



# مجلة الباحث



للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

Researcher's journal

of Legal and Judicial Researches and Studies

مجلة قانونية علمية محكمة تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والفقهية والقضائية

رئيس التحرير – الأستاذ جعفر القاسمي

\*\*\*\*\*

مدير المجلة – الأستاذ محمد القاسمي

## دراسات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية

- أساس المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية.....الدكتور محمد شكار
- مسطرة «الاشعار للغير الحائز» في مواجهة حماية مبدأ السرية البنكية..... الدكتور مليح عابدي
- مبدأ مسؤولية الحماية كنمط جديد لتعامل مع الأزمات الإنسانية..... الدكتور نور الدين لعروبي
- التأسيس لمصدرية الشريعة للقانون في الدساتير الموريتانية..... الدكتور محمد عبد الجليل الشيخ القاضي
- عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في البنوك التشاركية.....الدكتور إبراهيم والعيز
- سلطة القاضي الزجري في تقدير وسائل الإثبات " الجرائم الجنسية نموذجا ".....الدكتور كريم احليحل
- المواقف الدولية والإقليمية ودورها في الحرب والسلام في السودان..... الدكتورة منى كامل تركي
- التمييز الإيجابي في قانون الاستثمار..... الدكتورة سنية النوالي
- البعد القانوني والمهني في تغطية الإعلام لقضايا الطفل المغاربي في المهجر..... الدكتور موساوي عبد الحليم
- الاختصاص القضائي في نزاعات القرض العقاري..... الدكتور محمد عالي حيداس
- أساس الالتزام العقدي بين سلطان الإرادة وتدخل المشرع..... الأستاذ إبراهيم عزيزي
- مفهوم الرأسمال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة..... الأستاذة فاطمة الزهراء الباز
- أسباب طرد الجمهورية الوهمية (البوليزاريو) من الاتحاد الأفريقي..... الأستاذ هشام الميموني
- آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية..... الأستاذ علي احمد محمد سعيد
- الشرعية الدولية بين المفهوم والممارسة..... الأستاذ محمد التجاني
- قراءة في الفصل 54 من ظهير ل ع على ضوء العمل القضائي..... الأستاذة وئام بنعيسى
- قاضي التنفيذ في ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية..... الأستاذ عدنان المرابط
- دور التشريع والاجتهاد القضائي في تكريس الأمن العقاري بالمغرب..... الأستاذ عبد الغفور الخرازي
- تجربة الأمن والإعلام في فترة إدريس البصري..... الأستاذ إسماعيل الوفي
- بيع الأصل التجاري بالمغرب..... الأستاذ قنيسي عبد النور
- الجرائم الذكية بين النص القانوني والعمل القضائي..... الأستاذ جواد الغزواني
- تطبيق القاعدة القانونية في الظروف الاستثنائية جائحة كورونا نموذجا..... الأستاذة سكيبة عثيق
- منازعات الحق في الإضراب بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري..... الأستاذ عبد الوهاب ابريك
- المجلس الأعلى للحسابات وربط المسؤولية بالمحاسبة..... الأستاذ هاني يحيى الجعدي

## دراسات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية

- Le Développement durable et la Gouvernance territoriale .....Docteur Islam AKHAYAD
- Les difficultés relatives à la mise en œuvre des droits sociaux et la gestion de crise..... Docteur Jamal Mesbah

ردمدمد 603X – 2550 :ISSN

جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2017 م ©

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ  
دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ)

مدح الله العظيم

الآية الحادية عشر (11) من سورة المجادلة

## مجلة الباحث

للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والفقهية والقضائية

### مسؤولي المجلة:

المدير المسؤول: ذ محمد القاسمي	رئيس التحرير: ذ جعفر القاسمي
--------------------------------	------------------------------

### اللجنة العلية:

الأعضاء من داخل المملكة المغربية:

الدكتور سمير أيت أرجدال	الدكتورة حليمة المغاري
الدكتور عبد اللطيف الشنتوف	الدكتور يونس الزهري
الدكتور محمد لكريني	الدكتور المصطفى الطايل
الدكتور أنس سعدون	الدكتورة أمينة رضوان
الدكتور عبد الرحيم عمامو	الدكتور الشرقاوي القرقار
الدكتور عبد الحميد عدنان	الدكتور خالد الحمدوني
الدكتور حميد النهري	الدكتور صالح أيت داحماد
الدكتور فريد خير الدين	الدكتور حميد ايت الحيان
الدكتورة لالة إكرام العلمي	الدكتور نور الدين لعروبي
الدكتور حكيم التوزاني	الدكتور محمد محاسيني
الدكتور محمد ختام	الدكتور عبد العالي ايت بلحاج
الدكتور نور الدين السعداني	الدكتور زهير لعميم
الدكتور محمد علي حيداس	الدكتور عمر بوراس
الدكتور أمين أعزان	الدكتور عبد المولى بن أشبيبة
الدكتور عتيق السعيد	الدكتور عبد العالي عدنان
الدكتور ابراهيم أشويعر	الدكتور مصطفى المرابط
الدكتورة سهام صبري	الدكتور سعيد شكاك
الدكتور عبد الواحد الداقي	الدكتور هشام أزوكار

الدكتور محي وسيدي عمر	الدكتور رضوان العنبي
الدكتور يونس نفيد	الدكتور بدر بوخلوف
الدكتور يوسف بن هيبة	الدكتور خالد صالح
الدكتورة مريم بوطاهر	الدكتورة اسلام أخياض
الدكتور فيصل كرمات	الدكتور مصطفى ميمون
الدكتور محمد بومديان	الدكتور مليح عابدي
الدكتور نبيل بلمكي	الدكتور المصطفى المرابط

### الأعضاء من باقي الأقطار العربية:

الدكتورة مجدوبي نوال (الجزائر)	الدكتور محمد عبد الجليل (موريتانيا)
الدكتور أحمد عبد المنعم القاصي (مصر)	الدكتورة منى كامل تركي (الإمارات)
الدكتور همام القوسي (فلسطين)	الدكتور عبد العزيز خنفوسي (الجزائر)
الدكتور شاوش رفيق (الجزائر)	الدكتورة وافي حاجة (الجزائر)
الدكتور مسعودي هشام (الجزائر)	الدكتور ميلود خيرجة (الجزائر)
الدكتور عبد الله المحرمي (عمان)	الدكتور أحمد جبريل العويطي (فلسطين)
الدكتورة سنية النوالي (تونس)	الدكتورة جميلة بوستاوق (الجزائر)
الدكتور محمد أحمد سعيد (اليمن)	الدكتور مثير منفي كظم العميدي (العراق)
الدكتور عبد الحلیم وساوي (الجزائر)	الدكتور موسى القريشي (العراق)
الدكتورة حمامة لامية (الجزائر)	الدكتورة زروقي خديجة (الجزائر)
الدكتور محمد شكار (موريتانيا)	الدكتورة نصيرة لوني (الجزائر)
الدكتور الشيخ سيداتي أحمدو (موريتانيا)	الدكتور محمد المصطفى ولد أحمد (موريتانيا)

### لجنة التنقيح والمراجعة اللغوية:

الأستاذ عبد العزيز البعلي (باحث دكتوراه)	الأستاذ عبد الرزاق الجباري (مؤلف قانوني)
الأستاذ محمد أمين اسماعيلي (مدير مجلة)	الأستاذة حليلة عبد الرمي (مديرة مجلة)
الأستاذ أشرف ركراكي (باحث دكتوراه)	الأستاذة ليلى الضالع (باحثة دكتوراه)
الأستاذ عبد الله المخلوق (باحث دكتوراه)	الأستاذ مروان الباقي (باحث دكتوراه)

الأستاذ حميد ايت علي او الحاج (باحث دكتوراه)	الأستاذ أنور السدات الحمري (باحث دكتوراه)
الأستاذ خياطي مصطفى (باحث دكتوراه)	الأستاذة حليلة أكشو (باحثة دكتوراه)
الأستاذة ونام بوشوكة (باحثة دكتوراه)	الأستاذ الحسين الكثيف (باحث دكتوراه)
الأستاذ معاد السرار (باحث دكتوراه)	الأستاذ يونس الحاجي (باحث دكتوراه)
الأستاذ محمد التوزاني (باحث دكتوراه)	الأستاذة سعيدة حليمي (باحث دكتوراه)
الأستاذ هشام اوهي (محامي متمرن)	الأستاذ أيوب الوانبي (محامي متمرن)
الأستاذ زكرياء القاسمي (رئيس مصلحة بالمحافظة)	الأستاذة نبيلة الراصفي (باحث دكتوراه)
الأستاذ محمد البركاني (باحث دكتوراه)	الأستاذ مبارك حيروش (باحث دكتوراه)
الأستاذ محسن الشليحي (باحث دكتوراه)	الأستاذة إكرام بن علي قدور (باحثة دكتوراه)

### لجنة النشر:

عماد أكضيض (باحث قانوني)	مينة كدي (باحثة قانونية)
وصال العيادي (باحثة قانونية)	محمد اللواري (باحث قانوني)
مهدي الصوتي (باحث قانوني)	رجا السوسي (باحثة قانونية)
مريم سيموري (باحثة قانونية)	حمزة شفاف (باحث قانوني)
أميمة بولحية (باحثة قانونية)	سناء أرشوق (باحثة قانونية)
سكين أقرقاش (باحثة قانونية)	عبد السلام غالي (باحث قانوني)
عبد السلام البوليس (باحث قانوني)	هشام اليوسفي (باحث قانوني)
يوسف قاسمي (باحث قانوني)	بدر الدين الشافعي (باحث قانوني)
حياة القسوري (باحثة قانونية)	ياسين معروف (باحث قانوني)
مصطفى بويكوتي (باحث قانوني)	سناء بن سيدي (باحثة قانونية)
حسن القاسمي (باحث قانوني)	ليلى الصحراوي (باحثة قانونية)
بشرى واعراب (باحثة قانونية)	أحمد تشيك (باحث قانوني)
عمر القبوري (باحث قانوني)	اسامة اوزيل (باحث قانوني)
سعيدة العتيقي (باحثة قانونية)	سعيد عليد (باحث قانوني)
ياسين عبلة (باحث قانوني)	أيوب قاسمي (باحث قانوني)

## مجلة الباحث

للكدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مجلة قانونية علمية محكمة تعنى بنشر المقالات والأبحاث القانونية والفقهية والقضائية

تصدر كل شهر أو شهرين على الموقع الإلكتروني (الباحث القانون) [www.allbahit.com](http://www.allbahit.com)

نبذة كل الأراء والمواقف الواردة بالمقالات المنشورة بالمجلة ملزمة لصاحبها ولا تلزم المجلة وطاقتها

### شروط النشر بمجلة الباحث:

1. أن ينصب موضوع المقال على المجال القانوني أو الفقهي أو القضائي حسب الأحوال.....
2. أن يكون البحث أو المقال محترماً لشروط وأبجديات البحوث العلمية الدقيقة.....
3. احترام الأمانة العلمية، وثوق المعلومات، وتفادي الأخطاء المادية والمنهجية.....
4. أن يكون البحث أو المقال قد أجاب عن الإشكالية التي يطرحها في مجملها.....
5. تدرج الإحالات حصراً في أسفل كل صفحة تحت طائلة رفض المقال.....
6. يذيل المقال حصراً بمجرد للأئحة المراجع المعتمدة في تحريره.....
7. يتعين على كاتب المقال ترجمة عنوان نفس المقال للغة الإنجليزية.....
8. يتحمل كاتب كل مقال منشور بالمجلة ما به من سرقات أدبية ومغالطات علمية.....
9. المجلة متخصصة في نشر المقالات العلمية والتقارير الأكاديمية والتعليق على المقررات القضائية.....
10. تستقبل المجلة مقالات السادة الباحثين باللغات الثلاث (فرنسية، عربية، إنجليزية).....
11. ترسل المقالات حصراً بصيغة الورد (word) لبريد المجلة ([majalatlbahit2017@gmail.com](mailto:majalatlbahit2017@gmail.com)).....
12. يتضمن المقال المرسل وجوباً لبريد المجلة اسم الكاتب وصفته العلمية والمهنية إن توفرت.....
13. يرفض كل مقال لا يتوفر على الحد الأدنى من الشروط المسطرة سلفاً من قبل طاقم المجلة.....
14. تعمل المجلة على اخبار كاتب كل مقال مرسل للمجلة بالعدد الذي سينشر فيه بعد مراجعته.....
15. لا يمكن سحب المقالات التي سبق إرسالها للمجلة بعد مرور أجل معقول، وتنشر المجلة على أوسع نطاق.....
16. النشر بالمجلة بمقابل مادي يحدده طاقمها حسب وضعية كل باحث على حدا.....
17. تسلم شهادة النشر والوعد بالنشر للضرورة وذلك لأغراض علمية ومهنية حصراً.....
18. تعمل المجلة على إصدار مؤلفات جماعية وسلسلات ورقية سنوياً استناداً لأجود المقالات المتوصل بها.....
19. لمعلومات أكثر، يمكن التواصل معنا عبر wathssap في الرقم +212 771394949 أو عبر البريد الإلكتروني أعلاه.....

### شروط الانظام اللجنة العلمية لمجلة الباحث:

20. أن يكون المترشح للإنظام حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون أو الفقه مع ارسال بطاقة تعريفية له.....
21. يتعين على كل عضو في اللجنة العلمية أن يقوم كل ما طلب منه ذلك بتحكيم المقالات المرسلة وابداء رأيه بشأنها.....
22. يتعين على كل عضو باللجنة العلمية أن يساهم بكتابات له بالمجلة (ثلاث مقالات حتى ولو كانت منشورة سابقاً).....
23. يساهم أعضاء اللجنة العلمية لمجلة الباحث في ابداء ملاحظاتهم وتوجيهاتهم حول السير العادي والعام للمجلة.....

### شروط الانظام للجنة المراجعة ولجنة النشر:

24. أن يكون المترشح لهذه اللجنتان مهتما بالشؤون القانونية وله ذراية كافية بأبجديات البحث العلمي الأكاديمي.....
25. أن يكون المترشح للجنة التنقيح والمراجعة اللغوية يتابع دراسته العليا بسلك الدكتوراه في القانون.....
26. تقبل طلبات الطلبة الباحثين خريجو الماستر والباحثين فيه للانظام للجنة النشر حصراً.....
27. على الأعضاء الالتزام بالمهام الموكولة إليهم سواء مراجعة المقالات أو نشر المجلة تحت طائلة التشطيب عليهم.....

## فهرسة العدد

### مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة العربية

12	أساس المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية.....
	الدكتور محمد شكار
37	مسطرة «الاشعار للغير الحائر» في مواجهة حماية مبدأ السرية البنكية.....
	الدكتور مليح عابدي
52	مبدأ مسؤولية الحماية كنمط جديد لتعامل مع الأزمات الإنسانية.....
	الدكتور نور الدين لعروبي
71	التأسيس لمصدرية الشريعة للقانون في الدساتير الموريتانية.....
	الدكتور محمد عبد الجليل الشيخ القاضي
85	عقد الاستنواع وتطبيقاته المعاصرة في البنوك التشاركية.....
	الدكتور إبراهيم والعيز
101	سلطة القاضي الزجري في تقدير وسائل الاثبات " الجرائم الجنسية نموذجا ".....
	الدكتور كريم احيلحل
131	المواقف الدولية والإقليمية ودورها في الحرب والسلام في السودان.....
	الدكتورة منى كامل تركي
169	التمييز الإيجابي في قانون الإستثمار.....
	الدكتورة سنية النوالي
184	البعد القانوني والمهني في تغطية الإعلام لقضايا الطفل المغاربي في المهجر.....
	الدكتور موساوي عبد الحليم
205	الاختصاص القضائي في نزاعات القرض العقاري.....
	الدكتور محمد عالي حيداس

223	أساس الالتزام العقدي بين سلطان الإرادة وتدخل المشرع.....
	الأستاذ إبراهيم عزيزي
244	مفهوم الرأسمال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.....
	الأستاذة فاطمة الزهراء الباز
267	أسباب طرد الجمهورية الوهمية (البوليفاريو) من الاتحاد الأفريقي .....
	الأستاذ هشام الميموني
291	اليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية.....
	الأستاذ علي احمد محمد سعيد
322	الشرعية الدولية بين المفهوم والممارسة.....
	الأستاذ محمد التجاني
337	قراءة في الفصل 54 من ظهير ل ع على ضوء العمل القضائي.....
	الأستاذة وئام بنعيسى
364	قاضي التنفيذ في ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية.....
	الأستاذ عدنان المرابط
376	دور التشريع والاجتهاد القضائي في تكريس الأمن العقاري بالمغرب.....
	الأستاذ عبد الغفور الخرازي
409	تجربة الأمن والإعلام في فترة إدريس البصري.....
	الأستاذ إسماعيل الوفي
448	بيع الأصل التجاري بالمغرب.....
	الأستاذ قنيسي عبد النور
475	الجرائم الذكية بين النص القانوني والعمل القضائي.....
	الأستاذ جواد الغزواني

507	تطبيق القاعدة القانونية في الظروف الاستثنائية جائحة كورونا نموذجا.....
	الأستاذة سكيمة عثيق
527	منازعات الحق في الإضراب بين النص القانوني واجتهاد القضاء الإداري.....
	الأستاذ عبد الوهاب ابريك
549	المجلس الأعلى للحسابات وربط المسؤولية بالمحاسبة.....
	الأستاذ هاني يحيى الجعدي

### مقالات وأبحاث قانونية وقضائية باللغة الفرنسية

565	Le Développement durable et la Gouvernance territoriale.....
	Docteur Islam AKHAYAD
583	Les difficultés relatives à la mise en œuvre des droits sociaux et la gestion de crise.....
	Docteur Jamal Mesbah

## افتتاحية العدد، يقدمها: د محمد القاسمي



بسم لله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نمضي ونغدوا في طريقنا حتى نبلغ مقام اليقين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نهر الهدى وبحر الندى وعلى آله وصحبه أجمعين، رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي... أما بعد: تتمة للمسار الذي بدأناه منذ سنوات خلت في مجال النشر العلمي والبحث الأكاديمي، فإنه لمن دواعي السرور أن نقص شريط عدد جديد من أعداد مجلتنا، ويتعلق الأمر

بالعدد 42 مايو 2022، هذا الأخير جاء بعد اصدار ثلة من الأعداد المتنوعة من المجلة، بين تلك المتعلقة بالقانون الخاص أو تلك المتعلقة بالقانون العام، بالإضافة إلى إصدار ستة أعداد متعلقة بجائحة كورونا وحالة الطوارئ الصحية التي مازال العالم يتجرع ويلاتهما، راجين من الله العلي القدير أن يعجل برفعهما، آمين...

فالعدد الثاني والأربعون (42) من هذا الصرح غني بمقالات وأبحاث في مجال القانون والعدالة، ألفها أساتذة التعليم العالي ودكاترة وممارسين وباحثين في أسلاك الدكتوراه من المغرب وبعض الدول العربية الشقيقة، ستشكل بلا شك أو أدنى ريب إضافة للخزانة القانونية الرقمية، ومادة علمية يعتمدها الفقيه والمتخصص والباحث وكل مهتم بالتأليف في الشأن القانوني والقضائي المغربي والمقارن سواء في القانون العام أو الخاص على حد سواء...

فالشكر الجزيل لكل من ساهم من قريب أو بعيد في تأليف وصياغة بنیان هذا العدد، والشكر الجزيل للجنة العلمية ولجنة التنقيح والمراجعة اللغوية والنشر، وفي انتظار اصدار العدد 43 يونيو 2022، تفضلوا بقبول أسمى عبارات التقدير والاحترام؛ والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته...

حرر بخريبكة - المملكة المغربية في 2022/05/01



الدكتور محمد شكار

حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون – استاذ متعاون

بجامعة انواكشوط

## أساس المسؤولية المدنية عن

### الأخطاء الطبية

Base de la responsabilité civile pour faute médicale

ملخص:

عرفت معظم التشريعات التي تطرقت للموضوع مهنة الطب بكونها مهنة إنسانية وأخلاقية وعملية قديمة قدم الإنسان أكسبها الحقب الطويلة تقاليد وأعراف تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال وأن يكون قدوة حسنة في سلوكه ومعاملته مستقيما في عمله محافظا على أرواح الناس وأعراضهم رحيفا بهم بادلا جهده في خدمتهم، وهو تعريف استمد روحه من قسم الشرف الذي وضعه أشهر الأطباء اليونانيين أبو قراط والذي جرى العرف الطبي في العالم بأسره على أن يؤديه كل طبيب قبل ممارسته مهنة الطب وهو القسم المعمول به في الوقت الحالي بطبيعة الحال بعد تعديله بما يلائم المعتقدات الدينية لكل بلد.

Summary:

Most of the legislation that touched on the subject defined the medical profession as being a humane, ethical and practical profession as old as man, which has long been endowed with traditions and customs that necessitate the one who practices it to respect the human personality in all circumstances and conditions and to set a good example in his behavior and straight treatment in

his work, preserving people's lives and their honor merciful to them He exchanged his efforts in their service, a definition that derives its spirit from the oath of honor established by the most famous Greek physician Hippocrates and which is the medical custom in the whole world that every doctor should perform before practicing the profession of medicine, which is the oath in force at the present time, of course, after amending it to suit religious beliefs for each country.

مقدمة :

يشير التاريخ الإنساني عبر مراحلہ المختلفة وصفحاته المتعددة إلى أهمية المسئولية الطبية والتحلي بالضوابط الأخلاقية لدى الطبيب المعالج لحماية المرضى، في إطار ضوابط قانونية وأسس تشريعية، وضعها المشرعون والحكام لتقنين مهنة الطب. ففي الحضارة الفرعونية كانت عقوبة الطبيب إذا أخطأ قد تصل إلى حد الإعدام، وعند الأشوريين إذا أخطأ الطبيب أو لم ينجح في علاج مريض يلتمس لنفسه العذر من الإرادة العليا للآلهة.

وعرفت معظم التشريعات التي تطرقت للموضوع مهنة الطب بكونها مهنة إنسانية وأخلاقية وعملية قديمة قدم الإنسان أكسبها الحقب الطويلة تقاليد وأعراف تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال وأن يكون قدوة حسنة في سلوكه ومعاملته مستقيماً في عمله محافظاً على أرواح الناس وأعراضهم رحيماً بهم بادلًا جهده في خدمتهم، وهو تعريف استمد روحه من قسم الشرف الذي وضعه أشهر الأطباء اليونانيين أبو قراط والذي جرى العرف الطبي في العالم بأسره على أن يؤديه كل طبيب قبل ممارسته مهنة الطب وهو القسم المعمول به في الوقت الحالي بطبيعة الحال بعد تعديله بما يلائم المعتقدات الدينية لكل بلد.

على اعتبار الطب كفرع من العلوم التجريبية المرتبطة بجسم الإنسان فإن خوله مكانة رفيعة وأهمية بالغة وهو ما تفسره درجة الاهتمام به ذلك أن العقود الأخيرة شهدت

تطورات واختراقات متلاحقة في عالم الطب والعلاج تخطت في حجمها وأهميتها كل ما أمكن للإنسان سابقا من تحقيقه فيه هذا المجال، هذه الوثيرة المتسارعة للتقدم الطبي لن تهدأ في أي وقت قريب في ظل الاستثمارات المالية الضخمة التي توجه لتطوير أدوية وعقاقير حديثة ونتيجة لجهود وجيوش العلماء والأطباء الذين يعلمون حول مدار الساعة للتوصل إلى أحدث أساليب التشخيص والعلاج.

هذا التطور الطبي الهائل قد ترافق بتغير مماثل في النظرة العامة للطب ومهمة الأطباء بشكل رفع من سقف التوقعات لدرجة كبيرة وخرج أيضا بالطب الحديث عن مهمته الأصلية المتمثلة في الوقاية والعلاج من الأمراض كما يضح من مجال جراحات التجميل والتلقيح الاصطناعي وغيرها من المجالات التي أصبحت تعرف بغير التقليدية، هذا الشعب خارج مجال الوقاية والعلاج وارتفاع سقف التوقعات العامة بالإضافة إلى السعي الحثيث نحو أساليب أكثر فعالية وتعقيد قد كانت له نتائج باهرة سواء بالتصدي للأوبئة والأمراض الفتاكة وحماية جسم الإنسان أو تحقيق رغبة هذا الأخير في التمتع بقوام رشيق ومظهر جميل عن طريق إصلاح ما أفسده الظهر من معالم للحسن والجمال ومقاومة إرادة الزمن وحكم الطبيعة.

إلا أنه ومقابل ذلك واعتبار لكون مجال الطب محفوف بالمخاطر فإن التقدم السالف الذكر كانت له أيضا نتائج سلبية تمثلت في ارتفاع واضح لحجم الأخطاء الطبية المرتكبة الشيء الذي يحيلنا إلى طرح جملة من التساؤلات تتمحور أساسا حول ما هي الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب؟ وما هي عناصر هذه المسؤولية وعلى من يقع عبء إثباتها؟

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب.

تعرف المسؤولية بأنها حالة شخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة وتنقسم بشكل عام إلى مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية الأولى لا تدخل في دائرة القانون ولا يترتب

علمها جزاء قانوني وأمرها موكول إلى الضمير والوجدان<sup>1</sup>، في حين تدخل الثانية في دائرة القانون ويترتب عليها جزاء قانوني ولا يتحقق إلا بوجود ضرر لحق شخص آخر غير المسئول عنها وقد تكون جنائية كما قد تكون مدنية وباعتبار هذه الأخيرة هي موضوع اهتمامنا فهي قد تكون عقدية كما قد تكون تقصيرية.

#### المطلب الأول: تكييف المسؤولية المدنية للطبيب.

سنتناول هذا المطلب بتقسيمه إلى فترتين نتحدث عن نظام المسؤولية العقدية والتقصيرية للطبيب (فقرة أولى) وتكيف العقد الطبي (فقرة ثانية).

#### الفقرة الأولى: نظام المسؤولية العقدية والتقصيرية للطبيب.

الواقع أن عدم تناول المشرع في عديد من الدول تنظيم المسؤولية المدنية للطبيب أثار نقاشاً حول تكييفها وجعل الفقه والقضاء يترددان بين اعتبارها مسؤولية تقصيرية أم عقدية فالمسؤولية العقدية مصدرها العقد وبالتالي الإدارة وتنشأ عن الإخلال بالتزام معدرة العقد، وهو التزام متغير تباعاً لما اشتمل عليه العقد من شروط والدائن والمدين مرتبطين فيما قبل تحقق المسؤولية، في حين المسؤولية التقصيرية مصدرها القانون تنشأ متى كان الإلتزام الذي وقع الإخلال مصدره العمل الغير المشروع وهو واحد لا يتغير ويتمثل في عدم الإضرار بالغير والمدين فيها عادة أجنبياً عن الدائن<sup>2</sup>

لا تخرج المسؤولية المدنية للطب عن هذه التقسيمات، وهي إما مسؤولية تقصيرية في حالة انتقاء العقد بين الطبيب والمريض المصاب بالضرر أو مسؤولية عقدية إذا كانت نتيجة رابطة عقدية بين المريض والطبيب.

وقد ظل القضاء الفرنسي يعتبر مسؤولية الطبيب المدنية مسؤولية تقصيرية إلى أن أصدرت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية قرارها الشهير سنة 1936. حيث أعطى

<sup>1</sup> محمد عبد النباوي "مسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، دجنبر 2003. ص: 23-24.

<sup>2</sup> الدكتور محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص: 25.

للقضاء الفرنسي اتجاها آخر اعتبر فيه الطبيب مرتبطا بعقد مع مريضه يلتزم بقتضاه ليس بشفائه من المرض لكن بتقديم عناية يقظة تتطلمها له أحوال المريض الصحية، وأن إخلال الطبيب بهذا الالتزام تتولد عنه مسؤولية عقدية.

وفي الوقت الذي استقر فيه القضاء الفرنسي على اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية إلى في بعض الأحوال الإستثنائية فإن القضاء في المغرب لا زال يتأرجح بين مسؤوليتين حيث أن القضاء المغربي كان يكيف العلاقة بين الطبيب والمريض على أساس تقصيري ويطبق عليها الفصلين 77-78 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي<sup>3</sup> إلى غاية صدور قرار عن محكمة الاستئناف سنة 1946<sup>4</sup> اعتبرت بمقتضاه أن العلاقة بين الطبيب والمريض تكون عقدية وتجدر الإشارة إلى أن بعض الأحكام اعتبرت مسؤولية الطبيب تقصيرية كالحكم الصادر عن المحكمة التقصيرية بالناظور<sup>5</sup> حيث اختار تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.

يستخلص مما سبق، أن المسؤولية في ظل القوانين التقليدية الحالية لا تعكس واقعها الحقيقي وإطارها الصحيح ويرجع ذلك إلى قلة عدد القضايا المتعلقة بالمسؤولية المدنية للطبيب بالإضافة إلى عدم مقاضاة الأطباء وذلك راجع إلى القصور القانوني وقلة الوعي لدى فئات عريضة من المواطنين المتضررين بإمكانية مطالبة الأطباء مدنيا بحقهم في التعويض ولعله أصبح من اللازم تدخل المشرع لتقنين مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه، خصوصا مجال التأمين الذي أصبح يشمل المسؤولية المدنية سواء منها التقصيرية أو التعاقدية سوف يخفف العبء عن الطبيب لتغطية الأضرار الاقتصادية التي قد تلحق به أثناء مزاولته لمهنة الطب عندما يكون مطالبا بالتعويض<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> رسالة المحاماة، مجلة، دورية تصدرها هيئة المحامين، العدد: 50 أبريل 1988.

<sup>4</sup> قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1946/1/29، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 976.

