

♦ ETUDES

- Quelques réflexions sur la détermination de la nature juridique du contrat de transport maritime international de marchandises
- Le modèle marocaine d'intégration des immigrés : spécificités et contraintes d'évaluation

BOUYI Adil

Mustapha SADNI

▪ افتتاحية العدد

المحور الأول: القانون العام

- الوعي القانوني ودوره في تعزيز ثقافة التغيير والتحديث على مستوى السلوك المجتمعي
- القانون الجنائي الدستوري: محاولة في التأميل
- رجل سلطة في زمن جائحة كورونا
- مؤسسات التعاون بين الجماعات: نموذج للتصويل الذاتي المحلي
- مبدأ التفرغ بين القانون التنظيمي 111.14 والممارسة
- حدود الديمقراطية التشاركية في المجالس المنتخبة المحلية بالجزائر
- مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في مجال التصميم
- التأطير القانوني لوضعية اللاجئين بالمغرب
- الحقوق الدستورية للمعارضة البرلمانية في التجارب المقارنة
- الفرق البرلمانية والأشكال المرتبطة بتقييم السياسات العمومية بالمغرب
- نظام الحكم المستقبلي لدولة فلسطين في مشروع الدستور
- قراءة في مسودة مشروع القانون المنظم للسجون
- الحق في معرفة الحقيقة على ضوء القانون والقضاء
- قضاء الإلغاء في المنازعات الجمركية
- دور مساطر تحديد الملاك العامة في حماية الملك العمومي
- إشكالية صناعة القرار الجبائي الترابي

المحور الثاني: القانون الخاص

- المقاربة التشريعية المغربية بشأن حماية المستهلك الإلكتروني
- بطلان التصرفات العقارية ومخاطر زعزعة الأمن القانوني
- أنماط المسؤولية الجنائية البيئية بين التآبث والتخفيف
- تقليص مسؤولية المحافظ العقاري: دراسة في ضوء قانون التحفيظ العقاري وقانون الالتزامات
- حقوق المستهلك القضائية في تسوية النزاعات الاستهلاكية
- المركز القانوني للمشتبه فيه في الدستور المغربي
- القضاء الاستعجالي والتوازن العقدي بين المكزي والمكترى في ضوء القانون 49.16
- الحماية القانونية للمكترى في بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون 107.12
- الحماية الجنائية للطفل ضحية العنف الجنسي
- حماية الأجراء بين قانوني الشغل المغربي واليمني

مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 2019PE0061

ردم : 2658-8005

ملف الصحافة : 2019/04 جريدة

الطبعة : الأولى 2019

توزيع : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط

شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط

الهاتف: 05.37.72.58.23/الفاكس: 05.37.72.58.23

الموقع الرئيسي: www.darassalam.ma

البريد الإلكتروني: Contact@darassalam.ma

lib.darassalm@yahoo.fr

الطبع : Edition Dar Assalam- Rabat
Rue Siam n°6 Diour Jamaa – Rabat

معلومات مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

العنوان الإلكتروني للمجلة : revuebejj@gmail.com

ملحوظة : تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة، جميع الحقوق محفوظة 2020 لمجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية

اللجنة العلمية

| | | |
|--------------------------|------------------------------|------------------------------|
| عبد العالي الفيلاي | الدكتورة جميلة لعماري | الدكتور محمد العمراني بوخبزة |
| الدكتور محمد منبوة | الدكتور إبراهيم الهراوة | الدكتور عبد الكبير يحييا |
| الدكتور مراد كواشي | الدكتورة سعاد حميدي | الدكتور نورالدين الداودي |
| الدكتورة حنان الصرصي | الدكتور أمين أعزان | الدكتور ادريس جردان |
| الدكتور عادل المعروفي | الدكتورة فاطمة الزهراء علاوي | الدكتور المصطفى طايل |
| الدكتورة لبنى السباعي | الدكتور أحمد وجدي | الدكتور عبد اللطيف الشنتوف |
| الدكتور محمد الحراق | الدكتور مبروك كاهي | الدكتور عبد الجبار المراكشي |
| الدكتور عبد الله السفيني | الدكتورة بهيجة فردوس | الدكتور محمد لشقار |
| الدكتورة ليلى احمياني | الدكتور مصطفى الغشام | الدكتورة عائشة أبرشان |
| الدكتور جلال الغازي | الشعبي | الدكتور عبد العالي الجيدي |
| الأستاذ أنوار الكونوي | الدكتورة مريم الطاشي | الدكتور عبد اللطيف الكلعي |
| الأستاذ زهير الحوزي | الدكتورة لبنى الغومرتي | الدكتور حسن بداوي |
| الأستاذ عبد الرحيم داودي | الدكتور عبد العزيز السقاط | الدكتور يوسف بن القائد |
| إبراهيم اشويعر | | |

قواعد النشر بالمجلة

- (1) أن تكون المساهمة ذو طبيعة قانونية، سياسية، قضائية، فقهية؛
- (2) أن تنضبط للقواعد النحوية واللغوية؛
- (3) أن تحترم منهجية البحث العلمي وأمانة التوثيق؛
- (4) أن تكون محررة بصيغة Word بالخط Times New Roman؛
- (5) أن ترفق بالسيرة الذاتية للباحث متضمنة جميع المعلومات؛
- (6) ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة؛
- (7) ألا يكون البحث قد سبق نشره في مجلة أخرى؛
- (8) ألا يتجاوز عدد صفحات البحث 18 صفحة، ولا يقل عن 10؛
- (9) يجب أن يذيل البحث في آخره بلائحة المراجع؛
- (10) لأجل تجويد المقالات المرسلة إليها، تحتفظ المجلة بحقها في التعديل بالحذف أو الزيادة، مع إخبار صاحبها بذلك؛
- (11) لا مسؤولية لإدارة المجلة في مضمون وآراء شخصية لكتاب المقالات؛
- (12) تحتفظ المجلة بحقها في إعادة نشر المقالات دون إذن من صاحبها؛
- (13) ترسل جميع المساهمات إلى الموقع الإلكتروني للمجلة revuebejj@gmail.com

فهرس المحتوى

6 افتتاحية العدد

المحور الأول: القانون العام

الموعي القانوني ودوره في تعزيز ثقافة التغيير والتحديث على مستوى السلوك المجتمعي

8 د. عبد العالي الفيلاي

القانون الجنائي الدستوري: محاولة في التأصيل

33 د. سعد الستاتي / د. طارق اللباخ

رجل سلطة في زمن جائحة كورونا

62 د. خليل اللواح

مؤسسات التعاون بين الجماعات، نموذج للتمويل الذاتي المحلي

77 د. أحلام بوقديدة

مبدأ التفريع بين القانون التنظيمي 111.14 والممارسة

92 د. مصطفى عبيدي

حدود الديمقراطية التشاركية في المجالس المنتخبة المحلية بالجزائر

116 د. لاطرش إسماعيل

مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في مجال التعمير

139 د. نجيب الخمليشي

التأطير القانوني لوضعية اللاجئين بالمغرب

151 د. سعيد مشاك

الحقوق الدستورية للمعارضة البرلمانية في التجارب المقارنة

173 ذ. عبد العزيز الهلالي

- 186 ذ. عمر سعدي.....
الفرق البرلمانية والإشكالات المرتبطة بتقييم السياسات العمومية بالمغرب
- 198 ذ. مجاهد خالد هلال.....
نظام الحكم المستقبلي لدولة فلسطين في مشروع الدستور
- 225 ذ. حميد لعسول.....
قراءة في مسودة مشروع القانون المنظم للسجون
- 244 ذ. سميح بن شريف.....
الحق في معرفة الحقيقة على ضوء القانون والقضاء
- 256 ذ. سمير لمنور.....
قضاء الإلغاء في المنازعات الجمركية
- 277 ذ. زكرياء خيات.....
دور مساطر تحديد الاملاك العامة في حماية الملك العمومي للدولة
- 290 ذة. مينة زمراوي.....
إشكالية صناعة القرار الجبائي الترايبي

المحور الثاني: القانون الخاص

- 312 دة. عائشة برشان.....
المقاربة التشريعية المغربية بشأن حماية المستهلك الإلكتروني
- 324 دة. حميد اليسسفي.....
بطلان التصرفات العقارية ومخاطر زعزعة الأمن القانوني
- 334 دة. ياسين الكعبوش.....
أنماط المسؤولية الجنائية البيئية بين الثابت والمتغير

- تقليص مسؤولية المحافظ العقاري، دراسة في ضوء قانون التحفيظ العقاري وقانون الالتزامات والعقود
د. محمد السطي.....
368
- حقوق المستهلك القضائية في تسوية النزاعات الاستهلاكية
د. محمد أزراف.....
383
- المركز القانوني للمشتبه فيه في الدستور المغربي
ذ. حسان بيشا.....
399
- القضاء الاستعجالي والتوازن العقدي بين المكري والمكثري في ضوء القانون 16.16
ذة. هاجر الخزاعي.....
425
- الحماية القانونية للمشتري في بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون 12.107
ذ. إدريس العروسي العلمي.....
451
- الحماية الجنائية للطفل ضحية العنف الجنسي
ذة. حنان مغيذو.....
477
- حماية الأجراء بين قانوني الشغل المغربي واليمني
ذ. نشوان الأكوع.....
504

♦ ETUDES

- Quelques réflexions sur la détermination de la nature juridique du contrat de transport maritime international de marchandises
BOUIY Adil.....538
- Le modèle marocain d'intégration des immigrés : spécificités et contraintes d'évaluation
Mustapha SADNI555

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمان الرحيم

قُدر لسنة 2020 أن تكون استثنائية بامتياز، سنة تهاوت فيها الاقتصاديات الكبرى بفعل جائحة كورونا، واختل ميزان التصنيف الدولي للبلدان، وتساوت معها القدرات في محاربة الوباء، ولم يعد هناك قوي وضعيف، متقدم ونامي، بل الكل في كفة واحدة، الجميع عانى ويعاني من وطأة الأزمة ومن تداعياتها الخطيرة والمقلقة على حال وحاضر البلدان ومستقبلها الغامض.

في خضم هذا الواقع العنيد، بدت الجائحة بصمتها الرهيب، كمتنفس هام لتصريف المعاناة ومجابهة ظروف الحجر الصحي بكل عزم وإرادة، وبصبر منقطع النظير، عبر انفجار معرفي وزخم معلوماتي، ووجد الباحث والباحثة في ذلك ضالته، ولم يتوان في الكشف عن حقائق ظلت تنتظر الفرصة لمناقشتها، ولم يدخر جهدا لسبر أسرار القضايا والمفاهيم والمواضيع وتحليلها بشكل مستفيض، من أجل تسليط الضوء على مرحلة اليوم، التي عنوانها البارز : الوباء القاتل للإنسان والاقتصاد، من خلال الدراسة والتمحيص لتداعيات الفيروس، واستشراف مرحلة ما بعد انحسار الجائحة، لإعادة ترتيب الأولويات والخيارات الممكنة.

وحرصا من إدارة مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية على مسايرة الأحداث، وعدم الارتكان إلى الخلف لانتظار الفرج للانطلاق من جديد؛ ظلت المجلة العين التي لا تنام، تراقب عن كثب الأحداث، وتعبئ الباحثين وتتواصل معهم وتستقبل مساهماتهم ولا تبخل عنهم بالمعلومات المطلوبة.

ولم ينحسر مجهود المجلة فقط في تلك الترتيبات العادية والإجراءات المواكبة، بل أخذت على عاتقها رهان إصدار أعدادها شهريا طيلة مدة الطوارئ الصحية، تلبية لنداء البحث العلمي، وتفاعلا مع رغبات قرائها وكتابها وهيئة تديرها وتسييرها.

فبعد العدد الرابع لشهر أبريل، والعدد الخامس لشهر ماي، يأتي هذا العدد السادس لشهر يونيو 2020، وهو عدد غزير بمقالاته وغني بمعطياته، يضم في ثناياه أسماء لامعة لأساتذة من طينة التميز، ولكتاب نجحوا باستحقاق في مقاربة مواضيعهم، قدموا وجبتهم العلمية في طبق مثير لشهوة القراءة والقراءة.

تضمن العدد محورين مختلفين ولكنهما متكاملين، يتضمن المحور الأول مواضيع تدرج ضمن القانون العام، وهي مواضيع ذات راهنية تناقش مجالات مختلفة، ويتضمن المحور الثاني إسهامات قيمة في القانون الخاص، بعناوين هادفة ومضامين جيدة.

فهنيئاً لإدارة المجلة بهذا المجهود المثمر، الذي يقطع الشك باليقين أن المجلة تخطو خطواتها نحو الأمام المشرق بثبات وريادة، وأنه مهما كانت الظروف صعبة، لن يثنى ذلك على السير قدماً على درب تحقيق النجاح الدائم، وليس ذلك مستحيلاً عليها وهي تصدر ستة أعداد في مدة 15 شهراً بعد إنشائها في أبريل 2019.

الدكتورة فاطمة الزهراء علاوي

رئيسة شعبة القانون بالكلية متعددة التخصصات بالرشيدية

منسقة ماستر المنازعات

" الوعي القانوني ودوره في تعزيز ثقافة التغيير والتحديث على مستوى السلوك المجتمعي "

د. عبد العالي الضيلالي

أستاذ باحث الكلية المتعددة التخصصات الرشيدية

مقدمة:

تعتبر الثقافة مصدرا ومنبعا لإبداع الأمم، فكلما كانت كبيرة عظم شأنها وتعالَت بين الشعوب، وتطور ثقافة المجتمع لا ينعكس على دوره الحضاري وحسب، بل على نمط حياته السلوكية فالسلوك انعكاس لثقافة تربية تغرس في اللاوعي الاجتماعي لا تختصر بجانب ثقافي من دون آخر، وإنما تلامس كل قنوات المجتمع وهو ما يحدث تأثيرا حقيقيا في أنماط الحياة العامة، غير أن التأثير يكون متباينا على أفراد المجتمع تبعاً لاختلاف مستوى ثقافتهم ومدى استعدادهم للعيش بمنطق حياة جديدة.

لا يخفى على أحد أن تعطل إبداع الأمة مؤثر على احتضارها، بينما الإبداع المتواصل يؤثر إيجابا بأنماط حياة الإنسان وسلوكه، فمواجهة التحديات والصعاب المجتمعية تتطلب اعتماد أساليب علمية حديثة وتكنولوجية متقدمة لاستثمارها في حل المعضلات على نحو فعال، ذلك أن تطور الثقافة يتطلب استقرارا مجتمعيا ينعكس إيجابا على حالة الأفراد والمجتمعات مما يجعلهم في توازن مع أنماط حياتية متطورة. ولعل مضمون الثقافة يتجلى في معرفة الفرد للمداخل الأولية لكل مجال من مجالات الحياة فالشخصية السوية هي التي تكون على إمام بمختلف جوانب المعرفة والتي تستطيع الوقوف على أبوابها الرئيسية¹.

والثقافة القانونية هي إحدى الروافد الثقافية التي يجب أن يكون الفرد على إدراك تام لمضامينها دون جهل لأبسط الحقوق والواجبات، باعتبار أن العلم القانوني هو

¹ - هارلميس وهولبورن: " سوسيلوجيا الثقافة والهوية "، المترجم حاتم محسن، دار كيوان، الطبعة الأولى، 2010، ص.18.

العلم الوحيد القادر على التدقيق والتمحيص في أدق التفاصيل المجتمعية من خلال وضع ضوابط وقواعد تنظم سلوك الأفراد تجاه بعضهم البعض، وتحد من حرياتهم ورغباتهم المطلقة وتعمل على التوفيق بين مصالحهم المتعارضة، غير أن هذه القواعد لا تحقق أهدافها إلا إذا كانت ملزمة للأفراد في مجتمع ما، سواء كان مصدرها تشريعاً تصدره سلطة مختصة، أو قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية أو قاعدة عرفية تواتر على تطبيقها الناس مع استمرار الزمان، أو مستلهمة من قواعد العدالة والإنصاف¹.

كما القانون ليس غاية في حد ذاته، بل وسيلة لتحقيق غاية معينة هي ضمان سلامة المجتمع من الظواهر الاجتماعية التي قد تخل بتطوره وأمنه واستقراره، ومن ثم المفروض أن يسود القانون تنظيم الحياة داخل الدولة من خلال الاحتكام إليه وهذا هو أساس دولة القانون، فوجود القانون يعبر عن حاجة اجتماعية وإنسانية لضمان سير الحياة البشرية بانتظام واطراد بعيدا عن مجتمع الغابة، وذلك عبر ارتباطه الوثيق بجميع النواحي الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والإدارية، وتتجلى أهميته بالنسبة للمجتمع في فحوى الخاصية الأساسية التي تتصف بها كل قاعدة قانونية بالنظر للمنهج القويم الذي ترسمه لسلوك الأفراد في علاقتهم مع غيرهم، فما يهم القانون هو التعايش السلمي والمشارك بين الأفراد، وإن طابعه الاجتماعي لا يجعله يستفرد لوحده بهذه الخاصية بل يتقاسمها مع جملة من القواعد الأخرى، كقواعد الدين والأخلاق أو قواعد حسن السلوك والآداب العامة².

ويعد القانون مرآة عاكسة للبيئة التي يطبق فيها ولا يصح عزله عن الظروف الاجتماعية الملامسة لنشأته، بمعنى أن القاعدة القانونية لم تكن وليدة الصدفة كما لم توضع بكيفية اعتباطية، بل هي نتاج مجتمعي حيث لا يتصور وجود قانون دون مجتمع بشري.

إن نشر الثقافة القانونية له أثر مهم في تكوين شخصية الفرد تجعل منها مواطناً صالحاً يقدر تصرفاته ويزنها دائماً وفقاً لمنطق القانون، وهذا ما يساعد بلا شك على انتظام المجتمع ونشر الأمن والاستقرار، حيث يحس الجميع بنعمة احترام القانون

1 - علي محمد جعفر: "نشأة القوانين وتطورها: مدخل إلى دراسة: القوانين القديمة، القانون الروماني، الشريعة الإسلامية"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2002، ص.13.

2 - محمد الشافعي: "المدخل للعلوم القانونية"، سلسلة البحوث القانونية، العدد 27، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص.5.

وما يترتب على ذلك من نهضة في كافة نواحي الحياة، ويسهم في حملهم على احترام القوانين والأنظمة وتجنب مخالفتها¹.

ومن ناحية أخرى، يؤدي إلى التقليل من النزاعات والقضايا التي ترفع للجهات القضائية، فتظافر جهود الجهات الحكومية ومؤسسات المجتمع المدني ووسائل الإعلام والجامعات لتأسيس عمل مشترك يساعد لا محالة على النهوض بمهام توعية المواطنين بالحقوق الأساسية، ونشر ثقافة قانونية تشكل صمام أمان وضمانة لأصحاب الحقوق مع تفعيل أدوار مؤسسات المجتمع المدني، من هنا تبرز أهمية الثقافة القانونية التي يجب أن يسعى إليها كل مواطن².

فلا يمكن لأي مجتمع أن يتطور ويقع عليه تحديث وتغيير، إلا في ظل وجود تنظيمات وقوانين حاكمة تضع الأطر العامة لتشجيع حاجات أفراد الاقتصاد والاجتماعية، فالعلم بالقانون لا يكون مقتصرًا على أصحاب الاختصاص من قضاة ومحامين وحقوقيين فحسب، بل هو ضرورة تقتضي أن يعلم بها كل فرد يعيش ضمن مجتمع يحكمه القانون³، لعل إذن الهدف من تشريع القانون هو جعل السلوك المتحضر قيمة أخلاقية واجتماعية كبيرة مهمة من قيم المجتمع.

في ظل تجديد الترسنة القانونية التي تقوم بها البلاد ووضع تشريعات تتناسب مع واقع الحال من حيث تطبيق فلسفة القانون المتمثلة في الزجر والعقاب في حال الخروج عن قاعدة قانونية على مستوى الإحاطة بالظواهر المستحدثة في المجتمع، هناك أمر بالغ الأهمية يتمثل في نشر الوعي والثقافة القانونية بين كافة المواطنين، هذه الثقافة غايتها الأساسية سيادة القانون الذي يعد أساس الدولة وتفعيله ضرورة ملحة، مما يتطلب المساهمة والمشاركة الوازنة في التعريف بما يخص الفلسفة القانونية ومدى أهميتها وكذا إعادة تشكيل المجتمع بواقع جديد مختلف عن العقود الماضية.

وبذلك لا يخفى على أي متابع للشأن العام فضلا عن المتخصص والراصد، أن هناك نموا مطردا في المشهد والحراك القانوني غير مسبوق، وهو ما يجعل الفرد

¹ - لبنى مخلد العضايلة : " الثقافة القانونية دراسة في قانون العقوبات الأردني"، المجلة العربية للدراسات الأمنية التدريب، مجلد 49، العدد 58، 1995، ص.217.

² - عبد الرحمان عبد الله : " علم الاجتماع القانوني، النشأة التطورية والمداخل النظرية الحديثة، دار المعرفة، الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 114.

³ - Kulsar kalman : « Development and law : The Scope of law in Guided Ssocial Change, American Sociological », Review, 1,2, 1981, p.143.144.

يحاول ويسعى بقدر المستطاع أن يعرف ما هي حقوقه الطبيعية والواجبات التي يجب الامتثال إليها من الناحية القانونية في أية مسألة تهمه، مع ما يعترى ذلك من نقص وضعف على مستوى الذات، وعقبات ذلك تظهر بحكم صعوبة توافر المعلومة القانونية في بعض الأحيان حول مسألة معينة أو عدم اكتمال الصورة بشكل قانوني كاف.

من هذا المنظور، تتبلور إشكالية الموضوع حول كيفية نشر الثقافة القانونية وتكريس ضمانات تغيير وتجويد السلوك المجتمعي بكافة مكوناته، ومدى اقتناع المواطن بأن الاحتكام إلى القانون هو وحده الكفيل بضمان تمتعه بحقوقه واسترجاعها في حالة ضياعها منه؟ وكيفية مساهمة القانون في تحقيق البعد الأخلاقي والتربوي عند الناس؟ بمعنى آخر، هل الخوف من القانون كفيل بأن يكسب الناس سلوكا متحضرا؟ أم أن الالتزام الذاتي بالقوانين المنظمة لحركة المجتمع قيمة أخلاقية في المجتمعات المتقدمة؟

وعليه، لمناقشة هذه الإشكالية الرئيسية والإجابة عن التساؤلات الفرعية سيتم الاعتماد على المنهج الاستقرائي التحليلي لرصد الظواهر الاجتماعية ومعالجتها عن طريق تفعيل آليات قانونية قادرة على التحكم في المجتمع وفرد هيبية الدولة واسترجاع مكانتها من خلال سن تشريعات قانونية ناجعة وفعالة ومؤثرة في المجتمع، وبلورة حلول بديلة للقضاء عن كل الجوانب السلبية في تدبير الشأن العام، وهذا من خلال اعتماد الهندسة التالية للموضوع:

المبحث الأول: استحضار الوعي بالثقافة القانونية

المبحث الثاني: أهمية المشاركة السياسية في التنقيف القانوني للمواطن

المبحث الأول: استحضار الوعي بالثقافة القانونية

إن استحضار الوعي القانوني يبدو في حقيقته صورة شاملة لكل أنواع الوعي، وفي مقدمتها الوعي الاجتماعي، وهذا يعني استيعاب المواطن لكل ما يدور حوله من علاقات ومفاهيم وأهداف من خلال تصورات قانونية سليمة، وأن يتعامل مع واجباته بوصفها شيئا وجد لمصلحته حاضرا له، ومستقبلا لأبنائه¹، وهو أمر لا يتأتى إلا من خلال منطلق بناء وعيه بضرورة وجود القانون في حياته، وبأنه جزء لا يتجزأ

¹ - عبد الرحمان عبد الله : " علم الاجتماع القانوني، النشأة التطورية والمداخل...."، المرجع السابق، ص.113.

من مسؤوليته الشخصية، وهو واجب وطني وأخلاقي لا مرأى فيه، وكذلك تعميق إدراكه بأن هناك ناظما موضوعيا يحكم علاقاته الذي يستند عليه الجميع إنصافا للحق، أو يقع تحت طائلته حسابا وعقابا¹.

فنشر الثقافة القانونية (الوعي بالقانون) ليست مجرد معرفة التشريعات والنصوص القانونية، كما أنها لا يعنى تلك المناقشات النظرية والندوات القانونية التي تدور بين أوساط رجال القانون المتخصصين، من أساتذة باحثين وفقهاء، وقضاة ومحامين، وغيرهم من رجال القانون والقضاء، والتي كثيرا ما تبدو خارج الاهتمامات المباشرة للمواطن، وإنما هي آليات تواصلية بين أطراف معنية بتنمية الوعي بالثقافة القانونية سواء على المستوى الترابي أو الوطني، أو على المستوى الإقليمي والدولي، بما لهذا العنصر التواصلية من تأثير حقيقي لترسيخ النضج القانوني.

إن القانون عنصر هام في الحياة الاجتماعية لا يتأتى تحليل الحياة الاجتماعية دونه إلا أنه ليس وصفة سحرية، فرقي القانون لا يعني دوما رقي المجتمع، في حين أن تدهوره علامة على تفهقر الحضارة لذلك لا بد من تجديد القانون والعمل على ضمان الحقوق التي تختلف مع عامل الزمان والمكان.

هناك شبه اتفاق على الأهمية القصوى التي يحتلها القانون في ضبط وتأمين حياتنا الاجتماعية، فهو مجموع القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع بأحكام مجردة وملزمة للجميع، حيث تقيم النظام وتحقق الاستقرار من خلال إقامة التوازن بين مصالح الأفراد المتشابكة والمتعارضة، وذلك عن طريق تحديد المركز القانوني لكل فرد وما يتضمنه من حقوق وواجبات ولعل من خصائصها:

السلوكية: هدفها تنظيم وتهذيب سلوك أفراد المجتمع وليس التضييق عليهم أو إزعاجهم، أو التأثير على أعمالهم.
العمومية: أي أنها غير موجهة لفئة معينة.

الاجتماعية: لا تظهر هذه القوانين إلا في حال تواجد الجماعة
حديثة: تواكب التطور حيث تراجع القوانين وتطور أولا بأول، لتواكب وتتساير مع متطلبات العصر.

¹ -Guy Rocher : « Introduction à la sociologie générale, le chargement Social », édition H .M.H, p.66.

هذه القواعد وجدت لتطبق في المنازعات اليومية بين الأفراد، ولذلك صيغت صياغات فنية دقيقة حتى يستطيع القائمون على حراسة القانون فهمها فيسهل عليهم تطبيقها وتستدعي من جانب آخر، وجود وعي قانوني لدى المواطنين بما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، من بينها احترام القانون والالتزام به.

لا شك أن مجتمعنا المغربي يعاني من أمية قانونية، بمعنى أن معظم المواطنين لا يعرفون كل حقوقهم وحررياتهم، والواجبات المفروضة عليهم وأهميتها وضرورتها، وهو الشيء الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى انتشار ظواهر العنف والجريمة، لأن أحد الأسباب وراء الجرائم التي نسمعها ونقرأها يوميا بالجراند أو نبصرها بأعيننا في بعض الأحيان، هو ضعف أو انعدام الثقافة القانونية لدى المواطنين.

فإذا كان جهل رجل الشارع بالقوانين لا يحميه استنادا إلى المبدأ القانوني القائل "لا يعذر أحد بجهله للقانون"، لأن معرفة الحقوق والواجبات تعد أحد النقط الأساسية في المواطنة داخل المجتمع، حيث تعتبر هذه القاعدة قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات عكسها، مؤدى ذلك أن علم الناس بأي قانون يصدر أو يعدل مفترض قانونا بعد نشره في الجريدة الرسمية، غير أن هنالك تساؤل يروم حول إمكانية العلم بمحتوى ومضمون القوانين من نصوص وأحكام تنظم حياتنا ومعاملتنا، ولو حتى بالقوانين التي نتعامل مع نصوصها بشكل كبير، كالقانون الجنائي والقانون المدني والقانون التجاري وغيره؟ وهل كلنا يتابع ويقرأ الجريدة الرسمية وما تتضمنه من مواضيع قانونية مختلفة؟

إن مفهوم الوعي القانوني لا يقف عند حد نشر الثقافة القانونية بين مختلف شرائح المجتمع بل ذلك يسير جنبا إلى جنب مع رفع المستوى الثقافي للمواطن لتحقيق الهدف الأسمى في فهم القانون واستيعابه وبهذا يتمكن من تقبل أوامره ونواهيه، وتطبيقها كما جاءت عن قناعة وليس التلويح بالعقاب.

فخلق الوعي لدى الأفراد لا يقف عند الوعي القانوني فحسب بل هو الوعي العام المتعلق بالجوانب الصحية، البيئية، الأمنية، السياسية، الاقتصادية والاجتماعية والإدارية... وغيرها من الجوانب المتعلقة بالمنظومة المجتمعية.

المطلب الأول: أهمية الثقافة القانونية بين أفراد المجتمع

يعد التغيير والتحديث في السلوك المجتمعي من أهم الركائز التي تنطلق من خلالها المؤسسات القانونية للعمل على تغيير المعتقدات والعادات والسلوكيات السلبية في

المجتمع، ساعية إلى تمهيد الطريق للوصول إلى اختيارات صحيحة من شأنها أن تحافظ على أمن واستقرار وسلامة المجتمع من التأثيرات الخارجية والداخلية، وترفع من مستوى الحياة، من هنا تتبلور أهمية وجدية الوعي القانوني فهو نتاجا لتواصل مستمر مع المجتمع بغية الوقوف على العوامل المؤثرة في السلوكيات الحياتية¹.

الفقرة الأولى: أنماط الثقافة القانونية

إن نشر ثقافة احترام القانون وإشعاعه كهدف للتغيير السلوكي هو شرط أساسي لتمكين أفراد المجتمع من اختيار وتبني أنماط ثقافية وسلوكية سليمة، فمن خلاله يتسلحون بالمعلومات الدقيقة والمهارات المعيشية الملائمة، ويشاركون بصورة فعالة كشركاء في عملية حماية مجتمعهم، ويحصلون على الدعم المناسب من خلال البرامج التوعوية المصممة وفقا لحاجاتهم.

أ- آليات تحقيق المعرفة القانونية:

إن مسألة إمام الفرد داخل المجتمع بالثقافة القانونية لا يعني أن يتحول إلى رجل قانون عالم بجميع فروع القانون، بل القصد إحاطته فقط بالقواعد والبداهيات القانونية التي تعينه على أخذ فكرة عامة عن علم القانون، قادرة على التناول العلمي للمشكلات التي يواجهها في مضمار الحياة، بحيث لا تكون الغلبة للأقوى، باعتبار أن الغاية الأساسية هي خلق عقلية قانونية حتى يستطيع أن يتعامل معها ويوظفها في خدمة أفراد المجتمع وحل مشكلاته، هذا بفضل المنهج القانوني الذي يتسلح به أثناء دراسته والذي يربي فيه القدرة على مواجهة المشكلات المختلفة بعين قانونية خبيرة...، ولاشك أن للمؤسسات التعليمية دور في تحقيق هذا الهدف²، مما يترتب عنه خروج الفرد إلى الحياة وهو غير مؤهل لفهم القوانين التي تنظم حياته وسلوكياته، بل أنه عندما يصبح مسؤولا عن تدبير مرفق عمومي ما، فهو ليس لديه الخلفية القانونية التي تعينه على التطبيق السليم للقانون.

فإذا كان نظامنا التعليمي بشقيه يسعى الآن إلى تحديث المنظومة التعليمية من خلال الاستعانة بالوسائل المعلوماتية الحديثة سواء حضورية أو عن بعد، فإن توفير

¹ - يرى بعض علماء الاجتماع أن القيم وخاصة منها الثقافية تعتبر من العوامل الأساسية في عملية التغيير أو مقاومته، انظر :

Guy Rocher : « Introduction à la sociologie générale, le chargement Social », édition H .M.H, p.68.69.

² - علي محمد جعفر : " نشأة القوانين وتطورها....."، مرجع سابق، ص.45.

الثقافة القانونية لا يقل أهمية حيث من خلال التأكيد على الوجود الذاتي للدولة بتكريس بناء الدولة القانونية في نفوس الناس رؤساء ومرووسين¹.

ب- وسائل تحقيق احترام الثقافة القانونية:

أکید أن نشر ثقافة العلم بالقانون يتفرع عنها ضرورة نشر ثقافة احترام هذا القانون، وإلا أصبحت الثقافة القانونية مجرد كلمات وعبارات إنشائية فضفاضة يرددها الفرد لمجرد الواجهة والمفخرة ليس إلا، ودون أن تشكل تكويننا أصيلا في وجدانه ومعتقدا راسخا يوحي إليه دائما بضرورة احترام القانون وجعله مرشده في سلوكياته، أي تصبح ثقافته في هذه الحالة ثقافة القول أو الفعل.

وإذا كانت المؤسسات التربوية والإعلامية مقروءة ومسموعة ومرئية لها دورها في نشر الثقافة القانونية بين ربوع المجتمع، فإن القدوة الحسنة هي التي تعتبر من أهم العوامل القادرة على خلق ثقافة احترام القانون لدى أفراد المجتمع، وهذا لن يتأتى إلا من خلال رؤية الصغير للكبير لمدى احترامه للقانون، وتساوي الفقير والغني في تطبيق القانون دون محاباة أو ميز وتحييز مما يعطي دلالة على وجود عدل قانوني في التنعيل لكون القانون كالموت الجارف لا يستثنى أحدا في تطبيقه، حيث يكون الجميع يعمل في إطار منظومة قانونية واحدة تكون هي المرجع والدليل الذي يحكم تصرفات أبناء الوطن صغيرهم وكبيرهم.

ولاشك أن احترام أحكام القانون للقائمين على تدبير الشأن العام في المجتمع وحرصهم على أن تأتي تصرفاتهم وفقا لصريح القانون يخلق لدى الآخرين من المواطنين الانطباع الجيد الذي يدفعهم إلى احترامه، بحيث يتحول من مجرد نصوص إلى عادات تحكم علاقات الأفراد لبعضهم البعض²، مما يحدث تجسيدا حي للقانون من خلال التصرفات الفعلية وليس حبرا على ورق، عندئذ يحس ويستشعر المواطن أن هناك قانونا واحدا فقط تتكفل دولة الحق والقانون بتطبيقه وفقا لمبادئ المساواة والعدل والمسؤولية والمحاسبة، وهم أساس وعماد الدولة القانونية.

الأمر الذي يقوي إيمانه بقيمة القانون وأهميته في حياته، ولا يجب إغفال ما للأبوين من دور في تعميق ثقافة احترام القانون لدى الأبناء من خلال التنشئة

¹ - فاروق الأباصيري : "دور الثقافة القانونية في تنمية المجتمع"، مجلة قضايا وآراء كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد، 126، 2001.

² - محمد عبد الملك محسن المحبشي : " تاريخ وفلسفة القانون "، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، 2012، ص.89.

الإجتماعية عبر ما يصطلح عليه بقناة الضبط الأسري، هذه الأخيرة إذا صلحت ومارست دورها الأساسي داخل المنظومة الأسرية إلا وأنشأت فردا ومواطنا متشعبا بروح المسؤولية والوطنية تجاه بلده خاصة فيما يتعلق بالمفاهيم القانونية التي ترتبط بحياتهم بصفة مباشرة، ذلك أن تربية الأبناء على احترام القانون يولد في عقليتهم عقيدة احترامه وتقديسه وجعله السقف الأعلى الذي يجب أن تستظل به تصرفاتهم، مما يجعل معالم سلك القانون طريقه إلى التطبيق السليم والسهل ويصبح جزءا من السلوك الحياتي للأبناء بغير حاجة إلى ثقافة الردع والزجر والعقاب.

الفقرة الثانية: آثار غياب مسؤولية الوعي القانوني

تعتبر الثقافة القانونية مسلكا لا بد من سلوكه لبناء دولة الحق والقانون باعتبارها ضمانا حقيقية لحقوق الأفراد والجماعات وموطنا يحتضن التعايش السلمي¹، مما يبرز أهمية القانون في تحقيق السلام بين الدول من خلال النصوص التي فرضها القانون الدولي للحد من الصراعات والنزاعات المفتعلة والتوصل إلى حلول ظرفية وآنية دون اللجوء للعنف واستخدام الأسلحة، فالأمر لا يقتصر على الدول بل يهم كذلك الأفراد بالدرجة الأولى حيث إن النصوص التشريعية التي يفرضها القانون المدني تمنع إلحاق الأضرار بالآخرين، أو التعدي عليهم دون وجه حق أو سرقة ممتلكاتهم، وهذا بالطبع يبرز أهمية ضبط السلوكيات داخل المجتمع تترتب عنه آثار تتجلى في تحسين الإنتاجية والمردودية في الحفاظ على النهج القويم والسليم الذي تفرضه الدولة على رعاياها، وهو ما يعكس ايجابيا أو سلبيا على البيئة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية والصحية... وغيرها من النواحي العامة للحياة².

فمن مقاصد الثقافة القانونية هي معرفة الأفراد لما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات ووعيمهم لحدود مسؤولياتهم الفردية والعلاقة القانونية بينهم كأفراد، وبينهم وبين المنظومة المجتمعية وبينهم وبين الدولة، ولا يخفى على أحد أن السبب الرئيسي في ضياع الحقوق يعود بالدرجة الأولى إلى اللاوعي القانوني بمضامين وإجراءات القواعد القانونية والتشريعات الدولية التي تصادق عليها البلاد وتوقعها، وهو جهل لا يقتصر على المواطن بحد ذاته، بل يشمل أيضا من هم في مواقع اتخاذ القرار،

1 - أحمد ادريوش : " الثقافة والقانون"، دراسات حول العامل الثقافي في تلقي القوانين المدنية العصرية المقتبسة"، الجزء الأول، مطبعة الأمنية، الرباط، 2014، ص.5.

2 - جورج سعد : " فلسفة القانون، الإقتراح الأولي، الجمعية اللبنانية للفلسفة، الموقع الإلكتروني :

ولا يتوقف عند أعضاء السلطة التشريعية وأصحاب الاختصاص بالتشريع الذي يتطلب دراية قانونية تمكن نواب ومستشاري الأمة على مستوى القبة البرلمانية من أداء الأمانة وتقدير الأمور حق تقديرها، فهي لا تتمركز فقط عند تفويت مصالح المجتمع وغياب الأولويات القانونية وتعارض القوانين وتداخل السلطات، ولا تنتهي عند وضع البلاد في مواجهة معالم المجتمع الدولي نتيجة عدم وعي مسؤولي الصفوف الأولى بطبيعة المعاهدات والمواثيق الدولية المبرمة¹.

وفي إطار تكريس دولة الحق والقانون نجد الدستور المغربي لـ 2011² قد كرس مجموعة من الحقوق والحريات لفائدة المواطنين والمواطنون، لاسيما في الفصول 25 و 27 و 28 و 165 وهي حقوق تهم ميدان الاتصال السمعي البصري والحق في الحصول على المعلومة.

و من المسؤوليات الجسام و الملقاة على عاتق الدولة هي إشاعة الثقافة القانونية نظرا لدورها في إنفاذ القانون وتطبيقه باعتبارها المالك الرئيسي لأدوات الإعلام التوعوية والتربوية، والقادرة على حمل الأفراد على الالتزام به وهذا إشارة للدور المنوط بالمجلس الأعلى للاتصال السمعي البصري³ وفقا لمقتضيات الفصل 165 من دستور 2011 وكذا مدى إشرافها على حسن تطبيقه.

لذا مسؤولية التنقيف القانوني تقع على عاتق الدولة في المقام الأول وهو دور يوجبها عليها القانون وتلزمه بها المعاهدات والاتفاقيات الدولية، حيث هذه المسؤولية تقع على عاتق السلطة التشريعية التي لا يعول عليها في هذا الأمر نظرا لأن انتخاب العديد من نواب الأمة كان نتيجة غياب الوعي والتنشئة السياسية وأهمية استحضار المشاركة الفاعلة والمؤثرة في صعود نخب مثقفة، إضافة إلى غياب المقاربة التشاركية في أبعث صورها لابتعاد ممثلي الشعب عن المجتمع وانغلاقهم في لوبيات ضيقة غير معنيين بالوظيفة التواصلية مع المعني الأول بالقانون وهو المجتمع بكافة مكوناته ضمن خطط وبرامج توعوية واضحة تستهدف رفع الوعي الثقافي القانوني.

¹ -طالب رشيد يادكار : " مبادئ القانون الدولي العام"، مطبعة موكوياني (أربيل)، العدد 1000، الطبعة الأولى، 2009، ص.55.

² - دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 25 يوليوز 2011 الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادر بتاريخ 28 شعبان 1432، الموافق لـ 30 يوليوز 2011.

³ - الظهير الشريف رقم 1.16.123 المنفذ للقانون رقم 11.15 المتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري بتاريخ 25 أغسطس 2016، الجريدة الرسمية عدد 6502 ذو الحجة 1467 (22 سبتمبر 2016).

وفي هذا الإطار يمكن التأكيد فالوضعية التي يعيشها المغرب، أفصحت عن مظاهر تراجع الخطاب السياسي لدى الفاعلين، سواء على مستوى المؤسسة الحزبية التي ينتمون إليها أو على مستوى البنيات القرارية التي يشغلونها، ولعل أزمة جائحة كورونا كانت لها آثار وانعكاسات في ضعف التواصل لدى الفاعل السياسي في زمن الأزمة، فمن جهة أفرزت محدودية الخطاب التواصل من أجل الانخراط والتفاعل مع انتظارات المواطنين في مثل هذه المرحلة العصبية التي تتطلب القرب من المواطنين ومشاركته في أزماته الاجتماعية والاقتصادية، ومن جهة أخرى كشفت أن الفاعل السياسي المغربي أصبح يشغل موقع المتفرج، وتمجيد تدخل الدولة بدل الانخراط الجاد والمسؤول من خلال المساهمة في تدبير الأزمة انطلاقاً من موقعه ومنصبه السياسي¹.

كما تم تسجيل غياب سلبي لمختلف الأحزاب السياسية (أغلبية ومعارضة) في تقلد دورها المنوط بها دستوريا المتمثل في وظيفة التأطير المنصوص عليها صراحة في الفصل السابع² من دستور 2011 من خلال تأطير المواطنين في هذه الظرفية الصعبة باعتبارها الوسيط بين الدولة والمجتمع، وحثهم على التقيد بمضمون حالة الطوارئ وبالتدابير الوقائية المعتمدة، من خلال حملات تحسيسية فعلية أو رقمية ومخاطبة المواطنين والاستماع إلى تخوفاتهم في ظل حالة الطوارئ بمختلف الإمكانيات المتاحة، مما أبانت الظرفية الاستثنائية عن العجز الذي تعاني منه الأحزاب السياسية وعدم قدرتها على المواكبة في ظل الأزمة.

وهذا دليل واضح وجلي على ما ينبغي أن يقوم به الفاعل الرسمي من إشاعة الثقافة القانونية واستحضار الوعي لدى المواطنين وتأطيرهم وتكوينهم ليكونوا مؤهلين على ممارسة أدوارهم في المجتمع بمعية مواكبة وتتبع الفاعل النيابي وهو ما يجب على الأحزاب السياسية أن تساير الوضع الراهن وتتواصل مع المواطنين وتساهم بقوة في التوعية وتحسيس المجتمع وتأطيرهم، وذلك من خلال ما تتوفر عليه من موارد مالية وكفاءات بشرية.

أكد أن تطبيق القانون وتفعيله ضرورة ملحة، لكن الأهم هو نشر الوعي لدى المواطنين والمواطنات من أجل تنفيذ النصوص القانونية، وهذا الوعي يتطلب من

1 - محسن الأكرمين : " عن غياب المثقف والفاعل السياسي في الزمن الحي لجائحة كورونا "، مقال منشور بتاريخ 15 يونيو 2020 على الموقع الإلكتروني التالي : www.meknespress.com

2 - " إذ تعمل الأحزاب السياسية على تأطير المواطنين والمواطنات وتكوينهم السياسي، وتعزيز انخراطهم في الحياة الوطنية، وفي تدبير الشأن العام".

الجميع المساهمة والمشاركة في دور وطني بالغ الأهمية، وهو تعريف المجتمع بما يخص الفلسفة القانونية وأهميتها لدى الجميع، مما يتطلب إعادة تشكيل المجتمع بواقع جديد مختلف عن العقود الماضية، التي تم ضرب القانون فيها عرض الحائط. والمغرب الجديد التي نحلم به لا يمكن أن يتم التأسيس له بدون سيادة القانون ونشر الوعي الثقافي القانوني بين الناس.

لذلك فإن وسائل الإعلام جميعها المسموعة والمرئية والمقروءة، عليها دور مهم في نشر هذه الثقافة الجديدة المتعلقة بسيادة دولة القانون، فالتشريعات وحدها غير كافية في هذا الصدد ولا يمكن بمفردها أن تحقق الهدف من فلسفة القانون فعلى سبيل المثال لا الحصر، لقد تم تشديد العقوبات في جرائم الاغتصاب التي يتعرض لها الأطفال، ورغم ذلك لم يتم القضاء على الظاهرة حيث لا زلنا نسمع بين الفينة والأخرى جرائم تدمع لها العين ويحزن عليها القلب، الأمر يقتضي بالضرورة مناقشة الظاهرة وبحث كافة ظواهرها والأسباب التي أدت إلى وجودها وانتشارها بشكل مهول، والدوافع وراء انتشارها، دراسة الظاهرة أمر بالغ الأهمية إلى جانب النصوص التشريعية، ولا يجوز لجانب بمفرده أن نحمله سبب الظاهرة، ففي الوقت الذي يتم فيه دراسة الظاهرة، لا بد من وجود نص تشريعي يحقق فلسفة القانون في الردع والزجر.

كل هذه الأمور تحتاج إلى نشر الوعي والثقافة القانونية باعتبار ما لوسائل الإعلام من دور وطني مهم في هذا الشأن، كل هذه الأمور مجتمعة تحقق النجاح المطلوب بحيث لا يجوز فقط الاستناد إلى النصوص التشريعية بمفردها ظنا بأنها ستحقق الهدف المنشود، ذلك أن تنمية الوعي والإحساس الوطني بالمسؤولية قضية مهمة في ظل الثورة التشريعية وفي إطار بناء الدولة الجديدة المواكبة للعصر الجديد الذي نعيشه الآن¹.

فوسائل الإعلام والاتصال تضطلع على تنوع قطاعاتها وتعدد توجهاتها بممارسة العديد من الأدوار المجتمعية التي تستهدف من خلالها مختلف شرائح المجتمع من الجمهور المتلقن بالإشباع والتأثير والتوجيه، ويعتبر تكوين الوعي

1 - بهاء أبو شقة : " نشر الثقافة القانونية "، مقال منشور بتاريخ 5 يونيو 2017 على الموقع الإلكتروني

www.alwafd.news : التالي

المجتمعي الإيجابي أحد الأهداف التي تتطلع وسائل الإعلام والاتصال إلى رعايتها وتعزيزها وتكريسها في مجالات مختلفة¹.

أ - ضعف الوعي القانوني في الحياة العملية للمواطن:

إن الوعي القانوني إذا ما أريد له أن يتحقق وأن ينتشر فمن الواجب على أفراد المجتمع أنفسهم تحقيق ذلك الأمر، لأن المؤسسات مهما بلغ الأمر بها من توفرها على الوسائل والإمكانيات لا تستطيع تحقيق الهدف ما لم يسعى الفرد لتحقيق ذلك نظرا لارتباط الأمر بالذات الإنسانية والفكر الذي يحمله الفرد، فمن جزئيات الوعي العام (الوعي القانوني) الذي يحصن المجتمع تجاه خروقات أفراده لنواميسه الناشئة عن تجاربه التي مر بها.

ولعل السبل التي من الممكن أن تحصين بها المجتمع من الجريمة هو التوسع في طرح الثقافة القانونية من خلال البرامج الإعلامية المسموعة والمقروءة والمرئية، ذات الصلة بمنظومة الحياة المجتمعية والدولة من خلال نشر الثقافات المتعلقة بالجوانب الصحية والبيئية والقانونية والأمنية وما شابه ذلك، حيث أن المجتمع الواعي قادر على التصدي لكل الهجمات التي تستهدف أسسه التي نشأ عليها. وفي هذا الإطار، يمكن أن يساهم الإعلام الإلكتروني في رفع مستوى الوعي القانوني لدى المواطن، وذلك بتخصيص صفحات وزوايا قانونية تعرض نوازل وقضايا لها علاقة بالحياة العملية واليومية للمواطن، مما يكون مستقطبا للمواطنين في قراءة المواضيع المطروحة فيها، ومن ثم العودة إلى المتون القانونية أو المختصين في الجانب القانوني لمعرفة مراكزهم القانونية، وهو ما يفسر أسلوب الطرح المتبع في عرض المواضيع القانونية، الذي يبتعد عن التعقيد الأكاديمي التخصصي ويقرب من عمومية المشكلة وتعلقها بالحياة اليومية للمواطن².

وهذا ما سيرفع من مستوى التثقيف والإرشاد القانوني في مجال الإعلام المسموع والمرئي، وهي وسيلة مجدية للقضاء على الأمية تمكن من الوصول إلى تطور حضاري وتأمين وعي قانوني لدى كافة أبناء المجتمع، ذلك لأن الفرد الذي لا يقر أو لا يكتب من الصعب عليه أن يفهم حقوقه والتزاماته المدونة في نصوص

1 - عبد المنعم نعيم: " دور وسائل الإعلام والاتصال في نشر الوعي القانوني"، مقال منشور على

الموقع الإلكتروني التالي: www.asjp.cerist.dz

2 - سالم روضان الموسوي: " الوعي والثقافة القانونية"، مقال منشور بتاريخ على الموقع الإلكتروني

التالي: www.annabaa.org

القوانين والقرارات والأنظمة، إذ انشغالات الحياة اليومية لا تمكنه من الدخول في نقاشات والإنصات والإصغاء من أجل التعلم.

إذن، الوعي القانوني من الناحية العامة يرتبط ارتباطا وثيقا بالهيئة الاجتماعية فإذا الفرد خرق القانون فإن عمله هذا يقتزن بالاعتداء على حقوق الآخرين، ومن هنا تبرز أهمية التعليم ومحو الأمية في نشر الوعي القانوني، كما أن التعلم والتعليم من الواجبات التي فرضتها الشريعة الإسلامية السمحاء الذي بدأت أولى بشائره بفعل الأمر (اقرأ) فجعل ذلك فرضا على كل مسلم، فالهدف من وجود وعي قانوني لدى كافة الأفراد هو ضمان تحقيق وجود مجتمع واعي ومدرك لحقوقه والتزاماته، وفي تنمية الحس بالمواطنة الذي يعد من أهم المقومات التي تسهم في بناء أجيال واعية ومتعلمة¹.

فتحقيق التوعية القانونية يجب أن يبدأ بالنشأة في المدارس بعد أن يتم تخصيص عدد من المناهج الدراسية المعنية بتناول أبرز القضايا القانونية والتي تهم المواطن والمقيم وتحثه على احترام القوانين وبيان خطورة العقوبات التي قد يواجهها، فيما لو تجاوز تلك القوانين، فضلا عن بيان الحقوق التي كفلها الدستور إضافة إلى تخصيص برامج عبر وسائل الإعلام الرسمية العامة، وكذلك بعض البرامج في وسائل الإعلام الخاصة كنوع من الالتزام المجتمعي وتسليط الضوء على القوانين التي تهم المواطن في حياته اليومية².

وعليه، فغياب الثقافة القانونية لا يزال ضمنا غائبا في المجتمع وهو ما ينعكس سلبا على ضياع حقوق وإهمال واجبات، وعلى سبيل المثال (أبناء يحرمون أخواتهم الإناث من الميراث، ومسؤول يتناول على جاره فيسلبه جزء من أرضه، وأب يجرم أبنائه من أبسط الحقوق الواجبة عليه من نفقة، إلى جانب من يمارس جريمة دون إدراكه لتداعياتها على المجتمع من خلال تورطه في الدخول على مواقع فكرية تشجع على التطرف والإرهاب، أو عندما يتعسف بعض الموظفين العموميين في إهدار حق مواطن ليقينه بجهله بالمطالبة بحقوقه.

1 - جمال المتولى جمعة: "الوعي القانوني في المجتمع"، مقال منشور بتاريخ 7 مارس 2020 على الموقع الإلكتروني التالي:

www.youwm7.com

2 - حسين العلي العبد الله: "غياب الوعي القانوني للأفراد تعتمد من الدولة أم لامبالاة؟"، مقال منشور بتاريخ 23 يوليو 2014، على الموقع الإلكتروني التالي: www.aljarida.com

وعليه، فالواقع العملي الذي تشهده المحاكم يشير إلى غياب كبير للوعي القانوني لدى المواطنين والمقيمين، فالكثير منهم يبرم عقودا جاهزة دون أن يعلموا مضامين الالتزامات الواقعة عليهم فيها أو الحقوق التي تضمنتها تلك العقود وهو ما يوقعهم بعمليات نصب كبيرة بشراء أو بيع عقارات أو أسهم وهمية، باعتبار الجهل في معرفة الحقوق بسبب غياب الوعي القانوني أدى بالكثيرين إلى إصدار وكالات للغير وقيام الوكيل بالتصرف بتلك الأملاك والعقارات وترتيب الالتزامات على الموكل وتعريضه لعقوبات تصل للحبس،¹ ولا بد من الإشارة أن مؤسسات المجتمع المدني تحرص مع صدور العديد من القوانين بعقد الندوات والمناظرات القانونية للحديث عن القوانين الصادرة بهدف إطلاع المختصين عليها ولتوعية الجمهور بمضامينها عبر النشر في وسائل الإعلام ولكن هذا أمر لا يكفي لتحقيق الوعي القانوني المطلوب. ما لم تكن للمواطن نفسه إرادة الانخراط في اكتساب ثقافة قانونية تحصنه من الوقوع في لا وعي القانوني بحقوقه وواجباته.

ب- دور الثقافة القانونية داخل المرفق العمومي:

تعتبر الثقافة أحد الروافد المهمة التي تقوي الشخصية الفردية وتجعل الذات قادرة على مواجهة الحياة، فالثقافة القانونية هي ثقافة شمولية تمس كل جوانب الحياة، فالمجتمع المنظم يقوم على احترام القانون وسيادته واعتباره المرجع الأساسي لحل كل الإشكالات التي تواجه الفرد أو الجماعة في المجتمع المتحضر.

وإذا كان الفرد قد يعذر لعدم اكتسابه وتحصينه ذاته بشكل كاف من الجهل بالمعلومات والثقافات في مختلف مجالات الحياة، فإنه بالنسبة للجهل بالثقافة القانونية أو بالقاعدة القانونية على وجه الخصوص لا عذر له، لأن المشرع نص صراحة على أنه لا يعذر أحد بجهله للقانون، وهنا تكمن المفارقة² إذا كان هذا الأمر بالنسبة للمواطن العادي البسيط الذي لم يعذر بجهله للقانون، فماذا عن رجل الإدارة؟

جدير بالذكر، أن المحاكم الإدارية³ بالمغرب تعج بعدد هائل من القضايا والملفات التي تروج أمامها، والتي في غالب الأحيان تخسرها الإدارة في مواجهة الخصم (المرتفق، الموظف، المقاول أو الغير بشكل عام، سواء كان شخصا طبيعيا

1 - حسين على العبد الله: " غياب الوعي القانوني للأفراد..."، مرجع سابق

2 - فاروق الأباصيري: " دور الثقافة القانونية ..."، مرجع سابق، ص.3.

3 - ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجب محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 03.11.1993، ص.2168.

أو شخصا معنويا، كشركة أو مقولة)، مما يؤثر ذلك على سمعة الإدارة ومصادقيتها قبل أن يؤثر على ميزانيتها، وزعة ثقة المرتفقين فيها.

ففي الوقت الذي نجد فيه الإدارة في حاجة إلى عقلنة وترشيد نفقاتها، وصرف ميزانيتها المعتمدة، وفق حكمة مالية تروم تحقيق الأهداف المسطرة لذلك مسبقا، تفاجئ الإدارة بصدور أحكام قضائية ضدها تلزمها بأداءات لفائدة الخصوم، مما يربك حسابات ميزانيتها فتخسر جزءا ماليا منها، فضلا عن مصاريف التقاضي وأتعاب المحامي، فتصرف نفقات في أداء تعويضات عن الضرر لفائدة مقول ما في صفقة ما أو ملف ما، ناتج عن تماطل المسؤول عن الملف واستهتاره بالقانون إن لم نقل جهله به¹.

الأكثر من هذا، نجد الكثير ممن لازال يعيش بعقلية ما قبل إحداث المحاكم الإدارية، بل وما قبل دستور 2011، فيعتبر نفسه فوق القانون أو أن هذا مجرد الأخير يبقى مجرد شكل ابتدعه المشرع لتلميع صورة الإدارة، فيعتبرها غير ملزمة وقابلة للتجاوز.. وأن الإدارة في وضعية أقوى وغير متساوية مع الطرف الآخر، فبدل أن يتصرف كمسؤول عن الملف وفق ما تمليه القوانين يتصرف بتعسف ولا مبالاة ناسيا مبدأ سيادة القانون والعلة من إحداث القضاء الإداري، والمبادئ العامة التي يعمل بها والتي في غالبيتها تفسر لفائدة الطرف الضعيف في العقد محل النزاع، بل ونزوع القاضي الإداري أحيانا إلى لعب دور القضاء الاجتماعي خاصة في دعاوى الإلغاء أو الشطط في استعمال السلطة وفق ما نص عليه الفصل 117² من دستور 2011.

إن دولة الحق والقانون تقوم على فكرة الشرعية والمشروعية والمساواة أمام القانون فلم يعد يقبل في مغرب القرن 21 أن يتولى المسؤولية الإدارية جاهل بالحد الأدنى من الثقافة القانونية، التي تشكل حصنا منيعا لقرارات المسؤول الإداري، خاصة في ظل تنزيل مقتضيات الدستور المتعلقة بربط المسؤولية بالمحاسبة³ ولا أحد يسمو فوق القانون.

¹ - المركز الديمقراطي العربي : " أهمية إشعاع الثقافة القانونية في الإدارات والمؤسسات العمومية "، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.democraticac.de> بتاريخ 29 يونيو 2017

² - " يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحريةهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون "

³ - محمد براو : ربط المسؤولية بالمحاسبة : جولة من الداخل، مقال منشور بمجلة مغرب القانون بتاريخ 11 مارس 2018 على الموقع الإلكتروني التالي www.maroclaw.com

كما إن انتشار الثقافة القانونية، والتشبع بها لدى المواطن العادي بشكل عام، ولرجل الإدارة بشكل خاص، لمن شأنه أن يساعد وبلا شك في انتظام عجلة المجتمع ونشر الأمن والاستقرار، حيث يحس الجميع بنعمة احترام القانون، وما يترتب عن ذلك من تقدم ونهضة في كافة مناحي الحياة.

وتتميز المبادئ العامة للقانون بأنها كونية، توجد في كل القوانين والتشريعات العالمية ومن ثم وجب العلم بها، فالموظف أو المسؤول الإداري يجب عليه معرفة الحد الأدنى من المعرفة القانونية لملفاته دون إخلال بالقوانين، فيطلب منه الإلمام أكثر بالقوانين المؤطرة والمنظمة لمجال عمله وكذا بالقوانين التي مجالاتها قد تتقاطع مع مجال عمله¹.

فنجاح الإدارة العمومية رهين بالتوفر على الأطر المناسبة والكفاءة للعمل في المجالات المناسبة، حيث الشخص المناسب في المكان المناسب، لكن وللأسف نجد في بعض الإدارات والمؤسسات العمومية من رؤساء المصالح والأقسام حين يعرض عليهم ملف أو مشكل ما، يلجئون مباشرة إلى رئيس المؤسسة أو مديرها ليتصدى للمشكل أو ليمدهم بمجموعة من الاقتراحات والحلول، ليتحول الرئيس إلى مرؤوس، حيث بدل أن يقدم المسؤول المرؤوس بعد دراسة الملف، وباعتبار المشكل المعروض يدخل في مجال عمله واختصاصه المباشر، مما يقتضي منه إلماماً أكثر بحيثياته وتقنيات حله ومعالجته، وبالتالي يمكنه تقديم جملة من الاقتراحات والحلول المناسبة إلى رئيس المؤسسة في إطار مقارنة تشاركية تقوم على الدراسة والأخذ والرد، الذي يتميز بالنظرة الشمولية لكل مصالح المؤسسة، فيستبعد الحلول التي من شأنها أن تؤثر على عمل مصلحة أخرى داخل نفس المؤسسة، ويرجح الحل المناسب، نجد العكس حيث الرئيس يقدم الاقتراحات والحلول للمرؤوس الذي يختار الحل المناسب فيتحول المرؤوس إلى رئيس، والرئيس إلى مرؤوس².

إن القرارات الإدارية التي أصبحت تقوم على مبدأ المشروعية، لم يعد يقبل أن تصدر غير مبررة من صاحبها، فلا بد من تعليل القرار الإداري³، وهذا الأخير لا

¹ - Guy Rocher : « Introduction à la sociologie générale, op.69.

² - الصديق حيدة: " التخليق الإداري"، مجلة الدراسات والأبحاث القانونية مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي www.maroclaw.com

³ - الظهير الشريف رقم 1-02-202 الصادر في 12 من جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002)، الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الإثنين 12 غشت 2002، بتنفيذ

يستقيم ولا يتأتى إلا بعد العلم بالقانون، فهو ليس إجراء شكلياً فقط، فيعتقد مصدر القرار أن التعليل يمكن أن يتم بما وجد وبما تأتى، بل لا بد أن يكون التعليل قانونياً، أي له سند في القانون، لأنه في آخر المطاف وببساطة خاضع لرقابة القاضي الإداري، فالتعليل الناقص أو الفاسد يوازي انعدامه حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي.

وعموماً، يمكن القول إن الحد الأدنى من الثقافة القانونية الواجب توفره لدى كل فرد يقدر بمدى مسؤوليته ومنصبه، فكل ما هو محاسب عليه، وجب عليه العلم بالقوانين المنظمة له، لأن كفاءة ونجاعة الإدارة كما جاء في الخطب الملكية لم تعد تقاس بالسلطة التي تتمتع بها، بل بمدى قيامها ونهوضها بمهامها على الوجه المطلوب في احترام تام لسيادة القانون.

المبحث الثاني: أهمية المشاركة السياسية في التثقيف القانوني

للمواطن

الحزب السياسي تنظيم يتمتع بالشخصية المعنوية¹ يجمع بين مجموعة من الأشخاص توحدهم نفس المرجعية وتجمع بينهم نفس الأفكار وأهداف سياسية واحدة بغية الاستمرار ومن تم هو غير محدود في الزمان ويشارك في تدبير الشؤون العمومية بطرق ديمقراطية ويساهم في تنظيم المواطنين وتمثيلهم، إضافة إلى المساهمة في نشر الشفافية السياسية ومشاركة المواطنين في الحياة العامة وتأهيل نخب قادرة على تحمل المسؤوليات العمومية وتنشيط الحقل السياسي²، انطلاقاً من هذا التعريف المقتضب يمكن أن نتساءل إلى أي حد يمكن أن تساهم الأحزاب السياسية في تأطير وتنظيم المواطنين خاصة على مستوى تكريس قيم المواطنة ودعم التخليق، واحترام حقوقهم ومعرفة واجباتهم؟

المطلب الأول: تجليات تكريس فكرة المواطنة ودعم التخليق

إن الأحزاب السياسية اليوم تعد أداة ضرورية للمشاركة السياسية التي تعتبر من ركائز المواطنة إضافة إلى أنها مدرسة لإنتاج نخب قادرة على أن تمثل كل

القانون رقم 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية.

¹ - المادة 1 من القانون 36,04 المتعلق بالأحزاب السياسية ج ر عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006.

² - راجع المادة 2 من نفس القانون.

مستلزمات الحياة الديمقراطية¹، وهو ما يؤهل الحزب ليشكل أداة التأطير والنشأة السياسية والتوعية والتربية على مثل وقيم احترام القوانين وكذا المواطنة الحقة بحقوقها وواجباتها²، حتى يكون للمواطن الفرد وعي حقيقي ولملموس بالظروف المحيطة بوطنه داخيا وخارجيا ومدركا لجميع مشكلات وقضايا وطنه، قادرا على معرفة أسسه الحقيقية وطبيعة هذه المشكلات ومقترحاته إزاء حلها ويؤمن بأن مصلحة الأغلبية والعمل من أجل الصالح العام وسلامة المجتمع وتطوره تعد أهدافا مثلى تحظى بالأولوية وتسمو على الفردية والأناثية³.

وهذا ما يتيح الفرصة للمشاركة في تحديد الاختيارات الكبرى للدولة سواء سياسية أو السوسيو اقتصادية، هذا زيادة على أن الحزب السياسي يشكل مدخلا هاما لتصريف الاختلاف عبر الطرق السلمية التي تضمن وحدة المجتمع ووحدة الدولة. كما تعد المشاركة السياسية مدخلا مهما من خلال فرضية ترجمة الحزب السياسي لبرامجه قائمة من خلال إمكانية مشاركته في تدبير الشأن العام وممارسة السلطة، وفي الحالة التي يفوز فيها فإنه يكون ملزما بأجراً وتطبيق برنامجا قصد تمكين المواطنين من مجموعة من الحقوق في إطار ما تفرضه المواطنة مقابل ما يريدونه من واجبات⁴.

وتتم الاستجابة لهذه الحقوق وترجمتها وتحقيقها واستفادة المواطن منها ضمن برامج ومشاريع وتشريعات قانونية وخطط حكومية بالنسبة للمستوى المركزي، أما على المستوى الترابي تتجلى من خلال مخططات التنمية الترابية التي تعدها وتنفذها الوحدات الترابية⁵، خاصة وأن هذه الحقوق أصبحت مكرسة دستوريا بمقتضيات الفصل 31⁶ من الدستور الذي ينص : تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات

1 - الصوفي مصطفى : "حوار منشور بجريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد 31 أكتوبر 2001.

2 - تعتبر الأسرة والمدرسة من الآليات الأساسية في التنشئة في المراحل الأولى للطفل، ويأتي دور الأحزاب السياسية لاحقا بعد مرحلة النضج التي يصبح فيها المواطن مؤهلا للاهتمام بقضايا الوطن...

3 - بن صالح العامر (عثمان) : " مفهوم المواطنة وعلاقته بالانتماء "، مجلة أفاق الإلكترونية، ص.6، زيارة الموقع 13 مارس 2018.

4 - عبد المولى المسعيد : " الأحزاب السياسية وسؤال المواطنة والتخليق "، مجلة سلسلة إضاءات في الدراسات القانونية، العدد 1 ،مكتبة الرشاد السطات، 2013، ص.58.

5 - أصبحت الجماعات الترابية بمقتضى القوانين التنظيمية الجديدة ملزمة بإعداد برامج ومخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وفق منهجية تشاركية. للمزيد من التوضيح راجع بهذا الخصوص ، المسعيد عبد المولى : " مسار وتحولات اللامركزية الترابية بالمغرب "، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 2012.

6 - الفصل 31 من دستور 2011 السالف الذكر، ص. 3607.

- الترابية على تعبئة كل الوسائل والإمكانيات المتاحة لاستفادة المواطنين والمواطنات والمواطنين وعلى قدم المساواة من الحق في :
- العلاج والعناية الصحية.
 - الحماية الاجتماعية.
 - ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق وفي إطار المساواة وتكافؤ الفرص.
 - التنمية المستدامة.

إلى غيرها من الحقوق التي تحقق للمواطن شروط المواطنة الكاملة وسبل العيش الكريم، هذا دون إغفال الشق الثاني المتعلق بالواجبات التي تقابل الحقوق، وفي مقدمتها وأهمها نجد الالتزام بمقتضيات الدستور والتقييد بالقوانين واحترامها، بالإضافة إلى تحمل التكاليف العمومية كل حسب قدرته واستطاعته والتضامن والدفاع عن حوزة الوطن ووحدته وفق ما جاء في منطوق الفصل 40 من دستور 2011.

فالتربية على المواطنة تنمي الوعي بالحقوق والواجبات الفردية والجماعية والتدريب على ممارستها وتنمية الإحساس والولاء للوطن باعتباره الكيان الذي ينتمي إليه الأفراد بغض النظر عن انتماءاتهم العرقية والدينية والإثنية ومكانتهم الاجتماعية والثقافية، ومن جهة أخرى، تسعى التربية على المواطنة إلى توجيه الطاقات وقدرات الأفراد والهيئات نحو المشاركة الفعالة في بناء المجتمع المحلي وتقوية الحساسية لديهم نحو القضايا المختلفة، فالتربية على المواطنة هي بالأساس تربية على المبادرة والمسؤولية والاستقلالية².

وفي هذا الإطار، يبقى غرس قيم ومبادئ المواطنة الحق أن ينطلق من الأسرة والمحيط الاجتماعي، ومؤسسات الإعلام وتكون موضوع تأطير القوى السياسية وهيئات المجتمع المدني، هذه الأخيرة التي تشكل لبنة أساسية ودعامة ومرتكز من مرتكزات إشاعة احترام المبادئ الأساسية للقانون، ونشر قيم المواطنة والحقوق التي يجب أن يتمتع بها الأفراد، كما يجب على المنظومة التعليمية التربوية لعب دور أساسي في عملية بناء المواطنة من تعليم الناشئة القدرة على التعليل والمناقشة والحوار واحترام

¹ - أنظر المواد من 37 إلى 40 من دستور 2011.

² - جودة أحمد اسماعيل: "مفاهيم الدراسات الاجتماعية"، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة، 1، 1984، ص، 198.

الأخر، وتمكينها من معرفة المبادئ الأساسية للقانون، ومعرفة ثقافة المجتمع، ونظامه ومؤسساته، وتدريبها على المشاركة السياسية في تدبير الشأن العام والترابي بمسؤولية ووطنية فاعلة في أبعادها السياسية والاجتماعية¹.

إذا كانت هذه نظرة موجزة عن الدور المنوط بالأحزاب السياسية في تأطير المواطنين على المشاركة في الفعل السياسي، فما هي العوائق التي تحول دون قيامها بهذه الوظيفة؟

المطلب الثاني: عوائق تكريس ثقافة المواطنة

تعرف الأحزاب السياسية مجموعة من العوائق التي تؤثر سلبا في أدائها لوظائفها في التأطير والتكوين ووضع البرامج التي تؤهلها للدفع بالأفراد للاندماج في الحياة السياسية وللمشاركة في ممارسة السلطة وتتجلى هذه العوائق في غياب الديمقراطية داخل الأحزاب سواء في تولي المسؤوليات والتداول عليها أو من خلال اختيار المرشحين باسم الحزب إذ في الغالب ما يتم الاختيار بالتعيين بدل الانتخاب كآلية ديمقراطية يجب أن تسود الحزب، وهذا ما يؤدي إلى انشقاقات داخل الأحزاب ووقوع اضطرابات نتيجة الصراع حول القيادة أو الحصول على مناصب بيروقراطية لحماية مصالحها والدفاع عن أوضاعها عبر التثبيت بالزعامة الحزبية، مما يقود إلى نتيجة حتمية في نشوء أحزاب غير قادرة على تقديم إضافة إيجابية للمشهد السياسي فما بالك بالتأطير للمواطنين على احترام القانون وتكريس قيم المواطنة.

وهذا ما يكرس الأزمة من كون الأحزاب السياسية تعمل على تشريح ظاهرة العزوف انطلاقا من أنماط التفكير القديمة التي لم تخضع للتجديد، وارتكازا على نفس بنياتها التنظيمية العتيقة التي تعتبر هي بذاتها واحدة من الأسباب المنتجة للعزوف، وغياب الديمقراطية الداخلية في الأحزاب السياسية مقابل تغليب قيم المحسوبية والمحابة والطاعة على قيم الكفاءة والمسؤولية، الأمر الذي يجعل المؤتمرات الوطنية لهذه الأحزاب محطات لتغيير الطواقم والشكل الخارجي مع استمرار نفس المضامين وأدوات العمل لدى الطواقم السابقة، وليست محطات للتجديد في مضامين الخطاب

¹ - مهدي بوزكري: "سؤال المواطنة بالمغرب"، سلسلة إضاءات في الدراسات القانونية، العدد 1، مكتبة الرشاد السطات، 2013، ص.50.

السياسي وتعزيز ثقة المنخرطين في الحزب، وهذا هو ما يحول تلك المؤتمرات إلى مناسبات لتفجير البنية الحزبية أو فتح شقوق في جدار الانتماء إلى الحزب¹. ومن نتائج غياب الديمقراطية داخل التنظيمات الحزبية أنها أصبحت تقبل بين أعضائها الفاسدين والمرتشين وتتغاضى عن الإخلال بالمسؤولية والأمانة من هؤلاء الأعضاء خاصة الذين يتحملون مسؤوليات وطنية ومحلية، دون تفعيل المجالس التأديبية داخل هياكلها ومتابعتهم وإقصائهم بصفة نهائية من تقلد مناصب المسؤولية مما يكون معه عامل التخليق الحزبي حاضرا، ومنه أصبح من اللازم تحميل الأحزاب المسؤولية ولو معنوية إلى ما نسب إلى أحد المرشحين بإسمها، أي اختلاس للمال العام أو سوء تدبير لدفعها وحثها نحو مزيد من التدقيق والتحري حول كفاءة وسلوك مرشحيها ومواكبة وتتبع عملهم.

وهناك عائق مهم ويتعلق بعدم امتلاك معظم الأحزاب السياسات لبرامج وتصورات واضحة واقعية ودقيقة ترتبط بالواقع الاجتماعي المتغير والمشاكل المستجدة، وتلبي حاجيات المواطنين عند المشاركة في ممارسة السلطة وتشكل تعاقدًا بين الحزب والكتلة الناخبة²، إضافة إلى محدودية زمن الاشتغال السياسي لدى الأحزاب والاققتصار على الزمن الانتخابي بما يطبعه من موسمية تقتصر على أيام الحملات الانتخابية، أضف إلى ذلك ضعف التغطية للأحزاب وامتدادها وانتشارها التنظيمي، مما لن يمكنها من القيام بدورها في التنشئة والتأطير والتوعية باعتبارها مداخل أساسية للتشبع بقيم المواطنة.

إذن، من هنا تأتي الدعوة الصريحة للمواطنات والمواطنين خاصة ذوي الكفاءات والتجربة والمصداقية من أجل دخول غمار الحياة السياسية والاهتمام بالقضايا الوطنية وخصوصا الديمقراطية الناشئة بقدر ما سيدخلنا في متاهات الإجابة عن إشكالية شرعية المؤسسات المنتخبة سواء الوطنية أو المحلية، فيقدر وعي الشعب بقوانينه ومواطنته وحركيته تترسخ وتتسع مجالات الممارسة الديمقراطية التي

1 - ادريس الكنبوري : " في تخليق العمل السياسي " ، مقال منشور بتاريخ 31 يناير 2014، على الموقع الإلكتروني التالي :

www.maghress.com/almassa

2 - بوز أحمد : " الأحزاب المغربية وإشكالية التوظيف "، مقال منشور بتاريخ 13 مارس 2018 على الرابط الإلكتروني التالي :

www.aljabriabed.net

بمقدورها وحدها تقديم أجوبة عن تخليق الحياة والوعي الثقافي بالمنظومة القانونية وبسؤال المواطنة.

خاتمة:

لا شك أن دور مؤسسات المجتمع المدني والإعلام والأحزاب السياسية له ثقله في تثقيف الأفراد بما لهم وعليهم بموجب ما كفله لهم الدستور والقانون، فالوعي بالقانون ليس فقط معرفة التشريعات والنصوص القانونية، بل هو صورة متمازجة وشاملة لكل أنواع الوعي الاجتماعي ورفع المستوى الثقافي والمعرفي للمواطن ليكون قادرا على استيعاب القانون وتقبل أوامره ونواهيه بشكل صحيح، بل ويتبنى القانون ويجعله قيمة عليا يدرك أبعادها ويسعى لتطبيق موجباتها.

وعليه، يبقى تعميق ثقافة القانون في نفوس أفراد المجتمع من العوامل الأساسية لعملية التحديث والتنمية التي يصبو إليها الوطن، بل هي شرط أولي لكل محاولات الإصلاح في البنى الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية للدولة، ومن تم تصحيح الثقافة القانونية ومسؤولية الدولة الضامنة لإنفاذ القانون وتطبيقه والمالكة الأساسية لأدوات التوعية الإعلامية والتربوية، والقادرة على حمل الأفراد على الالتزام به والمشرقة على حسن تطبيقه.

لائحة المراجع :

*الكتب :

- ❖ أحمد ادريوش : " الثقافة والقانون"، دراسات حول العامل الثقافي في تلقي القوانين المدنية العصرية المقتبسة"، الجزء الأول، مطبعة الأمنية، الرباط ، 2014،
- ❖ جودة أحمد اسماعيل : "مفاهيم الدراسات الاجتماعية"، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة، 1، 1984
- ❖ طالب رشيد يادكار : " مبادئ القانون الدولي العام"، مطبعة موكوياني (أربيل)، العدد 1000، الطبعة الأولى، 2009،
- ❖ عبد الرحمان عبد الله : " علم الاجتماع القانوني، النشأة التطورية والمداخل النظرية الحديثة، دار المعرفة، الجامعية، الإسكندرية، 2000
- ❖ عبد المولى المسعيد : " الأحزاب السياسية وسؤال المواطنة والتخليق"، مجلة سلسلة إضاءات في الدراسات القانونية، العدد 1 ،مكتبة الرشد السطات، 2013،
- ❖ علي محمد جعفر : " نشأة القوانين وتطورها : مدخل إلى دراسة : القوانين القديمة، القانون الروماني، الشريعة الإسلامية"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2002
- ❖ فاروق الأباصيري : "دورالثقافة القانونية في تنمية المجتمع"، مجلة قضايا وآراء كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد، 126، 2001
- ❖ لبنى مخد العضالبي : " الثقافة القانونية دراسة في قانون العقوبات الأردني"، المجلة العربية للدراسات الأمنية التدريب، مجلد 49، العدد 58، 1995
- ❖ محمد الشافعي : " المدخل للعلوم القانونية"، سلسلة البحوث القانونية ، العدد 27، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش،

- ❖ محمد عبد الملك محسن المحبشي : " تاريخ وفلسفة القانون "، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، 2012،
- ❖ مهتدي بوزكري : "سؤال المواطنة بالمغرب"، سلسلة إضاءات في الدراسات القانونية، العدد 1 ، مكتبة الرشاد السطات، 2013.
- ❖ هارلميس وهولبورن : " سوسولوجا الثقافة والهوية "، المترجم حاتم محسن، دار كيوان، الطبعة الأولى، 2010
- *المقالات :
- ❖ الصوفي مصطفى : " حوار منشور بجريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد 31 أكتوبر 2001*"
- ❖ ادريس الكنبوري : " في تخليق العمل السياسي "، مقال منشور بتاريخ 31 يناير 2014، على الموقع الإلكتروني التالي : www.maghress.com/almassa
- ❖ بوز أحمد : " الأحزاب المغربية وإشكالية التوظيف"، مقال منشور بتاريخ 13 مارس 2018 على الرابط الإلكتروني التالي www.aljabriabed.net :
- ❖ جورج سعد : " فلسفة القانون، الإقتراح الأولي، الجمعية اللبنانية للفلسفة، الموقع الإلكتروني : http://www.aliphid.com/documents_ar.htm محسن الأكرمين : " عن غياب المتقف والفاعل السياسي في الزمن الحي لجائحة كورونا"، مقال منشور بتاريخ 15 يونيو 2020 على الموقع الإلكتروني التالي : www.meknespress.com
- ❖ بهاء أبو شقة : " نشر الثقافة القانونية"، مقال منشور بتاريخ 5 يونيو 2017 على الموقع الإلكتروني التالي : www.alwafd.news
- ❖ عبد المنعم نعيمي : " دور وسائل الإعلام والاتصال في نشر الوعي القانوني"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي : www.asjp.cerist.dz
- ❖ بن صالح العامر (عثمان) : " مفهوم المواطنة وعلاقته بالإنتماء"، مجلة أفاق الإلكترونية، ص.6، زيارة الموقع 13 مارس 2018.
- ❖ -سالم روضان الموسوي : " الوعي والثقافة القانونية"، مقال منشور بتاريخ على الموقع الإلكتروني التالي : www.annabaa.org
- ❖ حسين العلي العبد الله : " غياب الوعي القانوني للأفراد تعمد من الدولة أم لامبالاة ؟"، مقال منشور بتاريخ 23 يوليو 2014، على الموقع الإلكتروني التالي : www.aljarida.com
- ❖ المركز الديمقراطي العربي : " أهمية إشعاع الثقافة القانونية في الإدارات والمؤسسات العمومية"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.democraticac.de> بتاريخ 29 يونيو 2017
- ❖ محمد براو : ريط المسؤولية بالمحاسبة : جولة من الداخل، مقال منشور بمجلة مغرب القانون بتاريخ 11 مارس 2018 على الموقع الإلكتروني التالي :
- ❖ -الصدیق حيدة : " التخليق الإداري"، مجلة الدراسات والأبحاث القانونية مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي : www.marocdroit.com

*النصوص القانونية :

- دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 25 يوليوز 2011
- الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادر بتاريخ 28 شعبان 1432، الموافق لـ 30 يوليوز 2011.
- الظهير الشريف رقم 1.16.123 المنفذ للقانون رقم 11.15 المتعلق بإعادة تنظيم الهيئة العليا للإتصال السمعي البصري بتاريخ 25 أغسطس 2016، الجريدة الرسمية عدد 6502 ذو الحجة 1467 (22) سبتمبر 2016).

- ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجب محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 03.11.1993، ص.2168.

- الظهير الشريف رقم 1-02-202 الصادر في 12 من جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002)، الجريدة الرسمية رقم 5029 الصادرة يوم الإثنين 12 غشت 2002، بتنفيذ القانون رقم 03-01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية بتعليق قراراتها الإدارية.

Les ouvrages :

Les livres :

- ❖ Kulsar kalman : « Development and law : The Scope of law in Guided Ssocial Change, American Sociological », Review, 1,2, 1981
- ❖ Guy Rocher : « Introduction à la sociologie générale, le chargement Social », édition H .M.H

القانون الجنائي الدستوري: محاولة في التأصيل

د. سعد الستاتي / د. طارق الملباخ¹

أستاذ باحث بكلية الحقوق،

جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة:

تمثل الدساتير² محور التوازن بين السلطة والحرية، حيث يقتضي الفكر القانوني السليم أن ينظم دستور الدولة التوازن بين السلطة والحرية عن طريق تنظيم السلطة السياسية في الدولة، من حيث تحديد اختصاصها وكيفية تكوينها، فضلا عن تنظيمه وكفالاته للحقوق والحريات العامة والفردية التي يتمتع بها المواطنون في الدولة³.

¹ دكتور في الحقوق.

² تعود كلمة دستور في أصلها اللغوي إلى اللغة الفارسية، وتعني الأساس أو القاعدة، كما تدل تارة على معنى الإذن أو الرخصة، ومن هنا كانت بعد الدول العربية مثل مصر قبل سنة 1923، والعراق بعد ذلك، تسمى الدستور بالقانون الأساسي، ويقابل هذا الاصطلاح كلمة Constitution بالإنجليزية والفرنسية، وهي تعني: "التأسيس أو البناء أو التنظيم أو التكوين". انظر: سالم الكسواني، مبادئ القانون الدستوري: دراسة تحليلية للنظام الدستوري الأردني، منشورات مطبعة الكسواني، عمان، بدون طبعة، سنة 1983، ص 15.

ولمصطلح الدستور معنيان، الأول شكلي، يعني وثيقة مكتوبة صادرة عن أعلى سلطة في الدولة تسمى السلطة التأسيسية الأصلية، وتشمل هذه الوثيقة أهم القواعد القانونية في الدولة، والمتعلقة خاصة بتنظيم السلطة السياسية وانتقالها وعلاقتها بالأفراد في الدولة. أما الثاني، فهو مادي، ويقصد به مجموع القواعد القانونية مهما كان شكلها والتي تحدد تنظيم السلطة السياسية وانتقالها وعلاقتها بالأفراد في الدولة. انظر: محمد شفيق صرصار، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، منشورات المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية التونسية، 2007، ص 4.

³ يعتبر القانون الدستوري من أهم القوانين التي تقوم عليها الدول. لذلك، فمفهومه الاصطلاحي ينصرف لمجموع القواعد التي تحدد سلطات الحكام والمبادئ التي يتوجب عليهم احترامها، خصوصا تلك المتعلقة بحقوق الأفراد وحررياتهم، وقد اعتاد الفقهاء أن يعرفوا القانون الدستوري من ناحيتين: شكلية وموضوعية. ويركز أصحاب المعيار الشكلي *le critère formel* على الشكل الخارجي (الظاهري) للقاعدة القانونية والهيئة أو العضو الذي أصدرها، ويمكن تعريف الدستور وفقا للمعيار الشكلي "بأنه الوثيقة الأساسية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتنظم السلطات العامة فيها"، وتتصف هذه الوثيقة الرئيسية بأن قواعدنا تضعها السلطة التأسيسية الأصلية التي هي أعلى من السلطة التشريعية العادية، وأن قواعدنا لا تعدل إلا باتباع إجراءات خاصة أكثر تشددا وتعقيدا من الإجراءات الخاصة بتعديل القوانين العادية. انظر: محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، سنة، ص 7.

والدستور وفق هذا المعنى، يعد الوثيقة الأسمى في الدولة له السيادة على جميع التصرفات القانونية فيها، لأن الهدف من قيامها هو إيجاد نظام قانوني واجتماعي متكامل تحمي فيه حقوق وحريات الأفراد من جهة، وتضمن التزامهم بالواجبات المقررة من جهة أخرى¹.

وعلى ذلك، فالدستور هو الحصن الذي يحتمي به الشخص ضد كل الانتهاكات والاجراءات التعسفية التي تمس حريته وسلامته الشخصية سيما الحقوق الجنائية². وبالرجوع إلى التشريع الجنائي، نجده ينظم مجموعة من الحقوق المتعلقة بالضحية أو المتهم، لذلك، فهذا التشريع يتحمل مسؤولية تحقيق التوازن بين ضمان هذه الحقوق وحماية المصلحة العامة (مصلحة المجتمع) بقدر متناسب. ويلتزم المشرع في سبيل تحقيق هذا التوازن باحترام الضمانات التي ينص عليها الدستور³. وباستقراءنا لنصوص الدستور ونصوص القانون الجنائي، يظهر جليا أن هناك علاقة وثيقة الصلة بين القانونين، فالقانون الدستوري حين يرسم شكل الحكم وينظم قواعده، يحدد في نفس الوقت مادة القانون الجنائي الذي يأتي مكملا للقانون الدستوري، من أجل حماية القواعد التي تضمنها الدستور، وذلك عن طريق النص على إنزال العقوبات في حق كل من تسول له نفسه الاعتداء على دستور الدولة أو نظام الحكم فيها، وتوفير الحماية القانونية لمبادئ الحرية والحقوق بالقدر الذي قدره الدستور، منعا للاعتداء على حريات الأفراد وأموالهم، كما حددت بعض القواعد

فيما يذهب أنصار المعيار الموضوعي *le critère matériel* في تعريفهم للقانون الدستوري على الجوهري لا على الشكل أو المضمون، ويرون أن موضوع القانون الدستوري قد يمتد نطاقه ليشمل مواضيع غير واردة في الوثيقة الدستورية، ومن الفقهاء الذين قدموا تعريفا للقانون الدستوري وفقا لهذا المعيار، الفقيه إسماعيل الغزالي الذي عرف القانون الدستوري بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي يتقرر بموجبها تنظيم ومباشرة السلطة السياسية، وتحديد كيفية انتقالها". كما يرى هذا الفقيه أن الدستور يتضمن مدلولاً قانونياً ومدلولاً إيديولوجياً، فالمعنى القانوني للدستور يهتم بتنظيم السلطات العامة وتحديد صلاحياتها وطرق التنسيق فيما بينها، ويتضمن حقوق المواطنين وواجباتهم، أما المعنى الإيديولوجي للدستور فيتضمن الشرعية الديمقراطية التي هي تعبير عن الإرادة العامة، ويهدف تحقيق وحدة المجتمع السياسي في بلد ما. انظر: إسماعيل الغزالي، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بدون طبعة، سنة 1989، ص 10.

¹ زهراء حاتم عبد الكاظم، الضمانات الدستورية للحقوق الجنائية: دراسة مقارنة في الدساتير المقارنة، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، السنة 2019، ص 69.

² نقصد بالحقوق الجنائية مجموعة المبادئ التي تكفلها القوانين الجنائية سواء من حيث الموضوع (القانون الجنائي) أو الشكلي (قانون المسطرة الجنائية).

³ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، سنة 2002، ص 5.

الدستورية الأسس التي يركز عليها القانون الجنائي، فقاعدة العقوبة، وقاعدة عدم رجعية القانون الجنائي، وقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، وقاعدة حق الدفاع... إلخ، كلها أسس ترسم الخطوط الرئيسية والمجال الذي يدور في فلكه القانون الجنائي.

وبالتالي، فالقواعد الدستورية تساعد في تحديد مضمون القانون الجنائي ذاته، بحيث يتوقف تحديد الجرائم على تطوير المبادئ الدستورية أكثر من اعتماده على تطور القيم والمصالح الاجتماعية، كما أنه طالما كان الدستور هو القانون الأساسي، فإنه يحمل في طياته تحديد القيم الأساسية للمجتمع والحقوق والحريات، مما يوجب على القانون الجنائي أن يكفل من خلال الأدوات التي ينظمها (العقوبات والإجراءات الجنائية)، حماية هذه القيم ضمانا لحماية الحقوق والحريات على نحو يتفق مع المبادئ التي يكفلها الدستور، فلا يجوز أن يقوم القانون الجنائي بتحريم سلوك لا يلحق ضررا بالمجتمع أو يهدده بالخطر، أو ينص على عقوبات مبالغ فيها، فمراعاة الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب أمر يحتمه الدستور، كما لا يجوز أن يقوم القانون الجنائي بتنظيم إجراءات تمس الحريات بغير كفالة ضماناتها

وتحدد القواعد الدستورية طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة، والتي تحكم مضمون قواعد القانون الجنائي، لكي تجعلها أكثر انضباطا مع الإرادة العامة للمجتمع، المتمثلة في الدستور وتأكيد حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة، من خلال إحداث توازن فيما بينها، وهذا التوازن يتحقق من خلال معيار التناسب "proportionnalité" الذي يحقق علاقة منطقية بين الوسائل والغايات.

ولا يتناقض الالتزام الدستوري للقانون الجنائي مع تطويره وفق مبادئ علم الإجرام، طالما أن التجريم والعقاب الذي يقرره القانون الجنائي تحكمه موجبات الضرورة والتناسب بالمفهوم الدستوري لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وطالما حافظ قانون الإجراءات الجنائية على الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في توازن بينها وبين المصلحة العامة، كل ذلك يأتي إيذانا بمرحلة جديدة لفقهاء القانون الجنائي، يعطى فيها الصدارة للمبادئ الدستورية التي تحكم القانون الجنائي، لكي تضبط قواعده التي تتأثر بطبيعة العلاقة بين الفرد والدولة في ضوء النظام الدستوري، سواء تلك التي تركز على مفهوم الجريمة أو

تلك التي تقوم على مفهوم المجرم، لكي تأتي محققة للتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة¹.

ونستهدف من هذه الدراسة تأصيل العلاقة بين الفرد والدولة حتى نربط دراسة القانون الجنائي بالشرعية الدستورية، تأكيداً لوحدة النظام القانوني الذي يحكمه الدستور. ومن خلال هذا الارتباط نسلط الضوء على جوانب جديدة في هذا القانون تربطه بسائر فروع القانون، فلا يكون دائماً بعيداً عنها أو منفصلاً منعزلاً عن ضوابطها، بل مرتبطاً معها بحكم علاقته معها داخل النظام القانوني الذي يقف الدستور على قمته. وفي هذا الإطار لا يكون كل من القانون الجنائي أداة للقهر أو للتحكم، وإنما أداة لحماية الحقوق والحريات، بالإضافة إلى تحقيق المصلحة العامة². وبهذا الارتباط يتأكد الوضع المهم الذي يحتله القانون الجنائي في النظام القانوني وفي نظرية القانون، وهو ما جهله البعض حين تخيلوا أن دراسة هذا القانون يعنى مجرد دراسة أفكار الفقيه "لومبروزو"، ومن ناحية أخرى، فإن الدستور إذ يحمي الحقوق والحريات، يأتي المشرع بعده ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية، ويرسم للقاضي دوره في تأمين هذه الحماية والمحافظة عليها³.

ولا شك أن أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو في المواد الجنائية، سواء من خلال العقوبات أو الإجراءات الجنائية، مما يدفع لبحث القانون الجنائي الدستوري لاستجلاء الحماية الدستورية للحقوق والحريات في كل من التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية، والتي تكون في مجموعها فرعاً جديداً من فروع القانون، هو القانون الجنائي الدستوري⁴، هدفة تأصيل القواعد الدستورية للقانون الجنائي، على نحو يوضح التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في

¹ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 7.

² Louis FAVOREU, La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : Vers un droit constitutionnel pénale, Vitu, Paris, Cujas, 1989, P 169.

³ جميلة بوستاق، الأسس الدستورية للعدالة الجنائية، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2018، 33.

⁴ أول من أطلق هذه التسمية في الفقه العربي، هو الفقيه أحمد فتحي سرور، نظراً لاعتباره أن الدستور يعتبر مصدراً للحقوق والحريات، مما قد يوحي بإطلاق اسم "القانون الدستوري الجنائي" على هذا الفرع من القانون، إلا أنه من حيث المضمون تؤثر هذه الحقوق والحريات مباشرة في قواعد القانون الجنائي، مما يجعلنا نفضل تسميته بالقانون الجنائي الدستوري. انظر، أحمد فتحي سرور، نفس المرجع، ص 8.

ضوء معيار التناسب بين الوسائل والغايات¹. وهذا يدفعنا إلى التساؤل حول مرتكزات ومظاهر القانون الجنائي الدستوري؟
هذا التساؤل سنحاول الإجابة عنه في محورين أساسيين، نخصص الأول لبحث مرتكزات القانون الجنائي الدستوري، ونتعرض في الثاني لمظاهر القانون الجنائي الدستوري.

المحور الأول: مرتكزات القانون الجنائي الدستوري

لعل أهم المرتكزات التي تميز القانون الجنائي الدستوري هي خضوع مقتضيات القانون الجنائي للشرعية الدستورية، مما يضيف نوعاً من التناغم والتناسق بين مضامين القانونين الجنائي والدستوري من جهة (أولاً)، وقدرة القانون الجنائي الدستوري على تحقيق التوازن بين حماية حقوق وحريات الأفراد والمصلحة العامة من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً- خضوع القانون الجنائي للشرعية الدستورية:

من خلال هذه النقطة سوف نعمل على إبراز مظاهر خضوع القانون الجنائي للشرعية الدستورية، عبر التطرق لمبدأ التدرج التشريعي (1)، ومراقبة دستورية القوانين (2).

1- مبدأ التدرج التشريعي:

يندرج خضوع القانون الجنائي للشرعية الدستورية في إطار ما يعرف بمبدأ التدرج التشريعي، وهناك من يسميه بمبدأ التسلسل الهرمي، والأفضل تسميته بمبدأ التدرج التشريعي، إذ أنه يشير إلى درجات التشريعات المختلفة ومراتبها عند التطبيق²، والمقصود بهذا المبدأ، أن التشريعات المختلفة ليست في درجة واحدة أو

¹ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، منشورات دار الشروق، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 2002، ص 91.

² ينسب مبدأ التدرج التشريعي إلى الفقيه النمساوي "هانز كالسن"، الذي كرس هذا المبدأ في كتابه (نظرية القانون)، حيث ذكر أن التشريع بمدلوله العام في المجتمع هو مجموعة نصوص وقواعد عامة، لكنها ليست ذات قوة قانونية واحدة، فالقواعد القانونية تستمد قوتها من قيمة الموضوع الذي تتناوله هذه القواعد،

مرتبة واحدة أو نوع واحد، وإنما هي تتدرج من حيث قوتها ووجوب تنفيذها على ثلاث درجات، فيوجد في قمة التشريعات الأساسية الدستور، وتليه في الدرجة التشريعات العادية (القوانين التنظيمية والعادية) ثم يأتي التشريع الفرعي مثل القرارات الإدارية¹.

ويرجع الاختلاف في درجات التشريعات المختلفة إلى طبيعة الجهة التي تصدر التشريع، فالدستور يصدر عن الشعب مباشرة بعد الاستفتاء عليه من قبل الشعب مالك السلطة وصاحبها. في حين تصدر القوانين عن السلطة التشريعية المختصة التي تضم نواب الشعب الذين أنابهم الشعب للقيام بوظيفة التشريع. أما التشريع الفرعي (اللائحة)، فالجهة التي تصدره هي السلطة التنفيذية، ويشمل التشريع الفرعي اللوائح والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد تنفيذ وتطبيق التشريعات الأصلية (القوانين)، كما قد يكون الغرض من إصدار التشريعات الفرعية تنظيم وترتيب المصالح العامة².

ويعد الدستور بمثابة مجموعة من القواعد التي تتناول تنظيم الحكم، إذ تشكل هذه القواعد النواة الصلبة للدستور، كما تعد تعبيراً عن الإيديولوجية السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تعطي لتنظيم الحكم في الدولة بعده ومدلوله الحقيقيين³.

وفي هذا الصدد، ينص الفصل السادس من دستور المملكة المغربية على أنه: "تعد دستورية القواعد القانونية، وتراتيباتها، ووجوب نشرها، مبادئ ملزمة"⁴. وبذلك، فإن سمو الدستور داخل التنظيم القانوني يجد اعتباره في مجموعة من العوامل منها ما هو مرتبط بالشكل (بطريقة وضع وتعديل الدستور...)، ومنها ما هو موضوعي يخص المواضيع العامة والحيوية التي يقرها الدستور بالنسبة

فالقواعد الدستورية أعلى شأنًا ودرجة من قواعد القانون، وقواعد القانون بدورها أعلى درجة من قواعد اللائحة.

1 توفيق حسن فرج، مدخل للعلوم القانونية، منشورات مؤسسة الثقافة الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1981، ص 207.

2 محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون طبعة، سنة 2002، ص 80.

3 رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، سنة 1990، ص 88.

4 الفصل 6 من الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1932 (30 يوليوز 2011)، ص 3602.

للاعتبارات الشكلية لسمو الدستور، فتتجسد في المكانة المهمة التي يكتسبها الدستور بالمقارنة مع باقي القواعد الأخرى، سواء بالنسبة لطريقة وضعه لأول مرة أو ما يخص تعديله، فالدستور يوضع من قبل سلطة تأسيسية أصلية غير مشروطة.

وبما أن السلطة التأسيسية الأصلية التي تباشر عملها بوضع الدستور، هي سلطة لا تتقيد بأية اعتبارات قانونية، فهي إذن لا تندرج ضمن السلطات العامة التي تخضع للقانون، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء. بينما تخضع السلطات الأخرى لهذه الرقابة لوجود القواعد الدستورية التي يتعين عليها التزامها عند مباشرة اختصاصاتها¹.

ومن ضمن المرتكزات - أيضا - التي تجسد سمو الوثيقة الدستورية عن باقي القوانين الأخرى، ومنها القانون الدستوري، نجد جمود الدستور. ويجد هذا الاعتبار مسكنه في كون أن الدستور يخضع لمسطرة خاصة عند تعديله ينص عليها الدستور نفسه، فإذا كانت القوانين تعدل وفق مسطرة تتسم بالسهولة والمرونة، فإن الدستور يخضع لمسطرة فريدة تتميز بالجمود والصلابة، أما من حيث المواضيع والمحاور المهمة التي يحددها الدستور في مضامينه، فهي تتمحور في تحديد طبيعة السلطة والحكم في الدولة والعلاقات بين هذه السلطات.

كما أن الدستور هو الضامن لحقوق وحرية الأفراد، و المحدد الرئيسي لهذه الحقوق والواجبات، ولهذه الاعتبارات وغيرها، يتبوأ الدستور مكانة متميزة في قمة التنظيم القانوني للدولة، إذ لا يمكن أن تتحقق العدالة وتتجسد دولة القانون بدون هذا السمو، لهذا فقد اعتبر رأي في الفقه أن الدستور هو أساس الدولة، وقاعدة النظام القانوني²، وبالتالي، فإن الرقابة على الدستورية وخضوع القواعد القانونية الأخرى للدستور بما فيها قواعد القانون الجنائي، ما هو إلا تجسيد لهذا السمو.

¹ جمال الدين سامي، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة وسنة، ص 38.

² محمد نويري، الكتلة الدستورية بالمغرب: مقارنة دستورية- قضائية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.marocdroit.ma> تاريخ الإطلاع 1 أبريل 2020، على الساعة الثالثة زوالاً.

2- الرقابة على دستورية القوانين:

إن الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية في التنظيم القانوني للدولة، طرح مجموعة من التبعات والنتائج، كان من أولى هذه النتائج ما يعرف بمبدأ تدرج القوانين، ويقصد بهذا المبدأ " تمتع بعض القواعد القانونية بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد القانونية الأخرى التي تليها في المرتبة، وبالتالي يجب على كل سلطة عامة عند قيامها بإنشاء القواعد القانونية، أن تراعي أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة تعديل أو إلغاء القاعدة القانونية الأعلى مرتبة وإلا كانت مخالفة للمشروعية، فإذا تعرضت بعض هذه القواعد فيما بينها، فإنه يمكن تغليب القاعدة القانونية الأعلى مرتبة"¹، وبالتالي أضحى من اللازم الحديث عن الرقابة على الدستورية تطبيقاً لمبدأ سمو الدستور وخضوع هذه القواعد القانونية لهذه القاعدة العليا.

إن الرقابة على دستورية القوانين هي في الغالب رقابة وقائية تعمل على ضمان تطابق مختلف القواعد القانونية التي تدخل في هرمية التشريع مع الدستور، وهذه الرقابة تناط بهيئة مختصة تختلف باختلاف طبيعة النظم السياسية². وقد ثار خلاف حول الجهات التي ستتولى الرقابة الدستورية، هل هي هيئة سياسية أم قضائية؟ وهل ستكون رقابة إلغاء أم امتناع؟ وهل ستكون سابقة أم لاحقة؟ ومن هنا ظهر الاختلاف في نوع هذه الرقابة.

يمكن القول أن الرقابة على دستورية القوانين في المغرب تندرج في إطار الرقابة السياسية، لكونها رقابة قبلية تتولاها هيئة دستورية تتكون من أعضاء ينتدبون عن طريق مسطرة التعيين، يفترض فيها الاستقلالية عن جميع السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، لكونها تمارس اختصاصات قضائية قبل إصدار القانون ليكون نافذاً، ويصفها الفقه الدستوري بالرقابة الوقائية، وظيفتها التحقق من

1 جمال الدين سامي، مرجع سابق، ص 17.

2 في معرض حديثنا عن الرقابة الدستورية، تجب الإشارة إلى أن موضوع الرقابة الدستورية لا يثار إلا في الدساتير الجامدة، حيث لا يتصور أن تثار مسألة الرقابة الدستورية في الدساتير المرنة، والسبب في ذلك هو مبدأ سمو القاعدة الدستورية في الدساتير الجامدة، فيما إن الدساتير المرنة يتم تعديلها بطرق خاصة تختلف عن التشريع العادي، فهذا الأمر يعطي للقاعدة الدستورية في الدساتير المرنة سمو أعلى من القواعد القانونية الأخرى على عكس الدساتير المرنة التي تعدل بنفس الطريقة التي يعدل بها التشريع العادي، وهنا تتساوى القاعدة الدستورية مع التشريع العادي ولا تعود للرقابة الدستورية فائدة. انظر: محمد بن شريف، الرقابة على دستورية القوانين في المغرب: الرقابة السياسية والرقابة القضائية، مقال منشور بجريدة المساء، عدد 37754، 3 يناير 2012، ص 7.

مطابقة التشريع للدستور، فهي بذلك رقابة قبلية أو سابقة على إصدار القانون، بحيث لا يكون القانون نافذا إلا بعد إعمال مبدأ الرقابة من طرف الهيئة المسند إليها ممارسة الاختصاص المذكور¹، عادة ما تتولاه هيئة كالغرفة الدستورية أو المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، وذلك تبعا للأنظمة الدستورية لكل بلد². إن القيام بالرقابة الدستورية على القوانين اختصاص مطلق مسند إلى المحكمة الدستورية بمقتضى الدستور، لا يشاركها فيه القضاء بأي شكل من الأشكال، سواء تعلق الأمر بممارسة رقابة الإلغاء أو رقابة الامتناع. فالدستور المغربي لم يقرر للأفراد حق الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء الدستوري مباشرة³، وبالمقابل أجاز إثارة الدفع بعدم دستورية قانون معين بمناسبة النظر في قضية معروضة على المحاكم (مدنية، جنائية، إدارية أو تجارية).

وعليه، فالقاضي الدستوري ملزم بتحقيق العدالة الدستورية عن طريق إعمال مبدأ مراقبة مدى مطابقة القوانين للدستور⁴، علما أن المراسيم لا تخضع للرقابة

1 حميد إبراهيم الحاميدي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2011، ص 22 وما بعدها.
2 بالنسبة للمملكة المغربية، اضطلعت بتلك الوظيفة في البداية الغرفة الدستورية (دستور 1962)، ثم المجلس الدستوري (دستور 1992 والتأكيد عليه في دستور 1996)، ليتقرر في دستور 2011 تسمية الهيئة بالمحكمة الدستورية (الفصل 129 من الدستور).

وبمقتضى التعديلات الدستورية، تم التأكيد من جديد بأن المحكمة الدستورية تحتكر مجال الرقابة على دستورية القوانين، سواء تعلق الأمر بالرقابة الوقائية (الرقابة السياسية)، التي تتوخى بأن يصدر القانون بشكل مطابق للدستور، أو تعلق الأمر بالرقابة عن طريق الدفع (رقابة امتناع). وعلى هذا الأساس، يستخلص بأن الدستور المغربي أخذ بالرقابة السياسية والرقابة عن طريق الدفع مع احتكار مجال الاختصاص للمحكمة الدستورية، بمعنى عدم جواز البت في دستورية القوانين من طرف المحاكم (مدنية، جنائية، إدارية، أو تجارية). فالرقابة الدستورية على القوانين هي الآلية التي تضمن للدستور سموه، تطبيقا لمبدأ التدرج في قوة القواعد القانونية، بحيث يتعين وجوبا أن تكون القاعدة الأدنى تطابق القاعدة الأعلى درجة وإلا اعتبرت باطلة، وهو المبدأ المدني الذي أخذ به الدستور في فصله 6، مؤكدا على أنه: "تعتبر دستورية القواعد القانونية، وتراتبيتها، ووجوب نشرها، مبادئ ملزمة". انظر: محمد بن شريف، مرجع سابق، ص 7.

أما في فرنسا الوطن الأم لنشأة هذا النوع من الرقابة، فيضطلع بها المجلس الدستوري وفقا لما قرره دستور 1958 في المادة 56 منه.

3 تتوجب الإشارة في هذا المقام إلى أن قرارات المحكمة الدستورية غير قابلة للطعن، فهي ملزمة لجميع السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية.

4 تختص المحكمة الدستورية بممارسة الرقابة على دستورية القوانين، إذ تضمنت الفقرتين 1 و 2 من الفصل 132 من الدستور: «تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفضول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية، وتبت بالإضافة الى ذلك في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء. تحال الى المحكمة الدستورية القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها لتبت في مطابقتها للدستور»، كما أضاف

الدستورية للمحكمة الدستورية، بل أقر القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية¹ صراحة بأن النظر في مشروعية المراسيم هو من اختصاص محكمة النقض. وبذلك، فالدستور المغربي لم يدرج رقابة دستورية المراسيم من ضمن صلاحيات المحكمة الدستورية. وبالتالي، فهي تندرج ضمن مسطرة رقابة المشروعية، كاختصاص مسند إلى القضاء الإداري وليس إلى القضاء الدستوري. ومما سبق، يمكن القول بأن الهدف من الرقابة الدستورية هو إقرار التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، في إطار العمل بمبدأ دولة القانون الذي يستلزم القبول بسلطة الدستور دون تعسف من أي سلطة كانت.

ثانيا- إقامة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة:

من خلال هذه النقطة، سوف نقوم بإبراز دور القانون الجنائي الدستوري في إقامة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، عبر التطرق إلى دور كل من التشريع الجنائي (1)، والدستور (2).

1- إقامة التوازن من خلال نصوص التشريع الجنائي:

يهدف القانون الجنائي إلى إحداث التوازن بين حماية المصلحة العامة التي تمس كيان الدولة أو المجتمع، وبين حماية الحقوق والحريات والمصالح الخاصة بالأفراد، ويتميز هذا القانون بأن قواعده تتسم بقوة التأثير على السلوك الاجتماعي، ويبدو ذلك واضحا في مقتضياته التي تفرض أنماطا من السلوك ترتب عقوبات على مخالفتها، كما يتجلى هذا المعنى بما يتضمنه القانون الجنائي من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين في سبيل كشف الحقيقة وإقرار حق الدولة في العقاب².

غير أن قوة التأثير التي تتسم بها قواعد القانون الجنائي على السلوك الاجتماعي لا تخفى طابعه الحقيقي، وهو حماية المصلحة الاجتماعية، وتتجلى هذه المصلحة في القانون الجنائي بما يفرضه من أنماط السلوك المختلفة لحماية

الدستور الجديد اختصاصا لم يكن مألوفاً في الدساتير السابقة أو في القوانين العادية، ويتعلق الأمر بالاختصاص المتعلق بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون (الفصل 133)، هذا النوع من الرقابة يعرف بالرقابة عن طريق الدفع أو رقابة امتناع.

¹ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.226، بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (11 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4227، بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نونبر 1993)، ص 2168.

² زهراء حاتم عبد الكاظم، مرجع سابق، ص 71-81.

المصالح والقيم الاجتماعية وحماية الحقوق والحريات، بما يفرضه من جزاء قانوني لضمان احترام هذه الأنماط¹.

وتتوقف فعالية القانون الجنائي في أداء هذه الوظيفة على معيارين هما: مدى حسن تعبيره عن المصالح والقيم الحالية للمجتمع، ومدى تنظيمه للجزاء الجنائي. بالنسبة للمعيار الأول، فإن القانون الجنائي يمر حاليا بأزمة التكيف مع متطلبات المجتمع، فهو يواجه صدمة التغيرات السريعة التي تمس مصالح المجتمع وقيمه، الأمر الذي يقتضي أن يواجه القانون بصفة دائمة هذه التغيرات وأن يداوم على التعايش مع تطوير المجتمع الذي يحيا فيه. وبالنسبة إلى المعيار الثاني، فإن الجزاء يجب أن يخضع لسياسة جنائية تكفل بوضوح حماية هذا الهدف الاجتماعي من قواعد التجريم، وحتى يكفل احترام المصالح والقيم الاجتماعية التي تعبر عنها هذه القواعد وحماية الحقوق والحريات التي تنظمها².

وبالتالي، فالقانون الجنائي يهدف بوجه عام إلى حماية المصلحة الاجتماعية من خلال ما ينظمه من إجراءات لكشف الحقيقة وإقرار حق الدولة في العقاب، من خلال الضمانات التي يقرها لحماية حقوق وحريات المتهم التي تتعرض للخطر من جراء هذه الإجراءات³.

ويوازن القانون الجنائي بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن حسن سيره وفعاليتها، ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح - خاصة الفردية منها - على النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة⁴.

ومن خلال التوازن الذي يقيمه القانون الجنائي بين المصلحة العامة والحقوق والحريات، فإن المشرع الجنائي لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات بثلاثة أساليب⁵:

¹ وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 2009، ص 31.

² أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، سنة 1977، ص 10.

³ عباس عبد الرزاق مجلي السعيد، ضوابط استحداث النص الجنائي الخاص: دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص 334-335.

⁴ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 10.

⁵ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها.

أ- الحماية الجنائية للحقوق والحريات، من خلال تجريم أفعال المساس بها والمعاقبة عليها، مثل المساس بالحق في الحياة الخاصة، أو الحق في الحياة، أو الحق في سلامة الجسم، أو الحق في الحرية الشخصية، أو الحق في الثقة والاعتبار، وتنطوي هذه الحماية الجنائية في ذات الوقت على حماية النظام العام الذي يتأذى من المساس به، ومن المساس بالحقوق والحريات.

ب- أن تتم الحماية الجنائية للحقوق والحريات من خلال التوازن فيما بينها من ناحية، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى، فلا يجوز أن تكون حماية المصلحة العامة أو حماية حقوق الغير وسيلة للعصف بالحقوق والحريات، مثل حرية التعبير، وحق نشر الأخبار، وحرية البحث العلمي، وحق النقد، وحق مخاطبة السلطات العامة، وحق الدفاع، فالتوازن بين الحقوق والحريات المحمية يحدد سلطة المشرع الجنائي في التجريم والعقاب، مثال ذلك، إن تجريم المساس بالحق في الثقة والاعتبار لا يجوز أن يمس حرية التعبير، كما أن تجريم المساس بالحق في سلامة الجسم لا يجوز أن يمس الحق في العلاج، وتجريم المساس بالحق في الحياة لا يجوز أن يتم بالتضحية بالحق في حياة شخص آخر أولى بالاعتبار (مما يخوله القانون كحق الدفاع الشرعي).

وكذلك الشأن في التوازن بين العقوبة وجسامة الجريمة، كما تكون هذه الحماية في إطار التوازن مع المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام بجميع جوانبه حينما يتطلب تنظيم ممارسة هذه الحقوق والحريات داخل حدود معينة مراعاة للصالح العام وتجريم الخروج عن هذه الحدود، وهو ما يمثل الضرورة الاجتماعية التي تتطلب التجريم والعقاب بالقدر المتناسب مع الفعل الصادر عن الفرد.

ج- ضمان التمتع ببعض الحقوق والحريات، كقيد على الإجراءات الجنائية التي تتخذ لاقتضاء حق الدولة في العقاب تحقيقا للمصلحة العامة، فإذا تطلب الأمر من سلطة التحقيق القبض على المتهم أو تفتيشه، فلا يجوز أن يتم ذلك بالتضحية على نحو مطلق بحقه في الحرية، أو حقه في سلامة المسكن، كما أن محاكمة المتهم لا يجوز أن تحرمه من حقوق الدفاع، ومن التمتع بحقوقه الأخرى بالموازنة مع سلطة الاتهام.

وفي هذا الصدد، فإن الصراع دائم بين مقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات تمتع الفرد بحقوقه وحرياته، وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية

العليا بمصر قائلة بأن: "إدانة المتهم بجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديدا لحقه في الحياة، وهي مخاطرة لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد في الحرية من ناحية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى"¹. وتدق وظيفة القانون الجنائي أمام التطور الاجتماعي السريع الذي لحق بالمجتمعات الإنسانية خلال القرن التاسع عشر وفي أوائل القرن العشرين، وما صاحبهما من تقدم علمي يمكن استخدامه بطريقة تضر بالإنسانية، وقد انعكس هذا التطور في تحديد نطاق المصلحة التي يجب أن يحميها قانون العقوبات، وفي تحديد مدى مشروعية بعض الوسائل التكنولوجية الحديثة في كشف الحقيقة².

ويؤدى القانون الجنائي وظيفته في الدولة القانونية في إطار الشرعية الدستورية، فقانون العقوبات يحمى الحقوق التي قررها الدستور، ويلتزم بالمبادئ التي يقرها هذا الأخير في مجالات التجريم والعقاب والإباحة والمسؤولية، كما يلتزم أيضا القانون الجنائي بالمبادئ الدستورية في الحقوق والحريات العامة³.

وفي إطار هذا الالتزام، يتحدد دور كل من المشرع الجنائي والقاضي الجنائي، فالمشرع يقيم التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة المتمثلة في النظام العام الجنائي، والقاضي هو الحارس للحقوق والحريات، ويجب أن يكفل حمايتها في مواجهة مقتضيات المحاكمة⁴.

2- إقامة التوازن من خلال النص الدستوري:

إذا كانت الحماية الجنائية للحقوق والحريات، وحماية النظام العام تتم من خلال التجريم والعقاب، وكانت الإجراءات الجنائية تتخذ لتمكين الدولة من اقتضاء حقها في العقاب، فإن ذلك لا يعنى التضحية بحقوق وحريات الأفراد الذين يتم تجريم أفعالهم والعقاب عليها واتخاذ الإجراءات الجنائية في مواجهتهم. ومن ناحية أخرى، إذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تنقرر حسب الأصل بالقانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، فإن حماية الحقوق والحريات تنقرر بحسب

1 مأخوذ عن الأستاذ: سيف النصر سليمان، مرجع سابق، ص 11.

2 أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 11.

3 أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 12.

4 ماجد أحمد الزامل، ضمانات الحريات العامة بين قانون الإجراءات الجنائية والدستور، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.m.ahewar.org، بتاريخ 2020/06/21، على الساعة 11 صباحا.

الأصل بالدستور، ومن هنا كانت الشرعية الدستورية هي الضامن لما جاء في القانون الجنائي¹.

وفي ضوء الشرعية الدستورية يجب أن يحدث التوازن بين الهدف الأول من وراء التجريم والعقاب ومباشرة الإجراءات الجنائية، والمتمثل في حماية المصلحة العامة، والهدف الثاني المتمثل في ضمان الحقوق والحريات. وبغير هذا التوازن، يفقد التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية المصدقية والفاعلية في الدولة القانونية. لهذا، يجب أن يتجاوب التجريم والعقاب، وكذا مباشرة الإجراءات الجنائية مع مقتضيات حماية الحقوق والحريات في جميع صورها وأشكالها، وبدون هذه الحماية يكون التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية أداة بطش وتحكم، فتفقد الحقوق والحريات معناها وجدواها².

وتتجلى أهمية ضمان الحقوق والحريات في أن النظام العام يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب، فالتجريم يمس حرية الفرد في مباشرة أنواع معينة من السلوك لأنه يخضعه لضوابط اجتماعية معينة، هذا بالإضافة إلى العقاب، فإنه يمس الحرية الشخصية للفرد³.

وفي هذا الصدد، قد يتعرض الفرد لمخاطر التجريم إذا ما تعرض للنوايا أو امتد إلى الحالة النفسية للنشاط الإنساني، أو ظهرت نصوصه غامضة أو غير دقيقة، أو امتد التجريم بأثر رجعي إلى وقائع سابقة على نصوص التجريم، أو تقرررت مسؤولية الشخص عن جريمة لم يسهم في ارتكابها، أو إذا قضى عليه بعقوبة عن فعل لم يقترفه، أو جاءت العقوبة قاسية أو مهينة، أو غير متناسبة مع جرمه⁴.

ولا يقتصر المساس بالحرية على مخاطر التجريم والعقاب، ولكنه يمتد أيضا إلى النظام الإجرائي الجنائي، وذلك من خلال إجراءات الخصومة الجنائية التي

1 فضاء مؤتمرها الثاني عشر المنعقد في هامبورج سنة 1979 فوضع عددا من القواعد التي تعتبر حدا أدنى من ضمانات المتهم. وجاء مؤتمرها الرابع عشر المنعقد في فيينا سنة 1989، فوضع عددا من القواعد الخاصة بالعلاقة بين تنظيم العدالة الجنائية والإجراءات الجنائية، وجاء مؤتمرها الخامس عشر المنعقد في البرازيل سنة 1994، فبحث حركات الإصلاح في الإجراءات الجنائية لحماية حقوق الإنسان.

2 عباس عبد الرزاق مجلي السعدي، مرجع سابق، ص 220.

3 نوفل علي عبد الله الصفو، الحماية الجنائية للحقوق والحريات، مقال منشور بمجلة جيل حقوق الإنسان، العام الخامس، العدد 27، فبراير 2018، ص 66.

4 نوفل علي عبد الله الصفو، نفس المرجع.

تباشرها الدولة بعد وقوع الجريمة من أجل كشف الحقيقة وإقرار حقها في العقاب، وإجراءات التنفيذ العقابي بعد إقرار حق الدولة في العقاب¹.

ومنه، يتضح أن النظام الجنائي بأسره يعرض بطبيعته الحريات للخطر، سواء عندما تباشر الدولة سلطتها في التجريم والعقاب أو عند مباشرة الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي. وخشية التحكم في مباشرة هذه السلطات وتجاوزها القدر الضروري للدفاع عن المجتمع، يتعين توفير الضمانات للفرد لحماية حريته من خطر التحكم وتجاوز السلطة، وهذا هو ما يجب أن يتكفل به النظام القانوني من خلال علاقة التناسب التي يحدثها داخل القاعدة القانونية أو بين مختلف القواعد القانونية في النظام القانوني.

ويتوقف هذا التناسب على مدى ما يتمتع به الفرد من حرية، ففي نظر الفكر التسلطي الذي يعطى للدولة جميع الحقوق والسلطات ويتجاهل قيمة الفرد في المجتمع لا مجال للحديث عن حرية الفرد، هذا بخلاف الفكر الحر الذي يعطى الفرد مكانته في المجتمع ويوجب احترام جوهر حريته².

والواقع من الأمر، أن الدولة القانونية بحكم وظيفتها عليها أن تحمي جميع المصالح القانونية، وهي ليست قاصرة على الدولة وحدها بل إنها تشمل أيضاً حقوق الفرد وحرياته، فالحقوق والحريات يجب أن يحميها القانون، ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع، بل يتعين التوفيق بين المصلحتين في إطار العلاقات الاجتماعية التي تحكم المجتمع³.

1 عبد الصمد الكنا، ضوابط التجريم والعقاب ضمانات للحقوق والحريات، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، أكتوبر 2017، ص 10.

2 عباس عبد الرزاق مجلي السعيد، مرجع سابق، ص 221-224.

3 إن النظم الديكتاتورية لم تعرف هذه النظرة، فقد أعطت الأولوية لتحقيق مصلحة الدولة وفقاً لنظام ثابت ومستقر، وقد تطلب ذلك التسليم بمبدأ تفوق الدولة عوضاً عن مبدأ التناسب بين هذه المصلحة وحقوق الأفراد وحرياتهم، وهو ما لا يمكن إقراره إلا باستعمال القوة أو العنف، ولهذا اهتمت هذه الدولة بإعادة ترتيب نظامها الجنائي الإجرائي من أجل تقوية سلطة الدولة في المحاكمات الجنائية وتجريد الفرد من ضمانات حريته، فأصبح قانون الإجراءات الجنائية في هذه النظم أداة للسلطة وليس أداة لتحقيق محاكمة منصفة يتم فيها ضمان الحقوق والحريات، ويتجلى ذلك في بعض نماذج هذه النظم البائدة كالنظام الفاشي، والنظام النازي، والنظام الشيوعي. انظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص 14.

المحور الثاني: مظاهر القانون الجنائي الدستوري

يعتبر الدستور المرجعية الأساسية لحماية حقوق وحرريات الأفراد داخل المجتمع، وعكس سابقه، فإن الدستور يتضمن بعض المظاهر المباشرة (أولاً) وغير المباشرة (ثانياً) التي تؤسس للقانون الجنائي الدستوري.

أولاً: المظاهر المباشرة:

تتجلى هذه المظاهر في وضع الدستور مبادئ تتعلق بالحقوق والحرريات، تدخل في إطار اهتمام القانون الجنائي في أداء وظيفته الجزائية حماية لهذه الحقوق، وقد تدخل هذه الشرعية دائرة القانون الجنائي مع غيره من فروع القانون الأخرى، وكمثال على ذلك، ما نص عليه الدستور بشأن مبدأ المساواة¹، وحرمة الحياة الخاصة²، وكفالة حرية الرأي والتعبير³. كما قد تدخل الشرعية الدستورية في دائرة القانون الجنائي وحده، وكمثال على ذلك، عدم إيذاء المقبوض عليه بدنياً أو معنوياً ومنحه مجموعة من الامتيازات⁴، واعتبار كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق العامة التي يكفلها الدستور جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية بالتقادم.

ومن الواضح أن الحماية الجنائية للحقوق والحرريات من أعمال المشرع واضع القانون الجنائي، إلا أن حركة المشرع في هذه الحماية تخضع لأحكام الدستور، لذلك، عمل هذا الأخير على توسيع دائرة الأفعال المجرمة، الماسة بحريات وحقوق المواطنين (1)، ووفر بالمقابل مجموعة من الضمانات على مستوى حقي الدفاع والمحاكمة العادلة (2).

1- تجريم بعض الأعمال الماسة بالحقوق والحرريات:

عمل دستور المملكة المغربية على تجريم مجموعة من الأفعال التي من شأنها المساس بحقوق وحرريات المواطنين، ومن ضمن هذه الأفعال نجد جريمة التمييز، فالفصل 19 ينص على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في جميع

1 انظر الفصل 19 من الدستور المغربي.

2 انظر الفصل 24 من الدستور المغربي.

3 انظر الفصل 25 من الدستور المغربي.

4 انظر الفصل 23 من الدستور المغربي.

الحقوق بشموليتها، وتحقيق مبدأ المناصفة، كما تم إحداث هيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، وتم تحديد وظيفتها في الفصل 164. وفي نفس السياق، عمل الدستور على ضمان السلامة الجسدية والمعنوية للأشخاص، وتجريم المعاملات المهينة للكرامة الإنسانية، حيث قام الفصل 22 بشكل واضح وصريح بتجريم ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، دون أن يستثني أي أحد من مرتكبي هذه الأفعال من العقاب. كما جرم الدستور الإبادة الجماعية، حيث نص في الفصل 23 على أنه: "يعاقب القانون على جريمة الإبادة الجماعية وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وكافة الانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان". وفي نفس الفصل أنهى الدستور الاعتقال التعسفي، والذي يجرم القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي نص عليها القانون، كما صُنفت هذه الجريمة في خانة أخطر الجرائم التي تعرض مقترفيها لأقصى العقوبات، وبهذا فإن الفصل 23 وضع حدا للعمل خارج القانون بما في ذلك الأجهزة الأمنية، الشيء الذي لم يكن ملموسا في الدستور السابق.

أما فيما يتعلق بجرائم الإخلال بالثقة العامة، فإن الدستور جاء بمجموعة من الإصلاحات التي من شأنها الحد من الفساد الذي يشكل ظاهرة خطيرة تعرقل مسيرة التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تعرفها بلادنا، وقد ذهب الفصل 36 من الدستور إل أن القانون يعاقب على الشطط في استغلال مواقع النفوذ والامتياز ووضعيات الاحتكار والهيمنة، إضافة إلى جميع الممارسات المخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والمشروعة في المعاملات التجارية وفي العلاقات الاقتصادية¹. والواضح أن حقوق الإنسان في الدستور شهدت اهتماما متزايدا، لم تقتصر على توسيع هامش تجريم الأفعال الماسة بحقوق وحرريات الأفراد، بل امتدت إلى حد توفير شروط المحاكمة العادلة.

¹ طبقا لمقتضيات الفصل 36 من الدستور، تم إحداث هيئة تدعى "الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة" عوض "الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة" سابقا، وحدد وظيفتها في الفصل 167 من الدستور، حيث تتولى مهام المبادرة والتنسيق والإشراف وضمان تتابع تنفيذ سياسات محاربة الفساد وتلقي ونشر المعلومات في هذا المجال، والمساهمة في تخليق الحياة العامة، وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة وثقافة المرفق العام.

2- ضمانات حقي الدفاع والمحاكمة العادلة:

شهدت حقوق الإنسان بالمغرب في الآونة الأخيرة تحسنا ملموسا، ومن أهم هذه الحقوق هناك الحق في المحاكمة العادلة، باعتبار هذه الأخيرة مؤشرا حقيقيا على مدى احترام الدولة لحقوق مواطنيها كما هو متعارف عليه دوليا، وتتمثل المحاكمة العادلة في ضمان التوازن بين حق الدولة في العقاب وحقوق المشتبه فيهم أو المتهمين في احترام حرياتهم، وضمان حقوق الدفاع المخولة لهم¹. وتتويجا لما سبق، تم التنصيص على حق الدفاع وقرينة البراءة لأول مرة ضمن مقتضيات الدستور إلى جانب الحق في التعويض عن الأخطاء القضائية. ويعتبر حق الدفاع أساس المحاكمة العادلة²، اعتبارا للغاية التي يرمي إليها وهي تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية أمام القضاء، وكل اختلال في هذه المعادلة سيؤدي حتما إلى الإخلال بحقوق وحرقات الأفراد التي تضمنتها قواعد المسطرة الجنائية، وبالتالي سيتم تغليب قاعدة الاحتكام إلى القانون خلال سائر مراحل الدعوى الجنائية، ويتم تغليب تطبيق مقتضيات قواعد الموضوع على حساب القواعد الإجرائية التي تنظم وتحدد طريقة الوصول إلى كل مجرم وتوقيع العقاب عليه، وتعرض في المقابل على الجهات المكلفة بالبحث والتحقيق والحكم احترام ضمانات حقوق الدفاع³.

كما يعد مبدأ قرينة البراءة من أهم المبادئ، ويجب أن يكون حاضرا في كافة مراحل المسطرة، بدء من البحث التمهيدي مروراً بمرحلة استنطاق النيابة العامة، ثم مرحلة التحقيق الإعدادي وانتهاء بمرحلة المحاكمة. وتتجلى أهمية مبدأ

¹ بكاري الحسين، المحاكمة العادلة على ضوء المستجدات الدستورية وتعديلات قانون المسطرة الجنائية، مقال منشور بمجلة الملف، العدد 20، فبراير 2013، ص 63.

² نظرا للاهتمام المتزايد لضرورة تحصين حقوق الدفاع وحمايتها، أقر المشرع ضمن القوانين المقارنة، وكذا المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، أما اللبس والغموض الذي ظل يتخلل بعض نصوص قانون المسطرة الجنائية وقصور بعض النصوص القانون الأخرى، ارتفعت الأصوات المنادية بضرورة دسترة حق الدفاع واعتباره حقا دستوريا، وذلك ما تمت الاستجابة له في دستور سنة 2011، حيث نص هذا الأخير بأن حق الدفاع حق دستوري، ويعتبر من أهم مبادئ المحاكمة العادلة، وبأن حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم²، حيث نص الفصل 120 من الدستور على أنه: "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول، حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم".

³ محمد بن التاجر، مقتضيات القانون الجنائي والدستور الجديد، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد 14، يناير - ماي 2013، ص 116.

الأصل في الإنسان البراءة كضمانة من ضمانات المحاكمة العادلة في مستويين اثنين¹:

المستوى الأول: يتعلق بالحرية الشخصية، ويقضي أن يعامل الشخص المتابع معاملة إنسانية على اعتبار أنه بريء، وبالتالي، وجب ألا يتخذ في حقه أي إجراء قد يمس بحريته إلا وفق الشروط المقررة قانوناً.

المستوى الثاني: يتعلق بالإثبات، إذ إن الشخص المتابع معفى بقوة القانون من إثبات براءته مادامت هذه الأخيرة أصلاً مفترضا، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت العكس، وإلا قضت المحكمة ببراءة الشخص المتابع.

وتعزيزا لما سبق، ونظرا لالتزام المغرب بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، وأمام ارتفاع وثيرة الأصوات المنادية بضرورة الحق في التعويض عن الأخطاء القضائية، عمل المشرع من خلال الدستور على تمكين كل من تضرر نتيجة خطأ قضائي من المطالبة بتعويض تتحمله الدولة²، حيث نص الفصل 122 من الدستور على أنه: "يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة".

ومن خلال ما سبق، أصبح بإمكان كل شخص تضرر من خطأ قضائي الاهتداء إلى مقتضيات الفصل 122 من الدستور، واللجوء للقضاء الإداري للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت من جراء هذا الخطأ القضائي، وهذا المستجد يعبر عن نية حقيقية من قبل المشرع المغربي لوضع قطيعة مع الماضي، وبالتنزيل السليم لهذا المقتضى سينال كل متضرر من

¹ يراجع في هذا الإطار المواد 66 و80 و175 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255، بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1424 (30 يناير 2003)، كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 23.05 والقانون رقم 24.05، الجريدة الرسمية عدد 5374 بتاريخ 28 شوال 1426 (فاتح ديسمبر 2005).

² سار المشرع المغربي على نهج نظيره الفرنسي في إقرار التعويض عن الأخطاء القضائية، نتيجة لما راكمه القضاء الفرنسي من قرارات إدارية مهمة قضت بالتعويض عن الأخطاء القضائية، ومن أهم القضايا التي أحدثت ضجة كبرى داخل المجتمع الفرنسي، نجد قضية Jean Marie Daveaux، والتي أدين فيها هذا الأخير سنة 1963 وحكم عليه بالسجن لمدة عشرين (20) سنة لاتهامه بقتل ابنة مشغله، وقد تمت تبرئته سنة 1969 بعد ظهور الجاني الحقيقي. وكذا قضية Roland Agret التي أدين فيها هذا الأخير سنة 1973، وتمت تبرئته سنة 1985. انظر: يوسف البحري، العدالة الجنائية الدولية، بدون مطبعة ومكان النشر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 98.

خطأ قضائي حقه في التعويض، وسيتم الرفع من مستوى ضمانات المحاكمة العادلة التي تجدها أسننه وأقلام المفكرين ورجال القانون، وتعتبر الهم الذي سكن مناضلي حقوق الإنسان¹.

وبالإضافة لحق الدفاع، يضمن الدستور الحق في المحاكمة العادلة، فإذا كانت المحاكمة العادلة تستوجب مقاضاة المتهم بشأن الاتهام الموجه إليه أمام محكمة مستقلة ومحيدة، ومنشأة بحكم القانون قبل اتهامه طبقاً لإجراءات علنية، فإن من شروط هذه المحاكمة منح المتهم الحق في الدفاع عنه بواسطة محامي. إن الاستعانة بمحامي حق للمتهم، ويجب على المحكمة تنبيه المتهم بحقه في أن يدافع عنه محام، وهو حق واجب التطبيق سواء كانت الشرطة قبضت أو لم تقبض عليه قبل المحاكمة، ولكي يكون الإخطار بذلك الحق مجدياً، يتعين أن يتم قبل المحاكمة، وأن يحصل المتهم ومحاميه على الوقت الكافي والتسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه على فرص متكافئة مع الفرص المتاحة للنيابة العامة، وإذا لم يختار المتهم محامياً أو كان عاجزاً عن ذلك مالياً، وجب على المحكمة أن تنتدب له محامياً تتحمل الدولة أعباءه في إطار المساعدة القضائية، مع ترتيب البطلان على مخالفة هذا الإجراء².

وبما أن المتهم له الحق في انتداب محام للدفاع عنه والحصول على مساعدة قضائية مجانية، له الحق أيضاً في الاتصال بمحاميه في إطار من السرية، والحق في الاستعانة بمحام متمرس ومتخصص³. ويجب أن يمارس محامو الدفاع

¹ بكاري الحسين، مرجع سابق، ص 64.

² محمد صالح محمد العذري، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي: دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1991، ص 112.

³ وقد نص المشرع المغربي على إلزامية الاستعانة بالمحامي في عدد من الحالات، منها ما حددته المادة 60 من ق.م.ج. ومنها أيضاً ما حددته الفقرة الثانية من المادة 316 من ق.م.ج.، والمتعلقة بشروط محاكمة الأحداث الذين يقل عمرهم عن 18 سنة. وفي نفس الإطار، نصت المادة 475 من القانون السالف الذكر في فقرتها الثانية، على أنه: "إذا لم يختار الحدث أو ممثله القانوني محامياً فيعيّنه له قاضي الأحداث تلقائياً أو يدعو نقيب أو المحامين لتعيينه"، ويأتي هذا النص منسجماً مع قواعد اتفاقية بكين الخاصة بقضاء الحدث الجانح، والتي أكدت على ضرورة استعانة الحدث بوكيل قانوني يدافع عنه.

كما نصت المادة 478 من ق.م.ج. على أنه: "يجري البحث والمناقشات، ويصدر الحكم بجلسة سرية، ويجب أن يحضر الحدث شخصياً ومساعداً بمحامي وممثله القانوني ما لم تعف المحكمة الحدث وممثله القانوني من الحضور". وتكون الغاية من إلزامية الموازنة بواسطة المحامي، هي طمأنة الحدث وتحسينه بوجود شخص يحميه ويدافع عنه، لأنه ميال بحكم حداثة سنه إلى البحث عن الحماية. لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة، انظر: لطيفة الداودي، قراءة في بعض القواعد الدولية المتعلقة لجنوح الأحداث ومدى

عملهم وفقا للقانون والمعايير المتعارف عليها دوليا وآداب المهنة، ويجب أن يوضحوا لمؤازريهم حقوقهم التي يكفلها القانون والواجبات التي يملئها عليهم، وأن يتخذوا من الإجراءات ما هو ضروري لحماية حقوقهم ومصالحهم، ويتعين على السلطات عندما تشرع في انتداب محام للدفاع عن متهم ما، أن تحرص على اختيار محام متمرس ومتخصص بحسب طبيعة الجريمة المرتكبة¹.

وفي نفس السياق، يتم إيلاء الشهود والخبراء والمبلغين وضحايا الرشوة أهمية خاصة ضمن التعديلات التي عرفها قانون المسطرة الجنائية، ذلك أن المشرع المغربي ومن أجل ضمان محاكمة عادلة، وإرساء مبادئها كما هو متعارف عليه دوليا، عمل على توفير الحماية للشهود والخبراء والمبلغين وضحايا الرشوة وأفراد أسرهم وأقاربهم مجموعة من التدابير الحمائية كلما تعرضت حياتهم أو ممتلكاتهم أو مصالحهم الأساسية للخطر أو ضرر مادي أو المعنوي، كما خول لكل هؤلاء أن يطلبوا من وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق حسب الأحوال، تطبيق الإجراءات الكفيلة بحمايتهم، وهذا ما يشجع الشهود والخبراء والمبلغين على الإدلاء بإفادتهم خدمة لتحقيق وتعزيز مبادئ المحاكمة العادلة.

إضافة لما سبق، نص المشرع على ضرورة الاستماع إلى الشاهد أو الخبير وإخفاء هويته، وعدم الإشارة إلى عنوانه الحقيقي في المحاضر والوثائق

ملاءمتها للواقع العربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد الخاص رقم 49، سنة 2008، ص 82.

وأيا لا يجوز للمتهم بجنائية التنازل عن حقه في وجود مدافع معه أثناء المحاكمة لتعلق ذلك بالنظام العام، وحقه في اختيار محام هو حق أصيل ومقدم على سلطة الحكم في اختيار مدافع عنه، فغذا قام باختيار محام له، فليس للقاضي أن يعين مدافعا آخر له، غير أن هذه القاعدة في إهمال الإرادة الاحتياطية لسلطة الإحالة أو هيئة الحكم يرد عليه استثناء نصت المادة 317 من قانون المسطرة الجنائية، وهو إذا بدر عن المحامي ما يعرقل سير الدعوى، أو إذا تخلف المحامي المختار أو المعين عن حضور المناقشات أو رفض القيام بمهمته أو وضع حد لها، فإن رئيس الجلسة يعين على الفور محاميا آخر في الأحوال التي تكون فيها مؤازرة المتهم إلزامية، وهو ما أكدته المشرع في الفقرة الخامسة من المادة 423 من القانون السالف الذكر، حيث نصت على أنه: "يتأكد الرئيس من حضور محامي المتهم وفي تغيبه تلقائيا يعين تلقائيا من يقوم مقامه"، وإذا كان المشرع لم ينص على أي استثناء على قاعدة إلزامية الاستعانة بمحام في الجنائيات، فإن القضاء المغربي كان قد استحدث استثناء على هذه القاعدة قبل صدور قانون المسطرة الجنائية، تتعلق بحالة انسحاب المحامي بتواطؤ مع المتهم، ورفض هذا الأخير المؤازرة من أي مدافع كان. انظر: محمد بن التاجر، حق المتهم في الاستعانة بمحامي أثناء المحاكمة الجنائية، مقال منشور بمجلة النادي، العدد 1، سنة 2013، ص 69.

¹ محمد مومن، حق المتهم في الاستعانة بمحامي أثناء المحاكمة الجنائية، مقال منشور بمجلة الإجتهد القضائي، العدد 13، دجنبر 2016، ص 115.

التي تتعلق بالقضية المطلوب فيها شهادته، بشكل يحول دون التعرف على هويته وعنوانه الحقيقي، بالإضافة إلى وضع رقم هاتفي خاص بالشرطة القضائية رهن إشارته، حتى يتمكن من إشهارها بالسرعة اللازمة إزاء أي فعل قد يهدد سلامته أو سلامة أسرته أو أقاربه¹.

ويمكن القول بأن المستجدات التي جاء بها الدستور فيما يخص النهوض بمبادئ المحاكمة العادلة، أبانت عن وجود رغبة واضحة لدى المشرع المغربي من أجل وضع تحول إيجابي وحقيقي على مستوى الحقوق والحريات، وهذه الرغبة تعززت عبر إقرار بعض التدابير الأخرى التي من شأنها إرساء أسس دولة الحق والقانون، وهذا ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا- المظاهر غير المباشرة:

يتعلق الحديث عن المظاهر غير المباشرة للقانون الجنائي الدستوري، بنقطين مهمتين، وهما، تعزيز مبدأ المساواة أمام القانون (1)، وتكريس استقلالية السلطة القضائية (2)، وهو ما سنحاول تناوله تباعا كالاتي:

1- تعزيز مبدأ المساواة أمام القانون:

يعتبر مبدأ المساواة أمام القانون حقا لا غنى عنه لحماية الفرد ووقايته من القمع، ومن المبادئ الأساسية التي جاءت في التصريح الفرنسي لسنة 1789، وتم تكريسه كحق في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتم التأكيد عليه في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية².

كما يعتبر مبدأ المساواة أيضا، حجر الزاوية في الحريات العامة وأساسها التي لا قيام لها بدونه، وهذا ما يفسر حرص واضعي الدساتير الحديثة على تضمين هذا الحق، والنص على ضمانه بين جميع المواطنين دون تمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب السياسي³.

ويعتبر هذا المبدأ ضمانا دستورية أساسية لاحترام حقوق الإنسان، وبه يعتبر جميع الناس متساوون أمام القانون مهما اختلفت ديانتهم أو صفاتهم أو لغاتهم أو

¹ بكار الحسين، مرجع سابق، ص 76.

² أحمد بوعشرين الأنصاري، حول مفهوم دولة الحق والقانون، مقال منشور بجريدة هسبريس، الثلاثاء 16 دجنبر 2008، على الموقع الإلكتروني: <https://www.hespress.com> بتاريخ 20/06/2020، على الساعة 10 ليلا.

³ سيدي محمد ولد أب، دولة القانون من خلال الدساتير المغربية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 42، يناير- فبراير 2002، ص 24.

وظائفهم أو أوضاعهم الاجتماعية، ودون النظر للعرق أو اللون أو الجنس أو غير ذلك، ودون معاملة تفضيلية بين الأطراف في علاقة قانونية معينة، وقد ورد هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتم التأكيد عليه في العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، والمقصود بهذا المبدأ ليس المساواة الفعلية في ظروف الحياة المادية، بل أن ينال الجميع حماية القانون على قدم المساواة، دون تمييز في المعاملة أو في التطبيق¹.

ومن نتائج المساواة أمام القانون، المساواة أمام العدالة، ويقصد بهذا المبدأ كفالة الدولة لكل فرد حق التقاضي للمطالبة بحقوقه والدفاع عنها، ويقضي مضمون المساواة أما القضاء أن يتقاضى الجميع أما المحكمة الواحدة، بحيث لا يختلف باختلاف الأشخاص أو الطبقات الاجتماعية، ويجب أن يكون القانون المطبق واحداً، وأن تكون إجراءات التقاضي موحدة، وأن توقع ذات العقوبة المقررة لنفس الجرائم على أشخاص مرتكبيها، كما يقتضي أيضاً أن يكون اللجوء إلى القضاء مجانياً لكي تتحقق المساواة أمامه. وقد نص دستور 2011 في الفصل

¹ نصت جميع الدساتير السابقة على أن جميع المغاربة سواء أمام القانون، وتعزز هذا المبدأ في الدستور (الحالي)، بتغيير مدلول هذا النص وإضافة عبارات جديدة، حيث نص الفصل 6 من الدستور الحالي على أنه: "القانون أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاصاً عاديين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له".

وفي نفس السياق، جاء الدستور بمجموعة من المقترضات التي من شأنها تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة، تجسيدا لمبدأ المساواة الإيجابية، عبر إقرار مبدأ المناصفة ودسترتها، مما يشكل نوعاً من الدعم والاستجابة لمطالب هيئة الإنصاف والمصالحة، حيث نص الفصل 19 على أنه: "يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقترضاته الأخرى، وفي الاتفاقيات والمواثيق الدولية كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها، وتسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز".

كما نص الفصل 31 على أنه: "لكل مواطن ومواطنة الحق في التصويت وفي الترشيح للانتخابات، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وينص القانون على مقترضات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء والرجال في ولوج الوظائف الانتخابية"، كما نص الدستور في الفصل 31 على أنه: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في العلاج والعناية والصحة، الحماية الاجتماعية، التغطية الصحية، تعليم عصري، السكن اللائق، الشغل، بيئة، سليمة، للتنمية المستدامة".

وأكد الدستور في نفس الفصل السالف الذكر على المساواة في ولوج الوظائف العمومية، حيث نص على أنه: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في الشغل والدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل، ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق".

118 على أن: "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون"، ونص في الفصل 121 على أنه: "يكون التقاضي مجانيًا في الحالات المنصوص عليها قانونًا لمن لا يتوفر على موارد كافية للتقاضي"، ويضيف الفصل 126 أن "الأحكام الصادرة عن القضاء بصفة نهائية ملزمة للجميع".

ويقتضي مبدأ المساواة كذلك، خضوع الدولة للقانون، حيث يعتبر مبدأ سيادة القانون أو مبدأ المشروعية أو الشرعية، أو مبدأ الدولة القانونية، على اختلاف التسميات لدى الفقهاء، أساس العدالة وقمة الضمانات الأساسية لاحترام حقوق الإنسان والحريات العامة من تعسف السلطة، ويعد من أسس قيام النظام الديمقراطي واحترامه بشكل فعلي يؤدي إلى قيام دولة القانون.

ويقصد بهذا المبدأ، خضوع المواطنين والدولة بكافة سلطاتها ومؤسساتها وإدارتها وموظفيها كافة من جميع المراتب للقانون المطبق في البلاد، دون أن يكون هناك امتياز لأي أحد أو استثناء من تطبيق حكم القانون عليه، أي أن تتوافق كل التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة، سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية، مع أحكام القانون، وبصفة عامة، يعني أن القانون هو الحاكم الأعلى للجميع، سواء للأفراد في علاقتهم بالسلطة أو بالنسبة للأفراد فيما بينهم، وهذا ما أكدته الفصل السادس من الدستور حينما أقر بأن: "القانون أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاص عاديين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له، وليس للقانون أثر رجعي"¹.

ولاحترام سمو القوانين وضمن الخضوع له، وعلى رأسها الدستور، عملت العديد من الدول على إنشاء آلية خاصة لمراقبة مدى احترام هذا الأخير، ويقصد بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين²، تلك العملية التي تروم التأكد من مدى

1 انظر ما سبق أن تناولناه بخصوص هذا الموضوع في النقطة المعنونة بمبدأ التدرج التشريعي.

2 في المغرب، عهدت الرقابة على دستورية القوانين في دساتير سنوات 1962 و1972 و1970 إلى الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى، وعلى إثر المراجعة الدستورية لسنة 1992 تم استبدال هذه الأخيرة بجهاز ذي طابع سياسي غير تابع لأي جهاز قضائي، وهو المجلس الدستوري، وفي ظل دستور سنة 1996 تم الاحتفاظ بنفس الجهاز، وتم تعزيز تشكيلته وصلاحياته بهدف تحقيق توازن أفضل لسير المؤسسات.

أما في ظل الدستور، وبموجب الفصل 129، تم استبدال المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية، والتي تتألف من 12 عضواً لفترة تسع سنوات، 6 يعينهم الملك بما في ذلك الرئيس، ومن بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس الأعلى العلمي، وثلاثة أعضاء ينتخبهم مجلس النواب، والثلاثة المتبقين ينتخبهم مجلس المستشارين، ويتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية استناداً لأحكام الفص 130 من بين

مطابقة القوانين، بكل أنواعها، لروح الدستور ومنطوق أحكامه¹، وقد أفرزت تجارب الدول العديد من أساليب هذه الرقابة، فهناك من الدول من أوكلت مهمة الرقابة لأجهزة سياسية، في حين أناطت دول أخرى هذه المهمة للقضاء².

2- تكريس استقلالية السلطة القضائية:

يندرج موضوع استقلال السلطة القضائية في إطار مبدأ الفصل بين السلطات³، وهذا المبدأ يعتبر ضماناً قانونية أساسية تسهم في خضوع الدولة للقانون، ويشكل

الشخصيات المتوفرة على تكوين عال في مجال القانون وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية، والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة.

وبموجب الفصل 132 تسهر المحكمة الدستورية على سمو الدستور، علاوة على الاختصاصات الأخرى المسندة إليها بفصول الدستور وأحكام القوانين التنظيمية، بحيث تبث في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء، وتبث بصفة إلزامية في صحة ومطابقة القوانين التنظيمية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، ومطابقة الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان قبل الشروع في تطبيقها، كما تبث بصفة اختيارية في مطابقة القوانين والاتفاقيات الدولية المحالة عليها للدستور، قبل إصدار الأمر بتنفيذها أو قبل المصادقة عليها، وتبث كذلك في الطعون المتعلقة بأعضاء البرلمان.

وحسب منطوق الفصل 133 من الدستور الحالي، تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية ما، إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، كما ينص الفصل 134 على أنه: "لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 132 من هذا الدستور، ولا تطبيقه، وينسخ كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 133 من الدستور، ولا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية.

1 امحمد مالكي، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، بدون طبعة، سنة 2001، ص 74.

2 مصطفى فلوش، المبادئ العامة للقانون الدستوري، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الرابعة، سنة 1995، ص 212 وما بعدها.

3 يقصد بفصل السلط ليس استقلال كل هيئة عن الأخرى تمام الاستقلال، بل عدم تركيز وظائف الدولة وتجميعها في يد هيئة واحدة، بل توزيعها على هيئات منفصلة ومتساوية مع وجود تعاون كل هيئة مع أخرى. وبمعنى آخر، يجب أن يكون هذا الفصل فصلاً مرناً، فصل مع التعاون الدائم وليس فصلاً جامداً وصلباً، نظراً لأهمية التعاون وضرورة التكامل الذي فرضته الممارسة والواقع العملي بين هذه السلطات من أجل دعم الدولة. انظر: محمد سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، بدون طبعة أو مكان نشر، بدون طبعة، سنة 1973، ص 490.

واستقلالية السلطة القضائية بالمغرب ليست وليدة الدستور، فقد تناولتها العديد من الخطب الملكية، وعلى رأسها الخطاب الملكي السامي بتاريخ 20 غشت 32009، والذي خصه صاحب الجلالة الملك محمد السادس للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة، من خلال:

- تعزيز ضمانات واستقلالية القضاء.
- تحديث المنظومة القضائية.
- تأهيل الهياكل القضائية الإدارية.
- تأهيل الموارد البشرية للرفع من النجاعة القضائية.
- تخليق القضاء.

ضمانة هامة وفعالة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، حيث يمنع طغيان سلطة على صلاحيات سلطة أخرى، ويترتب عنه قيام الدولة القانونية بتخصيص جهة مستقلة لكل سلطة، مما يضمن حسن سير مصالح الدولة، وحماية الحقوق والحريات، ومنع التعسف والتجاوز في السلطة.

ويعتبر مبدأ استقلال القضاء مبدأ هاماً، تتمحور حوله جميع الإصلاحات والمبادئ الأخرى، فقد تضمن الدستور ما يكفي من الضمانات التي تؤمن استقلال هذا الجهاز، باعتباره من دعائم كل بناء ديمقراطي، ومن مقومات كل مجهود للتنمية الاقتصادية والاجتماعية¹. ولعل الهدف من هذا الاستقلال هو وضع القضاة في منأى عن كل تأثير خارجي يمكن أن يبعدهم عن القيام بوظيفتهم السامية، المتمثلة في حماية الحقوق والحريات وضمان الأمن والاستقرار، والتطبيق السليم للقانون في نطاق قواعد المحاكمة العادلة، وهو ما تضمنه الباب السابع من الدستور المتعلق بالسلطة القضائية، حيث أكد بصورة صريحة في فصول كثيرة على أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية².

ووفق هذا المعنى، فاستقلال القضاء يجد أسسه القانونية على المستوى الدولي و على المستوى الدستوري الوطني سواء في الدستور أو في الخطاب الملكية أو في الميثاق الوطني لإصلاح العدالة، ويمكن القول انطلاقاً من هذه المرجعيات المسلم بها من كافة الفعاليات الحقوقية والقانونية والقضائية، وبالموازاة مع المستجدات التي جاء بها القانون المنظم للمجلس الأعلى للسلطة

انظر: نص الخطاب الملكي السامي الذي وجهه جلالة الملك محمد السادس بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب، والذي خصصه حفظه الله لموضوع إصلاح القضاء، منشور بمجلة المحامي، العدد 56، دجنبر 2010، ص 10.

وبالرجوع إلى الدستور، نجد نص صراحة على الفصل بين السلط في إطار نظام ملكية دستورية، إذ ينص الفصل 1 على أن: "نظام الحكم بالمغرب بنظام ملكية دستورية ديمقراطية برلمانية واجتماعية، ويقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلط وتوازنها وتعاونها". كما عمل الفصل 71 على توسيع مجال القانون، لا سيما فيما يتعلق بالضمانات في مجال الحقوق والحريات، ونصت الفصول 103 و104 و105 على توازن مرن للسلطات.

¹ محمد النجار، القضاء المستقل القوي قاطرة للتنمية، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 44، سنة 2011، ص 3.

² انظر الفصول 107-108-109-110 من الدستور المغربي، والتي ترمي جلها إلى الحرص على تعزيز هذه الاستقلالية وتحسين القضاة من كل تدخل في أدائهم لمهامهم.

القضائية¹، ينبغي تدعيم كل هذا بمجموعة من الأسس والدعائم القانونية و المؤسساتية التي تضمن الفعالية و الوحدة و الاستقلالية، و هي كالتالي²:

أ- أن يكون القاضي متخصصا ومؤهلا تأهيلا علميا وخلقيا، بشكل يتوافق والمهمة القضائية، وهذا يقتضي بالطبع الأخذ بعين الاعتبار في النظام الأساسي للقضاة معايير علمية وموضوعية واضحة لانتقاء القضاة، وكذا تحديث وتطوير المنظومة التعليمية في الجامعة، بما يتوافق والمهمة القضائية، إضافة إلى تطوير برامج التأهيل والتكوين القانوني في معهد تكوين القضاة وتدعيم آلية التكوين المستمر.

ب- إن هذه الاستقلالية ليس مقصدها تخويل السلطة من أجل التسلط بقدر ما تقصد إليه من تقوية الجهاز القضائي، بما يضمن فعالية و جودة الأحكام القضائية و يكرس مبدأ الشرعية القانونية، وكذا شعار القضاء في خدمة المواطن، و هذا بطبيعة الحال يقتضي من وجه آخر، تعزيز فعالية جهاز التفتيش القضائي و المشرفين على الوضع المهني للقضاة و ذلك على الأقل بتنزيل التوصية 27 من الميثاق القاضية بإنشطة مهمة التحري والتحقق و المراقبة بالمفتشية العامة بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، بما يمكن من تقييم سير العمل داخل المحاكم و أساليب أدائها و توحيد مناهج العمل بها و الكشف عن الاختلالات المهنية بهدف تقويمها ... و كذلك التوصية 28 القاضية بتمكين المسؤولين القضائيين بمحاكم الاستئناف من القيام بتفتيش دوري للمحاكم التابعة لدائرة نفوذها، وكذلك ضرورة اعتماد و أعمال آلية للنظر في تظلمات المتقاضين أمام المجلس الأعلى للسلطة القضائية، و كل ذلك في إطار ربط المسؤولية بالمحاسبة كما أكد عليها الفصل الأول من الدستور.

ج- ضرورة إسناد تدبير الوضعية المهنية للقضاة للمجلس الأعلى للسلطة القضائية مستقل ماليا وإداريا طبقا لما ينص عليه الفصل 113 - 114 - 115- 116 من الدستور، وكذا تكريس التوصيات من 1 وما بعدها بشأن تدبير الوضعية

¹ القانون التنظيمي رقم 100.13، المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.40، الصادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6456، بتاريخ 6 رجب 1437 (14 أبريل 2016)، ص 3143.

² ياسين امهدا، استقلال السلطة القضائية وتنزيل الدستور، مقال منشور بالمجلة القانونية الإلكترونية، العدد 167، الموقع الإلكتروني: www.alkanounia.com، بتاريخ 20/06/2020، على الساعة 11 ليلا.

المهنية للقضاة ووضع معايير واضحة لترشح القضاة لعضوية المجلس، وتحديد مسطرة شفافة لانتخابهم، وإبعاد يد السلطة التنفيذية بالكامل عن المجلس إلا في إطار مبدأ التعاون والتوازن بين السلط الذي تقتضيها ضرورة تسيير الشأن العام مع احترام مبدأ الفصل بين السلط.

د- ضرورة إحداث مجلس الدولة، وذلك على أساس اعتبارين أساسيين: أولهما، أن الفصل 114 من الدستور نص على أنه تكون المقررات المتعلقة بالوضع الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة أمام أعلى هيئة قضائية إدارية، وبالتالي فلا يجوز دستوريا للغرفة الإدارية بمحكمة النقض أن تثبت في هذه الوضعية، نظرا لأنها تحت إشراف الرئيس الأول لمحكمة النقض، وهذا الأخير في نفس الوقت رئيس منتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، ولكن المنطق القانوني يقضي بعدم جواز القاضي الذي بت في الموضوع في المرحلة الابتدائية، أن يعيد البت في الموضوع في مرحلة الطعن في الحكم، وهو الأمر الذي يدعو إلى إحداث مجلس الدولة لكي يثبت المغرب جدارته الحقوقية. والاعتبار الثاني، هو التوجه الذي أكد عليه الملك محمد السادس بتاريخ 15 دجنبر 1999، بمناسبة افتتاح أشغال المجلس الأعلى للقضاء حيث قال: (ورغبة منا في توسيع مجالات التطوير والتحديث قررنا الزيادة التدريجية في عدد المحاكم التجارية، كما قررنا إحداث محاكم استئناف إدارية في أفق إحداث مجلس الدولة يتوج الهرم القضائي الإداري لبلادنا). وبشهادة جميع المتابعين للشأن العام، فقد تم تكريس فعليا المقتضيات المتعلقة بإحداث محاكم استئناف إدارية بموجب قانون 80.03، وكذلك مجلس أعلى للحسابات بموجب قانون 62.99، وغيرها من المقتضيات المهمة التي تبرز رغبة الخطب الملكية في الإصلاح.

خاتمة:

مما لا شك فيه أن الدستور يمثل جزء من النظام القانوني للدولة، ويتمتع بسمو دستوري على باقي فروع القوانين، مما يحتم عليها الالتزام بمبدأ تدرج القواعد القانونية في التطبيق من جهة، وواجب السلطة التشريعية في احترام المبادئ الثابتة دستوريا عند إصدار أي تشريع عادي من جهة أخرى. وقد حرص الدستور على إيراد المبادئ العامة التي تحكم حقوق وحريات الإنسان في جميع فروع القانون، وأورد من الضمانات ما يمنع الاعتداء عليها أو الانتقاص منها. إلا أنه ركز بشكل

كبير على ما ورد التنصيص عليه من مبادئ في التشريع الجنائي، وذلك للمساس المباشر لهذا الأخير بحقوق وحرريات الأفراد سواء في شقه الموضوعي أو الشكلي. لذا يهدف القانون الجنائي الدستوري إلى تأصيل القواعد الدستورية للقانون الجنائي، على نحو يحقق التوازن بين الحقوق والحرريات المقررة للأفراد، والحفاظ على المصلحة العامة، مما يشكل برأينا أحد سمات دولة الحق والقانون.

رجل سلطة في زمن جائحة كورونا

د. خليل اللواح

أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات بالعرائش

عضو مكتب المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية

مقدمة:

أثار حسن تعاطي المغرب مع جائحة كورونا إعجاب المنتظم الدولي والمغاربة أنفسهم، فقد تصرف بفعالية وريادة واستعجالية واحترافية، من خلال تضافر جهود الجميع دولة وشعبا، بتبني مقاربة استباقية قوامها متتالية من الإجراءات والتدابير، للحد من التداعيات الصعبة والمقلقة لهذا الوباء العنيد والفتاك؛ وهو ما جعله نموذجا يحتذى به بحسب تعبير صحيفة فرانس سوار الفرنسية. وفي خضم هذه الدينامية غير المسبوقة في التعامل مع الأزمة، بدت الدولة برجالاتها أكثر ريادة في مجابقتها لهذه الجائحة وأكثر تنظيما وتنسيقا، كما برز دور بعض القطاعات الوزارية وكذا رجال السلطة، بشكل لافت ومثير، أعاد لهذه الدولة هيبته ووقراها وأثبت بما لا يدع مجالا للشك أهمية الوظيفة التدخلية للدولة ووجاهة مقاربتها في هذا الشأن. إن جهود الدولة الجبارة لاحتواء الفيروس والحد من انتشاره، لا تنفي مسؤولية السلطة المحلية ولا تغييبها في دعم التدابير والإجراءات المتخذة في هذا الصدد، بل يمكن القول إن نجمها سطع بقوة في سياق التفعيل الأمثل لإجراءات فرض حالة الطوارئ الصحية، لا سيما بعد الانخراط الحماسي والظهور الملفت لبعض رجال السلطة في كيفية تصديهم لوباء كورونا المستجد؛ وهو ما عزا ببعض الباحثين في هذه الظرفية الاستثنائية إلى المطالبة بمزيد من المقاربة اليعقوبية¹، لتعزيز موقع الدولة وأدوارها الاستراتيجية.

¹ نسبة إلى اليعاقبة وهي طبقة ظهرت في فرنسا بعد انتصار الثورة الفرنسية، وهي مقاربة متسلطة على مجال حقوق الإنسان والحريات تدعو إلى تأسيس دولة وطنية موحدة تدافع عن السيادة الشعبية بتوجه مركزي وإداري صارم يعمل على إخضاع كل المناطق لسلطة العاصمة ولغة الموحدة، ضدا على نزعات اللامركزية أو الاستقلالية النسبية.

وقد لاحظ المغاربة منذ إعلان حالة الطوارئ الصحية ببلادنا تجند واصطفاف رجال السلطة في الصفوف الأمامية إلى جانب الأطر الصحية وشبه الصحية لمحاصرة هذا الوباء الخطير على صحة الوطن والمواطن؛ ورجال السلطة هم الممثلون ذووا الاختصاص العام للسلطة المركزية في إطار مختلف الوحدات الإدارية¹.

وبحسب المادة الأولى من ظهير 31 يوليوز 2008 الخاص بهيئة رجال السلطة²، تنقسم هذه الأخيرة إلى أربع إطارات، وهي:

1. إطار العمال ويضم درجة عامل ممتاز ودرجة عامل.
2. إطار الباشوات، ويضم درجة باشا ممتاز ودرجة باشا.
3. إطار القواد، ويضم قائد ممتاز ودرجة قائد.
4. إطار خلفاء القواد، ويضم درجة خليفة قائد ممتاز ودرجة خليفة قائد من الدرجة الأولى، ودرجة خليفة من الدرجة الثانية.

وما يمكن ملاحظته انطلاقاً من هذا التصنيف، عدم ورود مصطلح الوالي ضمن القائمة؛ وهو ما يعني أن الوالي ليس بإطار ولا درجة، بل هو وظيفة يمكن أن يتقلدها من توفرت فيه الشروط. كما يثير هذا التصنيف ملاحظة أخرى بحسب بعض الباحثين؛ حيث أنه من الخطأ الشائع إطلاق رجل سلطة فقط على الهيئة المعنية بظهير شريف والمنتمة لوزارة الداخلية³، بل يجب أن يشمل كل موظف مسؤول يتمتع بسلطات معينة، كما هو الشأن بالنسبة لممثلي الوزارات على المستوى الإقليمي. وعلى ضوء هذا التصنيف الذي منح للعامل مركز صدارة رجال السلطة، تبرز أهمية مؤسسة العامل في النسق المغربي، لما له من دور محوري في النظام السياسي والتنظيم الإداري. وقد ازداد دورها بشكل كبير في سياق المرحلة الاستثنائية الناتجة عن أزمة كورونا، من خلال حكمة الإجراءات المتخذة في حالة الطوارئ الصحية على الصعيد الترابي الإقليمي، وكذا التفاعل الميداني لمحاصرة انتشار هذا الفيروس القاتل.

1 ميشال روسي: المؤسسات الإدارية المغربية، مطبعة النجاح، الدار البيضاء 1993، ص: 74.
2 ظهير شريف رقم 1.08.67 الصادر في 27 رجب 1429 الموافق 31 يوليوز 2008، جريدة رسمية عدد 5677 بتاريخ موافق 27 أكتوبر 2008، ص: 3880.
3 عبد العزيز أشرفي: العامل والمفهوم الجديد للسلطة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003، ص: 28.

وأمام هذه المعطيات، وفي سياق هذه المرحلة الاستثنائية التي اتسمت بخفوت مستوى أداء اللامركزية لصالح فعالية ونجاعة مستوى اللاتمرکز، أو بعبارة أخرى عقل اللاتمرکز اللامركزية؛ جاء اختيارنا لموضوع الدراسة في سياق التحولات الكثيرة التي يعرفها المغرب والنتيجة عن الآثار الصعبة لجائحة كورونا، وكذا في ظل المستجدات الدستورية والقانونية التي عملت على إعادة النظر في أدوار الفاعلين الترابيين، انسجاماً مع خيار الجهوية المتقدمة، للدفع بمسلسل اللامركزية واللاتمرکز إلى مستوى متقدم.

وعلى ضوء كل ذلك، تتبلور إشكالية الموضوع وتتمثل فيما يلي:

أي دور لمؤسسة العامل في تدبير جائحة كورونا؟

وبما أن الإشكالية الدقيقة المصاغة بشكل جيد، تحمل في طياتها مجموعة من التساؤلات الفرعية، فتساؤلات هذه الإشكالية يمكن إبرازها في العناصر التالية:

1. ما هي الوظائف المنوطة بمؤسسة العامل في ضوء المستجدات الدستورية والقانونية والتنظيمية؟

2. كيف ساهمت مؤسسة العامل في التصدي لوباء كورونا المستجد، بما أعاد للدولة هيبتها ووقارها؟

3. أي عبر ودروس يمكن استخلاصها من الجائحة لتعزيز مؤسسة العامل؟ وفي معرض تحليلنا لموضوع الدراسة، اعتمدنا على المنهج الوصفي الوظيفي الذي يمكننا من مناقشة موقع مؤسسة العامل ضمن الدينامية الإصلاحية التي عرفها المغرب، والوظائف المنوطة بها للقيام بأدوارها الأساسية سواء في الظروف العادية أوفي الظروف الاستثنائية، كالتالي فرضتها جائحة كورونا.

وبناء عليه، ارتأيت تقسيم الدراسة إلى محورين أساسيين، أتناول في المحور الأول وظائف مؤسسة العامل في الظروف العادية كما أطرها المقتضى الدستوري والقانوني والتنظيمي. أما المحور الثاني فتم تخصيصه للحديث عن وظائف مؤسسة العامل في حالة الطوارئ الصحية، كما فرضتها جائحة كورونا.

المحور الأول: وظيفة مؤسسة العامل في الظروف العادية

تحتل مؤسسة العامل مكانة سامقة في البناء المؤسسي على المستوى الترابي؛ وبالنظر إلى ريادتها في تدبير قضايا الشأن المحلي وتبغولها في التنظيم الإداري، فقد خصها المتن الدستوري منذ أول دستور للمملكة لسنة 1962 بموقع متميز، وتطورت بتطور المنظومة الدستورية المغربية على امتداد الدساتير اللاحقة، وبتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية¹. كما تم تنظيم الوضعية الوظيفية للعمال بعد الاستقلال بموجب ظهير 20 مارس 1956²، وتم تحديث هذا الإطار القانوني في كثير من المحطات³، لتدارك نواقص النص، والرقى بالمهام والاختصاصات لتجويد الأداء.

لقد أضيف الدستور الجديد لسنة 2011 أهمية خاصة على اختصاصات العامل من خلال الفصل 145 الذي حصر هذه الاختصاصات فيما يلي:

- تمثيل السلطة المركزية في الجماعات الترابية؛
 - تأمين تطبيق القانون وتنفيذ النصوص التنظيمية ومقررات الحكومة؛
 - مساعدة رؤساء الجماعات الترابية في تنفيذ البرامج التنموية؛
 - تنسيق أنشطة المصالح اللامركزية والسهر على حسن سيرها.
- بقراءة مقتضيات هذا الفصل وموقعه في المتن الدستوري، يتضح أن العامل يشكل سلطة ذات اختصاص عام، عكس رؤساء المصالح اللامركزية الأخرى التي تمارس اختصاصات تقنية في مجال محدد. ومن جهة أخرى، فهذا الفصل المرتبط برجال السلطة، يشكل جزءا من الباب التاسع المؤطر للوحدات اللامركزية؛ وهو ما يعني أنه يتعين مقارنة مستجدات الدستور المتعلقة بالتنظيم الديموقراطي

1 سمير الصمدي: مؤسسة الوالي في النظام الدستوري المغربي وأفاق نظام اللامركز، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد الرابع أبريل 2020، ص: 276.

2 ظهير شريف رقم 1.56.046 بتاريخ 7 شعبان 1375 موافق 20 مارس 1956 يحدد القانون الخاص بالعمال، جريدة رسمية عدد 568 بتاريخ 24 شعبان 1375 موافق 6 أبريل 1956، ص: 2267.

3 ✓ ظهير شريف رقم 1.63.038 بشأن النظام الأساسي للمتصرفين بوزارة الداخلية في فاتح مارس 1963؛

✓ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.75.168 الصادر بتاريخ 25 صفر 1397 موافق 15 فبراير 1975 المتعلق باختصاصات العامل، جريدة رسمية عدد 3359 الصادرة بتاريخ 25 ربيع الأول 1397 موافق 16 مارس 1977، ص: 767؛

✓ ظهير شريف رقم 1.86.2 بتاريخ 26 ربيع الآخر 1407 موافق 29 دجنبر 1986؛

✓ ظهير شريف رقم 1.93.293 بتاريخ 19 ربيع الآخر موافق 6 أكتوبر 1993، جريدة رسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993، ص: 1911.

والتدبير الحر في إطار منطق الدولة الموحدة¹، وليس بالمنطق الفيدرالي. كما أن بالإضافة إلى هذه الاختصاصات الواردة في هذا الفصل، توجد مهام أخرى في نصوص قانونية، وهو ما سنعمل على توضيحه.

1. الاختصاصات الدستورية للعامل:

لقد عمل الدستور المغربي الجديد على إسناد مجموعة من الاختصاصات للعامل، وهي:

○ وظيفة التمثيل:

بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 145 من الدستور، يمثل ولاة الجهات وعمال العمالات والأقاليم السلطة المركزية في الجماعات الترابية؛ عوض تمثيل الدولة كما كان منصوص عليه في دستور 1996، لاعتبارات مرتبطة بالمستجد الدستوري المتعلق بالتعيين في المناصب السامية (اقتراح تعيين العمال من طرف رئيس الحومة بموجب الفصل 49 من الدستور، والإدارة موضوعة تحت تصرف الحكومة بموجب الفصل 89 من الدستور، وباعتبار العامل جزء من الإدارة)، وكذا بموقع الجماعات الترابية في البناء الدستوري الجديد، وأيضاً لإسناد تمثيل الدولة من طرف جلالة الملك بمقتضى الفصل 42 من الدستور.

وتتفتح وظيفة التمثيل على متغير آخر مرتبط بالوضع الاعتباري للعمال، يتعلق بمهمة تأمين تطبيق القانون وتنفيذ النصوص التنظيمية ومقررات الحكومة، على اعتبار أنه طبيعياً أن يكون ذلك من اختصاصاته إذا كان ممثلاً للسلطة المركزية، وما يتيح له موقعه السامي من تنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها، واتخاذ جميع الإجراءات والتدابير الهادفة لاحترام القانون.

○ وظيفة المراقبة الإدارية والمساعدة:

انسجاماً مع التوجهات الجديدة بعد دستور 2011 التي تقطع مع المراقبة العمودية والقبلية، وتنحو نحو تعزيز المراقبة الإدارية البعيدة المواكبة، ملائمة لمبدأ التدبير الحر؛ أسند الدستور الجديد بمقتضى الفصل 145 وظيفة المراقبة الإدارية للعامل، وما تعنيه ذلك من مراقبة تسلسلية رئاسية على رجال السلطة (الباشوات،

¹ إيمان داودي: الولاية والعمال والإصلاح الدستوري بالمغرب، مجلة REMALD العدد 108، يناير، فبراير 2013، ص: 70.

القياد.....) وعلى موظفي العمالة أو الإقليم التابعين لنفوذه الترابي. ومراقبة بعيدية لمدى مشروعية القرارات الصادرة عن الجماعات الترابية من حيث احترامها للمقتضيات التشريعية والتنظيمية، وبالتالي ممارسة الطعن وإحالة غير المتسمة بالمشروعية على أنظار القضاء الإداري؛ لاسيما بعد حذف الازدواج الوظيفي للولاية والعمال فيما يخص تنفيذ مقررات مجالس الجهات والعمالات والأقاليم، بما يسمح بتحقيق الفعالية في ممارسة مهامهم الطبيعية، والتي لا تقل أهمية¹.

وتعني الوظيفة الثانية، مساعدة الوالي الذي يعتبر في نفس الوقت عاملا، المجلس الجهوي على تنفيذ المخططات وبرنامجه التنموي بما يملكه من خبرة في التدبير وحنكة في وضع المشاريع، بعدما كان هذا الوالي/ العامل في السابق هو الجهاز التنفيذي له، وما يفيد ذلك من تغيير العميق في مستوى العلاقة بين السلط، إذ لم تعد هناك تراتبية وإشراف، بل سلط متوازنة.

○ وظيفة تنسيق المصالح اللامركزية:

يمكن اعتبار وظيفة تنسيق عمل المصالح اللامركزية الموكولة للعامل على الصعيد الترابي، امتدادا طبيعيا لوظيفة التنسيق المنوطة برئيس الحكومة للقطاعات الوزارية، باعتباره ممثلا للسلطة المركزية على المستوى الترابي، وله من القدرات ما يكفي لتأمين الوحدة والانسجام والاتقائية، وبالتالي وضع حد لتشتت التدخلات الإدارية. وقد أولى الدستور الجديد أهمية لهذه الوظيفة، لما لها من جدوى في ضمان النجاعة والمردودية، مستغنيا بذلك عن مقتضيات النصوص القانونية والتنظيمية السابقة التي تحثهم على ضرورة القيام بمهام التنسيق.

2. الاختصاصات القانونية والتنظيمية للعامل:

تعتبر هذه الاختصاصات منسجمة مع اختصاصاته الدستورية السابقة ومكملة لها، ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى:

○ وظيفة حفظ النظام العام:

بمقتضى الفصل الثالث من الظهير الشريف بتاريخ 15 فبراير 1975 المتعلق باختصاصات العامل، يُكلف هذا الأخير بالمحافظة على النظام في العمالة أو الإقليم، ويجوز له استعمال القوات المساعدة والشرطة والاستعانة بالدرك الملكي والقوات المسلحة الملكية طبق الشروط المحددة في القانون. وتضيف المادة أيضا أنه

¹ محمد اليعقوبي: مفهوم الجهوية المتقدمة في الخطاب الملكي، مجلة REMALD العدد 93 سنة 2010، ص: 21.

يشرف تحت سلطة وزير الداخلية على أعمال رؤساء الدوائر ورؤساء المقاطعات الحضرية والقروية والباشا والقائد.

تندرج هذه الوظيفة ضمن مهام الشرطة الإدارية المنوطة بالعامل على صعيد تراب العاملة أو الإقليم والتي تتميز بالطبيعة الوقائية والاحترافية من ، وتهدف إلى ضمان الاستقرار واستتباب الأمن والتسلح باليقظة والحذر اتجاه الأفعال التي من شأنها المساس بالنظام العام، وينصرف مدلول الوظيفة إلى ثلاثة عناصر وهي: الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة. غير أنه في حالة الجنايات والجرح الماسة بسلامة وأمن الدولة الداخلي والخارجي، تمنح للوالي أو العامل بمقتضى المادة 28 من قانون المسطرة الجنائية، صفة ضابط الشرطة القضائية في حالة الاستعجال وبشكل استثنائي، وهو مقيد في ذلك بمجموعة من الشروط.

○ وظيفة الإشراف والتنسيق:

لقد أفرد ميثاق اللاتمرکز الإداري¹ بابا خاصا للقواعد المنظمة لعلاقة المصالح اللامركزية للدولة بولاية الجهات وعمال العمالات والأقاليم، وهو الباب الخامس من المادة 26 إلى المادة 35؛ وأوكلت المادة 19 من الميثاق لوالي الجهة أو عامل العمالة أو الإقليم مهمة الإشراف على المهام التي يمارسها رؤساء المصالح اللامركزية بكل مسؤولية، في حين أن المادة 24 أناطت بهما مهمة توجيه المصالح اللامركزية، مع ما يتطلب ذلك من اتخاذ جميع التدابير اللازمة بالتنسيق مع السلطات الحكومية؛ وهو ما يعني أن ميثاق اللاتمرکز شاهد على الدور الذي يمكن أن يلعبه الوالي أو العامل في سياسة اللاتمرکز². وتساعد العامل وظيفته الإشرافية القيام بمهمة التنسيق على أحسن وجه، لاسيما إذا استحضرننا مستويين من التنسيق: المستوى الأفقي، من خلال ضمان الانسجام والتكامل بين القطاعات على الصعيد الإقليمي؛ والمستوى العمودي بتسلسل إداري، من خلال ضمان الالتقائية والانسجام داخل نفس القطاع.

○ الوظيفة الإدارية:

¹ مرسوم رقم 2.17.618 بمثابة ميثاق اللاتمرکز الإداري الصادر بتاريخ 18 ربيع الآخر 1440 (26 دجنبر 2018)، جريدة رسمية عدد 6738 بتاريخ 19 ربيع الآخر 5 27 دجنبر 2018)، ص: 9787.

² محمد الحسنوي النقال: الميثاق الوطني للاتمرکز الإداري ورهان التدبير الإداري، المجلة المغربية للدراسة القانونية والقضائية، العدد الأول 2020، ص: 39.

فطبقا للمادة الأولى من ظهير 6 أكتوبر 1993 المتعلق باختصاصات العامل، يتولى هذا الأخير النهوض بأعمال المصالح والمؤسسات التي لا يتجاوز مجال عملها نطاق العمالة أو الإقليم، ومراقبتها وتتبعها قصد السهر على تنفيذ القرارات الصادرة عن الوزراء؛ كما أوكلت له مهمة رفع بيان عن شروط تنفيذ ما يصدره من توجيهات وتعليمات. وكذا توجيهه إلى كل وزير تقريرا عن حالة الاستثمارات المقررة، وأن يقترح بهذه المناسبة كل تدبير يعود بالفائدة.

كما أن الفصل السادس من ظهير 15 فبراير 1977 المشار إليه أعلاه، منح للعامل سلطة المراقبة تحت الوزراء المختصين للنشاط العام لموظفين وأعاون المصالح الخارجية للإدارات المدنية التابعة للدولة المزاولين لعملهم في العمالة أو الإقليم؛ كما منعه هذا الفصل بسلطة توجيه نظرة عن سلوك رؤساء مصالح الإدارات المدنية ومساعدتهم المباشرين. وفي حالة الإخلال بالالتزامات المهنية بارتكاب هفوة خطيرة من طرف الموظف، يمكن للعامل بمقتضى هذا الفصل توقيف هذا الموظف، وإخبار الوزير المختص على الفور بتدبير التوقيف المتخذ.

هذه الاختصاصات والمهام تجعل العامل بمثابة السلطة الرئاسية على مختلف موظفي الدولة على الصعيد الإقليمي، وهو الساهر على.....
○ الوظيفة السياسية:

تشكل الاعتبارات السياسية والأمنية إحدى الأهداف الواضحة والبارزة من كل تقسيم ترابي¹، وعلى هذا الأساس فإن وظيفة العامل لا تنحصر فقط في الممارسة الإدارية، بل تتعداها إلى وظيفة سياسية تنبع من كونه ممثلا للحكومة بالإقليم؛ بما يتحتم عليه من خلق مناخ للتنافس الحر والشفاف بين الفاعلين السياسيين، ومراقبة أنشطة الأحزاب السياسية، وكذا المشهد السياسي بالإقليم الذي يحيل إلى التجاذب والتناقض بين أطراف اللعبة السياسية، وبالتالي محاولة خلق نوعا من التوازن والانسجام السياسي.

إن الوظيفة السياسية للعامل يمكن رصدها أيضا من علاقته بالجماعات الترابية، باعتبار هذه الأخيرة كيانات ترابية ناتجة عن الفعل السياسي، وهكذا يمكنه ممارسة الرقابة على أشخاص وأعمال المجالس الترابية، وحضوره في دورات هذه المجالس كمؤسسة لا كشخص.

○ الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية:

¹ محمد يحيى: المغرب الإداري، مطبعة اسبارطيل، الطبعة الرابعة 2012، ص: 112.

يقع على عاتق الوالي/ العامل مهام الإقلاع الاقتصادي على الصعيد الجهوي أو الإقليمي، من خلال خلق دينامية اقتصادية لمواكبة النسيج المقاوالاتي وتحفيز الاستثمار الترابي وتجسيد سياسة القرب مع المستثمر، ومن شأنها أيضا ضمان النمو والاستقرار والتماسك الاجتماعي، وهي مهام يمكن كشفها من خلال الرسالة الملكية الموجهة إلى الوزير الأول في يناير 9 يناير 2002 في موضوع التدبير اللامتمركز، والتي دعت إلى إحداث المراكز الجهوية للاستثمار تتولى نوعين من المهام، أحدهما للمساعدة على إنشاء المقاوالات، والآخر لمساعدة المستثمرين، وتتكون بالتالي من شباكين.

إن تشخيص اختلالات هذه المراكز سواء بالرجوع إلى الخطب الملكية، كخطبة افتتاح السنة التشريعية لسنة 2016-2017، أو على مستوى تقارير المجلس الأعلى للحسابات أو غيرها من التقارير، أفضت إلى ضرورة إصلاح هذه المراكز لتجاوز مختلف الإشكالات و العوائق المطروحة. وقد تم ذلك من خلال إصدار القانون 147.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار. وقد أناط هذا القانون بالوالي بمقتضى المادة 10 منه، مهمة ترأس مجلس إدارة المجلس الجهوي للاستثمار، كما منحت المادة 31 منه لعمال العمالات والأقاليم بالجهة، صفة عضو في اللجنة الجهوية للاستثمار التي يترأسها والي الجهة.

وبما أنه يصعب فصل الشأن الاقتصادي عن الاجتماعي، يشكل هذا الأخير أيضا مجالا خصبا لتدخل العامل للنهوض بالتنمية، تفاعلا مع المبادرة الوطنية للتنمية البشرية التي كان قد أطلقها جلالة الملك محمد السادس في خطابه بتاريخ 18 ماي 2005، من خلال ترؤسه للجنة الإقليمية للتنمية البشرية، والتي تعتبر فضاء ملائما لضمان النقائية السياسات العمومية بخصوص التنمية الاجتماعية على المستوى الإقليمي، على أمل الوصول إلى تنمية بشرية مجالية عادلة ومنصفة.

المحور الثاني: وظيفة العامل في الظروف الاستثنائية، جائحة كورونا نموذجا

¹ القانون 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار، الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.18 بتاريخ 7 جمادى الآخرة 1440 موافق 13 فبراير 2019، جريدة رسمية عدد 6754 بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 موافق 21 فبراير 2019. ص:834.

يتضح بجلاء من المحور الأول، أن مؤسسة العامل تلعب دورا محوريا واستراتيجيا في النسق السياسي والاقتصادي والإداري والاجتماعي المغربي في الظروف العادية، وهو دور لا يقل أهمية في الظروف الاستثنائية كحالة الطوارئ، باعتبار أنه في كنف هذه الأخيرة يختل التوازن التقليدي الكلاسيكي بين السلط، من خلال استنثار السلطة في المجال الترابي بصلاحيات واسعة للمحافظة على النظام العام.

وإذا كان واجب المحافظة على النظام العام على الصعيد الوطني موكول لرئيس الحكومة بمقتضى الفصل 90 من دستور 2011، فإنه منوط بالسلطة المحلية (رجال السلطة ورؤساء الجماعات الترابية) على الصعيد المجالي كل في اختصاصه بموجب النص الدستوري والقانوني، عبر ممارسة تدابير وإجراءات ضبطية توقعية استباقية لدرء كل المخاطر وبالتالي إعادة الوضع لسيره الطبيعي.

وبتعدد الظروف التي من شأنها الإخلال بالنظام العام (الحرب، الكوارث الطبيعية كالزلازل وتفشي الأوبئة والأمراض، الإرهاب...)، تتعدد معها أيضا آليات التنظيم العام للبلاد الموكولة لرجال السلطة في هذه الحالات؛ وتسمح لنا الظروف الاستثنائية بسبب جائحة كورونا كنموذج بالتعرف أكثر على وظيفة رجال السلطة، لاسيما منها مؤسسة العامل باعتبارها فاعلا أساسيا في سياسة اللاتركيز الإداري.

فبعد تسجيل بعض التطورات بشأن وضعية وباء كورونا ببلادنا في بداية شهر مارس الفارط، ولأجل إبقاء الفيروس تحت السيطرة، وحفاظا على صحة وسلامة المواطن والوطن؛ تقرر إعلان حالة الطوارئ الصحية وتقييد الحركة ابتداء من يوم الجمعة 20 مارس 2020 على الساعة السادسة مساء، وقد صاحب ذلك اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير على المستوى القانوني والتنظيمي والمؤسساتي، أبرزها إصدار مرسوم قانون رقم 2.20.292 بتاريخ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها¹، وكذا المرسوم رقم 2.20.293 بتاريخ 24 مارس 2020 يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا

¹ مرسوم قانون 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.