<sup>5</sup> حكم عدد 937 تاريخ 1996/6/28 بالملف المدني 94/1168 (غير منشور)

<sup>6</sup> محمد عبد النبوي، مرجع سابق، ص: 89-90-91.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الأصل في مسؤولية الطبيب تجاه المريض مسؤولية عقدية فإن هذا لا ينفي إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية تتجلى أهم صورها فيما يلي:

#### - حالة وصول الخطأ الطبي إلى الخطأ الجنائي:

يعتبر الفقه والقضاء أن وصول الخطأ الطبي إلى درجة الجرم الجنائي يوجب تطبيق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان هناك عقد بين الطبيب والمريض على اعتبار أن خطأ الطبيب في هذه الحالة يكون إخلال بقواعد القانون الجنائي يترتب عنه ضرر خاص وبالتالي يكون الطبيب قد أخل بالتزام مصدره القانون وهو ما يمكن المتضرر من إقامة دعوى التعويض على أساسه وتبعا للدعوة الجنائية أمام القاضي الجنائي ولو كان مصدر العلاقة عقدا.

وتتجلى المسؤولية التقصيرية الناتجة عن جرم في بعض التصرفات الصادرة عن الطبيب خارج الأخطاء التقنية ومن ذلك عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر الفصل 431 من القانون الجنائي، إفشاء السر المهني الفصل 446.

#### - انعدام العقد أو عدم صحته:

ويقع ذلك في الحالات التي تنعدم فيها الرابطة التعاقدية ما بين الطبيب والمريض، حيث متى انعدمت هذه الرابطة فإن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية، ومثال لذلك: إذا تدخل الطبيب تلقائيا من غير دعوته من طرف المريض، كما الوهن لإنقاذ ضحية حادثة سير في الطريق، أو تدخل لإنقاذ غريق، فتدخله هذا ألا يتم بناء على عقد ولا تعتبر دعوة الطبيب من قبل الجمهور بمثابة إيجاب من المريض ما دام الجمهور، لا صفة له في النيابة عن المريض.

### الفقرة الثانية: تكييف العقد الطبي.

تصنف العقود إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة،<sup>7</sup> العقد المسمى هو العقد الذي نظمته المشرع وأعطاه إسمًا خاصًا يعرف به من بين سائر العقود وأفرد له أحكامًا مميزة له (كعقد البيع)، والعقد غير المسمى لم يظفر بتنظيم خاص ولم يفرد له المشرع اسمًا خاصًا فهو متروك لإدارة المتعاقدين يكيفونه حسب مشيئتهم.

وقد اختلف الفقه في تصنيف العقد الطبي بين عقد من نوع خاص اعتبارًا لظروفه الخاصة ولما يترتب عنه من التزامات تمتاز بالخصوصية المتجلية في:

- ارتباطه بشخصية الطبيب وما ينجم عنها من ثقة المريض فيه.

- قابليته للإنتهاء بالإدارة المنفردة لأحد عاقديه:

- ارتباطه بجسم الإنسان وما يتولد عن ذلك من ضرورة وعي الطبيب بجسامة مهمته.

وحسب الفقيه "بان سافاتي"، أن أهم ما يميز العقد الطبي هو تلك السلطة التي

تخول للطبيب على جسم المريض.<sup>8</sup>

أما الإتجاه الذي صنف العقد الطبي ضمن خانة العقود المسماة، حاول إلحاقه

ببعض العقود التي نظمها المشرع تعقد الوكالة و عقد الشغل كعقد المقاولة.

العقد الطبي عقد شغل :

لقد ذهب بعض الفقهاء، إلى أن الطبيب يرتبط بالمريض بمقتضى عقد شغل، أو

"عقد إجازة الخدمة" إلا أنهم انتقدوه حيث أنه لا يمكن تكييف العقد الطبي على أساس

أنه عقد إجازة خدمة أو لا عقد شغل وذلك لأن أهم ما يميز عقد الشغل عن باقي العقود

هو معيار التبعية القانونية، وهو أهم عنصر يفتقده العقد الطبي، ذلك أن الطبيب

<sup>7</sup> . الدكتور عبد القادر العرعاري، "الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة عقد البيع، الطبعة الثانية، مكتبة دار

الأمان 2009، ص: 4

<sup>8</sup> محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص: 78

وضمن مؤسسة الطب الحر يمارس مهنته من غير أن يكون تابعا للمريض<sup>9</sup>. إضافة إلى أن قبول تكييف العقد الطبي على أساس أنه عقد شغل، سيؤدي إلى تمنيع الأطباء بامتيازات أكثر بحيث يستفيدون بالمقتضيات التي جاء بها قانون الشغل لحماية الإجراء.

#### العقد الطبي عقد وكالة :

اعتبر الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه "بوتيه" أن عقود المهن الحرة بصفة عامة، والعقد بين الطبيب والمريض بصفة خاصة هي من قبيل الوكالة. إلا أن هذه النظرة لا تتفق وطبيعة الوكالة إذ أنها تقوم على التزام الوكيل بالعمل القانوني لحساب الموكل وليس في العلاج أي معنى للتصريف القانوني<sup>10</sup>.

#### العقد الطبي عقد مقاوله :

عقد المقاوله أو إجارة الصنعة، عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بصنع شيء معين مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له ويرى فريق من الفقهاء أن الطبيب يلتزم بعلاج المريض مقابل أجر، وأن له الحرية في اختيار طريقة العلاج، وانتقاء علاقة التبعية إلا أن الأمر ليس كذلك حيث التزام المقاوله التزام بنتيجة، بينما التزام الطبيب هو التزام بوسيلة. نستشف مما سبق أن هناك عديد من المحاولات الفقهية لتصنيف العقد الطبي، إلا أنها محاولات باءت جميعها بالفشل، ويعتبر الرأي السائد فقها وقضاء أن العقد الطبي غير مسمى اعتبارا لظروف الخاصة ولما يترتب عنه من التزامات تمتاز بالخصوصية.

#### المطلب الثاني: طبيعة إلتزام الطبيب

إن تحديد نوع إلتزام الطبيب تثير عدة مشاكل قانونية وعملية، فقد يبدو أن هناك إلتزاما واحدا يترتب عنه العقد الطبي وهو بدل العناية الممكنة من أجل شفاء المريض وليس

<sup>9</sup> د. أحمد درويش، "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب"، الطبعة الأولى كلية الحقوق بالرباط المغرب 1989 ص: 137-138.

<sup>10</sup> محمد عبد النباوي، مرجع سابق ص: 65.

تحقيق نتيجة معينة، إلا أنه ونظرا للتطور الذي عرفه عالم الطب وظهور تخصصات حديثة أصبح يثار الجدل حول طبيعة التزام الطبيب. هل هو إلتزام بتحقيق نتيجة معينة، وهناك نتساءل عن إمكانيات الطبيب وقدراته في هذا المجال وهذه النقطة كانت من بين النقط المؤثرة في تردد القضاء والفقهاء في التدقيق في نوع التزام الطبيب إلى جانب أن المسألة تتعلق بجسم الإنسان وحياته. أم أن هذا الطبيب ملزم فقه ببذل العناية الممكنة لشفاء المريض.

فلتحديد إلتزام الطبيب أهمية بالغة في تقرير مدى مسؤوليته عن الضرر اللاحق بالمريض وعلى العموم فعلى الطبيب كمبدأ عام أن يلتزم بتبصير المريض وإشراكه في القرار الطبي أي إحاطة المريض بالمعلومات الضرورية والمؤثرة حول أي عمل طبي قد يكون جسمه محلا له.<sup>11</sup>

سنحاول في هذا الصدد التطرق إلى الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزم ببذل عناية والحالات الأخرى التي يكون فيها ملزما بتحقيق نتيجة معينة.

#### الفقرة الأولى: الإلتزام ببذل عناية:

لقد تضاربت الآراء بخصوص طبيعة إلتزام الطبيب هل هو إلتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة لكن مما لا شك فيه هو أن الإلتزام ببذل عناية هو الإلتزام الأصلي للطبيب إذ يتلخص هذا الإلتزام بالجهود الصادقة واليقظة التي تنفق مع الظروف والقواعد العلمية الثابتة في علم الطب بهدف شفاء المريض.

فالطبيب لا يلتزم بضمان شفاء المريض أو منع المرض من التطور أو ألا يموت المريض، فكل ما على الطبيب هو بدل العناية الكافية للمريض بوصف العلاج الملائم له وتبصيره بمرضه. فإذا ما ساءت حالة المريض لا يعد الطبيب مخلا بإلتزامه إلا إذا قام

<sup>11</sup> خالد أمجات، "إلتزام الطبيب بتبصير المريض" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا والمعقدة، كلية الحقوق أكادال.

الرباط- 2004/2005، ص: 109.

الدليل على تقصيره في العناية أو وقوع خطأ منه يمكن أن تترتب عليه المسؤولية، في حالة الطبيب الذي يترك مثلاً آلة حادة في بطن المريض الذي أجرى له العملية إما سهوى أو نتيجة إهمال، فالتزام الطبيب ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة راجع إلى أنه لا يعقل أن يكون محل العقد حياة إنسان.<sup>12</sup>

فمضمون الإلتزام ببذل عناية تحكمه وتؤثر عليه عدة عوامل منها:

المستوى المهني للطبيب:

من المعلوم أنه إلى جانب الأطباء العام ليست نفسها المفروضة على الطبيب الاختصاصي الذي يطلب منه عناية أكثر بحكم تخصصه محصور في اتجاه واحد، لذلك فالقضاء في الغالب يكون أكثر تشدداً في تقدير الخطأ المنسوب لهذا الأخير.

القواعد التي تفرضها مهنة الطب ودرجة تقدم العلوم الطبية:

فشفاء المريض يتوقف على اعتبارات خارجة عن إرادة الطبيب كحالة المريض ودرجة مناعة جسمه وكذا مستوى علم الطب في علاج المرض المصاب به هذا الأخير.<sup>13</sup>

حجم الإمكانيات المتوفرة لدى الطبيب

فتقدير مدى العناية التي يبذلها الطبيب مرتبط بالإمكانيات المتاحة له من أجهزة ومعدات طبية ممكنة.

فقرة الثانية: الإلتزام بتحقيق نتيجة:

كما هو معلوم والمطلوب من الطبيب أثناء علاجه لمريضه هو بدل عناية يقطة في نفس مستواه المهني وهذا يعني أنه لا يضمن نتيجة معنية بالذات إلا أنه اعتبار لتطور علم

<sup>12</sup> د. محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص: 42-43.

<sup>13</sup> د. محمد عبد النباوي، "مرجع سابق ص: 42-43.

الطب وظهور تخصصات تفرض أحيانا تحقيق نتائج محددة فإن الطبيب يكون مسؤولا عن تحقيق هاته النتيجة.

وكمثال على الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة نجد.

الجراحة التجميلية: في هذا النوع من الجراحات يكون الطبيب ملزم بالإضافة إلى بذل جهود من أجل العناية بالمريض فهو ملزم بتحقيق نتيجة معينة وهي الوعد الذي التزم به الجراح التجميلي لمريضه كتحسين شكله أو شد وجهه إلخ...

استعمال الأجهزة والآلات الطبية: فبفضل التطور التكنولوجي أصبح الطب المعاصر يعتمد سواء في التشخيص أو العلاج أو الجراحة على بعض الأجهزة والأدوات الطبية واستعمال الطبيب لهذه التجهيزات والمعدات يقتضي منه ألا يلحق أي ضرر بالمريض من جراء استعمالها وأن يضمن سلامته فهو ملزم بتحقيق بنتيجة ويتجه القضاء في هذا المجال إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ المفترض لحارس الشيء والتي لا يمكن دفعها من قبل الطبيب إلا بإقامة الدليل على كونه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو لخطأ المضرور أو لفعل الغير الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود<sup>14</sup>.

نقل الدم وإعطاء السوائل والتلقيح:

إن الطبيب أو الجهة المكلفة بنقل الدم كمركز تحاقن الدم أو ما يصطلح عليه ببنك الدم مدعو للتأكد من نقاء الدم وسلامته من كل جرثومة يمكن أن تنقل العدوى للمريض وبأن ينقل إليه الدم بما يطابق فصيلته، فالطبيب وإن كان ليس مسؤولا عن شفاء المريض بواسطة الدم الذي يحقنه به لأن التزامه أساسا هو التزام ببدل العناية اليقظة في العلاج وليس تحقيق نتيجة الشفاء من المرض إلا أنه يصبح ملتزما بنتيجة هي

14 د. محمد عبد النبوي، مرجع سابق ص: 46-47.

سلامة المريض من كل عدوى يمكن أن يسببه له نقل دم ملوث أو خطير على صحته كأن يكون من غير فصيلته<sup>15</sup>.

المبحث الثاني: أساس المسؤولية الطبية وأركانها

إن المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية تتحقق بقيام ثلاثة عناصر وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وعبء الإثبات في المسؤولية المدنية .

فما هو أساس هذه المسؤولية؟ وما عناصرها؟

المطلب الأول أساس المسؤولية الطبية

الفقرة الأولى: أساس المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي والمصري

ذهب القضاء الفرنسي والمصري في بداية بحث نوع مسؤولية الطبيب الى انها مسؤولية تقصيرية مبررين هذا بان طبيعة العلاج ونوع الدواء وطريقة إجراء العملية وغير ذلك من المسائل الفنية الطبية كلها أمور يجهلها الطبيب فلم تدخل في تقديره ولم تنصرف إرادته إليها ، فالتزام الذي يقع على الطبيب موجبه مراعات القواعد والأصول العلمية او الطبية التي لم تنشأ من العقد والالتزامات التعاقدية هي التي أرادها الطرفين وانصرفت إليها إرادتهما المشتركة . وكانت غاية هذا القضاء حماية

مهنة الطب فمن شأن تأسيس المسؤولية على المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي او المادة 163 من القانون المدني المصري المنظمة للمسؤولية التقصيرية الذي من شأنها ان تلقي عبء اثبات الخطأ على عاتق المريض وهذا الاثبات بالغ الصعوبة ولهذا فان هذا القضاء يشجع الأطباء على تقدم العلم وتطوير وسائل العلاج دون ان تلاحقهم شبح المسؤولية.

ولكن يرد على ذلك بان كثير من الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمة احد طرفيه مصدرها القانون كما ان القانون المدني ذاته يضع كثير من الالتزامات في مرتبة القواعد

<sup>15</sup> حنان كزيري ، "المسؤولية المدنية لأطباء جراحي الأسنان" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة: كلية الحقوق

أكدال الرباط، 2007/2006، ص: 15.

المكاملة لإرادة الطرفين ويستطيعون الاتفاق على ما يخالفها وسنجد في هذه الدراسة ان القواعد المهنية التي تحكم عمل الطبيب الذي يقاس على ضوئها مسلكه فيما اذا شكل خطأ طبي ام لا منشأها القانون او واجبات الطبيب او اخلاقيات المهنة حتى لو لم ينص عليها العقد.

كما ان المسؤولية العقدية هي الأخرى تستلزم اثباتا من المريض بعدم مراعاة مسلك الطبيب الاصول المستقرة في علم الطب . ولهذا عاد القضاء الى اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية فاصدرت محكمة النقض الفرنسية عام 1936 حكماً قررت فيه نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم

بمقتضاه الطبيب لا يشفاء المريض بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع المهنة ومقتضيات التطور العلمي ويترتب على الاخلال بهذا الالزام العقدية ولو من غير قصد نشوء مسؤولية من نفس النوع المسؤولية العقدية.

وتبقى مسؤولية الطبيب عقدية حتى لو كان العلاج والرعاية الطبية قد تمت بدون مقابل من جانب المريض اي على سبيل الود او الصدقة وتبقى المسؤولية عقدية حتى بالنسبة للمؤسسات العلاجية كما تبقى مسؤولية عقدية في العلاقة الخاصة بين الأطباء الزملاء وحتى في حالة لو كان الشخص الذي تعاقد مع الطبيب قد ابرم معه اشتراطاً لمصلحة الغير كما هو الحال في عقد صاحب العمل مع الطبيب لعلاج العاملين ولا خوف على تطور مهنة الطب ذلك ان عبء الاثبات لا تتوقف على طبيعة المسؤولية وانما على طبيعة الالتزامات فالقاعدة انه في الالتزام بتحقيق نتيجة فان عبء الاثبات على المدعي المدعى عليه اذ يفترض القانون صدور خطأ منه بمجرد اقامة المدعي الدليل على عدم تحقق النتيجة وفي الالتزامات ببذل عناية عبء الاثبات يقع على المدعي والاصل ان التزم الطبيب هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة الا في استثنائية.

الفقرة الثانية: نتائج الطبيعة العقدية و التقصيرية للمسؤولية الطبية

حالات تعتبر فيها مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية:

- التقادم الطويل
- عدم افتراض التضامن في المسؤولية العقدية،
- لا مجال لتطبيق المسؤولية الشيئية حال استخدام الطبيب ادوات وآلات طبية،
- التعويض عن الضرر المتوقع فقط.

حالات تعتبر فيها مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية:

- 1- عندما تأخذ مخالفة الطبيب التزامه ببذل عناية طابعاً جنائياً ( جزائياً ) اي عندما يعتبر فعله جريمة. وهذه من نتائج مسالة الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية
- 2- عندما يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه لانقاذ جريح او غريق فقد الوعي.
- 3- الحالات التي ينجم عن تدخل المريض ضررا يصيب الغير كاهمال معالجة شخص مختل عقلياً فيصيب الغير بضرر او اصابة الغير من عدوى المريض تحت رعاية الطبيب او بسبب استعمال نفس الآلة او الاداة للعلاج.
- 4- امتناع الطبيب عن علاج المريض او انقاذه بلا سبب مشروع فالطبيب وان كان حرا في مزاوله مهنته وله الحق في مباشرتها بالكيفية التي يراها الا ان هذا الحق يقيد بواجبات المهنة .
- 5- الحالات التي يسلم فيها الطبيب شهادة طبية او تقرير غير مطابق للحقيقة فثبوت المسؤولية العقدية تجاه الغير مثل تحرير تقرير طبي للعامل بمواجهة صاحب العمل او الضمان الاجتماعي.

6-دعوى اصحاب المرتد مناقشة الدعوى الورثة ودعوى الغير المتضرر.

7-مسؤولية الطبيب الممتنع مسؤولية تقصيرية فنحن امام التزام يفرضه القانون لا العقد في بعض الحالات.

المطلب الثاني : اركان المسؤولية الطبية

الفقرة الأولى : ركن الخطأ

يعد الخطأ أول ركن من أركان المسؤولية المدنية للطبيب، حيث تنتفي المسؤولية بانتفاء الخطأ فهناك صعوبة في وضع تعريف محدد للخطأ، فتضاربت التعاريف، ففقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا الخطأ بأنه الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول الطبابة، وعرفه الفقيه مازو بأنه تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤولية<sup>16</sup>، وعرفه بلانيول بأنه إخلال بالالتزام سواء كان قانوني أو عقدي.

و لقد استقر الفقه والقضاء على أن كل خطأ صادر عن الطبيب يوجب مسؤوليته عن ذلك ، نظرا للطابع التقني لمهنة الطب، فإنه يشترط لقيام الخطأ أن يكون محققا، واضحا، متميزا<sup>17</sup>، ولنبيين طبيعة وخصائص الخطأ الطبي لا بد من عرض معيار عرض الخطأ الطبي (أولا)، ثم صور الخطأ الطبي (ثانيا).

أولا: معيار الخطأ الطبي:

لقد تأرجح الفقه بين معيارين لاستخلاص الخطأ، أحدهما شخصي والآخر موضوعي فالمعيار الشخصي أو الواقعي هو ذلك المعيار الذي يعتمد على البحث في حالة

<sup>16</sup> الحسين بندالي، مسار: الخطأ المدني للطبيب، مجلة المناظرة، الطبعة 1998، العدد 3، ص: 57.

<sup>17</sup> محمد حسن المنصور: المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر 1989. ص: 66.

الشخص المتسبب في الضرر نفسه، فالمقياس هنا هو ذات الشخص بحيث يكون مخطأً إذا كان تصرفه يعد انحراف في السلوك بالنسبة إليه<sup>18</sup>.

أما المعيار الموضوعي فيعتمد على مقارنة سلوك من أحدث الضرر بسلوك الشخص المجرد، نضعه في نفس الظروف الخارجية، ويكون إنسان عادي من أوسط الناس.

ولذلك يميل غالبية الفقه والقضاء إلى تطبيق المعيار الموضوعي وقياس سلوك الطبيب على السلوك المألوف من طبيب وسط يوجد في نفس مستواه المهني مع مراعاة الظروف الخارجية، ومركزه وكفاءته العلمية كالتخصص ومستواه المهني، وهذا ما استقر عليه القضاء المغربي فقد جاء في الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بالرباط 1989/03/31 (لا يسأل الطبيب إلا إذا ثبت ثبوتاً قطعياً بإرتكابه خطأ لا يأتيه طبيب يقظ في نفس مستواه المهني ونفس الظروف الخارجية).

ثانياً: صور الخطأ:

يجمع الفقه على أن الخطأ الطبي فهو السلوك غير السوي الذي لا يأتيه عادة طبيب يمتاز بدرجة عادية من الحرص واليقظة، وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الطبيب المعنى بالمسألة، ونميز في مجال الأخطاء الطبية بين تلك المرتبطة بالواجبات الإنسانية.

أ. الأخطاء الطبية الناجمة عن الإخلال بالواجبات الإنسانية:

إن الوظيفة الاجتماعية لمهنة الطب والمبادئ النبيلة التي تقوم عليها وقواعد السلوك الطبي تحمل الطبيب عدة التزامات وهي كالتالي:  
عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر:

<sup>18</sup> مأمون الكزباري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزام المغربي، الطبعة 3، ص: 372.

طبقا لمقتضيات الفصل 431 من القانون الجنائي فإن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر يعد إلزاما عاما ومجردا، فهو إلزام يلتزم به جميع أفراد المجتمع فبالأحرى الطبيب، وقد أكد هذا الإلزام الفصل 3 من مدونة قواعد السلوك الطبي.<sup>19</sup>

### رضى المريض:

مبدئيا قبل أن يقوم الطبيب بعلاج أو إجراء عملية جراحية يتعين عليه أخذ رضى المريض وإن تعذر ذلك كأن يكون المريض غير متمتع بكامل الأهلية فإنه تعتد برضاء ممثليه القانونيين أو أقربائه، كما يمكن أن يتدخل الطبيب بدون إذن المريض وذلك في الأحوال الاستثنائية التي تتوفر فيها عنصر الاستعجال.<sup>20</sup>

### رفض علاج المريض:

يجب أن نميز بين حالة رفض الطبيب تقديم خدماته للمريض أصلا والحالة التي يمتنع فيها عن مواصلة هذه الخدمات بعدما كان قد بدأها، ففي الحالة الأولى فعلاقة الطبيب بالمريض ضمن علاقة تعاقدية. تقوم بناءً على التراضي، وطبقا للفصل 27 من مدونة السلوك الطبي يحق للطبيب رفض تقديم خدماته. أما في الحالة الثانية فبناءً على الفصل 24 و 34 و 30 من مدونة قواعد السلوك الطبي فإنه يحق للطبيب قطع علاج المريض في حالة عدم إتباع هذا الأخير لتعليمات الطبيب وعموما فإن إخلال الطبيب بالتزاماته يترتب عليه قيام مسؤوليته المدنية.

ب. الأخطاء الناجمة عن الإخلال بالأصول الفنية والتقنية:

<sup>19</sup> عبد النبي : المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة/ دجنبر 2003، ص: 9.

<sup>20</sup> لقد كان للقضاء رأي في ذلك حيث صرحه محكمة الإستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 20/04/2000. (إن الطبيب المعالج لم يحصل على ترخيص أو إذن من المريض أو من زوجها لإزالة الرحم وإن الأطباء الخبراء الذين قاموا بالفحص بعد استئصال الرحم- أكدوا أنها لم تكن تتشكوا من سرطان يبرر التدخل السريع من طرف الطبيب).

هذه الأخطاء قد تكون مادية أو عادية ظاهرة لا تتطلب الخبرة للثبوت منها، وقد تكون عسيرة التحديد والتمييز لأن طبيعة الفن الطبي وتقنياته تضيء عليها طابعا خاصا ونذكر منها على وجه الخصوص.

### الخطأ في التشخيص وإختيار العلاج:

تعتبر مرحلة التشخيص أهم مرحلة في عمل الطبيب وأدقها، فخلالها يحاول الطبيب التعرف على المرض وتحديد وضعه في إطار محدد، واستقر الإجتهد القضائي على أن مجرد الخطأ في التشخيص لا يثير مسؤولية الطبيب، والذي يجب أخذه بعين الاعتبار في تقدير خطأ الطبيب هو الكيفية التي أنجزها التشخيص والمراحل التي قطعها والطرق المستعملة فيه، وطبقا للفصل 30 من مدونة السلوك الطبي يجب على الطبيب أن يقوم بتشخيص بفائق العناية دون اعتبار للوقت الذي يستغرقه هذا العمل، وله بأن يستعين بخبرات وإمكانيات أطباء آخرين.

وإضافة إلى تشخيص المرض تأتي مرحلة المعالجة التي تتمثل في اختيار نوع العلاج ذلك إذا أهمل القيام بالمعالجة الضرورية كما لو اتخذ قرار بالمعالجة بناءً على مشاهدته الأولية للمريض فقط.

### الأخطاء الطبية في مجال الجراحة العلاجية:

يتحمل الطبيب الجراح عدة إلتزامات سواء قبل العملية أو خلالها أو بعدها ويجب أن يكون مسلكه مطابقا للأعراف والعادات المستقرة لمهنة الطب وأصول العلم مع التحلي بالحرص واليقظة اللازمين، ويعد حصوله على موافقة المريض أمر مهم ما لم تكن حالته حالة مستعجلة وهكذا يجب على الطبيب ما يلي:

- الإطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بالمريض قبل إجراء العملية وإجراء كافة الفحوصات اللازمة للتعرف على الحالة الصحية للمريض.

- الاستعانة بطبيب مختص في التخدير للتدخل قبل الجراحة تخدير المريض بعد فحصه ومراقبته أثناء العملية وبعدها.
- الحرص على سلامة المريض وثباته جيدا على طاولة العمليات لمنعه من السقوط.
- التصبر والاحتياط أثناء سد الجراح وتطميدها والتأكد من عدم ترك أجسام غريبة بجسم المريض.

#### الفقرة الثانية: ركن الضرر

لكي نتطرق للضرر كعنصر من عناصر المسؤولية لابد من تحديد مفهوم الضرر (أولا) وأنواع الضرر (ثانيا) وشروط تحقق الضرر (ثالثا).

#### أولا: تعريف الضرر:

إن الضرر الذي يصيب المريض من جراء خطأ الطبيب هو الذي يبرر حق المريض في المطالبة بالتعويض إذ بدون حدوث لا يتيح الخطأ إمكانية مسائلة الطبيب، وقد عرفه الفقهاء بكونه "الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه وعواطفه"<sup>21</sup>.

وإلى جانب هذا عرفه المشرع المغربي في مجال المسؤولية التقصيرية في الفصل 98 من ق.ل.ع<sup>22</sup> وأما في مجال المسؤولية العقدية فقد عرفه في الفصل 264 بأنه ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب متى كانا تجين مباشرة عن عدم الوفاء بالإلتزام.

أما القضاء فقد استقر على أن الضرر ركن من أركان المسؤولية، لابد من ثبوته لقيامها، وأن مسألة تقدير الضرر متروكة لسلطة القاضي يراعي فيها الظروف الخاصة بكل حالة.

<sup>21</sup> قرار محكمة النقض الفرنسية في 1962/5/30، أنظر المسؤولية الطبية : حسين منصور، ص: 112.

<sup>22</sup> الفصلان 98 من ق.ل.ع عرف الضرر بكونه الخسارة التي لحقت المدعي فعلا أو التي سيضطر على الإنفاق نتائج الفصل المضر به.

ثانياً: أنواع الضرر:

أضرار تصيب المريض:

- تتمثل في مصاريف ونفقات طبية في شراء الأدوية والعلاج والإقامة بالمستشفى.
- عجز مؤقت يتجلى في فقدان الدخل من جراء التوقف عن العمل.
- عجز دائم يترك ضرراً نفسياً من جراء العاصمة أو اقتصادياً من جراء فقدان العمل.
- ضرر يتمثل في تشوه الخلق أو الضرر جمالي.

أضرار تصيب الغير:

تتجسد في الضررين، ضرر مادي أشخاصاً ينفق عليهم المضرور، وهو ما يصطلح عبر تسميته بالضرر المرتد، وضرر معنوي يتمثل في لوعة الفراق بسبب وفاة المضرور.

ثالثاً: شروط الضرر:

أ. يجب أن يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة للمضرور:

يتعين أن يصيب الضرر حقاً من حقوق المريض كالحق في الحياة والتمتع بصحة جيدة، الذين لا يسوغ الاعتداء عليهما<sup>23</sup>.

وكما يمكن أن يصيب الضرر حقاً للغير فموت المريض من جراء خطأ يلحق ضرراً بأولاد الميت وزوجته لحرمانهم من النفقة المقررة لهم بمقتضى القانون<sup>24</sup>. وغير أنه إذا ثبت

<sup>23</sup> الفصل 23 من مدونة قواعد السلوك الطبي (يجب على الطبيب أن يقدم للمريض كل العلاجات الطبية ويكون همه الأسمى المحافظة على خيانتته وتخفيف آلامه، وقد ورد نفس المضمون في ديباجية دستور منظمة الصحة العالمية.

<sup>24</sup> الفصلين 115 و 124 من مدونة الأحوال الشخصية.

أن الهالك لم يكن يعولهم فإنهم لا يستحقون أي تعويض لإنعدام الضرر، وقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط في هذا الإتجاه أنه يتعين أن تم الإدلاء بحجج تؤكد أن الهالك كان يعول والديه وليس فقط درج على إعطائهم جزء من راتبه<sup>25</sup>

إضافة إلى هذا يشترط في الضرر أن يصيب مصلحة مالية، ويضرب الفقهاء مثلا لذلك كأن يكون القتل كان يعيل شخصا بمقتضى إلزام مكتوب فإنه يستحق التعويض عن الضرر ولكن يجب أن تكون المصلحة مشروعة<sup>26</sup>

ب. يجب أن يكون محققا:

الضرر الحال والمستقبل:

يتعين أن يكون الضرر محققا وذلك بأن يكون حالا أو كان مستقبلا، فالضرر الحال هو الذي تحقق بالفعل وثبت وجوده كأن يموت المريض، والضرر المستقبل هو ضرر لم يقع بعد ولكنه واقع لا محالة في المستقبل وإن كان يصعب على القضاء تقدير ضرر المستقبل حينما يصبح بالإمكان تقديره.

الضرر المحتمل:

لا يجب الخلط بين الضرر المستقبل والضرر المتوقع، فالأول محقق في المستقبل، أما الثاني فهو مجرد ضرر يحتمل وقوعه كما يحتمل عدم وقوعه، فإن وقع يصبح ضرا محققا ويستحق عنه التعويض وإن لم يقع فإنه لا يستوجب التعويض عنه لأن الضرر لم يقع أصلا.

<sup>25</sup> قرار 5648 بتاريخ 9 دجنبر 1964، أنظر، نظرية الإلتزام مأمون الكزيري، ص: 398.

<sup>26</sup> رفض الفقهاء الفرنسيين طلب تعويض لفائدة امرأة عن وفاة خليلها بحاجة أن المصلحة المالية غير مشروعة ولا يحق لها المطالبة بالعوويض، قرار مجلس الدولة الفرنسي "ماي 1928.

### الفقرة الثالثة: العلاقة السببية:

إن العلاقة السببية هي الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة، بحيث يثبت أن الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة، فرابطة السببية تجعل الخطأ علة الضرر وسبب وقوعه<sup>27</sup>. فمجرد ثبوت الخطأ ووقوع الضرر لا يكفي للحكم بقيام المسؤولية، إلا إذا كان هناك رابط الخيط كالرابط الموصل للتيار، فإذا انعدمت رابطة السببية بين الخطأ والضرر انتفت المسؤولية.

ويزداد أمر إثبات علاقة السببية تعقيدا في نطاق المسؤولية الطبية، ويبقى أمر عسيرا للغاية، ولذلك التجأ الفقه إلى البحث عن معيار الرابطة السببية.

ولهذا تعددت النظريات الفقه في موضوع رابطة السببية، فنتج عن ذلك ظهور ثلاث نظريات، نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب القريب ونظرية السبب المنتج واستقر القضاء المغربي<sup>28</sup> على نظرية السبب المنتج وذلك نظرا لإيجابيات هذه النظرية فهي تأخذ معيار التوقع المعقول من أجل تفادي الثغرات لقياسه على السبب المنتج، أي أن الأسباب المعتبرة هي تلك الأسباب التي كان بإمكان الشخص العادي أن يعرف أنها من الممكن أن تؤدي إلى حدوث الضرر.

### الفقرة الرابعة: عبء الإثبات في المسؤولية المدنية للطبيب:

طبقا للقواعد العامة فالمريض المدعي هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية أي يثبت أن الطبيب قد أخطأ وأن هناك ضرر لحق به من جراء ذلك الخطأ وأن الصلة بينها ثابتة.

<sup>27</sup> عبد السلام التويجي: المسؤولية الطبية، ص: 201 .

<sup>28</sup> قراري المجلس الأعلى 1958/11/12 و 62/4/1 حيث اعتبر الشخص الذي في شارع مظلم وفي جو ممطر، مرتديا معطفا سود يجب الرؤيا مخطئا، لأنه كان بإمكانه أن يتوقع ظهور سيارة مسرعة تصدمه لإنحجاب رؤيته، وفي قرار آخر اعتبرت أن سرعة المتهم ليست هي سبب الاصطدام، بل حركة الضحية غير المنتظمة لأنه لم يعلن عن تحويل اتجاهه إلا في الوقت الذي قام به فعلا.

وإلى جانب هذا فإن إثبات شروط المسؤولية المدنية للطبيب مرتبطة أساساً بنوع الإلتزام الذي يعرفه الفقه بأنه إلتزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة بل هو إلتزام ببذل الجهود للوصول إلى غرض سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق فهو إذن الإلتزام يعمل لكنه عمل لا يضمن نتيجته "وهو ما يسميها الفقه بالإلتزام ببذل عناية".<sup>29</sup>

وإن كان إثبات الضرر يعد أمراً لا يثير كثيراً من الصعوبات فإن الأمر يختلف فيما يتعلق بإثبات الخطأ والعلاقة السببية في الحالة التي لا يكون فيها الطبيب ملزماً سوى ببذل عناية خلافاً للحالة التي يكون فيها الطبيب ملزماً بتحقيق نتيجة فإنه يكفي لإقامة مسؤولية الطبيب إثبات الإلتزام الذي يقع على عاتقه بالإضافة إلى حدوث الضرر.

فعندما يكون الطبيب ملزم ببذل عناية فقط فالمرضى يكون من العسر عليه إثبات وجود الخطأ أو العلاقة السببية بين الخطأ والضرر<sup>30</sup> وذلك لتنوع الميادين العلمية للطبيب في العلاج والجراحة سوء تعلق الأمر بجسم الإنسان أو المواد الكيماوية وهي أمور لا يكاد يفقه فيها أحد شيئاً سوى الطبيب مما يجعل القاضي نفسه غير قادر على الإحاطة بالميادين العلمية لمعرفة الخطأ من الصواب.

وإذا كانت مقتضيات المسطرة المدنية تمكن القاضي من الاستعانة بالخبرة لإثبات الخطأ والعلاقة السببية فالأمر لا يخفي علينا تعاطف الخبراء مع زملائهم في المهنة بحكم أن الخبير ينتمي إلى نفس المهنة ويؤدي هذا إلى تفويت الفرصة على المريض لإثبات الخطأ.<sup>31</sup> وإضافة إلى أن السبب الذي يؤدي بالقاضي إلى الاقتناع بتقرير الخبرة هو جهله بأصول مهنة الطب، وأن المريض، لا يستطيع مناقشة فحوى الخبرة بسبب جهله وعلم فن الطب مما قد يؤدي حتماً إلى ضياع حق المريض في التعويض حتى وإن كان محققاً فيه.

<sup>29</sup> د. السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول ص: 231.

<sup>30</sup> أحمد درويش: مسؤولية الأطباء، رسالة نوفمبر في 1984 بجامعة محمد الخامس أكادال لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية.

<sup>31</sup> د. حسن زكي الأبراش. مسؤولية الأطباء والجراحين المدنيين في القانون المصري والقانون، ص: 169.

## الخاتمة:

كلما أخل الطبيب بالتزامه تجاه مريضه وتسبب هذا الإخلال في أضرار سواء كانت مادية أو معنوية ، مباشرة أو غير مباشرة يكون من حق المريض المتضرر أو عائلته تتبع الطبيب علي أساس المسؤولية المدنية وطلب التعويض ومن جهة أخرى فإن الطبيب المخطئ يكون عرضة لتبعات أخرى تكتسي صبغة زجرية. سواء من خلال المسؤولية الجزائية التي خولتها النصوص العامة أو الخاصة، أو من خلال المسؤولية التأديبية التي منحها القانون المنظم للمهنة ضد كل طبيب مخل بواجباته المنصوص عليها صلب مجلة واجبات الطبيب وتتجلى هذه الواجبات خاصة في ضرورة احترام واجب النزاهة والإخلاص والمبادئ العامة التي تحكم المهنة وبالتالي فإنّ عدم احترام هذه الواجبات يكون منطلق للمساءلة التأديبية.

لكن دراسة مسؤولية الطبيب بوجه عام تعرف بعض الصعوبات لعل أهمها يتعلق بمسألة إثبات الخطأ. بحيث يجد المريض المتضرر صعوبة في إثبات خطأ الطبيب وإسناد المسؤولية إليه مما يحول دون الحصول على تعويضات.

أما الصعوبة الثانية فإنها تبرز من خلال عدم تحديد مفهوم الخطأ التأديبي بحيث لا نجد تعريفا واضحا صلب مجلة واجبات الطبيب يعرف هذا الخطأ وترك المجال لهيئة التأديب للاجتهاد في ذلك وبالتالي فإن الضرورة تدعو إلى إيجاد مفهوم موحد ودقيق للخطأ التأديبي حتى تقع المعادلة بين الخطأ والعقوبة .

إذا كانت الأخطاء المرتكبة في العمل الطبي العادي تطرح اشكالات فإن الوضع سيزيد تعقيدا حين يتعلق الأمر بأنواع معقدة من الأعمال الطبية التي تتزايد باستمرار ولهذا فلا يسعنا سوى أن ندعوا الباحث العلمي ليتطرق لإشكاليات تطرحها بعض المواضيع في الطب الحديث و ما واكبه من انتشار للآلات الطبية المتطورة الشيء الذي يتطلب توسيع نطاق المسؤولية وتطورها حماية للمريض دون الإخلال بحقوق الطبيب .

### قائمة المراجع

- ✓ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام.
- ✓ أحمد درويش، "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب"، الطبعة الأولى كلية الحقوق بالرباط المغرب 1989،
- ✓ محمد حسن المنصور: المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر 1989.
- ✓ مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزام المغربي، الطبعة الثانية مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء.
- ✓ محمد الكشور، "نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1993.
- ✓ الحسين بندالي، مسار: الخطأ المدني للطبيب، مجلة المناظرة، الطبعة 1998، العدد الثالث.
- ✓ خالد أمجاط، "إلتزام الطبيب بتبصير المريض" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا والمعقة، كلية الحقوق أكادال. الرباط - 2005/2004.
- ✓ حنان كزيري "المسؤولية المدنية لأطباء جراحي الأسنان" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقة: كلية الحقوق أكادال الرباط، 2007/2006،
- ✓ رسالة المحاماة، مجلة، دورية تصدرها هيئة المحامين، العدد: 50 أبريل 1988.
- ✓ الهادي مشعب " البيولوجيا والقانون " رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء 1995، 1996.
- محمد فيصل موسى شديد " الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون" مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعقة في القانون الخاص: كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1993.

الدكتور مليح عابدي

حاصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق - إطار بوزارة

الاقتصاد والمالية

## مسطرة «الاشعار للغير الحائز» في مواجهة حماية مبدأ السرية البنكية

La procédure de « Notification aux Tiers Détenteurs » face à la protection du principe du secret bancaire

مقدمة:

حسب المادة الأولى من مدونة تحصيل الديون العمومية<sup>32</sup>، يقصد بالتحصيل مجموع العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل مديني الدولة و الجماعات المحلية<sup>33</sup> وهيئاتها والمؤسسات العمومية على تسديد ما بذمتهم من ديون بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، أو ناتجة عن أحكام وقرارات القضاء أو عن الاتفاقات.

إذ نظم المشرع هاته العملية من خلال مجموعة من الإجراءات الحبية ومجموعة من المساطر الجبرية العادية كالإنذار والحجز والبيع، إضافة إلى إجراءات أخرى يمكن اعتبارها استثنائية كإجراء الإكراه البدني وتثبيت العربات ثم اجراء «الاشعار للغير الحائز»<sup>34</sup>، وهذا الإجراء الأخير هو الذي يهمننا في هذا المقال.

و «الاشعار للغير الحائز» هو عبارة عن مسطرة يباشرها المحاسب المكلف بتحصيل دين عمومي، ثابت أو منازع فيه<sup>35</sup>، ضد الملزم الحقيقي أو الذي ينازع في هذه الصفة، بين يدي مؤسسة ثالثة، حائزة، مجبرة، بقوة القانون، بتسليم المبالغ المطالب بها، دون أي

<sup>32</sup> ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ 28 صفر 1421 (فاتح يونيو 2000) ص: 1256.

<sup>33</sup> حل مصطلح "الجماعات الترابية" محل مصطلح "الجماعات المحلية" بمقتضى الفصل 135 من دستور 2011 <sup>34</sup> إبراهيم عقاش، إجراء الاشعار للغير الحائز بين المنازعة والرغبة في التعديل، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية - سلسلة القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، العدد 5-6، سنة 2020، ص: 157.

<sup>35</sup> Jean-Jacques PUJOL, les voies d'exécution en matière fiscale, l'exemple de l'avis à tiers détenteur, these pour le 1992, p. 40.

تحقيق في الدين الضريبي أو حكم مسبق، بل عن طريق مجرد سند ضريبي قد يوجه خطأ لغير ذي صفة<sup>36</sup>.

ويتشابه إجراء «الاشعار للغير الحائز» مع مسطرة الحجز لذي الغير<sup>37</sup>، في حجز المبلغ المطلوب تحصيله جبراً، وتختلف معها بانعدام رقابة القضاء على السند موضوع التنفيذ، وبهذا يكون المحاسب المكلف بالتحصيل خصماً وحكماً.

ونظراً لخصوصيات مسطرة «الاشعار للغير الحائز» حددت المادتين 100 و 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية الأشخاص الحائزين على أموال المدين والذين تطبق في حقهم المسطرة، ويمكن تصنيفها إلى فئتين:

1. المؤتمنون على أموال المدين: ويقصد بهم الأشخاص الذين عهد إليهم بكل أو جزء من أمواله جراء عمليات مدنية أو تجارية، وقد حددت مدونة التحصيل هؤلاء الأشخاص في: «المصنفين القضائيين، المؤتمنون، الحراس وكذا مصفي الشركات المنحلة»

2. الأموال الناتجة عن عمليات التفويتات والحراسة القضائية: وتكون مودعة عند الأشخاص المحددين في الفقرة الثانية من المادة 100 من مدونة التحصيل وهم كتاب الضبط، الأعوان القضائيين والمحامون.

كما أن المادة 101 من نفس المدونة، ألزمت الأشخاص الحائزين أو المدينين بمبالغ يملكها أو ينبغي أن تعود لفائدة الملزمين بالضرائب والرسوم والديون الأخرى المتمتعة بامتياز الخزينة وهم: المحاسبون العموميون، المقتصدون، والمكثرون، بالإضافة إلى مسيري الشركات أو متصرفوها أو مديروها ولكن في حدود الضرائب والرسوم المترتبة عنها.

<sup>36</sup> ابتسام بغدالي، مسطرة الاشعار للغير الحائز بين التسليم الفوري والتقاعس في التفعيل، مجلة منارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 9، سنة 2015، ص23.

<sup>37</sup> تم تنظيم مقتضياتها ضمن الباب الخامس من القسم التاسع المتعلق بطرق التنفيذ في قانون المسطرة المدنية، الظهير الشريف رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) كما تم تعديله وتتميمه.

كما تدخل ضمن هذه الفئة المؤسسات البنكية والمصرفية بالرغم من أن المشرع لم يفصل في تدبير مقتضيات إجراء مسطرة «الاشعار للغير الحائز» اتجاه هاته المؤسسات بالرغم من خصوصيته<sup>38</sup>.

خاصة أن هاته المؤسسات ملزمة بكتمان السر المهني وفق المادة 180 من القانون 103.12<sup>39</sup> الذي استثنى في المادة 181 بنك المغرب والسلطة القضائية العاملة في إطار مسطرة جنائية وأي سلطة تابعة لدول أبرمت اتفاقية ثنائية مع المملكة المغربية تنص على تبادل المعلومات في المجال الضريبي من الاحتجاج اثر الإخلال بواجب التحفظ اتجاه السر المهني.

إذ بالرغم من عدم ذكر مسطرة «الاشعار للغير الحائز» ضمن الاستثناءات الا أن قوة الامتيازات الممنوحة لتحصيل ديون الدولة خاصة تلك المتمتعة بامتياز الخزينة تجعل سلوك المسطرة أمرا مشروعاً، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما الضمانات التي تقدمها المؤسسة البنكية للزبون إثر سلوك إجراء «الاشعار للغير الحائز»؟ وكذا الضمانات التي تقدمها الإدارة التي تباشر مسطرة «الاشعار للغير الحائز» للمؤسسة البنكية الحائزة لضمان حسن سمعتها في مواجهة الزبناء؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عنه خلال مبحثين: المبحث الأول: خصوصيات مسطرة «الاشعار للغير الحائز» في مواجهة المؤسسات البنكية؛ المضمون والآثار. المبحث الثاني: مسطرة «الاشعار للغير الحائز» كاستثناء عن مبدأ السرية البنكية.

المبحث الأول: خصوصيات مسطرة «الاشعار للغير الحائز» في مواجهة المؤسسات البنكية؛ المضمون والآثار.

<sup>38</sup> وفي هذا الإطار صدر حكم عن المحكمة الإدارية بالرباط ينص على أن اللجوء إلى مسطرة الإشعار للغير الحائز يقتضي احترام المقتضيات القانونية المنصوص عليها في مدونة تحصيل الديون العمومية، ومشروطة بأن لا تتجاوز المبالغ المحجوز عليها حدود المبالغ الواجبة على الملزمين، وعدم التوسع في تطبيق هذه المسطرة حماية للأموال المودعة بالبنك بالنظر لخطورة هذا الإجراء على الثقة في المؤسسات الائتمانية وأثار تبعات ذلك على الاقتصاد الوطني مما يفرض على القائمين على هذه المسطرة في جميع الأحوال عدم التعسف في استعمال الحق المخول لهم. حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 4384 بتاريخ 28/11/2012، رقم 2012/7/3، أوردته وهيبة مرصالي، الإشعار للغير الحائز: آلية تحصيل الديون العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 135/134، سنة 2017، ص379.

<sup>39</sup> ظهير شريف رقم 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الاول 1436 ( 24 ديسمبر 2014 ) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 ( 22 يناير 2015 ) ، ص462.

يعتبر «الاشعار للغير الحائز» من بين الإجراءات الاستثنائية التي لها أهمية متميزة في ميدان التحصيل حيث يشكل اللجوء إليه طريقاً ناجحاً في الاستغناء عن حجز وبيع منقولات المدين والتي لها وقع سلبي عليه.

اذ يؤطر قانونياً من المادة 101 إلى المادة 104 من مدونة تحصيل الديون العمومية، وهو وسيلة قانونية تمكن المحاسب المكلف بالتحصيل بصفة مباشرة من استخلاص الديون المتمتعة بامتياز الخزينة من يد مديني الملزمين بهذه الديون أو الحائزين لأموالهم، وذلك عن طريق توجيه إشعار لهم من أجل الوفاء عن المدينين في حدود من تترتب في ذمتهم ديون عمومية<sup>40</sup>.

وقد عرف البعض «الاشعار للغير الحائز» على أنه " إجراء تنفيذي استثنائي يتمتع بصفة حكم بالتصديق على حجز ما للمدين لدى الغير حائزة لقوة الشيء المقضي به، يتعين على الأغيار الحائزين على أساسه تسليم الأموال التي يحوزونها أو يدينون بها للملزم للمحاسب العمومي فوراً، وفاء بالضرائب والرسوم والديون الواجبة على هذا الأخير والمتمتعة بامتياز الخزينة في حدود مبلغ الدين الضريبي، تحت طائلة ترتيب مسؤوليتهم التضامنية ضمن القواعد والحدود التي ينظمها القانون " <sup>41</sup>.

ويشترط في مباشرة مسطرة «الاشعار للغير الحائز» أن يكون الدين عمومي مقترن بامتيازات الخزينة كما يجب أن يكون دين مستحق:

1. يجب أن يكون الدين مقترن بامتيازات الخزينة:

إذ كما جاء في المادة 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية في فقرتها الأولى يتعين على المحاسبين العموميين والمقتصدين والمكترين وكل الحائزين أو المدينين الآخرين بمبالغ يملكها أو ينبغي أن تعود لفائدة الملزمين بالضرائب والرسوم والديون الأخرى المتمتعة بامتياز الخزينة، أن يدفعوا وفاء عن الملزمين، بناء على طلب المحاسب المكلف بالتحصيل على شكل إشعار للغير الحائز، الأموال التي يحوزونها أو التي يدينون بها وذلك في حدود المبالغ الواجبة على هؤلاء الملزمين.

<sup>40</sup> وهيبة مرصالي، مرجع سابق، ص371.

<sup>41</sup> العربي الغمري، الاشعار للغير الحائز والمنازعة فيها، عن الندوة الوطنية للمنازعات الضريبية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس بتعاون مع هيئة المحامين بمكناس يومي 5-4 دجنبر 2009، مجلة القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل، 2010، ص179.

وهنا يطرح سؤال حول المقصود بعبارة " امتياز الخزينة"؟

إن امتياز الخزينة هو الذي يسمح لإدارة الضرائب باللجوء إلى إجراء «الاشعار للغير الحائز»، الذي يخول النقل الفوري لملكية المبالغ المحجوزة، لفائدة المحاسب المكلف بالتحصيل، ويمنحه حقا حصريا في مواجهة باقي الدائنين ولو كانوا ممتازين، فقد جاء في قرار صادر عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أنه في حالة تزامن «الاشعار للغير الحائز» مع مستحقات تتمتع بامتيازات تسبقه في المرتبة، فإن أثر النقل الفوري المترتب عن «الاشعار للغير الحائز» لا يتأثر بذلك.

فإذا كانت القاعدة هي أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم. فإن الاستثناء هو أنه عندما توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية، والتي من بينها الامتياز<sup>42</sup>، فإنه يترتب عن ذلك جعل الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى. وعليه فالامتياز استثناء نص عليه القانون يمنح بموجبه حق الأولوية على أموال المدين نظرا لسبب الدين، ومن خلال هذا يتضح أن المشرع المغربي حدد على نحو صريح الخصائص المميزة للامتياز، والمتمثلة فيما يلي:

- الامتياز استثناء يقرره القانون.
- صاحب الامتياز له حق الأولوية على باقي الدائنين.
- يقرر الامتياز نظرا لسبب الدين.

وعليه، فالمقصود ب "الضرائب والرسوم والديون الأخرى المتمتعة بامتياز الخزينة" تلك التي نص المشرع صراحة على أنها تتمتع بامتياز الخزينة، فلا امتياز ما لم يوجد نص قانوني صريح يقرره، لذلك فالنصوص القانونية المقررة للامتياز هي على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، و تفسر تفسيرا ضيقا، بحيث لا يمكن التوسع فيها ولا القياس عليها، لأنها تكتسي طبيعة استثنائية و لا تقرر مبدأ عاما، وبالتالي، فإنه لا يمكن اللجوء إلى تطبيق مسطرة «الاشعار للغير الحائز» إلا بالنسبة للمستحقات التي اعتبرها المشرع متمتعة بامتياز الخزينة دون سواها، فلا يجوز تطبيق هذا الإجراء مثلا لتحصيل مستحقات لا تتمتع بامتياز الخزينة وإنما تتمتع بامتيازات أخرى كامتياز الصندوق الوطني للضمان

<sup>42</sup> حنان حفيظة، الإشعار للغير الحائز بين المقاربة القانونية والمفارقة العملية، مجلة منارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة منارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص سنة 2020، ص272.

الاجتماعي<sup>43</sup> أو امتياز الجماعات الترابية<sup>44</sup>، كما لا يمكن تطبيق هذا الإجراء أيضا من أجل تحصيل مستحقات الدولة غير الضريبية، حتى ولو كان يتم تحصيلها وفقا لنفس قواعد تحصيل ضريبة ما، أما بالنسبة لصوائر التحصيل المدفوعة، و زيادات التأخير و الذعائر والغرامات، فقد نصت المادة 112 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أن الامتيازات المخولة للخزينة تمتد لتشملها<sup>45</sup>.

2. يجب أن يكون الدين مستحق:

ويقصد بالاستحقاق في معناه العام، حق الدائن في المطالبة بالتنفيذ الفوري بدون أن يكون ملزما بالتقيد بأجل و لا انتظار إتمام شرط معلق، أما في المجال الضريبي، فالغاية من الاستحقاق تتمثل في إمكانية فرض تأدية الضريبة على المدين الملزم رضاءا، وإلا فجبرا، واستحقاق الدين العمومي إما أن يكون لأجل وهذا هو الأصل، وإما أن يكون فوريا، وهذا هو الاستثناء.

كما اجمع بعض الفقه<sup>46</sup> أن «الإشعار للغير الحائز» يتميز بخصوصيات جعلته يتفوق على باقي الإجراءات الجبرية و العادية في التحصيل أبرزها:

#### • البساطة:

<sup>43</sup> في هذا الإطار دائما صدر قرار عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض رقم 1-4-1124-2017 الصادر بتاريخ 14/09/2017 في الملف الإداري رقم 3042/4/1/2015، بحيث اعتبرت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض أن اعتماد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لمسطرة الإشعار للغير الحائز غير مؤسس قانونا، في حين اعتبر القرار المذكور أن ديون الصندوق تندرج في أحكام الديون العمومية بموجب المادة 2 من المدونة لكن لا تتوفر فيها مقومات امتياز الخزينة إذ عمان على وضع قواعد لتحديد الديون الممتازة لكي تعتبر ديون المؤسسات العمومية ديونا عمومية ممتازة يجب توفر عنصرين أساسيين هما:

- أن يعهد بتحصيل هذه الديون إلى المحاسب المكلف بالتحصيل  
- وجوب تنصيب القوانين المنظمة لهذه المؤسسات على تطبيق أحكام مدونة تحصيل الديون العمومية.  
وبهذا فإن مهمة تحصيل ديون الضمان الاجتماعي موكولة إلى الإدارة العامة وليست للمحاسب التابع لمؤسسة الضمان الاجتماعي حسب المادة 21 من القرار رقم 2.0042 الصادر بتاريخ 6 يناير 1998 المتعلق بالتنظيم المالي والمحاسبي لصندوق الضمان الاجتماعي.

<sup>44</sup> حسب المادة 111 من مدونة تحصيل الديون العمومية تتمتع الجماعات الترابية بامتياز عام في عمليات التحصيل المخولة لها يأتي في المرتبة الثانية بعد امتياز الخزينة في حالة التزام يسبق هذا الأخير.

<sup>45</sup> رشيد إفلح، الإشعار للغير الحائز: الشروط والأثار - ، قراءة في التوجهات الحديثة للفقه الإداري والاجتهاد القضائي، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية- سلسلة القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، العدد 2، سنة 2018، ص118.

<sup>46</sup> ابراهيم عقاش ، مرجع سابق، ص160.

يخضع «الاشعار للغير الحائز» لمساطر مبسطة ولا يتطلب إجراءات شكلية محددة، و ينصب على الأموال النقود الموجودة بين يدي الغير إذ إن من أهم شروط مباشرة «الاشعار للغير الحائز» بلوغ الدين العمومي مرحلة الاستحقاق و التقيد بمقتضيات المادة 36 من مدونة تحصيل الديون العمومية، مما يمنح فرصة اختيار الزمن المناسب متى تعين هذا الغير الحائز، فتستخلص تبعا لذلك ديون المدين في حين غفلة منه، كما هو الحال بالنسبة للجداول وقوائم الإيرادات التي يتم إصدارها على سبيل التسوية فيما يتعلق بالضرائب والرسوم المفروضة تسديدها أصلا بناء على تصريح المدين.

#### • الفعالية:

يتميز «الاشعار للغير الحائز» بالفعالية على اعتبار أن نطاقه يمكن أن يشمل عدة حائزين متى تبثت مديونيتهم إزاء الملزم بالدين العمومي، فهو إجراء قد يمس الأبنك، الإدارة العمومية، الموثقين، المحاكم، وأرباب العمل، وعلى مستوى مردودية هذا الإجراء يتجاوز بكثير مردودية الإجراءات العادية في تحصيل الديون العمومية فدوره يتمثل في التركيز المباشر على الدين العمومي و محاولة إنهاء عملية التحصيل متى وجدت الأموال بحوزة الغير<sup>47</sup>.

#### • المباغته:

هو إجراء يتميز بالمباغته على اعتبار أن المشرع المغربي لم يفرض مسألة إخطار الملزم أو تبليغه بالإندار، وهو أمر خلق جدلا كبيرا في العلاقة بين الملزم والإدارة الضريبية، وسيبا الجملة من المشاكل أثرت على المبادئ التي بنيت عليها مدونة تحصيل الديون العمومية<sup>48</sup>. ويجب على المحاسبين قبل متابعة الأغيار الحائزين عن طريق «الاشعار للغير الحائز» سعيا منهم إلى تحسين فعالية هذا الإجراء الالتزام ببعض الشروط السابقة عليه، بحيث يجب على المحاسب المكلف بالتحصيل أن يحصل على ترخيص مسبق من رئيس الإدارة التابع لها قبل مباشرة هذا الإجراء، كما يجب عليه اللجوء إلى مشغلي المدينين، و الأبنك

<sup>47</sup> مصطفى التراب "مدى المقاربة بين الحجز لدى الغير و الإشعار للغير الحائز" سلسلة الندوات الجهوية، "المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" مطبعة الأمنية، الرباط 2007، ص341.

<sup>48</sup> ابراهيم عقاش، مرجع سابق، ص16.

والمؤسسات المالية الأخرى وغيرها، من أجل جمع كل المعلومات التي من شأنها إعلامه بوضعية المدينين، وذلك في إطار الحق في الإعلام المخول له قانوناً<sup>49</sup>.

وقبل تبليغ «الاشعار للغير الحائز»، وجب على المحاسب أن يوجه إلى المدين آخر اشعار دون صائر قبل عشرة أيام على الأقل .

أما القضاء فقد أوجب إضافة إلى ذلك، تبليغ الإنذار كشرط أساسي سابق عن تبليغ «الاشعار للغير الحائز»، ورتب على تخلفه أي تبليغ الإنذار الحكم بإلغاء إجراء الإشعار لعدم احترام تدرج المتابعات، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 16 مارس 2011 ما يلي:

إن «الاشعار للغير الحائز» يدخل في إطار إجراءات التحصيل الجبري إلا أنه لا يمكن للمحاسب عدم الامتثال لتدرج المتابعات المقررة قانوناً... عدم تقييد القبض بما ذكر من إجراءات يجعل إجراءات التحصيل باطلة.<sup>50</sup>

بالإضافة إلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه يه يجب على المحاسب المكلف بالتحصيل و قبل اللجوء إلى «الاشعار للغير الحائز» التأكد من أن المستحقات موضوع هذا الإشعار لم تتقادم إجراءات تحصيلها، فقد استقر موقف محكمة النقض المغربية على أنه لا يعتد ب الاشعار للغير الحائز الذي يباشر لتحصيل مستحقات طال التقادم إجراءات تحصيلها، و يخول المدين المطالبة باسترداد المبالغ التي تم قبضها بواسطة هذا الاشعار و كذا المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء ذلك، كما يمكن أيضا إثارة مسؤولية المحاسب المكلف بالتحصيل.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Ahmed Bouriss, Le nouveau code de recouvrement : instauration d'un meilleur équilibre entre les droits du contribuable et les intérêts du trésor, REMALD, série Thème actuels », n°31, 2001 : p : 90.