المستجد¹ تفعيلًا للمرسوم قانون السالف الذكر؛ وبالرغم من ذلك الزخم الفكري والنقاش الثري المُثار من طرف بعض الباحثين بخصوص هاذين الإطارين القانونيين، لما نجم عن تفعيلهما من إشكالات عديدة²، إلا أنهما شكلا فرصة بارزة واختبار حقيقي للمفهوم الجديد للسلطة، الذي كان قد أطلقه جلالة الملك محمد السادس في سنة 1999 بعد تقلده الحكم، لاسيما وأن نجم رجال السلطة لمع بقوة في ميدان معركة مجابهة ومحاصرة هذا الوباء من خلال السهر على تنفيذ حالة الطوارئ الصحية.

وفي هذا الإطار، وانسجامًا مع الأدوار الطلائعية لرجال السلطة في زمن الطوارئ والمراحل الصعبة، عملت المادة الثالثة من مرسوم 2.20.293 السالف ذكره على منح اختصاصات، يتخذ الولاة الجهات وعمال العمالات والأقاليم بموجب الصلاحيات المخولة لهم طبقًا للنصوص التشريعية والتنظيمية، جميع التدابير التنفيذية التي يستلزمها حفظ النظام العام الصحي في ظل حالة الطوارئ الصحية، سواء كانت هذه التدابير ذات طابع توقعي أو وقائي أو حمائي، أو كانت ترمي إلى فرض أمر بحجر صحي اختياري أو إجباري، أو فرض قيود على إقامة الأشخاص بمساكنهم، أو الحد من تنقلاتهم، أو منع تجمعهم، أو إغلاق المحلات المفتوحة لعموم، أو إقرار أي تدبير آخر من تدابير الشرطة الإدارية. وتتسجم هذه المهام الجديدة في هذه الظرفية الاستثنائية، مع مقتضيات ظهير 15 فبراير 1977 المنظم لاختصاصات العامل، وكذا مع مضمون المرسوم الملكي رقم 554.65 بمثابة قانون المتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض واتخاذ تدابير وقائية للقضاء عليها³؛ حيث يشير الفصل الخامس من هذا المرسوم الملكي إلى أنه يتعين على السلطات المحلية أن تقدم مساعدتها إلى السلطات الطبية لتنفيذ مقتضياته، لاسيما في حالة وجود خطر جسيم على الصحة العمومية كما الحال مع فيروس كورونا المستجد، الموصوف من طرف منظمة الصحة العالمية بالجائحة.

¹ مرسوم رقم 2.20.293 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.

² خليل اللواح: حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية، مجلة عدالة، العدد الرابع الخاص بجائحة كورونا، يونيو 2020، ص: 113.

³ المرسوم الملكي رقم 554.65 بمثابة قانون المتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض واتخاذ تدابير وقائية للقضاء عليها، الصادر في 17 ربيع الأول 1387 الموافق 26 يونيو 1967، جريدة رسمية عدد 2853 بتاريخ 26 ربيع الأول 1387 الموافق 5 يوليوز 1967، ص: 1483.

وباعتبار الوالي أو العامل يوجد في قمة هرم السلطة على صعيد العمالة أو الإقليم، لأنه يمثل الحكومة كجهاز جماعي وكل وزير بشكل فردي، فإن تمثيله لوزير الصحة، صفة المندوب الإقليمي للصحة، يجعله مسؤولاً عن ضمان الصحة والسلامة لجميع مواطني ومواطنات دائرته الترابية¹.

إذا كان للعامل دور أساسي في ضمان الأمن الصحي الإقليمي، فإن دوره على مستوى الأمن الاقتصادي الإقليمي أو الجهوي، ازداد بشكل ملحوظ مع الجائحة لمحاصرة تداعياتها ووضع حد لبعض الممارسات غير المشروعة ومحاربة الاحتكار؛ وفي هذا الصدد، أصدر عمال العمالات والأقاليم تعليمات صارمة لرجال السلطة لمواصلة تحركاتها الميدانية لمراقبة تموين الأسواق بالمواد الغذائية لمواجهة أي مضاربة محتملة مستغلة هذه الظرفية الاستثنائية الموسومة بتفشي وباء كورونا المستجد، وتلقي الشكايات المرتبطة بذلك. كما تم إحداث لجان إقليمية للمراقبة تحت رئاسة العمال للقيام بالزيارات الفجائية لمختلف المحلات التجارية، وتم حثها للتنسيق مع النيابة العامة المختصة لتطبيق القانون في حق المخالفين.

رب ضارة نافعة، فجائحة كورونا لم تكن سيئة بالكامل، فهي أمطت اللثام عن مجموعة من القضايا المرتبطة بالسلطة، وكذلك عن الأدوار الخفية لرجال السلطة باعتبار أن باقي رجال السلطة من باشا وقائد ممتاز وقائد، يشتغلون تحت إشراف العامل بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل الثالث من ظهير 15 فبراير 1977 السالف الذكر، فينزول رجال السلطة إلى الشوارع والأزقة لحث المواطنين على احترام إجراءات حالت الطوارئ الصحية، طفت إلى السطح مجموعة من الممارسات كانت إلى عهد قريب غائبة في المخيل المجتمعي، لقد قدم رجال السلطة في هذه اللحظة باستثناء بعض الحالات المعزولة، صورة جديدة ووجهها آخر للسلطة، بعيداً عن التمثل التقليدي لها المرتبط بالتسلط والعنف وسوء الاستعمال، بدأ عملهم بشكل متواصل ودائم بروح وطنية عالية وبقدرة قل نظيرها على التضحية وكران الذات، وعلى غير المعتاد ظهر انسجام كبير وتعاون قوي بين رجال السلطة والمواطنين، برز في عدة مقاطع وممارسات، تم رصدتها في: ترديد النشيد الوطني بشكل جماعي مع التصفيق من شرفات وأسطح المنازل، التحسيس والتوعية من طرف بعض رجال السلطة بمخاطر الوباء وبضرورة اتخاذ الحيطة والحذر لمنع انتشاره وسبل الوقاية

¹ طارق العبيدي: دور رجال السلطة الترابية في حالة الطوارئ الصحية " فيروس كورونا المستجد نموذجاً"، مقال بموقع www.marocdroit.com

منه، تضامن أحد رجال السلطة مع مواطنة لمساعدتها على تجاوز الأزمة وتخفيف وطأتها... وهي مشاهد ستظل موشومة في الذاكرة، وتوحي بما لا يدع مجالاً للشك، أن زمن المصالحة بين السلطة والمجتمع قد أتى، وأن الوجه البئيس للسلطة المتسم بالتسلط قد ولى إلى غير رجعة.

إن المفهوم الجديد لرجل السلطة، لم ينحصر فقط في تبني مسلسل المصالحة مع أبناء المجتمع، بل أن علاقة الوئام والحميمية مع الجسم الصحفي كانت العنوان البارز في هذه الظرفية الاستثنائية، إذ ما فتئت العديد من المنابر الإعلامية بمختلف أنواعها ومستوياتها تُثمن مجهودات رجال السلطة في تعاطيهم مع المرحلة، وتُلبسهم ثوب الأبطال في معركة كشفت المستور في أدوار رجال السلطة، بما أعاد لهم رمزيتهم ووقارهم.

خاتمة:

لا مندوحة أن مؤسسة العامل تعتبر امتداداً طبيعياً للسلطة المركزية في دائرة المجال الترابي، وبحكم الوظائف الاستراتيجية الدقيقة والحيوية المنوطة به، فقد أولت لها الدساتير السابقة أهمية كبرى، وأفرد لها دستور 2011 مكانة محورية في هندسته، في سياق التفعيل الأمثل للمفهوم الجديد للسلطة. كما يعتبر ظهير 15 فبراير 1977 كما وقع تغييره وتتميمه، نصاً مرجعياً لاختصاصات العامل، ولم يتوان أيضاً ميثاق اللاتمرکز الجديد في إسناد مهام وصلاحيات مهمة للوالي أو العامل.

وإذا كانت هذه الاختصاصات المسنودة لمؤسسة العامل، تمارسها في الظروف العادية، فإنه في الظروف الاستثنائية كالتي عاشها المغرب مع انتشار جائحة كورونا، كشفت هذه الأخيرة المستور من مهامهم، من خلال تسليط الضوء على الأدوار الطلائعية التي قامت بها بحس وطني ونكران الذات، واستطاعت أن تكسب ود المجتمع بما أوقع مصالحة عظمى بين السلطة والمجتمع.

لا مناص أن جائحة كورونا شكلت اختباراً حقيقياً لرجال السلطة في تفاعلهم مع المرجعيات القانونية والحقوقية لعصرنة الدولة وإرساء المفهوم الجديد للسلطة؛ وسيزداد دورهم أكثر مع الأوراش الإصلاحية المفتوحة لإصلاح الدولة، لاسيما مع تنزيل خيار الجهوية المتقدمة واللاتمرکز الإداري؛ وهو ما يعني أنه أن الأوان لمراجعة بعض النقائص المرتبطة بموقع وعمل مؤسسة الوالي أو العامل، من خلال الأخذ بالتوصيات التالية:

○ إذا كان الرهان معقود على مؤسسة الوالي أو العامل لتحقيق الحكامة المجالية، فإن ذلك يفرض إعادة النظر في الإشكال الدستوري، الذي بقدر ما ثمن وظيفتها التمثيلية للسلطة المركزية، بقدر ما أبقى على خضوعها لإشراف وزارة الداخلية بدل لإشراف رئاسة الحكومة أو الوزارة الأولى كما في التجارب المقارنة، كالتجربة الفرنسية؛

○ بالرغم من التداعيات الصعبة لجائحة كورونا على الاقتصاد الوطني، فإنه بالقابل يجب استثمار نتائجها وآثارها بما يقوي قدرات الدولة في التغلب على الأزمات الطارئة ويُرسى مصالحة بين مكونات الدولة على المدى، لا سيما وأن مؤسسة العامل باعتبارها ممثلة للسلطة المركزية بالنفوذ الترابي، لم تعد رمزا للتسلط، بل كانت في الصفوف الأمامية لمجابهة الجائحة، وأبانت عن مجهودات جبارة في تطويق الوباء؛

○ إن من نتائج المصالحة بين السلطة والمجتمع، هو تمكين مؤسسة رجال السلطة من الإشراف المباشر على آلية الدعم الاجتماعي بجميع أنواعه، في سياق الإصلاحات المقبلة، بما يقف سدا منيعا أمام التوظيف السياسي للمنتخبين لهذه الآلية، بما يفسد العمل السياسي ويمس بمبدأ التنافس الحر والنزيه.

لائحة المراجع:

◆ الكتب:

- ✓ عبد العزيز أشرفي: العامل والمفهوم الجديد للسلطة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2003.
- ✓ محمد يحيى: المغرب الإداري، مطبعة اسبارطيل، الطبعة الرابعة 2012.
- ✓ ميشال روسي: المؤسسات الإدارية المغربية، مطبعة النجاح، الدار البيضاء 1993.

◆ المجلات:

- ✓ إيمان داودي: الولاة والعمال والإصلاح الدستوري بالمغرب، مجلة REMALD العدد 108، يناير، فبراير 2013.
- ✓ خليل اللواح: حالة الطوارئ الصحية بالمغرب بين الشرعية والمشروعية، مجلة عدالة، العدد الرابع الخاص بجائحة كورونا، يونيو 2020.
- ✓ سمير الصمدي: مؤسسة الوالي في النظام الدستوري المغربي وآفاق نظام اللاتمرکز، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد الرابع أبريل 2020.
- ✓ محمد الحسنوي النقال: الميثاق الوطني للاتمرکز الإداري ورهان التدبير الإداري، المجلة المغربية للرصد القانوني والقضائي، العدد الأول 2020.

✓ محمد اليعقوبي: مفهوم الجهوية المتقدمة في الخطاب الملكية، مجلة REMALD العدد 93 سنة 2010.

◆ **الظواهر والنصوص القانونية والتنظيمية:**

✓ ظهير شريف رقم 1.56.046 بتاريخ 7 شعبان 1375 موافق 20 مارس 1956 يحدد القانون الخاص بالعمال، جريدة رسمية عدد 568 بتاريخ 24 شعبان 1375 موافق 6 أبريل 1956، ص: 2267.

✓ ظهير شريف رقم 1.63.038 بشأن النظام الأساسي للمتصرفين بوزارة الداخلية في فاتح مارس 1963.

✓ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.75.168 الصادر بتاريخ 25 صفر 1397 موافق 15 فبراير 1975 المتعلق باختصاصات العامل، جريدة رسمية عدد 3359 الصادرة بتاريخ 25 ربيع الأول 1397 موافق 16 مارس 1977، ص: 767.

✓ ظهير شريف رقم 1.08.67 الصادر في 27 رجب 1429 موافق 31 يوليوز 2008، جريدة رسمية عدد 5677 بتاريخ موافق 27 أكتوبر 2008، ص: 3880.

✓ ظهير شريف رقم 1.86.2 بتاريخ 26 ربيع الآخر 1407 موافق 29 دجنبر 1986.

✓ ظهير شريف رقم 1.93.293 بتاريخ 19 ربيع الآخر موافق 6 أكتوبر 1993، جريدة رسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993، ص: 1911.

✓ المرسوم الملكي رقم 554.65 بمثابة قانون المتعلق بوجوب التصريح ببعض الأمراض واتخاذ تدابير وقائية للقضاء عليها، الصادر في 17 ربيع الأول 1387 موافق 26 يونيو 1967، جريدة رسمية عدد 2853 بتاريخ 26 ربيع الأول 1387 موافق 5 يوليوز 1967، ص: 1483.

✓ القانون 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وبإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار، الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.18 بتاريخ 7 جمادى الآخرة 1440 موافق 13 فبراير 2019، جريدة رسمية عدد 6754 بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 موافق 21 فبراير 2019، ص: 834.

✓ مرسوم قانون 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

✓ مرسوم رقم 2.20.293 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.

✓ مرسوم رقم 2.17.618 بمثابة ميثاق اللاتمرکز الإداري الصادر بتاريخ 18 رجب الآخر 1440 (26 دجنبر 2018)، جريدة رسمية عدد 6738 بتاريخ 19 ربيع الآخر 27 5 دجنبر 2018،

◆ **المواقع الإلكترونية:**

✓ طارق العبدوي: دور رجال السلطة الترابية في حالة الطوارئ الصحية " فيروس كورونا المستجد نموذجا"، مقال بموقع www.marocdroit.com.

مؤسسة التعاون بين الجماعات نموذج للتمويل الذاتي المحلي

د. أحلام بوقديدة

دكتورة في القانون العام،

مختبر الدراسات والأبحاث الإدارية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية فاس

الملخص:

تواجه الجماعات تحديات كبيرة، خصوصا بعد أن عرفت توسيعا مهما لاختصاصاتها وبالأخص توفير الإمكانيات اللازمة لتحقيق التنمية المستدامة والشاملة بالمجال الترابي، لكن ضعف وضآلة الوسائل المالية وعدم تناسبها مع حجم الصلاحيات الممنوحة لها، فقد حولها المشرع اللجوء إلى أسلوب التعاون والتضامن لتحقيق التنمية. يساهم التعاون بين الجماعات في عقلنة تدبير الموارد المالية والبشرية بالإضافة إلى الرفع من القدرة التنافسية للجماعات. وتشكل مؤسسة التعاون بين الجماعات إحدى أهم الآليات التي توظفها الجماعات الترابية لتجسيد التنمية التشاركية بعناصرها ومفهومها الواسع نظرا للمزايا العديدة التي تحققها بالاستجابة أكثر للحاجيات المتنامية للسكان.

Résumé :

Les communes sont confrontées à de grands défis, surtout après avoir connu une importante expansion de leurs compétences et en particulier de fournir les moyens nécessaires pour réaliser un développement durable et global au niveau local, mais la faiblesse et la rareté des moyens financiers et leur incompatibilité avec la taille des pouvoirs qui leur sont accordés, le législateur les a autorisés à recourir à une méthode de coopération et de solidarité afin de réaliser un certain développement. La collaboration entre les communes contribue

à rationaliser la gestion des ressources financières et humaines, ainsi qu'à accroître la compétitivité des groupes. L'un des mécanismes les plus importants que les groupes territoriaux utilisent pour incarner le développement participatif avec ses composantes et son concept large est la Fondation pour la coopération intercommunautaire, compte tenu des nombreux avantages qu'elle apporte en répondant davantage aux besoins croissants de la population.

الكلمات المفتاح: الجماعات، التعاون، التضامن، التنمية، التمويل الذاتي.

Les mots clés: les communes, la coopération, la solidarité, le développement, l'autofinancement.

مقدمة:

إن من بين أهم المؤشرات التي تقوم عليها الحكامة المحلية مبدأ التعاون والتعاقد بين الفاعلين المحليين(1). فالواقع اليومي أثبت أنه لا يمكن لأية جماعة لوحدها كيفما كانت وضعيتها المالية وكفاءة عنصرها البشري أن تحقق جميع مشاريعها الاقتصادية. إذ غالباً ما تعاني أغلب الجماعات من ضعف ميزانيتها المحلية الشيء الذي لا يخول لها مجالاً واسعاً لتنميتها الاقتصادية. لذا يبقى مجال التعاون السبيل الأمثل لتحقيق أهدافها التنموية.

وقد سعت القوانين التنظيمية الجديدة للجماعات الترابية في فلسفتها إلى تعزيز قدرات الإدارة لكل المستويات الترابية وذلك بمنحها آليات وهياكل للعمل. إذ نصت على إحداث مؤسسات للتعاون بين الجماعات.

1 - مهدي محمد ناتي، "شركات التنمية المحلية"، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 4، القنيطرة، الطبعة الأولى، يناير 2018، ص: 18.

وإذا كان القانون التنظيمي لم يحدد تعريفا دقيقا للتعاون، فإن وزارة الداخلية كانت قد عملت على تحديد هذا المفهوم حيث اعتبرت التعاون هو "تعاقد الجماعات المحلية فيما بينها لإنجاز مشاريع مشتركة ذات منفعة عامة(1).

ويمكن تعريف التعاون بين الجماعات هو: "الإرادة الذاتية للجماعات الترابية بربط علاقات تعاون مع نظيراتها أو مع شركاء آخرين سواء منهم الاقتصاديين أو الاجتماعيين. فهو نوع من التنظيم العقلاني للسلوك الجماعي الذي أكدت التجارب على فعاليته في احتواء الصعوبات والتخفيف من حدة المشاكل التي تعرفها الجماعات(2).

وإذا كان مبدأ التعاون من القيم التنظيمية المؤطرة للفعل الإداري الناجح والفعال فهو بذلك يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات المتساوية للوحدات المتعاونة، خلافا لمبدأ التضامن الذي يفيد الاندماج وهو يشير إلى روابط المساعدة، ورغم هذا الاختلاف ففي واقع الممارسة لا يتم التفرقة بين المفهومين نظرا لعدم وجود اجتهادات قضائية وفقهية تسلط الضوء عليهما من جهة، ولعدم وجود دراسات مفصلة بشأنهما من جهة ثانية(3).

وبالرجوع إلى التأصيل التاريخي، اتخذ التعاون بين الجماعات في البداية شكل النقابة الجماعية، واعتبر سنة 1960 وسيلة لإشراك بعض الجماعات في تدبير بعض المرافق العامة ذات الفائدة المشتركة، وفي الواقع فإن استخدام النقابات كان ضئيلا للغاية بفعل التطور الذي عرفته الوكالات المستقلة فيما بين الجماعات المحدثة سنة 1964(4).

وظلت صيغة النقابة الجماعية حاضرة في التنظيم الجماعي لسنة 1976، ثم في الميثاق الجماعي لسنة 2002، أي قانون 78.00، وتم استبدال مفهوم النقابة بمجموعة الجماعات، ثم أضيف تعديل الميثاق الجماعي بقانون 17.08 صيغا جديدة

1 - دليل التعاون والشراكة للجماعات المحلية، منشورات وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، يناير 2011، ص: 24.

2 - بهيجة هسك "الجماعة المقولة بالمغرب: الأسس، المقومات والرهانات"، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، العدد 5، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص: 53.

3 - هشام ونزار "الجهوية المتقدمة على ضوء المبادئ الدستورية الكبرى"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2018-2019، ص: 158-159.

4 - ميشيل روسي "المؤسسات الإدارية المغربية"، تعريب ابراهيم زياتي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993، ص: 125.

بإحداث التعاون والشراكة ومجموعة الجماعات ومجموعات التجمعات الحضرية، هذه الأخيرة التي أبقت عليها القوانين التنظيمية للجماعات الترابية مع تغيير الإسم إلى مؤسسات التعاون بين الجماعات.

ومؤسسة التعاون فهي، حسب المقترحات التشريعية، مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، تحدث بمبادرة من جماعات متصلة ترابياً، بموجب اتفاقيات تصادق عليها المجالس المعنية، تحدد من خلالها تسمية المؤسسة وموضوعها وطبيعة المساهمة ومبلغها ومدتها. كما حدد المشرع مجالات اختصاصها.

تحديد الإشكالية:

تواجه الجماعات الترابية تحديات كبيرة، خصوصاً بعد أن عرفت توسيعاً مهماً لاختصاصاتها وبالأخص توفيرها للإمكانيات اللازمة لتحقيق التنمية المستدامة والشاملة بالمجال الترابي، لكن ضعف وضالة الوسائل المالية وعدم تناسبها مع حجم الصلاحيات الممنوحة لها، فإنها تلجأ إلى أسلوب التعاون والتضامن لتحقيق تنمية مثمرة على المستوى الترابي.

وانطلاقاً من هذه الإشكالية الرئيسية تنبثق مجموعة من التساؤلات: كيف يمكن لمؤسسات التعاون أن تسهم في تحقيق التنمية المحلية؟ وما هي أسسها وآلياتها؟ وكيف تسمح بضمن التوازن الاقتصادي والاجتماعي للجماعات من جهة وتنمية قدراتها من جهة أخرى؟

وعليه سيتم التطرق للموضوع كالتالي:

المبحث الأول: مرتكزات وسياق إحداث مؤسسات التعاون بين الجماعات

المبحث الثاني: تكريس فلسفة التضامن والتمويل الذاتي

المبحث الأول: مرتكزات وسياق إحداث مؤسسات التعاون

بين الجماعات

يساهم التعاون بين الجماعات في عقلنة تدبير الموارد المالية والبشرية بالإضافة إلى الرفع من القدرة التنافسية للجماعات.

وتشكل مؤسسة التعاون بين الجماعات إحدى أهم الآليات التي توظفها الجماعات الترابية لتجسيد التنمية التشاركية بعناصرها ومفهومها الواسع نظرا للمزايا العديدة التي تحققها بالاستجابة أكثر للحاجيات المتنامية للسكان. وهو ما يتبين من خلال أهداف مؤسسات التعاون بين الجماعات (المطلب الأول) واختصاصاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختصاصات مؤسسات التعاون بين الجماعات

تحظى مؤسسات التعاون بين الجماعات بإطارها المرجعي (الفقرة الأولى) وتنوع مجالات تدخلها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإطار المرجعي

اعتمد خطاب دستور 2011 على إدراج مفاهيم التضامن والتنمية الاقتصادية بحيث نص على "إن النهوض بالتنمية الاقتصادية وتشجيع الاستثمار في الرأسمال البشري، وتقوية التضامن بين الجماعات الترابية، واعتماد الابتكار لتدبير التنوع في أوساطها، والتحكم في مستقبل النمو الحضري بها، تشكل كلها انشغالات آنية تفرض نفسها بحدة".

وقد حضي التعاون والتضامن في دستور 2011 سواء بين الجماعات الترابية أو مع غيرها بمقتضيات هامة حيث وردت كلمتا التعاون والتضامن في عدة فصول (1) بل أن الفصل 136 جعل منهما مبدئين دستوريين إلى جانب مبدأ التدبير الحر، وأوكل الفصل 146 منه إلى القانون التنظيمي تحديد شروط تأسيس المجموعات ووضع المقتضيات الهادفة إلى تشجيع تنمية التعاون والتضامن بين الجماعات الترابية(2).

كما شكلت الرسالة السامية للمشاركين في المؤتمر الرابع لمنظمة المدن والحكومات المحلية المتحدة بتاريخ 02 أكتوبر 2013 المنظمة بالرباط أساسا مرجعيا لتعزيز وتقوية التعاون بين الجماعات عن طريق إحداث مؤسسات للتعاون فيما بينها أكثر من أي وقت مضى، إذ أوردت "وإن رفع الجماعات الترابية لتحديات التنمية

1 - الفصول 136 و143 و144 و146 من دستور 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

2 - هشام ونزار، مرجع سابق، ص: 158.

المحلية والمستدامة رهين بقدرتها على تفعيل آليات التعاون والتضامن فيما بينها، وتعزيز قنوات التشاور وتبادل الأفكار والخبرات..."

ثم تضيف: "وإننا لعلى يقين أن أشغال هذا المؤتمر الهام، ستخلص إلى تبني مقاربات عملية، واقتراحات وتوصيات في مستوى الأهداف المنشودة في إطار منظماتكم. والتي ستساهم لا محالة في تمتين جسور التواصل وتعزيز أو اصر التعاون بين الجماعات الترابية والحكومات المحلية والارتقاء بالحكمة الترابية، وتدبير الشأن المحلي إلى مستوى طموحات شعوبنا جميعا".

فصيغة التعاون ما بين الجماعات تعتبر إحدى أهم الآليات التي توظفها هذه الأخيرة لتجسيد التنمية التشاركية استجابة لحاجيات المواطنين والمجال، إذ يمكن للجماعات أن تؤسس فيما بينها، بمبادرة منها مؤسسات للتعاون بين جماعات متصلة ترابيا تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي(1).

فهذا النوع من التعاون يعد وسيلة مهمة لإنجاز مشاريع مشتركة بين الجماعات المتعاونة ووسيلة فعالة لتحقيق التضامن بين الجماعات الغنية والفقيرة منها. ويتميز بسهولة تأسيسه وببساطة الإجراءات القانونية والإدارية الخاصة بإحداثه.

وتحدد هذه المؤسسات بموجب اتفاقيات تصادق عليها مجالس الجماعات المعنية وتحدد موضوع المؤسسة وتسميتها ومقرها وطبيعة المساهمة أو مبلغها والمدة للمؤسسة. كما يعلن عن تكوين مؤسسة التعاون أو انضمام جماعة إليها بقرار للسلطة الحكومية المكلفة بالداخلية بعد الاطلاع على المداولات المتطابقة لمجالس الجماعات المعنية. بالإضافة إلى أنه يمكن انضمام جماعة أو جماعات إلى مؤسسة التعاون بين الجماعات بناء على مداولات متطابقة للمجالس المكونة لمؤسسة التعاون ومجلس المؤسسة ووفقا لاتفاقية ملحقة(2).

الفقرة الثانية: مجالات مؤسسة التعاون

يتم إحداث مؤسسة التعاون بين الجماعات لإنجاز تجهيزات أساسية عمومية أو القيام بأشغال أخرى خارج الإجراءات المعتمدة في الصفقات العمومية، خصوصا عندما لا تتوفر الجماعات على اعتمادات كافية.

1 - المادة 133 من القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجماعات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 في 7 يوليوز 2015، ج.ر عدد 6380، بتاريخ 23 يوليوز 2015، ص: 6660.

2 - المادة 133 من القانون التنظيمي 113.14، م.س.

فقد أناط المشرع مؤسسة التعاون بين الجماعات بمهام عدة في مجالات كثيرة ومتنوعة كالنقل الجماعي وإعداد مخطط التنقلات بين الجماعات المعنية، معالجة النفايات والوقاية وحفظ الصحة، بالإضافة إلى التطهير السائل والصلب ومحطات معالجة المياه العادمة(1).

كما خصها المشرع أيضا بتوزيع الماء الصالح للشرب والكهرباء والإنارة العمومية وصيانة الطرق العمومية الجماعية.

بيد أنه يمكن للمؤسسة، بناء على مداوات مجالس الجماعات المكونة لها، أن تناط بها جزئيا أو كليا الأنشطة ذات الفائدة المشتركة والتي تتجلى في إحداث التجهيزات والخدمات وتدبيرها، كإحداث وتدبير التجهيزات الرياضية والثقافية والترفيهية، إحداث الطرق العمومية وتهيئتها وصيانتها، وإحداث مناطق الأنشطة الاقتصادية والصناعية وتدبيرها، بالإضافة إلى عمليات التهيئة.

ويمكن أن تناط بالمؤسسة علاوة على ذلك كل مهمة تقرر الجماعات المكونة لها باتفاق مشترك إسنادها إليها(2).

وبالتالي فمن خلال استقراء هذه المجالات تتبين الأهمية الحيوية التي تحظى بها مؤسسات التعاون بين الجماعات في حياة الساكنة ولا سيما القروية منها. وبصفة عامة تقوم مؤسسة التعاون بمشاريع من شأنها إنعاش التنمية الاقتصادية والاجتماعية ودعم برامج التجهيز خصوصا بالعالم القروي.

فهذا الأسلوب يعتبر الأمثل في الوقت الراهن للتغلب على ضعف مالية الجماعات الترابية الناتج بالأساس عن توزيع غير متكافئ للثروة المحلية بين مختلف هذه الجماعات، وذلك بالارتباط مع المعطيات الجغرافية والاقتصادية والطبيعية.

المطلب الثاني: أهداف مؤسسات التعاون بين الجماعات

يقول الأستاذ محمد اليعكوبي "إن القرن الواحد والعشرين سيصبح ربما قرن المدن والتراب المحلي والأقاليم، كما كان القرن العشرين قرن المقاولات

1 - كريم الشكاري "تعاون وشراكة الجماعات الترابية على ضوء القوانين التنظيمية"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، "الجهات والجماعات الترابية من الدستور إلى القوانين التنظيمية"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، العدد 34/33، 2015، ص: 64.

2 - المادة 134 من القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجهات، م.س.

والدول"(1)، فالتنظيم اللامركزي أضى يجعل من الجماعات الترابية رهانا أساسيا لتفعيل مقومات التنمية في أبعادها الاقتصادية والاجتماعية بوصفها مشروعا شاملا ومتكاملا ينطلق من المجال المحلي(2).

الفقرة الأولى: خلفيات إحداث مؤسسة التعاون بين الجماعات

أدى التوسع العمراني السريع والنمو الديمغرافي المتزايد يتطلب خدمات أساسية لحياة المواطنين كالنقل، الكهرباء الماء والتطهير... تطور معه حجم وتنوع المشاكل الاجتماعية والاقتصادية التي تتحملها الدولة في إطار تأهيل التجمعات الحضرية وتوزيع الموارد في الأوساط القروية، وما يفرضه قطاع النقل من أعباء، وما يستتبع ذلك من استثمارات ضخمة تتحملها الجماعات الترابية. هذا الموازنة مع محدودية سياسة الدعم والمساعدة المعتمدة من قبل الدولة في علاقتها بالوحدات الترابية على تحقيق أهداف التنمية المتوخاة. وزادت حدة الإكراهات المتعلقة بالمجال البيئي الذي أصبح يخضع لمعايير ومقاييس جديدة نتيجة تطور وتنامي حاجيات السكان، كما تنامت البطالة والإقصاء الاجتماعي.

وأمام هذا الزخم من الصعوبات التمويلية الذي يعكس الإمكانيات الحقيقية للجماعات فإنها تظل عاجزة عن مواكبة وثيرة التطور الذي تعرفه مختلف مظاهر الحياة بالنظر إلى الاختصاصات المسندة إليها، وبالتالي كان لا بد من إيجاد صيغة بديلة لتحقيق التنمية والتي تتجسد بالخصوص في تعاون الجماعات والتضامن فيما بينها.

فالتعاون يخلق للمجالس الجماعية متنفسا وسندا لبعض مشاريعها التي يصعب عليها إنجازها بمفردها لكونها تتطلب أموالا وتأطيرا خاصا. فبتعاون الجماعات في إطار مؤسسات التعاون يمكن تجاوز الإكراهات التمويلية التي تقف حجر عثرة في طريق التنمية.

الفقرة الثانية: الأهداف المتوخاة من إحداث مؤسسة التعاون بين الجماعات

يهدف إحداث مؤسسات التعاون بين الجماعات إلى الاستجابة أكثر للحاجيات المتزايدة للسكان وسد العجز الحاصل في التجهيزات الأساسية بالاستخدام الأمثل

1 - محمد اليكوبي "المبادئ الكبرى للحكومة المحلية"، ضمن مؤلف "تاملات حول الديمقراطية المحلية بالمغرب"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2008، ص: 152.

2 - إلهام بخوشي "الحكومة وتدبير الشأن العام المحلي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2016 - 2017، ص: 166.

للسائل والطاقت، وتحقيق أكبر قدر من المنفعة بأقل الوسائل الممكنة وبالتالي التخفيف من عيوب التقسيم الإداري بين الجماعات وتقليص الفوارق بينها، وذلك بتحسين وضعية الجماعات الفقيرة في إطار مبدأ التضامن بين الجماعات الغنية والفقيرة.

ويتناسب هذا الشكل مع المشاريع التي تحتاج إلى ميزانية ضخمة من أجل القيام بإنجازات تهم البنيات التحتية والتجهيزات والمعدات والآليات الأساسية، والتي تتطلب تكاثف مجهودات أكثر من جماعة واحدة لتدبيرها، بالإضافة إلى بعض البرامج الخاصة بالقطاعات الاجتماعية.

فالميزة الأساسية لمؤسسات التعاون بين الجماعات هي تكريس فلسفة التضامن بين الجماعات سواء الغنية منها أو الفقيرة لتحقيق التكامل الاقتصادي والاندماج الاجتماعي.

المبحث الثاني: تكريس فلسفة التضامن والتمويل الذاتي

يشكل التعاون والتضامن بين الجماعات الترابية شكلا من أشكال الذكاء الترابي باعتباره الآلية المثلى للتنسيق الأمثل والتوظيف الناجع للموارد والطاقت. كما يعتبر نتيجة حتمية لمواجهة التحديات الاقتصادية والاجتماعية التي تواجهها الجماعات الترابية بصفة عامة والجماعات (الحضرية والقروية) بصفة خاصة.

المطلب الأول: ترسيخ ثقافة التعاون والتضامن في التمويل الذاتي للجماعات

تتميز مؤسسات التعاون بين الجماعات بطريقة تمويلها (الفقرة الأولى) وأهمية إنجازاتها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمويل مؤسسات التعاون بين الجماعات

تسعى مؤسسات التعاون بين الجماعات إلى خلق مناخ من التآزر والتضامن في مختلف المجالات والتقليص من حدة الفوارق الاجتماعية والمجالية، بالإضافة إلى تلبية الحاجيات الضرورية للمواطنين، وتحقيق تطلعات المجالات الترابية انسجاما مع مرامي التوجهات الكبرى للبلاد في تحقيق التوازنات الاجتماعية والمجالية بين مختلف الجماعات.

فمفهوم التمويل يحيل على كل الموارد المالية المتاحة التي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة، فكلما زاد التمويل زادت معدلات التنمية.

وتتكون الموارد المالية لمؤسسة التعاون بين الجماعات من مساهمات الجماعات المكونة للمؤسسة في ميزانيتها، والإمدادات التي تقدمها الدولة، ومن

المداخل المرتبطة بالمرافق المحولة للمؤسسة، بالإضافة إلى الأتاوى والأجور عن الخدمات المقدمة. كما تساهم مداخيل تدبير الممتلكات في دعم الموارد المالية لمؤسسات التعاون. وتشكل حصيلة الاقتراضات المرخص بها كذلك موردا مهما بالإضافة إلى الهبات والوصايا الممنوحة لها، كما يمكن إضافة مداخيل مختلفة (1). لكن تبقى المساهمات المادية للجماعات المكونة لمؤسسة التعاون هي الركيزة والمحور الأساسي، لميزانية مؤسسة التعاون. ومنه نستخلص أن تمويل هذه المؤسسة هو بالأساس تمويل ذاتي من طرف الجماعات المحدثة لها في إطار تعاون وتضامن من أجل تحقيق التنمية.

ويتم تحديد طبيعة ومبلغ مساهمة كل جماعة في المجالس التداولية المعنية، وعادة ما تكون عبارة عن مساهمات مالية أو عبارة عن آليات أو في شكل عقار. وفي هذه الحالة الأخيرة يجب توضيح طبيعته القانونية والإدلاء بما يفيد أن الملكية الجماعية لذلك العقار لا يشوبها أي نزاع أو مشكل قانوني. وبهذا الشكل استطاعت مؤسسات التعاون بين الجماعات تحقيق إنجازات رائدة، ما كانت تستطيع أن تنجزها بدون تعاون فيما بينها.

الفقرة الثانية: أهمية منجزات مؤسسات التعاون بين الجماعات

تشكل مؤسسات التعاون بين الجماعات إحدى الدعائم الأساسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث تروم إلى تعزيز روابط الشراكة والتعاون بين الجماعات (الحضرية والقروية) لمواجهة العجز المالي في تحقيق مشاريع التنمية. وقد أبانت تجارب الجماعات في هذا المجال عن الدور الريادي لمؤسسات التعاون في إنعاش التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وذلك بسد العجز أو الخصاص الحاصل في البنيات التحتية والتجهيزات. كما ساهم في تلبية الطلبات الاجتماعية المعبر عنها. ومن جانب آخر ساهمت هذه المؤسسات في المحافظة على الموارد التي تمثل قلتها معاناة حقيقية، حيث تمكنت من ممارسة أنشطة تنموية بتعبئة حد أدنى من الموارد الذاتية.

وفي مضمونها تعكس مؤسسة التعاون بين الجماعات شكلا من أشكال التعبير عن التضامن المجالي والاجتماعي والسياسي، وذلك بتوطيد العلاقة بين الوحدات الإدارية التي تنتمي إلى نفس المجال وتؤمن بنفس القيم.

1 - الفصل 205 من القانون التنظيمي 113.14، م.س.

ولعل أبرز المنجزات تجلت في فك العزلة بالعالم القروي، إذ جعلت العديد من هذه المؤسسات غرضها الرئيسي اقتناء الآليات (1) لشق المسالك الطرقية وصيانتها. وكان من انعكاسات ذلك خلق فرص للشغل بتوظيف عدد كبير من العمال والسائقين والميكانيكيين.

وفي المجال الحضري شكل قطاع النقل المحور الأساسي لمؤسسات التعاون نظرا للمشاكل التي يتخبط فيها (الدار البيضاء والرباط - سلا - تمارة) ومطرح النفايات وأفضل مثال هو مؤسسة التعاون بين الجماعات "مراكش الكبرى"، التي تتشكل من مجموع الجماعات الترابية بعمالة مراكش، إطارا قانونيا للتعاون بين الجماعات، وتهدف إلى استغلال الموارد وترشيد النفقات عبر تقاسم الآليات والتقنيات في مجال معالجة وتهيئة النفايات المنزلية والمماثلة لها تشمل إعادة التدوير وإعادة الاستعمال (حديد وزجاج وبلاستيك وورق.. إلخ)، وإنتاج السماد العضوي والوقود البديل.

المطلب الثاني: تجريب نسق الاقتصاد التضامني على الجماعات

انطلاقا مما سبق أتساءل وأطرح فرضية تتعلق بكون الجماعات الترابية تحثي نحو اقتصاد تضامني، إذ بالتالي يمكن اعتبار مؤسسة التعاون فاعلا إلى جانب الفاعلين الآخرين في الاقتصاد التضامني؟ نظرا لتزايد الحاجيات وعجز النفقات يبقى التضامن هو الحل والسبيل نحو بديل تمويلين مما يضعنا أمام اقتصاد جديد.

الفقرة الأولى: فرضية إعمال فكر الاقتصاد التضامني

إن تدبير الشأن العام المحلي والنهوض بالتنمية الاجتماعية والاقتصادية المحلية يتطلب وسائل مادية وبشرية مرافقة له. بحيث في غياب الوفرة من الموارد يبقى إعمال الاقتصاد التضامني هو الوسيلة البديلة والجيدة للدفع بالتنمية وتحقيق الحاجيات الاجتماعية المحلية.

ففرضية إعمال فكر الاقتصاد التضامني لتلبية الطلبات الاجتماعية من خلال مؤسسة التعاون، يجعلنا نطرح التساؤلات التالية:

- هل يمكن تطبيق فكر الاقتصاد التضامني على الجماعات، وهل طبيعة القضايا التدبيرية على مستوى الجماعة تسمح بتطبيق فكر الاقتصاد التضامني؟

¹ - تتجلى أهم الآليات في الجرافات والكاسحات والدكاكات والشاحنات.

فإذا قمنا بمقارنة المبادئ التأسيسية التي يقوم عليها نسق الاقتصاد التضامني، نستخلص الملاحظات التالية:

| مؤسسة التعاون بين الجماعات | هياكل الاقتصاد التضامني |
|---|--|
| حرية انضمام الجماعات (المتصلة ترايبيا) بواسطة اتفاقية تصادق عليها المجالس المعنية، | - حرية الانضمام: حرية الانخراط/ وحرية الانسحاب من الهيكل التضامني |
| الجماعات لا تستهدف الربح، ومؤسسة التعاون لا تستهدف الربح الفردي. - احتمال وجود فائض مالي ولكن لا يوجد اعتماد فردي | غير هادفة للربح احتمال وجود فائض مالي ولكن لا يوجد اعتماد فردي |
| الإدارة الديمقراطية . القرارات المتخذة طبقاً لمبدأ صوت واحد لكل ممثل جماعة. . المساواة في الاستفادة من المشاريع بغض النظر عن مساهمة كل جماعة. | الإدارة الديمقراطية . القرارات المتخذة في اجتماع عام وفقاً لمبدأ شخص واحد = صوت واحد. . المساواة بين الأعضاء بغض النظر عن مساهماتهم. |
| المنفعة الجماعية مجموعة التعاون تستهدف المنفعة الجماعية والمصلحة الجماعية، واستفادة جميع الجماعات المنضمة بطريقة متساوية. | المنفعة الجماعية تسعى هياكل الاقتصاد التضامني إلى خدمة مشروع جماعي وليس مشروعاً بقيادة شخص واحد لأجل مصلحة فردية. |
| المنفعة الاجتماعية: تستهدف مؤسسة التعاون الاستجابة للحاجيات الأساسية للسكان، وتساهم في: . خلق فرص الشغل . محاربة الفقر والإقصاء الاجتماعي فك العزلة | المنفعة الاجتماعية التنمية بكل أبعادها . التشغيل محاربة الفقر والإقصاء الاجتماعي |
| التمويل: . مساهمة الجماعات المنضمة: كل جماعة حسب إمكانياتها). . إمدادات عمومية. . موارد أخرى | التمويل: . مساهمات الأعضاء . إمدادات عمومية . موارد أخرى (هبات، وصايا، تبرعات...) |

الفقرة الثانية: استنتاجات

نستنتج من خلال هذه المقارنة أننا أمام هيكل يدخل ضمن نسق الاقتصاد التضامني، بالرغم من أن المشرع منحها الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي وحدد اختصاصاتها، إلا أن هذا لا ينزع عنها فكر الاقتصاد التضامني.

فبالرجوع إلى تعريف هذا المفهوم من طرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي الذي جاء فيه: "يعبر الاقتصاد الاجتماعي والتضامني عن مجموع الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية التي تنتظم في شكل بنيات مهيكلّة أو تجمّعات لأشخاص ذاتيين أو معنويين، بهدف تحقيق المصلحة الجماعيّة والمجتمعيّة، وهي أنشطة مستقلة تخضع لتدبير مستقلّ وديمقراطيّ وتشاركيّ، يكون الانخراط فيه حرّاً.

كما تنتمي إلى الاقتصاد الاجتماعي والتضامني جميع المؤسسات التي تركز أهدافها الأساسية بالدرجة الأولى على ما هو اجتماعي، من خلال تقديمها لنماذج مستدامة ومدمجة من الناحية الاقتصادية، وإنتاجها لسلعا وخدمات تركز على العنصر البشري وتدرج في التنمية المستدامة ومحاربة الإقصاء".

فمصطلح جميع المؤسسات الواردة في التعريف، نستنتج منه أن هذه المؤسسات قد تكون عمومية، تستهدف التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ومنه فالاختصاصات المنوطة بمؤسسة التعاون تتعلق بمختلف المجالات الحيوية المرتبطة بالحاجيات الأساسية للمواطنين التي لا غنى لهم عنها، ثم محاولة تلبينها بطريقة تشاركية وتضامنية بين الجماعات. إذن فهي تسعى إلى نوع من التضامن والتشاور بينها بشكل مستمر، الشيء الذي سيمكن من تجاوز العجز عند بعضها والتكامل مع البعض الآخر بالاستفادة من الموارد المتاحة وتحقيق التنمية الشاملة بأقل التكاليف.

وبالتالي، فمستقبل التمويل الترابي والتنمية الترابية يقوم على مبدأ التضامن والتعاون.

خاتمة:

إن النهوض بالتنمية وتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية أصبح من أولويات الجماعات الترابية فالأساليب القديمة لمعالجة مشاكل التنمية أصبحت متجاوزة. تلك الأساليب التي تقوم على أساس الاقتصار على التخطيط الفوقي وتهميش القوى المحلية وعدم استثمار كل الإمكانيات في إيجاد حل أنجع للمشاكل

التنموية ذات الصبغة المحلية، لذا تبقى ثقافة التعاون والتضامن هي الرهان الجديد الذي يجب على المسؤولين كسبه.

وبالتالي يكون الإصلاح التنظيمي الأخير بموجب القانون التنظيمي 113.14 جعل من مؤسسات التعاون بين الجماعات إحدى الآليات الفعلية لتأهيل الجماعات (الحضرية والقروية) تأهيلا إيجابيا في إنجاز مشاريع وتجهيزات بنوع من التكامل والتضامن فيما بينها.

ومن أجل الحفاظ على عنصر الاستمرارية والثقة وترسيخ مبادئ التضامن والتعاون بين مكوناتها، فإن مؤسسات التعاون مدعوة إلى تطوير صيغتها التعاونية والارتقاء بها إلى المستوى المطلوب المرتكز على النتائج والفعالية، وذلك بالتقيد ببرامج العمل الدائمة والقارة والتي يتم تحديدها بواسطة القرعة. بالإضافة إلى إقرار صيغ تنظيمية وعقلانية لتصريف عملها والتزام الفريق المسير بمبادئ الحكامة الجيدة والتخلي بنكران الذات والترفع عن كل الحسابات السياسية الضيقة التي لا تخدم المصلحة العامة وأخيرا الالتزام بمبادئ الشفافية في صرف الموارد المالية التي تشكل الركيزة الأساسية لبلورة المخططات التنموية.

لائحة المراجع:

الكتب:

- ❖ بهيجة هسكر "الجماعة المقابلة بالمغرب: الأسس، المقومات والرهانات"، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، العدد 5، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى 2010.
- ❖ محمد اليعكوبي "المبادئ الكبرى للحكامة المحلية"، ضمن مؤلف "تاملات حول الديمقراطية المحلية بالمغرب"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2008.
- ❖ مهدي محمد ناتي، "شركات التنمية المحلية"، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد الخاص رقم 4، القنيطرة، الطبعة الأولى، يناير 2018.
- ❖ ميشيل روسي "المؤسسات الإدارية المغربية"، تعريب ابراهيم زياني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993.
- ❖ الأطروحات:
- ❖ إلهام بخوشي "الحكامة وتدبير الشأن العام المحلي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2016 - 2017.
- ❖ هشام ونزار "الجهوية المتقدمة على ضوء المبادئ الدستورية الكبرى"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2018-2019.

❖ المقالات:

❖ كريم الشكاري "تعاون وشراكة الجماعات الترابية على ضوء القوانين التنظيمية"، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، "الجهات والجماعات الترابية من الدستور إلى القوانين التنظيمية"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، العدد 34/33، 2015.

❖ النصوص القانونية

❖ الدستور المغربي لفتح يوليوز 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432، (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).

❖ القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجماعات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 في 7 يوليوز 2015، ج.ر. عدد 6380، بتاريخ 23 يوليوز 2015.

❖ مراجع أخرى

❖ دليل التعاون والشراكة للجماعات المحلية، منشورات وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، يناير 2011.

مبدأ التفريع بين القانون التنظيمي 111.14 والممارسة

د. مصطفى عبدي

دكتور في القانون العام

جامعة الحسن الأول، كلية الحقوق بسطات

مقدمة:

توزيع الاختصاص بين المركز والوحدات المحلية يفترض أن تباشر هذه الأخيرة مجموعة من المهام والصلاحيات التي تمكنها من الوجود والفعل على امتداد نفوذها الترابي المحدد بموجب القانون، ولئن كانت إشكالية توزيع الاختصاص تهم بعض مستويات التدخل لتفعيل البرامج والمخططات الرامية إلى تحسين وضع السكان المحليين والرفع من مستوى عيشهم من خلال السعي إلى تحقيق التنمية المندمجة والمستدامة، فإن تدخلات الدولة يتحدد تبعاً لشكلها (مركبة كانت أم بسيطة)، وما إذا كانت تعتمد اللامركزية السياسية تنظيماً لها كألمانيا التي اعتمدت نظام الفدرالية، أو الحكم الذاتي الموسع كما في فرنسا وإيطاليا، أم دولة تتخذ من اللامركزية الإدارية كتنظيم يحكم العلاقة فيما بين الدولة المركزية وبين الجماعات الترابية كفرنسا وتونس والمغرب.

إن توزيع الاختصاصات فيما بين الدولة والوحدات تحت دولتيّة أو فيما بين الكيانات فوق دولتيّة والدول التي تنتمي إليها يخضع لمبدأ التفريع/الثانوية الفاعلة الذي يقضي بأن تترفع الدولة عن الاختصاصات التي يمكن للوحدات الثانوية القيام بها، في مقابل أن تمارس الاختصاصات التي لا يمكن للكيانات الأدنى أن تمارسها، كما يفترض أن تتدخل الدول المركزية لممارسة الاختصاصات التي أسندت للجماعات الترابية ولم تتمكن ممارسة بما يخدم المصلحة العامة، لذلك شكل هذا المبدأ منذ ظهوره آلية لتوزيع وممارسة الاختصاصات بين المستويات العليا والمستويات الأدنى منها.

ارتباطاً بما سبق، أدخل مبدأ التفريع إلى نظام اللامركزية بالمغرب لتنظيم عملية توزيع الاختصاصات بين الدولة والجماعات الترابية بمختلف

مستوياتها بمقتضى الفصل 140 من الدستور الذي عرف مبدأ التفريع بأنه وسيلة لضبط وتحديد العلاقة القائمة بين الدولة والجماعات الترابية على مستوى توزيع وممارسة الاختصاصات، والتنصيب عليه في مقتضيات القوانين التنظيمية للجماعات الترابية الأخرى، وتم بموجب القانون التنظيمي رقم 111.14 إسناد الجهات ثلاث أنواع من الاختصاصات - الذاتية والمشاركة والمنقولة-، وأقر بمبدأي التدرج والتمايز عند ممارسة الاختصاصات المشتركة بين الجهات والدولة، والاختصاصات المنقولة من هذه الأخيرة إلى الجهات.

إن دخول القانون التنظيمي 111.14 حيز النفاذ وشروع مجالس الجهات في ممارسة مهامها خلال المرحلة الأولى من التجربة الجهوية الجديدة التي شارفت على الانقضاء، لم يكن كافٍ لضبط وتحديد مجالات وحدود التدخل في ممارسة الاختصاصات الذاتية والمشاركة بين مجالس الجهات الدولة، فكانت الحاجة ماسة وملحة إلى ابتكار آلية تسمح بتفعيل ممارسة الجهات لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة، وهو ما تم فعلاً خلال المناظرة الوطنية الأولى حول الجهوية المتقدمة التي كانت فرصة لتقييم تجربة ممارسة الجهات لشؤونها بعد مرور أربع سنوات على اعتمادها، وتم خلال تلك المناظرة التوقيع على اتفاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصات الذاتية والمشاركة.

إشكالية الدراسة:

إلى أي حد ساهم مبدأ التفريع في التوزيع السليم والمتوازن للاختصاصات والصلاحيات بين الدولة والجهات في ضوء القانون التنظيمي 111.14 وانطلاقاً من ميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة؟

فرضيات الدراسة:

- مبدأ التفريع كمبدأ دستوري مكرس لنظام اللامركزية يكون أكثر نجاعة عندما يقترن تطبيقه عبر مبدأي التدرج والتمايز في ممارسة الاختصاصات؛
- مقتضيات القانون التنظيمي 111.14 لم تكن وحدها كافية للتوزيع الأمثل والممارسة الفعلية لاختصاصات مجالس الجهات؛

- ميثاق تفعيل ممارسة اختصاصات الجهات جسد تطبيقاً فعلياً لمبدأ التفريع من خلال تسهيله لممارسة اختصاصاتها الذاتية والمشاركة.
أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة في التعريف بمبدأ التفريع ودوره في توزيع الاختصاصات بين المركز ومحيطه على أساس أن هذه الآلية تتيح إمكانية ضبط وتوزيع الصلاحيات والاختصاصات بين الدولة والجهات انطلاقاً من مقتضيات القانون التنظيمي 111.14، كما تبرز أهميته أيضاً في اهتمام الدولة بتنزيله فعلياً من خلال التوقيع على ميثاق تفعيل ممارسة الاختصاصات الذاتية والمشاركة بين الدولة والجهات، مما قد يسمح برسم حدود فاصلة بين الدولة والجهات عند ممارسة الصلاحيات والمهام وتقليص فرص حدوث تداخل الاختصاص بين الجهات ومصالح الدولة.

أهداف الدراسة:

تتجسد أهداف دراسة موضوع تطبيقات مبدأ التفريع في بنية القانون التنظيمي للجهات وفي ظل ميثاق تفعيل ممارسة اختصاصات الجهات في التالي:

- التحديد النظري لمبدأ التفريع ومبدأي التدرج والتمايز كونهما وسيلتين أقرهما القانون التنظيمي 111.14 لتوزيع الاختصاصات بين المركز ومحيطه؛
- إبراز الأثر الإيجابي لتوزيع الاختصاصات بين الدولة والجهات من خلال اعتماد مبدأ التفريع في الدستور والقانون التنظيمي للجهات؛
- إبراز مظاهر وتجليات اعتماد مبدأ التفريع في القانون التنظيمي 111.14 وتعزيز تطبيقه من خلال التوقيع على ميثاق تفعيل ممارسة الاختصاصات الذاتية والمشاركة بين الدولة والجهات.

منهج الدراسة:

استند تفكيك الموضوع على المنهج الوصفي لكون الموضوع ذو طابع نظري يحتاج إلى تفكيك مفهومه وبسط عناصره الأساسية، إضافة إلى اعتماد تقنية تحليل المضمون التي ستمكننا من دراسة وتحليل

مقتضيات القانون التنظيمي للجهات والجدادة الملحقة باتفاق ميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة.

محاور الدراسة:

معالجة الموضوع ودراسة إشكاليته الأساس سيتم وفق مطلبين: الأول خصص لدراسة الأسس النظرية التي حددت مضمون مبادئ التفريع والتدرج والتمايز كونها تتعلق بكيفية تويح الاختصاصات وممارستها فيما بين الدولة وهيئاتها اللامركزية؛ الثاني سيتم فيه العمل على دراسة تطبيقات مبدأ التفريع في إطار المقتضيات المؤطرة للاختصاصات في القانون التنظيمي 111.14 وفي ضوء الجدادات الملحقة لميثاق تفعيل ممارسة الاختصاصات الذاتية والمشاركة للجهات.

المطلب الأول: الأسس النظرية والقانونية لمبادئ التفريع والتمايز والتدرج

ممارسة السلطة العامة من الصلاحيات الجوهرية للدولة، فهي مظهر من مظاهر سيادتها وبسط سيطرتها على كامل ترابها، لكن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه في مجموعة من المجالات التي بإمكان الدولة المركزية إسناد ممارستها للوحدات التحت دوتية بموجب قوانين تضبط تلك المجالات وكيفية ممارستها في إطار مراقبة الدولة وإشراف ممثليها، لذا أسند القانون التنظيمي 111.14 مجموعة من الاختصاصات الذاتية والمشاركة والمنقولة للجهات للقيام بها بناء على مبدأ التفريع أو مبدأ الثانوية.

الفقرة الأولى: مرجعية مبدأ التفريع وتأطيره القانوني

أولاً: مدلول ومرجعية مبدأ التفريع في تجربة الاتحاد الأوروبي:

كلمة التفريع (subsidiarité) ذات الأصل اللاتيني (subsidium) بمعنى الدعم والاحتياط والإغاثة كانت تطلق بلفظ (subsidiarii) على القوات الاحتياطية التي تتموقع خلف الخط الأمامي لتقديم المساعدة كلما دعت الحاجة للقوات الأمامية، فأصبحت الكلمة تستخدم تدريجياً للدلالة على الدعم في حالة الحاجة والمساعدة والتعزيز في حالة النقص، ومن ثم فإنه مصطلح يحيل على التبعية والثانوية من جانب، كما يحيل على مفهوم

الاستبدال (suppléance) من جانب آخر، وهما معنيين منفصلين ومختلفين، وبالتالي فإن فكرة الاستبدال تثير استبدال هيئة اجتماعية بأخرى تكون أكثر قدرة واستعداداً على إنجاز مهمة محددة، في حين أن مفهوم الإنقاذ (secours) لا يعني استبدال منظمة لأنها فشلت في مهمتها، بل يؤدي إلى تعزيز قدراتها وإمكانياتها لأداء مهماتها، ومن ثم فإن هذه الديناميكية المزدوجة تقوم على مبدأ التفريع لأنه ليس مسألة تنظيم السلطات العمومية فقط، ولكن أيضاً لتنظيم ممارسة مجموعة من الأنشطة والوظائف التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة¹، ولهذا الغاية أدخل مبدأ التفريع أول مرة إلى قانون الاتحاد الأوروبي بموجب معاهدة ماستريخت سنة 1992 عقب قرار اتخذه الاتحاد باعتباره منظمة فوق وطنية تسعى للمحافظة على مصالح الدول الأعضاء فيها، وتم تغيير طبيعة المبدأ بموجب معاهدة لشبونة سنة 2007 التي أدخلت تعديلات على قانون الاتحاد².

إن أساس ومنطلق مبدأ التفريع يتجسد في أنه يعطي الأسبقية للقاعدة على هرم السلطة من حيث أنه يوجب مساعدة هذه الأخيرة للسلطة الأدنى بغاية ضمان ممارستها لاختصاصاتها، وبناء عليه يجب على المستوى الأعلى أن لا يتدخل لممارسة الاختصاصات المسندة للمستوى الأدنى إلا عند عجز هذا الأخير عن القيام بها وعدم قدرته على تحقيق الأهداف والبرامج التي رسمها³، وبالتالي فإن معيار نقل الاختصاصات ليس هو محتوى الفعل الذي يأخذ في الاعتبار، ولكن المعيار هو القدرة على تحمل وممارسة ذلك الاختصاص⁴، لذلك تعمل السلطة الأعلى على مراجعة

¹ - Sophie HANSON, Entre Union européenne et Région wallonne : multiplicité des échelons de pouvoir et subsidiarité territoriale Analyse de la subsidiarité territoriale au travers des directives Seveso, IPPC, responsabilité environnementale et de leurs mesures de transposition en Région wallonne, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur de Université de Liège, Faculté de Droit et de Science politique, 2011-2012, P, P, P, 13, 14, 15.

² - Xavier Marchand-Tonel, La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne Présentation du dossier, Revue Droit et Société, 2012/1 n°80, P, 7.

³ - مبدأ التفريع: تجلياته وإسهاماته في الديمقراطية والحكمة الجيدة والتنمية البشرية، تقرير عن أشغال المناظرة الدولية والمغربية المنعقدة بمراكش من 29 إلى 31 أكتوبر 2007، ص، ص، 13، 14.

⁴ - Delsol Chantal, Le principe de subsidiarité, Paris, P.U.F. (coll. Que sais-je ?), 1993, p. 69. in : Thomas BOMBOIS, Le principe de subsidiarité territoriale Vers une nouvelle

فعالية ممارسة المستويات الأدنى منها بشكل دائم، وتكون متأهبة للتدخل في حال فشله أو عدم قدرته على ممارسة الاختصاصات الموكلة له كما ينبغي¹.

من خلال تطبيق مبدأ التفريع في تجربة الاتحاد الأوروبي، يبدو أن المبدأ مؤطر من ناحيتين: الأولى أنه لا يمكن تطبيقه إلا في المجال الذي تحدده الدول الأعضاء ضمن الاختصاصات المشتركة بينها وبين الاتحاد، والثانية أنه يجب ألا تكون الوسائل التي عبأتها المجموعة الأوروبية أكثر تقييداً مما هو ضروري لتحقيق هدف معين، وبالتالي فهي تخضع لمنطق التناسب (Proportionnalité)، إضافة إلى أن مضاعفة عمل المجموعة بموجب مبدأ التفريع يجب أن يكون مبرراً بفشل الدول الأعضاء وقدرة مؤسسات الاتحاد الأوروبي على تحقيق نتائج أفضل²، لكن بالرغم من أن مبدأ التفريع يتيح تدخل الدولة لمساعدة المستوى الأدنى عندما يتعلق الأمر بتعزيز المصلحة العامة، إلا أن هذا التدخل لا يمكن تصوره كمهمة ثانوية بالنسبة لها تبعاً لمبدأ التفريع، لذا عند الوفاء بوظيفة المساعدة والدعم هذه، يجب أن تتحمل الدولة مسؤوليتها الخاصة في هذا الصدد³.

ثانياً: التحديد التشريعي لمبدأ التفريع في المغرب:

يوجب مبدأ التفريع بأن يتم توزيع الاختصاصات بين الدول والجهات وباقي الجماعات الترابية مع مراعاة قدرات كل مستوى من أنواع الجماعات الترابية على ممارسة الاختصاصات المسندة إليها، والتي

répartition des compétences entre le central et le local?, Annales de Droit de Louvain, vol. 61, 2001, nos 2-3, P, 366.

¹ - Thomas BOMBOIS, Le principe de subsidiarité territoriale Vers une nouvelle répartition des compétences entre le central et le local?, Annales de Droit de Louvain, vol. 61, 2001, nos 2-3, P, 366. L'article est disponible sur le lien suivant :

https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A97111/datastream/PDF_01/view

² - Xavier Marchand-Tonel, La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne Présentation du dossier, op. cit., P, 8.

³ - Benoît LAPOINTE, le principe de subsidiarité sous l'éclairage de l'enseignement social de l'Eglise: limitation ou extension des compétences de la communauté européenne?, P, 452. L'article est disponible sur le lien suivant :

[https://www.u-picardie.fr/curapp-](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/33/benoit_lapointe.pdf)

[revues/root/33/benoit_lapointe.pdf_4a07eca7a6b4e/benoit_lapointe.pdf](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/33/benoit_lapointe.pdf)

يجب بالضرورة أن تتناسب مع توقعها، ومن ثم فإن الدولة المركزية ملزمة باحترام الاختصاصات الذاتية الممنوحة للجهات، كما أن للدولة ممارسة اختصاصات مشتركة مع الجهات لتحقيق أهداف معينة في مجال ذلك الاختصاص المشترك، غير أنه في حال عجز الجهات عن ممارسة اختصاصاتها وثبت للدولة عدم قدرتها لتحقيق الغاية من الاختصاص الموكل لها لأي سبب من الأسباب، فإن لها أحقية التدخل للقيام به حرصاً على تحقيق المصلحة العامة.

لكن في حالة عجز مجلس جماعة أو مجلس عمالة أو إقليم عن ممارسة اختصاصاته في الحالات العادية، هل يحق للجهات باعتبارها مستوى أرفع من الجماعات الترابية الأخرى أن تتدخل لممارسة ذلك الاختصاص بموجب مبدأ التفريع؟ يمكن الإقرار ببناء على الفقرة الثانية من الفصل 145 من الدستور المغربي التي تنص على أن يساعد الولاية والعمال رؤساء الجماعات الترابية على تنفيذ المخططات والبرامج التنموية، أن ممثل الدولة في الجماعة أو في العمالة أو الإقليم هو المؤهل للتدخل لمساعدتها على ممارسة اختصاصها الذي عجزت عن تنفيذه، أما مجالس الجهات، فتبقى في جميع الأحوال جماعة ترابية حتى وإن كانت تتبوأ مرتبة الصدارة في إنجاز البرامج والتصاميم في نطاق احترام اختصاصات الجماعات الترابية الأخرى، كما أنه لا يجوز لها ممارسة الوصاية على جماعة ترابية أخرى كما نص على ذلك الفصل 143 من الدستور.

استنتاجاً لما سلف، يكمن الإقرار بأن السلطة المركزية بالمغرب تتمتع بهيمنة قوية في صنع القرار، لذا من البديهي أن يكون النظام القانوني يميل كثيراً إلى المركزية، ولا يمكن الإقرار مطلقاً بأن الجماعات الترابية بما فيها الجهات تتمتع بسلطة صنع القرار حتى في ظل تمتعها بمبدأ التدبير الحر، وذلك على أساس أن هذه الوضعية قد تفرز نظام قانوني أكثر ميولاً إلى اللامركزية، وهذا ما لم يتجسد في القوانين التنظيمية للجهات والجماعات الترابية الأخرى، لتظل السلطة المركزية هي المهيمنة وصاحبة القدرة على التدخل واتخاذ القرار حتى في حال كانت المستويات الأدنى ناجحة في تدبير مهامها وصلاحياتها.

الفقرة الثانية: توزيع الاختصاصات وفق مبدئي التمايز والتدرج

القانون التنظيمي 111.14 اعتمد مجموعة من الاختصاصات في مجالات متعددة، غير أن هذه الاختصاصات لم تكن كلها وليدة القانون التنظيمي للجهات، فأغلب هذه الاختصاصات كانت موكلة لها في القانون 47.96، لكن الاختلاف بين الإطارين القانونيين السابق والحالي، تجسد في عدم التنصيص على مبدأ التفريع كأساس لتوزيع تلك الاختصاصات في التجربة السابقة، إضافة إلى أن الجهات لم تكن تتوفر على إمكانية تنفيذ مداولاتها لأن الوالي حسب الفصل 101 من دستور سنة 1996 كان هو الأمر بالصرف والجهاز التنفيذي للمقررات المنبثقة عن مداولات مجالس الجهات.

الدساتير المغربية السابقة لم تعالج مسألة اختصاصات مجالس الجهات، كما لم تعترف بمبدأ التفريع لافي متن الدستور ولا في القوانين المنظمة للجهات، لكن بدخول دستور 2011 أسند الفصل 140 للجماعات الترابية ثلاث أنواع من الاختصاصات: اختصاصات ذاتية أو أصلية؛ اختصاصات مشتركة؛ اختصاصات منقولة من الدولة إلى الجماعات الترابية بناء على مبدأ التفريع، بينما نص القانون التنظيمي 111.14 في المادتين 80 و95 على أن تتم ممارسة الاختصاصات المشتركة، وأن يراعى عند نقل الاختصاصات المنقولة مبدئي التمايز والتدرج. فما مضمون هذين المبدئين؟

أولاً: تحديد مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ التمايز:

مبدأ تمايز الاختصاصات (Le principe de différenciation des compétences) يمكن أن يساهم في احترام تطبيق مبدأ التفريع، فهو قد ينتج عن نقل الاختصاصات بين الجماعات من مستويات مختلفة، كما ينتج عن نقل الاختصاصات من الدولة إلى الجماعات الترابية، ويمكن

من السماح بنقل تلك الاختصاصات إلى هذه الأخيرة بعد تجريب (expérimentation) ممارستها¹.

لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي سنة 2017 بأن مبدأ تمايز الاختصاصات وممارستها ضمن الفئة نفسها للجماعات الترابية، لا يقلل من أهمية الفئات الثلاث التي لكل منها وضع قانوني خاص بها، كما أن هذا الاختلاف لا يقود إلى التشكيك في اعتبار مبدأ التمايز أكثر أهمية بالنسبة للجماعات الترابية الواقعة في ما وراء البحار التي يحكمها الفصل 73 من الدستور الفرنسي، وأقل أهمية بالنسبة للجماعات الترابية الأخرى التي يوظفها الفصل 72 من الدستور الفرنسي²، كما صرح في قرار له سنة 2018 أن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من تنظيم أوضاع مختلفة بشكل مختلف، وأقر أن التمايز فيما بين الجماعات الترابية لا يؤثر على مبدأ المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة شريطة أن يكون الاختلاف الناتج في المعاملة في كلتا الحالتين متعلق بموضوع القانون الذي يحدده³.

إن ممارسة الاختصاص يجب أن يراعي تنوع المجالات الترابية واحتياجاتها من خلال السماح بوضع سياسات متباينة استناداً إلى قدرتها على الابتكار، وهذا التنوع والخصوصيات يجد تطبيقه في خلق جماعات ترابية ذات وضع خاص مثل (métropole de Lyon) في فرنسا، وهو ما جسد مبدأ التمايز في ممارسة الاختصاصات داخل فئة الجماعات الترابية التي تنتمي إليها، كما أن جهة بريتاني الفرنسية (Région Bretagne) طالبت تفعيل مبدأ التمايز فيما يتعلق بسياسة المياه مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصيات الهيدروغرافية والبيئية لتراب الجهة⁴.

¹ - assemblée nationale, Expérimentation et différenciation territoriale Autonomie financière des collectivités territoriales, Rapport n° 912, P, 24. L'article est disponible sur le lien suivant :

<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r0912.pdf>

² - Conseil d'Etat, Avis sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles, Séance du jeudi 7 décembre 2017, N° 393651, P, 7.

³ - Décision n° 2018-738 QPC du 11 octobre 2018.

⁴ - assemblée nationale, Expérimentation et différenciation territoriale Autonomie financière des collectivités territoriales, op, cit., P, P, P, 7, 12, 24.

مبدأ التمايز يمكن أن يجد طريقه إلى التطبيق في مجالات الاختصاصات إذا كانت الدولة عازمة على نقل اختصاص معين إلى جهة معينة، لكن هذا النقل ينبغي أن يأخذ في الحسبان كل مميزاتها وخصوصياتها ومقوماتها ومعرفة مدى استعدادها لممارسته، لذلك يمكن نقل اختصاص معين إلى جهة مؤهلة بناءً على هذه الشروط دون أخرى¹، وبالتالي نستنتج أن مبدأ التمايز يتوقف تطبيقه على شرطين: الأول يتجسد في عزم السلطة المركزية على نقل ذلك الاختصاص، والثاني يتمثل في مدى جاهزية وقدرة الجهة على ممارسته، لذلك حتى وإن كانت الجهة لها القدرة والكفاءة على تحمل وممارسة اختصاص معين، فإن نقل الاختصاص يتوقف على السلطة التقديرية للسلطة المركزية بالدرجة الأولى.

ثانياً: مدلول مبدأ التدرج في تصور السلطة المركزية المغربية:

التدرج من حيث الدلالة اللغوية للكلمة في معجم المعاني الجامع يعني تقدم شيئاً فشيئاً، وصعد خطوة فخطوة، والتدرج في الوظيفة يعني الترقى فيها درجة تلو الأخرى، أما من حيث الدلالة فقد اعتبرته وزارة الداخلية في دليل منتخبي الجهات أنه يعني أن تستمد سلسلة من الاختصاصات بشكل تدريجي ومنظم ومترابط بين المستويات المختلفة بدءاً من الهرم المتمثل في الدولة مروراً بالجهات فالعمالات والأقاليم وصولاً إلى الجماعات باعتبارها القاعدة، على أن يكون لكل من هذه المستويات اختصاصات خاصة به لا تتعارض مع تلك الممنوحة للمستويات الأخرى².

بالرجوع إلى الدستور تبين أن مبدأ التدرج - كما هو الحال بالنسبة لمبدأ التمايز - لم يرد في باب المقتضيات المتعلقة بالجهات والجماعات الترابية كما هو الشأن لمبدأ التفريع، ويتمحيز التعريف الذي أعطته وزارة الداخلية في دليل منتخبي الجهات إعادة صياغة لمبدأ التفريع الذي ورد في الفقرة الأولى من الفصل 140 من الدستور، كما أن التعريف لا يتوافق ومصطلح التدرج من حيث الدلالة اللغوية، أما عند الرجوع إلى

¹ - وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، دليل منتخبي الجهات على ضوء مقتضيات القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، 2016، ص، 68.

² - وزارة الداخلية، المرجع نفسه، ص، 67.

مقتضيات القانون التنظيمي 111.14، فوجدنا أن مبدأ التدرج ورد مرتين في القسم المتعلق باختصاصات الجهات عندما نصت الفقرتين الأخيرتين من المادة 80 على أن الاختصاصات المشتركة يمكن أن تمارس بين الدولة والجهات وفق مبدأي التدرج والتمايز، وأن الاختصاصات المنقولة تشمل تلك الاختصاصات التي تنقلها الدولة بشكل تدريجي إلى الجهة بغاية توسيع اختصاصاتها، إضافة إلى تنصيب المادة 95 على ضرورة أن يراعى مبدأ التدرج عند نقل الاختصاصات من الدولة إلى الجهة، وهو ما يمكن أن نستنتج من خلاله أن مبدأ التدرج ينصب أساساً على الاختصاصات المنقولة أكثر من المشتركة، وأن نقل الاختصاص في حال ارتأت الدولة ذلك، يجب أن يكون بشكل مجزأ، أي أن الجهة تمنح جزءاً من مجال اختصاص من اختصاصات الدولة على أن تنقل لها باقي الأجزاء الأخرى بعد مرور فترة زمنية معينة ومحددة، وبعد أن تثبت قدرتها على تدبيره وممارسته بفعالية ونجاعة، وبالتالي نستنتج أن مبدأ التدرج مرتبط بالزمان وبكفاءة وقدرة الجهة على ممارسة اختصاص معين قررت الدولة نقله إليها، لنخلص من خلال هذا التحليل إلى أن مبدأ التدرج يحيل في دلالته ومعناه على مبدأ التجريب (Le principe de l'expérimentation) المنصوص عليه في الفقرة الرابعة المادة 72 من الدستور الفرنسي.

المطلب الثاني: مبدأ التفريع بين القانون التنظيمي 111.14 وميثاق

تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها

خصص القانون التنظيمي للجهات المواد من 80 إلى 95 لتأطير وتحديد الاختصاصات الموكول ممارستها للجهات، فقسمت اختصاصاتها إلى ذاتية ومشاركة تمارسها بينها وبين الدولة واختصاصات منقولة من الدولة إلى الجهات إذا ارتأت الدولة أن جهة معينة أو بعض الجهات لها القدرة على ممارستها، على أن يقترن نقل الاختصاص بتحويل الاعتمادات اللازمة لممارسته (الفقرة الأولى)، لكن عند ممارسة الجهات لاختصاصاتها اتسم بالضبابية والغموض لأنها جاءت عامة وفضفاضة مما أدى إلى تداخل في مجالات الاختصاصات بين الجهات وبين القطاعات الوزارية التي تشرف على تدبير تلك المجالات، وهو ما استدعى إطاراً

لضبط المجالات أكثر وتدقيقها بشكل مفصل من خلال اعتماد ميثاق تفعيل ممارسة الجهات لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور مبدأ التفريع في توزيع الاختصاص في القانون التنظيمي للجهات

مبدأ التفريع بشكل عام يعطي الأسبقية للقاعدة على هرم السلطة ويوجب مساعدة هذه الأخيرة للوحدات اللامركزية ضماناً لاستقلالية فعالية لها، وبالتالي فالدولة يجب أن تترك لمجالس الجهات فرصة الخيار في رسم توجهاتها، كما تتيح لها إمكانية التمرن لممارسة اختصاصاتها الذاتية كمرحلة أولية، ومن ثم لا يتحتم على السلطات المركزية أن تحد من تدخلاتها في ممارسة الجهات لاختصاصاتها الذاتية تحديداً حتى يجد المبدأ طريقه إلى التطبيق بالكيفية المثلى التي تعكس مفهومه الذي لا يجيز للدولة التدخل إلا عند عجز وعدم قدرة الجهات على ممارسة الاختصاصات المسندة لها بموجب القانون التنظيمي¹.

لذلك، يجب على السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية أن تعمل على ضبط مجالات الاختصاصات المخول للمجالس الجهوية ممارستها وتحديدتها على سبيل الحصر بإصدار قائمة توضح بدقة التدخلات الممكنة للجهة في بعض الاختصاصات خصوصاً المشتركة والمنقولة التي جاءت على عموميتها وإطلاقها، وبالتالي فإن التنصيب على اختصاص الثقافة أو الصحة أو التعليم ضمن قائمة الاختصاصات المنقولة جاء عاماً وغير محدد بدقة، إذا أن مجال اختصاص الصحة مثلاً مجال واسع وفيه الكثير من التفرعات، وتطبيقه على المستوى العملي سيؤدي إلى الارتباك بين مجالات تدخل وزارة الصحة عبر مصالحها اللامركزية وبين مجالس الجهات ضمن نفوذها الترابي.

إن التنصيب على ممارسة الاختصاصات المشتركة والمنقولة وفق مبدأي التدرج والتمايز بموجب المادة 80 من القانون التنظيمي 111.14، يضع المجالس الجهوية في موضع المفاضلة في ممارسة الاختصاصات التي يمكن أن تكون منقولة، حيث إنه يمكن إسناد بعض الاختصاصات المنقولة إلى جهة دون أخرى بشرط أن ثبت مدى استعدادها وكفاءتها

¹- مبدأ التفريع: تجلياته وإسهاماته في الديمقراطية والحكمة الجيدة والتنمية البشرية، مرجع سابق، ص، ص، 13، 14.

لممارسة اختصاص يندرج ضمن الاختصاصات القابلة للنقل التي حددتها المادة 194¹، وهذا الأمر يتوقف على توفر الموارد المالية ومدى قدرتها التدبيرية وإمكانياتها البشرية وتمرسها وخبرتها في الإشراف ومتابعة المشاريع التنموية الكبرى، كما أن نقل الاختصاصات الذي يرمي إلى توسيع مهام وصلاحيات الجهة من خلال جعل اختصاص من الاختصاصات المنقولة أو المشتركة ضمن الاختصاصات الذاتية للجهة أو الجهات المعنية يقتضي تعديل القانون التنظيمي 111.14 حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 95، ويستوجب نقل الاختصاص تحويل الاعتمادات المالية اللازمة لممارسته تطبيقاً للفقرة الثانية من الفصل 141 ووفقاً للمادة 6 من القانون التنظيمي للجهات.

بغض النظر عن الاختصاصات الذاتية - وإن اتسمت بالعمومية وعدم دقة مجالات التدخل- التي تعتبر مجال صرفاً وحصرياً للجهات، يتبين أن مجالات الاختصاصات المشتركة والمنقولة المخولة للجهات ممارستها بمقتضى القانون التنظيمي تدخل ضمن عقود الشراكة والتعاون بينها وبين الدولة، فالمادة 99 تنص على أن مجالس الجهات تتداول في العقود المتعلقة بممارسة الاختصاصات المشتركة والمنقولة، واشترطت المادة 46 أن يتخذ المقرر المتعلق بهذه العقود بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس المزاولين مهامهم، إضافة إلى تنصيب المادة 92 على أن للدولة الحق أن تبادر لإبرام عقود الغاية منها ممارسة اختصاص يندرج ضمن قائمة الاختصاصات المشتركة بينها وبين الجهات، كما لهذه الأخيرة إمكانية طلب ممارسة اختصاص مشترك من الدولة في إطار تعاقدية.

الفقرة الثانية: مؤشرات مبدأ التفريع في ميثاق تفعيل ممارسة الجهات لاختصاصاتها

بعد مرور أكثر من أربع سنوات على دخول التنظيم الجهوي حيز التنفيذ تم توقيع ميثاق تفعيل ممارسة الجهة للاختصاصات الذاتية والمشاركة خلال "المناظرة الوطنية الأولى للجهوية المتقدمة" للإسراع

¹ - المادة 94 من القانون التنظيمي 111.14: "تحدد اعتمادا على مبدأ التفريع مجالات الاختصاصات المنقولة من الدولة إلى الجهة، وتشمل هذه المجالات بصفة خاصة: التجهيزات والبنى التحتية ذات البعد الجهوي؛ الصناعة؛ الصحة؛ التجارة؛ التعليم؛ الثقافة؛ الرياضة؛ الطاقة والماء والبيئة".

من وثيرة تفعيلها، فكان من بين أهم توصيات المناظرة الاثني عشر ضرورة العمل على فتح الورش المتعلقة بالملاءمة التشريعية والتنظيمية للاختصاصات التي تتقاطع الجهات في ممارستها مع القطاعات الوزارية.

الاطار التوجيهي لتفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة أو ميثاق تفعيل ممارسة الجهة للاختصاصات الذاتية والمشاركة محور موضوعه في تحديد سبل التعاون والشراكة بين مختلف الفاعلين المعنيين من أجل تمكين الجهات من الممارسة الفعلية لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة المتمحورة في ست مجموعات متجانسة هي: التنمية الاقتصادية؛ التنمية القروية؛ إعداد التراب والتنمية الاجتماعية؛ التكوين والشغل؛ النقل؛ البيئة والتنمية المستدامة، وذلك في علاقتها باختصاصات القطاعات الوزارية والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية الأخرى¹. تجدر الإشارة إلى أن الميثاق الذي وقع عليه رؤساء الجهات والوزراء يوم 20 دجنبر 2019 وهو عبارة عن وثيقة تعاقدية تتمحور غايته في تمكين الجهات من ممارسة صلاحياتها إلى جانب مختلف الفاعلين كان قد بدأ تدارسه انطلاقاً من 16 ماي 2018 تاريخ أول اجتماع لدراسته برئاسة الوالي المدير العام للجماعات المحلية²، وقد حدد الاتفاق التزامات لأطراف على مدى ثلاث مراحل لتفعيل الاتفاق: المرحلة الأولى قبل متم سنة 2018؛ المرحلة الثانية 2020/2019؛ المرحلة الثالثة 2023/2021.

لما كان الاتفاق قد حدد ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة بشكل عام في ست محاور متجانسة، فإن تفاصيل تفعيل ممارستها أدرجت ضمن ملحق بالميثاق الذي دقق وفصل كيفية ممارسة الجهة لمجالات اختصاصاتها الذاتية والمشاركة لتلافي تداخلها عند الشروع في ممارستها بين الجهات وبين القطاعات الوزارية من جانب، وبين الجهات والجماعات الترابية الأخرى من جانب آخر.

¹ وزارة الداخلية، مراسلة عدد 9620، بتاريخ 3 أكتوبر 2018، حول موضوع: تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها.

² البوابة الوطنية للجماعات الترابية، اجتماع حول مشروع ميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها، تاريخ إجراء آخر الزيارة: 2020/02/04، الساعة 11.21، على الرابط التالي: <https://cutt.us/7ybsp>

أولاً: الاختصاصات الذاتية:

إذا كان القانون التنظيمي 111.14 خول بموجب المادة 82 ممارسة مجموعة من الاختصاصات، فإن الجذاذات الملحقة بالميثاق حددت كيفية ممارسة الجهات لهذه الاختصاصات، فعلى سبيل المثال لا الحصر تمارس الجهة اختصاص التنمية الاقتصادية للجهات من خلال العمل على دعم المقاولات وتوطين وتنظيم مناطق الأنشطة الاقتصادية وتنظيمها، إضافة إلى تهيئة الطرق والمسالك السياحية بالقرى وإنعاش الاقتصاد الاجتماعي وجذب الاستثمار وإحداث مناطق للأنشطة التقليدية والحرفية، فإن هذه الاختصاصات ممنوحة بموجب القانون إلى مجموعة من القطاعات الوزارية والجماعات الترابية الأخرى، ومن ثم فإن ممارسة مجال اختصاص التنمية الاقتصادية يتقاطع في تدبيره من طرف الجهة مع فاعلين آخرين، وهو ما قد يضعف من فعاليته وانعكاسه الملموس على حياة المواطنين القاطنين بالجهة.

لتلافي تداخل الاختصاصات الذاتية للجهة مع فاعلين مؤسستيين لهم الصلاحية بموجب القانون في ممارسة تلك الاختصاصات، عمل ميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة على محاولة تدقيق تدخلات الجهة وباقي الأطراف المعنية بتدبير كل اختصاص على حدة، فعلى مستوى اختصاص توطين وتنظيم مناطق للأنشطة الاقتصادية للجهة الذي يدخل ضمن مجال التنمية الاقتصادية مثلاً، يمكن للجماعات بناء على القانون التنظيمي 113.14 ممارسته، كما أنه من اختصاص وزارة الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي والأخضر، ولتلافي التداخل بينهما تم تدقيق ممارسة الجهة لهذا الاختصاص من خلال تحويلها صلاحية وضع خريطة لمناطق الأنشطة الاقتصادية ضمن التصميم الجهوي لإعداد التراب الذي يجب أن يراعي التوجهات الاستراتيجية العامة للدولة في هذا المجال، إضافة إلى ترشيد استعمال العقار المتواجد في هذه المناطق ودعم تأهيلها وتحسين جودة الخدمات المقدمة للمقاولات

التي تشتغل فيها، كما لها أن تعمل على جيل جديد من مناطق الأنشطة الاقتصادية¹.

اعتبار توطين وتنظيم مناطق للأنشطة الاقتصادية اختصاص ذاتي للجهة لا يعني أن ممارسته له حصرية، لذا عالج الميثاق مسألة الشراكة عند ممارسة هذا الاختصاص، فضمت قائمة الشركاء المتدخلين في ممارسته على مستوى القطاعات الوزارية التالية: وزارة الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي والأخضر؛ التجهيز والنقل واللوجستيك والماء؛ الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات؛ السياحة والنقل الجوي والصناعة التقليدية والاقتصاد الاجتماعي؛ الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، أما المؤسسات العمومية التي لها علاقة بممارسة هذا الاختصاص فهي: غرف التجارة والصناعة والخدمات؛ المراكز الجهوية للاستثمار؛ وكالة التنمية الفلاحية؛ الشركة المغربية للهندسة السياحية؛ صندوق الإيداع والتدبير؛ الوكالة الوطنية للوجستيك².

حددت كذلك التزامات الجهة عند ممارسة هذا الاختصاص إلى جانب تدقيق التزامات الأطراف الوزارية المعنية، حيث قسمت الالتزامات إلى مرحلتين³:

- المرحلة الأولى تمثلت في إعداد الاتفاقيات المتعلقة بممارسته والمصادقة عليها قبل متم سنة 2019، وحددت التزامات الجهة في هذه المرحلة في العمل على إحصاء شامل وتحديد الإكراهات التي تحول دون تثمين مناطق الأنشطة الاقتصادية، بالمقابل حددت التزامات القطاعات المعنية بهذا الاختصاص في مد الجهة بكافة المعطيات والوثائق المتعلقة بمناطق الأنشطة الاقتصادية والمساهمة في حصر حاجيات المجالات الترابية التابعة للجهة، إضافة إلى المشاركة في وضع برنامج لخلق وتهيئة المناطق الصناعية.

1- الجذاذات التفصيلية للاختصاصات الذاتية والمشاركة، ملحق بميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة، دجنبر 2018، ص، 8.

2- الجذاذات التفصيلية للاختصاصات الذاتية والمشاركة، مرجع سابق، ص، 9.

3- المرجع نفسه، ص، 9.

- المرحلة الثانية: تهم إنجاز وتنفيذ الاتفاقيات المبرمة خلال سنتي 2020 و2021، وذلك بالعمل على وضع برنامج لخلق وتهيئة وتوسيع مناطق الأنشطة الاقتصادية بمشاركة مختلف المتدخلين ووضع دفاتر تحملات تهم إنجاز وتدبير هذه المناطق، إضافة إلى وضع خرائط لمناطق الأنشطة الاقتصادية والوعاء العقاري الممكن تعبئته لإنجازها، مع وضع نظام للتبوع والتقييم، فيما يتمثل دور باقي الفاعلين في المساهمة ومد الجهة بالمساعدة للقيام بالتزاماتها في هذا الشأن، إضافة إلى إشراكها في أجهزة حكامه الهيئات الجهوية المكلفة بإنجاز وتسيير مناطق الأنشطة الاقتصادية.

ثانياً: الاختصاصات المشتركة:

حددت المادة 91 من القانون التنظيمي 111.14 مجموعة من الاختصاصات المشتركة للجهة¹، وأوجبت المادة 92 بأن تمارس في إطار تعاقدية بينها وبين الدولة إما بمبادرة هذه الأخيرة أو بطلب من الجهة، ولئن جاءت الاختصاصات المنصوص عليها عامة وتضم مجالات واسعة وكبيرة مثل السياحة والثقافة، فإن الميثاق عمل محاولة تحديد تدخلات الجهة لممارسة الاختصاصات المدرجة ضمن كل مجال، فتم على مستوى مجال التنمية الاجتماعية الذي يضم اختصاص التاهيل الاجتماعي إلى جانب 4 اختصاصات أخرى هي المساعدة الاجتماعية؛ إعادة الاعتبار للمدن والأنسجة العتيقة؛ إنعاش السكن الاجتماعي؛ إنعاش الرياضة والترفيه، العمل على تحديد المرجعية القانونية التي تنظم تدبير اختصاص التاهيل الاجتماعي المتمثلة في القوانين التنظيمية للجماعات الترابية بمستوياتها الثلاث، إضافة إلى المرسوم المتعلق بتحديد اختصاصات وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة، والمرسوم المتعلق بالنظام الأساسي للتعاون الوطني، وأيضاً برنامج المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، كما ممارسة هذا الاختصاص مرتبط بصندوق التاهيل الاجتماعي المحدث بموجب الفصل 142 من الدستور، ويعتبر ضمن

¹- المادة 92 من القانون التنظيمي 111.14 حددت مجالات الاختصاصات المشتركة في: التنمية الاقتصادية؛ التنمية القروية؛ التنمية الاجتماعية؛ البيئة؛ الثقافة؛ السياحة.

مجال اختصاص وكالة التنمية الاجتماعية باعتبارها مؤسسة عمومية مهمتها النهوض بالقطاع الاجتماعي¹. عملت الجذاذة الملحقة بالميثاق على تحديد التزامات الأطراف، فحددت تدخلات الجهة لممارسة اختصاص التأهيل الاجتماعي في مرحلتين²:

- المرحلة الأولى: خصصت لإعداد والتوقيع على الاتفاقيات المتعلقة بالاختصاص قبل متم سنة 2019، وحددت التزامات الجهة خلالها في وضع برنامج العمل وتحديد أولويات التدخل مع العمل على جرد وتقييم وضعية مؤسسات التأهيل الاجتماعي بالجهة، أما التزامات باقي المتدخلين فقد جاءت عامة وفضفاضة، وتمثلت في دعم الجهات لتمكينها من تملك الخبرات والمناهج المعتمدة في ميدان الرعاية الاجتماعية.

- المرحلة الثانية: تهم تنفيذ الاتفاقيات المتعلقة باختصاص التأهيل الاجتماعي من خلال تنفيذ البرنامج الذي أعدته الجهة وإنجاز معاهد لتكوين وتأهيل الموارد البشرية التي ستعمل على تأطير وتدبير المؤسسات الاجتماعية، كما شملت الالتزامات إلى اعتماد مسطرة شفافة لانتقاء الجمعيات لدعمها وتتيق وتقييم البرنامج، أما فيما يتعلق بالتزامات الأطراف التي لم تحدد من هي في الجذاذة الملحقة بالاتفاق، فقد نصت على إحداث قطب اجتماعي جهوي لا ممرکز إضافة إلى المساهمة في عملية التقييم.

إن ممارسة الاختصاص في مجال التنمية الاجتماعية إذا لم يتم ضبطه بشكل دقيق ومحدد بالطريقة التي تمكن من تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة، فإن مجالس الجهات باعتبارها مؤسسات منتخبة لن تتردد في تكريس منطق الربيع بتخصيص مبالغ مالية كبيرة لدعم الفئات الفقيرة والهشة لتضمن قاعدتها الانتخابية وكسب أصوات انتخابية جديدة³,

1- الجذاذات التفصيلية للاختصاصات الذاتية والمشاركة، مرجع سابق، ص، ص، 97، 98.

2- المرجع نفسه، ص، 98.

3- عبيد مصطفى، المبدأ الدستوري للتدبير الحر للجهات دراسة نقدية تحليلية لتجربة مجالس جهات كلميم؛ العيون والداخلية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2018/2019، ص، 339.

لذلك فإن هوامش مخاطر ممارسة اختصاص التنمية الاجتماعية من طرف الجهات - وإن كان مشتركاً مع مؤسسات الدولة- هي مخاطر كبيرة وحتمية، ومن أجل الحد من هذه المخاطر سيتم اعتماد مؤشرات دقيقة وواضحة لتقييم النتائج والآثار كنظام للحكمة، كما طرحت مواكبة الوزارة المكلفة بالشؤون الاجتماعية لتتبع ممارسة اختصاص التأهيل الاجتماعي كإجراء للمصاحبة، في حين تم تحديد نقط لليقظة تمثلت في الربط بين ميزانية الاستثمار ونفقات التأطير والتسيير لضمان استمرارية عمل وأداء مؤسسات التأهيل الاجتماعي، وكذا التأكد من تناسق وملاءمة البرامج التنموية للجهات على المستوى المالي مع اختصاصاتها والأولويات التي حددتها¹.

الفقرة الثالثة: أي توظيف لمبدأ التفريع في ميثاق تفعيل ممارسة الاختصاصات

إن منهجية توزيع الاختصاصات وتدقيقها فيما بين الجهات ومؤسسات الدولة المعتمدة في الميثاق لا يبدو أنها من الناحية النظرية سليمة، وذلك على اعتبار أن المجالس الجهوية هي هيئات منتخبة ولا تسلم من السعي المتواصل للنخب الجهوية إلى تحقيق المصالح الحزبية وصنع قاعدة انتخابية بالموازاة مع تدبير الشؤون الجهوية، ومن ثم فإن فكرة خدمة المصلحة العامة تعد معياراً نسبياً في تدبير الجهات لاختصاصاتها التي تكون موجهة لخدمة فئات دون غيرها، وعلى هذا الأساس لا يمكن الإقرار بأن مبدأ التفريع باعتباره الوسيلة الأنسب لتوزيع الاختصاصات بين الدولة والجهات سيكون له أثر إيجابي وحقيقي على تحقيق التنمية المندمجة والمستدامة التي تعتبر الاختصاص الأسمى المطلوب من الجهات تحقيقه على مجالاتها الترابية.

إن إشكالية تطبيق مبدأ التفريع والتنظيم الجهوي شكلت موضوع اهتمام دائم بهدف تقريب المواطن من القرار والتطبيق الفعال للسياسة الجهوية²، لذلك فإن تفعيل عملية ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة لا يمكن أن تتأتى إلى في إطار واضح ومدقق، وبالتالي يمكن

¹ - الجذاذات التفصيلية للاختصاصات الذاتية والمشاركة، مرجع سابق، ص، ص، 98، 99.

² - Costea Simion et Dogot Cristina-Maria, Les régions, un concept moderne d'organisation dans l'Union Européenne in : L'Europe Unie, Revue d'études européennes (2008), 2, P. 1.

القول بناء على ما جاء في تحديد ممارسة الجهة لمجال اختصاص التنمية الاقتصادية الذي يضم اختصاص توطين وتنظيم مناطق للأنشطة الاقتصادية بالجهة الذي تعرضنا لدراسته كمثال للاختصاصات الذاتية الأخرى التي جاءت في الميثاق، أنه لن يشكل حلاً فعالاً لمنع تداخل الاختصاص بين الفاعلين في ممارس ذلك الاختصاص على سبيل المثال لا الحصر، ومرد هذا الاستنتاج راجع إلى أنه لوحظ ضمن الالتزامات الخاصة بالجهة أن الميثاق أشار إلى وجود دور لمتدخلين آخرين، والحال أن تحديد التزامات الجهة ينبغي أن يكون بمعزل عن أي تدخل لأي طرف، كما أن تحمل مسؤولية التزام معين يسهل تحديد المسؤول عن التقصير في إنجاز المشاريع المرتبطة باختصاصات الجهة، كما يساهم في معرفة المسؤول عن الخطأ في حال وقوعه، إضافة إلى أن التزامات الأطراف لم تشمل التزامات الجماعات القاعدية التي يندرج اختصاص التنمية الاقتصادية ضمن مهامها.

إذا كانت التزامات الأطراف الأخرى محددة على سبيل الحصر، فإن توزيع تلك الالتزامات على المتدخلين في تدبير الاختصاصات الذاتية والمشاركة جاء بشكل عام ولم يتسم بالدقة والضبط، إذ لوحظ غياب تخصيص إطار خاص لكل طرف متدخل في ممارسة تلك الاختصاصات، لنخلص إلى أن توزيع الاختصاصات الذاتية والمشاركة بين الجهات والدولة في الميثاق لم يتسم بالدقة والتحديد الواضح والصريح، ومن ثم فإن تطبيقات مبدأ التفريع ستكون متعثرة وغير متناسقة، ولن تقدر على تحقيق الغايات والأهداف المزمع تحقيقها من وراء اعتماد مبدأ التفريع، إضافة إلى أن ضعف التدقيق في توزيع الالتزامات على المتدخلين لن يخدم التطبيق السليم للمبدأ الدستوري لربط المسؤولية بالمحاسبة.

خاتمة:

لا شك أن مبدأ التفريع آلية ناجعة لتوزيع الاختصاصات بين المستويات العليا والمستويات الأدنى منها، وقد ثبتت فعاليتها ونجاحه في الدول المركبة عند توزيع الاختصاصات بين الدولة الأم والكيانات الأدنى مها، وذلك بعد أن ثبت نجاحه في تجربة الاتحاد الأوروبي، أما على مستوى

تفعيل مبدأ التفريع في إطار الجهوية التي أقرها دستور 2011، فما زالت تجربتها جنينية في توزيع الاختصاص عبر تطبيق المبدأ الدستوري للتفريع ومبدأي التمايز والتدرج المنصوص عليهما في القانون التنظيمي 111.14 لا من حيث الإقرار التشريعي ولا على مستوى الممارسة العملية، لذلك وقبيل انقضاء الولاية الأولى من ممارسة الجهات لاختصاصاتها وقياس مدى فعاليتها وأثرها على المواطن تزامناً مع إعداد نموذج تنموي جديد الذي من المحتمل أن يتم الانتهاء منه في نهاية سنة 2020، دعت الضرورة إلى إعادة النظر في ضبط مجالات الاختصاصات وتحديد تدخلات مجالات المستويات المركزية واللامركزية تلافياً لتداخل الاختصاصات وممارسة الصلاحيات من خلال إقرار ميثاق تفعيل ممارسة الجهات لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة، مع الأخذ في الحسبان مقتضيات ميثاق اللاتمركز الإداري وما حمله من مستجدات لدعم تطبيق الجهوية وتقريب الإدارة من المواطن.

يبدو أن اعتماد التفريع كونه مبدأ دستوري كرسه القانون التنظيمي المتعلق بالجهات لا يعني أن توزيع الاختصاصات بين الدولة والجهات كافٍ لأن يكون مبدأ التفريع آلية ناجعة وفعالة للتوزيع المتوازن لها، فالممارسة العملية أثبتت أن الجهات ما زالت لم تبرح مكانها، وأن ممارستها لاختصاصاتها الذاتية فقط لا يزال يعاني من نقاط ضعف كبيرة ومختلفة تهم أساساً كيفية ممارسة الجهة لاختصاصاتها التي يدخل معظمها ضمن اختصاصات جوهرية لبعض القطاعات الوزارية، ومن ثم فإن التداخل في الاختصاصات كبح من تسريع وثيرة تطبيق نظام الجهوية، وهو ما أشار إليه الملك في عدة مناسبات منها خطابه بتاريخ 13 أكتوبر 2017، ورسالته الموجهة إلى الملتقى البرلماني الثالث للجهات في دجنبر 2018، ورسالته الموجهة إلى المناظرة الوطنية الأولى حول الجهوية المتقدمة في شهر دجنبر 2019، لذلك أضحت الحاجة ماسة وملحة إلى اعتماد آلية لتوضيح وتفكيك الاختصاصات وتحديد المتدخلين في ممارستها، وهو ما أفضى إلى اعتماد ميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة نظرياً باعتبارها إطاراً منهجياً من شأنه أن يساهم في درء الغموض وإزالة اللبس عن الاختصاصات وتحديد كيفية

ممارستها من طرف المتدخلين المعنيين بناء على القدرات التدبيرية والإمكانات المالية لكل منهم.

إن مقتضيات القانون التنظيمي 111.14 لا تكفي وحدها لتحقيق التوزيع الأمثل للاختصاصات بين الدولة والجهات، وقد أثبتت التجربة التي مر بها نظام الجهوية منذ دخوله حيز التنفيذ بعد الانتخابات الجهوية لسنة 2015 أن الجهات غير جاهزة تماماً لممارسة اختصاصاتها نظراً لغياب تحديد مجالات تدخلها بشكل مضبوط وحدد، وهو ما دفع إلى اعتماد الإطار المرجعي لتفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة كآلية يمكنها المساهمة في توزيع محدد ومدقق قدر الإمكان، وعبر جدولة زمنية واضحة قسمت إلى ثلاث مراحل تمتد من سنة 2018 إلى سنة 2023، وخصص للسهر على تنفيذ بنوده لجنة مركزية للقيادة يرأسها وزير الداخلية، ولجن جهوية يترأسها ولاة الجهات بغية تسهيل ممارسة الاختصاصات الذاتية والمشاركة للجهات، ومن ثم فإن هذا الاتفاق سيكون نقطة قوة للمساهمة في تطبيق مبدأ التفريع بطريقة فعالة ومعقنة إن تم تفعيله بالطريقة المثلى.

مبدأ التفريع باعتباره مبدأ دستوري عزز حزمة المبادئ الداعمة لتطبيق اللامركزية الإدارية، فهو مبدأ سيكون فعالاً أكثر عند تطبيقه بالموازاة مع مبدأ التدرج الذي يرمي إلى ممارسة الجهة لاختصاصاتها وفق نمط تصاعدي تدريجياً وعبر مراحل، فهو لا يمكن أن يتيح للجهة إمكانية ممارسة الاختصاص المسند إليها إلا بعد أن تثبت جدارتها وكفاءتها التدبيرية لممارسته، وهو ما قد يسمح لها بالاستفادة من توسيع نطاق اختصاصاتها الذاتية بنقل اختصاصات أخرى إليها جزئياً، كما أن تطبيق مبدأ التفريع يجد قوته ويستمد متانته في تفعيل مبدأ التمايز الذي يستحضر مميزات وخصوصيات كل جهة على حدة، ويقوم أساساً على مدى جاهزية وقدرة الجهة على ممارسة الاختصاص المشترك أو المنقول من الدولة إليها، وهنا يجب التركيز على تسخير آلية التعاقد بين الدولة ممثلة في قطاعاتها الوزارية وبين الجهات لممارسة الاختصاصات المشتركة والمنقولة تزامناً مع تفعيل نظام لا تركز الإداري يدعم الجهات في ممارسة مهامها ويدعم تطور مسار تفعيل نظام الجهوية.

لائحة المراجع:

المراجع باللغة العربية

أطروح الدكتوراه

عبدي مصطفى، المبدأ الدستوري للتدبير الحر للجهات دراسة نقدية تحليلية لتجربة مجالس جهات كلميم؛ العيون والداخلية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2018/2019.

الندوات

مبدأ التفريع: تجلياته وإسهاماته في الديمقراطية والحكمة الجيدة والتنمية البشرية، تقرير عن أشغال المناظرة الدولية والمغربية المنعقدة بمراكش من 29 إلى 31 أكتوبر 2007.

القوانين

القانون التنظيمي 111.14 المتعلق بالجهات.

الدلائل والمواثيق

الجدازات التفصيلية للاختصاصات الذاتية والمشاركة، ملحق بميثاق تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها الذاتية والمشاركة، دجنبر 2018.

وزارة الداخلية، المديرية العامة للجماعات المحلية، دليل منتخبي الجهات على ضوء مقتضيات القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، 2016.

وزارة الداخلية، مراسلة عدد 9620، بتاريخ 3 أكتوبر 2018، حول موضوع: تفعيل ممارسة الجهة لاختصاصاتها.

المواقع الإلكترونية

موقع البوابة الوطنية للجماعات الترابية

<http://www.pncl.gov.ma/>

المراجع باللغة الفرنسية

Les Revues

- ☞ Xavier Marchand-Tonel, La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne Présentation du dossier, Revue Droit et Société, 2012/1 n°80.
- ☞ Thomas BOMBOIS, Le principe de subsidiarité territoriale Vers une nouvelle répartition des compétences entre le central et le local?, Annales de Droit de Louvain, vol. 61, 2001, nos 2-3.
- ☞ Costea Simion et Dogot Cristina-Maria, Les régions, un concept moderne d'organisation dans l'Union Européenne in: L'Europe Unie, Revue d'études européennes (2008).

Thèses doctorat

- ☞ Sophie HANSON, Entre Union européenne et Région wallonne : multiplicité des échelons de pouvoir et subsidiarité territoriale

Analyse de la subsidiarité territoriale au travers des directives Seveso, IPPC, responsabilité environnementale et de leurs mesures de transposition en Région wallonne, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur de Université de liège, Faculté de Droit et de Science politique, 2011-2012.

Documents électroniques

- ☞ Benoît LAPOINTE, le principe de subsidiarité sous l'éclairage de l'enseignement social de l'Eglise: limitation ou extension des compétences de la communauté européenne?

Rapports et Décisions

- ☞ assemblée nationale, Expérimentation et différenciation territoriale Autonomie financière des collectivités territoriales, Rapport n° 912.
- ☞ Conseil d'Etat, Avis sur la différenciation des compétences des collectivités territoriales relevant d'une même catégorie et des règles, Séance du jeudi 7 décembre 2017, N° 393651.
- ☞ Décision n° 2018-738 QPC du 11 octobre 2018.

Sites électroniques

- ☞ <http://www.assemblee-nationale.fr>
- ☞ <https://www.u-picardie.fr>

حدود الديمقراطية التشاركية في المجالس المنتخبة المحلية بالجزائر

د. لاطرش إسماعيل

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة - الجزائر -

مقدمة:

إن من مميزات التنظيم الإداري المحلي، أنه يكرس مبدأ مشاركة الأفراد في إدارة شؤونهم المحلية وبهذه الصفة يكون قد جسد صورة من صور الديمقراطية، ألا وهي صورة ممارسة حقهم في الانتخاب واختيار من المترشحين ما يناسبهم ويعبرون عن احتياجاتهم، في إطار القوانين المنظمة للعمليات الانتخابية وهامش الحرية المتروك لهم في أن يفصحوا عما يتعلق بمصيرهم التنموي.

و في ظل ما عرف بأزمة الديمقراطية التمثيلية، و مع تصاعد المطالب المجتمعية وتنوعها، نشأت الديمقراطية التشاركية كمكمل للديمقراطية التمثيلية، وكحل لتجاوز أوجه القصور والعجز فيها، من خلال محاولة حل المشاكل عن قرب، و كذا التفاعل والتجاوب مع المعطيات الاجتماعية الجديدة، فالديمقراطية التشاركية تعتبر ديمقراطية فاعلة، تضمن انخراط الجميع وتطوير التدبير المحلي والوطني عن طريق التكامل بينها وبين الديمقراطية التمثيلية، و تنمية الإرادة السياسية لدى المنتخبين، وتوفير الأمن الاجتماعي، والتربية على ثقافة التوافق، والأخذ بعين الاعتبار حاجيات الجميع.

ولقد أصبحت الديمقراطية التشاركية تشكل نمطا وصورة جديدة للديمقراطية، من خلال الاتجاه نحو توسيع دائرة مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي، وتفعيل دوره داخل منظمات المجتمع المدني، ليتمكن من المناقشة وطرح البدائل التي تهم شؤونه على المستوى المحلي، حيث تنطلق مقاربة الديمقراطية التشاركية من حق المواطن في الحصول على فرصة الاختيار والاستشارة في المجالس المنتخبة للجماعات المحلية، ومتابعة المشاريع المنجزة والمشاركة في تقييمها على المستوى المحلي.

و انطلاقا من هذه المقاربة الجديدة و القائمة على ضرورة إشراك المواطن بصورة مباشرة، عمدت تشريعات أغلب الدول إلى ترسيخ مبدأ الديمقراطية التشاركية ضمن تشريعاتها، و من هذه الدول نجد الجزائر باعتبارها دولة نامية تحاول بدورها مسيرة كل المستجدات التي تعرفها المجتمعات المتطورة، من خلال

السعي نحو تكريس مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم الوطنية و المحلية، وقد تجسد ذلك جليا في إطار دساتير الجمهورية الجزائرية (1963، 1976، 1989، 1996)، وقوانينها تحديدا في قوانين كل من البلدية و الولاية (الملغاة) على التوالي، قانون رقم 08/90¹، و قانون رقم 09/90²، و كذا القوانين الجديدة للبلدية والولاية السارية المفعول على التوالي، قانون رقم 10/11³، قانون رقم 07/12⁴، فصنع القرار بات موضوعا يكتسي أهمية قصوى و له تأثير مباشر على المجتمع و حياة الأفراد و المؤسسات، و مساهمة المواطنين في صنع القرار أصبحت أكثر من ضرورة اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية خاصة على المستوى المحلي والقاعدة.

وبذلك حاول المشرع الجزائري إيجاد بعض الآليات المتاحة لمشاركة المواطنين في تسيير الشأن المحلي، اقتصر في السابق (في كل من قانوني البلدية والولاية لسنة 1990)، على إمكانية مشاركة المواطنين في مداوات المجالس المنتخبة بشروط محددة، و تحت رقابة رئيس المجلس ووفقا لسلطته التقديرية، بالإضافة إلى إمكانية استعانة اللجان المحلية التابعة للمجالس المنتخبة بذوي الخبرة للاهتمام بأرائهم بالنظر إلى طابعها الاستشاري. لكن وبتغير الظروف والأوضاع السياسية في الجزائر خاصة مع مطلع الألفية الجديدة، أضحت الحكومات الجزائرية المتعاقبة، تولي عناية كبيرة لإشراك المواطنين في تسيير الشؤون المحلية، وذلك من خلال قانون البلدية الجديد الذي كرس لمبدأ حق المواطن في إبداء آراء واقتراحات متعلقة بتسيير بلديته، مع اعتماد مبدأ استشارة المواطنين حول خيارات أولويات التهيئة والتنمية البلدية.

لكن وبالرغم من ذلك، لا يزال واقع الجماعات المحلية والمجالس المنتخبة في الجزائر، يشهد تراجعاً من حيث فعالية تطبيق مبدأ الديمقراطية التشاركية، وهو ما يترتب عليه في كثير من الأحيان شلل وتعطيل لعملها و عرقلة مصالح مواطنيها، وذلك راجع إلى كون أن الواقع والنصوص القانونية تتركس من جانب آخر تبعية

1 - قانون رقم 08/90 مؤرخ في 07 أبريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج، عدد 15، لسنة 1990 (ملغى).

2 - قانون رقم 09/90 مؤرخ في 07 أبريل 1990، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج، عدد 15، لسنة 1990 (ملغى).

3 - قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج، عدد 37، لسنة 2011.

4 - قانون رقم 07/12 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج، عدد 12، لسنة 2012.

الجماعات المحلية للسلطة المركزية أثناء ممارستها لاختصاصاتها، ما نتج عنه عدة عراقيل، سواء تلك المتعلقة بالجانب المالي أو ما تعلق بتأثير الرقابة الوصائية على ممارسة الديمقراطية التشاركية.

نتعرض للموضوع من خلال نقاط أساسية: تحديد مفهوم الديمقراطية التشاركية، ومدى تكريسها في التشريع الجزائري، وآليات تطبيقها في المجالس المحلية المنتخبة وحدودها أو العراقيل التي تواجه هذا التطبيق.

الإشكالية:

ما هو مفهوم الديمقراطية التشاركية وأساسها التشريعي في الجزائر؟، وما هي آليات تطبيقها في المجالس المحلية المنتخبة، والحدود والعراقيل التي تواجهها عند الممارسة؟

وسنحاول الإجابة على هذا التساؤل في المحاور التالية:

المحور الأول: مفهوم الديمقراطية التشاركية وأساسها التشريعي في الجزائر.
المحور الثاني: آليات تطبيق الديمقراطية التشاركية في المجالس المحلية المنتخبة في الجزائر.

المحور الثالث: حدود تطبيق الديمقراطية التشاركية في المجالس المحلية المنتخبة في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: الديمقراطية التشاركية، المجالس المحلية المنتخبة، التشريع الجزائري، آليات وحدود تطبيق الديمقراطية التشاركية.

المحور الأول: مفهوم الديمقراطية التشاركية وأساسها التشريعي في

الجزائر.

1 - مفهوم الديمقراطية التشاركية:

تنطلق مقاربة الديمقراطية التشاركية من حق المواطن في الحصول على فرصة الإخبار والاستشارة والمشاركة في المجالس المنتخبة للجماعات المحلية ومتابعة المشاريع المنجزة والمشاركة في تقييمها على المستوى المحلي. وبذلك تشكل الديمقراطية التشاركية الإطار المؤسسي الذي تتحقق من خلاله الممارسة المواطنة والتعاون والتشاور بين مختلف المؤسسات والمصالح العمومية من جهة، والجمعيات والمنظمات غير الحكومية والأفراد والجماعات من جهة ثانية. وذلك

لتحسين ظروف معيشة المواطنين، و الدفاع عن حرياتهم، وتمكينهم من الحقوق الأساسية¹.

و الديمقراطية التشاركية كما يعرفها الفيلسوف الأمريكي " JOUN DEWEY " بأنها مشاركة كل ما يتأثر بالمؤسسات الاجتماعية، حيث يشارك الفرد في رسم وإنتاج هذه المؤسسات والسياسات².

و تعني أيضا مجموعة الإجراءات والوسائل والآليات التي تتيح للمواطنين الانخراط المباشر في تسيير الشؤون العامة أي مشاركة المواطنين في القرارات السياسية التي لها تأثير مباشر على حياتهم³.

أو هي أيضا ذلك المفهوم المرتبط بالمجتمع المفتوح الديمقراطي و هو مكون أساسي من مكونات التنمية البشرية يسعى من أجل تحقيقها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي أي أنها تعني بشكل مبسط أن يكون للمواطنين دوراً و رأي في صناعة القرارات التي تؤثر في حياتهم سواء بشكل مباشر أو من خلال مؤسسات شرعية وبسيطة تمثل مصالحهم و يقوم هذا النوع من المشاركة الواسعة على حرية التنظيم، حرية التعبير، أيضاً على قدرات المشاركة البناءة⁴.

2 - الأساس التشريعي للديمقراطية التشاركية في الجزائر:

من الناحية الدستورية يكرس دستور الجزائر لسنة 2016⁵ ، تشجيع الدولة للديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية، ويوسع التشاور من خلال وضع مؤسسات استشارية جديدة لدى السلطة التنفيذية مثل المجلس الإسلامي الأعلى، والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، ومجلس وطني لحقوق الإنسان، ومجلس أعلى للشبيبة، ومجلس وطني للبحث العلمي والتكنولوجيات.

1 - عبد المجيد رمضان، الديمقراطية الرقمية كآلية لتفعيل الديمقراطية التشاركية، جامعة قاصدي مرباح، مجلة دفاتر السياسية والقانون، عدد 16، جانفي 2017، ص ص 76 - 77.

2 - محمد العجاتي، من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية نماذج و توصيات، منتدى البدائل العربية للدراسات، روافد للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2011 ، ص 03 .

3 - باديس بن حدة، آليات تفعيل الديمقراطية التشاركية في عمل الإدارة المحلية، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، الجزائر، العدد العاشر، 2017 ، ص 284.

4 - نفس المرجع، ص 286.

5 - قانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج. ر.ج، عدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

وتنص المادة (15) من نفس الدستور أن الدولة تقوم على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية. ويعد المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته ويراقب عمل السلطات العمومية.

أما من الناحية القانونية و التنظيمية، فعلى المستوى الوطني كرسّت الجزائر مبدأ مشاركة المواطنين في حماية البيئة في القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بدءاً بالمادة 02 منه التي دعمت الحق في الإعلام كآلية لمشاركة المواطنين في اتخاذ القرارات التي تهم البيئة¹، إذ بواسطته يتمكن المواطن من التعبير عن رأيه فتكون نتيجة لممارسة أحد حرياته²، كما نصت المادة 03 من نفس القانون على مبدأ مشاركة الأفراد في الإجراءات المسبقة عند اتخاذ القرارات التي قد تضر بالبيئة، وأقرت المادة 07 بحق الحصول على المعلومة البيئية لما لها من أهمية في مجال حماية البيئة وإقرار حق لكل فرد التمتع ببيئة سليمة ومتوازنة³. أشار كذلك قانون البيئة، إلى الآليات التي يستعين بها الفرد لأجل المشاركة من بينها التحقيق العمومي المشار إليه في المادة 21 من القانون 03-10.

حيث يعتبر التحقيق العمومي أسلوباً للمشاركة فمن خلاله يتسنى لكل فرد بعد إعلامه من طرف السلطة المختصة أن يساهم بموجب رأيه في وضع قرار إداري معين⁴، فنظراً لأهمية البيئة منح المشرع الجزائري للجمعيات حق الادعاء و مقاضاة أي شخص يحدث التلوث في البيئة⁵، كما نصت المادة 74 من قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، على أسلوب الاستشارة الذي بواسطته يستشار المواطنون في نشاطات متعددة كالنشاطات التي تخضع للترخيص وكيفية منحه وكذا الأنظمة الخاضعة للحماية و التدابير الوقائية و التهيئة.

1 - المادة 02 من القانون 03-10، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج، عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003.

2 BARCAL Frédérique, Le Droit à l'information en France, Thèse pour l'obtention de grade de Docteur de Droit Université de Lumière-Lyon 2, p49.

3 - بركات كريم، حق الحصول على المعلومة البيئية وسيلة أساسية لمساهمة الفرد في حماية البيئة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011، ص 40.

4 - بن خالد السعدي، قانون المنشآت المصنفة لحماية البيئة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 29.

5 - المادة 38 من القانون 03-10، مرجع سابق.

كما سنت قواعد الوقاية من الفساد و مكافحته و الحث على مشاركة المجتمع المدني في قانون (06 - 01) المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، إذ نصت المادة 15 منه تحت عنوان: مشاركة المجتمع المدني على أنه " يجب تشجيع مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد ومكافحته بتدابير مثل: اعتماد الشفافية في كيفية اتخاذ القرار وتعزيز مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، و اعتماد برامج تعليمية و تربوية و تحسيسية بمخاطر الفساد على المجتمع، و كذا تمكين وسائل الإعلام و الجمهور من الحصول على المعلومات المتعلقة بالفساد، مع مراعاة حرمة الحياة الخاصة و شرف و كرامة الأشخاص، و كذا مقتضيات الأمن الوطني و النظام العام و حياد القضاء " ¹.

و باعتبار أن الشفافية الإدارية نتيجة للإعلام، فهي تمكن المواطنين من الحصول على المعلومات المتعلقة بمخاطر الفساد في الإدارة العمومية و ذلك حسب نص المادة 11 من القانون نفسه على أنه من مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته إعداد برامج تسمح بتحسيس و توعية المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد ².

و ضمن سلسلة الإصلاحات الكبرى التي شهدتها الجزائر خلال مرحلة الثمانينات و على وجه الخصوص الإدارية منها، شكل المرسوم رقم 88 - 131، المنظم للعلاقات بين الإدارة و المواطنين³، منعطفاً جديداً في تاريخ مسار تحسين و تقريب علاقة الإدارة بالمواطن، و قد نصت المادة الأولى من هذا المرسوم كما يأتي: " ينظم هذا المرسوم العلاقات بين الإدارة و المواطن "

فمن خلال أحكام المرسوم، يمكن أن نستشف الأسس المنظمة للعلاقات بين الإدارة و المواطنين و المتمثلة في مبدأ الشفافية الذي من خلاله يتم وضع حد للغموض الذي يميز الحياة الإدارية، فالشفافية تعتبر نتيجة حتمية للديمقراطية كونها

1 - قانون رقم 06 - 01، مؤرخ في 20 فيفري 2020، متعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج.ر.ج.ج، عدد 14، صادر في 2006، معدل و متمم بموجب الأمر رقم 10 - 05، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج، عدد 50، صادر في 2010، معدل و متمم بموجب القانون رقم 11 - 15، مؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 2011.

2 - المادتين 11، 20، نفس القانون.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 88 / 131، المؤرخ في 04 جويلية 1988، المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة و المواطن، ج.ر.ج، عدد 27، بتاريخ 06 جويلية 1988.

تلزم الإدارة بإعلام المواطنين بالأنظمة والإجراءات التي تصدرها باستعمال وتطوير كل الوسائل الملائمة للبحث والنشر والإعلام.

أما على المستوى المحلي فقد شجعت الدولة الديمقراطية التشاركية، حيث يسمح التصور التشاركي بتوسيع ميادين التشاور والمشاركة بهدف تعزيز الديمقراطية التشاركية لدى كافة مؤسسات التسيير وعلى جميع الأصعدة من أجل حكمة عمومية محلية رشيدة ومشاركة مواطنة قوية، حيث من شأنها أن تضمن نجاعة النشاط العمومي وتعزيز السلم والتماسك الاجتماعيين، وتحسين الإطار المعيشي للمواطن، وترقية نوعية الخدمات المقدمة له.

وتعتبر المجالس المنتخبة عموماً، والمحلية منها على الخصوص، الإطار الطبيعي لمشاركة المواطنين في إدارة الشأن العام، وترجمة لشعار الدولة الجزائرية «بالشعب وللشعب». ولعل ذلك يتجلى بوضوح من خلال إدراج مبدأ الديمقراطية التشاركية في قانون البلدية، خاصة وأن البلدية تعتبر أقرب إدارة للمواطن وأفضل مدرسة لترسيخ مبادئ الديمقراطية وتطبيقاتها بفعل الاحتكاك الدائم والتواجد اليومي مع المواطنين، الأمر الذي من شأنه أن يتيح للمواطنين المشاركة في اتخاذ القرارات على المستوى البلدي ومتابعة تنفيذها. كما يكون إطاراً ملائماً لتدخل المواطنين في تحديد أولويات التنمية على المستوى المحلي.

وفي هذا الإطار قد خصص المشرع في قانون البلدية 11 - 10، باباً كاملاً (الباب الثالث)، تحت عنوان "مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية"، والذي ضم أربع مواد (من 11 إلى 14)، أشار فيها المشرع إلى آليات الديمقراطية التشاركية.

حيث ورد في المادة (11) من قانون البلدية 11 - 10، أن البلدية تشكل الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجوّاري، ويتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ويمكن في هذا المجال استعمال الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة.

وتضيف المادة (12) من نفس القانون أن المجلس الشعبي البلدي يسهر على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم، قصد تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجوّاري.

و من الأسباب التي دفعت الجهات الوصية إلى إدراج تعديلات على قانون البلدية هي ضعف العمل الجوارى للمجالس المنتخبة، و غياب الحوار مع المواطنين، ما أدى إلى تدهور الإطار المعيشي للسكان خصوصا في الأوساط الحضرية، في ظل غياب التنسيق والتعاون بين المواطنين و مسؤولي البلديات والمديريات التنفيذية المحلية، حيث جاء هذا القانون لمحاولة تجاوز النقائص التي اعترت قانون البلدية السابق (90 - 08)، تماشيا مع الإصلاحات السياسية والدستورية المعلنة في الجزائر، مع الأخذ بعين الاعتبار التطورات التي يشهدها المجتمع الجزائري. و مست التعديلات خصوصا الجوانب المتعلقة بالمواطن، بإشراكه في عملية اتخاذ القرارات المتعلقة بالتنمية المحلية. و يبرز ذلك بإقرار مبدأ الديمقراطية التشاركية، حيث يتيح تطبيقها فتح مجالات واسعة للمواطنين التدخل في الشؤون المرتبطة بحياتهم اليومية، و التي لها علاقة مباشرة باهتماماتهم وانشغالاتهم، من خلال ممثليهم في مؤسسات المجتمع المدني من جمعيات ولجان أحياء¹.

وبالنسبة لقانون الولاية 12 - 07، (و بخلاف قانون البلدية رقم 11 - 10)، لم يخصص ما قد ينص فيه على مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم العمومية. لكنه أشار في المادة الأولى منه، إلى أن الولاية هي الجماعية الإقليمية للدولة تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، كما تمثل هيئة عدم التركيز حيث تعمل على المساهمة المباشرة في خلق فضاءات اقتصادية واجتماعية و أكثر تكيفا وملائمة، فضلا عن كونها محلا يتجسد على واقعه صور التضامن الوطني ونشاطات الجماعات المحلية وكذلك منبرا للتعبير عن مشاكل وانشغالات وتطلعات المواطن الذي يبقى بتطبيقه الحالي ينتصر الكثير من هذه الهيئة.

و إذا كانت الولاية طبقا للمادة الأولى من الفقرة الأخيرة من قانون الولاية 12 - 07، شعارها " بالشعب والشعب "، فيتعين حينئذ العمل على فتح سبل المشاركة للمواطنين في تسيير الشؤون العمومية على المستوى الولائي و هذا عن طريق المجلس الولائي المنتخب الذي يمارسه اختصاصات متنوعة تمس العديد من القطاعات والميادين.

¹ عبد المجيد رمضان، مرجع سابق، ص ص 77 - 78.

المحور الثاني: آليات تطبيق الديمقراطية التشاركية في المجالس المحلية المنتخبة في الجزائر.

إن انتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية لا يكفي لوحدة لتحقيق الديمقراطية، بل ينبغي أن تسير المجالس سواء كانت بلدية أو ولائية شؤونها وفق مبادئ الحكم الراشد ومن خلال ممارستها لصلاحيات فعلية، بواسطة آليات تسمح بتطبيق الديمقراطية التشاركية، من خلال دور كل من مشاركة المواطنين والمجتمع المدني (1)، وكذا دور الجمعيات (2) في تسيير المجالس المحلية والمساهمة في تطبيق الديمقراطية التشاركية.

1 - مشاركة المواطنين والمجتمع المدني في تسيير المجالس المحلية:

يتطلب التسيير التشاركي للشؤون المحلية والتسيير الشفاف لمصالح المجالس المحلية أن يكون مواطنو البلدية والولاية على علم بكل قرار يتخذه المجلس الشعبي البلدي والولائي، أو الجهاز التنفيذي في مختلف مراحل، أثناء النقاش الأولي والصيغة من خلال علنية الجلسات وبعد اتخاذ القرار وتنفيذه في الحق بالإطلاع على المداولات ومستخرجاتها. ولا تتأتى عملية الديمقراطية في تسيير الشؤون العمومية إلا بانخراط المواطن (أ) والمجتمع المدني(ب)، بفعالية في عملية التقييم.

أ - مشاركة المواطنين في تسيير المجالس المحلية: ويكون ذلك من خلال ضمان ما يلي:

أ - 1 مبدأ علنية جلسات المجالس المحلية: مع مراعاة القيود الواردة على مبدأ علنية الجلسات¹، حيث يعد مبدأ علنية الجلسات وسيلة مهمة لإشراك المواطنين في أعمال المجالس المحلية؛ وعلى هذا الأساس قد أحاطها المشرع بضمانات و حددها في نص المادة 26 فقرة 01 من قانون البلدية 11 - 10، على أن " جلسات المجلس الشعبي البلدي علنية، وتكون مفتوحة لمواطنين البلدية ولكل مواطن معني بموضوع المداولة ". كما أكد المشرع كذلك على مبدأ علنية جلسات المجالس في المرسوم التنفيذي 13 - 105، المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، حيث نصت المادة 13 منه على أن " جلسات المجلس الشعبي البلدي علنية مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالجلسات المغلقة، وهي مفتوحة لمواطني البلدية ولكل

¹ - انظر المادة 2/26 من قانون البلدية 11 - 10، والمادة 2/26 من قانون الولاية 12 - 07.

مواطن معني بموضوع المداولة المبرمجة¹، كما ينطبق هذا الأمر على كل قانون الولاية من خلال ما أكده المشرع بصفة صريحة في نص المادة 26 فقرة 01 من قانون 12 - 07، على أن " تكون جلسات المجلس الشعبي الولائي علنية ".
أ - 2 إعلام المواطنين بتاريخ الجلسات و جدول الأعمال: يعتبر إعلام المواطنين بتاريخ الجلسة ضمانا لعمومية الجلسات، لأنه يفضله يمكن للمواطنين أن يحضروا جلسات المجلس، و قد ألزم المشرع إعلام المواطنين بجدول أعمال الجلسات، حيث نص على ذلك في المادة 1/22 من قانون البلدية 11 - 10، على أن " يلصق مشروع جدول أعمال الاجتماعات عند مدخل قاعة المداولات، و في الأماكن المخصصة لإعلام الجمهور، بمجرد استدعاء أعضاء المجلس الشعبي البلدي ". كما يطلع سكان البلدية عليه، بغرض تمكين خاصة المجتمع المدني من إضافة نقطة معينة في جدول الأعمال.

حيث أن الدافع من وراء هذا الاقتراح حسب البعض هو أن الجمعيات المحلية كثيرا ما وجهت لها أصابع الاتهام أن نشاطاتها موسمية ولا تظهر إلا نادرا و بالتالي حتى تحفزها أكثر على النشاط والعمل، وحتى تفسح أمامها سبل المشاركة في تسيير الشأن المحلي².

ويعتبر الإعلام البيئي وسيلة رقابة يمارسها المواطن على الإدارة لهذا اعتبرت الجرائر حقا لكل شخص طبيعي ومعنوي، يريد الحصول على معلومات متعلقة بحالة البيئة، ويسمح له ذلك في ضمان المشاركة في حماية البيئة . وهو ما تم تكريسه في القانون رقم 03 - 10، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، و ذلك ضمن المادة 03 و تتمثل في مبدأي الإعلام ومشاركة المواطنين ومختلف الفاعلين في المجتمع³.

و بالرجوع للقانون 01 - 19، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها ضمن المادة 34 نجده أشار إلى إعلام المواطنين و تحسيسهم بالأخطار الناجمة عن النفايات وتأثيرها على الصحة والبيئة معا⁴، و كذلك في القانون التوجيهي

1 - المادة 13 من المرسوم التنفيذي 13 - 105، المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، ج.ر.ج.ج، عدد 15، صادر في 17 مارس 2013.

2 - عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 190 .

3 - المادة 03 من القانون 03 - 10، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق.

4 - المادة 34 من القانون 01 - 19، المؤرخ في 15 ديسمبر 2001، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج.ر.ج.ج، عدد 77.

للمدينة 06 - 06، ضمن المادة 02 الفقرة 08 منه على مبدأ إعلام المواطنين، وذلك بحصولهم على معلومات حول وضعية المدينة¹.

كما نص المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 06 - 01 ضمن المادة 04 منه على الشفافية في التعامل مع الجمهور، وذلك بنصه على ضرورة اعتماد المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية على مجموعة من الإجراءات، التي من شأنها تمكن المواطنين من الحصول والتزويد بمعلومات تتعلق بكيفية التسيير وتنظيم عمل الهيئات العمومية².

أ - 3 - مبدأ الشفافية في التسيير و علاقته بمشاركة المواطنين:

يستلزم مبدأ الشفافية في التسيير، أن يكون المواطنون على علم بكل ما يتعلق بشؤونهم المحلية، فالشفافية تستوجب توفير المعلومات الكاملة على نشاط الجهاز، للصحافة والرأي العام وللمواطنين الراغبين في ذلك خاصة إن كانت هذه المعلومات تخص مراكزهم الفردية ويكون ذلك من خلال:

❖ الاستشارة العمومية آلية لمشاركة المواطنين في سير المجالس الشعبية المحلية:

يعد التحقيق العمومي أبرز آلية لتجسيد استشارة المجالس المحلية للمواطنين على المستوى المحلي حيث أنه بمجرد فتح تحقيق عمومي يمكن لأي مواطن سواء كان شخص طبيعي أو معنوي كجمعية مدنية يهمله التحقيق بصفة مباشرة أو غير مباشرة أن يقدم ملاحظاته الكتابية أو الشفهية في السجل الموضوع خصيصا لذلك³. وأشار المشرع الجزائري إلى إجراءات الاستشارة العمومية في قوانين البلدية والولاية وفي بعض القوانين الخاصة كآلية لمشاركة المواطنين في سير عمل المجالس الشعبية المحلية، كما تتخذ هذه الاستشارة في شكل إجراء تحقيق عمومي، حيث نص في المادة 11 فقرة 2 من قانون البلدية 11 - 10 على استشارة المجلس الشعبي البلدي للمواطنين في كل ما يتعلق بمشاريع التهيئة والتنمية بمختلف أنواعها والزامه باتخاذ جميع التدابير لإعلام المواطنين واستعمال الوسائل الإعلامية المتاحة.

1 - المادة 8/2 من القانون التوجيهي للمدينة رقم 06 - 06، مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر.ج.ج، عدد 15، صادر في 12 مارس 2006.

2 - المادة 4 من القانون 06 - 01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

3 - نجلاء بوشامي: المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 90 - 08، أداة للديمقراطية " المبدأ والتطبيق"، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2007/2006، ص155.

والملاحظ أن المشرع قد أورد هذه المادة تحت الباب الثالث بعنوان " مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية " الذي لم يرد له مثيل في قوانين البلدية السابقة، وبالتالي فقد اعتبر المشرع الاستشارة آلية لمشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية.

كما نجد أن المشرع قد أشار أيضا إلى نوع آخر من الاستشارة في المادة 13 من قانون البلدية 11 - 10، على أنه " يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي، كلما اقتضت ذلك شؤون البلدية أن يستعين بصفة استشارية بكل شخصية محلية وكل خبير أو كل ممثل جمعية محلية معتمدة قانونا للذين من شأنهم تقديم أي مساهمة مفيدة لأشغال المجلس أو لجانه بحكم مؤهلاتهم أو طبيعة نشاطاتهم ".
و قد تناول كذلك المشرع في قانون الولاية رقم 12 - 07، على إمكانية استعانة اللجان بأي شخص من شأنه تقديم معلومات مهمة ومفيدة لأشغال المجلس¹.

❖ حق المواطنين في الإطلاع على مستخرجات المداولات:

لضمان مشاركة الجمهور في الحياة المحلية يجب أن توضع تحت تصرف المواطن سلسلة من الوثائق والمعلومات. و لهذا نجد أن المشرع منح المواطنين الحق في الحصول على المعلومات التي تخص نشاط المجلس، و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في قانون البلدية 11 - 10 على إمكانية كل شخص الإطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي و كذلك القرارات البلدية كما يمكن لكل من له مصلحة بالحصول على نسخة من هذه المداولات و القرارات².

أما في قانون الولاية 12 - 07، و الذي يؤكد بصفة صريحة على أنه يحق لكل شخص له مصلحة أن يطلع في عين المكان على محاضر مداولات المجلس الشعبي الولائي و أن يحصل على نسخة كاملة أو جزئية منها على نفقته³.

❖ تقديم العرض السنوي للمجالس المحلي:

في مجال إعلام المواطنين نص المشرع على آلية تقديم المجالس الشعبية المحلية تقريرا سنويا حول الوضعية العامة للبلدية والولاية، فبالنسبة للبلدية فقد نص

1 - المادة 36 من القانون 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

2 - المادة 14 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

3 - المادة 32 من القانون 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

المشروع في القانون رقم 11-10، على إمكانية تقديم عرض سنويا لنشاطات المجلس الشعبي البلدي أمام المواطنين، وبالرغم من أن هذه المبادرة إيجابية وجديدة إلا أن المشروع جعلها اختيارية للمجلس الشعبي البلدي¹.

أما بخصوص الولاية، فلم يتطرق قانون الولاية رقم 12-07، ولا القوانين السابقة له، إجراء تقديم المجلس الشعبي الولائي عرضا سنويا عن نشاطه أمام المواطنين مثلما هو الحال عليه في قانون البلدية، بل اكتفت فقط بالإشارة إلى أن الوالي يقدم بيان سنويا حول نشاط الولاية أمام المجلس الشعبي الولائي مع إتباعه بمناقشة وإمكانية الخروج بلائحة ترفع إلى السلطة الوصية وهي وزارة الداخلية، إلا أنه فقد أشار إلى ضرورة إبلاغ القطاعات المعنية بتلك اللائحة والتوصيات .

2

ب - المجتمع المدني كفاعل أساسي للديمقراطية التشاركية:

جاء في ندوة المجتمع المدني المنظمة من طرف مركز دراسات الوحدة العربية لسنة 1992 على أنه " يقصد بمنظمات المجتمع المدني المؤسسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعمل في ميادينها المختلفة في استقلال عن السلطة لتحقيق أغراض متعددة منها أغراض سياسية كالمشاركة في صنع القرار السياسي، وأغراض نقابية كالدفاع عن مصالح أعضائها، ومنها أغراض ثقافية، كما في اتحادات الكتاب والمثقفين والجمعيات الثقافية التي تهدف إلى نشر الوعي الثقافي وفق اتجاهات أعضاء كل جماعة ومنها أغراض للإسهام في العمل الاجتماعي للتنمية " ³.

أما عن دور المجتمع المدني في تعزيز الديمقراطية التشاركية، فيتنوع تبعا لطبيعة النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي، كما ترتبط ارتباطا أساسيا بأسس الديمقراطية وقواعدها، ويمكن تقسيم دور المجتمع المدني إلى أربعة أنواع:

ب - 1 أدوار مرتبطة بدعم جهود التنمية: حيث تبرز أهمية المجتمع المدني من خلال تقديمه المعونة الاقتصادية للقطاعات الفقيرة التي تضررت نتيجة سياسات

1 - نجلاء بوشامي، مرجع سابق، ص 132.

2 - علاء الدين عشي، والي الولاية في التنظيم الإداري الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 116.

3 - ليلي بن حمودة " المجتمع المدني والحكم الرشيد" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01 ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2011 ، ص 68 .

الإنفاق الحكومي، بمعنى أن هذه المنظمات تعمل على ملئ الفراغ الذي ينجم عن انسحاب الدولة التدريجي من بعض أوجه الحياة الاقتصادية والاجتماعية¹.

ب - 2 أدوار مرتبطة بدعم التطور الديمقراطي: يمارس المجتمع المدني رقابة مستمرة تحققها الأشكال الجديدة للمشاركة التي أصبحت تقرب المؤسسات الرسمية بالمواطن، بالإضافة إلى أنها تحسن في صور الأداء و المصداقية وتعبّر بشكل شفاف وشرعي عن مصالح الفواعل الاجتماعيين والاقتصاديين، كما تحسن من الأداء الوظيفي للمؤسسات السياسية بما يسمح من تحقيق دولة القانون واللامركزية والتوازن في توسيع السلطة وممارستها².

و بغض النظر عن خلفيات تأسيس الكثير من الجمعيات و علاقتها بالدولة، فإن منظمات المجتمع المدني فرضت نفسها في مجال التنمية المحلية رغم الواقع الذي يحد من فعاليتها، و على هذا الأساس إذا كان المواطنون يشاركون في صنع القرار من خلال المشاركة في النقاشات المحلية المتعلقة بالبرامج التي تهدف إلى تحسين ظروف حياتهم، فإن مشاركة المجتمع المدني في تدبير الشأن العام المحلي، قد تكون أثناء صياغة القرار أو في التنفيذ أو هما معا³.

2 - دور الجمعيات في تحقيق الديمقراطية التشاركية:

نصت المادة 39 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 على أن حق إنشاء الجمعيات مضمون للمواطن وتشجع على ازدهار الحركة الجمعوية، كما أشار قانون البلدية 11 - 10، في المادة 12 منه، إلى دور الجمعيات حيث أن المجلس الشعبي البلدي يسهر على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم. و قد حرص المشرع على تسيير عمل الجمعيات، في كونها تتلقى رعاية مالية من طرف الجماعات المحلية، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تشجع وتدعم كل

1 - عبد النور ناجي، " دور المنظمات المجتمعية في تحقيق الحكم الرشيد في الجزائر"، دراسة حالة الأحزاب السياسية، مجلة المفكر، العدد 03، جامعة بسكرة، الجزائر، فيفري 2008، ص 113.

2 - خيرة بن عبد العزيز، " دور المجتمع المدني في ترشيد الحكم وترقية القيم الديمقراطية"، مجلة المفكر، العدد 12، جامعة بسكرة، مارس 2015، ص 90.

3 - مصطفى المناصيفي، المجتمع المدني والديمقراطية التشاركية، في الموقع:
<http://www.hespress.com/opinions/62646.html/> consulté le 17/03/2020.

نشاط أو مساهمة أو مبادرة فردية أو جماعية تهدف إلى إنجاز المشاريع ذات المنفعة العامة¹.

من جهته، نص المشرع أيضا في قانون الولاية 12 - 07، بخصوص صلاحيات المجلس الشعبي الولائي في النشاط الاجتماعي و الثقافي، على مساهمة المجلس الشعبي الولائي في إنشاء الهياكل القاعدية الثقافية و الرياضية و الترفيهية و الخاصة بالشباب و حماية التراث التاريخي و الحفاظ عليه، بالتشاور مع البلديات و كل الهيئات الأخرى المكلفة بترقية هذه النشاطات أو الجمعيات التي تنشط في هذا الميدان².

و بالعودة للقانون التوجيهي للمدينة رقم 06 - 06، نجد أن المشرع قد أكد على مسؤولية السلطات العمومية و مساهمة الحركة الجموعية و المواطن في تسيير المدينة في إطار ترقية الحكم الراشد، على أساس أنه من بين المبادئ العامة لسياسة المدينة، والذي بموجبه تكون الإدارة مهتمة بانشغالات المواطن، و تعمل للمصلحة العامة في إطار الشفافية، و كما أشار إلى تفصيل الشراكة بين الجماعات الإقليمية و الجمعيات في إطار وضع حيز لتنفيذ برامج سياسة المدينة³.

ومما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري قد كرس لسبل تطبيق الديمقراطية التشاركية من خلال آليات تتمثل في مشاركة أو إشراك المواطنين و المجتمع المدني و الجمعيات و دورها في المساهمة في تسيير المجالس المحلية المنتخبة، لكن الواقع الملموس في الأغلب يثبت مدى عدم نجاعة هذه الآليات، بالنظر للعراقيل التي تواجه تطبيقها في الأغلب وهو ما يحد من فاعليتها.

المحور الثالث: حدود تطبيق الديمقراطية التشاركية في المجالس

المحلية المنتخبة في الجزائر

إن الغاية من تبني نظام اللامركزية الإدارية في الجزائر هو تحقيق الديمقراطية و تكريس مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، لكن واقع الجماعات المحلية و المجالس المنتخبة يثبت خلاف ذلك. وهذا ما يترتب في كثير من الأحيان شلل و تعطيل لعملها و عرقلة مصالح مواطنيها، وذلك راجع لعدة عراقيل منها المالية

1 - المادة 13 و المادة 175 من قانون 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

2 - المادة 97، و المادة 98، من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

3 - المادة 2، و المادة 14 من القانون التوجيهي للمدينة 06 - 06، مرجع سابق.

(1)، ومنها ما هو متعلق بالرقابة الوصائية (2) التي تحد من فعالية تطبيق وممارسة الديمقراطية التشاركية.

1 — **العراقيل المالية** : يعد العنصر المالي عاملا أساسيا في التنمية المحلية¹، حيث نجاح الجماعات المحلية يتوقف لحد كبير على حجم مواردها المالية، و من الطبيعي أنه كلما زادت الموارد المالية التي تخص الجماعات المحلية كلما أمكن أن تمارس اختصاصاتها معتمدة على نفسها دون اللجوء للجهات المركزية وغيرها من طرق تمويل الدولة لها².

و قد خلق تنوع اختصاصات المجالس المحلية نوعا من الصعوبة، و التي منها:

❖ **ما يتعلق بتبعية الجباية المحلية للسلطة المركزية**: فالجماعات المحلية على الرغم من تمتعها بمصادر مالية خاصة بها و حقها في تسيير شؤونها المالية، إلا أنها لا تملك سلطة فرض وتحصيل الرسوم والضرائب، وتحديد القاعدة الخاضعة للضريبة المحلية للحكومات المركزية³، فالدولة لا تكفي بتحديد الضريبة ونسبتها بل تتعدى إلى تحديد نسب توزيعها، وهو ما أضعف قدرة الجماعات المحلية على التحكم في ماليتها المحلية حيث أن جميع الضرائب تجمع في وعاء واحد ثم يعاد توزيعها⁴.

كما يعتبر عامل ضعف الموارد الجبائية للجماعات المحلية، من بين العراقيل المالية التي تحد من تطبيق الديمقراطية التشاركية، خاصة في ظل نقشي ظاهرة التلاعب بأصول الجماعات المحلية والقيام بعمليات الاختلاس أو توجيه الأموال في مشاريع غير تنموية لا تحقق المصلحة العامة من جهة، ومن جهة أخرى تتعلق بالمواطن أو المكلف بدفع الضريبة، الذي يمتنع عن دفعها باستعمال وسائل الغش نظرا لانعدام الثقة بين المواطن والإدارة، كما أنه لا يرى من جدوى في دفعها دون مقابل أو خدمة⁵.

1 - سليمان أعراج، " الديمقراطية التشاركية من أجل تفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية المحلية. "مجلة الفكر البرلماني، العدد 29، الجزائر، أفريل 2012، ص 111.

2 - منال طلعت، الموارد البشرية وتنمية المجتمع المحلي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003، ص 203.

3 - المادة 05 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

4 - المادة 05 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

5 - عبد الوهاب بن بوضياف، معالم لتسيير شؤون البلدية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 96.

❖ ما يتعلق بتبعية الجماعات المحلية في مجال الإعانات: تقدم السلطة المركزية إلى الجماعات المحلية مساعدات وإعانات مالية بغرض مساعدة تلك الهيئات لتحقيق الحد الأدنى من مستوى الخدمات التي تؤدي للأفراد. وقد تعددت الموارد الخارجية للجماعات المحلية، من إعانات وقروض وهيئات و الوصايا والمساعدات المقدمة من صندوق التضامن المشترك للجماعات المحلية، الذي تم تغيير تسميته إلى صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية في 24 مارس 2014¹.

و يبقى للإعانات التي تقدم من طرف الدولة دورا سلبيا وخطيرا يمس أحد مقومات اللامركزية والمتمثل في الاستقلالية المالية للجماعات المحلية²، فالمسؤولون المحليون قادرون على تحديد الحاجات الضرورية بفعالية، وذلك عن طريق الوصول بشكل مباشر إلى السكان وتحديد متطلباتهم واحتياجاتهم، وهو ما يتطلب ضرورة توفير الاستقلالية المالية من أجل تحقيق الأهداف المرجوة.

❖ ضعف اتخاذ القرار على المستوى المحلي: على صعيد ميزانيات الجماعات المحلية، فقد ألزم المشرع هذه الأخيرة أن تصوت على الميزانية في شكل متوازن بين قسم التسيير وقسم التجهيز والاستثمار³، فالمشرع لم يترك أي سلطة للمجالس الشعبية البلدية أو الولائية في اتخاذ القرار المناسب حول الميزانية بل لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي⁴.

كما أنه و في حالة إذا لم يتخذ المجلس الشعبي الولائي التدابير الصحيحة الضرورية لموازنة الميزانية فإن كلا من الوزير المكلف بالداخلية والوزير المكلف بالمالية يتوليان اتخاذها، كما أن عملية تنفيذ المداورات المتعلقة بالميزانيات والحسابات، مرتبطة بمصادقة الوزير المكلف بالداخلية⁵.

2 — تأثير الرقابة الوصائية على ممارسة الديمقراطية التشاركية:

1 - عبد الناصر صالح، الجماعات الإقليمية بين الاستقلالية والتبعية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 2010، ص 62.

- المواد 170 إلى غاية 174 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.
- المواد 151 إلى غاية 156 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.
2 - المرسوم التنفيذي رقم 14 - 116، مؤرخ في 24 مارس 2014، يتضمن إنشاء صندوق التضامن والضمان للجماعات المحلية ويحدد مهامه وسيره، ج.ر.ج.ج، عدد 19 صادر في 02 أبريل 2014.
3 - المواد من 183 إلى غاية 186، من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.
4 - المادة 57 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.
5 - المادة 55 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

بالرغم من أن المجالس المنتخبة تتمتع بالاستقلالية إلا أنها تخضع للرقابة الوصائية، التي تمارسها الدولة على الجماعات المحلية بهدف حماية الصالح العام والحفاظ على وحدة الدولة وضمان استمرارية الخدمات المقدمة للمواطنين وترشيد التسيير الجماعي وتعزيز مبدأ المشروعية من خلال فرض احترام القوانين، وقد تم النص على فكرة الرقابة الوصائية من خلال مختلف القوانين المؤطرة للجماعات المحلية¹، لكن هذا النوع من الرقابة بالرغم من مزاياه إلا أنه له تأثير كبير على ممارسة الديمقراطية التشاركية، وقد تناول المشرع الجزائري الرقابة الوصائية من خلال:

❖ **الرقابة الوصائية على العضو المحلي المنتخب:** حيث أشار المشرع الجزائري في قانون البلدية رقم 11 - 10، في المادة 43 منه، على أن المنتخب المحلي البلدي يوقف بصفة مؤقتة بموجب قرار من الوالي في حالة متابعته قضائيا بسبب جنائية أو جنحة تتعلق بالمال العام أو بالشرف أو كان محل تدابير قضائية تحول دون استمراره في مواصلة مهامه.

أما على مستوى الولاية فالقانون رقم 12 - 07، قد نص فيه المشرع طبقا للمادة 45 منه، إلى إمكانية إيقاف المنتخب المحلي الولائي، الذي يكون محل متابعة قضائية بسبب جنائية أو جنحة لها علاقة بالمال العام أو بالشرف بموجب مداولة من المجلس الشعبي الولائي، ثم يتم الإعلان عن التوقيف بموجب قرار من الوزير الداخلية.

أو حتى إقالة العضو المنتخب، حيث أشار قانون البلدية رقم 11 - 10، إلى أن المنتخب البلدي الذي يتغيب بدون عذر مقبول لأكثر من 3 دورات عادية خلال نفس السنة يعتبر مستقيلا تلقائيا².

كما عالج المشرع أحكام الإقصاء بقوة القانون في قانون الولاية 12 - 07، حيث أنه إذا كان المنتخب في حالة من حالات عدم القابلية للانتخاب أو في إحدى حالات التنافي، تتم إقالته فورا بموجب مداولة من المجلس الشعبي الولائي، و يثبت وزير الداخلية الإقصاء بموجب قرار، إلا أن الجديد في هذا القانون بخصوص

1 - علي محمد، "مدى فاعلية دور الجماعات المحلية في ظل التنظيم الإداري الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012، ص 195.

2 - المادة 45 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

الإقصاء هو توفيره لضمانة أساسية للعضو المقصى بسبب عدم القابلية للانتخاب أو حالة تنافي، بأن يطعن أمام مجلس الدولة¹.

❖ من حيث الرقابة الوصائية على أعمال المجالس المحلية: وتكون إما من خلال التصديق أو البطلان أو الحلول.

✓ بالنسبة للتصديق:

و الذي يكون إما ضمئيا، بحيث أن القاعدة العامة بالنسبة لمداورات المجالس الشعبية البلدية هو التنفيذ بقوة القانون بعد 21 يوما من تاريخ الإيداع، و 30 يوما بالنسبة للمداورات المنصوص عليها في المادة 57 من قانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية.

ولم يختلف المشرع في أحكام المصادقة الضمنية في قانون الولاية رقم 12-07، عما ورد في قانون البلدية رقم 11 - 10.

أو صريحا، والذي تتطلب فيه المداورات مصادقة صريحة من الوالي، وقد نص عليها المشرع في قانوني البلدية رقم 11 - 10 والولاية رقم 12 - 07، فالمداورات التي تتطلب تصديق صريح من الوالي نصت المادة 57 من قانون رقم 10/11 على أنها تتمثل في:

- الميزانيات والحسابات.
 - قبول الهبات والوصايا الأجنبية.
 - اتفاقيات التوأمة.
 - التنازل عن الأملاك العقارية البلدية².
- أما بالنسبة للمجلس الشعبي الولائي، فإن المشرع اشترط لنفاد المداورات التصديق الصريح للوزير المكلف بالداخلية في أجل أقصاه شهرين والتي تتعلق
- بـ:

- الميزانيات والحسابات.
- التنازل عن العقار و اقتنائه أو تبادله.
- اتفاقية التوأمة.
- الهيئات والوصايا الأجنبية³.

1 - المادة 44 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

2 - المادة 57 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

3 - المادة 55 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

✓ بالنسبة للبطلان:

بالرجوع لقوانين البلدية أو الولاية، نجد المشرع قد أشار إلى نوعين من البطلان أحدهما بقوة القانون في حالة مداوات المجلس الشعبي البلدي¹، أو مداوات المجلس الشعبي الولائي²، أما البطلان النسبي للمداوات، فقد أشار المشرع في قوانين البلدية والولاية أن البطلان النسبي يكون في حالة ما إذا كانت مداولة المجالس المحلية سواء البلدية أو الولاية، تمس مصلحة شخصية للرئيس أو بعض أو كل أعضائه إما بأسمائهم الشخصية أو كولاء أو تمس مصلحة أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم حتى الدرجة الرابعة، وقد ألزم المشرع بموجب المادة 3/60 من قانون البلدية 11 - 10، وبموجب المادة 2/56 من قانون الولاية 12 - 07، كل عضو أن يصرح بذلك أمام رؤساء المجالس الشعبية المحلية، و إذا كان على هؤلاء كذلك التصريح بذلك أمام المجالس الشعبية المحلية³.

و على الرغم أن المشرع لم يشير إلى الأثر المترتب عن التخلف في الأداء بهذا التصريح، إلا أنه بالرجوع لقانون الفساد ونجد أن المشرع كيف التخلف عن الإدلاء بالتصريح بجنحة الفساد، وحددت العقوبة بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وغرامة 50 ألف إلى 200 ألف دج⁴.

1 - حيث نصت المادة 59 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

- المتخذة خرقاً للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات،

- التي تمس برموز الدولة وشعاراتها،

- غير المحررة باللغة العربية،

2 - حيث نصت المادة 53 من القانون 12 - 07، المتعلق بالولاية على أن :

تبطل بقوة القانون مداوات المجلس الشعبي الولائي:

- المتخذة خرقاً للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات،

- التي تمس برموز الدولة وشعاراتها،

- غير المحررة باللغة العربية،

- التي تتناول موضوعاً لا يدخل ضمن اختصاصاته،

- المتخذة خارج اجتماعات القانونية للمجلس،

- المتخذة خارج مقر المجلس الشعبي الولائي مع مراعاة أحكام المادة 23 أعلاه.

3 المادة 56 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

4 - المادة 34 من القانون رقم 06 - 01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

كما حدد المشرع في قانون البلدية رقم 11 - 10، أن يتم البطلان بموجب قرار معلل من الوالي¹ و يمكن أن يثير الوالي بطلان المداولة خلال 15 يوما التي تلي اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي².

✓ بالنسبة للحلول:

تم إقرار الحلول بموجب قانوني البلدية والولاية، حيث يمكن للوالي أن يتخذ كل الإجراءات الخاصة بالحفاظ على الأمن بالنسبة لجميع بلديات الولاية، عندما تمتنع البلدية القيام بذلك، لكن بعد انتهاء الأجل المحدد في الإنذار الموجب إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي وبقائه بدون نتيجة.

كما يمكن أن يحل الوالي محل رؤساء المجالس الشعبية البلدية، والحاصل فيها خلل في النظام العام دون سابق إنذاره، مع وجوب التزامه بالتعليل. كما يحل الوالي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حالة تقاعسه أو رفضه اتخاذ القرارات اللازمة لتنفيذ القوانين والتنظيمات والملمزم باتخاذها قانونا بعد اقتضاء مدة الإنذار الموجه لرئيس المجلس الشعبي البلدي³. و يمكن أيضا لسلطة الوصاية المتمثلة في الوالي أن تمارس رقابة واسعة على ميزانية البلدية عن طريق الحلول سواء في مرحلة الإعداد، عندما يتعلق الأمر بتوازن الميزانية، حيث أنه في حالة ما إذا صوت المجلس الشعبي البلدي على ميزانية غير متوازنة، فإن الوالي يرجعها إليه مرفقا بملاحظاته خلال 15 يوما من تاريخ إيداعها لديه، وبعدها يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإخضاع الميزانية لمداولة ثانية من طرف المجلس الشعبي البلدي، ويكون ذلك خلال 10 أيام، و يتم إعداد المجلس الشعبي البلدي من الوالي، في حالة التصويت على الميزانية مجددا بدون توازن، أو لم تنص على النفقات الإلزامية، و في حالة لم يتم التصويت على الميزانية وفق الشروط السالفة الذكر في أجل 8 أيام، والتي تلي تاريخ الإعداد، ففي هذه الحالة يحل الوالي محل المجلس الشعبي البلدي و يضبط الميزانية تلقائيا⁴. أما أثناء تنفيذ الميزانية، فيمارس الوالي كذلك سلطة الحلول في حالة إذ لم يتخذ المجلس الشعبي البلدي الإجراءات التصحيحية الضرورية لامتناس العجز وضمن توازن الميزانية الإضافية، ففي

1 - المادة 60 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

2 - المادة 01/57 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

3 - المادة 100 من القانون رقم 11 - 10، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

4 - المادة 183 و 184 من نفس القانون.

هذه الحالة يتم اتخاذ هذه الإجراءات التصحيحية من قبل الوالي كما يمكنه الإذن بامتصاص العجز خلال سنتين أو أكثر¹.
ومما سبق نستنتج أن كل من القيود المالية والرقابة الوصائية بأنواعها على المجالس المحلية، تعد كحدود حقيقة لتطبيق الديمقراطية التشاركية، بالرغم من التكريس القانوني لآليات ممارستها.
خاتمة:

ختاماً، يتبين أن المشرع الجزائري يكون قد كرس لمنظومة تشريعية على رأسها كل من قانوني البلدية والولاية، تسمح بممارسة الديمقراطية التشاركية عبر آليات أهمها، اعتماد المشرع على حق إعلام المواطنين بما يدور من أعمال ونشاطات على مستوى المجالس المحلية، وذلك من خلال عقد اجتماعات دورية مع مختلف الفاعلين وحققهم في استشارتهم حول المسائل التي تتعلق بشؤونهم المحلية. كما أشار المشرع إلى آلية جديدة في قانون البلدية (11 - 10)، والتي تتمثل في إمكانية تقديم المجلس الشعبي البلدي تقريراً سنوياً عن نشاطه أمام المواطنين، حتى تتم عملية التقييم والمساءلة من قبل المواطنين، وأحياناً لا يستقيم دور المواطن دون تنظيم وتأيير ضمن منظمات المجتمع المدني وخاصة الجمعيات المحلية التي تعتبر كفاعل أساسي لتكريس الديمقراطية التشاركية والحديث عن مسألة تسيير عمل المجالس الشعبية المحلية وفقاً لمبادئ الديمقراطية التشاركية وذلك بممارسة اختصاصاتها المخولة لها قانوناً.

بدوره حرص أيضاً المشرع الجزائري، خاصة في ظل قانون البلدية (11 - 10) على إدماج المواطنين والمجتمع المدني على المشاركة في تسيير الشؤون العمومية على مستوى المجالس الشعبية المحلية، حيث يتطلب التسيير التشاركي للشؤون المحلية والتسيير الشفاف لمصالح المجالس المحلية أن يكون مواطنو البلدية والولاية على علم بكل قرار يتخذه المجلس الشعبي البلدي والولائي، أو الجهاز التنفيذي في مختلف مراحلها، إذ أن عملية الديمقراطية في تسيير الشؤون العمومية لا تتأتى إلا من خلال انخراط المواطن والمجتمع المدني بفعالية في عملية التقييم.

¹ - المادة 168 و 196 من القانون رقم 12 - 07، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

وإذا كانت الغاية من تبني نظام اللامركزية الإدارية في الجزائر هو تحقيق الديمقراطية وتكريس مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية، لكن واقع الجماعات المحلية والمجالس المنتخبة يثبت خلاف ذلك، (بالرغم من التكريس القانوني للديمقراطية التشاركية)، وهذا ما يرتب في كثير من الأحيان شلل وتعطيل لعملها وعرقلة مصالح مواطنيها، وذلك راجع لعدة عراقيل منها ما هو متعلق بالجانب المالي، أو بالرقابة الوصائية، وهي العوامل التي قد تساعد على الحد من فعالية تطبيق وممارسة الديمقراطية التشاركية.

مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في مجال التعمير

د. نجيب الخمليشي

دكتور في القانون الخاص

مقدمة:

يشكل موضوع التعمير المحور الأساس في للتنمية المجالية نظرا للتوسع الحضري والنمو الديموغرافي المتزايد اللذان تعرفهما المدن والتجمعات العمرانية، هذه التحولات ألزمت بالبحث عن ايجاد سياسة عمرانية تتلاءم وحجم الأوراش الكبرى ضمانا لملائمة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للمجال العمراني في المدن.

فقد أصبح ميدان التعمير اليوم الشغل الشاغل للسلطات الإدارية والقضائية نظرا للضغط الذي تعانيه الأنسجة الحضرية بفعل ارتفاع النمو العمراني والذي أدى إلى إضعاف هياكل المدينة، وتدهور ظروف السكن، مما دفع بالمشرع المغربي إلى إرساء عقوبات زجرية للمخالفات سواء تعلق الأمر بالمقاول أو المهندس المعماري.

تتنوع الجرائم والمخالفات التي قد يرتكبها كل من المقاول والمهندس المعماري أثناء تنفيذه لأعمال البناء، حيث أن مخالفة الضوابط التي أكد عليها المشرع من خلال قانوني 12.90 المتعلق بالتعمير، وقانون 25.90 المتعلق بالتجزينات السكنية وإحداث المجموعات السكنية وتقسيم العقارات تمثل جريمة في حق المجتمع بصفة عامة، وفي حق الأفراد بصفة خاصة.

فما هي إذن هذه الضوابط؟ وما هي القوانين التي تنظمها؟ وما جزاء مخالفتها؟ كل هذه الأسئلة سأجيب عليها من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين حيث سأتناول في المبحث الأول، مسؤولية المقاول في إطار منظومة القوانين المتعلقة بالتعمير، في حين سأتناول في المبحث الثاني، مسؤولية المهندس المعماري في إطار قانون 90-12 و قانون 25.90.

المبحث الأول:

مسؤولية المقاول في إطار منظومة القوانين المتعلقة بالتعمير

يمارس المقاول عملا ذو طابع إداري تنفيذي، يقوم بمقتضاه بتنفيذ الرسومات الهندسية الموضوعية من قبل المهندس المعماري، إذ يعتبر عمله عملا ماديا ذو طبيعة تجارية، هدفه تنفيذ عمليه البناء وفقا للأصول الفنية المتعارف عليها، ونقل الرسومات و التصميمات الهندسية من الحيز النظري إلى حيز الواقع، و ذلك بجعل البناء واقعا ملموسا، عن طريق خطط المواد المختلفة المستخدمة في البناء، وفقا لنسب محددة لا يجوز النزول عنها، و البدء في وضع أساسات البناء، بإقامة الأعمدة وفقا لما جاء بالتصميم الهندسي، الذي يتناول أيضا النسب و الشروط الواجب توافرها في مواصفات البناء¹.

المطلب الأول: المخالفات المترتبة عن عدم احترام الأصول الفنية من قبل

المقاول

ترتكب في مجال التعمير والبناء عدة جرائم، وإذا كانت كل هذه المخالفات المرتكبة يجب اعتبارها جرائم، فإنه من الواجب زجر أصحابها، وجريمة البناء بدون رخصة تعد من أخطر هذه الجرائم، فكيف يتم تقديم طلب الرخصة البناء؟ ثم ما هي الأحكام العامة لمخالفة البناء بدون رخصة؟

بالرجوع لقانون 12.90 المتعلق بالتعمير نجده لم يوضح كثيرا الجوانب المتعلقة بتقديم طلب رخصة البناء، والملف المكون له وطريقة إيداعه، إثبات التوصل به، ومسطرة البث فيه وكيفية اتخاذ القرارات المختلفة....

غير أن ما يميز مسطرة منح رخصة البناء في ظل قانون 12.90 المتعلق بالتعمير هو أنها تتطلب تدخل عدد من الإدارات و الهيئات لإبداء الرأي بشكل مستقل قبل البث في الطلب من طرف السلطة المختصة، بدل دراسته بشكل جماعي في إطار لجنة موحدة، كما أنها تختلف من جماعة لأخرى حسب ما إذا كانت مزودة بنظام عام قديم للطرق و البناء أم لا، وكذا بوثائق التعمير².

ومن أجل سد هذا النقص في قوانين التعمير، صدرت عدة منشائر سواء من طرف الوزارة المكلفة بالتعمير والسكنى وإعداد التراب الوطني أو من طرف وزارة

¹ عبد الحميد الشورابي، شرح قانون المباني، الإسكندرية منشأة المعارف 1997، ص:109.

² محمد بوجيدة، رخصة البناء، الجزء الثاني، مطبعة دار الجيل 2000، ص:68.

الداخلية¹، حيث أكدت معظم هذه المناشير على أن دراسة طلبات رخص البناء تتطلب ملفين، يتعلق الأول بطلب معلومات إدارية عن أرض معينة، أما الثاني فيهم الإذن بالبناء².

وسواء تقدم المالك أو المقاول أو المهندس كطالب لرخصة البناء، فإنه يكون ملزما أمام الجهات المسؤولة عن كل المخالفات التي قد يرتكبها أثناء عملية البناء. ومخالفة البناء بدون رخصة تم تجريمها بمقتضى تشريع خاص، والمتمثل في قانون 12.90 الخاص بالتعمير في الباب الرابع منه وذلك في المواد 40 و 71 و 76 و 78 و 79، حيث نجد أن المادة 340 حددت كيفية المنع من القيام بعملية البناء بدون الحصول على رخصة مسبقة، ليتم تحديد بعد ذلك في المواد اللاحقة العقوبات المقررة لهذه المخالفة.

حيث نجد المادة 71 تنص على أنه يعاقب بغرامة من 10000 إلى 100000 درهم كل من باشر بناء من غير الحصول على الإذن الصريح أو الضمني، المنصوص عليه في المادة 40، أما المادة 76 من قانون 12.90 فقد حددت الأشخاص الذين يرتكبون هذه المخالفات في رب العمل والمقاول والمهندس المختص، حيث نصت على ما يلي: "يعد شريكا لمرتكب مخالفة لهذا القانون ولضوابط التعمير العامة أو الجماعية رب العمل والمقاول الذي نفذ الأشغال والمهندس المختص أو المشرف الذي صدرت منهم أوامر نتجت عنها المخالفة"

¹ المنشور الصادر عن وزارة السكنى وإعداد التراب الوطني ب 21 مارس 1917، و المنشور الصادر عن وزارة الداخلية بتاريخ 28 يونيو 1985 عدد 126 و المنشور الصادر عن وزارة الداخلية عدد 222 بتاريخ 12 أبريل 1995.

² بوجيدة محمد، رخصة البناء، مرجع سابق، ص:72.
- أيضا انظر مصطفى جرموني "الرقابة على التجزيئات العقارية و الأبنية بالمغرب"، الطبعة الأولى 2011، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ص61.

³ نصت المادة 40 على أنه: "يمنع القيام بالبناء دون الحصول على رخصة لمباشرة ذلك:
- داخل الدوائر المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه و في المناطق المشار إليها في ب من المادة 18 من هذا القانون الذي يكتسي صبغة خاصة تستوجب خضوع تهيئتها لرقابة إدارية:
- خارج الدوائر المنصوص عليها في البند السابق و التجمعات القروية الموضوع لها تصميم تنمية: على طول السكك الحديدية و طرق المواصلات غير الطرق الجماعية إلى غاية عمق يبلغ كيلومترا ابتداء من محور السكك الحديدية و الطرق الأنفة الذكر و على طول حدود الملك العام البحري إلى غاية عمق يبلغ 5 كيلومترات.

- داخل التجزيئات المأذون في إحداثها عملا بالتشريع المتعلق بتجزئة الأراضي و تقسيمها و إقامة المجموعات السكنية و يجب الحصول على رخصة البناء كذلك في حالة إدخال تغييرات على المباني القائمة إذا كانت التغييرات المزمع إدخالها عليها تتعلق بالعناصر المنصوص عليها في الضوابط المعمول بها".

أما المواد 78 و79 من نفس القانون فقد جاءت لتقرر ضم الغرامات في حالة تعدد المخالفات، ولتضاعف هذه الغرامات في حالة ما إذا عاد مرتكب المخالفة إلى اقتتراف مخالفة تماثلها.

وقد حاول المشرع المغربي من خلال هذه النصوص وغيرها تجريم فعل البناء بدون ترخيص، إلا أن عدم التطبيق الصارم لمقتضيات قانون 12.90 المتعلق بالتعمير أدى إلى ظهور واقع عمراني مختل.

لذلك جاء مشروع قانون 04.04 ليواكب التطور الحاصل في ميدان البناء ليساير بعض التشريعات المقارنة¹، وذلك بالرفع من العقوبة المقررة لمجموعة من المخالفات المرتكبة في ميدان البناء، فإذا كان مشروع قانون 12.90 حدد عقوبة البناء من غير الحصول على رخصة بذلك في الغرامة من 10000 إلى 100000. فإن مشروع قانون 04.04 انتقل من العقوبة المالية إلى العقوبة السالبة للحرية حيث نص على عقوبة حبسية من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة مالية من 50.000 إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كذلك جرم فعلا لم يكن مجرم في ظل قانون 12.90 ويتعلق الأمر بإدخال تغييرات على بنياة قائمة دون الحصول على رخصة، حيث قرر عقوبة حبسية من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

أما عن تشييد بنياة خلافا للرخصة المسلمة، وذلك بإضافة طابق أو أكثر فإن المشرع المغربي كذلك قد قرر عقوبة حبسية تتراوح من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة مالية من 300.000 إلى مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك بخلاف قانون 12.90 الساري المفعول الذي لم يجرم هذا الفعل أصلا.

أما فيما يخص المشاركة في ارتكاب المخالفة، والتي سبقت الإشارة إليها في المادة 76 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، فإن مشروع قانون 04-04 أضاف إلى الشركاء المنصوص عليهم في المادة 76، جميع الموظفين أو الأعوان العموميين الذين سهلوا ارتكاب المخالفة، و جعل العقوبات المطبقة على المشاركين هي نفس العقوبات المطبقة على الفاعلين الأصليين، علاوة على ذلك يجوز للمحكمة

¹ مثلا القانون المصري الذي أصدر عدة أوامر عسكرية كالأمر رقم 1996/7 الذي رفع من عقوبة البناء بدون ترخيص وجعلها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، أما إذا سقط البناء كليا أو جزئيا، أو صار أیلا للسقوط نتيجة هذه المخالفات تكون العقوبة هي الأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن 7 سنوات. فاطمة متمير، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص و متطلبات الإصلاح، مطبعة الأمنية-الرباط مطبعة 2010 ص:302.

أن تمنعهم من مزاوله المهنة لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، إذا كانت للمخالفة المرتكبة علاقة مباشرة بمزاوله المهنة¹.

إذن من خلال هذه المقارنة يمكن القول بأن مشروع قانون التعمير 04.04 جاء لتجاوز النقائص التي تشمل كل من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية وتقسيم العقارات، وحتى يضيف على العقوبات المقررة لمخالفة أحكام وقواعد التعمير طابعا زجريا.

إذا كان هذا عن المخالفات المترتبة عن البناء بدون رخصة، فماذا عن المخالفات المترتبة عن عدم احترام الأصول الفنية من قبل المقاول؟

اعتبر المشرع المغربي في المادة 68 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، أن من ضمن المخالفات المرتكبة في ميدان البناء، عدم احترام الضوابط المتعلقة بمتانة البناء و استقراره، و تتمثل خاصة في عدم احترام المواصفات المنصوص عليها في التصاميم الهندسية من أساسات، وحجم هذه الأساسات و علوها، إضافة إلى عدم احترام الأحكام التي تحظر استخدام بعض المواد أو استعمال بعض الطرق في البناء². وعلى الرغم من خطورة المخالفات المرتكبة من قبل المقاول والمتعلقة بالضوابط و الأصول الفنية، فقد اقتصر المشرع المغربي في تقدير عقوبتها على الغرامة فقط من 10.000 درهم إلى 100.000 درهم³.

وقد كان يتعين على المشرع المغربي أن يقرر عقوبة حبسية في مثل هذه المخالفات، لردع كل مقاول سولت له نفسه التلاعب في مواد البناء، أو استخدام مواد محظورة.

نظرا للفراغ والنقص الذي طال قانون 12.90 المتعلق بالتعمير في تحديد العقوبات على مخالفة ضوابط البناء، فقد تدارك المشرع المغربي هذا الفراغ من خلال مقتضيات قانون 25.90 المتعلق بالتجزئة العقارية وتقسيم العقارات.

¹ و يتعلق الأمر هنا بالمنهـس المعماري.

² فاطمة متمير، المسؤولية المعمارية للمقاول بين أزمة النص و متطلبات الإصلاح، مرجع سابق، ص:330 و 331.

³ تنص المادة 72 من قانون التعمير رقم 90-12 على أنه: "يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 100 درهم كل من ارتكب مخالفة للقواعد المقررة في ضوابط التعمير و البناء العامة أو الجماعية فيما يتعلق باستقرار و متانة البناء و بحظر استخدام بعض المواد و الطرق في البناء و بالتدابير المعدة للوقاية من الحريق.

المطلب الثاني:

احترام المقاول لضوابط البناء المنصوص عليها في قانون 25.90

يهدف قانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات من تحديد الضوابط والمواصفات الواجب احترامها عند بناء التجزئيات العقارية، الحد من مختلف التلاعبات التي تطال هذا الميدان. فما هي إذن هذه الضوابط والمواصفات التي نص عليها قانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات؟ وكيف يتم ضبط وزجر مختلف المخالفات التي تطالها؟

تترجم التجزئة الاختيارية العمرانية إلى وقع ملموس على المستوى الجغرافي، ذلك لأن التجزئيات كوسيلة عملية للتعمير، هي التي يرجع إليها تنفيذ كل مقتضيات و الاختيارات التي تنص عليها وثائق التعمير و تترجمها للواقع 1. وإذا ما تركت التجزئيات العقارية لتقدير الأشخاص دون تنسيق، فإنها ستأخذ أشكالا غير قانونية وغير صالحة، وبذلك ستذهب سدى جهود السلطات في وضع القوانين إذ لم تمارس تأطير ومراقبة التجزئيات لردع كل مخالف للقوانين الجاري بها العمل.

وقد نصت المادة 43 من قانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية وتقسيم العقارات عن كيفية ضبط وزجر هذه المخالفات، حيث: "يتوقف تشييد أبنية في تجزئة من التجزئات على الحصول على رخصة البناء حتى لو كانت التجزئة واقعة خارج المناطق التي يفرض فيها الحصول على هذه الرخصة". و بهذا يكون المقاول أو المنعش العقاري أو المالك ملزم بالحصول على رخصة للبناء بهدف تشييد أبنية داخل التجزئة، تحت طائلة الجزاءات المنصوص عليها في قانون التعمير رقم 12.90، بحيث تعتبر التجزئة غير قانونية 2، و بالتالي تعد مخالفة للقانون يعاقب عليها بغرامة تتراوح بين 100.000 و مليون درهم 3.

¹ إدريس البصري، دليل التعمير و الهندسة المعمارية، المطبعة الملكية 1994، ص: 69.
² التجزئة غير القانونية هي كل تجزئة أنجزت بدون الحصول على الإذن الإداري المسبق، و كل تجزئة مأذون بها و التي لم تنجز طبقا لمقتضيات المستندات التي أعطى الإذن بشأنها، بمعنى أن الأشغال لم تنجز إما كلياً أو جزئياً، أو أنها أنجزت بكيفية مغايرة لتلك التي كانت مخططة و منح الإذن انطلاقاً منها.
³ و هذا ما نصت عليه المادة 63 من قانون 25.90 التي تنص على أنه: "يعاقب بغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم على إحداث تجزئة أو مجموعة سكنية أو مباشرة أعمال تجهيز أو بناء من أجل ذلك من غير الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة 2 من هذا القانون".

إن اقتصار المشرع المغربي على تقرير عقوبات مادية لا يحقق الردع العام والخاص الشيء الذي جعل منظومة التعمير قاصرة عن تحقيق الأهداف المرجوة. أما عن المشاركة في خرق قواعد وضوابط التعمير فيعتبر كل من رب العمل والمقاول الذي أنجز الأشغال، وكذا المهندس المعماري أو المهندس المعماري أو المهندس المختص أو مهندس المساحة أو كل مشرف صدرت عنه أوامر نتجت عنها المخالفة بمثابة شريك لمرتكب هذا النوع من المخالفة. ويضاف إلى الغرامات المقررة لهذا المخالفات بمقتضى القانون أن للمحكمة السلطة التقديرية في أن تأمر بهدم التجهيزات و الأبنية المنجزة داخل التجزئات و المجموعة السكنية التي لم تحصل على الإذن المسبق و ذلك على نفقة مرتكب المخالفة¹.

وبهذا تقوم مسؤولية المقاول الجنائية أساسا على خرق النصوص والقوانين المعمول بها في ميدان البناء و التعمير، إما عن طريق البناء بدون ترخيص أو بخرق الضوابط و المواصفات الفنية الخاصة المنصوص عليها في قوانين التعمير، خاصة تلك المتعلقة بمتانة المباني وسلامتها لعدم احترام المقاول للمقاييس الهندسية، و غشه في مواد البناء أو استعمال مواد البناء محظورة، و ذلك نظرا لما قد تسببه هذه المخالفات من أضرار جسيمة قد تصيب المالك بشخصه أو بماله، أو قد تصيب الغير الأجنبي عن عملية البناء².

إلا أنه وبهذا الصدد، يمكن القول أنه بالرغم من وضع المشرع المغربي لمجموعة من النصوص القانونية التي يجب على المقاول احترامها عند قيامه بأي عملية من عمليات البناء، فإنه لا زال النقص والغموض و القصور يعتري مختلف جوانبها، مما يجعل السلطات المختصة بضبط هذه المخالفات تتخبط في مجموعة من المشاكل، كان من الممكن تفاديها، لو ضبطت الأمور بوضوح و عولجت بشكل واضح.

¹ تنص المادة 68 من قانون 25.90 على أنه: "يجب على المحكمة أن تأمر بهدم الأبنية و التجهيزات المنجزة من أجل إحداث تجزئة أو مجموعة سكنية من غير الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة 2 من هذا القانون و ذلك على نفقة مرتكب المخالفة".

البصري إدريس، مرجع سابق، ص:115.

² فاطمة متمير، مرجع سابق، ص:343.

المبحث الثاني:

مسؤولية المهندس المعماري من خلال قانوني 12.90 و25.90

نظرا للدور الذي يلعبه المهندسون في ضمان جودة و سلامة الأبنية سواء كانت معدة للسكن أو لاستعمال آخر¹، فإن القانون وسع من مجال تدخل المهندس المعماري، فما هو دور المهندس المعماري في مجال التعمير؟ هذا ما سأحاول التطرق إليه في هذا المبحث من خلال مطلبين، حيث سأتناول في المطلب الأول مسؤولية المهندس المعماري في إطار قانون 12.90 المتعلق بالتعمير. أما في المطلب الثاني فسأتناول مسؤولية المهندس المعماري في إطار القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات.

المطلب الأول:

مسؤولية المهندس المعماري في إطار القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير

خصص المشرع المغربي من خلال القانون 12.90 مسؤولية المهندس المعماري في عمليات البناء، فصلا كاملا و هو الفصل الثاني من الباب الثالث و يتضمن هذا الفصل خمس مواد من المادة 50 إلى المادة 54، حيث تحدد هذه المواد دور المهندس و المهمة المسندة إليه².

فحسب المادة 50 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير تعد الاستعانة بمهندس معماري ممارس في القطاع الخاص إجبارية لإنجاز كل عملية بناء داخل مدارات الجماعات الحضرية و المراكز المحددة و المناطق المحيطة بها، و كذا في المناطق ذات الصبغة الخاصة، حيث أن الاستعانة بالمهندس المعماري إلزامية للقيام بمجموعة من العمليات كتشييد كل بناء جديد، أو القيام بكل تعديل على بناية قائمة تتطلب رخصة للبناء، ثم جميع الأشغال المتعلقة بترميم الآثار، بل و أكثر من ذلك

¹ قد يكون هذا الاستعمال لأغراض أخرى كالصناعة و التجارة و الحرف و السياحة.
² جيلالي بوحص، قراءات في القانون العقاري و قانون البناء، مطبعة الأمنية-الرباط الطبعة الأولى، ص:14.

فإن القانون 12.90 المتعلق بالتعمير جعل الاستعانة بمهندس معماري حر مقيد في جدول هيئة المهندسين المعماريين شرطا للحصول على رخصة البناء¹.

أيضا تتمثل مهمة المهندس في إطار قانون 12.90 في إعداد تصاميم البناء الجديدة أو تغيير البناء القائمة من الوجهة المعمارية، ثم السهر على مطابقة الدراسات التقنية المنجزة من طرف المهندسين المختصين في البناء مع التصميم الهندسي، ثم متابعة تنفيذ أشغال عملية البناء، هذا فضلا عن مراقبة مدى مطابقتها للتصاميم الهندسية و لبيانات رخصة البناء و مراقبة مدى مطابقتها و ذلك إلى غاية تسليم رخصة السكن أو شهادة المطابقة².

إلا أنه يمكن أن نتساءل عما إذا كان المعني بالأمر يجب عليه أن يقوم بنفسه بالتصريح عن انتهاء البناء أو بواسطة المهندس المعماري المشرف على تنفيذ رخصة البناء؟

بالرجوع إلى المادة 55 من قانون التعمير 12.90، فإن المشرع سمح بأن يتولى المهندس المعماري المدير للأشغال تقديم شهادة عن انتهاء البناء تعني عن المعاينة التي تقوم بها السلطة المختصة للتأكد من المطابقة³.

ولم توضح النصوص القانونية ولا حتى الدوريات والمناشير الصادرة بتطبيقها محتوى تلك الشهادة، وأجل تقديمها وهل يجب توقيعها من كافة المهندسين المشرفين على البناء إن هم تعددوا، أم من طرف مهندس واحد؟ علما بأن الإدارة الجماعية لا تتوفر في الوقت الراهن على نموذج يستأنس به لإعداد تلك الوثيقة".

للجواب على هذا التساؤل، يمكن القول بأنه من الناحية العملية أن هذه الشهادة قلما يقدمها المهندس المشرف على البناء، وتهيا بشكل حر ودون التقيد بمعلومات أو أمور محددة.

وبهذا الصدد، فإنه حبذا لو أقرت النصوص القانونية إلزامية تقديم تلك الشهادة من قبل المهندس المعماري المعني بالأمر تحت طائلة المساءلة، وذلك إلى جانب

1 بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 50 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير التي أكدت على أنه: "تعتبر الإستعانة بمهندس معماري حر مقيد في جدول هيئة المهندسين شرطا للحصول على رخصة البناء"

2 تنص المادة 53 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير على أنه: " فيما يتعلق بكل عملية بناء أو إدخال تغييرات على بناء قائم كلف وجوبا كل من:

أ- المهندس المعماري:

- متابعة تنفيذ أشغال المبنى و مراقبة مطابقتها مع التصاميم الهندسية و بيانات رخصة البناء و

ذلك إلى تسليم رخصة السكن أو شهادة المطابقة"

3 محمد بوجيدة، رخصة السكن و شهادة المطابقة، الطبعة الأولى، 2000، ص:42.

التصريح المتعلق بانتهاء البناء الواجب تقديمه من طرف المالك (أو صاحب رخصة البناء)، وذلك على غرار تشريعات مجموعة من الدول التي تنص على واجب التصريح بانتهاء أعمال البناء حتى ولو تم تحت إشراف المهندس المعماري.

فمثلا في فرنسا¹ فإن صاحب الرخصة ملزم بالتصريح بانتهاء عملية البناء كتابة و بتوقيعه وفق نموذج محدد بقرار للوزير المكلف بالتعمير (الفصل 1-460 من مدونة التعمير)، و لو كانت الأشغال موجهة من قبل مهندس معماري أو مصلحة عامة مؤهلة أو شخص ذاتي أو معنوي مختص، فإن التصريح يتم في نسختين توجه إلى العمدة و المدير الإقليمي للتجهيز و يتلقى المصرح توصيلا عن تصريحه.

أما فيما يخص إعداد التصاميم الهندسية للبنىات الجديدة أو تغيير البنىات القائمة من الوجهة المعمارية فإنها تتطلب توقيع المهندس المعماري عليها لتأخذ طابع المصادقية، و هنا يمكن القول بأن المشرع المغربي لم يشر في مواد القانون إلى توقيع المهندس المعماري على التصاميم الهندسية، إلا أنه يمكن أن يستشف ذلك من خلال المادة 12 من قانون الهندسة المعمارية و إحداث هيئة المهندسين المعماريين الوطنية الذي أكد على أنه لا يجوز للمهندس المتدرب أن يوقع باسمه التصاميم أو الدراسات التي ينجزها طوال مدة التدريب².

فإذا كان المشرع المغربي لم يجعل من عدم توقيع المهندس المعماري على التصاميم الهندسية مخالفة من المخالفات التي تطل مجال البناء، فإن المشرع المصري اعتبرها كذلك في القانون رقم 1976/106 الخاص بالمباني و المعدل بمقتضى القانونين 1983 و 1984، حيث كيف هذه المخالفات على أنها جنة عقوبتها الحبس و الغرامة (المادة 20 من قانون 1983)، بالإضافة إلى اعتبارها جريمة عمدية لأن نشاط الجاني فيها لا يتصور أن يتم عن طريق الخطأ غير العمدي أو بالأعمال أو عدم الاحتياط، كما أنها من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، حيث أن عدم توقيع المهندس على الرسومات يضرب بالمصلحة العامة، لأنه إذا حدث أن أقيم المبنى على أساس غير فنية ثم انهار، فلن تقتصر أضراره على الجاني وحده، بل تمتد لتصيب عامة الناس في أرواحهم وأموالهم.

¹ محمد بوجيدة، مرجع سابق، ص:48.

² تنص المادة 12 من قانون رقم 89-016 المتعلق بمزاولة مهنة الهندسة المعمارية، على أنه "يقوم المهندس المعماري المتدرب بالأعمال التي تدخل في مهنة الهندسة المعمارية تحت مراقبة و مسؤولية المشرف على تدريبه، و لا يجوز له أن يوقع باسمه التصاميم أو الدراسات التي ينجزها طوال مدة التدريب".