<sup>50</sup> تحليل الباحث رشيد افلح لحكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 16/03/2011 في الملف عدد 25/06/10 ، في مقالة : الاشعار للغير الحائز: الشروط و الأثار - ،قراءة في التوجهات الحديثة للفقهاء الإداري والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص124.

<sup>51</sup> فقد جاء في قرار المجلس الأعلى-محكمة النقض - حاليا عدد 498 بتاريخ 28 ماي 2008 عدد 10/06/25 ما يلي:

"...وحيث إن تحصيل تلك الضرائب عن طريق الإشعار للغير الحائز رغم تقادم إجراءاته يكون باطلا وبيبر طلب استرجاع المبلغ محله مع الفوائد القانونية." أورده رشيد إفلح، مرجع سابق، ص 124.

إلا أن الإشكال المطروح هو طريقة تبليغ «الاشعار للغير الحائز» على اعتبار أن المشرع المغربي سكت عن تحديد مسطرة خاصة بالتبليغ مما جعل له قواعد شبه عرفية متفق عليها فقها وقضاء:

- بالنسبة للغير المحجوز لديه : يجب تبليغه وفق إجراءات تبليغ الإنذار من أجل تجنب المنازعات.

- تبليغ المدين: بالرغم من الاختلاف حول أحقية تبليغ المدين التي يرى فيها البعض ضربا في خصوصية المبعثات، إلا أن في مجموعة من دوريات الخزينة العامة اعتبر أن «الاشعار للغير الحائز» يعد من إجراءات التحصيل الجبري ويوفر نفس الضمانات التحصيل المذكور بالنسبة للمدين، وبالتالي يبلغ وفق الإجراءات القانونية حسب ما حددت المادة 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية التي أعطت حق التظلم داخل أجل 60 يوم الموالية لإجراء التبليغ بالرغم من تذبذب العمل القضائي في تفسير الأمر.

وأما عن آثار «الاشعار للغير الحائز» فتتجلى أساسا في التسليم الفوري للمدين، إضافة لذلك هناك أثر آخر يتمثل في قطع التقادم، بحيث ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط لتعتبر أن «الاشعار للغير الحائز» لا يمكن اعتباره إجراء قاطعا للتقادم، لعله أن المشرع لم يضمه للإجراءات القاطعة للتقادم الواردة في المادة 39 من مدونة التحصيل وإنما هو فقط وسيلة قانونية حولها المشرع للخزينة قصد تحصيل ديونها الضريبية.

وفي مقابل ذلك ذهبت الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في مجموعة من القرارات إلى اعتبار «الاشعار للغير الحائز» إجراء قاطعا للتقادم، بحيث جاء في إحدى قراراتها ما يلي<sup>52</sup>: «... قيام القابض بإجراء إشعار للغير الحائز على الحساب البنكي داخل أمد التقادم المنصوص عليه في المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية، يعتبر إجراء من الإجراءات القاطعة للتقادم بمفهوم الفقرة الثالثة من الفصل 381 من قانون الالتزامات والعقود، باعتبار أن «الاشعار للغير الحائز» هو إجراء تنفيذي من أجل تحصيل دين

<sup>52</sup> قرار عدد 251/2 بتاريخ 29/12/2016 في الملف الإداري عدد 16/4/720 بتاريخ 29/12/2016. أورده خالد المبروكي وآخرون، الاشعار للغير الحائز غموض المفهوم واشكالات التطبيق، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية- سلسلة القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، العدد 6.5، سنة 2020، ص 101.

عمومي يباشر على أموال المدين استاذاً لمقتضيات المادة 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية».

وفي قرار للغرفة الإدارية بمحكمة النقض جاء في حيثياته ما يلي: «لا يلزم المحاسب بضرورة تبليغ الملزم بتوقيع «الاشعار للغير الحائز» على أمواله وذلك ضماناً لطابع المباغثة، والمحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت أن إشعارات للغير الحائز المستدل بها غير قاطعة للتقادم لعدم الإدلاء بما يفيد تبليغها للمعني بالأمر، تكون قد خرقت القانون.» و بالتالي يستفاد من هذا القرار كذلك أن «الاشعار للغير الحائز» هو إجراء قاطع للتقادم<sup>53</sup>

إذ بالرغم من كل هاته المقتضيات فإن الحجز على أموال المدين التي تكون المؤسسة البنكية حائزة لها تكون اسهل واسرع بالمقارنة مع غير غيرها من الحائزين

و عمليا في غالب الأحوال يقوم المحاسب المكلف بالتحصيل بالاطلاع على رصيد المدين بعد طلب يقدم إلى مدير المؤسسة البنكية، وعند تأكد المحاسب بوجود رصيد للمدين يقوم مباشرة بتعبئة مطبوع «الاشعار للغير الحائز» فتقوم المؤسسة المذكورة بتسليم المبالغ المطلوبة في حدود الديون العمومية المترتبة في ذمة المدين الأمر الذي يطرح سؤال حجية تصرفات المؤسسة البنكية في الزبون اتجاه هذا الاستثناء الوارد على حفظ و كتمان السر البنكي؟

المبحث الثاني: مسطرة «الاشعار للغير الحائز» كاستثناء عن مبدأ السرية البنكية

ان حق الدولة في حماية وضع اليد على أموالها وتحصيلها وهو امتياز يمنح إلى إدارة الضرائب والتحصيل، إذ في السياق أعطت المادة 214 من المدونة العامة للضرائب الحق في الاطلاع على الوثائق المحاسبية للملزمين، ومن ذلك حسابهم البنكي وتبادل و جمع المعلومات التي تخصهم دون إمكانية الدفع بمبدأ كتمان السرا مهي، ولا شك أن الغاية من هذا الاطلاع تمكين إدارة الضرائب من التعرف على وعاء الضريبة ومختلف عناصره بهدف تحقيق العدالة الضريبية ومكافحة التهرب الضريبي.

هذه الأسباب تعلق على الاعتبار الذي يركز عليه السرا مهي البنكي، و ضمن نفس الإطار يحق لموظفي إدارة الضرائب الاطلاع على سجلات البنوك للتحقق من صحة استيفاء

<sup>53</sup> قرار عدد 260 بتاريخ 2016/2/18؛ في الملف الإداري عدد 2013/1/4/3406 بتاريخ 18/2/2016. اورده ، خالد المبروكي، مرجع سابق، ص101.

الضريبة، ويمكن ممارسة هذا الاطلاع سواء في المقر الرئيسي للبنكي أو في مراكز الوكالات والفروع، وللهؤلاء الموظفين الحق في نسخ ما يرونه ضروريا في أدائهم لمهمتهم، وإذا راودت موظفو إدارة الضرائب شكوك حول السجلات المسوكة من طرف البنوك، فإن حق الاطلاع الممنوح لهم يمكنهم من الرجوع إلى كافة الدفاتر والمستندات التي قد تمكن من الوقوف على المخالفات الضريبية<sup>54</sup>.

و بالرغم من كل هذا فإن في مسطرة الاشعار للغير الحائز توفر المؤسسة البنكية لزبناها مجموعة من الضمانات قصد الحفاظ على مصداقيتها، أبرزها أنها في العقد المبرم بينها وبين الزبون تدرج بند إمكانية تحويل الديون التي تقع على عاتق المتعاقد إضافة إلى أخباره بأي تغييرات وقعت في حسابه وهو الأمر الذي يخفف من وطأة قوة امتيازات الدين العمومي الممتاز في مواجهة المؤسسة البنكية.

وفي هذا السياق يثار إشكال إذ إن رفض المؤسسة البنكية الإدلاء بالمعلومات أو الإدلاء بمعلومات خاطئة!

فقد اعتبره المشرع المغربي هذا الأمر من قبيل عرقلة عملية التحصيل، فهل يمكن تطبيق هذه الحالة على «الاشعار للغير الحائز»؟

حسب الأستاذ رضوان اعميمي، فإن توجيه المحاسب للإشعار للغير الحائز ليس الهدف منه التصريح بالمعلومات فقط بل إن الهدف به هو تسليم المبالغ التي يحوزها الغير، فإذا تقدم المحاسب المكلف بالتحصيل بطلبه للمعلومات في إطار حقه في الاطلاع، آنذاك يمكنه بعد مرور 15 يوما على عدم تقديم الغير حائز للمعلومات اللجوء إلى تطبيق الغرامة التهديدية و قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير، في حدود خمسين ألف درهم.

هذا، وقد رتب المشرع عن رفض الإدلاء بالمعلومات المطلوبة أو الإدلاء ببيانات خاطئة عرقلة العملية التحصيل، و ينتج عنها تطبيق المقتضيات المتعلقة بافتعال العسر التي تخاطب من حيث المبدأ المدنين بالديون العمومية، و تمتد إلى الأغيار، حيث يعاقب كل معرقل لعملية التحصيل بعد تقديم المحاسب طلب المتابعة أمام القضاء، بغرامة من 5000 درهم إلى 100.000 درهم و بعقوبة حبسية موقوفة التنفيذ من سنة إلى سنتين أو

54 عبد الرحيم الزضاكي، مبدأ السر البنكي والاستثناءات الواردة عليه، منشورات مجلة دفاتر قانونية - سلسلة دفاتر القانون المدني والأعمال، العدد 1، سنة 2016، ص192.

بإحدى العقوبتين، و قد تضاعف الغرامة و تصبح مدة الحبس نافذة في حالة تكرار نفس الجريمة<sup>55</sup>.

حيث تبني المشرع في هذا السياق منطق العقاب ليس فقط من خلال تجريمه لافتعال العسر، و لكن لإدراجه الأغيار ضمن الفئة التي يمكن متابعتها نتيجة عدم الإدلاء بالمعلومات أو الإدلاء بمعلومات خاطئة، لكن يبقى ضرورة اللجوء إلى القضاء من أجل تطبيق الجزاء ضماناً أساسية للأغيار الحائزين المتابعين بجريمة افتعال العسر<sup>56</sup>.

هذا عن المؤسسة البنكية الحائزة المتقاعسة عن الأداء أو التي أدلت ببيانات خاطئة.

أما بالنسبة للمؤسسة البنكية غير المعنية بحيازة مال مدين معين و أجبرت على الأداء فقد وفر القضاء الإداري لها مجموعة من الضمانات في حالة مباشرة مسطرة «الاشعار للغير الحائز» في حقها كما يتبين من خلال حكم المحكمة الإدارية بالرباط الذي جاء في منطوقه:

" مباشرة مسطرة الإشعار لدى الغير الحائز في مواجهة شخص غير معني بالضريبة، كان السبب المباشر في حجز واقتطاع من الحساب البنكي للمدعي، مما ألحق به ضرر ماديا ومعنوية تمثل في حرمانه من التصرف في ماله، مما تكون معه العلاقة السببية بين الخطأ والضرر قائمة، و يستوجب معه به الحكم بإرجاع مبلغ الاقتطاع استرداد لما دفع بغير وجه حق، و الحكم بتعويض المدعي عن الضرر اللاحق به"<sup>57</sup>.

خاتمة :

انطلاقاً مما سبق يمكن القول أن مسطرة «الاشعار للغير الحائز» إجراء من إجراءات تحصيل الديون العمومية التي تساهم في حماية الديون العمومية من الضياع بالرغم من الصرامة التي قد تؤدي إلى الإخلال ببعض المبادئ كما هو الحال بالنسبة للسرية البنكية في مواجهة إدارة التحصيل، إذ بالرغم قساوة الأمر أحياناً إلا أن في ذلك مصلحة فضلى،

<sup>55</sup> هنا و يثار سؤال عن ما إذا سيتم متابعة الموظف بالبنك على أساس شخصي أما أن المسؤولية تتحملها المؤسسة البنكية.

<sup>56</sup> رضوان اعيمي، الأثار القانونية والمالية للإشعار الغير حائز، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 107، سنة 2012، ص157.

<sup>57</sup> محمد الأعرج ، القاضي الإداري ومسطرة الاشعار لدى الغير: تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2068 بتاريخ 30 ماي 2013، مجلة الحقوق، العدد 17/16 ، سنة 2014، ص481.

هي مصلحة استمرارية الدولة وديمومتها بالحفاظ على مواردها، إلا أن الأمر لا يعفي من توفير ضمانات لتحمي باقي الأطراف من التعسف قصد تحقق نوع من التوازن بين حق الإدارة في التحصيل وحقوق المدينين والاعيار.

#### لائحة المراجع:

- المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم عقاش، إجراء «الاشعار للغير الحائز» بين المنازعة والرغبة في التعديل، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية - سلسلة القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، العدد 5-6، سنة 2020،

- ابتسام بغدالي، مسطرة «الاشعار للغير الحائز» بين التسليم الفوري و التقاعس في التفعيل، مجلة منارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 9، سنة 2015،

- وهيبه مرصالي، «الاشعار للغير الحائز»: آلية تحصيل الديون العمومية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 135/134، سنة 2017،

- العربي الغمري، «الاشعار للغير الحائز» والمنازعة فيها، عن الندوة الوطنية للمنازعات الضريبية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس بتعاون مع هيئة المحامين بمكناس يومي 4-5 دجنبر 2009، مجلة القسطاس والزيتونة، مطبعة سلسبيل،

- حنان حفيظة، «الاشعار للغير الحائز» بين المقاربة القانونية والمفارقات العملية، مجلة منارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة منارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص سنة 2020،

- رشيد إفلح، «الاشعار للغير الحائز»: الشروط و الآثار - ،قراءة في التوجهات الحديثة للفقهاء الإداري والاجتهاد القضائي، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية- سلسلة القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، العدد 2، سنة 2018.

- مصطفى التراب "مدى المقاربة بين الحجز لدى الغير و«الاشعار للغير الحائز»"  
سلسلة الندوات الجهوية، " المنازعات الانتخابية والجبائية من خلال اجتهادات المجلس  
الأعلى" مطبعة الأمنية، الرباط 2007،

- خالد المبروكي و اخرون، «الاشعار للغير الحائز» غموض المفهوم واشكالات  
التطبيق، منشورات مجلة المهن القانونية والقضائية - سلسلة القضاء الإداري والمنازعات  
الإدارية، العدد 6.5 ، سنة 2020.

- عبد الرحيم الزضاي، مبدأ السر البنكي والاستثناءات الواردة عليه، منشورات  
مجلة دفاتر قانونية - سلسلة دفاتر القانون المدني والأعمال، العدد 1.

- رضوان اعميمي، الآثار القانونية والمالية للإشعار الغير حائز، المجلة المغربية  
للإدارة المحلية والتنمية، العدد 107، سنة 2012.

- محمد الأعرج، القاضي الإداري ومسطرة الاشعار لدى الغير: تعليق على حكم  
المحكمة الإدارية بالرباط رقم 2068 بتاريخ 30 ماي 2013، مجلة الحقوق، العدد 17/16،  
سنة 2014.

#### - الظواهر والقوانين:

- ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ  
القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، الجريدة الرسمية عدد  
4800 بتاريخ 28 صفر 1421،

- ظهير شريف رقم 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الاول 1436 ( 24 ديسمبر 2014)  
بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها،  
الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 ( 22 يناير 2015) ، ص 462.

#### - Les ouvrages en française:

- Jean-Jacques PUJOL, les voies d'exécution en matière fiscale,  
l'exemple de l'avis à tiers détenteur, these pour le 1992 ;

- Ahmed Bouriss, Le nouveau code de recouvrement : instauration d'un meilleur équilibre entre les droits du contribuable et les intérêts du trésor, REMALD, série Thème actuels »,n°31,2001.

الدكتور نور الدين لعروبي

دكتور في القانون العام – جامعة سيدي محمد

بن عبد الله – فاس

## مبدأ مسؤولية الحماية كنمط جديد لتعامل مع

### الأزمات الإنسانية (ليبيا وسوريا نموذجا)

Le principe de la responsabilité de protéger comme nouveau modèle de gestion  
des crises humanitaires

مقدمة:

عملت هيئة الأمم المتحدة منذ نشأتها في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين وتعزيز الحماية الدولية لحقوق الإنسان، وفي سبيل ذلك لجأت إلى ابتكار العديد من الآليات والميكانيزمات من أجل ضمان وتعزيز حقوق الإنسان وحيروته الأساسية، وكان على رأسها التدخل الإنساني الذي أثار الكثير من الجدل بسبب مساسه بأهم ركن في القانون الدولي العام ألا وهو مبدأ السيادة، بالإضافة إلى أن تطبيقات التدخل الإنساني في أكثر صورها تطرح العديد من التساؤلات والمخاوف إزاءها وذلك لاحتمالية عدم تبلور مضامينه وسياقات عمله وتكييفه القانوني ومعايير ضبطه بالشكل الكافي الذي يلي ما تتطلبه الغايات التي وجد من أجلها، ومن جهة أخرى فإن تدخل الأمم المتحدة الإنساني لوقف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان يقتصر على مرحلة التدخل وليس هناك تصورا لمرحلة ما بعد التدخل الإنساني، سواء فيما يتعلق بمنع العودة إلى هذه الانتهاكات من جراء أعمال العنف أو العمل بمفهوم وقائي لضمان عدم تكرار ما حصل، أو فيما يتعلق بعملية إعادة البناء ومنع عودة الأسباب التي كانت وراء هذه الانتهاكات.

أمام إخفاق المجتمع الدولي في منع ووقف هذه الجرائم الخطيرة، دفع المجتمع الدولي إلى البحث عن آلية جديدة تضمن حماية أكثر فاعلية لحقوق الإنسان، فهذا الفشل كان سببا في تبني نهج جديد لحماية حقوق الشخص الإنساني من الإعتداءات والتعسفات التي يتعرض لها من طرف أنظمة الحكم الفاسدة، يتمثل هذا النهج في "مبدأ مسؤولية الحماية"، الذي تقدمت به اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول، استدراكا لنقص التدخل الإنساني ومعالجة التناقض القانوني بين سيادة الدولة ومسؤولية المجتمع الدولي في الحماية من إنتهاكات حقوق الإنسان.

أهمية الدراسة: تستمد هذه الدراسة أهميتها من المنعطف التاريخي الذي ميز التدخل الإنساني بكافة أشكاله وصوره والإعلان عن فشله، ليحل محله مفهوم مسؤولية الحماية كمبدأ جديد أصبح يحتل مكانة مهمة في منظومة الأمم المتحدة وسلوكيات الدول.

مشكلة الدراسة: انطلاقا مما سبق، تتمحور الإشكالية المحورية للدراسة حول التساؤل المركزي التالي: هل يشكل مبدأ مسؤولية الحماية آلية ناجعة وبديلة لحماية حقوق الإنسان؟

أسئلة الدراسة: تتفرع عن هذه الدراسة مجموعة من الأسئلة الفرعية كالتالي :

- هل فشل التدخل الإنساني في مواجهة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان كان سببا في تبني مفهوم مسؤولية الحماية؟
- هل يشكل مفهوم مسؤولية الحماية آلية بديلة عن التدخل الإنساني؟
- هي استطاع مبدأ مسؤولية الحماية التصدي ووقف الإنتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان بشكل موضوعي وبعيد عن الإنتقائية؟
- ما مدى نجاعة هذه الآلية الجديدة في مواجهة انتهاكات حقوق الإنسان ؟
- هل حقق مفهوم مسؤولية الحماية الأهداف المرجوة منه؟

فرضية الدراسة : تنطلق من هذه الدراسة فرضية مفادها أن السيادة تستلزم مسؤولية حماية جميع السكان من الجرائم الوحشية الجماعية وانتهاكات حقوق الإنسان. أهداف الدراسة : وتأسيسا على ما تم بيانه، فإن الدراسة تهدف إلى تحقيق الركائز التالية :

- معرفة التطورات التي طرأت على التدخلات الإنسانية لدفاع عن حقوق الإنسان.

- معرفة الأساس القانوني لمفهوم مسؤولية الحماية.

- معرفة وتحليل الطريقة التي يتعامل بها مبدأ مسؤولية الحماية في مواجهة الأزمات الإنسانية.

منهج الدراسة : بناء على ما سبق بيانه ارتأينا إتباع المنهج التحليلي الوصفي. فالأول نقف من خلاله على تحليل النصوص القانونية النازمة لمبدأ مسؤولية الحماية. أما الأسلوب الوصفي فإنه ضرورة تقتضيه الدراسة في مثل هذه المواضيع.

وعلى هذا الأساس، ومحاولة لتفكيك ودراسة الإشكالية المحورية وتساؤلاتها الفرعية، سوف نتناول هذه الدراسة من خلال مبحثين: تستعرض الدراسة في المبحث الأول: من حق التدخل الإنساني نحو مسؤولية الحماية وتخصص الدراسة في المبحث الثاني: تنفيذ مسؤولية الحماية بين الانتقائية والمصالح السياسية. وتخلص الدراسة إلى بعض الاستنتاجات.

المبحث الأول: من حق التدخل الإنساني نحو مسؤولية الحماية.

يوصف حق التدخل الإنساني أنه مفهوم له ماضٍ مثير للجدل، لأنه أثبت فشله في كل من الصومال ورواندا وكوسوفو، وقد اعترفت بذلك اللجنة الدولية المعنية بالتدخل

وسيادة الدول في مؤتمر القمة العالمي سنة 2005،<sup>58</sup> مما دفعنا للتساؤل حول الطريقة التي يمكن من خلال للمجموعة الدولية أن تتصرف لحماية حقوق الإنسان، مادام التدخل الإنساني يعتبر انتهاكا لسيادة الدول؟.

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أن تفاقم حجم الاعتداءات المستمرة على الإنسانية بسبب تزايد أعمال الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب ساهم في بروز ما اصطلح على تسميته "بمفهوم مسؤولية الحماية"، كآلية جديدة للتعامل مع الأزمات الإنسانية في مطلع القرن الواحد والعشرون (المطلب الأول)، بينما سنتطرق في (المطلب الثاني) إلى الأساس القانوني لمبدأ مسؤولية الحماية.

المطلب الأول: مسؤولية الحماية كآلية جديدة للتعامل مع الأزمات الإنسانية:

يعتبر مفهوم الأمن الإنساني بمثابة الأساس القانوني الذي يضع على عاتق المجموعة الدولية مسؤولية حماية الشعوب الموجودة في حالة خطر إذا ما تقاعست الدولة المعنية بالكارثة الإنسانية، أو غير قادرة على اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهةها، لكون حماية الأفراد أصبحت تدخل ضمن انشغالات المجموعة الدولية على قدم المساواة مثلها مثل حماية أمن الدول،<sup>59</sup> وعليه فاللجوء لمفهوم مسؤولية الحماية من شأنه ضمان الاحترام

<sup>58</sup> -ماسينقهام ايف (Massingham EV): "التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية ومشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية"، المجلة الدولية لصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 876، جونيف 2009، ص: 157.

<sup>59</sup> - ABDELHAMID Hassan ,BELANGER Michel, crouzatier. Jean-Marie ,Doualler Stéphane, MAILA JOSEPH .MBOUNDA ERNEST MARIE. "la sécurité humaine et responsabilité de protéger ; l'ordre humanitaire international en question" ;éditions des archives contemporaines en partenariat avec l'agence universitaire de la francophonie. Paris2009, p71.

الفعال لحقوق الإنسان والقانون الإنساني،<sup>60</sup> لذلك قبل التطرق لمفهوم مسؤولية الحماية في: (الفرع الثاني)، نتناول الخلفية التاريخية لهذا المفهوم في (الفرع الأول).

الفرع الأول: الخلفية التاريخية لمبدأ المسؤولية عن الحماية:

أدى فشل نظرية التدخل الإنساني في المحافظة على السلم والأمن الدوليين دون إثارة إشكاليات جدلية على مبادئ راسخة منذ النظام الوستفالي 1648 كالسيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى إلى ظهور مبدأ مسؤولية الحماية.

لهذه الاعتبارات تناول الأمين العام للأمم المتحدة سابقاً "كوفي عنان" في تقرير قام بتقديمه للجمعية العامة للأمم المتحدة جوانب الأمن الإنساني والتدخل الإنساني، وأشار إلى فشل مجلس الأمن في مواجهة التهديدات في كل من رواندا وكوسوفو، وناشد الجميع من أجل إيجاد أرضية مشتركة للدفاع عن "إنسانيتنا المشتركة" ضمن مبادئ وأحكام ميثاق الأمم المتحدة، وذلك لتفادي مخاطر البحث عن حلول خارج إطار ميثاق الأمم المتحدة وبعيدا عن السلم والعدالة<sup>61</sup>.

ومع إدراكه لأن التدخل الإنساني يمس السيادة الوطنية، إلا أنه تسائل حول السبل والبدائل التي بالإمكان اللجوء إليها لوقف ومنع الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وأشار في تقريره إلى أن السيادة الوطنية تمثل عائقاً لإجازة التدخل، وأن الفشل الذي أصاب المجتمع الدولي لوقف تلك الانتهاكات هو نتيجة التمسك بالشرعية الحرفية

<sup>60</sup> – CROUZATIER jean –marie, "le Principe de la responsabilité de protéger: avancée de la solidarité Internationale ou ultime avatar de l'impérialisme?" revue des aspects, n°2-2008?VOIR SUR LE SITE([http://www.dotata,over.blog.com/aspects\\_n°2\\_CROUZATIER.P\\_D\\_F](http://www.dotata,over.blog.com/aspects_n°2_CROUZATIER.P_D_F)).P15.

<sup>61</sup> –حسن جابر: مبدأ مسؤولية الحماية : مقال منشور على الانترنت

<https://political-encyclopedia.org/dictionary> تاريخ الإطلاع 2021/05/10

لنصوص الميثاق وخاصة المساس بسيادة الدول. وفي سبيل ذلك استجابت الحكومة الكندية مع تقرير كوفي عنان وأسست "اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول"<sup>62</sup>. ويأتي تأسيسها كمحاولة لمواءمة التدخل الإنساني مع مبدأ سيادة الدول الوطنية، ونقل الوعي بمسؤولية الحماية الدولية، والانتقال من مرحلة التنظير إلى مرحلة التنفيذ، مع مراعاة الآراء المختلفة للأكاديميين والمعنيين في مسائل حقوق الإنسان حول العالم. وأمام مشاعر القلق التي عبر عنها الأمين العام للأمم المتحدة أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص الكوارث الإنسانية، تبنت الجمعية العامة في مؤتمر القمة العالمية سنة 2005 الوثيقة الختامية للمؤتمر حول مبدأ مسؤولية الحماية.

وفي سنة 2006، أقر مجل الأمن القرار رقم (1674)، والذي أكد التزام المجلس بمسؤولية الحماية. وترتب على هذا الإجماع الدولي التزامات وواجبات تعتبر إيجابية على الدول تجاه حماية مواطنيها من الانتهاكات الجسيمة لحقوقهم، وكذلك رتب التزامات إيجابية على المجتمع الدولي لضرورة اتخاذ إجراءات معينة عند حدوث مثل هذه الانتهاكات والرجوع إلى كافة الوسائل الدبلوماسية والإنسانية والسلمية<sup>63</sup>.

### الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية عن الحماية:

المسؤولية عن الحماية La responsabilité de protéger مفهوم تبلور حديثا على الساحة الدولية، وهو يولد التزاما أساسيا على الدول والحكومات بمنع انتهاك حقوق الإنسان أو ارتكاب الجرائم الدولية على المستويين الوطني والدولي، ويقوم على مفهوم أن

<sup>62</sup> - جاء إنشاء هذه اللجنة المستقلة بمبادرة من الحكومة الكندية في عام 2000، وضمت خبراء دوليين برئاسة مشتركة بين غارث إيفانز من أستراليا ومحمد سحنون من الجزائر، انظر تقرير اللجنة: مسؤولية الحماية : تقرير اللجنة المعنية بالتدخل وسيادة الدول، مركز أبحاث التنمية الدولية، كندا، دجنبر 2001.

<sup>63</sup> - حسن جابر: مبدأ مسؤولية الحماية : مقال منشور على الانترنت

سيادة الدولة تتولد عنها التزامات أساسية أهمها حماية رعاياها، وعندما تفشل الدولة ممثلة في سلطاتها في توفير تلك الحماية يأتي دور المجتمع الدولي للتدخل لحماية المدنيين.<sup>64</sup>

وقد استغرق بلورة هذا المفهوم ما يقارب عقد من الزمان، شهد انقساماً دولياً بشأنه، حيث أيدت أغلب بلدان الشمال فكرة "التدخل الإنساني"، في حين احتشد الجنوب حول النداء القديم بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وأصبح الإجماع بعيد المنال، وكانت النتيجة إما تحركات بتفويض من الأمم المتحدة، كان البعض منها منقوصاً أدى إلى نتائج وخيمة كما حدث في الصومال عام 1993، والإبادة الجماعية في رواندا عام 1994، ومذبحة سريرينيتشا عام 1995، وفي عام 1999

شهدنا تحركاً دولياً فعالاً في كوسفو، إلا أنه لم يكن بتفويض من الأمم المتحدة ونشأ عنه جدلاً واسعاً بأوساط القانون الدولي.<sup>65</sup>

وبمبادرة من الحكومة الكندية تم تكوين "اللجنة الدولية حول التدخل والسيادة الوطنية" المكونة من شخصيات دولية من مختلف أنحاء العالم. قدمت اللجنة تقريرها ونشرته في دجنبر 2001 ورحب به الأمين العام للأمم المتحدة كوثيقة هامة يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار.