المطلب الثاني: مسؤولية المهندس المعماري في إطار القانون رقم

25.90

ألزم قانون 25.90 المجزئ على ضرورة الاستعانة بمهندسين أثناء إنجازهِ أشغال التجهيز، و ذلك في المواد من 131 إلى 17 2 وهؤلاء المهندسون حددهم القانون في المهندس المعماري و مهندس المساحة³ و المهندس المختص⁴ أوكل المشرع لهم سلطات مهمة تتمثل في وضع و توقيع أهم المستندات المكونة لملف طلب الحصول على الإذن بإحداث التجزئة العقارية⁵.

وهكذا فالمجزئ ملزم بأن يلجأ إلى مهندس معماري يمارس في القطاع الخاص و مسجل في الهيئة الوطنية للمهندسين المعماريين⁶ ليقوم بالمهام التالية:
وضع تصور لمشروع التجزئة من الوجهة المعمارية يترجم على الخصوص في رسم بياني يظهر موقع التجزئة، و وضعيتها و مساحتها و الغرض المخصص للبقع المختلفة، و شبكة الطرق، و التجهيزات الاجتماعية و المساحات الخضراء إلخ⁷...

كما نصت المادة 14 من قانون 25.90 على أنه يتكفل مهندس المساحة بوضع الرسم الطبوغرافي الذي يقوم المهندس المعماري على أساسه بتصوير مشروع التجزئة من الوجهة المعمارية.

في حين نصت المادة 15 من نفس القانون على أن يتكلف المهندس المختص بوضع المستندات الفنية المتعلقة بإقامة الطرق ووسائل الصرف الصحي وشبكات الماء والكهرباء.

¹ تنص المادة 13 على أنه: "يجب أن يوكل إلى مهندس مهماري حر يكون مسجلا في هيئة المهندسين المعماريين القيام ب:

- تصور مشروع التجزئة من الوجهة المعماري.
- وضع جميع المستندات المتعلقة بتصوير التجزئة من الوجهة المعمارية التي يجب الإدلاء بها إلى الجهة المختصة للحصول على الإذن بإحداث التجزئة"

² تنص المادة 17 على أنه: "يجب على صاحب التجزئة أن يعين مهندسا معماريا مختصا أو مهندسا من مهندسي المساحة ليتولى بوصفه منسقا مهمة السهر على إنجاز الأشغال على أفضل وجه.

³ مهندس المساحة أو المهندس الطبغرافي (المساح)، شريطة أن يكون مقيدا في لائحة المهندسين الطبغرافيين المزاولين بشكل حر و مسجلا في الهيئة الوطنية للمهندسين المساحيين.

⁴ المهندس المختص هو المهندس المدني (VRD).

ماجدة شاهينتز " المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري" مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني، العدد

الخامس، ص: 120⁵

⁶ الحاج شكرة، الوجيز في قانون التعمير المغربي، الطبعة الثالثة 2008، ص: 189.

⁷ دريس البصري، مرجع سابق، ص: 17.

و قد منح المشرع في المادة 171 من قانون 25.90 للمجزئ مكانة اختيار أحد المهندسين² للسهر على تنسيق أشغال التجهيز. إلا أن ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المواد أن المشرع حين ألزم المجزئ على الاستعانة بمهندس، فإن إغفاله لعنصر الجزاء في نفس الفصل يكون قد سلب باليسرى ما منح باليمنى وجرده من الطابع الجزري³. و يمكن القول بأن المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري تتجلى في إعداده للتصاميم الهندسية⁴، والتأكد من مدى صلابة الأرض والقدرة على البناء عليها، و إعداده للرسومات و الوثائق الخاصة للحصول على رخصة البناء، فتقوم مسؤولية الجنائية⁵ إذا ما كانت إحدى أفعاله هاته قد نتج عنها ضررا جنائيا، كالتلاعب في تحديد الرسومات و التصاميم، أو عدم التمكن من تحديد مدى صلابة الأرض، فعمل المهندس يجب أن يكون مستجيبا لكل متطلبات الصحة و شروط السلامة و متانة البناء.

خاتمة:

إن قوانين التعمير والتجزئيات العقارية تتخبط من دون شك في العديد من الإشكالات المرتبطة بمختلف مراحل الإدارية، وذلك بدءا من غياب فعال للضبط الجزري مرورا بأوجه الخلل المتعلقة بالتجريم والعقاب وانتهاء بإشكالات التنفيذ وذلك لما كشفته الممارسة العملية خاصة في التعااضي عن الضبط الإداري ومحدودية وسائل الضبط الإداري وضعف التأطير والدراية القانونية في ظل محدودية الوسائل المتاحة من نقص في الوسائل المادية والبشرية المتاحة للقيام بعملية الكشف عن المخالفات وضبطها.

¹ نصت المادة 17 من قانون رقم 25-90 على أنه: "يجب على صاحب التجزئة أن يعين مهندسا معماريا أو مهندسا مختصا أو مهندسا من مهندسي المساحة ليتولى بوصفه منسقا مهمة السهر على إنجاز الأشغال على أفضل وجه"

² مهندس معماري، أو مهندس مختص، أو مهندسا من مهندسي المساحة.

³ جودة خليل "طبيعة مسؤولية المهندس المعماري عن عيوب أشغال التجهيز بالتجزئة العقارية مقالة منشورة ضمن أعمال اليوم الدرامي الذي ظمه المجلس البلدي المنار جليل ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية ووحدة التكوين والبحث في القانون المدني بكلية الحقوق بمراكش، السبب 17 مارس 2001، بعنوان التجزئة العقارية والتعمير، ص:144.

⁴ أسامة بلعمرية " النظام الجزري في ميدان التعمير والتجزئيات العقارية - دراسة في ضوء قانون 90-12 المتعلق بالتعمير وقانون 25-90 المتعلق بالتجزئيات العقارية " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية الحقوق مراكش لسنة 2012-2013 ص:74

⁵ هذه المسؤولية اعتبرها المشرع الفرنسي أكثر من مخالفة عادية في مجال البناء، وذهب أبعد من ذلك حيث اعتبرها خيانة للأمانة.

انظر فاطمة مثمير، مرجع سابق، ص:329.

التأطير القانوني لوضعية اللاجئين بالمغرب

د. سعيد مشاك

دكتور في الحقوق

باحث في القانون العام

مقدمة:

يحظى موضوع اللجوء في الوقت الراهن باهتمام بالغ لدى الأوساط الأكاديمية المهمة بدراسة حرية التنقل والهجرة بصفة عامة، فضلا عن كونه أحد المواضيع التي لا زالت الأمم المتحدة تواجه إزاءه تحديات مستمرة ومتكررة، نتيجة تصاعد العوامل المغذية لفرار ملايين الأشخاص من أوطانهم بحثا عن ملاذات آمنة تقيهم شر الاضطهاد والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والحروب والنزاعات المسلحة وإكراهات تغيير المناخ أحيانا.

ومن البدهة أن يكون المغرب من البلدان المعنية باستقبال طالبي اللجوء وتحصينهم من الاضطهاد الذي يهدد حياتهم وسلامتهم، خاصة بعدما تحول اليوم إلى أحد الوجهات المفضلة لموجات المهاجرين القادمين من بلدان مختلفة خاصة مواطني بلدان افريقيا جنوب الصحراء.

وتعتبر اتفاقية جنيف لسنة 1951 الخاصة بوضع اللاجئين، أولى الأدوات الاتفاقية التي صادق عليها المغرب إبان فترة الاستقلال، وعمل على اعتماد مرسوم خاص بتطبيقها سنة 1957، الذي أنشأ بموجبه المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية على مستوى وزارة الشؤون الخارجية كجهة مكلفة بدراسة طلبات اللجوء وفحصها، فضلا عن لجنة للطعون مختصة في الانتصاف من قرارات الرفض بمنح الصفة، علاوة على مصادقة على بروتوكول 1967 الملحق بهذه الاتفاقية والذي أسقط عنها القيد الجغرافي والزمني وأضفى عنها الصبغة العالمية والديمومة.

وقد أثارت الاختصاصات المخولة للمكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية فضلا عن لجنة الطعون، عددا من الأسئلة المرتبطة بمدى حرص هذه الآلية على تطبيق الاتفاقية ومدى فعاليتها وجاهزيتها بالقدر الكافي لوصفها بنظام وطني للجوء متكامل وفعال، خاصة بعدما تبين ارتباك كبير في وظائف المكتب المغربي وتجميدها لسنوات، علاوة على العلاقة التي اتسمت بنوع من التوتر بين المغرب ومكتب المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالدار البيضاء.

إن اعتماد القانون 02.03 سنة 2003، أعاد النقاش بشأن مرسوم سنة 1957 إلى الواجهة، بل وضع الاختصاصات الموكولة للمكتب ولجنة الطعون محط تساؤل كبير، حيث جاء هذا القانون متضمنا لعدد من المقتضيات ذات الطابع المقتضب الخاصة باللجوء، دون تفصيلها بالشكل المطلوب ودون أي إشارة أو إحالة إلى المرسوم السالف ذكره.

بناء على ما سبق، تثار إشكالية مدى توفر المغرب على نظام وطني واضح وفعال للجوء؟ وأي مسطرة متبعة لطالبي اللجوء للحصول على الصفة؟ وماهي الضمانات القانونية لتحسين طالبي اللجوء من الإعادة القسرية؟ وماهي آليات الطعون المتوفرة أمام طالبي اللجوء المرفوضة طلباتهم؟ وكيف يدبر المغرب أعمال التزاماته الخاصة باتفاقية جنيف؟ وما موقع مكتب المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالمغرب في هذا النظام؟ وما هي أوجه التداخل في هذه المنظومة بين مقتضيات المرسوم الذي يوصف بكونه الأساس الصلب لتطبيق الاتفاقية المشار إليها، وبين مقتضيات قانونية واردة في قانون خاص بتنظيم عملية الدخول والإقامة بالمغرب يكاد الكل يجمع على كونه موجه لزجر الهجرة غير النظامية؟

إن تحليل هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية يستدعي اعتماد المنهج القانوني الوصفي والمنهج التحليلي، من أجل قراءة مركبة للمقتضيات القانونية التي تثير الكثير من الاضطراب والخلط ليس فقط أمام الفاعلين المؤسساتيين والمدنيين بل حتى داخل الأوساط الأكاديمية التي لا زالت تعاني من ندرة البحث في هذا المجال.

أولاً: الضمانات الاتفاقية لحماية اللاجئين بالمغرب

ثمة عدد من الأدوات الاتفاقية الدولية التي صادق عليها المغرب في وقت مبكر نسبياً، من أجل حماية اللاجئين وطالبي اللجوء، منها ما يندرج في إطار ما يعرف بالقانون الدولي للجوء (أ) ومنها ما يندرج في نطاق القانون الدولي لحقوق الإنسان (ب).

أ- المصادقة على اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين لسنة 1951

لقد أودع المغرب أدوات التصديق على اتفاقية جنيف¹ بتاريخ 7 نونبر 1957، مرفقة بتصريح يؤكد على أن المملكة المغربية تشعر الأمين العام أنها توث الالتزامات الناشئة عن الاتفاقية، باعتمادها للصيغة (ب) من المادة الأولى، أي الأحداث التي وقعت قبل فاتح يناير 1951 في أوروبا وخارجها².

ولابد من التأكيد على أن العقد الموالي لمصادقة المغرب على هذه الاتفاقية الأساسية، كانت الاتفاقية بذاتها لم تكتسي طابعها العالمي وكانت مقيدة بقيد زمني وجغرافي، إلى أن تم حذفهم بموجب بروتوكول³ 1967، الذي أضفى عنها صبغة الديمومة والعالمية، وقد صادق المغرب على هذا البروتوكول سنة 1970⁴.

وتشكل المصادقة المبكرة للمغرب على هذه الاتفاقية الأساسية التي تعالج مختلف الجوانب الجوهرية المرتبطة بأوضاع اللاجئين، ضمانا هامة لحماية هذه الفئة على المستوى الوطني، بحيث أن هذه الاتفاقية لا تفرض التزاما الدولة بمنح الصفة، بقدر ما تفرض واجبها في البت في طلبات اللجوء وتقييمها تقييما معقولا والتأكد فيما إذا كانت الطلبات المقدمة تستند إلى أسس صحيحة وتتوافر فيها أحد المعايير المنصوص عليها في مادتها الأولى والموجبة لمنح وضعية لاجئ، التي تترتب عليها جملة من الالتزامات الأساسية على الدول، لاسيما ضمان تمتع الممنوح لهم هذه الصفة بحقوقهم الأساسية بشكل يماثل على الأقل الحقوق المعترف بها لباقي فئات الأجانب في الإقليم، وفي بعض الحالات بشكل متساوي مع مواطني الدولة.

1 - الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، تم اعتمادها يوم 28 يوليوز 1951 من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، الذي دعت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة بمقتضى قرارها 429 (د-5) المؤرخ في 14 دجنبر 1950، ودخلت حيز النفاذ في 22 أبريل 1954، وفقا لأحكام المادة 43، صادق عليها المغرب بموجب، الظهير الشريف رقم 1.57.271، بشأن تطبيق اتفاقية جنيف لـ 28 يوليوز 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين، الجريدة الرسمية عدد 2341، الصادرة بتاريخ 6 شتنبر 1957، ص. 1978.

2 - محمد العمرتي، محمد بوبوش، "أوضاع اللاجئين في المغرب: دراسة قانونية"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 31 صيف 2011، الجمعية العربية للعلوم السياسية، ص. 92.

3 - البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين، أحاط المجلس الاقتصادي والاجتماعي علما به مع الإقرار في القرار 1186 (د-41) المؤرخ في 18 نونبر 1966، كما أحاطت الجمعية العامة علما به في قرارها 2198 (د-21) المؤرخ في 16 كانون دجنبر 1966 والذي رجحت فيه الأمين العام أن يحيل نص البروتوكول إلى الدول المذكورة في مادته الخامسة لتمكينها من الانضمام إلى هذا البروتوكول، ودخل حيز النفاذ في 4 أكتوبر 1967، وفقا لأحكام المادة 8 منه.

4 - صادق المغرب على بروتوكول 1967 الخاص باتفاقية جنيف بشأن وضع اللاجئين، بموجب الظهير الشريف رقم 1-70-108، الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1970، الجريدة الرسمية عدد 3145، سنة 1973.

ولا بد من الإشارة، إلى كون مبدأ عدم الإعادة القسرية المنصوص عليه في المادة 33 من اتفاقية جنيف يعتبر حجر الزاوية في القانون الدولي للجوء، والذي يتعين على الدول احترامه في ممارستها الوطنية في مجال حماية اللاجئين وطالبي الصفة، سواء تعلق الأمر باتخاذ التدابير التشريعية والمؤسسية في هذا الباب، أو تعلق الأمر بالتدابير الإدارية المتخذة لفائدة هذه الفئات. تأسيسا على ذلك، جرى العرف في عدد من التجارب المقارنة على جعل اللجوء والتماس الخلاص من الاضطهاد حقوقا كرسنها في صلب دساتيرها الوطنية، فضلا عن تنظيمها في قوانين وتشريعات وطنية خاصة تترجم الضمانات التي كرسها نظام جنيف بشأن حماية اللاجئين.

وقد أدت مصادقة المغرب على هذه الاتفاقية إلى تبني مرسوم 1957 الخاص بتطبيقها، وأحدث بموجبه المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية على مستوى وزارة الخارجية، فضلا عن لجنة وطنية للطعون والانتصاف ضد القرارات السلبية. بيد أن حماية اللاجئين بالمغرب في اللحظة الراهنة، لا تستند فقط إلى مصادقته على اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين لسنة 1951، بل أيضا إلى عدد من الأدوات الاتفاقية التي صادقة عليها المغرب في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي أضحي متاخلا في كثيرا من مقتضياته فيما يتعلق بحماية اللاجئين مع اتفاقية جنيف.

ب- الانخراط المتدرج في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان

مما لا شك فيه اليوم أن المغرب أصبح دولة عضو في أغلب الاتفاقيات الأساسية في مجال حقوق الإنسان، وذلك بفضل انخراطه التدريجي في المنظومة الأممية لحماية حقوق الإنسان خلال العقود الموالية للاستقلال ولحدود اللحظة الراهنة.

وثمة جملة من المقتضيات التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ذات صلة مباشرة بحماية اللاجئين وطالبي اللجوء، لم يسجل عليها المغرب إبان مصادقته أو انضمامه إليها أي تحفظات أو إعلانات تفسيرية، مما يفيد القبول الطوعي للالتزام بها وإعمالها، وذلك من قبيل مسألة الطرد خارج القانون، وحظر الطرد الجماعي، وضمن وسائل الانتصاف الفعالة، وحظر الاحتجاز التعسفي وعدم التمييز والمساواة أمام القانون، وغيرها من الضمانات التي كرسها الاتفاقيات

المتعاقبة، بدء بالاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز العنصري، مروراً بالعهديين الدوليين الخاصين بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وما تلاهما من اتفاقيات فئوية وموضوعاتية وصولاً إلى الاتفاقية الدولية لحماية جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

ولعل من أهم المقتضيات الحمائية التي تضمنتها هذه الاتفاقيات لفائدة اللاجئين وطالب اللجوء والأجانب عموماً، هو ما تضمنته المادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب من حظر مطلق لطرد أي شخص أو إعادته أو تسليمه إلى دولة قد يتعرض فيها للتعذيب¹، حيث أصبحت الدول المتعاقدة في هذا المضمار ملزمة للاحتكام إلى جملة من المعايير ذات الطبيعة الصلبة لا يجوز مخالفتها لحظة اتخاذها لقرارات الإبعاد في حق هذه الفئات أو تسليمهم لدول أخرى.

وتعتبر هذه المادة إضافة نوعية للمادة 33 من اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين لسنة 1951، حيث جلعت من مبدأ عدم الإعادة القسرية ذا طابع مطلق بعدما كان يكتسي طابعاً نسبياً في نظام جنيف، خاصة وأنه كان مقيداً بشرط عدم تهديد النظام العام، فضلاً عن ضمانات أخرى يتعين احترامها في حالات التسليم وظروف الاحتجاز أو الاحتفاظ والمحاكمة العادلة².

ويشكل مبدأ عدم الإعادة القسرية كمبدأ أساسي في القانون الدولي للاجئين³ أحد المظاهر البارزة للتداخل بين القانون الدولي للجوء والقانون الدولي لحقوق الإنسان. إذ بموجب المادة 33 من اتفاقية جنيف لسنة 1951، تتاح حماية الأشخاص الذين تنطبق عليهم الاتفاقية وملتمسو اللجوء الذين مازالت طلباتهم قيد الدراسة. في

1 - تنص المادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة على أنه " لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده أو أن تسلّمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب، وتضيف الفقرة الثانية ضرورة أن تراعى السلطات المختصة في تحديد ما إذا كانت هذه الأسباب متوفرة، جميع الاعتبارات ذات الصلة، بما في ذلك في حالة الانطباق، ووجود نمط ثابت من الانتهاكات الفادحة أو الصارخة أو الجماعية لحقوق الإنسان في الدولة المعنية".

2 - أنظر المادة 5 والمادة 8، من اتفاقية مناهضة التعذيب.

3 - تنص المادة 33 من اتفاقية جنيف لسنة 1951 على أنه:

1 - لا يجوز لأية دولة عضو طرد أو إعادة لاجئ بأي أسلوب كان إلى حدود الأراضي التي قد تتعرض فيها حياته أو حريته للتهديد على أساس عرقه أو ديانته أو جنسيته أو انتمائه إلى مجموعة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية.

2 - لا يجوز للاجئ المطالبة بالاستفادة من البند الحالي عندما تتوفر أسباب مقبولة لاعتبار هذا اللاجئ خطراً على أمن الدولة التي يوجد فيها أو من يمثل خطراً على مجتمع تلك الدولة لصُدور حكم نهائي عليه في أي جريمة خطيرة للغاية.

مقابل ذلك تحظر المادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب إعادة الأشخاص إلى الأماكن التي قد يتعرضون فيها للتعذيب أو المعاملات اللاإنسانية أو المهينة بغض النظر عما إذا كانوا طالبي لجوء أو لاجئين أو مهاجرين، وبالتالي فهذا المبدأ اليوم أصبح قاعدة جوهرية من قواعد القانون الدولي العرفي ملزم لكافة الدول سواء كانت طرفا في اتفاقية جنيف لسنة 1951 أو الصكوك الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان أو لم تكن.

ثانيا: الضمانات القانونية الوطنية:

يشكل المرسوم الصادر في 8 أكتوبر 1957، الإطار القانوني الذي ظلت تستند إليه مسألة حماية اللاجئين بالمغرب على امتداد عقود من الزمن (أ)، بيد أن دخول القانون 02.03 الخاص بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية ومحاربة الهجرة غير النظامية حيز النفاذ، أثار جملة من الأسئلة حول مآل بعض مقتضيات الخاصة بالمرسوم السالف ذكره فيما يتعلق بحماية اللاجئين وطالبي اللجوء بالمغرب (ب).

أ- حماية اللاجئين في ضوء مرسوم 1957:

يشكل مرسوم 1957 الأداة القانونية الرئيسية¹ بالمغرب لتطبيق وإعمال مقتضيات اتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 وبرتوكولها لسنة 1967، ويتسم هذا النص باقتضابه الشديد وعدم تفصيله الدقيق في عدد من الأمور الخاصة بحماية اللاجئين² مقارنة بعدد من النصوص التشريعية والتنظيمية في التجارب المقارنة خاصة التجربة الفرنسية³.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المرسوم قد تم تعديله مرتين، بيد أن هذه التعديلات لم تكن جوهرية ولم تمس المقتضيات الأساسية له، حيث كان التعديل الأول سنة 1970 مقتصرًا على تعريف التسجيل التي يقبضها المكتب المغربي للاجئين

¹ - المرسوم رقم 2.57.1256 تحدد بموجبه كليات تطبيق الاتفاقية المتعلقة بوضع اللاجئين الموقع عليها في جنيف بتاريخ 28 يوليوز 1951، الجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 6 شتنبر 1957، ص.ص. 1957-1978.

² - يتألف هذا المرسوم من سبع مواد، بينما يتجاوز عدد النصوص في الأنظمة القانونية المقارنة خاصة الأوروبية منها 20 مادة.

³ - محمد العمرتي، محمد بوبوش، مرجع سابق. ص. 99.

وعديمي الجنسية على مستوى وزارة الخارجية¹، كما هم التعديل الثاني لسنة 1984 نفس الموضوع².

ويذهب بعض الدارسين لموضوع اللجوء بالمغرب، إلى القول بأنه أمام هذه الطبيعة المقتضية لهذا النص الرئيسي بالمغرب الخاص بحماية اللاجئين، يتعين تأويل مقتضيات التشريع المغربي بشكل واسع في هذا المضمار، وتكملها بالاستناد إلى الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في مجال حقوق الإنسان³.

تأسيسا على ذلك، يبدو أنه في الوضع الراهن واستنادا لما تضمنه دستور 2011 من مقتضيات في مجال حماية الحقوق والحريات بصفة عامة⁴، فضلا عن تكريسه لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية المنشورة في الجريدة الرسمية على القانون الوطني⁵، يمكن القول إن اتفاقية جنيف بشأن وضع اللاجئين لسنة 1951، قد صارت مع هذا المرسوم ومقتضيات الدستور الجديد بمثابة قانون وطني يتعين إعماله بصيغة مباشرة طالما أن هناك قصورا تشريعيا نتيجة الاقتضاب والاختصار الشديد الذي طبع مرسوم 1957.

وبموجب مرسوم 1957 تم إحداث المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية تابع إداريا لوزارة الخارجية، ومختصا بالبت في طلبات اللجوء وفحصها، علاوة على إحداث اللجنة الوطنية للطعون، كآلية للانتصاف ضد القرارات الإدارية السلبية الصادرة عن المكتب.

1. المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية:

1 - المرسوم رقم 647-70-2 الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1970، الجريدة الرسمية عدد 3052 الصادرة بتاريخ 28 أبريل 1971، ص. 898.

2 - المرسوم رقم 836-84-2، الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1984، الجريدة الرسمية عدد 3766، بتاريخ 2 يناير 1985، ص. 47.

3 - محمد العمرتي، محمد بوبوش، مرجع سابق. ص. 99.

4 - أنظر، دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الجريدة الرسمية عدد 5952، الصادرة بتاريخ 17 يونيو 2011.

5 - للتعلم في هذه النقطة، راجع، سعيد مشاك، وضع الأجانب بالمغرب: دراسة في التشريع الوطني والالتزامات الاتفاقية للمغرب، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2018، ص 106 وما بعدها.

تم إحداث هذا المكتب التابع إداريا لوزارة الخارجية تبعا للفصل الأول من مرسوم¹ 1957 الخاص بتحديد كفيات تطبيق اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين لسنة 1951، وأوكلت إليه جملة من الاختصاصات في هذا المضمار يمكن تلخيص أهمها فيما يلي:

- الاعتراف بصفة لاجئ لأشخاص المندرجين تحت ولاية المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، أو الأشخاص الذين تستجيب طلباتهم للمعايير الموجبة لمنح صفة لاجئ المنصوص عليها في المادة الأولى من اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين لسنة 1951²؛

- منح الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى من المادة الأولى الوثائق اللازمة لممارسة حياتهم المدنية أو من أجل الاستفادة من تطبيق مقتضيات القانون الداخلي أو الاتفاقيات الدولية الخاصة بحمايتهم³؛
- المصادقة على العقود والوثائق التي يقدمها الأشخاص المعنيون إلى المكتب وإثبات طابعها الرسمي⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن المصادقة على الوثائق والعقود من طرف المكتب يترتب عنها أداء رسوم وواجبات التسجيل المنصوص عليها في جدول ملحق بالمرسوم، مع إمكانية إعفاء الفئات الهشة من ذلك تبعا للفصل الثالث من المرسوم. وتكتسي الفقرة الأولى من الفصل الثاني، والتي تعترف بولاية المكتب في الاعتراف بصفة لاجئ بالنسبة للأشخاص المندرجين تحت ولاية المفوضية السامية لشؤون اللاجئين دلالة كبيرة، حيث يستفاد منها الاعتراف الصريح للمغرب بالتعريف الواسع للفظلة لاجئ، وعدم اقتصره على التعريف الضيق الذي أفردته المادة الأولى من اتفاقية جنيف.

تأسيسا على ذلك، يبدو أن الفرار من النزاعات المسلحة والحروب والعنف العشوائي والمعمم، يعتبر معيارا موجبا لمنح صفة لاجئ بالمغرب، استنادا إلى كون هذه الفئة تندرج في ولاية المفوضية السامية للاجئين والتي أقرت ذلك صراحة في

1- ينص الفصل 1 من مرسوم 1957، على أنه " يتولى مكتب اللاجئين والمشردين الموضوع تحت سلطة وزير الخارجية الحامية القانونية والإدارية للأشخاص المعنيين في اتفاقية جنيف المؤرخة في 28 يوليوز 1951 والمتعلقة بوضعية اللاجئين".

2 - الفقرة الأولى من الفصل 2 من المرسوم المذكور.

3 - الفقرة الثانية من الفصل 2 من المرسوم المذكور.

4 - الفقرة الثالثة من الفصل 2 من المرسوم المذكور.

تعريفها للفظة لاجئ في نظامها الأساسي ولوائحها التنفيذية، وهو ما قد يفسر الانخراط غير المتردد للمغرب في اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية المنظمة لجوانب محددة من مشاكل اللاجئين بأفريقيا لسنة 1969، وعدم قيامه لأي إعلان يفيد انسحابه منها بعد تجميد عضويته بمنظمة الاتحاد الإفريقي.

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية، هو الجهة الإدارية المخول لها، مسك طلبات اللجوء، وفحصها ودراستها والبت فيها، بيد أن المرسوم ظل ساكتا حول الإجراءات والمساطر التي يتعين على طالبي اللجوء اتباعها أمام المكتب المذكور، فضلا عن عدم تنصيبه على الضمانات الإجرائية والموضوعية التي يتعين احترامها وضماتها لطالبي اللجوء كما تحدد ذلك اتفاقية جنيف، والتجارب المقارنة، من قبيل توفير الترجمة، ومراعاة خصوصية بعض الفئات أثناء المقابلات، وتوفير المساعدة القانونية وغيرها من الضمانات، علاوة عن عدم تحديد الوضع القانوني لطالب اللجوء قبل البت في النهائي في طلبه.

2. اللجنة الوطنية للطعون:

لقد أحدث مرسوم 1957 بموجب الفصل الرابع، ما يسمى بلجنة الانتجاع المؤلفة في عضويتها من وزير العدل بصفته رئيسا أو من يمثله فضلا عن وزير الخارجية أو من يمثله، بالإضافة إلى ممثل لمندوب السامي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالرباط¹.

وتتولى لجنة الطعون أو لجنة الانتجاع مهمة البت في الطعون المقدمة من الأشخاص الذين رفضت طلبات لجوئهم بموجب القرارات الإدارية السلبية الصادرة عن مكتب اللاجئين²، ويتعين حسب المرسوم على الأشخاص الراغبين في الانتصاف ضد قرارات الرفض تقديم طعونهم في أجل 30 يوما³، تحتسب ابتداء من اليوم الموالي لتبليغ قرار الرفض أو بعد 6 أشهر من إيداع طلب اللجوء الذي يعتبر رفضا ضمنيا⁴.

علاوة على ذلك، تتولى اللجنة مهام إبداء الرأي بخصوص تطبيق تدابير الإبعاد والطرء، المنصوص عليها في المواد 31، 32، 33 من اتفاقية جنيف لسنة 1951، بناء على طلب الأشخاص الخاضعين لهذه التدابير، أو بطلب من السلطات

1 - أنظر الفصل 4 من مرسوم 1957، مرجع سابق.

2 - الفرع (أ) من الفصل 5 من مرسوم أعلاه.

3 - أنظر الفقرة الأولى من الفصل 6 من نفس المرسوم.

4 - نفس المرجع.

المغربية المختصة، وتعتبر الشكايات المقدمة في هذا الإطار ذات أثر موقف للتنفيذ، باستثناء حالات الاستعجال المنصوص عليها في المقرر الصادر بهذا الشأن¹، ويتعين على طالبي اللجوء الذين اتخذت في حقهم إحدى التدابير المشار إليها تقديم طعونهم في أجل 15 يوماً تحتسب ابتداء من اليوم الموالي لبليغ القرار المتعلق باتخاذ إحدى التدابير المشار إليها².

3. مسطرة تقديم طلبات اللجوء والبت فيها

تكتسي مسطرة تقديم طلبات اللجوء والبت فيها أهمية بالغة في التشريعات المتعلقة باللجوء، وتعتبر أحد العناصر الرئيسية التي تضيف على هذه الفئة من القوانين الطابع الواضح والشفاف، وهي عبارة عن سلسلة من المحطات مقرونة بإجراءات إدارية مختلفة، بدء من أول لقاء بطالب الصفة والتماسه للحماية، ثم مباشرته للإجراءات الإدارية اللازمة لإيداعه طلب اللجوء لدى المصالح المختصة، ثم إجراء المقابلة مع طالب الصفة ودراسة طلبه، وصولاً إلى البت في منح الصفة أو رفضها، وقد تم تقييد جميع هذه المحطات في أغلب التشريعات المقارنة بأجل قانونية معقولة لا سيما بالنسبة لطالبي اللجوء الموجودين داخل إقليم الملجأ.

ولعل ما يسترعي الانتباه في مرسوم 1957، هو عدم إشارته إلى أي مسطرة يتعين اتباعها من طرف طالبي اللجوء لتقديم طلباتهم، فضلاً عن عدم تحديد الآثار المترتبة على تقديم هذه الطلبات لدى المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية، وإقرار الضمانات اللازمة طوال سريان المسطرة القانونية في هذا الأمر.

وقد يعزى هذا الإحجام عن الخوض في كل ما يتعلق بمسطرة اللجوء في هذا المرسوم، إلى عدد من المبررات والأسباب، يتمثل أهمها في المرحلة المبكرة نسبياً التي تم فيها اعتماد هذا المرسوم، حيث كان مباشرة بعد 5 سنوات من دخول اتفاقية جنيف حيز التنفيذ، ولم تكن الممارسة في هذا الأمر لدى عدد من الأنظمة القانونية الوطنية متطورة بالقدر الكافي الذي تطورت به بعد عقود من الزمن من دخول اتفاقية جنيف حيز التنفيذ، بيد أن هذا الأمر لا يمكن أن يكون مبرراً كافياً للسلطات المغربية من أجل تدارك هذا القصور في التعديلات اللاحقة التي همت مرسوم 1957.

1 - الفقرة (ب) من الفصل 5 من نفس المرسوم.

2 - الفصل 6 من نفس المرسوم.

نتيجة هذا الفراغ القانوني، رسخت السلطات المغربية بتعاون مع مكتب المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالمغرب¹، عددا من الممارسات الإدارية التي يتعين إتباعها من طرف طالبي اللجوء لتقديم طلباتهم ودراستها، حيث جرت العادة على أن الجهات المتدخلة في تلقي طلبات اللجوء ودراستها، تتمثل في كل من المفوضية السامية لشؤون اللاجئين - فرع المغرب- من جهة، ووزارة الشؤون الخارجية ووزارة الداخلية من جهة أخرى².

استنادا إلى ذلك، يتم إيداع طلبات اللجوء إما لدى المفوضية السامية لشؤون اللاجئين أو لدى المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية على مستوى وزارة الخارجية، الذي يتولى مهام استجواب طالبي اللجوء ودراسة طلباتهم والتقرير بشأن مآلها.

ب- حماية اللاجئين في القانون 02.03

لقد عودتنا الممارسة التشريعية المقارنة في مجال اللجوء، على أن ثمة تداخل وتقاطع بين الأنظمة القانونية المنظمة لأوضاع الأجانب بصفة عامة وأوضاع اللاجئين بصفة خاصة، لأجل ذلك لم يشكل التشريع الوطني في هذا الأمر استثناء على القاعدة، حيث أن القانون 02.03، الخاص بدخول وإقامة الأجانب بالمغرب³ كرس جملة من مقتضيات القانونية المنظمة لجوانب محددة من وضع اللاجئين بالمغرب.

وقد كرست المادة الأولى من القانون 02.03 مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الوطني فيما يتعلق بمضامينه، وهو ما يفيد عمليا أولوية الالتزامات الاتفاقية للمغرب على المقتضيات القانونية الوطنية الخاصة بدخول وإقامة الأجانب بالمغرب في حالة التعارض، مما يعني أيضا تكريس مبدأ الأولوية للالتزامات الاتفاقية في مجال اللجوء، فضلا عن واجب التأويل الواسع للأحكام والمقتضيات ذات الصلة بهذا الموضوع.

1 - تم افتتاح المكتب الشرفي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين لأول مرة في الدار البيضاء سنة 1965، وتم تحويل مقرها إلى مدينة الرباط سنة 2004، وتم توقيع اتفاقية المقر بين المغرب والمفوضية بالرباط سنة 2007.

2 - محمد العمرتي، محمد بوبوش، مرجع سابق. ص. 100.

3 - الظهير الشريف رقم 031.30.1 الصادر في 11 نونبر 2003، الخاص بتنفيذ القانون رقم 03-02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، الجريدة الرسمية عدد 1560 الصادرة في نونبر 2003، ص. 3817.

وإذا كان القانون **02.03**، قد شكل قطيعة مع عدد من النصوص القانونية المتناثرة التي كانت موروثه عن عهد الاستعمار فيما يتعلق بالدخول والخروج والإقامة في الإقليم، فإنه بالمقابل حرص على إدراج بعض الالتزامات الاتفاقية للمغرب في مجال اللجوء في مضامينه وأحكامه.

1- الدخول والإقامة:

إن استعمال المشرع المغربي في المادة الأولى من القانون **02.03** لمفهوم الأجنبي بصفة عامة، يفيد سريان مقتضيات ومضامين هذا القانون على اللاجئين أيضا، فضلا عن ذلك أشارت نفس المادة إلى ضرورة مراعاة الالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية التي تم نشرها بصفة رسمية فيما يتعلق بتطبيق القانون المشار إليه¹. وفي ضوء ذلك، تعد اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين أحد هذه الاتفاقيات التي تم نشرها في وقت مبكر نسبيا بالجريدة الرسمية، وبالتالي يتعين مراعاتها أثناء تطبيق أحكام قانون الدخول والإقامة خاصة المقتضيات المرتبطة بالطرود والإبعاد والدخول والإقامة في التراب الوطني.

ورغم عدم وجود ما يفيد أي استثناء للاجئين وطالبي اللجوء، فيما يتعلق بالوثائق المتعين الإدلاء بها لحظة الوصول إلى إحدى المراكز الحدودية للتراب الوطني²، فضلا عن التأكد من مدى توفر الأجنبي على وسائل العيش الكافية وكذا أسباب قدومه إلى المغرب وضمانات عودته، بيد أن المشرع لم يجعل من عدم استيفاء هذه الإمكانيات أمرا مطلقا يترتب عنه الرفض التلقائي من الدخول، بل منح سلطة تقديرية للإدارة، وجعل الرفض مجرد إمكانية عندما تغيب الالتزامات المشار إليها أو لحظة توافر عنصر تهديد النظام العام.

تأسيسا على ذلك، يمكن الترخيص بالدخول لطالبي اللجوء غير المتوفرين على الشروط الواردة في المادة الثالثة والرابعة، شريطة أن تكون أسباب ومبررات لجوئهم للمغرب معقولة ووجيهة، تبعا للمادة 38 من القانون³ **02.03**.

1 - أنظر المادة 1 من القانون 02-03.

2 - تنص المادة 3 من القانون المذكور على أنه "يجب على كل أجنبي نزل بالتراب المغربي أو وصل إليه، أن يتقدم إلى السلطات المختصة المكلفة بالمراقبة في المراكز الحدودية حاملا لجواز السفر المسلم له من قبل الدولة التي يعتبر من رعاياها، أو لأية وثيقة سفر أخرى سارية الصلاحية ومعترف بها من لدن الدولة المغربية كوثيقة سفر لازالت صلاحيتها قائمة وتكون مصحوبة عند الاقتضاء بالتأشيرة المطلوب الإدلاء بها والمسلمة من طرف الإدارة".

3 - تنص الفقرة الأولى من المادة 38 من القانون المذكور على أنه " يمكن أن يحتفظ، داخل منطقة الانتظار في الميناء أو المطار، بالأجنبي الذي يصل إلى التراب المغربي بحرا أو جوا والذي لم يرخص

ويستفاد من الصياغة القانونية التي اعتمدها المشرع المغربي في الباب الثاني من القانون **02.03** المتعلق بسندات الإقامة، وذلك بتوظيفه لمفهوم الأجنبي على نحو عام، إمكانية سريان مفعول الأحكام المكونة لهذا الباب على اللاجئين. علاوة على ذلك، أشارت المادة 17 من القانون **02.03** في فقرتها السادسة بشكل لا يدع أي مجال للشك، إلى حق اللاجئين المعترف بهم طبقا لمقتضيات مرسوم 1957 في الحصول على بطاقة الإقامة، على غرار زوجه وأطفالهم القاصرين أو خلال السنة التي تلي بلوغهم سن الرشد المدني¹.

2- تدابير الإبعاد من الإقليم

يستفاد من الصياغة التي اعتمدها المشرع المغربي في القانون **02.03** باستعماله لصفة الأجنبي بصيغة عامة فيما يخص التدابير المتعلقة بالإبعاد من التراب الوطني²، سواء تعلق الأمر بالطرد أو الاقتياد إلى الحدود وما يرتبط بهما من مساطر وإجراءات بما في ذلك الطعون³، أن جل هذه الأحكام تشمل أيضا اللاجئين وطالبي اللجوء باعتبارهم أجنب.

بيد أن القانون **02.03** لم يكرس ذلك على سبيل الإطلاق، بل أشار في عدد من المواد إلى الاستثناءات الواردة على فئة اللاجئين، إذ رغم تأكيد المادة 25 على طرد الأجنبي الذي يشكل وجوده فوق التراب الوطني تهديدا خطيرا للنظام العام، فإنها اشترطت في ذلك مراعاة ما نصت عليه المادة 26 التي حددت لائحة حصرية خاصة بالأجانب الذين لا يحق للإدارة طردهم، إلا عند الضرورة الملحة لحفظ أمن الدولة كما نصت على ذلك المادة 27 من نفس القانون⁴.

ويفهم أيضا من المادة 28 على التنفيذ التلقائي لقرار الطرد أو الاقتياد إلى الحدود، يظل مرهونا بعدم الطعن فيه من طرف الأجنبي أمام رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 23،

له بدخوله أو الذي يطلب قبوله بصفة لاجئ، وذلك خلال المدة الضرورية لمغادرته، أو لدراسة طلبه للتأكد مما إذا كان واضحا بصفة جلية أن هذا الطلب لا أساس له".

1 - أنظر الفقرة 6 من المادة 17 من القانون المذكور.

2 - أنظر الأبواب 3 و4 و5 من القانون 02-03.

3 - المادة 28 من نفس القانون.

4 - المواد 25-26-27، من نفس القانون.

أو إذا لم تكن هذه القرارات موضوع إلغاء بموجب حكم ابتدائي أو استئنافي¹، مما يفيد أن طعن الأجانب ضد هذه القرارات لها أثر موقف للتنفيذ².

وقد نص الفرع (أ) من المادة 29، على منع إبعاد الأشخاص المعترف لهم بصفة لاجئ، وكذا طالبي اللجوء الذين لازالت طلباتهم لم يبت فيها بعد³، كما تم لا يمكن إبعاد أية امرأة أجنبية حامل وأي أجنبي قاصر. كما كرست الفقرة الأخيرة من نفس المادة إبعاد أي أجنبي آخر نحو بلد إذا أثبت أن حياته أو حرته معرضتان فيه للتهديد أو أنه معرض فيه لمعاملات غير إنسانية أو قاسية أو مهينة. وعليه فهذه المادة تعبر بشكل صريح على مبدأ عدم الإعادة القسرية الوارد في المادة 33 من اتفاقية جنيف بشأن وضعية اللاجئين، وكذلك أيضا على ما تضمنته المادة 3 من اتفاقية مناهضة التعذيب⁴.

ويستفاد من المادة 38 من القانون 02.03، التي جعلت طالبي اللجوء من الفئات التي يمكن الاحتفاظ بها داخل منطقة الانتظار في الميناء أو المطار، لدراسة طلباتها للتأكد مما إذا كانت واضحة بصفة جلية أنها لا تستند إلى أساس، الاعتراف الصريح لهذه الفئة بحقها في إيداع طلبات اللجوء في المناطق الحدودية، خاصة في منطقة الانتظار، وبالتالي فالمشرع في هذا الأمر حقق انسجاما مع المادة 33 من اتفاقية جنيف، التي تدرج الرفض من الدخول والرد عند الحدود بمثابة انتهاك لمبدأ عدم الإعادة القسرية.

بيد أن المشرع أحجم عن الخوض في تحديد المسطرة الواجب إتباعها من أجل تقديم مثل هذه الطلبات ودراستها، ولم يعمل على تحديد الجهة الإدارية التي ستستقبل هذه الطلبات وستتولى فحصها، وقد يفهم من عدم الإشارة إلى المكتب المغربي للاجئين وعديمي الجنسية المحدث بموجب مرسوم 1957، أن سلطات الحدود هي الجهة التي تتولى دراسة الطلبات للتأكد من أنها قائمة على أسس صحيحة وسليمة، ثم إصدار الترخيص بالدخول والإحالة إلى المكتب من أجل

1 - المادة 28، من نفس القانون.

2 - للتعلم في هذه النقطة، راجع، سعيد مشاك، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها، وأنظر أيضا، ص. 266 وما بعدها.

3 - تنص المادة 29 على أنه يتم إبعاد الأجنبي الذي يتخذ في حقه قرار الطرد أو الاقتياد إلى الحدود نحو

؛

أ) البلد الذي يحمل جنسيته ، إلا إذا اعترف له بوضع لاجئ ، أو إذا لم يتم بعد البت في طلب اللجوء الذي تقدم به ؛

4 - سعيد مشاك، مرجع سابق، ص. 123، وما بعدها، مرجع سابق.

مباشرة الإجراءات الضرورية في هذا المضمار. كما جعلت المادة 48 الخاصة بالغرامات المفروضة على شركات النقل فيما يتعلق بنقل الأجانب غير حاملين لوثائق السفر أو التأشيرة الضرورية لدخول التراب الوطني، قبول الأجنبي بصفته طالب لجوء أو إذا لم يتبين بشكل جلي أن طلب اللجوء الذي قدمه لا يستند إلى أسس صحيحة¹، سببا موجبا لإعفاء شركات النقل من الغرامات المشار إليها في هذه المادة.

استنادا إلى ما سبق، يبدو أن ثمة عدد من المقتضيات الخاصة بمرسوم 1957 المتعلق بتطبيق اتفاقية جنيف بشأن وضع اللاجئين، قد صارت مع اعتماد القانون **02.03** محط تساؤل كبير رغم عدم وجود أي إشارة في هذا النص تفيد استنساخ بعض مقتضيات المرسوم السالف ذكره. فمن جهة أولى تفيد صياغة وتدوين المشروع لقانون الدخول والإقامة بتوظيفه لمفهوم الأجنبي بصيغة عامة، انطباق مقتضيات هذا القانون على اللاجئين وطالبي اللجوء، لاسيما ما في عدد من الأحكام التي تتداخل بين القانون والرسوم، والمتمثلة أساسا في عدم وجود أي مقتضى صريح يشير صراحة إلى استمرار المكتب المغربي للاجئين وعديم الجنسية في مهامه الخاصة بدراسة الطلبات والبت فيها، بحيث أنه رغم الاستثناءات التي أوردها القانون **02.03** بخصوص اللاجئين وطالبي اللجوء، إلا أنه لم يعمل على الإشارة إلى المكتب المغربي للاجئين باعتباره الجهة المختصة بمباشرة مسطرة اللجوء ودراسة الطلبات.

ومن جهة ثانية، أصبحت الاختصاصات الموكولة للجنة الوطنية للطعون ضد طلبات اللجوء المرفوضة بموجب مرسوم 1957 من اختصاص القضاء الإداري، وذلك استنادا إلى الأحكام التي كرسها القانون **02.03** فيما يخص طعون الأجانب ضد القرارات الإدارية الماسة بمراكزهم القانونية، وذلك بالاستعمال المتواتر لمفهوم الأجنبي دون ورود أي استثناء للاجئين وطالبي اللجوء.

ثالثا: وضعية اللاجئين بالمغرب في اللحظة الراهنة:

منذ مناقشة المغرب لقريره الأولي أمام لجنة العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، عملت السلطات المغربية على إعادة فتح المكتب المغربي للاجئين وعديمي

¹ - المادة 48 من القانون 02-03.

الجنسية على مستوى وزارة الشؤون الخارجية¹، وذلك بعدما تم توقيف العمل به منذ سنة 2004، وتحويل مكتب المفوضية السامية لشؤون اللاجئين - مكتب الرباط- مهام تسجيل طلبات اللجوء والبت فيها بموجب اتفاقية المقر لسنة 2007².

وقد تم تشكيل لجنة بين وزارية مكلفة بالاستماع لطالبي اللجوء على مستوى مكتب اللاجئين ودراسة طلباتهم ورفعها للمصالح المختصة بوزارة الداخلية لاتخاذ القرارات المناسبة بشأنهم عبر منح "بطاقة اللاجئ" وأوراق الإقامة التي يخولها هذا الوضع بالمغرب³.

بناء على ذلك، تم الاعتراف بصفة لاجئ بتنسيق مع فرع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بالرباط لـ 803 طالب لجوء من مختلف الجنسيات كانوا مسجلين لدى مكتب المفوضية، فضلا عن الاستماع لـ 1363 طالب لجوء من جنسية سورية إلى حدود 29 أكتوبر 2019⁴. بيد أن السلطات المغربية لم تعمل على اتخاذ قرارات نهائية بشأن وضعهم، رغم التأكيد في مناسبات عدة على أنهم يتمتعون بالحماية الدولية التي تحول لهم إمكانية الولوج لحقوقهم الأساسية بالمغرب. وتؤكد الإحصائيات الصادرة عن مكتب المفوضية العليا لشؤون اللاجئين بالرباط، على أن عدد طالبي اللجوء المسجلين لديها إلى غاية يونيو 2019 بلغ ما مجموعه 6994 يوجدون في مرحلة انتظار لإحالتهم على المكتب المغربي المشار إليه للبت في طلباتهم ودراستها⁵.

تأسيسا على هذه الأرقام، يبدو أن هناك فرقا شاسعا بين النسب من طالبي اللجوء الذي تؤكد المفوضية مرارا وبين ما تؤكد السلطات المغربية في هذا

1 - أنظر التوصيات المنبثقة عن فحص التقرير الأولي للمغرب أمام لجنة حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم؛

Nations Unies Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Observations finales, Maroc, 8 Octobre 2013, DC, CMW/C/MAR/CO/1.

2 - أنظر اتفاقية المقر بين المملكة المغربية، والمفوضية السامية لشؤون اللاجئين 2007.

3- Anis Birrou, Ministre chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, Actes du séminaire, « la nouvelle politique migratoire du Maroc : Deux ans après », Ministère Chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, 9 Septembre 2015, Rabat, p.16.

4 - مديرية شؤون الهجرة، الوزارة المنتدبة المكلفة بالمغرب المقيمين بالخارج.

5 - www.UNHCR.ORG/ar/5ae5bee4

المضمار، حيث أن هذه الأخيرة عادة ما تكتفي بإعلان العدد والنسب من طالبي اللجوء الذين تمت دراسة طلباتهم وتسويتها، مما قد يبعث على وجود اختلاف في وجهات نظر المفوضية والسلطات المغربية حول نسب طالبي اللجوء بالمغرب. لأجل ذلك، من الأجدر على السلطات المغربية تعزيز التعاون مع مكتب المفوضية بشأن تسجيل طالبي اللجوء وإعداد اللوائح، وعدم ترك ذلك من اختصاص هذه المنظمة التي عادة ما تقتصر مهمتها الأساسية على مساعدة الدول ومواكبتها بشأن وضعها لنظامها الوطني الخاص باللجوء، وليس مهام تسجيل الطلبات وفحصها كمحطة أولية كما جرت به العادة في المغرب، حيث أن تحكم السلطات المغربية في عملية التسجيل، سيعفيها من عدد من المساطر والإجراءات التي عادة ما يتم تكرارها بشكل مستمر، فضلا عن التحكم في العدد المضبوط لطالبي اللجوء بالمغرب، واستكشاف طبيعة التطور التي يتخذها ارتفاع نسب هذه الفئة بالمغرب.

رابعا: رهانات إرساء نظام قانوني وطني للجوء:

إن السعي نحو بلورة نظام قانوني وطني للجوء بالمغرب واضح وفعال، يعتبر أحد الرهانات الأساسية في السياسة الوطنية للهجرة واللجوء التي تمت بلورتها سنة 2013، فضلا عن تضمين ذلك بصيغة مباشرة في البرنامج الثامن من الاستراتيجية الوطنية للهجرة واللجوء والمتعلق بالإطار القانوني والاتفاقي¹. تأسيسا على ذلك، أكدت السلطات المغربية مرارا عن شروعها في بلورة قانون وطني خاص باللجوء²، بل عملت على تقديم مضامينه الأساسية في مناسبات

¹ - Ministère Chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, Stratégie Nationale de l'Immigration et de l'Asile 2014, (www.mre.gov.ma).

²- Allocution de Anis Birrou, Ministre chargé des Marocains résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, « Actes du Séminaire international sur l'intégration des immigrés au Maroc sous le thème : La nouvelle politique migratoire au Maroc : Quelle stratégie d'intégration ? », Ministère chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, en partenariat avec l'Organisation internationale pour les migrations et avec le soutien de la Coopération Suisse, 10 et 11 mars 2014 à Rabat, p.13, et s.

رسمية مختلفة¹، بيد أنه في اللحظة الراهنة لا زال يراوح مكانه ولم يخرج لحيز الوجود ولم يعرف أي تطور يذكر.

وتشير المعلومات القليلة المتوفرة، إلى أن نص مشروع القانون الخاص باللجوء يتضمن ما يقارب أربعون مادة، كرسست عددا من الأحكام الموضوعية والإجرائية، فضلا عن مختلف الضمانات المخولة للاجئين وطالبي الصفة أو أجنب آخرين هم في حاجة إلى الحماية بالمغرب، أخذا بعين الاعتبار معيار الفعالية والمرونة².

إن تقعيد هذا النظام القانوني الوطني للجوء بالمغرب، بشكل يستجيب للمعايير والالتزامات الاتفاقية للمغرب بموجب القانون الدولي للجوء والقانون الدولي لحقوق الإنسان، يستدعي مراعاة جملة من العناصر الجوهرية في مضامين هذا المشروع ومحتوياته.

ويأتي في مقدمة هذه العناصر اعتماد التعريف الواسع لمفهوم اللاجئ، الذي يقتضي فضلا عما أورته المادة الأولى من اتفاقية جنيف بشأن وضع اللاجئين من معايير، مراعاة التعريف الواسع وفقا للنظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين من جهة، والاتفاقية الإفريقية المنظمة لجوانب محددة من مشاكل اللاجئين لسنة 1969 من جهة ثانية، خاصة بعد عودة المغرب لمنظمة الاتحاد الإفريقي، وعدم إعلانه لتحلله من الالتزامات الناشئة بمقتضى هذه الاتفاقية عقب تجريد عضويته في منظمة الوحدة الأفريقية سابقا³.

ويشكل التكريس التشريعي لمبدأ عدم الإعادة القسرية باعتباره حجر الزاوية في القانون الدولي للجوء، أحد العناصر الرئيسية التي ستمنح لهذا المشروع بشكل لا يدع أي مجال للشك مزيدا من الشفافية والوضوح، ولأجل ذلك يتعين مراعاة

¹ - Ministère chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, « Politique Nationale d'Immigration et d'Asile : 2013-2016 », p. 105.

² - Mohamed Saïd Laalej, Mise a niveau du cadre juridique et Institutionnel relative à la migration (volet protection et assistance humanitaire, Actes du Séminaire, « Assistance Humanitaire au profit des migrants au Maroc : Quelle dispositif de lutte contre la vulnérabilité? », MCMREAM, CNDH, DIDH, Rabat, le 23 Juillet 2014, p. 23 et s.

³ - سعيد مشاك، ص. 337، وما بعدها.

هذا المبدأ في طابعه النسبي المستمد من اتفاقية جنيف وطابعه المطلق المستند إلى اتفاقية مناهضة التعذيب¹.

علاوة على ذلك، يتعين على المشرع المغربي في إطار بلورته لهذا المشروع الحرص على تكريس مبدأ عدم التمييز بين الجنسيات، ومبدأ لم شمل العائلة، والأولوية في دراسة طلبات اللجوء الخاصة بالفئات الأكثر هشاشة، فضلا عن الضمانات والحقوق التي كرستها اتفاقية جنيف لسنة 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين، بدء بالإقامة وتحديد آجالها، ومختلف الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية، مقابل تضمينه الواجبات التي ينبغي أن يتقيد بها اللاجئ أو طالب اللجوء.

ولتجاوز الوضع الراهن فيما يتعلق بالفراغ القانوني الحاصل في مرسوم 1957، والقانون 02.03، يعتبر المشرع المغربي مدعوا إلى تحديد مسطرة واضحة لتقديم طلبات اللجوء ودراستها، مقرونة بالضمانات والحقوق المخولة لطالبي اللجوء، المتمثلة أساسا في توفير الترجمة اللازمة، وإمكانية الاستعانة بمحام أو أي شخص يراه طالب اللجوء مناسباً لمساعدته (مستشار قانوني مثلا)، فضلا عن توفير المساعدة والحماية اللازمة للأطفال أثناء مباشرة المسطرة وانتداب ممثلين قانونيين لهم، وإقرار أولوية دراسة طلباتهم بمعوية فئات هشة أخرى مثل النساء في وضعية صعبة أو طالبي اللجوء في وضعية إعاقة.

ويشكل نص مشروع القانون الخاص باللجوء، فرصة لتدارك الفراغ الموجود أيضا على مستوى دراسة الطلبات المقدمة في النقاط الحدودية، وذلك عبر تحديد المسطرة الواجب إتباعها وتحديد الجهات المخولة لها الاستجواب الأولي لطالبي اللجوء وتقييم طلباتهم والبت فيها.

ويقتضي تكريس هذه المساطر ضرورة إحداث آلية مؤسسية مختصة في تلقي طلبات اللجوء ودراستها والبت فيها بمنح الصفة أو رفضها، فضلا عن تحويلها صلاحية سحب أو إلغاء صفة لاجئ تبعا لما كرسته اتفاقية جنيف في هذا الأمر، إضافة إلى منحها صلاحية التبليغ بمآل الطلبات، والمصادقة على الوثائق وإثبات صحتها، وتوجيه طالبي اللجوء عبر مدهم بالمعلومات اللازمة حول حقوقهم وواجباتهم وتمكينهم منها، علاوة على تعزيز التعاون والتنسيق مع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين والاستعانة بخبرتها.

1 - نفس المرجع.

ولا بد من التأكيد على أن نجاح المشرع في صياغة هذا النموذج المغربي الخاص بقانون اللجوء، يتوقف بالإضافة إلى ما سبق، على الإقرار بسبل التقاضي والانتصاف لطالبي اللجوء ضد القرارات الإدارية السلبية التي تصدرها الآلية المؤسساتية المختصة في تلقي طلبات اللجوء ودراستها، فضلا عن ضرورة التنصيص على الجهة القضائية التي ستتولى البت في مثل هذه الطعون، حيث أن اختصاص لجنة الطعون الوطنية التي كانت قد أحدثت بموجب مرسوم 1957، أصبح اختصاصا يمارسه القضاء الإداري منذ دخول القانون **02.03** حيز التنفيذ، كما يجب الأخذ بعين الاعتبار في هذا الإطار احترام الأجل المعقولة لتقديم هذه الطعون والبت فيها، إضافة إلى الطابع الموقف للتنفيذ للطعن ضد قرارات رفض منح الصفة أو قرارات الإبعاد.

خاتمة:

تكتسي دراسة موضوع الحماية القانونية للاجئين بالمغرب، أهمية كبرى وتستدعي الإحاطة بالكثير من التفاصيل الدقيقة وتحليلها، لأجل ذلك لا يمكن الإحاطة بالموضوع في أبعاده الشاملة في مقالة من هذا الحجم، بيد أن ذلك لا يشكل مانعا لصياغة بعض الخلاصات والاستنتاجات استنادا لما قدمناه أعلاه من تحليل. ولعل أهم ما يمكن استشفافه من خلال ما سبق بخصوص الحماية القانونية للاجئين بين القانون **02.03** ومرسوم 1957، يكمن فيما يلي:

- الاقتضاب الشديد لمرسوم 1957 وعدم خوضه في تفاصيل مختلفة كما هي متعارف عليها في عدد من الأنظمة القانونية الوطنية للجوء، جعلت مضامينه غامضة ومضطربة إلى الحد الذي لا يمكنه أن يكون مؤسس لنظام وطني واضح وفعال في مجال اللجوء.

- التطورات التي عرفها موضوع اللجوء في القانون الدولي العام، جعلت أغلب مقتضيات المرسوم متجاوزة ولا تستجيب لعدد من الالتزامات الاتفاقية للمغرب؛

- ارتفاع نسب طالبي اللجوء بالمغرب، وعدم فعالية مضامين مرسوم 1957، جعل ممارسة السلطات المغربية في هذا المجال مضطربة وغير واضحة؛

- اعتماد القانون **02.03** أعاد إلى الواجهة عددا من الأسئلة الجوهرية المرتبطة بموضوع اللجوء، والتي كانت مطروحة في ظل مرسوم 1957، بيد أن

هذا القانون نفسه ظلت أحكامه في هذا الموضوع مقتضبة جدا، ولم تتسم بالقدر اللازم من التفصيل الدقيق؛

- التداخل والاضطراب بين مقتضيات القانون 02.03 ومرسوم 1957،
تثير أسئلة كبرى أمام استمرار مضامين المرسوم من عدمها في تأطير قضايا اللجوء بالمغرب؛

- غياب أي مسطرة لتقديم طلبات اللجوء وفحصها في كلا النصين القانونيين، فضلا عن ضعف الضمانات الإجرائية التي تستدعي اتفاقية جنيف وعدد من الاتفاقيات الأخرى توفيرها لطالبي اللجوء واللاجئين؛

- غياب الضمانات الناتجة عن منح صفة لاجئ وفقا لما نصت عليه اتفاقية جنيف بشأن وضع اللاجئين؛

- أمام الفراغ القانوني الموجود في عدد من الجوانب في هذا الموضوع، يعتبر المغرب مدعوا إلى إخراج مشروع قانون اللجوء الذي تم الشروع في بلورته مع اعتماد السياسة الوطنية للهجرة واللجوء سنة 2013؛

- لا بد للمشرع المغربي أن يراعي في هذا المشروع قيد الاعتماد، جملة من الالتزامات الاتفاقية للمغرب بموجب القانون الدولي للاجئين، والقانون الدولي لحقوق الإنسان؛

- يقتضي على المشرع المغربي أن يجعل هذا المشروع إطارا مرجعيا معياريا، قابلا للتطور تبعا للتحويلات التي يعرفها موضوع اللجوء والسياسات المتعلقة بتدبير تعقيداته المختلفة، بشكل يراعي الخصوصيات الوطنية والالتزامات الاتفاقية للمغرب، وبتوفيق تام بين مقاربة الأمن من جهة وحقوق الإنسان من جهة أخرى.

لائحة المراجع:

- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين 1951.
- البروتوكول الخاص باتفاقية جنيف الخاصة بوضع اللاجئين 1967.
- اتفاقية المقر بين المملكة المغربية، والمفوضية السامية لشؤون اللاجئين 2007.
- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الجريدة الرسمية عدد 5952، الصادرة بتاريخ 17 يونيو 2011.
- الظهير الشريف رقم 031.30.1 الصادر في 11 نونبر 2003، الخاص بتنفيذ القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، الجريدة الرسمية عدد 1560 الصادرة في نونبر 2003.
- الظهير الشريف رقم 1.57.271، بشأن تطبيق اتفاقية جنيف لـ 28 يوليوز 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين، الجريدة الرسمية عدد 2341، الصادرة بتاريخ 6 شتنبر 1957، ص. 1978.

- الظهير الشريف رقم 1-70-108، الصادر بتاريخ 27 يوليوز 1970 الذي صادق بموجبه المغرب على بروتوكول 1967 الخاص باتفاقية جنيف بشأن وضع اللاجئين، الجريدة الرسمية عدد 3145، سنة 1973.
- المرسوم رقم 2.57.1256 تحدد بموجبه كيفيات تطبيق الاتفاقية المتعلقة بوضع اللاجئين الموقع عليها في جنيف بتاريخ 28 يوليوز 1951، الجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 6 شتنبر 1957.
- المرسوم رقم 2-70-647 الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1970، الجريدة الرسمية عدد 3052 الصادر بتاريخ 28 أبريل 1971.
- المرسوم رقم 2-84-836، الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1984، الجريدة الرسمية عدد 3766، بتاريخ 2 يناير 1985.
- محمد العمرتي، محمد بوبوش، "أوضاع اللاجئين في المغرب: دراسة قانونية"، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 31 صيف 2011، الجمعية العربية للعلوم السياسية.
- سعيد مشاك، وضع الأجانب بالمغرب: دراسة في التشريع الوطني والالتزامات الاتفاقية للمغرب، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2018.

لائحة المراجع باللغة الفرنسية

- Nations Unies Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, Observations finales, Maroc, 8 Octobre 2013, DC, CMW/C/MAR/CO/1.
- Ministère Chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, Stratégie Nationale de l'Immigration et de l'Asile 2014, (www.mre.gov.ma).
- Anis Birrou, Ministre chargé des Marocains résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, « Actes du Séminaire international sur l'intégration des immigrés au Maroc sous le thème : La nouvelle politique migratoire au Maroc : Quelle stratégie d'intégration ? », Ministère chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, en partenariat avec l'Organisation internationale pour les migrations et avec le soutien de la Coopération Suisse, 10 et 11 mars 2014 à Rabat.
- Allocution de Anis Birrou, Ministre chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, Actes du séminaire, « la nouvelle politique migratoire du Maroc : Deux ans après », Ministère Chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, 9 Septembre 2015, Rabat.
- Ministère chargé des Marocains Résidant à l'Étranger et des Affaires de la Migration, « Politique Nationale d'Immigration et d'Asile : 2013-2016 ».
- Mohamed Saïd Laalej, Mise a niveau du cadre juridique et Institutionnel relative à la migration (volet protection et assistance humanitaire, Actes du Séminaire, « Assistance Humanitaire au profit des migrants au Maroc : Quelle dispositif de lutte contre la vulnérabilité? », MCMREAM, CNDH, DIDH, Rabat, le 23 Juillet 2014.
- www.UNHCR.ORG/ar/5ae5bee4

الحقوق الدستورية للمعارضة البرلمانية في التجارب المقارنة

د. عبد العزيز الهلالي

باحث بسلك الدكتوراه

بجامعة محمد الخامس - السويسي - بالرباط

مقدمة:

تشكل الحماية الدستورية الصريحة لحقوق المعارضة البرلمانية ضمانات دستورية لوجودها القانوني، واعتراف صريح بمكانتها ودورها في الحياة السياسية وصونها لحقوقها. وتعد هذه الحماية إحدى الممارسات الجيدة في الديمقراطيات الناشئة، وذات التاريخ القمعي لأصوات المعارضة، حيث يوفر الاعتراف الدستوري بوضعية المعارضة ضمانات ضد عودة نظام الحزب الواحد¹، ويساعد قوى المعارضة على الاشتغال العلني داخل المؤسسات، ويُشرعن وجودها. ولضمان الاشتغال الجيد للديمقراطية ولصون التعددية السياسية وحمايتها، اعترفت الدساتير المقارنة صراحة بالمعارضة البرلمانية (الفقرة الأولى) وحددت حقوقها الدستورية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاعتراف الدستوري بالمعارضة البرلمانية

يشكل الاعتراف الدستوري بالمعارضة البرلمانية، أحد شروط ومتطلبات الديمقراطية الحديثة والمسؤولة، وبالرغم من ندرة الدول التي اعترفت صراحة بالمعارضة البرلمانية، إلا أن هذه الدول أجمعت على منح المعارضة مكانة هامة في صلب وثائقها الدستورية، حيث شرعنت الحق في المعارضة (أولاً)، وإلى جانب الاعتراف الدستوري بها وضمان حقوقها، طوقت هذه الدول المعارضة البرلمانية بمجموعة من الواجبات (ثانياً).

أولاً: شرعنة الحق في المعارضة:

تعددت مبررات دسترة الحق في المعارضة، فالبعض² يرى أن الهدف من هذه الدسترة هو سعي الديمقراطيات الحديثة للبحث عن تدعيم النسق الحزبي التعددي،

¹ - الحقوق الدستورية للمعارضة مذكرة إعلامية عدد34 إصدارات المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية <http://www.democracy-reporting.org>: ص 3.

² - محمد أتركين : نظام المعارضة البرلمانية دراسة في المفهوم ودروس التجارب المقارنة، منشورات مجلة الحقوق المعارف الجديدة، سلسلة الدراسات والأبحاث عدد 8 سنة 2014 ، ص: 22.

أو توفير أساس دستوري يمكن الإحالة عليه في صياغة القوانين وكذا الأنظمة الداخلية للبرلمان.

ويرى البعض الآخر¹، أن الدول التي عرفت دساتير جديدة بعد انهيار النظام السابق، هي التي قامت بدسترة المعارضة ومنحتها حقوقا صريحة². ومهما تعددت المبررات، فإن الهدف المباشر من التنصيب الدستوري الصريح على الحق في المعارضة هو تحصينها لكي لا تكون حقوق المعارضة مرنة وقابلة للتعديل من طرف الأغلبية البرلمانية أو الحكومية، وهو ما أكدته تقرير لجنة البندقية حول دور المعارضة في برلمان ديمقراطي³.

وقد تعددت صيغ الاعتراف الدستوري بالحق في المعارضة البرلمانية في النماذج الدستورية المختلفة، فبعض الدول، اعترفت بالحق في المعارضة للأحزاب السياسية، ودول أخرى، اعترفت بهذا الحق للمعارضة البرلمانية ولكن من خلال زعيمها.

1- الاعتراف بالحق في المعارضة البرلمانية للأحزاب السياسية

¹ - Antonin GELBLAT: De l'opposition constituante à l'opposition constitutionnelle:

Réflexion sur la constitutionnalisation de l'opposition parlementaire à partir des cas tunisien et marocain, La Revue des droits de l'homme N°6 | 2014, p : 9

² - الدول التي اعترفت صراحة بالمعارضة البرلمانية بالإضافة إلى المغرب هي ، فرنسا البرتغال السينغال، الجزائر تونس الكونغو مدغشقر جمهورية بروندي، جزر القمر، جمهورية غينيا، النيجر، الطوغو ومملكة بوتان.... أنظر: Antonin GELBLAT: De l'opposition constituante à l'opposition constitutionnelle op cit p.15

³ - يرى تقرير لجنة البندقية "حول دور المعارضة في برلمان ديمقراطي" بأنه عندما تتم حماية حقوق المعارضة عن طريق مقتضيات قانونية يصعب على الأغلبية تعديل تلك المقتضيات، وبالتالي يجب تضمين حقوق المعارضة في وثيقة دستورية لكي لا تكون تلك الحقوق مرنة وسهلة التعديل من طرف الأغلبية البرلمانية، فدسترة المعارضة هي وسيلة فعالة لحمايتها. أنظر : Commission Européenne pour la démocratie par le droit Rapport sur le rôle de l'opposition au sein d'un parlement démocratique adopté par la commission de Venise lors de sa 84 session plénière (remise, 15,16 octobre 2010), sur la base des observations des Mme Angelika Orbudum (membre Turquie), Nussberger (membre suppléant), M.Ergun Sejirled (membre suppléant, Norvège), Strasbourg, le 15 M.Fredrik Novembre 2010, Etude N°497/2008, IN www.venice.co.int, p :21

اختارت دساتير كل من البرتغال والكونغو برازافيل والسينغال وأنغولا وكولومبيا الاعتراف بالحق في المعارضة البرلمانية للأحزاب السياسية الممثلة في البرلمان.

وهكذا، يعترف الدستور البرتغالي¹ في الفصل 114 منه، "لأحزاب الأقلية الحق في المعارضة الديمقراطية على النحو المنصوص عليه في الدستور والقانون. للأحزاب السياسية التي تتوفر على مقاعد في الجمعية الوطنية للجمهورية، والتي لا تشكل جزءا من الحكومة، الحق في أن تطلعها الحكومة بصفة دورية ومباشرة على تطور الأمور الأساسية التي تهم الصالح العام والتقدم الذي أحرزته فيه".

وجاء في ديباجة الدستور السنغالي،² "أن الشعب يصرح بإرادة السنغال أن تكون دولة حديثة تشتغل بناءً على قواعد اللعب المتوازنة، بين الأغلبية التي تحكم، والمعارضة الديمقراطية، دولة تعترف بالمعارضة كركيزة أساسية ومكونا ضروريا للاشتغال الجيد لآلية الديمقراطية.

وينص الفصل 58 منه، "على أن يضمن الدستور حق المعارضة للأحزاب السياسية التي تعارض السياسة الحكومية، ويحدد القانون نظامها وحقوقها وواجباتها. المعارضة البرلمانية هي الممثلة في الجمعية الوطنية من خلال نوابها"، وينص الفصل 67 على أن السلطة التشريعية هي المختصة بوضع نظام المعارضة".

وإلى جانب ضمان الحق في المعاملة المتساوية من طرف السلطات العمومية والحق في المعاملة المنصفة من طرف الإعلام العمومي، ضمن الدستور الأنغولي³ في الفصل 17 منه، للأحزاب السياسية الحق في المعارضة الديمقراطية طبقا للدستور والقانون.

1 - La Constitution portugaise de 1976 IN
https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=ar

2 - la constitution de la republique du senegal du 22 janvier 2001 IN
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/sn/sn015fr.pdf>

3 - constitution of the republic of angola .IN
extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ang72591ENG.pdf

وينص دستور كولومبيا¹ في فصله 112، على إمكانية الأحزاب والحركات السياسية ذات الشخصية الاعتبارية التي تعلن معارضتها للحكومة أن تتخذ موقفا انتقاديا حيالها وأن تخطط وتضع سياسات بديلة".

2- الاعتراف بالمعارضة من خلال زعيمها.

إن الدول، التي اعترفت دستوريا بالحق في المعارضة البرلمانية من خلال زعيمها، هي تلك الدول التي تأثرت بالنموذج البريطاني (نموذج ويستمنستر) الذي يعترف بالحق في المعارضة البرلمانية من خلال زعيمها الذي يتمتع بمكانة خاصة وبنظام خاص يمنحه وضعاً اعتبارياً متميزاً داخل البرلمان وخارجه، ومن هذه الدول نذكر:

• دستور جنوب إفريقيا² الذي ينص الفصل 57 منه، على "أن قواعد الجمعية الوطنية تنص على ما يلي:

أ- مشاركة أحزاب الأقلية الممثلة في الجمعية الوطنية ولجانها بطريقة ديمقراطية.

ب- المساعدة المالية والإدارية لكل حزب ممثل في الجمعية الوطنية بالتناسب مع عدد ممثليه لمساعدة الحزب وزعيمه على أداء مهامهم في الجمعية الوطنية بفعالية.

ج- الاعتراف بزعيم أكبر حزب معارض في الجمعية الوطنية على أنه زعيم المعارضة.

• دستور مدغشقر³ وينص الفصل 14 منه، على "أن يضمن الدستور حق المعارضة الديمقراطية، تختار الفرق السياسية بعد كل انتخابات تشريعية زعيماً للمعارضة. وفي حالة عدم الاتفاق، يعد زعيماً للمعارضة الذي حصل على أكبر عدد من الأصوات المعبر عنها خلال التصويت".

¹ _ la constitution de la Colombie IN

https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=ar

² _constitution of the republic of south africa IN https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012.pdf?lang=ar

³ _ La Constitution de la République de Madagascar 17 novembre 2010 IN <https://www.ilo.org/.../Madagascar,%20Constitution%20de%20la%20Ive%20Republi>

• دستور مالطا¹ وينص الفصل 90 منه، على "تعيين زعيم المعارضة من طرف رئيس الجمهورية.

- حزب المعارضة هو الحزب الذي يتوفر على العدد الأكبر من النواب، وزعيم الحزب هو زعيم المعارضة.

- إذا لم يكن في مجلس النواب أي شخص مؤهل للقيام بزعيم المعارضة بسبب المساواة في عدد النواب أو بسبب عدم وجود حزب معارض، أو لم يعد زعيم المعارضة يحظى بدعم أكبر مجموعة من نواب المعارضة، يقوم رئيس الجمهورية، بإلغاء تعيين زعيم المعارضة".

ونظرا لأهمية ضمان الحق في المعارضة، فقد جعلته بعض الدساتير ضمن المجالات التي يحظر فيها التعديل الدستوري.²

ثانياً: واجبات المعارضة البرلمانية:

إن الدول التي اعترفت دستوريا بالمعارضة البرلمانية وحددت حقوقها، فرضت عليها القيام بمجموعة من الواجبات، وذلك لضمان نجاعة العمل البرلماني بصفة خاصة، ولتحسين الاشتغال الجيد للديمقراطية بصفة عامة.

وهكذا نص دستور مملكة بوتان³ بطريقة مفصلة على واجبات المعارضة في الفصل 18 منه الذي جاء فيه ما يلي:

1. يلعب حزب المعارضة دوراً بناءً في ضمان احترام الحكومة والحزب الذي يقودها للدستور أثناء قيامها بوظائفها من أجل تعزيز المصالح الوطنية وتحقيق تطلعات الشعب.
2. تعمل المعارضة على تعزيز السلامة الوطنية والوحدة والوئام والتعاون فيما بين شرائح المجتمع.
3. يساهم حزب المعارضة في النقاش البناء والمسؤول داخل البرلمان ويمارس المعارضة بطريقة سلمية.

¹ _ Constitution - Laws of Malta IN

justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom

² - ينص الفصل 288 من الدستور البرتغالي على المسائل التي يُقيد فيها التعديل الدستوري ومن بينها " الحق في المعارضة الديمقراطية"

³ _ The Constitution of the Kingdom of Bhutan IN

<https://www.nationalcouncil.bt/.../Constitution%20%20of%20Bhut>

4. لايسمح لحزب المعارضة بتغليب المصالح الحزبية على المصلحة الوطنية، ويجب أن يكون هدفه جعل الحكومة مسؤولة وشفافة وقابلة للمساءلة.
5. لحزب المعارضة الحق في معارضة الحكومة ووضع سياسات بديلة.
6. يقدم حزب المعارضة الدعم للحكومة في أوقات وحالات الكوارث الطبيعية أو التهديد الخارجي وغيرها من الأزمات التي تجعل البلاد في خطر. ومن واجبات المعارضة البرلمانية التونسية "الإسهام النشط والبناء في العمل النيابي"¹.

وبالرجوع إلى إحدى الوثائق الصادرة عن الاتحاد البرلماني الدولي، نجدها قد حددت قائمة بواجبات المعارضة داخل البرلمان. ومن واجبات المعارضة حسب نص الوثيقة²:

- تقديم بديل سياسي قابل للتحقيق يضع الحكومة أمام مسؤولياتها، ولكي تقدم بديلا يجب على المعارضة البرلمانية أن تستعد لممارسة السلطة، وأن يكون لها مشروع مجتمعي بديل. ففي الدول الديمقراطية تتقوى الحياة السياسية بحرية المنافسة بين المشاريع المختلفة التي تقدم للرأي العام.

- يجب على المعارضة أن تكون مسؤولة في دفاعها عن المصالح العليا للأمة، وأن تتبنى معارضة مسؤولة وبناءة، وأن تقدم مقترحات بديلة، وألا تعرقل النشاط الحكومي.

- يجب على المعارضة أن تمارس مسؤولياتها في ظل احترام الدستور والقانون، وأن ترفض العنف كوسيلة للتعبير السياسي، وأن تحترم روح التسامح والحوار...

الفقرة الثانية: التحديد الدستوري لحقوق المعارضة البرلمانية

لم تكتف الدساتير المقارنة بالاعتراف بالمعارضة البرلمانية فقط، بل حددت حقوقها بدقة، وهي حقوق ضرورية لكي تقوم بواجباتها داخل المجالس التشريعية وخارجها.

¹- الفصل 60 من الدستور التونسي لسنة 2014.

https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf?

² - Statut type de l'opposition au parlement. Adoptée à l'unanimité par les participants au Séminaire parlementaire sur les relations entre partis majoritaires et minoritaires dans les parlements africains (Libreville, Gabon, 17-19 mai 1999) IN www.lpu.org.p:4

فالاعتراف الدستوري بالمعارضة البرلمانية يستوجب منحها حقوقا داخل المجالس البرلمانية للقيام بوظائفها في تمثيل المواطنين (أولا) وإشراكها في مسلسل اتخاذ القرار عن طريق تمثيلها في المؤسسات الوطنية واستشارتها (ثانيا).

أولا: حقوق المعارضة المرتبطة بالبرلمان:

وردت حقوق المعارضة البرلمانية في الدساتير المقارنة مفصلة وذلك لحمايتها داخل المجالس التمثيلية لضمان مشاركتها في أشغال البرلمان من جهة، ومن جهة أخرى لتجاوز معيقات التمثيل النسبي الذي لا تحظى فيه المعارضة البرلمانية بالحقوق الكافية التي تخولها التأثير في عمل البرلمان، وخاصة مراقبة العمل الحكومي. وقد وردت حقوق المعارضة في الدساتير المقارنة كما يلي:

-الحق في إدارة البرلمان ورئاسة إحدى لجانه:

البرلمانات هي مؤسسات تمثيلية، تضم نوابا ينتمون إلى الأغلبية البرلمانية وإلى المعارضة، لهم نفس الحقوق داخل تلك المجالس، إلا أن مبدأ التمثيل النسبي يقصي المعارضة من المشاركة الفعلية في إدارة البرلمان ورئاسة لجانه.

إلا أن الاعتراف الدستوري بالمعارضة البرلمانية قد مكنها من التمثيل والمشاركة في هياكل المجلس، ولهذا نصت بعض الدساتير على حق المعارضة في المشاركة في إدارة البرلمان ورئاسة إحدى لجانه على الأقل.

وهكذا، ينص الفصل 78 من دستور مدغشقر على، "أن تجتمع الجمعية الوطنية بقوة القانون في دورة خاصة يوم الثلاثاء الذي يلي إعلان نتائج الانتخابات للشروع في تشكيل مكتبها وانتخاب لجانه، للمعارضة الحق في نائب الرئيس وترؤس إحدى اللجان على الأقل".

وينص الدستور الجزائري¹ في الفصل 14 منه، على حق المعارضة في "تمثيل مناسب في أجهزة غرفتي البرلمان".

في حين ينص الفصل 60 من الدستور التونسي، على أن "المعارضة مكون أساسي في مجلس نواب الشعب لها حقوقها التي تمكنها من النهوض بمهامها في العمل النيابي، وتضمن لها تمثيلية مناسبة وفاعلة في كل هياكل المجلس وأنشطته الداخلية والخارجية، وتسد إليها وجوبا رئاسة اللجنة المكلفة بالمالية، وخطة مقرر

¹ - دستور الجزائر لسنة 2016. في - www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar/2016

باللجنة المكلفة بالعلاقات الخارجية. كما لها الحق في تكوين لجنة تحقيق كل سنة وترؤسها".

- تحديد جدول أعمال المجلس:

إن السماح للمعارضة البرلمانية بتحديد جدول أعمال المجلس يمكنها من التحكم المؤقت في جدول الأعمال وإدراج المواضيع ذات الأولوية للمناقشة، وهو امتياز منحت بعض الدساتير للمعارضة البرلمانية.

فالدستور الفرنسي¹ لسنة 1958 المراجع سنة 2008 خصص في فصله 48 جلسة شهرية لجدول أعمال يضعه كل مجلس بمبادرة من فرق المعارضة في المجلس المعني، وكذا بمبادرة من فرق الأقلية البرلمانية". كما يخصص دستور مدغشقر ثلاثة أيام من الجلسات في الشهر لجدول أعمال محدد من قبل أحد المجلسين بمبادرة من فرق المعارضة، وكذا من طرف فرق الأقلية بالمجلس المعني".² وينص الدستور البرتغالي في الفصل 176³، على "حق كل مجموعة برلمانية في وضع ترتيب جدول الأعمال في عدد من الجلسات وفق المعايير المنصوص عليها في اللائحة، مع مراعاة الأوضاع الدائمة لأحزاب الأقلية والأحزاب التي ليست جزءا من الحكومة".

"وتخصص كل غرفة من غرفتي البرلمان الجزائري⁴ "جلسة شهرية لمناقشة جدول أعمال تقدمه مجموعة أو مجموعات برلمانية من المعارضة".

- الحق في إحالة القوانين على القضاء الدستوري:

يسمح الدستور التركي والجزائري للمعارضة البرلمانية بالحق في إحالة القوانين على القضاء الدستوري للتأكد من مطابقتها للدستور. فحق الإحالة على القضاء الدستوري ينظمه الفصل 150 من الدستور التركي الذي ينص على، حق كل من رئيس الجمهورية والمجموعة الحزبية البرلمانية لكل من الحزب الحاكم، أو الأحزاب الحاكمة وحزب المعارضة الرئيسي، وما لا يقل عن خمس إجمالي عدد

¹ Constitution du 4 octobre 1958 IN _La

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/.../constitution/constitution.pdf>

2-الفصل 102 من دستور مدغشقر لسنة 2010.

3-الفصل 176 من دستور مدغشقر لسنة 2010.

4- الفصل 114 من الدستور الجزائري 2016.

أعضاء الجمعية الوطنية الكبرى لتركيا، رفع دعوى إبطال، أمام المحكمة الدستورية مباشرة، استنادا إلى عدم دستورية القوانين والمراسيم التي لها قوة القانون. كما ينظم هذا الحق كذلك الفصل 114 من الدستور الجزائري، الذي يسمح المعارضة البرلمانية بإخطار المجلس الدستوري، وذلك طبقا للفصل 187 (الفقرتان 2 و3) من الدستور بخصوص القوانين التي صوت عليها البرلمان.

- الحق في الولوج إلى الإعلام والوصول للمعلومات:

تحتاج المعارضة البرلمانية في عملها إلى النفاذ إلى وسائل الإعلام للتعريف بسياساتها وتوضيح مواقفها، كما تحتاج إلى الحصول على المعلومات لتوظيفها في مراقبة أنشطة الجهاز التنفيذي وتتبعه. ولتحقيق هذه الغايات، مكن الدستور البرتغالي في الفصل 40 منه، الأحزاب السياسية والنقابات العمالية والمنظمات التجارية والمنظمات المهنية، والمنظمات الأخرى ذات النطاق الوطني، من الحق في وقت بث على الإذاعة والتلفزة العموميتين، وفق حجمهم وصفتهم التمثيلية، بناء على معايير موضوعية يحددها القانون.

كما للأحزاب السياسية التي تتوفر على مقعد أو أكثر في الجمعية الوطنية للجمهورية، والتي ليست جزءا من الحكومة، الحق في وقت البث على الإذاعة والتلفزة على النحو المنصوص عليه في القانون، ويحدد زمن البث وفق التمثيل النسبي لكل حزب داخل الجمعية الوطنية للجمهورية، ولها كذلك الحق في الإجابة على التصريحات الحكومية والرد عليها.

ويكون الزمن المخصص لذلك الرد، مساوياً للزمن المخصص لنشرات الحكومة ولتصريحاتها، وللأحزاب السياسية التي تتوفر على مقاعد في الجمعيتين التشريعتين لمنطقتي الحكم الذاتي، الحق ذاته داخل حدود المنطقة المعنية.

ويسمح الدستور الكولومبي في فصله 112 لأحزاب المعارضة بالوصول إلى المعلومات والوثائق الرسمية مع مراعاة القيود الدستورية والقانونية، وكذا استخدام الإعلام المملوك للدولة، طبقا للتمثيل الذي حصلت عليه في انتخابات الكونغرس السابقة، وحق الرد في نفس وسائل الإعلام.

ثانياً: تمثيل المعارضة البرلمانية في المؤسسات الوطنية واستشارتها:

لإضفاء التعددية والديمقراطية على أنشطة بعض المؤسسات الوطنية، لجأت الدساتير المقارنة إلى ضمان حضور المعارضة البرلمانية داخل تلك المجالس،

وكذلك استشارتها في الأمور التي تهم المصلحة العامة سواء على المستويين الوطني أو الدولي. ومن الدساتير التي فرضت تواجد المعارضة داخل مؤسساتها نذكر:

■ دستور النيجر¹ الذي ينص الفصل 56 منه، على "أنه عندما يكون السير العادي للمؤسسات العمومية واستمرارية الدولة مهددة يجتمع مجلس الجمهورية تحت رئاسة رئيس الجمهورية، ويتكون مجلس الجمهورية من:

-رئيس الدولة

-رئيس الجمعية الوطنية

-الوزير الأول

-رئيس المحكمة الدستورية

-زعيم المعارضة

■ دستور البرازيل² وينص الفصل 89 منه، على أن مجلس الجمهورية هو أعلى هيئة استشارية لرئيس الجمهورية، ويشارك فيه كل من:

1-نائب رئيس الجمهورية

2-رئيس مجلس النواب

3-رئيس مجلس الشيوخ الاتحادي

4-زعيم الأغلبية والأقلية في مجلس الشيوخ الاتحادي

5-وزير العدل

في حين، ينص الفصل 178 من دستور جنوب إفريقيا، على أن يكون ثلاثة أعضاء لجنة المصلحة القضائية أعضاء في أحزاب المعارضة الممثلة في البرلمان.

■ دستور كرواتيا³ الذي ينص الفصل 124 منه، على تعيين عضو من المعارضة في المجلس الأعلى للقضاء الذي يتشكل من 11 عضوا سبعة منهم قضاة، أستاذان جامعيان في القانون، نائبان برلمانيان أحدهما من المعارضة.

¹ _la Constitution de la République du Niger IN
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/ne/ne006fr.pdf>

² _ Brazil's Constitution of 1988 with Amendments IN
https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014.pdf

³ _ la constitution de la république de croatie IN
www.sabor.hr/fgs.axd?id=21500

وفي الفصل 125 منه، ينص على عضوية المعارضة في المجلس الأعلى للوكلاء الذي يتكون من 11 عضوا سبعة منهم قضاة، أستاذان جامعيان في القانون، نائبان برلمانيان أحدهما من المعارضة.

■ دستور مملكة بوتان الذي ينص الفصل الثاني منه، على عضوية زعيم المعارضة في المؤسسات الوطنية التالية:

-مجلس الوصاية الذي يتكون من:

1- أحد كبار أعضاء العائلة الملكية

2- رئيس الوزراء

3- رئيس القضاء

4- رئيس البرلمان

5- رئيس المجلس الوطني

6- زعيم المعارضة

ويمثل زعيم المعارضة في مملكة بوتان، بالإضافة إلى رئيس الوزراء ورئيس القضاة ورئيس المجلس الوطني، في اللجان الوطنية التالية:

- اللجنة المستقلة للانتخابات (الفصل 24)¹

- اللجنة الملكية للتدقيق ومراجعة الحسابات (الفصل 25)²

- اللجنة الملكية للخدمة المدنية (الفصل 26)³

- لجنة مكافحة الفساد (الفصل 27)⁴

وإضافة إلى تمثيلها في بعض المؤسسات واللجان الوطنية، فإن المعارضة تشارك أيضا في تعيين بعض الشخصيات في تلك المؤسسات. فرئيس هيئة المراقبة الخارجية للقطاع العام الوطني في الأرجنتين،⁵ يعين باقتراح من حزب المعارضة

1- هي لجنة مسؤولة على الإشراف عن تنظيم الانتخابات البرلمانية والمحلية والاستفتاءات الوطنية وضمان إجرائها بطريقة حرة ونزيهة.

2- وهي لجنة مستقلة للتحقيق وتقديم التقارير حول الاقتصاد والكفاءة والفعالية، في استخدام الموارد العامة.

3- تهدف هذه اللجنة إلى تعزيز وضمان خدمة مدنية مستقلة وغير سياسية والتي ستؤدي واجباتها العامة بكفاءة وشفافية وبطريقة مسؤولة.

4- وهي لجنة مستقلة تسعى لمنع ومكافحة الفساد، تقدم تقارير سنوية عن أعمالها وتعمل وفقا لقانون مكافحة الفساد.

5- وتختص هذه الهيئة بالمراقبة الخارجية للقطاع العام الخارجي الذي يهتم الجوانب التراثية والاقتصادية والمالية والعملية وهو اختصاص أصيل للسلطة التشريعية.

الذي يتوفر على العدد الأكبر من النواب في البرلمان (الفصل 85 من دستور الأرجنتين لسنة 1994)

■ وينص الفصل 101 من دستور مالطا، على تعيين زعيم المعارضة لأحد أعضاء المجلس الأعلى للقضاء الذي يتكون من:

- 1- النائب العام بحكم منصبه.
- 2- عضويين ينتخبون من طرف قضاة المحكمة العليا لمدة 4 سنوات.
- 3- أربعة أعضاء ينتخبون من طرف قضاة المحاكم الأدنى لمدة 4 سنوات.
- 4- عضويين، واحد يعينه رئيس الوزراء والثاني يعينه زعيم المعارضة لمدة 4 سنوات.

وتستشار المعارضة البرلمانية في تعيين بعض الشخصيات لمناصب المسؤولية، وهكذا ينظم دستور مالطا مجال الاستشارة في الفصول التالية:

الفصل 49 وينص أنه " كلما كان منصب الرئيس شاغرا مؤقتا، وحتى يتم تعيين رئيس جديد، يقوم مقامه رئيس الوزراء، بعد استشارة زعيم المعارضة".

الفصل 60 وينص على "تعيين أعضاء اللجنة العليا للانتخابات، من قبل الرئيس بعد استشارة زعيم المعارضة".

الفصل 109 وينص على تعيين أعضاء لجنة الخدمة العامة لمالطا، من قبل الرئيس بعد استشارة رئيس الوزراء وزعيم المعارضة.

الفصل 118 وينص على "تعيين الرئيس لرئيس هيئة الإذاعة لمالطا وأربعة أعضاء على الأقل بعد استشارة زعيم المعارضة".

الفصل 120 وينص على "لجنة التوظيف التي تتكون من رئيس وأربعة أعضاء يعينهم رئيس الدولة بعد استشارة رئيس الوزراء وزعيم المعارضة، حيث يستشار رئيس الوزراء في شأن تعيين اثنين من الأعضاء، ويستشار زعيم المعارضة في شأن تعيين الاثنين الآخرين".

خاتمة:

-تقدم المقتضية العامة رأيها حول الوضعية العامة للإدارة العمومية وأشغالها. تركيبة هذه الهيئة للمساعدة التقنية التابعة للبرلمان والمتمتعة باستقلالية وظيفية تؤسس حسب القانون الذي ينظم إنشاءها واشتغالها ويجب إقراره من طرف الأغلبية المطلقة للأعضاء المكونين لكل مجلس، يعين رئيس هذه الهيئة باقتراح من الحزب السياسي للمعارضة الذي يتوفر على العدد الأكبر من النواب في البرلمان... أنظر: la

Constitution de l'Argentine IN

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/ar/ar075fr.pdf>

يشكل الاعتراف الدستوري الصريح بالمعارضة وحقوقها أسمى التزام من طرف الدول التي تسعى إلى تدعيم التعددية السياسية، وجعلها من الثوابت التي يقوم عليها النظام السياسي، خاصة أن المعارضة البرلمانية أضحت اليوم وسيلة فعالة لضمان الفصل بين السلط بعد اندماج السلطتين التشريعية والتنفيذية عن طريق الأغلبية البرلمانية التابعة لها، بعد اختلال التوازن الذي كان قائما بين الجهازين التنفيذي والتشريعي، و لهذا أصبح الرهان اليوم قائما في جميع الدول على المعارضة لضمان التوازن داخل المجالس التداولية من جهة، ولتحقيق السلم الاجتماعي والسياسي بين القوى المتعارضة من جهة ثانية.

الفرق البرلمانية والإشكالات المرتبطة بتقييم ومناقشة السياسات العمومية بالمغرب

ذ. عمر سعدي

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة القاضي عياض، مراكش

مقدمة:

أعتمد في مقدمة هذه المساهمة، ثلاث منطلقات لتناول موضوع الفرق البرلمانية والإشكالات المرتبطة بتقييم ومناقشة السياسات العمومية بالمغرب¹. أنطلق من مستوى أول من أن الدستور الجديد كرس مقومات وآليات الطابع البرلماني للنظام السياسي المغربي في أسسه القائمة على سيادة الأمة، كما اعترف للبرلمان بالسلطة التشريعية، وهو ما انعكس بدوره على وضعية الفرق النيابية من حيث البناء الدستوري، إذ تمّ الخروج بها من دائرة الإشارة عند تشكيل المكتب على أساس التمثيل النسبي في الدساتير الخمسة الأولى، إلى مستوى الإقرار الصريح الضمني والمباشر في دستور 2011².

أنطلق في مستوى ثان من كون موضوع السياسات العامة و العمومية شكلا جزءاً من اهتمامات الحوار العمومي الواسع الذي شهده المغرب بعد الخطاب الملكي ل9 مارس 2011، وهو ما انعكس على الكتلة النصية في الوثيقة الدستورية الجديدة من حيث اتساع رقعة الوظائف المسندة للمؤسسة النيابية، حيث نص الفصل 70 على أن البرلمان يمارس السلطة التشريعية، ويصوت على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقيم السياسات العمومية، الأمر الذي يزكي فرضية البعد المعياري على البعد الوظيفي من حيث الإختصاص في إسناد هذه الوظيفة التقييمية المستجدة لهذه المؤسسة الدستورية.

أنطلق في مستوى ثالث من كون العلاقة التي تربط الفرق النيابية بمناقشة وتقييم السياسات العمومية في الممارسة البرلمانية المغربية، تتصل عبر آليات منهجية وتفسيرية وإجرائية قانونية، بعضها يرتبط بالعناصر التشخيصية التي

- عمر سعدي: طالب باحث بسلك الدكتوراه في القانون العام، جامعة القاضي عياض، مراكش. ¹

- ينظر الفصول الدستورية التالية: (10- 61 - 62 - 63 - 69). ²

تعتمدها هذه المكونات النيابية بناء على المعطيات والمعلومات المُحصل عليها، وبعضها الآخر مستمد من فلسفة التقييم والمناقشة المكفولة لها على اعتبار أنها من صميم الوظائف المنوطة بها لتقدير وتثمين الأهمية للمضمون الذي تنطوي عليه، وفي تحديد الآثار التي تترتب عنها.

في ضوء هذه المنطلقات الثلاث، نتساءل عن العلاقة التي تربط الفرق البرلمانية بمجال تقييم ومناقشة السياسات العمومية، وطبيعتها، وحدودها انطلاقاً من الأسس المرجعية في تنزيلها على مستوى البناء (الفرع الأول) لنقيس في محطة ثانية الأثر الذي تحدثه على مستوى الأداء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسس المرجعية في تنزيل تقييم ومناقشة الفرق البرلمانية للسياسات العمومية.

بالنظر للدور الذي تقوم به، تعتبر الفرق النيابية أهم بنيات المؤسسة البرلمانية، ومصدر تنظيم وتفعيل العمل البرلماني، فالمكانة التي تحتلها بالمعنى الوظيفي، تُسائل الفلسفة العامة والبناء المعياري في اعتماد مبدأ تقييم ومناقشة السياسات العمومية من خلال العناصر المرجعية والمنهجية والتفسيرية (الفقرة الأولى)، على أن هذه المكانة ستتضح أكثر على مستوى التنزيل كـمجال للممارسة النيابية، من خلال تكوين مجموعة العمل الموضوعاتية المؤقتة الخاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العناصر التفسيرية في تقييم ومناقشة الفرق النيابية للسياسات العمومية على مستوى التنزيل.

تعتبر الفرق النيابية بمثابة تقليد مؤسساتي قاد منتخب الأمة إلى التكتل في فضاء البرلمانات وفقاً للتوجهات السياسية المتقاربة، في نوع من احترام مبدأ الاستقلال التام للتمثيلية، الأمر الذي جعل منها أجهزة تنظيمية مستقلة، يناط بها ترتيب العمل البرلماني، ومدخل أساسي لفهم الجانب المتعلق بالوظائف التشريعية. هذه الوظائف البرلمانية تختلف حدود مباشرتها بحسب السياق الدستوري والإطار القانوني المنظم لها، إذ عرفت تطوراً كبيراً ونوعياً ضمن أحكام دستور 2011، حيث اقتضت الحاجة إلى توطيد مكانة المؤسسة البرلمانية، وتعزيز دورها في النظام الدستوري الوطني، بالإرتقاء بها من مجرد مؤسسة دستورية

إلى اعتبارها سلطة تشريعية، وهو ما ترجمته الفقرة الأخيرة من الفصل 70 من الدستور، بالنص على أن "السلطة التشريعية يمارسها البرلمان"، هذه السلطة تنتظم في شكل مبادرات فردية أو جماعية، رغم أن كثيرا من الحقوق المرتبطة بالعمل التشريعي لها طابع شخصي، يمارسها النائب بصفته ممثلا للأمة، إلا أنها في العديد من الأحيان، تنتظم وتتحرك وفقاً لتوجهات الفرق النيابية، وبحسب الإصطاف السياسي لهذه الأخيرة بين مكونات الأغلبية والمعارضة.

واعتبارا للدور المهم الذي تمثله المؤسسة التشريعية في مراقبة وتقييم السياسات العمومية، وهي الأعمال التي تتميز بناء على الإمكانيات والحدود العملية المرصودة للمؤسسة النيابية في الأنظمة السياسية والدستورية¹، فإن دسترة هذه الأخيرة يجسد احتضانا لهذه المطالب، وتجاوبا بما هو معمول به على المستوى الدولي في الأنظمة البرلمانية، فوفقاً لأحكام دستور 2011 أصبحت الفرق البرلمانية بالإضافة إلى باقي المكونات النيابية الأخرى تمتلك سلطة تقييم السياسات العمومية، إذ يشير الفصل 70 من الدستور على أن "البرلمان يمارس السلطة التشريعية، ويصوت على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقوم السياسات العمومية"²، وتأكيدا لهذا التوجه الدستوري تم تخصيص جلسة سنوية لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها³، عبر دراسة أثرها الاجتماعي والثقافي والاقتصادي والبيئي، كما أصبح البرلمان مختصاً أيضاً بتحليل التكلفة المالية لهذه السياسات وتقييم مدى تحقيقها لأهدافها، وهو ما يستفاد من منطوق الفصل 148 من الدستور في فقرته الأولى والذي يشير إلى كون المجلس الأعلى للحسابات يقدم مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العامة، ويجب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة والتقييم المتعلقة بالمالية العامة⁴، بالإضافة أيضاً إلى المؤسسات والهيئات الدستورية التي نص عليها الدستور في الفصول 161 إلى 170 والتي تقدم وجوبا تقارير عن أعمالها مرة وحدة في السنة لتكون موضوع مناقشة من طرف البرلمان بحسب منطوق الفصل 160 من الدستور.

1- كما هو الحال في التجربة الإنجليزية والفرنسية.

2- ينظر الفصل 70 من الدستور 2011

- ينظر الفصل 101 من دستور 2011³

4- ينظر الفصل 148 من الدستور 2011.

إن التوظيف الدلالي من حيث الصياغة اللفظية الذي تبناه المشرع الدستوري في التمييز بين التقصي *enquête* والمراقبة *évaluation* والتقييم *contrôle* يوضح بجلاء رغبة المشرع المغربي في تقوية سلطات البرلمان، والانتقال به من مجرد منظومة برلمانية رقابية تقليدية إلى منظومة برلمانية تقييمية حديثة، الأمر الذي يتيح للفرق النيابية إمكانات دالة في تفعيل العمل البرلماني، ومساءلة الجهاز التنفيذي في تقدير إعداد هذه السياسات التنموية داخل الدولة بانسجام مع السياسة العامة المحددة في البرنامج الحكومي، باعتبارها أعلى مستويات التخطيط التنموي، مادام تنزيلها يستهدف حل الإشكالات البنوية والهيكلية للدولة، وأن عملية صياغتها تكمن في وضع الأهداف العملية المرجوة منها، والبرامج المرتبطة بها التي عادة ما تنصبّ على المخططات القطاعية التي تتضمنها هذه البرامج.

الفقرة الثانية: تكوين مجموعة العمل الموضوعاتية المؤقتة الخاصة بتقييم

ومناقشة السياسات العمومية.

إن ارتباط الفرق البرلمانية بتقييم ومناقشة السياسات العمومية، يجد سنده بالإضافة إلى المقترحات الدستورية، في آلية الإقتراح التي منحها إياهما النظام الداخلي لمجلس النواب والمستشارين، وبذلك نصت المادة (289) من النظام الداخلي لمجلس النواب والتي أشارت بالقول "تحضيراً للجلسة السنوية لمناقشة السياسات العمومية، يحدد مكتب مجلس النواب السياسة العمومية المقترحة للتقييم بناء على اقتراحات الفرق والمجموعات النيابية في بداية السنة التشريعية، كما يمكنه أن يعمد على برمجة متعددة السنوات".

وفي نفس المنحى نصت المادة (265) من النظام الداخلي لمجلس المستشارين بالقول "تحدد السياسات العمومية المراد تقييمها من طرف مجلس المستشارين في مستهل دورة أكتوبر من كل سنة تشريعية، وذلك بناء على اقتراح من رؤساء الفرق ومنسقي المجموعات البرلمانية، ويتولى المكتب تحديد هذه المواضيع". ومن أجل هذه الغاية، أسند المشرع البرلماني تحضير الجلسة السنوية لمناقشة وتقييم السياسات العمومية لمجموعات عمل موضوعاتية مؤقتة¹، حيث

¹ في التجربة الفرنسية، شمل الإصلاح الدستوري لسنة 2008 تكريس الدور الرقابي للبرلمان في مجال مراقبة وتقييم السياسات العمومية، فبعدما نص الدستور الفرنسي في فصله 24 على "أن البرلمان يصوت على القانون ويراقب العمل الحكومي ويقيم السياسات العمومية"، جاء الفصل 48 منه، ليخصص أسبوع واحد من أصل أربع أسابيع حسب الأولوية وبالترتيب الذي يضعه كل مجلس لمراقبة عمل الحكومة وتقييم السياسات العمومية، وهو الأمر الذي أكدّه أيضاً الفصل 47 -

أوكل لها تتبع إنجاز التقييم في الموضوع الذي حددهما مكتبتا المجلسين وفق الانتداب الذين أعدهما¹.

وتتألف هذه المجموعات في مجلس المستشارين من ممثل عن جميع الفرق على الأقل والمجموعات البرلمانية عند الإقتضاء، ويتراوح أعضاؤها بين عشرة وعشرين عضوا كحد أقصى على أن يراعى مبدأ التخصص في الاختيار، حيث تنتخب كل مجموعة عمل بالإضافة إلى رئيسها نائبين ومقرر للمجموعة، أما على مستوى مجلس النواب فتتألف من ممثل واحد عن كل فريق نيابي ومن كل مجموعة نيابية من بينهم رئيس ومقرر أحدهما من المعارضة²، وتباشر مهامها وفق أحكام

- من الدستور ذاته، حينما أشار بالقول في فقرته الثانية على أن "ديوان المحاسبة يساعد البرلمان في مراقبة تنفيذ قوانين الموازنة، وتطبيق قوانين تمويل الضمان الاجتماعي، وكذا تقييم السياسات العامة"، هذه الفصول الدستورية تبلورت أيضا على مستوى الأنظمة الداخلية للمؤسسة التشريعية الفرنسية، حيث نص النظام الداخلي للجمعية الوطنية لشهر ماي 2009 في مادته (146) على خلق لجنة تقييم ومراقبة السياسات العمومية **Comité d'évaluation et de contrôle des politiques (CEC) publiques**، وهي لجنة دائمة يرأسها رئيس الجمعية الوطنية، وتضم 36 عضوا يتم تعيينهم من قبل الفرق النيابية المنتمية للجمعية الوطنية.

- على المستوى المملكة المتحدة، فقد تم تحويل هذه المهمة إلى لجنة المراقبة العامة (PAC) التي تعتمد في أعمالها على إنجازات ميدانية يقوم بها المكتب الوطني للإفتحاص (NAO).
- في التجربة السويسرية، أنشأ برلمانها الفيدرالي في مستهل التسعينات مكتب برلماني لمراقبة الإدارة (OPCA)، وجعل من مهامه الرئيسية تقييم الأداء العمومي لفائدة اللجان البرلمانية. للمزيد، ينظر كل من:

- الدستور الفرنسي الفصول (24-47-48).
- النظام الداخلي للجمعية الوطنية الفرنسية المادة (146).
- البرلمان، مجلس النواب المغربي: "دور البرلمان في تقييم السياسات العمومية"، أشغال الندوة التي نظمت بمجلس النواب يوم 3 يونيو 2015، الرباط، الطبعة 2016، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، ص 18 و 19.
- طه لحميداني: "البرلمان المغربي وتقييم السياسات العمومية"، مجلة أنفاس الحقوقية، العدد الرابع، مطبعة إمستيتن يوليو 2012، ص 72-73.
- نذير المومني: "ورقة خلفية حول دور البرلمان في إعداد مراقبة وتقييم السياسات العمومية (حالة المغرب)"، مسودة عن المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، التاريخ غير متوفر، ص 2.
- Gilles Massardier : « Politiques et action publique »; Ed : Armand colin, Paris, 2003, p 23 et 61 .

1 - المادة (290) من النظام الداخلي لمجلس النواب، والتي تقابلها المادة (266) من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

2- في التجربة الفرنسية، وحسب المادتان (37 و 146) من النظام الداخلي للجمعية الوطنية، تتكون لجنة المراقبة وتقييم السياسات العمومية من (رئيس المجموعة الوطنية الذي يترأسها، رؤساء اللجان الدائمة، رئيس لجنة الأشغال الأوروبية، المقرر العام للجنة المالية والاقتصاد ومراقبة الميزانية، النائب الأول لرئيس مكتب البرلمان لتقييم الاختيارات العلمية والتكنولوجية، رئيس المندوبية البرلمانية لحقوق المرأة والمساواة، رؤساء الفرق البرلمانية، خمسة عشر يعينون من قبل رؤساء الفرق البرلمانية).

النظام الداخلي، إذ تتفق على منهجية وبرنامج عمل واضح يعتمد المراحل الرئيسية التالية¹:

- ❖ صياغة المصطلحات والعناصر المرجعية لتقييم الموضوع؛
- ❖ تجميع المعطيات الأولية وإطلاق الأبحاث المحددة؛
- ❖ المصادقة على استنتاجات الأبحاث والدراسات؛
- ❖ وضع التوصيات والإقتراحات؛
- ❖ صياغة تقرير التقييم؛

وعادة ما تتكون هذه العملية من مرحلتين رئيسيتين، تتعلق الأولى ببرمجة عمليات التقييم، فيما الثانية مرتبطة بالإشراف على تنفيذها، حيث تتصل المرحلة الأولى بالاختصاصات الممنوحة لمكتبي البرلمان بمجلسيه والتي تهتم بالأساس:

❖ تحديد السياسات العمومية المزمع تقييمها باتفاق مع رؤساء الفرق البرلمانية؛

❖ تحديد الاختيارات النهائية بالنسبة للسياسات العمومية التي سيتم تقييمها؛

❖ متابعة تنفيذ برنامج التقييم وتعديله أو تحيينه إن اقتضى الأمر ذلك².
بينما تكمن العملية الثانية في الإشراف على تنفيذ وتفعيل إجراءات التقييم، وهي من صميم الاختصاصات الموكولة للجنة المكلفة بتقييم السياسات العمومية، حيث تهتم بالأساس:

❖ الإشراف المباشر والتأكد من تقدم عمليات التقييم وفق الجدولة الزمنية؛

❖ مواكبة كل التغييرات والصعاب التي يمكن أن تطرأ على الأعمال التي يتعين إنجازها، وفق مقاربة تشاركية تهتم جل المتدخلين في عملية التقييم؛

❖ التحقق من مدى متابعة التوصيات الصادرة عن مجلسي البرلمان، وفي مدى التزام الحكومة والمؤسسات التي طالها التقييم بتفعيلها.

إن أعمال وظيفة تقييم ومناقشة السياسات العمومية عبر الفرق النيابية من خلال التنصيب على آلية مجموعات العمل الموضوعاتية يطرح معه سؤال

1 - المادة (291) من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2017.

2 - "الإطار المرجعي للتقييم العمومية"، الصادر عن منشورات مجلس النواب المغربي، دار أبي رقراق،

الاختصاص و الاستمرارية، فالطابع المؤقت التي تتصف به هذه المجموعات يجعل منها أداة مكتملة في تعزيز آليات الرقابة عَوْضَ التقييم، والحال هنا؛ أن هذه الوظيفة الدستورية الجديدة تستدعي في نظرنا الخروج بهذه المجموعات من الطابع المؤقت إلى التنصيب عليها ضمن لجنة دائمة تختص بتقييم ومناقشة السياسات العمومية بكلا المجلسين¹، على غرار بعض التجارب الدستورية². فهل يستقيم هذا الطرح النظري لهذه الوظيفة التقييمية الجديدة مع ممارسة الفرق النيابية لها في التطبيق المغربي؟

الفرع الثاني: قياس أثر تقييم ومناقشة الفرق البرلمانية

للسياسات العمومية.

يهدف تقييم ومناقشة السياسات العمومية بشكل عام إلى إعطاء قيمة لمخرجات السياسة موضوع المناقشة والتقييم، والأكد أن قياس فاعلية وأثر السياسات العمومية من قبل الفرق البرلمانية يمر بمجموعة من القنوات، أبرزها التصويت على البرنامج الحكومي (الفقرة الأولى)، ثم الجلسة السنوية الخاصة بتقييم ومناقشة السياسات العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: على مستوى البرنامج الحكومي.

1 - وسّعت صياغة الفقرة الثانية من المادة (48) من النظام الداخلي لمجلس النواب 19 نوفمبر 2013، من تأويل صلاحيات البرلمان في مجال تقييم السياسات العمومية، وجعلت بإمكان اللجان الدائمة أن تُخصص اجتماعات لتقييم السياسات العمومية للقطاعات التي تدخل ضمن اختصاصها، الأمر الذي اعتبره المجلس الدستوري في قراره رقم 12.829 غير مطابق للدستور، معللاً ذلك بالقول: "بما أن الفقرة الثانية من الفصل 101 للدستور تنص على تخصيص جلسة سنوية من قبل البرلمان لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، وهو ما يستفاد منه أن مناقشة السياسات العمومية وتقييمها من قبل مجلسي البرلمان في جلسات عمومية تعقد في نفس الفترة وليس في نطاق اللجان البرلمانية، الأمر الذي يكون معه ما تضمنته هذه المادة من خلال إمكانية تقييم السياسات العمومية في إطار اللجان الدائمة غير مطابق للدستور"، وفي اعتقادنا فإن هذا المنحى الذي سلكه المجلس الدستوري في مركزه هذا التقييم وفق قطب مستقل بعيداً عن اللجان الدائمة يجعل من هذا التقييم إطاراً فرعي لا يتماشى وخصوصيات المرحلة الجديدة التي دشنها البرلمان المغربي في إعماله لهذه الوظيفة عملاً بما جاء به الدستور الجديد، وبالتالي فإن هذا القيد القضائي في تحديد قواعد عمل اللجان الدائمة لم يستطع معه في نظرنا الخروج بمكانة هذه الأخيرة من موقع التفاوض والتداول حول السياسات العمومية إلى موقع سلطة التقييم، والحال هنا وكما جاء في المتن فإن التنصيب على إحداث لجنة دائمة لتقييم السياسات العمومية ومناقشتها سبغلي من طبيعة هذا التقييم، كما سيعزز مكانته وفق المقربب الدستوري والتنظيمي معاً.

2 - كما هو الحال بالنسبة للتجربة الفرنسية والتي نصت المادة (146) من النظام الداخلي للجمعية الوطنية على إحداث لجنة لمراقبة وتقييم السياسات كالتالي:

- 2- Article 146-2 : « Il est institué un comité d'évaluation et de contrôle des : politiques publiques »

من المؤكد أن ممارسة اختصاص السلطة التنفيذية المتصل بصياغة وإعداد وتنفيذ السياسات العمومية تتم وفق أحكام الدستور التي تحدد اختصاص ومجال تدخل كل سلطة أو مؤسسة دستورية، كما "تحدد نفس الأحكام الدستورية مجال ممارسة الوظيفة البرلمانية المرتبطة بالسياسة العامة وبالتوجهات الاستراتيجية وبالسياسات العمومية"¹، فالبرلمان يمنح الحكومة ثقته عند تنصيبها وفق تعاقده واضح معبر عنه بالبرنامج الحكومي²، ويتضمن هذا البرنامج الخطوط الرئيسية للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به في مختلف مجالات النشاط الوطني، وبالأخص في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والخارجية³، حيث يكون هذا البرنامج موضوع مناقشة أمام كلا المجلسين، وهي المنفذ الذي من خلاله تناقش فيه الفرق النيابية التصريح الحكومي قبل أن يُصوت عليه بمجلس النواب .

وإذا كان البرلمان يختص دستوريا بمنح الثقة للحكومة عبر المصادقة على البرنامج الحكومي⁴، فإن الحكومة تقوم بتنزيل المحاور الكبرى لهذا البرنامج، إضافة إلى المبادرة التشريعية، عبر السياسات العمومية أو السياسات القطاعية⁵، الأمر الذي يُفترض معه أعمال الوظيفة التقييمية للفرق النيابية من خلال تقييم ومناقشة السياسات العمومية وفق الضوابط والشكليات المحددة في الدستور، وفي النظام الداخلي لمجلسي البرلمان.

الفقرة الثانية: الجلسة السنوية لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها.

اعتبارا لكون الاختصاص البرلماني في مجال مناقشة السياسات العمومية يشكل أحد المستجدات التي أتى بها دستور 2011، والتي تدل على التطور الوظيفي الحاصل في الشأن البرلماني المغربي قصد جعل هذه المؤسسة فاعلا أساسيا في مراقبة المنظومة التدبيرية للدولة، فقد عمل المشرع البرلماني على تنزيل هذا

1- "الإطار المرجعي للسياسات العمومية بمجلس النواب"، مرجع سابق، ص 36.

2- على الرغم من أنه لا يوجد نموذج موحد بخصوص تنصيب الحكومة ومدى مسؤوليتها السياسية أمام البرلمان (l'investitures parlementaires)، فالتنصيب البرلماني للحكومة يعني أن هذه الأخيرة منتخبة من البرلمان، بحيث تشكل المؤسسة النيابية الهيئة الانتخابية لها. ينظر:

- Prelot Marcel et Jean Boulouis : « Institutions politiques et Droit Constitutionnel. 6^{ème} édition, Dalloz, 1975 France, p: 92-93.

3 - الفصل 88 من دستور 2011.

4 - عبد الغني اعبيزة : مرجع سابق، ص 72.

5 - "الإطار المرجعي للسياسات العمومية"، مرجع سابق، ص 36.

المقتضى الدستوري¹، عبر تخصيص الباب الخامس من النظام الداخلي لمجلس المستشارين²، والباب السابع من النظام الداخلي لمجلس النواب³، لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها.

ورغم وجود هذه الترسانة القانونية، إلا أنه على مستوى التطبيق لاحظنا أن هذه الآلية التقييمية الجديدة اعترافاً نوع من الارتباك، وهذا ما سجلناه من حيث الفترة الزمنية التي استغرقتها لكي تُمارسَ وظيفياً رغم تسجيل العديد من الجلسات الشهرية لرئيس الحكومة، حيث لم يُفعل مجلس النواب هذه الآلية إلا في اللحظات الأخيرة من عمر الولاية التشريعية التاسعة 2011-2016، في حين كان مجلس المستشارين سابقاً إلى ذلك، وهو ما تُرجم فعلياً من خلال السنة التشريعية 2015-2016.

ويمكن تفسير هذا التأخر من جهة، إلى غياب التكوين الوظيفي لغالبية البرلمانيين نواباً ومستشارين في مجال التقييم، باعتباره وظيفة دستورية مُستجدة عليهم، ومن جهة أخرى إلى عدم كفاية النظامين الداخليين لكلا المجلسين في توضيحهما لتقنيات التقييم، الأمر الذي تطلب معه إصدار مرجع موازي قصد تنزيل التقييم البرلماني للسياسات العمومية منزلة التطبيق.

وتبعاً لذلك؛ فقد بادر مجلس المستشارين إلى إصدار مذكرة تحت إسم "المذكرة التوضيحية للأحكام المنظمة للجلسة السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها"، وقد تضمنت هذه المذكرة المراحل التي يمر منها التفعيل، والتي همت بالأساس مرحلة الاقتراح، ومرحلة التحضير، ثم مرحلة المناقشة⁴.

1 - الفقرة الثانية من الفصل 70 والفصل 101 من دستور 2011.

2 - النظام الداخلي لمجلس المستشارين: المواد من (264 إلى 269).

3 - النظام الداخلي لمجلس النواب: المواد من (211 إلى 217).

4 - شملت إجراءات التفعيل المراحل التالية:

❖ مرحلة الاقتراح

* مكاتبة الفرق والمجموعات البرلمانية من لدن رئيس المجلس تبعاً لمداولات المكتب من أجل اقتراح السياسات العمومية المراد تقييمها من طرف مجلس المستشارين في مستهل دورة أكتوبر من كل سن تشريعية

* قيام المكتب بتحديد المواضيع بتنسيق وتكامل مع مجلس النواب

* إحاطة رئيس الحكومة علماً بذلك

❖ مرحلة التحضير

على مستوى مجلس النواب، فقد تمّ اعتماد إطار مرجعي لتقييم السياسات العمومية، مكون من 126 صفحة، حيث تناول بالشرح والتحليل مختلف الجوانب التي يمر بها عنصر التقييم البرلماني وطرق ممارسته على الشكل المطلوب، مسترشدا ببعض التجارب المقارنة في ذلك¹. أمّا على المستوى العملي، فقد شكّل مجلس النواب، لجنتان موضوعيتان، همّتا بالأساس، تقييم برنامج الكهرباء القروية الشمولي (PERG)، والبرنامج المندمج لتزويد العالم القروي بالماء الصالح للشرب (PAGER)²، ولأجل هذه الغاية؛ أعدت لجنة تقييم السياسات العمومية منهجية للاشتغال، حيث صاغت ثلاث أسئلة مرفوقة بتحديد المعايير الإجرائية المستخدمة في ذلك، وقد خرجت في الأخير بتوصيات استراتيجية وباقتراحات

-
- * إحداث مجموعات موضوعاتية مؤقتة تحت إشراف المكتب، تتألف من جميع الفرق على الأقل والمجموعات البرلمانية عند الاقتضاء، ويتراوح عدد أعضائها ما بين 10 و20 عضوا
 - * هيكلية هذه المجموعات وفق مقارنة تراعي حقوق المعارضة -
 - * تتولي المجموعات الموضوعاتية إعداد مذكرة حول السياسات الخاضعة للتقييم
 - * حق رئيس مجموعة العمل الموضوعاتية عن طريق مكتب المجلس في طلب عقد اجتماع اللجان أو اللجان الدائمة المراد تقييمها
 - * إمكان حضور الحكومة لاجتماعات مجموعات العمل الموضوعاتية
 - * انتهاء أعمال المجموعات الموضوعاتية المؤقتة بإيداع تقاريرها لدى مكتب المجلس
- ❖ مرحلة المناقشة**

- * تحديد رئيس مجلس المستشارين خلال النصف الأول من دورة أبريل، بناء على اتفاق مع رئيس مجلس النواب وعلى مداوات مكتب كل مجلس على حدة تاريخ الجلسة السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها المحددة في جدول الأعمال.
- * عقد الجلسات العامة في كل مجلس بصورة منفصلة خلال نفس الفترة المتفق عليها
- * تولي مكتب مجلس المستشارين عرض تقارير المجموعات الموضوعاتية المؤقتة على الجلسة العامة، وتنظيم الجلسة من قبل ندوة الرؤساء.
- * إعطاء الكلمة في الجلسة العامة للفرق والمجموعات البرلمانية وللحكومة ثم للفرق والمجموعات البرلمانية
- * ضبط أعمال الجلسة في محضر يتضمن وقائع المناقشة وتوجه نسخة منه إلى رئيسا الحكومة ومجلس النواب.

- ينظر : "المذكرة التوضيحية للأحكام المنظمة للجلسة السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها،" مجلس المستشارين، مديرية البرامج والمراقبة، والتي تم الاطلاع عليها بتاريخ 22--05 2020 على الرابط الإلكتروني، www.chambredesconseillers.ma
- 1 - جاء هذا الدليل مُكون من أربع فصول، حيث تناول الفصل الأول منه، الأساس الدستوري لتقييم السياسات العمومية، بينما حدّد الفصل الثاني الإطار المفاهيمي، في حين حمل الفصل الثالث مبادئ التقييم البرلماني للسياسات العمومية، فيما تناول الفصل الرابع الدليل العملي للتقييم.
- 2 - كما نشير هنا أنه قد تشكلت مجموعة عمل موضوعاتية في الولاية التشريعية العاشرة من سنتها الثالثة 2018 همّت بالأساس "موضوع التعليم الأولي"، حيث حظي هذا الموضوع بتوافق كافة الفرق والمجموعات البرلمانية ليكون موضوعا للتقييم اعتبارا لأهميته الإستراتيجية في المنظومة التعليمية.

عملية، والتي يمكن من خلالها أن تُجود تدخل الحكومة في القطاعات التي ترتبط بالتقييم¹.

على مستوى مجلس المستشارين، تمّ تشكيل مجموعتان موضوعيتان، الأولى همّت "الحكامة الترابية ومتطلبات التنمية الجهوية"، والثانية شملت موضوع "تقييم السياسات العمومية المرتبطة بإنتاج الثروة"، ودون الإسهاب في المراحل التي قطعها التقييم والتوصيات الصادرة عنهما²، نسجل بخصوص المجلسين ما يلي: ✓ أولاً: نسجل التأخر الكبير في تنزيل هذا المقتضى الدستوري بكلا المجلسين، وهو ما أثر على الحصيلة السنوية لتقييم السياسات العمومية في

1- للمزيد، ينظر كل من:

ـ تقرير البرنامج المندمج لتزويد العالم القروي بالماء الصالح للشرب PAGER مجلس النواب، 2 غشت 2016.

تقييم السياسات العمومية من طرف البرلمان، حالة مجلس النواب بالمملكة المغربية، عرض تقدّم به "نجيب الخدي"، الكاتب العام لمجلس النواب بالمملكة المغربية، والتي تم الاطلاع عليه بتاريخ 06-08-2019 والمنشور على الرابط الإلكتروني: www.asgp.com

503 - جاء هذا التقرير والمكون من 271 صفحة، ليلسط الضوء على مسألة واقع التنمية الجهوية والحكامة الترابية بين سنوات 2011-2015، وقد خلص إلى أن مكمن الخلل، يكمن في غياب التكامل والانسجام، والتنسيق والتواصل في نفس الإقليم والجهة، عند إعداد وتنفيذ المخططات التنموية الترابية، وفي غياب التكامل بين القطب الحضري والقروي لنفس الجماعة الترابية، بالإضافة إلى غياب المقاربة الإنمائية بين الإدارات العمومية حين إعداد أو تنفيذ السياسات القطاعية المنجزة لفائدة الجماعات الترابية، سواء من طرف الإدارات أو المؤسسات العمومية، وكذلك إلى افتقار البرامج التنموية الترابية لمبدأ الإستدامة، وضعف التوفيق بين الإقتصادي والاجتماعي والبيئي في هذه البرامج، وتداخل الإختصاصات بين الوحدات الترابية، وتبعاً لذلك، فقد تمت صياغة مجموعة من التوصيات، جاءت كلها لتدارك النقائص التي تعترض السير العام لآليات التنمية الجهوية ولمتطلبات الحكامة الترابية كل من موقعه. ينظر: -تقرير المجموعة الموضوعاتية المؤقتة المكلفة بالتحضير للجلسة السنوية لتقييم السياسات العمومية حول موضوع، الحكامة الترابية ومتطلبات التنمية الجهوية، البرلمان المغربي، مجلس المستشارين، يوليوز 2015، ص 168-170.

ـ التقرير الثاني، إرتبط بتقييم السياسات العمومية بخصوص إنتاج الثروة، وقد أنجزته لجنة موضوعاتية في شهر يوليوز من سنة 2016، بحيث تكون هذا التقرير من 179 صفحة، همّ بالأساس خمس محاور، المغرب الأخضر، التسريع الصناعي، استراتيجية المغرب الرقمي، الطاقات المتجددة، المغرب الأزرق. وبخلاف التقرير الأول، يلاحظ أن هذا التقرير صيغ بطريقة إنشائية وصفية، عوض تحليل المعطيات بإبعادها ومؤشرات الرقمية، الأمر الذي أفقده مضمونه التقييمي. ينظر:

- تقرير المجموعة الموضوعاتية المؤقتة المكلفة بالتحضير للجلسة السنوية لتقييم السياسات العمومية المرتبطة بإنتاج الثروة، البرلمان المغربي، مجلس المستشارين، يوليوز 2016.

الولاية التشريعية التاسعة، الأمر الذي يسائل معه هذه الوظيفة على مستوى المنهج التقييمي والبنية المعيارية المعمول بها¹.

✓ **ثانياً:** نسجل أن مجلسي البرلمان ومن خلال اعتمادهما على مذكرة توضيحية ودليل مرجعي للأحكام المنظمة للجلسة السنوية المخصصة لمناقشة السياسات العمومية وتقييمها، وإن جاء متأخران نسبياً، فإنهما سهلا مقروءية الأحكام المؤطرة للجلسة، ومن تمّ ضمنا تطبيق نيابي يتخذ من المقتضى الدستوري ومن الجودة في التقييم واقتراح البدائل الاستراتيجية أساسا وهدفا لهما.

✓ **ثالثاً:** نسجل أن موقع الفرق النيابية من هذا التقييم يندرج في إطار الشروط القبلية التي على أساسها تتشكل المجموعات الموضوعاتية المؤقتة بغية اقتراح السياسات العمومية المراد تقييمها ومن تمّ مناقشتها بكلا المجلسين، وبذلك تكون هذه الأخيرة الأداة الإجرائية التي يفعل بها هذه الآلية الدستورية الجديدة رفقة باقي المؤسسات والهيئات².

✓ **رابعاً:** نسجل أخيراً أن تقييم السياسات العمومية من قبل الفرق النيابية، خاضع لموافقة الحكومة، من خلال الإجتماع الذي يُعقد في ندوة الرؤساء، والذي على أساسه تستجيب الحكومة أو ترفض المواضيع المراد تقييمها، وبالتالي، فهذه الوظيفة الدستورية خاضعة لمؤثرات سابقة على التقييم في حد ذاته، والتي تتداخل فيها مجموعة من العوامل ذات الأبعاد السياسية والإعلامية والمجتمعية بصفة عامة.

1 - القصد هنا الأدوات والوسائل المنهجية التقييمية « méthodes évaluatives »، ثم البنية المعيارية التي يتأسس عليها التقييم البرلماني سواء تعلق الأمر بالتقييم الاستباقي أو المواكب أو البعدي. ينظر كل من:

- Bernard Perret : « L'évaluation des politiques publiques » ED. La découverte ;Paris ;2001,p:68.

- Mohamed Harakat : « Gouvernance et évaluation des politiques publiques : essai sur le rôle du parlement dans l'évaluation de l'action textes et présentés - publique au Maroc » in Gouvernance et au Maroc ; par Mohamed harakat ; nouvelle gestion publique série management stratégique ;n°6 ;2005 ; Publication de la revue Marocaine d'Audit et développement:48-72.

2 - على اعتبار أن هذا التقييم لم يبقى منحصرًا فقط على مستوى الهيئات والمؤسسات، بل تعداه إلى المعنيين بذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

نظام الحكم المستقبلي لدولة فلسطين في مشروع الدستور

د. مجاهد خالد هلاي

دكتور في الحقوق

جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال

تخصص القانون الدستوري وعلم السياسة

مقدمة:

لقد ذهب الفلسطينيون بعد انتهاء المرحلة الانتقالية في ماي 1999 بدون التوصل إلى الإعلان عن الدولة الفلسطينية، كما كان متفق عليه، وتعد عملية الانتقال، وبروز العديد من المؤشرات التي تستبعد ذلك، إلى التحضير الدستوري لاستقلال الدولة⁽¹⁾، كأحد الخيارات السياسية لتغطية الفراغ القانوني المترتب على انتهاء المرحلة الانتقالية، وكإشارة إلى الإصرار الفلسطيني على بلوغ الدولة. حيث سيعين رئيس منظمة التحرير رئيس لجنة الدستور التي عملت على الإعداد للدستور الفلسطيني بشكل متواصل في العامين: 1999-2000⁽²⁾، بحيث أثمرت جهودها وضع المسودة الأولى من مشروع الدستور الفلسطيني⁽³⁾.

(1) بيد أن فكرة صياغة دستور فلسطيني طرحت أول مرة في وثيقة الاستقلال الفلسطينية، عقب التطورات المفصلية التي طرأت على المشروع الوطني لمنظمة التحرير، تحت وقع تأثير المتغيرات السياسية العربية والدولية المرتبطة بالصراع مع دولة الاحتلال الإسرائيلي، التي أدت بمنظمة التحرير إلى تبني مشروع الدولة الفلسطينية على الأراضي المحتلة منذ العام 1976 وفقا لقرارات الشرعية الدستورية. ونتيجة لتصورها بأن قيام الدولة أصبحت مسألة حتمية بحكم استجابتها للشرعية الدولية.

(2) خضر، محمد، التنظيم الدستوري في فلسطين: دراسة تمهيدية لغايات اقتراح النصوص الناظمة للحقوق والحريات والسلطة القضائية في دستور دولة فلسطين المقبل "دراسة محكمة"، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة "مساواة"، الطبعة الأولى، 2015، ص: 34.

(3) غير أن الاهتمام الفلسطيني بالدستور سينقل بشكل كبير عقب اندلاع الانتفاضة الفلسطينية "انتفاضة الأقصى" سواء من قبل لجنة الدستور، أو من قبل مؤسسات المجتمع المدني الفلسطيني. ولم يتجدد الاهتمام الفلسطيني بالمسألة الدستورية مرة أخرى، إلا عقب إعلان الاتحاد الأوروبي وتصريحات الرئيس الأمريكي "جورش بوش" ووزير خارجيته "كولن بول" المتعلقة بالدولة الفلسطينية، وأصبح الأمر حاجة ملحة عقب الإعلان عن خطة خارطة الطريق المبنية على الأداء في أواخر العام 2002، للمزيد راجع: عابدين، عصام، سير العملية الدستورية وكيفية بناء الدستور الفلسطيني: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية-دائرة السياسة والحكم، يونيو 2004، ص: 8.

وعلى الرغم من أن السبب الرئيسي وراء إعداد مسودة دستور دولة فلسطين، يعود إلى الاستجابة للالتزامات الدولية الواقعة على السلطة الفلسطينية بموجب خطة خارطة الطريق⁽¹⁾، إلا أن المسألة الدستورية في الوقت نفسه غدت مطلباً فلسطينياً مع موجة الإصلاحات التي أعلنت عنها السلطة الوطنية عام 2002 في مختلف الجوانب الدستورية والقانونية والمالية⁽²⁾.

ونتيجة هذه الأحداث المتسارعة، أعيد تفعيل لجنة الدستور، التي استمر عملها إلى غاية نشر المسودة الثالثة المنقحة من الدستور الفلسطيني بتاريخ 15 مايو 2003⁽³⁾، وهي آخر مسودة في مراحل سير العملية الدستورية لغاية الآن. حيث كان من المفترض بموجب خطة خارطة الطريق قيام الدولة بحلول عام 2005، إلا أنه تم تأجيل ذلك في مرحلة لاحقة.

وبانسداد الأفق السياسي لخارطة الطريق، تراجع الاهتمام الفلسطيني بالدستور، خاصة أنه في المرحلة الواقعة بين العام 2002 و2005، جرى إقرار وتعديل القانون الأساسي لينظم الحكم في المرحلة الانتقالية، إلى حين إنجاز الاستقلال والقيام الفعلي للدولة، ودخول الدستور الفلسطيني حيز التنفيذ.

وسيتجدد الاهتمام الفلسطيني بالمسألة الدستورية مرة أخرى⁽⁴⁾، رغم تعثر محادثات السلام، باعتبارها جزءاً أساسياً من الاستحقاقات الفلسطينية على صعيد بناء المؤسسات الوطنية الخاصة بالدولة الفلسطينية، في سياق التوجه الفلسطيني

(1) لا سيما أنها تطلب من الطرف الفلسطيني إعداد مسودة دستور يقوم على أسس ديمقراطية برلمانية قوية، كشرط مسبق للدخول في المرحلة الثانية من خطة تسوية الصراع المتضمنة في خارطة الطريق. حول المرحلة الثانية من خارطة الطريق أنظر: موقع إسلام أون لاين، نص مشروع خارطة الطريق الأمريكية 15 أكتوبر 2002، نشر في الصفحة الإلكترونية التالية: <https://archive.islamonline.net/?p=9741#2>

(2) أبو دية، أحمد: عملية الإصلاح في مؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، أبريل 2004، ص: 3-13.

(3) عابدين، عصام: سير العملية الدستورية وكيفية بناء الدستور الفلسطيني، مرجع سابق، ص: 8.

(4) لقد اتسم الاهتمام الفلسطيني بالدستور بالتنديب أيضاً، نتيجة عدم الحسم بمدى ارتباط فكرة الدستور الفلسطيني بطبيعة المرحلة الحالية وأفقها السياسي.

للأمم المتحدة للحصول على عضوية كاملة في الأمم المتحدة، حيث قام الرئيس الفلسطيني في سبتمبر 2011 بتفعيل لجنة الدستور(1).

ومنذ قرار الجمعية العامة في 29 نوفمبر 2012 الذي تطور فيه الكيان الفلسطيني من كيان غير عضو إلى دولة غير عضو(2)، أصبح ينظر إلى المسألة الدستورية كتجسيد للدولة الفلسطينية(3).

وقد طرح التحضير الدستوري للدولة قبل الاستقلال جدلا بين العديد من الفاعلين السياسيين والباحثين الأكاديميين حول مدى ارتباط وضع الدستور بالسيادة(4)، ولتداخل الأبعاد السياسية بالأبعاد القانونية(5).

ولأنه لغاية هذه اللحظة لم تنشر لجنة الدستور أي مستجدات عن مسودة الدستور الفلسطيني الثالثة المنقحة التي نشرتها لجنة الدستور(6)، فإننا سنقوم بتحليل طبيعة نظام الحكم وفقا لآخر تنقيحات أدخلت في هذه المسودة.

الأهمية: يجد البحث في طبيعة نظام الحكم المستقبلي لدولة فلسطين كما نظمه مشروع دستور دولة فلسطين -المسودة الثالثة المنقحة، وكيفية إجراءه في هذا المقال،

(1) جريدة البيان، عباس يدعو لانعقاد لجنة إعداد الدستور قبل سبتمبر، تاريخ النشر 29 مارس 2011، للاطلاع راجع الصفحة الإلكترونية التالية: <https://www.albayan.ae/one-world/arabs/2011-03-29-1.1411168>

(2) للاطلاع على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 19/67 المتعلق برفع عضوية فلسطين إلى دولة مراقب "غير عضو" راجع الموقع الرسمي للأمم المتحدة في الرابط التالي: <http://www.un.org/ar/ga/67/resolutions.shtml>

(3) كما أنه منذ ذلك التاريخ أضحت لجنة الدستور تجري لقاءات ومشاورات حول مسودة الدستور، وتعد اجتماعاتها الخاصة كان آخرها في 25 أكتوبر 2018 في رام الله برئاسة رئيسها الجديد "سليم زعنون" رئيس المجلس الوطني الفلسطيني - برلمان منظمة التحرير- بعد أن كان رئيسها السابق عضوا في حكومة السلطة الوطنية الفلسطينية.

(4) حول ذلك أنظر: رزق، هديل، الدستور الفلسطيني والتنمية البشرية، الدستور الفلسطيني ومتطلبات التنمية البشرية، أبحاث وأوراق عمل، جامعة بيرزيت- برنامج دراسات التنمية، تحرير: سعيد، نادر عزت والبرغوثي، عبد الكريم، وعبد المجيد، أيمن، مايو 2004، ص: 43. وانظر كذلك البرغوثي وعوكل، الدستور الفلسطيني: المحددات والدلالات، المرجع السابق نفسه، ص: 26-37، وانظر كذلك: المجدلاني، أحمد، المرتكزات الاقتصادية في الدستور الفلسطيني، المرجع السابق نفسه، ص: 167، وانظر كذلك: رباح، رمزي، وحمام أنور، اللاجئون والدستور، المرجع السابق نفسه، ص: 217-219 و225.

(5) الذي سينعكس على معالجة المسودة الثالثة المنقحة من مشروع الدستور للأسس العامة للدولة، ولهندسة توزيع السلطة.

(6) للاطلاع على مسودة الدستور انظر: المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، مسودة دستور دولة فلسطين: المسودة الثالثة المنقحة مع تعليق ناثن براون، قضايا دستورية، أكتوبر 2003.

أهميته في ثلاثة جوانب أساسية، الجانب الأول في كون هذه المقالة همت برصد التحولات التي جاءت بها مسودة الدستور الثالثة المنقحة على صعيد دستور السلط، بالمقارنة مع الإطار الدستوري الذي نظم السلطات في المرحلة الانتقالية المتمثل بالقانون الأساسي، الأمر الذي يسمح بمعرفة ما إذا أن نظام الحكم المستقبلي سيتجاوز الإشكالات التي عرفها النظام الدستوري الانتقالي رغم النفحات البرلمانية التي أدخلت عليه عام 2003 وعام 2005، وظل مطبوعا بالهجانة. خاصة وأن ضعف الإطار الدستوري للتوازن فيه، والإطار الدستوري للصلحيات في الفترات الانتقالية، والإطار الدستوري للأزمات، هذا فضلا عن ضعف العقلنة التوزيعية للاختصاصات في القانون الأساسي، كانت الأسباب المباشرة في تعثر الانتقال السلمي للسلطة عام 2007، عقب الانتخابات التشريعية الثانية في عمر السلطة الوطنية التي أجريت في العام 2006، حيث سيؤدي هذا التعثر إلى الانقسام الذي يستمر حتى هذه اللحظة الراهنة.

ولذا إن أهمية البحث في طبيعة نظام الحكم المستقبلي لدولة فلسطين في مشروع دستور دولة فلسطين، تكمن في كونه يسمح بمعرفة ما إذا كان المشرع الدستوري أجرى تعديلات جوهرية عالج بموجبها إشكالية اختلال التوازن بين السلطات في النظام السياسي الانتقالي، وعدل نمط توزيع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية، بصورة يمكن القول معها أن نظام الحكم المستقبلي سيكون نظاما متوازنا وديمقراطيا.

أما الجانب الثاني، الذي يضيف الأهمية على هذه المقالة، فيكمن في كونها همت في التفكير بطبيعة نظام الحكم، وفقا لمنهجية غير تقليدية، سمحت بتحديد نزعة نظام الحكم، لا الاكتفاء بسرد سماته الرئاسية والبرلمانية. خاصة في ظل التوجه العربي نحو النظام الشبه رئاسي، كنمط مستحب للحكم، والذي يثير بصورة أساسية كيفية تدبير التوازن بين السلطات، وكيفية قراءة التحولات الدستورية.

وأما الجانب الثالث الذي يضيف الأهمية على معالجة موضوع هذه المقالة، تجده في كون مقارنة طبيعة نظام الحكم انطلقت من التنكير بمواصفات نظام الحكم الانتقالي وإبراز الإشكالات التي يطرحها، وكذلك من الجدل التأسيسي بين النظام البرلماني والنظام الرئاسي، عبر رصد المرافعات الدستورية حوله سواء تلك التي بنيت على تفضيل أكاديمي، أو على تقدير سياسي مرتبط بموازنين القوى، والتي

أبرزها المشهد الفلسطيني في سياق التحضير الدستوري للدولة قبل الاستقلال، وعلى ضوء التجربة الدستورية للسلطة الوطنية. وذلك قبل تحليل دستور السلط ومعرفة أي هندسة مؤسساتية رست عندها المسودة الثالثة المنقحة من مشروع دستور دولة فلسطين.

الإشكالية: يتمحور موضوع الإشكالية حول التحولات الدستورية التي جاء بها مشروع دستور دولة فلسطين على مستوى طبيعة نظام الحكم، وما إذا تسمح بالقول إن المشرع الدستوري تجاوز إشكالية الهجانة واختلال التوازن بين السلطات التي طبعت نظام الحكم وفقا للقانون الأساسي الفلسطيني المعدل.

ويتفرع عن هذه الإشكالية سؤالين فرعيين:

- مواصفات نظام الحكم في القانون الأساسي الفلسطيني على ضوء التجربة الدستورية للنظام السياسي الانتقالي، والأطروحات الفلسطينية حول طبيعة النظام الدستوري المنشود.
- طبيعة نظام الحكم في المسودة الثالثة المنقحة، والنزعة الرئيسية للنظام المستقبلي

المقاربة: اعتمدت المقالة في معالجة إشكالية الموضوع بصورة أساسية على المقاربة القانونية في تحليل نصوص القانون الأساسي ومشروع دستور دولة فلسطين.

التصميم: للإجابة عن الإشكالية الموما إليها والأسئلة المنفرعة عنها، ستنم معالجة هذا الموضوع، وفق التصميم التالي:

المطلب الأول: بين المنطلقات الواقعية والمنطلقات النظرية: **الجدل التأسيسي حول النظام الدستوري المستقبلي لدولة فلسطين**

الفقرة الأولى: ملامح النظام الدستوري للسلطة الوطنية، كنقطة انطلاق حول الجدل التأسيسي

الفقرة الثانية: الجدل التأسيسي حول طبيعة النظام الدستوري المنشود

المطلب الثاني: أي نظام حكم لدولة فلسطين في المسودة الثالثة المنقحة من الدستور الفلسطيني

الفقرة الأولى: إعادة التوازن بين المؤسسات: علاقة الرئيس بالحكومة

والبرلمان

الفقرة الثانية: توزيع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية: تقاسم فعلي أم

ثنائية شكلية؟

المطلب الأول:

بين المنطلقات الواقعية والمنطلقات النظرية: الجدل التأسيسي حول

النظام الدستوري المستقبلي لدولة فلسطين

شكلت لحظة التحضير الدستوري لاستقلال الدولة فرصة للتفكير في الخيارات التي تمنحها الأنظمة السياسية، وأنماط تدبير الحكم المختلفة. ويعد موضوع نمط الحكم وشكل النظام جزءاً من المواضيع الرئيسية التي شغلت الفاعلين السياسيين والنخب الأكاديمية الفلسطينية (الفقرة الثانية). وقد أثرنا قبل استحضار هذا الجدل التأسيسي، استدعاء ملامح النظام الدستوري للسلطة الوطنية (الفقرة الأولى)، كنقطة انطلاق له، حيث يسمح ذلك بتحليل جيد لطبيعة نظام الحكم كما جاءت به المسودة الثالثة المنقحة من مشروع دستور دولة فلسطين.

الفقرة الأولى:

ملامح النظام الدستوري للسلطة الوطنية. كنقطة انطلاق حول الجدل التأسيسي

خارج الاقتراب النصي والمعياري، سنقوم بوصف سريع لمظاهر الانحراف الرئاسي في النظام الدستوري للسلطة الوطنية التي شكلت قاعدة تحتية للحكم الفردي، بغاية تشخيص جيد للتحويلات الدستورية في المسودة الثالثة المنقحة من مشروع الدستوري الفلسطيني، بالنظر إلى طبيعة النظام الدستوري للسلطة الوطنية.

نهض النظام الدستوري الفلسطيني على اختلافات كبيرة في التوازن بين المؤسسات، بالرغم من أن التعديل الدستوري الذي جرى في العام 2003 على القانون الأساسي لسنة 2002⁽¹⁾، انطوى على تعزيز الملامح البرلمانية للنظام

(1) للإطلاع على القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2002 والمعدل لسنة 2003، أنظر:

السياسي، عن طريق خلق منصب رئيس الوزراء، وتحجيم وتأطير صلاحيات رئيس السلطة الوطنية، حيث ظلت طبيعة النظام الدستوري عصية على التصنيف وتنعت بالهجانة، بحكم تمتع الرئيس بصلاحيات تنفيذية واسعة خارج دائرة المسؤولية السياسية، وغموض وهشاشة التوزيع الدستوري للاختصاصات والصلاحيات داخل السلطة التنفيذية الذي جاء يحتمل منطق السيطرة الموحدة ولا يستوعب منطق التعايش، خاصة أنه لم يواكبه وضع نصوص قانونية تحدد - بشكل صريح وواضح- صلاحيات كل من المؤسستين، وهو ما أدى إلى ظهور مساحات جديدة للصراع خاصة بعد حصول حماس على الأكثرية في المجلس التشريعي وتشكيلها الحكومة، حيث لم يجد المتنافسون على الحكم والصلاحيات، في القانون الأساسي ما يساعدهم على تلافي الانسداد في الحياة السياسية، بحكم تعدد مظاهر اللاتوازن في علاقة رئيس السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية.

بالرغم من تعديل سنة 2003، ظل رئيس السلطة الوطنية بمثابة الفاعل المركزي المهيمن على كل النسيج المؤسسي، حيث بقيت العديد من القوانين تجعل منه محور النظام السياسي للسلطة الوطنية⁽¹⁾، كما أن رئيس السلطة الوطنية - بموجب القانون الأساسي المعدل- بالرغم من وروود صلاحياته التنفيذية على وجه الحصر⁽²⁾، واعتبار المجلس الوزاري هو الأداة التنفيذية العليا⁽³⁾، يعد جزءاً من السلطة التنفيذية ويمارس اختصاصه بمساعدة مجلس الوزراء، ويشترك مع المجلس الوزاري في وضع السياسات العامة، وله صلاحية دعوة مجلس الوزراء للانعقاد⁽⁴⁾.

- السلطة الوطنية الفلسطينية، الوقائع الفلسطينية، القانون الأساسي لسنة 2002، عدد ممتاز، بتاريخ 7 يوليو 2002.

- السلطة الوطنية لفلسطينية، القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز، بتاريخ 19 مارس 2003.

(1) حول ذلك راجع: الهيئة المستقلة لحقوق المواطن، صلاحيات رئيس السلطة الوطنية بالمقارنة مع صلاحيات مجلس الوزراء والمجلس التشريعي في القانون الأساسي "توزيع الصلاحيات في مجال الخدمة المدنية، سلسلة تقارير رقم 66، رام الله، 2006.

(2) تنص المادة 38 على أن: "يمارس رئيس السلطة الوطنية سلطاته ومهامه التنفيذية على الوجه المبين في هذا القانون". أنظر: القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، مصدر سابق.

(3) تنص المادة 63 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، أن: "مجلس الوزراء (الحكومة) هو الأداة التنفيذية والإدارية العليا التي تضطلع بمسؤولية وضع البرنامج الذي تقره السلطة التشريعية موضوع التنفيذ، وفيما عدا ما لرئيس السلطة الوطنية من اختصاصات تنفيذية يحددها القانون الأساسي، تكون الصلاحيات التنفيذية والإدارية من اختصاصات مجلس الوزراء".

(4) المواد: 64 و69 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، مصدر سابق.

وبالرغم من أن التعديل الدستوري ذاته سحب منه صلاحيته في ترأس المجلس الوزاري، إلا أنه من الناحية الواقعية، وبصفته رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير، كان يستطيع في إطار ما عرف بهيئة "القيادة الفلسطينية" أن يجتمع ضمنها برئيس الوزراء، وحتى برئيس المجلس التشريعي، وهو ما شكل نسفا لمبدأ الفصل بين السلطات.

وتتجلى قوة صلاحيات الرئيس التنفيذية أيضا في تمتعه بحق مطلق في تعيين رئيس الوزراء، وهو ما يجعله مسؤولا أمام الرئيس، في ظل ضعف المسؤولية السياسية للحكومة أمام المجلس التشريعي، على اعتبار أن الرئيس يحق له بموجب القانون الأساسي إقالة رئيس الوزراء⁽¹⁾، حتى وإن كان يحظى برضى المجلس التشريعي.

مظهر آخر على ضعف التوجه البرلماني للتعديل الدستوري لسنة 2003، هو أنه على الرغم من أن صلاحية إصدار اللوائح التنفيذية هي بيد المجلس الوزاري⁽²⁾، إلا أن رئيس السلطة ظل يشارك هذا الأخير اختصاصاته، فيما يتعلق بالسلطة التنظيمية، استنادا على العديد من القوانين، وكذا استنادا إلى صلاحياته في التعيين، وخاصة في مجال المؤسسات العامة⁽³⁾.

ومن جهة علاقة الرئيس بالحكومة، فهي علاقة تحيل إلى غياب التوازن في السلطات بين رئاسة السلطة ورئاسة المجلس الوزاري، فإلى جانب ضعف مركز رئيس مجلس الوزراء، لكونه معينا من قبل رئيس منتخب، فإن القانون الأساسي جعل مؤسسة مجلس الوزراء أداة تساعد الرئيس في أداء مهامه وصلاحياته⁽⁴⁾، كما أن الرئيس بالمقارنة مع مجلس الوزراء، يتمتع بصلاحيات شبه مطلقة في التعيين في المناصب العليا في المجال المدني والأمني⁽⁵⁾، وعليه تحيل الثنائية التي كرسها القانون الأساسي المعدل إلى ثنائية شكلية أكثر من كونها ثنائية فعلية.

(1) المادة 45 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، مصدر سابق.

(2) المادة 68 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، مصدر سابق.

(3) لمزيد من التفصيل راجع، الهيئة المستقلة لحقوق المواطن، صلاحية رئيس السلطة الوطنية بالمقارنة مع صلاحيات مجلس الوزراء والمجلس التشريعي في القانون الأساسي، مرجع سابق.

(4) المادة 46 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003.

(5) حول ذلك، راجع الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، صلاحيات الرئيس بالمقارنة مع صلاحيات مجلس الوزراء والمجلس التشريعي، مرجع سابق، ص: 43-75.

ومن جهة علاقة الرئيس بالسلطة التشريعية، نجد أن الرئيس يتمتع بصلاحيات واسعة في علاقته بالمجلس التشريعي، بالرغم من أن تعديل سنة 2003 سحب منه حق التقدم بمشاريع القوانين، إلا أنه ظل يتوفر على العديد من الإمكانيات الدستورية التي تجعل من مؤسسة الرئاسة مهيمنة على الوظيفة الطبيعية المنوطة بالبرلمان، ومنها: الحق في المصادقة على القوانين، والحق في الاعتراض على القوانين التي يقرها المجلس التشريعي في الثلاثين يوما الآتية لإحالتها إلى الرئيس، والحق في التشريع بقرارات قوانين في حالات الضرورة⁽¹⁾.

جانب آخر يستدل به على الانحرافات الرئاسية للنظام الدستوري للسلطة الوطنية الذي يتصف بالهجانة، يتجسد في عدم مسؤولية الرئيس السياسية، التي يقوم عليها المنطق الديمقراطي الذي يربط بين ممارسة السلطة، والقابلية للمحاسبة والمساءلة.

بالرغم من منح القانون الأساسي للرئيس صلاحيات واسعة في أوقات السلم، وحالات الطوارئ، فإنه لم يتم إقرار أي وسيلة للمساءلة السياسية للرئيس أو محاسبته سياسيا من لدن السلطة التشريعية، حيث اكتفى القانون الأساسي بالأخذ بمسؤولية الرئيس الجنائية.

وإذا كان البعض يبرر عدم مسؤولية الرئيس السياسية بكونه منتخبا مباشرة من الشعب، وبالتالي فليس للسلطة التشريعية أن تحل محل الشعب في رأيه وقراره، فإن البعض الآخر اعتبر أنه ليس من المنطقي أن يترك رئيس بكل هذه السلط والصلاحيات بلا رقابة سياسية من قبل البرلمان.

وعلى علة توصيف النظام الدستوري الفلسطيني ذي الرأسين، شكل كل من اختلال التوازن بين مؤسسة الرئيس وبين مؤسسة المجلس الوزاري، وضعف الوظيفة الرقابية للبرلمان مبررا لعدم نعت النظام الدستوري الفلسطيني بالنظام المختلط "شبه الرئاسي"، وخارج التوصيف التقليدي المبني على فصل السلطات، فإن القراء المعاصرين لطبيعة النظام الدستوري يتجهون إلى قراءة حديثة لتوجهات النظام الدستوري تستند على مقياس التوازن داخل الوثيقة الدستورية. ويوصف النظام الدستوري للسلطة الوطنية بهذا المقياس، نظام دستوري مختلط ذو نزعة

(1) المواد 41، 43 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، مصدر سابق.

رئاسية، ويتأسس هذا الوصف تحديدا على ضعف مكانة مؤسسة المجلس الوزاري في النظام السياسي، وغياب المسؤولية السياسية للرئيس.

لا شك أن النظام السياسي الفلسطيني من حيث بنيته السياسية وداخل محيطه السياسي، ومنذ نشأته وإلى غاية الآن، لا يحفل باحترام الشرعية ودولة المؤسسات والقانون، ولا يضمن تعددية سياسية حقيقية، والأحزاب فيه هشة، وتعرف غياب الديمقراطية بداخلها، وبنيته الاجتماعية تعمل بصورة مزدوجة وفقا للآليات التقليدية والآليات الحديثة، وبحكم تداخل مرحلة التحرر الوطني ومرحلة بناء الدولة يعرف إشكالية تدبير التمثيلية النيابية فيه، ويتسم بالتداخل بين السلط في إطار العلاقة مع منظمة التحرير. وينطبق عليه بذلك الوصف السلطوي لاتساقه مع النمط السلطوي الذي ينطلق من تراتبية مؤسساتية وقانونية متحكم فيها من المركز، والحريات العامة فيه بالرغم من كونها موجودة، ولكن ديناميتها محصورة وتقمع عند الحاجة.

ولأن التحضير الدستوري للدولة قبل الاستقلال تزامن مع لحظات إقرار وتعديل النظام الدستوري للسلطة الوطنية، فإن ذلك عزز من تصورات ومواقف النخب السياسية والفكرية الفلسطينية اتجاه النظام الدستوري المنشود للدولة، وخاصة على ضوء تجربة النظام السياسي منذ العام 1994 و2003، ومع ذلك، إن وعي الكثير من أفراد النخبة السياسية والفكرية بتأثيرات السلطوية والحكم الفردي وضعف الثقافة الدستورية، وفي ظل الأوضاع البنيوية الأخرى، سينعكس على تصوراتهم لطبيعة النظام الدستوري المنشود واتجاهاته، وسنجد في إطار هذه التفاعلات، أن لجنة الدستور ستدافع عن تصور لها انطلاقا من تقديرها لمدى حاجة النظام الدستوري لاستعادة توازنه.

الفقرة الثانية: الجدل التأسيسي حول طبيعة النظام الدستوري المنشود

ارتفعت وتيرة النقاش التأسيسي، والتفكير في الخيارات التي تمنحها الأنظمة السياسية، وأنماط تدبير الحكم المختلفة، على وقع تأثير اعتبارات متعددة.

الاعتبار الأول يتجسد في تأثير الزمن التأسيسي السياسي، فكما سبق وبيننا، أن الإعداد للدولة الذي تتولاه لجنة الدستور يجري في سياق ما قبل إنجاز الاستقلال واستعادة السيادة الوطنية، ووفقا لهذا المعطى نجد أن التفاوض حول طبيعة النظام الدستوري للدولة المستقبلية كان يسير جنبا إلى جنب مع التحولات الدستورية التي شهدتها القانون الأساسي.

وأما الاعتبار الثاني، فيتجسد في تأثير واقع المشاركة السياسية والمدنية في النظام السياسي للسلطة الوطنية في مراحل تطوره، وتأثير الخبرة الدستورية في العالم العربي، التي أفصحت عن أثر الانحرافات الرئاسية للأنظمة العربية منذ الاستقلال، في ظل الغموض الدائر بخصوص الاستقلالية السياسية للدول واكتمال سيادتها.

وأما الاعتبار الثالث، فيتمثل في تأثير التفضيلات الأكاديمية العائدة إلى التفكير في النموذج الأمثل للدولة الفلسطينية التي لم تقم بعد.

وأما الاعتبار الرابع، فيتمثل في تأثير معطيات التجربة الدستورية لنظام الحكم في السلطة الوطنية، وقد كانت الموضوعات من حيث درجة الاهتمام والانتشار مرتبهة إلى زمنين دستوريين، الزمن الأول: منذ نشأة السلطة في العام 1994 وتحديدا إلى غاية العام 2003، والزمن الثاني: منذ الانتخابات التشريعية عام 2006 وإلى غاية الآن، حيث أصبحت في الزمن الثاني دراسة وتحليل النظام السياسي القائم أكثر مركزية في الأوساط المجتمعية الرسمية، بعدما برز حاجة متزايدة لضبط التوازن بين السلطات وتحديد المسؤوليات بينها والاختصاصات التي تمارسها.

وبالرغم من أن إشكالية التعايش بين رأسي النظام السياسي، واختلال التوازن في علاقة الرئيس بباقي السلطات، وضعف المسؤولية السياسية، بوصفها المظاهر الأساسية للتجربة الدستورية الثانية في إطار السلطة الوطنية التي يؤرخ لها منذ العام 2006، أضحت قضايا أكثر إلحاحا في وقت لاحق على نشر المسودة الثالثة المنقحة للدستور الفلسطيني، إلا أن ذلك لم يكن يعني أن هاجس إعادة التوازن بين السلطات كان مغيبا لدى معدي الدستور، وفي إطار تشاوراتهم مع النخب السياسية والمدنية المحلية والدولية.

ومع ذلك، كان للتجربة الدستورية الثانية الوقع على تصورات النخب السياسية والفكرية للنظام الدستوري المستقبلي، حيث ابتعدت عن التفضيل التقليدي للأنماط الأكاديمية باتجاه معطى الفعالية والاستقرار السياسي، وبنيت على اعتبارات واقع نظام الحزب في فلسطين، وخصوصية النظام السياسي الفلسطيني الذي يطرح إشكالية تدبير التمثيل النيابي وفصل السلطات في كيانين مستقلين لهما شخصيتهما

القانونية المستقلة، يتعلق الأمر بكل من منظمة التحرير الفلسطينية، والدولة الفلسطينية.

وهكذا توزعت المبررات والأطروحات إلى ثلاثة خيارات أساسية:

1- الخيار البرلماني: انطلق المدافعون عن خيار النظام البرلماني ونظام الانتخاب بالتمثيل النسبي، على اعتبار أنه النظام الأكثر ملاءمة للفلسطينيين، لأنه يعكس صورة المجتمع ويمثله، ولأنه الأقدر على تطوير المجتمع من كافة النواحي، والأقدر على تطوير نظام مساءلة فعال، ويضع أسسا واضحة للفصل بين السلطات الثلاث، ويمنع تركيز وظائف الدولة في يد سلطة واحدة، ويحد من الاستبداد السلطوي والفساد، ويحقق الشرعية ويكفل التوازن والتعاون المتبادل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. كما أنه الأقدر على تقوية شخصية الحكومة ورئيسها، وتقليص هيمنة مؤسسة الرئاسة(1).

يؤسس المدافعون تفضيلهم للنظام البرلماني، انطلاقا من رغبتهم في تخطي مرحلة الحكم الفردي والنزعة الرئاسية التي تكرست في النظام الدستوري للسلطة الوطنية.

ويسندون أهمية الأخذ بالنظام البرلماني، في كونه يتناسب مع لحظة التحرر من الاحتلال وقيام الدولة، والأنسب لإجراء التحديث العصري، ويمكن توضيح وجهة نظرهم لهذه الزاوية، بالقول إن النظام البرلماني يمكنه أن يقلل بدرجة لا بأس بها إمكانية تفويض سيادة الدولة، الذي من الممكن أن يحصل عبر تعاقبات قد تتم بين النخبة الحاكمة والمحتل(2)، كما أن مقوماته هي الأنسب لتجفيف آثار الانحرافات

(1) الشعبي، عزمي، مقال نشر في صحيفة الأيام، بتاريخ 17 أبريل 2003، ص: 4.
(2) تكمن أهمية هذه الإمكانيات التي يسمح بها النظام البرلماني، في الحد من إعادة إنتاج معطيات التجربة العربية في لحظته التأسيسية والتي لازمها قيام المستعمر ببناء علاقة مع النخبة الحاكمة خارج إطار الآليات الدستورية. على سبيل المثال: لم يدخل الدستور العراقي بعد الاستقلال حيز التنفيذ، إلا بعد أن بحثت بريطانيا امتيازها النفطي مع القادة السياسية في البلاد. كما أن فرنسا قبل خروجها من سوريا ولبنان، سعت إلى إدخال تطوير دستوري في سوريا ولبنان على نحو يضع الانتداب خارج إطار أي إجراءات دستورية. أما في مصر، فقد أعلنت استقلالها من قبل بريطانيا- من جانب واحد، مع الاحتفاظ بأربعة مجالات "الخارجية والدفاع وقناة السويس والسودان"- وهذا يدل على أنها لن تتعامل مع مصر كدولة ذات سيادة فيما يخص هذه المسائل. وقد برز أثر ذلك على المدى البعيد حيث أخذ الناس في النظر إلى النخب السياسية في جميع هذه الدول على أنها معلقة بين الولاء إلى بلدها وإلى القوة الإمبريالية. وشعرت البرلمانات والأحزاب السياسية بأنها مستثناة في القضايا الوطنية الرئيسية، وفقدت الترتيبات التي كانت قائمة كل شرعية وطنية أو إجرائية. لمزيد من التفصيل انظر: حمد، محمود، مراحل تطور الدساتير

الرئاسية للنظام التي كانت سببا في إعادة إنتاج البنية التقليدية في المجتمع، والتي وفرت وعززت البيئة المغذية للمحسوبية والزبونية والحكم العشائري، والتراتبية الهرمية. كما أن من شأنه أن يضمن انتقالا ديمقراطيا حقيقيا بعيدا عن الانتهاكات الاستبدادية، وأن يشكل ضمانا مؤسسية لعدم تكرار ماضي الخروقات الجسمية لحقوق الإنسان(1).

ويرى أصحاب هذا الخيار، أنه من الضروري الفصل بين الدولة الفلسطينية وبين منظمة التحرير كممثل أساسي للشعب الفلسطيني، بعد إجراء إصلاح مؤسسات المنظمة على أسس ديمقراطية وتطويرها وتجاوز الصيغة التمثيلية الفصائلية التي حكمت تشكيل مؤسسات وأطر م.ت.ف منذ أواخر الستينات، إلى صيغة أخرى أكثر تلاؤما مع المهام المطروحة عليها راهنا. ومن الأهمية بالنسبة لهم تعزيز دور المجلس الوطني الفلسطيني، وتحديد عضويته بالانتخاب المباشر من قبل التجمعات الرئيسية للشعب الفلسطيني، واعتماد نظام التمثيل النسبي في تشكيل المجلس والهيئات المنبثقة عنه، وأن يكون من مهامه إقرار دستور لدولة فلسطين يعكس مضمون وروحية ما ورد في إعلان الاستقلال الفلسطيني.

وعليه، إن أصحاب هذا التيار ينتقدون الصلاحيات التنفيذية الممنوحة لرئيس الدولة في المسودة الثالثة المنقحة من الدستور(2).

العربية قبل الألفية الثالثة، ويونبلا، كراميل ديكارو، وسكوتوي، ريتا، تقييم العمليات الانتقالية الدستورية من منظور العمليات التأسيسية الأوروبية في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية، المنظمة العربية للقانون الدستوري، الكتاب السنوي: 2016/2015- تحرير: زيد العلي وآخرون، تونس، 2017، ص: 14-63.

(1) رؤية نظرية وواقعية سياسية للميزات السياسية للنظام الدستوري الرئاسي، للمزيد في ذلك راجع: طارق، حسن، دستورية ما بعد انفجارات 2011، قراءات في تجارب المغرب وتونس ومصر، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الأولى، 2016، ص: 239-241.

(2) انظر: الشقاقي، خليل، وحرب، جهاد، نحو نظام سياسي فلسطيني منفتح: "العودة للنظام الرئاسي عودة لعدم الاستقرار، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية- أوراق سياسية، 2005. وانظر كذلك: حرب، جهاد، أي تعديل للقانون الأساسي نريد، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، دائرة التحليل الاستراتيجي، تقدير الموقف السياسي الفلسطيني، ورقة رقم 15، للاطلاع راجع:

<http://www.pcsr.org/arabic/startegic/papers/2004/no15.bdf/2004/11/18>

2- الخيار الرئاسي: أما المدافعون عن الخيار الرئاسي، فهم ينطلقون من العلاقة القائمة بين طبيعة وشكل النظام السياسي من جهة، والفعالية والاستقرار السياسي من جهة أخرى⁽¹⁾.

وبالنسبة إليهم، ينبغي تفادي ربط الديمقراطية بالنظام البرلماني، انطلاقاً من كون النظام الرئاسي في معظم الدول يبقى نظاماً ديمقراطياً.

وقد طالب أصحاب هذا الاختيار منذ نشر المسودة الأولى من الدستور بزيادة سلطات الرئيس وصلاحياته مع ضرورة تحديد ولاية الرئيس لفترتين⁽²⁾.

التفضيل الرئاسي للنظام لديهم، ينطلق من واقع النظام السياسي برمته، حيث تجد أن دفاعهم عن النظام الرئاسي، لا يعني أنهم يدافعون عن الممارسات الدستورية التي ترسخت في النظام الدستوري للسلطة الوطنية جراء اختلال التوازن المؤسسي الذي اتسم به النظام.

وبالنسبة إليهم أيضاً، إن الدفاع عن هذا النمط ينطلق من واقع النظام السياسي برمته، حيث ضعف أهلية الأحزاب السياسية، وهشاشة النخب البرلمانية، وطبيعة الثقافة السياسية السائدة جراء غياب تعددية حزبية حقيقية. كلها عوامل تدعو للتحفظ على فكرة الأخذ بالنظام البرلماني بديلاً عن النظام الرئاسي.

ومع ذلك هناك اختلاف أو مرونة لدى أنصار هذا التيار حول شكل الحكم، فالبعض منهم لا يمانع أن يقتسم الرئيس صلاحياته التنفيذية مع رئيس الوزراء في ظل اختيارات شبيهة رئاسية أو مختلطة، فالمهم بالنسبة إليهم هو التخلص من حالة الإرباك التي خلقتها نصوص القانون الأساسي، والانحرافات الرئاسية التي أفقدت التوازن المؤسسي⁽³⁾.

أما البعض الآخر، بالنسبة إليه نظام برأسين- كما هو مكرس في مسودة الدستور-: أحدهما منتخب من قبل الشعب وهو رئيس الدولة، والآخر معين من قبل

(1) راجع: أبو العطاء، ناصر، النظام الديمقراطي الرئاسي، للخروج من أزمة النظام السياسي الحالي، ورقة علمية مقدمة لمؤتمر الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة- أمان، 2007، للاطلاع راجع:

<http://www.aman-palestine.org/Arabic/Documents/confDic/parlemnt.doc>.

(2) الأسطل، كمال، إعلان الدولة: قضايا تحتاج إلى رؤية وحسم، مقال علمي نشر في الرابط التالي:

www.sis.gov.ps/arabic/roya/1/page2.html .

(3) حول ذلك انظر: كايد، عزيز: القضايا الخلافية في مشروع دستور دولة فلسطين، المركز الفلسطيني للبحوث السياسية والمسحية، قضايا دستورية، إبريل 2004، ص: 30.

رئيس الدولة، وبعد التشاور مع الكتل البرلمانية، وهو رئيس مجلس الوزراء، يصبح فيه رئيس مجلس الوزراء عبارة عن "صفقة" بين رئيس الدولة والكتلة البرلمانية، مما يشكل قيوداً على حرية رئيس مجلس الوزراء، لأنه يجب أن يتشاور مع رئيس الدولة في تشكيل الحكومة. كما يشكل انتقاصاً من مركز الرئيس، لأن تشكيل الحكومة يتم من قبل شخص معين وليس رئيس منتخب، وبالتالي، فإن هذه "الصفقة" تنطوي على إشكاليات متوقعة بين الرئيس ورئيس مجلس الوزراء، بشأن صلاحيات ومهام كل منهما(1).

وعليه يريد هؤلاء إما رئيساً قوياً ذا صلاحيات دستورية ومسؤولية أمام البرلمان، أو رئيس وزراء قوياً ذا صلاحيات دستورية ومسؤولاً أمام البرلمان، أما خلاف ذلك فإنه ليس في المصلحة الوطنية الفلسطينية(2).

3- الخيار المختلط: أصحاب هذا الاختيار بالتحديد ينطلقون من تطورات القانون الأساسي وإشكالات الممارسة السياسية، بل يتعدون ذلك إلى واقع النظام السياسي برمته ومسالك التجاوز، ولذا فهم لا ينطلقون من السؤال التقليدي: أي شكل للحكم نريد؟ بل من البحث عن حلول قادرة بجلبها على استعادة التوازن المفقود في النظام السياسي الفلسطيني، وخاصة في علاقة الرئيس برئيس مجلس الوزراء والبرلمان، وتعزيز التوجه البرلماني في النظام من جهة أخرى. ولذا ستجدهم يتفقون مع الموقف المرن ضمن التيار الرئاسي الذي لا يمانع أن يقتسم الرئيس صلاحياته التنفيذية مع رئيس الوزراء في ظل اختيارات شبه رئاسية أو مختلطة، ويركز على التخلص من حالة الإرباك التي خلقتها نصوص القانون الأساسي، والانحرافات الرئاسية الذي أفقدت التوازن المؤسسي.

إن تبني نظام برلماني خالص في ظل الواقع السياسي والحزبي المتميز بالتنشيطي، والخلط السائد بين تعددية التيارات في إطار حركة التحرر الوطني- على

(1) مسلم، سامي، ملاحظات حول الدستور الفلسطيني، صحيفة الأيام، 30 يناير 2003، ص: 7.
(2) المرجع السابق نفسه، الصفحة نفسها. وللمزيد عن الجدل بين النظام الرئاسي الديمقراطي والنظام البرلماني، انظر: أبو دية، أحمد، إشكالية الفصل بين السلطات في النظام السياسي الفلسطيني الحالي، للخروج من أزمة النظام السياسي الحالي، نظام ديمقراطي رئاسي، أم نظام برلماني فلسطيني، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة- أمان، ورقة مقدمة إلى مؤتمر 4 مارس 2007. وانظر كذلك رؤية: عوض، سمير، حول النظام البرلماني، المرجع السابق نفسه. للاطلاع على أوراق الباحثين، راجع في الرابط التالي:

أهميتها- والتعددية الحزبية الحقيقية، والمتسم كذلك بعدم الاستقرار السياسي، هو من سبيل المغامرة غير محمودة العواقب، نظرا للمخاطر المتوقعة عن الانتقال المفاجئ إلى النظام البرلماني، بغياب الجهوزية في البنية الاجتماعية والسياسية⁽¹⁾.

وعلى علة هذا الاختيار لهذا النمط الدستوري، يمكن القول بأن النظام المختلط ليس المقصود به ما هو سائد في إطار السلطة الوطنية، ذلك أن هذا الأخير ليس بنظام مختلط، بل نظام هجين يفتقد للتوازن، ويتسم بضعف الملامح البرلمانية فيه، وهو ما كان سببا في الأزمة الدستورية التي أفضت إلى الانقسام عام 2007.

ويعبر هذا الطرح عن لجنة الدستور الفلسطينية، كما يتفق معه بعض النخب الأكاديمية⁽²⁾. فيما تتمثل ميررات لجنة الدستورية لهذا الاختيار الدستوري، على اعتبار أن: " الخصوصية الفلسطينية تحتم وجود نظام دستوري خاص يختلف عن الأنظمة في دول أخرى، وتتقضي وجود استقلال وفصل بين السلطات من ناحية، ورقابة متبادلة وتعاون مشترك بينها من ناحية ثانية، الأمر الذي يضمن التوازن بين ما هو ضروري لتسيير السلطة، وبين ما هو ضروري لحماية الناس من السلطة"⁽³⁾، وبالنسبة إلى رئيس لجنة الدستور، أن نمط الحكم دبر وفقا للاختيار المختلط برلمانيا.

ولذا ينبغي تحليل دستور السلط الذي جاءت به المسودة، وقراءة حضور فكرة إعادة التوازن بين الرئيس ومجلس الوزراء، والعلاقة بين الرئيس والبرلمان، لتحديد درجات تعديل هذه العلاقات، والتوجهات البرلمانية فيها، وما إذا كانت تسمح بالوصف التي أشار إليه رئيس لجنة لدستور.

المطلب الثاني:

أي نظام حكم لدولة فلسطين في المسودة الثالثة المنقحة من الدستور الفلسطيني

(1) تعبر هذه الرؤية عن موقف الباحث، حيث يتفق مع لجنة الدستور إلى حد كبير في دفاعه عن التحولات الدستورية التي كرسها مسودة الدستور الثالثة المنقحة على طبيعة النظام للحد من الاختلالات القائمة في النظام الدستوري للسلطة الوطنية، بالنظر إلى طبيعة المرحلة السياسية والواقع البنوي ونتائج التجربة الدستورية للسلطة الوطنية.

(2) نصار، وليم، الدستور الذي نريد لفلسطين، المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية- مواطن، رام الله، 2004، ص: 74.

(3) شعث، نبيل: "رئيس لجنة الدستور سابقا، صحيفة الأيام، 13 مارس 2003، ص: 7.

إن البحث عن طبيعة نظام الحكم في المسودة الثالثة المنقحة من الدستور الفلسطيني، من حيث تفوق النزعة البرلمانية أو النزعة الرئاسية، هو نتيجة الغموض الذي كرسه المادة الثامنة من المسودة التي نصت على أن: "النظام السياسي الفلسطيني ديمقراطي نيابي برلماني". ذلك أن هذا التوصيف الصريح لا يتفق تماما مع العديد من المواد الأخرى التي يتصف بها النظام البرلماني. كما أن دفاع لجنة الدستور عن الجرعات البرلمانية التي أدخلتها على نظام الحكم، والتوازنات الجديدة القائمة على الاستقلالية والرقابة والتعاون (م 64)، يعد دافعا في تشخيص التحولات الدستورية الذي كرسها المسودة.

تأسيسا على الخبرة المقارنة، يمكن التمييز بين النظام المختلط، وبين النظام الرئاسي المعقلن، من حيث أوجه التشابه وأوجه الاختلاف، أما من حيث أوجه التشابه: فيتشابه كلا النظامين من حيث استعارة المقوم الأساسي للاختيار الرئاسي، من خلال وجود رئيس منتخب مباشرة من الشعب، ويتوفر على صلاحيات حقيقية أبعد ما يكون عن الصلاحيات الرمزية والبروتوكولية المعتمدة في النظم البرلمانية، وكذلك بانفتاحهما على أحد مظاهر النمط البرلماني، من خلال توفرهما على حكومة تمتلك جزءا من الصلاحيات التنفيذية. ولكن يختلفان في درجة انفتاحهما على الملامح البرلمانية، فالنظام المختلط يحتفظ بلامحه الرئاسية من حيث الصلاحيات التنفيذية للرئيس، ويضمن معالم برلمانية واضحة، من حيث تدبير العلاقة بين الحكومة والبرلمان، بقيام حكومة منبثة عن أغلبية نواب الشعب، تتحمل المسؤولية السياسية فقط أمام مجلس النواب، يمتلك رئيسها صلاحية ضبط السياسة العامة للبلاد باستثناءات قليلة، ويمتلك صلاحية رئاسة مجلس الوزراء، ويتوفر على كامل الصلاحية في اختيار فريقه الحكومي، أما النظام الرئاسي المعقلن فالجرعات البرلمانية تكون فيه أقل، حيث الرئيس يظل المسؤول الأول عن السلطة التنفيذية، ولا تمتلك الحكومة فيه إلا صلاحية المشاركة في تحديد وتنفيذ السياسة العامة في البلاد، وبالرغم من أن مزاوله الحكومة لمهامها فيه مرتبطة بالتصويت على برنامجها، فإنه بالمقابل لا يكون فيه الرئيس مقيدا في تعيين رئيس الحكومة انطلاقا من نتائج الاقتراع⁽¹⁾.

(1) لمزيد من التفصيل، راجع: طارق، حسن، دستورية الربيع العربي، مصدر سابق، ص: 239-241.

وما بين النمط المختلط والنمط الرئاسي المعقلن، قد تعلوا أو تدنوا الجرات البرلمانية، وتكون بذلك أداة قياس، وحتى نستطيع إيجاد التصنيف السليم، سنطلق من العناصر الآتية: درجة إعادة التوازن بين المؤسسات (الفقرة الأولى)، وتحولات التوزيع الجديد للصلاحيات داخل السلطة التنفيذية (الفقرة الثانية)، ومن ثم إعطاء النتيجة وإيضاح الاختيار التأسيسي الدستوري في المسودة وذلك على سبيل الخالص.

الفقرة الأولى: إعادة التوازن بين المؤسسات: علاقة الرئيس بالحكومة والبرلمان

مستويان رئيسيان، نسلط الضوء عليها هنا، لبحث مدى حضور فكرة إعادة التوازن بين المؤسسات في المسودة الثالثة المنقحة من الدستور، يتعلق الأمر بـ: العلاقة بين الرئيس والحكومة، والعلاقة بين الرئيس والبرلمان.

أولاً: العلاقة بين الرئيس والحكومة:

السؤال الأساسي الذي يحضر في هذا السياق، هو: هل أسهمت المسودة الثالثة "المنقحة" من الدستور في تعديل للعلاقة التي طبعت علاقة الحكومة بالرئيس في النظام السياسي الانتقالي؟

يشكل الجواب عن هذا السؤال، إحدى مفاتيح مقاربة التحول الذي طبع الهندسة الدستورية، خاصة في تدبيرها للسلطة التنفيذية.

بالعودة إلى المسودة الثالثة المنقحة من الدستور الفلسطيني، نجد أن المشرع الدستوري انطلق من فكرة تعزيز استقلالية الحكومة عن الرئيس من حيث التأليف، ومن حيث الصلاحيات، ومن حيث المسؤولية.

من حيث التأليف، يظهر ذلك بناء على تقييد الحق المطلق لرئيس الدولة في تعيين رئيس الحكومة، إذ أصبح ملزماً وفقاً للمادة (121) من المسودة بتكليف مرشح الحزب الحاصل على أكبر عدد من المقاعد بالمجلس النيابي. ولم يكن رئيس السلطة الوطنية ملزماً وفقاً للمادة (65) من القانون الأساسي بذلك، فقد كان يتمتع بحق مطلق في تعيين رئيس الحكومة.

وإذا كان المشرع الدستوري، من حيث تكوين الحكومة، قد حافظ على التوجه البرلماني في القانون الأساسي (م66)، الذي يجعل من تعيين رئيس الحكومة غير كاف لمزاولة الحكومة مهامها، حيث ظل مرور الحكومة وفقاً للمادة (132) من المسودة على المجلس النيابي ضرورياً لنيل الثقة وفقاً لقاعدة التنصيب البرلماني.

إلا أنه سجل تراجعاً عن استقلالية الحكومة من حيث التكوين، كما كان عليه الحال في القانون الأساسي (م 66)، حيث أُلزم رئيس مجلس الوزراء في المادة (132) من المسودة بعرض التشكيلة الحكومية على الرئيس قبل المجلس النيابي لنيل الثقة.

بالرغم من أن المشرع الدستوري استناداً على طريقة تعيين رئيس الوزراء، وشرط مزاوله الحكومة لمهامها، حيث التنصيب البرلماني، جعل من مجلس الوزراء مسؤولاً أساساً أمام المجلس النيابي (م 134 من المسودة)، وليس بالصورة السابقة أمام رئيس السلطة الوطنية والمجلس التشريعي (م 74) من القانون الأساسي المعدل، حيث يحق للرئيس بموجب المادة (45) من القانون الأساسي المعدل إقالة رئيس الوزراء أو قبول استقالته.

وعليه، فإن عرض التشكيلة الحكومية على الرئيس قبل المجلس النيابي لنيل الثقة، وليس مباشرة على المجلس النيابي، كما هو في النظام البرلماني، يعني أن المشرع الدستوري أراد، وعلى الرغم من غموض النص "ذو القابلية المقصودة للتفسير" - حيث ليس من الواضح أن عرض الحكومة على الرئيس تعني موافقة الرئيس عليها قبل المجلس النيابي - تحقيق التوافق والانسجام القبلي من أجل تسهيل التعايش بين مؤسسة رئيس الدولة ومؤسسة المجلس الوزاري. وهو بذلك تبنى، تأسيساً على طريقة تشكيل المجلس الوزاري ومعطى المسؤولية، نظاماً بمختلط بجرعات برلمانية أكبر من السابق⁽¹⁾.

وهكذا، تتميز الجرعات البرلمانية في النظام المختلط عن النظام الرئاسي المعقلن، من حيث إن هذا الأخير لا يكون فيه رئيس الدولة ملزماً بتكليف رئيس المجلس الوزراء من الحزب المتصدر للانتخابات، كما أن الحكومة في ظله، تظل وإن بصور محدودة، مسؤولة أمام رئيس الدولة. كالدستور المصري لسنة 2014

(1) ومع ذلك، تضمنت مسودة الدستور الثالثة "المنقحة" نصاً في هذا السياق يثير الشكوك، حول مدى استقلالية المجلس الوزراء عن رئيس الدولة، إذ تنص المادة 136 منها على أن: "بعد نيل الثقة يؤدي رئيس مجلس الوزراء والوزراء، أمام رئيس الدولة والمجلس النيابي في جلسة مشتركة، اليمين الدستورية...". مما يفتح الباب للتساؤل: ما إذا كان نيل الثقة البرلمانية غير كافٍ لمزاوله الحكومة لمهامها!، دون أدنى شك ليس هذا المقصود من وراء هذا النص، ومع أنه قابل للتأويل، إلا أنه يمكن اعتباره إجراءً دستورياً لتدبير التعايش في النظام المختلط الذي تكرسه المسودة في هذا الجانب.

الذي يجيز لرئيس الجمهورية حق إعفاء الحكومة، ولكن شريطة موافقة أغلبية أعضاء مجلس النواب⁽¹⁾.

من جهة أخرى، سنجد لاحقاً، أن استقلالية مجلس الوزراء، تبرز من توفرها على حزمة من الصلاحيات المحجوزة له التي يمارسها دون العودة إلى رئيس الدولة.

ثانياً: علاقة الرئيس بالمجلس النيابي:

تعرضت صلاحيات الرئيس الواسعة التي لها علاقة بالسلطة التشريعية، التي يتمتع بها بموجب النظام الدستوري للسلطة الوطنية، لمراجعة واسعة في المسودة الثالثة المنقحة، عززت شيئاً ما مكانة مجلس الوزراء، وكذا نظام المسؤولية السياسية. عبرت بصورة إجمالية عن جرعات برلمانية مضاعفة في النظام الدستوري الفلسطيني، وهي بهذا الاتجاه، لكون زيادة صلاحيات مجلس الوزراء، رافقتها تعديلات سجلتها المسودة فيما يتعلق باختصاص الرئيس التشريعية.

لقد أصبحت المبادرة التشريعية بموجب المادة 77 من مسودة الدستور تضم فضلاً عن مقترحات المجلس النيابي ورئيس مجلس الوزراء، مشاريع قوانين رئيس الجمهورية، بعدما كانت محصورة في المواد (56، 71) من القانون الأساسي المعدل، على مبادرات أعضاء المجلس التشريعي، والمجلس الوزاري. وهذا يعد تحولاً من النظام البرلماني إلى النظام المختلط، على اعتبار أن النظام البرلماني لا يمنح رئيس الدولة أي دور في التشريع.

وبالرغم من أن للرئيس حق المصادقة على القوانين، إلا أن المشرع الدستوري قيد هذا الحق بموجب المادة 137، حيث منح رئيس مجلس الوزراء صلاحية الأمر بنشر القوانين التي يقرها المجلس النيابي بعد تصديق رئيس الدولة عليها، أو في حال اعتبارها نافذة حكماً. وبذلك يكون المشرع قطع مع ظاهرة سابقة كرست هيمنة دور الرئيس التشريعي على وظيفة المجلس التشريعي، عندما كان يعطل إصدار القوانين.