64 - يوسف حسن يوسف: "المسؤولية الجنائية الدولية لمؤسسات الدولية وكيفية التقاضي الدولي"، المركزي القومي

للإصدارات القانونية: القاهرة، الطبعة الأولى 2013، ص: 144.

65 - انظر: وثيقة الأمم المتحدة A/60/L.1 الصادرة في 15 سبتمبر 2005، الجلسة الستون للجمعية العامة للأمم المتحدة.

ويشير التقرير إلى أن الاعتبار الأساسي ينبغي أن يكون مسؤولية " توفير الحماية" وليس حق التدخل، مما يضع القرار في إطار حاجات وحقوق المواطنين، بدلا عن مصالح الدول،<sup>66</sup> كما يمكنه ترجمته بأنه التزاما يملئ حماية تقع على عاتق المجموعة الدولية.<sup>67</sup>

وفي عام 2005 حسم الجدل بتبني مؤتمر القمة العالمي لرؤساء الدول والحكومات مبدأ المسؤولية عن الحماية، على النحو الوارد بالفقرتين 138 و139 من وثيقة القمة.<sup>68</sup>

ويؤكد هذا المبدأ أن السيادة ليست رخصة للقتل وأن احترام حقوق الإنسان عنصر أساسي من عناصر السيادة المسؤولة، كما يرسخ أيضا الأساس القانوني لفكرة التدخل الإنساني humanitarian intervention في حالة فشل الدول في حماية رعاياها أو

66 - محمد بوبوش: " أثر التحولات الراهنة على مفهوم السيادة الوطنية"، مؤلف جماعي، بيروت، لبنان، 2006، ص : 128.

67 -CHAUMETTE Anne- laure."La responsabilité de protéger, interrogations sémantiques, actes de colloque du 14 novembre 2011.la responsabilité de protéger, dix ans après". sous la direction Anne- laure Chaumette et jean- marc Thouvenin, éditions à. pédone, paris, 2011.p7.

68 -تنص الفقرة 138 على: " إن المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تقع على عاتق كل دولة على حدة، وتستلزم هذه المسؤولية منع وقوع تلك الجرائم، بما في ذلك التحريض على ارتكابها، عن طريق الرسائل الملائمة والضرورية. ونحن نوافق على تحمل تلك المسؤولية وسنعمل بمقتضاها، وينبغي للمجتمع الدولي أن يقوم، حسب الاقتضاء، بتشجيع ومساعدة الدول على الاضطلاع بهذه المسؤولية، ودعم الأمم المتحدة في إنشاء قدرة على الإنذار المبكر"، بينما تنص الفقرة 139 على: " ويقع على عاتق المجتمع الدولي أيضا، من خلال الأمم المتحدة، الالتزام باستخدام ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية والإنسانية وغيرها من الوسائل السلمية، وفقا للفصلين السادس والثامن من الميثاق، للمساعدة في حماية السكان من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، وفي هذا السياق، نعرب عن استعدادنا لاتخاذ إجراء جماعي، في الوقت المناسب وبطريقة حاسمة، عن طريق مجلس الأمن، ووفقا للميثاق، بما في ذلك الفصل السابع منه، على أساس كل حالة على حدة وبالتعاون مع المنظمات الإقليمية ذات الصلة حسب الاقتضاء، في حالة قصور الوسائل السلمية وعجز السلطات الوطنية البين عن حماية سكانها من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والتطهير العرقي والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، ونؤكد الحاجة إلى أن تواصل الجمعية العامة النظر في مفهوم المسؤولية عن حماية السكان من الإبادة الجماعية وغيرها من الجرائم الممنهجة لحقوق الإنسان وما يترتب على هذه المسؤولية، مع مراعاة مبادئ الميثاق والقانون الدولي، ونعترم أيضا بالالتزام، حسب الضرورة والاقتضاء، بمساعدة الدول في بناء القدرة على حماية سكانها من الإبادة الجماعية وجرائم الحرب المرتكبة ضد الإنسانية، ومساعدة الدول التي تشهد توترات قبل أن تنتشب فيها أزمات ونزاعات".

إقدامها هي ذاتها على قتلهم والعدوان عليهم، وطبقا لهذا المفهوم الحديث فإن فكرة التدخل قد استبدلت بفكرة الحماية، ولا تنطبق المسؤولية عن الحماية إلا على الحالات الأربعة المحددة المتفق عليها من الجرائم والانتهاكات، ألا وهي: الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والتطهير العرقي، والجرائم ضد الإنسانية.<sup>69</sup>

طبقا لهذا المبدأ، تكون سلطات الدولة مسؤولة عن عدم اتخاذ الإجراءات التي تحول دون قيام الأفراد أو الجماعات بانتهاك حقوق الإنسان على أراضيها، كما تكون مسؤولة أيضا عن توفير الحماية اللازمة من تلك الانتهاكات بموجب التشريعات الوطنية، ويتسع نطاق هذا الحق، في الظروف الملائمة، ليشمل الالتزام الإيجابي من جانب السلطات باتخاذ تدابير تنفيذية وقائية لحماية الفرد أو الأفراد الذين تتعرض حياتهم للخطر جراء الأعمال الإجرامية التي يرتكبها فرد أو أفراد آخريين.<sup>70</sup>

المطلب الثاني: الأساس القانوني لمفهوم المسؤولية عن الحماية:

ويمكن ذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: الالتزام الدولي لحماية حقوق الإنسان.

ما يجب الإشارة إلى ذكره بداية أن حقوق الإنسان أصبحت مكفولة في المواثيق الدولية سواء العالمية أو الإقليمية. ومن هنا تستمد هذه الحقوق قيمتها وقوتها، بل الأكثر من ذلك أن هذه المسألة اكتسبت موضعا مشتركا بين جميع الدول. وهذا ما يعطيها الطابع العالمي والدولي الإلزامي إقرارا وحماية، وإن هذه الحماية حازت على إجماع دولي من خلال الترسانة القانونية الضخمة والمتمثلة في جميع النصوص الدولية والإقليمية التي أسست

<sup>69</sup> -انظر: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن "تنفيذ المسؤولية عن الحماية"، وثيقة الأمم المتحدة A/63/677 الصادرة في 15 سبتمبر 2005 الدورة الثالثة والستون للجمعية العامة للأمم المتحدة، ص:9.

<sup>70</sup> - انظر في هذا المعنى: الفقرة 85 من الحكم الصادر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية:

judgment, Turkey, Kayav. Of Mahmut, Case, Hr, Court, Eur of28march2000.para85.

لتنظيم هذا الشأن<sup>71</sup>، ومما لا شك فيه أن النظام القانوني الدولي أسفر على وجود دستور مادي يتكون من مجموعة من المبادئ للقواعد العامة للقانون الدولي التي تضمن انسجامه، وضمن هذا النظام يمكن اعتبار بعض المبادئ كقواعد أمرة ظهرت مع إبرام ميثاق الأمم المتحدة<sup>72</sup>.

الفرع الثاني: مشروعية استخدام القوة كلما دعت الضرورة الإنسانية لذلك.

لا يخفى علينا أن ميثاق الأمم المتحدة حرم استخدام القوة في العلاقات الدولية أو التهديد بها لزعزعة استقرار وسلامة الدول<sup>73</sup>. غير أن ميثاق الأمم المتحدة نفسه ترك حالات استثنائية على الأصل "الحظر" يجوز فيها استخدام القوة كلما تعلق الأمر بالمساس بالأمن الجماعي، إذا أجاز الميثاق صراحة باستخدام القوة من حق مجلس الأمن وذلك في مواجهة الدولة التي تمعن في انتهاك مبادئ الميثاق الجوهرية.

وكذلك من المسائل المشروعة فيها استخدام القوة تلك المتعلقة بحق الدفاع الشرعي والذي استنبط منه بعض الفقهاء أنه يجوز للدولة أن تتدخل بناء على مبدأ مسؤولية الحماية، إذا كان مواطنوها في دولة أخرى يتعرضون لانتهاك حقوقهم الأساسية.

وتبعاً لفتوى محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر سنة 1986 في قضية نيكاراغوا أن قواعد وأحكام ميثاق الأمم المتحدة هي حيوية، وأن القواعد الناظمة لاستخدام القوة بحاجة إلى تفسير في ضوء تطورات القانون الدولي<sup>74</sup>.

المبحث الثاني: تنفيذ مسؤولية الحماية بين الانتقائية والمصالح السياسية:

<sup>71</sup> - عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 101.

<sup>72</sup> - Jean touxouz : « droit international », Universitaire de France édition ,Paris ;

France ; 1993 p56.

<sup>73</sup> - ميثاق الأمم المتحدة 1945.

<sup>74</sup> - قرار محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، الصادر في 27 يونيو

1986، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، الفقرة 176.

نحاول التطرق في هذا المبحث لبعض تطبيقات " مبدأ المسؤولية الحماية" الذي أقرته الأمم المتحدة لتبرير التدخل واستعمال القوة في بعض الأزمات الدولية، من خلال توضيح كيفية تداخل مبدأ مسؤولية حماية المدنيين مع مصالح الدول الغربية بالتطرف للتدخل العسكري في ليبيا سنة 2011 (المطلب الأول)، ثم نقف عند الأزمة السورية (المطلب الثاني)، لنبين مبدأ مسؤولية الحماية أنه في صراع مع الشرعية الدولية والأبعاد السياسية.

### المطلب الأول: تنفيذ مبدأ مسؤولية الحماية في ليبيا:

بعد ثورتي تونس ومصر، امتد "الربيع العربي" إلى ليبيا في 17 من فبراير 2011.

بدأت الاحتجاجات سلمية، لكن سرعان ما تصاعدت الأحداث لتخلص من نظام القذافي بثورة مسلحة سقط فيها الكثير من الضحايا.<sup>75</sup>

ومن أجل وضع حد لهذه الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان في ليبيا، والتي يقترفها النظام في تجاهل تام لكافة الأعراف والمواثيق الدولية.<sup>76</sup>

طالب الأمين العام للأمم المتحدة "بان كيمون" "Bankimoon" من العقيد "أم عمر القذافي" في محادثة هاتفية، وقف العنف ضد المتظاهرين، واحترام الحريات الأساسية وحقوق الإنسان "كالحق في التجمع والإعلام" لكن رغم ذلك هذه المبادرة لم تجد صدى إيجابيا، لأنه وصل عدد القتلى بتاريخ 25 فبراير 2011 ما يربو عن 1000 قتيل، بالرغم من أن السيد "دباشي" "DABBASHI" السفير الليبي لدى الأمم المتحدة كان قد بعث برسالة إلى

<sup>75</sup> - يوسف محمد جمعة الصواني: "ليبيا: الثورة وتحديات بناء الدولة"، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى 2013، ص: 120.

<sup>76</sup> - يوسف أو توجي: "العمل الإنساني في الممارسة الدولية المعاصرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة المولى اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس 2010-2011، ص 197.

مجلس الأمن الدولي بتاريخ 21 فبراير 2011 مطالباً إياه بعقد اجتماع طارئ، بغية إيجاد حل للأزمة الليبية، واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة.<sup>77</sup>

فاستجاب لهذا الطلب وتصاعد وتيرة العنف، وعقد مجلس الأمن الدولي عدة جلسات لمناقشة الأوضاع في ليبيا لإنهاء الصراع، وخرج بتبني القرار رقم 1973<sup>78</sup> استناداً إلى الفصل السابع من الميثاق الأممي،<sup>79</sup> وسمح من خلاله للدول الأعضاء بالتعاون مع الأمين العام للأمم المتحدة، " باتخاذ جميع التدابير اللازمة" من أجل حماية المدنيين، والمناطق الأهلة بالسكان المعرضين لخطر الهجمات في الجماهيرية العربية الليبية"، بما فيها بنغازي مع استبعاد أي قوة احتلال أجنبية أياً كان شكلها، وعلى أي جزء من الأراضي الليبية"، وقرر مجلس الأمن الدولي كذلك فرض حظر على جميع الرحلات الجوية في المجال الجوي للجماهيرية العربية الليبية من أجل المساعدة على حماية المدنيين.<sup>80</sup>

غير أن الجدير بالملاحظة فإن استعمال القوة حسب ما هو وارد في القرار رقم 1973 سنة 2011، يخضع لمعيارين اثنين: فالأول يتعلق بهدف إنساني محض بغية حماية المدنيين المعرضين للخطر في حين المعيار الثاني يجب حصر هذه الإجراءات الردعية المذكورة في القرار في قيام الدول بالطلعات الجوية والبحرية فحسب، لأن كل محاولة نشر قوات على إقليم الجماهيرية العربية الليبية، يعد عملاً محظوراً، لذلك من المستبعد أن تتدخل قوات الأمم المتحدة أرضياً في ليبيا.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> –MUYAMBI DHENA Pétilion:"Droit d'ingérence humanitaire et norme internationales impératives"; édition l'hrmattant, paris 2012,p106.

<sup>78</sup> –القرار رقم 1973 الصادر عن مجلس الأمن الدولي بتاريخ 17 مارس 2011.

<sup>79</sup>– Marc-ANTOINE Jasson : " intervention de L'otan en libye ; responsabilité de protéger, ou ingérence".I.R.I.S18 octobre 2011.voir sur le site :

<http://www.ivirs-France.org/doce/kfm/2011-10-18r2p> et libyep d f/,p2.

<sup>80</sup> –انظر الفقرة 4 و 5 من القرار رقم 1973 (2011).

<sup>81</sup> –Marc-ANTOINE Jasson : "intervention de L'otan en libye ; responsabilité de protéger, ou ingérence".op-cit-p2.

وزيادة على ذلك طالب مجلس الأمن الدولي الوقف الفوري للنزاع وإطلاق النار، لكن في حالة رفض القذافي يكون للدول المشرفة على " تنفيذ مسؤولية الحماية" باسم الأمم المتحدة، القيام بتنظيم عمليات قصف جوية لتدمير قوات القذافي وحماية السكان، وكذلك تطبيق قرار مجلس الأمن رقم 1970 المتعلق بحظر أسلحة قوات القذافي على نطاق واسع وبشكل أفضل، إلى جانب إضافة المزيد من أسماء الأشخاص والمنظمات إلى قائمة حظر السفر وتجميد الأموال.

بعد أيام قليلة من انطلاق الحملة العسكرية التي شنها حلف شمال الأطلسي انقسمت آراء المجتمع الدولي، بين مؤيدين ومعارضين للقرار رقم 1973 (2011)، فمن جهة اعتبر الأمين العام للأمم المتحدة " بان كيمون" أن: هذا التصرف يعد بداية لترسيخ زمن مفهوم " مسؤولية الحماية" الذي تبنته الأمم المتحدة في مؤتمر اختتام القمة العالمية عام 2005،<sup>82</sup> ومن جهة أخرى أيدت معظم الدول العربية القرار إلى حد كبير شاركت في تنفيذه وتمويله، بينما اعترضت عدة دول أخرى بحدة شديدة على حدوث تدخل عسكري أجني، وأبدت مخاوفها منه كالسودان وتركيا وزيمبابوي والإكوادور وبوليفيا، في حين دعت بعض الدول الأخرى إلى الاكتفاء بالحلول الدبلوماسية مثل الأرجنتين.<sup>83</sup>

غير أن موقف الاتحاد الإفريقي الرسمي، كان رافضا لفكرة التدخل العسكري في ليبيا، لكن جاءت الدول الثلاث الأعضاء في مجلس الأمن الدولي لكل من نيجيريا وجنوب إفريقيا واليابون، لتوافق على القرار رقم 1970 والقرار رقم 1973 بشأن فرض عقوبات على ليبيا باللجوء إلى القوة العسكرية، في حين امتنعت كل من الصين وروسيا والهند وألمانيا عن التصويت على القرار رقم 1973، لذلك لو امتنعت هذه الدول الإفريقية الثلاث عن

<sup>82</sup> - انظر الفقرة 1 و 4 من القرار رقم 1973 (2011).

<sup>83</sup> - انظر التعليق على قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1973 على الموقع التالي:

<http://www.ar.mripdia.org/>

التصويت أو بالأحرى رفضت، لم يكن في الوجود أصلا القرار رقم 1973 ولم يخص بالتأييد الكافي داخل مجلس الأمن الدولي لتطبيقه.<sup>84</sup>

يلاحظ أن هذا الاختلاف الحاصل ما بين الاتحاد الإفريقي للمنظمة، وموقف دوله الأعضاء كفاعلين مستقلين، يعود إلى سوء التواصل بين قيادة الاتحاد في اتخاذ القرارات، وبين الدول الأعضاء، فاتخاذ هذه الدول الثلاث موقف مغاير لموقف الاتحاد الرسمي، أضعف من مصداقيته كمنظمة قادرة على الدفاع عن مبادئها، لأن هذا التباين في المواقف يؤكد أن الحلول السياسية التي اقترحها الاتحاد كان الهدف من وراءها حماية مصالحه بالسعي وراء تجنب هذا التدخل الأجنبي في ليبيا كدول افريقية.

لو عدنا مجددا وسلطنا الضوء على أهداف وأسباب التدخل المتعلقة في ليبيا لوجدنا أن القرار رقم 1970 والقرار رقم 1973 فيهما مزج بين الأهداف الإنسانية المتمثلة في "حماية المدنيين" من جهة، والاعتبارات السياسية المتعلقة بالمطالب المشروعة للشعب الليبي الذي أراد التغيير في حياته السياسية.<sup>85</sup>

يمكن الإشارة إلى أن هذا التدخل أعاد للواجهة عدة مفاهيم كانت سائدة من قبل كمفهوم "الحرب العادلة" "Guerre Juste" أو "الحرب الإنسانية" "Guerre humanitaire"، لذلك يرى الأستاذ "بومي برينو" Bruno Pommier " أنه: للمرة الأولى اجتمعت الشروط التي تقوم عليها "الحرب العادلة"، نظرا لأن الأمم المتحدة أعلنت حربا عادلة من أجل حماية المدنيين، واعتراف الأمم المتحدة بوصف هذه الحرب بأنها عادلة، يعني إضفاء الشرعية والمشروعية على التدخل الحاصل في كوسوفو في ربيع 1999.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> - زياد عاقل: "الاتحاد الإفريقي والتورة الليبية: البروتوكولات والمصالح"، أنظر الموقع التالي:

<http://www.wacpss.alrrmadigital.org/p5>.

<sup>85</sup> - Ibid.p6.

<sup>86</sup> - pommier Bruno : "Le recours à la force pour protéger les civiles et l'action humanitaire, le cas libyen et au -dela" R.I.C.R,voll 93, Genève 2011,p176.

لكن بالرغم من الشرعية والمشروعية التي حاز عليها القرار رقم 1973، إلا أننا نجد الدول الغربية المشاركة في تنفيذه ارتكبت الكثير من التجاوزات، بسبب إفراطها في استعمال القوة العسكرية، مما أثار سلباً على مصداقية "مبدأ مسؤولية الحماية" التي دعت إليه الأمم المتحدة، ونستشف ذلك من خلال تتبع مجريات الأحداث عند تطبيق القرار المذكور، والتي كشفت عن نوايا المسؤولين على تنفيذه الطامحة إلى رؤية "أم عمر القذافي" يرحل من "باب ضيق" وليس حماية المدنيين فحسب، والدليل على ذلك صحيفة "نيويورك تايمز" (Newyork times) كتبت على الرئيس "براك أوباما" "Barak Obama" والوزير الأول البريطاني "دافيد كامرون" "David Cameroun" والرئيس الفرنسي "نيكولا ساركوزي" "Nicolas sarkozy" الذين أعلنوا صراحة أن الهدف من العملية العسكرية في ليبيا ليس الإطاحة "بالقذافي".

لكن العمليات العسكرية التي قام بها حلف شمال الأطلسي في يونيو 2011 كشفت بأن الحلف كان يقوم بتقديم المساعدة العسكرية للثوار، من أجل التقدم نحو طرابلس، وزيادة على ذلك قامت كل من فرنسا وبريطانيا بالهبوط عن طريق الطائرات المروحية للحدود الجوية التي رسمها القرار 1973 وقام بعض الضباط بتقديم الأسلحة والتوجيهات لبعض من القبائل الثائرة ضد نظام القذافي،<sup>87</sup> مما جعل مبدأ مسؤولية الحماية يتحول إلى تدخل في الشؤون الداخلية، بتقديم المساعدة للثوار والمجلس الوطني الانتقالي الليبي، من أجل الإطاحة بنظام القذافي.<sup>88</sup>

خلاصة القول، إن التدخل في ليبيا كان تحت المسوغات الإنسانية والمسؤولية الأخلاقية للمجتمع الدولي،<sup>89</sup> غير أن الدوافع الإستراتيجية والأهمية الجيوسياسية

<sup>87</sup> – Marc-ANTOINE Jasson : "intervention de L'otan en libye ; responsabilité de protéger, ou ingérence?".op-cit-p3.

<sup>88</sup> –Ibid.p4.

<sup>89</sup> –محمد عبد الحفيظ الشيخ: "أبعاد التدخل الإنساني للأمم المتحدة في أحداث الثورات العربية (ليبيا وسوريا نموذجاً)،المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 44-43 صيف خريف 2014، ص:136.

والجيوطاقية لليبيا كان من أهم العوامل وراء الدفع بالعملية العسكرية الأمريكية الأوروبية في ليبيا، هذا إلى جانب العوامل القانونية التي فتحت الطريق أمام هذه العملية (متمثلة في القرار 1973 حول ليبيا).

المطلب الثاني: تنفيذ مسؤولية الحماية في سوريا:

ساهمت جهود المجتمع الدولي في الوقوف إلى جانب الشعب الليبي، بالرغم من وجود خلفيات سياسية وراء ذلك لكن هذه الجهود، لم تصل إلى إيجاد حل للشعب السوري الذي يعاني الاضطهاد من قبل نظام "الأسد"، فكل ما في الأمر اكتفى المجتمع الدولي ببعض المبادرات فقط كمبادرة "كوفي عنان" و"الأخضر الإبراهيمي" التي لم يكثر لها النظام، وهذا ما جعلنا نتساءل هل عدم تدخل مجلس الأمن الدولي في الأزمة السورية يرجع لعدم توافر الأسباب القانونية؟ أم أن الاعتبارات السياسية هي الحد الفاصل الذي حال دون تطبيق مبدأ مسؤولية الحماية في سوريا؟.

للإجابة على هذه التساؤلات وتوضيح تطبيق "مبدأ مسؤولية الحماية" أنه يخضع للانتقائية، ولا حماية بمعزل عن المصالح السياسية، يمكن القول أن ما يقوم به النظام السوري ضد شعبه من جرائم يمكن وصفه بجرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم التطهير العرقي، التي أكدت عليها مبادرة مسؤولية الحماية الأممية سنة 2005.

لكن ما يذكر من ردود فعل دولية تجاه هذه الجرائم نجد كل ما في الأمر أن مجلس حقوق الإنسان قام بإنشاء لجنة تحقيق دولية مستقلة، مهمتها التحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان منذ مارس 2011، وقد عقدت اللجنة في الفترة الممتدة ما بين شتنبر حتى منتصف نونبر 2011 عدة اجتماعات مع دول أعضاء من المجموعات الإقليمية، ومع منظمات إقليمية بما فيها جامعة الدول العربية ومنظمة التعاون الإسلامي، ومنظمات غير حكومية، كما أجرت عدة مقابلات مع 223 شخصا من ضحايا الانتهاكات لحقوق الإنسان من بينهم مدنيون ومنشقون عن القوات العسكرية والأمنية، وخلصت اللجنة في تقريرها بتاريخ 23

نونبر 2011 أن هناك أنماطا من عمليات الإعدام والاعتقالات التعسفية والاختفاء القسري والتعذيب بما فيها انتهاكات حقوق الطفل مما يمكن وصف هذه الأعمال بأنها جرائم ضد الإنسانية.<sup>90</sup>

فسورية الدولة التي شغلت موقعا بارزا في خريطة "الربيع العربي" ، لكونها ذات أهمية كبيرة للغاية بالنسبة إلى السياسة الخارجية للقوى الكبرى، فضلا عن حساباتها الإستراتيجية المعقدة إقليميا ودوليا بخلاف الحسابات الغربية الصرفة في ليبيا، فالموقف الروسي الداعم بثبات للنظام السوري ومعارضته لأي تدخل عسكري لإسقاط نظام دمشق ، دونما اعتبارات للجرائم التي يرتكبها نظام دمشق منع الدول الغربية من الذهاب إلى تدخل عسكري في سوريا.<sup>91</sup>

وتولي روسيا أهمية خاصة لعلاقتها العسكرية والاقتصادية القوية بسورية، وتحدث عن عدم سماحها بتكرار النموذج الليبي، حيث ترى روسيا أن زعزعة الاستقرار في سورية ستكون له عواقب وخيمة في الشرق الأوسط وكذلك في مناطق بعيدة جدا من سوريا نفسها.<sup>92</sup>

خلاصة القول، تنفيذ مسؤولية الحماية في سوريا، أظهر انقسام المجتمع الدولي في معالجة الأزمة السورية،<sup>93</sup> وتضاربات في المواقف بين الفاعلين الدوليين، كهيمنة توازنات المصالح بين القوى الكبرى على الأطر القانونية للتدخل، وعدم إيلائها أي وزن للقيم الأخلاقية ، إذا تصادمت مع مصالحها.

<sup>90</sup> -السراج عبد الرحمن: "التدخل الإنساني في سوريا بين الاعتبارات القانونية والسياسية"،

انظر الموقع التالي: <http://Freesyrianrevolution.blogspot.com/>.p19

<sup>91</sup> -ميشيل كيلو: "رهانات صعبة: حسابات موسكو تجاه الصراع في سوريا"، السياسة الدولية، العدد 195، يناير 2014، ص: 103.

<sup>92</sup> -علاء عبد الحفيظ محمد: "مستقبل الدولة الوطنية العربية في ضوء اشكالية العلاقة بين الداخل والخارج"، المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 429 سنة 2014، ص: 15.

<sup>93</sup> -أيمن سلامة: "واجب التدخل"، تحول في اطر المسؤولية الدولية لحماية المدنيين"، السياسة الدولية، العدد 189 يوليو 2012، ص: 147.

المطلب الثالث : تقييم تطبيق تجربة مسؤولية الحماية في الأزمة الليبية والسورية. فالواقع العملي يبين أنه لم يتجاوز مشكل الانتقائية، حيث تم تطبيق التدخل الإنساني العسكري تحت مبدأ مسؤولية الحماية، فتدخل الأمم المتحدة في ليبيا بموجب القرار 1973 يعتبر تجسيدا لمبدأ مسؤولية الحماية، إلا أن هذا لم يضع حدا للمعاملة الانتقائية وازدواجية المعايير التي ترجمت في الأزمة السورية التي تمثل حالة اختيار ضعيفة لمفهوم مسؤولية الحماية على أرض الواقع، حيث لم يتدخل مجلس الأمن أية إجراءات قسرية ضد النظام السوري وذلك بسبب الفيتو الروسي والصيني، إن مجلس الأمن لم يفشل فقط في وقف الحرب الأهلية في سوريا، بل أيضا وقف مكتوف الأيدي حتى أمام توفير المساعدات الإنسانية الضرورية من غذاء ودواء لملايين السوريين.

وقد انعكست هذه الأوضاع على ممارسة مجلس الأمن لمهامه في حفظ السلم والأمن الدوليين، بحيث جاءت تدخلاته في المنازعات التي عرفت عليه ملبية للمصالح للدول الكبرى دائمة العضوية كل حسب تأثيرها بداخله، أي أن معالجة مجلس الأمن للنزاعات المعروضة عليه تتحدد وفقا لمصالح الدول الكبرى وتوازنات القوى داخل مجلس الأمن وحجم ومكانة الدولة المخالفة، وعلاقتها مع إحدى الدول الكبرى الدائمة العضوية، ففي ليبيا تحرك المجلس بسرعة قياسية نظرا لوجود مصالح مباشرة للبلدان الأوروبية، أما في سوريا فالمستفيد من عدم التدخل هما الصين وروسيا اللتان تملكان امتيازات فيها.

خاتمة:

نستنتج من خلال هذه الدراسة أن مفهوم الحماية جرى تسويقه بنجاح باهر في الحالة الليبية تحدها مصالح الدول التي تدفع للتدخل العسكري للهيمنة على المصادر الطاقية وليس حقوق الإنسان، أما بخصوص الحالة السورية نرى أن المجتمع الدولي (مجلس الأمن) قد أصابه الشلل الكلي في التصدي للأزمة السورية لوقف الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، فكل القرارات التي أصدرها بشأن الأزمة السورية باءت بالفشل نتيجة تضارب في المواقف بين القوى الكبرى في المجتمع الدولي.

### لائحة المراجع:

ماسينقهام ايف (Massingham EV): "التدخل العسكري لأغراض إنسانية: هل تعزز عقيدة مسؤولية الحماية ومشروعية استخدام القوة لأغراض إنسانية"، المجلة الدولية لصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 876، جوفيف 2009.

يوسف حسن يوسف: "المسؤولية الجنائية الدولية لمؤسسات الدولية وكيفية التقاضي الدولي"، المركزي القومي للإصدارات القانونية: القاهرة، الطبعة الأولى 2013.

محمد بوبوش: "أثر التحولات الراهنة على مفهوم السيادة الوطنية"، مؤلف جماعي، بيروت، لبنان، 2006.

عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

يوسف محمد جمعة الصواني: "ليبيا: الثورة وتحديات بناء الدولة"، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى 2013.

يوسف أو توحى: "العمل الإنساني في الممارسة الدولية المعاصرة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة المولى اسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس 2010-2011.