(1) المادة 147 من الدستور المصري لسنة 2014، للاطلاع راجع موقع دستور مصر، في الرابط التالي:

<https://dostour.eg/2013/topic/regime/#executive>

ومع ذلك، لا يزال الرئيس بموجب المادة 122 يتوفر على حق الاعتراض على مشروع القانون المقر من قبل المجلس النيابي، حيث يلزم هذا الأخير لتجاوز اعتراض الرئيس إعادة إقرار مشروع القانون بأغلبية ثلثي مجموع أعضائه. وجدير بالذكر أن هذه المادة تجاوزت العديد من الثغرات التي اتسمت بها معالجة القانون الأساسي لهذه الصلاحية.

من جهة أخرى، شهدت المسودة الثالثة المنقحة تحولاً نحو النظام البرلماني، حيث فقد الرئيس حقه في إصدار قرارات بقانون بعد إعلان حالة الطوارئ، وأصبح هذا الاختصاص بموجب المادة 129 من المسودة لمجلس الوزراء، حيث نجدها تنص: " يجوز لمجلس الوزراء بعد إعلان حالة الطوارئ، إذا حدث ما يوجد الإسراع في اتخاذ تدابير لمواجهة أمور طرأت لا تحتمل التأخير لحين انعقاد المجلس النيابي، إصدار قرارات يصادق عليها الرئيس خلال مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً ويكون لها قوة القانون...".

وإذا كان يحق لرئيس الدولة بموجب المادة 124 من المسودة إصدار مراسيم عامة، فإن رئيس مجلس الوزراء بموجب المادة 137 هو المكلف بتوقيع المراسيم التنفيذية التي تدخل في إطار مجال القانون، وبالرغم من أنه يحق للرئيس بموجب المادة 124 رفع طلب إعادة النظر في أي مرسوم من المراسيم إلى مجلس الوزراء، إلا أن مجلس الوزراء يستطيع أن يتجاوز ذلك بالتصويت عليه بأغلبية ثلثي أعضائه. كما أنه بموجب المادة نفسها يشترك رئيس مجلس الوزراء دون غيره مع الرئيس في التوقيع على مراسيم إصدار القوانين، ومراسيم إعادة النظر في القوانين، ومراسيم دعوة المجلس النيابي للانعقاد في دورة استثنائية.

وإذا كانت المسودة الثالثة المنقحة من مشروع الدستور الفلسطيني في المادة 88 قد أدخلت ضمن سلطات رئيس الدولة، في حالة الضرورة، صلاحية اقتراح حل المجلس النيابي، إلا أن الموافقة على حل المجلس رهين بتأييد ثلثي أعضاء مجلس الوزراء.

من جهة أخرى، عرفت الصلاحيات الرئاسية الاستثنائية، في علاقتها بالسلطة التشريعية، تقييداً واضحاً، فبعدما كان يحق للرئيس منفرداً بموجب المادة 110 من القانون الأساسي إعلان حالة الطوارئ بموجب مرسوم صادر عنه لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً، اتجهت مسودة الدستور الثالثة المنقحة في المادة 128

نحو النظام المختلط، حيث لم تجز لرئيس الدولة إعلان حالة الطوارئ إلا بالاتفاق مع مجلس الوزراء، وبالتشاور مع رئيس المجلس النيابي.

وبالرغم من حضور دور المجلس النيابي في حالة الطوارئ، وخاصة فيما يتعلق بتجديد حالة الطوارئ أو بممارسة أعماله الطبيعية إبانها، إلا أن المسودة في هذه المادة سجلت تراجعاً بعدم نصها، كما كان عليه الحال في القانون الأساسي، بشأن حظر حل المجلس التشريعي في حالة الطوارئ. ومع ذلك يمكن اعتبار هذا النص استشرافياً لحالة 2007 التي كانت السبب المباشر فيها مما أدى إلى تهديد استقرار النظام السياسي، هو سلوك حزب الأغلبية البرلمانية الذي قام بالسيطرة على السلطة في قطاع غزة بالقوة المسلحة بعد تعثر تسليم السلط والانتقال السلمي للسلطة.

وجدير بالذكر أن الدستور المصري ذهب أبعد من تقييد صلاحية الرئيس بالاتفاق مع رئيس مجلس الوزراء لإعلان حالة الطوارئ، إلى ضرورة موافقة أغلبية ثلثي مجلس الشعب لإعلان حالة الطوارئ⁽¹⁾.

الهندسة الدستورية الجديدة في المسودة أوجدت مخرجا قانونيا لقضية غياب المسؤولية السياسية لرئيس الدولة أمام المجلس النيابي، خاصة أن القانون الأساسي جاء خالياً حتى من المساءلة الجزائية التي عهدت الكثير من الدساتير المقارنة على تضمينها، حيث أعطت الحق في المادة 90 من المسودة لثلث أعضاء المجلس النيابي لتقديم لائحة اتهام لإعفاء رئيس الجمهورية، من أجل خرق الدستور، يوافق على قرار الاتهام أغلبية ثلثي مجموع أعضاء المجلس النيابي. وفي هذه الحالة يتوقف الرئيس عن ممارسة مهامه، وتتم محاكمته أمام المحكمة الدستورية.

وجدير بالذكر أن هناك من يعتبر هذه الآلية تدرج في باب المسؤولية الجنائية، في حين يشير البعض إلى أن هذه التقنية المستمدة من التراث الدستوري الأنجلوساكسوني، لها علاقة مباشرة بالمحاسبة الدستورية والسياسية⁽²⁾.

(1) المادة 154 من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014، للإطلاع راجع الرابط التالي:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg060ar.pdf>

(2) طارق، حسن، دستورية الربيع، مرجع سابق، ص: 85.

الفقرة الثانية: توزيع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية: تقاسم فعلي أم ثنائية

شكلية؟

السؤال الذي يطرح بهذا الصدد، هو: هل أسست المسودة الثالثة المنقحة حالة تقاسم فعلي للسلطة التنفيذية، عوض الاكتفاء بوضع ثنائية شكلية، تضم فاعلا أساسيا وهو الرئيس، وإلى جانبه شريك ثانوي هو الحكومة؟

تقتضي الإجابة عن هذا السؤال، استحضار هاجس عقلنة الصلاحيات التنفيذية للرئيس، والبحث عن تقوية صلاحيات الحكومة، وتحري مدى تقديم المسودة الثالثة المنقحة لتقسيم جديد للصلاحيات داخل السلطة التنفيذية.

أولا: عقلنة الصلاحيات التنفيذية للرئيس:

إذا كان هاجس العقلنة يبدأ من تحديد مدة مرحلة حكم الرئيس المنتخب، حيث إنه بموجب المادة 114 يمتد حكمه لولايتين على الأكثر، فإنه بالأساس يهم ضبط وتحديد وتقليص الصلاحيات التنفيذية للرئيس، وبالعودة إلى مسودة الدستور نجد أن صلاحيات رئيس الدولة حددت في المجالات الآتية:

✓ تكليف رئيس مجلس الوزراء (م 121).

✓ توجيه مجلس الوزراء في رسم السياسة العامة (م 120): في هذا السياق نلاحظ أن المسودة الثالثة المنقحة سجلن تراجعاً عن التوجه البرلماني الذي تكرر في المسودة الأولى من الدستور، التي قصرت صلاحية رئيس الدولة في الإشراف على السلطة التنفيذية من خلال (مجلس الوزراء). إذ جاء نص المادة 117 من المسودة الأولى لمشروع الدستور الفلسطيني على النحو التالي: "رئيس الدولة هو رئيس السلطة التنفيذية ويتولى وظائف السلطة التنفيذية بواسطة مجلس الوزراء"⁽¹⁾. والحال كذلك فيما يتعلق برسم السياسة العامة للدولة، حيث جاء نص المادة (126) من المسودة الأولى بالآتي: "يكلف رئيس الدولة مجلس الوزراء برسم السياسة العامة. ويشرف على تطبيقها، بعد مصادقة البرلمان عليها.

(1) للاطلاع على المسودة الأولى من الدستور الفلسطيني، انظر: كايد، عزيز، قراءة في مشروع الدستور الفلسطيني المؤقت، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، سلسلة مشروع تطوير القوانين رقم 2، الطبعة الأولى، من دون، ص: 54-86.

أما المسودة الثالثة المنقحة، فقد اتجهت في بداية الأمر نحو النظام المختلط، حيث جاء نص المادة 112: "...، فيما عدا ما يتم إسناده دستورياً إلى رئيس الدولة من اختصاصات تكون الاختصاصات التنفيذية والإدارية للحكومة من اختصاص مجلس الوزراء". أسوة بما عليه الحال في القانون الأساسي المعدل (م63). ولكن صلاحيات رئيس الدولة، سرعان ما اتسعت في المسودة الثالثة المنقحة لتتحول إلى "تدخل مباشر" في صميم اختصاصات وصلاحيات مجلس الوزراء في رسم السياسة العامة، وذلك لأنها أصبحت مرهونة بتوجهاته التي تحدد مسارها، حيث جاء نص المادة 120 على النحو التالي: "لرئيس الدولة أن يوجه مجلس الوزراء في رسم السياسة العامة".

وفي السياق نفسه، تنفرد المسودة الثالثة المنقحة، بالمقارنة مع المسودات السابقة، بتوجه رئاسي لافت للانتباه، يمنح رئيس الدولة صلاحيات قد تهدد دور مجلس الوزراء في رسم السياسة العامة، وممارسة شؤون الحكم من الناحية الفعلية، عندما منحت رئيس الدولة صلاحية إصدار المراسيم وطلب نشرها، وصلاحية الطلب من مجلس الوزراء إعادة النظر في أي مرسوم من المراسيم التي يصدرها في مدة 15 يوماً من تاريخ إيداعها رئاسة الجمهورية، حيث جاء نص المادة (124) منها بالآتي: "يمارس رئيس الدولة بالإضافة إلى الصلاحيات المنصوص عليها في الدستور، الصلاحيات الآتية: يصدر المراسيم ويطلب نشرها، وله حق الطلب إلى مجلس الوزراء في أي إعادة النظر في أي مرسوم من المراسيم التي يصدرها المجلس...".

وفي الإطار نفسه، أعطى المشرع الدستوري في المادة 124 للرئيس الحق في رئاسة مجلس الوزراء أثناء سريان حالة الطوارئ وفي الظروف الاستثنائية المشابهة لها.

- الرئيس الأعلى لقوات الأمن الوطني التي يرأسها وزير مختص (م126):
بمقتضى هذا النص تحمل المادة توجهها نحو النظام المختلط، عندما قيدت صلاحيات الرئيس بالمقارنة مع المسودة الأولى التي تضمنت في نص المادة 118 توجهها رئاسياً التي جاءت على النحو التالي: "..... رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية والقائد الأعلى للقوات المسلحة". وذلك لأن المسؤول الفعلي عن القوات الأمنية في النظام البرلماني هو رئيس الوزراء بالتعاون مع مجلس الوزراء، أما المسودة الثالثة

المنقحة، وفقا للمقتضى أعلاه كرست التعاون بين وزير مختص ورئيس الدولة في رئاسة القوات الأمنية، مع إعطاء دور بارز للرئيس.

- تعيين الممثلين السياسيين بتنسيب من الوزير المختص، واعتماد ممثلي الدول والمنظمات الدولية والإقليمية الأجنبية (م 125): وبهذا تكون المسودة الثالثة قطعت مع التوجه الرئاسي الذي تضمنته المادة 40 من القانون الأساسي المعدل، والمادة 120 و 127 من المسودة الأولى من الدستور، التي جاء فيها اختصاص تعيين سفراء وممثلي الدولة السياسيين حكر على الرئيس، في حين اتجهت المادة 125 من المسودة الثالثة المنقحة نحو النظام المختلط عندما أشركت الوزير المختص بالشؤون الخارجية في اختصاص، على النحو التالي: "يعين رئيس الدولة سفراء دولة فلسطين وممثليها لدى الدول والمنظمات الدولية والإقليمية، وينهي مهامهم، بتنسيب من الوزير المختص بالشؤون الخارجية. ويعتمد ممثلي الدول والمنظمات الدولية والإقليمية".

- ترأس مجلس الوزراء وجوبا أثناء سريان حالة الطوارئ، وفي الظروف الاستثنائية المشابهة لها (م 124). والاطلاع على جدول أعمال المجلس الوزاري (م: 137).

جدير بالذكر أنه لم يرد في مسودة الدستور أي دور للرئيس في مجال التعيين في الوظائف العليا، وبهذا الصدد حملت المسودة في المادة 137، والمواد: (79 و 123) توجهها برلمانيا نشير إليه في الفقرة اللاحقة.

ثانيا: تقوية صلاحيات مجلس الوزراء:

شكل مجلس الوزراء المؤسسة الأولى من حيث الاستفادة من إعادة توزيع الصلاحيات داخل السلطة التنفيذية، وذلك بناء على المؤشرات الآتية:

✓ ترأس رئيس الوزراء لمجلس الوزراء، إلا في حالات خاصة (م: 137، 134).

✓ ممارسة السلطة التنظيمية، ويشترك في التوقيع على المقررات والمراسيم التي هي من اختصاص رئيس الدولة، المواد: (124 و 137 و 144).

✓ تقديم المبادرات التشريعية، والأمر بنشر لقوانين (م: 137).

✓ رسم السياسات العامة " بتوجيه من الرئيس"، والإشراف على تنفيذها (م: 144).

✓ تعيين الموظفين المدنيين والعسكريين بناء على تنسيب الوزير المختص وفقا لما ينص عليه القانون (م: 144).

✓ الإشراف على أعمال الوزارات، ومتابعة أعمال الإدارات والمؤسسات العامة، وضبط اختصاصاتها وصلاحياتها: (م: 134، 137، 144).

يتضح مما سبق، أن الحكومة تتوفر على صلاحيات حقيقية وقوية في المسودة الثالثة المنقحة، مما يدفعنا للقول بأن المشرع الدستوري كرس ثنائية فعلية، وليس شكلية.

وبصورة عامة قدمت الهندسة الدستورية في المسودة الثالثة المنقحة، هيكلية واضحة للنمط الجديد لتوزيع الصلاحيات التنفيذية، ويسمح التدبير البرلماني الذي يطغى عليها في الكثير من الجوانب بقراءته على ضوء مقارنة الخانات الثلاث.

الخانة المحجوزة لرئيس الدولة، والخانة المحجوزة للمجلس الوزاري، وخانة المجال المشترك بين الرئيس والحكومة.

وهكذا، اتضح لنا أن الاختصاصات المحجوزة للحكومة هي أكثر من تلك المخصصة لرئيس الدولة، الذي يتوفر على صلاحيات تمثيلية وضمانية، وأخرى تنفيذية مقيدة يشترك معه مجلس الوزراء في ممارسة غالبيتها.

كما أن الصلاحيات المشتركة بين الرئيس والحكومة جرى هندستها وفقا للتدبير البرلماني، حيث من جانب عقلنة صلاحيات الرئيس وتقوية صلاحيات الحكومة، وليس وفقا للتدبير الرئاسي، حيث من منطلق إشراك الحكومة في اختصاصات الرئيس وصلاحياته.

خاتمة:

لقد حسم الاختيار التأسيسي لنظام الحكم في المسودة الثالثة المنقحة من الدستور التوجه البرلماني المبني على هيمنة الحكومة، التي تستمد شرعيتها من الأغلبية النيابية، ومن مسؤوليتها السياسية أمام البرلمان، على مقاليد السلطة التنفيذية.

وبالرغم من أن الاختيار التأسيسي في المسودة الثالثة المنقحة استعار المقوم الأساسي للاختيار الرئاسي، من حيث وجود رئيس منتخب بشكل مباشر من قبل الشعب، إلا أنه لم يتمتع الرئيس بصلاحيات تنفيذية قوية، كما هي في النظام الرئاسي، حيث دبر صلاحياته بنفحة برلمانية قوية تجعل من النزعة البرلمانية في النظام الدستوري تطغى على النزعة الرئاسية، لدرجة أنها تميز النظام الدستوري الفلسطيني عن التوازنات الاستوائية في النظام المختلط التي تدبر علاقة الرئيس بالحكومة وبالبرلمان.

وهكذا، تأسيسا على علاقة الرئيس بالحكومة والبرلمان كما بينها أعلاه، يمكن القول بأن المسودة الثالثة المنقحة من الدستور، تؤسس لنظام دستوري مختلط بجرعة برلمانية أعلى. بالرغم من توفر الرئيس على صلاحية اقتراح القوانين، والاعتراض على القوانين المقررة من قبل المجلس النيابي.

وجدير بالذكر، أن الغموض الذي يطبع بعض اختصاصات الرئيس: عرض الحكومة عليه قبل عرضها على المجلس النيابي لنيل الثقة، صلاحية إصدار المراسيم، صلاحية توجيه السياسة العامة، لا تطرح إشكال التأويل الموسع، بل إن الهندسة الدستورية المكرسة للعلاقات بين السلط تحصرها في إطار ضيق. وقطعت في الكثير من جوانبها مع إمكان أن تقلب القوانين العادية التوازنات الدستورية المكرسة، كما حصل في ظل النظام الدستوري للسلطة الوطنية الذي كانت فيه مساحات الغموض هي الأصل، وليس الاستثناء. إلا أن هناك من يربط بين صلاحية إصدار المراسيم وبين صلاحية توجيه السياسة العامة ليقر بتوفر الرئيس على صلاحيات تنفيذية واسعة.

وفي الختام، يمكن القول بأن مسودة الدستور الفلسطينية الثالثة المنقحة المنشورة في عام 2003 قدمت لدولة فلسطين نمط حكم، يتميز عن دساتير الربيع العربي، وخاصة الدستور التونسي لسنة 2014 الذي أسس لنظام مختلط يحتفظ بمعالمه الرئاسية، والدستور المصري لسنة 2014 الذي أسس لنظام رئاسي معقلن بجرعات برلمانية أقل⁽¹⁾.

(1) حول التحولات الدستورية في النظام الدستوري المصري والنظام الدستوري التونسي بعد انتفاضات الربيع، راجع: طارق، حسن، دستورية ما بعد انفجارات 2011، مرجع سابق، 241-250.

قراءة في بعض جوانب مسودة مشروع القانون المنظم للسجون

ذ. حميد لعسول

محام متمرن بهيئة المحامين ببني ملال

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة:

كان للتطورات العميقة و الإصلاحات الكبرى و الجريمة التي شهدها المغرب تعزيزا للاختيار الديمقراطي الذي لا رجعة فيه¹، أن أفرز بشكل جلي ضرورة مراجعة القوانين ذات الارتباط الوثيق بحقوق و حريات الأفراد بدءا بقانون المسطرة الجنائية²، مروراً بمجموعة القانون الجنائي³ وصولاً إلى القانون المنظم للسجون⁴؛ هذا الأخير الذي يعنى بصون كرامة الفئات الهشة و النهوض بوضعيتها الاجتماعية من خلال تفعيل برامج الإصلاح و التأهيل. وكل ذلك في إطار انخراط المغرب الواسع و الشامل في الركب الدولي الذي يعلي من قيمة الإنسان و يحرص على تمتيع كافة المواطنين بحقوقهم المتساوية و الغير القابلة للتجزئة فيما فيهم فئة السجناء التي لا تجردهم الأحكام القضائية منها⁵.

¹-نور الدين العمراني، "منظومة التجريم و العقاب: مظاهر الإختلال و آفاق الإصلاح"، مداخلة قدمت خلال الندوة التي نظمت بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس يومي 13 و 14 دجنبر 2013 بمناسبة اليوم العالمي لحقوق الإنسان في موضوع-ميثاق إصلاح منظومة العدالة: التصورات و الرهانات-. المجلة المغربية للقانون الجنائي و العلوم الجنائية العدد 2، 2015، ص69.

²- أصدرت وزارة العدل في شخص وزير العدل مصطفى الرميد آنذاك مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية بتاريخ 9 ماي 2014.

³- أصدرت أيضا وزارة العدل بتاريخ 31 مارس في شخص وزير العدل آنذاك مصطفى الرميد مسودة مشروع القانون الجنائي.

⁴- تم طرح مسودة مشروع القانون المنظم للسجون من طرف المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج بتاريخ 31 ماي 2016.

⁵- مقتطف من خطاب صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله بمناسبة افتتاح السنة القضائية بأكادير في 29 يناير 2003 و الذي قال فيه: "إن ما نوليهِ من رعاية شاملة للبعد الاجتماعي في مجال العدالة لا يكتمل إلا بما نوفره من الكرامة الإنسانية للمواطنين السجناء التي لا تجردهم منها الأحكام القضائية السالبة للحرية". مشار إليه في التقرير السنوي للأنشطة الصادر عن المندوبية العامة لإدارة السجون و إعادة الإدماج سنة 2016، ص8.

وبالتالي كان لزاما من المشرع المغربي في ظل رغبته في إعادة مراجعة القانون المنظم للسجون الأخذ في الحسبان بكل المستجدات والتطورات التي تعرفها المنظومة القانونية بالمغرب ككل.

الأمر الذي دفع بالمندوبية العامة لإدارة السجون إلى إصدار مسودة مشروع القانون المنظم للسجون سنة 2016 و التي لم تفعل كقانون إلى يومنا هذا، هذه المسودة التي حاول من خلالها واضعوها قدر الإمكان ترتيب القانون الجديد المنظم للسجون في شكل قالب جديد يهدف من خلاله تبويب مقتضياته و صياغتها صياغة واضحة، ومن ناحية موضوعية العمل على ترسيخ قيم و مبادئ حقوق الإنسان في السجون في شكل نصوص قانونية¹ وبلورة كافة الضمانات التي تقتضيها المواثيق والقواعد الدولية.

السؤال المطروح هو هل توفق واضعو المسودة في إعداد وصياغة هذه المسودة صياغة دقيقة وواضحة وهادفة على مستوى الشكل والموضوع متداركين الانتقادات التي توجه للقانون المنظم للسجون النافذ؟

في إطار الإجابة عن هذا التساؤل العريض سنحاول قدر الإمكان إبداء مجموعة من الملاحظات والقراءات على بعض جوانب هذه المسودة سواء من حيث الشكل أو الموضوع وذلك من خلال اتباع الخطة التالية:

المطلب الأول: قراءة عامة على مستوى الشكل لبعض جوانب مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.

المطلب الثاني: قراءة على مستوى الموضوع لبعض مضامين مسودة القانون المنظم للسجون.

المطلب الأول: قراءة عامة على مستوى الشكل لبعض جوانب

مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.

سنرصد في فقرة أولى أهم الملاحظات العامة حول مسودة القانون المنظم للسجون سواء ما يتعلق بملاحظات حول أسباب النزول أو ملاحظات على مستوى المقاربة التشاركية المعتمدة في طرحها للنقاش، على أن نقف في فقرة ثانية على بعض الإختلالات الشكلية سواء على مستوى الديباجة والتبويب، أو على مستوى الصياغة.

6-راجع بهذا الخصوص الفقرة الأخيرة من ديباجة مسودة مشروع القانون المنظم للسجون الصادرة بتاريخ 31 ماي 2016.

الفقرة الأولى: ملاحظات عامة حول مسودة مشروع القانون المنظم

للسجون.

تتنوع الملاحظات العامة الموجهة لمسودة القانون المنظم للسجون والتي لا يمكن حصرها إلا من خلال إدراجها في نقطتين شاملتين، تتعلق النقطة الأولى بالملاحظة العامة حول أسباب نزول هذه المسودة (أولاً)، في حين تتعلق النقطة الثانية بالملاحظة العامة حول الفعاليات المساهمة في طرح المسودة للنقاش ومدى اعتماد المقاربة التشاركية من عدمها في هذا الخصوص (ثانياً).

أولاً: الملاحظة العامة حول أسباب نزول مسودة مشروع القانون المنظم

للسجون:

لا يخفى على أحد أن رغبة المغرب في مساندة الركب الدولي، وتطورات الجريمة، فرضت عليه اعتماد مراجعة شمولية للقوانين المرتبطة بحقوق و حريات الأفراد، فكنا أمام ثالث مترابط و متكامل من القوانين التي شملتها المراجعة بدءاً بالقانون الجنائي، مروراً بقانون المسطرة الجنائية وصولاً إلى القانون المنظم للسجون من خلال طرح مسودات مشاريع قوانين منها من وضع أمام قبة البرلمان لمناقشته مع المصادقة عليه بالإجماع من طرف مجلسه¹، وذلك باعتبارهم إحدى الدعائم الأساسية لتحديث السياسة الجنائية ببلادنا.

إذن فأسباب مراجعة القانون المنظم للسجون فرضته ضرورة اكتمال هذا الثالث في المراجعة، إذ لا يستقيم أن نكون أمام سياسة جنائية عصرية تقتصر على مراجعة القانون الجنائي في شقه الموضوعي و الإجرائي بمعزل عن القانون الخاص بتنفيذ العقوبة الذي يخضع بدوره لمبدأ الشرعية، ويعتبر حلقة ثالثة لتنفيذ برامج السياسة الجنائية، ومن ناحية أخرى فإن هذا القانون لم يعد يساير مطالب السجناء لا من حيث الحقوق و لا من حيث أساليب المعاملة العقابية خاصة إذا علمنا أن هذا القانون يعود لسنة 21999.

7-نخص بالذكر مشروع قانون المسطرة الجنائية رقم 32.18 الذي تمت المصادقة عليه يوم 25 يونيو 2019 من طرف مجلس المستشارين، خلال جلسة عامة تشريعية، عقدت بعد جلسة الأسئلة الشفوية. تم الإطلاع على ذلك على الرابط الآتي:

<http://www.google.com/amp/s/m.hespres.com/politique/436613.html> &3fam

بتاريخ 2019/09/30 على الساعة 21.23

8-صرح المندوب العام لإدارة السجون و إعادة الإدماج السيد محمد صالح التامك بمناسبة ندوة حول موضوع: "تعديل القانون المنظم للسجون: الدواعي المنهجية و المرجعية" المنعقدة بالرباط بتاريخ

من أسباب النزول أيضا، رغبة واضعو المسودة في القيام بمراجعة شاملة و عميقة للقانون المنظم للسجون، وذلك لعدة المحافظة على المكتسبات و ترسيخ قيم و مبادئ حقوق الإنسان في السجون وبلورة كافة الضمانات التي تفرضها المواثيق و القواعد الدولية، ناهيك عن الرغبة في تحسين تبويب القانون و وضع صياغة واضحة¹.

الملاحظ من خلال ماسبق، أن المندوبية العامة لإدارة السجون اقتصرت في أسباب النزول عن الأسباب العامة و الفضفاضة، دون أن تعرض الأسباب الجدية التي تعاني منها السجون و التي تعتبر اللبنة الأساسية لمراجعة القانون المنظم للسجون من قبيل إشكالية الإكتظاظ²، أزمة العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة و تأثيرها على فقدان برامج الإصلاح و التأهيل للمناعة و عدم جدواها للمحكومين بها³، مشكل العنف الممارس بين السجناء فيما بينهم، أو الممارس من قبل الحراس على المسجونين و يدخل في إطار ذلك العنف الرمزي و اللفظي المهين لما له من تأثير مباشر على نفسية السجنين، ظاهرة الشذوذ الجنسي، تصريف المخدرات إلى

2016/05/24 إلى أن المسودة تأتي لتصحيح معالم القصور في مضامين القانون الحالي على مستوى معالجته لبعض الإشكاليات المرتبطة بالجوانب الأمنية و الإدماجية في تفعيل دور المؤسسات السجنية، خاصة في ظل التطور النوعي و الكمي للجريمة بكل تعقيداتها الإقتصادية و النفسية و السوسولوجية و الإيديولوجية.

-الفقرة الأخيرة من ديباجة مسودة مشروع القانون المنظم للسجون،ص 11¹
10-تشير الإحصائيات الجنائية من خلال آخر تقرير للمندوبية العامة لإدارة السجون سنة 2017 بأن نسبة الإكتظاظ بلغت 83 في المائة بمعدل 83102 سجين من بينهم 49311 سجين مدان و 33791 سجين معتقلا احتياطيا أي بنسبة 66،44 في المائة من المعتقلين الإحتياطيين من مجموع الساكنة السجنية.
ص 134

11-يصل عدد السجناء المحكومين بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة إلى ما مجموعه 37787 من أصل 48386 من بينهم المدانين نهائيا و المكرهين بدنيا أي بنسبة 62،76 من مجموع السجناء المدانين و المكرهين بدنيا.للمزيد من الإطلاع راجع تقرير المندوبية العامة لإدارة السجون و إعادة الإدماج لسنة 2017،الجدول 15،ص157.

السجون و التعامل بها في الداخل¹، وكذلك إشكالية العود² و التي هي الآن تعتبر المعضلة الكبرى التي تضرب برامج تنفيذ السياسة الجنائية في مقتل. و عطا على ما سبق، فإن ما يبرر هذا الإغفال قد يكون هو تجاهل المندوبية العامة لإدارة السجون الإعتراف بهذه المعضلات، أو كونها تفردت بوضعها لهذه المسودة دون أن تطرحها للنقاش أمام جميع الفعاليات التي تعنى وتهتم بالشأن السجني كقضية مجتمعية، وذلك من خلال دعوتها إلى تنظيم مناظرة وطنية تشارك فيها كل الفعاليات من مصالح حكومية وغير حكومية، هيئات حقوقية، أساتذة جامعيون، محامون، قضاة، مؤسسات اجتماعية وكل من له علاقة بمجتمع السجن المصغر.

لهذا فإننا نتساءل عن طبيعة المقاربة التشاركية التي اعتمدها المندوبية العامة لإدارة السجون في طرحها لهذه المسودة؟ هذا ما سيكون محط دراسة في ثانيا. **ثانيا: طبيعة المقاربة التشاركية المعتمدة من طرف المندوبية العامة لإدارة السجون في طرح المسودة للنقاش.**

لقد اعتمدت المندوبية العامة لإدارة السجون في الأصل مقاربة تشاركية ضيقة الحدود لا تتجاوز انفتاحها فقط على الجهات التابعة لها بما في ذلك مركز تكوين الأطر التابعة للمندوبية، مع إشراكها لبعض الفعاليات الحقوقية بشكل محتشم، وذلك عبر تنظيم أيام دراسية وفي فترة وجيزة وبشكل تطبع عليه السرية³.

12-بهدف محاربة تسريب الممنوعات إلى المؤسسات السجنية اتخذت المندوبية منذ تاريخ 30 أكتوبر من سنة 2017 قرار منع التوصل بوقف المؤونة بجميع المؤسسات السجنية،و إن كان هذا الإجراء لوحده غير كاف حيث إلى حدود الآن نسمع بين الفينة و الأخرى تسلل الممنوعات إلى الداخل بمعنى أن المشكل مرتبط بالمنظومة البشرية العاملة في المؤسسات السجنية و التي تتساهل في مكافحة هذه الظاهرة. - ترتبط ظاهرة تصريف المخدرات إلى المؤسسات السجنية بتزايد عدد السجناء المدمنين على استهلاكها،ففي فرنسا مثلا تشير إحدى الإحصائيات إلى أن من أصل 3 سجناء هناك سجين مدمن.

1 - Nina Tissot "prise et deprise:faire usage de drogue en prison"revue "Rhizone" N62 ,2016,p 13.

[https://www.cairn.info/revue-rhizone-2016-4-page-](https://www.cairn.info/revue-rhizone-2016-4-page-13.htm)

13.htm.

13-إن مرد تزايد حالات العود راجع بالأساس إلى فشل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة التي لا يستفيد معها السجنين من برامج التأهيل و الإصلاح حتى في سائر الأنظمة الجنائية المقارنة مما يتطلب البحث عن بدائل لها.

14-تجدر الإشارة إلى أن ضيق الوقت الذي يظهر عادة عند إعداد مسودة مشروع كرد فعل لحدث ما أو لتغيير و تنميط قانون قائم يمكن في أحيان عديدة أن يمثل تهديدا و خطرا جديا يلقي بظلاله على منظومة صناعة القوانين،ويؤثر بالسلب على جودة المنتوج النهائي.

الأكثر من هذا فالمقاربة التشاركية المعتمدة من قبل المندوبية هي مقاربة في الشكل دون المضمون، وذلك لسبب يعزى إلى كون المندوبية اقتصر في إشراكها لباقي الفعاليات على مجرد تخويلهم إمكانية الإدلاء برأيها في الموضوع عن طريق مذكرات كتابية، حتى وإن كانت بالفعل هذه الأخيرة يتم مسكها من طرف المندوبية فإنها في نهاية الأمر لا يلتفت إليها ولا يتم الأخذ بما جاء فيها لا كليا ولا جزئيا¹، دون مراعاة حجم المجهودات المبذولة لإعداد تلك المذكرات التي تتضمن في كثير من الأحيان إجابات كثيرة عن مجموعة من الإشكاليات.

ولهذا كان من الأصح تجاوز هذا المعطى، والدعوة بدلا مما سطر أعلاه إلى تشكيل لجنة مشتركة بين جميع الفعاليات المهتمة بالشأن السجني للخروج بمسودة مشروع تجيب عن مختلف الإشكاليات ومن زوايا ورؤى مختلفة قبل عرضها على المؤسسات التشريعية للتداول فيها.

وكان من الأجدر أيضا الأخذ بالمقاربة التشاركية التي سبق للمجلس الوطني لحقوق الإنسان و اقترحها في التقرير المقدم سنة 2012 المعنون ب: "أزمة السجون مسؤولة مشتركة، مائة توصية من أجل حماية حقوق السجناء و السجينات"² حيث أوصى المجلس من خلال هذا التقرير إلى إطلاق حوار وطني واسع حول أوضاع السجون عن طريق عقد مناظرة وطنية تشارك فيها كل المكونات المجتمعية الحكومية و غير الحكومية لتشخيص واقع المؤسسات السجنية، والخروج تبعا لذلك بتوصيات تروم الإصلاح و تجاوز المعوقات.

ولما كان عكس ذلك من خلال اعتماد المندوبية لمقاربة تشاركية ارتجالية، فإنها طرحت مسودة تعاني من مجموعة من الاختلالات لا سيما على مستوى الشكل لتتنصرف قليلا ما إلى الموضوع في مجموعة من المواضيع المتفرقة. لهذا سنقف على أهم الاختلالات في الشكل في الفقرة الآتية على أن نترك ما يهم الموضوع في الشق الثاني من هذه الدراسة.

15-بصراوي علال، "ملاحظات على مسودة مشروع القانون المنظم للسجون". مقال منشور على الرابط التالي: <http://maroc>

droit.ma

تاريخ الإطلاع 2019/10/03 على الساعة 23:45

16-تضمن التقرير الصادر عن المجلس الوطني 100 توصية منها 45 توصية ذات صلة باختصاصات المندوبية العامة، و 55 توصية مرتبطة بمسؤوليات قطاعات أخرى.

الفقرة الثانية: بعض الإختلالات الشكلية في مسودة مشروع القانون

المنظم للسجون.

الملاحظ أن مسودة مشروع القانون المنظم للسجون تتخللها مجموعة من الإختلالات الشكلية سواء من حيث التبويب(أولا) أو من حيث الصياغة المعتمدة في بعض المواد(ثانيا).

أولا: إختلالات على مستوى تبويب مسودة مشروع القانون المنظم للسجون دون صرف النظر عن الديباجة.

المثار في هذا الصدد أن التبويب الذي نهجه واضعو المسودة لا يتماشى و الدقة التي يجب أن تطبع البناء المنهجي الذي تصاغ فيه القوانين1، حيث يتضح من خلال تفحص المسودة بدءا بالديباجة التي جاءت مطولة2 و مفصلة إلى درجة يتيه معها القارئ في الجزئيات الدقيقة التي من المفترض أن يصرف طرف النظر عنها إلى غاية المتن في فصول متفرقة، نأخذ على سبيل المثال الفقرة 16 من الديباجة التي تطرقت بنوع من التفصيل لحقوق السجين بما في ذلك حق السجين في الإتصال بالمحامي، وحق الزيارة و التطبيب و الترفيه و تقديم كل التسهيلات لمتابعة الدراسة و التكوين المهني و مجموعة من الحقوق الأخرى.

ولهذا فمن وجهة نظر متواضعة ما كان على واضعي المسودة، أن يثقلوا الديباجة بهذه المقترضيات إلى درجة باتت معه الديباجة تحتل أكثر ما يجب أن تتحمل خاصة إذا احتكنا لما هو متعارف عليه وهو أن الديباجة تبقى قاصرة على التوجهات والأهداف الكبرى لصياغة قانون ما دون الخوض في التفاصيل التي موضعها هو المتن في نصوص قانونية منظمة ومرتبطة ترتيبا منهجيا دقيقا.

الملاحظ أيضا وهذه المرة على مستوى الأبواب التي تضمنتها المسودة أنها أبواب متفاوتة التفرع ففي الوقت الذي نجد فيه معظم الأبواب تتفرع إلى ما يصل كحد أقصى إلى عشرة فروع، يثير انتباهنا بالمقابل كل من الباب الأول و الثالث تفرغ مقتضياته في صلب المسودة دون تفرعات، وإن كان الباب الأول له ما يبرره في عدم تفرعه إلى عدة فروع بحكم أنه معنون بالمبادئ العامة و التي لا يستسيغ

17-يعتبر بناء القانون و هيكلته من أحد أساسيات فن الصياغة، هذه الأخيرة التي لا تنحصر في الأسلوب الكتابي للمادة العلمية بل تتعداها لتشمل هيكل القانون و بنائه. للمزيد من التفصيل راجع في هذا الصدد مرجع كل من الدكتور عبد الرزاق السنهوري و أحمد أبو استيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر، دمشق، سوريا، 1941، ص 66 و ما بعدها.
-نشير إلى أن الديباجة جاءت تتضمن ما لا يقل عن 19 فقرة، أغلبها فقرات طويلة.²

معها وضعها على شكل فروع مدرجة تحت الباب الأول، فإنه على العكس من ذلك من غير المستحب أن لا يتم تفريع الباب الثالث المعنون بمهام إدارة السجون و ذلك لكون مهام إدارة السجون متعددة و مختلفة لا من حيث الجهات المشرفة على أدائها ولا من حيث المجالات التي تشملها، والأكثر من هذا فحتى يعترف القارئ بتعدد مهام إدارة السجون كان من المفروض أن تحدد المسودة هذه المهام في عدة فروع منطوية تحت لواء الباب الثالث.

ولعل الأكثر من ما هو موماً إليه أعلاه فإن المسودة جاءت مغرقة بمجموعة من النصوص القانونية التي يبلغ عددها 330 مادة، لم نبالغ إن قلنا أن ما يزيد عن 50 مادة لا تشكل أية إضافة على مستوى المكتسبات و ما زادت المسودة إلا حشوا و إطالة إلى حد الوقوع في التناقض القائم بين بعض هذه المواد. ومن بين المواد على سبيل المثال لا الحصر التي نرى أنه لا فائدة من وجودها و يستحسن حذفها نذكر كل من المواد من 7 إلى 14 التي تشير إلى مجموعة من المفاهيم التي تبقى واضحة و منصوص عليها سابقا في نصوص خاصة 1 سواء في قانون المسطرة الجنائية أو القانون المتعلق بتنظيم و تسيير المجلس الأعلى للسلطة القضائية عوض أن يتم التطرق لها في مجموعة من المواد في متن المسودة.

ثانيا: مؤاخذات على مستوى الصياغة المعتمدة في مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.

19-بالرجوع إلى الأنظمة السجنية المقارنة لا سيما القانون المنظم للسجون الفرنسي فإن المفاهيم الموجودة في قوانين أخرى يشار إلى مرجعها في الهامش بدل إقامها في صلب المتن و إعطائها فصل، ففي الفصل الرابع من قانون السجون الفرنسي نجده يحيل على القانون الجنائي:

Article 4 par la loi N 2009-1436 du 24 novembre 2009, Version - consolidée au 17 septembre 2019.

En 2eme paragraphe : « la possibilité de contrôler les communications téléphoniques, les correspondances et tout autre moyen de communication , la méconnaissance de cette disposition est passible des peines prévues à l'article 432-9 du code pénal ».

إن الصياغة¹ التي يجب اعتمادها في طرح أي مسودة هي الصياغة الواضحة والدقيقة، إذ إن اللغة المعقدة و المبهمة أحيانا تجعل القانون مغلقا². و يرجوعنا إلى مسودة القانون المنظم للسجون يلاحظ عليها أنها تتضمن مجموعة من المواد التي لم يحترم فيها واضعو المسودة معايير الدقة و الوضوح³ في الصياغة و تتلخص أهم هذه المواد فيما يلي:

-تعرف المادة 9 المقرر القضائي بأنه عمل صادر عن سلطة قضائية، يتمتع بالقوة الإلزامية ما لم يتم التراجع عنه، لهذا فالملاحظة المسجلة من حيث الصياغة في هذه المادة أنها تعرف المقرر القضائي بأنه عمل و مصطلح عمل يبقى بعيد في المادة الجنائية من وصف القرارات الصادرة عن السلطة القضائية و لهذا كان من المفروض توظيف مصطلح حكم حتى تكون له دلالة قانونية. والملاحظ أيضا في صلب هذه المادة أنها تتضمن عبارة ما لم يتم التراجع عنه، لنتساءل هل هناك مقررات قضائية تتمتع بالقوة الإلزامية يمكن التراجع عنها، ولهذا كان حريا بوضعي المسودة عدم توظيف هذه العبارة.

-تعرف أيضا المادة 14 المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج بأنها هي الإدارة المكلفة بالسجون، لنسجل بذلك ملاحظة على هذا التعريف بأنه غير واضح ويبدو أنه غير مكتمل الدلالة خاصة إذا سلمنا بأن المندوبية العامة لإدارة السجون لا تقتصر أدوارها على القيام بمهام السجون وإنما تتعداها لتنفيذ برامج السياسة الجنائية في شقها العقابي وحرصها الدائم على الإصلاح والتأهيل وإعادة الإدماج.

- نجد المادة 17 و التي تعرف السجين بكونه ذلك الشخص الذي يقضي عقوبة سالبة للحرية بمؤسسة سجنية بموجب حكم قضائي، والحال على نقيض ذلك، حيث إن مفهوم السجين يفهم منه هو كل شخص مقيد الحرية، فقد يكون معتقلا

20-تعرف الصياغة اصطلاحا بأنها أداة لتحويل المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية إلى قواعد منضبطة و عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، راجع بهذا الخصوص مرجع: ليث كمال نصرأوين، "متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة و أثرها على الإصلاح القانوني" ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح و التطوير) الجزء الرابع، الأردن، العدد 2017، 2، ص 5.

21-إن صياغة النصوص القانونية ينبغي أن يعهد بها للقانونيين ذوي الخبرة و الدراية بأصول و قواعد علم الصياغة التشريعية. أشار إليها الأستاذ ماجد صبحي، دليل جمهورية مصر العربية لإعداد و صياغة مشروعات القوانين، الطبعة الأولى، دون مطبعة، القاهرة، مصر، 2018، ص 34.

22-كاقترح حبذا لو عملت المغرب على إنشاء معاهد متخصصة في تدريس "علم صياغة النصوص القانونية و التشريعية" أسوة ببعض الدول المقارنة كألمانيا و بلجيكا و فرنسا.

احتياطياً، أو مكرهاً بدنياً، أو محكوماً عليه، لهذا فالتعريف الذي وضعه واضعو المسودة يتماشى و مصطلح المحكوم عليه بدل مصطلح السجين الذي يبقى مفهوماً واسعاً و فضفاضاً.

-المادة 22 التي تعرف المرأة السجينة بأنها أنثى الإنسان وكأنها ليس بإنسان في الأصل، أو أن المخاطب بهذه المادة قليل الفهم لهذه الغاية حتى لا يعلم بأن المرأة السجينة هي أنثى وليس من جنس آخر، ولهذا يؤخذ على هذا التعريف بأنه معيب تنقصه الدقة والوضوح.

وتفادياً لمزيد من التفصيل في كل مادة على حدة نشير إلى أن هناك أيضاً مجموعة من المواد التي تتطلب إعادة التحيين من حيث الصياغة كالمواد: 126، 31، 30، 227، 72، 63، 339، 103، 90، 89، إلخ.

إن ما يعيب المسودة أيضاً على مستوى الصياغة هو التكرار ما بين مضامين بعض المواد و كذلك التناقض القائم بينهما، فعلى سبيل المثال كان من المفروض على واضعي المسودة الإقتصار في تعريف الحدث الجانح وكذلك الجناح المخصص له على مادة واحدة و هي المادة 20 بدل إضافة مادة أخرى و هي المادة 21 التي تعتبر قريبة من حيث الدلالة و الصياغة للمادة 20.

نلمس التكرار ما بين المواد أيضاً في كل من المواد 28، 29، 30، 31، 32، فبدل كل هذه المواد التي تكمل المادة 28 من حيث تعريف أصناف السجون، كان من اللازم الإقتصار على تعريف هذه الأصناف من السجون في المادة 428 عوض زيادة 4 مواد أخرى.

23-تنص المادة 26 على ما يلي: "المسن هو الشخص الذي يحتاج إلى رعاية غيره بحكم تقدمه في السن بعد ستين سنة و ما يترتب عنهم مرض أو ضعف أو عجز".

24-جاء في المادة 31 على أن السجن الفلاحي "مؤسسة سجنية ذات نظام شبه مفتوح لتنفيذ العقوبات، وتختص بالتكوين المهني في الميدان الفلاحي، وبتهييب بعض المدانين الذين اقترب الإفراج عنهم للعودة إلى الحياة العادية".

25-تنص المادة 72 على أنه:تخطر إدارة السجن السجين إذا أصيب أحد أقاربه المقربين أو أي شخص آخر يهيمه شأنه بمرض خطير أو توفي.وينبغي السماح للسجين،قدر الإمكان و كلما سمحت الظروف بذلك،بالذهاب تحت الحراسة أو وحده لعيادة ذلك القريب أو الشخص إذا كانت حالته الصحية حرجة أو لحضور جنازته في حالة الوفاة".

26-كان من المفروض أن يتم التطرق إلى تعريف أنواع المؤسسات السجنية في المادة 28 لتصبح كالآتي: "المؤسسات المعدة خصيصاً لاستقبال الأشخاص الصادرة في حقهم مقررات قضائية سالبة للحرية و هي:

1-السجون المركزية:تخصص السجون المركزية لإيواء المدانين المحكوم عليهم بالإعدام وبعقوبات طويلة الأمد.

والجدير بالذكر إلى أن قراءة بعض مضامين هذه المسودة لا تقتصر على ما هو شكلي فقط، بل تتجاوز ذلك لما هو موضوعي في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: قراءة على مستوى الموضوع لبعض مضامين

مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.

جاءت مسودة مشروع القانون المنظم للسجون على مستوى الموضوع لتكتمل بعض النواقص التي تعترى القانون النافذ مما يعتبر معه هذا التدارك من حسنات المسودة (الفقرة الأولى)، إلا أنها بالمقابل يسجل عليها بعض المساوئ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: بعض محاسن مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.

لا مرأى في أن مسودة مشروع القانون المنظم للسجون وإن كانت تتخللها بعض الأعطاب على مستوى الشكل، فإنه بالمقابل نسجل عليها بعض المحاسن على مستوى الموضوع سواء من حيث التصنيف المعتمد للمؤسسات السجنية والسجناء، وكذلك تحديث برامج الإصلاح والتأهيل (أولاً) أو من حيث توسيع مساحة حقوق السجناء (ثانياً).

أولاً: بعض حسنات مسودة المشروع من حيث التصنيف المعتمد للمؤسسات السجنية والسجناء، وتطوير أساليب المعاملة العقابية كألية للإصلاح وإعادة الإدماج.

بادئ ذي بدء و مما لا شك فيه أن دور المؤسسات العقابية لم يعد يقتصر على عزل الجاني عن المجتمع في ظل تطور مفهوم التنفيذ العقابي، بل أضحت دورها اليوم يراهن على إصلاح الجاني و تأهيله لحياة اجتماعية شريفة¹، لهذا فإن السياسة المعتمدة من طرف المؤسسات السجنية ترمي حقيقة إلى الحد من حالات العود وذلك

2-السجون المحلية:مؤسسة سجنية محلية،تعتمد برامج للتكوين المهني أو التعليمي قصد تأهيل السجناء للاندماج في الحياة العملية بعد الإفراج عنهم.

3-السجون الفلاحية:مؤسسة سجنية ذات نظام شبه مفتوح لتنفيذ العقوبات،وتختص بالتكوين المهني في الميدان الفلاحي،وبتهيئ بعض المدانين الذين اقترب الإفراج عنهم للعودة إلى الحياة العادية.

4-مراكز الإصلاح و التهذيب:مؤسسة متخصصة في التكفل بالأحداث المدانين الصادرة في حقهم تدابير قضائية سالبة للحرية،الذين لا تتعدى أعمارهم 20 سنة،قصد إعادة إماجهم في الوسط الاجتماعي. تتوفر هذه المؤسسات على تنظيم إداري و نظام أمني داخلي، يهدفان إلى تأمين و تطوير سبل إعادة إماج المدانين في المجتمع".

27- غيث جمعة سعيد،"السجون و انتهاكات حقوق الإنسان"،مجلة القانون و الأعمال الدولية الإلكترونية، مقال منشور على الرابط التالي:

<https://www.droitentreprise.com/?p=19004>

تم الإطلاع عليه بتاريخ 2019/10/06 على الساعة: 22:34

عبر اتباع معاملة عقابية حديثة تساهم في العلاج بدءاً بأول تدبير و هو التصنيف¹ الذي تتداخل فيه مجموعة من المعايير لإعماله، وإيجاد رعاية إنسانية متكاملة و بيئة شبه مفتوحة، وتلقين السجين مبادئ العلم و الأخلاق و الدين و تكوين مهني يحتاج إليه في المستقبل.

وأمام المفهوم الجديد للأدوار المنوطة بالمنوبية العامة لإدارة السجون، ما كان لها إلا أن تعمل على وضع مجموعة من المواد في المسودة تتماشى و المرامي الموماً إليها أعلاه، بدءاً بأسلوب التصنيف كأسلوب سيمكن المؤسسات السجنية من قدرتها على تنفيذ برامج الإصلاح و التأهيل بما يؤثر إيجاباً على غالبية السجناء، لهذا نجد المسودة ركزت على تصنيف المؤسسات السجنية تبعاً لاختلاف فئات السجناء سواء من حيث الجنس أو العقوبة ، وكذلك سجل سوابقهم و خطورتهم الإجرامية، ناهيك عن توفر حالات العود من عدمها، و الأسباب القانونية لاعتقالهم و متطلبات معاملتهم.²

الملاحظ أن هذا التصنيف المنصوص عليه في المسودة بناء على تلك المعايير السالفة الذكر يعتبر من حسنات المسودة، خاصة إذا علمنا أن ذلك التصنيف يستتبعه التصنيف المبني على أساس معيار الوضعية الصحية حيث نصت المسودة و بشكل إلزامي على تخصيص أماكن منفصلة للمعتقلين المرضى³.

وفي سبيل تعزيز الفصل ما بين الفئات الخاصة، تم التنصيص على ضرورة فصل النساء عن الرجال في مؤسسات مختلفة، في الحالة التي تتوفر فيه هذه الإمكانية⁴. كما تم تعزيز حماية الأحداث بما فيهم الأشخاص الذين لا تتعدى أعمارهم 20 سنة وذلك من خلال تنصيص المادة 40 من المسودة على وجوب توفر كل مؤسسة سجنية على حي مستقل للأحداث، على عكس القانون النافذ 23.98 الذي يشير في المادة 5 منه إلى أنه في حالة عدم إمكانية تخصيص حي مستقل بالأحداث يتم وضعهم في محل منفصل، لنستنتج من خلال المادة 40 من المسودة بأن المنوبية العامة لإدارة السجون ستكون ملزمة بتوفير أحياء مستقلة للأحداث في فصل تام لهم

28- ما يلاحظ أنه هناك ارتباك في صياغة المواد المتعلقة بالتصنيف حيث نصت المادة 28 على أن المؤسسات السجنية هي: السجون المركزية، السجون المحلية، السجون الفلاحية، مراكز الإصلاح و التهذيب تم جاءت المادة 36 أيضاً لتتص على أن المؤسسات السجنية هي قسمان: السجون المحلية تم السجون المنصوص عليها في المادة 28 المذكورة و هذا التكرار الذي أربك التصنيف لا داعي له أصلاً.

-الفقرة الأولى من المادة 38 من مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.²

-الفقرة الثالثة من المادة 38 من مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.³

-الفقرة الأولى من المادة 39 من مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.⁴

عن الرشداء، ولا يمكن لها في هذه الحالة التذرع بمعضلة الإكتضاض لتبرير وضعهم في محلات منفصلة، ما دام المادة أعلاه تشير إلى الوجوب و ليس الإختيار. من حسنات المسودة في هذا الإطار أيضا ما جاء بالمادة 141 منها من حيث تخصيص أماكن للإعتقال الإنفرادي بالنسبة للمعتقلين في السجون المحلية متى صدر أمر قضائي بذلك من السلطة القضائية ل يبقى كل أمر صادر من السلطة القضائية كيفما كان نوعه يلزم المؤسسة السجنية بإيداع المعتقل في المكان المخصص للإعتقال الإنفرادي بدل وضعه مع المدانين، الأمر الذي يسجل أيضا على واضعو المسودة توفيقهم في اعتماد هذا النوع من التصنيف بين هذه الفئات، حيث سيجنب المعتقلين الإحتياطيين الإختلاط بالمدانين الذين قد يتأثروا بسلوكهم الإجرامي في الوقت الذي يكون فيه بعض هؤلاء المعتقلين قريبين من براءتهم.

ب-أساليب المعاملة العقابية كآلية مساهمة في الإصلاح وإعادة التأهيل. لا مناص في أن المعاملة العقابية الإنسانية تعتبر إحدى الآليات المساهمة في تأهيل السجناء و إصلاحهم و إعادة إدماجهم في حضيرة المجتمع²، لهذا ارتأى واضعو المسودة من خلال مجموعة من المواد تعزيز برامج المعاملة العقابية بالنسبة للسجناء بدءا بالمادة 89 التي تخول لأعضاء المنظمات و الجمعيات بناء على ترخيص من المدير الجهوي حق زيارة المعتقلين بهدف تطوير و تقوية المساعدة التربوية المقدمة لفائدة السجناء، وتقديم الدعم المعنوي و المادي لهم و لعائلاتهم عند الإقتضاء-وذلك لما للعقوبة السالبة للحرية من آثار سلبية حتى على عائلة السجن-بالإضافة إلى دور هذه الجمعيات في مساهمتها بشكل فعال في إعادة إدماج المفرج عنهم.

لكن ما يؤخذ على واضعو المسودة في هذا المجال هو أنه في الوقت الذي تتوقف فيه زيارة الجمعيات للمؤسسات السجنية على مجرد موافقة المدير الجهوي³، يسجل في المقابل ضرورة الحصول على ترخيص من المندوب العام

32-تنص المادة 41 على أنه: "تخصص للمعتقلين الإحتياطيين بالسجون المحلية، أماكن للاعتقال الإنفرادي إذا كان ذلك بأمر من السلطة القضائية.

² -Léa Poplin , « le module de respect-outil de lutte contre la violence et levier de réinsertion », après-demain 2018/1 (N 45 , NF) page 11.

34-تنص المادة 89 على أنه: "يمكن أن يقوم بزيارة المعتقلين بترخيص من المدير الجهوي، أعضاء المنظمات و الجمعيات،الذين تهدف زيارتهم إلى تقوية و تطوير المساعدة التربوية المقدمة لفائدة المعتقلين،وتقديم الدعم المعنوي و المادي لهم و لعائلاتهم عند الإقتضاء،والمساهمة في إعادة إدماج من سيفرج عنهم".

إدارة السجون بالنسبة لزيارات الباحثين¹، وهنا نكون أمام مفارقة عجيبة خاصة إذا سلمنا جدلا أن تطوير البحث العلمي و تجويده في مجال المنظومة السجنية يتطلب تيسير سبله للباحثين، ولن يتأتى هذا التيسير إلا باقتصار زيارة الباحثين على ترخيص المدير الجهوي بدل المندوب العام لإدارة السجون شأنهم شأن الجمعيات. وقطعا مع كل الممارسات الدنيئة والحاطة بكرامة السجناء فقد جاءت المسودة بالمادة 4 التي تنص على أنه: "لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية للسجناء، كما لا يجوز تحت أي ذريعة معاملتهم معاملة قاسية أو لإنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية، كما اعتبرت ممارسة التعذيب في حق السجناء بكافة أشكاله جريمة يعاقب عليها القانون".

ولهذا فقد عهد للمجلس الوطني لحقوق الإنسان - كما هو مشار إليه في ديباجة المسودة- مهام الآلية الوقائية الوطنية لمنع التعذيب على المستوى المحلي، وذلك للقيام بدراسة معاملة الأشخاص المحرومين من حريتهم في أماكن الإحتجاز بهدف تعزيز حمايتهم من التعذيب ومن ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة، وكذا تقديم التوصيات الملائمة إلى السلطات بهدف تحسين أوضاع السجناء.

ثانيا: توسيع مساحة حقوق السجناء.

اعترافا من واضعي المسودة بما لتوسيع مساحة حقوق السجناء من دور إيجابي في تحسين وضعيتهم وبالتالي تأهيلهم وإعدادهم للإندماج بعد الإفراج عنهم، زيادة على مطالب الهيئات الحقوقية، فقد جاءت المسودة بحقوق إضافية، وخصت بابا كاملا يخص حقوق السجناء نذكر بعضا منها كالآتي:

1- الحق في الحصول على المعلومة: من الحقوق المستجدة التي جاءت بها المسودة لأول مرة بعدما تم إقراره كحق دستوري بموجب دستور 22011، و

35- جاء في المادة 92 من المسودة على أنه: "يمكن أن يمنح للباحثين أو الأعضاء في جمعية مهتمة بدراسة خطط ومناهج إعادة التربية، رخص خاصة واستثنائية لزيارة المؤسسات السجنية من طرف المندوب العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج".

36- ينص الفصل 27 من الدستور "للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام. لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون، بهدف حماية كل ما يتعلق بالدفاع الوطني، وحماية أمن الدولة الداخلي و الخارجي، والحياة الخاصة للأفراد، وكذا الوقاية من المس بالحريات و الحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور، وحماية مصادر المعلومات و المجالات التي يحددها القانون بدقة".

استصدر بشأنه قانون 131.13، هذا الحق الذي أضحى متاح لجميع المواطنين بما فيهم السجناء، إلا أن الملاحظ على تنظيم هذا الحق في ظل الفرع الأول من الباب الخامس من المسودة كونه لا يتماشى و التنظيم القانوني للحق في الحصول على المعلومة كما هو منصوص عليه في كل من الفصل 27 من الدستور و قانون 31.13 اللذان يخولان للمواطن الحق في طلب الحصول على المعلومة من الجهات المعنية، وهو ما لا نجده في المسودة التي تكتفي بإخبار السجين بمجموعة من المعلومات المتعلقة بوضعيته القانونية دون تمكينه من طلب الحصول على هذه المعلومات و شتان ما بين الحق في طلب الشيء و الإخبار به.

2- الحق في الإتصال بالعالم الخارجي: وهو الحق الذي يخول للسجين في أن يبقى على اتصال بعائلته و إخبارهم بكل إجراء تتخذه في حقه أحيانا المؤسسة السجنية كالحالة التي يتم فيها نقله من مؤسسة إلى أخرى 2.

3- حق السجين في الرعاية الصحية و النظافة الشخصية: تعتبر المسودة هذا الحق من حقوق الإنسان الأساسية، الأمر الذي يتطلب بالفعل الحرص على تمتيع السجين به دون قيود، كما يعتبر هذا الحق من الإلتزامات الملقاة على عاتق الدولة ممثلة في المندوبية العامة لإدارة السجون و إعادة الإدماج في علاقتها مع السجين، وما يسجل من ملاحظة في ضوء المسودة أنه لم يتم الرفع من عدد الأطباء على مستوى المؤسسات السجنية، إذ تم الإبقاء على توفر كل مؤسسة سجنية على طبيب واحد على الأقل 3 و هو عدد غير كافي خاصة في المؤسسات السجنية التي تعرف الإكتضااض.

4- حق السجين في مستوى معيشي مناسب يحفظ كرامته و إنسانيته، وكذلك حقه في الأمن و السلامة العامة، وذلك بأن لا يتم تعريضه للعنف بشتى صوره سواء من طرف موظفي السجون أو السجناء الموجودين معه 4.

وصفوة القول فمهما ما قامت به المندوبية العامة لإدارة السجون من حيث الرفع من مساحة حقوق السجناء، فإنها تغافلت التتصيص على مجموعة من الحقوق

37- هو القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 12 مارس

2019 بعد مرور سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية رقم 6655.

-المواد من 73 إلى 104 من مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.²

39-تنص المادة 108 من المسودة في فقرتها الأولى على أنه "تتوفر كل مؤسسة سجنية، بالإضافة إلى

مساعدين طبيين، على طبيب واحد على الأقل، يكلف بالعمل بها إما بصفة دائمة أو بصفة دورية".

-المواد من 134 إلى 138 من المسودة.⁴

الأساسية والتي تبقى بعضها حقوق دستورية كالحق في التصويت و الحق في التعبير.

الفقرة الثانية: بعض مساوئ مسودة مشروع القانون المنظم للسجون.

يسجل على واضعي المسودة أنه في سبيل المحافظة على الأمن داخل المؤسسات السجنية وصلوا إلى حد الإفراط في المقاربة الأمنية (أولا) و ذلك على حساب إغفال مجموعة من الحقوق الأساسية المقرر للسجناء دوليا و دستوريا(ثانيا).
أولا: الإفراط في المقاربة الأمنية والمساس بحقوق السجناء.

من خلال تفحص مواد المسودة نجد أنه تم ذكر كلمتي: "أمن" "أمني" أكثر من 88 مرة، ووردت أغلبها لتمنح صلاحيات للإدارة والموظفين لمنع السجناء من ممارسة حقوقهم المكفولة قانونا أو لاتخاذ تدابير في إطار سلطة تقديرية واسعة الإفراط والشطط تحت ذريعة واجب المحافظة على أمن المؤسسة أو النظام العام. وفي هذا الإطار نشير إلى أن المرصد الوطني للسجون أبدى بدوره بعض الملاحظات سنورها كالآتي:

الملاحظة الأولى: إذا كان الحرص على أمن المؤسسة أمر مشروع بل واجب، لأن أمنها فيه أمن للسجين و للمجتمع دون شك، فإن التعامل مع هذا الموضوع مع مضمينه ومع تدبيره و توفير شروطه، ظل بالمسودة أمر مفرط في الغموض وأعطى للإدارة صلاحيات يمكن اتخاذها تحت مبرر "الأمن" دون أن تكون لها دواعي موضوعية و ضرورية في كل الحالات¹.

الملاحظة الثانية:أفرغت المسودة التوجيهات الإنسانية و الدستورية التي أشارت إليها الديباجة من محتواها وذلك من خلال مواد2 عديدة مليئة بإمكانية و توقع الشطط، وخلق ظروف الفرع و التخوف، لتصبح هذه المواد قيودا على الحق في الكرامة و الحرية و التي لا يمكن الإجهاز عليها داخل الوسط السجني.

إلى جانب الملاحظات المسجلة من طرف المرصد الوطني للسجون من خلال تقريره السنوي لسنة 2016، هناك أيضا مجموعة من الدلالات على مستوى مواد المسودة التي تفيد الإفراط في المقاربة الأمنية والمساس بحقوق الإنسان والسجناء معا نوردها على الشكل التالي:

-تقرير المرصد الوطني للسجون السنوي حول: "وضعية المؤسسات السجنية و السجناء بالمغرب"

2016،ص1.126

-المواد 239،238،237.

1- ما يؤكد تغليب إدارة السجون للمقاربة الأمنية على حقوق السجناء هو المساس الخطير بالحياة الخاصة للسجين من خلال تسطير مجموعة من المواد (248، 247، 239، 238، 145) التي تتيح للموظفين العاملين بالمؤسسة السجنية إمكانية اللجوء للتفتيش الإقتحامي¹ الذي يصل إلى حد تفتيش الجسد و تجاؤيفه، الأكثر من ذلك يصل الأمر إلى تحويل الموظفين تفتيش السجن و هو عاري²، لغاية تتم عن الإفراط في واجب المحافظة على الأمن.

2- المساس بالعلاقة السرية ما بين السجين و دفاعه، حيث تخول المادة 397 في حالة الشك في المراسلة الموجهة من السجين لدفاعه حق المؤسسة السجنية في تسليم هذه المراسلة للنيابة العامة للإطلاع عليها، وهذا إجراء يمس في الجوهر بحقوق الدفاع و بحصانة الممارسة المهنية للمحامي و يعطي سلطة للنيابة العامة على المحامي لم تمنحها لها قواعد القانون المنظم لمهنة المحاماة باعتباره أولى بالتطبيق.

3- ما يمس بحقوق الدفاع أيضا، إخضاع زيارة المحامي للمراقبة من دون تحديد مبرراتها ولا نطاقها ولا حدودها (المادة 85)، لنسجل بأن هذه المراقبة تعد مساسا باستقلال المحامي و شرفه و مروءته التي يخولها له قانون مهنته. بناء على ما سطر أعلاه فإنه يجب إعادة النظر في موضوع المقاربة الأمنية المعتمدة من طرف المندوبية العامة لإدارة السجون، من خلال تحديدها الواضح والدقيق لدلالات كلمات "أمن"، "أمني"، "أمن المؤسسة السجنية" حتى لا يسير تأويلها سيف يشوه المفاهيم والأبعاد الدستورية والحقوقية التي تفرض تغليب المقاربة الحقوقية على المقاربة الأمنية في وسط يبقى فيه السجين مقيد الحرية دون باقي الحقوق الأخرى.

والجدير بالذكر أن مساوئ المسودة من حيث الموضوع لا تقف عند هذا الحد بل تصل إلى حد عدم إشارتها لا من بعيد ولا قريب لمجموعة من الحقوق الدستورية والإنسانية التي يفرضها الواقع الحالي من أجل نجاح برامج الإصلاح و التأهيل. فما هي إذن هذه الحقوق؟

-المادة 238 من المسودة¹

44- تنص الفقرة الأولى من المادة 239 على أنه: "لا يلجأ إلى إجراءات التفتيش الإقتحامي، بما في ذلك تفتيش الجسد العاري و تفتيش تجاؤيف الجسم، إلا في حالات الضرورة القصوى.

45- جاء في المادة 97 من المسودة في فقرتها الثانية على أنه: "إذا كان هناك داع للشك في أنها موجهة فعلا للمحامي، أو مبعوث بها من قبله، تسلم دون فتحها إلى النيابة العامة".

ثانيا: إغفال تسطير المسودة لبعض الحقوق المدنية والسياسية الخاصة بالسجناء.

لقد تفادت المسودة التنصيص على بعض الحقوق المدنية والسياسية الخاصة بالسجناء سواء عن قصد أو دون قصد متجاهلة بذلك مقتضيات المواثيق الدولية و الدستور المغربي، و مطالب الهيئات الحقوقية، نذكر منها ما يلي:

1- الحق في التصويت: يعتبر الحق في التصويت حق شخصي و واجب وطني وفقا لمقتضيات الفصل 30 1 من الدستور و يعتبر جميع المغاربة سواسية في ممارستهم لهذا الحق بما فيهم السجناء الذين لا تجردهم بعض الأحكام منه، ما لم يكن الحكم الصادر في حق السجين متعلق بجناية إذ في هذه الحالة تسري عليه مقتضيات الفصل 237 من القانون الجنائي و تحرمه من التصويت باعتبار التجريد من ممارسة الحقوق الوطنية عقوبة إضافية للعقوبة المتعلقة بالجناية ولم لو يشار إليها في الحكم القضائي و تطبق تبعا لذلك بحكم القانون.

2- الحق في التعبير: يرى البعض 4 أن المشرع في ظل القانون النافذ قد اعترف للسجين بحقه في التعبير بصورة ضمنية، مبررا ذلك بكون السجين متاح له إمكانية الحصول على المعلومات و تقديم الشكايات باعتبارهما أحد مظاهر الحق في التعبير، إلا أن هذا الرأي يؤخذ عليه كونه أغفل مفهوم الحق في التعبير المقصود به هو إخراج الرأي إلى الناس عبر وسائل التعبير المختلفة، لهذا فهناك فرق ما بين

46- ينص الفصل 30 من الدستور في فقرته الأولى و الثانية على أنه: "لكل مواطن أو مواطنة، الحق في التصويت، وفي الترشح للانتخابات، شرط بلوغ سن الرشد القانونية، والتمتع بالحقوق المدنية و السياسية. وينص القانون على مقتضيات من شأنها تشجيع تكافؤ الفرص بين النساء و الرجال في ولوج الوظائف الانتخابية.

التصويت حق شخصي و واجب وطني".

47- جاء في الفصل 37 من القانون الجنائي على أنه: "الحجر القانوني و التجريد من الحقوق الوطنية، كعقوبة تبعية، ينتجان عن العقوبات الجنائية و حدها. و يتعين تطبيقهما بحكم القانون دون حاجة إلى النطق بهما في الحكم".

48- يعرف الحق في التعبير بأنه: "إخراج الرأي إلى الناس عبر وسائل التعبير المختلفة من كتابة و فن و كلام و حتى لغة الجسد". راجع في هذا الخصوص مرجع محمد عبد الخليل، "الأليات الدولية و الوطنية للدفاع عن حقوق السجناء و أسرهم، دون طبعة، مطبعة مؤسسة ماعت للسلام و التنمية و حقوق الإنسان، بدون ذكر السنة، ص 1. أشار إليه الدكتور عبد الجليل العينوسي في مقال له تحت عنوان "الحقوق الأساسية للسجين في التشريع المغربي-حق التعبير نموذجًا-، مجلة القانون المغربي، العدد 2018، 37، ص 93.

- عبد الجليل العينوسي، الحقوق الأساسية للسجين في التشريع المغربي-حق التعبير نموذجًا-، مرجع سابق، ص 94.

إبداء الرأي و طلب الحصول على حق معين أو التشكي من أجله، حيث و إن كان الحق في الحصول على المعلومة يعتبر حسب رأيه بداية لتطبيق الحق في التعبير، إلا أنه لا يرقى إلى مصاف الحق في إبداء الرأي الذي يجسد بشكل صريح مفهوم الحق في التعبير.

ويبدو من وجهة نظر متواضعة أن حق السجين في التعبير والذي أغفلت حتى المسودة الحالية التنصيص عليه هو الحق الذي لا يمنع السجين من إمكانية إبداء رأيه حول الوضعية التي يعيشها داخل السجن وتجاه القرارات التعسفية الصادرة عن المؤسسة السجنية أحيانا، وكذلك حقه في التعبير عن القضايا الراجحة خارج المؤسسة السجنية سواء عن طريق الكلام أو الكتابة أو أي وسيلة أخرى يمكن للسجين من خلالها أن يعبر عن رأيه.

3- الحق في الخلوة الشرعية¹: من الحقوق الغائبة في المسودة، حيث لم يتم التنصيص عليها لا صراحة ولا ضمنا، نذكر حق السجين في الخلوة الشرعية لا سيما السجين المتزوج، حيث و إن كان تدبيره سابقا من طرف المندوبية العامة لإدارة السجون في بعض السجون كإجراء استثنائي، فإنه لم يرق إلى مرتبة حق منصوص عليه قانونا، وتحاشته المسودة الحالية أيضا على الرغم من تعالي أصوات المطالبين به، وذلك لما لهذا الحق من وقع إيجابي على نفسية السجين، وعلى علاقته مع شريك حياته، ويساهم بالفعل في ضمان استمرار العلاقة الزوجية بدل انفصامها خاصة في الحالات التي يكون فيها السجين محكوم بعقوبة طويلة الأمد.

وعليه فمؤسف جدا إن لم يتم تدارك هذا الإغفال وعدم التنصيص على هذا الحق، إذ في ظل غياب استفادة السجين من هذا الحق، ستؤول ممارسات السجين للعدوانية والعنف، بل حتى من الناحية النفسية سيعاني اضطرابات نفسية ستؤدي به إلى العزلة والإنطواء وصولا إلى مرحلة الإكتئاب وأحيانا الإنتحار.

50- باعتبار العقوبة شخصية فإنها لا تكون مقرونة إلا بمرتكب الفعل الجرمي، لذلك فإنه لا يجب أن تؤثر على غير الشخص الجاني، ومنه فإذا تم منع السجين من الخلوة الشرعية ففي ذلك في حقيقة الأمر، تجاوز العقوبة شخص الجاني إلى شخص آخر و هو زوج السجين. للمزيد من التفصيل راجع بهذا الخصوص مقال عبد الحافظ أبو حميدة، "حق السجين في الخلوة الشرعية" مقال منشور على الموقع الآتي:

http://www.ammonnews.net/mobile/index.php?article_id:27607

تم الإطلاع عليه بتاريخ : 2019/10/14 على الساعة 22:45

الحق في معرفة الحقيقة على ضوء القانون والقضاء

ذ. سميح بن شريف،

باحث بسلك الدكتوراه،

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية،

جامعة محمد الأول - وجدة.

مقدمة:

إن الحق في معرفة الحقيقة هو من المفاهيم الحديثة التداول في الأدبيات التاريخية والقانونية والحقوقية والقضائية، والذي أصبح حقا مرعيا في نظر القانون والقضاء. فمنظور المؤرخ يختلف عن رؤية القاضي، لأن الأول يستقصي الوقائع والأحداث في عموميتها، في حين أن القاضي يتقيد بالوقائع المعروضة عليه، غايته في ذلك، إصدار حكم قد يقضي بالإدانة أو بالبراءة. والغاية من معرفة الحقيقة هو حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، خاصة في الدول التي عرفت انتهاكات جسيمة للحقوق والحريات، سواء في زمن السلم أو في زمن الحرب، أي في ظل قيام أنظمة سياسية ديكتاتورية شمولية لا تأخذ بالديموقراطية، أو في ظل نزاعات مسلحة دولية أو داخلية. فالانتقال من فترات الحرب والاستبداد إلى الديمقراطية، يقتضي قبل كل شيء معرفة الحقيقة من أجل بناء مرحلة جديدة أساسها المصالحة الوطنية على قاعدة الحقيقة التي تعتبر حقا يتوخاه الأفراد والمجتمع.

وبالنظر إلى أهمية الحق في معرفة الحقيقة في الحياة السياسية للدول، أولته المنظمات الدولية والإقليمية أهمية بالغة، و صدرت بشأنها توصيات و قرارات، كما أن بعض التشريعات نزلتها منزلة قواعد قانونية ملزمة، و هو ما فتح الباب للقضاء تطبيقها على النوازل التي تعرض عليه و طبقت بشأنها عدة مبادئ، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الأوروبي و قضاء المحاكم الأمريكية، علما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة اتخذت قرارا بتاريخ: 21 دجنبر 2010، يقضي بإعلان يوم 24 مارس يوما دوليا للحق في معرفة الحقيقة فيما يتعلق بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان و لاحترام كرامة الضحايا (1).

1- راجع الموقع الرسمي للأمم المتحدة الباب المتعلق باليوم العالمي للحق في معرفة الحقيقة
WWW.UN.ORG تمت مراجعة الموقع بتاريخ 2020/05/05.

وبناء عليه، سنعمل على مناقشة الموضوع من خلال المطلبين التاليين:
المطلب الأول مفهوم الحق في معرفة الحقيقة وأساسه القانوني
المطلب الثاني الاعتراف بالمبدأ من خلال العمل القضائي والتشريعي

المطلب الأول مفهوم الحق في معرفة الحقيقة وأساسه القانوني

لقد عرف مفهوم الحق في معرفة الحقيقة اهتماما واسعا خلال السنوات الاخيرة من القرن الماضي، حيث شهدت الساحة الدولية إنشاء آليات لمعرفة فيما يتصل بالانتهاكات الجسيمة لكل من القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الإنساني، وسنعالج هذا المطلب من خلال تبيان البنية المفاهيمية للحق في معرفة الحقيقة ومضمونه في الفقرة الأولى، على أن نتطرق في الفقرة الثانية لأساسها القانوني.

الفقرة: الأولى مفهوم الحق في معرفة الحقيقة

يعتبر الحق في معرفة الحقيقة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، من الحقوق الأساسية للفرد و المجتمع على حد سواء (1)، لكونه يتوخى الكشف عن الحقيقة المتمثلة فيما ارتكب من جرائم و انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، المحمية بمقتضى قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني، و ذلك من أجل تلافي التجاوزات التي قد تحدث مستقبلا. الأمر الذي يقتضي وجوبا إما أعمال المساءلة الجنائية أو تطبيق مبادئ العدالة الانتقالية من خلال إحداث لجان الحقيقة والمصالحة أو لجان التحقيق أو بعثات تقصي الحقائق، تبعا لخصوصية كل دولة أو كل نزاع، الغاية من ذلك القطع مع دابر الانتهاكات الجسيمة وتحقيق الانتقال الديمقراطي، كمدخل أساسي لبناء عملية سياسية تحترم فيها الحقوق والحريات.

إنه عادة ما يثار ويناقش الحق في معرفة الحقيقة على إثر الانتقال من فترة الديكتاتورية والإضطرابات الداخلية إلى فترة الانتقال الديمقراطي، أو على إثر نزاع مسلح دولي أو داخلي، كما حدث في العديد من التجارب الدولية. ومن شروط الحق في معرفة الحقيقة معرفة الحقيقة ذاتها، لأنه لا يمكن تصور حق دون حقيقة معلومة كاشفة لوقائع تاريخية أو أفعال إجرامية جسيمة.

1 - راجع رسالة الأمين العام للأمم المتحدة بمناسبة اليوم الدولي للحق في معرفة الحقيقة بتاريخ: 24 مارس 2015.

الأمر الذي جعل من مسألة معرفة الحقيقة ضرورة فردية ومجتمعية، بدونها لا يمكن تصور الحق في معرفة الحقيقة. والحق في معرفة الحقيقة قاعدة عرفية أكثر منها اتفاقية، أي أنه لا توجد اتفاقية دولية تلزم الدول على كشف الحقيقة كاملة. وأكثر من ذلك تعتمد بعض الأنظمة السياسية على تعويم مفهوم الكشف عن الحقيقة، وذلك بالتحكم بشكل أحادي في رسم خريطة طريق تخدم مصالحها، و لا تخدم مصالح المجتمع المضروب من الانتهاكات الجسيمة كما حصل في المغرب، الذي اعتمد أسلوب مصالحة غير شاملة كتبرير لعدم مساءلة جناة بعينهم من مسؤولين عسكريين و أمنيين و سياسيين (1)، و تبعا لذلك تم إفلاتهم من العقاب الجنائي و السياسي، مما سمح لهم الاستمرار في تبوؤ مراكز حساسة في أجهزة الدولة، و هو ما يعني أن الحقيقة ظلت منقوصة في التجربة المغربية، لعدم الكشف عما حدث من انتهاكات جسيمة و سمت التاريخ السياسي المغربي، لكون الحق في معرفة الحقيقة يشكل أساس عملية المصالحة، و ذلك عبر إجراء تحريات جديده حول الجرائم المرتكبة و التحلي بالشفافية في الكشف عن الجناة و تمكين الضحايا من الإطلاع على الوثائق الرسمية. وفي غياب العمل بهذه المبادئ تكون الدولة المغربية قد خلفت الموعد مع المصالحة الحقيقية، بالنظر إلى أن الكشف عن الحقيقة، هو الركن الجوهري في العملية السياسية، كوفاء بالحق في معرفة الحقيقة الذي يعتبر جزءا من عملية جبر أضرار الضحايا، جبرا شاملا، وكاملا وكان يجب أن يكون مقرونا بالمساءلة والكشف عن الحقيقة كاملة.

و يستخلص من مدلولات مفهوم «الحق في معرفة الحقيقة»، أنه يتقاطع و يتداخل إلى حد كبير مع مبدأ الحق في الحصول على المعلومة، الذي أصبح مبدأ دستوريا في العديد من الدساتير و من بينها الدستور المغربي (2)، مما يكون معه مفهوم الحق في معرفة الحقيقة مسألة إجتماعية و سياسية أكثر منه مسألة فكرية أو فلسفية. لأن دسترة المبدأ يقضي وجوبا أن الدولة تدين به الفرد والمجتمع على حد سواء، خاصة بعد أن برز الحق في معرفة الحقيقة كمفهوم قانوني على كافة الأصعدة الوطنية والإقليمية والدولية، وأصبح تبعا لذلك التزام من التزامات الدولة التي يتعين

1- ياسمين نقبي «الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي: واقع أم خيال؟»، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 88 - العدد: 862، يونيو 2006، ص:56.

2 - حيث أقر الفصل 27 من دستور سنة 2011، ليكون بذلك اللبنة الأساسية لإرساء قانون الحصول على المعلومة، 13-31.

عليها توفير سائر المعلومات والحقائق للضحايا وللمجتمع ككل بالكشف عن الملابسات و الظروف التي أحاطت بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.

ويلاحظ بأن مفهوم الحق في معرفة الحقيقة «Droit à la Vérité» أصبح من المفاهيم التي حظيت باهتمام بالغ بالنسبة للمؤسسات (Les institutions) والجهات القضائية المعنية بحماية حقوق الإنسان (Les juridictions). ولقد تم الاعتراف بالحق في الحقيقة بداية بمناسبة مناقشة قضايا الاختفاء القسري من طرف اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان ومحكمة حقوق الإنسان La Cour interaméricaine des droits de l'homme في سنة 2000، و كذا في الاتفاقية الدولية ضد الاختفاء القسري في سنة 2006، و مجموعة العمل التابعة للأمم المتحدة المعنية بمجالات الاختفاء القسري، و لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة. وهكذا سيعرف مفهوم الحق في معرفة الحقيقة إمتدادا ليشمل الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني (المفوضية السامية لحقوق الإنسان للأمم المتحدة 2006، مجلس حقوق الإنسان 2008، المحكمة الجنائية الدولية 2010).

الفقرة الثانية: الأساس القانوني للحق في معرفة الحقيقة.

أولاً: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي:

لقد شكل الحق في معرفة الحقيقة أولوية في إهتمامات و أشغال المنظمات الدولية، و خاصة في جدول أعمال الأجهزة التابعة للأمم المتحدة المعنية بحماية حقوق الإنسان و النهوض بها (1)، غايتها تسوية النزاعات الداخلية بطرق سلمية و التأسيس لبناء دولة القانون.

ومن المعلوم أن الحق في الحقيقة ارتبط في بداياته بحالات الاختفاء القسري، خاصة في أمريكا اللاتينية، كما تم الأخذ بالمبدأ من طرف القضاء الإسباني بمناسبة أمر قاضي التحقيق كارزون Le juge Garzon، فتح تحقيق بشأن جرائم الفترة الفرنكاوية (Franquisme)، تأكيداً على أهمية معرفة الحقيقة إبان الحرب الأهلية الإسبانية 1936-1939.

1- Agnu, Conseil des droits de l'homme, Rés. 9/11 «Droit à la Vérité» - 71^{ème} Séance plénière, 21 décembre 2010, A/Rés/56/196.

إن الحق في معرفة الحقيقة لم يرد صراحة في موثيق حقوق الإنسان المنصوص عليها في الميثاق العالمي لحقوق الإنسان 1948 و في ميثاق الأمم المتحدة ذات الصلة بالحقوق المدنية و السياسية أو الحقوق الاقتصادية و الإجتماعية 1966. وهو ما يعني بأن المبدأ لا يتسم بالإلزام، كما هو الحال بالنسبة للحق في التنمية أو الحق في السلم والسلام. و لقد تم الاعتراف لأول مرة بالحق في معرفة الحقيقة في: 20 دجنبر 2006 بمناسبة مصادقة الجمعية العامة للأمم المتحدة على الإتفاقية الدولية المتعلقة بحماية الأشخاص من الإختفاء القسري (1)، و التي سبقتها أعمالاً تمهيدية شكلت أساس عمل لجنة حقوق الإنسان في توصيتها المخصصة "الحق في معرفة الحقيقة Le Droit à la Vérité"، في سنة 2005، و التي أكدت بأنه يتعين احترام و ضمان الحق في معرفة الحقيقة، من أجل الإسهام لوضع حد لعدم الإفلات من العقاب و النهوض و حماية حقوق الإنسان (2).

و الوصول إلى معرفة الحقيقة قد يتحقق عبر آلتين، الآلية القضائية وآلية المصالحة، و الراجح أن معظم الدول التي عانت من فترات الحكم الديكتاتوري و الميز العنصري أو النزاعات المسلحة الداخلية، اعتمدت أسلوب المصالحة الوطنية ضمن آلية «العدالة الانتقالية».

ثانياً: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي الإنساني:

لقد نصت المادة 32 من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف المؤرخة في: 12 غشت 1949، بأنه يحق لأقارب الأشخاص المفقودين بمن فيهم ضحايا الإختفاء القسري، معرفة الحقيقة، الأمر الذي يعني بأن الحق في معرفة الحقيقة هو مبدأ دولي وفقاً لروح اتفاقيات جنيف. واللجنة الدولية للصليب الأحمر، أكدت بدورها بشكل واضح بأن الحق في معرفة الحقيقة هو أحد معايير القانون الدولي العرفي، يطبق في كل النزاعات المسلحة الدولية و غير الدولية (الحرب الأهلية)، الغاية منه تمكين الأفراد و المجتمع من معرفة الحقيقة بشأن الإنتهاكات الجماعية لحقوق الإنسان، و خاصة الكشف عن هوية المسؤولين عنها.

1 -Voire, article 24§2 de la Résolution 61/177, 20 décembre 2006, la Convention est entrée en vigueur le 23 décembre 2006 .

2- Point 1 de la Résolution 2005/66. Voir aussi la Résolution 12/12 du conseil des droits de l'homme.

و لقد ارتبط الحق في معرفة الحقيقة في بداياته بجرائم الإختفاء القسري (1)، كما سبق الذكر، خاصة بمناسبة النزاعات المسلحة الدولية أو الداخلية، و في هذا الإطار أكدت المواد 15 و ما يليها و 18 و ما يليها من اتفاقية جنيف الأولى و الثانية على الالتزام بالبحث، و الرعاية و الكشف عن هوية الجرحى و المرضى من طرف الخصم، و توفير العلاج الضروري لهم، و كذلك البحث و الكشف عن هوية الموتى. و هي نفس الأحكام التي وردت في المادة 122 من اتفاقية جنيف الثالثة و المادة 136 و ما يليها من اتفاقية جنيف الرابعة، بتأكيدهما أن الدولة ملزمة بجمع المعلومات عن أسرى الحرب و المدنيين. و بشكل واضح أكدت المادة 32 من البروتوكول الإضافي الأول لإتفاقيات جنيف على حق الأسرى في معرفة مصير أقاربهم، كما أن المادة 33 ف 1 من نفس البروتوكول أوجبت على كل طرف من أطراف النزاع بالبحث عن لأشخاص الذين تم الإخبار من قبل جهة معادية أنهم مفقودون، و تبعا لذلك فإن وجوب إبلاغ الأسرى عن مصير أقاربهم و البحث عن المفقودين هما عنصرين أساسيين مكونين لمبدأ الحق في معرفة الحقيقة من منظور القانون الدولي الإنساني قبل الإعراف به من طرف القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ثالثا: الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان:

تاريخيا ارتبط الحق في معرفة الحقيقة بحالات الاختفاء القسري، خاصة في أمريكا اللاتينية و هو ما دفع بلجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة إلى توسيع تطبيقات المبدأ ليشمل أيضا انتهاكات حقوق الإنسان بشكل عام، أي تلك الحقوق المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، و الحقوق المدنية و السياسية و كذا الحقوق الإقتصادية و الإجتماعية (1966).

كما أن هذا الحق مكرس في اجتهاد اللجنة المعنية بحقوق الانسان من خلال الإشارة له في قضية دي الميديري كوانتيروس والتي أسست على اعتبار الحق في

1- وفقا للإعلان المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الإختفاء القسري الذي اعتمده الجمعية العامة في قرارها 133/47، فإن الإختفاء القسري يحدث عند القبض على الأشخاص و احتجازهم أو اختطافهم رغما عنهم أو حرمانهم من حرياتهم على أي نحو كان على أيدي موظفين من مختلف فروع الحكومة أو مجموعة منظمة أو أفراد عاديين يعملون بإسم الحكومة أو بدعم منها، ثم رفضت الكشف عن مصير هؤلاء الأشخاص أو أماكن وجودهم أو رفض الإعراف بحرمانهم من حريتهم مما يجردهم من حماية القانون.

معرفة الحقيقة حقا موضوعيا وليس مجرد حق إجرائي وأن انتهاكه يساوي انتهاك الحق في عدم العرض للتعذيب أو المعاملة الانسانية أو المهينة (1). ويعتبر الحق في معرفة الحقيقة من وجهة نظر القانون الدولي لحقوق الإنسان حقا موضوعيا و ليس مجرد حق إجرائي، لكونه يشمل سائر أنواع الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، أي الضحايا و أقاربهم أو ذوي حقوقهم. و في هذا الإطار أوصت لجنة حقوق الإنسان تبني المبادئ العامة للأمم المتحدة بشأن عدم الإفلات من العقاب، و التي تتضمن «الحق المطلق في معرفة الحقيقة»، و «واجب الذاكرة»، و «حق الضحايا في معرفة الحقيقة»، و«الضمانات اللازمة لتفعيل الحق في معرفة الحقيقة».

المطلب الثاني:

الاعتراف بالمبدأ من خلال العمل القضائي والتشريعي

أولاً: الإقرار بالمبدأ من طرف اللجان و المحاكم الإقليمية و الدولية:
تعتبر المحكمة بين الأمريكيتين لحقوق الإنسان، الهيئة القضائية ذات الطابع الإقليمي التي عرفت حق الضحايا في جبر الضرر، استنادا إلى الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، لسنة 1969 (CADH)، و ذلك بمناسبة فحصها للقضايا المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة المعروضة عليها، و في إطار عدم الإفلات من العقاب، بعد أن قضت معظم المحاكم الوطنية الأمريكية برفض طلبات الضحايا أو ذوي الحقوق. علما أن اجتهاد المحكمة بين الأمريكيتين استندت في إصدار قراراتها إلى القانون الدولي التقليدي والعرفي، مما فتح الباب نحو تعزيز مفهوم الحق في جبر الضرر واشتراطه بأن يكون شاملا و كاملا. و هو المبدأ الذي تبنته الهيئات الأممية المعنية بحقوق الإنسان (2).

1- الحق في الانصاف وجبر الضرر في حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان، دليل الممارسين، تقرير صادر عن اللجنة الدولية للحقوقيين، جنيف 2009، ص: 78.

2- Karine Bonneau, «Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme : le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme», Revue droit fondamentaux, 2007.

و لقد أصدرت المحكمة بين الأمريكيتين أول قرار لها في سنة 1989 في قضية فلاسيكز رودريكيث (1) (Velázquez Rodriguez)، أكدت من خلاله على أحقية جبر الضرر الفردي و الجماعي للضحايا و الناتج عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان و أكدت رفضها المبدئي من عدم الإفلات من العقاب. و شددت على مسؤولية الدولة النابع من التزاماتها الدولية، معتبرة إستنادا إلى أحكام المادة الأولى من الإتفاقيات الأمريكية لحقوق الإنسان بأن «الواجب القانوني يحتم على الدولة اتخاذ كافة التدابير الضرورية للحيلولة دون حدوث الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، و تسخيرها للوسائل المتوفرة لديها من أجل القيام بتحقيقات جديّة بشأن الإنتهاكات المرتكبة و التي تدخل ضمن اختصاص قضائها، و ذلك من أجل تحديد هوية الجناة و ترتيب الجزاءات المناسبة و جبر الضرر مناسب للضحية».

و لقد أكد الإجتهد القضائي المتواتر للمحكمة بين الأمريكيتين لحقوق الإنسان على أهمية معرفة الحقيقة كاملة غير منقوصة كمبدأ أساسي بمناسبة نظرها في القضايا المعروضة عليها من طرف الأفراد الذين عانوا من الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، كما أن اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان بدورها لم تحد عن تأكيد المبدأ في التوصيات الصادرة عنها، و تبعا لذلك تم الإعتراف رسميا بمبدأ الحق في معرفة الحقيقة، مما دفع بالهيئات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان إلى الأخذ بالمبدأ و اعتماده كأساس في توصياتها، كما هو الحال بالنسبة للجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة في قرارها رقم: 2005/66 و القرار رقم: 105/2 الصادر عن مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة.

و يستفاد من مقتضيات الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان تأكيدها الواضح على الحق في المحاكمة عادلة (2) و في الحماية القضائية (المادتين 8 و 15)، و على الحق في الحصول على المعلومات (المادة 13)، التي يندرج ضمنها الحق في معرفة الحقيقة، و ذلك بوجوب إطلاع الجمهور على حقيقة الأحداث و ظروفها، و من شارك فيها، و هو ما يعتبر جزء من الحق في جبر الضرر عن

1- Cour I A D H, 23 juillet 1988, Velázquez Rodriguez C.Honduras (Fondo), série C N° 4, §§ 166,174.

2- Jean Dhommeaux, «Les juridictions internationales (non européennes) consacrées aux droits de l'homme», in «protection des libertés et droits fondamentaux», (S.Dir) Thierry Renoux, Editions la documentation française, 2011, P : 252»

الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. و شددت المحاكم الأمريكية لحقوق الإنسان في قراراتها بأن الأدوار التي اضطلعت بها لجان بعض الحقائق لا يمكن أن تعتبر بديلا عن الإجراءات القضائية بوصفها وسيلة فعالة للوصول إلى الحقيقة، وبمعنى آخر أن إحداث لجان الحقيقة لا يعني بأنه لن تكون مساءلات و محاكمات (1).

وخلافا للمحكمة بين الأمريكيتين التي أكدت صراحة على الحق في معرفة الحقيقة، لم يرد في أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تأكيدها بشكل واضح على المبدأ المذكور، لكنها بالمقابل أقرت بمبدأ وجوب قيام الدولة بسائر التحقيقات الضرورية للكشف الحقيقة حينما يتعلق الأمر بالإنتهاكات الجسيمة و من بينها جرائم الإختفاء القسري، و هو ما أكدته في قضية كورت ضد تركيا استنادا على المادة 03 من الإتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، و بعد ذلك تواتر المبدأ في قراراتها اللاحقة.

كما أكدت على هذا المبدأ عرفت حقوق الإنسان حول البوسنة والهرسك في قضية مجزرة سربرينيتسا سنة 1995 والتي تعود وقائعها من خلال عدم قيام السلطات بالابلاغ عن مصير وأماكن المفقودين والبلغ عددهم 7500مفقود وفشل هاته الأخيرة في اجراء تحقيق جدي و فعال في هاته المدبحة والتي أسست أحكامها على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان من خلال انتهاك المادتين 3و8 من نفس الاتفاقية(2).

ثانيا: الاعتراف بالمبدأفي التشريعات الوطنية

إن العدالة الإنتقالية مجموعة من الآليات، قضائية و غير قضائية، غايتها مساعدة المجتمعات التي عانت من تسلط أنظمة ديكتاتورية و شمولية أو كانت مسرحا لنزاعات مسلحة، قصد القطع مع الماضي، و بناء دولة القانون، و ذلك عن طريق اعتماد مصالحة وطنية حقيقية (3)، عمادها المصالحة بين المواطنين فيما

1- Hélène Tigroudja, «Le droit international dans les Etats d'Amérique latine : Regards sur l'ordre juridique Argentin», Revue internationale de droit comparé, Année 2008, Volume 60, N° 1, P :90.

2- الحق في الانصاف وجبر الصرر في حالات الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان مرجع سابق, ص82.

3- يرجع تعبير المصالحة الوطنية الى الزعيم الفرنسي شارل ديغول وكذلك استخدم الزعيم نلسون مانديلا في جنوب افريقيا اiban سجنه, وتعتبر المصالحة الوطنية بمعناها الشامل هي توافق وطني يستهدف تقريب وجهات النظر المختلفة و سد الثغرات بين الاطراف المتخاصمة أو المتحاربة وذلك عن طريق تصحيح ماترتب من أخطاء وانتهاكات و جرائم, مع ايجاد حلول مقبولة وذلك لمعالجة تلك القضايا المختلف حولها بمنهجية تتسم بالحوار والسلم بدل العنف والالغاء لبلورة مستقبل ينطوي على تجاوز مساوئ

بينهم من جهة، و المصالحة بين المواطنين و المؤسسات من جهة أخرى، كمدخل أساسي لبناء الديمقراطية و تحقيق الإنتقال الديمقراطي.

ومن المعلوم أن العدالة الإنتقالية تقوم على أربع آليات وهي:

- الحق في العدالة وطرق الطعن الفعالة.
- الحق في الحقيقة.
- الحق في جبر الأضرار.
- الحق في ضمان عدم تكرار ما جرى.

و لما كانت العدالة الإنتقالية تقوم على المبادئ المذكورة، و من أهمها مبدأ الحق في معرفة الحقيقة⁽¹⁾، الأمر الذي تم الأخذ به و اعتماده من طرف بعض التشريعات الوطنية إسوة بما هو مقرر في القانون الدولي العام و في الإجتهد القضائي. و في هذا الإطار نحت معظم دول أمريكا اللاتينية إلى تبني المبدأ ضمن تشريعاتها الوطنية إما ضمناً أو صراحة أو من خلال الأحكام الصادرة عن محاكمها الوطنية التي أكدت على أهمية تطبيق المبدأ، إستناداً إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان و القانون الدولي الإنساني، كما هو الحال بالنسبة للمحكمة العليا في الأرجنتين التي شددت في قرارها الصادر بتاريخ 14 يونيو 2005 في قضية Julio Hector Simon، و آخرون، بأن قانون العفو لا يشمل الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي عرفتها الأرجنتين بين 1976 و 1983، و صرحت بأن القانون المذكور غير دستوري⁽²⁾.

وعلى أساس المعايير القانونية الدولية المعترف بها، نجد في القانون الأساسي التونسي (Loi Organique)، عدد: 53 لسنة 2013، مؤرخ في: 24 دجنبر 2013، المتعلق بإرساء العدالة الإنتقالية و تنظيمها، و تنصيبه الصريح في الباب الثاني على وجوب الكشف عن الحقيقة و حفظ الذاكرة، بتأكيد في الفصل 2 «كشف حقيقة الإنتهاكات حق يكفله القانون لكل المواطنين مع مراعاة مصلحة الضحايا و

الماضي، لتوسع أكثر راجع محمد علي سويلم، العدالة الانتقالية دراسة مقارنة، المصرية للنشر والتوزيع، 2015، ط1، ص55.

1- ان مفهوم العدالة الانتقالية يتسم بالنسبية ويتغير بتغير الزمان والمكان فما يمكن تطبيقه في بلد قد يصعب تطبيقه في بلد اخر بالنظر الى اختلاف البنيات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية بين البلدان ولذلك فالعدالة الانتقالية ذات صلت وثيقة بالحق في معرفة الحقيقة. راجع عادل ماجد، معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي، الاصدار الأول المؤسسة الألمانية للتعاون الدولي، 2013، ص44

كرامتهم و دون المساس بحماية المعطيات الشخصية». و شدد الفصل الرابع من القانون المذكور «الكشف عن الحقيقة هو جملة الوسائل و الإجراءات و الأبحاث المعتمدة لفك منظومة الإستبداد، و ذلك بتحديد كل الانتهاكات و ضبطها و معرفة أسبابها و ظروفها و مصدرها و الملابس المحيطة بها و النتائج المترتبة عليها، و في حالات الوفاة و فقدان و الإختفاء القسري معرفة مصير الضحايا و أماكن وجودهم و هوية مرتكبي الأفعال التي أدت إليها و المسؤولين عنها».

خاتمة:

ان الحق في معرفة الحقيقة يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق في الانصاف و الحق في الحماية من التعذيب وغيره من الحقوق المكفولة , غير أن هذا الحق لا ينطوي على الأفراد فحسب بل يتجاوزهم و يصبح حقا للمجتمع ككل نظرا لأهمية الحقيقة في منع المزيد من الانتهاكات و لتخطيه كونه حقا قانونيا أصيلا، و به يكون مفهوم الحق في معرفة الحقيقة لا يتعلق بأحداث مرتبطة بالماضي بل يرتبط بأدراك تلك الوقائع من منطلق الحاضر بغية تشكيل واقع عماده السلام و التسامح من خلال الاعتراف بالحقيقة كخطوة أساسية في بناء مسار تصالحي من اجل تحقيق عدالة منصفة .

لائحة المراجع:

- ❖ محمد علي سويلم, العدالة الانتقالية دراسة مقارنة, المصرية للنشر و التوزيع, 2015, ط1,
- ❖ عادل ماجد, معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي, الاصدار الأول المؤسسة الألمانية للتعاون الدولي 2013,
- ❖ ياسمين نقبي «الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي: واقع أم خيال؟», مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 88 - العدد: 862، يونيو 2006،
- ❖ الموقع الرسمي للأمم المتحدة الباب المتعلق باليوم العالمي للحق في معرفة الحقيقة WWW.UN.ORG تمت مراجعة الموقع بتاريخ 2020/05/05.
- ❖ رسالة الأمين العام للأمم المتحدة بمناسبة اليوم الدولي للحق في معرفة الحقيقة بتاريخ: 24 مارس 2015.
- ❖

- ❖ Agnu, Conseil des droits de l'homme, Rés. 9/11 «Droit à la Vérité» 71^{ème} Séance plénière, 21 décembre 2010, A/Rés/56/196.
- ❖ Voire, article 24§2 de la Résolution 61/177, 20 décembre 2006, la Convention est entrée en vigueur le 23 décembre 2006 .
- ❖ Point 1 de la Résolution 2005/66. Voir aussi la Résolution 12/12 du conseil des droits de l'homme.

- ❖ Karine Bonneau, «Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme :le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme», Revue droit fondamentaux, 2007.
- ❖ Cour I A D H, 23 juillet 1988, Velásquez Rodríguez C.Honduras (Fondo), série C N° 4,
- ❖ Jean Dhommeaux, «Les juridictions internationales (non européennes) consacrées aux droits de l'homme», in «protection des libertés et droits fondamentaux, (S.Dir) Thierry Renoux, Editions la documentation française, 2011,
- ❖ Hélène Tigroudja, «Le droit international dans les Etats d'Amérique latine : Regards sur l'ordre juridique Argentin», Revue internationale de droit comparé, Année 2008, Volume 60, N° 1

قضاء الإلغاء في المنازعات الجمركية

ذ. سمير لمنور؛

باحث في سلك الدكتوراه؛

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة محمد الأول، وجدة

مقدمة:

المنازعة بصفة عامة، يقصد بها المخاصمة التي يمكن أن تنشأ جراء تعد على حق من الحقوق، كما قد يكون هذا المصطلح نعنا للمصالح الموجودة ببعض المؤسسات العمومية أو الحرة والتي يوكل إليها إيجاد الحلول لبعض المسائل القانونية والبت في النزاعات¹، وقد يطبق هذا المصطلح أيضا على أنواع المنازعات كأن يقال المنازعات الجبائية أو الضريبية. وفي القانون الإداري تشمل المنازعات كل القواعد الخاصة بالاختصاص القضائي وكذا مسطرة التقاضي². وقد عرف الفقيهان "BERR" و "TREMEAU" المنازعات الجمركية على أنها: "مجموعة القواعد المتعلقة بنشأة الخصومات ومجراها والبت فيها، والتي ترمي إلى تأويل وتطبيق القانون الجمركي"³. كما عرفها الفقيه "HOGUET" بكونها: "كل النزاعات التي يحتمل رفعها إلى القضاء جراء سير مرفق الجمارك"⁴، أي بمعنى آخر كل الخصومات التي تكون الإدارة الجمركية طرفا فيها مع إمكانية بت القضاء فيها.

وعلى هذا الأساس، يمكن تقسيم المنازعات الجمركية إلى قسمين:

- **منازعات زجرية:** وتشمل جميع الأعمال التي تشكل خرقا للمقتضيات القانونية أو التنظيمية المنصوص عليها في القانون الجمركي. كما يهدف هذا النوع

1- على سبيل المثال: "مديرية الوقاية والمنازعات"، التابعة للإدارة العامة للجمارك والضرائب غير المباشرة.

2- ريمان عزيزة، المنازعات الجمركية، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1999-2000، ص. 3.

3- Claude BERR et Henri TREMAEAU, Le Doit Douanier, 1988, P. 418 et 419.

4- M. HOGUET, Elément de base du Contentieux Répressif Douanier, D.G.D, P. 3.

من المنازعات إلى زجر وقمع مقترفي الجريمة الجمركية وذلك بإنزال العقوبات عليهم بواسطة سلطة القضاء، وتطبق على هذه المنازعات نفس القواعد الإجرائية التي يطبقها القضاء على باقي النزاعات المعروضة عليه، مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصيات التي يتميز بها القانون الجمركي.

- **منازعات إدارية:** وتتمظهر في تلك الخلافات التي قد تنشأ بين إدارة الجمارك والمتعاملين معها دون أن تكون هناك جريمة أو نية ارتكابها، وتشمل المنازعات الناشئة بمناسبة تطبيق إدارة الجمارك للقواعد الجبائية المتعلقة بتحديد وعاء الرسوم والمكوس أو بتحصيلها، إضافة إلى منازعات موظفي إدارة الجمارك¹، وهي النوع الذي يهمننا في هذه الدراسة.

وبخصوص التطور التاريخي للمنازعات الإدارية الجمركية، يمكن الحديث عن محطتين منفصلتين، يكون الحدث التاريخي الفاصل بينهما، هو تاريخ إنشاء المحاكم الإدارية بالمغرب²، وبالتالي نكون أمام مرحلتين:

مرحلة أولى: أي قبل إنشاء المحاكم الإدارية، في هذه المرحلة كانت جميع المنازعات الناشئة عن تطبيق المقتضيات الخاصة بالتشريع الجمركي أو بعبارة أخرى المنازعات الجمركية بنوعها تبت فيها المحاكم العادية بشكل حصري.

مرحلة ثانية: بعد إحداث المحاكم الإدارية، عموماً يمكن القول بأن هذه المرحلة تميزت بإحالة المنازعات الجمركية الإدارية دون سواها على القضاء الإداري من أجل البت فيها؛ وعليه، فالاستقرار السائد في قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، هو أن المحاكم الإدارية هي المختصة في النظر في المنازعات الإدارية الجمركية (غير الجزرية). ويتضح ذلك جلياً من خلال عديد الاجتهادات القضائية ذات الصلة³.

من خلال ما تقدم، يمكن أن تثار الإشكالية التالية: **كيف استطاع القضاء الإداري بسط رقابته على المنازعات المتعلقة بتسوية الوضعية الفردية لموظفي إدارة الجمارك، في ظل الخصوصية التي تطبع مواردها البشرية؟**

1 - لمنور سمير، المنازعات الجمركية بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2017-2018. ص. 2.

2 - ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)، بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية الصادر في الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 03 نونبر 1993 الصفحة 2168.

3 - محمد الأعرج، "الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في المنازعات الجمركية"، مجلة المعيار (تصدر عن هيئة المحامين بفاس)، عدد 33، 2005، ص. 51.

ولمعالجة هذا الموضوع وأيضا الإشكاليات الفرعية ذات الصلة، ارتأينا تقسيمه إلى قسمين وفق الآتي:

أولاً: تطور دعوى الإلغاء في مواجهة القرار التأديبي الجمركي
ثانياً: انتقال رقابة القضاء الإداري من مشروعية قرارات نقل موظفي الجمارك إلى ملاءمتها

أولاً: تطور دعوى الإلغاء في مواجهة القرار التأديبي الجمركي

من خصائص دعوى الإلغاء أنها دعوى قضائية¹، ترفع من أجل المطالبة بإلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية والمتسمة بعدم الشرعية²، وغير خاف أيضاً، أن سلطة القاضي الإداري تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب دون أن يوجه إلى الإدارة المعنية أوامر محددة بعمل أو امتناع عن القيام بعمل؛ وارتباطاً بدعوى الإلغاء في المنازعات الجمركية، نسجل أن إدارة الجمارك قد تصدر قرارات إدارية نافذة ومؤثرة بصفة أو بأخرى في المراكز القانونية للعاملين بها، وبالتالي تكون عرضة للطعن بالإلغاء³، متى توافرت الشروط لذلك.

عطفاً على ما سبق، تعتبر دعوى الإلغاء في المادة الجمركية، بمثابة الرقابة القضائية المنصبة على مبدأ تناسب القرار مع مصادر المشروعية، وهذا ما دأب عليه القاضي الإداري المغربي في مراحل الأولى، حيث اعتمد على رقابة المشروعية (أ)، غير أن هذه الرقابة عرفت تطوراً ملحوظاً توجت برقابة الملاءمة (ب)، في نهاية المطاف.

أ- رقابة مشروعية القرار التأديبي الجمركي:

يستشف من مضمون المادة 20 من قانون 41.90، أنه وفي إطار رقابته للنشاط الإداري، فقاضي الإلغاء يمارس رقابة مشروعية " *Contrôle de La Légalité*"، والتي لن تتأذى إلا ببسط رقابته على المشروعية الخارجية للقرار التأديبي (1)، وأيضا النظر في المشروعية الداخلية له (2).

1- الخصائص الكبرى لانعقاد دعوى الإلغاء، كونها دعوى قضائية، دعوى موضوعية تنتمي إلى قضاء المشروعية وأخيراً هي دعوى من النظام العام، ولمزيد من التفاصيل، راجع سمير لمنور، المنازعات الجمركية بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2017-2018. ص. 132 وما بعدها.

2- عبد الله حداد، تطبيقات الدعوى الإدارية في القانون المغربي، منشورات عكاظ، الرباط، 1999، ص. 84.

3- محمد كرامي، القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2015، ص. 414.

1- رقابة المشروعية الخارجية للقرار التأديبي:

أو بعبارة أخرى الرقابة على العناصر الشكلية لقرار التأديب، إذ يقوم القاضي الإداري بالتأكد من سلامة القرار من الناحية الشكلية وبالتالي مدى مطابقته للقانون، وتتمثل عناصر هذه النوع من الرقابة في عيب عدم الاختصاص¹، حيث يمكن التمييز في هذا الإطار، بين **عدم الاختصاص الموضوعي** وهو الجهة الغير مختصة أصلاً بصياغة القرار التأديبي، من جهة؛ وبين **عدم الاختصاص المكاني**² من جهة ثانية، وأخيراً بين **عدم الاختصاص الزماني**³، من وجهة ثالثة. ويقصد بالاختصاص مجموعة التصرفات والأعمال التي يكون لهيئة عامة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد شرعاً⁴؛ إضافة إلى عيب الإجراءات المتمثلة في الاستشارة، إذ يجب على السلطة التأديبية الأخذ بالرأي الصادر عن اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء⁵، وفي نطاق اختصاصاتها⁶؛ وأيضاً احترام مبدأ حقوق الدفاع⁷.

وأخيراً وفي إطار رقابة المشروعية الخارجية للقرار التأديبي يمكن رصد عنصر عيب الشكل، ويمكن تعريفه بأنه عدم التزام جهة الإدارة باتباع الشكليات والقواعد الإجرائية التي نصت عليها الأنظمة واللوائح في إصدار القرارات الإدارية⁸، وقد ميز القضاء الإداري المغربي والمقارن بين الشكليات الجوهرية⁹،

1- قواعد الاختصاص من النظام العام، بسبب قيام القانون الإداري نفسه على فكرة الاختصاص والمستوحاة من الدستور الفرنسي لعام 1792، الذي استحدث فكرة الفصل الجامد بين السلطات وخاصة السلطتين التنفيذية والقضائية.

2- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص. 212.

3- محمد الاعرج، القانون الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، الطبعة الرابعة، 2015، ص. 299.

4- لمنور سمير، مرجع سابق، ص. 158.

5- مرسوم رقم 200.59.2 الصادر في 26 شعبان 1378 (5 ماي 1959) يطبق بموجبه بخصوص اللجان المتساوية الأعضاء الفصل 11 من الظهير الشريف الصادر بمثابة نظام عام للتوظيف العمومية، الجريدة الرسمية عدد 2429 بتاريخ 7 ذو القعدة، 1378 الموافق ل 15 ماي 1959.

6- الفصل 25 من المرسوم السالف الذكر.

7- لمزيد من التفاصيل، راجع محمد نميري، "دور القضاء الإداري في حماية حقوق الدفاع بالنسبة للموظفين وفي مراقبته للعقوبة"، مجلة المحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد الثاني، أكتوبر 2005، ص. 91 وما بعدها.

8- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، 1998، ص. 120.

9- "لما ثبت للمحكمة أن عضو المجلس التأديبي الذي يمثل الإدارة سبق له أن ساهم في تحقيق المخالفة المهنية المنسوبة إلى المطلوب في النقض، فإن ذلك يشكل خرقاً لمبدأ الحياد ويكون معه القرار الإداري المطعون فيه مشوباً بتجاوز السلطة لعبع مخالفة القانون المتمثل في خرق إجراء جوهري" القرار عدد

والتي الهدف منها حماية مصالح وحقوق وحرريات الموظفين؛ وبين الشكليات غير الجوهرية التي تهدف تحقيق مصلحة الإدارة فقط. وعليه، وجب على السلطة التأديبية مراعاة الشرعية وحقوق الموظف¹ من خلال احترام مجموعة من الشكليات تتمثل في:

- أن يكون القرار التأديبي الجمركي مكتوباً:

بمفهوم المخالفة، يجب استبعاد القرارات التأديبية الشفهية، وبالتالي فالقرار التأديبي يدخل في دائرة القرارات التي يتم توثيقها وتأخذ شكلاً كتابياً²، متضمنة الاعتبارات الواقعية والسندات القانونية التي يقوم عليها³، من قبيل تحرير مجموعة من البيانات ككتابة القرار ومكان وتاريخ صدوره وتوقيع السلطة التأديبية⁴.

والملاحظ، أن المظهر الغالب في القرارات التأديبية يأتي غالباً في صورة كتابية، باستثناء عقوبة التنبيه Observation التي يمكن توقيعها شفها نظراً لعدم خطورتها وتأثيرها على الوضعية المالية والوظيفية للموظف محل التأديب. كما أن الأصل أن يحزر القرار التأديبي باللغة الرسمية للدولة التي ينص عليها الدستور⁵.

- أن يكون القرار التأديبي الجمركي معللاً:

يعتبر التعليل⁶ من بين أهم الضمانات التي تمخضت عن النظم القانونية في نطاق العقوبات التأديبية، وهو السبيل الوحيد إلى تحقيق عدالة تأديبية وإدارية في

48، المؤرخ في 2011/10/06، ملف إداري عدد 2009/1/4/461، الصادر عن الغرفة الإدارية (القسم الثاني) بالمجلس الأعلى، بين إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، وبين الأمر بالصرف بإدارة الجمارك بالمقاطعة الأولى (المديرية الجهوية بالدار البيضاء)، (قرار غير منشور).

1- حكم المحكمة الإدارية بوجدة (قسم الإلغاء)، عدد 12، ملف إداري رقم 18/7110، الصادر بتاريخ 2018/07/19.

2- يحيى حلوي، الوجيز في القرار الإداري، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2015، ص. 36.

3- الميلود بوطريكي، النظرية العامة للقرارات الإدارية في القانون الإداري المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، ص. 28.

4 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، رقم 5698، الصادر بتاريخ 2 دجنبر 2014، ملف عدد 66/13/1001 ضم الملف رقم 2014/7206/323.

5- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 4550، الصادر بتاريخ 2017/10/20، ملف عدد 2017/7110/846، (غير منشور).

6- ظهر لفظ التعليل (التسبيب) "la motivation" لأول مرة في فرنسا كاصطلاح لغوي في القرن الثامن عشر، ويوجد اختلاف بين مصلح السبب والتعليل، فالأول هو ركن من أركان المشروعية الداخلية للقرار التأديبي كما سنرى في (ب)، في حين أن التعليل هو عنصر من عناصر ركن الشكل الذي يشكل أحد أركان المشروعية الخارجية للقرار التأديبي كما رأينا في (أ)، والفرق بينهما هو أن التعليل يستلزمه القانون على بعض القرارات الإدارية ومنها التأديبية، أما في حالة عدم وجود نص قانوني صريح فالإدارة

الوظيفة العمومية¹. والهدف من التعليل، هو إحاطة من يخاطبه القرار التأديبي علما بالأسباب التي بني عليها والتي دفعت الإدارة إلى إصداره²، وهو ما يجعله في وضع أفضل عند الطعن في القرار بالغائه أو حتى عند المطالبة بالتعويض. كما يشترط في التعليل أن يكون واردا في صلب القرار التأديبي³ تجنباً لضرورة الإحالة إلى وثائق أخرى. وبالتالي يعتبر التعليل الحالة القانونية والواقعية التي تسوغ تدخل السلطة التأديبية لتوقيع العقوبات⁴.

- تبليغ القرار التأديبي الجمركي:

وباعتباره قراراً تأديبياً فردياً، فهو والحالة هاته، لا ينتج آثاره القانونية إلا من تاريخ تبليغه للمعني بالأمر⁵، ومن ثم يبدأ ميعاد الطعن فيه⁶؛ ومن هنا تتضح أهمية شرط الكتابة الذي أشرنا إليها سابقاً، حيث يستفاد ضمناً بأن القرار التأديبي يجب أن يأتي في قالب مكتوب من جهة، ولأنه لا يمكن تصور تبليغ القرار الشفهي إلى من يهمهم الأمر بالطرق القانونية من جهة ثانية. والملاحظ أنه وفي إطار الرقابة على المشروعية الخارجية للقرار الإداري، تتضح السلطة التقديرية الواسعة التي تنفرد بها الإدارة، عكس الرقابة على العناصر الخارجية للقرار التأديبي حيث سلطات الإدارة مقيدة وينعدم لديها هامش المناورة⁷.

وفي إطار الاجتهادات القضائية ذات الصلة، نستحضر الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش⁸، والذي ركز على مشروعية القرار التأديبي والقاضي بالتوقيف مؤقتاً عن العمل ولمدة شهر واحد أحد موظفي إدارة الجمارك، والذي

غير ملزمة بالإشارة في صلب قرارها إلى الحالة المادية التي كانت وراء اتخاذها لذلك القرار. بينما السبب هو ركن جوهري وانعدامه في القرارات الإدارية عامة يؤدي إلى عدم مشروعيتها.

1- محمد بوكطب وحسن بكاي، النظام التأديبي الجمركي، بين النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية ومرسوم 1962، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2018، ص. 61.

2- حكم المحكمة الإدارية بالرباط (قسم القضاء الشامل)، رقم 2230، الصادر بتاريخ 2013/06/13، ملف رقم 2013/12/211.

3- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)، عدد 1364 بتاريخ 2001/12/27.

4- حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 80، ملف رقم 2006/92 غ، بتاريخ 2007/07/17، بين (ع. ر) وإدارة الجمارك، (غير منشور).

5- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)، عدد 942 بتاريخ 2001/07/19.

6- سعيد نكاوي القانون الإداري والقضاء الإداري، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص. 164.

7- محمد بحايا، المغرب الإداري، مطبعة اسبارطيل، طنجة، الطبعة الخامسة، 2016، ص. 324.

8- حكم المحكمة الإدارية بمراكش عدد 189، الصادر بتاريخ 2000/11/01.

يشغل مهمة "فاحص مصفي"، حيث طعن المدعي في القرار التأديبي كما طالب أيضا بتعويض عن الضرر الذي أصابه حدده في 30.000 درهم. وقد جاء في حيثيات الحكم المشار إليه أعلاه أن مسؤولية إدارة الجمارك في نازلة الحال، تعتبر منتفية بالنتيجة، على اعتبار أن الضرر كان من فعل المدعي الذي وضع نفسه فيها بكامل إرادته، بحيث تبين للمحكمة وبعد الاطلاع على الوثائق المدلى بها من طرف إدارة الجمارك، أن الطاعن لم يكلف نفسه عناء القيام بمراقبة وثائقية معمقة من أجل الاهتمام إلى السن الحقيقي للسيارات المعروضة عليه (من أجل التعشير)، من خلال اكتشاف حالتها الظاهرة واستبعاد المشكوك في صحتها. وهكذا جاء منطوق الحكم، في إطار اعتبار القرار التأديبي الصادر عن إدارة الجمارك مشروعا وتصديا برفض طلب المدعي وإبقاء الصائر على رافع الدعوى.

2- رقابة المشروعية الداخلية للقرار التأديبي:

ويطلق عليها أيضا الرقابة على العناصر المادية لقرار التأديب، وتشتمل على:

- عيب المحل l'objet:

يقصد بمحل القرار ذلك الأثر القانوني الناتج سواء تمثل في إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائما أو إلغائه¹. ويتمظهر عيب المحل في امتناع السلطة التأديبية عن تطبيق القانون الواجب التطبيق أو رفضها تطبيق أحكامه²، وهو ما يعرف بالمخالفة السلبية من جهة؛ ومخالفة القرار التأديبي لمبدأ هرمية القواعد القانونية كمخالفته للقواعد الدستورية أو التشريعية أو لأحد المبادئ العامة للقانون من جهة ثانية³.

- عيب إساءة استعمال السلطة Abus de pouvoir:

يقصد به الهدف أو ما يطلق عليه بركن الغاية، وهو النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها من وراء إصدار القرار التأديبي⁴، وبالتالي يتمثل الهدف من صدور القرار التأديبي هو الحرص على حسن سير المرافق العامة وضبط سلوك الموظف والتحكم فيه تحت طائلة إلغاء ذلك القرار لعيب استعمال السلطة أو

1- محمد الأعرج، القانون الإداري المغربي، مرجع سابق، ص. 304.

2- حكم المحكمة الإدارية بالرباط (قسم القضاء الشامل)، رقم 3465، الصادر بتاريخ 2012/10/03، ملف رقم 2011/8/142.

3- محمد الاعرج، نفس المرجع، ص. 305.

4- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، بدون سنة طبع، ص. 473.

لعيب انحراف السلطة¹، ففي هذه الحالة، يمكن الحديث عن اعتداء مادي Voie de fait، صادر عن الإدارة².

- عيب السبب le motif :

يقصد بعيب السبب³، الحالة القانونية التي تسبق صدور القرار التأديبي والتي دفعت الإدارة إلى إصدار قرار بشأن تلك الحالة، أو بعبارة أخرى هو الحالة الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى اتخاذ القرار التأديبي⁴، والطعن في عدم مشروعية القرار التأديبي لعيب السبب يتمظهر في صورتين:

الصورة الأولى: انعدام الوجود المادي للوقائع، فحتى يكون القرار التأديبي مشروعاً يجب أن تكون الوقائع التي اتخذت على أساسها السلطة التأديبية قراراً التأديب موجودة فعلاً، حيث أصبح القاضي الإداري يفحص واقعية الوقائع أو صحتها، وإلا كان إجراء توقيع القرار التأديبي باطلاً لاستناده على واقعة مادية لا وجود لها⁵.

الصورة الثانية: الخطأ في التكييف القانوني للوقائع، ويقصد به ربط الوقائع بالنص القانوني، حيث لا يكفي القاضي الإداري بالثبوت من حدوث وقائع معينة تشكل المخالفة التأديبية، بل يتولى التأكد من صحة تكييفها القانوني إذ يجب أن تكون هذه الوقائع الصحيحة مكونة للمخالفة التأديبية التي تستوجب توقيع العقاب⁶. وفي إطار مسألة عدم مشروعية لعيب السبب، نستحضر القرار التالي: "وحيث أن الشكاية المستند إليها والمقدمة من قبل بعض المهربين، يتبين أنها تهم

¹ - قادر عبد الحسيني، "انحراف القرار الإداري عن قاعدة تخصيص الأهداف"، مجلة القضاء الإداري، عدد مزدوج 9-10، السنة الخامسة 2017 ص. 14.

² - سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الثانية، 1966، ص. 145.

³ - المشرع الفرنسي أصدر قانون 11 يوليوز 1979، وألزم بموجبه الإدارة بتسبب قراراتها، أما المشرع المغربي فتم ذلك من خلال القانون 01/03 بشأن تعليق الأعمال الإدارية بالمملكة، الجريدة الرسمية عدد 5029 بتاريخ 12 غشت 2002.

⁴ - عبد الناصر أبو سمهدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية، المركز القومي، 2012، الطبعة الأولى، القاهرة، ص. 126.

⁵ - سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص. 207.

⁶ عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، جامعة دمشق، 1980، ص. 289.

"رئيس الشعبة"¹، بربط علاقة مع المهربين، ولا تهم الطاعن الذي يفيد ملفه الإداري بكونه يمتاز بصرامة تجاه المشتكين، وحيث إنه استنادا إلى قاعدة كون كل قرار إداري لا بد أن يكون مبنيا على سبب صحيح يبرره، فالمحكمة بعد دراستها لكل الوثائق تبين لها عدم صحة السبب المبني عليه القرار المطعون فيه، مما يكون متسما بتجاوز السلطة ليعيب السبب، والحكم المستأنف لما قضى بإلغائه صائب وواجب التأييد"².

ب- رقابة الملاءمة في المجال التأديبي الجمركي:

يتجه القاضي الإداري المغربي إلى تبني الاتجاهات الحديثة في الرقابة على الملاءمة في المجال التأديبي، من أجل مواجهة التقديرات المتجاوزة وغير المعقولة للإدارة، فنجده يزواج بين نظرية الخطأ البين أو الواضح في التقدير (1)، وبين نظرية الغلو في التقدير (2).

1- نظرية الخطأ البين في التقدير: La théorie de l'erreur apparente dans l'estimation

بخصوص نظرية الخطأ البين أو الواضح في التقدير³، يمكن القول بأن المبدأ السائد في القضاء الإداري والمقارن على حد سواء، هو كون القاضي الإداري هو قاضي مشروعية وليس قاضي ملاءمة⁴، علما أن القضاء الإداري الفرنسي نفسه

¹ رئيس الشعبة (le Chef de subdivision) هو ضابط في إدارة الجمارك تتلخص مهمته في التنسيق بين الزمر الواقعة ترابيا داخل المقاطعة الجمركية الواحدة، فيما يتعلق أساسا بمهمتي الحراسة ومكافحة التهريب.

² قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، رقم 538، ملف عدد 5/08/19 الصادر بتاريخ 2009/04/08، بين (ص. س) وإدارة الجمارك، (غير منشور).

³ اعتبر الفقه الإداري أن نظرية الغلو في التقدير هي نظرية من ابتكار القضاء الإداري المصري، ابتكره كاصطلاح قانوني في نطاق ممارسته للرقابة على التناسب في مجال التأديب، ويقصد بهذا التعبير عدم الملاءمة الظاهرة أو عدم التناسب البين أو التفاوت الصارخ بين خطورة الجريمة الإدارية وجسامة العقوبة الموقعة عنها.

إلا أن رأي آخر يرى أن هذه النظرية "نظرية الغلو" قد نشأت وتطورت مع القضاء الإداري الفرنسي وذلك تحت تسمية نظرية "الخطأ الظاهر" أو "الغلط البين" والذي ذهب إلى مراقبة ملاءمة القرار المتخذ وليس فقط مشروعيته، وهو ما سمي آنذاك بـ"الرقابة الكاملة للتناسب" « Plein contrôle de proportionnalité ».

⁴ استقر الفقه والقضاء الإداري، فيما مضى على أن القضاء لا يتعرض لتقدير الإدارة، فهي حرة في تقدير مناسبة وملاءمة القرار الإداري، ولكن يجب عليها أن تضع نفسها في أحسن الأحوال حين تباشر هذا التقدير، وأن تمارسه من الناحية الموضوعية وتنأى عن البواعث الشخصية. ويبرر امتناع القاضي الإداري رقابة الملاءمة لعدة أسباب نورد بعضها على سبيل المثال لا الحصر: أولا بعد المحاكم الإدارية عن الظروف والملابسات التي أحاطت بالإدارة حين ممارستها لسطاتها التقديرية، وأيضا أن المحاكم إذا

امتنع في بداية ظهور هذه النظرية عن تطبيقها في المجال التأديبي، واقتصر على رقابة المشروعية فقط¹؛ وأمام تزايد الأصوات التي نادى بضرورة فرض الرقابة على الملاءمة في المجال التأديبي والتوسيع من مجالاتها حفاظاً على حقوق الموظفين وحررياتهم. وتحت تأثير مفوضي الحكومة ورجال الفقه، عمد مجلس الدولة إلى إعمال نظرية الخطأ البين في المجال التأديبي، وكانت أولى اجتهاداته في قضية الأنسة CHEVREAU²، كما أرسى قرار المدرس LEBON مبدأ رقابة على الملاءمة في المجال التأديبي حيث اعتبر مجلس الدولة أن العقوبة المتخذة لم يشبها خطأ بين، بل أكثر من ذلك هي عقوبة ملائمة³. وفي إطار تطبيقه الإيجابي لرقابة الخطأ البين، أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرار VINOLAY⁴. وبالعودة إلى الميدان الجمركي، نجد اجتهادا قضائيا لمجلس الدولة الفرنسي في قضية عزل الجمركي KEINER⁵، حيث اعتبر قرار العزل غير ملائم وغير متناسب مع الفعل المقترف من طرف الجمركي، والمتمثل في سرقة بعض الأغراض من سوق ممتاز بقيمة 143,60 فرنك فرنسي، وقد جاء في حيثيات قرار مجلس الدولة ما يلي: "بأنه لم تسجل أي شكوى ضده، كما أن الظروف التي تمت فيها وقائع السرقة لم يكن من شأنها أن تؤثر بشكل خطير على مرفق الجمرك"، كما أخذ المجلس في حسبانته كون الملف الإداري للجمركي خال من العقوبات التأديبية ولا تشوبه شائبة؛ وقد تعرض هذا القرار للعديد من الانتقادات تركزت جلها عن كون قرار مجلس الدولة جانب الصواب لعل أن صفة "الجمركي"، لوحدها كفيلة لإعمال ظروف التشديد من جهة، ومن جهة ثانية رقابة الخطأ البين هي رقابة موضوعية يسعى القاضي الإداري إلى الكشف عن العناصر الموضوعية

تصدت لتقدير ملاءمة أعمال الإدارة، فإنها بذلك تمارس سلطة رئاسية على الإدارة وتحل محلها في مباشرة الأعمال الإدارية، ومن ثم فإن الرقابة القضائية تقتصر على رقابة شرعية القرارات الإدارية ولا تمتد إلى ملاءمتها.

1- René CHAPUS, Droit administratif générale, Tome I, 14^{ème} édition, 2002, Montchrestien, P. 1039.

2- C.E, 22 Novembre, 1967, Administration Générale de l'assistance publique, C/Demoiselle Chevreau.

3- C.E, 9 Juin 1978, Lebon, Rec, P.245, A.J.D.A, 1978, P. 573.

4- C.E, 9 Juin 1978, Vinolay, Rec, P.315, A.J.D.A, 1978, P. 576

5- C.E, 25 Mai 1991, Keiner, Rec, P.846, A.J.D.A, 1990, P.740. Observation. Serge Salon.

لكل قضية من خلال الوقائع المعروضة عليه، وبالتالي اعتبار قرار العزل المشار إليه مشروعاً وغير مشوب بالخطأ البين أو الواضح في التقدير.

وفي قرار مماثل، وبالضبط في قضية الجمركي POTEAUX، قضت المحكمة الإدارية بمدينة LIMOGES بتاريخ 25 فبراير 1988، بانتفاء الخطأ البين في قرار وزير العدل والقاضي بعزل المعني بالأمر، على إثر سرقة لزوج من الأحذية من متجر كبير، على أساس عدم ملاءمة الخطأ المرتكب للعقوبة التأديبية الملغاة¹. كما ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط في نفس الاتجاه من خلال قرار صادر عنها بتاريخ 27 يونيو 2002².

2- نظرية الغلو: Théorie de l'hyperbole

لقد كان لنظرية الغلو³، دور كبير في كبح السلطة التقديرية للإدارة في مجال التأديب. وهكذا ومع تطور الاجتهادات القضائية الإدارية المقارنة، والتي ستعكس حتماً على النموذج المغربي، نجد أن المحاكم الإدارية استندت على قاعدة الملاءمة في العديد من قراراتها المتعلقة بأعوان الجمارك⁴.

جدير بالذكر أن كلا التشريع والقضاء لم يفرقا في المادة الجمركية، بين:

- أعوان المكاتب Les Sédentaires (الذين يشتغلون بالزي المدني)، من جهة؛

1- Concernant cette décision de la cour, voir : Emmanuel AUBINE, Droit de la Fonction Publique, 2^{ème} édition, Gualino, 2004, P.237, Capel.

2- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 888، الصادر بتاريخ 27 يونيو 2002، بين (ش. ت) والمدير العام لإدارة الجمارك.

3- نظرية الغلو في التقدير، هي نظرية من ابتكار القضاء المصري، حيث طبقها في مجال التأديب من خلال الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 26 يونيو 1951، وقامت بعد ذلك المحكمة الإدارية العليا بتطويرها في حكمها الصادر في 11 نونبر 1961، والذي جاء فيه ما يلي: "ولئن كانت السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ وما يناسبه من جزاء وبغير تعقيب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى إلا يشوب استعمالها غلواً، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره". راجع في ذلك: مصطفى التراب، "مراقبة الملاءمة من المنع الكلي إلى الجواز النسبي"، أشغال ندوة "المجلس الأعلى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية"، تخليداً للذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى، الرباط 17-19 شعبان 1418، الموافق لـ 18-20 دجنبر 1997، المملكة المغربية، المجلس الأعلى، 1419-1999، ص 430 وما بعدها.

4- المقصود بأعوان الجمارك كل موظف مرسوم في أسلاك إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة.

- وبين أعوان الفيالق الضباط وغير الضباط Les Agents des Brigades (الذين يشتغلون بالزري العسكري¹، ويستعملون السلاح الوظيفي) من جهة ثانية². وللإشارة، ففئة أعوان الفيالق غير الضباط هم الأعوان المرتبون ما دون السلم الثامن، و الذين تطبق عليه مقتضيات النظام التأديبي وفق مرسوم 1962³. أما أعوان المكاتب وأعوان الفيالق الضباط، فتطبق عليهم مقتضيات النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية في مجال التأديب، وهذه من المميزات التي تعرفها الموارد البشرية الجمركية⁴، في انتظار صدور نظام أساسي خاص بموظفي إدارة الجمارك نظرا لخصوصية المهام المنوطة بها من جهة، ونظرا لخصوصية مواردها البشرية من جهة أخرى⁵.

لقد أرسى حكم المحكمة الإدارية بالرباط الصادر بتاريخ 23 مارس 1995⁶، اللبنة الأولى في صرح رقابة الملاءمة، حيث جاء في منطوقه ما يلي: "للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة المناسبة في حق الموظف حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه، ومدى تأثيرها على المرفق العام، ولا تكون ملزمة بظروف التخفيف التي تكون المحكمة الجنائية أو الجنحية قد منحها له اعتبارا لظروفه الاجتماعية، وأن هذه السلطة التقديرية لا رقابة للقضاء عليها ما لم يشبها غلو في التقدير". يستشف من حيثيات هذا الاجتهاد القضائي أن القرار المطعون فيه لم يشبه أي غلو في التقدير ما دامت المخالفة التأديبية ثابتة في حق الطاعن.

1- مرسوم رقم 2-08-431-08 صادر في 2 شعبان 1429 (4 اغسطس 2008) بسن نظام البذلة والشارات والخصائص و لوازم التجهيز المقررة لموظفي إدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5714، بتاريخ 5 مارس 2009.

2- جاء في الباب الثاني المعنون بـ "حق حمل السلاح القانوني" و لا سيما الفصل السادس منه، من المرسوم 2.77862 التطبيقي لمدونة الجمارك، مصدر سابق، ما يلي: "إن قباض الإدارة والضباط و ضباط الصف و أعوان الزمر، و كذا مأموري الأبحاث الجمركية، يسلمون تبعا للكيفيات المحددة في قرار للوزير المكلف بالمالية من طرف الإدارة لأجل ممارسة مهامهم".

3- المرسوم رقم 2.62.341 الصادر بتاريخ 21 صفر 1382 (24 يوليوز 1962) بمثابة النظام التأديبي المطبق على فئة أعوان الفيالق غير الضباط المنتميين لإدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة، الجريدة الرسمية عدد 2598، بتاريخ 8 ربيع الأول 1382 (10 غشت 1962)، ص. 1936.

4- سعيد أولعربي، "خصوصيات النظام التأديبي المطبق على أعوان الفيالق المنتميين لإدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 48-49، يناير- أبريل، 2003.

5- هذا النظام الأساسي المرتقب، يندرج ضمن أهداف المخطط الاستراتيجي الجمركي المغربي: 2017-2021.

6- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 90، المؤرخ بتاريخ 1995/03/23، ملف إداري رقم 94-151 غ، أورده مصطفى التراب، مرجع سابق، ص. 432.

وهكذا، فقد تصدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)، للعديد من القرارات التأديبية الغير الملائمة المعروضة عليها، كما أعطت الضوء الأخضر للمحاكم الإدارية كي تأخذ بنظرية الغلو في التقدير، بعدما كانت الغرفة الإدارية ولوقت طويل تؤكد على عدم اختصاصها في رقابة ملاءمة العقوبة للخطأ المقترف من طرف الموظف، وهذا ما كان يخول للسلطات التأديبية حرية واسعة في اختيار العقوبة التي تراها ملائمة، حيث كانت تختار عقوبة شديدة لخطأ بسيط والعكس صحيح¹، غير معيرة أي اهتمام لمبدأ التناسب². هذا وقد استندت المحاكم الإدارية على قاعدة الملاءمة في القضايا المتعلقة بموظفي الجمارك في العديد من المناسبات نورد منها على سبيل المثال: جاء في حيثيات أحد الأحكام الصادرة عن إدارية الدار البيضاء: "وحيث أنه بناء على ما تقدم ونظرا لخلو أوراق الملف مما يفيد أن الطاعن قد تصرف على نحو سيء إلى وظيفته، وأنه تعمد إفساح المجال لأصحاب السيارات المحملة بالبضائع المهربة دون إخضاعها لإجراءات التفتيش اللازمة، فإن مجازاته بعقوبة العزل عن المخالفات المظنون نسبتها إليه، وفي الظروف والأسباب التي أحاطت بها، يكون جزاء مشوبا بالغلو والقسوة، ومن ثم يكون القرار الصادر بتوقيع هذا الجزاء القاسي قرار معيبا بعيب الملاءمة الظاهرة بين خطورة الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره، مما يخرج من نطاق المشروعية إلى نطاق اللامشروعية الذي يناسب التصريح بإلغائه"³. الملاحظ أن هذا الحكم لم يؤيد البتة القرار التأديبي الصادر عن إدارة الجمارك وقضى بإلغائه، أما بخصوص الاجتهادات التي أيدت قرارات إدارة الجمارك نستحضر قرار المحكمة الإدارية بالرباط، حيث جاء في حيثياته ما يلي: "حيث إن الوقائع والمخالفات التي لأجلها عوقب الطاعن بعقوبة العزل مع الحرمان من حق التقاعد، وأهمها تعمد تسهيل المرور للمهربين عبر مركز المراقبة، تعتبر في تقدير المحكمة مخالفة بالغة الخطورة إلى الحد الذي يجعل مرتكبها في وضع متناف مع انتسابه لإدارة الجمارك، لذلك يكون الطاعن بخصوص عدم ملاءمة هذه العقوبة واتسامها بالغلو، لا يستند

¹ - Moulay Larbi EL ALAOU, l'évolution du recours pour excès de pouvoir

13. au Maroc, REMALD, N° 47, 2007, P.

² - عبد اللطيف العمراني، "القضاء الإداري المغربي ومراقبة الملاءمة في مجال التأديب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 47، 2004، ص. 118.

³ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد 333،02، الصادر بتاريخ 2004/01/05، بين (خ. أ) وإدارة الجمارك، (غير منشور).

إلى أساس ويتعين استبعادها"¹. وهكذا فكلما تبين للقاضي الإداري أن موظف الجمارك ارتكب مجموعة من الاختلالات المهنية الخطيرة، وتسبب في وقوع أخطاء فادحة بالنسبة لمرفق الجمارك، فإنه يشاطرهما الرأي في توقيع العقوبة التي اقترحتها عليه²، والعكس صحيح

وفي التجارب المقارنة والتجربة الفرنسية على وجه الخصوص، وعلاقة بنفس الموضوع، اعتبرت المحكمة الإدارية بمدينة LIMOGES في قضية الجمركي CHIMBAUD، بأن قرار العزل الصادر عن وزير الدفاع في حق المعني بالأمر غير ملائم للأفعال التي ارتكبتها والمتمثلة في سرقة علبة ذخيرة صيد من متجر كبير³.

يلاحظ أن القضاء الإداري المغربي، قد موقع نفسه في نفس المسافة بين القضاء الفرنسي والقضاء المصري، حيث حاول إيجاد حل وسط بين رقابة الملاءمة ورقابة المشروعية، هذه الحلول تتجلى في تقدير الظروف والملابسات المحيطة بكل نازلة على حدة، وكذا المعطيات التي صدر في ظلها القرار التأديبي ومعالجتها على ضوء ذلك⁴، كما حاول التوفيق بين "نظرية الخطأ الواضح" أو "البين في التقدير" و"نظرية الغلو" وذلك بلجونه إلى مراقبة ظاهرة الملاءمة في بعض النوازل، وفي أخرى تطرق للملاءمة نفسها⁵.

جدير بالذكر أن دور القاضي الإداري في إطار ولاية قضاء الإلغاء ينحصر في فقط في إلغاء القرار التأديبي المطعون فيه، ولا يتعداه إلى استبداله بالقرار

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 891، الصادر بتاريخ 2002/06/27، ملف رقم 01/175 غ، بين (ب. س) وإدارة الجمارك، (غير منشور).

² - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، رقم 57، الصادر بتاريخ 1999/01/28، قضية (م. غ) وإدارة الجمارك.

³ - Emmanuel AUBINE, Droit de la Fonction Publique, 2^{ème} édition, 237, Capel. Gualino, 2004, P.

⁴ - محمد بوكطب وحسن بكاي، النظام التأديبي الجمركي، بين النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية ومرسوم 1962، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2018، ص. 71.

⁵ - عبد اللطيف العمراني، "القضاء الإداري المغربي ومراقبة الملاءمة في مجال التأديب"، مرجع سابق، 2004، ص. 121.

الملائم، غير أن ذلك لا يمنع الإدارة من استصدار عقوبة تأديبية أخرى أكثر ملاءمة بدل العقوبة الملغاة، وذلك عبر تحريك مسطرة تأديبية جديدة¹.

هكذا لاحظنا أن القضاء الإداري وفي إطار مواكبه وصيانتها للحقوق والحريات وضمانيها²، فقد تطورت اجتهاداته من مسألة بسط الرقابة على القرار التأديبي من زاوية المشروعية، إلى الرقابة في إطار الملاءمة، وهذا الرؤية الجديدة انطبقت أيضا على قرارات نقل موظفي إدارة الجمارك تماثيا مع التطور الذي شهده القضاء الإداري المقارن، هذه الرؤية الجديدة هي موضوع الفقرة الموالية.

ثانيا: انتقال رقابة القضاء الإداري من مشروعية قرارات نقل موظفي الجمارك إلى

ملاءمتها

تمتلك إدارة الجمارك، شأنها شأن باقي الإدارات العمومية، سلطة تقديرية³ واسعة في نقل موظفيها أو إعادة انتشارهم (أ)، لكن هذه المسألة، لا يمكن بأية حال من الأحوال أن تلغي التطور الكبير الحاصل في موقف القضاء الإداري إزاء الغاية من قرارات نقل موظفي إدارة الجمارك (ب).

أ- السلطة التقديرية للإدارة في نقل موظفيها:

جاء في الفصل 64 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية⁴ ما يلي: "للوزير الحق في مباشرة انتقالات الموظفين الموجودين تحت سلطته. ويجب أن تراعى في تعيين الموظفين الطلبات التي يقدمها من يهمهم الأمر، وكذا حالتهم العائلية ضمن الحدود الملائمة لمصالح الإدارة"⁵. يستشف من خلال هذا الفصل أن المشرع خول

¹ - أمال المشرفي، "رقابة الملاءمة الجزاء التأديبي وسلطات قاضي الإلغاء، تعاليق وأحكام"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 40، شنتبر- أكتوبر، 2001، ص. 148.

² - Michel ROUSSET, Droit Administratif Marocain, Revue Marocaine d'Administration et de Développement, Série « Thème actuels », 522. Imprimerie Bidaoui, Edition 99, 2017, P.

³ - سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، مرجع سابق، ص. 48.
⁴ - ظهير شريف رقم 1.58.008 بتاريخ 4 شعبان 1958 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، حسبما تم تعديله وتتميمه، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 11 أبريل 1958.

⁵ - تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بالرغم من الكم الهائل من التعديلات التي أدخلت على النظام الأساسي للوظيفة العمومية (ما يفوق 16 تعديلا)، فإن مضمون الفصل 64 المشار إليه لم يطرأ عليه أي تغيير ولم يكن محل أي تعديل.

للسلطة الإدارية سلطة تقديرية¹ في نقل موظفيها²، من أجل تدبير شؤون المرفق العام والسهر على حسن سيره بانتظام واضطراد. فالإدارة بهذا المعنى لها كامل الصلاحية في إعادة انتشار موظفيها حسب ما تراه في إطار تدبير شؤون المرفق العام، ولها الصلاحية والسلطة في تقدير كفاءة كل عنصر ومدى استعداده لمباشرة ما يسند إليه من أعمال في إطار تحقيق المصلحة العامة والتي تتولى السهر على تحقيقها³، وعليه ينبغي أن يكون نقل الموظف نابعا من الرغبة في تحقيق المصلحة العامة والرفع من مستوى الخدمة التي تؤديها الجهة الإدارية، وإلا كان قرار النقل غير مشروع يستحق الطعن بالإلغاء⁴، بسبب تجاوز السلطة⁵. فلا يجوز للإدارة وهي بصدد استخدام سلطتها في مجال نقل موظفيها أن تحيد عن الغرض المقصود من النقل أو الهدف المقرر من إصداره⁶، في تعارض تام وقاعدة تخصيص الأهداف⁷. وفي هذا الإطار قضت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء: "وحيث أسس الطاعن طعنه على أن القرار (قرار النقل) جاء خرقا لمقتضيات الفصل 64 من قانون الوظيفة العمومية، ولعدم تقديمه أي طلب لأجل نقله، وخرقا لمقتضيات المذكرة رقم 5012 بتاريخ 24 دجنبر 2001 التي استنتجت من الحركية بين الجهات الموظفين الذين تجاوز سنهم 50 سنة، وأخضعت من تجاوز سنهم 55 سنة إلى حركية تناوبية داخل نفس الدائرة الجمركية، وأخضعت الفئة ما بين 50 و55 سنة إلى حركية بين الدوائر الجمركية داخل نفس الجهة دون نقلهم إلى غيرها،

1- عرف الفقه الفرنسي السلطة التقديرية بتعاريف متقاربة، فانفق البعض على اعتبارها قدر من الحرية المتروك للإدارة في إصدار القرار، كما عرفها الفقيه هوريو بأنها: "حرية التقدير في ملاءمة إصدار القرارات"، ويعرفها الفقيه والين Walline بأنها: "سلطة كبيرة إلى حد معين في تقدير ملاءمة إصدار القرار"، كما عرفها الدكتور رفعت عبد الوهاب في مؤلفه النظرية العامة للقانون الإداري، ص. 625 بأنها: "من بين امتيازات الإدارة أن القانون يمنحها أحيانا سلطة تقديرية في مباشرة بعض اختصاصاتها، فيكون لها حرية الاختيار والتقدير عند إصدارها للقرارات الإدارية".

2- محمد بوكطب، "الوضعية الفردية بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل على ضوء تطور الاجتهاد القضائي"، سلسلة دراسات وأبحاث، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2017، ص. 268.

3- خديجة امعيوة، "نقل الموظف دراسة في حصيلته الاجتهاد القضائي"، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 134-135، ماي- غشت 2017، ص. 129.

4- قادر عبد الحسيني، مرجع سابق، ص. 20.

5- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، عدد 847، ملف إداري عدد 2006/1/4/2006، بتاريخ 12 دجنبر 2007، (غير منشور).

6- حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 53، الصادر بتاريخ 2015/01/27، ملف رقم 14/110/202 (قسم الإلغاء- تجاوز السلطة)، منشور في مجلة المعرفة القانونية والقضائية، ص. 379.

7- قادر عبد الحسيني، نفس المرجع، ص. 14.

إلا يطلب منهم لأسباب شخصية، وأن إصدار إدارة الجمارك للدوريات التي تتضمن حركة الموظفين يجعل القرار المذكور مشوبا بعيب الانحراف والشطط في استعمال السلطة، ويتعين الحكم إلغائه¹. من خلال هذا القرار يتضح جليا أن القضاء الإداري قد راقب مشروعية القرار الإداري والصادر في إطار الاختصاص التقديري لإدارة الجمارك معتبرا إساءة هذه الأخيرة في استعمال سلطتها التقديرية هو بمثابة خروج عن المشروعية، وبالتالي يشكل انحرافا في استعمال السلطة الذي هو أحد العيوب التي يمكن أن تشوب القرار الإداري وتقضي بإلغائه؛ كما ألزم القاضي الإداري في هذا الحكم إدارة الجمارك إلى ضرورة الانضباط لمقتضيات المذكرات الصادرة عن الوزارات في مجال تدبير الحركة الانتقالية للموظفين ترسيخا لمبادئ الحكامة الجيدة المرتكزة على معايير الشفافية والمساواة والمشروعية والتي يتعين أن يخضع لها تدبير المرافق العامة².

كما يلغي القضاء الإداري قرارات نقل الموظفين إذا اتخذت من قبل سلطات إدارية غير مختصة، فقواعد الاختصاص من النظام العام، وباعتبارها كذلك يمنع تعديلها أو النزول عنها أو الاتفاق على عكسها، فالمحكمة تثير تلقائيا الوسيلة المستمدة من عيب عدم الاختصاص على اعتبار أنه العيب الوحيد الذي يمكن إثارته تلقائيا من طرف القاضي الإداري³.

نخلص إلى أنه، ولئن كان للإدارة السلطة التقديرية في نقل موظفيها حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، إلا أنه عند المنازعة في وجود هذه المصلحة يتعين عليها توضيح تجلياتها بدقة، كما أن عدم مراعاة المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 64 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية والتي تنص أن قرار نقل الموظف لا يكون مبررا، إلا في الحالة القصوى لما تقتضيه المصلحة العامة⁴.

1- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 252، بتاريخ 2003/04/23، قضية (أ.م) ضد إدارة الجمارك، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 53، ص. 142.

2- خديجة امعيوة، مرجع سابق، ص. 145.

3- نفس المرجع، ص. 143.

4- حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد 53، الصادر بتاريخ 2015/01/27، ملف رقم 14/110/202 (قسم الإلغاء- تجاوز السلطة)، حكم سبق ذكره.

إجمالاً يمكن القول أن القضاء الإداري المغربي وحين تتوافر شروط قبول دعوى الإلغاء والمتمثلة في وجود قرار إداري نهائي يتوجب إلغاؤه، ووجود مصلحة لدى رافع الدعوى¹، مع احترام الأجل القانونية؛ فإنه يقضي بالإلغاء².

ب- تطور موقف القضاء الإداري إزاء الغاية من قرارات نقل موظفي إدارة الجمارك:

لقد عرف موقف القضاء الإداري، إزاء مراقبة الغاية من القرار الإداري تطوراً هاماً، فمنذ نشأته، وعلى امتداد فترة طويلة كان (القاضي الإداري) يمتنع عن فحص شرعية الغاية والتحقق من أن الإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية لم تستهدف تحقيق غرض يخرج عن اختصاصاتها، باستثناء القضايا التي تكون فيها الغاية محددة و بدقة من طرف المشرع³، كما هو الحال بالنسبة للشرطة الإدارية، وما يبرر هذا السلوك يجد سنده في كون هذا النوع من الرقابة يقتضي تقدير مجموعة من العوامل النفسية الخارجة عن القرار الإداري، وأيضاً فحص النية الحقيقية والعميقة من وراء تبنيه، والقضاء الإداري يؤثر النظر في الإطار الموضوعي والبحث في القرارات المطعون فيها بناء على معطيات موضوعية فقط، بدلاً من أن يقف عند الغاية لكشف نوايا الإدارة، مما يجعل عيب الانحراف في استعمال السلطة المستدل بها للرقابة على ركن الغاية، مجرد وسيلة إلغاء احتياطية⁴.

وقد تأكد هذا التطور مع بداية التسعينات، بحيث تغير موقف القضاء الإداري في موضوع نقل الموظفين، حيث أصبح القاضي الإداري يحص ويصدق ويستفسر من الغاية من قرار النقل، بحيث أصبح يناقش كل المسوغات والحجج والمبررات التي دفعت الإدارة إلى تبرير موقفها وتعليقه⁵، لأن القاضي الإداري فطن إلى أن

1- عبد العتاق فكير، "شرط المصلحة في دعوى الإلغاء من خلال التطبيقات القضائية"، مجلة قضاء محكمة النقض، مطبعة الامنية، 2017، العدد 81.

2- سعيد نكوي، القانون الإداري والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 162.

3- محمد بوكطب، مرجع سابق، ص. 284.

4- عفاف ملوك، "عيب الانحراف في استعمال السلطة في ضوء الاجتهاد القضائي الإداري المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 2007، 55، ص. 160.

5- بخصوص مسألة تعليل الإدارة لقراراتها، راجع الظهير الشريف رقم 1.02.202 الصادر في 12 من جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002) بتنفيذ القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5029 بتاريخ 3 جمادى الآخرة 1423 (12 أغسطس 2002)، ص. 228.

مثل هذه القرارات يمكن أن تحمل بين طياتها عقوبات مقنعة، مغلفة بتحقيق المصلحة العامة والذي تحتج بها الإدارة دائما خلال مسطرة التقاضي¹.

هكذا، فقد ظهرت الإرهاصات الأولى لهذا التحول في موقف المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا، تظهر إلى الوجود مع تسعينيات القرن الماضي، وبالضبط مع قضية "هاشم القصري"، التي تعتبر بحق بداية تكريس مبدأ المشروعية والملاءمة خلال إعمال الرقابة على قرارات الإدارة الخاصة بالنقل بهدف تحقيق المصلحة العامة، حيث أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى موقفها وصرحت بأن: "الإدارة التي تنتدع بالمصلحة العامة لنقل الطاعن من جديد من مدينة مكناس إلى مدينة الدار البيضاء بنفس الصفة كمسؤول، قد كاتبته بتاريخ 1992/01/22، بعد أن شرح لها وضعيته العائلية والاجتماعية مقترحة عليه عدة حلول منها إمكان استقراره بمدينة فاس، ولكن دون تقلد أية مسؤولية والاكتفاء بعمله في مصلحة الجمارك كمفتش رئيس، الشيء الذي يعني بأن الإدارة بعدم تمسكها بقرارها القاضي بنقل الطاعن إلى مدينة الدار البيضاء في نطاق المصلحة العامة التي تنتدع بها لتغطية هذا النقل، والسماح له بالبقاء في مدينة فاس دون أية امتيازات كما كان يتمتع بها سابقا، تكون قد اشتطت في استعمال السلطة باتخاذها القرار المطعون فيه"². وبالتالي لا يكفي تمسك الإدارة بمنطق المصلحة العامة لتبرير قيامها بنقل الموظف من مدينة إلى أخرى، وعليه لا يمكن قبول طلبها إلا إذا أوضحت بما لا يدع مجالا للشك غايتها في تحقيق المصلحة العامة، وكون قرار النقل لا يحمل بين طياته عقوبة تأديبية (مقنعة) تتحاشى الإدارة الإفصاح عنها.

في حقيقة الأمر، فالإدارة حسب القانون الأساسي للوظيفة العمومية، تتوفر- وكما سبقت الإشارة إلى ذلك- على صلاحية تقدير مدى حاجتها الملحة لنقل موظف من مدينة إلى مدينة أخرى في نطاق المصلحة العامة، إلا أن هذا النقل لا يمكن أن يكون بأية حال من الأحوال عقوبة تأديبية لا تحاول الإدارة إماطة اللثام عنها³. لهذا فالقرار المشار إليه أعلاه، أثبت بما لا يدع مجالا للشك، انحراف الإدارة في سلطتها، إذ أصبحت المصلحة العامة التي ادعت إدارة الجمارك تحقيقها، مجرد

1- محمد بوكطب، نفس المرجع، ص. 285.

2- قرار المجلس الأعلى رقم 80 مكرر، بتاريخ 18 مارس 1993، قضية هاشم القصري (هـ. ق) ضد المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 9، أكتوبر- دجنبر 1994، ص. 67.

3- عفاف ملوك، مرجع سابق، ص. 87.

مطية لنقل الطاعن وإبعاده عن مدينته، وما يفسر هذا الطرح هو قبولها التحاقه بمدينة فاس دون إسناد أي مهمة له، بل أكثر من ذلك تجريده من صفة "مسؤول" التي كان يتمتع بها، وعلى هذا الأساس اتخذ القضاء الإداري المغربي موقفا واضحا بهذا الخصوص، وألغى قرارات إدارية عديدة متعلقة بنقل الموظفين لكونها لا تتلاءم وظروفهم الخاصة من جهة، كما اطمأنت المحكمة الإدارية كون هذه القرارات لا تستدعيها متطلبات المصلحة العامة من جهة أخرى¹.

كما اعتبر القضاء الإداري وفي إطار بسط رقابته على عمل الإدارة، أن النقل لا يدخل ضمن العقوبات المنصوص عليها في الفصل 66 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية². وبالتالي فقد تجاوز القاضي الإداري مبدأ مشروعية القرارات الإدارية الانفرادية تجاه الموظف إلى مراقبة ملاءمتها على الرغم من كون قرارات النقل تدخل في إطار السلطة التقديرية للإدارة والتي لا تخضع لرقابة القضاء الإداري عليها إلا إذا كان الأمر يتعلق بوقائع مادية غير موجودة أو عند وجود غلط في القانون، أو انحراف في استعمال السلطة، أو خطأ بين في التقدير؛ عملا بقاعدة "القاضي يقضي ولا يدير". ومتى ثبت للقاضي الإداري أن قرار نقل الموظف الجمركي قد تم ضمن الضوابط والإجراءات القانونية الجاري بها العمل فإنه يتصدى لقرارات الطعن المثارة من قبل الموظف "المنقول"، ويعتبر تصرف إدارته مشروعاً في الاختصاص التقديري لها، وأيضاً يتوافق وتحقيق المصلحة العامة، حيث ألغت المحكمة الاستئنافية بالرباط القرار الصادر عن المحكمة الإدارية

1- عبد الله الإدريسي، دور القضاء الإداري المغربي في حماية الموظف العمومي، دراسة في اجتهادات المحاكم الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2001/2000، ص. 40.

2- ينص الفصل 66 من النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية على أنه: "تشتمل العقوبات التأديبية المطبقة على الموظفين على ما يأتي، وهي مرتبة حسب تزايد الخطورة:

1. الإنذار؛
2. التوبيخ؛
3. الحذف من لائحة الترقى؛
4. الانحدار من الطبقة؛
5. القهقرة من الرتبة؛
6. العزل من غير توقيف حق التقاعد؛
7. العزل المصحوب بتوقيف حق التقاعد..."

بوجدة بإلغاء قرار نقل الموظف (س. ج) إلى مدينة الجديدة والحكم تصديا باعتبار قرار النقل مشروعاً ويحقق المصلحة العامة¹.

خاتمة:

من خلال كل ما سبق بيانه، يمكن أن نخلص إلى كون القضاء الإداري في شقه المتعلق بالإلغاء، قد أرسى دعائم دولة الحق والقانون فرغم أن دور القاضي الإداري في إطار ولاية قضاء الإلغاء ينحصر في فقط في إلغاء القرار التأديبي المطعون فيه، ولا يتعداه إلى استبداله بالقرار الملائم، غير أن ذلك لا يمنع إدارة الجمارك من استصدار عقوبة تأديبية أخرى أكثر ملاءمة بدل العقوبة الملغاة، وذلك عبر تحريك مسطرة تأديبية جديدة.

وكخلاصة عامة، يعتبر الطعن بالإلغاء أحد أهم التقنيات التي يعمل بها القاضي الإداري من أجل التصدي للقرارات الإدارية المشوبة بعيب تجاوز السلطة، أي أنها الوسيلة التي تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة. وباعتبار إدارة الجمارك مرفقا عموميا بامتياز، فمجمّل القرارات التي تصدر عنها تكون محل طعن بالإلغاء، مادام لا يوجد نص صريح يقول بخلاف ذلك. وبالتالي فالحكم بالإلغاء يشكل نوعا من العقاب الذي تتلقاه الإدارة الجمركية من القاضي الإداري بسبب قراراتها الإدارية المتسمة بتجاوز استعمال السلطة.

وهكذا، وصونا للحقوق، يظل باب دعوى التعويض مفتوحا أمام موظفي إدارة الجمارك كضمانة مكملة لحماية الحقوق، وهي عبارة عن دعوى ترفع من أجل الحصول على تعويض عن الضرر الذي يصيب الموظف خلال الفترة الممتدة بين صدور القرار الإداري وإلغائه.

¹- الحكم القطعي الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، رقم 1647، الصادر بتاريخ 2018/04/16، في قضية (س. ج) ضد إدارة الجمارك، حيث سبق للمحكمة الإدارية بوجدة أن قضت لفائدة الطاعن في الشق المتعلق بإيقاف القرار وأيضا في الشق المتعلق بالإلغاء، وقد ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية فيما يتعلق بالإيقاف وأيدت الحكم الصادر عن إدارة وجدة، إلا أنه في الشق المتعلق بالإلغاء فقد كان منطوق الحكم هو: "إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا برفض الطلب"، (غير منشور).

"دور مساطر تحديد الأملاك العامة في حماية الملك العمومي للدولة"

ذ. زكرياء خيات

باحث باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط

إطار بقسم الملك العمومي لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء

مقدمة:

يستفيد الملك العام من حماية تهدف للحيلولة دون اندثاره والتعدي على حدوده والحفاظ عليه حتى يمكن أن يؤدي الغرض المخصص له بدون عراقيل أو صعوبات ، ولتحقيق ذلك يجب أن يسان الملك العمومي بكيفية معتادة وان يحمى من بعض التصرفات سواء كان مصدرها الإدارة أو الأفراد ، إذ يتحمل كل من الإدارة والأفراد التزامات إزاء الملك العام ، ومن أهم صور الحماية القانونية في هذا المجال ، تعيين حدود مختلف عناصر الملك العام ، فيخضع تحديد الملك العام لمساطر قانونية تهدف أساسا إلى حماية حقوق الأفراد والى حماية الملك العام من التجاوز على حدوده¹.

وإذا كانت أراضي الخواص تتسم بمسطرة خاصة للحفاظ على عادية بالمسطرة العادية نظرا لكثرة الأراضي التي ترجع ملكيتها للأفراد، فإن المشرع كان عليه أن يحدد مساطر خاصة تنطبق وتجري على خصوصيات باقي العقارات التي يتكون منها الملك العام، ويقصد هنا مسطرة تحفيظ الأملاك المحددة تحديدا إداريا.

ويمكن اعتبار التحديد الإداري للعقارات مسطرة دقيقة تتبعها الإدارة كلما كانت حقوقها على عقار معين ظنية لا قطعية بغية تثبيت ملكيتها عليها تستهل لزوما بمرسوم معلن عن بداية أشغال التحديد الإداري وتنتهي بمرسوم آخر معلن عن المصادقة على العمليات التي تم إجراؤها. وقد تتخللها تعرضات تكتسي وضعية خاصة وتليها مرحلة تأسيس الرسم العقاري في مرحلة ثانية لدى المحافظ العقاري.

¹ محمد عامري " الملك العمومي بالمغرب " ، أطروحة دكتوراه الدولة في الحقوق ، جامعة محمد الخامس السنة الجامعية 1994-1995 ص 223

ويعتبر التحديد الإداري للأماكن العامة مسألة غاية في الأهمية بالنسبة للجهة المالكة للعقار العمومي ، فبواسطته يتم تبيان الحدود التقنية والقانونية للملك العام ومن ثم توضيح حقوق الشخص المعنوي العام المالك له وكذا حقوق الغير ، وغني عن البيان إن المقصود بالتحديد الإداري هنا التحديد الذي تقوم به الإدارة بالنسبة لأماكنها العامة الغير محفظة وبشكل انفرادي أي دون التشاور مع الملاك المجاورين للملكية العمومية.¹

وفي إطار مدى إلزام الإدارة بتعيين حدود أماكنها العامة كان الرأي قديما في القانون الفرنسي إلى إن الإدارة لا تخضع للالتزام المنصوص عليه في المادة 242 من التقنين المدني " إن لكل مالك إن يلزم جاره بوضع حدود لأماكنهما المتلاصقة."

وقد تبني هذا الرأي مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 27 يوليو

:1877

« ...que l'acte par lequel elle se borne a refusé a un riverain de faire usage de son droit n'est qu'un acte du pure administration, non susceptible d'être défère au conseil d'Etat par la voie contentieuse... »

بمعنى أن "...القرار الصادر لرفض الطلبات المقدمة من الملاك المجاورين للأماكن العامة بوضع الحدود الفاصلة بين هذه الأماكن و أماكنهم الخاصة ، يعتبر من أعمال الإدارة المحصنة التي لا تقبل الطعن فيها بالطريق القضائي لدى المجلس..."²

أما الآن فيعد تعيين حدود الأماكن العامة بالنسبة للإدارة، على الأقل حينما يطلب المجاورين للملك العام ذلك، ورفض القيام بهذه العملية يعد في نظر القاضي الفرنسي عملا غير مشروع.³

يفرق الفقه في إطار نظرية الأماكن العامة بين الأماكن العامة الطبيعية

Domaine public naturel والأماكن الاصطناعية Domaine public

¹ محمد بوجيدة " مسطرة تحديد الأماكن العامة الجماعية " ، مقالة منشورة بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 53 الطبعة 2-2001 ص 165

² إبراهيم عبد العزيز شيحا " الأموال العامة " مطبعة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية الطبعة 2002 ص 460

³ بوغزوي بوجمة " القانون الإداري للأماكن " مطبعة EMLIV الطبعة الأولى 2013 ص 98.

artificiel فالأولى يقتصر الأمر على كشف وإعلان الحدود التي صنعتها الطبيعة بفعل عوامل جيولوجية و طبيعية " الأنهار، بحيرات، شواطئ... " ، أما بالنسبة لتحديد الملك العام الاصطناعي " الساحات العمومية ، الطرق عمومية ، الأسواق ... " وذلك شريطة أن تكون مصنفة ضمن الأملاك العامة.¹

إن قرار الإدارة لا يقتصر على معاينة الحدود وإنما يمتد إلى إمكانية تغيير هذه الأخيرة بتوسيعها أو تضيقها لاعتبارات المصلحة العامة.² وكل ذلك إما من خلال مسطرة عامة أو من خلال مسطرة خاصة، لكن يبقى الإشكال المطروح هو ما موقع هذا التحديد ضمن سلم حماية الملك العام للدولة.

المبحث الأول: الملك العام موضوع التحديد

يميز التقسيم التقليدي مشتقات الملك العام بين الملك العام الطبيعي و الملك العام الاصطناعي ، إلا أن هذه الفكرة هي محل نقاش وذلك لأن عبارة الملك العام الطبيعي تتطلب أن تدخل الأملاك بحكم طبيعتها في الملك العام ، في حين لا يكون الأمر كذلك بالنسبة للملك العام الاصطناعي ، ويؤدي هذا إلى تجاهل بان دخول ملك ما في عداد الملك العام ينتج فقط عن الإرادة الصريحة للمشرع إذ ليس هناك ملك عام بحكم طبيعته إلا إذا كان هذا التمييز يشير فقط إلى أن بعض الأملاك هي نتيجة عن بعض الظواهر الطبيعية في الحالة الأولى بينما البعض الآخر منها هو نتيجة لتدخل الإنسان .

المطلب الأول:

الملك العام الطبيعي Domaine public Naturel

تتجلى مكونات الملك العام الطبيعي في المغرب -بالإضافة إلى الملك العام الجوي الذي تحدده اتفاقية باريس التي وقعت في 13 أكتوبر عام 1919 و كذلك اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي عام 1944 مواد تقرر بأن لكل دولة موقعة

¹ Jeau-Marie Auby et Pierre Bon « Droit Administratif des biens » 3^{ème} édition 1995 , page 52 .

² محمد بوجيدة ، مرجع سابق ص 165-166 .

على الاتفاقية لها السيادة الكاملة والمطلقة على مجالها الجوي- بين الملك العام البحري الطبيعي ثم الملك العام المائي الطبيعي .

الفرع الأول: الملك العام البحري الطبيعي

يضم الملك العام البحري الطبيعي كل من شواطئ البحر والمرافئ والمراسي والمستنقعات. يقصد بشواطئ البحر الشريط الأرضي الذي يمتد إلى أعلى مد للبحر في فصل الشتاء بالإضافة إلى منطقة عرضها ستة أمتار تحسب من هذا المد¹.

أما عن المرافئ والمراسي فهي كذلك منصوص عليها بموجب الفصل الأول من ظهير فاتح يوليوز 1914، فهي موانئ طبيعية غير معدة من قبل الإنسان تمكن من وقوف السفن اتقاء من الرياح أو من الأمواج الساحلية.

بالإضافة إلى المستنقعات التي تعني في هذا المجال مياه البحر المجتمعة على الساحل التي تعتبر امتدادا للبحر ولتمييزها عن غيرها من المستنقعات يصطلح على تسميتها بالمستنقعات المالحة أو الممالح².

الفرع الثاني: الملك العام المائي الطبيعي

لقد تم التنصيص على هذا العنصر من الملك العام الطبيعي في الفقرات 4 و 5 و 6 و 7 من الفصل الأول من ظهير فاتح يوليوز 1914، كالتالي:

- مجاري المياه مهما كان نوعها مع منابعها
- الآبار المعروفة بالارتوازية والتي يتفجر منها الماء وأيضا الآبار والموارد العمومية

- البحيرات الكبيرة والصغيرة والمستنقعات والصباغ
- الترعرع التي تمر منها المراكب والتي تستعمل للري والتي تجفف وتعتبر أشغال عمومية.

وقد اعتبر هذا النص انه لم يلبي رغبة المشرع في ضم جميع موارد المياه إلى الملك العام لتمكين الدول من إدارتها والتحكم فيها وتبعاً لذلك تم تغيير بعض فقرات الفصل الأول من الظهير المؤرخ في فاتح يوليوز 1914 بالظهير المؤرخ في 8 نونبر 1919³.

¹ الفصل 1 من ظهير فاتح يوليوز 1914 في شان الأملاك العمومية، الجريدة الرسمية عدد 62 بتاريخ 16 شعبان 1332 الموافق ل 10 يوليوز 1914 .

² محمد عامري مرجع سابق، ص 150

³ ظهير شريف صادر 14 صفر 1338 الموافق ل 8 نونبر 1919، الجريدة الرسمية عدد 342 بتاريخ 17 نونبر 1919 ص 734 .

المطلب الثاني:

الملك العام الاصطناعي Domaine public Artificiel

ان عناصر الملك العام الاصطناعي تتمثل في كل من الملك العمومي البحري الاصطناعي والملك العمومي المائي الاصطناعي وكذلك الملك العام الطرقي.

الفرع الأول: الملك العام البحري الاصطناعي

ان الملك العمومي البحري الاصطناعي عبارة عن منشآت تقام على شواطئ البحر وهي كل من الموانئ وعلامات الإرشاد البحري " المنارات"، وتعتبر الموانئ مناطق شاطئية أعدت خصيصا للملاحة، تقسم الموانئ إلى أربعة أنواع " موانئ بحرية تجارية، موانئ الصيد البحري، موانئ عسكرية وموانئ للترفيه ". أما عن المنارات أو الفنارات فهي التي تقام داخل الموانئ او في الأماكن المتفرقة على السواحل بقصد إرشاد السفن والإنذار بالخطر " الفصل الول من ظهير فاتح يوليوز 1914 ".

الفرع الثاني: الملك العام المائي الاصطناعي

تدخل في عداد هذه الأملاك السدود، قنوات الملاحة، قنوات الري والتجفيف وصرف المياه " الفصل الاول من ظهير 1 يوليوز 1914 ".

الفرع الثالث: الملك العام الطرقي

تعتبر الطرق سكا للمواصلات مخصصة للاستعمال العمومي، وهي تتعدد من حيث اهميتها في:

- الطرق الوطنية والطرق السيارة
- الطرق الجهوية
- الطرق الاقليمية
- الطرق الجماعية

وقد حدد تعريف كل نوع من هذه الطرق بموجب المرسوم الصادر بفتح فبراير 1990 المتعلق بطرق المواصلات¹. فبحصر هذه الأملاك العامة وتصنيفها

¹ مرسوم رقم 2-83-620 بتاريخ 4 رجب 1410 الموافق ل 1 فبراير 1990 يتعلق بطرق المواصلات، الجريدة الرسمية عدد 4036، تاريخ 7 مارس 1990.

تكون قد أسسنا الأرضية التي سنقوم فيها بإسقاط آليات أو بالأحرى مساطر تحديد كل ملك على حدى .

المبحث الثاني: مساطر تحديد الملك العام

يميز القانون المغربي في المساطر المتبعة في تحديد الأملاك العامة بين المسطرة العامة بموجب نصوص عامة والمسطرة الخاصة المتبعة في تحديد الملك العام أطرفي بموجب نصوص خاصة.

المطلب الأول:

على مستوى نصوص عامة Textes Généraux

ان تحديد اي جزء من الأملاك العامة هو عمل إداري انفرادي Acte Administratif unilatéral تقوم به الجهة المالكة بمحض إرادتها كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهو أمر في الحقيقة غير مقتصر عن الأملاك العامة الطبيعية أو الأملاك العامة الاصطناعية.

الفرع الأول: الإطار القانوني

نظمت هذه المسطرة بموجب الفصل 7 من الظهير الشريف الصادر في فاتح يوليوز 1914، وتعين حدود الملك العمومي بموجب مرسوم يتخذ بناء على اقتراح من وزير الأشغال العمومية بعد إجراء بحث عمومي. ويجب أن يجري اشهار كاف بشأن البحث قصد تمكين الغير من إظهار حقوقهم وتقديم ملاحظاتهم.

كما يمكن أن تقدم المطالب طيلة مدة البحث وخلال أجل ستة أشهر بعد نشر مرسوم التحديد في الجريدة الرسمية. وإذا لم تثبت الإدارة في صحة المطالبات عرض النزاع على المحاكم الابتدائية المختصة، وتعتبر مسطرة التحديد هي أولا اختيارية وانفرادية تباشرها الإدارة المكلفة بالمحافظة على الملك العمومي.

وهي ثانيا، إجبارية للإدارة إذ أنه للخواص المجاورين للملك العمومي أن يطلبوا من الإدارة أن تستعمل إمكانيتها هذه وذلك لتعيين حدود ملكها حتى يعرفوا مدى حقوقهم على ملكياتهم وحدودها.

وهكذا نجد ان ظهير 3 يناير 1916 بمثابة نظام خاص بتحديد املاك الدولة الخاصة يسمح بعملية التحديد بشكل انفرادي كما هو الشأن بالنسبة للملك الغابوي

الذي يكون بناء على طلب من ادارة المياه والغابات او الادارة المكلفة بأملك الدولة الخاصة فيما يخص الملك الخاص الغير الغابوي وتتولى لجان خاصة عملية التحديد وفقا للإجراءات المذكورة، تتكفل بصور مرسوم ينشر بالجريدة الرسمية ، وهذا ما اكده قرار صادر عن محكمة النقض الذي اكد على انه "يمنع قبول اي طلب التحفيظ اللهم الا اذا كان عن طريق التعرض على عملية التحديد الاداري وفقا لمقتضيات ظهير 3 يناير 1916"¹.

في إطار المسطرة العامة لتحديد الأملاك العامة نجد أن الفصل 11 من الظهير الشريف والمؤرخ 19 أكتوبر 1921 المتعلق بأملك البلديات نجده بموجب هذا الفصل قد أحال مسطرة تعيين الأملاك العامة بموجب الفصل 7 من ظهير 1914. كما هو الشأن بالنسبة للظهير الشريف المنظم لملاك الجماعات القروية المؤرخ في 28 يونيو 1954 ، إلا أن الإضافة التي جاء بها هذا النص تكمن في انال جانب احواله على الفصل 7 من ظهير 1914 قد أحال أيضا على نصوص خاصة تتعلق بقانوني التعمير و المياه ان ذاك بموجب كل من ظهيري 30 يوليوز 1952 بشأن الشؤون المعمارية و ظهير فاتح غشت 1925 بشأن نظام المياه ، اللذان ألغيا بقانون 12-90 المتعلق بالتعمير وقانون الماء رقم 15-36² . وبعد ما جاء هذا الأخير أضحي هو كذلك يحيل على الفصل 7 كذلك بموجب المادة الخامسة منه التي جاءت واضحة في هذا الجانب .

الفرع الثاني: الإجراءات المسطرية لتحديد الأملاك

العامة³

إن الإجراءات التي تتم على مستوى تحديد الأملاك العامة، وبالرجوع إلى التطبيق العملي لمسطرة تحديد الأملاك العامة الطبيعية أو للأملاك العامة الاصطناعية من طرف وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء، وذلك يتطلب الإجراءات والوثائق التالية:

الفقرة الأولى: إعداد مقترحات التحديد

¹ قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 508 المؤرخ في 14-02-2007 ملف مدني عدد 3828/1/3/2005 .

² محمد بوجيدة ، مرجع سابق ص 169

³ محمد بوجيدة ، مرجع سابق ص 173

- 1-مذكرة تقديم: وتهيأ من قبل المديرية الإقليمية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء، تدرج فيها المبررات والدواعي التي استوجبت التحديد مع إبراز الأماكن التي سيتم تحديدها وإعطاء الرأي حول عملية التحديد.
- 2-تهيئ مشروع قرار افتتاح البحث وهو مشروع لقرار يوقعه وزير التجهيز والنقل واللوجستيك والماء بإذن بواسطته بافتتاح البحث. ويشار فيه إلى موضوع عملية التحديد وإلى تاريخ افتتاح البحث والسلطة المحلية المكلفة برئاسة لجنة البحث.
- 3-ملخص عن قرار افتتاح البحث وهو عبارة عن تلخيص للمعلومات الواردة في قرار افتتاح البحث.
- 4-تصاميم تجزيئية تبين فيها حدود الملك العمومي بلون واضح وتوضح المساحة المراد تحديدها كما يشار فيها إلى مقاييس السلم..
- 5-تصاميم الموقع وتبين موقع الملك العمومي وحدوده بالنسبة للعقارات المجاورة ويشار إلى مقاييس السلم والأصل المنسوخة منه.
- 6- فهرس إحداثيات الحدود وهو جدول تعين فيه بدقة الأبعاد والمسافات وإحداثيات حدود هذا الملك.
- 7- مشروع مرسوم المصادقة على عمليات لجنة البحث حول التحديد يحرر من طرف المديرية الإقليمية. ويجب أن يشير إلى الملك العمومي المراد تحديده ويعين الحدود بدقة.

الفقرة الثانية: إعداد البحث القانوني

تعد المديرية المذكورة مقترحات التحديد وتوجهها إلى المصالح المركزية بوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء. وعندما توصل هذه الأخيرة بها تشرع في إعداد ملف البحث العمومي الذي يضم الوثائق التالية:

- 1- قرار افتتاح البحث
- 2-تصميم تجزيئي
- 3- تصميم الموقع
- 4- فهرس لإحداثيات الحدود.
- 5- سجل الملاحظات.
- 6- شهادة اللصق والنشر

تكون المصالح المركزية هذا الملف وتوجهه إلى السلطة المحلية المترأسه للجنة البحث والمتألفة من:

- ممثل السلطة المحلية رئيسا للجنة البحث
- ممثل وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء
- ممثل وزارة الفلاحة
- ممثل وزارة المالية (مديرية أملاك الدولة)
- ممثل المحافظة العقارية

وتبعث بملخص لقرار افتتاح البحث إلى الجريدة الرسمية قصد النشر وكذا نسخ من قرار افتتاح البحث إلى كل من رئيس المحكمة الابتدائية بالمنطقة والمحافظ العقاري قصد الإشهار ولصق الإعلان.

الفقرة الثالثة: إجراء البحث العمومي

تعد لجنة البحث بعد انقضاء فترة البحث التي تدوم شهرا واحد محضرا عن الوضعية الفعلية للعقار موضوع التحديد يضم جميع ملاحظات وتعرضات الغير الذين يهتمهم الأمر. وتقوم السلطة المحلية بعد انتهاء البحث بتوجيه ملف متضمن لمحضر اللجنة إلى المصالح المركزية.

الفقرة الرابعة: إعداد المرسوم النهائي

عندما تتوصل وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء (الإدارة المركزية) بملف البحث الذي يجب أن يحتوي على جميع الوثائق وعلى الخصوص سجل الملاحظات ومحضر لجنة البحث وشهادة الإشهار واللصق، تقوم بدراسة المحضر وسجل الملاحظات وإذا ثبت لديها وجود تعرضات مبنية على حقوق الملكية أو على حدود غير مضبوطة مع الملك العمومي، يمكن أن تعمد تغيير التصاميم والمقتضيات المرسوم في حالة ثبوت الادعاءات ولم تتعرض الإدارة على ذلك. وفي حالة ما إذا كانت الادعاءات صحيحة وارتأت الإدارة التمسك بالحدود المقترحة من طرفها فإنها تكون ملزمة في هذه الحالة بحيازة العقار مقابل أداء التعويضات المستحقة. أما إذا لم يتم إثبات الادعاءات، فإن الإدارة تعمل على تقديم مشروعها إلى التوقيع طبقا لمقتضيات السابقة.

وعند توقيع المرسوم من طرف وزير التجهيز والنقل واللوجستيك والماء، يوجه إلى رئيس الحكومة قصد توقيعه ونشره بالجريدة الرسمية ويكون مرفقا بمذكرة تقديم وتصاميم ومحضر البحث.

وبعد نشر المرسوم في الجريدة الرسمية تبعث به المصالح المركزية (مرفقا بتصميم التحديد وبفهرس إحداثيات الحدود) إلى كل من:
- المحافظة العقارية.

- المصلحة الخارجية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء
- السلطة المحلية (قصد لصقه بمكاتبها والإعلان عنه لمدة 6 أشهر).
وبعد انقضاء هذه المدة تبعث السلطة المحلية الى المصالح المركزية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك والماء شهادة التعرض من عدمه، تشهد على وجود او عدم وجود اية مطالبة من طرف الغير على اساس وجود حق الملكية او حق الاستعمال... قبل فاتح يوليوز 1914، او تحديد خاطئ لحدود الملك العام.

المطلب الثاني:

على مستوى نصوص خاصة Textes Spéciaux

لقد تم تحديد الملك العام في نصوص التعمير من خلال المواد من 32 الى 36 من قانون 12-90 (قرارات تخطيط حدود الطرق العامة) والفصل 81 (قرارات متعلقة بتعيين الطرق والمسالك والممرات والأزقة).

الفرع الأول: قرارات تخطيط حدود الطرق العامة

في إطار هذه المسطرة ميز المشرع الفرنسي بين الطرق الوطنية Les routes Nationales و الطرق الجماعية Les voies communales وكذا الطرق الإقليمية les chemins départementaux.¹

فبالرجوع إلى قانون التعمير 12-90 نلاحظ انه يمكن تحديد الملك العام بالطرق باتخاذ قرارات تخطيط حدود الطرق العامة بدون نزع الملكية في الحالة التي تكون فيها العقارات المجاورة لها مملوكة ملكية عامة، أو مع نزع الملكية إذا كانت تلك العقارات في ملك الغير وما يهمنا هنا نحن الحالة الأولى ، وكيفما كان الحال فان قرارات تخطيط حدود الطرق العامة تسمح بإحداث طرق جديدة أو توسيع

¹ André De Laubadère , Yves Gaudemet ‘ Traité de droit administratif ‘ Tom 2 , 11^{ème} édition , Page 105

أو تضيق أو تغيير أو حذف طرق عامة قائمة أو مدها أو أحداث مواقف سيارات لحل مشكلة الوقوف أو ساحات عمومية، كل ذلك وفق مسطرة نص عليها المرسوم التطبيقي لقانون 12-90 .

○ المسطرة المتبعة 1:

- يوجه مشروع قرار تخطيط حدود الطرق للجهات المختلفة للتأشيرة، ومن الملاحظ ان المادة 33 من القانون 12.90 على انه يجب ان تحمل هذه القرارات التأشير المنصوص عليها في الأنظمة الجاري بها قبل افتتاح البحث العلني بشأنها، ولم يبين هذا القانون وكذا المرسوم التطبيقي له لذي اكتفى بدوره على الاشارة الى ضرورة الحصول على التأشير المقررة في النصوص التنظيمية الجاري بها العمل. وقد كان الفصل 3 من القانون 1953 المتعلق بالتعمير (المغى) واضحا حيث اشار الى وجوب الحصول على تأشيرة مدير الاشغال العمومية لما يتعلق الامر بعقارات تدرج او تكون محاذية للملك العام للدولة.

- يعرض هذا المشروع على المجلس الترابي للتداول بشأنه وإذا وافق المجلس على المشروع يشرع رئيسه في الاجراءات المتعلقة بالبحث العمومي بشأنه. وفي ذلك يدوم البحث العمومي شهرا واحدا فيما يتعلق بقرار تخطيط حدود الطرق العامة وشهرين بالنسبة لقرار تخطيط حدود الطرق العامة المراد نزع ملكيتها.

- يقوم الرئيس بنشر وتعليق الاعلان على الملف (مشروع القرار والتصميم)، يجب ان ينشر الاعلان المذكور مرتين تفصل بينهما 8 ايام في جريدتين من الجرائد المسموح لها بنشر الاعلانات القانونية ويكون كذلك محل ملاحظات بالجماعة.

- وضع سجل الملاحظات رهن اشارتهم في أماكن محددة لتسجيل آرائهم وملاحظاتهم في خلال اجل البحث.

- عند انتهاء مدة البحث العمومي يتخذ رئيس المجلس الجماعي المعني قرار تخطيط حدود الطرق العامة ويوجهه قصد المصادقة الى وزارة الداخلية (المديرية العامة للتعمير والهندسة)، ولا يجوز طوال مدة البحث والى النشر في الجريدة الرسمية تسليم اي رخصة لإقامة بناء على الاراضي التي شملها قرار تخطيط حدود الطرق بدون او مع نزع الملكية على الا يتجاوز هذا الحظر 6 أشهر.

¹ مرسوم رقم 2.92.832 الصادر في 27 من ربيع الاخر 1414 (14 اكتوبر 1993) لتطبيق القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير

الفرع الثاني: قرارات تعيين الطرق والمسالك والممرات والازقة

استنادا الى المادة 81 من قانون التعمير 12.90 يمكن لرئيس المجلس الجماعي اتخاذ قرار لتعيين الطرق و المسك و الممرات و الازقة المستعملة لتأكيد طابع الملكية العامة و بيان حدودها القانونية¹. ويتخذ القرار المذكور بعد مداولة المجلس المعني وبالنسبة فقط للطرق العامة الجماعية وتضاف الى القرار خريطة (تصميم) تحدد رسم الطريق العام او المسلك، ولا يمكن ان يكون هذا القرار محل مطالبة بعد انصرام اجل سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

ونصت الماد 40 من المرسوم التطبيقي لقانون 12.90 على ان يكون القرار المشار اليه سابقا والمشفوع بخريطة محل ملصقات بمقر الجماعة المعنية حتى يتمكن اي شخص يعنيه الامر من الاطلاع عليها داخل اجل سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وهكذا اذن يستطيع رئيس المجلس الجماعي بواسطة قرار تعيين الطرق العامة والمسالك وما في حكمها تأكيد عمومية الملك العام الطريقي وتنشيط حدوده دون امكانية تغيير تلك الطرق بالإضافة او النقصان كما هو الشأن بالنسبة لقرارات تخطيط حدود الطرق العامة.

خاتمة:

في إطار موضوع مسطرة تحديد الملك العام نجد أن هناك نصوصا عامة وأخرى خاصة تأطر هذا الموضوع و يبقى ظهير فاتح يوليوز 1914 المصدر الأساسي في تحديد الملك العام سواء بصورة مباشرة بموجب الفصل 7 منه أو من خلال الإحالة إليه وهذا حال النصوص التي تنظم أملاك الجماعات الترابية، بالإضافة لقانون الملك المائي حيث أحال هو كذلك إلى الفصل 7 بمقتضى المادة 5 من القانون 15-36 المتعلق بالماء، وإلى جانب ذلك نجد نصوصا أخرى خاصة بتنظيم مسطرة تحديد الملك العام في نصوص التعمير سواء في بموجب قانون التعمير أو المرسوم التطبيقي له وهو مجال تعيين الملك العام الطريقي وكل ذلك في إطار الحماية القانونية للملك العمومي للدولة .

لائحة المراجع:

✓ مراجع باللغة العربية:

1 محمد بوجيدة ، مرجع سابق ، ص 184

● النصوص القانونية:

- ❖ ظهير شريف صادر 14 صفر 1338 الموافق ل 8 نونبر 1919، الجريدة الرسمية عدد 342 بتاريخ 17 نونبر 1919
- ❖ ظهير فاتح يوليوز 1914 في شان الأملاك العمومية، الجريدة الرسمية عدد 62 بتاريخ 16 شعبان 1332 الموافق ل 10 يوليوز 1914.
- ❖ . مرسوم رقم 2-83-620 بتاريخ 4 رجب 1410 الموافق ل 1 فبراير 1990 يتعلق بطرق المواصلات، الجريدة الرسمية عدد 4036، تاريخ 7 مارس 1990.
- ❖ مرسوم رقم 2.92.832 الصادر في 27 من ربيع الآخر 1414 (14 أكتوبر 1993) لتطبيق القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير

● مؤلفات:

- ❖ بوجمعة بوعزاوي " القانون الإداري للأملاك " مطبعة EMLIV الطبعة الأولى 2013
- ❖ إبراهيم عبد العزيز شيحا "الأموال العامة" مطبعة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية الطبعة 2002

● أطروحات :

- ❖ محمد عامري " الملك العمومي بالمغرب " ، أطروحة دكتوراه الدولة في الحقوق ، جامعة محمد الخامس السنة الجامعية 1994-1995

● مقالات :

- ❖ محمد بوجيدة " مسطرة تحديد الأملاك العامة الجماعية «» ، مقالة منشورة بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 53 الطبعة 2-2001

✓ مراجع باللغة الفرنسية:

- ❖ Jean-Marie Auby et Pierre Bon "Droit Administratif des biens" 3ème édition 1995
- ❖ André De Laubadère , Yves Gaudemet ' Traité de droit administratif ' Tom 2 , 11ème édition

إشكالية صناعة القرار الجبائي الترابي

ذ. مينة زمرأوي

باحثة بسلك الدكتوراه شعبة القانون العام

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين السبع

جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء

مقدمة:

إن التحولات التي عرفتها عملية صناعة قرار مالي، لا تعدو أن تكون مجرد جزء من التحولات الشاملة التي عرفها المجتمع الدولي بقيادة الدول المتقدمة، فالحاجة إلى التطور وصياغة سياسات عمومية تأخذ فيها الدولة المكانة الرئيسية لم تعد مقبولة، فهي لم تعد قادرة على الاحتفاظ بوسائل الاحتكار لتتخلى بذلك عن دورها السلطوي لفائدة دور المشارك في العملية التنموية إلى جانب مجموعة من الفواعل، وقد شكل ظهور مجموعة من المتغيرات الاجتماعية دعوة إلى التعجيل بإعادة البحث عن صياغة نظم سياسية واجتماعية جديدة، وهو ما أدى إلى انبثاق العديد من المفاهيم مع مطلع ثمانينيات القرن الماضي كفاعل المحلي، الحكم المحلي، سياسة القرب، التدبير المحلي، الحكامة المحلية وغيرها¹.

فظهر مصطلح الحكامة على هذا المستوى شكل أرضية لعودة كل ما هو محلي للواجهة والإقرار بمكانة اللامركزية، وتجسيد واضح لأهمية العلاقة التي أصبحت تربط الدولة بباقي المتدخلين والفاعلين المحليين خاصة المجتمع المدني والجماعات الترابية، وبالتالي التأسيس لعلاقة متكاملة تهتم بكل المطالب الاجتماعية، وقائمة على نهج سياسات جديدة تحاول الخروج من أزمة الحكم المركزي وتضع حدا لكل أشكال التدبير التقليدي²، فتكريس الحكامة الترابية إذن كان هو البديل الذي راهنت عليه مجموعة من المجتمعات الحديثة—سواء فاعلين رسميين أو غير رسميين—، وما

¹ -François-Xavier Merrien: « De la gouvernance et des Etats providence contemporains», Revue international des sciences sociales (R .I.S.S), N° 155, Mars 1998, P.61.

² -François Merrien: Op.cit, P.66 .

انتشار خطابات المبادرة الوطنية للتنمية البشرية والجهوية المتقدمة والتدبير المفوض في الخطابات السياسية والاقتصادية المغربية بل وفي استراتيجية التنمية بشكل عام التي تبناها مختلف الفاعلون السياسيون، إلا دليل على قوة ومكانة كل ما هو ترابي ضمن القيم التديبيرية الجديدة.

فالحكمة إذن هي مجموع الآليات التي يتم بواسطتها تدبير الشأن العام عبر مشاركة المواطنين وكل الشركاء والفاعلين المحليين في إطار من الشفافية والنزاهة، وجعل التنمية على الصعيد الاقتصادي مطلباً أساسياً، حيث يمكن اختزالها بشكل عام في تحسين مستوى الدخل الفردي بل وفي توسيع دائرة اختيارات الأفراد وحياتهم ومشاركتهم في صنع القرار، بإطلاق دينامية متحكم فيها كأداة للنمو الاقتصادي والاجتماعي، وبذلك فالتنمية هنا تنطلق من رؤية تتحدد في تصور شمولي يبنني على اعتبار أن الحكامة الترابية وجهين لعملة واحدة، الوجه الأول يتوخى الفعالية أما الثاني يقترن بشكل كبير بالديمقراطية الترابية¹.

إذن فمابين الرهان على الحكامة الترابية والمقاربة التنموية تتموقع الظاهرة القرارية التي تعد محور كل السياسات، ومن هذا المنبر يمكن تعريف القرار بأنه سيرورة الأفعال المترابطة وردود الأفعال الرامية إلى تحديد وتصريف سياسة عامة معينة سواء أكانت قطاعية أو وطنية، فهو اختيار واع يتخذه الفاعل سواء أكان فرداً أو مجموعة من بين العديد من الاختيارات التي تعرض أمامه بشكل علني ويهدف حل مشكلة ظهرت أثناء المناقشة²، وبإضافة مصطلح الترابي للمفهوم فإننا نقصد بالقرار الترابي، مجموع الأفعال وردود أفعال الفاعلين المحليين المشاركين أو المؤثرين في صناعته لتحويل المشاكل الترابية إلى سياسة وطنية بعد تخطيطها للعديد من المساطر الإجرائية والقانونية³.

ومن هذا المنطلق، فإن القرار الترابي الذي كان ينظر إليه في السابق بنوع من عدم التقدير أصبح في واقع الأمر ذا أهمية مركزية بالنظر إلى كيفية اشتغال المجتمعات المعاصرة التي بدأت تبتعد تدريجياً عن هيمنة السلطة المركزية، هذا

1- Mhammed Echoundi: « De la gouvernance à La gouvernance local », in revue Marocaine d'audit et de développement-R.M.U.D-, N°19, Décembre 2004, P.58 .

2- سويم العزي: "المفاهيم السياسية المعاصرة ودول العالم الثالث، دراسة تحليلية نقدية"، المركز الثقافي العربي، الرباط، الطبعة الأولى، 1987، ص. 104.

3- المرجع السابق، ص. 106.

زيادة على أن غالبية المهام والنشاطات التي كانت تقوم بها السلطات العاملة على المستوى الترابي استنادا إلى مبدأ التفريع، هو ما يؤثر على نوع من تقسيم العمل بين الدولة والجماعات الترابية وإضفاء طابع خاص على الفعل العمومي، وهو ما جعل مفهوم الإقليم يتراجع لفائدة المبدأ الجديد المتمثل في الترابية La territorialité وأصبحنا نتحدث عن مفهوم جديد يتمثل في ما يمكن أن نسميه بترابية الفعل الجماعي، وهذا الانتقال من المحلي إلى الترابي يعطي بعدا جديدا للقرار العمومي، يتمثل أساسا في عناصر الفعالية، القرب والتشاركية أو الجماعية في الفعل والإنجاز¹.

فصناعة القرار الجبائي هو عملية تفاعل بين مختلف المشاركين بصورة رسمية أو غير رسمية في وضع سياسة جبائية، حيث يتم اختيار بديل من البدائل المطروحة لحل المشكلات المثارة، على أساس تقييمها والمفاضلة بينها، لهذا تعد دراسة القرارات الجبائية عملية جد معقدة لأنها تتعلق بمجموعة كبيرة من المتغيرات المتفاعلة والتي تتحكم في ديناميات الوجود السياسي والحياة السياسية بشكل عام، وعند ربطنا الماضي بالحاضر نجد بأن القرار الجبائي بالمغرب قد مر بثلاث مراحل تاريخية رئيسية تتمثل في:

- ❖ مرحلة ما قبل الحماية: حيث امتازت المنظومة الجبائية بالتقليدية، عبر تغليب مفهوم المخزن الجبائي انفردت فيه السلطات المخزنية بالسلطة؛
- ❖ مرحلة الحماية الفرنسية: عمل المستعمر خلال هذه الفترة على عصرنة النظام الجبائي وتحديثه بما يخدم مصالحه ومخططاته الاستعمارية، وهنا انفردت السلطات الحماية آنذاك بصناعة القرار الجبائي؛
- ❖ مرحلة ما بعد الاستقلال: العمل على تبني نظام جبائي يجمع ما بين العصرنة وتدخل مجموعة من المؤسسات المركزية والترابية من أجل صناعة قرار جبائي².

وعلى الرغم من كون القرار الجبائي هو العمل الملموس للسياسة الجبائية، فهذا لا يعني وحدته، أي اتخاذه من طرف واحد وبناء على مرجعية واحدة، ولا

1- الحنودي علي: "الدولة وتدبير السياسات العمومية الترابية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 134-135، ماي- غشت 2017، ص.187.

2- عبد الإله منظم: "صناعة القرار الجبائي المحلي بالمغرب (على ضوء القانون 47.06)" رسالة لنيل دبلوم الماستر، القانون العام، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2008-2009، ص. 5-6.

يعني أيضا أنه قرار يعود إلى المؤسسات الدستورية فقط، لأن قواعد اللعبة السياسية لا تقرأ من خلال الإطار الدستوري والمؤسساتي، وإنما من خلال مقاربة نسقية علائقية تمكن من الوقوف عند كيفية اشتغال النسق القراري، وعند الإطار المرجعي لهذا الاشتغال والتغييرات التي تحدث في هذا الوسط والظروف المساهمة في هذه التغييرات¹، فالقرار الجبائي إذن هو نسق وليس معطى جاهز قريبا، وهو فسيفساء يعكس تعدد الفاعلين في صناعته سواء كانوا رسميين أو غير رسميين، مشاركين أو مؤثرين، فهذه العملية إذن تمر عبر عدة مراحل:

✓ دراسة المشكلة موضوع القرار وتشخيصها؛

✓ إعداد واقتراح البدائل والاختيارات وتحديد هامش الخطر لكل

احتمال ممكن وقوعه، وتوقع ردود الفعل، وتعتبر مرحلة التحضير جوهر

عملية صناعة القرار في الوقت الحاضر؛

✓ اتخاذ القرار واختيار البديل المناسب والإعلان عنه؛

✓ تنفيذ القرار ودخوله حيز التطبيق عن طريق الإدارة؛

✓ تقييم القرار وتلقي ردود الفعل والنتائج؛

✓ تصحيح مسار القرار، وتجنب الأخطاء التي واكبته.

وعموما فإن أهم مراحل صناعة القرار الجبائي تتمثل بالخصوص في عملية التحضير ثم المناقشة والتصويت، لتنتهي بمرحلة التنفيذ².

فالقرار الجبائي إذن هو وسيلة تستعملها السلطة الحاكمة للضغط على كل مكونات النسق السياسي، بهدف الوصول إلى غايات معينة، وبالتالي فالقرار القاضي بمنح امتياز جبائي أو الزيادة فيه أو تقليصه أو إلغائه هو قرار له أسبابه ومبرراته وآثاره، لأنه قد يرمي إلى تغيير أو المحافظة على البنيات الاجتماعية، لذلك فدراسة عملية صناعة القرار الجبائي الترابي على ضوء مبادئ الحكامة الترايبية تكتسي أهمية كبرى، لكون هذه العملية تمكننا من استجلاء استراتيجيات وأدوار الفاعلين المحليين، كما أنها البديل السياسي الذي يراهن عليه الجميع لمساهمتها في تجسيد سياسة القرب والتشخيص الجيد للمشاكل، لذا فعملية صناعة القرار الجبائي عبارة

1- عادل فراج: "القرار العام وبلورة السياسة العامة: مقاربة لسلطة الفاعلين في بلورة السياسات الضريبية"، أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2005-2006، ص. 7.

2- عبد الإله منظم: مرجع سابق، ص. 6.

عن صيرورة معقدة من الخطوات المتكاملة الممنهجة والمنسقة، تتداخل فيها عدة عوامل وفعاليات¹.

وتأسيسا على ما سبق، ومن أجل التعمق أكثر في هذا الموضوع سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية:

هل ضوابط ومبادئ الحكامة كفيلة بتحقيق عملية صنع قرار جبائي ترابي قوي وفعال ضمن السياسة العمومية المغربية؟ أم أن هناك معيقات لهذه العملية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية سنلتزم بالتصميم التالي:

المطلب الأول: الفواعل المتدخلة في عملية صنع القرار الجبائي الترابي
المطلب الثاني: حدود صناعة القرار الجبائي الترابي

المطلب الأول:

الفواعل المتدخلة في صناعة القرار الجبائي الترابي

لقد اقترن رسم السياسة العامة داخل أي نظام سياسي بالحكومة باعتبارها أهم المؤسسات الرسمية إلى جانب البرلمان، حيث تقوم بوضع القواعد العامة التي تنظم مختلف مناحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، إلا أن إسناد المشرع المغربي اختصاص تشريع الضرائب وتحديد مقاديرها للسلطة التشريعية لا يعني أن المؤسسة البرلمانية فقط هي من تتولى تحديد السياسة الجبائية بالمغرب، وإن كانت هي من تضي عليها صبغة المشروعية من خلال عملية التصويت على النصوص القانونية التي توّطرها، إذ أن الفواعل المتدخلة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر في عملية بلورة السياسة الضريبية مثل أي سياسة عمومية أخرى تتعدد² بتعدد الجهات المخاطبة بذلك النص القانوني الذي يعكس توجهات السياسة المختارة،

¹- خالد العسالي: "صناعة القرار السياسي الجبائي في المغرب، محاولة تقويم السياسات العامة، نموذج الامتيازات الضريبية"، أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص. 15.

²- محمد الصابري: "التدبير الجبائي الترابي ورهان التنمية بالمغرب"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2016-2017. 40.

رغم أن انتشار مفهوم الحكامة في جميع الخطابات قد قلص بشكل كبير من مهام الحكومة وساهم في تغيير أدوارها.

الفقرة الأولى: على الصعيد المركزي

في النظرية السياسية الأنجلوساكسونية يحيل مصطلح الحكامة على المؤسسات الرسمية للدولة، حيث ظلت تستأثر وتسيطر على صياغة القرارات، وقد ارتبط المصطلح بالخصوص بالمساطر الشكلية والمؤسساتية على مستوى الدولة بهدف تأمين وحفظ النظام العام وتسيير العمل الجماعي¹، وتعد المذكرات الحكومية إحدى القنوات الهامة لصياغة السياسات العامة، لكونها تتضمن ما تنوي الحكومة القيام به من برامج وقوانين وفق أولويات وأجال محددة، وتخضع للعديد من الإجراءات العملية التي تضعها لمعالجة المشاكل التي يتم حصرها وتحديدها، وبهذا يتم الانتقال بالمشاكل إلى مرحلة التفكير العملي وتصبح الاختيارات والحلول ذات طابع إجرائي²، وإذا كانت الحكامة هي سلطة عمومية تتشكل من هرم يضم مجموعة من البنيات الإدارية على رأسها الجهاز الحكومي الذي يحتكر القرار، فإن مفهوم الحكامة قلب هذا الهرم ليجعل الحكومة فاعلا في صنع القرار، إلى جانب فاعلين آخرين يكتسبون بدورهم أهمية بالغة كالشركاء الاقتصاديين والاجتماعيين ومكونات المجتمع المدني³، فتراجع دور الدولة كفاعل مركزي في بلورة السياسات العامة كان نتيجة الحضور الملحوظ للفاعل الخارجي المتمثل في المؤسسات والمنظمات الدولية ومؤتمرات الأمم المتحدة.

لقد عمل المشرع المغربي من خلال الإصلاحات الأخيرة للترسانة القانونية المنظمة للامركزية على إعطاء أهمية خاصة للتنمية المحلية، عبر تخويل الجماعات الترابية اختصاصات تقريرية مهمة في مجال التنمية، إذ لم تعد هذه الجماعات مجرد هيئات إدارية بل أصبحت كيانا ترابيا له وجود مادي يساهم في تقديم الخدمات في

1- Gerry Stoker: « Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance », Revue internationale des sciences sociales (RISS), N°155, Mars 1998, P.16

2- Raid Zighal: « Du gouvernement à la gouvernance : Nouveaux défis lancés à l'Etat », revue Marocaine d'audit et de développement (R.M.U.D), N° 19, Décembre 2004.P.17.

3- محمد زين الدين: "الحكامة مقارنة إستيمولوجيا في المفهوم... والسياق"، وارد في مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، العدد 8 - 2008، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص.5.

مختلف الميادين التنموية الاقتصادية الاجتماعية وأيضا الثقافية، ومن غير المستغاب اليوم من منظور الحكامة الترايبية أن تُحتكر على المستوى المركزي مسؤولية تحديد الاستراتيجيات التنموية التي تستهدف المستوى الترايبى¹.

إن المنتبغ للتجربة المحلية والتنظيم الترايبى للمملكة، سىلاظ دون أدنى شك الأدوار والمهام التي تقوم بها الجماعات الترايبية من خلال الاختصاصات التي حولت لها كانت دائما في مسار تصاعدي، وذلك وعيا من السلطات المركزية بأهمية الجماعات الترايبية كشريك أساسي في تدبير التنمية بشكل عام، والتنمية الترايبية بشكل خاص، الشيء الذي سيدفع باتجاه الاعتراف وتبني مبدأ التفريع الذي سيمثل منطلقا لتوزيع الاختصاصات بين الدولة والجماعات الترايبية²، وهذا المبدأ سىسهل ولا شك المبادرات الاقتصادية المحلية كما سىساعد على اقتسام السلطات التقريرية مع الكيانات الترايبية³، وسىصبح التراب إذن هو العنصر أو المجال المحدد للمشاكل العامة وليس جهاز الدولة، الشيء الذي يفهم منه كذلك أن معالجة المشاكل العامة قد بدأت بشكل تدريجي من التحكم أو القيادة المركزية⁴.

والملاظ أن النصوص الدستورية والقانونية تمنح سلطة أساسية للبرلمان في المجال الضريبي حيث "لا ضريبة ولا رسم إلا بنص تشريعي"، في حين تتكلف السلطات الحكومية بعد إصدار النص من قبل الملك بتنفيذ تلك النصوص التشريعية مستعملة الجهاز الإداري، الذي يختص من الناحية النظرية بتحضير القرارات الجبائية وفق توجيهات السلطات السياسية، ثم تنفيذها على الوجه المحدد في النص التشريعي، فالأجهزة المحورية المساهمة إذن في صناعة القرار هي المؤسسة الملكية، المؤسسة البرلمانية، السلطة التنفيذية، رغم أن الهوية الموجودة بين التأصيل النظري والممارسة الفعلية تدعو إلى التساؤل عن مدى حقيقة هذا الطرح، باعتبار أن تبني المقاربة السياسية الحديثة المعتمدة على دراسة ما هو كائن تجعلنا نعيد

1 - مفاى أسماء: "المجالس الترايبية بالمغرب ورهان التنمية المحلية"، مجلة آراء للعلوم الإنسانية والاجتماعية والقانونية، العدد الأول 2019، ص.63-64.

2 - هو مبدأ يقوم على التوزيع الشريف للاختصاصات والموارد عملا بالمبدأ الأصيل في الالتزام، بناء على حسم قانوني واضح أو تعاون وتفاهم شريف لأن ما سىستطيع الأدنى القيام به يترفع عنه الأعلى، وما يعجز عنه الأدنى يتولاه الأعلى، أي تشييد الدولة من القاعدة إلى القمة ولا يمكنها أن تتدخل إلا على أساس تصحيح نقائص أو تقوية عجز لدى الجماعات الترايبية. أنظر:

- وائل أشن: "الأدوار التنموية للجماعات الترايبية- التسويق الترايبى نموذجًا"، مجلة الآراء للعلوم الإنسانية والاجتماعية والقانونية، العدد الأول 2019، ص.19.

3 - الحنودي علي: مرجع سابق، ص.189.

4 - نفس المرجع، ص.187.

النظر في هذا الطرح، فكل دراسة تكتفي بتتبع دور الأجهزة التي تتوفر على سلطة القرار ما هي إلا اختزال لصيرورة تشارك فيها فعاليات أخرى قد يكون تأثيرها أقوى من تأثير الأجهزة الرسمية.

فالسطة الحكومية إذن تتدخل في العديد من المواقع لتجسد سلطة ضريبية حقيقية، من خلال مجموعة من الآليات والوسائل التي تتيح لها التدخل لتحديد السياسة الجبائية للدولة، هذه السياسة التي يقوم بتحديد معالمها وتوجهاتها الكبرى الملك، في إطار المجال المحفوظ له بصفته رئيس دولة¹.

وبذلك يكون الدستور المغربي قد منح لمجموعة من المؤسسات الدستورية اختصاصات تهم صناعة القرار الجبائي، يوجد على رأسها المؤسسة الملكية باعتبارها الفاعل المحوري في النسق السياسي، ثم السلطة التنفيذية كجهاز مسؤول عن وضع وتحضير القرارات الجبائية وتنفيذها، وأخيرا سلطة تشريعية من المفروض أنها تمثل عموم الشعب وتعبّر عن مضمون التراضي الجبائي، إذن فما هي مكانة كل من المؤسسة الملكية والسلطة التنفيذية داخل لعبة تشكيل قواعد السياسة الجبائية والنفاد إلى دائرة عملية صناعة القرار الجبائي؟

أ- مكانة المؤسسة الملكية ضمن معادلة صناعة القرارات الجبائية

إن سمو المؤسسة الملكية يجعلها الفاعل الأول في صناعة السياسات العمومية بالمغرب وصاحبة القرار في جميع المجالات بما في ذلك التدخل في مجال صناعة القرار الجبائي، فرغم التنصيب الدستوري على المؤسسة البرلمانية وتخويلها سلطة التشريع، فإن سلطة الملك في علاقته بالبرلمان تجعل منه المشرع الأعظم والفاعل الأول في صناعة السياسات العمومية، وباعتباره أعلى سلطة دستورية فهو يقوم بممارسة سلطة توجيهية من خلال توجيه خطابات في المجال الجبائي إلى كل من البرلمان والحكومة بغية نهج إصلاحات في القانون الجبائي، هذه الخطابات لها تأثير واضح على دوائر صناعة القرار الجبائي، حيث نجد أن عددا مهما من السياسات العمومية التي تحكم الأجهزة الإدارية تستمد سياستها من الخطابات الملكية، لمعرفة أهدافها ومصادرها²، حيث تعتبر بمثابة أوامر وتعليمات موجهة لجميع الفاعلين في مجال صناعة القرار الجبائي ومضامينها ملزمة للجميع، كما أنها تتمتع بحصانة

¹ - محمد الصابري: "التدبير الجبائي الترابي ورهان التنمية بالمغرب"، مرجع سابق، ص. 41.

² - أمينة جبران: "المتخذ العملي في المادة الإدارية، مدخل لصياغة جذر مشترك في المادة الإدارية المغاربية"، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص. 237.

دستورية مطلقة سواء أكانت موجهة للبرلمان أو للأمة، فالخطب الملكية الموجهة إلى البرلمان في هذا الإطار غالبا ما تكون بمثابة توجيهات سامية بل برنامجا كاملا يجب على البرلمانين تنفيذه دون مناقشة¹، ويمكن التمييز في الخطب الملكية بين الخطب الموجهة في إطار الفصل 52 من الدستور باعتبار أن "الملك أن يخاطب الأمة والبرلمان، ويتلى خطابه أمام كلا المجلسين ولا يمكن أن يكون مضمونه موضوع نقاش داخلهما"، والخطب الموجهة في إطار الفصل 65 باعتبار أنه "يعقد البرلمان جلساته أثناء دورتين في السنة، ويرأس الملك افتتاح الدورة الأولى...".

ومن بين أهم الخطب التي وجهها الملك محمد السادس لصناع السياسة الجبائية والتي تهم المجال الجبائي، تلك التي كانت يوم الجمعة 25 شتنبر 2000 بالجرف الأصفر، أمام رؤساء غرف التجارة والصناعة ورؤساء المكاتب الوطنية وعدد من الفاعلين الاقتصاديين، حين أشار فيها إلى أنه: "...وبالنظر لما للنظام الجبائي من دور تحفيزي للاستثمار فإننا قد أصدرنا تعليماتنا السامية لحكومتنا قصد وضع إصلاح جبائي قائم على الشفافية والتبسيط والعقلانية، وإعادة النظر في الجبايات الترابية بحيث تكون الغاية المثلى للجبايات تشجيع الاستثمار المنتج الذي يخلق فرص الشغل..."، ثم خطاب ثان كان يوم 10 يناير 2001 بمراكش في مناظرة وطنية حول السياحة والتي أكد فيها على أنه: "... وحرصا منا على تشجيعكم على الانخراط الشامل في معركة الإقلاع الجديد لهذا القطاع الاستراتيجي، فإننا نبشركم بإصدار تعليماتنا السامية الموجهة لحكومة جلالتنا... وبالإسراع بضبط الجبايات الترابية وتناسقها، جاعلين منها محفزا للقطاع عوض أن تكون عائقا أمام ازدهاره...".

كما أنه قد أشار كذلك يوم 13 أكتوبر 2000 بالرباط أمام نواب الأمة بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الرابعة إلى: "... وإننا لعازمون على مواكبة إصلاح مدونة الجماعات الترابية بإصلاحات متقدمة تهم القانون الانتخابي والمالية الترابية... غايتنا المثلى في ذلك خلق فضاءات منسجمة للتنمية، وجبايات محلية محفزة على الاستثمار، تتسم بالشفافية والعقلنة، والتقليص من العدد المرتفع للضرائب والرسوم المحلية إلى أدنى عدد ممكن في إطار التنافس التام بين الجبايات

¹ - نجيب الحجيوي: "سمو المؤسسة الملكية في المغرب: دراسة قانونية"، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص.48

المحلية والوطنية، لجعلها جميعها من الأدوات الأساسية لتشجيع الاستثمار المنتج وتوفير الموارد الضرورية لتمويل التنمية والعمليات ذات النفع العام..."، وأيضا خطاب 12 دجنبر 2006 بأكادير بمناسبة الملتقى الوطني حول الجماعات الترابية الذي أكد فيه على أنه: "... وبالرغم مما تتوفر عليه الجماعات الترابية، من موارد مستقلة وهامة، فإن تفعيل هذه الصلاحيات يستوجب إصلاح النظام الجبائي والمالي والمحاسبي لهذه الجماعات في اتجاه تبسيطه، وتحسين تدبيره، والرفع من مردوبيته..."، وما يمكن ملاحظته من هاته الخطابات أن الأسلوب فيها قد يكتسي أحيانا طابع أمري وأحيانا أخرى طابعا دعويا فقط.

ولا يقتصر تأثير المؤسسة الملكية من خلال الخطابات الرسمية فقط بل يتعداه إلى التأثير الفعلي على جميع الفاعلين الرسميين في صناعة القرار الجبائي، كما أنها تضطلع أيضا بجميع القرارات السياسية المزمع اتخاذها، ونشاط الحكومة في مختلف المجالات بما فيها المجال الضريبي، فلا يمكن عرض أي مشروع كيفما كان على مجلسي البرلمان دون أن تتم المداولة فيه ومناقشته داخل المجلس الوزاري.

ب- دور الجهاز التنفيذي في صناعة السياسة الجبائية

لقد كفل المشرع للسلطة التنفيذية حق التدخل لممارسة العمل التشريعي في إطار المواد التي لا يشملها القانون، فحسب الفصل 72 من دستور 2011 فقد أكد على أنه: "يختص المجال التنظيمي بالمواد التي لا يشملها اختصاص القانون"، وبذلك يكون قد منح تفوقا كبيرا للحكومة على البرلمان لتصبح مشرعا أساسيا بينما البرلمان مشرعا ثانويا بسبب حصر مجالات تدخله التشريعي، فالعمل الحكومي هو حجر الأساس بالنسبة للسياسات العامة، لأن الحكومة في دراستها للمشاكل تعتمد على إدارة متخصصة عكس البرلمانين الغير قادرين على الإحاطة بالمشاكل وتحديدها في محاولة منهم لإيجاد حلول مناسبة لها¹، لذلك أسند المشرع المغربي الاختصاص الجبائي للسلطة التشريعية بشكل صريح²، فمن حيث المبدأ فسلطة التشريع الضريبي تعود حصرا للمؤسسة البرلمانية باعتبارها صاحبة الاختصاص في مجال القانون³، إلا أنه ومن خلال الواقع العملي نجد أن هذا المبدأ يصطدم

¹- Raid Zighal: Op.cit,P:15.

²- الفصل 39 من دستور 2011.

³- الحكومة تختص بالمجال التنظيمي الذي لا يشمل اختصاص القانون حسب الفصل 72 من دستور 2011.

بالعديد من القيود التي تحد من السلطة الضريبية للبرلمان وتُحوّل لسلطات أخرى التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر للمساهمة في تأسيس القواعد الضريبية¹.

فعندما كفل المشرع للسلطة التنفيذية حق التدخل لممارسة العمل التشريعي²، قسم مجال تدخل كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية وحدد أيضا مجال اللائحة في مقابل المجال المحفوظ للقانون³، وما يلاحظ هنا هو غلبة مشاريع القوانين المقدمة من طرف الحكومة على مقترحات النصوص المتخذة بمبادرة تشريعية برلمانية، فالحكومة إذن تظل هي المبادرة للتقدم بمشاريع القوانين في حين يبقى دور البرلمان منحصرا في مناقشة هذه المشاريع والمصادقة عليها.

وما يمكن استخلاصه هو التفوق الكبير للحكومة على البرلمان حيث تصبح الحكومة هي المشرع الرئيسي، بينما البرلمان مشرع ثانوي نظرا للحرص في مجالات تدخله التشريعي، وهو ما جعل دور الحكومة محوريا في صناعة القرار الجبائي، وخاصة عندما يتعلق الأمر بمجال تدخل كل من وزارة الداخلية ووزارة المالية اعتبارا لدورهما الأساسي في إعداد السياسة الجبائية الوطنية والترابية والعمل على تنفيذها:

1- وزارة المالية: هي جهاز أساسي في صناعة القرار الجبائي، حيث تتكلف برسم الخطوط الكبرى للسياسة الاقتصادية والمالية والضريبية، تحت إشراف مباشر لوزير المالية، وبالنظر للطبيعة الازدواجية لمهام وزير المالية -كما هو الشأن لباقي الوزراء-، فهو يمارس في نفس الوقت مهام سياسية وأخرى إدارية تتمثل بالأساس في دور الإدارة الضريبية التابعة لسلطة وزارة المالية لتدبير بعض الرسوم والضرائب، مما يعطيها سلطة مهمة في صناعة القرار الضريبي.

2- وزارة الداخلية: إن الحكومة في صياغتها للقرار الجبائي الترابي تعتمد على وزارة الداخلية، لكونها تتوفر على المعلومات التي تهم القضايا السياسية الاجتماعية والاقتصادية على الصعيد الترابي، ولكونها الساهرة على تنفيذ السياسات

1- محمد الصابري: مرجع سابق، ص. 53.

2- الفصل 78 من دستور 2011.

3- حدد المشرع المغربي بموجب الفصل 71 من الدستور مجال القانون بشكل حصري وعده ضمن 30 بند لا يمكن أن تتجاوزها المبادرة التشريعية لنواب ومستشاري الأمة تحت طائلة عدم الاختصاص فيالرغم مما حمله النص الدستوري الحالي لسنة 2011 من توسيع نوعي لمجال القانون بالمقارنة مع مقتضيات فصول الدستور الممنوح لسنة 1996، فهو يظل مقيدا في المقابل فإن الحكومة بموجب الفصل 72 من الدستور تتدخل لتنظيم المواد التي لم يم يدرجها المشرع بشكل صريح ضمن الاختصاص البرلماني أي أن المجال التنظيمي مطلق غير محصور عكس مجال القانون.

العمومية من جهة أخرى، وهذا ما يؤهلها لأن تكون قوة اقتراحية في هذا المجال، ولعل هيمنة وزارة الداخلية على السلطة الجبائية وخاصة الترابية، تكمن في تحكّمها في مرحلة حاسمة من مراحل صناعة القرار الجبائي، وهي مرحلة تحضير مشروع القانون الجبائي لأنها صاحبة المبادرة الجبائية الترابية التي تنتقل من مقر البرلمان إلى مقر مديرية الجماعات الترابية لوزارة الداخلية¹، وهذا ما يفسر توجه الضغوط إلى مقر وزارة الداخلية، الذي يعتبر المجال المفضل والأرضية الخصبة لعمل اللوبيات التي تكثف تحركاتها أثناء تحضير مشاريع القوانين، بحيث تصبح مديرية المالية المحلية بوزارة الداخلية مركزا للصراع الضريبي من أجل الاستفادة من الامتيازات التي تمنحها النصوص الجبائية الترابية، ويسعى عندئذ الفاعل إلى تبرير وجهات نظره، وفرض توجهاته، كي يستفيد بأكبر قدر من الامتيازات التي تمنحها النصوص الجبائية الترابية.

وحتى تتمكن وزارة الداخلية من ضمان نوع من القبول لدى الجماعات الترابية² والفاعل المحلي لقراراتها الجبائية، رفعت شعار الحوار الجبائي والانفتاح على محيطها، فاتحة بذلك باب المشاركة وفق تصور جديد لتأسيس العلاقة بين الفاعل المحلي والسلطة المركزية، نتيجة التحولات التي عرفها المشهد السياسي بالمغرب انطلاقا من المفهوم الجديد للسلطة³، وهكذا فقد تم تنظيم مجموعة من اللقاءات والاجتماعات مع الجهات المعنية بالإصلاح، كما حدث مع مشروع قانون الجبايات المحلية 47.06 الذي عُرض للنقاش على مستوى الجماعات والأكاديميين والهيئات المهنية، من خلال مسودة مشروع إصلاح الجبايات الذي أعدته مديرية الجماعات المحلية آنذاك وطرحته للنقاش العمومي⁴.

ج- المؤسسة التشريعية:

1- عبد الإله منظم : مرجع سابق، ص. 25-29.
2- باعتبارها هي المعنية بتطبيق القرار الجبائي الترابي.
3- سعيد خفيف: "مسار الإصلاح الجبائي المحلي على ضوء القانون 47.06"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، كلية الحقوق ، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الجامعية 2007-2008، ص. 113.
4- مسودة مشروع إصلاح الجبايات المحلية ، مديرية الجماعات المحلية، وزارة الداخلية، 2005.

من حيث المبدأ تعود السلطة التشريعية للمؤسسة البرلمانية، وبذلك فالوظيفة التشريعية أساس قيام البرلمان وهي وظيفة أصلية لهذه المؤسسات¹، وتبعاً لذلك فإن الدستور المغربي يُنصّب البرلمان كسلطة تشريعية أصيلة بالمملكة، غير أن هذا لا ينفى تدخل السلطة الحكومية لممارسة الاختصاص التشريعي.

وبالعودة إلى الفصل 75 من الدستور نجد أنه يؤكد على أن مساهمة السلطة التشريعية في إنتاج وتعديل القوانين هي جد محدودة في مقابل توسيع آلية تفويض البرلمان سلطته لفائدة الحكومة، فمجموع المبادرات الجبائية هي عبارة عن مشاريع قوانين تتقدم بها الحكومة وتحظى بالأسبقية داخل البرلمان، والممارسة العملية تؤكد استبعاد المقترحات القانونية للبرلمان في المجال الجبائي وقصر هذا الحق على الحكومة وحدها، مما يتيح لها مجالاً واسعاً للتحكم في كل مرحلة من مراحل صناعة القرار، أما القانون التنظيمي رقم 130.13 للمالية² فيؤكد على أن اختصاص إعداد مشاريع قوانين المالية يعود للسلطة الحكومية المكلفة بالمالية تحت سلطة رئيس الحكومة³.

فالملاحظ إذن أن المؤسسة التشريعية لا تتوفر على اختصاص شامل وخالص في المجال الجبائي، لأن البرلمان يتكلف بوضع الأسس والقواعد العامة، ويكتفي فقط بالمصادقة على ما تحيله عليه الحكومة، بينما كل ما يتعلق بطرق التنفيذ يعتبر من اختصاص الحكومة والسلطات الإدارية، بالنظر لعدم توفر البرلمان على جهاز تابع له يسهر على تنفيذ ما يقرره.

وإذا كان حق التقدم بمقترحات قوانين جبائية من قبل البرلمان محدوداً، فإن السلطة الوحيدة المتبقية هي حق التقدم بتعديلات، ولعل مراحل بلورة القانون رقم 47.06 توضح هذه الفرضية، سواء من خلال تدخل مجلس المستشارين أو من خلال دور مجلس النواب⁴.

1- سمير الشحاطي: "المؤسسات الدستورية والتنمية السياسية في المغرب: نموذج المؤسسة البرلمانية على ضوء التعديل الدستوري"، مجلة أنفاس قانونية، مجلة مغربية لتنمية الثقافة الحقوقية والقانونية، مطبعة إمسيتين، الرباط، العدد الرابع يوليوز 2012، ص. 41.

2- جريدة رسمية عدد 6370 فاتح رمضان/ 18 يونيو 2015.

3- المادة 46 من القانون التنظيمي 130.13.

4- عبد الحق المرجاني: "دور الإدارة الجبائية المحلية في التنمية المحلية"، دبلوم الدراسات العليا في العلوم السياسية، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء 1999، ص. 14-15.

وما يتضح لنا هنا أن القانون ينفرد بتحديد الوعاء الضريبي ومقدار الجبايات وطرق تحصيلها، وهو ما يدفعنا للقول أن الجماعات الترابية لا تتوفر على سلطة تأسيسية في المجال الضريبي.

الفقرة الثانية: الفاعلون على المستوى الترابي

لعل المكانة السامية للدستور تجعله يهتم بكل ما يخص مسار اللامركزية من توزيع للاختصاصات بين الدولة والجماعات الترابية، إلا أنه لم يتطرق لحيثيات تدبير القرارات الجبائية الترابية، فهو يحيل على سلطة خاصة لتنظيم الشؤون الترابية عبر تخويلها للسلطة التنظيمية والقرار الجبائي هو أحد مظاهرها، وقد شكلت القوانين المنظمة للجماعات الترابية¹ مجالاً واضحاً لتباين الاختصاصات المخولة لها في مادة الجبايات، حيث تعطي للأميرين بالصرف في الجماعات سلطة إعداد القرارات المالية، إلا أن اقتراحاتهم تحاط بنوع من العناية والتبصر قبل عرضها على المجالس، وقد ظل دور السلطة الجبائية الترابية في صناعة القرار الضريبي الترابي جد محدود، حيث أن قانون 47.06 منح للمجالس التداولية (المجلس الجهوي، مجلس العمالة والإقليم، مجلس الجماعة الحضرية أو القروية، ومجلس المجموعة الحضرية ولجان التعاون المشتركة بين الجهات، واللجن النقابية) سلطة تسعير بعض الرسوم على اعتبار أن سلطة التأسيس الجبائي هي من اختصاص المشرع، سواء تعلق الأمر بالضرائب الوطنية أو الرسوم نظراً للعلاقة بين السيادة الجبائية والسيادة السياسية، ليظل بذلك دور المجالس التداولية منحصراً في تقدير مجموعة من الرسوم المنظمة بقانون 47.06 عبر آليات القرار الجبائي كسلطة مهمة، تستطيع من خلالها المجالس التداولية لعب دور أساسي في تحديد رسوم تلائم التطور الاقتصادي والاجتماعي لكل جماعة ترابية.

إن تنوع الجماعات الترابية واختلاف خصوصياتها وأوضاعها، يجعل من غير المقبول والمنطقي أن يعمل النظام الجبائي الجماعي المرتبط بهذه الوحدات على توحيد أسعار ونسب مجموعات الجبايات الترابية وكذلك أوعيتها الجبائية، واستجابة لهذا التصور، حرص المشرع المغربي على تمكين الجماعات الترابية من التدخل في ميدان التدبير المالي الترابي، عبر إشراكها في تنظيم هامش لا يستهان به من

1- القانون رقم 96-47 المتعلق بالجهة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 84.97.1، ج.ر عدد 4470 بتاريخ 3 أبريل 1997، والقانون رقم 00-79 المتعلق بتنظيم العمالات والأقاليم، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 269-02-1، بتاريخ 3 أكتوبر 2002، ج.ر عدد 5058، بتاريخ 21 نونبر 2002.

جباياتها، انطلاقاً من معطياتها الاقتصادية والاجتماعية، بحيث أعطاهما صلاحية تحديد نسب وأسعار الجبايات الترايبية المستحقة لفائدة الميزانية الجماعية عبر القرار الجبائي الجماعي، كآلية قانونية تستند في تأسيسها على جملة من الأسس القانونية بتدخل عدة فاعلين، ومن خلال مراحل تحكم بلورة القرار الجبائي الجماعي¹.

أ- الأسس القانونية للقرار الجبائي الجماعي

تلجأ الجماعات الترابية في إطار الاختصاصات المسندة إليها إلى صياغة وإعداد قرارات جبائية تهدف من خلالها تحصيل حقوق وواجبات لفائدة ميزانياتها، وهذا التأسيس لاختصاصها الجبائي يتم بناء على مجموعة قوانين منها المادة 37 من القانون رقم 08-17 المتعلق بالميثاق الجماعي، والتي تجعل الاختصاص الجبائي من الاختصاصات الذاتية للمجلس، فعلى ضوءه يحدد سعر الرسوم وتعرفة الوجيبات ومختلف الحقوق التي تقبض لفائدة الجماعات.

أما بالنسبة للعمالات والأقاليم فالمادة 36 من القانون رقم 00-79 تجعل الاختصاص الجبائي للمجلس ضمن الاختصاصات الذاتية، فهو يحدد سعر الرسوم وتعرفة الوجيبات ومختلف الحقوق التي تقبض لفائدة العمالة أو الإقليم.

أما على مستوى الجهات فالمادة 7 من القانون رقم 96-47 المتعلق بالجهات، تنص على أن المجلس يمارس داخل الدائرة الترابية للجهة وفقاً للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل، الاختصاصات الخاصة به مع تحديد كيفية وضع أساس الرسوم والأتاوى ومختلف الحقوق المختصة لفائدة الجهة وتحديد تعريفاتها وقواعد تحصيلها.

فممارسة الصلاحيات الجبائية الترابية تخضع للمقتضيات القانونية التي تطبق أيضاً على ضرائب الدولة وأجهزتها، والمادة الأولى من القانون رقم 06-47 المتعلق بجبايات الجماعات الترابية تنص على أنه "يرخص للجماعات المحلية باستيفاء الرسوم المنصوص عليها في هذا القانون"، فهي تخضع إذن لما يحدده المشروع ولو تعلق الأمر بمجال يخضع بشكل صرف للسلطات المحلية المنتخبة، وهو ما يدل على كون اختصاصها هو اختصاص تابع وليس أصلي.

ب- مظاهر تدخل الجماعات الترابية في صناعة القرار الجبائي

¹ - المهدي بنمير: "الجماعات المحلية والممارسة المالية بالمغرب" المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 1994، ص. 101.

إن الحديث عن قدرة تدخل الجماعات الترابية في صناعة القرار الجبائي هو حديث عن درجة الاستقلال المالي للجماعات الترابية، وهنا يتبادر إلى ذهننا سؤال جوهرى، هل وجود نظام جبائي ترابي مستقل عن النظام الجبائي الوطني يجعلنا نجزم بالاختصاص الجبائي الترابي؟، ومن المعلوم لدينا أيضا أن سلطة فرض الضريبة وتحديد وعائها من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية¹، وهو أحد تجليات ممارسة السيادة بالنظر إلى الطابع السيادي الذي تحمله الضريبة.

ج- سلطة تسعير الرسوم لدى الجماعات الترابية

تحظى الوحدات الترابية بمجموعة من الاختصاصات التي تترجم بها سلطة تدبيرها لجباياتها الذاتية، فهي تضطلع بكل الإجراءات التي من شأنها تنزيل أحكام المنظومة الجبائية الترابية²، فتسعير الرسوم الجبائية على المستوى الترابي يكتسي أهمية من حيث تحديد الاستقلال المالي للجماعات الترابية والرفع من مواردها الجبائية، فالأصل في القانون الجبائي أن أسعار الرسوم الترابية تحددها النصوص التشريعية التي تؤسسها، حيث أن المشرع هو من يحدد أسعار الرسوم التي ينشئها وذلك كقاعدة عامة، إلا أنه يكون من الملائم في بعض الحالات إبداء بعض المرونة وتخويل الجماعات الترابية سلطة تسعير بعض من رسومها وفقا لحاياتها³.

وطبقا لأحكام المادة 168 من القانون رقم 06-47 فإن أمر تحديد نسب وأسعار الرسوم غير المحددة السعر والتعريفات بشكل ثابت يتم بقرار يصدره الأمر بالصرف للجماعة الترابية المعنية بعد مداوات مجلسها، فهي التي تحدد مجال تدخلها في صناعة القرار الجبائي الترابي، لذلك نجد أن المشرع خول لها هامشا من التدخل لممارسة الاختصاص الجبائي من أجل المساهمة في رسم معالم السياسة الجبائية المغربية عبر آلية خاصة وهي القرار أو المقرر الجبائي، إلا أن هذا الاختصاص تم تقييده من طرف المشرع بمقتضى المادة 32 من القانون 08-45 المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات الترابية ومجموعاتها، فالمغرب من بين الدول التي فرضت قيودا على تحديد أسعار الجبايات الترابية، وتم تجسيد ذلك من خلال قانون 89-30 الذي حدد مجموع الرسوم والضرائب والأتاوى المستحقة للجماعات الترابية، فبالاستناد إلى مادته السادسة في الفصل الثاني منه والتي تؤكد على أنه يتم

¹ - الفصل 39 من الدستور 2011.

² - محمد الصابري: مرجع سابق، ص.122.

³ - Rachid El MOUSSAOUI, « La fixation des taux locaux pouvoir fiscal ou pure chimère? », REMALD n° 38-39, 2005, P:30.

تحديد أسعار وتعريفات الضرائب والرسوم، حيث أن المشرع وضع أسعارا ثابتة لـ 21 رسما وضريبة والجماعات الترابية ملزمة بتطبيقها كما هي، أما الضرائب التي تم وضع لها سعرا كحد أقصى فالجماعات الترابية تستطيع أن تتدخل فيها بشكل نسبي وتبلغ 11 ضريبة، فهو إذن قد حصر تدخل الجماعات الترابية في تحديد أسعار غالبية الرسوم والضرائب، وحتى في الحالة التي ترك لها حرية تحديد السعر فقد قيدها بأسعار قصوى، كما أن ممارسة السلطة الجبائية تخضع لمصادقة سلطة الوصاية¹، فسلطة التسعير مقيدة إلى جانب وجود إذن قانوني يسمح للجماعات الترابية باتخاذ المقرر الجبائي واحترام معدلات التسعير الدنيا والقصوى التي حددها القانون² بالمرور بمصادقة سلطة الوصاية³.

إن الحديث عن صناعة قرار جبائي ترابي حديث لا يستقيم إلا ضمن السعر المحدد من قبل السلطة بين حد أدنى وحد أقصى وهذا المجال هو مجال مقيد لتدخل الجماعات الترابية.

المطلب الثاني: حدود التدخل في صناعة القرار الجبائي الترابي

عند ممارسة الجماعات الترابية لاختصاصاتها فهي تستفيد من موارد مالية تشكل فيها الموارد الضريبية عصب مواردها الذاتية نظرا لضعف مداخيل الأملاك الترابية⁴، إلا أن حصيلة هذه العائدات تظل دون المستوى المطلوب، فالجماعات الترابية تفتقر إلى منظومة جبائية حقيقية، ويتضح لنا ذلك أكثر من خلال بنية وعدد الرسوم المخولة لهذه المستويات الترابية اللامركزية. فأى دولة كيفما كانت طبيعتها الدستورية وشكل تنظيمها السياسي فهي تحفظ بحق فرض الضريبة للسلطة المركزية أما الوحدات الترابية فإنها تتكلف بتطبيقها

1- الفقرة 6 من المادة 2 من قانون 45.08.

2- يحدد سعر الرسم على استغلال المناجم ما بين درهم واحد وثلاثة دراهم عن كل طن مستخرج حسب المادة 119 من القانون رقم 47.06، أما بالنسبة للرسم عن الخدمات المقدمة بالموائى فقد حدد المشرع نسبته الدنيا والقصوى في إطار المادة 123 من القانون رقم 47.06 والمتراوحة بين 2% إلى 5% من رقم الأعمال دون احتساب الضريبة على القيمة المضافة.

3- نصت المادة 41 من القانون رقم 47.06 المنظم للجهة، على أنه لا تكون قرارات المجلس الجهوي الخاصة بالمسائل المتعلقة بالميزانية الجهوية، وتحديد كيفية وضع أساس الرسوم والأتاوى ومختلف الحقوق المحصلة لفائدة الجهة وتحديد تعريفاتها وقواعد تحصيلها قابلة للتنفيذ، إلا إذا صادقت عليها سلطة الوصاية.

4- عبد المجيد أسعد: "مالية الجماعات الترابية بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء طبعة يناير 1991، ص.26.

فقط¹، ورغم ما نص عليه دستور 2011 من منح السلطة التنظيمية للجماعات الترابية على عكس القوانين السابقة التي اتسمت بمركزة فرض الضريبة، فإن احتكار الدولة المركزية لسلطة تأسيس الضريبة لم يُبق للجماعات الترابية إلا اختصاص فرعي وثانوي لممارسة السلطة الضريبية، ورغم كل الإصلاحات فسلطة الجماعات الترابية في صناعة القرار الجبائي ظلت محدودة في مستوى تدخلها وشكلها ومحتواها.

الفقرة الأولى: محدودية دور المجالس التداولية في عملية التأسيس الجبائي

الترابي

لقد أثارَت مسألة تأسيس الجبايات من طرف الجماعات الترابية مواقف متباينة بين فقهاء المالية العامة، فهناك من يتحفظ في إعطاء الوحدات الترابية سلطات مطلقة في مجال فرض الضرائب، لأن توزيع سلطة تأسيس الضرائب بين المركز والهيئات الترابية من شأنه أن يكون مصدر فوضى جبائية، كما أنه قد يخلق لنا سلطتين ماليتين لكل منهما حق فرض الضريبة فنكون إذن أمام ضريبتين على نفس الوعاء، في حين هناك من ذهب إلى اعتبار منح الجماعات حق فرض الضريبة شيء إيجابي، من شأنه أن يدعم الاستقلال المالي للهيئات المنتخبة اتجاه السلطات المركزية²، باعتبار أن المسؤولين المحليين هم الأقرب من المواطنين ولهم علاقة مباشرة بمشاكلهم وحاجياتهم الترابية، ويجعلها أكثر تحكما في مواردها المالية الشيء الذي يعزز ممارسة الديمقراطية ببلادنا ويقويها، ويمكنها من النهوض بدورها الاقتصادي والتنموي.

إلا أن التجربة المغربية أبانت أن المشرع الوطني هو المؤهل لخلق ضرائب سواء وطنية كانت أو ترابية، فهو هنا إذن يساير الاتجاه الأول والذي يعتبر السلطة الجبائية اختصاص للهيئة التشريعية، فالقاعدة العامة تؤكد على أن البرلمان هو من يشرع الضرائب ويلغيها ويحدد أسعارها ونسبها وطرق تحصيلها، وبالتالي فالمجالس التداولية لا تتمتع بسلطة الفرض الضريبي ولا بسلطة تأسيس قرار جبائي ترابي أو تعديله أو إلغائه، بمعنى أن النظام الجبائي الترابي يقوم على مبدأ عدم

1- محمد علي أديبا: "إشكالية الاستقلال المالي للجماعات الترابية بالمغرب نحو مقارنة أكثر واقعية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة الترابية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 29، الطبعة الأولى 2001، ص.229.

2- عبد الحق المرجاني: مرجع سابق، ص.14-15.

الاستقلالية في سن الجبايات الترابية، وبالتالي فهو اختصاص حصري وامتنياز للدولة كمركز وكتعبير عن سيادتها¹، علاوة على أن كل الجبايات تصدر بظهير وكل الإعفاءات والإلغاءات والتعديلات الضريبية تتم بواسطة القانون المالي للسنة الذي يتطلب موافقة البرلمان عليه.

فعدم جواز خلق أي رسم محلي من قبل السلطة المحلية إذن، يؤكد إرادة المشرع المغربي في الحسم المبكر في مصير ومآل النظام الجبائي الترابي، وتقييد اختصاص الهيئات الترابية في هذا المجال يقلص من سلطتها ويبقيها خارج دائرة الإصلاح، لتظل سلطة اتخاذ القرار الجبائي محدودة.

الفقرة الثانية: محاصرة حرية تسعير الجماعات الترابية لرسومها الترابية

يرجع ضعف المنظومة الجبائية الترابية إلى بنية هذه المنظومة في حد ذاتها²، كما أن آليات تدبيرها لرسومها تزيد من إضعافها، رغم أن الرسوم التي يعود الاختصاص في تحديد أسعارها للمجالس التداولية تتسم بالضعف من حيث المردودية بالمقارنة مع باقي الرسوم، لدرجة أن أحد الباحثين وصف تلك الرسوم بالتافهة³، والملاحظ أن المشرع لم يكتف فقط بتحديد أسعار أهم الرسوم الترابية، بل قام أيضا بمحاصرة السلطة التقديرية للجماعات الترابية وهي بصدد تسعير رسومها غير المحددة السعر والنسبة بشكل مسبق من طرفه، وذلك باعتماده على قاعدة تحديد سقف التسعير بوضعه لحد أدنى وأقصى لأسعار ونسب الرسوم، مع إلزامية عدم تجاوزها تحت طائلة بطلان المقرر الجبائي⁴.

فإعداد مسودة القرار الجبائي من طرف الأمر بالصرف⁵ في حدود النسب القصوى والدنيا المحددة بالقانون، يمر بعد المصادقة عليه من طرف أعضاء المجلس التداولي، بسلطة المراقبة الإدارية التي يتم إحالة القرار عليها قصد التأشير عليه طبقا لمقتضيات القوانين التنظيمية للجماعات الترابية حتى يصير المقرر نافذا

1- عبد الحق المرجاني: مرجع سابق، ص.212.

2- عبد الرحمان حداد: الإصلاح الجبائي المحلي ورهان التنمية"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة المولى اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2009-2010، ص.103.

3- محمد علي أديبا: مرجع سابق، ص.233.

4- محمد الصابري: مرجع سابق، ص.145.

5- المتمثل في رئيس المجلس الجهوي على مستوى الجهة بعد التعديل الأخير لسنة 2011، بعدما كان يضطلع بهذا الدور العامل مركز الجهة في ظل القوانين السابقة.

بموجبها¹، فالحدود إذن تطال حرية الجماعات الترابية في إعداد مقرراتها الجبائية، وهامش الحرية في تحديد الحد الأدنى والأقصى لأسعار رسومها هو مقيد أيضا بمقتضى قانون، وقد أخضع المشرع القرارات المتعلقة بهذا الشأن في النصوص المنظمة للجماعات الترابية لمصادقة سلطة الوصاية، ومنصوص على ذلك في المادة 59 من القانون 00-79 والمادة 41 من قانون 96-47 ثم المادة 168 من قانون 06-47، فسلطة الوصاية إذن الكلمة الفصل في المصادقة على القرار الجبائي، وهو ما يؤكد المحدودية في صناعة قراراتها الجبائية.

الفقرة الثالثة: غياب المقاربة التشاركية في بلورة السياسة الجبائية

إن دائرة صناعة السياسات العمومية لأي دولة لا تشكلها الفواعل الرسمية فقط، بل تمتد إلى الفواعل ذات الاختصاصات غير المباشرة، وبالعودة إلى القوانين التنظيمية للوحدات الترابية نستشف أن المشرع قد أسند للجماعات الترابية مجموعة من الاختصاصات ذاتية ومنقولة وأخرى استثنائية في مجالات مختلفة، إلا أنها لا تشمل مجال السياسة الجبائية.

فالواقع الحالي يؤكد محدودية السلطة الجبائية للفاعلين الترابيين، في مواجهة مركزية السلطة الجبائية والإقصاء الذي تتعرض له الجماعات الترابية من دائرة صناع القرار، سواء على مستوى التشريع الدستوري أو مستوى التشريع القانوني، الذي لم يخول لها من الاختصاصات ما يمكنها من ولوج دائرة صناعة القرار، كل هذا يجعل الحديث عن سلطة الجماعات الترابية في تأسيس ضرائبها الترابية دون أساس، إلا أن غياب سلطة تأسيسية مباشرة للجماعات في المجال الجبائي لا ينفي إمكانية إسهام ومشاركة هذه الأخيرة من خلال آليات موازية في عملية التأسيس الجبائي.

فالجماعات الترابية إذن هي من لها السلطة نسبيًا في اختيار السياسة الجبائية التي تناسبها، مع هامش بسيط من المجال المتاح للمجالس الجهوية لتقرير رسومها الترابية، وانعدام هذه الإمكانية بخصوص مجالس العمالات والأقاليم رغم توفر هذه الأخيرة على سلطة التسعير الجبائي بمقتضى قانونها التنظيمي شأنها في ذلك شأن باقي الوحدات الترابية الأخرى، بالإضافة إلى ما تعانيه المنظومة الجبائية للجماعات الترابية من هيمنة مركزية من خلال الاستحواذ على وضع تصوراتها وتحديداتها فإن

1- محمد الصابري: مرجع سابق، ص. 149.

الهوامش المتاحة للوحدات الترايبية للإسهام في وضع بصمتها الخاصة على منظومة جبايتها الذاتية قد تصطدم بمحددات عديدة أخرى¹.

خاتمة:

إن التعمق إلى حد ما في عملية تأسيس القرار الجبائي بالمغرب، هي محاولة للنظر عن بعد للمنظومة الجبائية، والوقوف على أهم الفواعل الرسمية المؤثرة في تشكيلها، فصناعة القرار الجبائي هو عبارة عن صيرورة وتدخل مجموعة من الفاعلين على الصعيد المركزي، وبالخصوص المؤسسة الملكية باعتبارها الفاعل الرئيسي في النسق السياسي الوطني، ثم الحكومة المتمثلة في وزارة المالية والداخلية باعتبارهما أهم المتدخلين في صناعة القرار الجبائي لتوفرهما على الوسائل التقنية والفنية، وهذا ما زكى تفوق الحكومة على العمل البرلماني بغرفتيه حيث ينحصر دورهما في المناقشة والتصويت على القوانين، الشيء الذي عكس قوة المؤسسة التنفيذية واحتكارها للمادة الجبائية، فالمغرب لم يتخلى عن سلطة التحكم في صناعة سياسته الجبائية سواء الوطنية أو الترايبية، وهي امتداد لممارسة قديمة حيث كانت الضريبة تجسد سلطة الدولة المركزية على باقي أقاليم المملكة، إلا أن انفتاح المغرب على المنتظم الدولي وتبنيه للرأسمالية أدى إلى تدخل مؤسسات أجنبية في صناعة القرار الجبائي الداخلي من قبل المؤسسات المانحة للقروض والشركات العابرة للقارات.

أما فيما يخص المؤسسات الترايبية فيرجع ضعف تدخلها في صناعة المادة الجبائية الترايبية، رغم أنها هي المعنية الأولى بها على المستوى الترايبى إلى عدم ثقة المركز في الجماعات الترايبية، فانحصر دورها فقط في تسعير بعض الرسوم الترايبية، حيث أن القانون 06-47 حدد أسعار الضرائب والرسوم الدنيا والقصى، وبذلك فالهامش الذي أعطاه المشرع لمجالس الجماعات الترايبية لا يتعدى سلطة اقتراح السعر فقط.

كل هذا يدفعنا إلى القول إن التدبير الذاتي لمنظومة الجبايات الترايبية تدبير محاصر، وهو ما نتج عنه تقييد قانوني لاختصاصاتها ومجالات تدخلها، وهو ما جعل مهام مصالحها الجبائية مجزأة، لذلك فالمشرع المغربي مطالب بمراجعة هذه المقاربة، ونهج مقاربة تشاركية في صناعة القرار الضريبي بين المركز والمحيط

¹ - محمد الصابري: مرجع سابق، ص. 143.

ومختلف الفعاليات، لأنه لا يمكن الحديث عن قرار جبائي تراخي حقيقي إلا إذا كانت هناك حرية للمجالس التداولية في تحديد أسعار ضرائبها ورسومها.

المقاربة التشريعية المغربية بشأن حماية المستهلك الإلكتروني

د. أمين اعزان/ دة. عائشة برشان¹

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بطنجة
جامعة عبد المالك السعدي

مقدمة:

إذا كانت الرقمنة قد أثرت بشكل ملحوظ على كل القطاعات الحيوية، فإن المجال القانوني أيضا لم يسلم من تداعيات التطور التكنولوجي في مجال الإعلام والاتصال، ومن جهة أخرى فإن هذه الأخيرة تأثرت بالحركية التشريعية غير المعهودة خلال العقود الأخيرة.

والمغرب كأغلب دول العالم دخل عالم الثورة الرقمية من أوسع أبوابها بحيث عمل على تعزيز تموقعه كمركز إقليمي في سلم التكنولوجيا من خلال تحقيق التطور من حيث التحول الاجتماعي وكذا مختلف الأوراش والسياسات العمومية ذات الصلة بالعالم الرقمي.

اذن يجب ألا تظل المجتمعات حبيسة أنظمتها التقليدية، الأمر الذي يستوجب التدخل بتأهيل وتعزيز ترسانة قانونية شاملة ومناسبة تحمي وتضمن ثقة المواطنين، وكذا وضع هيئات داعمة مكلفة بمساعدة الفاعلين في المجتمع حول إشكاليات أمن نظم المعلومات والتفاعل معها، الأمر الذي يحيلنا إلى رصد التوجهات الحديثة للمشروع المغربي الذي استجاب نسبيا لمتطلبات التطور على المستوى التشريعي، فأصدر سلسلة من التشريعات مرتبطة بشكل مباشر أو غير مباشر بحماية المستهلك الإلكتروني المغربي.

وعموما إن إنجاز المعاملات التجارية عبر شبكة الانترنت افرز الحاجة الكبيرة لإيجاد وسائل جديدة للسداد الغير المباشر لتمثل بديلا للمعاملات النقدية المباشرة، وفعلا ظهر للوجود ما يسمى بالعملة الإلكترونية، وعليه فإن المستهلك أصبح ملزما بالسداد بهذه العملة أو عن طريق بطاقات الائتمان مثلا (2)، لكن تعاملات المستهلك

¹ أستاذة باحثة بجامعة عبد المالك السعدي.

² ظهرت أول مرة عام 1914 عندما أصدرت بعض شركات البترول الأمريكية بطاقات معدنية لعملائها لشراء ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع التابعة لها وتسوية حسابات هذه المشتريات في نهاية كل مدة

المالية بطريق الإنترنت ما زالت محفوفة بالمخاطر، وقد يكون المستهلك ضحية لإحدى الجرائم الالكترونية خصوصا النصب والسرقة عبر الإنترنت، ونتيجة للتطور العلمي ظهرت وسائل جديدة للسداد للتحويل الالكتروني للأموال، حيث وضعت البنوك فيما بينها نظاما للسداد يسمح بالتسوية فيما بينها، أما فيما يخص الأفراد فهناك نظام للعملة الإلكترونية الخاص باستعمال بطاقات الدفع الالكتروني. وعلى العموم وعلى المستوى العملي ما زالت هناك مشاكل متعلقة بتوفير الحماية الكافية لبطاقات الائتمان، وخصوصا أن البيانات المتعلقة بها يمكن أن تتلف أثناء عملية الاتصال نظرا لاستخدام خطوط اتصال البائع للوصول إلى المؤسسات البنكية، ونظرا لان عملية التعريف بالبطاقة تتم عن طريق المشتري والسداد يتم لدى المشتري عن طريق خطوط الاتصال بالإنترنت، فان هذا الوضع يؤدي إلى احتمال تعرض المعلومات السرية الخاصة برقم الكارت والكود السري لعملية الكشف عنها واستخدام هذه المعلومات من طرف آخر في الحصول على أموال لا يملكها، ولذلك ظهرت صور جديدة للسداد عبر الإنترنت مثل النقود الرقمية، حيث يتم تخزين مبلغ الكتروني على الاسطوانة الصلبة لحاسب المشتري، بحيث تأخذ شكل حافظة النقود ليستخدم في سداد مشترياته، كما قامت شركات الفيزا والماستركارد بتطوير خدمات بطاقات الائتمان لتناسب التعامل مع الإنترنت، كما تقوم بعض البنوك الآن بإصدار بطاقات خاصة للاستعمال عن طريق الإنترنت مدفوعة مقدما أو بحد ائتمان بسيط، بحيث إذا تعرضت المعلومات السرية الخاصة بها للكشف عنها أو تم الاستيلاء على النقود كانت الخسائر محدودة.

وهكذا فإن النصوص التقليدية المتعلقة بحماية المستهلك لم تعد تكفي لتوفير الحماية للتعاملات الاستهلاكية باستخدام بطاقات الائتمان (1)، وللإشارة أيضا لم تعد المعاملات التجارية عبر الإنترنت تعتمد فقط على البطاقات، بل أصبح هناك ما يسمى بالعملة الإلكترونية والتي تسمح بالسداد بطريق الإنترنت (2).

محددة، انظر في هذا الصدد د/ سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص.307

¹ (Jerome Huet et Herbert maisl: Droit de l'informatique et des télécommunication, Litec, 1989, n 672.

² (Alain Bensoussan: internet, aspects juridiques, éditions Herme. 1996,p.71.

وارتباطا بهذا الموضوع، وفي سبيل تعزيز التوجهات التشريعية الحديثة في مجال حماية المستهلك فقد أصدر المشرع المغربي القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك¹، ويهدف هذا القانون إلى تنظيم العلاقة ما بين المستهلك والمورد في ما يخص مختلف المنتوجات والخدمات وبضائع الاستهلاك والدفاع عن مصالح المستهلكين عبر الجمعيات المتخصصة.

كما يتضمن القانون مقتضيات تتعلق بالممارسات التجارية، ومن بينها منع الإشهارات الكاذبة وضمن إخبار جيد للمستهلك وتنظيم التخفيضات ومنع المبيعات وتقديم الخدمات المرهونة بالعمولات وتنظيم العمليات إسهارية، ويشمل نص القانون سلسلة من الالتزامات بالنسبة للمورد، بالإضافة إلى مقتضيات ترتبط بجمعيات حماية المستهلك وتنظيمهما وتدخلها لدى المحاكم وأيضا خلق مجلس أعلى للاستهلاك.

ومن أجل حماية المستهلك المغربي في مجال المعاملات الالكترونية، فقد خصص المشرع الباب الثاني من القسم الرابع² لبيان المقتضيات الحمائية للمستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد، دون فك الارتباط عن القانون رقم 53.05، ويبدو ذلك من خلال المادة السادسة والعشرون:

يكون عقد البيع عن بعد بوسيلة إلكترونية صحيحا إذا أبرم طبقا للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال وكذا الشروط الواردة في هذا القانون.

كما يتضمن التشريع المذكور العديد من المقتضيات الهامة التي تهدف حماية المستهلك الإلكتروني المغربي منها المادة 29 التي تنص على ما يلي:

دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3 و5 أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة محل العرض؛
- إسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض؛

¹ (الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011))

² (من المادة 25 حتى المادة 44)

- بالنسبة للتاجر السبيرانى: إذا كان خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله ورأسمال الشركة؛
- إذا كان خاضعا للضريبة على القيمة المضافة، فرقم تعريفه الضريبي؛
- وإذا كان نشاطه خاضعا لنظام الترخيص، فرقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها؛
- إذا كان منتما لمهنة منظمة، فمرجع القواعد المهنية المطبقة وصفته المهنية والبلد الذي حصل فيه على هذه الصفة وكذا إسم الهيئة أو التنظيم المهني المسجل فيه؛
- أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال؛
- وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36، ما عدا في الحالات التي تستثني فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور؛
- كفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ؛
- مدة صلاحية العرض وثمنه أو تعريفته؛
- تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد؛
- المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضى الحال، عندما يتعلق الأمر بتزويد مستمر أو دوري لمنتوج أو سلعة أو خدمة؛
- تبلغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد.
- دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وان يمكنه من تأكيد طلبيته أو تعديلها حسب إرادته.))
- ومنها أيضا المادة 36 التي تنص:
- للمستهلك أجل: سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع؛
- ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32. وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك؛

○ تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات؛

○ تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و 42.

وجدير ذكره في هذا الصدد، ومن أجل ضمان حماية المستهلك المغربي في هذا المجال، فإن المادة 44 أكدت أن الأحكام الخاصة بال عقود المبرمة عن بعد تعتبر من النظام العام¹.

وتعزيزا للحماية التشريعية للمستهلك يعتبر العقد آلية قانونية أساسية لإجراء مختلف التصرفات القانونية، وترتيب الحقوق والالتزامات فيما بينهم، وبذلك تعد العقود أدوات عملية متحركة على مستوى الحياة الاقتصادية، ومن هنا تبرز أهمية القانون التعاقد الذي يهدف أساسا لتحديد قواعد القانون ذات الصلة بالتزامات أطراف العقد، ويعد الأمن التعاقد من أهم المبادئ الموجهة لقانون التعاقد، إلى جانب كل من الحرية التعاقدية، والعدالة التعاقدية، والنزاهة التعاقدية، وبصفة عامة يقصد بالأمن التعاقد توقع للمخاطر التعاقدية وتجنبها، وعلى الأخص على مستوى تحديد المسؤولية العقدية.

وارتباطا بتطور طرق التعاقد ظهر نمط جديد من المجتمعات هو المجتمع الرقمي أو مجتمع المعلومات، الذي عرف بكونه المجتمع الذي يعتمد في تطوره أساسا على المعلومات والحاسب الآلي وشبكات الاتصال الحديثة، وبالتالي كان ضروريا تدخل المشرع لإقرار حجية المراسلات والعقود الإلكترونية وكذا التوقيع الإلكتروني، لمساعدة القضاء على تسوية المنازعات المتصلة بالمعاملات الإلكترونية.

وفي هذا السياق صدر الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية². وينقسم هذا القانون من باب تمهيدي وقسمين: قسم أول يتناول صحة المحررات المعدة بشكل إلكتروني أو الموجهة بطريقة إلكترونية، وقسم ثان يعالج النظام القانوني المطبق على التوقيع الإلكتروني المؤمن والتشفير والمصادقة الإلكترونية. وقد حاول المشرع المغربي اعتماد مقاربة قانونية تسعى لوضع قواعد قانونية توطر مجالا

¹ () تنص المادة 44: "تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام"

² () صدر بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007

يتميز بالتطور المتلاحق والسريع بطبيعته غير المادية، كما حاول المشرع من خلاله تغطية الفراغ التشريعي الذي خلقه التطور الهائل والمتسارع للتقنيات الجديدة للإعلام، كما حرص أيضا عند سنه لهذا القانون الالتزام بمجموعة من الضوابط والقواعد المرجعية على الصعيد الدولي، باعتبار طبيعة هذه الميادين والمجالات الجديدة التي أضحت مشتركة بين كافة الدول.

وعليه فقد سعى المشرع المغربي إلى تهيئة بيئة قانونية تناسب التطور المذهل في مجال المعاملات التي تتم بطرق الكترونية، وبالتالي الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الإلكتروني، ويأتي في هذا السياق صدور القانون المغربي المذكور المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.(1) وقد وضع هذا القانون النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة الكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة الكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني، كما يحدد هذا القانون الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة.

من أهم الضمانات التي سعى إلى تحقيقها القانون رقم 05. 53 وضع الأساس القانوني للمعاملات الإلكترونية من خلال وضع إطار قانوني جديد لهذه المعاملات الإلكترونية، وإعطاء المحررات الإلكترونية سواء المعدة بطريقة إلكترونية أو التي يتم تبادلها إلكترونيا نفس القوة والقانونية للمحررات الرسمية الثبوتية والعرفية، وتحديد ضوابط قانونية لمختلف المعاملات الإلكترونية المؤمنة وإقرار قواعد مرجعية لممارسة مهمة مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وتحديد ضوابط مراقبة نشاطه من قبل سلطة وطنية مختصة، مع وضع قواعد جديدة لضمان الأمن الإلكتروني من خلال حماية المعاملات الإلكترونية عن طريق إقرار قواعد للتوقيع الإلكتروني.

وقد أكد القانون رقم 05-53 أن الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية أو المذيلة بتوقيع الكتروني والمختوم زمنيا تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف على الشخص الذي صدرت عنه، أي موقعة توقيعيا الكترونيا مؤمنا أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق.

(1) هذا القانون جاء مكون من 43 مادة

- وحسب مقتضيات المادة 6 من نفس القانون، يتعين أن يستوفي التوقيع الإلكتروني المؤمن، الشروط التالية:
- أن يكون خاص بالموقع؛
 - أن يتم أنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية؛
 - أن يضمن وجود ارتباط بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليه؛
 - أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة.
- وأضاف القانون رقم 05-53 في المادة 10 أن العلاقة تثبت بين المعطيات التي تُمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع بشهادة الكترونية. وتتمثل هذه الشهادة في سند يتم إعداده بشكل الكتروني، ويمكن أن تكون هذه الشهادة بسيطة أو مؤمنة.
- وتعتبر الشهادة الإلكترونية حسب مدلول المادة 11 شهادة الكترونية مؤمنة عندما يقدمها مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية معتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية، وتتضمن المعطيات التالية:
- الإشارة إلى أن هذه الشهادة مسلمة باعتبارها شهادة الكترونية مؤمنة؛
 - هوية مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا اسم الدولة التي يوجد مقرها بها؛
 - اسم الموقع صاحب الشهادة الإلكترونية المؤمنة او اسمه المستعار عند وجوده، وفي هذه الحالة يتعين التعريف بهذه الصفة؛
 - الإشارة عند الاقتضاء إلى صفة الموقع حسب الاستعمال الذي خصصت له الشهادة الإلكترونية؛
 - المعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن؛
 - تحديد بداية ونهاية مدة صلاحية الشهادة الإلكترونية؛
 - الرقم السري للشهادة الإلكترونية؛
 - الرقم السري للشهادة الإلكترونية؛
 - التوقيع الإلكتروني المؤمن لمقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي سلم الشهادة الإلكترونية؛

- عند الاقتضاء شروط استخدام الشهادة الالكترونية، ولا سيما المبلغ الأقصى للمعاملات التي يمكن أن تستخدم فيها الشهادة المذكورة.

وإذا كان القانون رقم 05.53 أثر بشكل أساسي على فصول قانون الالتزامات والعقود المغربي بفعل تعديل بعض نصوصه أو إضافة أخرى جديدة متصلة بالبيئة المعلوماتية، إلا انه يتضمن كذلك مجموعة من النصوص الجزئية (1)، والتي تساهم في مكافحة الجرائم المعلوماتية، نذكر منها المادة 29 التي تعاقب كل من يقدم خدمات للمصادقة الالكترونية المؤمنة خلافا للمادة 20 أو دون أن يكون معتمدا أو من يواصل نشاطه رغم سحب اعتماده (2).

أما المادة 31 فتعاقب على الإدلاء العمدي بتصاريح كاذبة أو تسليم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الالكترونية (3).

ومن أجل ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة الكترونية وضمن سريتها وصحتها، فرض المشرع حماية خاصة لوسائل التشفير من خلال المادة 32 التي تجرم استيراد أو استغلال أو استعمال إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات التشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص، كما انه يمكن للمحكمة الحكم بمصادرة وسائل التشفير المعنية (4).

كما جرم المشرع المغربي كل استعمال لوسيلة تشفير لتمهيد أو ارتكاب جناية أو جنحة أو لتسهيل تمهيدها أو ارتكابها لكن ذلك لا يطبق على مرتكب الجريمة أو المشارك في ارتكابها الذي يسلم إلى السلطات القضائية أو الإدارية، بطلب منها، النص الواضح للرسائل المشفرة وكل ما يلزم لقراءة النص المشفر (5).

¹ من خلال الباب الثالث من القسم الثاني من هذا القانون والذي عنوانه العقوبات والتدابير الوقائية ومعابنة المخالفات.

² تنص المادة 29 (يعقب بغرامة من 10000 إلى 100000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل من قدم خدمات للمصادقة الالكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 21 أعلاه أو واصل نشاطه رغم سحب اعتماده أو اصدر أو سلم أو دبر شهادات الكترونية مؤمنة خلافا لأحكام المادة 20 أعلاه)

³ تنص المادة 31 (بصرف النظر عن المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 إلى 500000 درهم كل من أدلى عمدا بتصاريح كاذبة أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الالكترونية)

⁴ تنص المادة 32 (يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة يبلغها 100000 درهم كل من استورد أو صدر أو ورد أو استغل أو استعمل إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص المنصوص عليهما في المادتين 13 و14 أعلاه.

يجوز للمحكمة أيضا أن تحكم بمصادرة وسائل التشفير المعنية)
(5) المادة 33

ولتحقيق حماية جنائية للتوقيع الالكتروني عاقبت المادة 35 كل استعمال غير قانوني للعناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير (1). كما حمى المشرع المغربي، من خلال المادة 37، حجية الشهادة الالكترونية عبر تجريم الاستمرار في استعمالها بعد مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها (2).

وإذا كانت حريات وحقوق الأفراد قد حظيت بعناية كبيرة من قبل مختلف الأجهزة التشريعية وفي مختلف النظام السياسية بالتأكيد عليها أولا في دساتيرها، وإفراد قوانين خاصة عادية لها، فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان مرورا بالإعلان العالمي 1948، ووصولاً إلى العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، قد شدد على الحياة الخصوصية وبالخصوص في المادتين 18، و19. لكن أسرار الحياة الخاصة، والحرمان الشخصية أصبحت بفعل التقدم التكنولوجي مهددة ومخرقة ومنتهكة نظرا لفعل التطور التكنولوجي.

ولمواجهة هذه الظاهرة الجديدة الناتجة عن التطور التكنولوجي وأثره على حقوق الإنسان، تدخلت الدول بالخصوص في أوروبا وأمريكا لتقنين وحماية البيانات الشخصية وإصدار تشريعات لهذا الغرض، وفي نفس الآن لحماية الخصوصية من الاعتداءات، أيًا كان مصدرها، وتلزم مواقع الانترنت، خاصة منها المسجلة لجمع المعطيات والمعلومات، أي حماية الأفراد من أي اعتداء على خصوصياتهم وبياناتهم.

وإذا كانت المعاملات الإلكترونية تثير مشاكل عديدة بشأن توفير الحماية القانونية للمستهلك عند قيامه بالتعاقد الالكتروني، ومن أهم هذه المشكلات تلك المتعلقة بحمايته من الإطلاع على بياناته الاسمية أو الشخصية (3) التي يقدمها قبل أو أثناء عملية إبرام العقد، كما يتم الوصول إلى البيانات الشخصية للمستهلك عن طريق تتبع استخدامه للانترنت للكشف عن رغباته، ولذلك كان المستهلك في حاجة لتوفير

¹ (1) تنص المادة 35 (يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10000 إلى 100000 درهم كل من استعمل، بوجه غير قانوني، العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير)

² (2) تنص المادة 37 (يعاقب بغرامة من 10000 إلى 100000 درهم وبالحبس من سنة أشهر إلى سنتين كل صاحب شهادة الكترونية استمر في استعمال الشهادة المذكورة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها)

³ (3) Office fédéral de la justice, le nouveau media interroge le droit, rapport d'un groupe intertemental sur des questions relevant du droit pénal, du droit de la protection des données et du droit d'auteur suscité par Internet, Berne, mai 1996. voir cet article sur le site: www.ofg.admin.ch

أنظر كذلك مرجع المهندس / حسام شوقي : حماية وأمن المعلومات على الإنترنت ، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2003 ، ص. 136

حماية قانونية للبيانات الاسمية أو الشخصية، ويستخدم بعض التجار البيانات الاسمية والعناوين الالكترونية عبر الانترنت لإغراق المستخدمين بالدعاية لمنتجاتهم، بما قد يؤدي إلى إعاقة شبكة الاتصالات أحيانا، بالإضافة إلى تحمل المستهلكين لتكاليف باهظة بسبب إنزال الدعاية التي تتخذ شكل البريد الالكتروني والإطلاع عليها(1)، ويمكن استخدام المعلومات التي تمت معالجتها في غير الأغراض المخصصة لها ، مما أدى إلى المطالبة إلى أن تكون المعاملات غير اسمية، وان تكون عملية تتبع الأثر خاضعة للمراقبة(2)، خصوصا انه ظهرت جهات متخصصة في التعامل والاتجار في البيانات الشخصية المتواجدة على قواعد البيانات الخاصة ببعض الجهات.

وبخصوص تحديد مفهوم البيانات الشخصية اختلف الفقه القانوني في تحديدها فمثلا البعض يرى بان هذه البيانات هي تلك المتعلقة بالحياة الخاصة للفرد، كذلك الخاصة بحالته الصحية والمالية والمهنية والوظيفية والعائلية. ويرى البعض بان البيانات الشخصية تتفرع لأنواع: فهناك بيانات تتعلق بحرمة الحياة الخاصة للإنسان، وهناك بيانات تسمح برسم صورة لاتجاهاته وميوله، ومنها تلك المتعلقة باتجاهاته السياسية ومعتقداته الدينية وتعاملاته المالية والبنكية وجنسيته وهوايته.

وقد أصبحت البيانات الشخصية المعالجة الكترونيا ذات أهمية على المستوى الدولي، وهذا ما جعل الأمم المتحدة تتبنى عام 1989 دليلا يتعلق باستخدام الحوسبة في عملية تدفق البيانات الشخصية ، وبتاريخ 1990/12/14, تبنت الهيئة العامة دليل تنظيم استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية (3).

وقد سار المشرع المغربي مع التوجه التشريعي في العديد من الدول التي تهدف تحقيق حماية فعالة للبيانات الشخصية، فأصدر القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بتاريخ 18

1 (د/ عبد الكريم عالي): الحماية القانونية للإنسان من مخاطر المعلومات, رسالة دكتوراة, كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية, الرباط, 1995, ص18

2 (Charlotte-Marie pitrat-Laurent le veneux: Protection du consommateur et des données personnelles. voir le site: www.finance.gouv.fr

3 (GUIDELINES CONCERNING COMPUTERIZED PERSONAL DATA FILES. Adopted by the General Assembly on 14 December 1990: Francesco Miani: le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'union européenne, revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, n2, 2000, p283

فبراير 2009(1)، ويتضمن هذا التشريع 51 مادة موزعة على ثمانية أبواب. وتبدو أهمية هذا القانون في كونه سيساهم في تقوية ثقة المستهلك المغربي في المعاملات الالكترونية والاستفادة من مزايا التجارة الالكترونية، وسيشكل هذا التشريع كذلك أداة هامة لحماية الحياة الخاصة والبيانات الشخصية للمواطن المغربي خصوصا في مجال المعلومات، وقد أوضح المشرع ذلك صراحة في مستهل المادة الأولى من هذا القانون، بحيث تنص المادة الأولى:

(المعلومات في خدمة المواطن وتتطور في إطار التعاون الدولي. ويجب الا تمس بالهوية والحقوق والحريات الجماعية أو الفردية للإنسان. وينبغي ألا تكون أداة لإفشاء أسرار الحياة الخاصة للمواطنين.....)2.

وقد جاءت المادة الأولى بمجموعة من التعريفات لبعض المصطلحات ذات العلاقة بتطبيق هذا التشريع الجديد، نختار منها مصطلح معطيات ذات طابع شخصي(3) ومصطلح معالجة(4). ففيما يخص المصطلح الأول فيمكن تعريفه وفق المادة المذكورة بكونه كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه. أما المصطلح الثاني فيعني وفق نفس المادة كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات طابع شخصي، مثل التجميع أو التسجيل أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع....

وقد نص هذا التشريع على إحداث اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي(5)، وهذه اللجنة هي المكلفة بتفعيل أحكام هذا القانون والسهر على التقيد به، وضبط عمل المسؤولين عن معالجة المعطيات الشخصية بالمغرب (المادة27).

¹ يمكن الحصول على هذا القانون من الجريدة الرسمية المغربية عدد5700 بتاريخ 23 فبراير 2009، ص552

² يهدف هذا القانون كما جاء في ديباجته إلى تمكين المنظومة التشريعية المغربية من أداة قانون خاصة تعمل على ضمان حماية ناجعة للمعطيات الشخصية، وحماية المواطن من الاستعمال التعسفي لمعطياته ذات الطابع الشخصي، وإلى ملاءمة القانون المغربي مع التشريعات الدولية.

³ (Données à caractère personnelles)

⁴ Traitement

⁵ (الجدير ذكره انه قد صدر مرسوم رقم 165-09-2 بتاريخ 21 ماي 2009 الموافق 25 من جمادى الأولى 1430 لتطبيق القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وقد أوضح هذا المرسوم بشكل مفصل شروط وطرق تعيين أعضاء هذه اللجنة وكيفية إدارتها وقواعد عملها.

وما يهمننا ضمن القانون المغربي رقم 08-09 هو الباب السابع الخاص بالعقوبات، والذي جاء بمجموعة من النصوص التي تحمي عمليات المعالجة وتحمي المعطيات الشخصية المعالجة، ومن أهم المواد نجد المادة 53 التي عاقبت بالغرامة من 20000 درهم إلى 200000 درهم في حالة رفض المسؤول عن المعالجة حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض المنصوص عليها في المواد 7 و 8 و 9 من القانون رقم 08-09 (1).

كما جرمت المادة 63 عملية نقل معطيات ذات طابع شخصي نحو دولة أجنبية خرقا لأحكام المادتين 43 و 44 من هذا القانون (2).

كما نجد هذا التشريع الجديد تطرق للحالات التي تؤدي للاستعمال التعسفي أو التبادلي للمعطيات المعالجة أو إيصالها لأغيار غير مؤهلين من طرف المسؤول عن المعالجة أو كل معالج من الباطن أو كل شخص مكلف بفعل مهامه بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي، وقد حددت العقوبة من 6 أشهر إلى سنة وبغرامة من ألف درهم إلى 300 ألف درهم (3).

أما المادة 63(4) فقد عاقبت كل مسؤول عن المعالجة في حالة رفضه تطبيق قرارات اللجنة الوطنية، المذكورة سلفا، والتي أحدثها القانون المغربي رقم 08-09. وتجدر الإشارة إلى أنه وفق التشريع المذكور تضاعف عقوبات الغرامة الواردة في نصوص هذا التشريع إذا كان مرتكب إحدى المخالفات شخصا معنويا، دون المساس بالعقوبات التي قد تطبق على المسيرين. مع إمكانية معاقبة الشخص المعنوي بالمصادرة والإغلاق (5).

¹ () تنص المادة 53 (يعاقب بغرامة من 20000 إلى 200000 درهم عن كل مخالفة كل مسؤول عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي يرفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض المنصوص عليها في المواد 7 و 8 و 9 أعلاه)

² () تنص المادة 60 (يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20000 درهم إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من نقل معطيات ذات طابع شخصي نحو دولة أجنبية خرقا لأحكام المادتين 43 و 44 من هذا القانون)

³ () المادة 61 من هذا القانون

⁴ () تنص المادة 63 (يعاقب كل مسؤول يرفض تطبيق قرارات اللجنة الوطنية بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 10000 إلى 100000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط)

⁵ () المادة 64 من هذا القانون.

بطلان التصرفات العقارية ومخاطر زعزعة الأمن القانوني

د. حميد اليسيضي

استاذ باحث بالكلية متعددة التخصصات الرشيدية

جامعة مولاي اسماعيل

مقدمة:

حقيقة أن هذا الموضوع هو نتيجة تفكير طويل حول موضوع المساهمة التي يمكن ادراجها ضمن أحد المؤتمرات الوازنة والذي يعالج اشكالية دولية تتعلق بكيفية مواجهة الدولة للمخاطر الامنية للسياسات العمومية. وهو موضوع الساعة وله راهنيته خاصة مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في ظل عولمة كونية تخترق الحدود كما تخترق الدول وتنبني على فلسفة البقاء للأقوى اقتصاديا. اخترت موضوع قديم حديث وهو بطلان التصرفات العقارية ومخاطر زعزعة الأمن القانوني والذي يقع ضمن محور المخاطر الأمنية والقانونية حيث قسمته إلى محورين:

1 - بطلان التصرفات العقارية بين مبدأ الإلزامية وتحقيق البعد الحمائي

للأمن العقاري

2 - دور المحرر الرسمي في ترسيخ الأمن والاستقرار العقاري.

حيث سيتم التطرق لمفهوم الأمن القانوني الذي تزايد الاهتمام به، بفعل ما يعرفه العالم المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، بشكل أصبحت معه هذه التحولات توحى بعدم الاستقرار في حياة البشر. وأصبح على القانون والقضاء والنظام القانوني عموما مواجهة تحديات جديدة دون تأثير سلبي، مع الحفاظ على دور هذه المؤسسات كعامل استقرار. لأن ما ينتج عن القانون والقضاء وهو يواكب مستجدات الحياة المعاصرة، قد يؤدي أحيانا إلى تزايد في نسبة عدم الاستقرار بدل التقليل منه¹.

انطلاقا من هذه الكلمات المهمة للمرحوم الدكتور عبد المجيد غميحة، يمكننا أن نتلمس أهمية هذا المفهوم في بناء دولة الحق والقانون على أساس توفير الضمانات

¹ - المرحوم الدكتور عبد المجيد غميحة "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي" مجلة الملحق القضائي العدد 42 ماي 2009 ص 4

الكافية التي تجعل المواطن يحس بالاستقرار والطمأنينة والأمان في علاقته مع مختلف التشريعات والقوانين الصادرة عن الدولة الحديثة. في إطار سياستها العمومية الهادفة إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لكن هذا الامر لا يعني أن نقوم بزعزعة استقرار القاعدة القانونية من أجل مكاسب اقتصادية أو غيرها. لأنه في الأصل وجد القانون من أجل تنظيم حياة الناس داخل المجتمع لحماية حقوقهم والحفاظ على مراكزهم القانونية. ومن ثم لا بد للمشرع عدم خلخلة هذا الاستقرار المشروع والذي يستمد مشروعيته من المبادئ التي يقوم عليه الأمن القانوني والمحددة في سبعة مرتكزات أساسية وهي:

- "واجب القاضي بالبحث طبق القوانين المطبقة يوم تقديم الطلب.

- عدم رجعية القواعد القانونية.

- الاثار الملزمة لاتفاقات الأطراف.

- التأويل في أضيق نطاق للنصوص الجزائية.

- احترام اجال الطعون والتقدم.

- احترام حجية الشيء المقضي به.

- حماية مبدأ الثقة المشروعة"¹.

فاحترام هذه المبادئ مع وضع خطة تشريعية استباقية لتطور مختلف القواعد القانونية المنظمة لكافة القطاعات الحكومية حسب التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية الكونية وليس فقط الوطنية يعتبر بوصلة الأمن التعاقدية الذي من خلاله يمكن مواجهة العديد من المخاطر التي قد تؤثر على منسوب الثقة بمؤسسات الدولة. وهذا التخوف المشروع هو الذي دفعنا إلى أن نتساءل عن مدى احترام هذه المقترضات على مستوى القاعدة القانونية العقارية فيما يخص توثيق التصرفات العقارية وإلى أي حد استطاع المحرر الرسمي على الخصوص الحفاظ على الأمن والاستقرار العقاري؟

¹ - عبد المجيد غميحة م س ص 6-7

المحور الاول:

بطلان التصرفات العقارية بين مبدأ الإلجارية وتحقيق البعد

الحماي للأمن العقاري

قبل التطرق إلى العلاقة التبادلية ما بين بطلان التصرف العقاري وزعزعة الامن القانوني عموما والعقاري خصوصا وهي علاقة جدلية مرهونة بفشل منظومة تشريعية لا بأس من تعريف جامع مانع للأمن القانوني. انطلاقا من القاعدة القانونية التي تعمل على تحقيق الأمن المادي والمتمثل في حماية الأشخاص والأموال من الاعتداء وتحقيق الأمن القانوني والمتمثل في المحافظة على استقرار المراكز القانونية وقيام الثقة في العلاقات القانونية والقدرة على توقع الأمور مسبقا ورسم وتخطيط العلاقات المستقبلية. فالأمن القانوني في العمق هو الحارس الحقيقي للنظام العام هو الضامن لحماية حقوق الأفراد ومصالحهم، فهو من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها لضمان سيرورة النشاط الاقتصادي والاجتماعي، لذا تلتزم السلطات بتحقيق قدر من الثبات النسبي والاستقرار للعلاقات القانونية بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة لأطرافها. ولكن صرحاء لا يوجد مفهوم متفق عليه لفكرة الأمن القانوني من طرف الفقه لارتباطه بفكرة النظام العام الذي هو بدوره مفهوم زئبقي يرتبط بوجود الدولة بحد ذاتها، وإن كان البعض عرفه بأنه هو مجرد الطاعة لأوامر الدولة ونظمها، فلا بد للأفراد في سبيل الحصول على حقوقهم اللجوء إلى القضاء والكف عن اللجوء إلى القوة والعنف. وهكذا تعددت معاني هذه الفكرة ولكن يتفق الجميع بأن الأمن والاستقرار يتحقق من خلال عدة أمور جوهرية وهي متعلقة بتكوين القاعدة القانونية ومن أهمها: - اعتبار التشريع المصدر الأول للقانون. إذن بعد هذه المحاولة المتواضعة للإحاطة بمفهوم الأمن القانوني ننتقل إلى مفهوم البطلان كمصطلح قانوني تم تنظيمه في قانون الالتزامات والعقود من الفصل 306 إلى غاية الفصل 310 من الباب الاول من القسم الخامس من ظهير 12 غشت 1913 فهو موضوع اخر حيث يعتبر سلاح ذو حدين قد يحمي الحقوق وفي نفس الوقت تضيع بسببه حقوق أخرى. لذلك نجد كتابات ومؤلفات عديدة تتناول نظرية البطلان من جميع الزوايا باعتبارها أهم النظريات في القانون المدني، وذلك لما لها من خطورة من شأنها أن تمس باستقرار المعاملات، ولذلك فقد كانت ولا زالت هذه

النظرية محط اهتمام من لدن التشريع والفقهاء والقضاء، وهو أمر لا يخفى على الطالب المبتدئ بكلية الحقوق فهناك نقاش عميق حول أحكام هذه النظرية. لأن نظرية البطلان ليست نظرية حديثة المنشأ، وإنما هي نظرية تعود للقانون الروماني، إذ الشكلية كانت العنصر السائد في العقود، وعدم مراعاة هذه الشكلية يستتبع بطلان العقد، كما أن الفقه الإسلامي تعرض لهذه النظرية من خلال فقه المعاملات فأفرد لها الفقهاء المسلمين أبواب خاصة لتنظيمها.

وبذلك تبقى نظرية البطلان نظرية قديمة حديثة نظمت مختلف الالتزامات والتصرفات القانونية، على أساس ضمان استقرار المعاملات المدنية بما فيها العقارية بحيث تم إغناء الإطار المفاهيمي لهذه النظرية في محاولة تقريب المفاهيم وتفيد المصطلحات لتحقيق غاية أساسية وهي تبسيط القاعدة القانونية وسهولة تطبيقها على أرض الواقع فتم تحديد كل مفهوم على حدة وكمثال معايير التفريق : بين البطلان و الإبطال باعتبار البطلان جزءا مدنيا يوقع على التصرف القانوني متى توفرت علته، بمعنى آخر أن البطلان يكون بسبب تخلف أحد أركان العقد والمنصوص عليها في الفصل الثاني من ق ل ع 1 أو لوجود نص قانوني يجعل التصرف باطلا. مثلا الشكلية بالنسبة للتصرفات العقارية تعتبر شرط صحة لانعقاد التصرف. وعدم افراغ العقد وفق الشكل المحدد قانونا يجعله باطلا ولو تحققت الأركان. لأن الشكلية بالنسبة للعقود العقارية من النظام العام. ومن ثم تعتبر الكتابة والتوثيق وفق شروط معينة ولدى جهة توثيقية رسمية هي التي تنتج الآثار القانونية المطلوبة وتحقق الامن التعاقدى. وبمعنى آخر أن رسمية العقود سواء الصادرة عن السادة العدول أو الموثقون العصريين اضافة إلى المحرر ثابت التاريخ الصادر عن محامي مقبول للترافع لدى محكمة النقض، هي التي يتم اعتمادها في التداول العقاري لكن الإشكال هنا ما هو مصير التصرفات العقارية التي تمت بحسن نية وتم خلاها انتقال الملكية العقارية ليتم الطعن فيما بعد في زورية مستند أصل التملك ؟ وما هو مصير من العقود العرفية التي تم اعتمادها قبل صدور مدونة الحقوق العينية بالجريدة الرسمية؟ وهل المحامي يملك الأدوات التوثيقية للقيام بهذه المهمة هناك العديد من الاشكالات القانونية التي تهدد الاستقرار والامن العقاري.

¹ -الفصل الثاني من ق ل ع : الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :
1- الأهلية للإلتزام 2-تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للإلتزام 3-شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للإلتزام 4- سبب مشروع للا للتزام.

وكمثال بسيط حول هذا الارتباك التشريعي في الميدان العقاري وعدم وضوح الرؤية وزعزعة الاستقرار التعاقدية. التعامل بالوكالة العرفية ابان التنصيب على رسميتها في اطار محاربة ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير؟ أي الوكالة العرفية و تأثيرها على الامن العقاري. بدأ هذا الأمر بإصدار المحافظ العام مذكرة عدد 20 بتاريخ 21 سبتمبر 2017 موجهة للسادة المحافظين على الأملاك العقارية وفي ما ورد فيها " وبناء عليه وابتداء من يوم 14 سبتمبر 2017 تاريخ صدور القانون رقم 96.16 المذكور بالجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ، فإن جميع الوكالات التي ترمي إلى إبرام التصرفات العقارية المشار إليها في المادة 4 يجب أن تحرر بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض مع لفت انتباهكم في هذا الصدد إلى أن الوكالات العرفية المحررة قبل تاريخ 14 سبتمبر 2017 لا يمكن الاستناد إليها في إبرام التصرفات العقارية بعد هذا التاريخ، وذلك على اعتبار أن الوكالات وإن حررت قبل دخول القانون رقم 69.16 حيز التنفيذ. فإن العبرة بتاريخ إبرام التصرف لا بتاريخ تحرير الوكالة. مادام أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تنتج اثارها القانونية إلا عند إبرام التصرف المعني بها."¹

وأول ملاحظة يمكن ملاحظتها أن مضمون هذه المذكرة يتعارض مع أحد المبادئ الدستورية وهو أنه ليس للقانون أثر رجعي كما هو منصوص عليه في الدستور أي عدم رجعية القانون حسب الفصل السادس من دستور 2011. مما يهدد الامن القانوني والعقاري على الخصوص. ويجعلنا نتساءل عن مصير التصرفات العقارية التي أبرمت بحسن نية ووفق التشريع الجاري به العمل وقت إبرام التصرف. لأنه من المسلم به أن كافة التصرفات الجارية على الشكل الصحيح وفق القوانين القديمة صحيحة وقانونية ومنتجة لأثارها ولو صدرت مقتضيات قانونية جديدة تضع أحكاما جديدة لنفس التصرفات ومختلفة عن تلك التي أبرمت فيها هذه الأخيرة.²

وهذه المذكرة هي مثال بسيط على عدم احترام تدرج القاعدة القانونية لأن المذكرة 20 أتت بقواعد مخالفة لمقتضيات دستورية واعتبرت الوكالة العرفية المبرمة قبل دخول مستجدات المادة 4 الخاصة برسمية الوكالات الخاصة بالتصرفات

¹ - مذكرة المحافظ العام عدد 20 بتاريخ 21 سبتمبر 2017 موجهة للسادة المحافظين على الأملاك العقارية

² - فؤاد الصامت "القواعد الموضوعية للامن العقاري الطبعة الثانية 2018 دار السلام ص 392

العقارية غير مؤسسة على مرجعية قانونية سليمة وهو امر مرفوض يهدد استقرار العلاقات التعاقدية ويفصل التصرف القانوني عن اثاره رغم أنهما كيان واحد هدفه حماية المراكز القانونية.

ونحن نعلم جميعا أن من سمات الدولة الحديثة محاولة توفير امن قانوني لمواطنيها،

وذلك لتفادي مفاجئتهم مع نصوص القوانين والتشريعات في الدولة، وهدفها تحقيق الاستقرار التعاقدية مع تلبية حاجات المجتمع من خلال ترسانة قانونية منسجمة غايتها خدمة المواطن والمجتمع ونشر الطمأنينة والأمان بمختلف أنواعه تشريعي اجتماعي اقتصادي. فالقانون وضع للراقي بالإنسانية. فهل استطاعت أن تحقق هذا الأمر من خلال التنصيب على رسمية التصرفات العقارية ذلك ما سنتعرض إليه من خلال التطرق للمحرر الرسمي العدلي وتأثيره على الأمن العقاري.

المحور الثاني:

دور المحرر الرسمي في ترسيخ الأمن والاستقرار العقاري.

لقد استوجب المشرع ضرورة إبرام التصرفات العقارية في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض تحت طائلة البطلان. رغبة في القضاء على ازدواجية المحررات وخلق الثقة لدى المتعاملين والأغيار وتحقيق الأمن العقاري ولمعالجة هذا الموضوع سأطرق إلى نقطتين: دور الوثيقة العدلية في استتباب الأمن العقاري الفقرة الأولى، ثم في الفقرة الثانية إلى دور رسمية التصرفات العقارية في الحد من ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير.

الفقرة الأولى: دور الوثيقة العدلية في استتباب الأمن العقاري

يعتبر المحرر الرسمي وسيلة قانونية أوجدها القانون لحماية المعاملات العقارية، على أساس ضمان استقرار المراكز القانونية في بعدها الحمائي والوظيفي. لكن الإشكال يطرح نفسه عندما تفقد هذه التصرفات أحد أركان صحتها وتهدد استقرار هذه العلاقة التعاقدية وتهدد النظام العام، الذي من خلاله يتحقق الأمن القانوني العقاري. لذلك ينبغي تطوير هذه المحررات بحيث تواجه مختلف التحولات القانونية والاجتماعية والاقتصادية لتحافظ على الاستقرار التعاقدية ولمعالجة هذه النقطة ينبغي أولاً دراسة الوثيقة العدلية دراسة معمقة

لمكانتها المتميزة لدى المواطن المغربي لقدسيتهما التعبدية، حيث أن السادة العدول ومنذ زمان بعيد هم في الأصل فقهاء متمكنون من علوم الشريعة وعلى دراية بأحوال الناس والمجتمع. فهذه الثقة والطمأنينة بوأت هذه الوثيقة مركز الصدارة على مستوى توثيق التصرفات التعاقدية وخصوصا في الميدان العقاري والعقار الغير المحفظ على الخصوص الذي يمثل تقريبا 80% من مجموع الوعاء العقاري. وهذا يجعلنا نتساءل كيف استطاعت هاته الوثيقة أن تحقق هذا الأمن العقاري؟

الجواب على هذا السؤال من خلال العناصر التالية:

أولا - يعتبر محرر الوثيقة العدلية بمثابة شهادة تخضع للمعايير والمقاييس التي تنظم الشهادة كوسيلة إثبات رسمية رئيسية، وهذا هو توجه المقنن المغربي حالا حول مبدأ رسمية العقود¹.

ثانيا- بناء الوثيقة العدلية وإخراجها في صياغتها الرسمية، يعتبر مؤشر حقيقي يعكس قوة الضمانات الحمائية التي تمنحها للتصرفات التعاقدية وكذلك ضمان تحقيق الأمن القانوني. حيث تمر من مراحل متعددة من تلقي الشهادة وسماع أقوال المتعاقدين، ثم تحرير الشهادة من مذكرة الحفظ إلى الرسم العدلي ليخاطب عليها قاضي التوثيق لتكتسب صفتها الرسمية.

ثالثا- إن الخصوصية التي تميز مهنة التوثيق العدلي كمهنة لها مكانة خاصة داخل المنظومة التوثيقية لا يتولاها إلا من توفر على أهلية خاصة تجمع ما بين المروءة والصدق والتكوين الشرعي والقانوني هذا من جهة ومن جهة أخرى أن المراحل المتعددة التي يمر بها المحرر العدلي من تلقي وشهادة والخطاب يجعلها تمتلك حجة اثباتية قوية مما ينعكس على جودة المحررات العدلية. وهذا الأمر يقلل من المنازعات المتعلقة بها ويساهم في استتباب الامن القانوني والعقاري على الخصوص.

هذه الخصائص جعلت المحرر العدلي يحافظ على الأمن التعاقدي والقانوني للمغاربة منذ الأزل قبل ظهور جهات أخرى عصرية للتوثيق، لذلك ينبغي أن نستغل هذا الزخم القانوني المتراكم منذ قرون ونقوم بتطويره لمواكبة مستجدات العصر لتقليل المنازعات وتحقيق الاستقرار التعاقدي. والقضاء على مختلف الظواهر السلبية

¹ - عبد السلام البوريني، ضمانات الوثيقة العدلية في توثيق التصرفات العقارية سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 23 ص 277

التي تمس أمن واستقرار المواطن المغربي ومنها ظاهرة خطيرة الاستيلاء على عقارات الغير فكيف يمكن الحد من هذه الظاهرة؟

الفقرة الثانية: دور رسمية التصرفات العقارية في الحد من ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير

حماية الملكية العقارية من التعدي والتراخي والاستيلاء من الوظائف الأساسية للدولة الحديثة، لأنه لا يختلف اثنان حول الدور الذي يلعبه العقار في تحقيق التنمية بمختلف أنواعها. لهذا تم تحصين المنظومة العقارية بالعديد من القواعد القانونية، والإجراءات الشكلية لضمان استقرار المعاملات العقارية وضمان الحكامة العقارية وحماية المتعاملين بصفة عامة. لكن الإشكال أن المشرع أثناء صياغته للعديد من القواعد العقارية ترك

ثغرات قانونية وخصوصا على مستوى توثيق التصرفات العقارية، مما شجع مافيا العقارات على اقتحام هذا السياج الأمني القانوني والسطو على عقارات الغير حيث تفتشت الظاهرة، لتتدخل أعلى سلطة في البلاد صاحب الجلالة للدعوة إلى حل هذه المعضلة القانونية من خلال الرسالة الملكية الموجهة لوزير العدل بتاريخ 30 دجنبر 2016....

حيث تعتبر المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية مبررا قانونيا للسطو، على أملاك الغير إضافة إلى أنه لا يمكن تصور إسقاط أو تقادم أسمی الحقوق، بمدة زمنية قصيرة وبدون علم صاحبها.

وقد جاء في قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط¹، صادر في 4 نونبر 2010 في الملف عدد 2009/274/1402 والذي قضى بأنه "إذا كانت إرادة المالك الحقيقي للعقار منعدمة في إنشاء عقد بيع توثيقي منجز بناء على وثائق ثبت زوريتها بمقتضى قرار جنائي، فإن هذا التصرف لا يرتب أي آثار قانونية بنقل الملكية إلى المشتري ولو كان حسن النية، ويلزم الطرف المشتري برد الشيء موضوع العقد إلى المالك الحقيقي، وحسن نيته لا تفيده إلا في تملك الثمار إلى غاية تاريخ رفع الدعوى.

1 - قرار عدد 200 صادر في 4 نونبر 2010 في الملف عدد 1402/274/2009: منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف الرباط عدد 3 السنة 2013 الصفحة 120.

ويظهر من خلال هذا القرار أن القضاء سار في اتجاه صحيح وأنصف المالك الحقيقي بأن ضمن له حقوقه، خلاف ما جاءت به المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، مما يستدعي التدخل من طرف المشرع لتعديل المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، وجعلها تذهب في مسار حفظ الحقوق، وتحقق استقرار المعاملات وبعث الثقة بين المتعاملين في المجال العقاري.

هذا وقد توجه المشرع مؤخرا نحو إدخال تعديلات على المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، بأن أدخل الوكالات الخاصة بإبرام التصرفات العقارية إلى دائرة الرسمية، وقد أشارنا إلى هذا الموضوع في الفقرة الأولى.

كما أن المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، تحتاج إلى تعديل للحد من ظاهرة الاستيلاء والسطو على عقارات الغير بخطى ثابتة. إضافة إلى فرض رسمية العقود القانونية الخاصة بالعقار، لأنها بكل بساطة ستحقق الحماية القانونية المطلوبة وتقلل من حدة المنازعات وتؤدي بلا شك إلى الاستقرار التعاقدية، وثبات العلاقات القانونية مما يحقق الأمان الحقيقي، كما أن هذا التوثيق الرسمي سيضمن التوازن العقدي ويقلل من الشروط التعسفية الإذعانية وخصوصا ما بين الشركات العقارية والمواطن البسيط على أساس أن هذه التصرفات ستتم أمام موثق باعتباره شاهد ثقة من الغير ويمثل الشرعية. فقد كرس المشرع قاعدة الرسمية لما لها من مزايا حمائية واعتمد العقد التوثيقي بدلا من العقد العرفي والذي يتم تحريره بدون إتباع شكلية خاصة أو إجراءات أو ضوابط قانونية، فهو أقل ضمانا من العقد الرسمي بخصوص حماية المتعاملين وتصرفاتهم. وفي حالة إتباع شكل آخر غير رسمي واعتماد الشكل العرفي في صياغة التصرف العقاري فمصير العقد البطلان المطلق وإعادة الطرفين إلى الحالة الأولى التي كانا عليها قبل التعاقد وهو ما أشرنا إليه في بداية المقالة، وفي الأخير ينبغي التأكيد على أن للتوثيق دور مهم في تحقيق الأمان القانوني والعقاري، وكذا تحقيق استقرار المعاملات العقارية.

غير أنه إذا كان تحقيق الأمان العقاري هو الغاية التي يسعى إليها المشرع

المغربي ويؤكد

عليها من خلال نيته نحو التوجه لرسمية العقود في المعاملات العقارية وعمله على تعميمها، فإنه يتعين بداية الانتقال من مجرد الرغبة التشريعية إلى العمل على إيجاد حلول للإشكالات التي تتخلل النظام التوثيقي ككل، سواء على المستوى القانوني أو على المستوى العملي، ومنها عدم التعارض بين أحكام المنظمة لمهنة

التوثيق العصري مع خطة العدالة وعدم تحديد المشرع لطبيعة المحررات الثابتة التاريخ والمقصود منها، مما يهدد مبدأ إقرار الرسمية التي أتت بها المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ويكرس لمبدأ ازدواجية التوثيق العقاري.

خاتمة:

وختاماً يمكن القول إنه لحل إشكالية المخاطر الناتجة عن الامن قانوني في مجال السياسة العقارية بصفة عامة ببلادنا لابد من اتخاذ مجموعة من التدابير:

أولاً: تحيين وتحديث الترسانة القانونية المتعلقة بالتشريع العقاري والمدني، لأنه لا يعقل أن تبقى العديد من الظواهر تعود إلى فترة الحماية سارية المفعول بحيث يتم اعتمادها في تنظيم العديد من الأنظمة العقارية كأراضي الكيش وأملاك الدولة الخاصة وغيرها. كما ينبغي الحد من التضخم التشريعي بتجميع النصوص القانونية المتعلقة بالأنظمة العقارية في مدونة خاصة جامعة مانعة؛

ثانياً: تعميم نظام التحفيظ العقاري والقضاء على ازدواجية النظام العقاري؛

ثالثاً: توحيد الأنظمة التوثيقية بالمغرب، بحيث تكون جهة واحدة مكلفة بالتوثيق التعاقدية تخضع لتكوين علمي وأخلاقي رفيع المستوى وتكون على دراية باستخدام الوسائل التكنولوجية، ومتمكنة من بعض اللغات الأجنبية مع إصدار مدونة للتوثيق على غرار ما هو معمول به في باقي الدول حيث يعتبر هذا الأمر من المطالب الأساسية للهيئة الوطنية للعدول، تنزيلاً لأحكام الدستور، وتحقيقاً للأمن التوثيقي والتعاقدية؛

رابعاً: إحداث منصة أو بوابة رسمية لتوثيق كافة المعاملات العقارية، ووضع جميع البيانات الخاصة بذلك العقار انطلاقاً من هوية إلكترونية ثابتة كما هو معمول به في ادارة تسجيل المركبات والعربات المتنقلة؛

خامساً: إعادة النظر في المادة 2 والمادة الرابعة لمدونة الحقوق العينية الصادرة وفق قانون 08 39 لأنها تهدد الاستقرار التعاقدية وتشكل خطورة على الأمن القانوني العقاري؛

سادساً: توحيد الاجتهاد القضائي في المنازعات العقارية لتحقيق الأمن العقاري والدعوة في نفس الوقت إلى سياسة تشريعية واضحة المعالم قائمة على مبدأ الحفاظ على الأمن القانوني، وكتعبير عن حسن نية تكون أول مبادرتها إلغاء المادة الثانية من الحقوق العينية.

أنماط المسؤولية الجنائية البيئية بين الثابت والمتغير

ياسين الكميوش

دكتور في الحقوق

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - فاس

مقدمة:

تعد مسألة حماية البيئة من أعقد قضايا العصر التي تستحوذ على اهتمام المتخصصين في شتى المجالات ومختلف المجتمعات الإنسانية مهما تباينت نظمها القانونية والاجتماعية، فبعدمها كان الاهتمام بقضايا البيئة بمثابة نوع من الرفاهية التي لا قبل لدول العالم الثالث به؛ أضحى وسيلة يلهث الجميع ورائها في محاولة لإنقاذ كوكب الأرض الذي نعيش عليه من الدمار والخراب الذي أصبح في تزايد مستمر بفعل الطفرة النوعية التي حدثت في استغلال الموارد الطبيعية وإنتاج الطاقة، كما انعكس التقدم الصناعي الهائل الذي شهده العالم على البيئة وعناصرها، إذ زادت نسبة التلوث والتدهور البيئي وأصبحت البيئة غير قادرة على تجديد عناصرها الطبيعية واختلال توازن عناصرها، وبات مستقبل الحياة على الأرض مهدداً بأخطار جسيمة نتيجة لتصرفات الإنسان واعتداءاته المتزايدة على البيئة¹. ومن هنا وجد الإنسان نفسه أمام واقعا مؤلما، فقد فسدت التربة بالمبيدات، وتلوث الهواء بالدخان والإشعاعات، وتعكرت البحار ببيع الزيوت النفطية، وتسمنت الأنهار بفعل النفايات وبدأت الغابات تحتضر، والسلالات تنقرض والطقس يضطرب والموازن الطبيعية تختل، وظهرت أمراض جديدة لا براء منها، وفيروسات فتاكة لا ترى بالعين المجردة ولا يجدي معها علاج، وأصبحت الحروب دمارا شاملا².

¹ أعطى المشرع المغربي "البيئة" تعريفا واسعا، قائلا في المادة 3 من القانون المتعلق بحماية واستصلاح البيئة 11.03 " هي مجموعة العناصر الطبيعية والثقافية التي تمكن من تواجد الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية وتساعد على تطورها... إلخ".

² دقت منظمة الصحة العالمية ناقوس الخطر، في تقريرها الصادر 6 مارس 2018 لما تشهده البيئة العالمية من ملوثات خطيرة تتسبب سنويا في وفاة 1.7 مليون طفل نتيجة النفايات الإلكترونية الناشئة عن إعادة تدويرها - تناول المواد الكيميائية الضارة عن طريق الغذاء والماء والهواء والمنتجات المحيطة بهم - وتردي الخدمات الصحية وارتفاع الإصابة بالمواد الكيميائية كالزئبق والرصاص والفلورايد الناتجة عن بقايا الحروب التي يشهدها العالم...، كما دعت منظمة الصحة العالمية حكومات الدول إلى تحسين

لذا أصبح هذا الموضوع يفرض نفسه على الساحة الوطنية والدولية مع بروز الإحساس بخطورة ظاهرة التلوث البيئي وفداحة الآثار المترتبة عليها، حيث لفتت انتباه المفكرين والعلماء وحتى عامة الناس على المستوى المحلي، ومن ثم أصبحت الدول تسعى جاهدة للمحافظة على البيئة كقيمة اجتماعية تستحق الحماية نظرا لأهميتها على الفرد والمجتمع.

كما شهد النصف الثاني من القرن العشرين اهتماما متزايدا بحماية ورفع الوعي البيئي لدى الأفراد للحفاظ على البيئة، وذلك بانعقاد المؤتمرات والاتفاقيات الدولية والإقليمية الداعية للحفاظ على بيئة نقية صالحة للاستعمال البشري، على أسس علمية ومنهجية صحيحة؛ حيث زاد الاهتمام العالمي بالبيئة بعد وقوع عدد من الكوارث البيئية الناجمة عن تعدي الإنسان على البيئة والوسط الطبيعي الذي يعيش فيه مع غيره من الكائنات الحية الأخرى، وبصفة خاصة بعد غرق ناقلة البترول الليبيرية " توري كانيون Torry-Canyon " أمام شواطئ المملكة المتحدة في ماي 1967¹، ومن ثم تنبتهت الأمم المتحدة للخطر البيئي المهدد للبشرية، فوجهت الجمعية العامة الدعوة إلى عقد مؤتمر عالمي حول البيئة، وذلك للبحث عن حلول ناجعة لمشاكل التلوث العديدة وغيرها من الأضرار التي تهدد المجالات البيئية، وبعد اجتماعات تمهيدية مكثفة تم عقد مؤتمر البيئة الإنسانية بستوكهولم بالسويد سنة 1972، وتبنى هذا المؤتمر شعار "أرض واحدة فقط"²، الذي تمخض عنه إقرار مجموعة من المبادئ والتوصيات³، التي

جودة المياه الصالحة للشرب والصرف الصحي والخدمات الصحية والحد من تلوث الهواء ودحر تأثير تغير المناخ والتي تؤثر جميعها على صحة الأطفال للوقاية من المخاطر البيئية، قصد بلوغ أهداف التنمية المستدامة التي سطرتهها المنظمة وأهمها وضع نهاية لوفيات المواليد والأطفال حديثي الولادة والأطفال دون سن الخامسة بحلول عام 2030. أنظر تقرير منظمة الصحة العالمية 6 مارس 2017 بموقع: [www. Who.int.ig/](http://www.who.int/ig/) تاريخ الاطلاع: 2019 /09/12. التاسعة صباحا.

¹ تعد ناقلة البترول "توري كانيون Torry- Canyon" التي كانت تحمل العلم الليبيري من أضخم ناقلات البترول في العالم، حيث كانت تحمل 880 ألف برميل من البترول الخام الكويتي، وقد تحطمت في 17 مارس 1967 في بحر الشمال أمام الشواطئ الإنجليزية، وتسرب منها 60 ألف طن من البترول، حيث نتج عنه هلاك الآلاف من الطيور البحرية، وموت كميات هائلة من الأسماك، وقدرت أنذاك تكاليف نظافة الشواطئ بحوالي 8 ملايين دولار. أنظر: www.eufje.org/uploads.com/36474htm تاريخ الإطلاع: 6 شتنبر 2019. التاسعة صباحا.

² Voir : Eric Naim-Gesbert, « Pour une théorie générale du droit de l'environnement » R.J.E, vol 39, 2014, p 5 et 6.

³ تمخض عن مؤتمر ستوكهولم بالسويد، 109 توصية و 26 مبدأ لدعم حماية البيئة، ومن بين أبرز هذه المبادئ نذكر المبدأ 24 الذي جاء فيه:

تعد وبلا جدال بمثابة الركيزة الأساسية لكافة البحوث العلمية والقانونية في المجال البيئي.

كما شكل مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية المعروف باسم " قمة الأرض " المنعقد في ريو دي جانيرو بالبرازيل خلال شهر يونيو 1992، محطة هامة لإقرار حق الدول في استثمار مواردها الطبيعية شريطة ألا تسبب ضررا للبيئة؛ كما تناول مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين 1995، حماية البيئة وبحث إمكانيات وصعوبات أعمال العدالة الجنائية لتكثيف التعاون الدولي لمكافحة الآثار الضارة الناجمة عن الجرائم التي ترتكب ضد البيئة، وقد دعا المؤتمر إلى ضرورة التنسيق على كافة الأصعدة الوطنية والدولية، في إتباع أساليب مبتكرة لمعالجة ما يتطلبه القانون الجنائي من شروط بشأن إدخال الجريمة البيئية لنطاق التجريم وأدلة إثباتها، خصوصا عندما تكون آثار الجريمة البيئية واسعة الانتشار¹.

وغيرها من المؤتمرات التي حظيت فيها البيئة وقضايا الجرائم البيئية بالاهتمام والعناية، خصوصا قمة المناخ أواخر سنة 2015 بباريس²، ومؤتمر الأطراف حول التغيرات المناخية الذي عقد أيام 7 إلى 18 نونبر 2016 بمراكش³ قصد توقيع اتفاق ملزم بين الدول لمواجهة التهديدات الخطيرة التي

Le principe 24 du déclaration de la conférence des Nation Unies sur l'environnement proclame que : « les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité, une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés et indispensable pour limiter efficacement prévenir réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans les respect de la souveraineté et des intérêts de tous les Etats ».

¹ أنظر: الفصل السادس من المؤتمر التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، المنعقد ما بين 29 أبريل و8 ماي، القاهرة، مصر سنة 1995.

² مؤتمر باريس بشأن تغير المناخ أو اتفاق باريس (Accord de Paris) "كوب 21" هو أول اتفاق عالمي بشأن المناخ، جاء عقب المفاوضات التي عقدت أثناء مؤتمر الأمم المتحدة 21 للتغير المناخي في باريس ما بين 30 نونبر 12 دجنبر 2015 من أجل الوصول إلى اتفاق دائم ومتوازن وملزم قانونيا. صادقت عليه 195 دولة.

³ مؤتمر مراكش بشأن الاحتباس الحراري أو كوب 22 هو مؤتمر واجتماع قمة جرى عقده في مراكش خلال الفترة ما بين 7 و18 نونبر 2016، ويعد هذا المؤتمر النسخة 22 من مؤتمر الأطراف

أصبحت تشهدها دول المعمور، والوصول إلى الحلول الناجعة لمعالجة هذا النوع من الجرائم المستحدثة.

كل هذه المؤتمرات حتمت على الدول ومن بينها المغرب، إصدار تشريعات بيئية وملاءمتها مع المرجعية الدولية، من أجل تأمين المجال البيئي ضد الأضرار والأفعال غير المشروعة، الناتجة عن سوء استعمال الموارد الطبيعية¹. وترتب عن هذا التطور الهائل في مجال الاهتمام بقضايا البيئة ومشاكلها المختلفة ظهور بوادر الحماية انعكست على جميع الدول، حيث بدأت كل الدول بما فيها المغرب؛ تصدر تشريعات خاصة بمكافحة التلوث وحماية البيئة وعناصرها المختلفة من كافة أفعال المساس بها، لذلك شهدت السنوات الأخيرة اهتماما بالغا بموضوع الأضرار البيئية كواحدة من أبرز الجرائم التي تقترب في حق المجتمع، الأمر الذي دعا معظم الدول إلى إعطاء الأولوية لموضوع حماية البيئة وادارجه ضمن أجندتها الوطنية، وسعت الدول إلى تكريس هذه الحماية من خلال سن عدة تشريعات وقوانين تعنى بالبيئة وعناصرها المختلفة.

بيد أن الحماية الجنائية للبيئة لم تأتي إلا في مرحلة متأخرة بعدما عجزت القواعد القانونية المدنية والإدارية على توفير الحماية اللازمة للبيئة من أفعال التلوث وكافة أشكال الاعتداء الأخرى، إذ لوحظ غياب فعالية النصوص القانونية المدنية والإدارية والدولية في ردع مرتكبي أفعال التلوث البيئي². حيث تتنوع الأفعال التي تشكل اعتداء على البيئة بقدر تنوع وتعدد العناصر البيئية المختلفة (ماء، هواء، نبات، حيوان، تربة،...)، والتي تصلح كقيم اجتماعية محل التجريم؛ فكل عنصر من هذه العناصر يتعرض لاعتداء بصورة مختلفة عن غيره من العناصر، سواء كان هذا الاعتداء في شكل نشاط إيجابي أو سلبي، عمدي أو غير

(cop22) حسب اتفاقية الأمم المتحدة المبدئية بشأن التغير المناخي، وشاركت فيه 196 دولة، ويأتي "كوب 22" كتكملة "كوب 21" التي أحرزت تقدما مهما، وتندرج هذه الدورة في إطار الجهود المبذولة لبلورة مختلف المحاور المنصوص عليها في اتفاق باريس، والتي وقعت عليه كل الوفود البالغ عددهم 195 والمتعلق بخفض احتواء الاحترار العالمي لأقل من درجتين.

¹ إن تطور الترسانة القانونية البيئية ببلادنا تأثرت بالأحداث والتطورات التاريخية التي شهدتها المغرب، فبعد أن كانت البيئة وباقي المجالات الأخرى ينحصر تنظيمها وتأطيرها من طرف الشريعة الإسلامية المتمثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع، أضحت مصدرها الرسمي لاسيما بعد 1965 يتمثل أولا في التشريع ثم العرف والقواعد الدينية والاجتهاد القضائي والفقه.

² Dominique Guihal, droit répressif de L'environnement, 3^{eme} Edition, economica, Paris France, 2008, p 203.

عمدي، سلوك مجرم في حد ذاته أم لا بد من تحقق نتيجة مادية، وبالتالي تحدد كل جريمة من الجرائم المنصوص عليها صورة النشاط المادي المتطلب حتى يقع تحت طائلة التجريم والعقاب¹، ونتيجة لتعدد صور الاعتداء على البيئة فقد أصدر المشرع المغربي العديد من القوانين سعياً منه لحماية البيئة بمختلف عناصرها، إذ صدرت عدة قوانين لحماية البيئة الأرضية والمائية والهوائية وحماية التنوع البيولوجي وغيرها من العناصر الأخرى².

مما لا شك فيه أن حق الفرد في الحرية أساس مشروع شريطة أن لا يمس حقه هذا حرية وحقوق الآخرين، وهكذا فحق الإنسان في العيش ضمن بيئة سليمة حق مكفول دستورياً³، فإن هذا الحق مقيد بضرورة مراعاة حقوق الآخرين، وكذا مراعاة البيئة كقيمة اجتماعية وإنسانية وأخلاقية، وكل تصرف مشين تجاه عناصرها يجب أن يشكل مصدراً للمسؤولية بصورة عامة، يؤاخذ فيها الشخص على تصرفاته، وترتدي هذه المؤاخذة طابعاً عقابياً قد يكون جنائياً وقد يكون مدنياً.

وباعتبار القانون الجنائي البيئي يشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون الجنائي العام بعناصره الثلاثية، الجريمة- العقوبة- المسؤولية، تبقى هذه الأخيرة من

1 الجريمة البيئية باعتبارها سلوك إجابي أو سلبى سواء كان عمدي أو غير عمدي، يصدر عن شخص طبيعي أو معنوي يضر أو يحاول الإضرار بأحد عناصر البيئة، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. أنظر: Jacques-Henri Robert et Martine Rémond-Gouilloud, « Droit Pénal de l'environnement », Masson, Paris, 1983 p 30.

(2) يتوفر المغرب على ترسانة قانونية بيئية ضخمة تشمل مختلف عناصر البيئة، وتغطي مجموعة من المجالات، (مياه وغابات ونباتات وتطهير ومكافحة التلوث وحماية الثروة الحيوانية... إلخ)، منها ما صدر قديماً وحديثاً، وأهم هذه النصوص القانونية على سبيل المثال وليس الحصر: ظهير 1914 المتعلق بالمؤسسات المزججة والمضرة بالصحة - ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها- ظهير 28 نونبر 1973 المتعلق بالصيد البحري... إلخ، كما تم تدعيم الترسنة البيئية بصدور قوانين حديثة لحماية البيئة من قبيل قانون 36.15 المتعلق بالماء، قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة- وقانون 12.03 بدراسة التأثير على البيئة- وقانون 13.03 المتعلق بمحاربة تلوث الهواء وقانون 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها- قانون 99.12 بمثابة ميثاق البيئة والتنمية المستدامة - قانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل، قانون 09.13 المتعلق بالطاقات المتجددة قانون رقم 77.15 يقضي بمنع صنع الأكياس من مادة البلاستيك واستيرادها وتصديرها وتسويقها واستعمالها... إلخ.

³ ما يحسب للدستور المغربي لسنة 2011 أنه اعتبر الحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة حقاً من الحقوق الأساسية لجميع المواطنين على قدم المساواة، وذلك في الفصل 31 من الدستور الباب المتعلق بالحرية والحقوق الأساسية، كما عمل المشرع على إحداث المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، يدلي برأيه في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة، في الباب الحادي عشر (الفصول 151-152-153).

أهم الإشكالات التي تطرح بحدة في مجال البيئة، حيث إن القاضي الجنائي في المادة البيئية يجد صعوبة أحيانا في تحديد الشخص المسؤول المباشر عن ارتكاب الفعل الإجرامي، لكون الأشخاص المعنوية قد طغت بشكل واضح على الساحة التنموية، مما جعل كذلك مهمة البحث عن الشخص الطبيعي المسؤول في ظلها تزيد من حدة هذه الصعوبة.

وإذا كان المقصود بالمسؤولية عن الجرائم البيئية تحمل الجزاءات المقررة قانونا لكل من يمس بسلامة عناصر البيئة، فإن كل شخص طبيعي أو معنوي ساهم في الإضرار بهذه العناصر يعد مرتكبا لجرم المساس البيئي¹. ولذلك تقوم المسؤولية الجنائية في القانون على الالتزام بتحمل الفاعل للجزاءات التي تفرضها القواعد القانونية بسبب مخالفة أحكامها، وهذه الجزاءات لا تطل كمبرأ عام إلا الإنسان المرتكب للفعل، تكريسا لأحد المبادئ المؤطرة للقانون الجنائي الكلاسيكي، ألا وهو "مبدأ شخصية العقوبة الجنائية"، لكن وأمام التطورات والتغيرات التي عرفتها المجتمعات الحديثة، واستيعابها لمعظم الأنشطة في المجتمع، وزيادة مساحة الخطر الذي يهدد الأفراد جراء هذا النشاط، الأمر الذي أدى في النهاية إلى حماية المتضررين، من خلال إقرار مسؤولية الشخص المعنوي دون خطأ ينسب إليه تقاديا لإعسار ممثله القانوني وعدم قدرته على تعويض المتضررين، تماشيا مع الخصوصية التي تطبع الجرائم البيئية، وإن كان شمول الأشخاص المعنوية للعقوبة طرح نقاشا فقهيًا وإشكالات عملية، تضاف للمسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي عن الجرائم البيئية.

انطلاقا من هذه التوطئة، يمكن التساؤل حول مدى تطابق أسس المسؤولية الجنائية البيئية مع القواعد العامة المنظمة للمسؤولية الجنائية؟ وتبعًا لذلك سنقوم بتسليط الضوء على تنوع المسؤولية الجنائية البيئية، من خلال التطرق للمسؤولية الجنائية البيئية للشخص الطبيعي (المبحث الأول)، قبل الحديث عن مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة البيئية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية البيئية للشخص الطبيعي

¹ بخدة مهدي، المسؤولية الجنائية البيئية، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، ع التجريبي، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2011 ص 34.

بتطور النظام القانوني و بروز معطيات جديدة في ميدان المسؤولية الجنائية، ومن أجل ضمان حماية فعالة للمصالح الجوهرية المشروعة ضد بعض صور الإجرام الخطير لاسيما ما تعلق منه ذلك المرتكب في إطار المشاريع الاقتصادية الكبرى، حاولت التشريعات المعاصرة هجر شخصية العقوبة بعقاب أشخاص لم يقرروا الركن المادي للجريمة، والذين لا يمكن أن توجه إليهم تهمة الاشتراك بمعناه القانوني، ومن هذا المنطلق برزت فكرة المسؤولية الجنائية عن فعل الغير.

فالصورة التقليدية للمسؤولية الجزائية تتمثل في مسؤولية الشخص الطبيعي عن خطئه الشخصي، أما مسؤولية الشخص عن فعل غيره، فأساسها المسؤولية عن الجرائم المرتكبة من طرف غيره. فهاتان الصورتان من المسؤولية الجنائية تجدان تطبيقا واسعا لهما في القوانين البيئية، رغبة من المشرع توفير حماية فعالة للبيئة. وفي ظل خصوصية هذه المسؤولية سيتم تناول مسؤولية الشخص الطبيعي عن فعله الشخصي في (المطلب الأول)، على أن يتم الحديث عن شروط المسؤولية الجنائية عن فعل الغير في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إسناد المسؤولية الجنائية البيئية

تقتضي المسؤولية الجنائية تحمل الشخص تبعات أفعاله التي يعتبرها القانون الجنائي جريمة تستوجب توقيع العقاب، ومن المسلم به أن المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي لا تثير أية إشكالية لأنها الصورة التقليدية للمسؤولية الجنائية، لكن واقع الحال يجعل هذا القول غير ذي جدوى أمام ما يعترض جرائم تلوث البيئة من صعوبات خاصة على مستوى تحديد الفعل الشخصي، وما يرافقه من صعوبة في تحديد المسؤولية عن الجريمة البيئية¹.

فقد يشترك عدد من الأشخاص في ارتكاب الجريمة البيئية سواء وجد بينهم اتفاق أو تفاهم (رابطة معنوية) أم لم يوجد، فتتحدد مسؤولية كل منهم على أساس ما اقترفه من أفعال ما دامت النتيجة الإجرامية المحظورة قانونا قائمة، فإن تعذر معرفة نصيب كل منهم في إحداثها اعتبر الجميع مسؤولين عنها؛ وعلى هذا الأساس جرم القضاء الفرنسي، فعل أربعة مصانع قامت بإلقاء مواد ضارة في

David Deharbe, « le droit de l'environnement industriel 10 ans de ¹ jurisprudence » Ed, Litec 2002 p 291.

مجرى أحد الأنهار وذلك بصرف النظر عما إذا كان التلوث قد تم بفعل أحد هذه المصانع من عدمه¹.

لهذا يلاحظ على المشرع الجنائي البيئي، نادرا ما يقرر في النصوص الخاصة بجرائم البيئة شخصية الفاعل² فمعظم النصوص تجرم بألفاظ عامة بالقول " كل من... " أو " من تسبب في... "، وبذلك يترك للقاضي مسؤولية تحديد من هو فاعل الجريمة الذي يقصده القانون³. إلا أن هذا لا يمنع من القول إن هناك بعض النصوص التي تجرم الأفعال الضارة بالبيئة، والتي يحدد فيها صفة الفاعل، ولكن هذه المقتضيات محدودة والغرض منها تحديد مسؤولية كل من يرتكب الفعل أو يساهم فيه وذلك بتجريم نشاطه.

ومن هنا نهج المشرع البيئي مساءلة الشخص الطبيعي عن جريمة البيئة معتمدا في ذلك على ثلاثة وسائل وهي الإسناد القانوني (الفقرة الأولى)، والإسناد المادي (الفقرة الثانية) ثم الإسناد الاتفاقي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الإسناد القانوني

يقصد بالإسناد القانوني تلك الطريقة التي يتولى فيها المشرع البيئي تحديد بشكل دقيق ومباشر صفة الفاعل أو تعيين شخص أو عدة أشخاص كفاعلين للجريمة؛ وذلك بغض النظر عن الصلة المادية بين شخصية الفاعل وبين الفعل الضار بالبيئة، أي بصرف النظر عن كون هذا الشخص هو مرتكب الأفعال المادية المكونة للجريمة أم لا. كما هو الحال مثلا في المادة 61 من قانون رقم 27.13 المتعلق بالمقالع⁴ والتي تنص على " يعاقب بغرامة من خمسة آلاف درهم (5.000) إلى عشرين ألف (20.000) درهم: كل مفوت ومفوت له لاستغلال مقلع لا يصرحان إلى الإدارة بتفويت هذا الاستغلال وفقا لمقتضيات

1 Jean Lamarque, «Droit de la protection de la nature et de l'environnement» L.G.D.J, Paris, 1973, p 479

2 باستثناء ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها، الذي يعد أهم القوانين تعبيراً عن إسناد المسؤولية الجنائية للأفراد الذاتيين، كما هو منصوص عليه مثلا ضمن الفصل 34 والذي جاء فيه " كل من حرث أو زرع أو غرس أرضا من أراضي الغابة يحكم عليه بدعيرة تتراوح من 2000 إلى 12000 فرانك عن كل هكتار محروث أو مزروع أو مغروس...".

3 فرقان معمر، المسؤولية الجزائية عن الجريمة البيئية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع 1، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2015 ص 165 .

4 ط ش رقم 1.15.66 صادر في 21 من شعبان 1436 (9 يونيو 2015) الصادر بتنفيذ القانون رقم 27.13 المتعلق بالمقالع، ج ر ع 6374 بتاريخ 15 رمضان 1436 (2 يوليو 2015)، ص 6082.

المادة 33 أعلاه؛ ... " كما نجد أيضا **المادة 11** من القانون رقم **11.03** المتعلق بحماية واستصلاح البيئة¹ تحمل مسؤولية " كل شخص يملك أو يشغل منشأة مصنفة أن يتخذ كل التدابير اللازمة للوقاية ولمحاربة تلوث البيئة وتدهور الوسط الطبيعي، وذلك طبقا للمقتضيات التشريعية والتنظيمية... "

نفس التوجه نجده في التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي رقم 599 الصادر في 7 يونيو 1976 بشأن التلوث الناتج عن عمليات الدفن والإغراق تنفيذًا لاتفاقية أوسلو لعام 1972 الخاصة بمنع التلوث البحري الناجم عن إلقاء النفايات من السفن والطائرات، إذ يعاقب مالك السفينة أو المشغل لها باعتباره شريكا في جريمة الإغراق التي ترتكب بدون أمر منه.

لذلك تقوم مسؤولية الشخص في ظل الإسناد القانوني، حسب الصفة التي حددها المشرع ولو لم يكن هذا المسؤول قد ارتكب بنفسه الفعل الضار بالبيئة.

الفقرة الثانية: الإسناد المادي

تتحقق المسؤولية الجنائية وفق الإسناد المادي، عندما ينسب لشخص ما الفعل المادي سواء كان إيجابيا أو سلبيا المكون للجريمة البيئية، إذ يعتبر مسؤولا عن الجريمة البيئية كل شخص طبيعي يرتكب النشاط المادي المكون للجريمة بنفسه أو مع غيره، أو الشخص الذي يمتنع عن اتخاذ التدابير والإجراءات التي تقضي بها القوانين البيئية، حيث تستعمل نصوص التجريم في هذا الإطار عبارات فضفاضة وعامة من قبيل "كل شخص"، "من تسبب" أي الفاعل المادي للجريمة البيئية².

علاوة على ذلك، يقوم الإسناد المادي على إدراك الرابطة المادية بين السلوك المجرم ومرتكبه، وعليه فالشخص يعد مرتكبا للجريمة البيئية إذا كان هو المنفذ الأساسي للعناصر المادية كما حددها القانون أما جريمة الامتناع فيعتبر فاعلا للجريمة كل من يقع على عاتقه الالتزام بالعمل، وإن كان المشرع البيئي يميل دائما إلى توسيع مفهوم النشاط المادي ليشمل عدد المسؤولين حتى يضمن حماية أكبر للبيئة كما هو الحال في **المادة 41** من القانون رقم **09-13** المتعلق

¹ ظ ش رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424 الموافق 12 ماي 2003، الصادر بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، ج رع 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 الموافق 19 يونيو 2003، ص 1900.

² Roselyne Nèrac Croisier, « Sauvegarde de l'environnement et droit » Coll: Sc.Crim, Ed L'harmattan, 2007, p 85-86Pénal

بالبطاقات المتجددة¹ " يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 100.000 إلى مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص يقوم بإنجاز منشأة لإنتاج الطاقة الكهربائية انطلاقاً من مصادر الطاقات المتجددة أو يستغلها أو يقوم بتوسيع قدرتها دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه في المادة 3".

ومن هنا نستنتج أن المشرع لا يحدد الشخص المسؤول بصفته، وإنما يضع عبارات عامة تستوعب كل الأشخاص الممكن مساءلتهم عن الضرر البيئي.

الفقرة الثالثة: الإسناد الاتفاقي

يقوم الإسناد الاتفاقي على أساس اختيار صاحب العمل أو المؤسسة للشخص المسؤول- من بين العاملين لديه - عن كل المخالفات التي ترتكب في حق البيئة، ومن ثم إضفاء المسؤولية الجنائية عليه، لكونه صاحب القرار المفوض له المهام الذي ألحق ضرر بالبيئة². فهذا الأسلوب يزيل الغموض عن الاختصاصات لكل شخص طبيعي يمثل الشخص المعنوي بسبب صعوبة تحديد الشخص المسؤول جنائياً عن الجريمة البيئية التي ترتكب في إطار الشخص المعنوي، وهذا المعيار من شأنه تحقيق ردعاً فعالاً للجرائم التي تمس البيئة، كما جاء في المادة 35 من قانون رقم 30.05 المتعلق بنقل البضائع الخطرة عبر الطرق³ " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 2.000 إلى 8.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- مرسل البضائع الخطرة الذي لا يسلم الناقل التصريح بالإرسال المنصوص عليه في المادة 20 من هذا القانون؛
- ناقل البضائع الخطرة الذي لا يسلم سائق المركبة المخصصة لنقل هذه البضائع نسخة من بطاقة السلامة أو التصريح بالإرسال أوهما معا كما هو منصوص عليهما على التوالي في المادتين 19 و20 من هذا القانون؛

¹ ظ ش رقم 1.10.16 صادر في 26 من صفر 1431 الموافق 11 فبراير 2010، الصادر بتنفيذ، القانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة. ج ر ع 5822 بتاريخ 18 مارس 2010 ص 1118.

² Jean Marie Prinnet et Hublot, « Les crimes contre l'environnement, » Rev.Dr.Pén.Crim, Avril-Juin 1993, p 268.

³ ظ ش رقم 1.11.37 صادر في 29 من جمادى الثانية 1432 (2 يونيو 2011) بتنفيذ القانون رقم 30.05 المتعلق بنقل البضائع الخطرة عبر الطرق، ج ر ع 5956 الصادرة في 27 رجب 1432 (30 يونيو 2011)، ص 3072.

• المرسل إليه الذي يؤجل دون سبب قبول البضاعة الخطرة أو يرفض توقيع إسهاد بتسلمها خلافا لأحكام المادة 32 أعلاه؛ ...".

كما حرص التشريع البلجيكي على اعتماد هذا الأسلوب بالزام صاحب العمل بتعيين أحد العاملين لديه ليتولى تنفيذ الالتزامات والتدابير المنصوص عليها في القوانين واللوائح ومن تم يضحى مسؤولاً جنائياً عن مخالفة هذه النصوص، حيث تنص المادة 20 من القانون البلجيكي الصادر في 22 يوليوز 1974 بشأن النفايات السامة على أن أعمال التخلص من النفايات السامة تكون تحت سلطة شخص مسؤول يعينه صاحب العمل¹.

إن هذا الأسلوب في تحديد المسؤولية يتوخى منه المشرع الحد من الصعوبات التي تعترض القضاء في تحديد الشخص المسؤول عن بعض الجرائم التي يتدخل فيها مجموعة من الأشخاص، خصوصاً تحديد الشخص الطبيعي المسؤول داخل الشركة الملوثة الذي يعد من الأمور التي تثير إشكالات، إما على مستوى الفقه أو على مستوى القضاء، ومرد هذا الإشكال وجود اختلاف في مركز اتخاذ القرار داخل المنشأة من جهة، وتعدد المسؤولين من جهة أخرى، خاصة إذا تعلق الأمر بمنشأة ضخمة تقوم المسؤولية في إطارها، على التضامن بين المسؤولين أو الفاعلين سواء الأصليين أو المشاركين².

هذا ما جعل توجهات السياسة الجنائية المعاصرة تميل إلى إقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي تطبيقاً لمبدأ عدم الإفلات من العقاب، لكن جانباً من الفقه³ يحتفظ على أسلوب الإسناد الاتفاقي كوسيلة لتعيين الشخص الطبيعي المسؤول عن الجريمة البيئية، استناداً إلى الحجج الآتية:

- لا يمكن تعميم هذه المقولة على جميع الأشخاص المعنوية، ذلك أن تعيين الأشخاص المسؤولين قد يؤدي إلى إدانة هؤلاء على جرائم معينة، مقابل إفلات المسؤولين الحقيقيين عن تلك الجرائم.

¹ كريم بنموسى، أحكام المسؤولية في الجرائم البيئية، الأمن البيئي من خلال اجتهادات محكمة النقض، دفاتر محكمة النقض ع 28 سنة 2017، ص 251.

² إلهام العلمي، الحماية الجنائية للبيئة من خلال قانون المنشآت المصنفة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003/2002، ص 168.

³ Bouloc Bernard, « la responsabilité pénale des entreprises en droit français », Rev, int, dr, comp, V 46, N° 2, Avril – Juin 1994 ; p 671

- إن الفائدة العملية لهذا الأسلوب ليست بالقدر الكافي، حيث أن تعيين الشخص المسؤول مسبقاً لا يقيد القاضي عند بحثه عن المسؤول الحقيقي عن الجريمة، كما أنه يحول دون أن يكون عقبة أمام إدانة الجاني.

المطلب الثاني: شروط المسؤولية الجنائية عن فعل الغير

إذا كان المبدأ الثابت في القوانين الجنائية عامة تقضي بشخصية العقوبة، ومن ثمة شخصية المسؤولية، إذ لا يسأل الشخص إلا عن فعله الشخصي، فإنه واستثناء من ذلك، توجد بعض الحالات التي يرتب فيها القانون على شخص مسؤولية عمل قام به غيره؛ وهو ما يسمى بالمسؤولية الجنائية عن فعل الغير، لذلك تنازع الفقه الجنائي في تأصيل هذه المسؤولية، فرأي أول أقامها على أساس نظرية المشاركة في الجريمة¹، فيما أسسها رأي ثاني على نظرية الفاعل المعنوي²، بينما ذهب رأي ثالث إلى نظرية افتراض الخطأ³؛ وعلّة إقرار هذه المسؤولية في مجال الجرائم البيئية، هي توجه السياسة الجنائية الحديثة إلى حث صاحب المنشأة أو القائم عليها على حسن الرقابة والإشراف على تابعيه أثناء مباشرة كل منهم لمهام العمل المكلف به، والعمل على متابعة تنفيذ أحكام التشريع البيئي لحماية البيئة من التلوث والمحافظة على طبيعتها، حيث أوضحت هذه

1 جعل هذا الرأي المسؤول عن فعل الغير بمثابة شريك في الجريمة التي يرتكبها غيره سواء بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة السلبية، وسند ذلك أن القاسم المشترك بين المسؤولية الجنائية عن فعل الغير والإشراك يكمن في الطابع المعنوي، فالمسؤول عن فعل الغير يتصف سلوكه بالصيغة المعنوية، لأنه لا يأتي الفعل الإجرامي بنفسه ولا يتدخل في ارتكابه إذا كان يتكون من جملة أفعال وإنما يحجم عن الوفاء بالتزامه القانوني فيقع الأمر المنهي عنه في العالم الخارجي... إلخ. راجع في ذلك : محمود عثمان الهشري، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1969 ص 19.

2 يرى هذا الرأي أن فاعل الجريمة لا يقتصر على مرتكب الفعل المادي وإنما يشمل حتى من يدفع غيره إلى ارتكابه جريمة مستغلاً في فيه عدم أهليته الجنائية أو حسن نيته تحقيقاً لمصلحته أو من يرتكب الفعل الإجرامي بناء على أوامره، ويطلق عليه الفاعل المعنوي، ومن ثم فإن صاحب المعمل أو المنشأة الذي يأمر أحد تابعيه أو الخاضعين لإشرافه ورقابته بخرق أحكام القانون أو يتركهم بإهماله يقترفان جريمة من الجرائم لحسابه، أو من أجل تحقيق مصلحة خاصة به يعد فاعلاً للمعنوي... إلخ. راجع في ذلك : حسام محمد سامي جابر، الجريمة البيئية، مطبعة دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2011، ص 178.

3 بيد أن هذا الرأي اعتناق المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ليس على أساس افتراض لمسؤولية الجنائية في الشخص، وإنما أسسها على افتراض الخطأ في حقه *la faute présumée*، والذي يتمثل في الإهمال المتبوع على واجب الإشراف والرقابة على أفعال تابعيه، وذلك يعد بمثابة جريمة مستقلة عن جريمة التابع... راجع في ذلك: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، سنة 1981، ص 581.

المسؤولية تمثل أكثر أنواع المسؤولية تمردا على القواعد التقليدية؛ وفي هذا الإطار تنص المادة 41 من ظهير 23 نونبر 1973 المتعلق "بالصيد البحري"¹ يعتبر الأشخاص الآتي ذكرهم مسؤولين عن أداء الغرامات المقررة والعقوبات المدنية المحكوم بها، مجهز بواخر الصيد أو مستأجروها أو المؤمنون عليها من أجل الأفعال التي يرتكبها قواد هذه البواخر ورجال طاقمها، وكذا الأشخاص الذين يشغلون مؤسسات الصيد ومستودعات الرخويات أو القنفاذ أو القشريات من أجل الأفعال التي يرتكبها أعوانهم ومستخدموهم". ومؤدى ذلك تتحقق المسؤولية عن أعمال التابع كلما توفرت ثلاثة شروط: (أولها) وقوع جريمة من التابع، (وثانيها) أن تكون علاقة سببية بين هذه الجريمة ومسؤولية المتبوع، (وثالثها) عدم وجود تفويض من رب العمل يجعل الفعل الذي أقدم عليه تابعه خارج عن نطاق رقابته واختصاصه.

الفقرة الأولى: وقوع الجريمة البيئية من التابع

قيام المسؤولية الجنائية البيئية حيال رب العمل، صاحب المنشأة، يجب أن يأتي التابع سلوك يخضع للوم القانون الجنائي، سواء في صورته العمدية أو غير العمدية؛ ففي نطاق الجرائم العمدية يسأل المتبوع عن جرائم تابعه متى كان القانون يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها حتى ولو انتفى المخاطب بالقاعدة القانونية، وهي ما يطلق عليها الجرائم التنظيمية، ومن ثم فإذا توافر القصد الجنائي لدى الغير لا يحول دون مساءلة المتبوع جنائيا، متى قام في حقه الإخلال بواجب حسن تنفيذ القانون وإعمال الرقابة والإشراف على تابعيه، أما إذا كان المشرع يوجب توافر القصد الجنائي لدى المخاطب بالقاعدة القانونية، فالمتبوع في هذه الحالة لا يسأل عن جريمة تابعه العمدية ما لم يتوافر لديه القصد الجنائي اللازم لقيام هذه الجريمة².

فإذا ما حصلت مخالفة أو إهمال للالتزامات البيئية الملقاة على عاتق المنشأة الصناعية من التابع، كتسريب بعض المواد الملوثة في إحدى المجاري المائية أو سمح بانبعاث مواد غازية سامة في الهواء دون احترام الضوابط المحددة في هذا الإطار، أقيمت مسؤولية الرئيس عن المخالفة أو الإهمال، وليس ضروريا أن

¹ الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.255 بتاريخ 27 شوال 1393 (23 نونبر 1973) المتعلق بتنظيم الصيد البحري، ج ر ع 28 نونبر 1974، ص 2789.

² حسام محمد سامي جابر، مرجع سابق، ص 167.

يسأل جنائيا التابع عن هذه المخالفة، لأن احترام هذه الضوابط يعد من الواجبات الملقاة على عاتق رئيس المؤسسة الممثل لها، الذي يتعين عليه السهر على تأمين قيام التابع بعمله تحت رقابته وإدارته، وبالتالي تحت مسؤوليته الشخصية¹. هذا هو التوجه الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها² المؤسسة لمسؤولية رب العمل عن أعمال التابع حيث جاء فيه " ... إذا كان مبدئيا أن لا أحد يعاقب إلا بناء على فعله الشخصي، فإن مع ذلك يمكن للمسؤولية الجنائية أن تنشأ عن فعل الغير في حالات استثنائية التي تفرض فيها بعض النصوص القانونية على رئيس المقولة واجب ممارسة إشراف مباشر على أفعال المساعدين أو التابعين له خصوصا في الصناعات التي تخضع لأنظمة تملّي مراعاة مصلحة أو متطلبات الصحة أو الأمن العام، فالمسؤولية الجنائية تقع أساسا على عاتق رؤساء المقاولات الذين يفرض عليهم شخصا شروط وطرق استغلال صناعاتهم"³.

الفقرة الثانية: السببية بين الجريمة ومسؤولية المتبوع

يلزم لقيام مسؤولية المتبوع الجنائية عن فعل تابعه أن يصدر عن الأول خطأ شخصي، ويتمثل هذا الخطأ في امتناعه عن تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه أحكام القانون، مما مفاده أن المتبوع قد فرض عليه التزام قانوني معين بأداء عمل محدد، ويتقاعس عن أدائه ويترتب على ذلك وقوع النتيجة المؤثمة

¹ تنص المادة الثالثة من قانون الوقاية من الإشعاعات المؤينة العراقي رقم 99 لسنة 1980 على أنه " يكون مالك المصدر دون غيره مسؤولا عن تعويض جميع الأضرار المتحققة عن مصادر الإشعاع وتعتبر مسؤولية المالك مفترضة بحكم القانون وغير قابلة لإثبات العكس".

² قرار محكمة النقض الفرنسية ع 11 الصادر 24/ فبراير 1965 أشار إليه : عادل الشاوي، مسؤولية رئيس المقولة عن جريمة تلوّث البيئية المرتكبة من طرف تابعيه، دراسة في ضوء العمل القضائي، مجلة القضاء التجاري، ع 3 شتاء/ ربيع 2014 ص 116.

³ وقد جاءت حيثيات القرار في لغته الأصلية كما يلي :

* si en principe nul n'est passible de peines qu'a raison de son fait personnel la responsabilité pénal peut cependant naitre du fait du d'autrui dans les cas exceptionnels ou certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné , notamment dans les industries soumises a des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publique la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprise, a qui sont personnellement imposes les conditions et le mode d'exploitation .de leur industrie*

قانونا، ومن بين هذه الالتزامات حسن اختيار تابعيه بدقة وإسناد العمل إلى الشخص المؤهل له وتزويد تابعيه بالألات والوسائل اللازمة لحمايتهم وحماية البيئة من التلوث وبحسن سير العمل، وأن يكون من شأن امتناعه عن تنفيذ التزاماته الملقاة على عاتقه تحقق النتيجة الإجرامية بفعل أحد تابعيه¹. وأكثر من هذا، ذهبت محكمة النقض إلى القول بأنه " إذا كان الأصل أن العقوبة لا توقع على شخص إلا بناء على فعله الشخصي، فإن المسؤولية الجنائية يمكن أن تتولى مع ذلك عن فعل الغير في الحالات الاستثنائية التي تفترض فيها بعض النصوص القانونية واجب القيام بعمل مباشر بالرقابة على أفعال أحد المساعدين أو التابعين خاصة في الصناعات الخاضعة للوائح الصادرة من أجل سلامة الصحة والأمن العام، فالمسؤولية الجنائية هنا تقع أساسا على رؤساء المنشآت الذين تفرض عليهم شخصا شروط وطرق حسن استغلال صناعتهم"².

وترتبيا على ما تقدم، تنتفي مسؤولية المتبوع الجنائية تجاه فعل تابعه، إذا ما قامت عوامل شاذة من شأنها قطع رابطة السببية بين التزامه بواجب تنفيذ القانون ووقوع خطأ المتبوع الذي يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وعليه قضت محكمة النقض الفرنسية بمسائلة رئيس المقاوله جنائيا عن أفعال الغير التابعين له، باعتبار أن القوانين والقرارات الخاصة بالمنشأة المصنفة التي يتولى رئاستها تفرض عليه التزامات تقضي مباشرة سلطة ورقابة صارمة على أفعال تابعيه، ومساعديه، خصوصا فيما يتعلق بأنظمة حماية الصحة والسلامة والأمن، ولذلك يسأل في مثل هذه الأحوال عن أفعال هؤلاء المخالفين للقوانين³؛ بيد أن التمسك بالمبادئ التقليدية للقانون الجنائي قد لا يسعف في زجر مرتكبي الجرائم البيئية، إذا علمنا أن هذه الأخيرة أصبحت تتخذ أبعادا خطيرة وطنيا ودوليا⁴.

الفقرة الثالثة: عدم وجود تفويض من رب العمل

¹ حسام محمد سامي جابر، مرجع سابق، ص 168.

² هند والي علمي، الحماية القانونية للبيئة بالمغرب وعلاقتها بالتنمية المستدامة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، جامعة مولاي إسماعيل، السنة الجامعية 2015/2016، ص 292.

³ إلهام العلمي، مرجع سابق، ص 170.

⁴ David Deharbe, « le droit de l'environnement industriel 10 ans de jurisprudence », Edition, litec, 2002. p293.

يجب لقيام المسؤولية حيال رب العمل أو صاحب المنشأة على الجريمة التي يرتكبها تابعه ألا يكون قد فوض غيره للقيام بواجب الرقابة والإشراف على تابعيه نيابة عنه، لأن مسؤولية رب العمل أو صاحب المنشأة ترجع إلى خطئه الشخصي الناتج عن امتناعه عن أداء واجب الإشراف والرقابة المفروضة عليه قبل تابعه، طبقاً لأحكام القانون الجاري به العمل¹.

لذلك فإن الأخذ بنظام المسؤولية الجنائية عن فعل الغير يدفع أصحاب المنشآت الاقتصادية والتجارية وغيرها إلى حسن الرقابة والإشراف على تابعيهم، ومحاولة توجيههم للالتزام بأحكام القانون ومتابعتهم بصفة دائمة ومستمرة؛ ومن ناحية أخرى صعوبة إقامة المسؤولية الجنائية بشكل واضح ومحدد تجاه الجريمة البيئية التي وقعت من المنشأة حيال شخص بعينه، وذلك لتشابك الاختصاصات المسندة إلى العاملين بها وتعددتها، الأمر الذي يؤدي إلى شيوع الاتهام وتعثر الوصول إلى الجاني الحقيقي، مما يتعارض واعتبارات العدالة.

ولعل توجه القضاء الفرنسي الذي أحدث تحولاً كبيراً في قواعد المسؤولية الجنائية الشخصية، فإنه علاوة على ذلك ساهم في تكريس قاعدتين أساسيتين: **القاعدة الأولى** تؤكد أن رئيس المقولة هو الذي يتولى بشكل شخصي ومباشر فرض شروط العمل داخل المقولة، كما يتولى رسم وتحديد خطة العمل المراد إنجازها، وتبعاً لذلك فإنه يتحمل المسؤولية الجنائية في حالة ارتكاب جريمة ضد البيئة من طرف أحد تابعيه بسبب الإخلال بشروط العمل داخل هذه المقولة؛ أما **القاعدة الثانية** فمؤداها ما يتمتع به رئيس المقولة من سلطة تنظيمية، تفرض عليه القيام بالإشراف الدقيق والمباشر على كافة تابعيه من أجل تجنب جل الجرائم التي يمكن أن ترتكب داخل المقولة تحت طائلة متابعته جنائياً².

وخلاصة القول، لا يمكن إنكار أن الإسناد الاتفاقي أو ما يعرف بـ "الإنبابة في الاختصاص" قد أوجد تناسقاً في توزيع الأعمال والمسؤوليات داخل المنشأة، فالمبدأ المسلم به اليوم أن رئيس المنشأة لا يعتبر المسؤول الوحيد عن فعل غيره

¹ حسام محمد سامي جابر، مرجع سابق، ص 168.

² « écologique », Patrick Mistretta, « la responsabilité pénale du délinquant Thèse pour obtenir le doctorat en droit, Université Jean Moulin, Lyon, France, 1997-1998 p13

بخصوص الجرائم المرتكبة داخل منشأته، إذ يستطيع إنابة بعض تابعيه المؤهلين في القيام بمهام الإشراف على مراعاة تطبيق القوانين واللوائح، بحيث يترتب على هذه الإنابة أثر معف من العقاب.

المبحث الثاني: مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة البيئية

إن ظهور أنواع جديدة من الجرائم دفعت المشرع إلى نهج سياسة جنائية جديدة، تتلاءم مع طبيعة هذه الجرائم، ولعل الجديد في هذه السياسة الجنائية البيئية هو الاعتراف للمؤسسة (مصنع - سفينة- معمل ...) بالشخصية المعنوية¹، وبالتالي تحميلها نتائج تصرفاتها الخارجة عن القانون الجنائي البيئي الذي وسع من مفهوم المسؤولية الجنائية، لتطال بشكل أكبر الشخص المعنوي الذي أصبح أكثر من أي وقت مضى المسؤول الأول على ارتكاب الجرائم البيئية²، الأمر الذي أسال مداد في الأوساط الفقهية والقضائية بين معارض ومؤيد (المطلب الأول)، إلى أن أدى هذا النقاش إلى تحديد شروطا لمساءلة الشخص المعنوي جنائيا (المطلب الثاني)، مع إمكانية نفيها عنه (المطلب الثالث).

¹ يقصد بالشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة، فتكون قابلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات القانونية الناتجة عن تصرفاته. أنظر: شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية "دراسة مقارنة"، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 3.

² طرحت فكرة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ضمن المؤتمر الدولي الثاني لقانون العقوبات في بوخاريس، لأول مرة في أكتوبر سنة 1929 حيث أشار هذا المؤتمر إلى التزايد المستمر في عدد وأهمية الأشخاص المعنوية وما تمثله من قوة اجتماعية ضخمة في العصر الحديث، وأن أنشطتها التي أصبحت تخالف أحكام قانون العقوبات يمكن أن تحدث بالمجتمع أضرارا بالغة الخطورة، وخلص إلى توصية بأن يتضمن قانون العقوبات الداخلي التدابير الفعالة للدفاع الاجتماعي ضد الأشخاص المعنوية بالنسبة للجرائم التي ترتكب لمصلحتها أو بوسائلها وبالتالي تتحمل مسؤوليتها، وأن تطبيق هذه التدابير يجب أن لا يحول دون معاقبة الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون إدارة الشخص المعنوي، كما ناقشه أيضا المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات الذي عقد في أثينا سنة 1957 بصدد بحثه "الاتجاهات الحديثة في تعريف الفاعل والشريك في الجريمة" وأوصى بأنه "لا يسأل الشخص المعنوي عن الجريمة إلا في الأحوال التي يحددها القانون، وعندئذ يكون الجزاء الطبيعي هو الغرامة، وهو جزاء مستقل عن التدابير الأخرى كالحل والوقف وتعيين حارس، على أن يظل ممثل الشخص المعنوي مسؤولا شخصيا عن الجريمة التي ارتكبتها. أنظر: شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 8-9.

المطلب الأول:

إمكانية مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة البيئية

تعتبر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي من المواضيع التي أثارت نقاشاً فقهيًا لمدة طويلة بعدما أصبح الاعتراف بوجود الشخص المعنوي أمراً واقعاً ومسلماً به في مختلف القوانين الوضعية، لكن الفقه الجنائي التقليدي كان يعارض فكرة تحمل الشخص المعنوي المسؤولية الجنائية، حيث يرى أنه ليس أهلاً لتحملها، ويبني موقفه هذا على مجموعة من الاعتبارات (الفقرة الأولى)، وفي المقابل ظهر اتجاه حديث ينادي بضرورة تقرير مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية لأنه يتمتع بشخصية قانونية تجعله أهلاً لتحمل الالتزامات وأداء الواجبات واكتساب الحقوق، ويستند بدوره على مجموعة من الحجج (الفقرة الثانية)، وإن كان الأمر قد حسم على مستوى التشريع والقضاء (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لمساءلة الشخص المعنوي جنائياً

يعارض هذا الاتجاه فكرة تحمل الشخص المعنوي المسؤولية الجنائية بشكل قطعي، لأنه في الواقع لا يملك الإرادة التي تمنح له الأهلية اللازمة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات القانونية¹، حيث يؤكد أن الشخص المعنوي أو الاعتباري افتراض قانوني ومجازي، اقتضته الضرورة لتحقيق مصالحه، ولا وجود له في الواقع، وليس له إرادة حقيقية يمكن مساءلته عنها، وإنما يستمد إرادته من الشخص الطبيعي الذي يمثله، فهو شخص غير مادي وصوري من صنع القانون، ومن ثم لا يسأل جنائياً لعدم قدرته على ارتكاب الجريمة بركنيها²، أي أن المشرع الجنائي لا يوجه خطابه إلا للشخص الطبيعي الذي يعد وحده صاحب إرادة قادرة على التمييز والإدراك، أما الشخص المعنوي فهو يفتقر للإرادة بمعناها الذي يقصده القانون الجنائي في مجال المسؤولية³، وما دام الأمر

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1989، ص 514.

² عادل ماهر سيد أحمد الألفي، الحماية الجنائية للبيئة، "دراسة مقارنة"، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، السنة الجامعية 2009/2008، ص 325.

³ إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف، القاهرة، سنة 1980، ص

كذلك فإنه لا يتوفر على الإرادة الشخصية التي يتوفر عليها الأشخاص الذاتيين وحدهم، والتي بدونها لا يمكن تصور المسؤولية الجنائية.

فضلا عن ذلك فلا يمكن مساءلة إلا الشخص الطبيعي جنائيا، على اعتبار أن الشخص المعنوي ما وجد إلا لتحقيق غرض مشروع، وحتى وإن خالف القانون فإن المسؤول هو ممثلوه - الشخص الطبيعي- خصوصا وأن أهم العقوبات الجنائية السالبة للحرية يستحيل تطبيقها أبدا في حق الشخص الاعتباري¹.

غير أن هذه الانتقادات لمبدأ مسؤولية الشخص المعنوي جنائيا لم تصمد أما اتساع نشاطات الأشخاص المعنوية وتزايد أعدادها في العصر الحديث تحت شعار التنمية في شتى المجالات، والتي اقتضت ضرورة التفكير في إمكانية مساءلتها جنائيا عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو باسمها، كما سنرى مع الاتجاه المؤيد.

الفقرة الثانية: الاتجاه القائل بمساءلة الشخص المعنوي جنائيا

فرض التطور الحاصل في النشاط الاقتصادي الذي يقوم به الشخص المعنوي ضرورة إعادة النظر في موقف الاتجاه المعارض لمسؤولية الشخص المعنوي الجنائية، والاعتبارات التي يستند إليها؛ ونتيجة لذلك ظهر اتجاه حديث يدعو إلى مساءلة هذا الأخير جنائيا عن الأفعال الإجرامية التي يقوم بها، كما أوصت المؤتمرات الدولية الخاصة بالبيئة² بضرورة الأخذ بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، إذ أن جرائم تلويث البيئة ترتكب عادة بواسطة الشخص المعنوي أكثر من الأفراد.

وقد استند الفقه المؤيد لإقرار مسؤولية الشخص المعنوي جنائيا إلى مبررات كثيرة، ففي الرد على السند المتعلق باقتقاد الشخص المعنوي للإرادة، يذهب أنصار هذا الموقف إلى التسليم بتمتع الشخص المعنوي بإرادة مستقلة، وهي

¹ شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 15.

² كمؤتمر هامبورج الذي انعقد في شنتبر 1979 بشأن " الحماية الجنائية للوسط الطبيعي"، والذي خرج بمجموعة من التوصيات، حيث تضمنت التوصية السادسة ما يلي " ... وحيث أن الاعتداءات الخطيرة على الوسط الطبيعي غالبا ما تكون صادرة عن الشخص المعنوي والمشروعات الخاصة أو العامة أو الدولة يصير من الضروري تقبل المسؤولية الجنائية لهؤلاء وأن يفرض عليهم احترام الوسط الطبيعي تحت تهديد الجزاءات المدنية أو الإدارية...".

- مؤتمر الجمعية الدولية للقانون الجنائي المنعقد في مدينة ريو دي جانيرو بالبرازيل في شنتبر 1994 بشأن موضوع " الجرائم ضد البيئة"، حيث أكدت التوصية الثالثة على ضرورة المساءلة الجنائية للأشخاص المعنوية وتوقيع العقوبات المناسبة لها، شأنها شأن الأشخاص الطبيعية، بل وضرورة ملاحقة الأشخاص المعنوية جنائيا.

ترجمة لإرادات الأعضاء المكونين له، فهذه الإرادة الجماعية ليست بإرادة خيالية ومجازية بل حقيقة مجسدة في كل مرحلة من مراحل حياة الشخص المعنوي، بحيث يعبر عنها بالاجتماعات والمداولات التي تتم بين الأعضاء المكونين له¹. أما بخصوص حجة الإخلال بمبدأ شخصية العقوبة، فهي حجة تنبني على الخلط بين العقوبة والنتيجة غير المباشرة لها، فتوقع العقوبة على الشخص المعنوي، إنما يرد به تحقيق غاية هي حماية المجتمع، فامتداد آثارها إلى الأشخاص المكونين له لا يعني معاقبتهم على الجريمة التي لم يأتونها، وإنما هذا الامتداد بمثابة حافز لهؤلاء من أجل الزيادة في المراقبة واتخاذ كافة الوسائل للحيلولة دون ارتكاب الشخص المعنوي للأفعال الإجرامية²، وامتداد آثار العقوبة للأشخاص الذاتيين، يصدق أيضا على امتداد آثار العقوبة على الشخص الطبيعي بصلة غير مباشرة على أسرته بحيث يحرمون من مورد رزقهم في حالة ما إذا كان هو المنفق عليهم³.

وتأسيسا على الرأي السالف الذكر، فإن إقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في مجال الاعتداء على البيئة ضرورة ملحة فرضتها ظروف اقتصادية واقعية يعيشها العالم، تشكل خطورة بالغة على وجود الكائنات الحية بالمقارنة مع الجرائم البيئية المرتكبة بواسطة الأشخاص الطبيعيين.

الفقرة الثالثة: موقف المشرع من المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

تكتسي المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في المجال البيئي أهمية خاصة، نظرا لكون العديد من جرائم تلويث البيئة تتم عن طريق هؤلاء الأشخاص حين ممارسة أنشطتها الاقتصادية، مما يطرح تعقيدا وتشابكا على نحو يصعب معه تحديد مرتكبي النشاط الإجرامي البيئي والجهة المختصة في ذلك⁴.

¹ محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ج الأول، (بدون دار النشر)، ط 1963، ص 119.

² محمد ملياني، القانون الجنائي العام، مطبعة الجسور، وجدة، سنة 2008، ص 205.

³ يوسف وهابي، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية والحاجة إلى التقنين، مجلة القضاء والقانون، ع 150، سنة 2013 ص 109.

⁴ رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية " دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999، ص 211.

ولقد أقرت أغلب التشريعات الجنائية الحديثة بمبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي¹ نتيجة ما يمثله هذا الأخير من عدوان على عناصر البيئة، لهذا أخذ المشرع الأمريكي بالمسؤولية الصارمة للشخص المعنوي ضمن القوانين الخاصة بحماية الهواء والمياه وتداول المواد الخطيرة على صحة الإنسان، وذلك بعد **”قضية فورد“** التي قضى فيها القضاء الأمريكي بمسؤولية الشركة عن جريمة قتل الخطأ بعدما ثبت تقصيرها في تحذير المستهلكين بنتائج التجارب الأولية التي أدت إلى تسرب الوقود ووفاة ثلاثة أشخاص².

بيد أن المشرع الإماراتي كان أكثر تشددا ووضوحا في تحميل مسؤولية المنشآت الصناعية، حيث وضع القيود والضوابط على كافة المنشآت بعدم ارتكاب أي فعل من شأنه إحداث ضرر بالبيئة المائية سواء كان الفعل تصريفا أو إلقاء، إذ نصت **المادة 35** من قانون 1999 المتعلق بحماية البيئة وتنميتها " يحظر على جميع المنشآت بما في ذلك المجال العام أو التجارية أو الصناعية تصريف أو إلقاء أي مواد نفايات أو سوائل غير معالجة من شأنها إحداث تلوث في البيئة المائية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"³.

كما أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ المسؤولية الجنائية حيال الأشخاص المعنويين، ضمن القانون الجنائي لسنة 1994 الذي نصت مادته **121.2** على أن " الأشخاص المعنوية باستثناء الدولة، تسأل جنائيا وفقا للقواعد المنصوص عليه في **المواد 121.4** إلى **121.7** وفي الحالات المنصوص عليها في القانون أو النظام عن الجرائم المرتكبة لحسابها، وعن طريق أعضائها أو ممثلها"⁴.

¹ مما لا شك أن تحديد المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي في المشروعات الكبيرة كما هو الشأن بالنسبة لشركات المساهمة، التي تعد مصدر تلوث حقيقي للبيئة أمر صعب للغاية، خصوصا في ظل وجود عدة متداخلين في تسيير الشركة، إذن فمن يتحمل المسؤولية هل العامل أم أعضاء مجلس الإدارة أم الرئيس؟ هذه الإشكالات هي التي دفعت إلى إقرار بمسؤولية الشخص المعنوي وإن كان مجرد افتراض ولا يتوفر على إرادة حقيقية.

² حسام محمد سامي جابر، مرجع سابق، ص 176.

³ المشرع الهولندي بدوره أقر هذه المسؤولية ضمن قانون الجرائم الاقتصادية الصادر سنة 1951 إذ جاء في مادته 15 على أن " الجرائم يمكن أن ترتكب سواء من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية."

⁴ Article 121-2 du code pénal Français énonce que : « les Personnes morales à l'exclusion de l'état sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi où leur le règlement des infractions commises pour leur compte, par organes ou représentants ».

وعلى هذا النهج سار المشرع المغربي بموجب **الفصل 127** منه¹، وإن كان هذا الفصل جاء على إطلاقه وحصر فقط العقوبات التي يمكن الحكم بها، لم يحدد أو يحصر الحالات الموجبة للمساءلة الجنائية بالنسبة للشخص المعنوي، وهو ما انعكس على مسألة تطبيق القضاء لهذا الفصل، حيث نجد القضاء المغربي تعامل مع إحدى القضايا البيئية - قضية معمل الفلين بسلا² - بنوع من المرونة، علما بأن هذه الشركة خلفت أضرارا صحية جسيمة وأمراضا في شريحة واسعة من السكان المجاورين للمنشأة³.

والملاحظ من حيثيات القرار، أن الأفعال الواردة فيه هي أفعال جنائية، إذ كان على النيابة العامة تحريك متابعة جنائية في حق الشركة مع تنصيب الأطراف المتضررة كمطالبين بالحق المدني، بدل الاقتصار على معالجة القضية في إطار قواعد المسؤولية المدنية⁴ دون مساءلة جنائية، مما يوضح ضعف تشعب القضاة بثقافة حماية البيئة ضمن هذا الحكم.

علاوة على ذلك، تناول المشرع الجنائي المغربي المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بنوع من الغموض، ضمن **الفصل 127 من ق ج**، وإن كان بعض الفقه⁵ يؤكد أن المشرع قد وضع قاعدة عامة لمساءلة الشخص المعنوي جنائيا بنص صريح لا مجال للمناقشة فيه، ذلك أن الفصل 127 ق ج، ومن خلال وروده في الكتاب الثاني الخاص بالمجرم قد نظر صراحة إلى هذه الأشخاص على مساواة واحدة مع الأشخاص الذاتيين في موضوع الجرائم المرتكبة. في حين كان على

¹ ينص الفصل 127 من ق ج م أنه " لا يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و6 و7 من الفصل 36 ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62".

² حكم رقم 27 صادر عن المحكمة الابتدائية بسلا، ملف جنحي ع 16/2001/96 الصادر بتاريخ 2002/01/21 (حكم غير منشور).

³ حيث جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: "...وحيث إنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال، وانطلاقا من الحالة التي وصلت إليها صحة المدعين الثابتة بمقتضى الشواهد الطبية المستدل بها وفق المقال، ونفس الشيء يقال بالنسبة للبيئة المحيطة بهم والتي حالها كما أشير إليها بالخبرة المرفقة بها يتعين القول بوجود الضرر المشار إليه بالحيثيات أعلاه، وعلاقة السببية بينه وبين الأمراض الأنفة الذكر، الشيء الذي يستدعي الاستجابة لطلب المدعين وفق المسطرة المنطوقة...".

⁴ ينص الفصل 91 من ق ل ع على أنه " للجيران الحق في إقامة دعوى على أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة، إما إزالة هذه المحلات وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير لرفع الأضرار التي يتظلمون منها، ولا يحول الترخيص الصادرة عن السلطات المختصة دون مباشرة الدعوى".

⁵ أحمد الخمليشي، شرح القانون الجنائي " القسم العام"، الطبعة الثالثة، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، سنة 1989، ص 252.

المشرع أن يكون أكثر حزما مع المؤسسات الملوثة للبيئة، ما دامت هذه الأخيرة دائما لها رغبة جامحة في تحقيق المزيد من الربح والإنتاج ولو على حساب المجال البيئي، في ظل وعيها التام بصعوبة إثبات أفعالها وتأخر ظهور النتائج الضارة منها.

وبالرجوع إلى القانون الجنائي البيئي، نلاحظ أن المشرع يوظف في كثير من نصوصه عبارات " كل من... " أو " كل شخص... "، يمكن اعتبارها من ناحية الصياغة القانونية أنها لا تقصي الأشخاص المعنوية من المساءلة الجنائية غير أن ما يعاب عليها أنها جاءت خالية من الحصر والتحديد، وكمثال على ذلك ما نجده في قانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء¹ ينص في المادة 16² منه على مسؤولية كل شخص عن حدوث تلوث، أي أنه لم يحدد بدقة الشخص المسؤول جنائيا، مما يفهم أن المشرع الجنائي البيئي يقر بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، ولكن بطريقة غير دقيقة، وإن كانت المادة 2 من نفس القانون تنص " يهدف هذا القانون إلى الوقاية والحد من انبعاثات الملوثات الجوية التي يمكن أن تلحق أضرارا بصحة الإنسان والحيوان والتربة والثروات الثقافية والبيئية بشكل عام ويطبق على كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص، يمكن أن يحوز أو يستعمل أو يشغل عقارات أو منشآت منجمية أو صناعية أو تجارية أو فلاحية أو منشآت متعلقة بالصناعة التقليدية أو عربات أو أجهزة ذات محرك أو آليات لاحتراق الوقود أو لإحراق النفايات أو للتسخين أو للتبريد...".

كما نجد أيضا ميزة أخرى نفهم منها على أن المشرع الجنائي البيئي يقر بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، بحيث يعتمد في كثير من نصوصه بالنص على عقوبة الغرامة- التي تتناسب والشخص المعنوي- إلى جانب العقوبات السالبة للحرية مع ترك المجال للحكم بإحدى هاتين العقوبتين³، بالإضافة إلى قانون م ج الذي ينص في مادته الثالثة على أن " تمارس الدعوى

¹ ظ ش رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003)، الصادر بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، ج ر ع 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص 1912.

² تنص المادة 16 على " يعاقب بغرامة من ألف 1000 إلى عشرين ألف 20.000 درهم كل شخص مسؤول عن حدوث تلوث وأهمل متعمدا إبلاغ السلطات المعنية بانبعث طارئ وخطير لمواد ملوثة".

³ كما هو الحال بالنسبة للمادة 70، 71، 72، 73، 74، 76 من قانون 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها.

العمومية ضد الفاعل الأصلي للجريمة والمساهمين والمشاركين في ارتكابها سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أم معنويين".

كل هذا يجعلنا نقول بأن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الجرائم البيئية واردة ضمن القانون الجنائي البيئي، وتزكيها القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن، لكن يجب أن يعدل المشرع من صيغه الفضاضة التي لا تخدم مصلحة حماية البيئة بقدر ما تضرها، خصوصا بعد تبنيه لمختلف الاتفاقيات الدولية الرامية إلى تحقيق الأمن البيئي.

المطلب الثاني:

شروط مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة البيئية

إن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في الجرائم البيئية ليست مطلقة، وإنما هناك شروط حددتها معظم التشريعات، أولهما أن تكون هذه الجريمة قد ارتكبت من طرف شخص طبيعي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي (الفقرة الأولى)، وثانيهما ارتكاب الجريمة لفائدة أو لصالح الشخص المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ارتكاب الجريمة من شخص طبيعي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي

لا يكفي أن يكون التصرف المكون للجريمة صادرا ممن يمثل الشخص المعنوي قانونيا بل يلزم فضلا عن ذلك، أن يكون التصرف الصادر عن هذا الممثل في حدود السلطة الممنوحة له طبقا للنظام الأساسي¹، ومفاد ذلك أن الشخص المعنوي بحكم طبيعته لا يمكن أن يرتكب الجريمة بنفسه، وإنما يتصرف عن طريق شخص طبيعي يعبر عن إرادته، وإسناد الفعل الجرمي للشخص المعنوي وفق هذا المبدأ يقتضي معرفة الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة، ما إذا كان يملك التصرف باسم الشخص المعنوي، وبالتالي تعتبر الأفعال الصادرة عنه بمثابة أفعال الشخص المعنوي ذاته أم لا؟.

بالرجوع إلى القانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء نجد المادة 16 منه، تعاقب كل شخص مسؤول عن حدوث تلوث وأهم متعمدا إبلاغ السلطات المعدنية بانبعاث طارئ وخطير لمواد ملوثة... فإذا افترضنا أن الشخص المسؤول عن حدوث التلوث وفقا لهذه المادة، شخص معنوي فإن منطق الأمور

¹ محمد حسن الكندري، المسؤولية الجنائية عن التلوث البيئي، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006 ص 129.

يقول بأن مهمة إبلاغ السلطات المعنية تكون على الشخص الطبيعي الذي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي، فالمسؤولية هنا تقع على الشخص المعنوي. وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد الأشخاص الطبيعيين الذين يسأل الشخص المعنوي عن سلوكهم الإجرامي، حيث نص القانون الجنائي الفرنسي في المادة 121 فقرة 2، على أنه يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جنائياً عندما ينص القانون أو التنظيم على ذلك، عند ارتكاب جرائم لحسابه من طرف أجهزته وممثليه¹، مما يعني أن القانون الفرنسي حصر الأشخاص الطبيعيين الذين يسأل عن أعمالهم الشخص المعنوي، في أعضاء الشخص المعنوي وممثليه. في حين ذهبت بعض التشريعات الأخرى ومنها القانون اللبناني والهلندي إلى توسيع نطاق الأشخاص الطبيعيين، الذين يسأل الشخص المعنوي جنائياً عن أنشطتهم، بحيث لا تقتصر على الأعضاء والممثلين، بل تمتد لتشمل الموظفين والعمال التابعين له²؛ وهذا من شأنه أن يوفر حماية جنائية أكبر للمجال البيئي من الأخطار التي يتعرض لها من الشخص المعنوي بالأساس كمصدر أول للإضرار بالبيئة.

تجدر الإشارة في الأخير، أن قيام المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية لا تخلو من صعوبات، تتمثل في صعوبة مطاردة الأشخاص المعنوية بسبب حجم الشركات وتعقيد التنظيمات الخاصة بهذه الشركات. غير أننا نرى والحالة هذه أن إقرار مسؤولية الشخص الطبيعي إلى جانب الشخص المعنوي، أي الجمع بين المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي والمسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي، فيه فعالية أكثر وتجسيدا كبيرا لروح القانون الجنائي البيئي الذي يرمي إلى إضفاء الحماية الجنائية على المجال البيئي.