الدكتور محمد عبد الجليل الشيخ القاضي

رئيس مركز نواكشوط للدراسات القانونية – أستاذ متعاون بجامعة العلوم

الإسلامية بالعيون وبجامعة نواكشوط-موريتانيا

## التأسيس لمصدرية الشريعة للقانون في الدساتير

### الموريتانية: الدلالة والحمولة الدستورية

Instauration de la source charia du droit dans les constitutions mauritaniennes

مقدمة:

حرصت أغلب دساتير الدول الإسلامية في العصر الحديث على دسترة مقتضيات تحدد الهوية الدينية للدولة والشعب، باعتبار كل أوغالبية مواطني الدولة يعتنقون الديانة الإسلامية. وقد تفاوتت هذه الدساتير في طريقة دسترة المسألة الدينية، فبعضها اكتفى بالتنصيص على أن الإسلام دين الدولة كما هو الحال بالنسبة للدستور التونسي 2014<sup>94</sup> والدستور الأردني 1952<sup>95</sup> والدستور الجزائري 1996 المعدل<sup>96</sup>، بينما أضافت بعض الدساتير الأخرى مقتضى تحديد "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للقانون مثل الدستور المصري 2014<sup>97</sup> والدستور الكويتي 1962<sup>98</sup>، والدستور السوري 2012<sup>99</sup> حيث أكدت هذه الدساتير أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للقانون.

أما فيما يخص الحالة الموريتانية فيمكن التفريق بين الدساتير الثلاثة التي عرفت البلاد: ففي مرحلة تجرّبي دستور 1959 و1961 استعرضت مضامين هذين الدستورين

<sup>94</sup> ينظر الفصل الأول من الدستور التونسي لسنة 2014.

<sup>95</sup> انظر المادة الثانية من الدستور الأردني.

<sup>96</sup> المادة الثانية من الدستور الجزائري لسنة 2020.

<sup>97</sup> المادة الثالثة من الدستور المصري 2014.

<sup>98</sup> المادة الثانية من الدستور الكويتي.

<sup>99</sup> الفصل الثالث من الدستور السوري لسنة 2012.

الهوية الدينية الإسلامية بطريقة خجولة، حيث اكتفى كل منهما بالحديث عن المسألة الدينية بإدراجها ضمن المبادئ العامة التي يتمسك بها الشعب الموريتاني لضمان سيادته على حوزته الترابية وحرية تقدمه السياسي والاقتصادي والاجتماعي ( مثل المبادئ الديمقراطية الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر 1789 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر 1948 ودستوري فرنسا الصادرين 1948 و1958).

بيد أنه بخصوص التجربة الدستورية الثالثة التي أقرت وثيقتها في 20 يوليو 1991 فقد كانت محددات معالم الهوية الدينية للدولة والشعب محبوب عليها بشكل صريح في فقرات الديباجة ومواد متن الدستور، بل وصل الأمر إلى حد التأسيس لمبدأ حصر مصادر القانون في أحكام الشريعة الإسلامية، رغم مانصت عليه مقتضيات دستورية من الإحالة على مصادر أخرى كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

في ضوء ما سبق تنزل إشكالية هذه الدراسة لتحاول البحث في إمكانية التوفيق بين المقتضى الدستوري الذي يحصر مصادر القانون في الشريعة الإسلامية من جهة والمقتضيات الدستورية التي تكرر مرجعية مصادر أخرى للقانون الموريتاني من جهة ثانية. ولمحاولة دراسة أهم الجوانب المرتبطة بالإجابة هذه الإشكالية وما يتفرع عنها من أسئلة فرعية ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال ثلاثة محاور، يتناول الأول منها تطور المسألة الدينية في الدساتير الموريتانية، في حين سيخصص الثاني للحمولة الدستورية لتكريس مصدرية الشريعة لقانون، بينما يتناول المحور الثالث الآثار المترتبة عن التمسك الحر في مبدأ أحادية مصدرية الشريعة للقانون.

#### المحور الأول: تطور المسألة الدينية في الدساتير الموريتانية

إن المتتبع للتجارب الدستورية والمواثيق العسكرية التي عرفت موريتانيا يلاحظ أنها لم تكن على درجة واحدة من حيث الاهتمام بالمسألة الدينية سواء من حيث التأكيد

على أن الدين الإسلامي هو الدين الرسمي للجمهورية او من حيث تناول موضوع مصدرية الشريعة الإسلامية للقانون، وغير ذلك من المبادئ المؤكدة على المرجعية الإسلامية للدولة. وهو ما سيتضح من خلال الآتي:

#### أولاً: المسألة الدينية في دستوري 1959 و1961

تحرص الدساتير في الدول الإسلامية على دسترة المسألة الدينية واستعراض مصدرية أحكام الدين الإسلامي<sup>100</sup> للقانون في ديباجتها. غير أنه بقراءة تركيبية لديباجة كل من الدستورين اللذين عرفتهما موريتانيا سنتي 1959<sup>101</sup> و1961 نلاحظ أن مضامينها جاءت خالية من أية إشارة لمصدرية الشريعة الإسلامية للقانون.

وإذا كان يمكن القول إن خلو دستور 1959 من مقتضى مصدرية الشريعة القانون قد يكون متفهما نظرا لوضع هذا الدستور في فترة مازالت البلاد تخضع للسيادة الفرنسية، فإن الأمر يبدو مستغربا بخصوص دستور 1961<sup>102</sup> الذي تحاشى في ديباجته ذكر الهوية الدينية الإسلامية للشعب على وجه التحديد والتخصيص. ولا يبدو من المجانف للصواب القول بأن المشرع الدستوري تحاشى التبويب على ذلك عن قصد حتى يرتب عليه مقتضى دستوري آخر تضمنته المادة الثانية من نفس الدستور، والتي أكدت في فقرتها الثانية على أن الجمهورية تضمن للجميع حرية المعتقد والحق في ممارسة الشعائر الدينية.

هذا التوجه الذي نحاه المشرع الدستوري في دستور الاستقلال الصادر 20 مايو 1961 والذي ربما يتغيا طمس الهوية الدينية الإسلامية حصرا لشعب الجمهورية أشفع كذلك بمقتضى يساهم هو لآخر في طمس هويته اللغوية والثقافية، وذلك بتأكيد المادة الثالثة من نفس الدستور على أن "اللغة الفرنسية هي اللغة الرسمية للدولة"، وتم إغفال أي ذكر للغة العربية سواء من حيث اعتبارها اللغة الرسمية الأولى أو حتى مجرد لغة ثانية،

<sup>100</sup> وتارة يستخدم بعض هذه الدساتير عبارة " الشريعة الإسلامية" أو " الفقه الإسلامي".  
<sup>101</sup> - دستور 22 مارس 1959، الجريدة الرسمية، السنة 1، عدد خاص، بتاريخ 13 مايو 1959.

<sup>102</sup> دستور 1961 الصادر بموجب القانون الدستوري رقم 95-61، الجريدة الرسمية، عدد 59، الصادر بتاريخ 03 يونيو 1961.

واستمر هذا الوضع إلى ان تم تعديل هذه المادة (أي المادة الثالثة) سنة 1968 لتبوع على أن اللغة العربية تعتبر لغة ثانية<sup>103</sup>.

لقد استمر العمل بدستور 1961 حتى انقلاب العاشر من يوليو 1978 الذي ترتب عنه إلغاء العمل بالدستور وحل كل المؤسسات المنبثقة عنه، وصدرت خلال الفترة الفاصلة بين 1978 و1985 عدة موثيق دستورية أصدرتها اللجان العسكرية التي تعاقبت على الحكم خلال هذه الفترة، لكن هذه الموثيق لم تعرض مسألة مصدرية الشريعة الإسلامية للقوانين أي اهتمام يذكر. بيد أنه بحلول سنة 1985 تم طرح مصدرية الشريعة الإسلامية للقانون بقوة، حيث حرصت اللجنة العسكرية المسكة بزمام الحكم وقتئذ على التنصيص بشكل صريح في الميثاق الدستوري الذي صدر خلال هذه السنة (أي سنة 1985) على أن أحكام الدين الإسلامي هي المصدر الوحيد للقانون. وتم الاحتفاظ بهذا المقتضى الدستوري ليتم إثباته في ديباجة دستور 20 يوليو 1991.

ثانيا: مكانة المرجعية الإسلامية في هندسة دستور 1991<sup>104</sup>

بقراءة متأنية للدستور الموريتاني لسنة 1991 نلاحظ أن المرجعية الإسلامية كانت حاضرة في ذهن المشرع الدستوري وهو يصوغ مضامين الدستور؛ فمن حيث القالب الشكلي حرص المشرع على افتتاح كتابة النص الدستوري بإيراد "البسملة" (بسم الله الرحمن الرحيم) في أعلى الصفحة الأولى من الوثيقة الدستورية، ولا يخفى ما لهذا المعطى

<sup>103</sup> -راجع المادة الثالثة من دستور 1961 (بعد التعديل).

<sup>104</sup> -دستور 20 يوليو 1991 الصادر بموجب الأمر القانوني رقم 022-91 المتضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجريدة الرسمية الموريتانية، عدد 763، بتاريخ 30 يوليو 1991، والمراجع بموجب القوانين الدستورية التالية:

-القانون الدستوري الاستفتاءي رقم 021-2017- الجريدة الرسمية، عدد 1393، بتاريخ 15 /08 /2017. والقانون الدستوري الاستفتاءي رقم 022-2017، الجريدة الرسمية، عدد 1393، مكرر بتاريخ 15 /08 /2017.

-القانون الدستوري رقم 015-2012 الصادر بتاريخ 20 مارس 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 1226، بتاريخ 30 إبريل 2012.

-القانون الدستوري رقم 014-2006 الصادر بتاريخ 12 يوليو 2006 المتضمن تعديل بعض أحكام دستور 20 يوليو 1991، الجريدة الرسمية، عدد 1122، بتاريخ 15 يوليو 2006.

من دلالة رمزية تعطي انطبعا عاما بأن المضامين الدستورية كتبت تحت "رقابة" المرجعية الإسلامية.

أما فيما يتعلق بالنص الدستوري نفسه فقد استهل المشرع الدستوري الفقرة الأولى من ديباجة الدستور باتكال الشعب الموريتاني على "الله العلي القدير"، وفي الفقرة الثانية تم التأكيد على إعلان تمسك الشعب بالدين الإسلامي، فضلا عن ذلك أكدت الفقرة الثالثة احترامه "لأحكام الدين الإسلامي الذي هو المصدر الوحيد للقانون".

وهكذا لم يكتف المشرع الدستوري بهذه الإشارات الموهلة في المرجعية الإسلامية المتضمنة في فقرات الديباجة، بل خصص المادة الأولى من متن الدستور لتعريف موريتانيا بأنها: "جمهورية إسلامية...". ونفس هذا المعطى التوصيفي أكدت عليه المادة الخامسة (5) من نفس الدستور بنصها على أن "الإسلام دين الدولة والشعب". وفي نفس المنحى يمكن أن نشير إلى ما تضمنته المادة 23 (من نفس الدستور) من اشتراط أن تكون ديانة رئيس الجمهورية هي الدين الإسلامي<sup>105</sup>.

علاوة على ذلك نجد المشرع الدستوري في دستور 1991 حرص على تحاشي دسترة مسألة الحرية الدينية او حرية المعتقد على خلاف سلفه دستور 1961 الذي كان يكرس بصريح العبارة الحق في حرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية<sup>106</sup>.

المحور الثاني: مصدرية أحكام الدين الإسلامي للقانون: الدلالة والحمولة الدستورية  
حرص المشرع الدستوري الموريتاني على إدراج مبدأ مصدرية أحكام الدين الإسلامي للقانون في ديباجة دستور 1991، وهو ما يقتضي منا بدءا استعراض مدلولات مفردات هذا المبدأ، ثم تناول القيمة القانونية للديباجة وموقع مقتضياتها من مضامين متن الدستور.

<sup>105</sup>-تنص المادة 23 من دستور 1991 على ما يلي: "رئس الجمهورية رئيس الدولة والإسلام دينه".  
<sup>106</sup> راجع المادة الثانية من دستور 1961، مرجع سابق.

أولاً: مدلول المصدر

يحيل مصطلح "المصدر" إلى مفاهيم متعددة، فهناك (المصدر المادي) و(المصدر التاريخي) و(المصدر الرسمي) و(المصدر التفسيري).

1-المصدر المادي او الموضوعي:

يقصد بالمصدر المادي أو الموضوعي العناصر الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية ومضمونها والمتمثلة في عناصر البنية الاجتماعية العقائدية والأخلاقية والسياسية والاقتصادية والثقافية والجغرافية والتاريخية.

2-المصدر التاريخي:

ويقصد به الأصول التاريخية التي تستقي منها القواعد القانونية أحكامها.

3-المصدر الرسمي

ويقصد به السلطة التي تعطي للقواعد القانونية قوتها الملزمة<sup>107</sup>، أو بمعنى آخر الشكل الذي تظهر عليه القواعد القانونية بما يجعلها قانوناً واجب الإتياع من خلال صدورها من طرف هيئة مختصة وبعد إتياع إجراءات معينة، وإذا كان المصدر المادي يتمحور حول جوهر القاعدة القانونية فإن الوسيلة التي تعبر عن الجوهر وتجعله قانوناً واجب الاحترام وهذا الطابع الإلزامي هو الذي يميز المصادر الرسمية عن غيرها من المصادر<sup>108</sup>.

4-المصدر التفسيري

<sup>107</sup> انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس-مصر، سنة النشر 1936، ص:

53.

<sup>(108)</sup> راجع: د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص: 19-20.

يقصد به المرجع الذي يجلو غامض القانون ويوضح ميمه<sup>109</sup>، ومن أبرز المصادر التفسيرية الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية.

### ثانياً: مدلول أحكام الدين الإسلامي

بالاطلاع على دساتير الدول الإسلامية نلاحظ أنها لم تتفق على صياغة اصطلاحية موحدة عندما اتجهت نحو دسترة مرجعيتها الإسلامية، فبعضها يستخدم مصطلح "الشريعة الإسلامية"<sup>110</sup> وبعضها يستخدم مصطلح "الدين الإسلامي"<sup>111</sup>، في حين اعتمد البعض الآخر مصطلح "الفقه الإسلامي"<sup>112</sup>.

وقد درج علماء المسلمين على استعمال تعبير "أحكام الدين" و"الشريعة الإسلامية" لترادف ما يحيلان إليه من معان، أي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام سواء منها ما يتعلق بعلاقة الإنسان بربه أو بغيره أو بنفسه. أما مصطلح "الفقه" فيعتبر أضيق نطاقاً من تعبير "أحكام الدين أو الشريعة الإسلامية" إذ يرتبط موضوعه أساساً بالعبادات والمعاملات.

عطفاً على ما تقدم نلاحظ أن المشرع الدستوري الموريتاني على غرار بعض نظرائه في الدول الإسلامية، اعتمد مصطلح "أحكام الدين الإسلامي هي المصدر الوحيد للقانون"، وهذا الصياغة بإضافة الألف واللام إلى المصدر (حسب رأي الأستاذ سليمان الطماوي) لها دلالة حتمية: "وهي أن كل تشريع قائم وقت صدور هذا النص ويتعارض مع حكم قطعي الثبوت والدلالة في الشريعة الإسلامية يعتبر غير دستوري"<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مرجع سابق، ص 53.

<sup>110</sup> مثل الدستور المصري لسنة 2014، (المادة الثانية منه).

<sup>111</sup> مثل ديباجة الدستور الموريتاني لسنة 2001، المعدل، 1991 النافذ حالياً.

<sup>112</sup> مثل الدستور السوري لسنة 2012 ( المادة الثالثة منه).

<sup>113</sup> راجع سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي-القاهرة، الطبعة السابعة، 2012، ص 15.

غير بعض أساتذة القانون الدستوري في موريتانيا طرح فرضية أخرى مرتبطة  
بسؤال: هل هذه الإحالة على "أحكام الدين الإسلامي" تعتبر إحالة قانونية صرفة أم أنها  
مجرد إحالة سياسية؟

يرى الأستاذ أحمد سالم ببوط أن إحالة ديباجة الميثاق الدستوري لسنة 1985 إلى  
أحكام الدين الإسلامي باعتباره المصدر الوحيد للقانون (والتي تم التأكيد عليها في ديباجة  
دستور 20 يوليو 1991) لها بعد سياسي أكثر من كونها تجسد بعدا قانونيا محضا: " فهي  
مقتضيات تتضمن مبادئ وصفية تبين بشكل مختصر اتجاه مجموع القوانين التي يتكون  
منها القانون الوضعي في موريتانيا أكثر من كونها قواعد قانونية حقيقية"<sup>114</sup>.

ويؤيد هذا الاتجاه الأستاذ محمد محمود ولد محمد صالح الذي ذهب إلى القول  
بالإحالة التي وردت في ديباجة الميثاق الدستوري لسنة 1985 (وأكدت عليها ديباجة دستور  
1991) ذات قيمة معنوية أو أدبية أكثر من كونها قانونية بحجة أن الكثير من دساتير الدول  
العربية تتضمن إشارات من هذا القبيل<sup>115</sup>.

وإذا سلمنا مبدئيا بأن هذه الإحالة تدستر قواعد قانونية ثابتة فما هي القيمة  
الدستورية والقانونية للمقتضيات والمبادئ التي تتضمنها الديباجة؟

### ثالثا: المكانة الدستورية والقانونية للديباجة

أثير جدل فقهي كبير حول القيمة القانونية للديباجة، فهل لها نفس القوة  
القانونية لمواد الدستور أم أن قوتها تفوق متن الدستور؟ أم أنها مجرد مقدمة تتضمن  
مبادئ عامة ذات قيمة معنوية أكثر من كونها لها قيمة قانونية؟

<sup>114</sup>-Ahmed Salem Boubout, Regards sur la chart constitutionnel du 09 février 1985  
"RMDE" Numéro2, 1987, P32.

<sup>115</sup> Mohamed Mahmoud Mohamed Saleh quelques aspects de la reception du droit  
Français  
en Mauritanie, "RMDE" Numéro 5 ,1985, p16.

ظل هذا الجدل سائدا في الكثر من الدول التي لم يحسم المشرع الدستوري فيها بشكل صريح مكانة الديباجة من متن الدستور. ففي فرنسا مثلا لم يحسم هذا الجدل إلا بقرار المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 01/12/1977 الذي قضى بعدم دستورية قانون تفتيش السيارات الخصوصية باعتبار ذلك مناقض لمبدأ احترام الحريات الفردية المؤكد عليها في ديباجة دستور 1958.

بخصوص الحالة الموريتانية فقد ثار نقاش فقهي حول موضوع القيمة الدستورية للديباجة بعيد إقرار دستور 20 يوليو 1991، نظرا لتحايش المشرع مسألة حسم موقع الديباجة من النص الدستوري، حيث اعتبر البعض بأن الأحكام التي تتضمنها ليست بمثابة قواعد قانونية حقيقية، بينما ذهب آخرون إلى القول بأن الديباجة جزء لا يتجزأ من الدستور بل إنها هي النص الأساسي فيه<sup>116</sup>.

ويمكن القول إن هذا الجدل تم حسمه بقرار المجلس الدستوري الموريتاني رقم 006-2009 المتعلق بقضية التحقق من شغور منصب رئيس الجمهورية، حيث أسس المجلس إحدى حيثيات هذا القرار على قاعدة "جلب المصالح ودرء المفسد" التي تعتبر من قواعد الشريعة الإسلامية التي أكدت ديباجة دستور 1991 على أنها هي "المصدر الوحيد للقانون".

وبهذا القرار يكون المجلس الدستوري حسم موقع الديباجة وقيمة المبادئ التي تتضمنها، وذلك بتأسيس قراره عليها كما هو الحال مع مواد باقي متن الوثيقة الدستورية. وفضلا عن ذلك نجد المشرع الدستوري في المراجعة الدستورية الأخيرة سنة 2017 عندما استعرض التمهيد المحدد للمواد التي سيطلبها التعديل، أكد أن المادة الأولى منه تقضي بتعديل بعض مقتضيات الديباجة، وهو ما يحيل إلى القول بأن المشرع لا يفرق بين الديباجة والمتن فلهما نفس القيمة والقوة ومسطرة تعديل مقتضياتهما واحدة.

<sup>116</sup> - للتفصيل أكثر، راجع بدر خان إبراهيم، الحريات العامة في موريتانيا، مؤسسة سعيدان للطباعة والنشر - سوسة تونس، 1997، ص 16.

المحور الثالث: الآثار المترتبة على التفسير الحرفي لأحادية مصدرية الشريعة للقانون  
 لاشك أن التمسك الحرفي بمبدأ أحادية مصدرية الشريعة للقانون قد يطرح بعض  
 الصعوبات على مستوى التنزيل والممارسة القضائية، وهو ما يبدو أن المشرع الدستوري  
 حاول الحد منه من خلال دسترة الإحالة إلى العديد من التشريعات الدولية. وإذا كان  
 موضوع القيمة القانونية للديباجة أصبح متجاوزا نظرا لحسمه من قبل القضاء  
 الدستوري الموريتاني وكذلك القضاء الدستوري المقارن، فإن مبدأ حصر مصادر القانون  
 في الشريعة الإسلامية، فحسب، يطرح بعض الإشكالات على مستوى التفسير الحرفي  
 لعمولة ماتحيل إليه هذه الإحالة التي تركز أحادية المصدر، خاصة وأن المشرع استخدم  
 عبارة "أحكام الدين الإسلامي المصدر الوحيد للقانون".

في هذا الصدد يمكن القول إنه كان حريا بالمشرع الدستوري أن يستخدم عبارة "المصدر الرئيسي للقانون" بدل "المصدر الوحيد..."، فذلك أكثر دقة وانسجاما مع ماتفرضه تفاعلات العصر الحالي من مساهمة للوجهات التشريعية الحديثة في حدود ما لا يتناقض بشكل قطعي مع أحكام الشريعة الإسلامية، وحتى لا يحصل عدم تماسك بين مقتضيات الدستورية التي تضمنتها الديباجة، حيث حرص المشرع من ناحية أخرى على أن يضمن بعض فقراتها الإحالة على مرجعيات أخرى كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية المصادق عليها.

انطلاقا مما سبق تبدو عبارة "المصدر الرئيسي..." أكثر استيعابا لإمكانية تعدد المصادر ولو كان بعضها ثانويا، كما أنها قد تسعف القاضي في اللجوء إلى هذه الأخيرة (أي المصادر الثانوية) عندما يريد البت في قضية معروضة عليه، والحال أن مقتضيات النص التشريعي المتعلق بالقضية محل النزاع لا تتطابق بشكل كلي مع أحكام الشريعة الإسلامية لكنها في نفس الوقت لا تتعارض معها بشكل قطعي.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن القاضي لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يمتنع عن تطبيق القانون<sup>117</sup> ولو كان ذلك بحجة مخالفة القانون للشريعة الإسلامية؛ إذ من الواضح أن هذه السياسة القضائية تصطدم مع القواعد العامة التي تحكم الوظيفة القضائية من حيث التزام القاضي بطلبات ودفوع الأفراد<sup>118</sup>، كما أن هذه السياسة تتعارض مع قواعد قانونية صريحة في هذا الشأن كرستها القوانين المتعلقة بالنظام الأساسي للقضاء<sup>119</sup> وإجراءات المرافعات المدنية والتجارية والإدارية<sup>120</sup> وقانون الالتزامات والعقود<sup>121</sup> وكذلك القانون الجنائي؛ إذ يعتبر امتناع القاضي عن تطبيق القانون إنكار للعدالة وهو ما قد يستوجب عزله بمرسوم بناء على تقرير من وزير العدل، غير أنه في المقابل يبقى حق القاضي في الاستقالة محفوظاً إذا شعر بأنه لا يستطيع الاستمرار في تطبيق قانون بعينه<sup>122</sup>.

#### خلاصة:

رغم ما يحيل إليه مبدأ اعتبار "أحكام الدين الإسلامي المصدر الوحيد للقانون" الذي تضمنه الفقرة الثالثة من ديباجة الدستور الموريتاني لسنة 1991، المعدل، (النافذ حالياً) من تكريس حصري لمصادر القانون الموريتاني في أحكام الشريعة الإسلامية، فإننا نلاحظ أن المشرع الدستوري أحال في الفقرة الثانية من نفس الديباجة على مصادر أخرى مثل المبادئ الديمقراطية الوارد تحديدها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر 10 ديسمبر 1948 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر 1981 والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها موريتانيا، وهو يجعل من غير المنافي للصواب القول بأنه كان حرياً بالمشرع الدستوري أن يستخدم عبارة "أحكام الدين الإسلامي المصدر الرئيسي

<sup>117</sup> تنص المادة 98 من دستور 20 يوليو 1991 على مايلي: "لا يخضع القاضي إلا للقانون".

<sup>118</sup> ينظر بهذا الخصوص، بدر خان إبراهيم، مرجع سابق، ص42،

<sup>119</sup> راجع المواد 32 – 33 و 34 من القانون النظامي رقم 94-012 المتضمن النظام الأساسي للقضاء المعدل بالأمر القانوني رقم 2006-016 الصادر بتاريخ 12 يوليو 2006 والمعدل كذلك بالقانون النظامي رقم 2020-031 الصادر بتاريخ 08 دجنبر 2020.

<sup>120</sup> يمكن الرجوع للمادة 262 وما بعدها من القانون رقم 99-35 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية.

<sup>121</sup> راجع المادة 101 من الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 دجنبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود، المعدل.

<sup>122</sup> راجع بهذا الخصوص، بدر خان إبراهيم، مرجع سابق، ص42، الهامش رقم 24.

للقانون" حتى يترك نافذة لمصادر أخرى يستقي منها القانون الموريتاني الكثير من أحكامه ويؤسس عليها بعض مقتضياته.

فضلا عن ذلك أكدت مقتضيات دستورية أخرى من نفس الدستور على أن الشعب هو مصدر كل سلطة<sup>123</sup> وأن القانون هو التعبير الأعلى عن إرادة الشعب<sup>124</sup>. وهو ما يفهم منه أن حرص المشرع الدستوري على دسترة هذه المبادئ، والتي لا تتطابق بشكل كامل مع ما تقرره مقتضيات الشريعة الإسلامية في هذا المضمار، يفيد بأخذه بعين الاعتبار تعدد مصادر القانون الموريتاني.

وهكذا يمكن أن نخلص إلى القول بأن إحالة المشرع الدستوري على تلك المبادئ التي تكرسها التشريعات الدولية إلى جانب أحكام الدين الإسلامي يستشف منه حرصه على تبني مبادئ تزوج بين المرجعية الإسلامية والمفاهيم الليبرالية الغربية وكذلك مفاهيم الاشتراكية المجسدة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981، خصوصا مع تأكيد المادة الأولى من الدستور على أن "موريتانيا جمهورية إسلامية ديمقراطية واجتماعية".

<sup>123</sup> المادة الثانية من دستور 1991.

<sup>124</sup> المادة الرابعة من نفس الدستور.

## لائحة المراجع:

أولاً: باللغة العربية

### 1-الكتب

-بدرخان إبراهيم، الحريات العامة في موريتانيا، مؤسسة سعيدان للطباعة والنشر-  
سوسة تونس، 1997.

-سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي  
الإسلامي، الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي-القاهرة، الطبعة السابعة، 2012.

-عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر اساسي للدستور، ط1، منشأة  
المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس-مصر،  
سنة النشر 1936.

### 2-النصوص القانونية

الدساتير:

- دستور 22 مارس 1959، الجريدة الرسمية، السنة 1، عدد خاص، بتاريخ 13 مايو  
1959.

-دستور 1961 الصادر بموجب القانون الدستوري رقم 95-61، الجريدة الرسمية،  
عدد 59، الصادر بتاريخ 03 يونيو 1961.

- دستور 20 يوليو 1991 الصادر بموجب الأمر القانوني رقم 91-022 المتضمن دستور  
الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجريدة الرسمية الموريتانية، عدد 763، بتاريخ 30 يوليو  
1991، والمراجع بموجب القوانين الدستورية التالية:

-القانون الدستوري الاستفتائي رقم 2017-021- الجريدة الرسمية، عدد 1393، بتاريخ 15 / 08 / 2017. والقانون الدستوري الاستفتائي رقم 2017-022، الجريدة الرسمية، عدد 1393، مكرر بتاريخ 15 / 08 / 2017.

-القانون الدستوري رقم 015-2012 الصادر بتاريخ 20 مارس 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 1226، بتاريخ 30 إبريل 2012.

-القانون الدستوري رقم 014- 2006 الصادر بتاريخ 12 يوليو 2006 المتضمن تعديل بعض أحكام دستور 20 يوليو 1991، الجريدة الرسمية، عدد 1122، بتاريخ 15 يوليو 2006.

#### القوانين

-القانون النظامي رقم 94-012 المتضمن النظام الأساسي للقضاء المعدل بالأمر القانوني رقم 2006-016 الصادر بتاريخ 12 يوليو 2006 والمعدل كذلك بالقانون النظامي رقم 2020-031 الصادر بتاريخ 08 دجنبر 2020.

-القانون رقم 99-35 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية.

-الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 دجنبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود، المعدل.

#### ثانيا: باللغة الفرنسية

-Ahmed Salem Boubout, Regards sur la chart constitutionnel du 09 février 1985 "RMDE" Numéro2, 1987,

-Mohamed Mahmoud Mohamed Saleh quelques aspects de la reception du droit Français en Mauritanie, RMDE numero 5 ,1985.

الدكتور إبراهيم والعيز

دكتوراه في الفقه الإسلامي-جامعة محمد

الأول - وجدة

## عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في البنوك

### التشاركية-دراسة فقهية مقارنة بالقانون

The Istisna contract and its contemporary applications in participatory banks-a  
jurisprudential study compared to the law

مقدمة:

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يناقش التطبيقات العملية لعقد الاستصناع في البنوك التشاركية، نظرا لأهمية هذا العقد الاستثمارية في المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة. غير أن عقد الاستصناع في سياق البنوك التشاركية يختلف عن الاستصناع كما عرف عند الفقهاء، وهذا ما تسعى هذه الورقة البحثية إلى بيانه من خلال مناقشة الأسئلة الإشكالية التالية:

- 1- هل عقد الاستصناع الذي تولى الفقهاء بيان صورته في فقه البيوع هو نفسه الذي يتحدث عنه فقهاء الاقتصاد في البنوك التشاركية؟.
- 2- كيف يمكن للبنوك التشاركية أن توسع عقد الاستصناع في معاملاتها ليسهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويتجاوز تلبية حاجات الأفراد المحدودة؟.
- 3- ما رأي الفقه والقانون في بعض الشروط التي يشترطها البنك التشاركي في عقد الاستصناع لضمان حقوق المودعين؟.