الفقرة الثانية: ارتكاب الجريمة البيئية لحساب الشخص المعنوي

من المعلوم أن الشخص المعنوي لا يسأل عن الجريمة البيئية، إلا إذا ارتكبت باسمه ولحسابه، لأن اشتراط ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي يحمل بين طياته أن يكون ذلك لفائدة هذا الأخير ولمصلحته، وتستوي هذه الفائدة

¹ Bouloc Bernard, « la responsabilité pénale des entreprises en droit français », op, cit, p 672

² 4^{eme} Philippe Malingrey, introduction au droit de l'environnement, éditions, TEC -DOC, France, 2008, p148

سواء كانت مادية أو معنوية، لذلك لا تثار المسؤولية إذا ارتكب الشخص الطبيعي الجريمة لحسابه¹.

معنى ذلك، يشترط أن يكون الفاعل الذي ارتكب الجريمة، قد انصرفت نيته إلى التصرف باسم الشخص المعنوي، لا بصفته الشخصية، والمقصود أن الجريمة ارتكبت بهدف تحقيق مصلحة له، كتحقيق ربح، أو تجنب إلحاق ضرر به، سواء أكانت هذه المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، وهناك من يضيف أن الجريمة ترتكب لحساب الشخص المعنوي، عندما تنفذ من طرف شخص طبيعي لضمان سير أعمال الشخص المعنوي وتحقيق أغراضه².

فالسلك المادي الذي يقوم به الشخص الطبيعي، كعضو أو ممثل للشخص المعنوي، يعد عنصرا من عناصر الجريمة البيئية المسندة للشخص المعنوي، وفي حالة قيام الشخص المعنوي (مجلس الإدارة) بتوكيل شخص طبيعي للقيام بعمل ما وارتكب الوكيل جريمة تلويث البيئة لحساب الشخص المعنوي، فإن هذا الأخير يسأل عن هذه الجريمة، لأن الوكيل يعد بمثابة الممثل القانوني للشخص المعنوي³.

وبالرجوع إلى القانون الجنائي البيئي، يتبين أن المشرع المغربي غير واضح في كثير من نصوصه⁴، بشأن قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في حالة ارتكاب الجريمة من طرف شخص طبيعي تابع لهذا الشخص الاعتباري ولحسابه؛ حيث تنص المادة 17 من القانون المتعلق بمكافحة تلوث الهواء " يعاقب بغرامة من مائة 100 إلى عشرة الاف 10.000 درهم كل من عرقل القيام بالمراقبة أو ممارسة مهام الأشخاص المشار إليهم في المادة التاسعة من هذا القانون." فبديهي أن عرقلة مهام الأشخاص المشار إليه وفق المادة التاسعة⁵ تكون من طرف شخص طبيعي، فهل يسأل هو بصفته الشخصية عن هذا الفعل

1 نادية المشيشي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم البيئية في القانون المغربي، م م إ م ت، عدد 119، نونبر - دجنبر 2014، ص 203.

2 شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 130.

3 محمد حسن الكندري، مرجع سابق، ص 174.

4 كما هو الحال ضمن المادة 79 من قانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها.

5 وهم حسب المادة 9 من قانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء " يكلف بمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه، علاوة على ضبط الشرطة القضائية، الموظفون والأعوان المأمورون المنتدبون لهذا الغرض من لدن الإدارة المختصة وكذا المحلفون وفقا للتشريع الخاص باليمين المفروض أداؤها على المأمورين محرري المحاضر".

حتى وإن كان فعله هذا لحساب ولمصلحة الشخص المعنوي ؟ أم أن الأمر في هذه الحالة يقتضي مساءلة الشخص المعنوي ؟.

إن المشرع وفقا للمادة 17 السالفة الذكر، لم يحدد من المسؤول جنائيا في هذه الحالة، حيث يمكن القول إنه سوى بين الشخص الطبيعي مرتكب الفعل الإجرامي لحساب الشخص المعنوي وبين هذا الأخير في إقرار المسؤولية الجنائية، بيد أن الفقرة الثانية من هذه المادة تنص في حالة العود على إمكانية الحكم بعقوبة حبسية من يوم إلى شهر، وهذا المقضى لا يمكن تطبيقه على الشخص المعنوي، ما يفهم على أنه يخص الشخص الطبيعي المرتكب للفعل المخالف لمقتضيات هذه المادة.

المطلب الثالث: مدى إمكانية نفي المسؤولية الجنائية البيئية

إذا كان المشرع قد توخى من وراء تجريم بعض الأفعال في القانون الجنائي بصورة عامة، حماية مصالح محل اعتبار بنظر المجتمع، فإن التسليم بهذا المبدأ على إطلاقه قد لا يحقق الغاية المرجوة منه، إما لأن الفعل لم يعد ينطوي على عدوان يصيب المصلحة المحمية قانونا، أو أن العقاب عليه يهدر مصالح أولى بالرعاية والاعتبار، ومن هنا برزت أهمية أسباب الإباحة¹ وموانع المسؤولية كحالات مفضية إلى سقوط المسؤولية والآثار المترتبة عليها والتي أصبحت فيما بعد محل اعتراف التشريعات العقابية عموما.

ولأجل الإحاطة بأهم الحالات التي يمكن أن يستند إليها المتهم لنفي المسؤولية الجنائية البيئية، فيتعين البحث عن خصوصيتها ضمن القواعد العامة، من خلال الدفع بالترخيص البيئي (الفقرة الأولى)، ثم الركون إلى حالة الضرورة (الفقرة الثانية)، كأهم الأسباب التي يمكن للمتهم الدفع بها غالبا لنفي المسؤولية عنه أو التخفيف منها بالإضافة إلى أمر السلطة والقوة القاهرة كمبادئ عامة.

الفقرة الأولى: الترخيص البيئي وأثره على المسؤولية

¹ تقوم أسباب الإباحة أساسا على إزالة الصفة غير المشروعة عن الفعل المرتكب، بما يؤدي إلى عدم تحقق مسؤولية الفاعل أو من يشاركه في ارتكابه من الناحية الجنائية والمدنية، بمعنى آخر أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية ينصرف أثرها إلى الفعل أو الامتناع، فتنزع عنه الوصف الجرمي وتعطل بذلك نصوص التجريم. أنظر: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1962 ص 5.

قد لا يكتفي المشرع لتقرير المسؤولية الجنائية عن الجرائم البيئية بمجرد توافر ركنيها، وإنما اشترط فوق ذلك انتفاء الإذن أو الترخيص الذي يسمح بممارسة النشاط الضار، بمعنى آخر إذا تم الفعل استناداً لإذن أو ترخيص صادر من جهة مختصة تسمح به، أصبح عندئذ مشروعاً ويخرج بالتالي من دائرة الأفعال المحظورة¹.

وهذا يعني بأن الترخيص ما هو إلا وسيلة من وسائل تدخل الدولة في تقييد النشاط الفردي من أجل الوقاية مما قد ينجم عنه من أضرار محققة أو أخطار محتملة تصيب المجتمع، على الرغم من المزايا التي ترافق اشتراط الحصول على التراخيص البيئية من حيث إمكانية الجهة المانحة لها من مباشرة نوع من الرقابة الأولية على جدوى المشاريع المضرة أو المقلقة أو المزعجة أو الملوثة للبيئة، فتمتتع من إعطاء الترخيص متى كانت الآثار التي تلحق بالبيئة تزيد عما هو مسموح به بموجب المعايير والمحددات النوعية المنصوص عليها قانوناً، إلا أنه مع ذلك لم يسلم من الانتقادات لكونه يغل يد السلطات من متابعة المتهم².

والواقع أنه بصرف النظر عن الغاية التي أَرادها المشرع من توقف التجريم والمسؤولية على انتفاء الإذن أو الترخيص، فإن مشكلة التكييف القانوني له لا تزال محل خلاف، فمن يعتبر الترخيص سبباً للإباحة ينطلق من كون أسباب التبرير هي ظروف أو حالات مادية أو واقعية تكتنف إتيان السلوك المشتمل على عناصر الجريمة فتجعله في وصف الفعل المباح، ومن ثم فإن لزوم انتفاء الترخيص يعني قيام الركن الشرعي للجريمة بكونه بمثابة ركن خاص في الجريمة البيئية، جرى تحديده بواسطة النموذج التجريمي الذي يصفه النص

1 نوار دهام مطر الزبيدي، الحماية الجنائية للبيئة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2014، ص 471.

2 للإشارة فإن موضوع التراخيص البيئية طرح نقاشاً حاداً بين أعضاء الكونغرس الأمريكي وفقهاء القانون، فمنهم من رأى أن الترخيص يعد تنازلاً من الحكومة عن مسؤوليتها في التطبيق الحازم لنصوص قانون البيئة ضد المخالف، فأصدر التراخيص بتصريف أو إلقاء النفايات في المياه سوف تمنح الملوث حصانة ضد الملاحقة الجزائية، وستكون هذه التراخيص بمثابة إجازات للتلوث. ويشير البروفسور "وليام روجرز" أستاذ قانون البيئة بجامعة واشنطن، إلى أن نظام التراخيص يقيد سلطة الحكومة من اللجوء إلى القضاء ويعيق توجيه الاتهام ويؤدي إلى إلغاء المحتوى الجنائي لقانون البيئة. أنظر .

William Rodgers, "Handbook on Environmental law", 2^{ad} Edition, Published by West Publishing Company, USA 1994 p 689.

القانوني¹؛ في المقابل هناك من اعتبر الترخيص بمثابة مانع للمسؤولية الجنائية، لكون وجود الإذن شرط لازم لعدم تحقق العقاب على الرغم من اعتبار الجريمة قائمة بمجرد توفر عناصرها الأساسية².

بالرجوع إلى القانون الجنائي البيئي نلاحظ أن المشرع أوجب الحصول على التراخيص كسبب لنفي المسؤولية الجنائية، حيث نصت **المادة 57** من قانون المقالع " يعاقب بغرامة من ثلاثمائة ألف (300.000) درهم إلى خمسمائة ألف (500.000) درهم كل من يستغل مقلعا عند انتهاء مدة صلاحية وصل التصريح بالاستغلال لأي سبب من الأسباب دون الحصول على وصل جديد للتصريح بالاستغلال، تكون هذه العقوبة مقرونة بالإغلاق الفوري للمقلع. كما أكدت أيضا **المادة 11** من القانون رقم **11.03** المتعلق بحماية واستصلاح البيئة على أنه " يخضع تخصيص أو تهيئة الأراضي لأغراض فلاحية أو صناعية أو منجمية أو سياحية أو تجارية أو تعمرية، وكذا أشغال التنقيب عن الآثار أو استغلال مواد جوف الأرض والتي من شأنها أن تهدد البيئة إلى رخصة مسبقة حسب الحالات ووفق تحدها النصوص التشريعية والتنظيمية..."³.

هذا ما يؤكد التوجه القضائي لمحكمة النقض إذ جاء في أحد قراراتها⁴ " وحيث إن المحكمة لما ناقشت مضمون المحضر المؤسسة عليه المتابعة وما أدلى به المتهم من ترخيص قانوني بمنحه بقعة أرضية مستخرجة من الملك الغابوي وتصميم البناء المرخص به فخلصت إلى كون المتهم بالقطعة الأرضية المتنازع بشأنها مبررا، وأن جنحة البناء داخل الملك الغابوي غير متوفرة نظرا لاملاكه ترخيص تكون المحكمة قد طبقت القانون تطبيقا سليما".

واضح من هذا، أن المشرع يعلق قيام الجريمة البيئية على انتفاء الحصول على ترخيص كقطع أشجار أو التسبب بالإزعاج أو حفر أو استغلال المقالع أو

¹ نوار دهام مطر الزبيدي، مرجع سابق، ص 474. أنظر أيضا : رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، ط الرابعة، دار الفكر العربي للطباعة، سنة 1989 ص 332.

² رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 451.

³ تنص المادة 29 من القانون البيئي المصري رقم 4 لسنة 1994 على أنه " يحظر تداول المواد والنفائات الخطرة بغير ترخيص من الجهة الإدارية المختصة...".

⁴ قرار محكمة النقض ع 850 الصادر بتاريخ 20 يونيو 2013 في الملف الجنحي ع 04- /6 /8 /2013 المنشور بمجلة محكمة النقض ملفات عقارية ع 4 سنة 2014 ص 296.

دفن الفضلات أو تصريف المياه الملوثة أو ممارسة الصيد¹، ولذلك فإن الطبيعة القانونية للإذن أو الترخيص باعتقادي تتأسس على فكرة مفادها أن التصرف في حدود الترخيص المسموح به يؤثر على إمكانية مساءلة الفاعل عما قام به من نشاط، والواقع أن الحصول على الترخيص أو الإذن من الجهات المختصة لا يمنع من تحقق المسؤولية المدنية للفاعل والتزامه بالتعويض عما يحدث من أضرار للآخرين، على أنه يتعين لكي ينتج مثل هذا الترخيص أثره باعتباره سببا خاصا لامتناع المسؤولية الجنائية، أن يكون قد صدر عن جهة مختصة بإصداره وفق الشكل الذي تطلبه القانون، والقول بخلاف ذلك يعني تحقق المسؤولية ومعاقبة الفاعل.

لكن يجب أن لا يعتد بالترخيص الإداري بشكل مطلق كسبب لتبرير السلوك الذي يعتبر جريمة بيئية في الأحوال العادية، لأن طريقة الحصول على الترخيص قد تكون غير مشروعة، وبالتالي يبقى الشخص دون مسؤولية.

الفقرة الثانية: حالة الضرورة وأثرها على المسؤولية

بالرجوع إلى الفصل 124 ق ج م، نجد أن حالة الضرورة تضمنتها الفقرة الثانية حينما قضت بأنه " لا جنائية ولا جنحة ولا مخالفة ... إذا اضطر الفاعل ماديا إلى ارتكاب الجريمة أو كان في حالة استحالة عليه معها استحالة مادية اجتنابها وذلك بسبب خارجي لم يستطيع مقاومته..."²، فحالة الضرورة التي تهمنا هنا هي الحالة التي يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بخطر جسيم وحال يضيق عليه نطاق اختياره فلا يستطيع تلافيه ولا تجنبه إلا بارتكاب جريمة في

¹ جاء في قرار لمحكمة النقض "... إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت ببراءة المطلوبين في النقض من جنحة سرقة الكنابن الرملية من أماكنها الطبيعية والمشاركة في ذلك، اعتمدت في ذلك على كون ما أخذه السائق يعتبر مجرد أتربة لا يشملها نص الفصل 517 ق ج م، والحال أن المادة المضبوطة على متن الشاحنة تعتبر من الأتربة الصفراء من نوع توفنة المستخرجة من مقلع غير مرخص، وطالما أن استغلالها يخضع لترخيص خاص كما هو واضح من المحضر المنجز من طرف الفرقة الإقليمية للمقالع إلا ويعتبر ذلك مخالفة لنص الفصل 517 ق ج م، الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه لما قضى ببراءة المطلوبين في النقض للجنة المذكورة به، مشوبا بعيب نقصان التعليل الموازي لانعدامه وهو ما يعرضه للنقض والإبطال." قرار محكمة النقض ع 9.937 المؤرخ في: 09/10/2014، ملف جنائي ع 18262/6/9/2013. (غير منشور).

² نظمت المادة 25 من القانون الجنائي الكويتي شروط حالة الضرورة تنظيما محكما حيث نصت " لا يسأل جنائيا من ارتكب فعلا دفعته إلى ارتكابه ضرورة وقاية نفسه أو غيره، من خطر جسيم حال بصيب النفس أو المال، إذا لم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في استطاعته دفعه بطريقة أخرى، بشرط أن يكون الفعل الذي ارتكبه متناسبا مع جسامته الخطر الذي توقعه".

حق البيئة وهي ما يمكن تسميتها بالجريمة البيئية الضرورية التي قد تمس حقوق الدولة ومؤسساتها وحتى الغير¹.

إن خير مثال على الجريمة البيئية الضرورية اشتعال نار بقنينة غاز داخل منزل فيضطر الشخص إلى التخلص منها لحماية أفراد أسرته وإنقاذ متاعه، وذلك برميها خارج المنزل فتشتعل النار في الغابة المجاورة كملك خاص للدولة، في هذه الحالة وهي كثير ما تقع، يكون الشخص مضطرا لارتكاب جريمة البيئية الضرورية² مما يمكن القول معه أن إرادته وقعت تحت تأثير قوة من شأنها أن تعدمها أو تقيد لها لدرجة كبيرة بسبب إكراه مادي أو معنوي أو بسبب ضرورة دفعته إلى ارتكابها.

لذا يمكن القول إن أسباب منع المسؤولية الجنائية ذات طبيعة شخصية يقتصر أثرها على من توفر لديه هذا المانع ولا يمتد إلى سواه ممن ساهم معه في ارتكاب الجريمة، ويعني توافر أي منهما منع المسؤولية الجنائية وسقوط العقوبة المقررة قانونا، من غير أن يؤثر ذلك على المسؤولية المدنية، حيث تبقى قائمة على الرغم من عدم قيام المسؤولية الجنائية³.

مما يترتب على ذلك أن كافة أسباب امتناع المسؤولية تسري أيضا على الجرائم المرتكبة ضد سلامة عناصر البيئة، فعلى الرغم من أن القانون الجنائي البيئي تضمن عقوبات الأنشطة الملوثة بالنسبة للبيئة إلا أنه لم يتضمن إضافة أي سبب خاص من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية عنها؛ ومن ثم فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة المقررة بمقتضى القانون الجنائي السالفة الذكر.

وعليه، تمنع مسؤولية المتهم عن إكراه مادي أو كان مرتكبها فاقدا للإدراك أو الإرادة أو كان في حالة ضرورة أو قوة قاهرة استحالة معه أن يتفادى الضرر البيئي، وهذا ما عبرت عنه بعض التشريعات المقارنة التي تضمنت قوانينها البيئية نصوصا مانعة من تحقق المسؤولية الجنائية، ومنها على سبيل المثال، القانون الفرنسي رقم 28-1181 الصادر 30 شتنبر 1968 بشأن منع تلويث مياه

¹ نادية المشيشي، مرجع سابق، ص 208.

² يشترط لقيام حالة الضرورة توافر عدة شروط نجملها باختصار استنادا لما يفهم من الفصل 124 ق ج م - توافر خطر جسيم يهدد النفس أول المال - أن يكون الخطر حقيقيا وليس وهميا أو محتملا - ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في حدوث الخطر - يجب ألا يكون ما وقع التضحية به أكثر مما وقع الاحتفاظ به.

³ نوار دهام مطر الزبيدي، مرجع سابق، ص 468.

البحر والجرف القاري بالهيدروكربون، ضمن المادة 28¹. كما تنص المادة 5 من قانون البيئة الفرنسي لسنة 1977 بشأن التلوث البحري "بأن الجريمة لا تعتبر قائمة إذا كان التصريف ناشئ عن عطب أو تسريب غير متوقع ومن المستحيل دفعه"².

كما سار المشرع الصيني على نفس المنوال، حيث قررت المادة 43 من قانون البيئة الصيني على أنه "يحق لأي شخص أن يرتكب تحت ظروف قاهرة أو رغبة ملحة في حماية نفسه والآخرين من خطر وشيك أو يتخذ إجراءات ضرورية ربما تسبب أضرار بالبيئة، يمكن أن يتمتع بإعفاء من العقوبة"³. ويبدو أن الاعتراف بحالة الضرورة وتنظيم أحكامها وشروطها على الرغم مما تثيره من اختلافات بشأن طبيعتها القانونية، قصد به عدم إثقال كاهل الشخص بتحمل تبعات أمور لا دخل لإرادته فيها ولم تقع بخطأ من جانبه⁴.

يلاحظ أن أغلب التشريعات تميل إلى التنصيص على حالة الضرورة بخصوص الانتهاكات البيئة البحرية بدل من عناصر البيئة الأخرى، وذلك راجع إلى وعي المشرع بخطورة التلوث المياه البحرية من جهة، ومن جهة أخرى فالبيئة البحرية تكون فيها السفن وناقلات المواد التجارية عرضة لقوة قاهرة في أي وقت وبالتالي حاول المشرع التلطيف من المسؤولية في هذه إحالات بشكل خاص وترك حالات أخرى للقواعد العامة للقانون الجنائي. إذ جاء مشروع مدونة

¹ تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على: "إن جنحة التلوث لن تتم: - إذا كان الانسكاب قد تم لأجل الضمان الأمني للمؤسسة أو لأجل تفادي أضرار جسيمة أو لأجل حماية وإنقاذ الحياة البشرية في البحر - إذا كان الانسكاب قد تم بعد أخذ كافة الاحتياطات لمنعه أو وقفه أو تعطيله ولم يكن بالأمان استحالة تجنبه".

² Mireille Delmas Marty, « La protection pénal de l'environnement en France », rev.int.dr. pén. N° 4. 1978 p 4.

³ كما نص المشرع اليمني صراحة على حالة الضرورة كسبب لمنع المسؤولية الجنائية ضد مقترفي جرائم تلوث البيئة البحرية بالقول "تنتفي المسؤولية الجنائية عن الشخص أو المرفق أو السفينة أو الطائرة عن تصريف أية مادة ملوثة إذا ثبت أن تصريفها قد نتج من أجل إنقاذ الأرواح أو ضمان سلامة أية سفينة أو طائرة أو الحيلولة دون وقوع ضرر خطير لأي موقع بري وتظل مسؤوليته قائمة فيما يتعلق بالتعويض عن التكاليف والأضرار المتخلفة من جراء هذا التصرف" المادة 33 من القانون اليمني رقم 11 لسنة 1993 بشأن حماية البيئة البحرية من التلوث.

⁴ المشرع المغربي لم يدرج الغلط في القانون أو الواقع ضمن حالات الإعفاء من المسؤولية الجنائية. وإن كان اقتراض العلم بالقانون البيئي في ظل تضخم الترسانة البيئية على نحو جعل من الصعب على المواطن والأجنبي أن يلم بأحكامها المتعددة، بل حتى القضاة أنفسهم أصبوا في حاجة دائمة للعلم بالنصوص الجنائية الجديدة.

الصيد البحري المغربي بصور عديدة لحالات الضرورة التي تعفي من المسؤولية حينما لا يكون التلوث قد حدث بمعرفة الربان أو المسؤول عن السفينة بهدف تعطيها (المادة 288)¹.

إن عبء إثبات حالة الضرورة تقع على عاتق المتابع الذي يدعي أنه ارتكب الجريمة تحت تأثيرها ومحكمة الموضوع هي التي يرجع إليها أمر التثبت من مدى قيامها بشروطها كاملة أو انتفاءها تبعا، لكن ملزمة مع ذلك بإبراز الوقائع التي استخلصت على أساسها وجود "حالة الضرورة" لكي يتسنى لمحكمة النقض مراقبة مدى كفايتها².

وإذا كان قيام حالة الضرورة بجميع شروطها تنفي المسؤولية الجنائية في حق الفاعل، يبقى السؤال مطروحا، حول مدى تحمله للمسؤولية التقصيرية أم أنها بدورها تنتفي كما هو الحال في الدفاع الشرعي؟

لم يتطرق المشرع المغربي لهذه المسألة، ولكن كما هو معروف ضمن قواعد المسؤولية المدنية فإن المسؤولية عن العمل الشخصي هو إتيان الشخص للفعل عن حرية واختيار ومن غير أن يسمح به القانون كما ينص الفصل 77 ق ل ع م، وفي حالة الضرورة فإن الشخص لا تكون له حرية الاختيار وبالتالي ينتفي الخطأ الشخصي مما يعني معه انتفاء المسؤولية التقصيرية.

خاتمة:

من المسلم به أن المسؤولية المترتبة على الأضرار البيئية تعد أكثر أنواع المسؤولية تمردا على الخضوع للقواعد التقليدية، بعدما أصبحت أسس هذه الأخيرة غير ملائمة بالنظر إلى خصوصية المسؤولية عن الأضرار البيئية، التي تتسم أحكامها بالدقة والتعقيد وأحيانا الغموض، مما دعا إلى المناداة بضرورة تطوير قواعد المسؤولية الجنائية، نظرا لعدم استقرار الفقه الجنائي على تعريف محدد للتلوث البيئي إذ يكتفي بما يستمد من تعريفات في مجال العلوم الطبيعية، كما قد يترتب على ارتكاب جريمة تلويث البيئة كم ضخم من الأضرار والأخطار

¹ نفس المنحى يأخذ به المشرع المصري ضمن المادة 54 من القانون رقم 4 لسنة 1994 التي تنص " لا تسري العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون على حالات التلويث الناجمة عن : التفريغ الناتج عن عطب في السفينة وأحد أجهزتها، ويشترط في جميع الأحوال أن يكون ربان السفينة أو المسؤول عنها قد اتخذ قبل وقوع العطب جميع الاحتياطات الكافية لمنع أو تقليل آثار التلوث...".

² عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، "القسم العام"، الطبعة السادسة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، سنة 2015، ص 137.

التي قد يتعذر تقديرها وتحديدها، وقد تكون ناجمة عن سلسلة من الأفعال يمكن أن تنسب للعديد من الأشخاص، بل قد تكون ناتجة عن مزاوله أنشطة عابرة للحدود الدولية، الأمر الذي يزيد من صعوبة البحث عن المتسبب الذي يتحمل المسؤولية عن ارتكاب الجريمة البيئية.

ولاشك أن القاعدة التي تقوم عليها التشريعات الجنائية الحديثة مفادها لا يسأل جنائيا غير الإنسان، لكن إسباغ نوع من المساءلة للأشخاص المعنوية جنائيا مسألة ضرورية في مجال التلوث البيئي، حيث يتم ارتكاب الكثير من جرائم تلويث البيئة في إطار الأنشطة التي تمارسها، ومن ثم يتحتم تقرير مسؤوليتها إلى جانب مسؤولية من يمثلها وذلك من منطلق معاملة قانونية خاصة.

لكن وبالرغم من الكم التشريعي الهائل الخاص بحماية البيئة، فإن الأهداف المسطرة من طرف المشرع المغربي تجاه عناصر البيئة يشوبها نقص من حيث الآليات المعتمدة لتحقيق هذه الغاية، في ظل حماية جنائية تنسم بالضعف بسبب عدم التطبيق السليم والصارم لهذه النصوص وعدم توافر الإمكانيات اللازمة، وبالدرجة الثانية إلى غياب الوعي البيئي للأفراد في حد ذاتهم، وعدم الحرص على تطبيق القوانين الرامية لحماية البيئة الذي يؤدي لا محالة لتشجيع على الاعتداء على البيئة، وخير مثال على ذلك أفة التدخين في الأماكن العمومية ورمي النفايات بشتى أنواعها بشكل عشوائي، هي أفعال لا تلقى أي استهجان اجتماعي بل أضحت سلوكيات مألوفة لدى المواطن وهذا أمر يضعف من فعالية تطبيق القوانين الرامية لحماية البيئة.

تقليص مسؤولية المحافظ العقاري -دراسة على ضوء قانون التحفيظ العقاري

وقانون الالتزامات والعقود-

د. محمد السطي

دكتور في الحقوق

مقدمة:

يعد المحافظ العقاري حجر الزاوية في النظام العقاري المغربي وركيزته الرئيسية، فهو يحتل مكانة متميزة داخل النظام العقاري المغربي، مكانة يستمدّها من طبيعة الأدوار التي يقوم بها في مجال تنفيذ مقتضيات القانون العقاري في مجال التحفيظ، وتثبيت الملكية العقارية وضمان استقرارها، وتطويرها بالحماية القانونية اللازمة، تماشياً مع ما هو مقرر في التشريع المدني والعقاري المغربي.

بل بلغت درجة هذه المكانة حداً أضحي معه التحفيظ العقاري في المغرب مقترناً باسم المحافظ على الأملاك العقارية وتحت مسؤوليته، فالمحافظة العقارية، شأنها شأن باقي الإدارات، غير مستثناة من المساءلة، فهو - المواطن - يلجأ إلى مطالبة المحافظين على الأملاك العقارية عن الأضرار التي تلحق به والناجمة عن أخطائهم الشخصية.

وفي هذا الإطار تثار مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية الذي وإن كان يخضع فيها للقواعد العامة للمنظمة لمسؤولية جميع أعوان الدولة، فإنه إلى جانب ذلك اقتضت حكمة المشرع أن يعامله معاملة خاصة تتسم بالتشديد أحياناً، وذلك راجع إلى كون وضعية المحافظ العقاري تتميز بخصوصية واضحة مقارنة مع وضعية باقي الموظفين¹.

1 - وللإشارة، يتجاذب مفهوم الموظف العمومي تعريفان، الأول هو السائد في القانون والفقهاء الإداريين، والثاني وهو المفهوم أو التعريف الوارد في الفصل 224 من القانون الجنائي.

فالتعريف الأول يعتبر الموظف العمومي "كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الدولة" (الفصل 2 من قانون الوظيفة العمومية: ظهير شريف رقم 1.58.008 الصادر بتاريخ 4 شعبان 1377 الموافق لـ 24 فبراير 1958 منشور بالجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 موافق 11 أبريل 1958، ص 914).

أما مفهوم الموظف العمومي في القانون الجنائي فيختلف تماماً عن مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري، فإذا كان الفصل 2 من ظهير 24 فبراير 1958 ضيق من مفهوم الموظف العمومي، فإن على العكس من ذلك في القانون الجنائي الذي وسع من نطاق مفهوم الموظف العمومي من خلال الفصل 224 من القانون الجنائي الذي جاء فيه بأنه:

فالمحافظ على الأملاك العقارية يمثل السلطة التنفيذية الأولى والأخيرة لنظام التحفيظ العقاري والجهاز الرئيسي في إقرار حق الملكية للأفراد، باعتباره حقا دستوريا.

أمام هذا السيل من الاختصاصات المنوطة بالمحافظ العقاري التي يتخذها والتي تتسم بالقدسية¹، فقد ألقى المشرع على عاتقه مسؤولية جسيمة يتحملها طيلة حياته العملية والمهنية وبعد تقاعده عن العمل لمدة معينة، هذا من جهة أما من جهة أخرى فقد سن المشرع المغربي بعض الآليات الكفيلة بتقليص من مسؤولية المحافظ العقاري في حالة إضراره بحقوق الأفراد، جراء أداء مهامه.

بحيث إن احترام الآجال يشكل أهمية كبرى بالنسبة للأطراف في المنازعة سواء تعلق الأمر بالميدان العقاري أو ميادين أخرى، واحترام الآجال يطرح بحدّة أكثر في حالة تعددها، كما هو الشأن بالنسبة لأجل تقادم دعوى التعويض الناتجة عن المسؤولية الشخصية المحافظ على الأملاك العقارية.

مما يعني أن عدم رفع دعوى التعويض في أجل معين سيطالها التقادم، أما إذا قدم المتضرر دعواه داخل الأجل المحدد قانونا فسيؤدي المحافظ على الأملاك العقارية لا محالة في حالة يسره التعويض المحكوم به عليه، وفي غير هذه الحالة يمكن استيفاء هذا الأخير من الدولة التي تحل محل المحافظ في حالة إعساره، أو من صندوق التأمينات المحدث بموجب الفصل 100 من ظ.ت.ع، حتى يتمكن المضرور من متابعة المحافظ على الأملاك العقارية عن الأخطاء الشخصية التي قد

"يعد موظفا عموما في تطبيق أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفما كانت صفته... " وبدوره فالفقه المغربي يوسع من مفهوم الموظف العمومي في القانون الجنائي، وللمزيد من الإيضاح بهذا الخصوص أنظر:

- فريدة السموني، مفهوم الموظف في القانون الجنائي المقارن. مطبعة فضالة، المحمدية، ط 2003، ص 15.

- الحاج شكرة، الوظيفة والموظف في القانون الإداري المغربي. دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط 2، س 2007، ص 4.

- السنوسي بوعلام، قانون الوظيفة العمومية. مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط 2، س 2008، ص 33.

- باينة عبد القادر، الموظفون العمومية بالمغرب (النظام الأساسي). مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 2002، ص 28.

- مليكة الصروخ، النظام القانوني للموظف العمومي المغربي. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، س 1994، ص 292.

¹ حفيظة مقساوي، مسؤولية المحافظ في التشريع العقاري المغربي. مجلة القانون المغربي، ع 1، يناير 2002، ص 69.

ارتكبتها في حقه يتعين عليه أن يبادر إلى رفع دعواه داخل أجل معين وإلا تقادمت هذه الدعوى، وإذا ما ثبت ارتكاب المحافظ على الأملاك العقارية خطأ قائم على أساس التدليس أو الخطأ الجسيم ترتب عنه ضرر في الغالب هو ضياع حق عيني عقاري، فإن مبالغ التعويض حينئذ قد تكون كبيرة مما يعني أن عسر المحافظ على الأملاك العقارية يبقى أمرا واردا في هذه الفرضية، الشيء الذي يحتم على الدولة أن تتدخل لتحل محل المحافظ في أداء التعويض المحكوم به لفائدة المتضرر.

انطلاقا من ذلك، سوف نقسم هذه الدراسة إلى محورين، نتناول في: (المحور الأول) منهما تقادم دعوى التعويض الموجهة ضد المحافظ على الأملاك العقارية. بينما سنعالج في (المحور الثاني) حلول الدولة محل المحافظ على الأملاك العقارية في أداء التعويض.

المحور الأول: تقادم دعوى التعويض الموجهة ضد المحافظ

ليتمكن المتضرر - المدعي - من الحصول على التعويض لابد من أن يتقيد بمجموعة من الإجراءات المسطرية المرتبطة بدعوى التعويض في مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية، وقد وقفنا على أهم هذه الإجراءات في النقطتين الآتيتين سواء فيما يخص مسطرة الدعوى أو من خلال أطراف هذه الدعوى، وكذا الجهة القضائية المؤهلة للنظر فيها، وتزداد خصوصية هذه المسطرة بضرورة رفع دعوى التعويض داخل آجال قانونية محددة تحت طائلة عدم قبول الدعوى والحرمان من الحصول على التعويض.

ويشكل احترام هذه الآجال أهمية كبيرة خاصة بالنسبة للأطراف المتنازعة¹، ولقد طرحت مسألة تقادم دعوى التعويض المقامة ضد المحافظ على الأملاك العقارية جدلا واسعا سواء على مستوى الفقه أو على مستوى القضاء.

ولقد طرحت مسألة أجل تقادم دعوى التعويض المقامة ضد المحافظ على الأملاك العقارية الكثير من الجدل في صفوف الفقه والقضاء نظرا لاختلاف هذه الآجال بين الآجل الوارد في إطار القواعد العامة ولاسيما الفصلين 387 و 106 من

¹ عبد الواحد صمدون، "مسؤولية المحافظ العقاري على أعمال التحفيظ" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بطنجة، السنة الجامعية: 2010-2009، ص 143.

ق.ل.ع، والآجال المنصوص عليها في إطار القواعد الخاصة ولاسيما الفصلين 8 و 64 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915¹.

والأمر الذي تسبب في وجود هذا الخلاف حول هذه الآجال هو في الحقيقة راجع إلى قصور النصوص التشريعية المتعلقة بمسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية عن إيجاد حل حاسم يمكن الرجوع إليه.

فالنصوص التشريعية المتعلقة بمسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية لم تتضمن حلا حاسما يمكن الركون إليه²، وبالتالي يبقى الإشكال المطروح حول النص الواجب التطبيق هل هو الفصل 387 من ق.ل.ع³ أم الفصل 106 من نفس القانون⁴، أم الفصل الثامن من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915، أم المقتضيات العامة المتعلقة بالمحاسبة العامة التي تحدد أربع سنوات لتقادم الدعوى الخاصة بديون الدولة⁵؟

فعن موقف الاجتهاد القضائي، فقد عرف بدوره بعض التردد بخصوص آجال دعوى التعويض، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها إلى أن:

"التقادم المحتمل تطبيقه هو المحدد في 15 سنة وأن المشرع لا يعرف من حيث المبدأ التقادم الرباعي".

إلا أن محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا - سرعان ما استقرت على تطبيق مقتضيات الفصل 106 من ق.ل.ع على جل دعاوى التعويض الناتجة عن الجريمة وشبه الجريمة بما فيها دعوى التعويض المقامة ضد المحافظ على الأملاك

1 سعاد عاشور، حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي. المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثالثة 2005، ص 229.

2 سعاد عاشور، مرجع سابق، ص 146.

3 ينص الفصل 387 من ق.ل.ع على ما يلي: "كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام بتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة".

4 جاء في الفصل 106 من ق.ل.ع: "(معدل بالظهير رقم 1.60.196 المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1380 الموافق 17 نونبر 1960) إن دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقادم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه. وتتقادم في جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر".

5 عزيز الزهراوي، " الخطأ الشخصي للمحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالمغرب "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، وجدة، السنة الجامعية 2006-2007:ص:36.

العقارية¹ والتي تتقدم بمضي خمس سنوات، وقد صدرت العديد من القرارات تقضي بذلك².

وقد جاء في قرار آخر لمحكمة النقض ما يلي³:

"دعوى المسؤولية المقامة على المحافظ العقاري في إطار الفصل 64 من الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري والتي تجيز لمن يهمله الأمر في حالة التدليس أن يقيم على مرتكبه دعوى شخصية بأداء التعويض بسبب حق رفع الأضرار به من جراء التحفيظ تتقدم بمضي خمس سنوات من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه.

وأن المحكمة عندما طبقت الفصل 464 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04 المتعلق بتنظيم المحافظة العقارية تكون قد عرضت حكمها للنقض".

كما ورد في قرار آخر عن المحكمة⁵:

"مادام أن الدعوى الموجهة ضد المحافظ على الأملاك العقارية على أساس أنه المسؤول عن الضرر الحاصل للطرف الطاعن في إطار الفصل 64 من الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري الذي يجيز لمن يهمله الأمر في حالة التدليس فقط أن يقيم على مرتكبه دعوى شخصية بأداء التعويض

1 يوسف بوكنيفي، تقدم دعوى المسؤولية التقصيرية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس - أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص 46 وما يليها.

2 أنظر على سبيل المثال:

- قرار محكمة النقض رقم 378 الصادر بتاريخ 17 ماي 1978 في الملف المدني عدد 54876 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 26، السنة الخامسة، أكتوبر 1980، ص 21 مرفوقا بتعليق للأستاذ إدريس الضحاك.

- قرار عدد 57 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 25 فبراير 1977 أورده عبد العزيز توفيق في: التعليق على ق.ل.ع بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية - ج 1. سلسلة المكتبة القانونية رقم 10، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1.

- حفيظة مقساوي، مرجع سابق، ص 81 إلى 84.

3 قرار عدد 40 صادر بتاريخ 1 يناير 2002 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 63، ص 26، مطبعة الأمنية، الرباط، ط 2007، ص 33 وما بعدها.

4 ينص الفصل 64 من قرار 4 يونيو 1915 على ما يلي: "تسقط المطالبة بالتعويض إذا لم تقع في ظرف سنة واحدة من يوم تحفيظ العقار أو تضمين حق من الحقوق الناشئة عنه الضرر المشار إليه وأما المطالبة بدفع المبلغ المحكوم به على صندوق التأمين فتسقط إذا لم تقع في ظرف سنة أشهر من تاريخ الحكم".

5 قرار محكمة النقض عدد 40 بتاريخ 05 يناير 2005 في الملف المدني عدد 2002/1/3262 أورده " احمد لفرجي: المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000 - 2005، في القضايا المدنية والتجارية والجناحية والإدارية، سلسلة دلائل عملية " العدد، طبعة 2006، ص 93.

بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ، فإنها تتقدم بمضي خمس سنوات حسبما هو منصوص عليه في الفصل 106 من ق.ل.ع¹.

من خلال هذه القرارات وغيرها يتضح أن محكمة النقض تشبث بحرفية نص الفصل 106 من ق.ل.ع، والذي تطبق مقتضياته على جميع دعاوى المسؤولية التصيرية ودعوى التعويض في مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية، لكن من خلال مقتضيات الفصل 106 من ق.ل.ع يتضح أن سريان التقادم المحدد في 5 سنوات موقوف على تحقيق شرطي العلم بالضرر ومن هو المسؤول عن هذا الضرر، ولا يغني تحقق أحدهما عن عدم تحقق الآخر، فهما متلازمان، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحد قراراتها الذي جاء فيه بأن:

"دعوى التعويض بناء على الفصل 64 من القانون العقاري تفرض تدليسا وبالتالي تتقدم طبقا لمقتضيات الفصل 106 من ق.ل.ع، أي بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم المتضرر حدوث التحفيظ وارتكاب التدليس الذي أدى إليه وعلى كل حال تتقدم بمرور عشرين سنة من تاريخ وقوع التحفيظ في السجل العقاري".

وللإشارة، فإن محاكم الموضوع سارت على نهج محكمة النقض في تقرير التقادم المنصوص عليه في الفصل 106 من ق.ل.ع باعتباره يحكم جميع الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية التصيرية، حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة الابتدائية بالناظور ما يلي²:

"وحيث إن الفصل 64 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915 المحتج به من طرف المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالناظور والمحافظ العام يعتبر نصا تنظيميا بخلاف الفصل 106 من ق.ل.ع الذي يعتبر نصا تشريعا، ومن ثم فإن النص الأخير يسمو على الأول ويعتبر بالتالي الأولى بالتطبيق، وحيث أنه بمقارنة تاريخ القرار الذي اتخذته المحافظ بتحفيظ الملك موضوع الدعوى وإقامة الرسم العقاري عدد 4427 الذي هو 1994/04/04 والذي يعتبر منطلقا للضرر

¹ أنظر في نفس الاتجاه:

- قرار محكمة النقض رقم 135 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2004، في الملف الإداري رقم 2004/24/1341 منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع 101، مارس / أبريل 2006، ص 108.

- قرار محكمة النقض رقم 746 صادر بتاريخ 21 أكتوبر 1978 في الملف المدني رقم 66838 منشور بمجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1966-1982، م.س، ص 293 وما بعدها.

² حكم المحكمة الابتدائية بالناظور رقم 03/1797 بتاريخ 11 يوليوز 2003 في الملف رقم 98/1636 غير منشور.

الحاصل للمدعين بتاريخ إقامة الدعوى الحالية الذي هو 1998/08/07 يتبين على أن المدة الفاصلة بينهما تقل عن خمس سنوات المعتبرة لتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية بشكل عام لذلك كان الدفع بتقادم دعوى المدعين بغير أساس ويتعين رده". ولقد انقسم الفقه بخصوص تقادم دعوى التعويض في مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية إلى مجموعة من الآراء¹، إلا أن هناك رأي اعتبر التقادم المعتمد في ظل دعوى التعويض هو ذلك المنصوص عليه في الفصل 106 من ق.ل.ع، وذلك باعتباره يحكم جميع الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية سواء كانت الدعوى مبنية على أساس الفصل 80 من ق.ل.ع أو على أساس فصول ظهير التحفيظ العقاري وخاصة الفصل 97 من ظ.ت.ع.

في حين هناك اتجاه مغاير يرى² أن تقادم دعوى التعويض في مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية يتم على أساس التوفيق بين مقتضيات الفصل 387 من ق.ل.ع³ والفصل 8 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915⁴ الذي يحدد مدة الاحتفاظ بالكفالة المودعة من طرف المحافظ على الأملاك العقارية لضمان التعويضات التي قد يحكم بها عليه والتي تمتد طيلة ممارسته لمهامه وتستمر لعشر سنوات بعد انقطاعه عن الممارسة.

¹ للتوسع حول هذه الآراء الفقهية المتعلقة بأجل تقادم دعوى التعويض في مواجهة المحافظ، راجع: - كمال عون، " تنفيذ المحافظ على الأملاك العقارية للمقررات القضائية - بين تطبيق القواعد العامة والخاصة وعلى ضوء مستجدات القانون رقم 14.07 " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، بوحدة، السنة الجامعية: 2012 - 2013، ص 92.

- عبد الحفيظ أبو الصبر، " مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية والرهون " رسالة لنيل دبلوم المسلك العالي للمدرسة الوطنية للإدارة العمومية بالرباط، سنة 1992 - 1993، ص 146.

- Salel, La responsabilité ciule des conservations de la propriété foncière au Maroc, p 183.

- Ahmed EL BATOULI, le rôle de conservateur dans l'immatriculation foncier, op.cit, p 159.

- Khalid ELYAZIDI, la responsabilité de conservateur, op.cit, p 25.

² SALEL, op.cit, p 183.

³ جاء في الفصل 387 من ق.ل.ع ما يلي: "كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام بتقادم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة".

⁴ جاء في الفصل 8 من القرار الوزيري المذكور ما يلي: "يبقى الضمان مخصصا بما عسى أن يرتكبه المحافظ من الغلط أو السهو المضر بحقوق الغير وذلك أثناء مدة تصرفه وفي خلال عشر سنين من يوم تخليه عن وظيفته ويكون المحل المعد للمخابرة مع المحافظ في المكتب الذي يباشر خطته فيه وذلك فيما يتعلق بالدعاوى التي لها مساس بعهدته وبيقى المحل المذكور معينا وجوبا مادامت العهدة عليه وتقع المطالبة في المحل المذكور ولو تخرى عن وظيفته أو كانت الدعاوى موجهة على من نزله القانون منزلته".

وعليه، فإنه حسب هذا الرأي يجب رفع دعوى التعويض داخل أجل أقصاه 15 سنة بالنسبة للأعمال التي أنجزها المحافظ على الأملاك العقارية في كل منصب غادره، وتقليص هذا الأجل إلى حدود 10 سنوات في حالة الانقطاع النهائي عن مزاولة مهامه الوظيفية.

غير أن هناك رأي¹ يذهب إلى أن لا مجال للأخذ بنص الفصل 8 من قرار 4 يونيو 1915، لأنه يتعلق بمدة الاحتفاظ بالكفالة ولا ينص أبداً على تقادم الدعوى وأنه لتحديد أجل التقادم إذا أسست الدعوى على الفصل 80 من ق.ل.ع² يجب الاستناد على الفصل 106 من ق.ل.ع، أي أن دعوى التعويض في هذه الحالة تتقادم بمضي 5 سنوات تبتدئ من يوم علم المتضرر بالضرر ومن هو المسؤول عنه وبمضي 20 سنة في جميع الأحوال تبتدئ من يوم حدوث الضرر.

أما إذا أسست دعوى التعويض على الفصول 372³؛ 474؛ و 597 من ظ.ت.ع، فإن أجل تقادمها يحدد وفقاً للفصل 387 من ق.ل.ع، أي أن هذه الدعوى تتقادم بمضي 15 سنة من يوم حصول الضرر ماعداً في الحالات الخاصة المنصوص عليها في الفصل 380 من ق.ل.ع⁶.

¹ Khalid LYAZIDI, op.cit, p 25.

² الفصل 80 من ق.ل.ع: "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها".

³ ينص الفصل 72 من ظ.ت.ع على ما يلي: "يتحقق المحافظ على الأملاك العقارية، تحت مسؤوليته، من هوية المفوت وأهليته وكذا من صحة الوثائق المدلى بها تأييداً للطلب شكلاً وجوهرًا".

⁴ جاء في الفصل 74 من ظ.ت.ع: "يجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يتحقق من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات هذا القانون وأن الوثائق المدلى بها تجيز التقييد".

⁵ الفصل 97 من ظ.ت.ع: "إن المحافظ على الأملاك العقارية مسؤول شخصياً عن الضرر الناتج عن:

1- إغفال التضمين بسجلاته لكل تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب طلب منه بصفة قانونية؛
2- إغفال التضمين بالشهادات أو نظائر الرسوم العقارية المسلمة والموقعة من طرفه لكل تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب مضمن بالرسم العقاري؛
3- فساد أو بطلان ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي أو تشطيب ما عدا الاستثناء المذكور في الفصل 73.

والكل مع مراعاة مقتضيات الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود".

⁶ ينص الفصل 380 من ق.ل.ع على ما يلي: "لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

1 - بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط، حتى يتحقق الشرط؛
2 - بالنسبة لدعوى الضمان إلى أن يحصل الاستحقاق أو يتحقق الفعل الموجب للضمان؛
3 - بالنسبة إلى كل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل؛

بينما هناك¹ من استند على الفصل 8 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915 في فقرته الأولى وحده معتبرا بذلك أن دعوى التعويض تتقدم بمضي 10 سنوات من تاريخ مغادرة المحافظ على الأملاك العقارية لعمله.

على أن هناك اتجاه أخير² يذهب إلى القول بأجل 15 سنة من تاريخ وقوع الضرر اعتمادا على الفصل 387 من ق.ل.ع مؤيدا رأيه بما ذهب إليه محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها بتاريخ 27 يونيو 1956 السابق بيانه.

والرأي فيما نعتقد أن الاتجاه الذي استند على الفصل 106 من ق.ل.ع فيما يتعلق بأجل تقادم دعوى التعويض المقامة ضد المحافظ على الأملاك العقارية هو الاتجاه الجدير بالتأييد على اعتبار أن الفصل المذكور يحكم جميع الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، وبما أن مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية هي تقصيرية³، فإن جميع الدعاوى المتعلقة بها تتقدم بمضي خمس سنوات من يوم علم المتضرر بالضرر والجهة المتسببة فيه وبمضي 20 سنة في جميع الأحوال من يوم حدوث الضرر، في انتظار تدخل المشرع لإصدار نص يقدر بشكل صريح أجل التقادم لرفع هذا اللبس وقفل الباب أمام هذا التضارب الفقهي والقضائي.

وقد أبدته محكمة النقض في أحد قراراتها بما يلي:

حيث إن القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 2005/12/14 تحت عدد 895 في الملف عدد 2004/2/4/975، بين الطرفين وفي

4 - ضد الغائبين إلى أن يثبت غيابهم ويعين نائب قانوني عنهم ويعتبر في حكم الغائب من يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم؛

5 - إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم.

¹ عبد القادر ألقلي دريوش، "مسؤولية محافظ الملكية في التشريع المغربي" مجلة الملحق القضائي، العدد 29 دجنبر 1994، ص 94.

² حمدي حمادي، المسؤولية الإدارية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني - عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية 1989-1990، ص 746.

³ للإشارة فإن تحديد طبيعة هذه المسؤولية عرف تضاربا فقها فيما إذا كانت تقصيرية أم تعاقدية، فجانبا من الفقه اعتبرها مسؤولية عقدية استنادا إلى وجود عقد بين طالب التحفيظ أو التقييد والمحافظ على الأملاك العقارية، بينما الرأي السائد في الفقه اعتبرها مسؤولية تقصيرية ناتجة عن عدم القيام بالالتزامات المهنية الملقاة على عاتق المحافظ والملزم بالقيام بها خارج نطاق دائرة الخطأ، كما أن مسؤوليته كسائر الموظفين تخضع للنظرية العامة للمسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، يراجع في هذا الخصوص: رضوان دزاري، "المحافظ بين المسؤوليتين المدنية والإدارية" بحث لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، شعبة القانون الخاص، قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2001 - 2002، ص 32-33.

نفس النزاع، أكد أن المحافظ على الأملاك العقارية ارتكب خطأ جسيماً، يجعله مسؤولاً مسؤولية شخصية طبقاً للفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود، يجب توجيه الدعوى ضده، وفي اسمه الخاص، وهي مسؤولية تقصيرية تتقادم الدعوى المبنية على أساسها طبقاً للأجال المنصوص عليها في الفصل 106 من نفس القانون، ولذلك فإن تعليل القرار الذي جاء فيه "إن ما يهدف طلب المدعي حصوله من دعواه، هو تعويضه عن الضرر الذي لحقه من جراء الخطأ الذي يدعيه في حق المحافظ، وبالتالي فإنه يتعين عليه تقديم دعواه في مواجهة المحافظ بصفة شخصية بذكر اسمه الشخصي، وعنوانه، وليس ضد المحافظ بصفته الإدارية، لأن المسؤولية شخصية"، هو تعليل سليم، وكافي لتبرير القرار، وتبقى العلة الخاطئة المبنية على تقادم الدعوى طبقاً للفصل 64 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04، زائدة، يستقيم منطوق القرار بدونها، وما ينعاه الطاعن غير جدير بالاعتبار.¹

وخلاصة القول، يجب على المتضرر الحرص على احترام الإجراءات المسطرية السابقة سواء فيما يخص مسطرة رفع الدعوى أو من خلال آجال رفعها، وذلك حرصاً على الوصول إلى الهدف الأسمى من دعوى التعويض في مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية ألا وهو جبر الضرر.

المحور الثاني: حلول الدولة محل المحافظ في أداء التعويض

تتحمل الدولة أداء التعويض في حالتين نص عليهما كل من الفصل 279 و³⁸⁰ من ق.ل.ع، ففي حالة ما إذا كانت هذه المسؤولية مؤسسة على الفصل 79 من ق.ل.ع، أي حالة كون خطأ المحافظ ذا صبغة مرفقية⁴، وهو ما يعني أن المتضرر يطالب الدولة مباشرة بالتعويض، وهذا ما يؤكد قرار صادر عن محكمة النقض المغربية والذي جاء فيه ما يلي:

¹ قرار عدد: 1/196 المؤرخ في: 2015/03/31 ملف مدني عدد: 12014/1/3671، غير منشور.

² "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها".

³ "... ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها".

⁴ جاء في حكم المحكمة الإدارية بوجدة ما يلي: "... إن الخطأ المرفقي هو فعل الموظف المرتبط بالمرفق وأن تقديره يتضمن حتماً تقييماً لسير المرفق، إن تسليم المدعي نظير الرسم العقاري قبل إتمام كل الإجراءات الواجبة قانوناً يعتبر خطأ مرفقياً وليس شخصياً وبالتالي تتحمل المحافظة العقارية المعنية في شخص محافظها كامل المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن الخطأ المذكور وكذا التعويض عنها".

- حكم رقم 572 صادر بتاريخ 08 يوليوز 2003 في الملف رقم 2001/103 غير منشور.

"طبقا للفصل 79 من ق.ل.ع، فإن مسؤولية الدولة عن تسيير إدراتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها لا تفترض، بل لا بد من إثبات الخطأ المصلحي المنسوب إلى موظفيها، لأنها من المسؤولية التقصيرية..."¹.

أما في حالة تأسيس مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية على الفصل 80 من ق.ل.ع، أي في حالة كون الخطأ مبني على أساس التبدليس أو الخطأ الجسيم، فمنطق الأمور يجعل المخطئ هو الأولى بتحمل تبعات خطئه²، وهذا ما يعني أن على المحافظ على الأملاك العقارية أداء التعويض المحكوم به لفائدة المتضرر ولا يتم الرجوع على الدولة إلا إذا ثبت عسره، ولهذا يمكن القول بأن حلول الدولة محل المحافظ على الأملاك العقارية يعتبر استثناء من القاعدة، إذ على المتضرر من الخطأ الشخصي للمحافظ متابعة هذا الأخير في مرحلة أولى دون إمكانية مطالبة الدولة مباشرة بالتعويض³ إلا بعد إثبات إفسار المحافظ.

وبالتالي، فمقاضاة الدولة يتم عن طريق دعوى احتياطية بعد متابعة المحافظ على الأملاك العقارية باعتباره طرفا أصليا وثبوت إفساره، وذلك كله بهدف حماية المتضرر من أخطاء المحافظ الشخصية⁴، وهذا ما كرسه حكم للمحكمة الإدارية بوجدة والذي جاء فيه ما يلي:

"... ولما كان تأسيس الرسم العقاري المذكور من طرف المحافظ قد تم خلافا للقانون ونتج عنه حرمان المدعي من حقه في الأرض المذكورة ... الحكم على الدولة المغربية في شخص ممثلها القانوني بالتعويض الذي ستسفر عنه الخبرة لفائدته واحتياطيا وتطبيقا للفصل 80 من ق.ل.ع.م الحكم على المدعى عليه الأول بالتعويض الذي ستسفر عنه الخبرة مع إحلال الدولة المغربية محله في الأداء..."⁵.

وتأييدا لذلك، جاء في أحد قرارات محكمة النقض ما يلي:

"إذا كان الخطأ شخصا بأن كانت له علاقة بعمله الوظيفي أو كان يندرج ضمن واجبات الموظف إلا أنه على قدر من الجسامة أو صدر عنه عمدا أو بنية

1 قرار محكمة النقض رقم 2391 الصادر بتاريخ 26 ماي 1994 في الملف المدني عدد 903804 منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 48، دجنبر 2000، ص 51 وما بعدها.

2 رضوان ذاري، م.س، ص 138.

3 تجب الإشارة إلى أن المتضرر يمكنه أن يدخل الدولة في الدعوى كضامن احتياطي.

4 عبد الإله المرابط، "إلغاء مطلب التحفيز لعدم متابعة المسطرة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية: 2005-2006، ص 76.

5 حكم رقم 21 بتاريخ 03 فبراير 2005 في الملف رقم 2003/423 غير منشور.

الإضرار بالغير فإن الموظف يكون هو المسؤول ولا تطالب الدولة إلا في حالة إفساره عملاً بالفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود¹.

وبالتالي، فإن إحلال الدولة محل المحافظ على الأملاك العقارية في أداء التعويض الثابت في حقه ما هو إلا تجسيد للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 80 من ق.ل.ع، وأنداك تعود الدولة على المحافظ من أجل رد ما أدته عنه للمتضرر من تعويض، والطريقة المتصورة لهذا الرجوع بالتعويض تكون في الغالب عبارة عن اقتطاعات شخرية من الراتب أو المعاش².

لكن إذا كان الضرر ناتج في شق منه عن خطأ شخصي وفي الشق الآخر عن خطأ مرفقي، فإن الدولة لا ترجع على المحافظ إلا في حدود نسبة مئوية من التعويض تعادل نسبة خطئه الشخصي³.

وغي قرار آخر لمحكمة النقض جاء مايلي:

لكن حيث إن "دعوى التعويض من جراء جريمة أو شبه جريمة تتقدم بمضي خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر ومن هو المسؤول عنه"، كما يقضي بذلك الفصل 106 من ق ل ع. ولما ثبت لقضاة الموضوع أن المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط الذي كانت مدينة تمارة تابعة له أثناء وقوع الضرر للمطلوب خالد زنيبر سبق الحكم عليه بأدائه له التعويض بمقتضى الحكم الابتدائي الذي تم تأييده بالقرار الاستئنافي الصادر بتاريخ 1994/03/08 في الملف عدد 92/4175 والذي أبرم بقرار المجلس الأعلى عدد 148 وتاريخ 1996/02/29 في الملف الإداري عدد 1995/1/5/1، وأن المطلوب لم يعلم بالمحافظ العقاري المسؤول شخصياً عن الضرر الحاصل له إلا بعد استفسار المحافظ العام، وتوصله بكتاب هذا الأخير المؤرخ في 09 ماي 2006 ووضع دعوى إدخال المحافظ المسؤول شخصياً عن الضرر آنذاك بتاريخ 22 ماي 2006 فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللته "بأن الطعون المنصبة على مدى أحقية المستأنف عليه في التعويض الناتج عن خطأ المحافظ أو المنصبة على تقادم حق المطالبة بالتعويض تبقى غير مؤسسة ولا تستدعي أي التفات أو مناقشة ما دام

¹ قرار محكمة النقض رقم 3035 الصادر بتاريخ 17 شتنبر 1986، في الملف المدني عدد 95676 منشور في مجلة القضاء والقانون، ع 138، س 26، فبراير 1988، ص 143 وما بعدها.

² رضوان دزاري، م.س، ص 152.

³ حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات كلية الحقوق بيروت طرابلس - لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص 212.

مردود عليها بأحكام نهائية باتة انتهت إلى إقرار حق المذكور في جبر الضرر الذي لحقه من جراء خطأ المحافظ في تضمين وتحديد المساحة الحقيقية الخاصة بالرسم العقاري عدد 45566 وتقليصها في 90 م م عوض 450 م م ولذلك لا مجال لمناقشتها من جديد، ويبقى هذا الجانب من الطعن غير جدير باعتباره ويتعين رده، وبعد اطلاع المحكمة على مضامين النصوص القانونية المستدل بها لتأكيد عدم قانونية المطالبة التي قام بها المستأنف عليه سابقا (الفصلين 60 و58 من القرار الوزيري المؤرخ في 1915/06/04) لم تقف على المدعى به بل ولم تجد ضمنها ما يعلق المطالبة المذكورة على ضرورة إدخال المحافظ العقاري المسؤول بشخصه واسمه قبل في دعوى التعويض وما يجب التأكيد عليه هو أن الدعوى التي سلكها المستأنف عليه سابقا والتي انتهت بصدور قرار نهائي وبات لصالحه بالتعويض وبإحلال صندوق التأمينات محل المحافظ المسؤول في أدائه تم خلالها إدخال المحافظ المسؤول في الدعوى، غير أنه لم يشر إليه باسمه لغياب العلم بذلك وهو ما يشفع له بتقديم الدعوى الحالية وإدخاله بشخصه واسمه بعدما حصل على شهادة تفيد ذلك ويبعد تطبيق الفصل 106 من ق ل ع في النازلة مما يجعل الطعن المنصب عليها غير عامل ويتعين عدم اعتباره" فإنها اعتبرت مسؤولية المحافظ قد تم الحسم فيها بصدور حكم عليه بأداء التعويض أيد استئنافيا وأبرم بقرار المجلس الأعلى، واعتبرت عن صواب الدفع بالتقادم غير قائم في النازلة مادام المحافظ قد أدخل في الدعوى السابقة، واقتصرت هذه الدعوى على ذكره باسمه فحسب بعدما حصل العلم باسم المطلوب، فركزت قضاءها على أساس ولم تخرق المقتضيات القانونية المستدل بها وعللت قرارها بما هو سائغ وما بالوسيلة على غير أساس.¹

وتجدر الإشارة إلى أن الأساس الذي على إثره تتم مساءلة الدولة على الأخطاء المصلحية وكذا الأخطاء الشخصية القائمة على التدليس والخطأ الجسيم بعد ثبوت إفسار الموظف العمومي، يتمثل في تحمل الدولة مسؤولية اختيار ومراقبة موظفيها ومستخدميها، ذلك أن الأصل في المساءلة هو الأخذ بعين الاعتبار لمعايير معينة وثابتة ومدروسة في العملية الإدارية برمتها.²

¹ القرار عدد : 4152 المؤرخ في : 2011/10/04 ملف مدني عدد : 2010/3/1/3708 غير منشور..

² محمد الحياني، المحافظ العقاري المسؤولية التقصيرية - واقع وآفاق، " المحافظ العقاري والمسؤولية التقصيرية - واقع وآفاق - ، " مؤسسة النخلة للكتاب، وجدة، الطبعة الأولى 2004، ص 58.

خاتمة:

حاولنا قدر المستطاع أن نسلط الضوء على الخطورة التي تتميز بها مهمة المحافظ على الأملاك العقارية وغيره من الموظفين العموميين، أي مجال مسؤوليته وفقا لقواعد قانون التحفيظ العقاري التي من خلالها تعمقنا في نصوص القانون العقاري فخلصنا إلى أن هذه المسؤولية التي تطبع مهام المحافظ العقاري هي مسؤولية جد ثقيلة ومتنوعة، وعلى جانب آخر، يلفها نوع من الغموض الذي أدى إلى تضارب الآراء الفقهية وكذا أيضا مواقف الاجتهاد القضائي، الأمر الذي أرخى بظلاله الكثيفة على فعالية أداء المحافظ العقاري.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع عندما نظم مسؤولية المحافظ العقاري لم يهدف من وراء ذلك تضيق الخناق عليه ولا شل يده وهو الذي يمنحه على العكس من ذلك سلطات قوية جدا، كما أنه لم يتوخ مطالبته بالكامل وعدم الخطأ إطلاقا، بل قصد إلى تنبيهه إلى خطورة بعض أعماله وقراراته ذات الآثار الهامة على حقوق الأغيار، مما يتطلب معه القدر اللازم من اليقظة والحبطة والحذر المعقول وذلك دون الإفراط في هذا الاحتياط وعرقلته سير المرفق العام.

كما نؤكد في هذا المضمار على التوصيات التي خرج بها المشاركون في المناظرة الوطنية حول "السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، بالصخيرات والتي من جملتها تكريس مبدأ الأمن العقاري، خاصة من خلال تحصين الملكية العقارية والرفع من قيمتها الاقتصادية والإنتمائية من خلال سلسلة من الإجراءات.

وتشمل هذه الإجراءات إحداث أقسام عقارية متخصصة داخل المحاكم من أجل تسريع البت في القضايا العقارية، وحث القطاعات المتدخلة في العقار على إرساء وتطوير نظام معلوماتي جغرافي، وإجراء التحديد الإداري للأراضي الجماعية من أجل ضبط مساحتها بشكل دقيق، وتسريع وتيرة تصفية وضعيتها القانونية، إضافة إلى استثمار التكنولوجيا الرقمية في ضبط البنية العقارية. والملاحظ فيما يخص الآثار الناجمة عن مسؤولية المحافظ العقاري وذلك عندما تثار دعوى التعويض، مما يطرح الإشكال بالنسبة للمسطرة المتبعة من طرف المتضرر، هل يقيم دعوى التعويض ضد الدولة وتحل محل المحافظ العقاري أم يرفع دعوى ضد صندوق التأمين؟ إن الواقع العملي يتسم بغموض على مستوى المسطرة الخاصة التي يتعين اتباعها فيما يخص دعوى الحلول، فقلما يتم إدخال صندوق التأمين

والسبب راجع إلى جهل أغلب المتقاضين بإجراءات مطالبة هذا الصندوق، وكذلك فيما يتعلق بالأجال القصيرة والمسقطنة التي تحول دون تفعيله.

حقوق المستهلك القضائية في تسوية النزاعات الاستهلاكية

محمد أزراف

دكتور في القانون الخاص

تخصص العلوم الجنائية

مقدمة:

أصبحت حماية المستهلك في السنين الأخيرة ميدانا للنقاش السياسي ومجالا خصبا للإبداع الفكري القانوني والإقتصادي، والمغرب ووعيا منه بهذه الحقيقة حاول السير في ركب الدول التي أحرزت تقدما في ميدان حماية المستهلك. والبحث عن الوسائل القانونية الأكثر جدوى لضمان حقوقه واقتضائها من المنتج باعتبار هذا الأخير يشكل الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية.

فحماية رضائية المستهلك من جهة أولى، وصحته وسلامته من جهة ثانية، بضمان حقوقه القضائية كان الفاعل الأساسي بالوعي بضرورة سن تشريع إجرائي هذه الحقوق.

ولا جدوى لأية حقوق يتمتع بها المستهلك ولا فاعلية لها دون توفر المستهلك على حقوق قضائية حقيقية توفر له الحماية القضائية بأقرب الطرق القضائية وبأبسط الإجراءات المسطرية، وبأقل المصاريف الممكنة، ولا مجال للحديث عن أية حماية للمستهلك دون الوجود الفعلي للحماية القضائية بحقوق المستهلك ودون التأسيس النظري والعملية لدور إيجابي للقضاء في صياغة وتفعيل هذه الحقوق.¹

وتشكل القواعد المسطرية أهم المعايير التي يقاس بها تقدم قوانين الاستهلاك وتطورها، وعليه فدراستنا للدور الذي تلعبه القواعد الإجرائية في تسوية النزاعات الاستهلاكية يقتضي هذا التطرق إلى قواعد الإثبات في نزاعات الاستهلاك، وكيفية تعامل المشرع معها، وكذا القواعد المتعلقة بالتقادم (المبحث الأول).

¹ عبد الحميد أحريف: "الحقوق القضائية للمستهلك"، مجلة المعيار، العدد 38، دجنبر 2007، ص:

غير أن الوقوف عند المقترضات القانونية التي جاء بها قانون حماية المستهلك، تبرز بوضوح أنه قانون موضوعي بامتياز، أغفل النص على قواعد مسطرية خاصة بنزاع الاستهلاك.

وتبقى مسألة اللوجية إلى العدالة في المغرب، من المعوقات التي تحد من ممارسة المستهلكين لحقهم في التقاضي، في ظل عدم فعالية آليات المساعدة القضائية، وغياب نظام قانوني للمساعدة القانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: قواعد الإثبات في نزاعات الاستهلاك

تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد الجوهرية، التي تسهم في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، الشيء الذي يدفعنا للوقوف على نقطتين أساسيتين، تقوم عليهما قواعد الإثبات، إحداهما تتعلق بالظرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، والثانية تتعلق بوسائل الإثبات المتاحة (المطلب الأول)، على أن نتطرق بعد ذلك إلى التقادم في النزاعات الاستهلاكية، باعتباره طريقا لاكتساب أو انقضاء حق معين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عبء الإثبات في النزاعات الاستهلاكية

يختلف عبء الإثبات الذي يقع على المستهلك وفق المقترضات العامة المنصوص عليها فيها في قانون الالتزامات والعقود (الفقرة الأولى) عما هو وارد في قانون حماية المستهلك الذي نص على بعض الاستثناءات التي من خلالها تم قلب عبء الإثبات بجعله على المهني سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عبء الإثبات وفق المقترضات العامة في ق.ل.ع.

يقع على المستهلك الالتزام بإثبات ما يدعيه اتجاه المهني وذلك تأكيدا للمقترضات العامة¹ التي وردت في قانون الالتزامات والعقود بخصوص إثبات الالتزامات وحيث جاء في المادة 399 منه: "إثبات الالتزام على مدعيه".

وتشكل طرق الإثبات وقواعده أحد أهم العوائق التي تواجه المستهلك عند وقوفه أمام القضاء مدعيا أو مدعى عليه، فمتى كان مدعيا، كان ملزما بإثبات دعواه، وهو أمر قد يكون في غاية الصعوبة، خاصة وأن المستهلك يتعامل مع شخص محترف، غالبا ما يحرص ألا يترك بين يدي المستهلك أي دليل يمكنه الرجوع إليه،

¹ محمد العروصي: "الالتزام بالإعلام خلال مرحلة تكوين عقد البيع"، مطبعة وراقعة سجلماسة، الطبعة الأولى، 2012، ص: 321.

لذلك يكون من الصعب على المستهلك أن يثبت عيب إرادته، أثناء التعاقد، كما يكون من الصعب عليه إثبات مسؤولية المهني، وإذا كان هذا هو الشأن حينما يقف المستهلك في موقع المدعي فإن الصور تكون معكوسة تماما حينما يقف المستهلك في موقف المدعى عليه، ذلك أنه يكون في مواجهة شخص محترف يحرص على حماية حقوقه عن طريق الحرص على إثباتها والحصول على وسائل إثباتها، هنا يجد المستهلك نفسه مطالبا بإثبات العكس كما هو الحال بالنسبة لفواتير الهاتف مثلا، وفواتير استهلاك مادتي الماء والكهرباء.¹

وعموما للمستهلك إثبات ادعائه بكل وسائل الإثبات ما عدا الحالات التي يشترط القانون فيها على إتباع وسيلة معينة للإثبات.²

حيث يشترط القانون إثبات الالتزامات والحقوق التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف درهم بالكتابة، أي بمحرر رسمي أو عرفي أو محرر ثابت التاريخ.³

الفقرة الثانية : عبء الإثبات وفق قانون حماية المستهلك

غير أنه وأمام الصعوبات التي يواجهها المستهلك في إثبات بعض الحالات، تدخل المشرع المغربي من خلال قانون حماية المستهلك، لينص على بعض الاستثناءات التي من خلالها تم قلب عبء الإثبات بجعله على المهني سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه وهي كالتالي :

- الشروط التعسفية:

على غرار المشرع الفرنسي، قام المشرع المغربي بدوره بتعريف الشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه : "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك، كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".⁴

¹ حس الوزاني التهامي : "دور القضاء التجاري في حماية المستهلك"، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 8، السنة 2009، ص: 169-170.

² وفاء الفحصي : "إشكالية الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2008-2009، ص : 64.

³ الفصل 443 من ق.ل.ع.

⁴ مينة الكراري : "حماية المستهلك من الشروط التعسفية على ضوء القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2013-2014، ص:48.

وقد نص المشرع المغربي، في المادة 18 من قانون حماية المستهلك، في فقرته الأخيرة على أنه: "في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع". على اعتبار أن إثبات تعسفية الشرط من طرف المستهلك تكاد تكون مستحيلة، نظرا لتعلق المعاملات في الغالب بمسائل تقنية يصعب توفر الوسائل التي من خلالها يمكن للمستهلك أن يثبت تعسفية الشرط المتضمن في العقد. وفي نفس السياق نص المشرع المغربي في قانون حماية المستهلك في مادته 20 على أنه: "تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام"، ولا يمكن مخالفتها باتفاقيات الأفراد. كما يجب على القاضي إثارتها تلقائيا حماية لمصالح الطرف الضعيف (المستهلك) في هذه النزاعات وهو ما من شأنه تعزيز الحماية المخولة للمستهلك بغية ضمان تسوية منصفة لنزاعات الاستهلاك التي تتسم بوجود أطراف غير متكافئة.¹

- العقود عن بعد:

نفس المقتضى جاء به المشرع المغربي في المادة 34 من قانون حماية المستهلك،² وأكد ذلك من خلال مقتضيات م44 من نفس القانون على كون المادة السابقة من النظام العام لا يجوز استبعادها أو الاتفاق على مخالفتها. أي كل شرط من شأنه إلقاء عبء الإثبات في العقود عن بعد على عاتق المستهلك يعد شرطا غير قانوني لمخالفته النظام العام ولمساسه بالحقوق المخولة صراحة للمستهلك كطرف ضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

إلا أنه بالرغم من كل هذا فإن ق.ح.م. قد خالف كل التوقعات ولم يأخذ مصلحة المستهلك بعين الاعتبار عند وضعه لقواعد الإثبات، إذا كان الأولى به أن يضع نصا عاما يشمل كافة النزاعات الاستهلاكية ينص من خلاله على قلب عبء الإثبات كليا بجعله على عاتق المهني أكان مدعيا أو مدعى عليه.

و عليه فليس ثمة أية مرونة في قواعد الإثبات لفائدة المستهلك باستثناء المادتين 18 من ق.ح.م. المتعلقة بالشروط التعسفية، و34 من ق.ح.م. المتعلقة بالعقود عن بعد

¹ المهدي العزوي: "تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك"، سلسلة "أعمال جامعية"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص، ص: 51.

² تنص المادة 345 من ق.ح.م: "في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدها واحترام الأجل وكذا قبول المستهلك، يعتبر كل اتفاق مخالف باطلا وعديم الأثر".

والأولى أن يعتبر المستهلك في وضعية المدعى عليه من زاوية عبء الإثبات، ويعتبر المهني مسؤولاً عن التنفيذ الجيد لسائر التزاماته ومكلفاً بإقامة الدليل على ذلك¹.

المطلب الثاني: التقادم في النزاعات الاستهلاكية

تشكل القواعد المسطرية أهم المعايير التي يقاس بها تقدم قوانين الاستهلاك وتطورها، وتعد القواعد المتعلقة بالتقادم من أهم القواعد الجوهرية، التي تسهم في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، باعتباره طريقاً لاكتساب أو انقضاء حق معين. سواء في التشريع المغربي (الفقرة الأولى) أو التشريع الفرنسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التقادم في النزاعات الاستهلاكية وفق التشريع المغربي

التقادم هو طريقة لاكتساب أو انقضاء حق معين، بمرور مدة معينة أو آجال خاصة يحددها القانون وهذا ما ينص عليه الفصل 71 ق.ل.ع.

وباعتبار الدعاوى أو المنازعات المرتبطة بالاستهلاك ناشئة عن الالتزام فإنها تتقادم بخمسة عشر سنة مع الاستثناءات التي تنص عليها المادة 388 من ق.ل.ع. هذا وتجب الإشارة إلى أن قانون حماية المستهلك نص على آجال لتقادم الدعوى أو ممارسة الحق في الادعاء وذلك في المادة 65، حيث أن الدعاوى الناشئة عن العيوب الخفية لها آجال معينة تختلف من العقار إلى المنقول فبالنسبة للعقار فالتقادم المسقط للدعوى يكون بمرور سنتين بعد التسليم، أما المنقول فأجله سنة بعد التسليم².

كذلك بالنسبة للدعوى الناشئة عن القرض الاستهلاكي، فيجب إقامتها داخل أجل السنتين المواليين للحدث الذي أدى إلى إقامتها، وهذا ما تنص عليه المادة 111 من قانون رقم 31.08.

إن العلاقة التي تجمع بين المهني والمستهلك، تدخل في إطار ما يعرف بالأعمال المختلطة، على اعتبار أن الطرف الأول³ غالباً ما يكون تاجراً بينما الطرف

1 عبد الحميد اخريف : مرجع سابق، ص : 79.

2 تنص المادة 65 الفقرة الثالثة من قانون ح.م 31.08 على ما يلي : "خلافاً للأحكام 573 و 553 من الظهير الشريف الصادر في رمضان 1331 بمثابة قانون الالتزام والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية وإلا سقطت :

- بالنسبة للعقارات من بعد التسليم.

- بالنسبة للأشياء المنقولة سنة بعد التسليم، ولا يصوغ تقصير هذه الأجل باتفاق المتعاقدين".

3 إذ كلما تعلق الأمر بطرف مهني غير تاجر، إلا وتطبق القواعد العامة للتقادم على اعتبار أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بمعاملة مدنية صرفة تجمع بين طرفين مدنيين كما هو الحال عندما يكون المهني صاحب مهنة حرة.

الثاني وهو المستهلك يكون طرفا مدنيا، لذلك أقر المشرع المغربي في المادة الخامسة من مدونة التجارة نظاما خاصا للتقادم حيث تنص هذه المادة على أنه : "تتقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار بمضي خمس سنوات، ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة".

صياغة هذه المادة توحى بإمكانية اتفاق الأطراف على مخالفة مدة الخمس سنوات المنصوص عليها، فإذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بتمديد أجل الخمس سنوات على اعتبار أن ذلك لن يطرح مشكلا كبيرا للمستهلك، خصوصا وأن المشرع في المادة 375 من ق.ل.ع يسمح بذلك شريطة أن لا يتجاوز هذا التمديد خمسة عشرة سنة¹.

الفقرة الثانية: التقادم في النزاعات الاستهلاكية وفق التشريع الفرنسي

بخصوص القانون الفرنسي فإن المادة 1648 من القانون المدني كقاعدة عامة تنص على ثلاثين سنة كاملة للانقضاء والالتزام بالتقادم مع الاستثناءات:

- حيث إنه إذا أقام المستهلك الدعوى قد تاجر فمدة التقادم 10 سنوات.
- عقد التأمين مدته سنتان.
- فيما يتعلق بائتمان المستهلك فالمدة سنتان.
- فيما يتعلق بالعيوب الخفية فالمدة قصيرة (المادة 1648) فهي في الغالب تحسب بالشهور.

وأقر المشرع الفرنسي مقتضيات خاصة بالتقادم، في الدعاوى الاستهلاكية في نصوص خاصة، منها مدونة الاستهلاك الفرنسية حيث خرجت من القواعد العامة للتقادم بخصوص القرض الاستهلاكي للمنقول، حيث نصت المادة L311.37 لسنة 1993 على أن الدعوى تسقط إذا لم يتم تحريكها داخل أجل سنتين يبتدىئ احتسابها من تاريخ التوقف عن الأداء، ويعتبر هذا التقادم مستقلا للحق لا يوقف ولا ينقطع، كما لا يمكن إثارته تلقائيا من قبل المحكمة².

وعليه يكون القانون الفرنسي وقد نص على أجل سقوط قصير المدة الشيء الذي طرح إشكالا للمستهلك، إذ أن هذه الأجل تتخللها محاولات التسوية الودية، مما يفوت على المستهلك فرصة الدعوى القضائية، كما قد يعتمد المحترفون إطالة أمد

¹ المهدي العزوي : مرجع سابق، ص : 57.

² فتحة بوكيلي: "الوسائل القانونية لفض النزاعات الاستهلاكية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ماستر القانون المدني و الأعمال، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بطنجة ، السنة الجامعية، السنة الجامعية : 2014-2015، ص : 127.

التسوية ربحا للوقت. مما جعل الفقه يناهز بجعل محاولات التسوية الودية سببا من أسباب انقطاع التقادم.

ونخلص للقول بأن المشرع المغربي كان يتوجب عليه النص من خلال قانون حماية المستهلك 31.08 على آجال للتقادم تراعي مصلحة المستهلك، من خلال توظيف السقوط في مواجهة المهني، وجعل هذه المقترضات تتسم بطابع النظام العام حتى لا تقبل التمديد أو التخفيض، والأكثر من ذلك يتوجب إلقاء عبء إخبار المستهلك بالأحكام المتعلقة بالتقادم على المهني، عن طريق إيرادها كبيان في العقود المبرمة بين الطرفين، حتى لا يفاجئ المستهلك بسقوط حقه بفوات الأجل.¹

المبحث الثاني: معيقات ولوج المستهلك للعدالة

لقد أصبح الولوج إلى العدالة حقا أساسا يفعل من خلال عدة آليات، على رأسها الحق في اللجوء إلى القضاء، ويعني إمكانية كل شخص عرض دعواه على محكمة رسمية، وهو ما أقرته العديد من المواثيق الدولية² التي تنص على المساواة أمام القانون والقضاء، كما نصت عليه العديد من الدساتير³ على رأسها الدستور المغربي الجديد لسنة 2011 في الفصول 118 منه، الذي جاء فيه أن حق التقاضي مكفول لكل شخص للدفاع عن حقوقه ومصالحه التي يحميها القانون.⁴

لكن على الرغم من ذلك فمسألة الولوج إلى العدالة في المغرب تبقى من المعوقات التي تحد من ممارسة المستهلكين لحقهم في التقاضي، أمام قصور نظام المساعدة القضائية (المطلب الأول)، وغياب نظام قانوني للمساعدة القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : قصور نظام المساعدة القضائية

نظام المساعدة القضائية المعمول به في المغرب يتم الاستفادة منه وفق أحد النظامين: نظام المساعدة القضائية بقوة القانون (الفقرة الأولى) ، و نظام المساعدة القضائية بناء على طلب (الفقرة الثانية).

¹ محمد الهيني : "الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين السري، حماية مستهلك خدمات التأمين"، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية الرباط، 2010، ص : 11 وما بعدها.

² المادتين 7 و10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- المادة 14 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية.

- المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

³ الدستور الإسباني م24 منه ودستور فيدرالية روسيا م19 منه.

⁴ المهدي العزوي : مرجع سابق، ص : 64.

الفقرة الأولى : نظام المساعدة القضائية بقوة القانون

إذا كان مبدأ المساواة بين الأطراف أمام القضاء، يكفل حق اللجوء إلى القضاء لحماية حقوق الأفراد، فإن مبدأ مجانية القضاء، يكفل لهم اللجوء إلى الحماية القضائية دون تمييز بين غناهم وفقرهم، وهو بذلك -مبدأ المجانية- يقوم على إعفاء المتقاضين من أداء :

- 1- أتعاب من يقومون بشؤون القضاء (قضاة، كتاب ضبط، أعوان...).
 - 2- الرسوم القضائية بالنسبة لبعض الفئات.
 - 3- فتح باب المساعدة القضائية في وجه بعض الأشخاص.
- لذا يعد إقرار نظام المساعدة القضائية تطبيقاً لمبدأ مجانية القضاء للمعوزين الذين يعجزون عن تحمل نفقات التقاضي أمام المحاكم للدفاع عن حقوقهم، وهكذا أنشئ نظام المساعدة القضائية بصفة أساسية لتعويض انعدام المساواة الخطيرة الموجودة في مبدأ مجانية القضاء.¹

نظام المساعدة القضائية المعمول به في المغرب كان ينظمه في السابق ظهير 12 غشت 1913.²

يخضع هذا النظام حالياً لمقتضيات:

- المرسوم الملكي رقم 514-65 الصادر بتاريخ 18 رجب 1386 الموافق لـ 1 نونبر 1966.
 - القانون 28-08 الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2008 بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة، الذي تعرض في مادتيه 40 و 41 لموضوع المساعدة القضائية.
 - ظهير 17 مارس، المحدث لمؤسسة الوسيط.
- ويتم الاستفادة من المساعدة القضائية بقوة القانون وخلال هذا النظام لا تحتاج إلى تقديم أي طلب بشأنها، كما هو الشأن مثلاً في القضايا الاجتماعية بالنسبة للعامل،³ مدعياً كان أو مدعى عليه، أو لذوي حقوقه، وتمتد هذه المساعدة إلى جميع مراحل القضية ابتداء من المقال الافتتاحي إلى المرحلة الاستئنافية وإلى جميع إجراءات التبليغ والتنفيذ.

¹ محمد محبوبي : "أساسيات في التنظيم القضائي"، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2007، الرباط، ص : 62.

² محمد لمريني : "مؤسسة المساعدة القضائية"، مجلة الحدث القانوني، عدد 18 شتنبر 1999، ص : 12.

³ كذلك بالنسبة للمطلقة في دعوى النفقة.

إن وضعية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، كانت تقتضي من المشرع المغربي، أن ينص صراحة في قانون حماية المستهلك، على كون المستهلكين يستفيدون كليا أو جزئيا من المساعدة القضائية متى كانت مواردهم المالية لا تكفي لتغطية تكاليف الدفاع عن حقوقهم أمام القضاء،¹ وذلك للتوسيع من فئة المستفيدين بقوة القانون من نظام المساعدة القضائية.

الفقرة الثانية: نظام المساعدة القضائية بناء على طلب

وهي تلك التي تمنح بعد تقديم طلب بشأنها مرفق بما يثبت عجز التقاضي عن أداء الرسوم ويقدم الطلب إلى وكيل الملك، أو الوكيل العام للملك، حسب الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطلب المزمع رفعه إليها، على أن يقع البث في هذا الطلب من طرف مكتب مختص.

وتشمل آثار الاستفادة من المساعدة القضائية، الإعفاء من الرسوم القضائية، والإعفاء من مصاريف الخبرة، وتنقل المحكمة وتعيوضات الشهود وأعوان كتابة الضبط... كما تمتد بقوة القانون إلى الإجراءات التنفيذية، وفي هذا الإطار تنص المادة 40 من القانون المنظم لمهنة المحاماة على أنه: "يعين النقيب لكل متقاضى يتمتع بالمساعدة القضائية محاميا مقيدا في الجدول أو في قائمة التمرين ليقوم لفائدته بكافة الإجراءات التي تدخل في توكيل الخصام...".

وقد جرت العادة على أن يعين المحامي من قائمة التمرين، لذلك ينبغي إعادة النظر في مسألة تعيين المحامي من طرف النقيب، من خلال إعطاء الحق للمستفيد في اختيار المحامي بدل تعيينه، لأن من شأن ذلك الرفع من نجاعة نظام المساعدة القضائية، ودوره في تحقيق المساواة أمام القضاء، بين أطراف غالبا ما تكون غير متكافئة.²

غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن مجانية القضاء لم تعد مطلقة في قانون المحاماة الجديد، إذ تنص المادة 41 منه: "للمحامي المعين في إطار المساعدة القضائية أن يتقاضى أتعابا عن المسطرة التي باشرها ونتجت عنها استفادة مالية أو عينية للطرف المعني، على أن يعرض الأمر على النقيب لتحديد مبلغ تلك الأتعاب".

¹ محمد اخريف : م.س، ص : 210.

² المهدي العزوزي : م.س، ص : 67.

والأجدر في نزاعات الاستهلاك أن تتحمل الدولة كلياً أو جزئياً مصاريف الدعوى وعدم مطالبة المستهلك بها إذ ربح الدعوى، وأدائها لأتعب الدفاع بدل إمكانية مطالبة المستفيد بها.

إن الولوج للعدالة من طرف المستهلك يقتضي مجانية بمفهومها الشامل¹ مراعاة لخصوصيات نزاعات الاستهلاك التي تجعل من الصعب تحقيق العدالة في ظل ارتفاع تكاليف الدعوى.²

فبالرغم من انتشار مظاهر التعسف في واقعنا المعاش، فالملاحظ أن قلة من المستهلكين هم من يلجؤون إلى المحاكم للحصول على الحماية القضائية لحقوقهم، مما يجعل من تلك القضايا لنذرتها قضايا نادرة، ويبقى في رأينا أحد الأسباب الرئيسية لهذا العزوف عن اللجوء إلى العدالة تكلفة التقاضي.

المشرع الفرنسي بموجب قانون 10 يوليوز 1991³ أسس لنظام متطور للمساعدة القضائية، يستفيد منه الأشخاص الطبيعيون الذين لا يتجاوز دخلهم الشهري مبلغاً يتم تحديده سنوياً، ولق تم تأسيس مكاتب تختص بهذه الإجراءات على صعيد كل محكمة تقتصر مهمتها في تسهيل عملية الحصول على الدعم من طرف الدولة، لمباشرة المساطر القضائية لتسوية النزاعات، وتتم هذه الإجراءات عن طريق طلب يقدمه المستهلك أو المعني بالأمر، وفي حالة الموافقة عليه فإن الدولة تتحمل أتعاب الدعوى كلياً أو جزئياً بحسب الأحوال،⁴ ويخول المستفيد من مجموعة من الامتيازات التي لا تتوفر في نظام المساعدة القضائية بالمرغب، من قبل إعطاء المستفيد حق اختيار المحامي بنفسه، هذا الأخير يحصل على أتعابه مباشرة من صندوق الدولة.⁵ لاشك بأن تحقيق ولوج سهل وفعال للعدالة،⁶ ومعه تحقيق الأمن القضائي للمستهلك،

¹ Michel Laure Rassat : "la justice en France", Ed, puf, collection, que sais-je? 1996, p : 26.

² عزيز بويديعة : "حماية المستهلك ضمن المبادرات التشريعية" المشروع الحكومي رقم 31.08 والمقترح البرلماني رقم 08.40، بحث نهاية الدراسة بالسلك العالي في التدبير الإداري، الفوج السابع، السنة الجامعية 2007-2009، ص : 2.

³ Loic Cadit : droit judiciaire privé, troisième édition, litec, p : 62 et s.

⁴ Loic Cadit : droit judiciaire privé, op.cit, p : 62 et s.

⁵ مهدي منير : م.س، ص مهدي منير : "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص : 395.

⁶ Abdellah Boudahrai, : réflexions pour un meilleurs accès à la justice", in rev, de droit d'économie, n°6, 1990, p: 11 et s.

يقتضي إعادة النظر في نظام المساعدة القضائية بشكل يخدم مصلحة المستهلك، وذلك من خلال:

✓ إعطاء الحق للمستفيد في اختيار المحامي، وإدخال معيار الدخل الشهري ومعيار النزاع البسيط كمحددتين أساسيين لمنح المساعدة القضائية.

✓ توسيع نطاق الأشخاص المستفيدين بقوة القانون من هذا النظام.

✓ إعادة النظر في مقتضيات المادة 41 من القانون المنظم لمهنة المحاماة على اعتبار أن قصور نظام المساعدة القضائية، راجع بالأساس إلى تمويله، مع العلم بأنه تم إعداد المرسوم التطبيقي للمادة 41 من القانون السالف الذكر المتعلق بمبلغ وطريقة صرف أتعاب المحامي التي تؤديها خزينة الدولة لتغطية مصاريف المساعدة القضائية¹.

✓ إدخال آليات جديدة إلى جانب المساعدة القضائية، من قبيل التأمين من المخاطر القانونية، إذ مقابل قسط من المال للمؤمن، يلتزم هذا الأخير بتحمل مصاريف الإجراءات القضائية وبتقديم عدة خدمات موازية للمؤمن له، وذلك بكفالة حدوث نزاع من الغير، فالجوء للقضاء بالنسبة للمؤمن له، يتم بكيفية لا يشعره بثقل الأتعاب والمصاريف، غير أنه ينبغي التأكيد على ضرورة فصل عقد تأمين الحماية القانونية عن عقود التأمين الأخرى، وإعطاء الحق للمؤمن له في اختيار محاميه، وفي حالة وقوع نزاع بين المؤمن كطرف مهني والمؤمن له كمستهلك إلزام المؤمن بالمصاريف كاملة².

المطلب الثاني : غياب نظام قانوني للمساعدة القانونية

إن ولوج المستهلك للعدالة يبدأ أساسا من سهولة ولوجه للقانون أو الذي يمكن إدراجه ضمن الحق في المعلومة الذي هو حق دستوري³. و نظام الولوج للقانون

¹ شكري الاحواري، عرض تقديمي لموضوع الولوج إلى القانون والعدالة، الحوار الوطني حول إصلاح العدالة، جلسة الحوار الجهوية الأولى، الرباط، 11 و 12 يونيو 2012، ص : 32-33.

² المهدي العزوي : م.س، ص : 69.

³ حيث ينص الفصل 27 من الدستور المغربي الذي ينص على أن "المواطنات والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة، والهيئات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام"، كما يجد مرجعيته في مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك بصيغتها الصادرة سنة 1999، في مادتها 34 التي تنص على أنه : "ينبغي أن توفر للمستهلك المعلومات بشأن ما هو متاح لهم من إجراءات الانتصاف وغيرها من إجراءات حل المنازعات"

Mourad Sakel : Accès à la justice des groupes les plus vulnérables et - état de droit au Maroc, PNUP, 2004, p:3.

نظام شمولي يسعى إلى تقريب القانون من المخاطبين به عبر الاعتماد على وسائل تحقق التمكين الفعلي للمواطنين من خلال ضرورة وضوح النص القانوني (الفقرة الأولى)، وكذا التأسيس لنظام المساعدة القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ضرورة وضوح النص القانوني

إذ أن تحقق مبدأ الأمن القانوني رهين بضرورة العمل على صياغة القاعدة القانونية بطريقة تتسم بالدقة والبساطة والوضوح حتى يتمكن الناس من فهم القانون والتعرف على مضمونه بسهولة والامتثال لأوامره، فاللغة المعقدة الغامضة تثير الخلاف والاضطراب في المعاملات، وينتج على ذلك انعدام الأمن والاستقرار القانوني.¹

ولا ينبغي أن تقتصر سمة الدقة والوضوح على العبارات فقط، بل يجب أن تمتد الإصلاحات القانونية المستعملة، حيث ينبغي العمل قدر الإمكان على اعتماد الصياغة التي تؤدي إلى خلق نصوص واضحة الدلالة والتي لا تقبل الاحتمالات الكثيرة لتأويله، قصد تعزيز ثقة المتقاضين في جهاز العدالة.²

فلكي يكون النص ممكن الولوج فإن إعداده - حسب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان- يجب أن يتوخى ثلاثة أهداف أساسية هي : الوضوح، وسهولة الفهم، والقابلية للتطبيق، وعليه فإن المشرع المغربي في إطار الفلسفة المعتمدة في القوانين التي توطر علاقات تعاقدية غير متكافئة، من الممكن أن يعمل على الاستفادة من بعض التجارب الأوروبية، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي أصبح هذا التعديل الدستوري لـ 28 يوليو 2008 يخضع مشاريع النصوص القانونية لما يسمى بدراسة الوقع أو الأثر، وهي دراسة غايتها تحديد وقع تلك المشاريع على النظام القانوني وأثارها المالية والإقتصادية والاجتماعية والبيئية.³

الفقرة الثانية : التأسيس لنظام المساعدة القانونية

لاشك أن المرسوم الملكي رقم 514-65 الصادر بتاريخ 18 رجب 1386 الموافق لـ 1 نونبر 1966 بمثابة قانون، وضع في سياق تحديات ولوج القضاء بالمفهوم الكلاسيكي لهذا الحق، أي تمكين من يوجد في وضع مادي لا يسمح له

¹ علي الحنودي : "الأمن القانوني : مفهومه وأبعاده"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 9، يناير فبراير 2011، ص : 120.

² محمد لمزوعي : "الإصلاح القضائي وعلاقته بمجال الأعمال والاستثمار"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 102، يناير فبراير 2012، ص : 23.

³ شكري الاجراوي : م.س، ص : 12.

بالدفاع عن حقوقه أمام القضاء، من القيام بذلك، وبالتالي لم يستحضر الحاجة إلى تسهيل الولوج إلى المعلومة القانونية كمدخل لممارسة الحق في اللجوء إلى القضاء.¹ أمام تنامي فكرة ولوج المستهلك للقانون، ظهرت العديد من المبادرات المؤسسة للمساعدة القانونية المتعلقة بالتوجيه والإرشاد الأولي، وتطويرها من منظورها الفردي إلى مقاربتها كمرفق عمومي، يقدم خدمات مجانية بتنسيق مع المهني القانوني، وتمهد للجوء إلى خدماتهم عند الاقتضاء.

إن الوقوف عند الوضعية الحالية لآليات المساعدة القانونية بالمغرب تدل على ضعفها في ظل عدم وجود نظام قانوني يوظف هذه المؤسسة، ولاشك بأن عدم الفعالية هاته تتجلى في :

✓ عدم كفاية فضاءات الاستقبال : إذ أن 95 محكمة وقسم قضاء الأسرة فقط هي المجهزة، بمكاتب الاستقبال من أصل 138 في المجموع، وحتى تلك المجهزة غير مجدية في ظل عدم كفاية الموارد البشرية والمادية.²

✓ ضعف الشبكة بمحاكم المملكة وغياب تبسيط للمساطر وشرحها عبر مطبوعات توزع على المواطنين.

✓ عدم تعميم آلية الاطلاع على مآل الملفات والمحاضر على جميع محاكم المملكة المغربية.

✓ عدم فعالية مؤسسة الوسيط، من خلال عدم قيامها بالدور الذي أحدثت من أجله في ظل غياب التعميم على كافة المحاكم، وضعف ميزانية وزارة العدل، وعدم وجود أجهزة خاصة بمؤسسة الوسيط...

وعليه فإن بناء تصور مغربي لمرفق المساعدة القانونية يمكن أن ينطلق من خلال الاستفادة من الممارسات الفضلى في هذا المجال، فمن حيث التصور نجد بأن القانون الفرنسي لسنة 1991 والمعدل لسنة 1998 يعرف ولوج القانون، بأنه : "توفير خدمات تشمل الإخبار في أماكن سهلة الولوج من طرف الجميع". وهي

¹ المهدي العزوي : م.س، ص : 71.

² تسهيل الولوج إلى القانون والعدالة والاستقبال والتمكين من الولوج إلى القانون والعدالة، مداخلة أمام الهيئة العليا للحوار جلسة 5 يونيو 2012.

http://hiwar.justice.gov.ma /عروض ومداخلات أمام أعضاء الهيئة العليا/2012/تسهيل الولوج PDF

خدمات تشمل الإخبار والتوجيه وتقديم المساعدة القانونية والاستشارات القانونية، أما من حيث الآليات فيقتضي إحداث دور العدالة والقانون، ومواقع العدالة.¹ إن الوقوف عند الممارسة اليومية للمستهلك، يلاحظ بأنه غالبا ما يضطر إلى التعامل مع المهني، وبحكم أن أغلبية المستهلكين من ذوي الكفاءات القانونية المحدودة، فإن إمامهم بمختلف الضوابط القانونية التي توطر علاقاتهم الاستهلاكية مع المهني يكون في الغالب محدودا. وعليه فإن النظام القانوني للمساعدة القانونية المفترض أنه في طور الإعداد، ينبغي أن يراعي مصلحة الأطراف الضعيفة على رأسها المستهلك، وذلك من خلال:

- ✓ خلق مكاتب نموذجية للمساعدة القانونية على صعيد المحاكم.
- ✓ وضع برامج لمساعدة المحامين والقانونيين في تنشيط المساعدة القانونية.
- ✓ توظيف أطر مختصة في الاستقبال وتكوينها، وتعيينها للعمل في شبائيك
- الاستقبال على صعيد جميع المحاكم.
- ✓ النص على حق التوجيه والإرشاد للمستهلك كأهم الحقوق الأساسية له.²

خاتمة:

من خلال ما سبق، يتضح أن الولوج لآليات العدالة يقتضي الاهتمام بمختلف الأبعاد، خصوصا تلك المرتبطة بتكلفة التقاضي من خلال إعادة النظر في المساعدة القضائية، بشكل يتماشى مع خصوصيات نزاع الاستهلاك. مع سن قانون للمساعدة القانونية بالاستفادة من التجارب الأوروبية، وفي نفس الوقت مراعاة خصوصيات العلاقات الاستهلاكية بالمغرب، فعالية التسوية القضائية رهين بتحقيق مفهوم شامل لقرب القضاء من المستهلك، سواء على مستوى القرب (الاختصاص، المساطر)، أو على مستوى التكلفة (المساعدة القضائية)، وكذا جودة الخدمة القضائية. لكن مهما تطورت آليات التسوية القضائية تبقى دائما في حاجة إلى أنظمة مساعدة، تتوفر على خصوصيات لا يمكن للتسوية القضائية توفيرها، من قبيل السرعة، المرونة، والودية في تسوية النزاع..

لائحة المراجع:

¹ نجية رحالي: "تسهيل الولوج إلى المعلومة القانونية والقضائية"، الندوة الجهوية الأولى للحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، حول موضوع: "التنظيم القضائي والخريطة القضائية والنجاعة القضائية، وتسهيل الولوج إلى القانون والعدالة"، 11-12 يونيو 2012، الرباط.

² فتيحة بوكيلي: "الوسائل القانونية لفض النزاعات الاستهلاكية"، مرجع سابق، ص: 39.

♦ باللغة العربية:

- ✓ حس الوزاني التهامي: "دور القضاء التجاري في حماية المستهلك"، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 8، السنة 2009.
- ✓ شكري الاحواري، عرض تقديمي لموضوع الولوج إلى القانون والعدالة، الحوار الوطني حول إصلاح العدالة، جلسة الحوار الجهوية الأولى، الرباط، 11 و12 يونيو 2012.
- ✓ عبد الحميد أخريف: "الحقوق القضائية للمستهلك"، مجلة المعيار، العدد 38، دجنبر 2007.
- ✓ عزيز بويدي: "حماية المستهلك ضمن المبادرات التشريعية" المشروع الحكومي رقم 31.08 والمقترح البرلماني رقم 08.40"، بحث نهاية الدراسة بالسلك العالي في التدبير الإداري، الفوج السابع، السنة الجامعية 2007-2009.
- ✓ علي الحنودي: "الأمن القانوني: مفهومه وأبعاده"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 9، يناير فبراير 2011.
- ✓ فتيحة البوكيلي: "الوسائل القانونية لفض النزاعات الاستهلاكية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ماستر القانون المدني و الأعمال، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بطنجة، السنة الجامعية، السنة الجامعية: 2014-2015.
- ✓ محمد العروصي: "الالتزام بالإعلام خلال مرحلة تكوين عقد البيع"، مطبعة وراقه سجلماسة، الطبعة الأولى، 2012.
- ✓ محمد العروصي: "الالتزام بالإعلام خلال مرحلة تكوين عقد البيع"، مطبعة وراقه سجلماسة، الطبعة الأولى، 2012.
- ✓ محمد الهيني: "الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين، دراسة في عقد التأمين السري، حماية مستهلك خدمات التأمين"، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية الرباط، 2010.
- ✓ محمد لمربني: "مؤسسة المساعدة القضائية"، مجلة الحدث القانوني، عدد 18 شتنبر 1999،
- ✓ محمد لمزوعي: "الإصلاح القضائي وعلاقته بمجال الأعمال والاستثمار"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 102، يناير فبراير 2012.
- ✓ محمد محبوبي: "أساسيات في التنظيم القضائي"، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الرباط، 2007.
- ✓ المهدي العزوزي: "تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك"، سلسلة "أعمال جامعية"، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى، سنة 2013.
- ✓ مهدي منير: م.س، ص مهدي منير: "المظاهر القانونية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2004-2005.
- ✓ مينة الكراري: "حماية المستهلك من الشروط التعسفية على ضوء القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2013-2014.
- ✓ نحية رحالي: "تسهيل الولوج إلى المعلومة القانونية والقضائية"، الندوة الجهوية الأولى للحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، حول موضوع: "التنظيم القضائي والخريطة القضائية والنجاعة القضائية، وتسهيل الولوج إلى القانون والعدالة"، 11-12 يونيو 2012، الرباط.
- ✓ وفاء الفحصي: "إشكالية الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2008-2009.

✓ وفاء الفحصي : "إشكالية الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك"، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2008-2009.

باللغة الفرنسية: ◆

- Abdellah Boudahrai , : réflexions pour un meilleurs accès à la justice", in rev, de droit d'économie, n°6, 1990.
- Loic Cadit : droit judiciaire privé, troisième édition, litec.
- Michel Laure Rassat : "la justice en France", Ed, puf, collection, que sais-je? 1996.
- Mourad Sakel : Accès à la justice des groupes les plus vulnérables et état de droit au Maroc, PNUP, 2004.

المركز القانوني للمشتبه فيه في الدستور المغربي

ذ. حسان بيشا

باحث بسلك الدكتوراه جامعة الحسن الأول - سطات

مقدمة:

تعتبر الجريمة ظاهرة اجتماعية قديمة في الوجود، عرفها الإنسان منذ بدء الخلق، ولما تطورت المجتمعات، ترسخت في أذهانها فكرة معاقبة المجرم¹، غير أن هذا الأخير في حالات كثيرة كان يظل مجهولا، فصار لزاما البحث والتحقيق للكشف عنه ومحاكمته².

وكانت الغاية الأساسية للتحقيق هي الحصول على اعتراف المتهم بارتكابه الجريمة، دون النظر إلى الطريق المستخدمة للوصول إلى ذلك، طبقا للمبدأ القائل الغاية تبرر الوسيلة، ولم تكن للمتهم أدنى الضمانات والحقوق للدفاع عن نفسه³. ومع تطور النظم الإجرائية⁴، وبعد مسيرة طويلة قادتها حركات الدفاع عن حقوق الإنسان أصبح الشخص موضوع البحث يتمتع بعدد من الحقوق والضمانات

1 - سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الإجرام القانوني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1995، ص 121.

2 - فائزة بن طالب، أساليب البحث الجنائي، رسالة ماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول-وجدة، 2008/2009، ص 2.

3 - وقد عبر البعض عن ذلك بالقول "إن المحقق لم يكن يعرف طعم الراحة في الماضي إلا إذا انتزع من المتهم اعترافا بارتكاب الجريمة المسندة إليه" حيث كان التعذيب أمر مشرعا ومباحا من أجل الحصول على اعتراف بارتكاب الجريمة كما هو الأمر في الحضارة المصرية القديمة واليونان والتشريعات الرومانية، وبلغ قرار التعذيب مداه في النظام القانوني الفرنسي القديم بصور قانون سنة 1680 م عهد لويس الرابع عشر ونص فيه صراحة على وجوب سؤال المحقق للمتهم ثلاثة مرات للحصول على اعتراف، " مرة قبل تعذيبه، ومرة أثناءه، ومرة بعده".. للتوسع أكثر أنظر:

- حاتم بكار، "حقوق المتهم في المحاكمة العادلة"، منشأة المعارف، بدون طبعة، 1988، ص223.
- أحمد صالح الطرودي، جريمة تعذيب المتهم وحمله على الاعتراف والمسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 46.

4 - إجراءات المحاكمة الجنائية أفرزت ثلاث أنواع من الأنظمة، النظام الأول هو النظام الاتهامي يقوم على الاتهام الفردي ليقوم المضرور بطلب محاكمة المتهم مقاما للدليل على ذلك و على هذا الأخير حذسه، فيما يكتفي القاضي بالحكم بينهما حتى شبه دوره بدور القاضي المدني، والنظام الثاني هو نظام التحري و التنقيب حيث يتولى الاتهام فيه موظفون يمثلون الدولة و يطالبون بتوقيع العقاب بعد تقديم الأدلة على إدانة المتهم و نظرا لاعتبارات المصلحة العامة و جد شيء يسمى التحقيق السابق على المحاكمة في

القانونية تكريسا لحقه في محاكمة عادلة في كافة مراحل الخصومة الجنائية،¹ خاصة على مستوى البحث التمهيدي، نظرا لكونها مرحلة يركز عليها بناء إجراءات الخصومة الجنائية، ولكونها فترة حاسمة في جمع الأدلة، بالنظر أيضا إلى ما تشمله من إجراءات ماسة بحقوق وحرريات المشتبه فيهم، بالإضافة إلى اعتبارها مؤشرا دالا على السياسة الجنائية المتبعة وعلى نوع العدالة القائمة بالبلد، تعكس طبيعة العلاقة بين الدولة والفرد ونوع التوازن القائم بين الحقوق والحرريات الفردية من ناحية والنظام العام من ناحية ثانية، مما دفع أغلب التشريعات والدساتير العالمية إلى النص على عدد من الضمانات والحقوق للمشتبه فيه باعتباره الطرف الضعيف في هذه المرحلة.²

وإذا القانون الجنائي بشكل عام مجالا خصبا للمساس بالحرريات وتقييدها من خلال خطابه الجزري الذي يرسم دائرة العنف والعقاب، وإذا الدستور يجسد الحصن الحصين لحقوق الإنسان، فإنه يجب التقريب بين النظامين القانونيين نظير التطور الذي طرأ على المنظومة الحقوقية³، والتي أصبحت لا تجد محيدا عن ضرورة الرقي بقواعد القانون الجنائي لمصاف قاعدة دستورية حتى تلقى التحصين والتطبيق القويم نظير ما تحنله القاعدة الدستورية من سمو وأهمية في مواجهة القاعدة القانونية الدنيا.⁴

سبيل الحفاظ على وقت المحكمة من جهة و منح السلطة العامة فرصة البحث عن الأدلة و تقييمها للمحاكمة، و النظام الثالث هو النظام المختلط حيث يجمع محاسن النظامين السابقين متفاديا مساوئهما، و المغرب على غرار فرنسا تتبع هذا النظام فيما يتعلق بالبحث و التحري.

1 - كانت الحرية الشخصية و حقوق الفرد دافعا قويا للثورات التي قامت من أجل حقوق الإنسان و على الأخص الثورة الفرنسية التي نادى دستورها الصادر سنة 1789 في مادته الرابعة على أن " الحرية هي عمل كل ما لا يسئ للغير" و في مادته السابعة أنه لا يمكن أن يتهم إنسان أو يقبض عليه أو يحبس إلا في الأحوال المبينة في القانون و بالوسائل التي قررها" = ثم انتقلت هذه الأفكار إلى اغلب دساتير دول العالم. للتوسع أنظر: - رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة وبدون سنة، ص 54.

- محمود نصر، السلطة التقديرية و ضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010، ص 457.

2 - شادية الشومي، "حقوق الدفاع خلال مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام الجنائي المغربي"، أطروحة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الثاني البيضاء، 2003/2002، ص 2.

3 - M.Delmas Marty, «le paradoxe pénal», libertés et droits fondamentaux, M.Delmas Marty et C.Lucas de leysac, Paris, Seuil, 1996, p.368.

4 - أنور عشبية، أفاق العدالة الجنائية على ضوء دسترة مبدأ الشرعية الجنائي، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة فقه القضاء الجنائي، العدد، 2، سنة 2017، ص 36.

من خلال ما سبق تبدو أهمية دراسة المركز القانوني للمشتبه فيه في الدستور المغربي¹، ليس فقط من حيث أهمية المحاضر المنجزة خلال البحث والتحري وأثرها الكبير على باقي مراحل المحاكمة، ولا من حيث الخطورة والطابع القسري الذي يطبع إجراءات البحث التمهيدي التي تطبق فيها أقوى لحظات المسطرة الجنائية خطيرة وتقع خلالها أغلب الخروقات، بل لاعتبارها جزء هاماً من حقوق الإنسان² التي ترتبط العديد من حقوقه الطبيعية كالحق في الحرية وفي الكرامة، والحق في العدالة والمساواة كقيم إنسانية وأخلاقية ثابتة تسكن ضمير الإنسان في الزمان والمكان³، كما أنها أيضاً من المواضيع التي تطرح نفسها باستمرار على الساحة الحقوقية، باعتبارها قواعد النموذجية راقية أثمرتها الجهود الدولية والإقليمية وحتى الوطنية منها، التي تم ترجمتها إلى مبادئ وقواعد دستورية كرسها دستور المملكة، فأولى عناية خاصة للمشتبه فيه من خلال النص صراحة على أن المشتبه فيه يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته، وإقرار عدد من الضمانات والحقوق كحق الدفاع وتعزيز دور القضاء في المراقبة والإشراف على أعمال البحث التمهيدي مما أضفى عليها حماية قضائية جادة، هذا إلى جانب تحسين ظروف الحراسة النظرية وغيرها من الضمانات التي تحول دون المساس بحرية المشتبه فيه وحرمة حياته الخاصة وحفظ وصون كرامته إلا بالقدر وفي الحدود التي يسمح بها القانون⁴.

وإذا كان الإلمام بموضوع هذه الدراسة من خلال جوانبه الأساسية وتحديد موقعه الصحيح ضمن التطور العام الذي تعرفه منظومة العدالة الجنائية بالمغرب وما يطرحه من راهنية يستدعيان تحليل الظاهرة المنوه بها في أبعادها الدستورية وتطبيقاتها التشريعية، لذلك آثرنا التعامل معه من خلال الإشكالية التالية:

1 - الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص 3600.

2 - إن تلاقى الإجراءات الجنائية بفكرة حقوق الإنسان ليس بالأمر المستغرب، ذلك أن الهدف الأسمى لما نسميه بالإجراءات الجنائية هو صيانة جملة الحقوق التي تعترف بها القوانين الوطنية و المواثيق الدولية للإنسان من حيث كونه إنساناً. فمنذ أن حرم الأفراد سلطة إقامة قضاء خاص، وحرّم المجني عليه من حقه في الانتقام الفردي، أخذت الدولة على عاتقها الالتزام بإقامة العدالة في المجتمع وحسن توزيعها على المواطنين، وهو التزام ليس للدولة إمكانه الوفاء به إذا لم تعمل على إعطاء الحقوق المقررة قانوناً للأفراد.

3 - شاديا الشومي، "حقوق الدفاع خلال مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام الجنائي المغربي"، المرجع السابق، ص 2 و 3.

4 - سيف النصر "سليمان رئيس محكمة الاستئناف الأصل في الإنسان البراءة- ضمانات المتهم"، مطبعة باب الخلق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص 14.

إلى أي حد استطاع المشرع الدستوري تعزيز المركز القانوني للمشتبه فيه في الخصومة الجنائية، وبالتالي إيجاد التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما: البحث عن الحقيقة ومعاقبة مرتكب الجريمة من جهة مع احترام حقوق وحريات المشتبه فيه من جهة ثانية؟

وللإلمام أكثر بإشكالية الموضوع، ارتأينا الوقوف على أهم المبادئ الدستورية العامة المعززة للمركز القانوني للمشتبه فيه (المطلب الأول)، مع رصد أهم الضمانات والحقوق الخاصة التي كرسها الدستور والمؤطرة لمركزه أثناء سريان عمليات البحث التمهيدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ العامة المعززة للمركز القانوني للمشتبه فيه في

الخصومة الجنائية

تعتبر مرحلة البحث والتحري من أدق مراحل الخصومة الجنائية وأخطرها، إذ من خلالها يتم التثبت من وقوع الجرائم وجمع الأدلة عنها والبحث عن مرتكبيها، ولعل هذا الأمر هو ما دفع الدستور المغربي الذي يبغى احترام حقوق الإنسان كغاية منشودة، خاصة في ظل المتطلبات الظرفية الراهنة التي أصبحت فيها قيمة حقوق الإنسان أحد أسس بناء دولة الحق والقانون، إلى التوجه نحو الأخذ بمجموعة من الموجهات الحقوقية الأساسية بغية تفعيل دور حقيقي للشأن الحقوقي داخل المملكة، لذلك عمد الدستور إلى تعزيز المركز القانوني للمشتبه فيه وتعزيزه بعدد من الضمانات والمبادئ الدستورية على رأسها مبدأ قرينة البراءة ومبدأ الشرعية باعتبارهما عصب ما يسمى بالكتلة الدستورية للحقوق والحريات خلال مرحلة البحث التمهيدي العادي والتلبيسي¹.

وعليه سنعمد في هذا المطلب بداية إلى تبيان مقومات تكريس مبدأ قرينة البراءة في الدستور مع الوقوف على ضابط التوازن بين حماية الحقوق الدستورية واتخاذ الإجراءات الماسة بها (الفقرة الأولى)، لنعرج بعدها على إبراز أهم مستلزمات

¹ - أنظر:

- أنور عشبية، "أفاق العدالة الجنائية على ضوء دسترة مبدأ الشرعية الجنائية"، مجلة العلوم القانونية - سلسلة فق القضاء الجنائي، العدد الثاني، 2017، ص 35.

- Luis Favoreu, «la constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale- vers un droit constitutionnel pénal», Mélanges Vitu, Cujas, 1989,

p 1.

الشرعية الإجرائية كمبدأ مؤطر للعدالة الجنائية خلال البحث التمهيدي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المشتبه فيه بين ومتطلبات مبدأ الشرعية وضابط الماسة بمركزه

القانوني

إن تحقيق الموازنة بين السعي لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع بالتصدي لظاهرة الجريمة وممارسة الدولة لحقها في معاقبة المجرمين من جهة ومصصلحة المشتبه فيه بصيانة حرياته وحقوقه حتى لا تتعرض لأي تجاوز أو تعسف من جهة ثانية، يقتضي وضع ضوابط معيارية من شأنها الحد من التقييد التشريعي للحقوق الدستورية المخولة للمشتبه فيه من ناحية (أولاً) مع تبيان مقومات الشرعية الإجرائية في كل الإجراءات المتخذة خلال البحث التمهيدي من ناحية أخرى (ثانياً).

أولاً: منهج التوازن بين تكريس حقوق المشتبه فيه وتقييد اتخاذ الإجراءات

الجنائية الماسة بها

أقر الدستور عدة مبادئ دستورية شكلت بالفعل ضمانات لحقوق وحريات المشتبه فيه خلال البحث التمهيدي، أتاها في الفصول: 6، 19، 20، 21، 22 و 23 و 117 و 118 و 119 و 120 و 109 من الدستور، والتي تم تكريسها في القوانين الجنائية الأدنى خاصة قانون المسطرة الجنائية.

ولم يقف المشرع الدستوري عند حد تسجيل هذه الحقوق والحريات بل عمل على كفالة احترامها وتقدير ضمانات حمايتها ووضع القيود على الإجراءات والممارسات التي من شأنها المس بها وانتهاكها، بشكل يحقق توازن معقول وعادل بين حق الدولة والمجتمع في البحث عن مرتكب الجريمة لمعاقبته عن طريق قضاء عادل و بين حق الفرد في عدم انتهاك حريته وحرمة حياته الخاصة.

والتشريع هو الذي يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، وهو إذ يفعل ذلك لا يجوز أن ينال من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها أو تجريدها من خصائصها أو يقيد من أثارها، وإلا كان تنظيم الحقوق مخالفاً للدستور، فالأصل في سلطة المشرع المرتبطة بهذا التنظيم، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون حدودها لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وإذا كان الدستور يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقره هذه الأخيرة من القواعد القانونية في شأن هذا

الموضوع، لا يجوز أن ينال من الحقوق التي كفلها الدستور، بنقضها أو انتقاصها من أطرافها¹.

وهذا التقييد الضابط لممارسة السلطة من الأهمية بما كان، بحيث لا يجب تركه لتقدير الأجهزة المكلفة بالبحث التمهيدي فلا يمكن التعويل على نبل مقاصدها، خاصة مع انعدام الثقة بين المواطنين وهذه الأجهزة، ومن أجل أن لا تتجاوز السلطة المكلفة بإنفاذ القانون على هذه الحقوق والحريات كان لا بد من وجود ضابط عادل يكون تبعاً لمقتضى قانوني معين و الذي ينطوي، على أمرين أولهما أنه يقعد لكون القانون هو الذي يكون حاكماً في أي مقتضى تشريعي مما تم تقييده دستورياً بنص القانون، بمعنى أن الدستور جعل " قاعدة التقييد القانوني " تقنية في حد ذاتها لا تسمح للأطراف بالطعن في مدى دستورية بعض القواعد القانونية حتى ولو انتهكت حرياتهم أو خصوصياتهم التي تعتبر حقوقاً خالصة لهم، و أما الأمر الثاني فهو أن يشرع الدستور نفسه لإمكانية الحد من بعض الحقوق من غير أي حرج لكن في إطار ما يساهم في حماية وضمان الأمن والسلم الاجتماعيين².

فكان تبعاً لذلك جواز تفتيش المشتبه فيه وتفتيش منزله³ أو بوضعه تحت الحراسة النظرية إلى غير ذلك من الإجراءات، كلما تعلق باقتراف أفعال جرمها

1 - عصام عفيفي عبد البصير، "أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها"، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص49.

2 - عبد الحكيم الحكماوي، "قراءة في ملامح المحاكمة العادلة في ضوء أحكام الاتفاقيات الدولية والدستور المغربي"، مجلة القضاء والقانون، العدد161، سنة 2012، ص98 و ما بعدها.

3 - نص دستور 2011 في فصله الرابع والعشرين على ما يلي: " لا تنتهك حرمة المنزل، و لا يمكن القيام بأي تفتيش إلا وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون..".

و بهذا فالمشرع الدستوري منح للمنزل حصانة خاصة، باعتباره من المسائل التي تدخل في إطار الحياة الخاصة، فلا تفتيش و لا إجراء بمس بحرمة المنازل إلا وفق ما يقرره القانون، والمقصود هنا قانون المسطرة الجنائية الذي نظم هذا الإجراء بكيفية دقيقة ووضع شروطاً لا يجوز دون توافرها القيام بأي تفتيش، ولما كان المنزل ذو حرمة خاصة فقد أولاه القانون حماية خاصة، إذا أن تفتيشه يعد استثناء لقاعدة عامة، وبالتالي وجب أن يحاط هذا الاستثناء بضمانات قانونية حتى لا يتم خرق مبدأ دستوري، والحديث هنا عن قانون الإرهاب الذي حول لسلطات البحث و التحقيق صلاحيات واسعة قد تضر في العمق بالمبادئ المقررة دستورياً كما سيتبين لنا لاحق في بحثنا هذا.

وتجدر الإشارة في هذا السياق أن المشرع الدستوري يستعمل أحيانا عبارات فضفاضة قد تترك الباب مفتوحاً للتأويل والتفسير، فمثلاً عبارة (إلا وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون) يمكن أن يدخل في إطارها أي مقتضى وحتى ولو دفعنا بعدم دستورية الإجراءات المباشرة، سنواجه بهذه العبارة العامة و التي يمكن أن تحتوي أي إجراء كيفما كان نوعه. انظر:

محمد التاجر، "مقتضيات القانون الجنائي و الدستور الجديد"، مجلة الحقوق، العدد الرابع عشر، يناير- ماي 2013، ص 104.

المجتمع، لما تحمله من بإخلال بالنظام العام وسكينة المجتمع وإضرار بحقوق أو أموال الأفراد، الشيء الذي يترتب عنه لزاما تقييد بعض حقوق والحريات وذلك لإعادة الأمور إلى نصابها وإحقاق الحق.

ثانيا: مستلزمات الشرعية الإجرائية كمبدأ مؤطر للعدالة الجنائية خلال البحث التمهيدي

على الرغم من أن الدستور المغربي لسنة 2011 لم ينص بشكل صريح على مبدأ الشرعية الجنائية، كما هو الشأن بالنسبة لمجموعة من دساتير الدول المقارنة، فإنه يمكن معه الاستناد إلى مجموعة من المؤشرات التي تفيد دسترته بشكل ضمني؛ من خلال ديباجته التي تنص على التزام المغرب بالمعاهدات الدولية وذلك بعد المصادقة عليها والأخذ ببعدها الكوني غير القابل للتجزئ، وبالرجوع لهاته الموثيق والمعاهدات التي صادق عليها المغرب نجد، وخاصة على مستوى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، أن مبدأ الشرعية يحتل مكانة هامة داخل هاته المنظومة الحقوقية، وبالإضافة إلى ذلك نجد العديد من فصول الدستور تؤكد على ديمقراطية المملكة، وفصلها بين السلط خاصة في الفصل الأول المعتبرة أحكامه عامة للدستور، ومن المعلوم أن مبدأ الشرعية يشكل أحد الأسس المتينة للدولة الديمقراطية والتي تبنى على أساس الفصل بين السلط¹.

وبالإضافة إلى هذه المؤشرات التي تزكي دسترته لمبدأ الشرعية بشكل ضمني، نجد مؤشر آخر أكثر وضوحا أورده الفصل 23 من الدستور الذي تشير فقرته الأولى إلى أنه: " لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو إدانته أو متابعته، إلا في الحالات أو طبق الإجراءات التي ينص عليها القانون"، وهنا نلمس بعضا من ملامح انتباه المشرع الدستوري إلى أهمية الشرعية الإجرائية إلى جانب تلك الموضوعية الخاصة بقواعد التجريم والعقاب².

وعليه فإنه من المستلزمات الدستورية لمبدأ الشرعية الإجرائية أن يكون القانون مصدرا لقواعد الإجراءات الجنائية وأن يتم تنفيذ تلك القواعد تحت إشراف السلطة القضائية.

1 - أنور عشيبية، "أفاق العدالة الجنائية على ضوء دسترة مبدأ الشرعية الجنائية"، مجلة العلوم القانونية- سلسلة القضاء الجنائي، العدد 2، 2017، ص37.

2 - أنور عشيبية، المرجع نفسه، ص38.

1 - القانون مصدر القواعد الإجرائية

الإجراءات الجنائية قواعد قانونية أي تشريع تختص به السلطة التشريعية التي تقوم بسنّه بما يجسد طموح المجتمع في نبذ الجريمة وإقامة العدل والتصدي لظاهرة الإجرام دون المساس بحقوق وحرّيات الأفراد، ومن المبادئ التي تقررت لدى المجتمعات المتطورة أن السلطة التشريعية هي التي تملك وحدها تقرير القيم الاجتماعية وتحديد جوهر الحرية الشخصية التي لا يجوز انتهاكها وتبيان حدود المساس بها بالقدر اللازم لتحقيق التوازن بين مصلحتي الفرد والمجتمع وهذا المبدأ أقره كل من الفقه القانوني والاجتهاد القضائي¹.

والتجسيد السليم لهذا المبدأ، لا يتحقق إلا إذا روعيت عدت مقتضيات تتمثل في مبادئ فرعية لازمة وضرورية هي:

1. عم جواز التفويض التشريعي في مجال الإجراءات الجنائية، فالهيئة التشريعية هي المختصة أصالة في وضع القواعد الإجرائية بجميع أنواعها، نظرا لكونها قواعد تتضمن مساسا بالحرية ولو فوضت هذه السلطة اختصاصها إلى السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية تكون قد أخلت بمبدأ دستورية القوانين، على أن ذلك لا يعني أن السلطة التنفيذية لا تضع قواعد في مجال الإجراءات مطلقا بل يمكنها أن تضع قواعد تنظيمية جزئية في حدود اختصاصاتها التنظيمية، كالقواعد التي تكمل إجراءات وضعها المشرع تسهل تنفيذ عمليات البحث التمهيدي ولا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تضع قواعد تتعارض مع أحكام قانون المسطرة الجنائية احتراماً لمبدأ التدرج في القواعد القانونية².

2. الالتزام بتفسير القواعد المسطرية والإجرائية بما يتوافق وإرادة المشرع ويحقق الفهم السليم لها، ويلعب الفقه القانوني والاجتهاد القضائي دوراً هاماً في هذا المجال، ليس في فهم نصوص قانون المسطرة الجنائية فحسب بل وحتى في كشف العيوب والثغرات القانونية لها.

3. إن قواعد المسطرة الجنائية يجوز القياس عليها بخلاف قواعد التجريم والعقاب، لكونها تكفل التطبيق الفعلي لمبدأ "الأصل في الإنسان البراءة"، فكل

1 - أحمد فتحي سرور، "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية"، "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 54، ص 60.

2 - أحمد غاي، "ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية"، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003، ص 76.

شخص يعتبر بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات و كل قياس يكون الغرض منه تدعيم مبدأ البراءة و لصالح المشتبه فيه يكون مقبولا.

2 - الرقابة القضائية على أعمال وإجراءات البحث التمهيدي:

يعد القضاء السياج الواقي لحماية حريات المشتبه فيه وحقوقه الأساسية والضمان الفعال لسيادة القانون خلال مرحلة البحث التمهيدي، فهو بلا شك الحارس الطبيعي لتلك الحقوق والحريات ضد أي خطر يهددها لما تتمتع به السلطة القضائية من استقلال وحياد، فعند حصول أي اعتداء يمس بهذه الحقوق، إما أن يتدخل القضاء بشكل مباشر لوقفه أو أن للفرد الدفع به أمامه ضمانا للمشروعية الإجرائية.

وأناط المشرع الدستوري بموجب الفصل 128 مهمة الإشراف على مهام ضباط الشرطة القضائية لجهاز النيابة العامة، فنص على أنه: " تعمل الشرطة القضائية تحت سلطة النيابة العامة وقضاة التحقيق، في كل ما يتعلق بالأبحاث والتحريات الضرورية في شأن الجرائم وضبط مرتكبيها وإثبات الحقيقة".

مما يشكل ضمانا هامة للمشتبه فيه لما تلعبه النيابة العامة من دور بارز في التصدي للانتهاكات الماسة بالحقوق والحريات، خاصة إذا علما أن النيابة العامة سلطة قضائية مستقلة لا تلتزم حسب الفصل 110 من الدستور إلا بتطبيق القانون وبالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها.

فالنيابة العامة تطلع بمهمة زيارة مراكز الشرطة القضائية للتأكد من شرعية الاعتقال ومن تنفيذه وفقا للظروف والشروط التي حددها القانون من جهة، ومن جهة ثانية تتولى الوقوف على توفير الضمانات والحقوق الممنوحة للمشتبه فيه خلال قيام ضباط الشرطة القضائية بالمساطر والإجراءات المتعلقة بالبحث التمهيدي العادي والتلبسي¹.

وتبدو لنا مظاهر الرقابة القضائية على ضباط الشرطة القضائية، ما نص عليه قانون المسطرة الجنائية بإبلاغ النيابة العام فورا بما يقوم به من إجراءات البحث التمهيدي، خاصة الإجراءات الماسة والمقيدة للحرية الشخصية للمشتبه فيه².

1 - وزارة العادل، المملكة المغربية "شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول"، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة شروح ودلائل، العدد 2، الطبعة الأولى، 2004، ص94 وما بعدها.

2 - انظر المادة 66 من القانون رقم 22.01 المتعلق المسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص315. التي تم تغييرها وتتميمها بمقتضى المادة الفريدة رقم 89.18 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.45 بتاريخ 4 رجب 1440 (11 مارس 2019)، الجريدة الرسمية عدد 6763 بتاريخ 18 رجب 1440 (25 مارس 2019)، ص1612.

كما يمكن للنيابة العامة تحريك المتابعة ضد ضابط الشرطة القضائية، إذا ما ترتب عن تصرفه جريمة جنائية، كالتعذيب والاعتقال التعسفي دون وجه حق. مما تقدم يمكننا القول بأن رقابة القضاء عامة، وعلى إجراءات البحث التمهيدي خاصة، سواء من ناحية الشرعية الإجرائية أو الموضوعية من أكبر الضمانات المقررة و المعززة للمركز القانوني المقررة للمشتبه في أمام ضباط الشرطة القضائية، مما من شأنه يتحقق حياد هذه الأخيرة وتوخي الصحة في بحثها.

الفقرة الثانية: التكريس الدستوري لقرينة البراءة كأهم المبادئ الموجهة للعدالة

الجنائية

تعد قرينة البراءة من أهم المبادئ العالمية القائم عليها النظام الجنائي في أغلب التشريعات العالمية على تنوع مشاربها، مما حدى بالدستور المغربي إلى الارتقاء أصل البراءة إلى مصاف المبادئ الدستورية، في الفقرة الأولى من الفصل 23 التي جاء فيها أن: " قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان".

فالثابت أن الإنسان يولد بريئاً، وهذا هو الأصل فيه، ويستمر هذا الأصل مصاحباً له طيلة حياته ، بحيث لا ينتقص إلا بالحكم القضائي اليقيني القاضي بالإدانة عن فعل جرمي وهذا يعني أنه إذا نسبت إليه جريمة ما، تعين على الادعاء أن يقيم الدليل عليها ولا تثبت إدانته عنها، إلا إذا كانت أدلة الاتهام دامغة على نحو يقتنع بها القاضي، اقتناعاً كاملاً لا شك فيه، فأصل في الإنسان البراءة يقيناً، وعليه فإن إثبات عكسه لا يقوى عليه إلا يقين مثله أو أقوى منه¹.

و هكذا فكل متهم بجريمة يجب معاملته بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بصورة قاطعة و جازمة، ويعتبر هذا الأصل مبدأ أساسياً في النظم الديمقراطية للإجراءات الجنائية، ومن مفترضات المحاكمة العادلة المنصفة، فهو بمثابة الدستور الأساسي لضمان الحرية الشخصية للمتهم وأصل الضمانات جميعها².

وإذا كان المتهم يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته رغم وجود مبررات لاتهامه فإن المشتبه فيه يكون أحرى بالاستفادة من هذا المبدأ باعتبار أن اتخاذ إحدى إجراءات البحث التمهيدي ضده لا يجعله متهماً وعلى ضابط الشرطة القضائية التصرف مع

1 - حميد اربيبي، "المحاكمة العادلة أساس العدل في دولة القانون"، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، عدد 10-11، 2012، ص 32.

2 - طارق محمد الدير اوي، "ضمانات وحقوق المتهم في قانون الإجراءات الجنائية"، بدون طبعة، 2005، ص 350.

الشخص الذي تحوم حوله الشبهات على أساس أنه بريء، مما يعتبر ضماناً له من كل تجاوز وتعسف.

فما هي مظاهر التكريس الدستوري والتشريعي لقرينة أصل الإنسان البراءة خلال البحث التمهيدي (أولاً) وما هو الدور الذي تلعبه قرينة البراءة في تعزيز المركز القانوني للمشتبه (ثانياً)؟

أولاً: التكريس الدستوري والتشريعي لقرينة البراءة خلال البحث التمهيدي
تعزيراً للمركز القانوني للمشتبه فيه خلال مرحلة البحث التمهيدي نص الفصل 119 من الدستور بشكل صريح على أنه "يعتبر كل مشتبه فيه أو متهم بارتكاب جريمة بريئاً، إلى أن تثبت إدانته بمقرر قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به".
فحماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور للمشتبه فيه، تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة منصفة، وإذا كانت قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات قد أكدت أن أصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب، فإنه استنتاجاً من هذا الأصل، يجب النظر إلى الإنسان بوصفه بريئاً، فكلاهما وجهان لعملة واحدة، فقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يفترض حتماً قاعدة أخرى، وهي افتراض البراءة في المشتبه حتى تثبت إدانته وفق القانون¹.

فإذا كان منطقياً إخضاع البراءة المفترضة لعدد من القواعد المسطرية الماسة بالحرية الشخصية بهدف إثبات صحتها أو دحضها، إلا أن هذه القواعد يجب أن تتسجم مع المبدأ العام الذي بنيت عليه السياسة الجنائية – خصوصاً المتعلق منها بالجانب الإجرائي- ألا وهو "الشرعية الإجرائية" المتمخض عنها مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، فمرحلة البحث التمهيدي تعد من أدق وأخطر المراحل التي يمر منها المفترض براءته والتي قد تمس بمركزه القانوني².

وتبعاً لذلك استهل المشرع قانون المسطرة الجنائية، بإقرار مبدئين أساسيين هما قرينة البراءة وتفسير الشك لفائدة المتهم، حيث جاءت عبارة المشرع قوية وصارمة في المادة 1 من القانون المذكور: "كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية...". وذلك إرادة منه للتعبير على

1 - أحمد فتحي سرور، "القانون الجنائي الدستوري"، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002، ص 277.

2 - عزيزة بوهدة، "قرينة البراءة بين النظرية والتطبيق في التشريع المغربي"، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- أكاد، جامعة محمد الخامس- الرباط، 2010/2011، ص 9.

أن إقراره للمبدئين ليس مجرد تزيين واجهة قانون المسطرة الجنائية ، وإنما هو لوضع الإطار العام لتطبيق القواعد الإجرائية للمحاكمة العادلة وإعمالا للمقتضيات الدستورية¹.

ثانيا: دور قرينة البراءة في تعزيز المركز القانوني للمشتبه

تلعب قرينة البراءة دورا بارزا في ضمان محاكمة عادلة بالنسبة للمشتبه فيه كأهم الضمانة التي يتمتع بها أثناء مباشرة عمليات البحث التمهيدي، ويمكن أن نبرز ذلك عبر الاعتبارات التالية:

(1) الأهمية التي يحظى بها البحث التمهيدي بين مراحل المحاكمة، لا من حيث خطورة الإجراءات المتخذة ضد المشتبه فيه وانطوائها على القسر والقهر، بل لكونه أيضا عملا يمكن أن ينشأ دليلا قانونيا يمكن أن تؤسس عليه المحكمة قرار الإدانة.

(2) اعتبار قرينة البراءة بمثابة الجدار الواقي الذي يحول دون تعسف ضباط الشرطة القضائية في انتقاص حقوق المشتبه فيه والمساس بحرياته الأساسية، مع وجوب افتراض البراءة واستحضارها في جميع مراحل البحث والتحري، خاصة إذا تعلق الأمر بشخص أو أشخاص يشتبه فيهم بارتكابهم لجريمة ما على وجه الشك دون اليقين.

(3) تكريس الدولة لدورها في حماية حقوق وحريات الأفراد، الذي يبقى حاضرا حتى من خلال مرحلة البحث التمهيدي الذي يشكل أولى مراحل اقتضاء الدولة لحقها في العقاب.

(4) الإسهام في تلافي ضرر الأخطاء القضائية التي تنجم عن إدانة الأشخاص الأبرياء، والتي يترتب عليها فقدان الثقة في النظام القضائي، في نظر أفراد المجتمع، و لتفادي ذلك يجب معاملة المشتبه فيه على أساس أنه بريء وعدم إدانته إلا بناء على توفر أدلة يقينية تثبت ارتكابه للجريمة و مسؤوليته عن وقائعها².

1 - وزارة العادل، المملكة المغربية، "شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول"، منشورات جمعية المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة شروح و دلائل، العدد 2، الطبعة الأولى، 2004. ص 15.

2 - محمد أحمد الترهوني، "ضمانات المتهم قبل المحاكمة في الإجراءات الجنائية على ضوء المواثيق الدولية و مبادئ الشريعة الإسلامية"، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس- أكاديا، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، الرباط، 2006-2001، ص 29 و ما بعدها.

5) كما تكمن أهميتها في اتفاقها مع الاعتبارات الأخلاقية التي تهتم بحماية الضعفاء وتجريم الاعتداء عليهم، ولا شك أن موقف المشتبه فيه في ظل الاتهام وقبل أن تثبت إدانته يعتبر ضعيفا¹.

وعليه فإن مبدأ الأصل في الإنسان البراءة خلاله مرحلة البحث يقتضي ثلاث مستويات لتعزيز المركز القانوني للمشتبه فيه :

- مستوى الأول يرتبط بالحرية الشخصية:

حيث تقتضي قرينة البراءة أن يعامل الشخص المتابع، معاملة إنسانية على اعتبار أنه بريء وبالتالي وجب ألا يتخذ في حقه أي إجراء قد يمس بحريته إلا وفق الشروط المقررة قانونا².

- المستوى الثاني يتحدد في أن عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة: فلما كان الأصل في المتهم البراءة، فإن عبء إثبات التهمة يقع على عاتق الإدعاء، فعليه وحده عبء تقديم الدليل³، ويقصد عبء الإثبات تكليف المدعي بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، ويسمى التكليف عبئا لأنه حمل ثقيل قد ينوء به من يلقي عليه، إذا قد لا يكون مالكا للوسائل التي يتمكن بها إثبات صدق ما يدعيه⁴، ولما كانت النيابة العامة هي الجهة التي تضطلع بسلطة الاتهام، فإنه يتعين عليها تقديم ما يثبت صحة ما تدعيه، ويقتضي مبدأ البراءة إعفاء المتهم أو المشتبه من إثبات براءته، أي عدم مطالبته بتقديم دليل البراءة، ومن ثم لا يوجد ما يمنع المشتبه من اتخاذ موقف

1 - المرجع نفسه، ص 29.

2 - محمد ابن التاجر، مقتضيات القانون الجنائي والدستور الجديد، مجلة الحقوق، المغرب، العدد 14، 2013، ص 112.

3 - تكليف المتهم بإثبات براءته يتناقض مع قرينة البراءة، وعدم تحمل المتهم عبء إثبات براءته يعد من إحدى خصائص الإثبات في المسائل الجنائية، ويعكس ما عليه الحال في المسائل المدنية، لأن الإثبات في المسائل المدنية يقوم على أساس المساواة التامة بين طرفي الخصومة، حيث يقع على عاتق كل متهم أن يثبت ما يدعيه أو ينفيه، و سبب ذلك أن الخصومة المدنية تتعلق بالمصالح الخاصة، وأصحاب هذه المصالح هم الذين يحددون المسائل المتنازع عليها و يقدمون الدليل على ما يدعونه، فعبء الإثبات يتم توزيعه بين المدعي عليه بحسب الواقعة التي يمكن أن يدعيها أي منها، و لكن الأمر يختلف في الإثبات الجنائي، ذلك لأن إثبات حقيقة الجريمة المنسوبة إلى المشتبه أمر يتعلق بالمصلحة العامة، و السلطة العامة هي المكلف بإظهار هذه الحقيقة، النيابة العامة تمارس دورا أجابيا في تقديم الدليل، و للمتهم أن يلتزم الصمت دون تأويل هذا الصمت ضده، إلا أن ذلك لا يعني مهمة الإدعاء تقتصر على إثبات التهمة فقط، فوظيفته هي إثبات الحقيقة بجميع صورها، فسلطة الاتهام كما يقول الفقيه الفرنسي Patarin أنها تحمي براءة البريء كما تحمي إدانة المتهم، أنظر:- أحمد فتحي سرور، " الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 292.

4 - أناس المكوري، الضمانات الدستورية للمحاكمة العادلة، رسالة الماجستير، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله-فاس، 2010-2011، ص 80.

سلبى تجاه ما ينسب إليه، ولا يلتزم بتقديم أي دليل على براءته ولا يجوز اعتبار ذلك دليلاً على ارتكاب الجرم، وكذلك الحال عند التزامه الصمت، إلا أن له الحق في أن يناقش الأدلة التي تتجمع ضده وأن يفندها أو أن يشكك في قيمتها، كما له أن يقدم طواعية أية أدلة تثبت براءته أو أن يعترف بما يوجه إليه من أفعال.

- المستوى الثالث تفسير الشك لصالح المتهم:

يتفرع عن عدم التزام الشخص بإثبات براءته نتيجة أخرى هامة وهي أن الشك يفسر لصالح المتهم، أي أن كل شك في إثبات الجريمة إلى الشخص يجب أن يفسر لمصلحة هذا الشخص¹، وهي نتيجة طبيعية لمعيار الجزم واليقين كأساس للحكم بالإدانة لا مجرد الظن والاحتمال²، فالدعوى الجنائية تبدأ من مرحلتها الأولى – البحث التمهيدي- في صورة شك في إسناد واقعة إلى المشتبه فيه، وهدف إجراءاتها التالية هو تحويل هذا الشك إلى يقين، فإذا لم يتحقق ذلك بقي الشك، وهو أمر غير كاف لإدانة الشخص ويترتب على ذلك أن الإدانة لا بد أن تبني على اليقين والجزم، أما البراءة فيجوز أن تبني على الشك³.

يفهم مما تقدم أن قرينة البراءة تجعل المشرع وهو يضع القواعد المسطرية والإجرائية يحناط ولا يسمح لضباط الشرطة القضائية بالمساس بحرية وحقوق الأفراد إلا بالقدر الضروري للوصول إلى الحقيقة من هنا كانت قاعدة مبدأ الأصل في الإنسان البراءة تحتل مركزاً هاماً بالنسبة للشرعية الإجرائية بل يمكن اعتبارها جوهرها، وبناء على ذلك فإن المشرع يضع كل القيود والشكليات التي تجب مراعاتها عند تنفيذ مختلف الإجراءات الجنائية فتلك القيود والشكليات هي الضمانات الحقيقية للمشتبه فيهم وهذا ما قرره الدكتور أحمد فتحي سرور بقوله: "كل إجراء جنائي يسمح به القانون يجب أن يكون مقيداً بهذه الضمانات درءاً لخطر التحكم في مباشرته وإلا كان مخالفاً لقرينة البراءة"⁴.

1 - محمد أحمد أبو زيد أحمد، "موسوعة القضاء الجنائي"، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين- مصر، دون سنة طبع، الطبعة الثالثة، ص14.

2 - أحمد فتحي سرور، "الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة الثانية، 1995، ص231.

3 - نصر محمد، "السلطة التقديرية وضمانات المتهم في الإجراءات الجنائية"، منشآت المعارف، الإسكندرية، طبعة الأولى، 2010، ص592.

4 - أحمد فتحي سرور، "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص54.

لا يمكن متابعة أي شخص جنائياً ما لم يأت أفعالاً جرمها القانون وقرر لها عقوبة جنائية بالفعل لا يعتبر جريمة إلا إذا نص عليه القانون الجنائي أو غيره من القوانين المتضمنة أحكاماً جنائية وهذا ما يعرف بمبدأ شرعية التجريم والعقاب¹.

المطلب الثاني: الضمانات الدستورية الخاصة المعززة للمركز القانوني

للمشتبه فيه في الخصومة الجنائية

تعرضنا في المطلب الأول من هذا البحث إلى تبيان الضمانات والمبادئ الدستورية العامة التي يستفيد منها المشتبه فيه والمعززة لمركزه القانوني خلال مرحلة البحث التمهيدي باعتبارها أدق وأخطر المراحل التي تبنى عليها الخصومة الجنائية، ويلعب القضاء الدور الأساسي عبر السهر على احترامها. وتضاف إلى هذه المقترضات العامة ثمة إجراءات وشكليات تمثل ضمانات حقيقية المشتبه فيه، اعتبرناها ضمانات خاصة مقررة بواسطة الدستور والقانون، ويتمتع بها الشخص وتلازمه في جميع مراحل البحث التمهيدي، وتمثل انعكاساً طبيعياً لمدى عدالة إجراءات الدعوى الجنائية ومدى التقيد بمبادئ المحاكمة العادلة، تتوقف على احترام حقوق وضمانات خاصة، لاسيما على مدى احترام للحياة الخاصة والسلامة الجسدية للمشتبه فيه (الفقرة الأولى) حقوق الدفاع المقررة للمشتبه فيه أثناء البحث التمهيدي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحماية الدستورية للحياة الخاصة والسلامة الجسدية للمشتبه فيه

قد لا يقتصر الدستور على توجيه المشرع الجنائي نحو المصالح المحمية بالتجريم، بل يمتد توجيهه إلى ضرورة الانتجاء إلى التجريم كأسلوب للحماية، وذلك حين ينص صراحة في بعض نصوصه على تجريم الاعتداء على نوع من الحقوق والحريات أو غيرها من القيم الدستورية، كما هو الحال عند نص الدستور على حماية الحياة الخاصة والسلامة الجسدية للأفراد، فحظر المعاملة القاسية أو لا إنسانية

¹ - أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص 62.

وحظر التعذيب¹ واعتبر الاعتقال غير المبرر من أخطر الجرائم التي يعاقب عليها القانون².

وضع الدستور مبادئ وقواعد تروم حماية الحياة الخاصة والسلامة الجسدية للأفراد شكلت ضمانات عززت المركز القانوني للمشتبه فيه خلال البحث التمهيدي، وعكست مدى تشبع المملكة بمبادئ حقوق الإنسان و ضمانات المحاكمة العادلة عبر الاهتمام والعناية التي أولاها المشرع الدستوري لهاته المرحلة الدقيقة من الخصومة الجنائية³.

وهذا ما سنسعى إلى تبياناه من خلال الوقوف على الضمانات المقررة للمشتبه فيه لمواجهة الإجراءات الماسة بالحياة الخاصة (أولا) ثم التكريس الدستوري للضمانات المؤسسة لتصدي لإجراءات الماسة بسلامته الجسدية وحرية في التنقل (ثانيا).

أولا: الضمانات المقررة لمواجهة الإجراءات الماسة بالحياة الخاصة
إن التحري عن الجرائم الذي يتولاه ضابط الشرطة القضائية يستلزم البحث عن أدلة جرمية ولو داخل منازل ومساكن الاشخاص، ولما كانت هذه الأخيرة هي مستودع أسرار الأشخاص ومكان عيشهم تستوجب الحرمة والحماية، فإن الدستور أولى حرمة الحياة الخاصة للأفراد عناية بالغة، عبر التأسيس لمبدأ عدم جواز انتهاك حرمة الحياة الخاصة للأفراد، والذي تشمل في مقتضياته حرمة المسكن و ضمان سرية المراسلات والاتصالات الخاصة لأفراد، حيث نصت مقتضيات الفصل 24 من الدستور على أن: "لا تنتهك حرمة المنازل ولا يمكن القيام بأي تفتيش إلا وفق

1 - ينص الفصل 22 من الدستور على أن:

" لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة.

لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية.

ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون"

2 - ينص الفصل 23 من الدستور على أن:

" لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي

ينص عليها القانون.

الاعتقال التعسفي أو السري والاختفاء القسري، من أخطر الجرائم، وتعرض مقترفيها لأقسى العقوبات...."

3- أحمد غاي، "ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية"، مرجع سابق، 2003، ص69.

الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون"، فالحياة الخاصة حق لكل إنسان وتلتزم الدولة صيانة الخصوصية وتوفير الطمأنينة لمواطنيها ولكل مقيم على أراضيها، ولا يجب المساس بحرمتها إلا بمقتضى قانوني¹.

وترتيباً على ذلك فإن المشرع الدستوري وفي إطار دعم هذه الحرمة ودعم ضمانات المحاكمة العادلة نظم التفتيش وقيده بجملة من الشكليات والشروط الموضوعية والإجرائية الواجب احترامها صيانة لحرمة الحياة الخاصة للمشتبه فيه، فبناءً على مقتضيات المادة 60 من قانون المسطرة الجنائية، فإن حضور صاحب المنزل يعتبر أمراً ضرورياً لشرعية عملية التفتيش، ويمكن أن ينوب عنه في ذلك شخص آخر، وإذا رفض صاحب المنزل أو لم يكن موجوداً لحظة إجراء التفتيش فإن المشرع منح لضابط الشرطة القضائية صلاحية تعيين شخصين شاهدين على عملية التفتيش بشرط ألا يكون خاضعاً لسلطته الإدارية وذلك تحقيقاً للحيد والموضوعية². ومتى تعلق الأمر بتفتيش أماكن معدة للاستعمال المهني يشغلها شخص يلزمه القانون بكتمان السر المهني (عيادة طبية - مكتب موثق - مكتب محامي) إلا كان على الشرطة القضائية القائم بالتفتيش بعد إشعار النيابة العامة مع اتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان احترام السر المهني³.

كما تظهر أهمية الحماية الدستورية للحياة الخاصة للمشتبه فيه من خلال تأكيده على سرية الاتصالات الشخصية للأفراد خاصة مع التطورات التكنولوجية الحديثة التي تتيح إمكانية التجسس والتنصت بشكل بالغ الدقة، فذهبت الفقرة الثالثة من الفصل 24 من الدستور على أنه لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلاً أو بعضها، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون⁴. فلا يجوز التعرض لها إلا بتوفير الضمانات والشروط والضوابط التي حددها قانون المسطرة الجنائية من خلال عدة مواد تبتدئ من المادة 108 إلى المادة 116،

1 - بهاء أبو شقة، الحياة الخاصة في الدستور، <https://alwafd.news/essay/48349> ، تم الاطلاع عليه، 2020/06/16، الساعة 19:47.

2 - وزارة العدل، المملكة المغربية "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 112.

3 - المادة 59 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.255 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003)، ص 315.

4 - أنس المكوي، "الضمانات الدستورية للمحاكمة العادلة"، مرجع سابق، ص 97.

وفي قانون مكافحة الإرهاب رقم 03.03¹ الذي أضاف فقرتين للمادة 108 وفقرة وحيدة للمادة 115 من قانون المسطرة الجنائية.

ثانيا: الضمانات المقررة لمواجهة الإجراءات الماسة بالسلامة الجسدية وحرية التنقل

تعرض الفصل 22 من الدستور، للحق في سلامة الجسم في مواجهة الإجراءات الجنائية، فنص على أنه لا يجوز المس بالسلامة الجسدية والمعنوية لأي شخص في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة، ولا يجوز أيضا لأحد أن يخضع الغير، تحت أي ذريعة لمعاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية، كما أن ممارس التعذيب بكافة أشكاله ومن قبل أي أحد يعد جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم، فلئن كانت الغاية من المحاكمات الجنائية هي الوصول إلى الحقيقة، ابتغاء إقامة العدالة وضمان الاستقرار الاجتماعي داخل المجتمع، فإن هذه الغاية تبدو خالية من المعنى إذا كانت كرامة الإنسان هي وسيلة بلوغها، أو كما قيل: "أنه لا قيمة لحقيقة يتم الوصول إليها على مذبح الحرية"².

فمن الأصول المستقرة في العدالة الجنائية أن الدليل الغير المشروع لا قيمة له مهما كانت درج اتفاهه مع الحقيقة ذلك لأنه ليس من هدف المحاكمات الجنائية بلوغ الحقيقة بأي وسيلة، وإنما ينبغي ألا يعتمد في سبيل ذلك إلا على الوسائل المشروعة وحدها، وبالتالي يكون قد تم الحصول عليها تحت مظلة مجموعة الضمانات المقررة قانونا.

فكل اعتراف ناتج عن التعذيب أو عن التهديد يكون باطلا بطلانا مطلقا، لا يجوز الأخذ به والاعتداد به كدليل على الإدانة، كما أكد ذلك قانون المسطرة الجنائية في المادة 293 التي جاء فيها أنه "لا يعتمد بكل اعتراف ثبت انتزاع بالعنف أو الإكراه".

وقد عزز الدستور الحماية الجسدية للمشتبه فيه بتوفير ضمانات دستورية وقانونية طالت الإجراءات الماسة بحرية التنقل والتجول، فجاءت الفصل 23 من القانون المذكور يؤكد على أنه: "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو

1 - قانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب، الصادر الأمر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.140 الصادر في 26 من ربيع الأول 1424 (28 ماي 2003)، الجريدة الرسمية عدد 5112 بتاريخ 27 من القانون 1424 (29 ماي 2003)، 1755.

2 - أنس المكوي، "الضمانات الدستورية للمحاكمة العادلة"، مرجع سابق، ص 84.

إدانته أو متابعتة، إلا في الحالات أو طبق الإجراءات التي ينص عليها القانون وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون".

وتؤكد صياغة هذه المادة التي استعملت النفي والاستثناء بما لا يدع مجالا للجد أن كل تجاوز أو إخلال بالإجراءات التي يقرها القانون للمساس بحرية الفرد يعتبر مخالفة صريحة لنصوص الدستور ولضمانات المحاكمة العادلة.

وعلى هذا الأساس، جعل الدستور الاعتقال التعسفي أو السري أو الاختفاء القسري، من أخطر الجرائم تعرض مقترفها لأقسى العقوبات، سيما في ظل مصادقة المغرب على اتفاقية منع التعذيب وإدماجها في صلب القانون الجنائي، كما ضمن الدستور تمتع كل شخص معتقل بحقوق أساسية، وبظروف اعتقال إنسانية، ولا يجوز المساس بهذه المقتضيات إلا في إطار اقتضاء الدولة لحقها في العقاب ووفق الإجراءات والشروط وفي احترام تام للضمانات التي رسمها الدستور ونظمها القانون.

فهذه الحقوق تعتبر من الإجراءات الجوهرية التي يترتب البطلان عن الإخلال بها، وفي مقدمتها الدفاع عن الحرية الشخصية؛ فالنصوص التي تنظم إجراءات المساس بهذه الحرية تعتبر من النصوص الأمانة المتعلقة بالنظام العام وكل إخلال بها يؤدي إلى البطلان حتما¹.

ومن أجل تنظيم إجراءات القبض والاعتقال، تضمن قانون المسطرة الجنائية تحديدا دقيقا للتدابير المؤسسة للحراسة النظرية التي تم تحديدها بالساعات وأحيطت بضمانات عديدة وفرضت عليها مراقبة مشددة من طرف القضاء تتجلى في دقة سجلاتها ومراقبة الأماكن التي تتم فيها من طرف القضاء المواد 66 إلى 77 و80 من قانون المسطرة الجنائية.

وقد أعطت مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية الحق لضباط الشرطة القضائية أن يحتفظ بشخص أو عدة أشخاص تحت الحراسة النظرية ليكونوا رهن إشارته، ولكن وفق أسباب محددة حصرا في المادة 1-66، فلا يجوز تقييد حرية الأشخاص واللجوء إلى هذا التدبير إلا عند الحاجة القصوى التي تبررها كافة ملابسات النازلة التي يتم التحري بشأنها.

1 - بونس العياشي، "المحاكمة العادلة بين النظرية والتطبيق على ضوء المواثيق والمعاهدات الدولية والعمل القضائي"، سلسلة رسائل نهاية تدريس المحققين القضائيين، المعهد العالي للقضاء- وزارة العدل- المملكة المغربية، العدد 4، يناير 2012، ص91.

وأي إخلال أو تجاوز للأحكام المنظمة للوضع تحت الحراسة النظرية يجعل اعتقال المشتبه فيه غير قانوني بصريح الفصل 23 من الدستور، وبالتالي يعتبر اعتقالاً تحكيميا يخضع لمقتضيات المادة 225 من القانون الجنائي والتي تعتبر أن أي عمل تحكيمي يمس حرية الفرد يشكل جنائية يعاقب عليها بالتجريد من الحقوق الوطنية¹.

الفقرة الثانية: حقوق الدفاع المقررة للمشتبه فيه أثناء البحث التمهيدي

أحاط المشرع المغربي مسطرة البحث التمهيدي بقيود عديدة لضمان حقوق وحرريات المشتبه فيهم، تتمثل في فرض جملة من حقوق الدفاع تساهم في مرور مرحلة البحث بشكل سليم لا يمس بشخص المشتبه فيه وكرامته وتضمن له الحد الأدنى من الحقوق والكرامة.

وحقوق الدفاع من أهم مستلزمات المحاكمة العادلة التي نصت عليها معظم الدساتير، من بينها الدستور المغربي²، خاصة المشتبه فيه باعتباره شخصا لازال مشكوكا في أمره ولم تثبت الجريمة في حقه بعد، لضمان مرور مرحلة البحث والتحري في أحسن الظروف واستفادة المشتبه فيه بحقوق الدفاع المخولة له بمقتضى الدستور والتي نذكر منها علم المشتبه فيه بالوقائع المنسوبة إليه وحقه في الصمت وحقه في الاستعانة بدافع.

وعليه نعد في هذه الفقرة إلى الحديث بداية عن حق المشتبه فيه في العلم بالوقائع المنسوبة إليه وحقه في الصمت (أولا) لنعرج بعدها على حقه بالاستعانة بدافع يؤازره (ثانيا).

أولا: حق المشتبه فيه في الصمت والعلم بالوقائع المنسوبة إليه

خول المشرع الدستوري للمشتبه فيه خلال مرحلة البحث التمهيدي حق العلم بالوقائع المنسوبة إليه فضلا عن منحه إمكانية التزام الصمت في مواجهة أسئلة ضباط الشرطة القضائية.

1 - يونس العياشي، "المحاكمة العادلة بين النظرية والتطبيق على ضوء المواثيق والمعاهدات الدولية والعمل القضائي"، مرجع سابق، 92.

2 - محمد العروصي، "حقوق الدفاع في مرحلة التحقيق الإعدادي طبقا لأحكام التشريع الجنائي المغربي"، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السويبي، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1999، ص4.

1) الحق في العلم بالوقائع المنسوبة إليه:
إذا كان كل مشتبه فيه يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانون بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به، فإنه بالأحرى أن يعتبر علمه بالوقائع المنسوبة إليه من المفترضات الرئيسية لقرينة البراءة ولحقه في الدفاع.
لذلك يجب إشعار المشتبه فيه بكافة الإجراءات المتخذة في حقه والشبهات التي تحوم حوله، والأدلة المؤيدة لها لكي يتمكن من إعداد دفاعه على روية، ولكي لا يؤخذ على حين غرة بتهمة مفاجئة، و لكي يمنح فرصة كافية وعادلة للرد عليها.
واعتبارا لتلك الأهمية سعت أغلب التشريعات إلى الأخذ بهذا الحق، وإن تفاوت تقدير ذلك بناء على تشعب كل واحدة منها بحقوق الإنسان ومقتضيات العدالة والمحاكمة العادلة.

وقد نص عليها الدستور المغربي في الفصل 23، فجاءت فقرته الثالثة على:
"الزامية إخبار كل شخص تم اعتقاله على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله".
ولعل تكريس الدستور لهذا المقتضى جاء لما يشكله علم المشتبه فيه بالأفعال موضوع الإجراءات المتخذة ضده، من أهمية بالغة سواء من حيث إتاحة الفرصة أمام المشتبه التهيؤ نفسيا والاستعداد للدفاع عن نفسه وسواء من حيث اعتباره مقتضى يمثل قناة يعبر عبرها المشتبه فيه إلى اتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها أن تيسر له باقي الحقوق التي يمكن أن يتخذها في مواجهة ما هو منسوب إليه، كاتخاذ حقه في تعيين محامي أو الوقوف موقف سلبي باستعماله لحق الصمت، فالمشرع الدستوري خول للمشتبه فيه حق الإحاطة بالوقائع المنسوبة إليه، باعتبارها الوسيلة الممكنة لتنتييه من أجل أعمال الحقوق المخولة له قانونا، وتقديرا لهذه الأهمية جعل إعلام المعني بحقه هذا فور وضعه تحت الحراسة النظرية واجب يقع على ضباط الشرطة القضائية.

وهو ما كرسته المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية، التي نصت في فقرتها الثانية على أنه " يتعين على ضباط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فورا وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت".

1 - شادية الشومي، "حقوق الدفاع خلال مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام الجنائي المغربي"، مرجع سابق، ص349.

(2) الحق في الصمت

يعد الحق في الصمت¹ من أهم الحقوق التي يتمتع بها الشخص في جميع مراحل المحاكمة، إلى حد اعتبارها البعض من الحقوق الفرد الطبيعية² التي لا ينازع فيها أحد، وهو حق³ أخذت به مختلف التشريعات الوضعية إلا أن كيفية ممارستها تختلف من بلد إلى آخر حسب اختلاف إجراءات ممارسة هذا الحق وحسب درجة إيمان وتشبع كل بلد بمبادئ الحرية والعدالة و حقوق الإنسان⁴.

و مفاد حق الصمت⁵ هو حرية الشخص في الكلام أو الامتناع عنه اتجاه الأفعال المنسوبة إليه، ما دام لا يوجد ما يلزمه على ذلك، و لا يجوز تبعا لذلك إكراهه أو حمله على الاعتراف عن طريق العنف أو تحت التهديد أو باستعمال الخداع أو الوعد أو أية آلية أخرى مشابهة⁶.

1 - يطلق البعض على الحق في الصمت مصطلح " عدم الشهادة ضد النفس"، أو الحق في أن يظل المشتبه فيه صامتا، وإذا كان حق الصمت يجد أساسه في أصل البراءة، فإن له أساس آخر هو حرية المشتبه فيه في الدفاع عن نفسه، و الذي يمثل أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها العدالة الجنائية في المجتمعات المعاصرة. عبد المنعم الشيباني، "الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 391 و 392.

2 - تتجه إحدى الآراء الفقهية إلى التأكيد على ذلك لما يحتويه القانون الطبيعي من مبادئ عالمية، يوحي بها العقل مما تجعل منه قانونا عالميا، ولتطابقه مع مبادئ العدالة، و يزكي هذا الطرح رأي الفقيه (بول روبير) بقوله: " ينبغي أن نستنتج أنه قبل تواجد أي مجتمع، توجد حقوق فطرية مستمدة من طبيعة الإنسان، حيث يمكن اعتبارها كحقوق طبيعية". للتوسع أنظر: - محمد العروصي، "حق الصمت في قانون المسطرة الجنائية"، مجلة الملف، العدد 15، نونبر 2009، ص 42.

3 - محمد بن مشيرح، حق المتهم في الامتناع عن التصريح، رسالة ماجستير، جامعة منتوري- قسنطينة، الجزائر، 2009/2008، ص 49 و ما بعدها.

4 - تجدر الإشارة إلى أن من التشريعات التي لا تعترف بحق الصمت ولا تسمح للمتهم والمشتبه فيه بالامتناع عن الإدلاء بتصريح حيث يلزم بالإجابة متى وجهت إليه الأسئلة من إحدى سلطات الدولة، و ذلك يسري على مستوى مراحل المحاكمة بدون استثناء خاصة في مرحلة البحث التمهيدي، و ذلك في بعض الدول ذات التشعب الاشتراكي كما هو الحال في الاتحاد السوفياتي سابقا، والتي يغلب فيها حق الدولة على حساب الحقوق الفردية، و نجد كذلك من الدول التي لم تنص على هذا الحق مباشرة في تشريعاتها كما هو الحال في التشريع البلجيكي، الذي لم يتضمن أي نص لزم به الظنين الإدلاء بأقواله، إلا أن الواضح من اجتهاد القضاء و الفقه أن الظنينين يتمتع به. للتوسع أنظر:

- أسامة عبد الله قايدة، "حقوق و ضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال- دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1994، ص 160. محمد العروصي، "حق الصمت في قانون المسطرة الجنائية"، مجلة الملف، العدد 15، 2009، ص 36.

5 - محمد بن مشيرح، "حق المتهم في الامتناع عن التصريح"، مرجع سابق، ص 63.

6 - جمال سرحان، "ضمانات المتهم و حقوق الدفاع خلال مرحلة التحقيق الإعدادي"، مطبعة صناعة الكتب، 2006، ص 268 و ما بعدها.

وقد كفل الدستور هذا الحق فأكد في الفصل 23 منه " يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله، على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت"، وبموجب هذا الحق الدستوري أصبح ضابط الشرطة القضائية، ملزم بإخبار المشتبه فيه حال اعتقاله بحقه في التزام الصمت، وملزم بعدم التدخل في إرادة وحرية في إبداء أقواله، ولا يجوز الضغط عليه لإجابة على أسئلته أو حمله على الكلام أو الإقرار بذنبه، فللمشتبه فيه بعد إطلاعه على حقه في الصمت الخيار بين أن يصمت إذا أدرك أن الصمت خير لعاقبة أمره، وله أن يتوقف عن الاسترسال في الحديث متى ما اعتبر أن استمراره في الحديث هو شر عليه، ويضر بمركزه، وأي إخلال بهذا الحق يعد إخلال بأصل البراءة يستوجب مسؤولية فاعله¹.

وتنزيلا لهذا المقتضى الدستوري نصت المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية² في فقرتها الثانية على أن "يتعين على ضباط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض، عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فورا وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه ومن بينها حقه في التزام الصمت"³.

وتبعا لذلك على ضابط الشرطة القضائية بمجرد القبض على المشتبه فيه أو عند تقرير وضعه تحت الحراسة النظرية، يشعره بحقه في الكلام أو الامتناع عن تقديم تصريح أو الإجابة من شأنها أن تتخذ ضده.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الحق في الصمت أو عدم الإدلاء بأي تصريح ينسحب فقط إلى المعلومات والمعطيات المتعلقة بالجريمة وغيرها دون ما يتعلق بمعرف هوية الشخص الكامل، ففي الحالة التي يسأل فيها ضباط الشرطة الشخص المشتبه فيه عن اسمه وعنوانه لا يحق أن يتخذه هذه الأخير موقف سلبي بالامتناع عن الإدلاء بتصريح اعتقادا منه انه يمارس حق من حقوق التي يكفلها القانون هو حق الصمت، فالبيانات الشخصية لا يمتد إليها هذا الحق⁴.

1 - عبد المنعم سالم شرف الشيباني، "الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 395.

2 - Abdelaziz El Idrissi, comment interpréter le droit au silence ? revue de marocaine N° 15 janvier 2000, p 47.

3 - طرح هذا القانون، بعد المصادقة عليه من قبل البرلمان المغربي ونشره في الجريدة الرسمية، العديد من الاكراهات على ضباط الشرطة القضائية المكلفين بالبحث في ملف ما، إذ سيجدون أنفسهم مجبرين عن التخلي عن وسائل العمل التقليدية المرتبطة بالضغط على المتهم وإجباره على الاعتراف بالتعريف تارة أو التهديد تارة أخرى. أنظر: - الصديق بوكزول، جريدة الصباح، 2011/11/30.

4 - شادية الشومي، "حقوق الدفاع خلال مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام الجنائي المغربي"، مرجع سابق، ص 351.

ثانيا: الحق في الاستعانة بالمحامي

يعتبر الحق في الاتصال بالمحامي من أهم الضمانات الدستورية والقانونية المؤطرة لأي محاكمة عادلة، كرسنه في مختلف المواثيق والتشريعات الوضعية، نظرا للدور الذي يلعبه المؤازر في الدفاع عن موكله وطمأنته من ناحية وما يشكله تواجده من مساعدة لسلطات العدالة، في التواصل مع المشتبه فيهم بغية الوصول إلى الحقيقة و تيسير سير الإجراءات من ناحية ثانية، لذلك يعد المحامي أهم آليات العدالة الجنائية.¹

وقد جاء دستور المملكة في الفصل 120 من الباب السابع المتعلق بالسلطة القضائية مؤكدا على هذا المقتضى عبر اعتباره أنه " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم".

وتماشيا مع هذا المبدأ الدستوري تضمن قانون المسطرة الجنائية، بعض المقتضيات الجديدة التي ترمي إلى تعزيز حماية الحريات الفردية وتدعيم الحق في مؤازرة المشتبه فيه بمحام، ولعل المشرع إلى ذلك، تلك التغيرات التي عرفها الواقع الاجتماعي والحقوق للمملكة من جهة و انسجاما مع التزاماتها الدولية المسطرة في المواثيق والاتفاقيات التي تفرض على الدول المصادقة ملائمة تشريعاتها الداخلية مع التوجه العالمي خاصة على مستوى دعم حقوق الإنسان، هذا بالإضافة مختلف الانتقادات التي كانت توجه من طرف المهتمين إلى مرحلة البحث التمهيدي، كمرحلة تخلو من الضمانات المحاكمة العادلة التي من المفروض أن تسود في الصراع القضائي بين المجتمع من ناحية والمشتبه فيهم من جهة أخرى.

وهكذا فإن الأساس التشريعي الذي يعكس موقف المشرع المغربي من حق المشتبه فيه في الاستعانة بالمحامي أمام ضباط الشرطة القضائية، هو المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية التي تهتم مرحلة البحث التلبيسي تنص في فقرتها الرابعة على أنه:"يحق للشخص الذي أُلقي القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية الاستفادة من مساعدة قانونية، ومن إمكانية الاتصال بأحد أقربائه، وله الحق في تعيين محام وكذا الحق في طلب تعيينه في إطار المساعدة القضائية."

1 - أحمد شوقي بنوب، "دليل الضمانات القانونية للمحاكمة العادلة في ضوء المعايير الدولية والأسس الوطنية قانونا وفقها و قضاء-"، بدون مطبعة ، بدون طبعة، ص 107.

في حين تنص المادة 80 في الحالة العادية، على أن " يحق للشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية في حالة تمديدتها أن يطلب من ضابط الشرطة القضائية الاتصال بمحامي، كما يحق للمحامي المنتصب الاتصال بشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية."

والملاحظ أن قواعد اتصال المحامي بموكله، لم تتم صياغتها بشكل مستقل في مادة محددة ومخصصة لحق الاتصال وحده، بل تم إيرادها ضمن مقتضيات أخرى خاصة بإجراءات الحراسة النظرية.

و عموما فقد نصت مختلف فقرات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية على مجموعة من الشروط والأحكام المتعلقة باتصال المحامي بموكله وهي كالتالي:

- قبل انتهاء نصف المدة الأصلية للحراسة النظرية، أي أن الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية لا يجوز له الاتصال بالمحامي إلا ابتداء من الساعات الأخيرة لانتهاء نصف المدة الأصلية للوضع تحت الحراسة النظرية، وقبل 24 بالنسبة للجرائم العادية وقبل الساعة 48 بالنسبة للجرائم الإرهابية وأمن الدولة.

إلا أن مسودة قانون المسطرة الجنائية الجديد حاولت تعزيز وضعية المشتبه فيه من خلال إعطائه إمكانية الاتصال بالمحامي ابتداء من الساعة الأولى للوضع تحت الحراسة النظرية، مما يحقق فوائد متعددة وعلى رأسها تجنب الاعترافات المنتزعة عن طريق الإكراه والتعذيب، والحرص على سلامة وسائل الإثبات، وتعزيز ضمانات المحاكمة العادلة باحترام توازن ضروري بين الإدعاء والدفاع¹.

- النيابة العامة هي الجهة المخولة قانونا بالترخيص للاتصال بمحامي ولمدة لا تتجاوز 30 دقيقة، تحت مراقبة ضباط الشرطة القضائية في ظروف تكفل سرية المقابلة.

غير أنه إذا تعذر الحصول على ترخيص النيابة العامة لبعده المسافة فإن ضابط الشرطة القضائية يأذن بصفة استثنائية للمحامي بالاتصال بالشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية.

¹ - بوشرة زكرياء، "حماية الحقوق والحريات في مرحلة البحث التحري على ضوء مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية"، مجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد 2، 2015، ص 34.

- يمكن للممثل النيابة العامة تأخير اتصال المحامي بالشخص الموضوع تحت الحراسة بناء على طلب الشرطة القضائية إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك أو إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية.

- يمنع على المحامي إخبار أي كان بما راج خلال الاتصال بالشخص قبل انقضاء مدة الحراسة النظرية.

ولا تختلف الحالة العادية عن حالة التلبس إلا من حيث، مدة الاتصال بالمحامي، فخلافاً للحالة الأخير التي يكون الاتصال فيه قبل مرور نصف المدة الأصلية للحراسة النظرية، حيث أن الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية لا يجوز له الاتصال بالمحامي إلا ابتداء من الساعة الأولى للتمديد.

خاتمة :

في ثنايا هذا البحث تعرضنا لأهم المبادئ الدستورية والقانونية المتعلقة بالمركز القانوني للمشتبه فيه في الخصومة الجنائية، تبين لنا من خلاله إقرار الدستور بمكتسبات مهمة في مجال حقوق الإنسان و ضمانات المحاكمة العادلة خلال مرحلة البحث التمهيدي عبر التأكيد عدد من الضمانات والحقوق والمقتضيات الدستورية تسهم بلا شك في الموازنة بين البحث عن الحقيقة ومعاقبة مرتكب الجريمة من جهة وبين احترام حقوق وحرريات المشتبه فيه من جهة أخرى.

خاصة إذا ما ارتقت هذه الضمانات والحقوق إلى مصاف القواعد الدستورية، علماً أن القيم القانونية لمختلف المبادئ الدستورية المتعلقة بالبحث التمهيدي يتم تحديدها من جهتين، أولهما من جهة موقعها ضمن تسلسل القواعد القانونية وثانيهما من حيث جهة إلزامية وقوة وفاعلية القاعدة الدستورية المستمدة من سمو الدستور¹.

وأخيراً نؤكد أن فاعلية الدستور ومدى ضمانه لحقوق المشتبه فيه مرهون في كل الأحوال بمدى تطبيقه في الواقع، وذلك لا يتحقق إلا بتنزيل مقتضياته في صلب النصوص التشريعية والتنظيمية المؤطرة للعدالة الجنائية، وبإقامة مؤسسات تتولى الرقابة على دستورية القوانين سواء كانت رقابة سياسية أو قضائية.

¹ - أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، مرجع سابق، ص 68.

القضاء الاستعجالي والتوازن العقدي بين المكري والمكثري في ضوء قانون رقم 49.16

ذة. هاجر الخزاعي

باحثة بسلك الدكتوراه قانون خاص،

جامعة القاضي عياض

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش

مقدمة:

إن العدالة العقدية، قبل كل شيء تهتم بتوفير أقوى الضمانات الممكنة لحماية الحقوق واستقرار المعاملات، وهي تتفاعل بالضرورة في نسق رفيع مع واقع المجتمع في تطوره ومع حيل الحياة في تعقده، ومع ألوان الحضارة في تغييرها وتشابكها.

والعدالة مع هذا محاطة بشكليات لا مفر منها، ولا مندوحة من الالتزام بها فهناك مواعيد مقررة تمكن الخصوم من تهيئة قضاياهم وتحضير دفاعهم، والمحكمة تستغرق وقتا في فحص القضية وتحقيقها، فضلا عن أن كثرة القضايا لدى المحكمة يضطرها إلى أن تقبل تأجيل النظر فيها لأيسر الأسباب. غير أن تلك الشكليات تكون في بعض الأحيان، إن لم نقل في جلها، بعيدة في التطبيق عن المثالية المنشودة من العدالة، هذه المثالية التي تجسمها بالخصوص البساطة والسرعة وقلة التكاليف¹ ولعل القضاء الاستعجالي هو الضمانة الأساسية للمتقاضين لتحقيق هاته العدالة، وتعتبر البوادر الأولى لظهور القضاء الاستعجالي بالمغرب كمسطرة استعجالية مدونة بشكلها القانوني الحديث ابتداء من صدور ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالمسطرة المدنية وهو التاريخ الرسمي لدخول القضاء المستعجل بمفهومه الحالي إلى القانون المغربي² والذي جاء ظهير 28 شتنبر ليعيد تنظيم مسطرته الاستعجالية في الفصول

1- عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل في القانون المغربي الطبعة الأولى 1998 بدون ذكر المطبعة ص 9.

2- حيث في التاسع من رمضان لعام 1331 الموافق ل 12 أغسطس 1913 صدرت 9 ظهائر دخلت حيز التطبيق في 15 من أكتوبر من نفس السنة، ومن بينها الظهير المتعلق بالمسطرة المدنية وخصه بالمواد من 213 الى 225 من الظهير المذكور والمستوحاة من المشروع الذي وضع في فرنسا بتاريخ

من 149 إلى 154، وقد عرف هذا الأخير عدة تعديلات كان آخرها تعديل 20 مارس 2014.

أما بالنسبة لظهور القضاء المستعجل في المادة التجارية بالمغرب فقد نظمتها المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية¹ والتي شكلت استثناء من القواعد العامة للاستعجال بحيث تجاوزت شروطه التقليدية وميزته بالمرونة، وهذا ما يشكل التوجه التشريعي الذي يهدف إلى التوسيع من نطاق اختصاصات قاضي المستعجلات التجاري نظرا لما تحتاجه المعاملات التجارية من تدخلات قضائية سريعة وفعالة، لا تكون عادة في القضاء لاستعجالي العادي، وهذا ما كرسه قانون رقم 49.16² والذي يعد قانونا مختلطا يجمع بين أحكامه ماهو موضوعي، وما هو إجرائي إذ يختلف في العديد من مقتضياته مع ما كان مضمنا في ظهير 24 ماي 1955³، ومع ما هو مضمن حاليا في بعض القوانين الإجرائية كما هو الشأن بالنسبة لقانون المسطرة المدنية لسنة 1974، وما يهمننا في هذا المقام هو ما يتعلق بأدوار و اختصاصات رؤساء المحاكم التجارية في إطار المنازعات المتعلقة بالأكرية التجارية، وكيفية بتهم في قضايا المستعجلة، على أساس أن هاته الاختصاصات الجديدة عرفت تطورا ملحوظا في المادة التجارية بصفة عامة وفي المنازعات المتعلقة بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي على وجه الخصوص⁴، ويمكن القول بأن قانون 49.16 وسع من صلاحيات

07 نوفمبر 1911، ولعل أهم ميزة يتميز القضاء لاستعجالي في ذلك الوقت هو كون المسطرة الاستعجالية كانت تشمل حتى القضايا التجارية يراجع بهذا الخصوص عبد اللطيف هداية الله م.س من ص 45 الى ص 57.

1- عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل في القانون المغربي الطبعة الأولى 1998 بدون ذكر المطبعة ص 9.

2- القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.99 مؤرخ في 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016) بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 11 غشت 2016 ن 1 ص 5857.

3- غير أن ظهير 24 ماي 1955 نص على اختصاصات قاضي المستعجلات غاية في الأهمية من قبيل الصلح المنصوص عليه في المادة 27 وقد تناولها بعض الفقه المغربي ضمن حالات اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الموضوع، أما الاختصاص الثاني الممنوح بموجب الفصل 26، ويتعلق بمعاينة الشرط الفاسخ فلا علاقة له بالمس بالموضوع.

4- ويمكن القول بأن التطور الذي عرفته مؤسسة رئيس المحكمة التجارية، في ميدان المساطر الخاصة بالاستعجال بدأ بصور القانون المحدث للمحاكم التجارية والذي منح بمقتضى المادتين 20 و 21 منه، لرئيس المحكمة التجارية اختصاصات استعجالية عامة، تمكنه من البت في القضايا الاستعجالية حتى وإن كان فيها مساس بالجوهر، ليتأكد ذلك فيما بعد بصور قانون 49.16 المنظم للكراء التجاري واذي أعطى

قاضي الأمور المستعجلة وأضاف عليها صبغة المرونة نظرا للدور الذي تلعبه المحلات والعقارات التجارية في الحياة الاقتصادية، ولهذا كان لزاما على المشرع أن يخلق قواعد قانونية للقضاء المستعجل متطورة تفوق وتخالف القواعد المعروفة للقضاء المستعجل التجاري، ومما لا شك فيه أن القواعد الموضوعية للقضاء الاستعجالي تقوم على ما هو متعارف عليه من استعجال وشرط عدم المساس بالجواهر كشرطين أساسيين للنقاضي أمام قاضي المستعجلات وهذا ما أكده المشرع المغربي من خلال الفصلين 149¹ و 152² من ق.م، وكذا المادة 21³ من القانون المنشأ للمحاكم التجارية⁴، غير أن قانون 49.16⁵ أفرد للقضاء الإستعجالي خصوصية يمتاز بها عن غيره من القضايا الاستعجالية إضافة إلى أنه وسع من حالات تدخل قاضي المستعجلات مقارنة مع ظهير 24 ماي 1955 ، وذلك من أجل خلق نوع من التوازن العقدي بين المكري والمكترتي، و لإزالة اللبس في صياغة بعض المواد بما يحقق الأمن القضائي ولهذه الأسباب نص المشرع ولأول مرة صراحة في قانون 49.16 على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة إلا أن الإشكال المطروح في هذا الصدد يتجلى في: هلتمكن القضاء الاستعجالي من تحقيق التوازن العقدي ما بين المكري والمكترتي في إطار قانون 49.16؛ وبصيغة أخرى إلى أي حد توفق قانون 49.16 من توفير صلاحيات للقضاء الاستعجالي من أجل تحقيق العدالة العقدية؟

سنحاول عرض النقاط الملامسة لهذا الإشكال من خلال التصميم التالي:

-
- اختصاصات خاصة و حصرية لرئيس المحكمة التجارية مؤكدا لما جاءت به المادتان 20 و 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، ومختلفة تماما عما هو منصوص في القواعد العامة.
 - 1- ينص الفصل 149 من ق.م على أنه " يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بقضيه قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ، أو الأمر بالحراسة القضائية، أو أي إجراء آخر تحفظي، سواء كان النزاع في الجواهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة الى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بقضيه قاضيا للمستعجلات."
 - 2- ينص الفصل 152 من ق.م على أنه " لا تبت الأوامر الإستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجواهر .
 - 3- تنص المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه:
 - 4- ظهير الشريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال (12 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية منشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 في 15/05/1997.
 - 5- الذي يرى جانب من الفقه بكونه لا يدخل تحت مصطلح القضاء المستعجل بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح

المطلب الأول: الدور الحديث للقضاء الاستعجالي في قانون الكراء التجاري 49.16 واشكالية التوازن العقدي.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الاستعجالي في قانون الكراء التجاري كأداة فعالة لتحقيق العدالة العقدية

المطلب الأول: الدور الحديث للقضاء الإستعجالي في قانون الكراء

التجاري 49.16 واشكالية التوازن العقدي

لقد تجاوز قانون 49.16 القواعد الأساسية التي يرتكز عليها القضاء الإستعجالي المتجلية في شرط الاستعجال وعدم مساس الأوامر الاستعجالية بالجواهر، وذلك لأن المعاملات التجارية تحتاج لتدخل قضائي سريع وفعال فرض استبعاد هاته القواعد (الفقرة الأولى) مما جعل المشرع يحدد صلاحيات جديدة لقاضي الأمور المستعجلة أقل ما يمكن القول عنها أنها من اختصاص القضاء الموضوعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصوصية القضاء الاستعجالي

ينفرد القضاء الاستعجالي التجاري وفقا لقانون 49.16 بخصوصية المرونة في حماية الحق تجعل منه يعمل في نطاق أوسع من النطاق التقليدي (أولا) لكن ليس بشكل مطلق بل الأمر يقف عند حدود اختصاص محكمته التجارية طبقا للقواعد العامة للاختصاص النوعي والمحدد في قانون إنشاء المحاكم التجارية وفقا لقانون 49.16 (ثانيا).

أولا: عدم التقيد بشرط عدم المساس بالجواهر

بالرجوع للقواعد العامة المؤطرة للاستعجال الوارد في الفصل 149 من ق.م.م وما يليه، والمادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية يبقى اختصاص قاضي المستعجلات منوط بتوفر شرطين أساسيين هما توفر عنصر الاستعجال، وعدم المساس بجواهر الحق وعليه فإذا تبين لقاضي المستعجلات أن الأمر يتعلق بنزاع جدي قضى بعدم اختصاصه، أما الحالات الواردة في قانون الكراء التجاري 49.16 فيمكن القول أنها حالات استعجالية بقوة القانون، فلا المدعي يكلف بالإثبات، ولا رئيس المحكمة ملزم بتأكد من ذلك وفقا للشروط العامة للاستعجال، لان المشرع افترض الاستعجال في هذه الحالات بشكل تحكمي، ولا داعي بعد ذلك من البحث في الشروط العامة للاستعجال، وبمقتضى القواعد العامة الواردة في قانون م.م، يختص

رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة باتخاذ الإجراءات الوقتية التي تستدعيها حالة الاستعجال دون المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر، فلا يجوز له أن يبت في النزاع ويبقى ذلك من اختصاص محكمة الموضوع¹، غير أن قانون 49.16 نص ضمنيا² على تجاوز المساس بجوهر الحق وفقا للمادة 13³ منه اذ أصبح بإمكان قاضي الأمور المستعجلة تجاوز ظاهر الوثائق وتفحصها والمقارنة بين الحجج والغوص في وقائع وادعاءات الأطراف، كما أصبح بإمكانه الاستعانة بوسائل التحقيق خاصة الخبرة حيادا عن الفصل 152 من ق.م.م للفصل في جوهر النزاع أو الحق المعروف عليه بصفة قطعية.

إن التوجه الحديث للقضاء الاستعجالي الذي تبناه المشرع في قانون 49.16 أرسى مفهوما جديدا للاستعجال يمكن تسميته "بالقضاء الموضوعي الاستعجالي"⁴ القطعي الذي يحسم النزاع في الموضوع والخاضع لمسطرة مرنة وفعالة وسريعة تستفيد من بساطة الإجراءات وقصر الأجل والسرعة في البت كمسطرة القضاء المستعجل عوض خضوعه لمسطرة القضاء العادي البطيئة وذلك للحفاظ على توازن العلاقة الكرائية بين المكري والمكثري.

وتبعا لذلك يمكن القول بأن المشرع المغربي وسعيا منه للحفاظ على العدالة العقدية بين المكري والمكثري ميز القضاء الاستعجالي في مادة الكراء التجاري بخاصية عدم التقيد بشرط عدم المساس بالجوهر لإضفاء صبغة المرونة والفعالية

1- مهدي أبو الكلام "حماية الحق في الكراء في إطار قانون الكراء التجاري رقم 49.16 رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال بجامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش السنة الجامعية 2017/2018 ص 137.

2- وهذا ما يستفاد من عبارة "يختص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بصرف النظر عن المقتضيات المخالفة.." الواردة في المادة 13 من قانون 49.16 إذ أن التفسير الذي يمكن إعطائه لهذه العبارة أن قاضي المستعجلات يبت رغم وجود مقتضيات تمنعه من البت في الموضوع.

3- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 13 من قانون 49.16 على: "يختص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بصرف النظر عن المقتضيات المخالفة بالبت في دعوى الإفراغ، وبتحديد تعويض احتياطي كامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، بطلب من المكثري، يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع".

4- الذي يرى جانب من الفقه بكونه لا يدخل تحت مصطلح القضاء المستعجل بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، الذي يعني اتخاذ اجراءات مؤقتة لكفالة الحماية العاجلة للحق المدعى فيه دون مساس بموضوعه وانما هو قضاء قطعي يحسم النزاع في الموضوع، غير أنه خاضع لمسطرة سريعة كمسطرة القضاء المستعجل عوض خضوعه لمسطرة القضاء العادي. أنظر الطيب برادة "موقع القضاء المستعجل من القضاء في الاسلام، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 42 السنة 1986 ص 13.

على المعاملات التجارية إلا أنه قيدها بضرورة تقيد القاضي الاستعجالي باختصاص محكمته.

ثانيا: وجوب تقيد القاضي الاستعجالي باختصاص المحكمة

عرف اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المادة التجارية بصفة عامة ومادة الكراء التجاري على وجه الخصوص تضاربات قضائية انتهت بالاستقرار على ثبوت هذا اختصاص للمحاكم التجارية، وبصدور قانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الحرفي، أصبح الاختصاص ممنوحا للمحاكم التجارية وفقا للمادة 135 والتي يعلق عليها أحد الباحثين² بكونها أتت "بصياغة معيبة من حيث الصناعة التشريعية لكونها من جهة تعلق حكما قانونيا نافذا على مقتضى قانوني مستقبلي قد يعتمد وقد لا يعتمد من قبل المشرع ولا توجد أية ضمانات بشأن إمكانية اعتماد أقسام تجارية ببعض المحاكم الابتدائية كما أن صياغتها تبقى مبهمة وغامضة لأنها تتحدث عن أقسام تجارية مرتقبة بالمحاكم الابتدائية لا وجود لها الآن، وقانون التنظيم القضائي الحالي لا يتضمن أي مقتضى قانوني ينظم اختصاص المحاكم الابتدائية بقضايا الكراء التجاري" و المادة 37 من نفس القانون³، وبالتالي فإن رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة هو المختص نوعيا للنظر في الدعوى الاستعجالية في مادة الكراء التجاري، أضف الى ذلك أن الاختصاصات الممنوحة لقاضي المستعجلات جاءت صريحة في المواد المنظمة لذلك⁴، تبعا لذلك يمكن القول بأن الرئيس هو المختص دون غيره في هذا النوع من الدعاوى الاستعجالية أي أن قاضي المستعجلات يكون مختصا عندما يكون النزاع داخلا ضمن حدود اختصاص

1- تنص المادة 35 من قانون 49.16 على: "تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون غير أنه ينعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة".

2- عبد الرحمان اللمتوني، الاختصاص النوعي بقضايا الكراء التجاري في ظل الاجتهاد القضائي والقانون رقم 49.16 مقال منشور بالجريدة الالكترونية هسبريس على الموقع www.hesperess.com بتاريخ 25/06/2017، اطلع عليه بتاريخ 2019/13/09 على الساعة 19:00

3- تنص المادة 37 من قانون 49.16 على: "تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود على عقود الكراء التي لا تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من هذا القانون، ما لم تخضع لقوانين خاصة".

4- انظر المواد 13، 22، 23، 33، من قانون 49.16.

المحكمة التجارية التي يمارس فيها وظيفته، فهو مقيد بهذا الاختصاص الذي يعد من النظام العام¹.

غير أن السؤال الذي يطرح في السياق، هل يمكن لرئيس المحكمة التجارية أن يمنح هذه الصلاحيات أو يفوضها الى غيره من قضاة المحكمة التي يترأسها؟ بالرجوع الى المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية نجدها خالية من أي مقتضى مماثل لنص الفصل 149 من ق.م، في الحالة التي يوجد فيها عائق لرئيس المحكمة، فهل هذه المقتضيات يختص بها رؤساء المحاكم التجارية وحدهم، أم أن التفسير يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الإحالة الواردة في المادة 20² من قانون إحداث المحاكم التجارية على الفصل 149 من ق.م.

هناك إيجابيتين عن التساؤل المطروح، الأولى نظرية والثانية عملية: فالأولى أجاب بعض الباحثين³ على أن التفسير الذي ينبغي إعطاؤه للمادة 21 هو أن الاختصاص ينتقل الى أقدم القضاة إذا عاق الرئيس مانع، نظرا لتعدد مهام الرئيس ولأن المانع لا بد وأن يحصل لهم.

أما الثانية فالواقع العملي يجيب على هذا التساؤل، بحيث أن مختلف الأوامر الاستعجالية في المادة التجارية عامة وفي مادة الكراء التجاري خاصة، نجد في متنها أنها صدرت عن نواب الرؤساء⁴.

وتجدر الإشارة الى أن المادة 21 من القانون المحدث للمحاكم التجارية المنظمة للاختصاص العام لقاضي المستعجلات قيده بوجوب أن يكون في حدود اختصاص محكمته التجارية.

1- وتطبيقا لهذا المبدأ جاء في قرار للمحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 17/11/1998 "حيث إن رئيس المحكمة الابتدائية التجارية أثار الاختصاص النوعي تلقائيا بالرغم من كون المادة الثامنة من قانون إحداث المحاكم التجارية تنص على أن المحكمة تبت في حكم مستقل بالدفع بعدم الاختصاص النوعي المرفوع إليها وهذا يفيد أن على الأطراف التمسك به وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه" انظر عبد الرحمان الشرقاوي "القضاء الاستعجالي في قانون الكراء التجاري 49.16" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص بجامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط السنة الجامعية 2016/2017 ص 20.

2- تنص المادة 20 من القانون المحدث للحاكم التجارية على: " يمارس رئيس المحكمة التجارية الاختصاصات المسندة الى رئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية وكذا الاختصاصات المخولة في المادة التجارية".

3- عبد اللطيف الشنتوف "العمل القضائي لمحكمة النقض في المادة الاستعجالية التجارية، منشورات مجلة العلوم القانونية والقضائية 4 مطبعة الأمانة الرباط الطبعة الاولى سنة 2016 ص 15.

4- عبد الرحمان الشرقاوي م.س ص 21

من خلال ما سبق يبين لنا بأن المشرع أناط قاضي المستعجلات في المادة التجارية بخصوصية حديثة تجاوز بها القواعد العامة المقيدة وألزمه بوجوب التقيد باختصاص محكمته إلا أن تحقيق التوازن العقدي بين المكري والمكثري لا يمكن أن نستشفه إلا من خلال الحديث عن الصلاحيات الحديثة للقضاء الاستعجال التجاري.

الفقرة الثانية: الصلاحيات الحديثة لقاضي المستعجلات التجاري

لقد تجاوز قانون 49.16 تنازع الاختصاص الذي كان سائدا في ظهير 24 ماي 1955 الملغى بحيث نصت المادة 35 من نفس القانون على أنه تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون غير انه ينعد الاختصاص للمحاكم الابتدائية طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، كما عمل على تحديد نطاق اختصاصها وبين اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلبات بنص خاص وبالتالي فإن المصادقة على الإنذار عملا بأحكام المادة 27 من قانون 49.16 تتم من طرف قاضي المستعجلات (أولا) كما أن هذا الأخير له صلاحيات تحديد التعويض في الحالات التي يستحقها المكثري (ثانيا).

أولا: اختصاص المصادقة على الإنذار

يعتبر الإنذار بالإفراغ تصرف قانوني يصدر عن الطرف المكري للتعبير عن الرغبة في إنهاء عقد الكراء التجاري وقد يكون التعبير عن رفض استمرارية العقد قاطعا يؤدي إلى إنهاء عقد الكراء مقابل دفع المكري لمصلحة المكثري تعويضا كاملا أو بناء الإنذار على سبب يبرر الانهاء دون استحقاق المكثري لهذا التعويض، كما قد يكون معبرا عن رغبة المكري في استدراج المكثري إلى إبرام عقد جديد بشروط تلائم مصالحه، لكن ليس الإنذار بالإفراغ هو الذي يؤدي بمفرده إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية وإنما هو وسيلة للتعبير عن الرغبة في الإنهاء فهو بداية للإجراءات مسطرية التي تنتهي بالحكم القاضي بالإفراغ عندما تقتنع المحكمة بالأسباب الداعية إلى إفراغ المحل أو العقار المكثري.

وقد حدد قانون 49.16 دعوى المصادقة على الإنذار في الفرع الأول من الباب العاشر المتعلق بالمسطرة، مخصصا لها المواد من 26 إلى 30، ومن خلال استقراء هذه المواد يتبين بأن قاضي الأمور المستعجلة هو المختص بالمصادقة على الإنذار¹، وعليه فإن المادة 26 من قانون 49.16 نصت على أن توجيه الإنذار ملزم

¹ وفي هذا الصدد "جاء مقترح القانون المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الذي تقدم به الفريق الاشتراكي وسجل بمكتب النواب بتاريخ 31 دجنبر 2007،

للطرف المكري و إلا تعرض طلبه لعدم القبول، إذ جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط "...وحيث أن الطلب فضلا على أنه لم يرفق بنص الإنذار بالأداء وكذا ما يفيد تبليغه للمدعى عليه... مما يكون الطلب معيب شكلا ويتعين عدم قبوله"¹.

كما أن المادة 27 من نفس القانون تنص على أنه " إذا تبين للجهة القضائية المختصة صحة السبب المبني عليه الإنذار قضت وفق طلب المكري الرامي إلى المصادقة على الإنذار و إفراغ المكثري و إلا قضت برفض الطلب" وهذا ما أكدته حكم عدد 2018/320 الصادر عن المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 2018/04/05².

ومن جانب آخر فإن قاضي المستعجلات لا يأمر بالإفراغ إلا بعد المصادقة على الإنذار وهذا ما أكدته الإستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط حيث جاء فيه " حيث أن المدعى عليه تقاعس عن أداء واجبات الكراء وأن الطالبة أنذرتة بالأداء بتاريخ 2016/01/01 إلا أنه لم يستجب لفحوى الإنذار كما هو واضح من محضر التبليغ....، وفي منطوق هذا الأمر نص على "إفراغ المدعى عليه من المحل التجاري الكائن بشارع... هو ومن يقوم مقامه"³.

قد عرف عدة نقاشات بمجلسي البرلمان إلا أن التعديلات التي أدخلت عليه بمقتضى القراءة الثانية بمجلس النواب بتاريخ 10 ماي 2016 شهدت تغيير بعض المصطلحات ومنها المواد 26 و 27 و 28 المتعلقة بالمصادقة على الإنذار وذلك بالاستبدال كلمة المحكمة المختصة ب"الجهة المختصة" حتى تتسجم مع باقي المواد، وبهدف استيعاب الحالات التي يبيت فيها رئيس المحكمة في طلبات الإفراغ سواء بصفته تلك أو بصفته قاضيا للأمر المستعجلة" للمزيد المرجو الاطلاع على "وزارة العدل والحريات القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الحرفي في شروح منشورات وزارة العدل والحريات فبراير 2017 ص 23".

1- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط تحت رقم 311 بتاريخ 13 مارس 2017 في ملف رقم 2017/8101/268 (غير منشور) أشار إليه عبد الرحمان الشرفاوي م.س ص 23.

2- جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة ما يلي "وحيث إن الإنذار الموجه الى المدعى عليها يروم إلى دعوتها للوفاء بالتزامها وذلك بأداء أجره الكراء المستحقة عن المدة من شهر يونيو 2013 إلى تاريخ الإنذار داخل أجل 15 يوما من تاريخ توصلها تحت طائلة تقديم طلب الى السيد رئيس المحكمة الابتدائية للتصديق على الإنذار و الأمر بأداء مقابل الكراء. وحيث إن قانون 49.16 ...أوجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية أن يوجه للمكثري إنذارا يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجل للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل ويحدد هذا الأجل في 15 يوما إذا كان الطلب مبنيا على عدم أداء واجبات الكراء، وهو ما لا ينطبق على الإنذار الذي توصلت به المدعى عليها، مما يقتضي التصريح برفض طلب الإفراغ..." حكم عدد 2018/320 الصادر عن المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 2018/04/05 في ملف رقم 8206/2017/1337 (غير منشور).

3- أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط تحت رقم 311 مؤرخ في 13 مارس 2017 في ملف عدد 2017/8101/268 (غير منشور).

تبعاً لما سبق يبرز بشكل لافت الجهد المبذول من طرف واضعي قانون 49.16 من أجل تبسيط مسطرة إنهاء عقد الكراء وتحقيق التوازن العقدي بين المكري والمكثري إذ تم الإنقاص بشكل جلي من شكليات الإنذار خلافاً لما كان ينص عليه الفصل 6 من ظهير 24 ماي 1955 الملغى من ضرورة الإشارة الى مجموعة من البيانات تحت طائلة البطلان، وغدا الأمر أكثر مرونة طبقاً للمادة 26 من قانون 49.16 التي لا تستلزم سوى ذكر السبب المؤسس عليه الإنذار ومنح المكثري أجل للإفراغ كما أصبح المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية، هو الملزم برفع طلب المصادقة على الإنذار داخل أجل 6 أشهر من تاريخ إنتهاء الأجل الممنوح للمكثري في الإنذار بالإفراغ تحت طائلة سقوط الحق في ذلك.

إذا كان القضاء الاستعجالي يصادق على الإنذار فإنه يحدد تبعاً لذلك التعويض في حالات معينة.

ثانياً اختصاص تحديد التعويض

بالرغم من كون اختصاص القضاء الاستعجالي في إطار ظهير 24 ماي 1955 كان يشتمل على دعويتين¹ الأولى تهم معاينة الشرط الفاسخ والثانية تتعلق بالصلح وقد تم إلغاؤها، فإن قانون 49.16 منح لقاضي المستعجلات صلاحية حماية مصالح المكثري من الإضرار بها حين الإفراغ² من خلال تحديده للتعويض الاحتياطي الذي يستحقه في حالة عدم التزام المكري بإرجاع المحل للمكثري من أجل استئناف ممارسة أنشطته التجارية أو الصناعية أو الحرفية، وبناءً عليه فإن من بين اختصاصات المخولة لرئيس المحكمة باعتباره قاضي المستعجلات ما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة 13 من قانون 49.16 من تحديد للتعويض الاحتياطي المستحق للمكثري بسبب حرمانه من حق الرجوع³، وهذه الإمكانية تتحقق في حالتين

1- أمر استعجالي لم يكن هناك أي مقتضى قانوني يمنح لقاضي المستعجلات صلاحية البت في التعويض في ظهير 24 ماي 1955 بحيث جاء في أمر استعجالي صادر عن قاضي المستعجلات بالمحكمة التجارية بالرباط تحت رقم 811 بتاريخ 2016/07/25 في ملف رقم 2016/8101/578 غير منشور "وحيث إن طلب الحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق يخرج عن نطاق قاضي المستعجلات مما يتعين معه عدم الاختصاص في هذا الشق".

2- إما بسبب الهدم أو إعادة بناء البنائيات الأيلة للسقوط أو بسبب رغبة المكري في توسعة وتعليبة المحل.
3- من بين اختصاصات رئيس المحكمة باعتباره قاضي المستعجلات ما جاء به المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 13 من قانون 49.16 من تحديد للتعويض الاحتياطي المستحق للمكثري بسبب حرمانه من حق الرجوع حيث جاء فيها "يختص رئيس المحكمة، بصفته قاضياً للأمر المستعجلة،...بتحديد تعويض احتياطي كامل وفق مقتضيات المادة 7 أعلاه، بطلب من المكثري، يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع".

أولهما الإفراغ بسبب رغبة المالك توسيع أو تعليية البناية، وكان ذلك لا يتأتى إلا بإفراغ المحل أو المحلات المكراة، وثانيهما الإفراغ بسبب كون البناية التي يستغلها المكثري لممارسة الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية آيلة للسقوط دون منح المكثري حق الرجوع إلى المحل المفرغ منه لهذه التوسعة أو التعلية¹، ويحدد القاضي هذا التعويض² من خلال ما لحق المكثري من أضرار بسبب الإفراغ ويشمل هذا التعويض قيمة الأصل التجاري التي تحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة بالإضافة إلى ما أنفقه المكثري من تحسينات وإصلاحات وما فقده من عناصر الأصل التجاري كما يشمل مصاريف الانتقال من المحل غير أنه يمكن للمكثري أن يثبت الضرر الذي لحق المكثري أدنى من القيمة المذكورة مع الإشارة إلى أنه يعتبر باطلا كل شرط أو اتفاق من شأنه حرمان المكثري من حقه في التعويض عن إنهاء الكراء³ وهذا ما تم تأكيده من خلال قاعدة لحكم المحكمة التجارية بالرباط إذ جاء فيها " أن المادة السابعة من قانون رقم 49.16 تنص بصفة صريحة

1- فبخصوص الحالة الأولى نص المشرع في المادة 9 من قانون 49.16 على أنه "يحق للمكثري المطالبة بالإفراغ لرغبته في هدم المحل وإعادة بناءه... مع الاحتفاظ له المكثري بحق الرجوع إذا اشتملت البناية الجديدة على محلات معدة لممارسة نشاط مماثل..."

تحدد المحكمة تعويضا احتياطيا كاملا وفق المادة 7 أعلاه بطلب من المكثري، يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع"

وبخصوص الحالة الثانية جاء في المادة 13 من نفس القانون " مع مراعاة التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري، ويحق للمكثري المطالبة بالإفراغ إذا كان المحل آيلا للسقوط... يختص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة... وبتحديد تعويض احتياطي كامل وفق المادة 7 أعلاه، بطلب من المكثري يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع".

2- تنص المادة 7 من قانون 49.16 على " يستحق المكثري تعويضا عن إنهاء عقد الكراء مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون.

يعادل التعويض مالحق المكثري من ضرر ناجم عن الإفراغ. يشمل هذا التعويض قيمة الأصل التجاري التي تحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة بالإضافة إلى ما أنفقه المكثري من تحسينات وإصلاحات وما فقده من عناصر الأصل التجاري، كما يشمل مصاريف الانتقال من المحل.

غير أنه يمكن للمكثري أن يثبت أن الضرر الذي لحق المكثري أخف من القيمة المذكورة. يعتبر باطلا كل شرط أو اتفاق من شأنه حرمان المكثري من حقه في التعويض عن إنهاء الكراء. في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 4 أعلاه، لا يمكن أن يقل التعويض عن الإفراغ عن المبلغ المدفوع مقابل الحق في الكراء".

3- ياسر الزتوني اختصاص قاضي المستعجلات في ظل قانون رقم 49.16 مقال منشور بمجلة الارشاد القانوني عدد مزدوج الرابع والخامس يونيو 2018 مطبعة النجاح الجديدة (CTP)-الدار البيضاء سنة 2018 ص 312.

على بطلان كل شرط أو اتفاق من شأنه حرمان المكتري من حقه في التعويض في إنهاء العقد مما يكون معه طلب الإفراغ المؤسس على انتهاء المدة غير مؤسس¹.

وبالرغم من كون قانون 49.16 وضع معايير موضوعية لتحديد التعويض الذي يستحقه المكتري عن إنهاء عقد الكراء، واعتمد في ذلك على التصريحات الضريبية كمحدد لقيمة الأصل التجاري الواجب التعويض عنها إلا أن ما يمكن ملاحظته بخصوص المادة 7 التي تتحدث عن تعويض قيمة الأصل التجاري لا تنسجم مع توجه المشرع نحو توسيع نطاق تطبيق قانون الكراء التجاري الذي أصبح يشمل بموجب مادته الأولى فئات لا تمارس أنشطة تجارية كمؤسسات التعليم الخصوصي والتعاونيات والمؤسسات الطبية التي لا تكتسب أصولاً تجارية نظراً للصبغة المدنية التي تطبع عملها، أضف إلى ذلك أن المشرع اعتمد التصريحات الضريبية كمحدد لاحتساب قيمة التعويض، ولم يبين الحل في الحالة التي لا يمتلك فيها المكتري التصريحات الضريبية، أو يمتلكها بشكل غير منتظم، كما أنه اعتمد على التصريحات للسنوات الأربع الأخيرة، فما العمل في الحالة التي يكتسب فيها المكتري الحق في الكراء ويتم إنهاء العقد قبل مرور مدة أربع سنوات؟

وسيصطدم التنصيص على هذا المقتضى بواقع التهرب الضريبي وإحجام التجار عن التقدم بتصريحاتهم الضريبية وتهربهم من الإقرار بأرباحهم التجارية، لذلك يمكن القول أن هذا النص لا ينسجم مع الواقع بل متقدم عليه، إذ يجب على المشرع أن يوفر شروط تطبيقه قبل أن يبدأ العمل به.

وتبعاً لذلك فإن المشرع عندما اعتمد التصريحات الضريبية كأساس للتعويض عن الإنهاء يكون قد شجع التجار على تقديم تصريحاتهم لإدارة الضرائب، فالذين أقرروا بتصريحات كاذبة أو ناقصة سيتضررون من عملهم هذا وقت الإفراغ، أما في الحالة التي تكون فيها تصريحاتهم حقيقية فيكون التعويض عن الأصول التجارية شاملاً لقيمة الضرر الحاصل لهم.

ويبقى التساؤل المطروح ما العمل في الحالة التي لا يتقدم فيها المكتري بتصريحات ضريبية أصلاً؟ وهي حالة غير مستبعدة الوقوع في ظل تفشي ظاهرة التهرب الضريبي بالمغرب؟

1- حكم المحكمة التجارية بالرباط رقم: 1199 المؤرخ في 2017/04/03 ملف عدد 3282/8206/2016 حكم منشور في كتاب جواد الرفاعي " الكراء التجاري بين الثابت والمتغير في ضوء القانون 49.16 الطبعة الأولى منشورات مكتبة الرشاد-سطات مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء سنة 2018.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع قد حصر اختصاص قاضي المستعجلات في تحديد قيمة التعويض في الحالات المحددة حصراً لإعادة التوازن العقدي بين المكري والمكثري، وتصحيح الاختلالات التي أفرزتها عقود الممارسة التعاقدية وما نتج عنها من منازعات في ظل أحكام ظهير 24 ماي 1955. الأمر الذي يحتم علينا التساؤل عن ماهية اختصاصات القضاء الاستعجالي في قانون الكراء التجاري 49.16؟

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الاستعجالي في قانون الكراء التجاري 49.16 كأداة فعالة لتحقيق العدالة العقدية

إسوة بالتشريعات الحديثة في ميدان التجارة و الأعمال¹، عمد المشرع في قانون 49.16 إلى تعزيز اختصاصات القضاء الاستعجالي في البت في بعض الطلبات والمنازعات التي نص عليها ضمن مقتضياته سواء بصفته تلك، أو بصفته قاضياً للأمر المستعجلة وهي اختصاصات تخرج عن ما هو مألوف من صلاحيات رئيس المحكمة في القواعد العامة طبقاً للفصلين 148 و 149 من ق.م.م وتأسس للاختصاص موضوعي لهاته المؤسسة القضائية وتتجلى أهمها في البت في دعوى الإفراغ ومنح الإذن بممارسة أنشطة أخرى (الفقرة الأولى) والبت في دعاوى استرجاع العقارات أو المحلات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: البت في دعاوى الإفراغ ومنح الإذن بممارسة أنشطة أخرى

إذا كان ظهير 24 ماي 1955 حصر تدخل القاضي الاستعجالي في حالتين الأولى باعتبار قاضياً للصالح في الفصل 27 والثانية قاضياً لمعاينة الشرط الفاسخ فإن قانون 49.16 وضع حالات تدخل رئيس المحكمة التجارية واعتبرها حالات مستعجلة تقتضي البت فيه على وجه الاستعجال دون تأخير، وذلك إما بسبب الحاجة إلى إفراغ محل كونه ايلاً للسقوط (أولاً) أو منح الإذن بممارسة أنشطة مكملة أو مرتبطة أو مختلفة (ثانياً) والتي دأب العمل القضائي على منحها لقضاة الموضوع رغم عدم وجود نص تشريعي إذ كان هذا الأخير يستند على البعض من فصول قانون الالتزامات والعقود إلا أن قانون 49.16 ملاً هذا الفراغ وسد النقص سواء من حيث الموضوع أو المسطرة أو الشروط.

1- على سبيل المثال اختصاصات رئيس المحكمة طبقاً للمواد 157، 116، 115، 36، من القانون 17.95 المتعلق بقانون شركات المساهمة، وفي المادة 203 من القانون 97/17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

أولاً: البت في دعوى إفراغ المحلات الآيلة للسقوط

مما لا شك فيه أن المشرع المغربي تطرق للمباني الآيلة للسقوط في القانون 194.12 من خلال المادة 2 منه² إلا أنه عالج مختلف الأحكام والآثار الخاصة بدعوى إفراغها في المادة 13³ من قانون 49.16 والتي أسندت بمقتضى الفقرة الخامسة منها الى رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة أمر البت في دعوى إفراغها تأكيدا منه للاختصاص الذي كان ينعقد لرئيس المحكمة في إطار الفصل 149 من ق.م.م والذي كان مؤطر بوجود خطر محقق قد يلحق بالحق المراد المحافظة عليه بواسطة إجراءات سريعة جدا لا تتوفر في التقاضي العادي، وسعيها منه للحفاظ على توازن العلاقة الكرائية بين المكري والمكثري خول المشرع لهذا الأخير أيضا الحق في اللجوء لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة من أجل تحديد تعويض احتياطي كامل وفقا لمقتضيات المادة 7 في حالة حرمانه من حق الرجوع.

إلا أن الإشكال المطروح يتعلق أساسا بمدى إمكانية تقديم طلب الإفراغ من طرف المكري دون سلوك المسطرة المنصوص عليها في قانون 94.12 بصيغة أخرى هل المكري ملزم باتباع مقتضيات القانون المذكور للإفراغ المكثري من المحل الآيل للسقوط قبل الالتجاء إلى رئيس المحكمة التجارية أم بإمكانه اللجوء مباشرة إلى هذا الأخير دون الالتزام بمقتضيات القانون السالف الذكر؟ وهل يتوجب على المكري إرفاق الطلب بالإفراغ بما يثبت أن المحل آيل للسقوط من طرف السلطات المختصة، أم أنه يكفي إثبات ذلك عن طريق معاينة قضائية أو خبرة تقنية؟ بالرجوع إلى التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط نجد أن المشرع قد ألزم المالك بالقيام بأشغال الترميم والإصلاح داخل الأجل المحدد من طرف الإدارة تحت طائلة الجزاء الجنائي، مع استمرار عقد الكراء في ترتيب آثاره طيلة مدة الإصلاح، باستثناء مسألة توقف المكثري عن أداء واجبات الكراء ابتداء من اليوم الأول من

1- القانون رقم 94.12 المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضاري الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.48 الصادر في 19 رجب (27 أبريل) ج.ر.ع 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016) ص 3772.

2- تنص المادة 2 من قانون 94.12 على "يراد بالمبنى الآيل للسقوط كل بناية أو منشأة كيفما كان نوعها يمكن لانهداها الكلي أو الجزئي، أن يترتب عنه سلامة شاغبيها أو مستعمليها أو المارة أو البنايات المجاورة وإن كانت غير متصلة".

3- تنص المادة 13 من قانون 49.16 على "مع مراعاة التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري، يحق للمكري المطالبة بالإفراغ إذا كان المحل آيلا للسقوط...."

الشهر الذي يلي تبليغ القرار إلى غاية اليوم الأول من الشهر الذي يلي تاريخ نهاية الأشغال، ولم يعط للمكري الحق في المطالبة بفسخ عقد الكراء دون تعويض إلا في الحالة التي تستوجب فيها وضعية المحل هدمه، في أن المشرع في قانون 49.16 ميز بين حالة هدم المحل وبين إصلاحه¹ ومع ذلك نعتقد بأن الطبيعة الاستعجالية التي تشكلها المحلات الآيلة للسقوط قد تغني المكري عن اللجوء إلى مقتضيات قانون 94.12 أي أنه بإمكان هذا الأخير أن يثبت أن المحل قد يشكل خطرا على مستعمليه، وذلك بواسطة خبرة تقنية². وتجدر الإشارة إلى أن مكري المحل الآيل للسقوط ملزم بتوجه إنذار بالإفراغ إلى المكثري يحدد أجله في 15 يوما قبل تقديم طلب الإفراغ إلى رئيس المحكمة التجارية بصفته الجهة المختصة طبقا لمقتضيات المادة 26 من قانون 49.16 للبت في مثل هاته الدعاوى إلا أن المادة 4³ من قانون 94.12 قد جاءت بمقتضيات مخالفة حيث أسندت النظر في دعاوى إفراغ المحل الآيل للسقوط إلى المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة الموضوع، دون رئيسها مما يوحي بأن هناك نوع من تنازع الاختصاص بين كل من رئيس المحكمة التجارية، والمحكمة الابتدائية بشأن قضايا إفراغ المحلات الآيلة للسقوط، كما أنها قد حرمت المكثري أيضا من التعويض عن الإفراغ في حالة ترميم المحل أو إصلاحه، وخولت له فقط حق الأسبقية في الرجوع إلى المحل وأداء وجيبة كرائية جديدة، كما جاء في الفقرة الأخيرة منها التي نصت على أنه " تعطى الأسبقية للمكثري في أن يرجع إلى المبنى المكثري بعد إصلاحه أو ترميمه أو إعادة بنائه، وفي هذه الحالة تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة، جميع الصوائر التي تم صرفها لتدعيم وصيانة المبنى الآيل للسقوط أو إعادة بنائه." وبناء عليه فإن حرمان المكثري من حقه في التعويض

1- محمد معروف اختصاصات رئيس المحكمة التجارية في إطار قانون الكراء التجاري 49.16 رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال كلية بجامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية مراكش السنة الجامعية 2017/2018 ص 11.

2- مصطفى بونجة" الدليل العملي لدعاوى إفراغ المحلات التجارية والصناعية والحرفية الطبعة الأولى منشورات المركز المغربي للتحكيم ومنازعات الأعمال مطبعة ليتوغراف-طنجة سنة 2018 ص 158.

3- تنص المادة 4 من قانون 94.12 على أنه عندما تكون البناية آيلة للسقوط يتعين أن يقوم المالك أو المستغل بالتدابير الضرورية والاستعجالية لدفع الخطر في هذا الشأن ويتعين عليه تجديدها وصيانتها وإعادة تأهيلها بما يضمن متانتها وكذا سلامة الحوار.

إذا كان المبنى آيل للسقوط مكثري ويستوجب الهدم استنادا على قرار صادر عن رئيس المجلس الجماعي يمكن وعلى الرغم من كل مقتضى مخالف لمالك البناء أن يطلب من المحكمة الابتدائية الموجودة في نفوذها الترابي المذكور فسخ عقد الكراء وإفراغ المكثري أو من يقوم مقامه دون تعويض. يكون الحكم بالإفراغ مشمولاً بالنفذ المعجل".

وربطه بحالة الهدم فقط وفقا لقانون 94.12 يعد إجحافا كبيرا وهدم صارخ لحقوقه الشيء الذي دعا بعض الفقه¹ الى تبني القاعدة القاضية بكون النص اللاحق يجب أن ينسخ النص السابق، كإجابة على التعارض القائم بين مقتضيات القانون 94.12 و القانون 49.16، ليتم الإعمال بقواعد هذا الأخير وتعطيل قواعد قانون 94.12. وما يمكن أن يلاحظ في هذا الإطار بأن المشرع أغفل الإشارة في قانون 49.16 الى التعويض المؤقت عن إفراغ المكثري من المحل الأيل للسقوط، كما فعل في الإفراغ خاصة في الحالة التي يعرب فيها عن رغبته في الرجوع بشرط أن يثبت أن إعلان المحل للسقوط لم يكن بسبب إهماله أو تقصيره.

ثانيا: منح الإذن بممارسة أنشطة مكملة أو مرتبطة أو مختلفة

لقد خول المشرع المغربي من خلال قانون 49.16 إلى رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمور المستعجلة مهمة السماح للمكثري بممارسة نشاط أو أنشطة جديدة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي²، وبالرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة لهاته الحالة نجد بأن المشرع قد قرن مسألة الاستجابة للطلبات المرفوعة بشأنها من قبل رئيس المحكمة التجارية بمجموعة من الشروط نصت عليها المادة 22 من قانون 49.16³ والتي غالبا ما لا يتم اللجوء إليها إلا بعد عدم حصول

1- مصطفى بونجة الدليل العملي لدعاوي إفراغ المحلات التجارية و....م.س ص 160.
2- لقد استعمل المشرع في قانون 49.16 مصطلح جديد "النشاط الجديد" الوارد في المادة 22 منه، وبالتالي يكون قد تجاوز مصطلح "تغيير النشاط" الذي خلف نوعا من عدم الفهم في إطار ظهير 24 ماي 1955، فكان يعتقد بأن تغيير النشاط لا يعني بالضرورة تغيير معالم المحل المكثري ولذلك أتى المشرع بمصطلح جديد أضافه الى عنوان الباب السابع من نفس القانون وهو مصطلح "الأنشطة.. المختلفة" الذي قد يطرح التساؤل بشأن المقصود منه، وما إذا كان مرادفا لتغيير النشاط مثلا؟، وإن كان هذا هو الرأي الأقرب إلى الصواب خاصة وأنه يتماشى مع مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 22 مما سيفسح المجال أمام السلطة التقديرية للقضاء بما فيه رئيس المحكمة التجارية من أجل تبيان المقصود من النشاط المكمل أو المرتبط أو المختلف.

3- تنص المادة 22 من قانون 49.16 على أنه " يمكن السماح للمكثري بممارسة نشاط أو أنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي، متى كانت هذه الأنشطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية، وليس من شأنها التأثير على سلامتها. وفي هذه الحالة يجب على المكثري أن يوجه طلبه للمكثري يتضمن الإشارة الى الأنشطة التي يريد ممارستها.

يجب على المكثري إشعار المكثري بموقفه بخصوص هذا الطلب داخل أجل شهرين من تاريخ التوصل، وإلا اعتبر موافقا على الطلب، وفي حالة الرفض يمكن للمكثري اللجوء الى رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمور المستعجلة للإذن له بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة.

لا يجوز للمكثري ممارسة نشاط بالمحل المكثري، مختلف عما تم لاتفاق عليه في عقد كراء، إلا إذا وافق المكثري كتابة على ذلك."

توافق بين المكري والمكثري، والغاية من إسناد الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة في مثل هاته الدعاوى، هو كون الرغبة في ممارسة بعض الأنشطة المكتملة أو المرتبطة أو المختلفة، قد تتطلب وقتا طويلا للاستجابة لها، في حالة ما لو تم إسناد اختصاص النظر فيها إلى محكمة الموضوع، مما سيؤدي إلى تعطل نشاط المكثري وصعوبة استغلاله لأصله التجاري بكيفية أمثل. وعليه يتعين على المكثري للحصول على الإذن لممارسة أنشطة مكتملة أو مرتبطة أن يحترم بعض الشروط والإجراءات وهي كالاتي:

- أن تكون الأنشطة مكتملة أو مرتبطة¹.
- أن تكون الأنشطة المكتملة أو المرتبطة غير منافية لغرض وخصائص وموقع البناية، وليس من شأنها التأثير على سلامتها وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بما يلي " لكن حيث أنه لما ثبت لمحكمة الموضوع أن النشاط المحدث من طرف الطالب يضر بالمطلوبة فقضت برفع ضرره، تكون بذلك قد طبقت الفصل 91 من ق.ل.ع تطبيقا سليما ولا يحول دون ذلك وجود إذن سابق به من المطلوبة ما دام قد ثبت لاحقا قيام ضرره، وبذلك يكون القرار فيما انتهى إليه معللا تعليلا سليما وما أثير على غير أساس².
- لا بد من توجيه طلب إلى المكثري يتضمن الأنشطة التي يرغب في ممارستها، ويجب أن يوجه الطلب مكتوبا إلى المكثري وبالتالي فإن جواب هذا الأخير يكون كتابة ما دم أن طلب المكثري كان كتابة، لأنه من خلاله يمكن إثبات رفض المكثري طلب المكثري الذي له أن يلجأ في حالة الرفض إلى رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة للإذن له بممارسة النشاط المكمل أو المرتبط .

1- قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته بأنه " لكن حيث أن محكمة الإستئناف كمحكمة موضوع قدرت الوقائع و الحجج المعروضة عليها واستخلصت أن النشاط التجاري الذي أصبحت تزاوله المطلوبة في النقض كمكثرية بالعين المكراة هو البيع والشراء في أدوات المكتب له علاقة بالنشاط التجاري السابق وهو عمل المطبعة، واعتبرت أن التغيير الذي حصل في النشاط الممارس بالمحل ليس تغييرا بالمفهوم الذي يؤدي إلى فسخ عقد الكراء وإنهائه، وانتهت إلى القول بأن السبب الذي بني عليه الإنذار غير جدي وأيدت الحكم المستأنف الذي قضى ببطلانه وفي ذلك رد ضمنى لما أثارته الطاعنة من دفوع ولم تكن ملزمة بمناقشة الاجتهادات المستدل بها والإشارة إلى المقترضات القانونية طالما أن قضائها صدر وفقا للقانون فجاء القرار على هذا النحو معللا بما فيه الكفاية ومركزا على أساس وكان ما بالوسيلتين غير جدير بالاعتبار ' قرار صادر عن محكمة النقض عدد: 1131 المؤرخ في 2011/09/22 في الملف التجاري عدد 1603/2/201 أشار إليه مصطفى بونجة.م.س ص 99 و 100.

2- قرار رقم 5/747 أشار إليه محمد معروف م.س ص 78.

- منح المكري أجل شهرين لإبداء موقفه وعدم التعبير عن موقفه يعتبر بمثابة موافقته على طلب المكثري بشكل ضمني، يمكن على إثرها أن يباشر هذا الأخير الأنشطة المكتملة أو المرتبطة، ، فقيام المكثري بتغيير النشاط التجاري دون موافقة المكري يعد نوعاً من إساءة استعمال العين المكتراة وخروجاً عن قواعد الفصل 663¹ من ق.ل.ع إلا إذا عبر المكثري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل أجل ثلاثة أشهر حسب ما هو منصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 8² من قانون 49.16 التي اعتبرت بأن تغيير النشاط دون موافقة المالك جزاؤه الإفراغ دون تعويض.

وبناء عليه يمكن القول بأن قاضي المستعجلات لا يملك صلاحية منح الإذن بممارسة أنشطة مختلفة عما تم الاتفاق، وقد جاء في هذا الصدد حكم صدر عن المحكمة التجارية بفاس " خلو الملف مما يثبت اتفاق الطرفين على النشاط المراد مزاولته في المحل المكثري يبرر رفض الطلب الرامي إلى الإفراغ بسبب تغيير النشاط المزاول بالمحل من بيع المواد الغذائية إلى بيع السفينة.

إضافة حاجز خشبي بالمحل هي تغييرات طفيفة تستلزمها طبيعة النشاط المزاول بالمحل وغير موجبة للإفراغ لإحداث تغييرات بالمحل دون علم المكري طبقاً للمادة 24 من القانون رقم 49.16³، وعليه في عقد الكراء، وإنما هي صلاحية بيد المكري له أن يوافق من عدمه و الموافقة هذه يجب أن تكون كتابية، وإن تم اللجوء لقاضي المستعجلات من أجل الحصول على الإذن هذا فعليه أن يحكم بعدم الاختصاص، لكن الإشكال المطروح في هذا الصدد يتجلى في ما العمل حين تكون مقتضيات عقد الكراء الرابطة بين المكري والمكثري غامضة أو مبهمة أو تكون

1- ينص الفصل 663 من قانون الالتزامات والعقود على أنه " يتحمل المكثري بالتزامين أساسيين: أ- أن يدفع الكراء.

ب- أن يحافظ على الشيء المكثري وأن يستعمله بدون إفراط أو إساءة وفقاً لإعداده الطبيعي أو لما خصص له بمقتضى العقد."

2- تنص المادة 8 من قانون 49.16 على أنه "لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكثري مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:..... 2. إذا أحدث المكثري تغييراً بالمحل دون موافقة المكري بشكل يضر بالبنية ويؤثر على سلامة البناء أو يرفع من احتمالاته، ما عدا إذا عبر المكثري عن نيته في إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه داخل الأجل الممنوح له في الإنذار على أن تتم الأشغال من أجل ذلك، في جميع الأحوال داخل أجل إلا يتعدى ثلاثة أشهر."

3- حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2017/07/10 في ملف عدد 194-8207-2017. حكم منشور بمجلة الإرشاد القانوني م.س ص 468.

مقتضياته لا تفيد المنع ولا الجواز للممارسة النشاط الجديد أو المرتبط أو المختلف فهل يتحول رئيس المحكمة التجارية إلى مفسر لمقتضيات العقد؟

في هذه الحالة فإن عرض طلب المكثري يكون مقترنا بضرورة تفسير العقد لحصوله على الإذن بممارسته لنشاطه التجاري الجديد أو المرتبط أو المختلف مما يخول لنا القول بأن الاختصاص في منح الإذن أو رفض طلب تغيير النشاط التجاري المقدم من طرف المكثري سبق من اختصاص قضاء الموضوع رغم إسناد ذلك إلى السيد رئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة.

من خلال ما سبق يتبين بأن قانون 49.16 حاول أن يجسد التوازن العقدي بين المكثري والمكثري في هذه الحالة، عندما سمح للمكثري الذي يرغب في ممارسة نشاط أو أنشطة مكملة أو مرتبطة بالنشاط الأصلي بتوجه طلب مكتوب إلى المكثري يتضمن النشاط الذي يريد ممارسته ويجب على المكثري إشعار المكثري بخصوص طلبه داخل أجل شهرين كما سلف الذكر، وفي حالة إعرابه على رفضه للطلب، فيحق للمكثري أن يلجأ إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة من أجل منحه الإذن بممارسة النشاط أو الأنشطة الجديدة، مع تمكين المكثري من حقه في المطالبة بتجديد وجيبة كرائية جديدة يسري مفعولها من تاريخ الطلب¹ ولا تخضع للمراجعة العادية المحددة وفق القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، ويلاحظ في هذا الصدد بأن قانون 49.16 قد أباح للجهة القضائية التدخل في حرية التعاقد بإضافة شرط لم يتم الاتفاق عليه في عقد الكراء مخالفا بذلك مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

الفقرة الثانية: البت في دعوى استرجاع العقارات أو المحلات التجارية

لقد خول قانون رقم 49.16 للمكثري الحق في اللجوء إلى القضاء الاستعجالي قصد استرجاع حيازة محله المهجور أو المغلق وفقا لمسطرة خاصة مستنبطة من القواعد العامة لقانون المسطرة المدنية و قانون الالتزامات و العقود متجاوزا بذلك الفراغ التشريعي والسلبيات التي كانت تعرفها هذه المسطرة خصوصا على مستوى

¹- بالرجوع إلى المادة 23 من قانون 49.16 نجدها تتحدث عن "تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة" وليس عن "الزيادة في الوجيبة القضائية" مما يفيد بأن تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة تكون حياذا عن مقتضيات المادة 5 من نفس القانون وبالتالي خارج إطار القانون رقم 07.03 المتعلق بمراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي. انظر مصطفى بونجة م.س ص

الاختصاص(أولا) وبالمقابل أبقى قانون 49.16 على مسطرة الشرط الفاسخ التي كان ينظمها ظهير 24 ماي 1955 شريطة أن يكون عقد الكراء قد تضمن صراحة هذا الشرط، إلا أنه أعاد تنظيمها(ثانيا).

أولا: استرجاع حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة

عالج المشرع المغربي حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة في المادة 32¹ من قانون رقم 49.16 وقسمها إلى شقين الأول منهما يتعلق باسترجاع المحل من طرف المكري والثاني يتعلق بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه مبينا شروط وآثار كل منهما، بحيث نظم بتفصيل الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور المستعجلة ومسطرته إذ عمد على تكريس العمل القضائي بهذا الشأن².

ويتضح من خلال قراءة مقتضيات المادة 32 المذكورة أعلاه أن مجال تدخل رئيس المحكمة التجارية، يبتدئ من وقت تقديم طلب من طرف المكري لينتهي بصور أمر منه يقضي بفتح المحل، إذ يمكن للمكري في حالة توقف المكثري عن أداء الكراء وهجره للمحل المكثري إلى وجهة مجهولة لمدة ستة أشهر أن يطلب من رئيس المحكمة، بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، إصدار أمر بفتح المحل والإذن له باسترجاع حيازته وجاء في أمر استعجالي صادر عن نائبة رئيس المحكمة التجارية بمراكش "إن المادة 32 من قانون 49.16 تمنح صراحة الاختصاص لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة للأمر بفتح المحل المهجور أو المغلق والإذن للمكثري باسترجاع حيازته"³، ويجب أن يكون الطلب المشار إليه أعلاه معززا بعقد الكراء، وبمحضر معاينة واقعة الإغلاق أو الهجر مع تحديد المدة، وبإنداز موجه للمكثري لأداء واجبات الكراء ولو تعذر تبليغه، وعليه يأمر رئيس المحكمة فورا بإجراء بحث للتأكد من واقعة الإغلاق أو الهجر، ويصدر رئيس المحكمة، بناء على الوثائق المدلى بها، أمرا بفتح المحل واسترجاع حيازته وينفذ هذا الأمر على الأصل⁴.

1- انظر المادة 32 من قانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

2- جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 31 غشت 2016 " حيث إن إغلاق المحل يشكل إضرارا به وبماله يبرر تدخل قاضي المستعجلات لوضع حد له طبقا للمادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية." أمر استعجالي رقم 940 مؤرخ في 31 غشت 2016 في ملف رقم 2016/8101/375 غير منشور أشار إليه عبد الرحمان الشراوي م.س ص 34.

3- أمر استعجالي رقم 966 صدر عن نائبة رئيس المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2017/11/21 في ملف رقم 2017/8101/734 أشار إليه جواد الرفاعي م.س 260.

4- ياسر الزيتوني م.س 316 و ص 317.

انطلاقاً من مقتضيات المادة 32 يمكن القول بأن اختصاص رئيس المحكمة بصفته قاضياً للأمر المستعجلة مرتبط بتوفر مجموعة من الشروط:

- توقف المكثري عن أداء الكراء
- هجره للمحل المكثري إلى وجهة مجهولة أو إغلاقه لمدة ستة أشهر
- توجيه إنذار إلى المكثري لأداء واجبات الكراء ولو تعذر تبليغه، وقد جاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش "حيث ثبت من الاطلاع على وثائق الملف أن المدعين وجهوا إنذاراً بالأداء للمدعى عليه رجع تبليغه بتاريخ 2016/05/05 بملاحظة أنه لا يوجد بالعنوان،.... وتطبيقاً للمادة 32 من القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، وتبعاً لذلك يكون الطلب مبرراً ويتعين الاستجابة له"¹
- توجيه طلب إلى رئيس المحكمة بصفته قاضياً للمستعجلات.
- أن يكون الطلب المشار إليه أعلاه معزواً بعقد الكراء، وبمحضر معاينة واقعة الإغلاق أو الهجر مع تحديد المدة.

- يأمر رئيس المحكمة فوراً بإجراء بحث² للتأكد من واقعة الإغلاق أو الهجر وفي هذا الصدد جاء أمر استعجالي رقم 269 صادر عن نائبة رئيس المحكمة التجارية بمراكش "لما ثبت من خلال البحث المنجز من طرف الدرك الملكي أن المحل مغلق منذ خمس سنوات، فإن واقعة إغلاق وهجره لمدة تفوق ستة أشهر ثابتة في النازلة وذلك طبقاً للمادة 32 من القانون رقم 49.16..."³

¹- أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش رقم 99 صادر بتاريخ 2018/02/06 في الملف رقم 2018/8101/731 (غير منشور).

²- وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يحدد كيفية إجراء البحث للتحقق من واقعة الإغلاق أو الهجر، وكذا لم يحدد الجهة التي يوكل لها به، لأنه كان بالإمكان الاكتفاء في إجراء البحث بالاستعانة بأعوان كتابة الضبط، أو بواسطة عون قضائي، دون اللجوء إلى جهة خارج الجهاز القضائي، كالبحث الذي تأمر بإجرائه بعض الجهات القضائية عن طريق الشرطة الذي لا يضيف البحث الذي تجريه هذه الجهة أي شئ جديد بخصوص إغلاق المحل وهجره يمكن اعتماده لهذه الغاية، بالإضافة لما فيه من مضية للوقت والجهد، لمجرد التأكد من واقعة الإغلاق يراجع بهذا الصدد عبد الرحيم بن بركة "القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي" دراسة تحليلية" مطبعة دار القلم-الرباط طبعة 2017.

³- أمر استعجالي رقم 269 صدر عن نائبة رئيس المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2018/04/03 في ملف رقم 2018/8101/150 أشار إليه جواد الرفاعي م.س ص 263.

بالرغم من كون الشروط السالفة الذكر تبدو في ظاهرها شروطا منطقية، إلا أن التساؤل الذي يطرح بشأنها هو المتمثل في إذا كان من الضروري توفرها جميعا حتى يتمكن قبول طلب فتح المحل واسترجاع حيازته والاستجابة له حتى وإن توفر بعضها دون البعض الآخر؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد لنا من التمييز بين الشروط الموضوعية المتطلبة لرفع الدعوى وشروطها الشكلية، والمتمثلة في الوثائق التي يجب إرفاقها بالطلب. ففي ما يخص الشروط الموضوعية، فإن الواضح بأنه من الضروري أن تتوفر مجتمعة كي يمكن الاستجابة لما جاء في الطلب، ودليلنا على ذلك¹، ما جاء في أحد الأوامر الاستعجالية "حيث نصت المادة 32 قانون 49.16... على أنه يجب على المكري أن يدلي الى جانب الوثائق الأخرى، بإنذار موجه للمكثري لأداء واجبات الكراء ولو تعذر تبليغه، وأمام عدم إدلاء المدعية بالإنذار المذكور فإن الطلب يكون معيبا ويتعين بعدم قبوله..."² وبديهي أن تحقق شرط عدم أداء المكثري لواجبات الكراء، دون هجره للمحل المكثري لستة أشهر، لا يسمح للمكري بسلوك دعوى فتح المحل المهجور، وإنما يحق له المطالبة بإنهاء عقد الكراء إن توافرت الشروط المنصوص عليها في البند السابع من المادة 8 من قانون 49.16، أما حالة أداء المكثري لواجبات الكراء مع هجره للمحل المكثري لمدة ستة أشهر، فهو يؤدي إلى رفع دعوى فسخ عقد الكراء طبقا للقواعد المنصوص عليها في الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود، دون دعوى فتح المحل المهجور واسترجاع حيازته³.

وتجدر الإشارة إلى أن المكثري إذا ظهر أثناء مباشرة عملية الاسترجاع، فإن هذه الإجراءات تتوقف بشكل مباشر مع منح الرئيس المحكمة في هذه الحالة، سلطة أن يحدد للمكثري أجلا لا يتعدى خمسة عشرة يوما لتسوية مخلف الكراء من عدمه، أما إذا ظهر المكثري بعد تنفيذ الأمر القضائي باسترجاع الحيازة، يختص رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وفي هذا الصدد جاء في أمر صادر عن المحكمة التجارية بمراكش "حيث تبين من الرجوع

1- إن المشرع المغربي قد قام بالجمع بينهما في المادة 32 ب "او" العطف بدل "أو" التخيير، مما يؤكد أن رئيس المحكمة التجارية لا يمكن له الحكم وفق الطلب، إلا إذا تحققت الشروط أعلاه مجتمعة يراجع في هذا الصدد محمد معروف م.س ص 33 و ص 34.

2- أمر استعجالي رقم 1686 الصادر بتاريخ 2017/06/06 في الملف رقم 2017/8101/492، عن المحكمة التجارية بمراكش أمر غير منشور أشار إليه ياسر الزيتوني م.س ص 318.

3- انظر محمد معروف م.س ص 34 و ص 35.

إلى الشق الثاني من المادة 32 من قانون 49.16 المتعلق بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أنه ينص على "إذا ظهر المكثري بعد تنفيذ الأمر القضائي باسترجاع الحيابة ، قبل مرور أجل ستة أشهر من تاريخ التنفيذ الأمر المذكور، أمكن له المطالبة، أمام رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، شريطة إثباته أداء ما بذمته من دين الكراء.."ولما تبين من وثائق الملف أن تنفيذ الأمر بفتح المحل لفائدة المدعى عليهما تم بتاريخ 2018/03/22 في إطار الملف التنفيذي...أي منذ أقل من ستة أشهر، وتبين أن المدعي قام بإيداع واجبات الكراء المستحقة للمدعى عليهما في فاتح يناير 2017 إلى غاية متم شهر دجنبر 2018 في إطار الملفين التنفيذيين...فإن الشروط التي حددتها المادة 32 المشار إليها أعلاه لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تكون قائمة في النازلة.."¹

بالرغم من كون قانون رقم 49.16 حاول خلق نوع من التوازن العقدي بين المكري والمكثري في دعوى استرجاع حيابة المحلات المهجورة أو المغلقة، من خلال تمكين المكري من تقديم طلب لاسترجاع محله المهجور أو المغلق وفقا للشروط والإجراءات السالفة الذكر، كما خول في المقابل للمكثري المطالبة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه شريطة إثباته أداء ما بذمته من دين الكراء، إلا أنه سكت عن الحالة التي يكون فيها الإغلاق خارج عن إرادة المكثري وحذ لو قام المشرع من إعفاء هذا الأخير من ترتيب الأثر القانوني عن الإغلاق متى أثبت أنه لأمر خارج عن إرادته وذلك لخلق نوع من الموازنة بين حقوق والتزامات كل من المكري والمكثري.

ثانيا: استرجاع المحلات التجارية بعد معاينة الشرط الفاسخ

قد ينقضي عقد الكراء بانقضاء مدته طبقا للقواعد العامة وشرط المدة من الشروط الأساسية التي على طرفي العقد احترامها، وعليه فإن للمكري مطالبة المكثري بإفراغ المحل عند نهاية المدة المتفق عليها طبقا للشروط القانونية، كما لا يجب على المكثري إخلاء المحل إلا بعد مرور المدة المتفق عليها في العقد وإلا اعتبر هاجرا له²، ومادام أن المكثري لم يخل بالتزاماته العقدية فإن العقد يبقى ساري المفعول طيلة مدته أما إن كان الأمر بخلاف ذلك أمكن للمكثري اللجوء إلى القضاء للمطالبة

¹- أمر استعجالي رقم 339 صادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش بصفته قاضيا للأمر المستعجلة بتاريخ 2018/04/24 في الملف رقم 2018/8101/281 غير منشور أشار إليه ياسر الزيتوني م.س ص319.

²- أحمد عاصم م.س ص 8.

بفسخ العقد. والفسخ جزاء يترتب على إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته العقدية، يمنح للطرف الآخر الحق باللجوء إلى القضاء للحكم بفسخ العقد، ويلحق العقود الملزمة للجانبين والعقود الممتدة في الزمن، وهو عكس الشرط الفاسخذي كانت الغاية من تنظيمه ترك المشرع المجال للأطراف بالاتفاق على الشروط التي يريدون إدراجها بصلب عقد الكراء مجسداً مبدأ سلطان الإرادة، فبمجرد إخلال المدين بالتزاماته يمكن للدائن اللجوء إلى رئيس المحكمة الذي يقتصر على التثبت من تحقق الشرط الفاسخ وإقراره بتوفر شروطه وآثاره التي قد تختلف أيضاً عن فسخ العقد¹. وعلى خلاف الشرط الفاسخ² المنصوص عليه في القواعد العامة فإن قانون رقم 49.16 نظم الشرط الفاسخ واعتبره كسبب من أسباب الفسخ بموجب المادة 333 منه والتي سمحت بإقحام الشرط الفاسخ ضمن عقد الكراء الرابط بين الطرفين، إلا أنها قيدته في حدود حالة عدم أداء الوجيبة الكرائية دون غيرها، غير أن سريان مفعول هذا الشرط لا ينتج آثاره إلا بعد مضي أجل خمسة عشر يوماً تبتدئ من تاريخ تبليغ الإنذار الذي يوجهه المكري للمكثري ويبقى بدون جواب، وهو ما أكدته رئيس المحكمة التجارية بمراكش في أمر له بتاريخ 26 دجنبر 2017 والذي جاء فيه "حيث ثبت من الاطلاع على المادة 33 من القانون 49.16 أنها تحدد اختصاص قاضي المستعجلات في معاينة الشرط الفاسخ المنصوص عليه في عقد الكراء و الأمر بطرد المكثري بناء على طلب المكري الذي يوجه إنذار بأداء واجبات كراء ثلاثة أشهر يبقى دون جدوى بعد انصرام أجل 15 يوماً من تاريخ التوصل به..."⁴، وبناء عليه فإذا تضمن عقد الكراء شرطاً فاسخاً وجب على المكري سلوك المسطرة الاستعجالية أمام رئيس المحكمة بصفته قاضياً للأمور المستعجلة وذلك لمعاينة تحقق الشرط المذكور، وهذا ما أكدته محكمة النقض بحيث جاء في إحدى قراراتها "أنه يجب على المحكمة أثناء نظرها في الدعوى المقدمة أمامها بناء على تحقق الشرط الفاسخ، أن

1- محمد معروف م.س ص 42.

2- ويعد فسخ عقد الكراء التجاري من الأمور التي عرفت إشكالات نظراً لغموض المواد المنظمة له سواء في ظهير 24 ماي 1955 أو ظهير الالتزامات والعقود وبالتحديد الفصلين 259 و 260 غير أن القانون 49.16 قد نظم الشرط الفاسخ بمقتضيات صريحة ومنح الاختصاص بشأنه لقاضي الأمور المستعجلة.

3- تنص المادة 33 من القانون رقم 49.16 على "في حالة عدم أداء المكثري لواجبات الكراء لمدة ثلاثة أشهر، يجوز للمكري كلما كلما تضمن عقد الكراء شرطاً فاسخاً وبعد توجيه إنذار بالأداء يبقى دون جدوى بعد انصرام أجل 15 يوماً من تاريخ التوصل، أن يتقدم بطلب أمام قاضي الأمور المستعجلة لمعاينة الشرط الفاسخ وإرجاع العقار أو المحل".

4- أمر عدد 1073 صادر بتاريخ 2017/12/26 في الملف رقم 2018/8101/978 (غير منشور).

تناقش ما ورد ببنود العقد للتأكد من وجود شرط فاسخ من عدمه¹، وبالتالي فإنه وبمجرد وجود شرط فاسخ بعقد الكراء فإن الاختصاص يعقد حينها لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، ويصبح العقد مفسوخا بقوة القانون. يتضح من خلال المادة 33 المذكورة أعلاه أن اختصاص قاضي المستعجلات بالبت في طلب استرجاع المحلات التجارية بسبب وجود الشرط الفاسخ، بسبب عدم أداء الوجيبة الكرائية، مرتبط بتحقق مجموعة من الشروط² لقبول طلب الاسترجاع ولثبوت الاختصاص لقاضي المستعجلات وهي:

- عدم أداء المكثري لواجبات الكراء لمدة ثلاثة أشهر
- تضمن عقد الكراء شرطا فاسخا
- توجيه إنذار بالأداء يبقى مفعوله دون جدوى بعد انصرام أجل 15 يوما من تاريخ التوصل.
- تقديم طلب أمام قاضي الأمور المستعجلة.

إلا أن التساؤل المطروح في هذا الصدد يتجلى في حول مدى إمكانية لجوء المكثري إلى القواعد العامة قصد رفع دعوى معاينة الشرط الفاسخ، أم أنه يجب عليه أن يتقيد بما ورد في قانون الكراء التجاري، ولا يجوز له أن يخرج عن مقتضياته؟ إن الجواب عن هذا التساؤل له ارتباط بمجال تطبيق قانون رقم 49.16 باعتباره قانونا خاص خرج به المشرع المغربي عن القواعد العامة الواردة في ق.ل.ع، وذلك أثناء تنظيمه لعقد الكراء التجاري، فالمادة السادسة من نفس القانون نصت على أنه لا ينتهي العمل بعقود كراء المحلات أو العقارات الخاضعة لهذا القانون إلا طبقا للمادة 26 بعده، ويعتبر كل شرط مخالف باطلا، مما يستبان معه أن المشرع استبعد تطبيق القواعد العامة في هذا المجال، وهو نفس الشيء بالنسبة لدعوى الشرط الفاسخ، بحيث أنه إذا تضمن عقد الكراء شرطا فاسخا لعدم أداء

1- قرار عدد 62 صدر بتاريخ 2011/01/13 في ملف تجاري عدد 2010/02/3/1230 قرار غير منشور أشار إليه جواد الرفاعي م.س ص 145.

2- "وقد يثار التساؤل حول حالة تخلف أحد هذه الشروط هل سينزع الاختصاص من رئيس المحكمة باعتباره قاضي المستعجلات، وعلى الخصوص عدم تضمن عقد الكراء شرطا فاسخا إذ أنه وبالرجوع إلى قانون 49.16 نجد أن المشرع لم يكن واضحا بهذا الخصوص وخاصة في مادته 8، وفي هذا الإطار يذهب بعض إلى القول أن عدم الوضوح في إسناد هذا الاختصاص لقاضي الموضوع مقارنة مع جاء بخصوص إسناد الاختصاص للقضاء الاستعجالي لمعاينة الشرط الفاسخ، فإن الاختصاص يعود لقضاء الموضوع للمصادقة على الإنذار بالإفراغ لعدم أداء واجبات الكراء، وهو ما لم يكن المشرع حسب هذا الفقه موقفا فيه، إذ كان يجب إسناد الاختصاص لقاضي المستعجلات لما في ذلك من مزايا وعلى الخصوص إرجاع الثقة بين المكثري والمكثري" ياسر الزيتوني م.س ص 322 و ص 323.

الوجيبة الكرائية، وبما أن قانون رقم 49.16 وما في حكمه قد نظمها تنظيمًا خاصًا، فلا بد من إعمال مقتضياته بحيث لا يسمح للمكري أن يطالب بمعاينة تحقق الشرط الفاسخ على أساس مقتضيات الفصل 260 من ق.ل.ع الذي يقرر أن الفسخ يقع بقوة القانون، وإنما وجب إعمال مقتضيات المادة 33 من قانون رقم 49.16 الذي يعتبر نصًا خاصًا يقدم على النص العام¹. وفي الأخير بقي أن نتساءل هل الحق في فسخ عقد الكراء يعني إعفاء المكري من إخبار الدائنين المقيدين على السجل التجاري وفق ما حددته المادة 29 من قانون 49.16؟ أو أن مقتضيات التي جاءت بها المادة 29 هي مقتضيات عامة يجب اللجوء إليها في جميع الحالات التي تهدف إلى الإفراغ؟ ويتضح من خلال ما سبق بأن قانون رقم 49.16 أعطى الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة بصفة صريحة وحصرية للنظر في معاينة الشرط الفاسخ وإرجاع العقار أو المحل للمكري ومن تم لم يبقى من حق المكثري الدفع بعدم الاختصاص في هذا الجانب من النزاع، وذلك من أجل خلق نوع من التوازن بين حقوق المكثري والمكثري.

خاتمة:

وختامًا يمكن القول بأن قانون رقم 49.16 منح صلاحيات واسعة وحديثة للقاضي الأمور المستعجلة بحيث أصبح يبت في جوهر الموضوع، وتجاوز بذلك القواعد الأساسية التي يركز عليها القضاء الاستعجالي المتجلية في شرط الاستعجال وشرط عدم المساس بالجوهر، لخدمة العلاقة الكرائية التي ينظمها القانون رقم 49.16 من خلال الاستفادة مما يوفره القضاء الاستعجالي من بساطة في الإجراءات وانخفاض في تكاليف البت في النزاع بشكل مستعجل وسريع. وبالرجوع إلى الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة بصفته قاضيًا للأمور المستعجلة المنصوص عليها في إطار قانون 49.16 نجد بأن المشرع حاول توفير حماية قانونية لطرفي عقد الكراء التجاري بشكل يراعى فيه مبدأ التوازن العقدي، وذلك من خلال تحقيق المصلحة المشتركة بين المكثري والمكثري، إذ حقق مصلحة المكثري من خلال منحه إذن بالإفراغ حين توفر شروطه، وفي نفس الوقت يحقق مصلحة المكثري من خلال ضمان حق الرجوع، أو ضمان حقه في التعويض الاحتياطي الذي يحدده قاضي المستعجلات يستحقه في حالة حرمانه من حقه في الرجوع، وتتحقق مصلحة هذا الأخير كذلك أيضًا من خلال إمكانية منحه الإذن بممارسة أنشطة مكتملة، وحماية مصالح المكثري من خلال منحه مكنة استرجاع محله المغلق أو المهجور، ومعاينة الشرط الفاسخ.

¹- جواد الرفاعي م.س ص 155.

الحماية القانونية للمشتري في بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون 107.12

ذ: إدريس العروسي العلمي

باحث في سلك الدكتوراه في القانون الخاص

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنججة

جامعة عبد المالك السعدي

مقدمة:

لقد شكل صدور القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز إحدى الآليات التي حاول أن يستند عليها المشرع لسد الفراغ القانوني ومعالجة المشاكل التي كان يطرحها القانون 44.00 وما نتج عنه من مآسي اجتماعية ومشاكل اقتصادية ومنازعات قضائية يصعب تكييفها وإثباتها وتنفيذ أحكامها.

ويرمي هذا القانون الجديد كما جاء في تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان إلى خلق مناخ سليم وملائم ومحفز لهذا النوع من المعاملات العقارية بعيدا عن كل الأشكال السلبية التي تضر بمصالح الأفراد، وتوفير الضمانات اللازمة لكلا الطرفين المتعاقدين (البائع والمشتري) وإقرار الشفافية والأمن القانوني في معاملاتهم العقارية، بشكل يمكنهم من تجاوز العراقيل التي كانت تعترض هذا النوع من البيوع من خلال ضمان الالتزام بمقتضياته وتبسيط إجراءات ووسائل اللجوء إليه، خصوصا وأن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أدت إلى اختلال توازن الإيرادات في العلاقات التعاقدية، مما ترتب عنه ظهور طرف ضعيف مذعن وآخر قوي يفرض شروطه، خاصة لما يكون محل التعاقد عقارا غير موجود وقت التعامل، وهو ما شكل هاجسا للمشرع المغربي للتدخل لتنظيم هذه العلاقات التعاقدية القائمة على بيع عقارات سيتم إنجازها مستقبلا .

بحيث وضع المشرع المغربي لفائدة مشتري العقار في طور الإنجاز مجموعة من الضمانات والتي من شأن تفعيلها العمل على خلق التوازن العقدي من جهة، وحمايته من جهة أخرى.

الأمر الذي يطرح تساؤلا جوهريا مفاده: إلى أي حد استطاعت الضمانات القانونية التي جاء بها المشرع من خلال القانون 107.12 في تشجيع الإقبال على هذا الصنف من البيوع العقارية وبسط حماية كافية للمشتري؟.

لملامسة ذلك، ارتأيت الحديث عن مظاهر الحماية المخولة للمشتري في بيع العقار في طور الإنجاز من خلال مبحثين، وذلك وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: مظاهر حماية مشتري العقار في طور الإنجاز على مستوى

البيع الابتدائي

المبحث الثاني: مظاهر حماية مشتري العقار في طور الإنجاز على مستوى

البيع النهائي

المبحث الأول: مظاهر حماية مشتري العقار في طور الإنجاز على مستوى البيع الابتدائي

يتميز عقد بيع العقار المستقبلي أو بيع العقار في طور الإنجاز بكونه وعد بالبيع والشراء معا، فهو عقد ملزم للجانبين، كل ما في الأمر أن إتمام البيع يتراخى إلى حين، ويبرم عبر مرحلتين: مرحلة عقد البيع الابتدائي ومرحلة عقد البيع النهائي، وقد أحاط المشرع المرحلتين بضمانات هامة تهدف إلى تعزيز حقوق المشتريين من خلال قانون 107.12 أكثر مما كان الأمر عليه في قانون رقم 44-00.

فالتمتع في القانون 107.12 سيلاحظ أن واضعيه قد عملوا على الرفع من درجة الحماية سواء على المستوى التعاقدي أو المالي، ولعل غاية المشرع من وراء هذا التدخل هو الحرص على ضمان تنفيذ العقد بالشكل الذي يضمن مصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وإحاطته بقدر من الحماية اللازمة، لكن كل ذلك يجب أن يتم بشكل لا يشكل إجحافا أو مسا بحقوق الطرف الآخر (المنعش العقاري).

لملامسة ذلك، ارتأيت الحديث عن حماية مشتري العقار في طور الإنجاز على المستوى التعاقدي (المطلب الأول)، ثم لحماية مشتري العقار في طور الإنجاز على المستوى المالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية مشتري العقار في طور الإنجاز على المستوى التعاقدي

إذا كان الأصل أن التراضي يكفي لتمام عقد البيع، فإن البيع الواقع على العقار يشكل استثناء من القاعدة، حيث يتوقف تكوينه أو ترتيب آثاره كلياً أو جزئياً بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير على تحقق شكليات وإنجاز إجراءات قانونية معينة. ومن المعلوم أن المشتري في بيع العقار في طور الإنجاز يهدده خطر عدم استطاعة البائع، لسبب أو لآخر، استكمال أعمال البناء، وهو خطر لا وجود له في البيع العادي الوارد على عقار موجود وقت إبرام العقد.

ومن ثم، فإن المشرع عمل على تأمين المشتري ضد هذا الخطر بتحويله إمكانية إجراء تقييد احتياطي على العقد الابتدائي، الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول المستجد الذي جاء بها القانون 107.12 على اعتبار أن هذا المقتضى كان موجوداً في ظل القانون القديم 44.00؟.

للإجابة على ذلك، ارتأيت الحديث عن الشكلية المتطلبة في بيع العقار في طور الإنجاز (الفقرة الأولى)، ثم للمستجد المتعلقة بالتقييد الاحتياطي للبيع الابتدائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشكلية كمظهر لحماية المشتري في بيع العقار في طور الإنجاز

إذا كان عقد البيع ينشأ كمبدأ عام بمجرد توافق إرادتي البائع والمشتري، فإن المشرع المغربي قد استثنى من ذلك بعض البيوع، حيث أخضع قيامها لإجراءات شكلية لا يتم التراضي بالنسبة إليها إلا إذا تم احترامها.

وعليه، نجد أن المشرع المغربي استهل الفصل 618.3 من ق.ل.ع في فقرته الأولى بما يلي: " يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان...".

وإذا كانت كتابة عقد بيع العقار في طور الإنجاز لا تشكل إلا تكريساً لمضمون الفصل 489 من ق.ل.ع الذي ينص على أن: " إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهناً رسمياً، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون ".

فبهذا يكون المشرع قد وضع حدا للجدال الفقهي الرائج بين من يعتبر هذه الشكلية، هي شكلية إثبات، وحثهم في ذلك عدم ربط تخلفها بجزء قانوني¹، وبين اتجاه آخر يرى أن هذه الشكلية المقررة من خلال هذا الفصل هي شكلية انعقاد²، نكاد نجزم أن هذا النقاش لم يعد له محل في ظل مدونة الحقوق العينية، لأن شكلية الكتابة في عهد هذه المدونة أضحت شكلية انعقاد، وحثتنا في ذلك المادة الرابعة منها³.

كما يلاحظ أن المشرع قد سعى إلى التدرج في تقريره شرط الكتابة من خلال إصدار مجموعة من القوانين الخاصة التي توجب تحرير العقود كتابة بدءا من القانون رقم⁴ 25.90، والقانون رقم 18.00⁵، والقانون⁶ 51.00....

ولعل أهم القوانين العقارية الخاصة التي تبنت شكلية الكتابة للانعقاد، تحت طائلة البطلان، نجد القانون الذي هو موضوع دراستنا، حيث يعتبر من التشريعات السباقة لتبني هذا الطرح سواء في ظل القانون القديم⁷ 44.00 أو القانون الجديد

-
- 1 - من بين أصحاب هذا الاتجاه، نجد:
- نور الدين الجازولي، " عقد بيع العقار المحفظ بين الشكلية والرضائية " المجلة المغربية للاقتصاد والتنمية والقانون المقارن، العدد 18، سنة 1998، ص: 26.
 - 2 - من بين أصحاب هذا الاتجاه، نجد:
- أحمد شكري السباعي، " نظرية بطلان العقود - دراسة مقارنة في ق.ل.ع وفي القوانين الخاصة " منشورات عكاظ، سنة 1981، ص: 193.
- أحمد ادريوش، " نطاق ظهير قانون الالتزامات والعقود " سلسلة المعرفة القانونية، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، 1996، ص: 67.
 - 3 - تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية قانون 39.08 على أنه: " يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك... ".
 - 4 - المادة 35 من القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 بتاريخ 17 يونيو 1992، الجريدة الرسمية عدد 4159، ص: 880.
 - 5- المادة 12 من القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.298 بتاريخ 3 أكتوبر 2002، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054، ص: 3157. كما عدل وتمم بالقانون رقم 106.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.49 بتاريخ 27 أبريل 2016، الجريدة الرسمية عدد 6465 من 9 شعبان 1439 (16 ماي 2016)، ص: 3781.
 - 6 - المادة 4 من القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.202 بتاريخ 11 نونبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 5172، ص: 31.75.
 - 7 - المادة 618.3 من القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العار في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.309 في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، الجريدة الرسمية عدد 5054،

107.12 الذي حافظ على نفس النهج، بحيث نجده يقر في الفصل 613.3 منه بوجود تحرير عقد البيع الابتدائي تحت طائلة البطلان، إما في محرر رسمي أو ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود.

وبذلك تشكل كتابة العقد الابتدائي لمشتري العقار في طور الإنجاز ضمانا هامة للمشتري، حيث تكون البيانات المدرجة في العقد ميسورة الفهم، وواضحة الدلالة دون الإغراق في المصطلحات الفنية المعقدة، كما أنه يسمح للبائع بتقديم الحجة على المعلومة المقدمة.

يتبين من خلال هذا التوجه أن المشرع المغربي يرمي إلى تحقيق الأمن التعاقدي، الذي أصبح موضوع الحال، وذلك بناء على ما يتعرض إليه أطراف العقد عند إعداد الرسمية في العقد المبرم من ضياع لأموال وحقوق عينية حقوق شخصية، وبالتالي تطهير ميدان بيع العقار في طور الإنجاز من المشاكل والفوضى التي تنتسب فيها المحررات العرفية، وهو أمر لا يمكن تخليصه إلا بتخليص البيوع العقارية من المحررات العرفية، وفرض رسمية المعاملات العقارية، ذلك لما لها من ضمانات وتعزيزها بإجراءات زجرية لضمان احترامها.

الفقرة الثانية: إمكانية التقييد الاحتياطي للبيع الابتدائي

تعتبر مؤسسة التقييد الاحتياطي من أهم المؤسسات القانونية في نظام السجلات العقارية العينية، باعتبارها الأداة الفعالة لحماية الحقوق من الضياع عند تقييدها بتلك السجلات بشكل نظامي، لسبب راجع إما لعدم كفاية الوثائق، أو نظرا لكون الحق المراد تقييده بالرسم العقاري يكون متوقفا على قول القضاء كلمته في جوهر الحق المتنازع فيه، باستصدار أحكام باتة ونهائية¹.

ث: 31.83. كما عدل وتم بالقانون 107.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 صادر في 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6439 بتاريخ 15 فبراير 2016، ص: 932.

¹ - محمد العلمي، " مستجدات التقييد الاحتياطي في ضوء القانون رقم 14.07 " منشورات المنبر القانونية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2012، ص: 115.

وقد تم التنصيص على مؤسسة التقييد الاحتياطي¹ ضمن القسم الثاني من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتم بالقانون رقم 14.07، والمعنون بـ "إشهار الحقوق العينية المترتبة على العقارات المحفظة".

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 85 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري نجده قد حدد ثلاث حالات للتقييد الاحتياطي²

وبعد صدور القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، نجد أن المشرع المغربي أضاف حالة أخرى للتقييد الاحتياطي في الفصل 618.10 حيث يمكن للمشتري بموافقة البائع إن كان العقار محفظة أن يجري تقييدا احتياطيا أمام المحافظ على الأملاك العقارية اعتمادا على عقد البيع الابتدائي.

لكن الملاحظ أن هذه الإضافة جعلت إقرار هذا الإجراء على شرط إرادي محض يتمثل في موافقة البائع على هذا التقييد، ولعل موقف المشرع المغربي هذا يبقى محل نظر اعتبارا لهاجس الحماية اللازمة للمشتري، الذي أثرت على رؤية المشرع عند وضعه للقانون رقم 44.00 المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز، وذلك على وجه جعل أحد الباحثين³ يعتقد أن المشرع لم يحافظ على نفس الحماية التي أرادها للطرف الضعيف، في هذه العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يمكن معه القول، بأن هذا الإخلال بمستوى هذه الحماية لا يمكن تفسيره سوى بأن موقف المشرع هذا، يطبعه التردد ويتسم بعدم الاستقرار.

ومن خلال هذا التداخل بين المصالح في العلاقة العقدية التي تتسم بالنظرة الإذعانانية التي تسود هذا النوع من العقود عندما يتعلق الأمر بموافقة البائع، الأمر الذي يترك مصالح المشتري في مهب الريح في حالة رفض البائع (المنعش العقاري)

1 - للتوسع أكثر في مؤسسة التقييد الاحتياطي، يراجع:

- محمد بن الحاج السلمي، "التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري" مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2002، ص: 67.

2 - ينص الفصل 85 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري على أنه: "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا.

يضمن طلب التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ بالرسم العقاري إما:

- بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته.

- بناء على أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة نفوذها.

- بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء".

3 - نائلة الحلبي، "بيع العقار في طور الإنجاز على ضوء المستجدات التشريعية: إشكالية الخصوصية والضمانات القانونية" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية: 2018 - 2019، ص: 59.

تقييد حقه تقييدا احتياطيا، تدخل المشرع المغربي مرة أخرى بإصدار القانون رقم 107.12 المتمم والمعدل للقانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، والذي نص على مستجد مهم خاص بإجراء التقييد الاحتياطي وذلك بمقتضى الفصل 618.10 منه¹، حيث منح للمشتري (المستهلك) الحق في طلب تقييد البيع الابتدائي لعقار محفظ في طور الإنجاز تقييدا احتياطيا دون موافقة البائع.

ويرى أحد الباحثين² في هذا الصدد أن التقييد الاحتياطي للبيع الابتدائي ستكون له فوائد جمة يمكن إجمالها في الحفاظ المؤقت على حقوق المشتري، قبل صيرورة العقار منجزا قد يتعرض بائعه - مدين المشتري - لإجراءات الحجز التحفظي أو الحجز التنفيذي على هذا العقار، كما قد يقوم البائع الراغب في الحصول على قروض برهن هذا العقار للمؤسسة البنكية المقرض، وبالتالي يؤدي التقييد الاحتياطي إلى تجميد العقار وحرمان البائع من إجراء أي تصرف على العقار طيلة المدة الفاصلة بين العقد الابتدائي وإبرام العقد النهائي الذي يتم تعيين رتبة تقييده بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي.

وبقراءة متأنية لما ورد بمتن الفصل 61.10 أعلاه، سنلاحظ أن مكنة إجراء تقييد احتياطي على عقار في طور الإنجاز ليست أمر ملزما للمشتري، ولعل الدال على ذلك هي العبارة التي جاء بها المشرع والتي تفيد الاختيار "يجوز للمشتري...". كما نستشف كذلك أن ممارسة المشتري لحقه في التقييد الاحتياطي، قد أضحت مقيدا بشرط واقف، وهو ضرورة تجاوز أقساط التسبيقات لنسبة 50% من المبلغ الإجمالي لثمن البيع، وبدون موافقة البائع على ذلك، وهذا المقتضى الأخير هو الذي يشكل بيت القصيد في هذا الفصل، لأن ذلك يعتبر أحد أهم المستجدات التي لطالما نادى بها أحد الفقهاء³، ولعل غاية المشرع من هذا التجديد هو ضمان ممارسة المشتري

1 - ينص الفصل 618.10 من ق.ل.ع على ما يلي: "يجوز للمشتري، إذا كان العقار محفظا، أن يطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع ويبقى التقييد الاحتياطي ساريا إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق المشتري، وكل شرط مخالف يعتبر باطلا".

2 - محمد الهنوني، "التقييد الاحتياطي وإشهار المعاملات على ضوء القوانين 44.00 - 18.00" مساهمة ضمن أشغال الندوة التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية وبلدية المنارة يوم الخميس 24 أبريل 2003 تحت عنوان "العقار والإسكان" كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، عدد 20، الطبعة الأولى 2003، ص: 108.

3 - من بين الآراء التي نادى بذلك، نجد:

لحقه في التقييد بكل حرية وطلاقة، ما دام ذلك سيضمن له رتبة الحق، وسيمنع من خلاله على البائع القيام بأي معاملة أخرى تهم العقار موضوع البيع.

كما أن هناك مستجد آخر جاء به المشرع المغربي بغية حماية المشتري في بيع العقار في طور الإنجاز، وهو المتعلق بأجل سريان هذا التقييد الاحتياطي الوارد على عقار قيد الإنجاز، حيث جاء عكس الأجل المنصوص عليه في القواعد العامة للتحفيظ العقاري¹، فالمشرع قد تبنى أجلا خاصا بموجبه يستمر مفعول هذا التقييد إلى حين تقييد عقد البيع النهائي تقييدا نهائيا بالرسم العقاري الخاص بالمبيع، وهذا الأجل الخاص يبدو انه من النظام العام، بحيث اعتبر الفصل 618.10 من ق.ل.ع كل شرط مخالف لذلك يقع باطلا، وهذا ما لم يكن منصوص عليه في القانون القديم، بحيث كان يجوز للأطراف الاتفاق على آجال خاصة لاستمرار هذا التقييد.

وبذلك يكون المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما قام بحذف موافقة البائع للمشتري حتى يتسنى لهذا الأخير إجراء تقييد احتياطي، ذلك أن أمر موافقة البائع ظل مستبعدا على أرض الواقع، مادام هذا الإجراء يعتبر من قبيل التقييدات الإجبارية التي تتحمل بها السجلات العقارية، كما أنه يمثل إجحافا كبيرا في حق المشتري، خاصة عندما كان البائع يستخدم حق الموافقة بشكل تعسفي، ولهذا يمكن القول أن المشرع خلق نوعا من التوازن والتكافؤ بين البائع والمشتري عندما ترك المجال مفتوحا أمام المشتري لأجل تقييد عقاره تقييدا احتياطيا دون إلزامه بموافقة البائع، وهو أمر من شأنه خلق نوع من الحماية للمستهلك في مجال بيع العقار في طور الإنجاز، حيث يخول له حق الأفضلية على باقي الحقوق الأخرى إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع، وهنا سيؤدي التقييد الاحتياطي نفس وظيفته في باقي الحالات المنصوص عليها قانونا، كما أن إجراءه سيمنع المحافظ العقاري من تسليم أي نظير للرسم العقاري للبائع وهو إجراء كاف لحماية المشتري.

المطلب الثاني: حماية مشتري العقار في طور الإنجاز على المستوى المالي

- محمد شليح، " القانون 44.00 بين أسباب التجميد واقتراحات التنفيذ أو المشروع التنفيذي لمواجهة القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز " مساهمة ضمن أشغال الندوة العلمية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية، عدد 38، سنة 2011، ص: 122.

¹ - انظر الآجال المنصوص عليها طبقا للحالات العادية للتقييد الاحتياطي في الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07.

يدخل المستهلك العقاري طرفا في علاقة تعاقدية مع البائع (المنعش العقاري) في سبيل الحصول على عقار في طور الإنجاز، بيد أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة، إذ أن البائع يتميز بالاختصاص والخبرة الفنية والقدرة المالية، الأمر الذي يخل بالتوازن العقدي بين المتعاقدين، بحيث يتضح ذلك في حالة عدول البائع عن إتمام إنجاز العقار إما اختياريا أو اضطراريا، كما لو أصبح معسرا مثلا.

مع هذا الوضع المهدد لمصالح المشتري، تدخل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 107.12 من أجل توفير الحماية اللازمة له، والرفع من درجة الحماية، فتم التنصيص على ضمانات جديدة ذات طابع مالي تكفل للمشتري إتمام البناء ويتعلق الأمر بضمانة إنهاء الأشغال، كما يلاحظ أيضا أن المشرع قد أبقى الباب مفتوحا أمام تبني البائع لأي ضمانات أخرى تضمن للمشتري استرجاع أقساطه.

لملامسة كل ذلك، ارتأيت الحديث عن الضمانات المالية المتمثلة في ضمانات إنهاء الأشغال (الفقرة الأولى)، ثم لإمكانية استرجاع الأقساط من قبل المشتري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمانات إنهاء الأشغال

يعتبر بيع العقار في طور الإنجاز من التصرفات التي تنطوي على مجازفة، ذلك أنه يتم على الأوراق استنادا إلى التصميم، لذلك فالمشرع المغربي ورغبة منه لتوفير حماية أكبر للمشتري ألزم البائع بأن يقدم للمشتري ضمانات بنكية أو أي ضمانات مماثلة عند الاقتضاء تأمينا، وذلك ما نص عليه في الفصل 618.9 من ق.ل.ع¹. وتقوم هذه الضمانة على فكرة رئيسية مؤداها أنه يجب على البائع تنفيذ مشروع بناء العقار وفق المواصفات المتفق عليها في العقد أو إرجاع ما حصل عليه من المشتري في حالة عدم تنفيذ المشروع، مما يضمن حق المشتري في حالة عدم قدرة المنعش العقاري على إنجاز المشروع لأي سبب من الأسباب كإفلاسه أو عسره وغيرها.

ولعل الباعث وراء المناداة إلى تفعيل هذه الضمانة، هو تفشي ظاهرة ما أضحي يسمى " بعقارات موقوفة التنفيذ " ولعل هذا بالأساس ما لاحظته المجلس الاقتصادي

¹ - الفصل 618.9 من ق.ل.ع.

والاجتماعي من خلال التوصيات التي أبداها بشأن مشروع القانون رقم 107.12، حيث دعا هذا الأخير من خلال توصياته إلى توفير ضمانات انتهاء الأشغال وجعلها أمرا ملزما يرضخ له كافة المنعشين العقاريين، مدافعا عن هذا الطرح بكون العملية التعاقدية لشراء عقار في طور الإنجاز هي ليست اقتصادية فحسب، بل ترمي أيضا إلى ما هو اجتماعي كذلك، وتسعى إلى تحقيق وارتقاء اجتماعي للمشتري من خلال توفير سكن لائق وليس فقط توفير الضمانة المادية من خلال استرجاع الأقساط التي سبق وأن دفعها لاقتناء السكن¹.

لكن مع صدور القانون رقم 107.12 حيز الوجود، تبين أن توصيات المجلس الاقتصادي لم تنفذ بالحرف، بل تم تقزيمها بشكل يتناسب مع مصالح المنعشين العقاريين بالدرجة الأولى، بحيث تم التنصيص على ضمانات إنهاء الأشغال كضمانة جديدة لم يكن يعرفها القانون القديم 44.00، لكن التنصيص على هذه الضمانة يعادل العدم.

وحجتنا في ذلك هو التعبير الذي استعمله المشرع والذي يفيد الاختيار وليس الإلزام، في الفقرة الأولى من الفصل 618-9 من ق.ل.ع².

وبناء على ما ورد في الفصل أعلاه، يمكننا أن نستخلص نية المشرع التي يبدو أنها تصبو نحو تمتيع البائع بحرية اختيار الضمانة التي تتناسب مع مصالحه، فلهذا الأخير الحق في أن يعتمد إما ضمانات إنهاء الأشغال أو ضمانات استرجاع الأقساط أو التأمين³.

كما أن المجال الحمائي لهذه الضمانات يبقى محدودا جدا، فالمشرع لم يلزم بها البائع قصد ضمان استكمال البناء والالتزام بالموصفات المضمنة بالعقد أو بدفتر التحولات أو ضمان نقل ملكية الشيء المبيع، وإنما فقط استرجاع أقساط الثمن

1 - توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي من طرف رئيس مجلس المستشارين الصادر بتاريخ 29 أبريل 2014 بطلب يرمي من خلاله هذا الأخير معرفة رأي المجلس بخصوص مشروع القانون 107.12 وذلك بناء على مقتضيات الفصل 7 من القانون التنظيمي الخاص بتنظيم المجلس الاقتصادي... التي تحول له إبداء رأيه بخصوص مشاريع القوانين.

2 - ينص الفصل 618.9 من ق.ل.ع على أنه: " يتعين على البائع بعد توقيع عقد البيع الابتدائي أن يقدم لفائدة المشتري إما ضمانات إنهاء الأشغال أو ضمانات استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد.... "

3 - تبقى إمكانية اعتماد البائع للتأمين إمكانية قانونية بالرغم من أن المشرع لم ينص عليها في الفصل 618-9 إلا أنه بالرجوع إلى الفصل 618-3 مكرر يبدو واضحا أن اعتماد البائع للتأمين يغنيه عن باقي الضمانات الأخرى.

المدفوعة من طرف المشتري، كما أنه لم يشر أبداً إلى مقدار هذه الضمانة، وذلك بانتظار تحديد شروط وكيفيات تطبيقها بنص تنظيمي¹.

الفقرة الثانية: ضمانة استرجاع الأقساط أو التأمينات

كثيراً ما يوجد المقبل على شراء عقار في طور الإنجاز تحت رحمة البائع الذي قد يستحوذ على مبالغ طائلة برسم دفعات أو تسبيقات من الثمن، ويفر بها معرضاً عن تنفيذ التزاماته المتعلقة بإتمام عملية البناء، ومخلفاً ورائه ضحايا كثيرون لا يتوفرون إلا على الضمان العام للدين طبقاً للقواعد العامة، وهذا ما يشكل زعزعة الثقة في إنجاز الاستثمارات العقارية المبرمجة، وكذا في نزاهة القائمين عليها².

لذلك، نص المشرع المغربي من خلال القانون 107.12 على ضمانة هامة للمشتري تتجلى في ضمانة الاسترداد، متوخياً تأمينه من الخطر الذي يمكن أن يحدث به نتيجة إفلاس البائع وعدم تمكنه من استكمال بناء العقار المتفق عليه.

وإذا كانت ضمانة إنهاء الأشغال ترمي إلى التزام الضامن بتحمل النفقات اللازمة لإتمام عملية البناء، فإن ضمانة الاسترداد وضعت لحماية المشتري الطرف الضعيف في العقد، بحيث تهدف إلى تمكينه من المبالغ التي دفعها للبائع، وذلك في عدم تطبيق العقد³.

إلا أن الملاحظ أنها لا تفي بغرضه، ما دامت تسير في اتجاه فسخ العقد واسترداد ما دفعه من أقساط، ومن تم تبقى ضمانات الإنجاز أفضل بكثير بالنسبة للمشتري، لأنها تحقق رغبة هذا الأخير في امتلاك مسكن أو محل لطلالما حلم به.

وغالبا ما تتجسد ضمانة استرجاع الأقساط في شكل ضمانة بنكية يتعهد البنك من خلالها وبناء على طلب العميل بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطالب المستفيد البنك بالوفاء⁴.

1 - تنص الفقرة الثانية من الفصل 618-9 من ق.ل.ع على ما يلي: " تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذا الفصل بنص تنظيمي ".

2 - محمد مرسي زهرة، " بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي - " دون ذكر المطبوعة، الطبعة الأولى 1989، ص: 511.

3 - إسماعيل حنيوي، " بيع العقار في طور الإنجاز في ضوء القانون الجديد 107.12 " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي بالرباط، السنة الجامعية: 2015 - 2016، ص: 74.

4 - علي الرام، " بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية: 2003 - 2004، ص: 129.

غير أن الملاحظ بهذا الخصوص هو أن العبارة الواردة في الفصل 618-9 من ق.ل.ع " حالة تنفيذ العقد " لا توضح نية المشرع، بحيث اعتبرها البعض¹ صياغة تشريعية غير موفقة على اعتبار أنها غير مألوفة في ظهير الالتزامات والعقود الذي يتحدث عن عدم تنفيذ العقد وليس عدم تطبيقه، فهل المقصود منها ضمان عدم التطبيق بالمرة، أي عدم قيام البائع بالبناء، أم أن العبارة تشمل كذلك حالة إنجاز البناء خلافا لما يتضمنه دفتر التحملات بنقائص وعيوب؟.

يرى أحد الباحثين² في هذا الصدد أن عبارة " عدم تنفيذ العقد " لا تعني ضمان عدم البناء، لأن تنظيم عملية البيع الوارد على عقار في طور الإنجاز، يقتضي أداء جزء من الثمن تبعا لتقدم الأشغال، أي أن الأداء لا يكون إلا مقابل إنجاز كل مرحلة من مراحل الأشغال، مما يعني أنه في حالة عدم قيام البائع بالبناء، فإن المشتري كذلك لا يدفع شيئا ولن يكون له الحق تبعا لذلك في الاستفادة من هذه الضمانة. أما إنجاز البناء خلافا لما يتضمنه دفتر التحملات، أي بنقائص وعيوب، فيقتضي منا التمييز بين حالتين:

✓ حالة إنجاز البناء مخالفا لدفتر التحملات بشكل واضح، ففي مثل هذه الحالة نعتقد أن المشرع كان صريحا في الفصل 618-7 من ق.ل.ع، حيث أكد من خلاله على وجوب احترام شروط دفتر التحملات الذي حدد الفصل 618.4 من ق.ل.ع مضمونه، ولا نعتقد أن تحديد مضمونه على النحو الوارد في الفصل 618.4 من ق.ل.ع يتيح مجالا للمخالفة، لذلك فإن الضمانة المقدمة لفائدة المشتري تشمل هذه الحالة بالذات.

✓ حالة إنجاز البناء بنقائص وعيوب طفيفة، فهنا لا يبقى أمام المشتري سوى الاحتماء بالقواعد التي تنظم مسؤولية المقاول والمهندس المعماري المضمنة بقانون الالتزامات والعقود والمسماة بالضمان العشري.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن ضمان استرجاع الأقساط يتميز بخاصية في كونه ذو نطاق محدد تشريعيًا من حيث نوع الدين المشمول بالضمان، كما جاء في الفصل

1 - عبد الحفظ مشماشي، " بيع العقار في طور الإنجاز " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية: 2003 - 2004، ص: 159.

2 - فدوى العمري، " الضمانات القانونية في بيع العقار في طور الإنجاز " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية: 2005 - 2006، ص: 88.

618-9 من ق.ل.ع بما لا يترك معه مجالاً للتأويل، فهذا الضمان ينحصر دوره فقط في تمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد، وكذلك من حيث المدة، حيث ينتهي أجل الضمانة بمجرد إبرام عقد البيع النهائي أو تقييد هذا الأخير بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظاً.

ومن ثم يخرج من نطاق هذه الضمانة تعويضات التأخر المنصوص عليها في الفصل 618-12 وتعويضات الفسخ المنصوص عليها في الفصل 618-14 من ق.ل.ع، وكذا كل تعويض قضائي أو اتفاقي، وبذلك لا تغطي سوى أقساط الثمن المدفوعة، غير أن هذا لا يمنع البائع من إقامة ضمانات أخرى بنكية¹ أو غير بنكية أو تأميناً لصالح المشتري المستهلك لأداء التعويضات الاتفاقية المفروضة على البائع²، وإن كان المشرع لم يحدد مقدار هذه الضمانة، فإننا نرى أنه يجب ألا يقل حدها الأدنى عن مبلغ الثمن النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز، وذلك لضمان الحد الأدنى من الحماية لمستهلك العقار في طور الإنجاز.

المبحث الثاني: حماية المشتري في بيع العقار في طور الإنجاز على

مستوى البيع النهائي

لقد رتب المشرع مصلحة المشتري في عقد البيع في طور الإنجاز ضمن الاهتمامات الأساسية في تنظيم أحكام كل من عقد البيع الابتدائي والنهائي، خصوصاً فيما يتعلق بالتزامات البائع (المنعش العقاري)، والمسائل الجوهرية الواجب توافرها بما يضمن نزاهة الممارسات التجارية في مجال العقار في طور الإنجاز ويحقق حماية قانونية وفعالية للمشتريين الذين يرغبون في اقتناء هذا النوع من العقارات.

1 - من أهم صور الضمان البنكي الكفالة البنكية، حيث تعتبر الأكثر انتشاراً مقارنة مع باقي الضمانات الأخرى، مع أن المشرع لم يحصر نطاق ضمان أقساط الثمن في الضمانات البنكية، وإنما سمح للبائع بإمكانية إنشاء أية ضمانات مماثلة، بمعنى أن تكون لهذه الضمانة المماثلة نفس النتيجة التي للضمانات البنكية، وإن كانت تختلف عن هذه الأخيرة من حيث الطبيعة.

للتوسع أكثر في هذه النقطة، يراجع:

- عبد الحق صافي، "بيع العقار في طور الإنجاز - شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00 -" مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011، ص: 215.

- نائلة الحليمي، مرجع سابق، ص: 49 وما بعدها.

2 - الحسين اسديدي، "حماية مشتري العقار في طور الإنجاز" رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية:

2015 - 2016، ص: 38 - 39.

ومن ضمن الالتزامات الملقاة على البائع تسليم وضمأن الشيء المبيع التي تعد غاية المشتري الذي يسعى إلى الانتفاع بالمبيع. كما يجب عليه بعد الانتهاء من أشغال البناء وتسليم العقار المبيع – البيع النهائي – أن يكون هذا الأخير متينا وسليما وفق أصول صناعة البناء والعمران. ومن ثم يمكننا التساؤل حول الآليات القانونية التي رصدها المشرع من أجل حماية المشتري في حالة عدم التزام البائع بالتسليم والضمأن؟ للإجابة على ذلك، ارتأيت الحديث عن التزام البائع بتسليم العقار المبيع (المطلب الأول)، والتزامه أيضا بضمأن الشيء المبيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بالتسليم

يعتبر التسليم من الالتزامات الجوهرية التي يرتبها عقد البيع، إذ بواسطته يمكن للمشتري أن يستفيد من الشيء المبيع، والتسليم هو تخلي البائع عن حيازة الشيء المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري وذلك ما جاء به الفصل 498 من ق.ل.ع الذي ورد فيه بأن التسليم يتم بتخلي البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق.

وإذا تعلق الأمر بتسليم عقار في طور الإنجاز، فإن ذلك يبقى خاضعا لتسلسل منطقي استلزمته طبيعة الشيء المبيع، يبدأ بإنجاز العقار كمرحلة أولية، قبل الانتقال إلى مرحلة تسليمه.

فالالتزام بالتسليم تتوقف صحته على إنجاز العقار مطابقا للمواصفات التعاقدية المنصوص عليها في العقد الابتدائي، غير أنه إذا قام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري دون مراعاة مواصفات العقار المتفق عليها عند التعاقد، يعتبر مخلا بالتزامه التعاقدية.

لتوضيح ذلك، سأعمل على الحديث عن التزام البائع بتسليم العقار المبيع وفق المتفق عليه (الفقرة الأولى) ثم لجزاء الإخلال بهذا التسليم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مطابقة العقار المبيع للمواصفات المتفق عليها

جاء في الفصل 498 من ق.ل.ع على أن البائع يتحمل إزاء المشتري بالتزامين هما:

1 – الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

2 – والالتزام بضمانه.

والتسليم يمثل الوجه الحقيقي الذي يمثل عقد البيع، فإذا كان الأصل في البيوع أن الملكية تنتقل للمشتري بمجرد التعاقد، فإن الأمر يختلف بالنسبة لبيع العقار في طور الإنجاز، فالمبيع غير موجود عند إبرام العقد الابتدائي ولا يمكن أن تنتقل إلى المشتري إلا بعد تشييده وإنجازه وفق المواصفات المتفق عليها.

وعليه، فتسليم العقار المبيع بعد إنجازه يعد مرحلة مهمة من مراحل التعاقد الوارد على عقار في طور الإنجاز، وهو يشكل أيضا التزاما على عاتق البائع (المقاول)، لا تبرأ ذمته منه إلا بوضع العقار تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير التصرف فيه واستغلاله وممارسة كافة حقوقه عليه، دون معارض يعارضه أو منازع ينازع.

وهكذا يمكن القول أن قيام البائع بتنفيذ أشغال بناء العقار المبيع غير كاف من الناحية القانونية لإنهاء الالتزامات المترتبة عليه نهائيا، بل يتوجب عليه استصدار رخصة السكنى أو شهادة المطابقة من السلطة الجماعية التابع لنفوذه الترابي العقار المبيع المانحة لرخصة البناء وتسليم المشتري شهادة تثبت مطابقة العقار لدفتر التحملات كما يقضي بذلك الفصل 618.15 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: " يتعين على البائع بمجرد حصوله على رخصة السكن أو شهادة المطابقة المشار إليهما في الفصل 618-6 أعلاه، وعلى أبعد تقدير داخل ستين (60) يوما الموالية لتاريخهما أن يخبر المشتري بذلك في محل مخابراته المصرح به في عقد البيع الابتدائي أو عند الاقتضاء في عقد التخصيص بإحدى طرق التبليغ المعتمدة قانونا، وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لتحيين الملك موضوع الرسم العقاري من أجل استخراج رسوم عقارية فرعية خاصة إذا كان العقار محفظا...."

الفقرة الثانية: جزاء الإخلال بالتسليم

إذا لم يف البائع بتسليم العقار المبيع مطابقا للمواصفات والأجل المتفق عليه، فإنه يكون قد أخل بأهم التزامات عقد بيع العقار في طور الإنجاز بشكل خاص، وعقد البيع بشكل عام.

مما يطرح التساؤل حول الجزاءات الجائز إعمالها أو المطالبة بها من لدن المشتري المتمسك بإخلال البائع أو المنعش العقار¹ بالبنود التعاقدية التي سبق له أن التزم بها؟.

بداية نشير إلى أن هذه الجزاءات لم يرد ذكرها في القانون 107.12 وإنما ورد النص عليها في الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود. وبالتالي كان للمشتري طبقاً للقواعد العامة الحق في طلب فسخ العقد ورد الثمن، أو الاحتفاظ بالمبيع دون الحق في إنقاص الثمن، وهو ما يتضح جلياً من خلال الفصل 556 من ق.ل.ع².

وعليه يجوز لكل واحد من المتعاقدين اللجوء إلى القضاء قصد المطالبة بإنهاء العقد الابتدائي عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه بإتمام البيع، وهو ما يستفاد من صريح الفصل 618.19 من ق.ل.ع³، خصوصاً إذا ثبت للمشتري أن عدم تسلمه للمبيع من قبل البائع كان نتيجة:

1 - من المسلم بان مسؤولية البائع المترتبة عن إخلاله بالتزامه بتسليم المبيع يتحقق في حالتين: الحالة الأولى: تتحقق بقيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري دون مراعاة مواصفات العقار التي اشترطها هذا الأخير عند التعاقد، وهذا ما يعرف بالتسليم غير المطابق. الحالة الثانية: فتتعلق بتأخر البائع في تسليم المبيع ضمن الأجل المتفق عليها سلفاً مع المشتري. - للتوسع أكثر في هذه النقطة، يراجع:

- محمد الخضراوي، " نظام بيع العقارات في طور الإنجاز في القانون المغربي " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية: 2012 – 2013، ص: 299 وما بعدها.

2 - ينص الفصل 556 من ق.ل.ع على أنه: " إذا ثبت الضمان بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة، كان للمشتري أن يطالب فسخ البيع ورد الثمن، وإذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع، لم يكن له الحق في أن ينقص الثمن. وللمشتري الحق في التعويض:

أ - إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان. ويفترض هذا العلم موجوداً دائماً إذا كان البائع تاجراً أو صانعاً، وباع منتجات الحرفة التي يباشرها.

ب - إذا صرح البائع بعدم وجود العيوب، ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجهلها بحسن نية.

ج - إذا كانت الصفات التي ثبت خلو المبيع منها قد اشترط وجودها صراحة أو كان عرف التجارة يقتضيها " .

3 - ينص الفصل 618.19 من ق.ل.ع على ما يلي: " إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين (60) يوماً ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، يحق للطرف المتضرر إما:

- فسخ العقد بقوة القانون، تطبيقاً لأحكام الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود مع حقه في التعويض المنصوص عليه في الفصل 618-14.... " .

✓ أن البائع في حالة مطل: ويكون كذلك إذا ما تأخر عن تنفيذ التزامه بتسليم العقار المبيع كلياً أو جزئياً من غير سبب مقبول¹، أما إذا كان هذا التأخر يرجع لسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه فلا مجال لإعمال الفسخ هذا وإنما ينقضي العقد لاستحالة التنفيذ².

✓ أن يكون المشتري مستعداً لتنفيذ التزامه بدفع ما تبقى من الثمن: فوجود هذا الاستعداد كاف لطلب الفسخ لأنه يعبر عن نية المشتري في استمرارية عقد بيع عقار في طور الإنجاز من خلال تنفيذه لالتزاماته الرئيسية والتي تضمن لهذا العقد وجوده الطبيعي على الأقل من جانبه (دفع الثمن) ومن ثمة يستطيع المطالبة بالفسخ إذا لم يصدر من جانب البائع ما يعبر عن هذه الإرادة (تسليم المبيع).

✓ أن يكون تنفيذ البائع بتسليم العقار مستحيلاً: لأن طلب الفسخ لا يمكن أن يرفع إلى المحكمة إلا في الحالة التي يصبح فيها تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم العقار المبيع غير ممكناً من الناحية الواقعية والقانونية، أما إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً فإن الطريق الذي يجب أن يسلكه المشتري هو المطالبة بالتنفيذ العيني لا الفسخ ما لم يكن هذا التنفيذ ممكناً في جزء منه وغير ممكن في جزئه الآخر³، حيث يثبت للمشتري في مثل هذه الحالة حق الخيار بين طلب التنفيذ أو طلب الفسخ عملاً بأحكام الفصل 259 من ق.ل.ع.

لكن أليس من حق المشتري أن يطالب البائع أو المنعش العقاري قضاء بتسليم المبيع بعد تدارك الصفات الناقصة؟

هنا يرى أحد الباحثين⁴ أن التدخل بقصد إدخال ما يلزم من الإصلاحات والتعديلات اللازمة لجعل المبيع يستجيب للمواصفات المشترطة في العقد يعد من أوجب الواجبات على البائع، على أساس أن تدارك الصفات المتخلفة يعد إحدى صور التنفيذ العيني لعقد البيع، على الرغم من عدم التنصيص التشريعي على هذه الحالة صراحة في الفصول المنظمة لضمان المبيع، وإن كانت المبادئ العامة لا تمنع صراحة القول بمثل هذا الحل احتراماً لمبدأ "إعمال العقد خير من إهماله".

1 - ينص الفصل 254 من ق.ل.ع على ما يلي: " يكون المدين في حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه

كلياً أو جزئياً بدون عذر مقبول "1.

2 - ينص الفصل 335 من ق.ل.ع على أنه: " ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مطل ".

3 - نائلة الحليني، مرجع سابق، ص: 169.

4 - عبد الحفيظ مشماش، مرجع سابق، ص: 277.

بقي أن نشير إلى أنه إذا عبر البائع عن رغبته في القيام بتدارك الصفات الناقصة للمبيع، فإنه لا يسوغ للمشتري المطالبة بالفسخ لأن تنفيذ الالتزام من طرف البائع لا زال ممكنا طبقا لمقتضيات الفصل 259 من ق.ل.ع، الذي لا يجيز فسخ العقد إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن.

المطلب الثاني: الالتزام بالضمان

يعد التزام البائع بضمان العقار المبيع من الالتزامات الأساسية التي يربتها عقد البيع بوجه عام وبيع العقار في طور الإنجاز بوجه خاص، فغاية المشتري لا تتحقق بانتقال ملكية العقار المبيع إليه، بل الانتفاع به دون أي تعرض أو استحقاق صادر من البائع نفسه أو من الغير وخاليا من أي عيب قد ينقص من قيمته.

كما أن التزام البائع لا يتوقف عند بناء العقار المبيع حسب المواصفات المتفق عليها في العقد، بل يجب بعد الانتهاء من أشغال البناء وتسليم العقار المبيع أن يكون هذا الأخير متينا وسليما.

لتوضيح ذلك، ارتأيت الحديث في هذا المطلب عن التزام البائع بضمان العقار المبيع (الفقرة الأولى)، ثم للالتزام بالضمان العشري وضمان العيوب الخفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الالتزام بضمان العقار المبيع

من المعلوم أن بائع العقار في طور الإنجاز، كما في البيع عموما، يلتزم بضمان انتفاع المشتري بالعقار المبيع انتفاعا هادئا، مما يتعين عليه الامتناع عن إتيان أي فعل من شأنه أن يشوش على المشتري أو يحرمه من استغلال واستعمال المبيع وفق الغرض المخصص له، وهو ما لا يمكن إلا من خلال التزام البائع بضمان التعرض وضمان الاستحقاق.

أولا: ضمان التعرض

التعرض بشأن المبيع الذي يضمنه البائع قد يكون صادرا منه شخصيا أو صادرا من الغير.

أ – التعرض الصادر من البائع

الأصل أن يسهل البائع للمشتري عملية الانتفاع بالشيء المبيع الأمر الذي يقتضي منه حرصا على ذلك أن يمنع كل ما من شأنه أن يعكر صفو هذا الانتفاع،

سواء بالتعرض الذي يأخذ طابعا ماديا أو تلك التي تركز على وجود حق سابق على البيع، وذلك استنادا إلى القولة الشهيرة " من امتنع عليه التعرض وجب عليه الضمان ".

• التعرض القانوني

وهو الذي يركز على وجود حق قانوني سابق كان ثابتا للبائع كالارتفاق، والانتفاع، والرهن والسطحية او غيرها من الحقوق الأخرى سواء كانت ذات طابع عيني أو شخصي، فالبائع بمجرد أن تنازل عن ملكية الشيء المبيع للطرف المشتري إلا ويسقط حقه في الاستفادة من الامتيازات التي كانت ثابتة له بمقتضى حق التملك وذلك ما لم يحصل الاتفاق على خلاف هذا الأصل¹.

ومن الصور التي توضح التعرض القائم على حق سابق للبيع أن يقوم بائع العقار المحفظ قبل أن يقيد المشتري شراؤه في السجل العقاري برفع دعوى استرجاع ملكية العقار المبيع وتثبيتها له، ومن قبيل التعرض القائم على حق لاحق للبيع أن يكون البائع قد باع ملك الغير ثم آل إليه المبيع بعد البيع بالميراث أو الوصية أو الهبة..... وفي سائر هذه الأمثلة وما شابهها يستطيع المشتري أن يدفع التعرض المبني على حق يدعيه البائع على المبيع بالتزام هذا في مواجهته بالضمان، فالقاعدة تقضي بهذا الخصوص بأن " لاضمان والاسترداد لا يجتمعان"².

• التعرض المادي

هو كل تصرف مادي من شأنه حرمان المشتري من الحيازة الهادئة، حتى لو كان هذا التعرض يستند فيه البائع إلى وجود تصرف قانوني لأنه يظل عملا ماديا يشوش على المشتري. ومن الأمثلة المضروبة في هذا السياق إقبال البائع على بيع نفس المبيع لمشتري ثان.

ب - التعرض الصادر عن الغير

1 - جميلة العماري، " الوجيز في عقد البيع - دراسة على ضوء قانون 53.05 لتبادل المعطيات القانونية بشكل إلكتروني وقانون 44.00 لبيع العقار في طور الإنجاز - " مطبعة سليكي إخوان، الطبعة الأولى 2009، ص: 93.

2 - عبد الحق صافي، مرجع سابق، ص: 348 - 349.

قد يجد المشتري نفسه في مواجهة شخص أجنبي يطالبه بحق على العقار المبيع (حق الرهن مثلا)، بحيث يكون هذا البائع ملزما بضمان تعرض الغير دفاعا ونيابة عن المشتري في تملكه لعقار المبيع.

وبالرجوع إلى ظهير الالتزامات والعقود لا نجد ما يؤكد التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، فالبائع لا يضمن التعرض الصادر من الغير إلا في حالتين، كما أشار إلى ذلك جانب من الفقه¹.

✓ كون التعرض قانونيا وليس ماديا، أي يستند على وجود حق أو ثبوت مصلحة هذا الغير.

✓ كون التعرض مرتبط بفترة ما قبل التعاقد، كحالة بيع ملك الغير إذ في هذه الحالة يمكن للمشتري الرجوع على البائع لرفع التعرض الذي آثاره الغير.

ثانيا: ضمان الاستحقاق

الاستحقاق هو حرمان المشتري من بعض حقوقه أو كلها على المبيع، نتيجة نجاح الغير في منازعة المشتري وكسبه المبيع²، هذا الضمان يجد سنده في الفصل 534 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه: " ويلتزم البائع أيضا بقوة القانون بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده، بمقتضى حق كان موجودا عند البيع...".

والاستحقاق نوعان: فإما أن يكون كليا والذي يقصد به نزع المبيع من يد المشتري لثبوت حق الغير عليه، مثل التصرف في المبيع بعد البيع لصالح شخص آخر تمكن من اكتساب ملكيته بسبب الحيازة أو بسبق تسجيله عن حسن نية، أو أن يكون جزئيا بحيث لا يستغرق الشيء المبيع كله بل جزء منه مما ينقص من انتفاع المشتري به³.

1 - عبد القادر العرعاري، " الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة " الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الرباط، الطبعة الثالثة 2011، ص: 127

2 - عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص: 171.

3 - يختلف الأمر والحكم حول ما إذا كان هذا الجزء بالغ الأهمية أو تافها، فإن كان بالغ الأهمية بحيث لم يكن المشتري ليتعاقد مع البائع لو كان عالما به، فإنه بإمكانه طلب فسخ البيع، ويطبق عندئذ حكم الاستحقاق الكلي وذلك ما جاء به الفصل 535 من ق.ل.ع الذي ينص على أن الاستحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي من الأهمية بحيث أن المشتري ما كان ليشتري بدون

الفقرة الثانية: الالتزام بالضمان العشري والعيوب الخفية

رغبة من المشرع في ضمان فعالية وصلاحية العقار المبيع في طور الإنجاز على مر الزمن، فقد رتب مجموعة من الالتزامات القانونية على البائع، فعلاقة هذا الأخير بالمشتري لا تنتهي بإتمام البناء وتسليم العقار للمشتري وضمن التعرض والاستحقاق، بل تستمر إلى ما بعد ذلك لتشمل أيضا ضمان الضمان العشري للعقار المبيع وضمن عيوبه الخفية.

فالعقار المبيع يجب أن يكون خاليا من أي عيب قد ينقص من قيمته أو صلاحيته لتأدية الغرض المرصود له، كما يجب أن يكون - العقار المبيع - متينا وسليما.

أولا: الضمان العشري للعقار المبيع

إن السرعة في إنجاز المباني قد تؤدي أحيانا إلى جعل البناء غير متين، الأمر الذي جعل المشرع المغربي لا يخضع مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء إلى القواعد التي تحكم المسؤولية بوجه عام، سواء العقدية منها أو التقصيرية، بل حملها مسؤولية أخرى تعرف بالمسؤولية العشرية أو الضمان المعماري¹.

وقد تطرق المشرع المغربي للضمان العشري للعقار المبيع في الفصل 769 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "المهندس المعماري أو المقاول المكلفان مباشرة من رب العمل يتحملان المسؤولية إذا حدث خلال العشر سنوات التالية لإتمام البناء أو غيره من الأعمال التي نفذها أو أشرفا على تنفيذها إن انهار البناء كليا أو جزئيا، أو هدهد خطر واضح بالانهيار بسبب نقص المواد أو عيب في طريقة البناء أو عيب في الأرض....".

ذلك الجزء. ويسري نفي الحكم إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع.

وللمشتري المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا كان حسن النية، أما إذا كان الاستحقاق الجزئي تافها أو مما يتسامح عليه عرفا وعادة، فإنه لا يستوجب الضمان مع تقدير المحكمة جسامة الضرر بالنسبة للمشتري. وعند ثبوت الاستحقاق للمشتري أن يرفع دعوى يطالب من خلالها بحقه في الانتفاع التام بالمبيع، وله في ذلك أن يدخل البائع في الدعوى وذلك بعد إعلامه، أما إذا فضل المشتري مواجهة الغير بمفرده، فليس له الرجوع على البائع في حالة فقدانه المبيع كلا أو جزءا، وذلك ما أشار إليه الفصل 537 من ق.ل.ع.

1 - للتوسع أكثر في هذه النقطة، يراجع:

- نائلة الحليمي، مرجع سابق، ص: 244 وما بعدها.

- محمد الخضراوي، مرجع سابق، ص: 424 وما بعدها.

فانتقال ملكية العقار، بعد تمام تشييده، إلى المشتري باعتباره خلفا خاصا لرب العمل (البائع) يفرض بالضرورة انتقال الضمان الخاص بهذا المبنى إلى مشتريه، تناسبا مع موجبات حماية الطرف الضعيف وخصوصيات مجال البناء والعمران.

وبالتالي، يستطيع المشتري أن يرجع بالضمان على المهندس أو المقاول إذا تهدم البناء أو ظهر فيه عيب بعد انتقال الملكية إليه، ولكن قبل انقضاء مدة العشر سنوات التي يقوم خلالها الضمان¹.

وإذا كان المشرع المغربي سكت عن تنظيم مسألة انتقال الحق في الضمان من البائع إلى المشتري²، عند وضعه القانون المنظم لبيع العقارات في طور الإنجاز، فإن القواعد العامة تعطي المشتري الحق في هذا الضمان، استنادا إلى قواعد الاستخلاف المنصوص عليها في الفصل 229 من ق.ل.ع³، اعتبارا لكون المشتري خلفا خاصا للبائع.

فالضمان المقرر في الفصل 769 من ق.ل.ع قابل للانتقال بانتقال ملكية العقار المبيع التي تستتبع انتقال كافة التوابع والملحقات المتعلقة به، لأن الضمان يعتبر تابعا للبناء وينتقل معه ما لم ينص العقد على خلاف ذلك⁴.

وما دام الضمان العشري يعد في الأصل من الحقوق للصيقة بالعقار وليس بشخص رب العمل، فهذا يعني إمكانية انتقاله إلى الخلف الخاص (المشتري) لرب العمل في حالة انتقال العقار إليه بالبيع.

وبهذا يكون للمشتري في بيع العقار في طور الإنجاز دعويين:

1 - محمد حسن منصور، "المسؤولية المعمارية، أنواع المسؤولية - أنواع المسؤولية - جرائم البناء - تعيب البناء - التصدع والانهدام - الحوادث أثناء وبعد التشييد" دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص: 85.

2 - علي الرام، مرجع سابق، ص: 278 - 279.

3 - يقضي الفصل 229 من ق.ل.ع في فقرته الأولى بأنه: "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به...".

4 - محمد زيلاجي، "دعوى الضمان العشري دعوى انتقالها إلى الخلف الخاص، المشتري نموذجا" مجلة المناظرة، العدد 7، 2002، ص: 9 - 10.

الأولى: ضد البائع طبقا للقواعد العامة بالنسبة لضمان العيوب الخفية في العقار المبيع في حدود الضمان وشروطه.

والثانية: ضد المهندس والمقاول طبقا للقواعد الخاصة بالضمان العشري¹، أي أنه يمكن لمن انتقلت إليه ملكية العقار الذي بيع في طور البناء أن يرفع دعوى مباشرة ضد أجراء الصنعة كالمقاول والمهندس المعماري، بناء على قاعدة انتقال دعوى الضمان مع أصل الملكية للمشتري.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن الحديث عن جدوى الضمان العشري لببيع العقار في طور الإنجاز إلا بتحقق شروط موضوعية² وأخرى شكلية³.

لكن ربما يتساءل البعض حول إمكانية تصور تضمين العقد بعض البنود المعدلة للضمان العشري، كالتشديد فيه مثلا أو التخفيف من حدته؟.

إن الضمان العشري هو من النظام العام، لكن يجوز الاتفاق على تمديد ذا الضمان إلى خارج النطاق المحدد له قانونا، بتمديد مدته لأكثر من 10 سنوات⁴ أو بالاتفاق على أن يكون المهندس كفيلا للمقاول....

أما فيما يتعلق بالتخفيف من حدة الضمان العشري أو الإعفاء منه، فأعتقد أن هذا ليس ممكنا، فأمام خطورة المسؤولية الحرفية للمعماريين، فإن معظم التشريعات

-
- 1 - علي الرام، مرجع سابق، ص: 279 - 208.
 - 2 - لعل أهم الشروط الموضوعية التي يتعين توفرها لإعمال الضمان العشري في إنتاج آثاره ما يلي:
 - 1 - ببناء عقار أو غيره من أعمال البناء الأخرى.
 - 2 - أن تتعرض هذه المباني للانحيار كليا أو جزئيا.
 - 3 - لعل أهم الشروط الشكلية التي يجب على المدعي مراعاتها في دعوى الضمان العشري هو شرط المدة، بحيث أن مسؤولية المقاول أو المهندس المعماري لا تشمل سوى العيوب التي تعتري العقار من خلال مدة العشر سنوات اللاحقة لإتمام البناء، في حين يكون المشتري ملزما برفع دعوى الضمان العشري داخل أجل 30 يوما من ابتداء من تاريخ اكتشاف العيب الموجب للضمان وذلك تحت طائلة الدعوى.
 - للتوسع في هذه الشروط، يراجع:
 - محمد الخضراوي، مرجع سابق، ص: 450 وما بعدها.
 - الحسين اسديو، مرجع سابق، ص: 91 وما بعدها.
 - 4 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 982 الصادر بتاريخ 23/7/1930 دون ذكر باقي البيانات، أورده:
 - إسماعيل حنيوي، مرجع سابق، ص: 87.

المدنية بما في ذلك القانون المغربي¹ قد حذرت من الاتفاق مقدما على الإعفاء من الضمان العشري أو التخفيف منه لكونه يشكل الحد الأدنى الذي لا يمكن النازل عنه.

ثانيا: ضمان العيوب الخفية

يعتبر ضمان العيب الخفي من الضمانات التي حضيت باهتمام بالغ من طرف المشرع، وذلك حماية لطبقة المشتريين حتى يقبلون على إبرام هذا النوع من العقود دون خوف أو ارتباك، حيث خصص له 27 فصلا من 549 إلى 575 من ق.ل.ع.

بداية نشير إلى أن المشرع المغربي لم يعمل على تحديد العيب الخفي في عقد البيع عموما، وبيع العقار في طور الإنجاز خصوصا، بل اقتصر فقط على تعداد العيوب التي تستوجب هذا الضمان²، سالكا بذلك مسلك التشريعات المقارنة³.

ولكي يضمن البائع العيوب الخفية التي تلحق المبيع لا بد من توافر مجموعة من الشروط وهي⁴:

- أن يكون العيب خفيا.
- أن يكون مؤثرا.
- أن يكون قديما.
- أن يجهله المشتري.

1 - ينص الفصل 772 من ق.ل.ع على ما يلي: " يبطل كل شرط موضوعه إنقاص أو إسقاط ضمان أجير الصنع لعيوب صنعه، وعلى الأخص إذا كان قد أخفى عن قصد هذه العيوب، أو كانت هذه العيوب ناشئة عن تفريطه الجسيم ".

2 - نص الفصل 549 من ق.ل.ع على أنه: " يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، وتلك التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان.

ويضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري " .
3 - نذكر على سبيل المثال:

- القانون المدني الفرنسي في المادة 1641.

- القانون المدني المصري في المادة 447.

- القانون المدني الجزائري في المادة 379.

4 - للتوسع أكثر في هذه الشروط، يراجع:

- جميلة العماري، مرجع سابق، ص: 101 وما بعدها.

وحتى تتحقق هذه الضمانة، يجب على المشتري سلوك دعوى الضمان باعتبارها الوسيلة الناجعة والقانونية لحمايته عند تحقق العيب الخفي، التي نص المشرع على ضرورة توفرها على شرطين هامين هما¹:

- ضرورة الإخطار بوجود العيب أو تخلف الصفة وإثباته².
- ضرورة احترام الأجل القانوني لدعوى الضمان³.

وعليه، ففي حالة ثبوت عيب المبيع بعد نقل ملكيته للمشتري، فإن الأمر لا يخرج عن حالات ثلاث إما⁴:

- 1 - الحكم بفسخ البيع واسترداد الثمن.
- 2 - الحكم بإنقاص الثمن مع الاحتفاظ بالمبيع.
- 3 - التنفيذ العيني لعقد البيع.

خاتمة:

في الأخير لا يسعنا القول أن القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز يصب في خاتمة اقتناع المشرع بأهمية البيع الوارد على العقارات في طور البناء الذي يساهم

1 - للتوسع أكثر في هذه الشروط، يراجع:

- نائلة الحليمي، مرجع سابق، ص: 220 وما بعدها.

2 - نص المشرع المغربي على هذا الشرط بمقتضى الفصل 533 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: " الالتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع ".

3 - نص المشرع المغربي على هذا الشرط بمقتضى الفصل 573 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: " كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية، وإلا سقطت:

بالنسبة إلى العقارات، خلال 365 يوما بعد التسليم.

بالنسبة إلى الأثياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553.

ويسوغ تمديد هذه الأجل أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب ".

4 - للتوسع أكثر في هذه الشروط، يراجع:

- جميلة العماري، مرجع سابق، ص: 107 وما بعدها.

- نائلة الحليمي، مرجع سابق، ص: 161 وما بعدها.

- محمد الخضراوي، مرجع سابق، ص: 339 وما بعدها.

في تنشيط الحركة الاقتصادية بتشجيع المقاولين والمنعشين العقاريين على الاستثمار في المجال المعماري وتمكين المستفيدين من المنتج العقاري بأداء أقساط شهرية أو دورية تتناسب وأوضاعهم المادية.

فمن خلال هذا، فالقانون 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز عمل على حماية المشتري أثناء وبعد إبرام العقد الابتدائي، وحتى بين المدة الفاصلة بين هذا العقد والعقد النهائي، وعمل أيضا على حمايته بعد إبرام العقد النهائي عن طريق القواعد العامة المتعلقة بالضمان.

وفي الأخير يمكن القول إن تنزيل قواعد القانون الجديد رقم 107.12 على مستوى الواقع العملي هو المحدد حول ما إذا كانت هاته التعديلات أو المستجدات التي أتى بها كافية لتفعيل المقترضات المتعلقة ببيع العقار في طور الإنجاز أم أن هذا التعديل سيحتاج بدوره إلى تعديل؟

الحماية الجنائية للطفل ضحية العنف الجنسي

ذة. حنان مغيرو

باحثة بسلك الدكتوراه-عدالة جنائية-

الكلية متعددة التخصصات - تازة

جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس

ملخص:

ارتبطت جريمة العنف الجنسي ضد الطفل بوجود الغير، وقد عملت مختلف التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية على تجريمها ومن بينها التشريع الجنائي المغربي من خلال قانونه الموضوعي والإجرائي. وتجريم هذا الفعل يأتي في سياق تعزيز الحماية القانونية – الجنائية للطفل كونه يندج في خانة الفئات الضعيفة على مستوى البنية الجسمية والعقلية.

تتباين العقوبة الجنائية بحسب ما إذا كان الجاني من ذوي القرابة أو ممن لهم سلطة الولاية أو الوصاية على الطفل، على اعتبار أنهم من يفترض فيهم في المقام الأول أن يعملوا على حماية الطفل. وعليه نجد أن المشرع المغربي عمل على تخويل النيابة العامة كوكيلة عن المجتمع اتخاذ تدابير حمائية للطفل ضد كل أشكال الاستغلال والإعتداء الجنسي.

الكلمات المفتاحية: الطفل – اعتداء جنسي – قاصر – هتك عرض – اغتصاب – عنف - ضحية – استغلال.

Summary :

The crime of sexual violence against the child has been linked to the existence of the human being and various international, regional and national legislation has criminalized it, including Moroccan criminal legislation, both through objective and procedural law. The criminalization of this act comes in the context of strengthening the legal-criminal protection of the child, as it particularly affects vulnerable groups at the level of physical and mental structure.

Criminal punishment varies according to whether the perpetrator is a relative or who has the authority to guardianship or guardianship of the child, as they are the ones who are supposed to be primarily working to protect the child. Accordingly, we find that the Moroccan legislator has endeavored to authorize the Public Prosecution as an agent of society to take protective measures for children against all forms of sexual exploitation and abuse.

Key words : child - sexual assault - a minor - indecent assault - rape - violence - victim - exploitation.

مقدمة:

عرف المغرب في الفترة الأخيرة حركية تشريعية حقوقية ذات بعد اجتماعي، همت التركيز على تكريس الحماية القانونية-الجنائية للفئات الأكثر عرضة للعنف¹ والإعتداءات-كالمرأة وذوي الاحتياجات الخاصة والطفل².

1 - وقد اختير مصطلح العنف في هذا السياق للتعبير عن جميع أشكال إيذاء الأطفال، على النحو الوارد في الفقرة 1 من المادة 19، تماشياً مع المصطلحات المستخدمة في دراسة الأمم المتحدة لعام 2006 بشأن العنف ضد الأطفال، على أن العبارات الأخرى المستخدمة لوصف أنواع الإيذاء (الضرر، والإساءة، والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، وإساءة المعاملة، والاستغلال) تحمل الدلالة ذاتها. وكثيراً ما يُفهم مصطلح العنف في اللغة المتداولة على أنه لا يعني سوى الإيذاء البدني أو الإيذاء المتعمد. غير أن اللجنة تؤكد بشدة على أن اختيار مصطلح العنف في هذا التعليق العام لا يجب أن يُفسر بأي شكل من الأشكال على أنه يقلل من تأثير أشكال الإيذاء غير المادي أو غير المتعمد ومن ضرورة التصدي لها (ومنها على سبيل المثال لا الحصر الإهمال وإساءة المعاملة النفسية). حق الطفل في التحرر من جميع أشكال العنف، لجنة حقوق الطفل، اتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة، التعليق العام رقم 13(2011)، CRC/C/GC/13، ص: 4.

2 - عرفت اتفاقية الطفل لسنة 1989 هذا الأخير باعتباره محل هذه الجريمة -العنف الجنسي-، بكونه: «كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه. وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع الجنائي المغربي من خلال المادة 458 من ق.م.ج المغربي، إذ عرف كغيره من التشريعات "يعتبر الحدث الذي يتجاوز سن اثنتي عشرة سنة وإلى غاية بلوغه ثمتن عشر سنة".

لم يضع المشرع المغربي أي تعريف للطفل شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات المقارنة، وإيماناً منه بعدم صمود التعاريف مع تعاقب الأيام والسنين ترك أمر تعريف الطفل للفقهاء بشئى مشاربه وتوجهاته، غير أنه في المقابل نجد أن المشرع المغربي وظف العديد من المرادفات للطفل ومنها الوليد (المادة 469 من القانون الجنائي) ثم جمع بين الطفل والوليد في (المادة 370 من القانون الجنائي) كما جمع بين الطفل والصغير في المادة (المادة 327 من القانون الجنائي) واستعمل الذي بلغ سن التمييز (المادة 218 من مدونة الأسرة) واستعمل كذلك مصطلح الحدث في القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية ومدونة الشغل والقانون المتعلق بتسيير المؤسسات السجنية. ولعل الجامع والموحد بين كافة هاته التسميات أو المصطلحات التي ألبسها المشرع المغربي للطفل هو عدم تجاوزها لسقف عمري حدد في 18 سنة، مما

وتنطلق هذه الحماية من مدونة الأسرة من خلال تطبيق وتمتع الطفل بالحقوق المعترف بها له، وصولاً إلى النصوص الجزرية التي تعاقب منتهكي حياة وسلامة الطفل في نفسه وجسده وعرضه.

ويعرف العنف على أنه يعني "كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية، والإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال وإساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية"، على النحو الوارد في الفقرة 1 من المادة 19 من اتفاقية الطفل لسنة 1989. أما مفهوم العنف الجنسي فينسحب إلى كل إساءة تستهدف الطفل في حرمة جسده سواء بمساس أعضاء التناسلية أو بممارسة أفعال شاذة ومخلة بالحياة على الطفل.

هذا ويمثل العنف الجنسي¹ واحداً من أقدم الاعتداءات التي تستهدف الطفل في عرضه وحرمة جسده، والتشريعات الجنائية المعاصرة بمختلف مرجعياتها عملت على تجريم الاعتداء الجنسي ضد الطفل بل وتضع هذا الأخير ضمن أولى أولياتها عند تنفيذ سياستها الجنائية، وذلك من منطلق كون هذه الفعل الشنيع يستهدف الطفل كفة ضعيفة، مما يؤثر على صحته العقلية والنفسية والجسدية وأثاره تكون جد وخيمة على مستقبله وتنشئته السليمة .

والواقع يظهر على أنه من أكثر أنواع العنف شيوعاً² حيث تتعدد أشكاله ومظاهره، فلم يعد حكراً على الغرباء بل أصبح الطفل يتم الاعتداء عليهم من قبل

يقوم دليلاً على توطيد المشرع المغربي للرؤية الشمولية والكونية والمتساوية لهاته الفئة ذكورا وإناثا، مغاربة وأجانب، مقيمين وعابرين ولاجئين أو مهاجرين غير مرفقين منحدرين من علاقة شرعية أو غير شرعية. انظر الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مديرية الشؤون الجنائية والعفو، وزارة العدل، سنة الإصدار 2010، الرباط، المملكة المغربية، ص: 53-54.

1 - عرف المشرع الجنائي فعل العنف وعدد حالاته على سبيل الحصر في القانون 103.13 المتعلق بمكافحة العنف ضد المرأة، والصادر بموجب الظهير الشريف رقم 19.18.1 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 (23 جمادى الآخرة 1439) (12 مارس 2018)، ص: 1449. إلا أنه ربطه بالمرأة لكون القانون جاء بشكل حصري لمكافحة العنف ضد المرأة وإن كان تناول في مضمونه العنف الواقع على الطفلات أقل من ثمان عشرة سنة، وعليه يمكن إسقاط هذا التعريف على أي فئة عمرية ذكرها كان أو أنثى. إذ نصت المادة الأولى من أجل تطبيق أحكام هذا القانون، يراد بالعنف الجنسي: كل قول أو فعل أو استغلال من شأنه المساس بحرمة جسد المرأة لأغراض جنسية أو تجارية، أيا كانت الوسيلة المستعملة في ذلك.

2 - ومن جهة أخرى فقد شهد عدد قضايا العنف ضد الأطفال زيادة متوسطة، حيث تم تسجيل 7263 اعتداء سنة 2018، مقابل 5980 اعتداء سنة 2017. وقد بلغ عدد الأطفال الذين تعرضوا سنة 2018 لاعتداءات: 7031 طفلاً، متجاوزاً الرقم المسجل في سنة 2017 حيث بلغ عدد الأطفال ضحايا

أقرب المقربين 1 من الأسر والأهل والذين هم أولى الناس برعايته والذين يتعين عليهم واجب حمايتهم، علما بأن فئة الفتيات هن الأكثر تعرضا لهذه الجريمة بسبب نوعهن². وإدراكا لذلك، فقد اهتم المجتمع الدولي بتوفير حماية للطفل ضحية العنف

الاعتداءات 5951. انظر تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، ص : 221.

1 - إذ يتضح من مجموع الاحصائيات التي أدرجها تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة لسنة 2018، أن العنف الجنسي يحتل مكانة متقدمة في الأشكال الجرمية التي يتعرض لها الأطفال، حيث سجل أكثر من 2500 اعتداء جنسي ضد قاصرين معظمها باستعمال العنف. هذا وتمثل نسبة المعتدين المنتمين إلى عائلة الطفل الضحية 20,63، وتمثل الاعتداءات التي يقوم بها الأب الحيز الأكبر منها (80% من مجموع الاعتداءات المرتكبة من طرف الأقارب والمقربة في 1499 اعتداء المرتكبة من طرف الأقارب). وفي الوقت الذي لا تشكل فيه الاعتداءات المنسوبة للمدرسين وأرباب العمل والنواب القانونيين سوى أقل من 1% (0,58%)، فإن 78% من مجموع الإعتداءات على الأطفال يرتكبها أشخاص أجانب عن عائلة الطفل. تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، ص : 218-219.

2 - تمثل نسبة الفتيات المعتدى عليهن 66,4% (4666 طفلة)، مقابل 33,6% من الأطفال الذكور (2365 طفلا) كما يتضح ذلك من خلال الإحصائيات الرسمية التي تضمنها تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018. انظر تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018، ص : 221.

الجنسي من خلال إفراده بالعديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية¹، فضلا عن إقراره من قبل عدة مؤتمرات دولية.²

والمشرع الدستوري المغربي في سياق ملائمة قوانينه مع التزاماته الدولية عمل على دسترة حماية الطفل من خلال دستور المغرب لسنة 2011³ إذ نص في المادة 32 على أن الدولة "تسعى إلى توفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية"، مع مراعاة المصلحة الفضلى⁴ للطفل سواء كان ضحية أو جانحا. إلا أنه وعلى الرغم

1 - جاء إعلان حقوق الطفل في 1959 الذي صادقت عليه 78 دولة عضو في المنتظم الأممي ليؤكد خصوصية حقوق الطفل مقارنة بحقوق الإنسان العادية وتميزه عنها ببعض الحقوق الإضافية مراعاة لسنه ووضع داخل أسرته وداخل مجتمعه.

تُلزم اتفاقية 1989 حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نونبر 1989، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 2 دجنبر 1990، وفقا لأحكام المادة 49. وقام المغرب بإيداع أدوات التصديق في 21 يونيو 1993 حيث صادق عليها بظهير رقم 4-93-3 الصادر في 14 يونيو 1993، ودخلت حيز النفاذ وطنيا في 21 يوليوز 1993 وصدرت في الجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996)، التابعة للأمم المتحدة، وهي أكثر صكوك حقوق الإنسان المعترف بها عالمياً والتي تنص على ضمانات حقوق الإنسان الخاصة بالطفل، إذ تحث الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير التشريعية والإدارية والقضائية والتعليمية المناسبة لحماية الطفل من جميع أشكال الاعتداء الجنسي (المادة 19). ويتلخص مضمون الاتفاقية كأحد أهم الاتفاقيات العالمية المتخصصة في حقوق الطفل، والتي تسعى من خلال موادها إلى تكريس الحد الأدنى الذي ينبغي أن يتمتع به الطفل من الحماية وفقا لمضامينها.

كما تم إقرار بروتوكول اختياري بشأن بيع ودعارة واستخدام الأطفال في الأعمال الإباحية في ماي 2000، وقد دخل البروتوكول حيز التنفيذ في يناير 2002. وفي الوقت الذي تؤكد فيه الاتفاقية على حظر الاستغلال الجنسي، يؤكد البروتوكول على اعتبار دعارة الأطفال واستخدام الأطفال في الأعمال الإباحية جريمة. اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 25 ماي 2000، بموجب قرار رقم 54/264 تاريخ بدأ النفاذ 18 يناير 2002. وتم التوقيع عليه من طرف المغرب في 8 شتنبر 2000 بنيويورك على هامش القمة الألفية التي انعقدت ما بين 6 و 8 شتنبر بمقر الأمم المتحدة، وثيقة الأمم المتحدة .

A/RES/54/263

2 - أما بخصوص المؤتمرات الدولية فقد انعقد أول مؤتمر لمناهضة الاستغلال الجنسي في ستوكهولم بالسويد من 27 إلى 31 غشت سنة 1996، كما تم في يوكوهاما باليابان عقد المؤتمر العالمي الثاني لمكافحة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال² في الفترة ما بين 17 إلى 20 دجنبر 2001.

3 - صدر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص: 3600.

4 - غالبا ما نستعمل عبارة "المصلحة الفضلى" عندما تكون هذه المصلحة مهددة سواء داخل أسرته أو محيطه الاجتماعي، أو يكون الحدث طرفا في علاقة قانونية لا يمكنه تقدير حجم مصلحته سواء بالنفع أو بالضرر، ويكون بمعزل عن والديه أو الوصي عليه أو القاضي أحيانا. انظر محمد العمري : حماية المصلحة الفضلى للحدث في التشريع الجنائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2014-2015 ص :

9.

من خطورة فعل العنف الجنسي على الطفل نجد اهتمام وتركيز المشرع المغربي ينصب في غالب الأحيان حول الحدث الجانح عكس الطفل الضحية. وبما أن طبيعة هذه الاعتداءات تقتضي منا الإلمام بمختلف الجرائم ذات الصلة بالاعتداءات الجنسية، فهو ما يفرض علينا الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك حتى يتسنى لنا الإحاطة بالموضوع في مختلف مظاهره، حيث أن البحث سوف ينصب على استعراض النصوص القانونية-التجريمة والعقابية- وتحليلها ووصف الظاهرة الإجرامية بمختلف تجلياتها وأبعادها، مع استحضار المنهج المقارن من خلال القانون الجنائي الفرنسي الذي سنعمل على مقارنة مضامين النصوص الجنائية المغربية الموضوعية والمسطرية معه في سياق إبراز مكامن قصور النصوص الجنائية الوطنية، وذلك سعياً لمواكبة المستجدات الواقعية والقانونية التي يطرحها موضوع هذه الورقة البحثية .

و عليه فالموضوع يطرح إشكالية جوهرية مفادها : **ما نوع الحماية التي يقرها المشرع المغربي للطفل ضحية العنف الجنسي؟.**

هذا وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية أبرزها:

✓ بأية مقاربة تعاطى المشرع الجنائي المغربي مع جرائم العنف الجنسي التي تمس الطفل؟

✓ وأي دور تلعبه النيابة العامة كوكيلة عن المجتمع في حماية الطفل ضحية العنف الجنسي؟

✓ ما مدى كفاية الآليات التي أتاحتها القانون المغربي للطفل ضحية العنف الجنسي؟

✓ وهل يتم تمكين الطفل ضحية العنف الجنسي من آليات إعادة التأهيل؟

✓ في ظل كل الجهود المبذولة على المستوى الوطني إلا أن الاحصائيات الرسمية تشير إلى تصاعد مستمر وبشكل ملفت للإعتداءات الجنسية ضد الطفل، فأين يكمن الخلل؟

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية والتساؤلات المتفرعة عنها، ارتأينا الاعتماد على التصميم التالي وفق منهجية علمية أكاديمية، إذ سنتطرق في (المحور الأول) لمعرفة واقع الحماية الجنائية للطفل ضحية العنف الجنسي في التشريع المغربي، أما (المحور الثاني) فقد خصصناه لرصد محدودية السياسة الجنائية لجرائم الاعتداء الجنسي على الطفل.

المحور الأول:

دور السياسة الجنائية في حماية الطفل ضحية العنف الجنسي

لطالما كان هدف وجود القانون الجنائي هو تحديد الأفعال والنواهي المعاقب عليها¹ وذلك من خلال تحكمه في الواقعة الإجرامية من حيث التجريم والعقاب. لذا عمل المشرع الجنائي المغربي على إيراد مختلف الجرائم الماسة بالآداب العامة في الفرع السادس من مجموعة القانون الجنائي وعنونه بـ "انتهاك الآداب" من الباب الثامن المتعلقة بالجنابات والجنح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة باعتبارها جرائم تمس بالأخلاق من جهة، وبالأسرة كنواة للمجتمع من جهة أخرى.

لذا نجد بأن المشرع الجنائي المغربي جرم مختلف الأفعال الماسة بكرامة وحرمة جسد الطفل من مختلف الانتهاكات التي يمكن أن يتعرض لها. وتبقى من أشد وأخطر الإنتهاكات والإعتداءات الجنسية الممارسة على الطفل الإغتصاب الممارس على الطفلة (أولا)، وهتك عرض الطفل؛ يستوي في ذلك الذكر والأنثى (ثانياً)، إضافة إلى التحرش الجنسي(ثالثاً). وعليه سنعمل على رصد كل من اختيارات السياسة التجريبية والعقابية لهذه الجرائم.

أولاً : جريمة الاغتصاب:

جرم المشرع الجنائي المغربي هذه الجريمة من خلال الفصل 486 من م.ق.ج، وعرف هذا الفعل – الإغتصاب- بأنه : " موقعة رجل لامرأة بدون رضاها"، غير لأن الفصل المذكور أضاف في الفقرة الثانية منه حالة الطفلة موضوع الدراسة في علاقة بالإعتداء الجنسي عليها، وهو ما عبر عنه الفصل صراحة حينما نص : "بأنه إذا كان سن المجني عليها تقل عن ثمان عشرة سنةفإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة".

وإذا كان المشرع اعتد بعنصر انعدام رضى المجني عليها، فإنه في حالة الطفلة القاصر لم يأتي على ذكر عنصر الرضى، مما يمكن القول معه بأن رضى الضحية -الطفلة القاصر - غير معتد به وذلك لكونها لم تصل بعد لسن الرشد القانوني الذي يوجب التمييز والمساءلة، علماً بأن هذه الجريمة تستهدف بشكل أساسي وحصري الأنثى فقط.

1 - أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثانية، 1422هـ-2002م، ص: 67.

وعليه، فقد عاقب المشرع الجنائي المغربي هذه الجريمة من خلال الفصل 486 من ق.ج، بالسجن من خمس إلى عشر سنوات. غير أنه إذا كانت سن المجني عليها تقل عن ثمان عشرة سنة أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف في قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة¹. إلا أن المشرع الجنائي شدد العقوبة في حال كان هناك افتضاض (المادة 488 من ق.ج¹) أو إذا كان المعتدي من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليها أو غيرها من الحالات التي نصت عليها (المادة 487 من ق.ج)²، وذلك نظرا لكون وقع هذا الفعل الشنيع على قاصرة تكون آثاره جد وخيمة جسديا ونفسيا واجتماعيا. وانطلاقا من الفصول المذكورة أعلاه فهذه الجريمة -الإغتصاب- تستهدف الفتيات فقط، ولا يتصور تعرض الأطفال الذكور لها.

ثانيا : جريمة هتك العرض:

لم يعمل المشرع الجنائي المغربي على تعريف جريمة هتك العرض على غرار جريمة الاغتصاب، وإنما اكتفى فقط بتجريمه لها من خلال الفصيلين 484-485 من م.ق.ج، وعليه يمكن القول واستنادا إلى الفصيلين بأنه فعل شاذ منافي للأداب والأخلاق ومخل بالحياء، ويكون بالإعتداء على جسد الضحية وذلك باستهداف عرضه وشرفه جنسيا ويستوي في ذلك أن تكون الضحية ذكرا أو أنثى، ولا يشترط فيه تحقق الاتصال الجنسي الكامل كما هو الأمر في جريمة الاغتصاب.

1 - الفصل 488 في الحالات المشار إليها في الفصول 484 إلى 487، إذا نتج عن الجريمة افتضاض المجني عليها، فإن العقوبة تكون على التفصيل الآتي:

- السجن من خمس إلى عشر سنوات، في الحالة المشار إليها في الفصل 484.
 - السجن من عشر إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 485.
 - السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 485.
 - السجن من عشر إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 486.
 - السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 486.
- على أنه إذا كان الجاني أحد الأشخاص المشار إليهم في الفصل 487، فإن الحد الأقصى المقرر للعقوبة في كل فقرة من فقراته يكون هو العقاب.

2 - الفصل 487 إذا كان الفاعل من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليها أو وصيا عليها أو خادما بالأجرة عندها أو عند أحد من الأشخاص السالف ذكرهم، أو كان موظفا دينيا أو رئيسا دينيا، وكذلك أي شخص استعان في اعتدائه بشخص أو بعدة أشخاص فإن العقوبة هي:

- السجن من خمس إلى عشر سنوات، في الحالة المشار إليها في الفصل 484.
- السجن من عشر إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 485.
- السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 485.
- السجن من عشر إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 486.
- السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 486.

وللقول بجريمة هناك العرض لا بد أن تكون الضحية قاصر أي يقل سنه(ها) عن ثمانية عشر سنة طبقا لمقتضيات الفصل 484 من م.ق.ج، وبمفهوم المخالفة إذا وقع هذا الفعل على غير قاصر أي بين شخصين راشدين وبدون عنف، فإن الأمر لن يكيف على أنه هناك عرض وإنما يدخل ضمن خانة الشذوذ الجنسي إذا كان معا من نفس الجنس، في حين يعتبر فسادا إذا كان من جنسين مختلفين، على أن لا يكون الشخص الراشد من ضمن الحالات التي أتى على تعدادها الفصل المذكور بشكل حصري¹.

حاول المشرع الجنائي المغربي ردع الجناة من خلال انتهاجه لسياسة عقابية تكاد تكون صارمة من خلال العقوبة التي أفردها لجريمة هناك عرض قاصر حيث عاقب على ارتكاب هذه الجريمة بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات²، وتصيح هذه العقوبة مشددة في حال استعمال العنف ضد قاصر وترتفع إلى السجن من خمس إلى عشر سنوات³. علما بأن المشرع الجنائي شدد العقوبة إذا كان الفاعل من أصول الضحية أو من الحالات التي أتى على تعدادها الفصل 487 من م.ق.ج، أو في حال إذا كان هناك افتضاض حسب منطوق الفصل 488 من م.ق.ج.

ثالثا : جريمة التحرش الجنسي:

عمل المشرع الجنائي المغربي على سد الفراغ التشريعي المتعلق بالتحرش الجنسي⁴، حيث جرم هذا الفعل في الفصل 503.1 من القانون الجنائي، غير أنه لم يوضح ما إذا هذا التحرش موجها إلى الطفل أم لا، إذ أنه اكتفى فقط بعبارة "كل من استعمل ضد الغير".

فمن خلال قراءة هذا الفصل يتضح أن المشرع المغربي لم يعرف التحرش الجنسي وإنما اكتفى فقط بتعداد بعض أساليب ارتكاب هذه الجريمة كالأوامر أو التهديدات أو وسائل الإكراه التي قد يستعين الجاني في تنفيذها بالسلطة التي تحولها

1 - الفصل 484 من م.ق.ج : "عاجز أو معاق أو شخص معروف بضعف قواه العقلية سواء كان ذكرا أو أنثى".

2 - الفصل 484 من القانون الجنائي المغربي.

3 - الفصل 485 من القانون الجنائي المغربي.

4 - التحرش الجنسي في مضمونه يشكل خطوة أولية تتمثل في أفعال مجرمة إذا بلغ المتحرش مقصده من خلالها، امتد أثرها إلى جرائم ماسة بالعرض والآداب كهتك العرض، الإغتصاب، زنا المحارم، وتحريض القصر على الدعارة. انظر إكرام مختاري : جريمة التحرش الجنسي من منظور القانون الجنائي المغربي -دراسة مقارنة-، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 09، 2015، ص: 248.

له مهامه أو وظيفته. عكس المشرع الفرنسي¹ الذي قام بتعريف جريمة التحرش الجنسي في قانون العقوبات الفرنسي الجديد في المادة 222 بأنه : "الفعل الذي يقع

1 - يعتبر التشريع الفرنسي أول تشريع على الصعيد الأوروبي يجرم ويعاقب على التحرش الجنسي، فقد كان أول نص تشريعي يعاقب على التحرش الجنسي في الأماكن المغلقة، وتحديدًا أماكن العمل سنة 1992، والذي دخل حيز التنفيذ سنة 1994 في الفصول من 222 إلى 233 منه بأنه : "عملية التحرش بالغير باستعمال أوامر وتهديدات أو إكراه من أجل الحصول على خدمات ذات طبيعة جنسية لفائدة شخص يستغل السلطة التي تخولها له صلاحياته"، إلا أن هذا الفصل تعرض للإنتقاد فتم تغييره وتتميمه بالفصل 222-33 "بأنه التعرض لشخص ما بشكل متكرر سواء بألفاظ أو أفعال تحمل إيحاءات جنسية أو تسبب أذى معنويًا نظرًا لطبيعتها المنحطة أو الجارحة أو تضع هو أو هي في موقف محرج أو عدائي أو دفاعي. انظر حسن عزوزي : جريمة التحرش الجنسي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فاس، السنة الجامعية : 2015-2016، ص: 7.

Article 222-33 : Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

L'infraction est également constituée :

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition.

II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :

- Sur un mineur de quinze ans ;
- Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;
- Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ;
- Alors qu'un mineur était présent et y a assisté ;

من خلال التعسف في استعمال السلطة باستخدام الأوامر، والتهديدات أو الإكراه بغرض الحصول على منفعة أو امتيازات أو مزايا ذات طبيعة جنسية¹.
فالمشرع الجنائي الفرنسي عزز مكافحة العنف الجنسي ضد الأطفال من خلال العمل على تعديل قوانينه الجنائية² سنة 2018، خاصة المقترحات المتعلقة بمعاقبة الجرائم الجنسية ضد القاصرين. إذ نجده أضاف حماية واسعة للطفل حيث نص صراحة على تجريم الاعتداء الجنسي على الأطفال، بعدما كان قد نص عليه في القانون الجنائي الفرنسي سنة 17 يونيو³ 1998 .
وفي سياق تجاوز نقائص وثغرات القانون الجنائي في مكافحته لهذه الجريمة، عزز المشرع المغربي المجال الجنائي بقوانين جوهرية أصبحت تفرض نفسها وذلك في إطار المواكبة التشريعية لسيرورة المجتمع في تحولاته، إذ أغنى المنظومة

- Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. Disponible en ligne sur :

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=435C49CF9203309075D127A5DAEF25D9.tplgfr42s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000037289662&dateTexte=20200101&categorieLien=id#LEGIARTI000037289662

Date de consultation de site : 01-01-2020 15 :10 PM.

1. - إكرام مختاري : مرجع سابق، ص: 249.

2 - LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, NOR: JUSD1805895L, Version consolidée au 21 novembre 2019, JORF n°0179 du 5 août 2018 . Disponible en ligne sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=43CED11A15D0B32D8822169C626221D8.tplgfr25s_1?idArticle=JORFARTI000037284469&cidTexte=JORFTEXT000037284450&dateTexte=29990101&categorieLien=id Date de consultation : 21-11-2019. 23 :06 PM.

L'article 227-25 du code pénal est ainsi rédigé : « Art. 227-25.-Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende».

³ -Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs , JORF n°0139 du 18 juin 1998 page 9255, Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901&categorieLien=id> Date de consultation : 22-11-2019. 16 :04 PM.

التشريعية الجنائية بقانون 103.13 المتعلق بمكافحة العنف ضد المرأة¹. ومن أبرز هاته التعديلات التي أتى بها ما يتعلق بموضوع التحرش الجنسي إذ نجد الفصلين 2-503-1 و 2-503-1-1 والذين تناولوا بشكل حصري عقوبات مرتكبي أفعال التحرش الجنسي ممن له الولاية والسلطة على الضحية القاصر.

أما بخصوص توجهات السياسة العقابية لجريمة التحرش الجنسي فقد نص المشرع الجنائي المغربي من خلال الفصل³ 2-503 من ق.ج على عقاب "كل من حرّض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو

1 - ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449.

2 - الفصل 1-1-503 : يعتبر مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أمعن في مضايقة الغير في الحالات التالية:

1. في الفضاءات العمومية أو غيرها، بأفعال أو أقوال أو إشارات ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية؛
2. بواسطة رسائل مكتوبة أو هاتفية أو إلكترونية أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية.

تضاعف العقوبة إذا كان مرتكب الفعل زميلا في العمل أو من الأشخاص المكلفين بحفظ النظام والأمن في الفضاءات العمومية أو غيرها.

الفصل 2-503-1 : يعاقب بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم، إذا ارتكب التحرش الجنسي من طرف أحد الأصول أو المحارم أو من له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلفا برعايته أو كافلة له، أو إذا كان الضحية قاصرا.

3 - الفصل 2-503 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرّض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية.

• تطبق نفس العقوبة على كل من قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع؛

• يعاقب على هذه الأفعال حتى لو ارتكبت عناصرها خارج المملكة؛

• تضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو مكلفا برعايته أو له سلطة عليه؛

• تطبق نفس العقوبة على محاولة الأفعال المذكورة؛

• يأمر الحكم الصادر بالإدانة بمصادرة وإتلاف المواد الإباحية؛

• ويمكن للمحكمة أن تأمر بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة؛

• علاوة على ذلك، يمكن أن يأمر، عند الاقتضاء، في الحكم بالإدانة بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه كما يجوز أن يحكم بإغلاق المحلات بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة. تمت إضافة الفصلين 1-1-503 و 2-503 أعلاه، بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 103.13، السالف الذكر.

بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم".

وباستقراءنا لنصوص قانون المسطرة الجنائية خاصة الفصل 503-1-2 نجد المشرع المغربي يعاقب بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات وغرامة من 5000 إلى 50000 درهم، عندما يرتكب التحرش من طرف أحد الأصول كالأب والجد والأم والجددة أو المحارم كالأخ أو كل له القانون ولاية كالوصي والولي ومن عينه القاضي أو من له سلطة على الضحية كالأستاذ والمدرّب أو من كان مكلفا برعاية الضحية أو كافلا لها، أو إذا الضحية قاصرا، والقاصر هو الذي لم يبلغ سن 18 سنة شمسية كاملة ويستوي في ذلك الذكر والأنثى، وقد أحسن المشرع في ذلك لأن القاصر لا يتوفر على القدرة على الاختيار وهو في موقف ضعف مضاعف وكان الأجدى لو أن المشرع توسع وأدخل الذين هم في حالة الجنون والعتة والسفه أيضا¹. كما عمل على حماية القاصرين من كل الأفعال التي تحرض على فسادهم، وعاقب أيضا كل من يحرض أو يشجع أو يسهل استغلال الأطفال في المواد الإباحية².

وتفاعلا مع نصوص القانون الجنائي الفرنسي المجرمة للتحرش الجنسي والتي سبق وأن أوردناها أعلاه، نجد أن المشرع يشدد العقوبة عندما يتعلق الأمر بالطفل القاصر سواء بالاعتداء عليه أو حضوره أثناء هذا الاعتداء وهو ما يفسر رغبة المشرع الفرنسي في تكريس حماية جنائية فعالة للطفل ضد هذا النوع من الجرائم، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع المغربي من خلال قوانينه التي عمل على تعديلها بخصوص إدراج جريمة التحرش الجنسي ضمن منظومته الجنائية و تغليظ العقوبة بحق الجاني إذا ما ستهدف الإعتداء على الطفل.

1 - عمر أمزاورى : جريمة التحرش الجنسي بين الفهم والتجريم ،

<https://www.maroclaw.com/%D8%AC%D8%B1%D9%8A%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D8%B1%D8%B4-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%B3%D9%8A-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%87%D9%85-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%B1%D9%8A>

pm تاريخ الزيارة : 2019-11-08 ، 22:58

2 - الفصل 503.2 من ق.ج

وبناء على كل ماسبق ذكره، يمكن القول بأن المقترضات القانونية التي أتى بها قانون 103.13 بخصوص جريمة التحرش الجنسي هي كذلك مما يصح اعتماده في كثير من الحالات، كما هو الأمر في هذه الدراسة. وعموما فالقانون 13.103 يعتبر خطوة إيجابية تم من خلالها تعزيز الترسانة القانونية الجنائية، إذ أنه جاء ليحيط بالظاهرة من مختلف جوانبها القانونية، إلا أن بعض المقترضات الواردة فيه لا تزال تحتاج إلى مزيد من التجويد والضبط.

المحور الثاني:

محدودية آليات تأهيل الطفل الضحية العنف الجنسي

مراعاة لوضعية الطفل الضحية فقد نص المشرع في المادتين 510 و511 من القسم السادس من قانون المسطرة الجنائية¹ والمعنون بحماية الأطفال ضحايا جنائيات أو جنح²، والتي تنص على اتخاذ مجموعة من التدابير اللازمة لوضع

1 - ظهر شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2002)، ص: 315.

2 - إذا كان المشرع المغربي لم يعرف الحدث الضحية أو بالأحرى لم يعط مفهوما للمجني عليه، أو المتضرر بصفة عامة، أو على الأقل التمييز بين هاذين المصطلحين (بحيث نجد يستعمل عبارة المجني عليه في الفصلين 473 و 411 من ق.م.ج وعبارة الشخص المهمل أو المستحق لنفقة في الفصل 481 من ق.م.ج وفي الفصل 522 من نفس القانون استعمل عبارة "شكوى من أضرت به الجريمة")، فإن الفقه تدارك الموقف، وإن كان تارة يستعمل مصطلح المجني عليه وتارة أخرى المتضرر، فمثلا الأستاذ الخليلي يرى أن "المتضرر من الجريمة يشمل المجني عليه ومن يلحقه ضرر شخصي من الجريمة مباشرة دون أن يكون مجنيا عليه (انظر أحمد الخليلي: شرح قانون المسطرة الجنائية، مطبعة المعارف، الرباط، ج1، ص: 111)، في حين نجد الأستاذ محمد عياط يستعمل عبارة المتضرر أو المجني عليه دون تمييز مع الأحذ بعين الاعتبار المفهوم الضيق أو الموسع للمجني عليه، حيث يعتبر أن المجني عليه هو من اعتدي على حقوقه المشروعة بصفة شخصية ومباشرة نتيجة لارتكاب الجريمة، وهذا هو المفهوم الضيق، أما المفهوم الموسع يشمل في رأيه جميع الأشخاص اللذين تضرروا من الجريمة، ولم يكونوا هم الضحايا المباشرين لها في المقام الأول، ولقد ذهب المجلس الأعلى عكس ذلك حينما أقر في إحدى قراراته بأن المجني عليه الذي وقعت أحداث الجريمة على شخصه وماله هو وحده الذي يعتبر متضررا شخصيا من الجريمة، أما غير المجني عليه فلا يعتبر كذلك ولو لحقه ضرر مباشر منها(قرار عدد 237 صادر بتاريخ 13/2/1975، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية، سنة 1987، ص: 314)، وكان سنده القانوني في ذلك هو الفصل 7 من قانون م.ج والذي ينص على أن "المتضرر هو كل شخص تعرض شخصيا لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة". انظر أحمد الخليلي: شرح قانون المسطرة الجنائية، مطبعة المعارف، الرباط، ج1، ص: 111. محمد عياط: حقوق المجني عليه في القانون المغربي في نطاق الدعوى المدنية التابعة، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي حول حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية القاهرة 12-14 مارس 1989 أعمال المؤتمر منشورة من طرف دار النهضة العربية سنة 1990، ص: 361. ومنهم من اعتقد أن التوسع في مفهوم المجني عليه إذ يكفل عدالة أفضل وأنصف لكل من تضرر سواء

الحدث¹ المجني عليه لدى المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الطفولة لتقديم المساعدة النفسية والطبية التي يحتاجها الطفل الضحية.

وفي هذا الصدد أعطى القانون المغربي للنيابة العامة مكانة محورية باعتبارها حامية للمصالح العام ووكيلة عن المجتمع صلاحيات جد مهمة بخصوص حماية الطفل ضحية العنف الجنسي. والحديث عن الدور الإجرائي للنيابة العامة في معالجة قضايا الطفل ضحية العنف الجنسي، لا يجب أن يقف عند مستوى النصوص القانونية التي توطر عمل النيابة العامة²، وإنما يقتضي تجاوز البحث النظري وصولاً إلى السياسة الجنائية المطبقة وكيفية تفاعل الأجهزة القضائية بكل مكوناتها، خاصة دور النيابة العامة في حماية الطفل ضحية العنف الجنسي (أولاً). فضلاً على أن الحديث عن تأهيل الطفل هو بالتأكيد يورم إلى مساعد هذا الأخير على تجاوز الآثار السلبية الناجمة عن الفعل الجرمي، وفي هذا الإطار نجد أن قانون المسطرة

تأثير الجريمة أو بمناسبتها هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإنه يتمشى مع التعريف الدولي للضحية أو المجني عليه الذي تضمنه إعلان ميلانو لسنة 1985 الذي جاء فيه بأن الضحية هو "الشخص الذي أصيب بضرر فردي أو جماعي بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بالحقوق الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكاً للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء. انظر إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة استغلال السلطة والمعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 29 نونبر 1985. ص: 17.

ولقد أخذت وزارة العدل الفرنسية بمضمون هذا التعريف، في دليل قضاء الأحداث، حينما أرادت أن تعرف الضحية، حيث اعتبرت هذا الأخير بأنه "كل شخص قاصر أو راشد تكبدت ضرراً نتيجة جريمة مثل: التهديد، السرقة، الجرح، العنف الجنسي..." .
Ministre de la justice des mineurs, des guides, février 2001, p: 14.

وإذا كان هذا الدليل يحدد أسس التعريف القانوني للطفل الضحية إلا أنه تغاضى عن التحديد الدقيق لمفهوم حسب المادة الأولى من الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل والتي تعتبر أن الطفل هو كل شخص يقل عمره عن 18 سنة، وليس كل شخص قاصر، الشيء الذي دفع البعض إلى محاولة تعريف الطفل الضحية بأنه "كل شخص يقل عمره عن سن الرشد الجنائي المحدد في 18 سنة، تعرض لاعتداء مادي أو معنوي يجرمه القانون، ترتبت عنه أضرار جسمانية أو عقلية أو جنسية أو معنوية". انظر التوفيق الوردى: الدور الإجرائي للنيابة العامة في معالجة قضايا الأحداث-دراسة في ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام للنشر والتوزيع الرباط، 2017، ص: 17.

1 - إن مفهوم الحدث مفهوم واسع فكلمة حدث تعني حادثة السن وقد عرف أهل اللغة الحدث بأنه صغير السن، كما عرف بعض البعوض: الصبا بالصغر والحادثة وتعبير بعض التشريعات الصبي بلفظ الحدث، واشتهر في الأونة الأخيرة في بعض التشريعات باستبدال لفظ الحدث بلفظ الطفل. انظر عبد الله بن محمد الجيحي: قضاء الأحداث بين التدابير الوقائية والإدماج، السياسة الجنائية في الوطن العربي، أشغال الندوة التي نظمتها وزارة العدل بالمملكة المغربية تنفيذاً لقرار مجلس وزراء العدل العرب، مراكش يزمي 26 و27 أبريل 2006، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 5، 2006، وزارة العدل، المملكة المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، 2006، ص: 38.

2 - التوفيق الوردى: مرجع سابق، ص: 8.

الجنائية أسند لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث دورا أساسيا في إطار حماية الطفل الضحية من خلال مجموعة من التدابير الحمائية (ثانيا)، دون أن ننسى الدور المحوري الذي أصبحت تضطلع به خلية التكفل بالطفل الضحية (ثالثا).

أولا : دور النيابة العامة في حماية الطفل ضحية العنف الجنسي:

يكتسي دور النيابة العامة في مجال معالجة قضايا الأحداث ضحايا الجنايات والجنح أو الموجودين في وضعية صعبة طابعا إجرائيا محضا. إذ تتدخل النيابة العامة لمعالجة أوضاع الأحداث والوقاية من تحول الحدث من ضحية إلى جانح¹. وذلك في إطار صلاحياتها الإجرائية التي تكرر من خلالها المقاربة التشريعية غير المباشرة لمعالجة جنوح الأحداث². وفي هذا الإطار نص المشرع على نوعين من الحماية للطفل الضحية، حماية سابقة لصدور الحكم وأخرى بعد صدوره.

➤ حماية الطفل قبل صدور الحكم

هذا النوع من الحماية ذو طبيعة مؤقتة، نصت عليه المادة 510 من قانون المسطرة الجنائية حيث أعطت الصلاحية للنيابة العامة، إذا ارتكبت جنائية أو جنحة ضد طفل، لعرضه على خبرة طبية أو عقلية لتحديد نوع وأهمية الأضرار اللاحقة به، وبيان ما إذا كان يحتاج إلى علاج ملائم لحالته حالا أو مستقبلا³. إذ يمكن للنيابة العامة تقديم ملتمس لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث بإجراء الخبرة المذكورة، أو بإيداع الحدث الضحية لدى شخص جدير بالثقة، أو مؤسسة خصوصية أو جمعية ذات عامة مؤهلة لذلك، أو بتسليمه لمصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الطفولة، إلى أن يصدر حكم نهائي في موضوع الجنائية أو الجنحة، ومادام أن هذه الحماية هي مؤقتة ومستعجلة بطبيعتها، فإن الأمر

1 - لقد اتفق المتهمون بالعدالة الجنائية على أن الأحداث الجانحين يصنعون ولا يولدون، وأن معظمهم ما كان ليجنح أو وجد من يفهم وضعه فيقدم له ما يحتاجه من رعاية أو وقاية أو حماية أو علاج، إذ غالبا ما يخلق الفقر والجهل والتفكك الأسري والعنف وسوء المعاملة وضعاً مقلقا يصبح معه الطفل غير مرغوب فيه أو مشتبه به، لا لشيء إلا لعدم توفره على مأوى أو حضن ينتشله من فضاء الشارع من فضاء الشارع وقسوته، ليصبح بذلك في خط التماس الأول مع نظام العدالة الجنائية وتبدأ رحلة المعاناة. انظر الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مرجع سابق، ص: 54.

2 - سفيان ادريوش : الدور الإجرائي للنيابة العامة في معالجة ظاهرة جنوح الأحداث، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الأول، 2014. ص: 83.

3 - انظر الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مرجع سابق، ص: 72.

القضائي المتخذ بشأنها من طرف قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث، يكون نافذا رغم كل طعن¹.

➤ حماية الطفل بعد صدور الحكم

هذا النوع من الحماية يكون بعد صدور الحكم من أجل الجناية أو الجنحة المرتكبة في حق الطفل، بحيث يمكن للنيابة العامة أن تحيل القضية على قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث المختص، إذا ارتأت أن مصلحة الطفل الضحية تتطلب ذلك لاتخاذ أحد تدابير الحماية المناسبة في حقه². وإلى جانب هذه التدابير الحمائية للطفل الضحية، فإن النيابة العامة بوصفها طرفا رئيسيا تقوم بتحريك الدعوى العمومية و ممارستها في مواجهة الجاني، وتحرص على صون حقوق الطفل الضحية في هذه المرحلة³.

وعليه، فالمادة 510 من قانون المسطرة الجنائية تنص على أنه بالرغم من كون الحدث كان ضحية فعل إجرامي اتخذ شكل جنائية أو جنحة، فإنه ومع ذلك يجوز للنيابة العامة أن تلتزم من قضاء الأحداث اتخاذ تدبير من تدابير الحراسة المؤقتة والمحددة⁴، وهذا الأمر الإجرائي ذو طابع مؤقت مرتبط بصدور حكم نهائي في موضوع الجناية أو الجنحة التي كان ضحيتها الحدث المتخذ في حقه الإجراء⁵، وإن كان المشرع الجنائي المغربي أعطى للنيابة العامة دورا إجرائيا حتى بعد صدور الحكم وذلك بإحالة القضية على قضاء الأحداث إذا اقتضت مصلحة الحدث ذلك، قصد اتخاذ أحد تدابير الحماية المناسب ويمكن لقاضي الأحداث أن يأمر بالتنفيذ المعجل لقراره⁶.

ولعل هذا ما حدا برئيس النيابة العامة لتوجيه منشور لكل قضاة النيابة العامة بالتراب الوطني، واعتبارا للإختصاصات القانونية المسندة للنيابة العامة التي تجعل

1 - انظر المادة 510 من قانون المسطرة الجنائية.

2 - انظر المادة 511 من قانون المسطرة الجنائية.

3 - انظر الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مرجع سابق، ص: 72.

4 - إذ تنص المادة 510 من ق.م.ج على أنه بالرغم من كون الحدث كان ضحية فعل إجرامي اتخذ شكل جنائية أو جنحة ومع ذلك يجوز للنيابة العامة أن تلتزم من قضاء الأحداث اتخاذ تدبير من تدابير الحراسة المؤقتة والمحددة من حيث العدد بشكل حصري في المادة المذكورة وهي :

➤ الإيداع لدى شخص جدير بالثقة؛

➤ الإيداع لدى مؤسسة خصوصية أو جمعية ذات منفعة عامة مؤهلة لذلك؛

➤ التسليم لمصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الطفولة؛

5 - سفيان ادريوش : مرجع سابق، ص: 84.

6 - المادة 511 من ق.م.ج.

منها مخاطبا رئيسيا في قضايا الأطفال بحيث تكون على اتصال مباشر ودائم بالطفل، فإن قضاة النيابة العامة المكلفين بهذه القضايا مدعوون لاستحضار المبادئ الأساسية التي تراعي خصوصية التعامل مع الطفل وتستجيب لاحتياجاته النفسية والبدنية، مع الحرص على تفعيل مقتضيات المادتين 510 و511 من قانون المسطرة الجنائية بتقديم ملتزمات واضحة ودقيقة باتخاذ التدابير اللازمة لحماية الطفل الضحية وتتبع تنفيذها¹.

بالإضافة إلى ما سبق، حث رئيس النيابة العامة على ضرورة الاستعانة بالمساعدين الاجتماعيين المؤهلين عند الاستماع للأطفال الضحايا لخلق جو من الطمأنينة لديهم وتقديم الدعم النفسي اللازم لهم، ومصاحبتهم إلى حين استقاء حقوقهم، مع ضرورة تعزيز دور خلية التكفل بالمحاكم في التنسيق مع الجهات المختصة من أجل توفير الخدمات الحماة للأطفال².

فالمشرع المغربي كان موقفا ومنسجما مع ذاته عندما أورد هذه المقتضيات في قانون المسطرة الجنائية ليبيّن أولا: أن حماية الأطفال ضحايا الجنايات والجرح هي معالجة غير مباشرة لظاهرة جنوح الأحداث، فالأفعال الإجرامية غالبا ما تؤثر سلبا على الحدث جسديا ومعنويا ونفسيا مما يقتضي معالجة خاصة حتى لا يتحول الحدث من ضحية إلى جانح. وليكسر ثانيا: أن الأساس الذي تنبني عليه الحماية القانونية للأحداث جانحين كانوا أو ضحايا هو أساس واحد يتمثل في حماية المصلحة الفضلى للحدث وضمان سلامته الجسدية والنفسية، فالحدث جانحا كان أم ضحية يستلزم حماية خاصة³.

ويبدو جليا خصوصية التدابير الإجرائية المتخذة في حق الحدث الضحية فهي تدابير ترمي إلى حمايته وعلاجه والحد من أية اضطرابات نفسية رغم عدم وجود أية مسألة جنائية. وفي السياق ذاته حول المشرع المغربي للنيابة العامة صلاحية إحالة الحدث الضحية على خبرة طبية أو عقلية أو نفسية للوقوف على حجم الأضرار ونوعها وبيان مدى ضرورة علاجها. إلا أنه رغم أهمية هذه المقتضيات الإجرائية فإنها لا تجد لها ملاءمة على أرض الواقع إذ أنه غالبا ما تعيب المؤسسات

1 - انظر منشور رئيس النيابة العامة إلى قضاة النيابة العامة حول تقصي المصلحة الفضلى للأطفال في تماس مع القانون، الصادرة بتاريخ 19 نونبر 2019، ص: 2.

2 - منشور رئيس النيابة العامة، المرجع نفسه، ص: 2.

3 - سفيان ادريوش : مرجع سابق، ص: 84.

المختصة¹ في الأمراض الجسدية والعقلية لاستقبال بعض الحالات المتعلقة بالاعتداءات ذلك الأثر النفسي والعقلي الخطير مما يقلص عمليا من الدور الإجرائي الممنوح للنيابة العامة لحماية الأطفال ضحايا جنائيات وجنح².

وانطلاقا مما سبق بيانه، يتضح أنه رغم حرص الشرع المغربي على تكريس حماية لأطفال ضحايا الاعتداءات الجنسية، إلا أن سياسته الجنائية في هذا الصدد مازال يشوبها بعض القصور بسبب بعض الثغرات القانونية المتواجدة على مستوى التجريم، وإعادة إدماج هذا الصنف من الضحايا، إذ نلاحظ أن المشرع المغربي أقر للطفل ضحية الإعتداء الاستفادة من مبادئ القانون الجنائي والمسطرة الجنائية شأنه شأن باقي الأفراد غير أنه لم يولي أهمية كبرى لآليات إعادة إدماج الطفل ضحية العنف وتأهيله، خصوصا وأن المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والتي صادق عليها المغرب تعترف للطفل ضحية الاعتداء وسوء المعاملة بحق أساسي والمتمثل في التأهيل. وهو ما سنحاول التركيز عليه في النقطة التالية.

ثانيا : دور قاضي الأحداث والمستشار المكلف بالأحداث في حماية الطفل الضحية:

1 - تبقى أماكن الاحتفاظ بالأحداث أحد أهم الإشكالات العملية المطروحة أثناء البحث التمهيدي حيث أنه إذا كان يفترض أن يتم الاحتفاظ بالأحداث في دور منفصلة عن الأماكن التي يحفظ فيها الأشخاص البالغون وبعيدة عن أماكن عمل الشرطة العادية ولا يوجد بها أي مظاهر مشابهة لمظاهر الشرطة العادية (انظر أوبراهيم رشيدة : ضمانات المحاكمة العادلة للحدث الجاني -دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله -فاس، السنة الجامعية: 2007-2008، ص: 93). ويتم التعامل مع الأحداث بواسطة شرطة متخصصة (المادة 19 من ق.م.ج المغربي)، وعلى مستوى البحث التمهيدي بالأساس يلاحظ على أنه بالرغم من إحداث المشرع الجنائي المغربي لفرقة خاصة من ضباط الشرطة القضائية مكلفة بالأحداث. وفي نفس السياق، إذا كنا نتفق مع الطرح الذي يطالب بالتخصص العلمي لأفراد وحدة شرطة الأحداث، ومع ذلك فهناك من لا يؤيد الطرح بكون الزي المدني والمقر المستقل من شأنه ألا يرهب الأحداث، فالغاية الكبرى من إحداث شرطة الأحداث على ما يبدو ليس الشكل وإنما طريقة التعامل التي ينبغي أن تقوم على أساس تفهم الوضعية النفسية وحالة الاضطراب التي يكون عليها الحدث سواء كان ضحية أو جانحا من قبل أفراد الضابطة القضائية من أجل الوصول إلى حقيقة ما يصرح به وليس تليفق التصريحات وتجاوز الحقائق. علي إدريسي حسني : حق الطفل ضحية العنف في التأهيل-دراسة في ضوء التشريع الجنائي المغربي-، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، السنة الجامعية : 2005-2006، ص: 105 - 106 . يساعدهم متخصصون وهم مراقبون اجتماعيون غير أنه من خلال الواقع العملي يتبين غياب بنيات ملائمة لاستقبال الحدث بمراكز الشرطة والدرك حيث يتم الاحتفاظ بالأحداث في لا تناسب سنهم ووضعتهم الحساسة. لذلك فمن الضروري استقلال إدارات شرطة الأحداث في عملها عن إدارات الشرطة العادية التي تتعامل مع الكبار، وأن تكون معدة بصورة بعيدة عن الشكل الذي تؤسس به دور الشرطة على ضباط الشرطة العادية. انظر أوبراهيم رشيدة : المرجع نفسه ص : 93 - 94.

2 - سفيان ادريوش : مرجع سابق، ص: 84 - 85.

يقوم قاضي الأحداث والمستشار المكلف بالأحداث كل في مجال اختصاصه بدور رئيسي في حماية الطفل الضحية، لأنه هو الوحيد الذي له صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة لحمايته، وبناء على المادة 510 من قانون المسطرة الجنائية يقوم قاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث، حسبما إذا كان الطفل ضحية جنحة أو جناية، تلقائيا أو بناء على ملتمسات النيابة العامة المشار إليها أعلاه، بإيداع الحدث لدى شخص جدير بالثقة أو مؤسسة خصوصية أو جمعية ذات منفعة عامة مؤهلة لذلك، أو بتسليمه لمصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الطفولة، إلى أن يصدر حكم نهائي في موضوع الجناية أو الجنحة وتوفير الحماية العاجلة للطفل، فإن الأمر باتخاذ التدابير المذكورة ينفذ رغم كل طعن¹. ويكون الأمر باتخاذ التدبير قابلا للاستئناف من طرف النيابة العامة أو الحدث أو أبيه أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو حاضنه أو كافلة أو المكلف برعايته داخل أجل 10 أيام من تاريخ صدوره².

ثالثا : دور الخلية في التكفل بالطفل الضحية:

يشكل خضوع الطفل ضحية الاعتداء الجنسي للخبرة الطبية من أوجب الضروريات لتقدير مدى جسامته الفعل الشنيع على جسده، إذ تتبلور أهمية عرض الطفل على الخبرة الطبية قصد تحديد جسامته الأضرار البدنية التي تعرض لها من جراء جريمة الاستغلال الجنسي أو العنف، وذلك لأجل تجنب تفاقم الضرر وتحديد طبيعته.

وهو ما أكدته مختلف الدراسات والأبحاث حول الطفل ضحية الاعتداء على ضرورة خضوعه للعلاج النفسي من أجل إعادة تأهيله وإدماجه من جديد في المجتمع، لأننا في ظل إهمالنا للطفل المعتدى عليه سنحصل إما على شخص يرتكب نفس الجرائم في المستقبل أو على شخص معقد نفسيا وناقم على مجتمعه³، وهو الأمر الذي أبانت عليه الأبحاث مع الأشخاص الذين ارتكبوا أفعال الاعتداءات الجنسية على الأطفال حيث يتبين بأنهم تعرضوا للفعل نفسه في صغرهم. وعليه ينبغي أن يكون العلاج النفسي تحت إشراف أطباء مختصين في الطب النفسي، لأنهم الأقدر على فهم

1 - انظر الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مرجع سابق، ص: 73.

2 - انظر الفقرة الثانية من المادة 511 من قانون المسطرة الجنائية.

3 - حمو بن إبراهيم فخار : الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، السنة الجامعية: 2014-2015، ص: 286.

متطلبات الطفل النفسية ومعاناته من جراء ما لحق به ومساعدته على تجاوز آثار الفعل من خلال المرافقة الطبية والنفسية.

وفي هذا الإطار أصدر المشرع الفرنسي القانون 1 رقم 98-468 المؤرخ 17 يونيو 1998 الذي أكد على حق الطفل الضحية في التأهيل من خلال وجوب الاهتمام بإجراءات البحث النفسي والخبرة الطبية للطفل الضحية في التأهيل من خلال وجوب الاهتمام بإجراءات البحث النفسي والخبرة الطبية للطفل الضحية، وعلى ضرورة تقوية وإغناء إجراءات التأهيل وإعادة الإدماج عن طريق إيجاد مراكز وخلايا متنوعة الاختصاصات والوظائف لمساعدة الأطفال الضحايا، وتقوية إجراءات المتابعة السوسيوقضائية².

وفي هذا السياق لا بد من التنويه بأهمية دور خلايا التكفل³ بالطفل ضحية العنف الجنسي، والتي يكون لها الاتصال الأول والمباشر مع بالطفل ضحية العنف

1 - LOI n° 98-468 du 17 juin 1998 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JORF n°0139 du 18 juin 1998 page 9255. Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901&categorieLien=id> date de consultation : 21-11-2019. 23 :15 PM.

2 - حمو بن إبراهيم فخار : المرجع نفسه، ص: 299.

3 - للإشارة فهذه الخلايا تتكفل بكل من النساء والأطفال ضحايا العنف، إلا أنه وارتباطا بموضوع هذه الورقة البحثية ينقتصر فقط على إبراز دور الخلية في علاقتها بالأطفال ضحية العنف الجنسي فقط. وقد تم إحداث خلايا التكفل بالنساء والأطفال لدى النيابة العامة بمختلف محاكم المملكة المغربية، بناء على دورية وزير العدل المؤرخة في 31 دجنبر 2004 التي وضعت الإطار العام لدور هذه الخلايا في الارتقاء بالعمل القضائي وإعطائه البعد الاجتماعي والإنساني المطلوب في هذا المجال، توفير حماية قضائية ناجعة وفعالة لحقوق النساء والأطفال من خلال توخي البساطة والسرعة والنجاعة والفعالية والاحترافية في تطبيق المساطر القانونية في مجال التكفل بقضايا النساء والأطفال. هذا وتتألف الخلية القضائية -خلية التكفل بالأطفال ضحايا العنف- داخل المحكمة من ممثلين للنياحة العامة وقضاة للحكم والتحقيق وقضاة الأحداث بالإضافة إلى المسؤولين عن كتابة الضبط والمساعدات الاجتماعيات. أمانة أفروخي : خلايا من أجل تكفل قضائي ناجع بالنساء والأطفال، مجلة الشؤون الجنائية، المقال متاح على الموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة، بصيغة pdf، ص: 92.