هذه إذن هي إشكالية هذه الورقة البحثية كما تفصح عنها هذه الأسئلة، وتفترض الورقة أن:

\* عقد الاستصناع كما تحدث عنه الفقهاء تختلف صورته عن صورته في البنوك التشاركية حيث العمل به أوسع، والمتعاقدان ليسا دائما أفرادا ذاتيين، بل قد يكونان معنويين كما في حال إذا كان أحدهما شركة والآخر حكومة.

\* مقاصد عقد الاستصناع في البنوك التشاركية، تتجلى في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وليس مجرد رفع الضيق والحرج عن الناس، كما ذكر ذلك الفقهاء أثناء حديثهم عن عقد يعتبر في نظرهم من البيوع المحرمة المستثناة في الشريعة لرفع الحرج.

\* تضمن عقد الاستصناع لبعض الشروط التي تقتضي الضمان جائز إن كان الهدف من تلك الشروط هو التعويض عن الضرر.

هذه الفرضيات سيتم فحصها والتأكد منها من خلال محاور أربعة، وهي كما يلي:

\* المحور الأول: أهمية عقد الاستصناع في المعاملات المالية المعاصرة.

\* المحور الثاني: عقد الاستصناع وأحكامه في الفقه الإسلامي وفي نص الظهير

الشريف رقم: 1.14.193.

\* المحور الثالث: عقد الاستصناع وتطبيقاته العملية في البنوك التشاركية.

\* المحور الرابع: الحكم الشرعي لبعض الاحتياطات التي تتخذها المؤسسات

البنكية التشاركية ضمانا لحقوقها.

المحور الأول: أهمية عقد الاستصناع في المعاملات المالية المعاصرة.

لقد أولى الإسلام عناية فائقة بالصناعة والاستصناع، في وقت كانت العرب وغيرهم من الأمم تنظر إلى الصناعات والحرف نظرة فيها التقليل من شأنها وقيمتها، فنزلت الآيات

البيانات الدالات على أهمية الصناعة في حياة الأمم، وذلك لما قرن الله سبحانه وتعالى الحديد مع القرآن الكريم في الإنزال فقال: (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس)<sup>125</sup>.

وبين كتاب الله - في مقام الامتنان بالنعمة العظمى - أن الله سبحانه علم أحد أنبيائه العظام، وهو داوود عليه السلام صنعة اللباس الحديدي والدرع، حيث يقول: (وعلمناه صنعة لبوس لكم ليحصنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون)<sup>126</sup>.

كما جعل الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم الصناعة اليدوية، وكل ما تصنعه يد الإنسان من أفضل الأعمال فقال: "ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده"<sup>127</sup>.

وجاء الفقهاء العظام من أئمة الفقه الإسلامي منذ القرن الثاني الهجري - من أمثال أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني رحمهم الله - بتنظيم عقد الاستصناع وبيان أهميته وشروطه وضوابطه وفروعه ومسائله وتطبيقاته، وهو تنظيم دل على عظمة الفقه الإسلامي وسبقه بقرون عدة في كل مجالات التشريع.

ومن هنا، فإن عقد الاستصناع يعتبر من أهم العقود المالية في الحياة الاقتصادية تداولاً وانتشاراً لارتباطه المباشر بالاحتياجات اليومية للأفراد والجماعات، وإن أهمية هذا العقد وأثره في المعاملات المالية في الماضي والحاضر تتجلى باختصار في: تيسير شؤون الحياة على الناس لتحصيل أرزاقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضاً، واستثمار أموالهم وتنميتها فيما يعود عليهم وعلى مصالحهم كلها بالنفع.

المحور الثاني: الاستصناع وأحكامه في الفقه الإسلامي وفي نص الظهير الشريف رقم:

1.14.193.

125- الحديد/ 34.

126- الأنبياء/ 79.

127- صحيح البخاري. كتاب البيوع - باب كسب الرجل وعمله بيده. رقم؛ 2072. ط/ 1. 1423هـ/ 2003م. دار

ابن كثير- دمشق. ص/ 499.

## 1- مفهوم الاستصناع:

لغة: طلب الصنعة، والصنعة عمل الصانع في صنعته أو حرفته<sup>128</sup>.

اصطلاحاً: عرف الفقهاء الاستصناع بالحد، وعرفوه بالرسم؛ فأما تعريفه بالحد فهو: "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"<sup>129</sup>، وأما تعريفه بالرسم فقد ورد في كتاب بدائع الصنائع: "أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرها: اعمل لي خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم"<sup>130</sup>.

ويظهر من هذين التعريفين ومن غيرهما من التعاريف الأخرى للاستصناع القريبة منهما، أن الاستصناع هو العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً<sup>131</sup>. ومثاله؛ أن يطلب المستصنع (وهو المشتري) أحد أفراد الناس من الصانع (وهو البائع أو العامل) كنجار وحداد وخذاء ونحوهم من أصحاب الحرف أو المهن أن يصنع له شيئاً معيناً بأوصاف محددة، كأثاث منزل أو مكتبة أو كراسي أو حلي وغيرها على ثمن معلوم إذا جرى فيه التعامل عملاً بالعرف<sup>132</sup>.

ومعنى العقد على شراء ما سيصنعه الصانع الذي هو مضمون عقد الاستصناع واضح كذلك في نص الظهير الشريف المنظم للبنوك التشاركية، حيث نجده يعرف

128- انظر: \* المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، للشيخ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي.

تحقيق؛ الدكتور عبد العظيم الشناوي. ط/ 2. دار المعارف - القاهرة. دون تاريخ. ص/ 348.

\* مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. طبعة؛ 1986م. مكتبة لبنان- بيروت. ص/ 155.

\* الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ط/ 34. 1435هـ/ 2014م. دار الفكر. ج/ 4. ص/

390.

129- انظر: \* تحفة الفقهاء، للشيخ علاء الدين السمرقندي. ط/ 1. 1405هـ/ 1984م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 2. ص/ 362.

\* الفقه الإسلامي وأدلته. ج/ 4. ص/ 390.

130- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ط/ 2. 1406هـ/ 1986م. دار الكتب العلمية-بيروت. ج/ 5. ص/ 2.

131- الفقه الإسلامي وأدلته. ج/ 4. ص/ 391.

132- نفسه. ج/ 4. ص/ 391.

الاستصناع بالقول: "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين"<sup>133</sup>.

2- أركان عقد الاستصناع: الاستصناع عقد مثل جميع العقود، لا يختلف عنها إلا في أشياء خاصة به، وأركانه عند الفقهاء هي:

أ- الصيغة؛ وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبئ عن معنى التمليك والتملك، وهذا التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء سواء كان هذا التعبير لفظيا أم خطيا<sup>134</sup>.

ب- العاقدان؛ وهما الصانع الذي يقوم بالعمل، والمستصنع وهو الذي طلب عمل شيء معين، وشرطهما التكليف والرضا والاختيار، وهي شروط لا بد من توفرها في جميع العقود والالتزامات. والعاقدان في نص الظهير الشريف هما: " البنك التشاركي أو العميل، والمستصنع".

ج- المعقود عليه؛ وهو كما في التعريف الفقهي للاستصناع، وفي نص الظهير المنظم للعمل بالاستصناع في البنوك التشاركية: العين المصنوعة والعمل الواقع عليها من جهة، والثمن الذي يقدمه المستصنع من جهة ثانية.

3- شروط عقد الاستصناع<sup>135</sup>: لقد نص الظهير الشريف الصادر بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها على بعض شروط عقد الاستصناع، وذلك في نص التعريف الذي عرف به هذا العقد.

133- المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

134- عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، للدكتور كاسب بن عبد الكريم البدران. ط/

2. 1404هـ/ 1984م. دون بيانات مكان الطبع. ص/ 90.

135- شروط عقد الاستصناع تنظر إجمالاً في:

\* بدائع الصنائع. ج/ 5. ص/ 3.

ولعل الغاية من تنصيب هذا الظهير على شروط عقد الاستصناع؛ رفع الغبن والغرر عن الأطراف المستثمرة لمالها وعملها بمقتضى هذا النوع من العقود، والنتائج عن احتمال أن يشترط أحد طرفي العقد شرطا أو شروطا خاصة به تؤدي إلى إلحاق الضرر بطرف العقد الآخر. قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو مجهلة زائدة"<sup>136</sup>، ومن الشروط التي قررها الفقهاء في عقد الاستصناع ونص عليه الظهير المنظم لعمل البنوك التشاركية، حفظا لحقوق المتعاقدين ورفعاً لضرر الغرر والجهل عنهما:

أ- أن يكون المصنوع معلوما علما مانعا من الجهالة المفضية إلى المنازعة، حيث يبين المتعاقدان جنسه، ونوعه، وقدره، وصفاته. جاءت الإشارة إلى هذا الشرط في نص الظهير الشريف "كل عقد يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم مصنوع ... بأوصاف معينة يتفق عليها".

ب- أن يكون المصنوع مما يجري التعامل بين الناس على استصناعه ويتعارفونه في حياتهم، كالأواني والأحذية والآلات والثياب وغير ذلك.

ج- أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع، وإن كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعا. وقد جاء هذا الشرط صريحا في نص الظهير الشريف "كل عقد يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم مصنوع بتسليم مصنوع بمواد من عنده".

د- بيان مكان تسليم المبيع إذا كان يحتاج إلى حمل ومصاريف نقل، حتى لا يقع الخصام والنزاع عند الاستلام. وقد وردت الإشارة إلى الجهة التي تدفع الثمن وطريقة الدفع

\* موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ط/ 1. 1430هـ/ 2009م. دار المکتبي-دمشق. ج/ 3. ص/ 258-259.

\* المادة: 58 من الباب الأول من القسم الثاني من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الانتماء والهيئات الاعتبارية في حكمها.

<sup>136</sup>- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد. تعليق وتحقيق وتخريج؛ محمد صبحي حسن حلاق. ط/ 1. 1415هـ. مكتبة ابن تيمية-القاهرة. ج/ 3. ص/ 453.

في نفس نص الظهير السابق "وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".

هـ- تحديد أجل الاستصناع قصيرا كان أو طويلا، لمنع الجهالة المفضية إلى التنازع، على اختلاف بين السادة الأحناف في جواز اشتراط الأجل في الاستصناع<sup>137</sup>.

4- دليل مشروعية عقد الاستصناع: لقد استدل الفقهاء على مشروعية عقد الاستصناع بالسنة النبوية المطهرة، وبالإجماع العملي، وبالمعقول.

أ- السنة النبوية، فقد استدلوا بما رواه الشيخان أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى امرأة من الأنصار يقول لها: "مري غلامك النجار يعمل لي أعوادا، أجلس عليهن إذا كلمت الناس"<sup>138</sup>، وبما رواه الشيخان كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم (اصطنع خاتما من ذهب، وجعل فصبه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقى المنبر، فحمد الله وأثنى عليه فقال: "إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه". فنبذ فنبذ الناس)<sup>139</sup>.

ب- الإجماع العملي، لقد استدل الفقهاء على جواز الاستصناع بالإجماع العملي، حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعيته بالإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا دون نكير، فالإجماع منعقد على جوازه للحاجة، وكذلك فإن الدين يسر، فالناس احتاجوا إلى هذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيرا عليهم، ولا عبرة بخلاف البعض<sup>140</sup>.

137- اشترط أبو حنيفة رحمه الله في الاستصناع ألا يكون مؤجلا إلى أجل يصح معه السلم كشهرا، فإن أجل إلى ذلك كان سلما، ويشترط فيه حينئذ شروط السلم، ودليله أن العاقدين إذا حددا أجلا فقد اتفقا على معنى السلم، وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يصح اشتراط الأجل في الاستصناع، ولا يخرج ذلك عن الحقيقة، ويحمل الأجل على الاستعجال، لأن العرف والعادة يقضيان بتحديد الأجل في الاستصناع، وأن تحديد الأجل ليس خاصا بالسلم، لمنع الجهالة المفضية إلى التنازع، وقد رجح الرأي الأخير بعض المعاصرين. موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ج/ 3. ص/ 258-259.

138- صحيح البخاري. كتاب الجمعة-باب الخطبة على المنبر. رقم؛ 917. ص/ 221.

139- صحيح البخاري. كتاب اللباس-باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه. رقم؛ 5876. ص/ 1483.

140- عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، للدكتور كاسب بن عبد الكريم البدران. ص/ 100.

ج- المعقول، وبيانه أن حاجة الناس في عموم الأزمنة والأمكنة تدعو إلى القول بجوازه، لأن الإنسان يحتاج إلى استصناع البيوت والمكاتب وأثاث المنزل وغيرها من الأدوات الصحية والكهربائية على مقادير مخصصة وصفات مخصصة، خاصة وأنه قد لا يتفق وجود هذه الأشياء مصنوعة في الأسواق بحسب رغبات الإنسان فيحتاج إلى أن يستصنعها، وقد عبر الفقيه الحنفي العلامة علاء الدين الكاساني عن هذا فقال: "ويجوز استحسانا لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكير"<sup>141</sup>.

المحور الثالث: عقد الاستصناع وتطبيقاته العملية في البنوك التشاركية.

يتضح من نص الظهير الشريف المنظم للبنوك التشاركية أن عمل هذه البنوك بهذا العقد سيتجه نحو الاستثمار في كل ما دخلت فيه الصناعة<sup>142</sup>، فقد ورد في تعريف الظهير للاستصناع: "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".

يمكن للبنوك التشاركية أن تقوم بالاستثمار عن طريق عقد الاستصناع، فتتمي ثروتها أولاً، وتساعد ثانياً أفراد المجتمع الإسلامي، من مستثمرين وتجار وأصحاب المصانع ومقاولين وأصحاب الورشات الكبيرة والصغيرة، وخاصة الناس وعامتهم؛ تساعدهم على قضاء حوائجهم، وتحقيق مصالحهم، وتنمية أموالهم.

ومن كفايات الاستثمار التي يمكن للبنك التشاركي أن يقوم بها:

1- تمويل المؤسسات والشركات عن طريق الاستثمار في القطاع الصناعي، بما يحقق عائداً ملائماً للمودعين في المجالات المشروعة، باعتبار أن الصناعة أصبحت من

<sup>141</sup>- بدائع الصنائع. ج/ 5. ص/ 2-3.

<sup>142</sup>- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور علي محيي الدين علي القره داغي. ط/ 1. 1422هـ/ 2001م. دار البشائر الإسلامية - بيروت. ص/ 157.

القطاعات الحيوية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في اقتصاد الدول، فالعمل على الاهتمام بها يعود بالنفع على الفرد والدولة.

ومن هذا المنطلق يتضح جليا دور عقد الاستصناع في تحقيق التنمية، حيث لا توجد وسيلة إلى التمويل أثبتت صلاحيتها مثل عقد الاستصناع، وقد أشار الشيخ مصطفى الزرقا إلى هذه الأهمية فقال: "أهمية عقد الاستصناع في ميدان التجارة من ناحيتين: الناحية الأولى: لم يعد الاستصناع محصورا في نطاق الحاجات الفردية البسيطة، بل أصبح في نطاق واسع في حياة الفرد والجماعة، بالكميات الضخمة والضرورية، وأصبحت الدول النامية تعتمد على الدول الصناعية في كل شيء حتى الصناعة الغذائية. الناحية الثانية: إن عقد الاستصناع قد جمع بين خاصيتين، خاصية بيع السلم في جوازه بيع المعدوم في العقد، وخاصية بيع المطلق العادي في جواز تأجيل الثمن انتمانا، لا يجب تعجله مثل السلم. ومن هذين الخاصيتين يتبين أن أهمية عقد الاستصناع في الاستثمار كبيرة جدا، بشرط التعامل به بخبرة تجارية وبصيرة شرعية في الأسواق التجارية"<sup>143</sup>.

والبنك التشاركي في تمويلاته الاستثمارية في القطاع الصناعي قد يكون مستصنعا، وقد يكون صانعا؛ فيكون مستصنعا في الحالة التي يكون فيها طالبا لمنتجات صناعية ذات مواصفات خاصة، وبهذا العمل تحل مشكلة التسويق عند الصانع، بضمان مشتر لمنتجاتهم عند تمامها، والبنك يطلب السلع الرائجة بأسعار تلائم الصانع ثم يبيعها بأثمان تدر عليه أرباحا إما حاضرة أو مؤجلة أو مقسطة، وهذا يوفر للبنك أرباحا بعيدة عن الحرام، أما الحالة التي يكون فيها البنك التشاركي صانعا أو عاملا في عقد الاستصناع، وذلك حينما تطلب منه بعض الشركات أو المؤسسات أو الحكومات منتجات صناعية معينة، ذات مواصفات تحتاجها تلك الجهات، فيقوم من خلال ما يمتلكه من شركات

<sup>143</sup> - عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا. سلسلة محاضرات العلماء البارزين. رقم: 12. طبعة؛ 1420هـ. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. ص/ 29-30 بتصرف.

ومصانع بإنتاج تلك المصنوعات، أو يقوم بالتعاقد مع غيره على صنع تلك المصنوعات، وفي كلتا الحالتين يمارس البنك عملية التمويل باستثمار ما لديه من أموال.

وإذا قام بالاستصناع بنفسه، يمكن له أن يبيع المواد التي استصنعها بكافة العقود المشروعة بالمزايدة والمساومة والمراوحة، أو بأي شكل يراه بشرط ألا يمنعه مانع شرعي<sup>144</sup>.

2- الاستصناع للتمويل العقاري، وفي هذا الإطار يمكن للبنك التشاركي أن يقوم بتمويل كل ماله علاقة بالعقار عن طريق عقد الاستصناع، من بناء المساكن، وشق الطرق وإصلاحها، وبناء الجسور وترميمها، ووضع مخططات للأراضي وتجهيزها للبناء، كما يمكن أن يكون شريكا بالعقد نفسه في إيجاد الهياكل القاعدية كالمستشفيات، والعيادات الطبية للأطباء، أو محطات النقل الجوية أو البرية، أو بناء المدارس والجامعات بالاتفاق على جزء من الأرباح، لأن البيع على الخارطة أو الهيكل جائز، لجريان هذا التعامل بين الناس، وتعارفهم به، وشدة حاجتهم إليه، حتى أصبح من عموم البلوى، على أن يراعي شروط الاستصناع؛ حيث يكون السعر متفقا عليه ومقطوعا به، وليس خاضعا للتكلفة، ويكون كل من البائع والمشتري غير ملزم بالشراء قبل الرؤية والتخصيص، فإذا تخصص المشتري بسكن مثلا، ورآه صار ملزما إذا وافق عليه، وجاء مطابقا للشروط والمواصفات المطلوبة، فإذا كان مخالفا للشروط والمواصفات المتفق عليها كان المشتري غير ملزم وله حق خيار الرؤية أو خيار الوصف<sup>145</sup>.

3- الاستصناع للتمويل الصناعي؛ يعتبر التمويل الصناعي بكل أشكاله وأنواعه وتجلياته من أساسيات عمل البنوك التشاركية؛ ومن نماذجه؛ صناعة العتاد كالمركبات والآلات وقطاع الغيار، وصناعة الملابس، وصناعة الأدوية، كما وجد في الوقت المعاصر الصناعة التحويلية، كصناعة المعلبات والمصبرات، وكل ما يحتاجه الإنسان في الحياة

144- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، للأستاذ عبد الكريم أحمد إرشيد. ط/ 2. 1427هـ / 2007م. دار النفائس - الأردن. ص/ 123.

145- موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ج/ 3. ص/ 264-265.

اليومية، أو في المحافظة على منتوجه الحيواني أو النباتي، وهذه المنتوجات إما أن تكون بطلب من الأفراد أو المؤسسات، أو تكون لحساب البنوك ويقوم بعملية الإنتاج كصاحب المعمل أو كشريك.

4- الاستصناع عن طريق عقد المقاولة<sup>146</sup>؛ وذلك بأن يعهد البنك بعمل المقاولة إلى مقاول يقوم بالعمل المتفق عليه بين البنك والمستصنع.

وبموجب عقد المقاولة يقوم المقاول بإنجاز الأشغال اللازمة لإقامة العين المستصنعة المبين وصفها في فاتورة الأشغال المرفقة بالعقد، ويشمل ذلك توفير المواد اللازمة والمعدات والعمال والأعمال التحضيرية والنهائية وغيرها من الأعمال الضرورية لتنفيذ الأشغال المذكورة في مستندات العقد، وتشمل العين المستصنعة المبنى أو المباني أو المنشآت المطلوب بناؤها على الأرض بجميع مستلزماتها من المواد والأعمال، وفقا للوصف المبين في العقد.

المحور الرابع: الحكم الشرعي لبعض الاحتياطات التي تتخذها المؤسسات البنكية التشاركية ضمانا لحقوقها.

يبدو بناء على بعض الآراء الفقهية لبعض الفقهاء والباحثين المعاصرين الذين اهتموا بفقه الاقتصاد الإسلامي المعاصر، أنه ليس هناك مانع شرعي فيما تتخذه بعض المصاريف الإسلامية وستتخذها البنوك التشاركية من إجراءات احتياطية تسمى: الشروط الجزائية<sup>147</sup>، والتي تضعها على المصانع والصناع القائمين بالمشاريع ونحوها، ضمانا لحقوقها ولحقوق المودعين والمستثمرين الذين فوضوها باستثمار أموالهم من خلال عقد الاستصناع، وتأكيدا على الطرف الآخر وهو الصناع بوجود وفائه بالعقد ومقتضياته،

146- المقاولة في الاصطلاح هي: "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئا، أو يؤدي عملا بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقد الآخر". الجامع في أصول الربا، للدكتور رفيق يونس المصري. ط/ 1412هـ/ 1991م. دار القلم-دمشق، والدار الشامية-بيروت. ص/374.

147- الشرط الجزائي: اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه. بحث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، للدكتور محمد سليمان الأشقر وآخرين. ط/ 1418هـ/ 1998م. دار النفائس-الأردن. المجلد/ 2. ص/ 855.

ووجوب التزامه بتسليم المتعاقد عليه في وقته المحدد، وذلك بشرط موافقته لمقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الحقوق، وخلوه من شبهة الربا.

إن الشرط الجزائي مقبول إذن من حيث المبدأ، ولكن لا يترتب عليه من الضمان والتعويض إلا بقدر إحداث الضرر، فلو خالف أحد العاقدين شروط العقد في الاستصناع وترتب على ذلك إحداث ضرر، فإن الضرر لا يلحق العاقد الآخر، وإنما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال المال المستصنع في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره<sup>148</sup>.

غير أنه يلزم الاحتراز هنا من بعض الصور التي نص العلماء على عدم جواز الشرط الجزائي فيها، كأن يكون مبلغ الشرط مستحقا عند عدم الوفاء بالدين، أو التأخر فيه دون أن يتوقف على شريطة أخرى، كوقوع الضرر فعلا على أحد العاقدين. قال الفقيه الشافعي العلامة ابن المنذر: "أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا"<sup>149</sup>.

ونص كذلك على تحريم الشرط الجزائي في الديون مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة فقال: "لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه؛ لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"<sup>150</sup>.

أما التعويض عن الضرر الواقع فعلا، وإلزام المستصنع المماطل بالوفاء به، فقد قال بالجواز فيه عدد من العلماء المعاصرين منهم؛ الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله، الذي أشار إلى أن التعويض عن الضرر في هذه الحالة مبدأ مقبول فقها، ولا يوجد في نصوص

<sup>148</sup>- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة. ص/ 154.

<sup>149</sup>- الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت. ط/ 1. 1416هـ/ 1995م. مطابع دار الصفوة. ج/ 33. ص/ 130.

<sup>150</sup>- قرار رقم: 109 (3/12) (1) بشأن موضوع الشرط الجزائي. مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي. الدورة/ 12. الرياض-المملكة العربية السعودية. من 25 جمادى الآخرة 1421هـ 1 رجب 1421هـ الموافق لـ: 23-28 سبتمبر 2000م.

الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، واستحقاق هذا التعويض على المدين مشروط بأن لا يكون له معذرة شرعية في هذا التأخير، بل يكون مليئاً مماطلا يستحق الوصف بأنه ظالم كالغاصب<sup>151</sup>.

فعلى ضوء هذا لا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلزم به الطرفان؛ ويكون التعويض عند الإخلال به بقدر الضرر وأثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند النزاع.

هذا وقد نص الظهير الشريف المنظم لعمل البنوك التشاركية، والمبين لكيفية تنزيل معاملاتها المالية في مجال الاستثمار على ضرورة ضمان ودائع المستثمرين في هذه البنوك، وبين نظام ضمان هذه الودائع في جملة من مواده، حيث أكد في مادتين اثنتين على ضرورة إحداث صندوقين لضمان ودائع المستثمرين؛ فجاء فيه: "يحدث صندوق يسمى صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية لتعويض المودعين لدى البنوك التشاركية وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع"<sup>152</sup>، "علاوة على صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية المنصوص عليه في المادة 67 أعلاه، يحدث صندوق جماعي لضمان الودائع لأجل حماية المودعين، ويشار إليه في هذا الباب بالصندوق"<sup>153</sup>.

وبهذا يكون نص الظهير الشريف قد رجح الرأي الفقهي الذي قال بجواز ضمان رأس المال في الاستصناع، ومال إليه بعض الفقهاء قديماً، ورجحه بعض المعاصرين الذين اهتموا بدراسة وتحليل المعاملات المالية في المصارف الإسلامية كما سلفت الإشارة إلى ذلك في هذا البحث.

151- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، للأستاذ عبد الكريم أحمد إرشيد. ص/ 385.

152- المادة: 67 من الباب الثالث من القسم الثالث من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

153- المادة: 128 من الباب الثالث من القسم السادس من الظهير رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

## خاتمة:

في خاتمة هذا البحث في موضوع استثمار البنوك التشاركية عن طريق عقد الاستصناع أسجل الخلاصات التالية:

\* الفقه الإسلامي الزاخر بالمذاهب والآراء يضمن مصالح الناس ويؤمن لهم راحتهم وسعادتهم، ويحث على مواكبة التطور الدائم في جميع المستجدات المرتبطة بحياة الإنسان، ومنها الحياة الاقتصادية، لما في ذلك من نفع مستمر وفلاح دائم.

\* الفقهاء وضحو بتفصيل الأحكام المرتبطة بعقد الاستصناع، لضمان صحة التعامل به، وسلامة النتائج المترتبة عنه، وتجنب الناس المشاكل والنزاعات التي عادة ما تنشأ بسبب التعاملات المالية.

\* تطبيق عقد الاستصناع في التمويل والاستثمار الصناعي والعقاري عبر البنوك التشاركية يساهم في التنمية الاقتصادية، وتحريك عجلة النشاط الاقتصادي والصناعي والعقاري، ويلبي رغبات الأفراد والحكومات في التمويل المستمر والتعاون بين مختلف الفئات، ويؤمن فرص العمل، ويخفف من حدة الأزمات التي تعرقل مسيرة التنمية.

\* عقد الاستصناع يحل محل كثير من المعاملات المالية الربوية التي نهى عنها الشرع الحكيم، لنتائجها المدمرة وخطرها الأثم.

## المصادر والمراجع:

\* القرآن الكريم برواية الإمام ورش.

- 1- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، للدكتور محمد سليمان الأشقر وآخرين. ط / 1418هـ / 1998م. دار النفائس-الأردن.
- 2- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، للدكتور علي محيي الدين علي القره داغي. ط / 1. 1422هـ / 2001م. دار البشائر الإسلامية- بيروت.
- 3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد. تعليق وتحقيق وتخرّيج؛ محمد صبحي حسن حلاق. ط / 1. 1415هـ. مكتبة ابن تيمية-القاهرة.
- 4- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. ط / 2. 1406هـ / 1986م. دار الكتب العلمية-بيروت.
- 5- تحفة الفقهاء، للشيخ علاء الدين السمرقندي. ط / 1. 1405هـ / 1984م. دار الكتب العلمية-بيروت.
- 6- الجامع في أصول الربا، للدكتور رفيق يونس المصري. ط / 1412هـ / 1991م. دار القلم-دمشق، والدار الشامية-بيروت.
- 7- الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، للأستاذ عبد الكريم أحمد إرشيد. ط / 2. 1427هـ / 2007م. دار النفائس-الأردن.
- 8- صحيح البخاري. ط / 1. 1423هـ / 2003م. دار ابن كثير- دمشق.
- 9- الظهير الشريف رقم: 1.14.193 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436هـ (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم: 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

- 10- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا. سلسلة محاضرات العلماء البارزين. رقم: 12. طبعة: 1420 هـ. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
- 11- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي. ط / 34. 1435 هـ / 2014 م. دار الفكر.
- 12- قرار رقم: 109 (3/12) (1) بشأن موضوع الشرط الجزائي. مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي. الدورة / 12. الرياض-المملكة العربية السعودية. من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ 1 رجب 1421 هـ الموافق ل: 23-28 شتنبر 2000 م.
- 13- مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي. طبعة: 1986 م. مكتبة لبنان-بيروت.
- 14- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، للشيخ أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي. تحقيق: الدكتور عبد العظيم الشناوي. ط / 2. دار المعارف- القاهرة. دون تاريخ.
- 15- الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت. ط / 1. 1416 هـ / 1995 م. مطابع دار الصفوة.
- 16- موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، للدكتور محمد الزحيلي. ط / 1. 1430 هـ / 2009 م. دار المكتبي-دمشق.

الدكتور كريم احليلح

دكتور في الحقوق جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية بتطوان .

## سلطة القاضي الزجري في تقدير وسائل الاثبات "

### الجرائم الجنسية نموذجا "

L'autorité du juge des référés pour apprécier les moyens de preuve "Les crimes sexuels

"comme modèle

مقدمة:

يعد الإثبات في المادة الجنائية من أهم الأعمدة التي يقوم عليها صرح العدالة الجنائية برمتها، فهو المحور الذي تدور حوله قواعد الإجراءات الجنائية من لحظة وقوع الجريمة إلى غاية صدور الحكم النهائي بشأنها، هذا الحكم يكون نتيجة العملية المنطقية التي يمارسها القاضي الجنائي بناء على السلطة الممنوحة له في تقدير الأدلة والتي تختلف حسب نوع نظام الإثبات الذي يتبناه المشرع.