ويأتي إحداث خلايا التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف في سياق تفعيل دور المؤسسة القضائية في توفير العناية والاهتمام اللازمين لضمان الحماية القضائية للنساء ضحايا العنف والأطفال على اختلاف أوضاعهم، وزجر كل أنواع الإساءة التي يمكن أن تقع هذه الفئة ضحية لها. تم إحداث خلايا للتكفل بالنساء والأطفال بجميع محاكم المملكة، ويتمثل الهدف الأساسي من إحداث هذه الآلية في الرقي بالعمل القضائي في مجال توفير الحماية للنساء والأطفال وتيسير ولوجهم للقضاء وتوفير المخاطب المتخصص في قضاياهم بما في ذلك ضحايا الاتجار بالبشر وإعطاء تدخله البعد الإنساني والاجتماعي الملائم لأوضاعهم من جهة، وتعزيز سبل التعاون والتنسيق من جهة أخرى مع باقي القطاعات الحكومية المعنية بالتنمية الاجتماعية والصحة والشباب والرياضة والتربية الوطنية والأمن الوطني والدرك الملكي وغيرها من

الجنسي. ومن الخدمات الأساسية التي يتعين توفيرها للطفل الضحية على مستوى خلية التكفل هي خدمة الاستقبال في أماكن خاصة من شأنها توفير الطمأنينة والتوجيه والدعم النفسي للضحية، ثم الاستماع إليه مع مراعاة تقنيات الاستماع السابق بيانها إذا كان هذا الاستماع ضروريا، ثم السهر بتنسيق مع مختلف الفاعلين، خاصة وحدات التكفل بالنساء والأطفال ضحايا العنف بالمستشفيات الإقليمية على توفير الخدمة الطبية المتمثلة في الفحص والعلاج الجسدي والنفسي والحصول على شهادة طبية كإطلاقة لجمع وسائل الإثبات ثم الحصول على الدعم والمواكبة الذي توفره جمعيات المجتمع المدني، فضلا عن مواكبة الضحية و تتابع حالتها أثناء فترة المحاكمة وبعدها، والمساعدة الاجتماعية بالنظر لعملها في إطار الخلية يكون تدخلها أساسيا وحاسما في تجسيد هذه الإجراءات بشكل فعال يضمن تكفلا ناجعا بالطفل¹. فضلا عن الدور المحوري للأسرة في هذا الصدد، إذ أن تفعيل إيداع الطفل ضحية العنف لدى شخص جدير بالثقة قبل صدور الحكم النهائي في حق من اعتدى عليه، لا يمكن أن يتجاوز على ما يبدو أقارب هذا الطفل إلا في الحالات التي يكون فيها نفسه القريب مصدر الاعتداء. وبما أن صفة القرابة لا يمكن أن تخرج عن محيط أسرة الطفل ضحية العنف، على اعتبار أنه لا يمكن لأي شخص خارج هذه الصفة أن يكون جدير بالثقة لرعاية وإدماج هذا الطفل، إلا في حالة ما إذا كان كذلك هذا الشخص كاقلا له². وبذلك يبرز دور الأسرة في التنشئة الاجتماعية كدور أساسي ومحوري في توجيه ومساعدة الحدث ضحية العنف على الاندماج الاجتماعي بناء على ما تتوفر عليه من أساليب التلقين التربوي التي يجب أن تكون ملائمة مع متطلبات هذا الطفل الاجتماعية. فعلى سبيل المثال الطفل الذي يصير ضحية لاعتداء

القطاعات الحكومية ذات الصلة بالموضوع وكذا فعاليات المجتمع المدني. وهذا ويصل عدد خلايا التكفل بالنساء والأطفال: 88 خلية بجميع المحاكم الابتدائية والإستئنافية ومقر هذه الخلايا يتواجد بالنيابة العامة. انظر الموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة :

<http://www.pmp.ma/%D8%AE%D9%84%D8%A7%D9%8A%D8%A7-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%83%D9%81%D9%84-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B3%D8%A7%D8%A1-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B7%D9%81%D8%A7%D9%84-%D8%B6%D8%AD%D8%A7%D9%8A%D8%A7-%D8%A7> تاريخ / 23:55 : 12-2019-21 PM. الزيارة :

1 - انظر الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مرجع سابق، ص : 72-

73.

2 - علي إدريسي حسني : مرجع سابق، ص : 82-83-84.

جنسي يبرز بوضوح جهله لأبرز مبادئ التربية الجنسية وطريقة حماية جسده وشرفه من الانتهاكات الجنسية¹. ويمكن القول بأن السبيل لإعادة إدماج الطفل ضحية العنف في النسيج المجتمعي، هو حتمية قيام الأسرة بدورها الاجتماعي في عملية تصحيح مفاهيم التنشئة الاجتماعية لديها وكذا لطفلها بما يتوافق مع حاجيات ومتطلبات العصر مما قد يخوله التمكن من آليات الحماية الذاتية واحترام الآخر².

ومن خلال ما سبق، يمكن القول إن عملية إعادة التأهيل والإصلاح تتطلب إمكانيات ومهارات خاصة وعناصر فنية مدربة ومؤهلة، وهو ما لا تتوفر عليه العديد من المؤسسات مما يؤكد على ضرورة تدخل أجهزة الدولة بالتنسيق مع كل من له علاقة بالطفل، ابتداء من الأسرة فالجمعيات الناشطة في مجال الطفولة وانتهاء بباقي المؤسسات الأخرى، من أجل إيجاد حلول عملية للآلام والمعاناة النفسية والاجتماعية جراء الجرائم المرتكبة في حق هذه الفئة الهشة من المجتمع³.

وفي إطار التفاعل مع التساؤلات التي سبق وأن طرحناها أعلاه يتضح بأن القصور في عمليات إعادة تأهيل الطفل ضحية العنف الجنسي هو ما يشكل ارتفاع في أعداد هذه الجرائم، إذ غالبا ما يتحول الطفل الضحية إلى جانح ويقوم بإعادة ارتكاب نفس الفعل الذي سبق وأن تعرض له في صغره على غيره من القاصرين. ولهذا فالمواكبة النفسية للطفل الضحية من الأهمية بمكان لمساعدة الطفل على تجاوز الآثار النفسية للجريمة.

خاتمة:

وفي الختام، وبعدما تطرقنا لسياسة التجريم والعقاب لجرائم انتهاك الآداب والمرتكبة ضد الطفل، يتضح لنا بأن المشرع الجنائي المغربي حاول من خلال السياسة الجنائية التي انتهجها أن يساير نوعا ما الاهتمام الذي أصبح يحظى به موضوع الطفولة كجوهر لمنظومة عدالة الأحداث، حيث تعامل مع هذه الجرائم المتعلقة بالاعتداءات الجنسية المرتكبة ضد الطفل بنوع من القسوة في محاولة منه لردع الجناة عن استهداف هذه الفئة.

لكن ما تمت الاشادة به لا يمنع من إدلاء بعض الملاحظات أبرزها: أنه رغم كل الجهود والمحاولات تبقى السياسة التجريبية والعقابية جد محدودة في ظل تعدد

1 - علي إدريسي حسني : مرجع سابق، ص : 83.

2 - علي إدريسي حسني : مرجع سابق، ص : 84.

3 - حمو بن إبراهيم فخار : مرجع سابق، ص: 304.

مظاهر القصور في السياسة الجنائية بخصوص هذا النوع من الجرائم؛ إذ أنه غالباً ما يتم تسليط الضوء على الحدث الجانح من خلال ضمان كل حقوقه أثناء مراحل الدعوى الجنائية مع تمييزات تفضيلية مراعاة لحداثة سنة، في حين نجد قصورا في جانب الحماية القانونية – الجنائية للطفل ضحية الاعتداءات وهو الأمر الذي قد ينعكس سلبا على الطفل ويكون سببا مباشرا في تحوله من مركز طفل ضحية إلى حدث جانح، إذ لم يتم تعزيز الجانب الوقائي والحماي للطفل داخل المنظومة القانونية والتشريعية.

كما يتضح من خلال ما سبق، بأن المشرع الجنائي المغربي راهن على دور النيابة العامة كمدافعة عن الحق العام من أجل حماية الطفل من الاعتداءات، غير أنها لوحدها تبقى قاصرة عن الاضطلاع بالدور بشكل حصري. وعليه، ارتأينا في هذا الإطار تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن أن تساهم في تحقيق نجاعة وفعالية أكبر للسياسة الجنائية المتبعة لحماية للطفل ضحية الإعتداءات الجنسية، ونورد في هذا الصدد ما يلي :

- أولا : ضرورة إذكاء الوعي بخصوص جرائم الاعتداءات الجنسية ضد الأطفال مع تعزيز ثقافة حقوق الطفل.
- ثانيا : تظافر جهود كل الفاعلين لمكافحة هذه الظاهرة كل من زاوية بدءا بالأسرة والمدرسة والمجتمع المدني ومؤسسات الدولة .
- ثالثا : ضرورة كسر حاجز الصمت عن هذه الجرائم، بل الأكثر التأكيد على ضرورة التبليغ بها حال وقوعها.
- رابعا: تعزيز وتفعيل دور مراكز الاستماع ومراكز تأهيل الأطفال ضحايا الاعتداء الجنسية في كافة ربوع المملكة.
- خامسا : ضرورة تقوية وإغناء إجراءات التأهيل وإعادة الإدماج عن طريق إيجاد مراكز وخلايا متنوعة الاختصاصات والوظائف لمساعدة الأطفال الضحايا.
- سادسا : تكوين أطر طبية ونفسية ومساعدين اجتماعيين مختصين لمرافقة الأطفال الضحايا.
- سابعا : إنشاء مراكز خاصة لاستقبال الأطفال ضحايا الاعتداءات الجنسية في المحاكم.

- ثامنا : ضرورة تحمل الدولة لكافة المصاريف التي تتطلبها المساعدة الطبية والنفسية وبما فيها القضائية.

لائحة المراجع :

❖ المراجع باللغة العربية :

المواثيق الدولية :

- 1) اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة بقرار الجمعية العامة رقم 25/44 الصادر في 26 يناير 1990 والذي دخل حيز التنفيذ في 2 سبتمبر 1990.
- 2) إعلان المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة استغلال السلطة والمعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 29 نونبر 1985.
- 3) البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع ودعارة الأطفال واستخدام الأطفال في العروض والمواد الإباحية ، الجمعية العامة للأمم المتحدة في 25 ماي 2000، قرار الجمعية العامة 54/264 تاريخ بدأ النفاذ 18 يناير 2002. تم التوقيع من طرف المغرب في 8 سبتمبر 2000 بنيويورك على هامش القمة الألفية التي انعقدت ما بين 6 و 8 سبتمبر بمقر الأمم المتحدة، وثيقة الأمم المتحدة .

A/RES/54/263

المصادر الوطنية :

- 4) الدستور المغربي لسنة 2011، صدر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011.
- 5) ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) بتنفيذ القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2002).
- 6) ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر في 28 جمادى الثاني 1382 (26 نونبر 1962) المتعلق بالقانون الجنائي، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر، بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963).
- 7) ظهير شريف رقم 19.18.1 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 (23 جمادى الآخرة 1439) (12 مارس 2018).

المؤلفات العامة :

- 8) أحمد الخليلشي : شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء 1 (الدعوى العمومية – الدعوى المدنية- البحث التمهيدي)، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1982م.
- 9) أحمد فتحي سرور : القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، الطبعة الثانية، 1422هـ-2002م.
- 10) أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، 1972.
- 11) حق الطفل في التحرر من جميع أشكال العنف، لجنة حقوق الطفل، اتفاقية حقوق الطفل، الأمم المتحدة، التعليق العام رقم 13(2011)، CRC/C/GC/13، مجموعة مهادات مجلس أوروبا 201 – حماية الأطفال من الاستغلال والاعتداء الجنسي، بتاريخ 25 أكتوبر 2007.

المؤلفات المتخصصة :

- 12) التوفيق الوردي : الدور الإجرائي للنياحة العامة في معالجة قضايا الأحداث-دراسة في ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام للنشر والتوزيع الرباط، 2017.

13) الدليل العملي للمعايير النموذجية للتكفل القضائي بالنساء والأطفال، مديرية الشؤون الجنائية والعمو، وزارة العدل، سنة الإصدار 2010، الرباط، المملكة المغربية.

المقالات :

- 14) إكرام مختاري جريمة التحرش الجنسي من منظور القانون الجنائي المغربي دراسة مقارنة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 2015، 09.
- 15) سفيان ادريوش : الدور الإجرائي للنيابة العامة في معالجة ظاهرة جنوح الأحداث، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الأول، 2014.
- 16) عبد الله بن محمد اليحيى : قضاء الأحداث بين التدابير الوقائية والإدماج، السياسة الجنائية في الوطن العربي، أشغال الندوة التي نظمتها وزارة العدل بالمملكة المغربية تنفيذا لقرار مجلس وزراء العدل العرب، مراكش يزمي 26 و27 أبريل 2006، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 5، 2006، وزارة العدل، المملكة المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، 2006.

أبحاث أكاديمية :

- 17) محمد العمري : حماية المصلحة الفضلى للحدث في التشريع الجنائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فاس، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، 2014-2015.
- 18) حمو بن إبراهيم فخار : الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر – بسكرة، السنة الجامعية: 2014-2015.
- 19) سعاد التيالي : دور القضاء في حماية الأحداث، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس، 2007-2008.
- 20) أوبراهيم رشيدة : ضمانات المحاكمة العادلة للحدث الجانح –دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس، السنة الجامعية : 2007-2008.
- 21) حفصة كرمي : العنف ضد الطفل –دراسة سيوسيوقانونية-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي- طنجة، السنة الجامعية : 2007-2008.
- 22) علي إدريسي حسني : حق الطفل ضحية العنف في التأهيل-دراسة في ضوء التشريع الجنائي المغربي-، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس، السنة الجامعية : 2005-2006.

المراجع باللغة الفرنسية :

Les lois :

- 23) Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs , JORF n°0139 du 18 juin 1998 .

- 24) Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, - art. 13 JORF 3 janvier 2004 , JORF n°2 du 3 janvier 2004
- 25) Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, NOR: JUSD1805895L, Version consolidée au 21 novembre 2019, JORF n°0179 du 5 août 2018 .

المواقع الإلكترونية :

- 26) <https://www.maroclaw.com> موقع مجلة مغرب القانون
- 27) <https://www.legifrance.gouv.fr> موقع الخدمة العامة لنشر القانون
- 28) <http://www.pmp.ma> الموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة

حماية الأجراء بين قانوني العمل المغربي واليمني

ذ. نشوان الأكوع

باحث بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

الرباط_ اكدال

مقدمة:

إن قيمة الإنسان لا تقدر بثمن، وتستحق الحماية ضد أي خطر محقق وحماية الإنسان كقيمة تترجم بحماية صحته، فلا يمكن تحقيق أي نمو اجتماعي أو اقتصادي مستدام بدون إنسان نشيط يتمتع بصحة جيدة، حيث يشكل القاعدة الأساسية للإنتاج والمردودية، وحسب المقولة الشهيرة للزعيم لينين "الصحة ملكية ثمينة للدولة":

la santé est une précieuse propriété d'état¹

وفي ظل التطور التكنولوجي الحديث أصبح الأجراء مهنيين أثناء أداء أعمالهم بمخاطر أغلبها تكون متوقعة خاصة مع استعمال الآلة في أغلب مراحل الإنتاج، لذلك أوجب القانون الحفاظ على سلامتهم من أية مخاطر²، وذلك عبر مقتضيات حمائية تهم صحتهم وسلامتهم المهنية بغية توفير بيئة شغل تساعد على أداءه بالشكل المطلوب، بعيداً عن مخاطر قد تؤثر على صحتهم أو نموهم أو قد تؤدي إلى أعاققتهم، وتوفير منشأة طبية تحت قيادة طبيب قار داخل المقولة لتوفير الرعاية للأجراء. وحماية لبعض أصناف الأجراء، نص المشرعين المغربي واليمني على حماية المرأة الأجيرة في حالة أداءها للشغل أثناء الليل، واستفادتها من إجازة الوضع أو النفاس الخاص بها، وعدم فصلها في حالة تمتعها بهذه الإجازات، كما أن حمايتها تتجلى أيضاً في إنشاء دار للرضاعة إذا كان عددهن خمسين أجيرة، إضافة إلى الحماية القانونية التي تتمتع بها الأجيرة هناك أيضاً حماية للأجراء الأحداث من قبل المنظمات الدولية والعربية للعمل وكذا من قبل المشرعين المغربي واليمني للتجاوب مع روح

1- نادية النحلي: "الحق في الصحة في الوسط المهني في مدونة الشغل"، منشور جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد9، طبعة فبراير 2009، الصفحة 7.

2- محمد علي الشرفي: "شرح أحكام قانون العمل"، مطبعة أوان للخدمات الإعلامية، الطبعة الرابعة 2008 / 2009، الصفحة 248.

المواثيق الدولية والعربية المعتمدة في كلا البلدين خاصة فيما يتعلق بمنع تشغيل الأجراء الأحداث إلا في السن المحدد، ومنع تشغيلهم أثناء الليل مع تحويلهم أوضاع استثنائية، إضافة إلى حمايتهم من الأشغال التي قد تسبب خطر عليهم، زيادة على حماية الأجراء ذوي الاحتياجات الخاصة التي بدورها تستحق الاهتمام والرعاية. وتجاوباً للمواثيق الدولية أدمج المشرع المغربي مجموعة من مقتضياتها في مدونة الشغل¹، فألزم بذلك المشغلين أن يتخذوا الاحتياطات اللازمة لسلامة المنشآت من المخاطر التي قد تتسبب في المس بالصحة وتؤثر على العاملين فيها، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 24 من مدونة الشغل المغربية بأنه "يجب على المشغل بصفة عامة، أن يتخذ جميع التدابير اللازمة لحماية الأجراء وصحتهم وكرامتهم لدى قيامهم بالأشغال التي ينجزونها تحت إمرته، وأن يسهر على مراعاة حسن السلوك والأخلاق الحميدة، وعلى استتباب الآداب العامة داخل المقولة...."، كما عمل المشرع تكريساً منه في الحفاظ على صحة الأجراء داخل المقولة، على سن عقوبات مالية في مواجهة المشغل في حالة مخالفته لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 24 بغرامة تتراوح من 2000 إلى 5000 درهم².

¹- نورة بو طاهر: "مدونة الشغل والاتفاقيات الدولية" يوم الأربعاء 26 / 03 / 2013، الساعة 23:19، موقع الإكتروني: <http://messaoui.arabblogs.com/archive/2006/5/53049.html>:- جاء عنها أن المشرع المغربي صادق على عدد مهم من الاتفاقيات التي لها علاقة بصحة الأجراء، على مستوى الوقاية، بحيث بلغ عددها 9 اتفاقيات ومنها على سبيل المثال :-
الاتفاقية رقم 13 المتعلقة باستعمال الرصاص الأبيض في الطلاء، والاتفاقية رقم 27 المتعلقة بإثبات الوزن على الأحمال الثقيلة المنقولة بالسفن، والاتفاقية رقم 119 الخاصة بشأن الوقاية من الآلات، والاتفاقية رقم 136 المتعلقة بالبنزين والتي صادق عليها المغرب في 22 / 07 / 1974، وقد كرس بعض مقتضياتها في نص المادة 284 من مدونة الشغل التي تسعى إلى حماية وسلامة العمال وحفظ صحتهم من المواد الضارة وأنابيب الغاز وقنوات الدخان الضارة.
وقد جاء عن الأستاذ عمر تيزاوي: "مدونة الشغل بين متطلبات المقولة وحقوق الأجراء"، الدار البيضاء، الطبعة الأولى يونيو 2011، بأن المغرب لم يصادق على العديد من الاتفاقيات الدولية مثل:-
الاتفاقية رقم 127 الصادرة عام 1967 الخاصة بشأن الحد الأقصى للوزن، والاتفاقية رقم 139 الصادرة في عام 1974 بشأن السرطان المهني، والاتفاقية رقم 148 الصادرة سنة 1977، بشأن بيئة العمل من تلوث الهواء، والضوضاء، والاهتزازات، والاتفاقية رقم 152 الصادرة سنة 1979، الخاصة بالسلامة والصحة في عمليات المناولة بالمواني، والاتفاقية رقم 155 المتعلقة بسلامة وصحة المهنيين لسنة 1981، والاتفاقية رقم 161 الخاصة بخدمات الصحة المهنية لسنة 1985، والاتفاقية رقم 170 الصادرة سنة 1990 بشأن المواد الكيميائية، والاتفاقية رقم 174 المتعلقة بالوقاية من الحوادث الكبرى لسنة 1993، والاتفاقية رقم 176 لسنة 1995، الخاصة حول الصحة والسلامة في المناجم، والاتفاقية رقم 184، المتعلقة بالسلامة والصحة في الزراعة الصادرة سنة 2001، وللاستفادة أنظر الصفحة 459، من نفس المرجع.

²- الفقرة الثانية من المادة 25 من مدونة الشغل المغربية.

وفي نفس الإطار سار المشرع اليمني من خلال المادة 113 من قانون العمل اليمني التي نصت بأنه "على صاحب العمل عند تشغيل أي منشأة أن يوفر السلامة والصحة المهنية فيها وعلى الوزارة المختصة التأكد من توافر الشروط والظروف الملائمة للسلامة والصحة المهنية"، ووضع عقوبات في حالة مخالفة هذه المقتضيات تتمثل في عقوبات حبسية لا تزيد عن ثلاثة أشهر وغرامة مالية لا تقل عن 5000 ألف ريال ولا تزيد عن 20000 ألف ريال يمني¹، (أي ما يساوي تقريباً مالا يقل عن 220 درهم مغربي ومالا يزيد عن 820 درهم مغربي)، ولتناول هذه النقاط، يستدعي الأمر تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين، نتناول في الأول الصحة والسلامة المهنية والمنشآت الطبية ونخصص الثاني للحماية الخاصة لبعض أصناف الأجراء.

المطلب الأول: السلامة والصحة المهنية والمنشآت الطبية

تكتسب السلامة الجسدية للأجراء أهمية بالغة خاصة أن هذه الشريحة تعتبر من أسس التنمية الاقتصادية، لذلك يجب الحفاظ على صحتهم وسلامتهم من مخاطر الشغل من خلال التقيد بإجراءات حمائية تقي الأجراء مخاطر الشغل فقرة أولى، وكذا بإنشاء مصالح طبية لهذا نص المشرع المغربي واليمني على مقتضيات قانونية تنظمها، وهذا ما سيتم معالجته في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تدابير السلامة وحفظ الصحة المهنية

حماية من المشرع المغربي للأجراء، فقد وضع شروطاً وقائية للسلامة تمنع على المشغل السماح لأجرائه باستعمال مستحضرات، أو مواد، أو أجهزة، أو آلات ترى السلطة المختصة بأنها تلحق الضرر بصحتهم، أو تعرض سلامتهم للخطر². وحرصاً من المشرع على سلامة الأجير فقد وضع عقوبة تتمثل بغرامة تتراوح ما بين 2000 إلى 5000 درهم³.

وألزم المشغل إذا كانت تركيبة المنتجات المستعملة تتضمن مواد، أو مستحضرات خطيرة، أن يتأكد من أن غلاف تعبئتها يحمل تحذيراً مكتوباً، ينبه إلى خطورة استعمال تلك المواد أو المستحضرات⁴، وألزمه كذلك أن يطلع الأجراء على الأحكام القانونية المتعلقة بالاحتراس من خطر الآلات، وأن يلصق في مكان مناسب

1- المادة 154 من قانون العمل اليمني، الباب الرابع عشر.

2- المادة 287 من مدونة الشغل.

3- المادة 296 من مدونة الشغل.

4- المادة 288 من مدونة الشغل.

من أماكن الشغل، التي اعتاد الأجراء دخولها إعلاناً سهل القراءة، يحذر من مخاطر استعمال الآلات، ويشير فيه إلى الاحتياطات التي يجب اتخاذها في هذا الشأن¹. وعاقب المشرع المغربي المشغل في حالة مخالفته لهذه المقتضيات بغرامة مالية تتراوح من 10.000 إلى 20.000 درهم². وحيث إن المشرع المغربي لم يغفل إجراء الشغل المؤقت من مخاطر الشغل؛ فقد جاء في المادة 497 من مدونة الشغل أنه "لا يمكن اللجوء إلى إجراء مقابلة التشغيل المؤقت من أجل إنجاز أشغال تكتسي خطورة خاصة"، ومن أجل دفع المشغلين للالتزام بهذه المقتضيات، فقد عاقب على مخالفة أحكام الباب الثاني المتعلقة بمقاولات التشغيل المؤقت بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 5000 درهم³.

ولتفعيل مقتضيات الاتفاقية الدولية رقم 136 المتعلقة بالبنزين والتي صادقت عليها المغرب في 22/07/1974 فقد ضمنها المشرع المغربي في نص المادة 284 من مدونة الشغل، المتعلقة بحماية العمال وسلامتهم وحفظ صحتهم من المواد الضارة وأنابيب الغاز، وآبار المراحيض، أو أي أجهزة قد تحتوي على غازات ضارة، وعاقب المشرع المغربي المشغل في حالة عدم احترامه لهذه المواد بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 5000 درهم⁴، بينما رفعت المادة 297 هذه العقوبات إلى غرامة تتراوح بين 10.000 و 20.000 درهم في حالة مخالفة مقتضيات المواد 283، 288، 289، 290 و 291، وفي إطار السهر على تنفيذ العقوبات المتعلقة بمخالفة مقتضيات المواد 281، 282، 285، 286 والذي صدر بشأنها حكم بالعقوبات فإن المحكمة تحدد الأجل الذي يجب أن تنفذ فيه الأشغال الواجب إنجازها داخل المقابلة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل 6 أشهر من تاريخ صدور الحكم، كما يمنع تسجيل أية مخالفة جديدة لنفس السبب طيلة الأجل الذي يحدد طبقاً لأحكام الفقرة السابقة⁵. كما أن المشرع قد ضاعف الغرامات المترتبة على مخالفة مقتضيات المواد السابقة المنصوص عليها في هذا الباب في حالة العود⁶، بالإضافة إلى أنه يمكن للمحكمة في حالة خرق المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بشروط السلامة

1- المادة 289 من مدونة الشغل.

2- المادة 297 من مدونة الشغل.

3- المادة 505 من مدونة الشغل.

4- المادة 296 من مدونة الشغل.

5- أنظر المادة 298 من مدونة الشغل.

6- أنظر المادة 299 من مدونة الشغل.

وحفظ الصحة أن تصدر حكماً بالإدانة، مقروناً بقرار الإغلاق المؤقت للمؤسسة، في أجل لا يمكن أن يقل عن 10 أيام، ولا يتجاوز 6 أشهر، ويستوجب الإغلاق مراعاة المنع المشار إليه في الفقرة الثانية من 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 حكماً بالإغلاق النهائي للمؤسسة وفقاً للفصلين 90 و 324 من القانون الجنائي¹.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مقتضيات زجرية نص عليها المشرع المغربي تتمثل في غرامات مالية، سواء تعلق بعرض الأجراء على الفحص الطبي إذا كانت طبيعة الشغل تفرض ذلك من طرف المشغل، أو عدم تجهيز أماكن الشغل التي تسهل عمل الأجراء المعاقين، أو عدم أداء الأجر للأجراء عن الوقت الذي يقضونه من أجل تنفيذ التدابير التي تفرض عليهم قواعد حفظ الصحة باعتباره وقتاً من أوقات الشغل الفعلي².

وجدير بالذكر أن الأحكام الخاصة بنقل الطرود التي يفوق وزنها طناً قد تم تنظيمها بمرسوم برقم 2.04.468 صدر في 16 ذي القعدة 1425 الموافق 29

1- أنظر المادة 300 من مدونة الشغل.

هذه المادة تحيل على الفصلين 90 و 324 من القانون الجنائي

- الفصل 90 من القانون الجنائي ينص على أنه "يجوز أن يؤمر بإغلاق محل تجاري أو صناعي نهائياً أو مؤقتاً، إذا كان قد استعمل لارتكاب جريمة، إما بإساءة استغلال الإذن أو الرخصة المحصل عليها، و إما بعدم مراعاة النظم الإدارية.

وينتج عن الحكم بإغلاق محل تجاري أو صناعي، أو مؤسسة أخرى في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، منع المحكوم عليه من مزاولة نفس المهنة أو النشاط بذلك المحل.

ويشمل المنع أفراد أسرة المحكوم عليه أو غيرهم ممن يكون المحكوم عليه قد باع له المحل أو أكراه أو سلمه إليه كما يسري المنع في حق الشخص المعنوي أو الهيئة التي كان ينتمي إليها المحكوم عليه أو كان يعمل لحسابها وقت ارتكاب الجريمة.

ومدة الإغلاق المؤقت لا يجوز أن تقل عن عشرة أيام ولا أن تتجاوز ستة أشهر، ما لم ينص القانون خلاف ذلك.

- ونص الفصل 324 من نفس القانون بان " كل شخص، ممن أشير إليهم في الفقرة الثانية من الفصل 90، خرق أحكام تلك الفقرة، مخالفاً بذلك القرار الصادر بإغلاق مؤسسة تجارية أو صناعية، يعاقب بالعقوبة من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم".

2- عزيز القيسومي: "الحماية الجنائية لحقوق الأجراء على ضوء قانون الشغل"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تحت عنوان وحدة التكوين والبحث، قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، كلية الحقوق القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2011، الصفحة 32.

ديسمبر¹ 2004، والذي نصت عليه مدونة الشغل بمقتضى المادة 302 التي جاء فيها بأنه "يجب على كل من يرسل طرداً أو شيئاً لا يقل وزنه عن ألف كيلوغرام، أياً كانت وسيلة النقل المراد استعمالها، أن يبين على ظهر الطرد وزنه، وطبيعة محتواه، والوضع الذي ينبغي أن يكون عليه أثناء الشحن. ويجب أن يكون ذلك مكتوباً على الوجه الخارجي للطرد بحروف واضحة وثابتة، حسب الكيفيات التي تحدد بنص تنظيمي. يمكن في الأحوال الاستثنائية، التي يصعب معها تحديد الوزن تحديداً دقيقاً، أن يقدر حداً أقصى للوزن المسجل على الطرد بناء على حجمه، وطبيعته. يتولى وكيل المرسل، في حالة غياب هذا الأخير، كتابة البيانات المشار إليها في الفقرتين أعلاه". كما أن المشرع المغربي قد حرص على حماية الأجير حيث عاقب المشغل بغرامة تتراوح بين 2000 إلى 5000 درهم عن عدم كتابة البيانات المنصوص عليها في المادة 302 من مدونة الشغل، أو عدم كتابتها على النحو المنصوص عليه في نفس المادة، أو النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقها².

في حين نجد أن المشرع اليمني قد نظم تدابير حفظ شروط السلامة والصحة المهنية في قانون العمل اليمني حيث تطرق فيه إلى مراعاة حفظ موقع العمل في حالة صحيحة ومأمونة تقتضيها شروط السلامة والصحة المهنية، وضمان تهوية أماكن الشغل وتوفير إنارة كافية خلال ساعات الشغل طبقاً للمستويات والمقاييس التي تضعها الجهات المختصة بالسلامة والصحة المهنية، وكذلك اتخاذ الاحتياطات الضرورية لوقاية الأجراء من الأضرار الناشئة عن أي غاز أو دخان أو أي نفايات أو عوادم للصناعة، إضافة إلى اتخاذ الاحتياطات الضرورية لوقاية الأجراء من مخاطر الأجهزة أو الآلات ومخاطر وسائل الانتقال أو التداول بما في ذلك مخاطر الانهيار، واتخاذ الاحتياطات اللازمة ضد المخاطر وأضرار الطبيعة مثل الحرارة والرطوبة والبرودة، واتخاذ الاحتياطات الكفيلة للوقاية من مخاطر الإضاءة أو الضوضاء أو الإشعاعات الضارة والخطرة أو الاهتزازات أو زيادة أو نقص الضغط الجوي داخل مقر العمل بما في ذلك مخاطر الانفجار، وتشبيد دورات للمياه في أماكن يسهل الوصول إليها مع تخصيص دورات منفصلة للنساء في حالة استخدام النساء مع توريد المياه الكافية الصالحة للشرب ولاستخدام الأجراء وتسهيل استعمالها واتخاذ

1- يحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها الطرود التي لا يقل وزنها عن ألف كيلو غرام، نشر في الجريدة الرسمية عدد 5279 بتاريخ 3 يناير 2005.

2- أنظر المادة 303 من مدونة الشغل.

الاحتياطات اللازمة لمواجهة الحرائق وتهيئة الوسائل الفنية لمكافحتها بما في ذلك تأمين منافذ للنجاة وجعلها صالحة للاستعمال في أي وقت.

وحرصاً من المشرع اليمني على الأجراء فقد ألزم المشغل بمسك سجل لحوادث الشغل وأمراض المهنة وإبلاغ الجهات المختصة بها ووضع الإحصائيات على إصابات الشغل والأمراض المهنية وتقديمها للوزارة عند طلبها¹.

وقد أوجب المشرع اليمني بمقتضى المادة 118 من قانون العمل اليمني على المشغل أن يوجه ويرشد الأجراء حول المخاطر التي قد يتعرض لها حيث جاء فيها بأنه "على صاحب العمل القيام بما يلي:

- إرشاد وإحاطة العامل قبل تشغيله بمخاطر العمل والمهنة ووسائل الوقاية منها التي يجب عليه إتباعها أثناء العمل.
- القيام باستمرار التوجيه والرقابة على مراعاة العمال للسلامة والصحة المهنية.

- إبراز التوجيهات والإرشادات والملصقات الموضحة لمخاطر العمل والمهنة وأساليب الوقاية منها في أماكن ظاهرة واستخدام كافة وسائل الإيضاح الأخرى.

- نشر الوعي بين أوساط العمال فيما يخص السلامة المهنية والوقاية الصحية والعمل على إشراكهم في الدورات التدريبية والندوات المتعلقة بهذه الجوانب".
وحماية من المشرع اليمني للأجراء في حالة امتناع المشغل عن تنفيذ قواعد حماية الشغل والأجراء وتعليمات السلامة المهنية أعطى صلاحية لمفتش الشغل بأمر من الوزير بإيقاف الآلة مصدر الخطر لمدة أسبوع حتى تُزال أسباب الخطر وعلى الوزير إحالة الأمر إلى اللجنة التحكيمية المختصة في حالة فترة الإيقاف الجزئي أو طلب الإيقاف الكلي، إذا تبين بقاء الخطر وأن المشغل لم يقم بإزالته، ويستحق الأجراء الذين توقفوا عن الشغل بسبب ذلك كامل أجورهم². علاوة على ذلك فإن المشرع اليمني قد سن عقوبة ضد المشغل تضمنتها المادة 154 تتجلى في غرامة مالية أو حبسية؛ هذه العقوبة يتم العمل بها أيضاً في مجموعة من أبواب قانون العمل اليمني، غير أنها في الباب التاسع تطبق على المشغل في حالة مخالفته لمقتضيات حفظ السلامة والصحة المهنية.

1- أنظر المادة 114 من القانون العمل اليمني.

2- أنظر الفقرة الثانية من المادة 118 من قانون العمل اليمني.

ويؤخذ على المشرع اليمني أنه لم يضع مقتضيات قانونية تنظم نقل الطرود التي يفوق وزنها طناً، والذي يعتبر فعلاً مقتضى قانوني مهم كان يجب عليه أن يُضمنه في قانون العمل عامة وفي تدابير السلامة خاصة. وبرغم من اختلاف المشرعين في ترتيب مقتضيات الصحة والسلامة إلا أن الهدف واحد وهو توفير بيئة صحية للأجراء، وأمنة من المخاطر التي قد تؤثر عليهم، في حين تبين لنا أن المغرب يسعى جاهداً في تطبيق هذه المقتضيات على أرض الواقع بمراسيم وقرارات تحافظ على بيئة العمل والمخاطر الناتجة عن الآلات¹، ومستحضرات المواد².

ورغم من أن كل من المشرع المغربي واليمني قد وضع قيوداً على المشغل فيما يتعلق بالآلة مصدر الخطر تصل إلى درجة إيقافها جزئياً أو كلياً وإغلاق المصلحة أو المؤسسة، إلا أن تفعيل هذه الحماية قد تكون ضعيفة خاصة عندما وضع المشرع المغربي غرامات مالية غير رادعة للمشغل، حيث أن تدابير حفظ الصحة والسلامة تحتاج إلى عقوبة أكثر صرامة لما تحضى به من أهمية بالغة للأجراء. لذلك نجد أن المشرع اليمني كان أكثر جراًه عندما وضع غرامات مالية لكنه زاد عليها بعقوبة حبسية³ في حالة مخالفة المشغل لمقتضيات تدابير الصحة والسلامة، وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي عندما عاقب المشغل المخالف لمقتضيات السلامة بغرامة مالية تصل إلى 3750 أورو⁴، وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى 9000 أورو والحبس لمدة عام⁵. غير أن القضاء المغربي قد عاقب بعقوبة الحبس مسيري

1- مثال على ذلك قرار وزير التشغيل والتكوين المهني رقم 08-93 الصادر في 06 من جمادى الأولى 1429 (12 مايو 2008) المحدد للتدابير التطبيقية العامة والمتعلقة بالمبادئ المنصوص عليها في المواد من 281 إلى 291 من مدونة الشغل (الجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نونبر 2008)؛ في الباب الأول كيفية أعداد أماكن الشغل و الباب الثاني كيفية المحافظة على صحة الأجراء وسلامتهم وتهوية وتدفئة وإضاءة أماكن الشغل والوقاية من المخاطر الناجمة عن الضجيج في الباب الثالث، أما الباب الرابع فقد جاء ليوضح كيفية تنظيم الأماكن الخاصة لتناول الوجبات الغذائية والأماكن المخصصة لإيواء الأجراء وكيفية الوقاية من الحريق في الباب الخامس والوقاية من حوادث الشغل في الباب السادس، للاستفادة أكثر أنظر الصفحة 4072 من نفس الجريدة.

2- يبين لنا المرسوم رقم 2.08.528 بتاريخ 25 جمادى الأولى 1430 (21 مايو 2009) المتعلق بحماية العمال ضد المخاطر الناجمة عن البنزين والمواد التي تفوق فيها نسبة البنزين 1 بالمائة من الحجم (الجريدة الرسمية عدد 5738 بتاريخ 28 مايو 2009، للاستفادة أكثر أنظر من الصفحة 3104 إلى 3107، من نفس الجريدة.

3- أنظر المادة 154 من قانون العمل اليمني.

4 - PAULLETTE Pauvert, Nicole Siret: relation juridique : Travail ; protection sociale, crédit pénal-contentieux p 585

5- عزيز القيسومي: مرجع سابق، الصفحة 30.

شركة " روزامور " الخاصة بصناعة المفروشات المنزلية فعاقب الضنين الأول بالحبس سنتين حبساً نافذاً وغرامة نافذة قدرها 1000 درهم مغربي مع الصائر تضامناً والإجبار في الأدنى، كما عاقبت الثاني بأربع سنوات حبساً نافذاً وغرامة نافذة قدرها 1000 درهم في الأدنى¹، وذلك بسبب إهمالهم لمقتضيات السلامة المهنية.

الفقرة الثانية: المنشآت الطبية

يعتبر طب الشغل من آليات المراقبة الصحية، ويتأصل في التشريع المغربي بظهير 10 يوليوز 1957، ومرسوم فبراير 1958، حيث كان قانون الشغل المغربي حتى حدود 8 يونيو 2004 يقتصر على طب الشغل وتفتيش الشغل كآليات تنفيذ ومراقبة تستهدف وحدها تفعيل الرقابة الإدارية على مسائل الصحة والسلامة ووضع المشرع المغربي في مدونة الشغل أحكاماً خاصة بالمصالح الطبية للشغل، حماية منه لسلامة وصحة الأجراء، وعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 2000 إلى 5000 درهم في حالة مخالفة المشغل لهذه المقتضيات²، حيث ألزم المشرع المغربي المشغل بإنشاء مصالغ طبية مستقلة، في كل المقاولات المشغلة لما يقل عن 50 أجبيراً، إضافة إلى إلزامية إنشاء مصالغ طبية مشتركة بين المقاولات التي تشغل أكثر من 50 أجبيراً، حيث تتولى السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، تحديد الحد الأدنى من الوقت الذي يجب على طبيب أو أطباء الشغل تكريسه لأجراء المقولة. كما يجب تخصيص طبيب قار طيلة ساعات الشغل عندما يتعلق الأمر بالمصالح الطبية المستقلة³، وضرورة حصول أطباء الشغل على شهادة تثبت تخصصهم في طب

1- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء قسم جنحي، ملف تلبسي رقم 3838 / 2008، صدر بتاريخ 18 / 06 / 2008، وما تجدر الإشارة أن السبب في حادثة الحريق قد تسبب فيه أحدى الأجراء وذلك بإهماله و تدخينه السيجار داخل مكان الشغل، من ما أداء إلى الحكم بالحبس عليه لمدة أربعة سنوات، حبساً نافذاً وغرامة مالية نافذة قدرها 1000 درهم، حكم غير منشور.

* جميع الأحكام غير المنشورة المستخدمة في هذه المذكرة سواء المتعلقة بالمحاكم المغربية أو اليمينية يمكن الإطلاع عليها في الملحق الإلكتروني الخاص بالمذكرة ما عدا الحكم المذكور أعلاه.

2- المادة 335 من مدونة الشغل.

3- جاء في القرار رقم 3126.10 الصادر في 15 من ذي الحجة 1431 الموافق 22 نوفمبر 2010، الذي يحدد الحد الأدنى من الوقت الذي يجب على طبيب أو أطباء الشغل تكريسه للأجراء. (الجريدة الرسمية عدد 5902 بتاريخ 23 ديسمبر 2010) في مادته الأولى بأنه " تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 306 من القانون المشار إليه أعلاه رقم 99. 56، يحدد كما يلي الحد الأدنى من الوقت الذي يجب على طبيب أو أطباء الشغل تكريسه للأجراء :

1. في المقاولات التي لا يخشى فيها على صحة الأجراء:- ساعة واحدة في الشهر لفائدة 20 أجبير أو 10 أجراء إذا كانت أعمارهم تقل عن 18 سنة.

الشغل، وأن يكونوا مسجلين في جدول هيئة الأطباء ومرخصاً لهم بمزاولة المهنة¹، وإذا كان طبيب الشغل أجنبياً، يجب أن يكون حاصلًا أيضاً على الترخيص الخاص بتشغيل الأجانب². كما يجب الاستعانة في جميع أوقات الشغل، بمساعدين اجتماعيين، أو ممرضين حاصلين على إجازة الدولة، ومرخص لهم وفقاً للتشريع الجاري العمل به، وإحداث مصلحة خاصة بالحراسة الطبية³، مع استشارة طبيب الشغل فيما يتعلق

2. في المقاولات التي يجب إخضاع أجهزتها لرقابة طبية:- ساعة واحدة في الشهر لكل 10 أجراء للاستفادة أكثر أنظر الصفحة 5413 من نفس الجريدة.

1 - أنظر المواد 305، 306، 310، من مدونة الشغل.

2- أنظر المادة 311 من مدونة الشغل.

3 - أنظر المادتين 315، 316 من مدونة الشغل، وقد جاء القرار رقم 3124.10 الصادر في 15 من ذي الحجة 1431 الموافق 22 نوفمبر 2010، الذي يطبق أحكام المادتين 305 و330 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل (الجريدة الرسمية عدد 5902 بتاريخ 23 ديسمبر 2010) الخاص بأحداث مصالغ طبية وفق الشروط المحددة كما جاء في الملحق رقم 1 نموذج للشهادة الطبية الخاصة بالمصالح المستقلة للشغل، والملحق 2 يبين طلب الشهادة الطبية الخاصة للشغل المشترك بين المقاولات، للاستفادة أكثر أنظر الصفحة 5402 من نفس الجريدة.

وجاء في مرسوم رقم 2.05.751 صادر في 6 جمادى الآخرة 1426 الموافق 13 يوليو 2005، بتطبيق أحكام المادتين 315 و 316 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 21 يوليو 2005، عدد 5336.

وجاء عن الوزير الأول، بناء على القانون رقم 99 - 65 المتعلق بمدونة الشغل و الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 194 - 03 - 1 بتاريخ 14 من رجب 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003، ولاسيما المادتين 315 و 316 منه؛ وبعد دراسة المشروع في المجلس الوزاري المنعقد يوم 28 من جمادى الأولى 1426 الموافق 6 يوليو 2005، رسم ما يلي:

المادة الأولى تطبيقاً لأحكام المادة 315 من القانون المشار إليه أعلاه رقم 65.99، يحدد عدد

الممرضين الحاصلين على إجازة الدولة أو المساعدين الاجتماعيين المرخص لهم بممارسة أشغال المساعدة الطبية و الذين يجب على المصالح الطبية للشغل الاستعانة بهم في جميع أوقات الشغل في:

1. بالنسبة للمقاولات و المؤسسات التجارية و مقاولات و مؤسسات الصناعة التقليدية:-

ممرض أو ممرضة إذا كان عدد الأجهز الموجودين في المؤسسة أو المقولة يتراوح ما بين 500 و 1000 أجهز؛

ممرضين أو ممرضتين إذا كان عدد الأجهز الموجودين في المؤسسة أو المقولة يتراوح ما بين 1001 و 1500 أجهز.

إذا فاق عدد الأجهز 1500 أجهز، يضاف مساعد أو مساعدة اجتماعية و ممرض أو ممرضة عن كل 1500 أجهز.

2. بالنسبة للمقاولات و المؤسسات الصناعية و الاستغلالات الفلاحية و الغابوية و توابعها و المقاولات أو المؤسسات التي تباشر أشغالاً تعرض الأجهز لمخاطر خاصة:

ممرض أو ممرضة إذا كان عدد الأجهز الموجودين في المقولة يتراوح ما بين 200 و 800 أجهز؛ مساعد أو مساعدة اجتماعية و ممرضين اثنين أو ممرضتين اثنتين إذا كان عدد الأجهز الموجودين في المقولة يتراوح ما بين 801 و 2000 أجهز.

إذا تعدى عدد الأجهز الموجودين في المقولة 2000 أجهز، يضاف مساعد أو مساعدة اجتماعية و ممرض أو ممرضة عن كل 1500 أجهز المادة الثانية تطبيقاً لأحكام المادة 316 من القانون رقم

بمسائل التنظيم التقني للمصلحة الطبية للشغل والتقنية الجديدة للإنتاج، والمواد والمستحضرات الجديدة¹. وقد عاقب المشرع على عرقلة مهام طبيب الشغل²، كما أوجب المشرع على المقاولات إخضاع الأجراء لفحوصات طبية، ترمي إلى التأكد من ملائمة مناصب الشغل للحالة الصحية للأجراء عند بداية تشغيلهم³، أو في أقصى الأجل قبل انقضاء فترة الاختبار، وفحص كل أجير مرة على الأقل كل 12 شهر بالنسبة للأجراء الذين بلغوا 18 عاماً أو تجاوزوها، وكل 6 أشهر، بالنسبة لمن تقل أعمارهم عن 18 سنة، إضافة إلى فحوصات طبية لكل من تعرض لخطر ما، والمرأة العاملة، والحامل ومن لها طفل دون سن الثانية و المعطوب و المعاق بعد كل فترة يحدد طبيب الشغل دوريتها. وتتم الفحوصات بعد غياب أكثر من 3 أسابيع لسبب غير حادثة شغل أو مرض غير مرض مهني، أو بعد غياب لسبب حادثة شغل أو مرض مهني، أو بعد تكرار الغياب لسبب صحي⁴. كما أن لطبيب الشغل عند الضرورة، أن يطلب بأن تُجرى للأجير، على نفقة المشغل فحوصات تكميلية عند بداية تشغيله، وتخضع لنفس الإجراءات الفحوصات التكميلية خلال زيارة الطبيب التقديرية، حينما تدعو الضرورة إلى إجرائها، خاصة عند البحث عن الأمراض المهنية أو المعدية⁵. وجاء في نص المادة 331 من مدونة الشغل على أنه "يجب إحداث عيادة طبية ثانية، إذا كان للمصلحة الطبية من الأهمية ما يكفي لتشغيل طبيبين بوقت كامل"، وعليه نلاحظ أن المشرع المغربي قد حافظ في إطار هذه المواد على صحة وسلامة الأجراء من خلال التنصيص على إنشاء مصالح طبية في المقاولات تضمن صحة ووقاية تساعد على إكمال شغلهم بالشكل المطلوب.

في حين نجد أن المشرع اليميني اقتصر على تنظيم الرعاية الطبية بمقتضى المادة 119 من قانون العمل التي نصت بأنه "على صاحب العمل أن يوفر الرعاية الصحية للعاملين لديه وتشمل هذه الرعاية ما يلي:

65.99 سאלفة الذكر، يسهر ممرض أو ممرضة على مصلحة الحراسة الطبية في المقاولات أو

المؤسسات على الشكل المذكور في المادة الأولى من هذا المرسوم.

المادة الثالثة يسند إلى وزير التشغيل و التكوين المهني و وزير الصحة، كل واحد منهما فيما يخصه، تنفيذ هذا المرسوم الذي ينشر في الجريدة الرسمية..

1- أنظر المادة 322 من مدونة الشغل.

2- أنظر الفقرة السادسة من المادة 335 من مدونة الشغل.

3- عزيز القيسومي: مرجع سابق، الصفحة 135.

4- أنظر المادة 327 من مدونة الشغل.

5- أنظر المادة 328 من مدونة الشغل.

- إجراء الكشف الطبي للعامل قبل التشغيل.
- نقل العامل إلى عمل يتناسب مع حالته الصحية بناء على تقرير من الجهات المختصة كلما كان ذلك ممكناً.
- أن يوفر العمل المناسب للعامل ووفق توصيات الجهات الطبية المختصة حسب الظروف وإمكانيات العمل وبموجب قانون التأمينات الاجتماعية إذا كان المرض ناجماً عن المهنة أو كانت الإصابة ناجمة عن العمل أو بسببه.
- تحمل العلاج ومستلزماته للعمال مهما كان عددهم وفقاً لللائحة الطبية لصاحب العمل التي توافق عليها الوزارة.
- تشغيل ممرض مؤهل في موقع العمل أو منطقتة إذا زاد عدد العمال لديه على خمسين عاملاً.
- أن يعهد إلى طبيب أو مؤسسة طبية بعلاج العمال لديه إذا زاد عددهم عن مائة عاملاً في موقع العمل أو منطقتة.
- أن يؤمن حفظ الأوراق المتعلقة بعلاج العمال الذي تسلم إليه من قبله وللعامل أن يحصل على صور من الشهادات والوثائق المتعلقة بمرضه والمسلمة إلى صاحب العمل من الجهات الطبية المختصة.
- يجوز لأصحاب الأعمال الذين يقل عدد العمال لديهم عما هو محدد في هذه المادة أن يعهدوا إلى طبيب أو مؤسسة طبية بعلاج هؤلاء العمال.
- للوزير أن يلزم أصحاب الأعمال الذين يقل عدد العمال لديهم عما هو محدد في هذه المادة تشغيل ممرض مؤهل أو أن يعهدوا بعلاجهم إلى طبيب وذلك في الصناعات والمهن الخطرة والشاقة".
- إلا أن هذه الرعاية تبقى ضعيفة ولا توفر الحماية الكافية للأجير، خلافاً للمشرع المغربي الذي خطى خطوات جريئة في سبيل توفير رعاية طبية للأجراء من خلال إنشاء مصالح طبية في المقاولات المستقلة أو المشتركة، وألزم المشغل بتوفير طبيب قار والتأكد من خبرته وبالترخيص الخاص بالطبيب الأجنبي وفي تحديد وقت الفحص الطبي للإحداث والراشدين، في حين أن قانون العمل اليمني لا يتضمن مثل هذه المقترحات ويمكن تفعيلها في حاله إلزام المشغل بإنشاء مصالح طبية في المقاولات. ويرى الأستاذ محمد عبد القادر الحاج بأنه إذا كان المشغل يوفر رعاية طبية بحسب عدد العمال الذين يستخدمهم فإن هذا المعيار العددي يعتبر غير مجدي، لكون هذه الدلالة ليست صادقة في جميع الحالات، إذ أنها تؤدي إلى التفرقة بين العمال في

التمتع بهذه الرعاية الطبية، حيث من المستحسن في هذه الحالات، الأخذ بنظام التأمين الصحي الذي يساهم كافة أرباب الأعمال في تمويله¹.
أما فيما يخص الجزاءات التي جاء بها المشرع المغربي والمتمثلة في الغرامات المالية، فإنها تبقى ضعيفة وقد تساعد على غياب الحماية، لذا يتعين رفع هذه الغرامات ليكون لها تأثير على المشغل لتوفير الرعاية اللازمة، على عكس المشرع اليمني الذي جمع بين الجزاءات السالبة للحرية والغرامات المالية ونص في هذا الإطار على عقوبات حبسية في مواجهة المشغل والتي لا تزيد عن 3 أشهر وغرامات مالية تقدر ب 5000 ريال ولا تتجاوز 20000 ألف ريال، وهذا ما جاء في نص المادة 154 من نفس القانون التي تعاقب المشغل في حالة مخالفة أو خرق الباب العاشر لتأمينات الخدمة.

المطلب الثاني: الحماية الخاصة لبعض أصناف الأجراء

تستحق بعض الفئات أهمية خاصة، كالمرأة الأجير، لذلك يجب حمايتها من الأعمال الشاقة وتمتعها بالإجازات القانونية الخاصة بها، إضافة إلى حماية مولودها من خلال إنشاء غرف مخصصة لإرضاعه كما هو مقرر قانوناً **فقرة أولى**. بالإضافة إلى هذه الفئة فإن الأحداث وذوي الاحتياجات الخاصة يجدون اهتماماً كبيراً من طرف المشرع إعمالاً لما في المواثيق الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية خاصة **فقرة ثانية**.

الفقرة الأولى: حماية المرأة الأجير

كانت المرأة وما تزال تنادي بالمساواة في الشغل بينها وبين الرجل. غير أن تكوينها الفيزيولوجي ووضعها الحيوي، جعل جل التشريعات تتدخل بهدف حماية بنيتها الضعيفة التي لا تستطيع القيام ببعض الأشغال، أو مراعاة لظروفها لأنها لن تتمكن من تحمل نفس المشاق التي يتحملها الرجل، وذلك كله صيانة للأخلاق الحميدة والآداب العامة التي يجب أن تبقى سائدة².

1- محمد عبد القادر الحاج: " شرح قانون العمل اليمني"، مكتبة الجيل الجديد صنعاء، الصفحة 252.
2- امحمد الأمراني زنطار: "حماية المرأة العاملة من خلال مشروع قانون الشغل 95-08 دراسة مقارنة مع ظهير 2 يوليوز 1947"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن العدد 27، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش، لسنة 1997.

وما يجب الإشارة إليه أن مبدأ المساواة يطرح مجموعة من المشاكل القانونية تتوزع بين ضرورة احترام مبدأ المساواة مع ضرورة توفير الحماية الخاصة للمرأة الأجير في ظروف عملها. إلا أن منظمة العمل الدولية¹، قد اهتمت بهذا الجانب، فأصدرت عدة اتفاقيات مناهضة للتمييز في الشغل، والتي صادق عليها المغرب ومن ضمنها الاتفاقية رقم 111 التي تمنع التمييز في الاستخدام²، والتي نص عليها المشرع المغربي في المادة 9 من مدونة الشغل التي تمنع كل تمييز بين الأجراء من حيث السلالة أو اللون أو الجنس أو الإعاقة أو الحالة الزوجية أو العقيدة أو الرأي السياسي أو الانتماء النقابي أو الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي، وتكريساً لحماية أجر الأجراء من التمييز فقد صادق المغرب على الاتفاقية الدولية رقم 100 بتاريخ 1979/05/11 المتعلقة بالمساواة في الأجور بين الجنسين³، وهذا ما أخذ به المشرع المغربي تطبيقاً لمقتضياتها⁴، حيث نصت المادة 346 من مدونة الشغل بأنه "يمنع

1- صادق المغرب على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة طبقاً لقرار/2200/أ / 21 / بتاريخ 16 دجنبر 1966 بتاريخ 8 نوفمبر 1979، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية بأنه " تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب.

2- صادق عليها المغرب، بتاريخ 27 /03 /1963 اتفاقية 1958 نشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 29 شعبان 1382 الموافق 25 يناير عدد 2622 نصت المادة الأولى منها بأنه:-

أ. في مفهوم هذه الاتفاقية، يعني مصطلح تمييز "أ" أي تفريق أو استبعاد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي، ويكون من شأنه إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المعاملة في الاستخدام أو المهنة؛ (ب) أي تمييز أو استبعاد أو تفضيل آخر يكون من أثره إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المساواة في المعاملة في الاستخدام أو المهنة تحدده الدولة العضو المعنية بعد التشاور مع ممثلي منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال، إن وجدت، ومع هيئات مختصة أخرى.

ب. لا يعتبر أي تفريق أو تفضيل على أساس مؤهلات يقتضيها شغل وظيفة معينة من قبيل التمييز.

ج. في مفهوم هذه الاتفاقية، يشمل تعبيراً (الاستخدام) و(المهنة) إمكانية الوصول إلى التدريب المهني، والوصول إلى الاستخدام وإلى مهن معينة، وكذلك شروط الاستخدام وظروفه".

و نصت المادة الثانية بأنه "تتعهد كل دولة عضو تسري عليها هذه الاتفاقية بصياغة وتطبيق سياسة وطنية ترمي إلى تشجيع تكافؤ الفرص والمساواة في الاستخدام والمهنة بإتباع نهج مناسب الظروف والممارسات الوطنية، بغية القضاء على أي تمييز في هذا المجال".

3- نشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 27 غشت 1980 عدد 3539.

4- نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من نفس الاتفاقية بأنه " تشير عبارة " مساواة العمال والعاملات في الأجور عن عمل ذي قيمة متساوية " إلى معدلات الأجور المحددة دون تمييز قائم على الجنس، ونصت الفقرة الأولى من المادة الثامنة بأنه "تشجع كل دولة عضو، على كفاءة تطبيق مبدأ مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية على جميع العاملين، وأن تضمن تطبيق هذا المبدأ في حدود عدم تعارضه مع تلك الأساليب".

كل تمييز في الأجر بين الجنسي، إذا تساوت قيمة الشغل الذي يؤديه". وجاءت المادة 478 بنفس المقتضى الحمائي الذي نصت عليه المادة 9 من نفس المدونة. هذه الاعتبارات راعاها المشرع اليمني ونص على أنه "تتساوى المرأة مع الرجل في كافة شروط الشغل وحقوقه وواجباته وعلاقاته دون أي تمييز، كما يجب تحقيق التكافؤ بينها وبين الرجل في الاستخدام والترقي والأجور والتدريب والتأهيل والتأمينات الاجتماعية، ولا يعتبر في حكم التمييز ما تقتضيه مواصفات الشغل أو المهنة"¹، ولهذا قد كرس هذا التوجه من خلال تفعيل مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادقت دولة اليمن عليها².

وعموماً فإن الحماية لا يمكن أن تكتمل بدون حماية المرأة الأجيعة من بعض الأعمال الممنوعة وهذا ماسيتم الحديث عنه في إطار البند الأول، وكذا ضمان حقها في التمتع بالإجازات بند ثاني.

البند الأول: حماية المرأة الأجيعة من الأعمال الشاقة

تطبيقاً للاتفاقيات الدولية³، وضعت التشريعات قيوداً خاصة على بعض الأعمال حماية للأجيعة، والمشرع المغربي تبنى هذا التوجه إذ وضع عقوبات زجرية

1- أنظر المادة 42 من قانون العمل اليمني.

2 - صادق اليمن في تاريخ 22 / 8 / 1969، على الاتفاقية الدولية رقم 111 الخاصة بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة اتفاقية 1958، والتي دخلت حيز التنفيذ في 17 / 1 / 1960، وصادق على الاتفاقية الدولية في تاريخ 18 / 10 / 1972، الخاصة بالقضاء على أشكال التمييز العنصري اتفاقية 12 / 21 / 1965، دخلت حيز التنفيذ في 04 / 01 / 1969، وصادقت في تاريخ 29 / 07 / 1976، على الاتفاقية رقم 100 بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر، اتفاقية 1951، دخلت حيز التنفيذ عام 23 / 05 / 1953، وصادقت على الاتفاقية التي تندد بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، في تاريخ 30 / 05 / 1984، اتفاقية 18 / 02 / 1979، دخلت حيز التنفيذ 03 / 09 / 1981، وللإستفادة أكثر أنظر المادة 1 و 2 من نفس الاتفاقية، وصادق على العهدين الدوليين في 29 / 02 / 1987، اتفاقيات 16 / 02 / 1966، الذي دخل حيز التنفيذ في 23 / 03 / 1976، أنظر المادة 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، أضافاً إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في تاريخ 09 / 02 / 1987، اتفاقية 10 / 02 / 1984، أنظر من المواد 1 / 2 / 3 / 4 / 5 / 7.

* وما تجب الإشارة إليه أن مصدر الاتفاقيات التي استخدمتها في البحث المتعلقة باليمن هو المركز الوطني للمعلومات اليمني، تم البحث تحت عنوان الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها اليمن موقع الكتروني:- تم الاطلاع عليه يوم الأحد الموافق 20 / 05 / 2012، الساعة 27: 09 مساءً، الرابط <http://www.yemen-nic.net/contents/Politics/itefaqeya.php>، إضافة بأنه يمكن التصفح عليها في الملحق الإلكتروني الخاص بالرسالة.

3 - صادق المغرب على الاتفاقية رقم 45 في تاريخ 20 / 09 / 1956، المتعلقة بعمل المرأة تحت سطح الأرض قد استجاب المشرع لهذه الاتفاقية وتبنى بعض مقتضياتها في المواد 181 و 182 من مدونة الشغل.

مخالفة المقتضيات المنظمة لهذه الأعمال¹، فمنع على المشغل تشغيل النساء في الأشغال الجوفية التي تؤدي في أغوار المناجم²، والأشغال التي تشكل مخاطر بالغة عليهن، أو تفوق طاقتهن، أو قد يترتب عنها ما قد يخل بالأداب العامة³. ونلاحظ خارج نصوص مدونة الشغل بأن المشرع المغربي اجتهد لتوفير حماية للأجيرة من الإشعاعات⁴، وعلى سبيل المثال المرسوم الصادر في 28 أكتوبر 1997 الخاص بالحماية من الإشعاعات الأيونية الذي جاء في طيه حماية المرأة في حقبة الوضع، والحمل والرضاعة⁵. أما المشرع اليمني فقد راعى التكوين الطبيعي للمرأة فحظر تشغيل النساء في الصناعات والأشغال الخطرة⁶ والشاقة التي لا تتناسب مع ظروف المرأة من الناحية الصحية أو الجسمانية، وذلك مثل الشغل تحت سطح الأرض في المناجم، أو في الأفران الصناعية المعدة لتدوير وتصفية وطبخ المنتجات المعدنية وصناعة المفرقات والشغل في دبغ الجلود. كما أن المشرع لم يتجاهل التقاليد والقيم الأخلاقية في المجتمع اليمني التي تنظر إلى المرأة نظرةً تختلف عن نظرتها إلى الرجل، لذلك يحظر على المرأة مزاولة الأشغال التي يخشى منها على أخلاقها مثل العمل كخدمات منازل⁷ والمصانع والمنشآت التي تستلزم استيفاء الشغل فيها بعد الانتهاء منه لبعدها عن العمران، وغيرها من الأعمال المحظورة التي تحدد بقرار

1- عاقب المشرع المشغل في المادة 183 من مدونة الشغل بغرامة مالية تتراوح من 300 إلى 500 درهم وتتكرر الغرامات بتعدد الأجراء، على لا تتجاوز مجموعة الغرامات مبلغ 20000 درهم.

2- أنظر المادة 179 من مدونة الشغل.

3- أنظر المادة 181 من مدونة الشغل.

4- عبد الرحيم المعيطي: " الحماية القانونية للأجراء من المخاطر النووية"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال والمقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي- الرباط، فبراير 2012، الصفحة 139.

5- المرسوم رقم 2-97-30 الصادر في 25 من جمادى الآخرة 1418 (28 أكتوبر 1997) بتطبيق القانون رقم 005.71 بتاريخ 21 من شعبان 1391 (12 أكتوبر 1971) المتعلق بالوقاية من الإشعاعات الأيونية (الجريدة الرسمية عدد 4540 بتاريخ 4 ديسمبر 1997).

6- الفقرة الأولى من المادة 46 من قانون العمل اليمني نصت على أنه: " يحظر تشغيل النساء في الصناعات والأعمال الخطرة والشاقة والمضرة صحياً واجتماعياً ويحدد بقرار من الوزير ما يعتبر من الأعمال المحظورة طبقاً لهذه الفقرة".

7- ما زال اليمن يأخذ بالعادات والتقاليد، بخلاف المشرع المغربي الذي يسعى على تحقيق حماية لهذه الفئة حيث أوجد مشروع قانون خاص بعمال المنازل وهو ما يتوافق مع مفهوم العمل اللائق والابتعاد من المفاهيم العنصرية فجاء عن لسان أستاذتنا سميرة كميلى، عندما ناقشة رسالة تحت عنوان الحماية القانونية للعمل المنزلي في ظل مشروع قانون 19 - 12، أن المشرع قد أدخل فيه عدة تعديلات وما زال الإصدار الأخير للمشروع لم تتم مناقشته في البرلمان، وهذا ما أكدته أستاذتنا آمال جلال.

من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل¹. ولتكريس حماية أكثر من المشرع لهذه الفئة فقد أوجب على المشغل اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية الأجيال الحامل من أي مخاطر قد تؤدي إلى الأضرار بصحتها أو حملها مع احتفاظها بحقوقها في العلاج والتعويض، وعلى سبيل المثال حمايتها من مخاطر الأجهزة أو الإشعاعات الضارة والخطرة و مخاطر الاهتزازات والضوضاء ومخاطر زيادة أو نقص الضغط الجوي². وهذا ما سارت عليه بعض التشريعات مثل المشرع المصري³. إلا أن هناك نقطة يجب الإشارة إليها وهي أن المشرع المغربي قد وضع مقتضى قانونياً حمائياً من خلال المادة 182 من مدونة الشغل التي نصت بأنه "يجب أن يتوفر في كل قاعة من القاعات داخل المؤسسات التي تتولى النساء نقل البضائع والأشياء، أو عرضها على الجمهور، عدد من المقاعد للاستراحة يساوي عدد النساء الأجيريات بها. ويجب أن تكون هذه المقاعد مميزة عن تلك التي توضع رهن إشارة الزبناء".

لذلك عاقب المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من المادة 183 المشغل في حالة مخالفته لمقتضيات المادة 182 بغرامة مالية تتراوح ما بين 2000 و 5000 درهم، وعاقب بغرامة من 300 إلى 500 درهم، المشغلين الذين يسمحون للمرأة الأجيال بالشغل تحت أغوار المناجم أو المقالع أو تحت سطح الأرض أو في جوفها التي تعيق نموها أو قد تساعد في إعاقتها، في حالة تكرار المخالفة بغرامة مالية قد

1- عبدالله علي الخياري: "شرح قانون العمل اليمني الجديد"، مركز الأمين للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 2006، الصفحة 130.

2- المادة 47 من قانون العمل اليمني.

3- علي عوض حسن: " مختصر الوجيز في شرح قانون العمل، مطبعة دار الفكر الجامعي 2001، صفحة 410 إلى 412.

المادة 153 من قانون العمل المصري تنص على أنه "لا يجوز تشغيل النساء في الأعمال الضارة بهن صحياً أو أخلاقياً وكذلك في الأعمال الشاقة أو غيرها من الأعمال التي تحدد بقرار من وزير الدولة للقوى والتدريب".

الأعمال التي لا يجوز تشغيل النساء فيها :

تقابل نص المادة 132 من القانون الملغي 1951/91، وقد صدر تنفيذاً للمادة 153 المشار إليها قرار وزير القوى العاملة والتدريب رقم 22 بتاريخ 1982/02/07 بتحديد الأعمال التي لا يجوز تشغيل النساء فيها وفيما يلي نصت بعد الديباجة :-

مادة واحد:- بأنه لا يجوز تشغيل النساء في الأعمال الآتية:-

العمل في السيارات ونوادي القمار والشقق المفروشة، صنع الكحول والبيوظة وكافة المشروبات الروحية، العمل تحت سطح الأرض في المناجم والمحاجر وجميع الأعمال المتعلقة باستخراج المعادن والأحجار، العمل في الأفران المعدة لصهر المواد المعدنية، العمل في دبغ الجلود، صناعة الإسفلت، صناعة المفرقات والأعمال المتعلقة بها، عمليات المزج والعجن في صناعة وإصلاح البطاريات الكهربائية، اللحام بالأوكسجين والاسيتيلين والكهرباء، أعمال تستيف البضائع في عنابر السفن.

تصل إلى 20.000 درهم ويلاحظ من خلال كل هذه الغرامات أنها تعد ضئيلة إذا ما قارناها بمستوى خطورة الفعل المرتكب، لذلك كان من الأجدر على المشرع المغربي أن يرفع من هذه الغرامة لكي يكون لها تأثير على أرض الواقع، بينما المشرع اليمني نص في الفقرة الثانية من المادة 46 من قانون العمل على أنه "لا يجوز تشغيل النساء ليلاً إلا في شهر رمضان وفي تلك الأعمال التي تحدد بقرار من الوزير"، ويهدف المشرع من حظر تشغيل المرأة العاملة ليلاً مراعاة لما في الشغل ليلاً من إرهاق أكثر من النهار كما أن قضاء المرأة ليلاً خارج أسرتها فيه إضرار يتعين رفعه عن المرأة الأجيبة، من الناحية الصحية، والخلاقية، والدينية، والاجتماعية، وما تقوم به المرأة في المجتمع باعتبارها زوجة، وأمّاً، وربة بيت، ومنشأة أجيال¹.

يتضح أن المشرع اليمني، لم يحدد فترة الليل مكتفياً بما هو متعارف عليه بأن هذه فترة هي الفترة الواقعة بين غروب الشمس حتى شروقها، وبالتالي لا يجوز تشغيل النساء خلالها إلا إذا كان الشغل في شهر رمضان وفي الأشغال التي تحدد بقرار من وزير التأمينات والشؤون الاجتماعية والعمل².

أما المشرع المغربي فقد أجاز تشغيل النساء في الليل وجعلها قاعدة بعد ما كان استثناءً. فظهير 2 يوليوز 1947 الملغي كان صريحاً في تحريمه مع بعض الاستثناءات المنصوص عليها في نفس الظهير بنصه على أنه "لا يجوز استخدام ... النساء ليلاً وهذا يدل على أن الظهير كان منسجماً مع الاتفاقية الدولية رقم 4 و41 التي تمنع تشغيل النساء ليلاً والمصادق عليها في 13/06/1956³. لكن مدونة الشغل جاءت بإمكانية تشغيل النساء ليلاً مع الأخذ بعين الاعتبار وضعهن الصحي

1- محمد علي الشرفي، مرجع سابق، الصفحة 87.

2- عبد الله علي الخياري: مرجع سابق، الصفحة 131.

3- نصت المادة الثالثة على أنه "لا يجوز تشغيل النساء، أيا كانت أعمارهن، ليلاً في أي منشأة صناعية، عامة كانت أو خاصة، أو في أي من فروعها، وتستنثى من ذلك المنشآت التي لا يستخدم فيها سوى أفراد من نفس الأسرة".

إلا أنه وعكس المادة 173 من مدونة الشغل، نلاحظ أن المادة الرابعة من نفس الاتفاقية تنص على أنه "لا تطبق المادة الثالثة في:

أ- حالات القوة القاهرة عندما يحدث في أي مؤسسة توقف عن العمل لم يكن في المستطاع التنبؤ به وليس من طبيعته أن يتكرر.

ب- الحالات التي يقتضي العمل فيها استعمال مواد أولية أو مواد في طور المعالجة وتكون عرضة للتلف السريع، وكان هذا العمل الليلي ضرورياً للمحافظة على المواد المذكورة من خسارة محققة".

إذا يمكن القول أن المادة 172 و المادة 173 من مدونة الشغل تتعارض مع المادة الثالثة والرابعة من الاتفاقية، لذا يمكن القول أن ظهير 1947 ومقتضيات الاتفاقية كانا أكثر حماية للمرأة الأجيبة عكس ما تضمنتها المدونة في المادتين سالفتين الذكر.

والاجتماعي فقد جعلت المادة 172 المبدأ هو تشغيل النساء ليلاً¹، والاستثناء منع تشغيلهن وذلك في "المؤسسات التي تحتم الضرورة أن يكون النشاط فيها متواصلًا أو موسميًا أو أن يكون الشغل فيها منصباً على استعمال مواد أولية أو في طور الإعداد، وعلى استخدام محاصيل فلاحية سريعة التلف"²، وعاقب المشرع المغربي بغرامة مالية تتراوح من 300 إلى 500 درهم، عند تشغيل النساء ليلاً في حالة عدم الحصول على الإذن الاستثنائي³، وتكرر عقوبة الغرامة بتعدد النساء على ألا يتجاوز مجموع الغرامات 20.000 درهم⁴، كما عاقب بنفس العقوبة عن عدم التقيد بالمدة الدنيا من الراحة وهي بين كل يومين من الشغل الليلي، لا تقل عن إحدى عشر ساعة متوالية، تشمل لزوماً فترة الشغل الليلية كما هي محددة في المادة 172 من مدونة الشغل⁵، غير أنه يمكن تخفيض هذه المدة إلى عشر ساعات في المؤسسات المشار إليها في المادة 173 من نفس المدونة⁶.

إذاً يتبين لنا من خلال هذه المقترحات أن المشرع المغربي حاول أن يضع قيوداً قانونية تحمي الأجيرة وعاقب بغرامات مالية كجزاء على المشغل في حالة مخالفته لهذه القيود قد تصل في حالة العود إلى 20.000 ألف درهم، في حين نجد أن المشرع اليمني كان موفقاً عندما منع تشغيل الأجيرة ليلاً إلا في شهر رمضان

1- جميلة العمري: " المرأة وحق الشغل أية حماية " مجلة الفقه والقانون، تاريخ النشر 06 / 05 / 2009، الصفحة 6، موقع الكتروني:-

www.Alex4all.com user files/chorl.pdf تم الإطلاع عليه يوم الثلاثاء الموافق 12 / 05 / 2013، الساعة 30 : 8 مساء.

2- أنظر الفقرة الأولى من المادة 173 من مدونة الشغل.

3- الفقرة الثانية من المادة 173 نصت بأنه "إذا تعرضت المؤسسة لظروف استثنائية، وتعذر عليها إما بسبب نشاطها، أو بسبب طبيعة شغلها الاستفادة من الاستثناء الوارد في الفقرة السابقة، أمكن للعون المكلف بتفتيش الشغل منحها رخصة استثنائية خاصة، تبيح لها الاستفادة من المقترحات المشار إليها في تلك الفقرة".

4- المادة 177 من مدونة الشغل.

5- المادة 174 من مدونة الشغل.

6 - حددت المادة 172 :-

* الساعات ليلاً في النشاطات غير الفلاحية، كل شغل يؤدي بين الساعة التاسعة ليلاً والسادسة صباحاً.
* وحددت أيضاً ساعات الشغل ليلاً في النشاطات الفلاحية، كل شغل يؤدي فيما بين الساعة الثامنة ليلاً والخامسة صباحاً.

- يقصد بالمؤسسات المشار إليها في المادة 173 :-

* المؤسسات التي تحتم الضرورة أن يكون النشاط فيها متواصلًا أو موسميًا.

* أو أن يكون الشغل فيها منصباً على أشغال مواد أولية، أو مواد في طور الإعداد، أو على استخدام محاصيل فلاحية سريعة التلف.

الذي يقتضي العمل فيه بالليل وذلك لأن للمرأة تقوم بأعمالها المنزلية نهراً أضف إلى أنه جعل عقوبة الحبس حاضرة بخصوص بعض الحالات للحد من تجاوزات المشغل.

البند الثاني: حق المرأة الأجيبة في الاستفادة من الإجازات القانونية
تستفيد المرأة من الإجازات القانونية في حالة الوضع أو النفاس "أولاً"، وفي الحالة الخاصة بالرضاعة "ثانياً"
أولاً : إجازات الوضع أو النفاس

نظم كل من المشرع المغربي واليميني مقتضيات خاصة حماية منهما للمرأة الأجيبة للاستفادة من إجازات الوضع والنفاس. و في هذا الإطار عاقب المشرع المغربي بغرامات مالية تتراوح من 10.000 إلى 20.000 درهم في حالة إنهاء المشغل عقد شغل الأجيبة الحامل أو النفاس، إذا أثبتت حملها بشهادة طبية، وهي فترة الأربعة عشر أسبوعاً الموالية للوضع¹، إضافة أنه لا يمكن للمشغل إنهاء عقد شغل الأجيبة أثناء فترة توقفها عن الشغل بسبب نشوء حالة مرضية عن الحمل أو النفاس مثبتة ذلك بشهادة طبية² أو تشغيل الأجيبة وهي نفساء، في فترة السبعة أسابيع الموالية للوضع. وحماية من المشرع للمرأة في هذه الوضعية فقد جعل المشغل يسهر على تخفيف الأشغال التي تكلف بها المرأة الأجيبة أثناء الفترة الأخيرة للحمل وفي الفترة الأولى عقب الولادة³، كما "يحق للمرأة الأجيبة، أن توقف سريان عقد الشغل فترة تبتدى قبل تاريخ توقع الوضع بسبعة أسابيع. وتنتهي بعد تاريخ الوضع بسبعة أسابيع. إذا ثبت بشهادة طبية نشوء حالة مرضية، عن الحمل أو النفاس، تجعل من الضروري إطالة فترة توقف العقد، زيدت في فترة إجازة الولادة مدة استمرار تلك الحالة المرضية، على ألا تتعدى فترة التوقيف ثمانية أسابيع قبل تاريخ توقع الوضع، وأربعة عشر أسبوعاً بعد تاريخ الوضع. إذا وضعت الأجيبة حملها قبل تاريخه المتوقع، أمكن لها تمديد فترة توقيف عقد الشغل إلى أن تستكمل الأربعة عشرة أسبوعاً التي تستغرقها مدة التوقيف المستحقة لها"⁴.

1- أنظر المادة 165 من مدونة الشغل.

2- الفقرة الثانية من المادة 159 من مدونة الشغل.

3- أنظر المادة 153 من مدونة الشغل.

4- المادة 154 من مدونة الشغل.

أما المشرع اليمني فبدوره حدد ساعات شغل المرأة اليومية بخمس ساعات إذا كانت حامل في شهرها السادس، ويجوز تخفيض هذه المدة لأسباب صحية بناء على تقرير طبي معتمد¹، كما "يحق للعاملة الحامل أن تحصل على إجازة وضع بأجر كامل مدتها سبعة أيام²، وتعطى للأجيرة الحامل عشرين يوماً إضافة إلى الأيام المذكورة أعلاه - سبعة أياماً - وذلك في الحالتين التاليتين:

1- إذا كانت الولادة متعسرة ويثبت ذلك بقرار طبي.

2- إذا ولدت توأماً³.

ولا يجوز بأي حال من الأحوال تشغيل، المرأة العاملة أثناء إجازة الوضع ولا حتى فصلها أثناء تمتعها بهذه الإجازة⁴.

إن العناية بالأم الحامل في حالة اشتغالها هي بالتبعية عناية بالطفل فالحماية المذكورة آنفاً هي مجرد تمديد للقواعد المنظمة والمدافعة عن المؤسسة العائلية، وبشكل أوسع مؤسسة الطفل⁵.

يتبين لنا أن المشرعين المغربي واليمني قد سلكا نفس مسلك المشرع

الفرنسي⁶ فيما يخص منع المشغل من إنهاء عقد شغل الأجيرة في حالة إجازة الوضع والنفاس، كما أعطاهما الحق من الاستفادة بالإجازة وعدم تشغيلها، فضلاً على أن المشرع اليمني قد حدد ساعات شغل المرأة الحامل ابتداء من الشهر السادس قابلة للنقصان في حالة وجود عارض مرضي.

وبالرغم من اختلاف مدة الإجازة بين التشريعين إلا أنه يتضح أن المشرع المغربي أعطى مقتضى حمائياً للمرأة بالاستفادة من الإجازات الاستثنائية الناتجة عن المرض بدون شرط كما هو الشأن بالنسبة لنظيره اليمني الذي اشترط زيادة هذه الإجازة بالشرطين سالفين الذكر.

1- الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون العمل اليمني.

2- الفقرة الأولى من المادة 45 من قانون العمل اليمني.

3- أنظر الفقرة الثالثة من المادة 45 من قانون العمل اليمني

4- الفقرة الثانية والرابعة من المادة 45 من قانون العمل اليمني

5- عز سعيد: "العمل القضائي المغربي في مجال نزاعات الشغل الفردية"، الطبعة 1994، الصفحة 100.

6 Yves DELAMOTTE le droit du travail en pratique, cinquième édition mise à jour, les éditions d'organisation-paris, 1990, achevé d'imprimer en mars 1992, p 219.

"Il est interdit à l'employeur de licencier une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement"

ثانياً: الاستراحة الخاصة بالرضاعة

إيماناً من المشرع بالدور الكبير التي تقوم به الرضاعة الطبيعية في نمو المولود، وحفاظاً على صحة الأم الأجيبة وسلامة مولودها وتكريساً من المشرع المغربي لهذه الحماية عاقب بغرامة مالية من 2000 إلى 5000 درهم من مدونة الشغل¹ في حالة رفض المشغل تمتيع الأم الأجيبة بفترة الاستراحة الخاصة المستحقة لها خلال أوقات الشغل من أجل إرضاع مولودها². أما المشرع اليمني لم يحدّد حذو نظيره المغربي ولكنه حدد ساعات عمل المرأة اليومية بخمس ساعات حتى نهاية الشهر السادس إذا كانت مرضعة، ويجوز تخفيض هذه المدة لأسباب صحية بناء على تقرير طبي معتمد³، و"يبدأ احتساب ساعات عمل المرأة المرضع منذ اليوم التالي لانقضاء إجازة الوضع وحتى نهاية الشهر السادس"⁴. إضافة لما سبق يتضح أن المشرع اليمني أوجب "على المؤسسات العامة والخاصة المستخدمة لخمسين عاملة فأكثر في منشأة واحدة أن تنشئ أو تعهد إلى دار للحضانة بإيواء أطفال العاملات بالشروط والأوضاع التي تحدد بقرار من الوزير"⁵. وهذا ما سار عليه المشرع المغربي من خلال نصه على أنه "يجب تجهيز غرفة خاصة للرضاعة داخل كل مقولة، أو على مقربة منها مباشرة، إذا كان يشتغل فيها مالا يقل عن خمسين أجيبة، تتجاوز سنهن السادسة عشر. يمكن استعمال غرفة الرضاعة روضاً لأطفال الأجيبات العاملات بالمقولة. تتولى السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، تحديد شروط قبول الرضع وغرف إرضاع المواليد، وشروط حراسة الأمكنة، وتوفير مستلزماتها الصحية"⁶.

ويتضح من خلال ما سبق أن المشرع المغربي ونظيره اليمني قد نصا على إنشاء دار للرضاعة داخل المقاولات أو دار حضانة قريبه من المقولة التي تشتغل

1- أنظر المادة 165 من مدونة الشغل.

2- تنص المادة 161 من مدونة الشغل على ما يلي: "يحق للأم الأجيبة أن تتمتع يومياً على مدة اثني عشر شهراً، من تاريخ استئنافها الشغل إثر الوضع باستراحة خاصة، يؤدي عنها الأجر باعتبارها وقتاً من أوقات الشغل، مدتها نصف ساعة صباحاً، ونصف ساعة ظهراً، لكي ترضع مولودها خلال أوقات الشغل، وتكون هذه الساعة مستقلة عن فترات الراحة المعمول بها في المقولة. يمكن للأم الأجيبة، أن تتفق مع المشغل على الاستفادة من هذه الساعة المخصصة للرضاعة في أي وقت من أيام الشغل".

3- أنظر الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون العمل اليمني.

4- الفقرة الثانية من المادة 43 من قانون العمل اليمني.

5- المادة 45 مكرر من قانون العمل اليمني

6- المادة 162 من مدونة الشغل.

فيها خمسين أجيبة، وحدد المشرع اليمني نوعية المقاوله في عامه وخاصة عكس المشرع المغربي الذي لم ينص على هذا التحديد. إلا أن المشرع المغربي قد كان موقفه موقفاً عندما وضع شروط لقبول الرضع، وحراسة الأمكنة، وتوفير المستلزمات الصحية، إضافة إلى أنه أعطى إمكانية استعمال غرف الرضاعة روضاً لأطفال الأجيبات بالمقاوله. لذا ندعو المشرع اليمني أن ينص كمنظيره المغربي على هذه الإجراءات لتوفير حماية أكثر للأجيبات المرضعات وأطفالهن، رغم أن العقوبة التي جاء بها المشرع المغربي المتمثلة في غرامة تتراوح ما بين 2000 إلى 5000 درهم تبقى ضعيفة ويمكن للمشغل خرقها بسبب بساطتها وبالتالي فإنه يتعين رفع هذه العقوبة لتعزيز حماية الأجيبة المرضعة ومولودها.

الفقرة الثانية: حماية الأحداث وذوي الاحتياجات الخاصة

بما أن مدونة الشغل رفعت سن التشغيل إلى 15 سنة، كما تناولت بالتنظيم كيفية تشغيل الأجير المعاق فإننا سنشير إلى حماية الأجراء الأحداث في البند الأول لننترق في البند الثاني إلى حماية ذوي الاحتياجات الخاصة.

البند الأول: حماية الأجراء الأحداث

لقد تفاقمت ظاهرة تشغيل الأحداث في الدول النامية بشكل كبير والتي يمكن إرجاعها إلى عدة عوامل ساهمت في اقتحام العديد من الأحداث لعالم الشغل وذلك نتيجة فقدان الأسرة لمن يعيلها، أو نتيجة تفككها، إضافة إلى عوامل الفقر والنزوح من الأرياف إلى المدن، وتعمق ظاهرة الهدر المدرسي، وانسداد الأفق الأسري أمام الأزمات الاقتصادية والاجتماعية مما أدى إلى ظهور العديد من الظواهر السلبية، وهو ما يشكل عائقاً أمام النمو الطبيعي للطفولة سواء من الناحية النفسية أو الجسمانية طبقاً للمعايير التي تتحدث عنها المنظمات الدولية ذات الصلة¹، وفي إطار تعزيز حماية اليد العاملة للأحداث وضع كل من المشرع المغربي والمشرع اليمني قيوداً على المشغل سواء بتحديد السن القانوني للشغل وموافقة ولي أمره "أولاً"، إضافة إلى الأشغال الممنوعة على هذه الفئة "ثانياً".

أولاً: سن التشغيل

تدخلت الدول في سن التشريعات التي من شأنها حماية الأحداث، وأهمها تحديد سن معينة لتشغيل الحدث، حيث اهتمت المنظمة الدولية للشغل ومنظمة العمل

¹ - بنبراهيم بلقاسم: "حماية الأحداث في تشريع الشغل"، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 16، ماي 2009، الصفحة 89.

العربية بهذا الموضوع اهتماماً بالغاً¹. وتكريساً للاتفاقيات الدولية استجاب المشرع المغربي² لهذا الموقف، وعمد قبل صدور مدونة الشغل الجديدة إلى الرفع من سن التشغيل إلى حدود 15 سنة، وذلك من خلال نظام التدرج المهني الذي أقر بمقتضى ظهير 2000/2/15.

ومن البديهي أن المشرع المغربي كرس هذا الموقف في مدونة الشغل³، بأنه لا يمكن تشغيل الأحداث، ولا قبولهم في المقاولات، أو لدى المشغلين، قبل بلوغهم سن الخامسة عشر كاملة⁴. على أن أي عقد يبرم مع أجبر يقل سنه عن 15 سنة يكون عقداً باطلاً على المستوى المدني حتى ولم تم ذلك بموافقة ولي أمره⁵، أما على المستوى الجزري فالحبس قد يطال المشغل، في حالة العود بناءً على نص المادة 151 من مدونة الشغل⁶.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذا الجزاء يعد من أقسى الجزاءات المقررة في مدونة الشغل، علماً بأن الحبس لم يقرر على امتداد المدونة سوى في حالتين، الحالة

1- أصدرت منظمة العمل الدولية منذ تأسيسها العديد من الاتفاقيات الدولية بهذا الشأن كانت أولها الاتفاقية رقم 5 لسنة 1919، المتعلقة بالحد الأدنى للسن التي يجوز فيها تشغيل الحدث في الأعمال الصناعية حيث حددت هذه السن بأربع عشر سنة كما صدرت اتفاقية تتعلق بتحديد السن الأدنى لاشتغال الحدث في البحر هي اتفاقية رقم (58) لسنة 1936 حيث منعت هذه الاتفاقية تشغيل الحدث الذي يقل عمره عن الخامسة عشرة في السفن، عدا السفن التي يشتغل فيها أفراد الأسرة الواحدة، كما أصدرت الاتفاقية رقم (59) لسنة 1937 الخاصة بسن قبول الأحداث في الأعمال الصناعية حيث تعتبر هذه الاتفاقية معدلة للاتفاقية للأولى من حيث تحديد الحد الأدنى للسن بخمس عشرة سنة إلا أنها استثنت المؤسسات التي لا يشتغل فيها سواء أفراد أسرة صاحب العمل، والأحداث العاملين في المدارس الفنية بشرط أن توافق وتشرف عليها السلطات المختصة فيما يتعلق بالفئة الأخيرة، كما صدرت عن المنظمة الدولية الاتفاقية رقم 138 لسنة 1973 المتعلقة بالحد الأدنى لسن التشغيل.

أما الاتفاقيات الإقليمية والعربية فصدرت عن منظمة العمل العربية الاتفاقيات رقم 1 لسنة 1966 والاتفاقية المعدلة لها رقم (6) لسنة 1978 والخاصة بحماية الأحداث فحددت السن الأدنى لعمل الحدث باثنتي عشرة سنة في الأعمال غير الصناعية.

2- صادق المغرب على الاتفاقية الدولية رقم 138 الصادرة عن منظمة العمل الدولية المتعلقة بسن التشغيل والتي تحدد سن التشغيل في الفقرة الثالثة من المادة الثانية ب 15 سنة، ولا يجوز في أي حال أن يقل هذا السن، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 19 / 11 / 2000، صادق عليها المغرب بتاريخ 06 / 01 / 2001، نشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 04 / 12 / 2003، عدد 5166.

3- عمر تيزاوي: مرجع سابق، الصفحة 297.

4- أنظر المادة 143 من مدونة الشغل.

5- عمر تيزاوي: مرجع سابق، الصفحة 297.

6- تنص المادة 151 من مدونة الشغل على أنه " يعاقب بغرامة من 25.000 إلى 30.000 درهم عن مخالفة المادة 143. وفي حالة العود، تضاعف الغرامة والحكم بحبس تترأخ مدته بين 6 أيام و 3 أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين".

المذكورة أعلاه وحالة تسخير الأجراء قهراً وجبراً¹. لذلك استجاب للاتفاقية الدولية²، الخاصة بمنع التسخير قهراً أو جبراً، ولتفعيل مقتضياتها، نصت المادة 10 من مدونة الشغل على أنه "يمنع تسخير الأجراء لأداء الشغل قهراً أو جبراً"، وعاقب في الفقرة الأخيرة من المادة 12 في حالة مخالفة المادة 10 أعلاه بغرامة تتراوح من 25.000 إلى 30.000 درهم، وفي حالة العود، تضاعف الغرامة والحكم بالحبس تتراوح مدته بين 6 أيام و 3 أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما بالنسبة للمشرع اليمني فبالرغم من مصادقته على الاتفاقية الدولية³ التي تمنع التسخير إلا أنه لم يضمنه في نص قانوني. وجاء عن وزير الشؤون القانونية والعمل أن هناك مشروع قانون سيتم صياغته وفقاً للمعايير الدولية المشمولة في الاتفاقيات الدولية الملزمة بها اليمن خاصة فيما يتعلق بشبه العمل الإجباري⁴، لكن هذه المستجدات جاءت متأخرة خاصة بأن اليمن قد صادق على هذه الاتفاقيات منذ حقبة من الزمن. فالمشرع المغربي كرس مبدأ الحماية بما يتلائم مع الاتفاقيات الدولية ودمجها في النصوص القانونية، إضافة أنه وضع عقوبة قد تصل في حالة العود إلى

¹- عمر تيزاوي: مرجع سابق، الصفحة 298.

²- صادق المغرب على الاتفاقية رقم 29 التي بدورها منعت العمل الجبري بتاريخ 20 / 05 / 1975، وقد حددت الاتفاقية رقم 29 المقصود بالسخرى في مادتها الثانية: " يقصد بتعبير العمل الجبري أو الإلزامي، "كل أعمال أو خدمات تغتصب من أي شخص تحت تهديد بأي عقوبة، ولم يتطوع هذا الشخص بأدائها بمحض اختياره. إلا أن منظمة العمل الدولية تدخلت فيما بعد، بموجب الاتفاقية الدولية رقم 105 المتعلقة بالقضاء على العمل الجبري والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 01 / 12 / 1966 وجاء في إطار المادة الأولى بأنة "تتعهد كل دولة تصدق على هذه الاتفاقية بحضر أي من أشكال العمل الجبري أو العمل القسري وبعدم اللجوء إليه :-

أ- كوسيلة للإكراه أو التوجيه السياسي إزاء كعقاب على اعتناق آراء سياسية أو آراء تتعارض مذهبياً مع النظام السياسي والاقتصادي أو الاجتماعي القائم على التصريح بهذه الآراء،
ب- كأسلوب لحشد الأيدي العاملة أو لاستخدامها لأغراض التنمية الاقتصادية،
ت- كوسيلة لفرض الانضباط على الأيدي العاملة،
ث- كعقاب على المشاركة في الإضرابات،
ج- كوسيلة للتمييز العنصري أو المذهبي أو الديني.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي قد أحترم هذا المنع عند إعداده لمدونة الشغل، وذلك في المادة العاشرة السالفة الذكر أعلاه.

³- صادق اليمن على الاتفاقية الدولية لرقم 29 الخاصة بمنع بالعمل الجبري و الإلزامي، بتاريخ 14 / 04 / 1969، اتفاقية 1930، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 08 / 05 / 1932، وصادق على الاتفاقية الدولية رقم 105 الخاصة بإلغاء العمل الجبري بتاريخ 14 / 04 / 1969، اتفاقية 25 / يونيو / 1957، دخلت حيز التنفيذ في تاريخ 17 / 01 / 1959.

⁴- جريدة التغيير صنعاء، جاء عن "وزير الشؤون القانونية والعمل بأن هناك مشروع قانون جديد للعمل"، تم الإطلاع على الجريدة في يوم 03 / 04 / 2013، الساعة 04: 25: 20، الرابط <http://al-tagheer.com/news55972.html>

عقوبة الحبس في حالة استخدام المشغل أجيراً لم يبلغ سن التشغيل أو عند استخدامه أجيراً جبراً.

وعاقب المشرع المغربي المشغل بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 5000 درهم في حالة تشغيل الحدث¹؛ الذي لم يبلغ سن الثامنة عشرة، في التمثيل أو مشخفاً في العروض العمومية المقدمة من قبل المقاولات، بدون إذن مكتوب يسلمه مسبقاً العون المكلف بتفتيش الشغل، بعد أخذ رأي ولي أمر الحدث. غير أنه يمكن للعون المكلف بالتفتيش سحب هذا الإذن إما من تلقاء نفسه، وإما بطلب من كل شخص مؤهل لهذا الغرض². ويتضح من خلال كل هذا أن المشرع المغربي قد ربط سن تشغيل الحدث بالموافقة الكتابية لمفتش الشغل، كما أنه منحه الحق في سحب الإذن كوسيلة وقائية في ضمان حماية الأجير الحدث ضد أي تجاوز قد يطول في حقه³. أما في ما يخص المشرع اليمني فقد استجاب للاتفاقيات الدولية

1- أنظر الفقرة الأولى المادة 150 من مدونة الشغل.

2- أنظر المادة 145 من مدونة الشغل.

حدد نص المادة الأولى من المرسوم 29 دجنبر 2004 نشر في الجريدة الرسمية في يوم 3 يناير 2005، المقاولات التي تمنع فيها تشغيل الأحداث دون الثامنة عشر كما يلي:-

* مقاولات الإنتاج السينمائية والتلفزيونية والإذاعية والتسجيلات الصوتية، وبصفة عامة، مقاولات الإنتاج السمعية البصرية.

* المعارض القارة أو المتنقلة.

* شركات الإشهار.

3- فاطمة الزهرة بوقوايل: "تشغيل الأحداث: أية حماية في ظل مدونة الشغل؟" بحث لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، شعبة القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد الخامس- أكادال-

الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2010 / 2011، الصفحة 10 و 11.

المنظمة للحد الأدنى للتشغيل¹، فعرف في قانون العمل الجديد²، في المادة الثانية منه الحدث بأنه " كل ذكر أو أنثى لم يبلغ الخامسة عشرة من العمر"، ويمكن للحدث إبرام عقد العمل، إما بنفسه إن كان مأذوناً له، وإما بواسطة وليه أو وصيه، وهذا ما جاء واضحاً في نص المادة 61 من القانون المدني اليمني التي نصت على أن "الصبي المميز يختبر في رشده قبيل بلوغه بأن يأذن له وليه أو وصيه بإدارة شيء من ماله ويختلف باختلاف الأحوال فولد التاجر بالبيع والشراء والمحترف بما يتعلق بحرفته وولد المزارع بالزراعة والصيفية بتدبير شئون بيتها وذلك لمعرفة الغاية المقصودة من الاختبار"، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 49 التي نصت على أنه "لا يجوز تشغيل الحدث إلا بموافقة ولي أمره وإشعار مكتب الوزارة المختص بذلك".

1- صادق اليمن على الاتفاقية رقم 15 التي تخص الحد الأدنى لعمل الأحداث في تاريخ 29 / 07 / 1976، اتفاقية 1921، والتي دخلت حيز التنفيذ تاريخ 19 / 06 / 1923، وقد جاء في نص مادتها الثانية بأنه "لا يجوز تشغيل الأحداث دون السن الثامنة عشر على ظهر السفن كوقادين أو كمساعدين ووقادين" عطشجية"، وجاء في نص المادة الثالثة بأنه "لا تطبق أحكام المادة 2 على:-
- العمل الذي يؤديه أحداث على سفن تعليمية أو سفن تدريبية، ما لم تقر السلطة العامة هذا العمل وتشرف عليه؛

- استخدام الأحداث على سفن تسيرها أساساً وسيلة دفع أخرى غير البخار؛
وصادقت على الاتفاقية رقم 58 الخاصة بشأن الحد الأدنى لتشغيل الأحداث في العمل البحري بتاريخ 14 / 04 / 1969، اتفاقية 1936، دخلت حيز التنفيذ في تاريخ 11 / 04 / 1939، قللت هذه الاتفاقية سن تشغيل الأحداث على ما كان عليه في الاتفاقية السابقة فقد جاء في متن الفقرة الأولى من مادتها الثانية بأنه "لا يجوز استخدام أو تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن الخامسة عشرة على ظهر أي سفينة، بخلاف السفن التي لا يعمل عليها سوى أفراد من نفس الأسرة، وصادق أيضاً على الاتفاقية الدولية رقم 59 الخاصة بعمل الأحداث في الأعمال الصناعية بتاريخ 14 / 04 / 1969، اتفاقية 1937، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 21 / 02 / 1941، والتي بدورها قد منعت تشغيلهم وهو ما جاء واضحاً في نص المادة الثانية بأنه :-

أ. لا يجوز استخدام أو تشغيل الأحداث الذين تقل سنهم عن الخامسة عشرة في المنشأة الصناعية، سواء كانت عامة أو خاصة، أو في أي فروعها.

ب. على أنه يجوز للقوانين أو اللوائح الوطنية أن تسمح باستخدام هؤلاء الأحداث في المنشآت التي لا يعمل فيها سوى أفراد من نفس الأسرة، وتستثنى من ذلك الأعمال التي تمثل بحكم طبيعتها أو بحكم الظروف التي فيها خطر على حياة أو صحة أو أخلاق المستخدمين فيها.

وصادق اليمن في مجلس الوزراء في تاريخ 15 / 02 / 2000، ولم تستكمل بعد إجراءات التصديق من قبل مجلس النواب على الاتفاقية الدولية رقم 183 المتعلقة بالحد الأدنى لتشغيل الأحداث، اتفاقية 1937، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 19 / 06 / 1976. وقد حددت تشغيل الحدث كما تم ذكره في ما سبق.

2- عبدالله علي الخياري: مرجع سابق، الصفحة 134.

نستشف أن المشرع اليمني وضع قيوداً لتشغيل الحدث وهو ضرورة الحصول على موافقة ولي أمره وإشعار مكتب الوزارة المختص بذلك، وهذا القيد لا يتوافق مع ما تقتضي به القواعد العامة التي تحكم تصرفات القاصر في القانون المدني، فالحدث وفقاً لتلك القواعد يعتبر قاصراً، وأن عقد الشغل الذي يبرم مع قاصراً يعتبر موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي لأنه يعتبر من العقود الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يخضع بهذا الشأن للقواعد العامة الواردة في القانون المدني بشأن العقد الموقوف¹. ولكن أمام صراحة الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون العمل، التي اشترطت الحصول على هذه الموافقة، إذ يعتبر كل عقد عمل يبرمه الحدث بنفسه وقبل الحصول على موافقة الولي باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى ولو أجاز الولي هذا العقد بعد إبرامه.

إذن يتبين لنا من هذه المقتضيات أن المشرعين قد توافقا على منع استخدام الحدث قبل بلوغ 15 سنة، وكذلك على الغرامة المالية والعقوبة الحبسية إلا أن المشرع المغربي جاء بمقتضى حمائي إضافي عندما منع المشغل بتشغيل الحدث الذي لم يبلغ 18 سنة في التمثيل أو شخصاً أو في العروض، وكان يجب على نظيره اليمني أن يضع مثل هذا المقتضى.

ثانياً : الأشغال الممنوعة على الأحداث

لتحقيق المزيد من الحماية للأحداث نص المشرع المغربي على مجموعة من الأشغال التي اعتبرها ممنوعة² كالقيام بكل إشهار استغلالي، يهدف إلى جلب الأحداث لتعاطي المهن الفنية ويبرز طابعها المربح³، وعاقب على ذلك بغرامة من 2000 إلى 5000 درهم⁴، ومنع أي شخص بأن يكلف حدثاً دون الثامنة عشرة القيام بألعاب خطيرة، أو بحركات بهلوانية، أو إلتوائية، أو أن يعهد إليهم -الأحداث- بأشغال تشكل خطراً على حياتهم، أو صحتهم، أو أخلاقهم. كما منع على أي شخص، إذا كان

1- نصت المادة 62 من القانون المدني اليمني بأنه " يقع صحيحاً منتجاً لجميع آثاره تصرف الصغير المميز فيما أن له به على النحو المبين في المادة السابقة ويستثنى من ذلك الغبن الفاحش وهو ما زاد على عشر قيمة المثل وقت التصرف فإنه يجوز لولي الصغير أو وصيه وللصغير نفسه رده إلى ما لا غبن فيه أو إبطاله ما لم يكن هناك عرف محلي يقضي بخلافه نقصاً أو زيادة"، ونصت المادة 63 من نفس القانون على أن "السفه تبذير المال على خلاف ما يقضي به العقل والشرع، ويأخذ السفه حكم الصبي المميز من وقت الحكم عليه بالحجر".

2- بنبراهيم بلقاسم: مرجع سابق، الصفحة 92.

3- أنظر المادة 146 من مدونة الشغل.

4- أنظر الفقرة الثانية من المادة 150 من مدونة الشغل.

يحترف مهنة بهلوان، أو ألعبان، أو عارض حيوانات، أو مدير سيرك أو ملهى متنقل، أن يشغل في عروضة أحداثاً دون السادسة عشرة¹. وعلى ضوء ما سبق نلاحظ عدم تناسق العقوبات الواردة في المادة 150 من مدونة الشغل مع خطورة الأفعال المجرمة، فإذا كانت الغرامة تتراوح بين 2000 إلى 5000 درهم في حالة القيام بكل إشهار استغلالي، يهدف إلى جلب الأحداث لتعاطي المهن الفنية ويبرز طابعها المربح، فإن الغرامة لا تتجاوز 500 درهم في حالة تكليف أحداث دون 18 سنة بأداء ألعاب خطيرة أو قيامه بأشغال تشكل خطراً على حياته وسلامته رغم أن الوضع يكون أكثر خطراً في الحالة الثانية، مما يتنافى والتوجه الحمائي للأجبر الحدث، كما أنه تتعدد الغرامات بتعدد الأجراء في حالة عدم تطبيق مقتضيات المادة 147، على أن لا تتجاوز الغرامة 20000 درهم، وبالرغم من أن أهم المبادئ الخاصة بقانون الشغل الجنائي هو مبدأ تعدد الغرامات بتعدد الأجراء، إلا أن مبدأ تعدد الغرامات بتعدد المخالفات لا يؤخذ على الإطلاق، إذ لا يمكن أن تتجاوز مجموعة الغرامات 20.000². وإضافة إلى ذلك عاقب المشرع بعقوبة محتشمة تتمثل في غرامة من 300 إلى 500 درهم³، عند تشغيل الأحداث دون الثامنة عشر في المقالع وفي الأشغال الجوفية التي تؤدي في أغوار المناجم⁴، وتشغيل الأحداث دون الثامنة عشر في أشغال قد تعيق نموهم، أو تساهم في توسيع نطاق إعاقتهم إذا كانوا معاقين، سواء كانت هذه الأشغال على سطح الأرض أو في جوفها، وفي الأشغال التي تشكل مخاطر بالغة عليهم، أو تفوق طاقتهم، أو قد يترتب عنها ما قد يخل بالآداب العامة⁵.

1- أنظر المادة 147 من مدونة الشغل.

2- فاطمة الزهرة بوقوايل: مرجع سابق، الصفحة 63.

3- أنظر المادة 183 من مدونة الشغل.

4- أنظر المادة 179 من مدون الشغل.

5- أنظر المادتين 180 و 181 من مدونة الشغل.

نص المرسوم المؤرخ في 29 دجنبر 2004 الصادر في 3 يناير 2005 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5279. في مادته الأولى بأنه "يمنع تشغيل الأحداث الذين يقل أعمارهم عن 18 سنة في الأشغال التالية:-

- أشغال التشحيم والتنظيف أثناء عملية فحص وإصلاح الأجهزة الميكانيكية عندما تكون في حالة أشغال.
- استخدام الآلات التي تشغل باليد أو بواسطة محرك ميكانيكي والتي لا تتوفر الأجزاء الخطيرة منها على ما لا يلزم من وسائل الوقاية.
- خدمة الحنفيات التجارية.
- الأشغال التي يتوقف إنجازها على:-
- إقامة هياكل خشبية أو معدنية متحركة من أجل ترميم وتنظيف المنازل.

يبدو أن المشرع المغربي ذهب بعيداً عندما منع تشغيل الأحداث دون السادسة عشر في الشغل الليلي¹، إلا أنه أتى بالعديد من الاستثناءات، تبيح من خلالها لبعض المؤسسات بناء على إذن من مفتش الشغل، الحق في تشغيل الأحداث، من طرف المؤسسات التي تحتم بالضرورة أن يكون النشاط فيها متواصلاً، أو موسمياً، أو يكون الشغل فيها منصباً على استعمال مواد أولية في طور الإعداد أو على استخدام محاصيل زراعية سريعة التلف، إضافة إلى استثناء آخر، يتمثل في حالة تعرض المؤسسة لظروف استثنائية بسبب نشاطها أو بسبب طبيعة شغلها، مما يمنح الحق للمشغل في تشغيل الأحداث ليلاً وذلك بموجب رخصة يمنحها لها مفتش الشغل. كما يلزم المشغل، في النشاطات غير الفلاحية، بإتاحة فترة راحة للأحداث بين كل يومين من الشغل الليلي لا تقل عن إحدى عشرة ساعة متوالية تشمل لزوماً فترة الشغل الليلية². وعاقب المشرع، حماية منه للأجير الحدث، المشغل بغرامة تتراوح من 300 إلى 500 درهم وتكرر الغرامات بتعدد الأجراء الأحداث على أن لا تتجاوز مجموعة الغرامات 20.000 درهم، في حالة عدم احترام المقترضيات السالفة الذكر³.

أما بالنسبة المشرع اليمني فلم يتوسع في تنظيم الأشغال الممنوعة على الأجير الحدث، ولم يحدد السن الأدنى لهذه الأشغال، كما عمل نظيره المغربي الذي يبدو أنه استجاب لاتفاقيات العمل الدولية، والعربية⁴. إلا أن المشرع اليمني، منع تشغيل

-
- نصب هياكل خشبية أو معدنية ثابتة تستعمل في صناعة البناء والأشغال العمومية.
 - الأشغال التي تنجز فوق السطوح.
 - أشغال الهدم.
 - إذابة الزجاج.
 - استخدام الآلات بمعامل الزجاج حيث يتم صنع القنينات بالطرق الميكانيكية.
- تمديد أنابيب وقضبان الزجاج.

- 1- أنظر المادة 172 من مدونة الشغل.
 - 2- فاطمة الزهرة بوقوايل: مرجع سابق، الصفحة 24.
 - 3- أنظر المادة 177 من مدونة الشغل.
 - 4 - الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية، رقم 77 لسنة 1946 المتعلقة بالفحص الطبي على الأحداث المراهقين للتأكد من لياقتهم للإشغال في الأعمال الصناعية، والاتفاقية رقم 90 لسنة 1948 الخاصة بمنع تشغيل الأحداث ليلاً في الصناعة.
- أما اتفاقيات العمل العربية نظمت الاتفاقية رقم (1) لسنة 1966 والاتفاقية المعدلة رقم 6 لسنة 1976 أحكاماً تتعلق بحماية الأحداث فيما يتعلق بالسن فقد حدد الحد الأدنى لسن العمل في الأعمال غير الصناعية باثنتي عشر سنة وفي الأعمال الصناعية بخمس عشر سنة، ولا يجوز تشغيل الأحداث قبل السابعة عشرة في الأعمال الخطرة أو الضارة بالصحة، إما بالنسبة لساعات العمل فلا تجوز عن ست ساعات للأحداث الذين تقل سنهم عن خمس عشر سنة كما لا يجوز تشغيل الأحداث بأي عمل إضافي، أو تشغيلهم بالإنتاج، وفي العمل الليلي، كما نصت الاتفاقية العربية رقم (7) لسنة 1977 بشأن السلامة والصحة

الأحداث في المناطق النائية والبعيدة عن العمران¹، وألزم صاحب العمل بتوفير بيئة عمل صحية وآمنة للأحداث²، للحفاظ على صحتهم من الأمراض المهنية المعدية³، كما أنه "حضر تشغيل الحدث في الأعمال الشاقة والصناعات الضارة والأعمال ذات الخطورة الاجتماعية، وللوزير تحديد تلك الأعمال والصناعات بقرار منه"⁴. ويتضح مما سبق أن المشرع اليمني قد عالج الحماية الخاصة بالأحداث في بعض المقترضات التي تحتاج إلى جهد أكثر لتكريس حماية أفضل لهذه الفئة، وتنظيم نصوص قانونية تحكم عمل الأحداث في الليل لأنه يلاحظ من استقراء الفصل الثاني من الباب الرابع الخاص بتنظيم عمل الأحداث غياب تنظيم عمل الحدث ليلاً⁵.

وبالرغم من وجود شبه فراغ تشريعي خاص بهذه الفئة، إلا أن هناك بعض النصوص القانونية التي نظم بها المشرع حماية الحدث في هذا الإطار كالمادة 151 من قانون العمل اليمني التي اشترطت على المشغل الذي يستخدم أحداثاً أن يضع سجلاً بالأحداث وأوضاعهم الاجتماعية والمهنية يبين فيه اسم الحدث وعمره وولي أمره وتاريخ مباشرته للعمل ومحل إقامته وأية بيانات أخرى تقررها الوزارة .

ويلاحظ من خلال هذه المادة أعلاه أن المشرع اليمني قد ألزم المشغل في أي مهنة أن يضع سجلاً بالأحداث عن وضعهم الاجتماعي والمهني، وهو ما أكده المشرع المغربي حرصاً منه على الأحداث حيث ألزم المشغل بأن يتوفر على نسخ من عقود ولادة الأحداث الذين يتولى توجيههم، أو بطاقات تعريفهم الوطنية وأن يدلي بها ليثبت هويتهم بمجرد طلبها من طرف العون المكلف بتفتيش الشغل، أو من السلطات الإدارية المحلية⁶، وعاقب المشرع المغربي بغرامة مالية تتراوح بين 2000 إلى 5000 درهم وتكرر الغرامة بتعدد الأجراء للأحداث، على أن لا تتجاوز مجموعة الغرامات 20.000 درهم⁷.

المهنية على قواعد لحماية الأحداث فحددت الحد الأدنى لسن العمل في الأعمال الصناعية بخمس عشر سنة، كما لا يجوز تشغيل الأحداث قبل بلوغهم الثامنة عشرة في الأعمال الخطرة أو الضارة بالصحة.

1- أنظر الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون العمل اليمني.

2- أنظر الفقرة الثالثة من نفس المادة.

3- عبد الله علي الخياري: مرجع سابق، الصفحة 134.

4- الفقرة الرابعة من المادة 49 من قانون العمل اليمني.

5- المادة 48 من قانون العمل اليمني الملغى لسنة 1997 المنشورة في الجريدة الرسمية 7 / جماد 2 / 1997، والتي كانت تنص في فقرتها الثالثة قبل الإلغاء على ما يلي: - "يحضر تشغيل الحدث ساعات عمل إضافية، وفي أعمال ليلية عدا تلك الأعمال التي تحدد بقرار من الوزير".

6- المادة 148 من مدونة الشغل.

7- أنظر المادة 150 من مدونة الشغل.

ولهذا نلاحظ أن المشرع المغربي قد نظم مقتضيات زجرية متمثلة بغرامات مالية متفاوتة كجزاء للمشغلين الذين يخالفون المقتضيات الخاصة بالأجراء وهذا ما سار عليه في النصوص الخاصة بالمرأة الأجيبة والحدث الأجير. أما المشرع اليمني فقد اعتبر كل الأحكام والقواعد المنظمة لشغل النساء والأحداث الواردة في القانون أمره لتعلقها بالنظام العام، وبالتالي يصبح أي اتفاق مخالف لها باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما يتعرض المخالف للعقوبات الزجرية المتمثلة في الغرامات المالية، والحبس التي نص عليها المشرع اليمني².

البند الثاني: حماية ذوي الاحتياجات الخاصة

لم يتطرق المشرع اليمني في قانون العمل لمقتضيات تتعلق بالأجراء ذوي الاحتياجات الخاصة التي تستحق كل اهتمام ورعاية، ولكنه نظم قانون رقم 61 لسنة 1999 خاص بشأن رعاية وتأهيل المعاقين³، لهذا ومن هنا فقد أصبح المشرع اليمني مطالباً بأن ينهج نفس المسار الذي سار عليه المشرع المغربي حول تنظيم مقتضيات خاصة لهذه الفئة. وتأثراً من المشرع المغربي بنظيره الفرنسي الذي أعطى حق الأولوية في تشغيل المعاقين والمعطوبين بسبب الحرب⁴، فقد نظم أحكام تشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة، والتي هي من مستجدات مدونة الشغل، تكريساً منه للحماية التشريعية لهذه الفئة، التي أغفلتها التشريعات الاجتماعية السابقة⁵. وتتمثل هذه الحماية من خلال السماح لكل أجير أصبح معاقاً لأي سبب من الأسباب، في أن يحافظ على منصب شغله، ويسند إليه شغل يلاءم نوع إعاقته بعد إعادة تأهيله، إلا إذا تعذر ذلك لحدّة الإعاقة أو لطبيعة الشغل، بعد أخذ رأي طبيب الشغل أو لجنة السلامة و

1- محمد عبد القادر الحاج: مرجع سابق، الصفحة 83.

2- أنظر المادة 154 من قانون العمل اليمني.

3 - صدر برئاسة الجمهورية الموافق 29 ديسمبر 1999 بصنعاء، وما تجدر الإشارة إليه أنه بعد الإطلاع على القانون المذكور أعلاه تم إنشاء قانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن صندوق رعاية وتأهيل المعاقين، صدر من رئاسة الجمهورية بتاريخ 13 يناير 2002 بصنعاء، وتم تعديل بعض من أحكامه بموجب القانون المعدل رقم 22 لسنة 2013، صدر من رئاسة الجمهورية بتاريخ 28 أكتوبر 2013.

4- PHILIPPE SVET: L'Application Pratique de la Législation Du Travail dans les Entreprises, 2ème éditions, Paris L.G.D.J, N et R DURAND-AUZIAS, 1970, p 20.

5- أمل وديع: "تشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة أية حماية في ضوء مدونة الشغل"، مذكرة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، شعبة القانون الخاص وحدة قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكاد - الرباط، السنة الجامعية 2009 / 2010، الصفحة 3.

حفظ الصحة¹. كما "يمنع تشغيل الأجراء المعاقين في أشغال قد تعرضهم لأضرار، أو تزيد من حدة إعاقتهم"² كذلك نجد المشرع المغربي يلزم المشغل، أن يعرض على الفحص الطبي، الأجراء المعاقين الذين ينوي تشغيلهم، ويجري طبيب الشغل هذا الفحص بصفة دورية بعد كل سنة من الشغل³. ولتوفير حماية أكثر للمعاق ألزم المشرع المشغل أن يجهز أماكن الشغل بالولوجيات اللازمة لتسهيل قيام الأجراء المعاقين بشغلهم، وأن يحرص على توفير كل شروط الوقاية الصحية والسلامة المهنية لهؤلاء الأجراء⁴. وعاقب بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 5000 درهم عن مخالفة هذه الأحكام⁵.

الحقيقة أن المشرع المغربي لم يعمل على توفير الحماية القانونية المجردة للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة فحسب، وإنما سعى جاهداً إلى إدماجهم في المجتمع وإسهامهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي تجاوز مرحلة الإحسان إلى بذل المزيد من الجهد⁶.

خاتمة:

بالرغم أن المشرعان المغربي واليميني نظما مقتضيات خاصة لحماية الأجراء في مجال الصحة والسلامة المهنية والمنشأة الطبية وكذلك لبعض أصناف الأجراء كحماية المرأة الأجير والحدث والمعاق، إلا أنه يستخلص مما توصلنا إليه أن هنالك نقاط توافق بين المشرعين كما أن هناك اختلافات في وجهات النظر، بل أن المشرع اليميني ينقصه كثيراً من المقتضيات تحتاج إلى إعادة التنصيص عليها فمثلاً لم يسن نص حمائي خاص بنقل الطرود التي يفوق وزنها طن على اعتبار أن ذلك من تدابير السلامة المهنية الخاصة بالأجراء، كما أنه لم يلزم المشغل بإنشاء مصالح طبية في المقاولات المستقلة والمشاركة، أو توفير طبيب قار داخل المقولة، حيث كان على المشرع اليميني أن يحذو حذو نظيره المغربي في التنصيص على هذه المقتضيات

1- المادة 166 من مدونة الشغل.

2- المادة 167 من مدونة الشغل.

3- المادة 168 من مدونة الشغل.

4- أنظر المادة 169 من مدونة الشغل.

5- أنظر المادة 171 التي بها عاقب المشرع المغربي المشغل عن مخالفة المواد 166 إلى 169 من مدونة الشغل.

6- عبد الكريم غالي: "مدونة الشغل وأنظمة الحماية الاجتماعية في ظل المستجدات الاقتصادية والتكنولوجية الحديثة في القانون الاجتماعي المغربي"، منشورات دار القلم الرباط، الطبعة الثانية 2005، الصفحة 382.

نظراً لما توفره من حماية مهمة للأجراء. كما استخلصنا أن المشرع اليمني تميز بدورة على نظيره المغربي عندما منع تشغيل المرأة الأجيبة في فترة الليل والسماح لها بالشغل ليلاً إلا في رمضان لاسيما الأشغال المحددة بقرار من الوزير المختص، وبالرغم من اختلاف المشرعين في تحديد فترة أجازة الوضع أو النفاس الخاصة بالمرأة الأجيبة، إلا إنهما توافقا على ضرورة استفادتها من هذه الإجازة، وعدم فصلها في حالة تمتعها بهذه الإجازة لما هو مقرر قانونياً، واتفقا أيضاً على إنشاء دار للرضاعة داخل المقاولات أو قريبة منها والتي تشغل خمسين أجيبة، وتميز المشرع المغربي في هذا الإطار عندما وضع شروط لقبول الرضع، وحراسة الأمكنة، إضافة إلى أنه حدد للمرأة الأجيبة، وقت لرضاعة مولودها وذلك بنصف ساعة صباحاً ونصف ساعة ظهراً خلال أوقات الشغل حيث أعتبر هذه الساعة مستقلة عن فترة الراحة المعمول بها في المقولة، كما أجاز أن تتفق المرأة الأجيبة مع المشغل على الاستفادة من هذه الساعة في أي وقت من أوقات أيام الشغل، على عكس من نظيره اليمني الذي لم ينظم مثل هذا المقتضى الحمائي ولكنه حدد ساعة شغل المرأة الأجيبة المرضع بخمس ساعات في نهاية الشهر السادس مع إمكانية تخفيض هذه المدة لأسباب صحية بناء على تقرير طبي معتمد، وانسجما المشرعين المغربي واليمني مع روح الاتفاقيات الدولية حول موضوع منع تشغيل الحدث قبل بلوغه سن الخامسة عشر، بينما تميز المشرع المغربي عن نظيره اليمني عندما منع تشغيل الحدث الذي لم يبلغ الثامنة عشرة سنة في التمثيل أو التشخيص أو في العروض وكان على نظيره اليمني أن يضع مثل هذا المقتضى، كما أن هذا الأخير لم يتوسع في تنظيم الأعمال الممنوعة للأجراء الأحداث، بالرغم من أنه صادق على مجموعة من المواثيق الدولية إلا أنه لم ينص في قانون العمل على إي مقتضى يتعلق بالأجراء المعوقين أو أي مقتضى بمنع الشغل الجبري.

Quelques réflexions sur la détermination de la nature juridique du contrat de transport maritime international de marchandises

BOUIY Adil

Doctorant en droit privé

Laboratoire de recherche :

F.S.J.E.S SOUISSI RABAT

Résumé de l'article :

Le processus de transport maritime est matérialisé par un mécanisme juridique : le contrat de transport maritime de marchandises, qui est un contrat par lequel, une personne dénommée chargeur, confie à un professionnel, le transporteur maritime, une certaine quantité de marchandises qui, moyennant le paiement d'un fret, doit être délivrée aux réceptionnaires du lieu de destination prévu par le contrat.

Comme tout contrat de droit commun, le contrat de transport maritime de marchandises nécessite les éléments constitutifs standards comme l'accord de volonté des parties.

Abstraction faite de ces conditions d'ordre général, le contrat de transport maritime présente des spécificités d'ordre particulier : ainsi, cette convention est de nature consensuelle, adhésive, et non formelle ou réelle

Mots clés : contrat réel, contrat formel, contrat d'adhésion, contrat consensuel.

Les acronymes

C.O.G.S.A.: Carriage of good by sea act

C.civ : code civil Français

C.com : code de commerce

C.N.U.C.E.D : La conférence des Nations unies sur le commerce et le développement

C.N.U.D.C.I : La commission des Nations Unies pour le droit commercial international

D.O.C : dahir formant code des obligations et des contrats

D.C.C.M : dahir de code de commerce maritime

D.M.F : revue de droit maritime Français

I.N.E.J : institut national des études judiciaires

O.M.I : organisation maritime internationale

R.A.C.A.R : recueil des arrêts de la cour d'appel de Rabat

P : page

INTRODUCTION :

Aux regards du corpus juridique¹, la jurisprudence² et la doctrine³, le contrat de transport maritime international de marchandises est un contrat par lequel, une personne dénommée

¹ Le HARTER ACT Américain.

-le C.O.G.S.A. pour la Commonwealth.

-le DCCM Marocain de 1919.

-le décret Français de 31 décembre 1966 sur le contrat d'affrètement et de transport maritime.

- la loi Française de 18 juin 1966 sur le contrat d'affrètement et transport maritime.

-La convention de BRUXELLES de 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance.

-La convention de transport maritime international de marchandises dites règles du Hambourg de 1978.

² *Cour de cassation Française, D.M.F, 8 décembre 1998, février 1999 P 152.*

- *Cour d'appel d'Aix –EN PREVENCE, D.M.F, n 576, novembre 1997 P 1003.*

³ M. KAMAL TAHA « le droit maritime » 3^{ème} édition, P 95 (en arabe).

- A. GHONIM « le connaissance maritime dans le cadre du crédit documentaire » 7^{ème} édition, 2000, P 2 (en arabe).

-M .KAMAL HAMDI, «le processus du chargement et de déchargement en droit maritime», 8^{ème} édition, ALEXENDERIE, 1983 P 9 (en arabe).

chargeur¹, confié à un professionnel², le transporteur maritime, une certaine quantité de marchandises³ qui, moyennant le paiement d'un fret⁴, doit être délivrée aux réceptionnaires⁵ du lieu de destination prévu par le contrat.

A partir de cette définition, on remarque que le contrat de transport maritime de marchandises nécessite les conditions requises par le droit commun, à savoir : un objet, une cause, un concours de volontés destiné à engendrer des obligations, et la capacité des parties contractants⁶.

Nous mettrons de côté tous ces éléments qui ne présentent pas de spécificités notables en droit maritime.

Pourtant, nous nous focaliserons à étudier la question relative à la détermination de la nature juridique du contrat de transport

¹ Le D.C.C.M. Marocain n'utilise pas le terme de chargeur, ce dernier se contente de parler d'expéditeur, une notion qui englobe tous les modes de transport, cependant, la pratique maritime est plus précise, elle parle toujours de terme de chargeur en matière de transport maritime.

² Le transporteur maritime est un homme de l'art, c'est un professionnel hautement expérimenté, cet acteur représente le centre névralgique du processus du transport maritime, il peut être un armateur qui dispose de sa propre flotte, ou un opérateur qui procède à la location des navires dans le cadre de l'opération d'affrètement maritime.

³ Elle doit respecter une panoplie de conditions rigoureuses : le respect des normes et formalité administratives, la licéité et la possibilité de la marchandise : articles 57/58/59 D.O.C.

⁴ Le prix de la prestation de transport maritime ou le fret est une notion élémentaire dans le cadre de transport maritime, il présente plusieurs problèmes que ce soit au niveau de la détermination de son montant, de son débiteur, de la prolifération de ses types : fret payable au départ ou à destination.

⁵ Le terme réceptionnaire est une expression qui englobe le destinataire proprement dit, le destinataire apparent, qui constitue un professionnel qui représente et qui défend les intérêts du destinataire, et dans certains hypothèses, le chargeur.

⁶ - les conditions de validités des obligations contractuelles, veuillez-vous référer aux articles 3 à 14 et 57 à 64 du D.O.C

maritime de marchandises, c'est-à-dire à analyser si ce dernier est un contrat réel, formel, de nature adhésive ou consensuelle ?

Pour répondre à cette question, on va analyser dans un premier point la validité de l'hypothèse relative à la nature réelle et formelle du contrat de transport maritime de marchandises (section 1) avant de panacher vers la vérification de l'hypothèse relative au caractère consensuel et/ou adhésif de cette convention (section 2)

SECTION 1 : LA NATURE REELLE ET / OU FORMELLE DU CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME DE MARCHANDISES

Sous section 1 : Le contrat de transport maritime est-il un contrat réel¹ ?

En droit contemporain, la conception du contrat réel a fait l'objet de plusieurs critiques et remarques : la nature réelle du contrat ne se justifie que si la remise fait naître une obligation de restitution² ou lorsque l'existence même du contrat suppose une remise de la chose³.

Ceci étant, une question importante se pose à ce stade : Est-ce qu'on peut dire que le contrat de transport maritime de marchandises ne se conclue que par la remise de la chose à déplacer à l'image du

¹ Le contrat réel est un contrat qui nécessite pour sa validité outre l'accord de volonté des parties, une remise de la chose.

² Le cas du prêt, gage par exemple.

³ Le cas du don.

dépôt¹, du prêt², et du gage³... ? D'une autre façon, peut-on infirmer l'hypothèse par laquelle, le transporteur maritime ne sera lié que par la remise effective, à lui-même, de la marchandise par le chargeur ?

Pour répondre à cette question importante, il faut retenir que , la nature réelle du contrat de transport de marchandises a été défendue dans une certaine époque, plus particulièrement au XIX^{ème} siècle par la certitude qu'il n'y aurait pas de contrat de transport là où il n'y aurait pas remise⁴.

La doctrine soutenait, dans cette époque, que le contrat de transport était un contrat essentiellement réel.

La conception dominante dans cette époque est que le contrat de transport maritime de marchandises est une convention réelle par excellence, de ce fait, Si THALLER le suppose⁵, SARRUT

¹ - D.O.C, article 781 « le dépôt est un contrat par lequel une personne remet une chose mobilière à une autre personne, qui se charge de garder la chose déposée et de la restituer dans son individualité »

- dans le même sens C.Civ.fr. articles. 1919 ; 1921.

² - D.O.C, article 830 « le prêt à usage, ou commodat , est un contrat par lequel l'une des parties remet une chose à l'autre partie pour s'en servir pendant un temps, ou pour un usage déterminé, à charge par l'emprunteur de restitue la chose même ».

-dans ce sens, C.Civ.fr., article 1875.

³ - D.O.C, article 1184 « Le gage confère au créancier le droit de retenir la chose engagée jusqu'à parfait acquittement de la dette,... »

- Dans le même sens -C.Civ.fr., article 2074

- Code de commerce français, art.92.

⁴- C.LYON-CAEN et L.RENAULT, «Traité de droit commercial », tome 5,^{3ème} éd. Paris, 1901.n° 564. Une jurisprudence Française ancienne a affirmé le caractère réel du contrat de transport maritime de marchandise (Caen 7 juin 1905 D., 1908.2.364-Besançon 29 juillet 1913, D., 1917.2.92), mais c'est pour décider que, dans le contrat l'obligation de garantie qui pèse sur le transporteur ne prend naissance qu'à la remise de la chose. .RIPERT et R. ROBLOT, «Traité de droit commercial », tome 2, 13^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1992, page 733.

⁵ THALLER, « Traité élémentaire de droit commercial », n° 1166, cité par Y.CHALARON, op. cite.,n° 167

l'affirme¹.

C'est encore le point de vue de RENAULT et LYON-CAEN qui insistent sur le fait que tout accord préliminaire à la remise des marchandises ne constitue qu'une simple promesse de transport, comparable à une promesse de prêt avant la remise des deniers².

A vrai dire, cette conception n'a survécu dans le discrédit de la notion qu'elle appliquait³. En effet, cette théorie est aujourd'hui dépassée, parce que le transporteur maritime dans la pratique, peut être lié bien avant la remise de la marchandise.

Ceci étant, le faite de dire qu'il n'y a de contrat de transport maritime là où il n'y a pas de remise, c'est confondre entre l'exécution et l'existence du contrat de transport maritime⁴.

Ainsi, le contrat de transport maritime se forme dès lors qu'il existe un consensus mutuel, avec un consentement sur les éléments essentiels du contrat, en revanche, il ne peut être exécuté que si le chargeur remet la cargaison au transporteur, et si celui-ci la prend en charge⁵.

De ce fait, on ne peut donc pas accepter la nature réelle du contrat de transport maritime.

Sous section 2 : le contrat de transport maritime est-il un contrat formel ?

Que ce soit en droit interne⁶, ou en droit international⁷, ce

¹ - SARRUT, « transport par chemin de fer », n° 3, cité par Y.CHALARON, op.cit.,n° 167.

² - C. LYON-CAEN et L.RENAULT, « Traité de Droit Commercial », Paris, 3^{ème} édition, tome III, n° 559, cité par Y.CHALARON, op.cit., n° 167.

³ - Y.CHALARON, « L'affrètement maritime : Essai de définition théorique », librairies Techniques, paris, 1967 n°167

⁴ - J.PUTZEYS, « Droit des transports et droit maritime », Bryland, 1993, P 131.

⁵ M.FARID ALARINI/M. SAID EL FIKI, «le droit maritime et aérien », 1 ère édition 2015

P 502

⁶ Le D.C.C.M article 207

⁷ Convention de Hambourg (article 1^{er}, § 8 et article 18)

corpus juridique ne fait pas du connaissement une condition de son application mais un simple moyen de preuve.

De ce fait, l'article 207 du D.C.C.M dispose que « l'affrètement ou contrat de transport maritime se constate par charte partie, connaissement ou tout autre écrit »¹.

Commentant cette disposition, la doctrine a soulevé l'importance considérable d'une pareille disposition, et ceci sur deux volets : relativement au plan théorique, le contrat de transport maritime devient une convention consensuelle soumise aux règles de droit commun ; quant au plan pratique, on remarque que, d'une part, la marchandise est prise en charge par le transporteur bien avant que le connaissement ne soit établi et, d'autre part, les situations se multiplient là où un transport maritime est réalisé sans qu'un connaissement soit établi, les parties se liant par une lettre de transport, une booking note, ou par une convention spéciale.

De ce fait, si dans la plupart des cas un connaissement est établi, il n'est pas nécessaire pour donner naissance et existence au contrat. Certes, le connaissement est un moyen de preuve privilégié, mais s'agissant d'un contrat commercial, tout autre moyen de preuve est accepté².

Il en est de même pour la note de chargement, document connu dans le port de Marseille « l'ordre de mise à quai »³, excellent

¹ - Lors du colloque de l'I.N.E.J, du 15 au 17 septembre 1979, Rabat, le Pr. BONASSIES souligne qu'il y a là une disposition excellente qui doit être maintenue dans la future législation maritime Marocaine. En effet, si la plupart des transports maritimes donnent lieu à l'émission d'un connaissement, ce titre n'est pas de l'essence du transport maritime.

² - D'après la Cour de cassation Marocaine, « il résulte des articles 123 et s. du dahir formant Code de commerce, et de l'article 60 du même dahir, qu'en matière commerciale la preuve par écrit n'est pas obligatoire », Cour de cassation, 28 novembre 1951, R.A.C.A.R, 1951, P 558.

³ - P. BONASSIES, « Droit positif Français », D.M.F, 1991, P 90.

moyen de preuve parmi d'autres¹, dès lors qu'elle contient toutes les énonciations et les informations propres à identifier les conditions du contrat, notamment, les ports de départ et d'arrivée, la date de départ, les informations relatives aux parties et la description de la marchandise².

De ce fait, on peut dire que l'écrit n'est pas une condition requise pour la validité du contrat de transport maritime de marchandises, puisque nous sommes devant un contrat de droit commercial par excellence³, ce dernier représente bel et bien un exemple caractéristique du contrat de type consensuel.

Cet écrit se présenterait dans ce cas comme un simple moyen de preuve et non pas comme une condition de validité du contrat, et ce pour résoudre toute difficulté relative à la preuve en cas de litige entre les contractants.

En droit comparé, et plus particulièrement, en droit maritime Français, la spécificité non formelle du contrat de transport maritime de marchandises est devenue une chose acquise depuis longtemps.

De ce fait la jurisprudence a mis l'accent sur cette idée qui est rappelée par un arrêt rendu par la Cour d'Aix : « Le contrat produit ses effets même en l'absence du connaissement, si son existence est

¹ - Après l'échange de télex ou de télécopies, le contrat de transport est conclu, bien qu'un simple accord verbal suffise. Dans le cas des relations commerciales longtemps établies, la réservation de fret est souvent faite par téléphone.

² - Notons toutefois, que l'absence de connaissement peut poser des problèmes concernant la loi applicable. En effet, si l'absence de connaissement ne fait pas obstacle à l'application du droit Marocain (D.C.C.M-Règles de Hambourg) et du droit Français (loi Française de 1966) qui s'appliquent au contrat, il en va autrement lorsque le contrat est international puisque n'entrent dans le champ d'application de la Convention de 1924 que les transports constatés par un connaissement ou autre document similaire. A défaut d'un tel document, la Convention n'est donc pas applicable.

³Le législateur Marocain a considéré le contrat de transport comme un acte de commerce, veuillez vous référer aux articles 6 et suivants du code de commerce Marocain

prouvée étant précisé qu'en l'espèce, les parties ayant toutes la qualité de commerçants, l'article 109 du code de commerce permet de faire valoir les modes de preuve les plus larges »¹.

De tout ce qui précède, on peut dire que le contrat de transport maritime de marchandises n'est donc pas un contrat formel.

SECTION 2 : LA NATURE ADHESIVE ET / OU CONSENSUELLE DU CONTRAT DE TRANSPORT DE MARCHANDISES

Sous section 1 – Le contrat de transport maritime est-il un contrat d'adhésion ?

A la différence de l'affrètement maritime², le contrat de transport maritime de marchandises, est un contrat d'adhésion³.

En effet, le transporteur maritime impose, presque toujours, les conditions du transport au chargeur. Ce dernier ne dispose pas des opportunités, ou des moyens de discuter les conditions du contrat qui lui est suggéré, tout au moins à l'échelon individuel. De ce fait, on remarque que le contrat présenté au chargeur est pratiquement un contrat type pré établi dont les conditions générales sont fixées dorénavant par le transporteur maritime⁴.

Dans ce type de contrat, le client n'a qu'à remplir les blancs

¹ - Cour d'appel d'Aix-en Provence, 31 octobre 1991, Revue SCAPEL, 1992, P 72.

- Cour d'appel d'Aix-en Provence, 3 mars 1992, DMF, 1993, P 112
-P.BONASSIES observations et références, DMF, 1993, P 89.

² Le contrat d'affrètement, est un contrat par lequel un frèteur s'engage, moyennant un certain fret, à mettre à la disposition d'un affrèteur, un navire en bon état de navigabilité.

³ A. ALOUTAIRE, « droit de commerce international » 1ere édition, 2009 P 227 (en arabe)

⁴ A. VIALARD, «le droit maritime », PUF, édition 1997, P 377.

du document¹, autrement dit, il ne dispose pas d'un choix ou d'une possibilité de négociation, c'est à dire à prendre ou à laisser².

Compte tenu de cette situation de déséquilibre contractuel³, et par conscience de régler la balance entre les protagonistes de l'opération du transport maritime international de marchandises, que tous les intéressés⁴ à ce secteur d'activité, spécialement les institutions maritimes⁵, ont établi un régime légal de responsabilité relatif au transporteur maritime⁶, ce dispositif représente un caractère impératif pour le transporteur maritime, grâce à ce régime, le transporteur ne peut généralement se soustraire, sauf bien entendu quelques hypothèses⁷ dans lesquelles le transporteur maritime peut s'exonérer de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui⁸.

Ceci étant, le DCCM Marocain⁹, comme la loi Française de 1966¹⁰, dispose le principe selon lequel : « est nulle et de nul effet toute clause du connaissement ou titre quelconque du transport maritime, créé au Maroc ou à l'étranger ayant directement ou indirectement pour objet de soustraire l'armateur à sa responsabilité, de déroger aux règles de la compétence ou de renverser la charge de

¹ M.B.ABEDALLAH AMIN FAID « le droit du commerce international » T2 et 3, maison de renaissance arabe, 1 ère édition 2004/2005 P 64 (en arabe)

² Comme disent les anglophones take it or leave it

-A. FARAJ, « les contrats d'adhésion » thèse de doctorat en droit, LE CAIRE 1946 P 45/46 (en arabe)

³ On peut assimiler cette situation à un lion devant un petit rat

⁴ Notamment les chargeurs, transitaires, assureurs maritimes, banquiers

⁵ Comme la C.N.U.C.E.D, la C.N.U.D.C.I., l'O.M.I.

⁶ Ce corpus juridique est constitué d'une panoplie de textes, comme le HARTER ACT américain, le DCCM Marocain de 1919, le décret Français de 1966

⁷ Le transporteur maritime peut bénéficier de plusieurs causes d'exonérations de sa responsabilité, comme la force majeure, le vice propre de la marchandise

⁸ Le transporteur est tenu d'une obligation de résultat de ce fait, il est tenu de réaliser sa prestation convenablement

⁹ Article 264 du DCCM Marocain

¹⁰ Article 29 de la loi Française de 1966 sur le contrat d'affrètement et de transport maritime

la preuve ».

A partir de cette disposition juridique de caractère impérative, le législateur cherche à protéger la partie économiquement faible qui risque de se plier aux conditions du transporteur, en particulier dans le cadre des transports de conteneurs.

Après l'affirmation du caractère adhésif du contrat de transport, quant est-il de la nature consensuelle de ce dernier ?

Sous section 2 - le contrat de transport maritime est-t-il un contrat consensuel ?

Le contrat de transport maritime international de marchandises peut être défini comme étant : un contrat par lequel, une personne dénommée chargeur, confie à un transporteur maritime, une certaine quantité de marchandises qui, moyennant le paiement d'un fret, doit être délivrée aux réceptionnaires du lieu de destination prévu par le contrat.

A partir de cette définition, on peut remarquer qu'il s'agit d'une convention consensuelle par excellence¹, malgré le fait qu'elle est constatée par un document écrit,² ce dernier ne constitue en fait qu'une simple preuve de l'existence du contrat de transport³ et précise le contenu de celui-ci⁴.

De ce fait, aux regards des dispositions juridiques du droit commun Marocain, le contrat de transport maritime de marchandises peut être considéré comme une convention consensuelle : comme tout autre contrat, en général cette convention est parfaite par le

¹ A. JAMAL EDDINE AWAD « le transport maritime de marchandises », maison de renaissance arabe, LE CAIRE 1992 P 217 (en arabe)

² Appelé « connaissance »,

³ M. HOUSSINE MANSSOUR « les contrats internationaux », maison de la nouvelle université, ALEXANDRIE, édition 2006 P 125 (en arabe)

- M. KAMAL TAHA op cite, P 182

⁴ - J.PINEAU, « Le contrat de transport, terrestre, maritime, aérien », les Editions Thémis, Montréal(Québec), 1986, P 13

concours de volonté des parties sur les éléments essentiels de l'obligation, ainsi que sur toutes les autres clauses licites que les parties considèrent comme essentielles¹.

Cette théorie est acceptée par la majorité des systèmes juridiques, même les plus formalistes comme le droit Anglais.

La nature consensuelle de la convention de transport maritime n'est pas nouvelle, ainsi, selon une partie de la doctrine, « le contrat de transport est un contrat consensuel puisqu'il existe indépendamment de tout acte ou instrument arrêté et signé par les parties, dès que celles-ci sont d'accord sur les éléments essentiels et constitutifs de cette convention »².

Dans le même sens, cette idée a toujours été rappelée avec acuité par la jurisprudence Française.

Ainsi, dans un arrêt, la cour de cassation Française censurait les magistrats Aixois au motif que « si le connaissance fait preuve du contrat de transport, ce contrat peut être formé en un lieu distinct de celui de l'émission du connaissance »³, de ce fait, la conclusion du contrat de transport de marchandises est soumise à la théorie générale des contrats⁴, notamment, le principe du consensualisme contractuel⁵

Du caractère consensuel du contrat de transport maritime de marchandises, engendrent des conséquences notables sur lesquelles la jurisprudence Marocaine ne s'est prononcée, alors qu'en France les conséquences ont été plus nuancées.

¹ - DOC Marocain, article19,

- pour le droit français -C. civ Français, article 1109.

² - J. PUTZYES, Droit des transports et droit maritime, Bruylant.1993, n° 222, 257 et 264.

³ - Cassation, 20 octobre 1992, DMF, 1992, P 676,

⁴ Comme l'indispensabilité des éléments requis tel que la cause, l'objet, l'accord de volonté des parties

Le principe de la force obligatoire du contrat, la relativité des contrats ...

⁵ P.BONASSIES, droit positif français, DMF ,1994 P 90

Un jugement du Tribunal de commerce de Marseille permet, encore que sa formulation ne soit pas incontestable, de s'interroger sur les conséquences qui découlent du caractère consensuel habituellement attribué au contrat de transport maritime ¹: « Après réservation du fret, un chargeur avait acheminé une semi-remorque sur l'aire d'embarquement réservée à un transporteur. La remorque ayant disparu avant chargement, les assureurs de la marchandise ont agi en responsabilité contre le transporteur, sur le fondement du contrat de transport maritime ». Leur action est rejetée par le tribunal, au motif que « quel que soit le document qui le formalise, tout contrat de transport maritime ne saurait être considéré comme existant tant qu'il n'y a pas eu de prise en charge de la marchandise, considérée par une jurisprudence constante comme l'acte matériel et juridique par lequel un transporteur prend possession d'une marchandise et accepte le transport. Ce n'est qu'après cette prise en charge effective que la loi fait naître à l'encontre du transporteur maritime une présomption de responsabilité ».

Ceci étant, la motivation est certainement exacte dans son dernier élément. Le transporteur, n'est responsable qu'après la prise en charge de la marchandise. Cependant, la première partie de la motivation est sans doute contestable. Le Tribunal de commerce de Marseille a été parmi les premiers à l'affirmer dans son jugement du 29 août 1975², en insistant fortement sur le fait que le transporteur

¹ - Tribunal de commerce de Marseille, 21 juin 1994, DMF, 1996, n° 49
-P. BONASSIES, observations et références, DMF, 1992, P 97
- DMF, 1994, P 101
-DMF, 1993, P 89.

² - Tribunal de commerce de Marseille, 29 août 1975, DMF 1976, P 235.
-La règle est réaffirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mars 1991, DMF 1991, P 516, et un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 22 octobre 1992, BTL, 1994, P 469

était lié avant la remise de la marchandise, et avant même l'émission du connaissance, dès que, par quelque moyen que ce fût, il avait donné son accord pour le transport. Dans ce sens, on peut encore citer une décision du Tribunal de commerce de Marseille, dans laquelle le juge avait fortement insisté sur le caractère consensuel pouvant être réalisé par le simple accord des parties. Il n'existe d'ailleurs aucune règle spécifique pour apporter la preuve de contrat et, dès lors que le chargeur et le transporteur maritime sont tous deux commerçants, l'article 109¹ du Code de commerce permet de faire valoir les modes de preuves les plus larges².

Aucun écrit³ n'est exigible, ni comme moyen de preuve, ni comme condition de validité de contrat

Ceci étant, le droit Français accepte certainement l'idée selon laquelle la convention de transport maritime de marchandises est une convention consensuelle par excellence⁴.

Signalons, enfin, que le droit Anglo-Saxon, en l'occurrence le droit maritime Américain, adopte la même conception. C'est un exemple très intéressant que l'on trouve dans un arrêt de la Cour d'appel fédéral de New York⁵, qui s'est prononcé d'une manière non équivoque sur le caractère consensuel du contrat de transport, en écartant tout formalisme dans les relations entre le chargeur et le transporteur : il impose aux parties le respect de la bonne foi

- dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 mars 1992, DMF, 1993, P 112.

¹ - C.com Français, article 109 « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

² Dans le même sens le législateur marocain admet le principe de la liberté de preuve en matière commerciale

³ (Connaissance, billet de bord, note de chargement)

⁴ - R.RODIERE, «Traité général de droit maritime, affrètements et transports », tome 2, Dalloz, 1968, n° 410.

⁵ - Hellenic Lines v. United States of America, 7 mars 1975, 1975AMC 697.

contractuelle¹, ce qui est particulièrement souhaitable dans le commerce international².

Conclusion :

A partir de ses lignes, on peut conclure que le contrat de transport maritime international de marchandises est une convention de droit commun, qui exige les conditions contractuelles standards.

En outre, cette convention présente des spécificités d'ordre pratique qui la distingue des autres conventions assimilées, de ce fait, ce contrat est consensuel par excellence, l'écrit ne constitue qu'une simple condition de preuve et non de sa validité, ceci étant il n'est pas formel.

Contrairement aux contrats de dépôt, gage, qui représentent le model des contrats réels, la remise de la marchandise au transporteur n'est pas une condition SINE QUOI NON ou indispensable, le transporteur peut être lié au contrat même avant la remise de cette dernière de ce fait ce n'est pas un contrat réel.

Dotant d'une puissance économique impressionnante, le transporteur maritime impose dans la pratique ses conditions de transport aux chargeurs, par des imprimés pré établies d'avance, le client n'a pas la possibilité de négocier le contenu de ses clauses : c'est à prendre ou à laisser donc c'est un contrat d'adhésion.

Bibliographie

1 -les textes juridiques

¹ - Y.PICOD, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993, P.U. d'Aix-Marseille, 1993,P 57

- J.GESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} édition, L.G.D.J., 1993, n° 255 et s.

² - P.BONASSIES, DMF, 1977, P 74 et s.

- Le DCCM Marocain de 1919
- la convention de transport maritime international de marchandises par mer ou règles du HAMBOURG de 1978
- la convention de BRUXELLES de 1924 sur l'unification de certaines règles en matière de connaissance
- le décret Français de 31 décembre 1966 sur le contrat d'affrètement et de transport maritime
- la loi Française de 18 juin 1966 sur le contrat d'affrètement et de transport maritime
- Le COGSA
- Le HARTER ACT Américain

2- arrêts de jurisprudence

A- les arrêts Marocains

Cour Suprême, 28 novembre 1951, RACAR, 1951, page 558.

B – les arrêts Français

Tribunal de commerce de Marseille, 21 juin 1994, DMF, 1996,

- Cassation, 20 octobre 1992, DMF, 1992

- DMF, 1994,

-DMF, 1993,

Tribunal de commerce de Marseille, 29 août 1975, DMF 1976,

- arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mars 1991, DMF 1991,

- arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 22 octobre 1992, BTL, 1994,

-arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 mars 1992, DMF, 1993,

- Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 3 mars 1992, DMF, 1993

-Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 31 octobre 1991, Revue SCAPEL, 1992,

3-ouvrages de doctrine

A -Ouvrages en arabe

-A.GHONIM « le connaissance maritime dans le cadre du crédit documentaire » 7ème édition, 2000

-A. ALOUTAIRE « droit de commerce international » 1ere édition, 2009

-A.JAMAL EDDINE AWAD « le transport maritime de marchandises », maison de renaissance arabe, LE CAIRE 1992

-M. KAMAL TAHA « le droit maritime » 3ème édition 1993

-M. KAMAL HAMDY, « le processus du chargement et de déchargement en droit maritime »8ème édition, ALEXANDRIE, 1983

-M.B.ABEDALLAH AMIN FAID « le droit du commerce international »T2 et 3, maison de renaissance arabe, 1 ère édition 2004/2005

- M.FARID ALARINI/M SAID EL FIKI, «le droit maritime et aérien », 1 ère édition 2015

-M.HOUSSINE MANSSOUR « les contrats internationaux», maison de la nouvelle université, ALEXENDERIE, édition 2006

B -Ouvrages en Français

- A. VIALARD, « droit maritime », PUF, édition 1997.
- J.PINEAU, « Le contrat de transport, terrestre, maritime, aérien », Les Editions Thémis, Montréal(Québec), 1986
- J. PUTZYYES, « Droit des transports et droit maritime », Bruyland.1993
- J.GESTIN, «Traité de droit civil, la formation du contrat », 3^{ème} édition, L.G.D.J., 1993
- RIPERT et R. ROBLOT, «Traité de droit commercial », tome 2, 13^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1992
- R.RODIERE, «Traité général de droit maritime, affrètements et transports », tome 2, Dalloz, 1968
- Y.CHALARON, «L'affrètement maritime : Essai de définition théorique », librairies Techniques, paris, 1967

4 -Thèses et mémoires

A. FARAJ, « les contrats d'adhésion » thèse de doctorat en droit, LE CAIRE 1946 (en arabe)

5-Articles

- P.BONASSIES, droit positif Français, DMF ,1994
- P .BONASSIES, observations et références, DMF, 1992,
- P.BONASSIES, DMF, 1977,
- P. BONASSIES, Droit Positif Français, DMF, 1991,
- P.BONASSIES observations et références, DMF, 1993,

6-Actes de colloques

- Y.PICOD, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, le juge et l'exécution du contrat, Colloque, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, P.U. d'Aix-Marseille, 1993
- colloque de l'INEJ, du 15 au 17 septembre 1979, Rabat

7 -les revues

D.M.F : revue de droit maritime Français

R.A.C.A.R : recueil des arrêts de la cour d'appel de RABAT

Le modèle marocaine d'intégration des immigrés : spécificités et contraintes d'évaluation

Mustapha SADNI

Doctorant

FSJES Souissi, Université Mohammed V de Rabat

Résumé :

Façonnée au cours des six dernières années, la politique relative à l'intégration des immigrés installés sur le territoire marocain est devenue une thématique incontournable au débat sur les enjeux et les défis de l'immigration. Conçue comme un mécanisme de régularisation socio-économique dans la politique migratoire, la politique d'intégration est considérée comme la clef du succès du modèle marocain d'intégration.

En effet, La question de la réussite ou de l'échec d'un modèle d'intégration ne peut pas se résumer à la volonté d'adopter une approche plus concrète, en sortant des distinctions théoriques autour des modèles d'intégration comparés. Au contraire, l'évaluation de ce modèle doit être conçue et appréhender selon une démarche adoptant une multiplication d'outils, d'objectifs, de critères et d'indicateurs qui tendent à informer d'un état de fait, constater des évolutions et comparer des situations.

Mots clés

Intégration, immigration, modèle, indicateur, évaluation.

Introduction:

Actuellement, le Maroc est considéré non seulement comme un pays de départ ou de transit, mais aussi un pays d'accueil et d'installation. C'est son niveau de croissance et de démocratisation et sa position géographique particulière dans le continent africain qui ont attiré les vagues de migrations.

Certes, le Maroc abrite aujourd'hui un nombre important de migrants des cinq continents. Les données officielles communiquées par HCP (RGHH 2014) indiquent qu'environ 0.25% de la population marocaine est constituée de migrants et que 101 200 étrangers résident sur le territoire marocain en 2017.

C'est dans ce contexte que la politique migratoire marocaine a connu un tournant important, en adoptant la stratégie nationale d'immigration et d'asile en 2013. L'opérationnalisation des objectifs de cette stratégie a permis la régularisation de la situation juridique des immigrés en 2014 et en fin 2016, avec un taux de satisfaction de 83.53%.

Par conséquent, la légalisation du séjour irrégulier des immigrés permettrait aux intéressés de jouir de leurs droits et opportunités d'intégration dans la société marocaine. Dans ce cadre, la question de l'intégration des immigrés occupe une place centrale dans la politique migratoire dans la mesure où elle constitue un facteur favorable pour la réussite du modèle marocain d'intégration.

Néanmoins, l'enjeu de l'intégration sociale des immigrés constitue un autre défi pour le Maroc concernant la conception, les mécanismes, les démarches et le système d'évaluation.

De ce fait, la problématique de la présente recherche s'articule sur l'identification des principales spécificités apparentes du modèle marocain d'intégration sociale en s'interrogeant sur la nature des facteurs d'intégration et la stratégie adoptée. Ainsi la détermination des modalités et les démarche de son évaluation en développant un ensemble d'indicateur de mesure.

De cette problématique, découle les questions suivantes :

- Quel est le concept d'intégration sociale ? Quels sont ses déterminants, ses fondements et ses contraintes ?
- Quelles sont les instruments d'intégration sociale ? Et quels sont les intervenants dans le processus de cette intégration ?

- Quelles sont les particularités du modèle marocain d'intégration ?

- Et quelles sont les paramètres permettant d'évaluer cette intégration ?

A l'aune de ces interrogations, il nous semble opportun de formuler les deux hypothèses suivantes :

- Fortement attaché aux engagements internationaux en matière des droits de l'homme, l'intégration à la marocaine est une expérience unique dans le monde Arabe et en Afrique. C'est un modèle humain dans sa philosophie, global dans son contenu et responsable dans sa démarche.

- La mondialisation accrue des flux migratoire vers le Maroc et les contraintes socioéconomiques, culturelles et sécuritaires du pays infectent négativement le modèle marocain d'intégration sociale, ce qui constitue une menace pour la réussite de cette expérience, et un obstacle pour l'intégration sociale des immigrants.

Pour vérifier la certitude des hypothèses de la recherche et d'approcher la problématique et de répondre aux questionnements annexes, nous allons opter pour une méthode analytique-descriptive qui permettrait de synthétiser et de structurer des données quantitatives et qualitatives relatives au thème de la recherche en vue d'en déduire les principaux déterminants du modèle marocain d'intégration.

Pour le faire, nous allons traiter les spécificités apparentes du modèle marocain d'intégration sociale et les bonnes pratiques y associées (I), ensuite, nous déterminons les différentes modalités de son évaluation et ses contraintes (II).

I- L'expérience marocaine en matière d'intégration sociale : les spécificités apparentes et les bonnes pratiques.

1- L'intégration à la marocaine : concept et spécificités apparentes

L'intégration vient de verbe intégrer, qui signifie le fait d'entrer dans un ensemble en tant que parti intégrante¹. Ou bien Insérer quelque chose dans quelque chose, l'y incorporer, le faire entrer dans un ensemble².

En sociologie, Durkheim ou l'École de Chicago la définit comme un processus par lequel l'individu prend place dans une société, par lequel il se socialise. Ainsi, elle est le processus ethnologique qui permet à une personne ou à un groupe de personnes de rapprocher et de devenir membre d'un autre groupe plus vaste par l'adoption de ses valeurs et des normes de son système social³.

S'agissant la doctrine comparée (le haut conseil de l'intégration français), le terme intégration (généralement référé à la situation des immigrés installés de façon durable dans le pays d'accueil) désigne à la fois un processus et les politiques qui ont pour objet de faciliter sa mise en œuvre⁴.

Concernant la doctrine marocaine, cette dernière reste muette en ce qui concerne la définition du concept de l'intégration. De même, les rapports et les études publiées par les instances étatiques se contentent de présenter la conception générale de l'intégration sociale en traitant les bonnes pratiques (facteurs), les contraintes, les programmes, les stratégies et les bilans.

¹ - Le dictionnaire de la langue française le Robert.

² - Le dictionnaire de la langue française la Rousse.

³ - Serge PAUGAM, 1010, *Concepts clés gravitant autour de l'insertion sociale et professionnelle en sociologie*, Presses universitaires de France, p 04.

⁴ - le Haut Conseil à l'Intégration, 2010, *Deux ans au service de l'intégration*, Paris, p 23.

Néanmoins, on peut définir l'intégration sociale comme un processus permanent visant la réduction du fossé séparant les migrants de la société d'accueil, en se concentrant sur les aspects socio-économiques. De ce fait, l'immigré est considéré intégré dans la société d'accueil s'il bénéficie de tous les droits garantis sur le même pied d'égalité, sans nier son identité et sa culture d'origine.

L'intégration se présente donc comme une voie intermédiaire entre d'une part, l'assimilation qui signifie l'adhésion complète de l'étranger par une conversion des mentalités et des comportements aux normes et modes de vie, et l'abondance du particularisme pour se fondre dans la société d'accueil. Et d'autre part, l'insertion qui signifie la reconnaissance à l'étranger la place qu'il occupe dans une économie, un cadre social et culturel à préserver, au moins partiellement, l'identité d'origine, les spécificités culturelles, les modes de vie.

Par ailleurs, le Maroc un pays traditionnellement d'immigration, œuvre à la modernisation et à l'opérationnalisation des instruments d'intégration des immigrants à travers la mise en œuvre de la stratégie nationale pour l'immigration et d'asile (SNIA). C'est ainsi que le modèle marocain d'intégration s'inspire effectivement des objectifs stratégiques du SNIA qui vise l'accompagnement et l'intégration des immigrants réguliers dans la société marocaine.

En effet, le modèle marocain d'intégration est un projet sociétal moderne initié volontairement et souverainement, et qui se caractérise par un ensemble de spécificités propres à lui, comparativement à d'autres modèles d'intégration à lesquels il est bien souvent identifié.

a- Un modèle humaniste et solidaire

Le modèle marocain d'intégration s'est développé dans un contexte marqué par la mise en application des réformes politiques profondes engagées, et le renforcement du processus démocratique basé sur la protection des valeurs universelles des droits de l'Homme.

Dans ce cadre, le modèle marocaine d'intégration se particularise par sa dimension humaine et solidaire, en s'inspirant des principes des conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, dont le contenu s'inscrit en droite ligne avec la vision nationale d'immigration et d'asile.

Certes, l'aspect humain est fortement présent dans ce modèle dans la mesure où il garde une place importante à la dignité de l'immigrant et promeut le bien être des immigrants et les communautés installées sur le territoire marocain. C'est un modèle centré sur l'homme, développé pour l'homme et par l'homme en s'appuyant sur la déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et les autres instruments internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme.

De plus, c'est un modèle solidaire qui s'attaque mutuellement aux facteurs de vulnérabilité liés aux immigrés et les réduire en mobilisant collectivement tous les acteurs étatiques, le secteur privé et la société civile afin d'assurer l'accès des migrants aux services de base, et gérer solidairement les conditions permettant aux immigrants de contribuer pleinement au développement durable du pays.

b- Un modèle intégré et global

Les enjeux du modèle marocaine d'intégration se posent sur une meilleure émancipation citoyenne des immigrés en ciblant les

principaux instruments d'intégration socioéconomique et notamment l'emploi, l'éducation, la santé, le logement et la culture.

De ce fait, l'intégration à la marocaine est une intégration multidimensionnelle, elle est basée sur une démarche globale, intégrante et cohérente visant la facilitation de l'intégration sociale des immigrés dans le tissu marocain à travers la promotion de l'éducation et la formation professionnelle, la protection du droit à la santé et au logement, et le renforcement des capacités pour l'accès à l'emploi.

Ainsi, le processus d'adaptation sociale nécessite un savoir-faire qui devrait faire face aux complexités culturelles des immigrés. Dans ce cadre, le modèle marocain d'intégration est interculturel dans la mesure où il consolide les appartenances ethniques des immigrés et valorise leurs particularités identitaires.

En outre, l'intégration à la marocaine est une action encadrée par un arsenal juridique qui criminalise l'atteinte des droits des immigrés. En effet, le Maroc a publié la loi 27-14 relative à la lutte contre la traite humaine, et ratifié la convention internationale sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille en 14 juin 1993.

Néanmoins, la législation marocaine migratoire n'est pas majoritairement contraignante, au contraire elle comprenait des textes fondateurs de droits en faveur des immigrés. Certes, le code de la nationalité marocaine permet aux immigrés étrangers d'acquérir la nationalité marocaine, soit par le mariage mixte avec un marocain, soit par la naturalisation.

De même, le code de l'état civil soumis obligatoirement les immigrés étrangers au régime d'état civil marocain en ce qui

concerne les naissances et les décès survenant sur le territoire national.

Ces formes d'intégration juridique (par nationalité, régularisation de la situation, statut d'état civil...), appuyées par les autres formes d'intégration à caractère socioculturel, rendaient le modèle marocain d'intégration un modèle intégré, global et multidimensionnel.

c- Un modèle sensible au genre

Le modèle marocain est fondé sur le droit international des droits de l'homme et le respect des principes de non-régression et de non-discrimination. En appliquant les dispositions du modèle, le Maroc veille au respect, et à la protection des droits de l'homme aux profits de tous les migrants, quels que soient leurs statuts migratoires, et à tous les stades de la migration.

C'est un modèle qui réaffirme également l'attachement aux valeurs de la diversité et à l'élimination de toutes les formes de discrimination, notamment le racisme, la xénophobie et l'intolérance, à l'endroit des migrants et de leur famille.

Fortement conscient de la problématique femmes-hommes, le modèle marocain vise à ce que les droits de l'homme soient pour tous, femmes et hommes, filles et garçons, respectés à tous les stades de la migration, que les besoins spécifiques de chacun et chacune soient bien compris et satisfaits, et que les migrantes et les migrants aient tous les moyens en faveur de la pleine intégration et de la cohésion sociale.

En adoptant l'approche genre, le modèle marocain promeut l'égalité de sexe et l'autonomisation de toutes les femmes et les filles, en insistant sur leur indépendance, leur émancipation et leur esprit

d'initiative, de façon à ce que les migrantes cessent d'être considérées avant tout comme des victimes.

Ainsi, le modèle marocain promeut le respect des obligations juridiques internationales relatives aux droits de l'enfant et voit réaffirmé le principe qui consiste à toujours privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel doit être une considération primordiale dans toutes les situations concernant des enfants dans le contexte de l'immigration, notamment des enfants non accompagnés et séparés de leur famille.

2- L'intégration à la marocaine et les bonnes pratiques

Au vu du nombre important d'actions de la SINA, la présente recherche se limitera à analyser les principales pratiques entreprises et/ou à entreprendre pour faciliter l'intégration des personnes immigrées dans la société marocaine.

En effet, l'une des bonnes pratiques phares du modèle marocain d'intégration est consacrée à l'éducation et à la culture. Son but est de faire bénéficier les immigrés des mêmes droits que ceux des Marocains conformément aux engagements constitutionnels et internationaux du Maroc.

Dans ce cadre, le ministère de l'éducation nationale a adressé une circulaire aux directeurs des établissements publics et privés le 09 octobre 2013, qui les insiste à inscrire les élèves étrangers dans les établissements scolaires et de leur permettre de bénéficier des cours de l'éducation non formelle.

La circulaire permet à environ 7000 enfants étrangers d'intégrer chaque année le système éducatif formel dans les 12 académies régionales. Quant à l'éducation non formelle, les chiffres

sont moins importants, soit 722 étudiants étrangers l'année scolaire 2015-2016.

Par ailleurs, des démarches ont été entreprises pour mettre à ces élèves de bénéficier, au même titre que les élèves marocains défavorisés, de deux programmes sociaux d'aide à la scolarisation et la lutte contre la déperdition scolaire : programme "tayssir" et opération "un million de cartable".

L'action phare du modèle marocaine d'intégration dans le domaine de la santé consiste à étendre le Régime d'assistance médicale (RAMED) aux immigrés les plus démunis qui ne bénéficient d'une couverture médicale. En effet, le 28 mars 2017 lors du forum annuel de l'immigration, le ministère chargé aux affaires de migration a signé un partenariat avec l'agence nationale d'assurance maladie (ANAM). Cette dernière est désormais compétente à la production des cartes d'assistance médicale pour l'ensemble des étrangers régularisés (migrants et réfugiés) qui bénéficient des mêmes prestations que les Marocain bénéficiaires du RAMED¹.

En matière d'accès au logement, le modèle marocain d'intégration sociale prévoit l'intégration des immigrés dans les programmes de logements sociaux subventionnés par l'Etat qui permettent l'accès à la propriété à partir de 140 000 dirhams. Une seconde action, qui est un projet, vise à permettre aux immigrés de bénéficier de prêts immobiliers proposé par les banques.

Afin que les immigrés deviennent des membres pleinement productifs au sein de leur nouvelle communauté, le modèle marocain d'intégration favorise le facteur d'intégration par le travail. En effet,

¹ - Sara BENJELLOUN, " mise en œuvre et enjeux diplomatiques de la nouvelle politique migratoire" in Mehdi ALAOUÏ (dir.), La nouvelle politique migratoire marocaine", Konrad Adenauer Stiftung, 2017, pp 77-121, p 101.

la participation des immigrants dans le circuit économique par l'emploi faciliterait effectivement leur intégration dans la société marocaine.

Quand un immigré répond aux besoins d'autrui grâce à la fourniture des services ou le change de biens sur le marché, il est logique de valider sa présence en son sein. De ce fait, l'insertion économique est un performant instrument permettant à l'immigré de protéger sa dignité et à réaliser son indépendance financière et profite à la société d'accueil de son savoir-faire.

Ainsi, l'intégration par la lutte contre le chômage permettrait l'animation des interactions quotidiennes avec les Marocains, qui inciteraient les immigrants à faire un minimum d'effort d'adaptation aux coutumes marocaines et à la langue pratiquée sur place, nécessaires à la cohésion dans le pays d'accueil.

De point de vue pratique, le modèle marocain d'intégration prévoit deux mesures destinées à faciliter l'intégration économique des immigrants, il s'agit de la formation professionnelle et l'emploi. En effet, la possibilité de bénéficier des programmes de formation et de renaissance des qualifications a été rendue possible pour les étrangers au même titre que les marocains.

Quant à l'emploi, le programme auto-entrepreneur, lancé en janvier 2020, cible entre autres, les étrangers en situation régulière désirant développer une activité au Maroc, ce qui est considéré comme une opportunité favorable pour une meilleure intégration économique des immigrants dans la société marocaine.

Sur le plan législatif, des modifications ont été apportées à certains textes de loi pour faciliter l'accès des étrangers au marché de l'emploi. Les lois 43-13 et 44-13 prolongent l'exercice de la profession de sage-femme et d'infirmier aux immigrants. Néanmoins,

des métiers (avocats ou notaire) par exemple demeurent non autorisés à exercer pour les immigrés.

En guise de conclusion, on peut prétendre que les facteurs essentiels facilitant l'intégration et l'adaptation sociale sont: la maîtrise de la langue du pays d'accueil¹, la connaissance des lois et coutumes du pays d'accueil, l'accès à un travail et un logement décent, la communication et la création d'amitiés avec les natifs et les mariages mixtes, en plus l'acquisition de la nationalité.

Néanmoins, lesdits facteurs d'adaptation sociale constituent-ils des indicateurs attestant la performance du modèle marocain d'intégration ?

II- Le modèle marocaine d'intégration : modalités et contraintes d'évaluation.

L'évaluation des politiques et des programmes publics est une pratique récente au Maroc, car ce n'est qu'au début du 21ème siècle que certaines instances gouvernementales marocaines, existantes ou nouvellement créées, commencent à effectuer des évaluations sectorielles pour apprécier l'impact des interventions publiques dans le cadre de certains programmes spécifiques.

S'agissant la politique nationale de l'immigration et de l'asile, celle-ci prévoit un dispositif de gouvernance concernant le pilotage, mais elle ne prévoit pas des modalités d'évaluation, en laissant la place aux autres acteurs et instances de contrôle pour accomplir cette mission.

1 - Ali LOTFI, juin 2014, "*Le rôle de la société civile dans l'intégration des migrants au Maroc*" in, "la nouvelle politique migratoire au Maroc: quelles stratégies d'intégration?", pp 254-162, p 157.

Néanmoins, la problématique intégrer-évaluer soulève des questions d'ordre technique et procédurale, il s'agit notamment des questions suivantes : Pourquoi et pour qui évaluer ? Qui va évaluer ? Que faut-il évaluer (l'immigré, la politique, l'impact, l'intégration)? Quelle approche adoptée ? Quels types d'indicateurs de mesures appropriés ?

1- Les modalités d'évaluation

Rappelons que l'intégration est un processus permanent par lequel l'immigrant s'adapte aux valeurs sociétales du pays d'accueil en se concentrant sur des aspects de nature socio-économiques et culturels.

Une fois la définition posée, il faut se demander quel public spécifiquement concerné ? En théorie, l'intégration des migrants interroge la capacité d'une société à intégrer réellement tous ses membres quels soient ou non migrant ou descendants de migrants, en situation régulière ou irrégulière.

De point de vue pratique, l'expérience marocaine considère que les principaux bénéficiaires de la politique d'intégration sociale sont les immigrés et leurs descendants, les demandeurs d'asile et les réfugiés, récemment ou anciennement arrivés au Maroc, ou ressortissants d'un pays tiers, ayant vocation à résider légalement sur le territoire national.

De ce fait, le modèle marocain d'intégration ne prend pas en considération la durée de séjour pour que l'immigré soit ciblé par l'action de l'intégration. Ainsi il ne fait pas distinction sur la base de la nationalité, de la religion ou de l'ethnique, car c'est un modèle multinational, interethnique, transculturel et laïc.

En outre, l'évaluation du modèle marocain d'intégration amène à réfléchir concrètement à la méthode adéquate à adopter. En effet, face à l'absence des études ou rapports portant sur l'évaluation de ce modèle, il est opportun de développer un cadre théorique permettant la conception des fondements, les démarches et les techniques d'évaluation de ce modèle.

Rappelons tout d'abord qu'il n'existe pas une démarche idéale pour une l'évaluation crédible d'un modèle d'intégration. De ce fait, chaque pays développe son propre méthode d'intégration selon leurs priorités socioéconomiques et leurs préoccupations politiques.

Toutefois, la conception de cette évaluation mobilise un ensemble de techniques issues des sciences sociales, de la statistique et des sciences de gestion, sans nier les approches qualitatives et quantitatives qui apparaissent comme complémentaires.

Cela étant, deux approches méthodologiques sont possibles et compatibles avec le contexte migratoire marocain et les spécificités du modèle national d'intégration à savoir : l'approche par la population et l'approche par le territoire.

En effet, le choix de l'approche par population, comme démarche pour évaluer le modèle marocain d'intégration, est motivé par des considérations objectives. La première est relative à la nature même de cette démarche, car elle s'articule et se concentre sur l'individu (immigré). La deuxième réalité est relative à la situation socioéconomique des ménages marocains. Certes, les enquêtes nationales sur les niveaux de vie des ménages, réalisées périodiquement par HCP, attestent la persistance des manifestations de pauvreté et de la vulnérabilité en matière des conditions de vie chez les ménages marocains. L'adoption de cette démarche permettrait donc une évaluation contextuelle, objective et plus crédible du modèle marocain d'intégration, dans la mesure où elle

prend en considération la situation socioéconomique effective de la population marocaine à laquelle l'immigré doit s'intégrer.

De point de vue théorique, l'approche par population consiste à comparer l'état d'une population (groupe ciblé d'immigrés) par rapport à un autre groupe (groupe de référence). L'écart mesuré par des indicateurs entre les deux populations devrait permettre d'évaluer le degré d'intégration.

L'avantage de cette approche consiste à la consolidation du principe de l'égalité des chances et de l'équité comme fondement de l'intégration sociale. Toutefois, cette démarche est trop normative, voire réductrice, car elle ne prend pas en considération l'ensemble des facteurs impliqués dans le processus d'intégration, et ne se concentre que sur des populations cibles au détriment de l'environnement¹ (l'espace).

S'agissant l'approche par territoire, celle-ci s'inspire aux fondements du projet marocain de la régionalisation initiée récemment pour lever les défis socioéconomiques des régions selon une démarche spatiale. Ainsi, elle est en harmonie avec le nouveau modèle de développement, qui prévoit une place de choix pour la dimension territoriale dans les projets de développement en luttant contre les disparités spatiales, et en consolidant la solidarité et la justice territoriale entre les régions (le discours royal du trône en 31/07/2019).

L'adoption de la démarche par territoire consolide favorablement l'efficacité et l'efficience de l'évaluation du modèle marocain d'intégration, car elle est dynamique et compatible avec la vision nationale pour le développement humain (INDH). Ainsi, l'approche axée sur le territoire s'enracine dans un espace. En effet, les territoires dans lesquels vivent les migrants, font l'objet d'une

¹ - Matthieu TARDIS, Septembre 2009, " Comment évaluer les politiques d'intégration en Europe?" les cahiers du social, n° 22, p 20-32 p 31.

évaluation au moyen d'indicateurs et d'une comparaison avec d'autres espaces géographiques.

Contrairement à la première approche, la deuxième prend en compte l'influence de l'environnement, mais elle compare indirectement la situation des immigrés avec le reste de la population.

Quel que soit la démarche adoptée pour évaluer le modèle marocain d'intégration, la mise en œuvre de telle approche nécessite la mise en place d'un système d'indicateurs de mesures permettant l'évaluation de pertinence et l'efficacité de ce modèle.

En effet, le choix de type d'indicateur à privilégier sur la base des différentes dimensions retenues de l'intégration. Une distinction est souvent établie entre les indicateurs politiques qui permettent de contrôler les normes de mesures mises en œuvre pour favoriser l'intégration, et les indicateurs de résultats qui reflètent la situation réelle des immigrés.

Quel que soit le type d'indicateur retenu, un « bon » indicateur doit être adapté à ses besoins, et doit disposer de trois qualités : la simplicité, la représentativité et l'opérationnalité. Or, il est souhaitable de combiner les indicateurs dits objectifs, c'est-à-dire en lien avec des données quantitatives ou juridiques (taux d'activité ou le droit de vote), et les indicateurs dits subjectifs ou qualitatives relevant d'attitudes ou de perceptions comme le sentiment d'appartenance d'un immigré à la société.

De ce fait, nous proposons un tableau de bord composé de cinq indicateurs de référence qui satisferaient les conditions pré-indiquées. Il s'agit exactement de:

a- Indicateurs de contexte

Les indicateurs de contexte résument une situation dans laquelle vivait un immigré. Il s'agit par exemple, du nombre d'immigrants sous la forme d'un pourcentage de la population

globale, ou bien le taux d'emploi des immigrés par rapport à celui des autochtones.

Dans ce cas-là, les statistiques publiées par des instances officielles (HCP, CESE, ANAPEC, CNSS, OFPPT, HCR...) sont très utiles à l'opérationnalisation de cet indicateur.

b- Indicateurs de gouvernance

Les indicateurs de gouvernance fournissent des informations portant sur l'arsenal juridique adopté en matière migratoire ou de politiques mises en œuvre. A titre d'exemple, l'adhésion aux traités internationaux, l'existence des institutions spécialisées chargées de la gestion des affaires migratoires, l'existence de structures consultatives au niveau central et local, la dynamique de la société civile (ONG), les partenariats publiques-privées (PPP).

c- Indicateurs de stabilité sociale

Les indicateurs de stabilité sociale permettaient d'éclairer le degré de l'adaptation et la promotion sociale dans chaque contexte territorial. A titre d'exemple, l'indicateur de la santé (taux de couverture médicale), l'indicateur de logement (taux de bénéficiaires des offres de l'habitat social), l'indicateur de l'éducation (taux de scolarité, de déperdition scolaire et d'alphabétisation), l'indicateur d'emploi (taux de chômage et de l'insertion professionnelle).

d- Indicateurs de capacité d'absorption

Les indicateurs de capacité d'absorption renvoient au pouvoir d'attraction et de maintien durable des migrants dans une région. Dans le cas espèce, on peut citer l'indicateur de la présence relative de la population immigrée (population par nationalité dans les régions), l'indicateur d'incidence sur la population (pourcentage d'étrangers dans chaque population régionale), l'indicateur de croissance de la population immigrée (variation de la population étrangère régionale depuis dix ans), l'indicateur de résidence prolongée (pourcentage de la population étrangère résidant dans le

pays depuis au moins cinq ans ou au moins dix ans si ce n'est pas possible autrement).

e- Indicateurs de citoyenneté et d'identité

Les indicateurs de citoyenneté portent des réponses aux interrogations relatives à l'exercice des libertés publiques (opinion, expression, presse, réunion, rassemblement, manifestation, association, appartenance syndicale et politique et religieuse, libre circulation, environnement sain.) et aux droits fondamentaux (vie, égalité, non-discrimination, sécurité, dignité, interdiction de torture, détention arbitraire, disparition forcée, vote).

En outre, les index de citoyenneté fournissent un cadre adéquat permettant d'avoir une idée précise sur la perception et l'attitude de la société marocaine à l'égard des immigrés, et le rôle des médiats et la société civile dans le domaine de la lutte contre la discrimination basée sur la race, la couleur, la religion et l'ethnie. Sans nier les effets des politiques / programmes étatiques en faveur de la promotion de la diversité et leurs impacts sur la lutte contre le racisme et l'exclusion sociale.

Tandis que les index d'identité ou d'appartenance fournissent des informations liées au degré de l'attachement au système des valeurs de son pays d'origine et de son pays de résidence. Ainsi ils portent des données relatives au degré d'enracinement de l'immigré dans le tissu marocain, sans négliger son rôle dans la qualification de l'attachement de l'immigré à son culture d'origine et aux traditions locales, et le niveau de la maîtrise de la langue dialectique marocaine comme facteur d'adaptation sociale.

L'opérationnalisation de ce paramètre consiste, entre autres, à traiter les fréquences des visites effectuées par l'immigré à son pays d'origine, et aux demandes dressés pour l'acquisition de la nationalité (soit par naturalisation, soit mariage mixte).

Toutefois, et malgré l'objectivité et l'intégrité des indices de mesures précités, il existe des contraintes qui limitent la crédibilité de cette évaluation. Certes, la diversité des dimensions d'intégration, et les difficultés liées à la nature même de ces paramètres, qui sont difficilement quantifiables ou mesurables, infectent négativement la possibilité d'effectuer une évaluation fiable au modèle marocain d'intégration sociale.

2- Les contraintes d'évaluation

Tout d'abord, il faut reconnaître que le processus d'intégration sociale est une action complexe, multidimensionnelle et permanente dans le temps, ce qui soulève des contraintes au niveau de son évaluation.

En effet, les difficultés d'évaluation du modèle marocain d'intégration sont nombreuses, et plusieurs questions restent encore en suspens. Ainsi, se pose le problème de mesurer l'intégration dans sa globalité, alors qu'elle est un processus multidimensionnel. Ensuite, étant donné que l'intégration s'étale dans le temps, faut-il l'évaluer à intervalles de temps réguliers ou bien suivant des étapes prédéfinies ? Enfin que doit-on évaluer, l'intégration ou l'impact de la politique d'intégration menée ?

a- Des difficultés à mesurer l'intégration dans sa globalité

Certaines dimensions de l'intégration sont difficilement quantifiables ou mesurables. Certes, mesurer le baromètre d'intégration d'une personne s'avère très compliqué, et ceci pour au moins deux raisons. Premièrement, l'intégration s'avère un processus multidimensionnel, d'où l'emploi par certains chercheurs de la

notion de « sphères d'intégration¹ ». Ainsi, une personne peut être intégrée concernant une dimension mais pas dans une autre. Par exemple, l'immigré affiche une intégration professionnelle sans faille, mais il est confronté à des problèmes liés aux d'autres facteurs d'intégration.

D'autre part, l'évaluation de l'intégration culturelle fait débat. Si la compétence langagière est relativement facile à mesurer, il est presque impossible de définir des indicateurs de l'intégration culturelle. Ainsi, l'intégration culturelle se prête davantage à une évaluation qualitative, alors que la notion même d'indicateur s'applique surtout à des données quantitatives.

b- Des difficultés à mesurer un processus

L'intégration est processus qui implique le passage par plusieurs étapes. Il faudrait donc mesurer l'intégration des immigrants ainsi que les politiques et leurs impacts dans le temps. En effet, les paramètres développés dans la présente étude ne considèrent cependant pas la notion de processus d'intégration, ils mesurent l'intégration à un moment donné sans prendre en compte l'évolution de la situation des immigrants dans la durée. Or celle-ci peut renseigner sur l'impact d'une politique sur l'intégration des migrants.

A titre d'exemple, la durée entre la régularisation de la situation juridique de l'immigré et le moment où il obtient un emploi régulier permet de mesurer l'efficacité de la politique d'intégration. Ou bien encore, la durée de leur séjour dans le pays d'accueil, c'est-à-dire au bout de six mois, un an, deux ans ou plus.

c- Des difficultés à mesurer l'impact de la politique sur l'intégration des immigrants

¹ - Han ENTZINGER et Renske BIEZVELD, 2003, « *Benchmarking in immigrant integration* », Ercomer, p. 5.

A cela s'ajoute le fait qu'il est difficile de mesurer l'impact des politiques menées sur la situation concrète des immigrés. Cela constitue sans doute une limite pour des indicateurs développés visant à évaluer l'efficacité du parcours d'intégration. Cette difficulté s'attache souvent soit à mesurer exclusivement l'intégration des immigrés soit à évaluer les politiques d'intégration par rapport à des standards ou des bonnes pratiques déterminées.

Certes, l'évaluation de la politique d'intégration ne peut que renseigner indirectement sur les échecs ou les réussites de cette politique sans toutefois pouvoir préciser quels ont été les facteurs de son échec ou réussite. En outre, elle ne mesure pas l'impact, donc l'efficacité, des politiques d'intégration sur la situation des personnes ciblées.

Conclusion

La présente recherche s'est forcée d'évoquer l'enjeu de la réflexion menée concernant le modèle marocain d'intégration. Il s'agit exactement d'approcher le cadre conceptuel de l'intégration sociale des immigrés au sein de la société marocaine en traitant les particularités apparentes de ce modèle et les différents facteurs susceptibles de l'adaptation sociale. Ainsi de définir les différentes modalités de son évaluation en développant un ensemble d'indicateurs susceptibles de mesurer la fiabilité du modèle marocain d'intégration et les contraintes y associées.

En effet, la présente étude a favorisé une définition l'intégration comme étant un processus permanent visant la réduction du fossé séparant les migrants de la société d'accueil, en se concentrant sur les aspects socio-économiques.

Or, les immigrés au Maroc se confrontent aux contraintes d'adaptation et d'intégration avec la nouvelle société, ce qu'ont incité

les pouvoirs publics de se doter d'une politique d'intégration sociale aux profits des immigrés installés sur le territoire marocain. Par sa dimension humaniste et solidaire, le modèle marocain d'intégration vise d'émanciper l'immigré en activant les facteurs d'intégration sociale (éducation et formation professionnelle, santé, logement, emploi.).

De ce fait, le modèle marocain d'intégration est action multidimensionnelle et sensible au genre dans la mesure où il vise la protection des droits de la femme immigrante et ses enfants mineurs sans oublier les cas maladies et les ayant des besoins spécifiques.

Néanmoins, le modèle marocain d'intégration se heurte avec la problématique d'évaluation au niveau de la crédibilité et d'efficacité. En effet, la présente recherche a essayé de développer un tableau de bord composant d'un ensemble d'indicateurs permettant de mesurer le degré de l'intégration de l'immigré dans le tissu national. Il s'agit précisément des paramètres composés, intégrés et multidimensionnel (le contexte, gouvernance, stabilité sociale, capacité d'absorption, citoyenneté et identité).

Quel que soit la fiabilité de cette évaluation, l'intégration sociale de l'immigré, en tant qu'une donnée sociologique, se heurte ainsi avec des contraintes multiples. Il s'agit notamment des difficultés à mesurer un processus et l'intégration dans sa globalité, ainsi des problèmes à mesurer l'impact des bonnes pratiques du modèle sur l'intégration des immigrés.

Bibliographie

- LOTFI Ali, 2014, "Le rôle de la société civile dans l'intégration des migrants au Maroc" in, "La nouvelle politique migratoire au Maroc: quelles stratégies d'intégration?".
- ENTZINGER Han et BIEZVELD Renske , 2003, "Benchmarking in immigrant integration", Ercomer.

- Le Haut Conseil à l'Intégration, 2010, Deux ans au service de l'intégration, Paris.
- TARDIS Matthieu, Septembre 2009, " Comment évaluer les politiques d'intégration en Europe?" les cahiers du social, n° 22.
- BENJELLOUN Sara, 2017," mise en œuvre et enjeux diplomatiques de la nouvelle politique migratoire" in ALAOUI Mehdi (dir.), La nouvelle politique migratoire marocaine", Konrad Adenauer Stiftung.
- PAUGAM Serge, 1010, Concepts clés gravitant autour de l'insertion sociale et professionnelle en sociologie, Presses universitaire de France.