فقد عرف القانون الإجرائي عدة أنظمة للإثبات الجنائي تختلف فيما بينها في الأسس التي يقوم عليها كل واحد منها، فاختلف بذلك دور القاضي في تقدير الدليل سعة وضيقا، وبسبب التطور الحاصل في المسألة بفعل عامل الزمن، اختفت بعض الأنظمة لتفسح الميدان لنظامين أو طريقتين رئيسيين في الإثبات وهما نظام الإثبات القانوني ونظام الإثبات الوجداني<sup>154</sup>.

ويطلق على نظام الإثبات القانوني " نظام اقتناع المشرع " لأن المشرع هو الجهة التي تتولى مقدما تحديد الأدلة التي تقبل في الإثبات والقيمة القانونية الخاصة بكل دليل ، والقاضي لا يملك أن يختار دليلا لم يسمح به المشرع ولا أن يعطيه قيمة أكبر أو أقل مما

<sup>154</sup>. عبد الواحد العلمي : " شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية "، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2006، ص : 286.

رسمه كما يحدد المشرع الشروط الخاصة بكل دليل بحيث لا يجوز الحكم بالإدانة إلا إذا تحققت تلك الشروط وبتوافرها لا يملك القاضي إلا الحكم بما يمليه المشرع بغض النظر عن اقتناعه لذلك قيل بأن اقتناع المشرع يقوم مقام اقتناع القاضي بحيث يبقى دور هذا الأخير مجرد عملية شبه حسابية يلتزم بتطبيقها بصرف النظر عن اقتناعه الشخصي ، وعليه لم يستطع هذا النظام الصمود أمام التيار القوي الذي أكد بأن القناعة المطلوبة في الإثبات الجنائي لا يمكن أن تكون محصورة مسبقا ، فالقناعة الحقيقية يجب أن تكون مستوحاة من ضمير القاضي ، فنأدى بالأخذ بنظام الإثبات الحر في الإثبات الجنائي<sup>155</sup> ، والذي تترك بمقتضاه القاضي الجنائي كقاعدة عامة حرية تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى دون أن يقيد بأدلة معينة ، كما سمح له بترجيح دليل على آخر ، وبعبارة أخرى فإن عملية الإثبات والتقدير أصبحت خاضعة لقناعة القاضي ، فمن أجل الوصول إلى الحقيقة يستطيع أن يختار أي دليل يراه صالحا لإدانة المتهم أو براءته حسب ما يمليه عليه ضميره وما يتفق مع العقل والمنطق القانوني السليم<sup>156</sup>.

إن مبدأ الاقتناع الحر يقتضيه صعوبة الإثبات في المواد الجزية والذي ينصب على وقائع مادية ونفسية يتعذر إثباتها ما لم تترك لقاضي الموضوع الحرية في تقديرها وعدم تقييده بأدلة محددة ، فالقاضي يجد نفسه أمام وقائع لم ترتكب أمامه وإنما اقترفت في الماضي، إضافة إلى أن الجناة يخططون لإرتكاب جرائمهم بكل دقة حتى لا ينكشف أمرهم. والأدلة في المادة الجنائية إما أن تكون مادية وهي التي يكون مصدرها عناصر مالية ناطقة بنفسها وتؤثر في اقتناع القاضي بطريقة مباشرة وبحكم العقل والمنطق، ومصدر الأدلة المادية عادة هي المعاينة والخبرة و التفتيش والحجز.

<sup>155</sup>. محمد بازي : " سلطة القاضي في تقدير الاعتراف الجنائي في القانون المغربي والمقارن "، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 4، الطبعة 2010، ص : 30.

<sup>156</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي "، رسالة نهاية التدريب، المعهد العالي للقضاء ، فترة التدريب : 2013-2015 ، ص : 1

وإما أن تكون أدلة قولية وهي الصادرة من عناصر شخصية أي ما يصدر من الغير من أقوال وهي تؤثر في اقتناع القاضي بطريق غير مباشر من خلال تأكده من صدق هذه الأقوال وتنحصر هذه الأدلة في المجال الجنائي في الاعتراف والشهادة.

وبذلك فسلطة القاضي في تقدير الأدلة المادية يحكمها العقل والمنطق بخلاف الحال في الأدلة القولية فإن اقتناعه بها يتوقف علاوة على ما سبق على صدق هذا الغير فيما يصدر عنه من أقوال<sup>157</sup>.

ويقصد بالجرائم الجنسية كل الممارسات أو الإيحاءات الجنسية غير المشروعة سواء تمت برضى الطرفين أم بإكراه أحدهما للآخر و بصرف النظر عن طبيعة جنسهما.

يعد موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزري من الموضوعات التي لا غنى عنها في القانون الجنائي على وجه الخصوص، فالقاضي الجزري يسعى لإثبات و قانع مادية ونفسية، أي في ما تخفيه النفس البشرية بخلاف القاضي المدني الذي يسعى لإثبات تصرفات قانونية ، وعليه فلا بد من اطلاق سلطة القاضي الجزري في تقدير وسائل الاثبات للوصول للحقيقة وكشف الجريمة خصوصا أن المجرمون في الجريمة الجنسية لا يرتكبون جرائمهم في العلن بل يتوخون السرية والخفاء.

من خلال ما تقدم تبرز لنا أهمية موضوع " سلطة القاضي الجزري في تفسير و اثبات في الجرائم الجنسية " والدافع إلى اختياره فإن كانت حجية وسائل الاثبات وقيمتهما الثبوتية محط اهتمام الدارسين ، إلا أنه مع ذلك ظل متجددا على الدوام ليس في مضمونه فحسب بل حتى في نطاقه أيضا ، وإن وجدت بعض الدراسات التي تطرقت للموضوع بصفة عامة أي من منطلق المبادئ العامة للقانون الجنائي فقط وبصدد جميع وسائل الإثبات دون أن يتم تخصيص دراسة لموضوع بصدد الجرائم الجنسية ، من ثم كان من المهم أن نبرز

<sup>157</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضرورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص : 3.

الموضوع بصورة علمية دقيقة ونحيط بأهم الإشكالات العملية التي تثيرها خاصة وأنه تكاد تخلو ساحة القضاء من ملفات قضائية متعلقة بجريمة جنسية معينة.

إن الطرح الذي ينطوي عليه موضوع " سلطة القاضي الجزري في تقدير وسائل الإثبات في الجرائم الجنسية " يثير مشكلة في غاية التعقيد لا طالما واجهت السياسة الجنائية ، وهي مشكلة الموازنة بين ثلاث متطلبات متعارضة ، أولها البحث عن الحقيقة بالاعتماد على القناعة الوجدانية للقاضي ، وثانيها احترام حقوق المتهم والتي يتصدرها مبدأ الأصل في الإنسان البراءة وثالثها ضرورة حماية النظام الاجتماعي وتأمين حق الدولة في العقاب ، وهذا يقتضي بطبيعة الحال التوفيق بين هذه المصالح مجتمعة دون ترجيح إحداها على حساب الأخرى وهذا هو الهدف الأساسي لتحقيق العدالة الجنائية.

وعلى ضوء ما تقدم ذكره يمكن بسط الإشكالية الكبرى التي يثيرها هذا الموضوع والتي يقتضي منا لدراستها الوقوف عند الحدود التي رسمها المشرع الجنائي لسلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات ، وتلك التي أقرها الفقه والقضاء بهدف الوصول إلى الخيط الرابط بين مصلحتين رئيسيتين لتحقيق العدالة الجنائية ، حق الدولة في العقاب وحق المتهم في افتراض براءته في إطار جدلية كلاسيكية فرضتها ضرورة تأمين حقوق المتهم من جهة وضمائم المحاكمة العادلة من جهة أخرى .

هذه الإشكالية حتما تتفرع عنها مجموعة من التساؤلات وتطرح أهمها كما يلي:

- هل تنفرد الجرائم الجنسية بخصوصيات معينة على مستوى الإثبات ؟
- ما هي المبادئ والضوابط التي تحكم سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل وما القيود التشريعية الواردة على حريته في التقدير ؟
- هل يمكن القول أن سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات مطلقة أم مقيدة أو أنها تجمع بين الإطلاقية والتقييد وما موقف قضاء الموضوع من كل ما سبق.

كل هذه التساؤلات تصب في تساؤل رئيس يرتبط بالإشكالية التي تم طرحها وهو:

- ما مدى تأثير السلطة التقديرية للقاضي للوسائل الإثبات في الجرائم الجنسية على الحقوق والمراكز القانونية للأطراف، وهو المنطلق الذي سيكون محور دراستنا للموضوع.

من أجل الاجابة على الاشكالات المطروحة ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مبحثين :  
المبحث الأول : القيود القانونية الواردة على سلطة القاضي الجزري في تقدير وسائل الإثبات في الجرائم الجنسية. المبحث الثاني : الضوابط الناظمة لسلطة القاضي الجزري في تقدير وسائل الإثبات في الجرائم الجنسية.

المبحث الأول : القيود القانونية الواردة على سلطة القاضي الجزري في تقدير وسائل الإثبات في الجرائم الجنسية

إذا كان مبدأ خضوع تقدير الدليل للسلطة التقديرية الواسعة لقضاة الموضوع أمراً مسلماً به و غير قابل للنقاش أو المجادلة بل من المبادئ الأساسية التي تركز عليها منظومة الإثبات في المادة الجنائية ، خاصة في النظم القضائية التي تعتمد نظام الإثبات الوجداني الذي يترك للقاضي سلطة واسعة لتقدير قيمة ما يعرض على أنظاره من الدلائل والحجج ذات الصلة بموضوع النازلة التي يبت فيها ، أو القرائن المحيطة بها ، فإن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال التعسف أو المبالغة في استعمال هذه الصلاحية ، فقاعدة تقدير الدليل تجابه على الدوام بعينة من القيود الواقعية أو التي تقرها حقيقة الخصومات الجنائية المعروضة عليها ووقائعها كما تفرضها بعض التنصيصات الاستثنائية المقررة بمقتضى نصوص القانون<sup>158</sup> ، وهذه الحالات المحدودة هي التي ستكون محور دراستنا في هذا المبحث والتي تبنى فيها المشرع نظام الإثبات المقيد ( المطلب الأول ) مما جعل سلطة القاضي في تكوين قناعته ترد عليها بدورها قيود قانونية ( المطلب الثاني ).

<sup>158</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص : 10.

المطلب الأول: القيود القانونية الواردة على حرية القاضي الجزري في الإثبات

لقد خرج المشرع عن مبدأ حرية الإثبات وعدم تقييد القاضي بأدلة معينة في بعض الحالات طبقا للمادة 286 من ق م ج والتي تنص على أنه : " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك " ، فثمة حدود يتوجب على القاضي الجزري أن يقف عندها ويعطل سلطته التقديرية عند أعمال قواعد الإثبات وتتجلى هذه الحدود في ما نهجه المشرع بشأن إثبات بعض الجرائم الجنسية ( الفقرة الأولى ) ، وما اشترطه لإثبات المسائل المدنية من وجوب التقييد بقواعد القانون المدني ( الفقرة الثانية ).

الفقرة الأولى: حصر وسائل الإثبات في بعض الجرائم الجنسية

قيد المشرع حرية القاضي في تقدير الدليل في كل من جريمة الفساد<sup>159</sup> وجريمة الخيانة الزوجية<sup>160</sup>، ومعنى ذلك أن القاضي ليس له أن يستند إلى أدلة غير تلك المحددة من طرف المشرع لإثبات هذه الجرائم ، ويتضح من الفصل 493 من ق ج أن جريمة الفساد والخيانة الزوجية لا تثبت إلا بناء على محضر رسمي يحرره ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس (أولا) ، أو بناء على اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي (ثانيا) .

أولا: محاضر ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس

يعتبر التلبس مجال خصب لإثبات هذا النوع من الجرائم والمشرع نفسه نص على أن جريمة الفساد والخيانة الزوجية لا تثبتان إلا بناء على محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس...".

<sup>159</sup> تنص المادة 490 من ق.ج : " كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد الى سنة " .

<sup>160</sup> تنص المادة 491 من ق.ج : " يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه ، غير أنه في حالة غياب الزوجين خارج تراب المملكة فإنه يمكن للنياحة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة".

ولم يعرف ق.م.ج التلبس في حين يعرف الأستاذ الخمليشي الجريمة المتلبس بها أو المشهودة بأنها الجريمة التي تضبط وقائعها أو فاعلها أثناء تنفيذ الفعل الجرمي أو تضبط بعد تنفيذها في ظروف خاصة حددها القانون<sup>161</sup>.

ويتم ضبط وضعية التلبس من طرف ضباط الشرطة القضائية ، إذا تمت مشاهدة واقعة التلبس أو آثارها في حالة من الحالات المحددة قانونا سواء حصلت المشاهدة تلقائيا أثناء قيامه بمهام الشرطة القضائية أو الإدارية ، أو بعد إخباره بوقوع الجريمة وحضوره إلى محل الواقعة بوقت يسير وشاهد مظاهر وآثار مادية ملموسة وهي لا تزال قائمة تدل بشكل واضح على ارتكاب الجريمة ، أو شاهد عامة الناس وهم يطاردون المتهم بالصياح ، أو شاهده وهو يحمل أداة أو أدوات أو أسلحة استخدمت في ارتكاب الفعل الجرمي ، أو انتقل إلى مكان وقوع الجريمة بناء على طلب صاحب المنزل على أننا نرى ضرورة تواجد المتهم أو شريكه على الأقل بداخله و عليه علامات تدل على إتيانه العلاقة الجنسية غير المشروعة<sup>162</sup>.

ومعنى هذا أن واقعة التلبس يتم معاينتها من قبل ضباط الشرطة الذي يتعين عليه إنجاز محضر بخصوص هذه الواقعة، وبالتالي فإن محضر التلبس يقتضي في إنجازهِ الاعتماد على شهادة الشهود أو القرائن المجردة...<sup>163</sup>

والتلبس حالة توصف بها الجريمة نفسها و ليس الشخص مرتكبها ، و ينتج عن هذه القاعدة أن وصف التلبس يسري على المساهم في العلاقة الجنسية غير المشروعة و لو لم يضبط مع المتهم الأخر الذي وجد متلبسا بالفساد مثلا ، و في ذلك قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2011/08/03 إن التلبس هو وصف عيني يتعلق بالجريمة ذاتها ، و لا يتعلق بشخص مرتكبها ، و يسري على جميع المساهمين و المشاركين حتى من لم

<sup>161</sup> أحمد الخمليشي: " شرح قانون المسطرة الجنائية "، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، الطبعة السادسة ، الجزء الثاني ، 2001 ، ص : 226.

<sup>162</sup> أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص : 12.

<sup>163</sup> لحسن هوادية : " نظرية الدفع في التشريع الجنائي المغربي " ، الطبعة الأولى ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، 2001 ، ص : 80.

يضبط منهم شخصيا في حالة التلبس ، مع وجود أدلة تؤكد أن الطرف الذي يسري عليه وصف التلبس قد شارك في تنفيذ الفعل المجرم<sup>164</sup>.

ويتعين أن يخضع محضر التلبس للشروط الشكلية والجوهرية وأن يلتزم الضابط بالمشروعية في إنجازهِ ليصير موثوق بمضمونه ما لم يثبت ما يخالفه<sup>165</sup> ذلك أن أي إخلال بهاذين الالتزامين يعرض المحضر للبطلان ، وذلك عملا بمقتضيات المادة 751 من قانون م.ج، والتي تنص على أن : " كل إجراء يأمر به قانون المسطرة الجنائية ولم يثبت إنجازهُ على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز "

ثانيا : إقرار تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو إقرار قضائي

لقد ميز المشرع المغربي في وسائل إثبات جريمة الفساد و الخيانة الزوجية بين نوعين من الإقرار ، أولهما الإقرار غير القضائي ( أ ) و الإقرار القضائي ( ب ).

أ- تقدير الإقرار الذي تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم

لقد جاء في الفصل 493 من ق.ج في معرض سرده لوسائل إثبات الفساد والخيانة الزوجية بأن إثبات هاتين الجريمتين يتم بناء على إقرار تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم ، فما المقصود بالمكاتيب و الأوراق الصادرة عن المتهم أولا و مدى اعتبار المحضر المحرر من طرف الشرطة القضائية أثناء البحث التمهيدي ضمن الأوراق الصادرة عن المتهم ثانيا .

1- المقصود بالمكاتيب والأوراق الصادرة عن المتهم

لم يبين المشرع المغربي مدلول الإقرار الوارد بالمكاتيب و الأوراق الصادرة عن المتهم كما لم يحدد الشروط و الضوابط اللازم توفرها من أجل الاعتداد به كوسيلة وحيدة أو مساندة لأدلة أخرى لإثبات جرمتي الفساد و الخيانة الزوجية ، غير أن الممارسة القضائية

<sup>164</sup>. قرار عدد 681/1 في الملف عدد 16080/10 الصادر بتاريخ 2011/08/03، منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 2، ص : 231 وما يليها، أشار إليه محمد بفقير : " قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي "، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، طبعة 2013، ص : 83.

<sup>165</sup>. المادة 290 من ق.ج.

و الاجتهاد الفقهي أفرز مجموعة من الشروط و الضوابط التي يجب على القاضي أثناء تقديره لأوراق منسوب تحريرها للمتهم أن يتقيد بها من منطلق أولي متمثل في كون هذه الشروط و الضوابط تحكم بصفة عامة الإقرار في المادة الجزية و بصفة خاصة المحررات الصادرة عن المتهم.

ويعرف الأستاذ أحمد أجويد الإقرار الوارد بالمكاتيب بأنه إقرار صادر عن المتهم مكتوب بخط إما يده و بخط يد غيره أملاه عليه، سواء ورد في رسالة وجهها المتهم إلى الزوجة أو وجهتها الزوجة لعشيقها أو وجهت لغيرها أو مذكرة شخصية يصف فيها العلاقة الجنسية أو رسالة غرامية بعثها أحدهما إلى عشيقه يرجوا أن يعود إلى سالف أيامه به واصفاً أيما حلت كان يعاشره جنسياً<sup>166</sup>.

## 2- الإقرار المدون بمحاضر الضابطة القضائية

لقد استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة النقض و العمل القضائي للمحاكم الدنيا على اعتبار الإقرار بجريمتي الفساد و الخيانة الزوجية المضمن بمحضر الضابطة القضائية من قبيل المحررات الصادرة عن المتهم و الإشكال المطروح في هذا الصدد هو مدى حجية المحضر غير الموقع من طرف المتهم.

لقد دأبت محكمة النقض في قراراتها المتواترة على تقييد سلطة القاضي في اعتماد المحضر المضمن للإقرار بشرط التوقيع و من ضمنها قرارها الصادر بتاريخ 1985/12/04 الإقرارات المحررة من طرف الضابطة القضائية و الموقع عليها من طرف صاحبها تنزل منزلة إقرار تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم و أن المتهم وقع على إقراره بالاتصال الجنسي مع أجنبية لدى الشرطة<sup>167</sup> و نفس القاعدة أكدتها من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1985/05/02 إن جنحة الفساد يمكن الاعتماد في الإدانة من أجلها على

<sup>166</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضرورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص :

15.

<sup>167</sup>. قرار محكمة النقض عدد 140 بتاريخ 1969/12/04 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 15، ص : 54.

إعتراف الطرفين أمام الضابطة القضائية إذا كان هذا الإعتراف موقعا من طرفهما<sup>168</sup> ، وفي قرارها الصادر بتاريخ 1986/12/11 لما اعتبرت أن المحكمة لما لم تأخذ بعين الاعتبار الإعتراف الوارد في محضر الضابطة القضائية و الموقع من طرف المتهمين باعتراف الخيانة الزوجية أخطات في التأويل الصحيح<sup>169</sup>.

غير أن محكمة النقض تراجعت عن توجيهها السابق في قرارها الصادر بتاريخ 11-28-2012 و الذي نقضت بمقتضاه الحكم الابتدائي القاضي بإدانة المتهمين بعله أن إعترافتهما المدونة بمحضر الضابطة القضائية لا ترقى إلى وسائل الإثبات المحددة في الفصل 493 من القانون الجنائي و لا تعتبر إعترافات تضمنتها مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهمين لكونها غير ممضاة من طرفهما ، و الحال أن الإعترافات المذكورة واضحة و دقيقة وتلقائية لا لبس فيها وأن عدم توقيعها لا يعني استبعادها لأن المشرع ترك الخيار للمشتبه فيه في التوقيع على محضر تصريحاته من عدمها مع بيان أسباب ذلك طبقا للمادة 24 من قانون المسطرة الجنائية و بذلك فالقرار المطعون فيه أساء تطبيق المادة 493 من القانون الجنائي المبرر لطلب النقض<sup>170</sup>.

#### ب- الإعتراف القضائي

يكون الإعتراف قضائيا كلما صدر أمام إحدى الجهات القضائية سواء صدر أمام قاض الحكم أو قاضي التحقيق أو قاضي النيابة العامة أو القاضي القائم بالبحث التكميلي على اعتبار أنهم كلهم قضاة ويزاولون مهامهم داخل المحكمة التي تتميز أن كل ما يجري فيها له صبغة قضائية، وأما غيره الصادر أمام غير القضاة أو خارج المحكمة فيعتبر غير قضائي كما إذا صدر أمام موظف أو ضابط شرطة أو أمام شهود.

<sup>168</sup> قرار محكمة النقض عدد 84/16/378 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 40، ص: 85 .

<sup>169</sup> قرار محكمة النقض عدد 8717 في الملف الجنائي عدد 85/16801 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص : 245 وما يليها.

<sup>170</sup> قرار محكمة النقض تحت عدد 3-1243 ، صادر بتاريخ 2012/11/28 ، في الملف الجنحي رقم 11541-3-6-2012.

ويخضع الإقرار القضائي كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاء<sup>171</sup> ،  
 فله أن يأخذ به إن تكون لديه الاقتناع به ويحكم بالاستناد عليه أما إذا لم يقتنع به فله  
 أن يستبعده شريطة أن يبحث في أسباب الإقرار وما إذا كان ينسجم مع بقية الأدلة وأن  
 يتأكد أنه مطابق للحقيقة ، و قد أكدت محكمة النقض هذا المقتضى في قرارها الصادر  
 بتاريخ 2011/05/12 إن الإقرار الذي يعتد به كدليل إثبات هو الذي يصدر عن المتهم  
 شخصيا و بعبارات صريحة لا غموض فيها ولا إجمال و يتعلق بوقائع الجريمة و عناصرها  
 الواقعية و القانونية و لما كان للمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في الأخذ بالإقرار في  
 أي مرحلة من مراحل الدعوى فعليها قبل كل ذلك حتى تطمئن إلى صحته و صدقه أن  
 تتأكد في إطار سلطتها التقديرية من مطابقته للحقيقة و الواقع و من تضمينه للوقائع  
 المادية للجريمة و الظروف و الملابسات المحيطة بها<sup>172</sup>.

#### الفقرة الثانية : التقيد بقواعد الإثبات المدني

ألزم المشرع القاضي الزجري بتقيده بقواعد الإثبات المدني متى ارتبط إثبات جريمة  
 معينة بحجة تسري عليها أحكام القانون المدني (أولا) و نتساءل في هذا المقام من الدراسة  
 عن حجية رسوم الزواج و انحلال ميثاقه في إثبات الجرائم الجنسية ( ثانيا ) .

#### أولا: مفاد قاعدة تقييد القاضي الزجري بقواعد الإثبات المدني

إن حرية القاضي في الإثبات ترد عليها بعض القيود القانونية ، و تتخذ هذه القيود  
 صورا متباينة، فقد يمنع المشرع من الأخذ ببعض الأدلة ، أو يلزم القاضي بإتباع طرق  
 خاصة في ذلك و هذه الصورة الأخيرة ، هي التي نستشفها من مضمون الفصل 288 من  
 قانون م.ج والذي ينص على أنه : " إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه  
 أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة " ، حيث أن  
 النص أحال على قواعد الإثبات المدني ، لأن إثبات الجريمة يرتبط ارتباطا وثيقا بحجة

<sup>171</sup> المادة 293 من ق.م.ج.

<sup>172</sup> قرار محكمة النقض عدد 462 الصادر بتاريخ 2011/05/12، في الملف عدد 2011/8/6/4696، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، ص: 123.

جارية عليها أنظمة القانون المدني<sup>173</sup> وما يترتب عن ذلك من تقييد القاضي بإتباع طرق الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني ومن قبيل ذلك إثبات بعض الجرائم الجنسية. وهكذا فإذا كان يراد إثبات نزاع مدني معين أمام المحاكم الجزئية لكونه ورد كمسألة عارضة أثناء نظر الدعوى العمومية فيجب التقييد في هذا الشأن بقواعد الإثبات المدني<sup>174</sup>. ومثال ذلك أثناء الفصل في جريمة الخيانة الزوجية ، تلتزم المحكمة الجزئية بصدد إثبات العلاقة الجنسية بالتأكد من شرعيتها و في ذلك تتقيد بالأحكام التي يتطلبها القانون المدني في إثباتها كالحجة المكتوبة ، حيث لا يكفي والحالة هذه الشهادة مثلا في إثبات قيامه.

ثانيا : حجية رسوم الزواج و انحلال ميثاقه في إثبات الجرائم الجنسية

إن أثر ثبوت شرعية العلاقة الجنسية ينصرف إلى ما لتكييف الذي يقدره القاضي أثناء بثه في نازلة معينة ، فإذا حدث اتصال جنسي بعد انحلال الزواج ، لا تقوم جريمة الخيانة الزوجية بل نكون إزاء جريمة جنسية أخرى كالفساد أو المشاركة أو هتك العرض حسب الأحوال ، ولو كان الاتصال الجنسي لا حقا بوقت يسير على تحقق سبب الانحلال ، ولا تفرقة بين أسباب الانحلال أكانت الطلاق أو موت الزوج ، فيتوجب على القاضي أن يتقيد في إطار تقديره لهذا السبب بالحجة المكتوبة كرسوم الطلاق الذي يتأكد من خلاله مما إذا كان طلاقا بائنا او رجعيًا ذلك أن الطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزوجية و تبقى العلاقة الزوجية حكما خلال فترة العدة ، كما أن الزوج الذي يدعي موت زوجته يلزمه إثبات الموت بحجة قطعية كشهادة الوفاة أو حكم بالتمويت ليتسنى للقاضي أعمال التكييف الصحيح حسب ملاسبات كل قضية على حدى<sup>175</sup>.

<sup>173</sup>. إبراهيم فكري : " الشهادة وأثرها في إثبات الجرائم في القانون المغربي "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة القاضي عياض ، مراكش ، السنة الجامعية : 1992 ، ص : 157.

<sup>174</sup>. الحبيب بيهي : " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي "، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الخامس ، الرباط ، السنة الجامعية : 1988-1989 ، ص : 183.

<sup>175</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص :

غير أنه بمراجعة مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الدنيا نجد أنها تعتمد على الحالة العائلية للمتهم المصرح بها من طرفه و المضمنة بالمحضر ففي ذلك قضت ابتدائية الدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 2010/05/27 و حيث تثبت من هوية الضنينة أنها مطلقة و بذلك فان عنصر المشاركة قائم لديها لاسيما و أن وضعيتها العائلية تختلف عن وضعية الطرف الأخر بحيث لا يستفيد من مقتضيات الفصل 130 من القانون الجنائي<sup>176</sup>.

ويعد قيد ثبوت العلاقة الزوجية إثبات قيد وارد على سلطة القاضي في تقدير شرعية العلاقة الجنسية من عدمه ، فهل يلزم لإثباتها الإدلاء بوثيقة عقد الزواج أم يكفي بالقرائن القوية التي لا لبس فيها .

#### المطلب الثاني : القيود الواردة على حرية القاضي في تكوين قناعته

الأصل أن للقاضي سلطة واسعة في تكوين قناعته من الأدلة المطروحة أمامه فله أن يستند في بناء حكمه على الدليل الذي يطمئن إليه كما له أن يستبعد الدليل الذي يبادره الشك في صحته غير أن حرية القاضي في الاقتناع ترد عليها بعض القيود والتي تحول دون إمكانية استعمال سلطته التقديرية بشكل مطلق وتتخلص هذه القيود أساسا في القرائن القانونية القاطعة<sup>177</sup> ( الفقرة الأولى )، و القرائن الفنية و التقنية ( الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: القرائن القانونية القاطعة

تدخل المشرع المغربي بوضع مؤثرات تقيد القاضي في تفسير بعض الأدلة وحدد له النتائج المستخلصة عن وجود وقائع معينة واعتبر أن إثبات بعض الجرائم أمر عسير جدا وإذا تحمل أحد أطراف الدعوى عبء إثباته فسيكون عبئا ثقيلا ، لذلك فالمشرع أورد قرائن لا تدع للقاضي ولا للخصوم مجالا للتقدير والترجيح ، فالقاضي يكون ملزما بالحكم

<sup>176</sup>. ملف جنحي عدد 4040/10/10، صادر بتاريخ 2010/05/27، غير منشور.

<sup>177</sup>. القرائن القانونية إما أن تكون بسيطة أو قطعية لا تقبل اثبات العكس وهذه الأخيرة هي التي سنتطرق إليها في هذه الفقرة على إعتبار أنها تقيد سلطة القاضي في الاقتناع.

وفق المنظور الذي يرتئيه المشرع ويكون مجبرا على اعتماد هذه القرائن رغم وجود أدلة يمكن أن تدحضها<sup>178</sup> ، فالمنطق القانوني يرجح في هذا المقام وبقوة مطلقة على المنطق الواقعي الذي تفرضه ماديات وملابسات الجريمة.

وتعتبر القرائن القانونية القطعية من آثار الإثبات القانوني لذلك فهي واردة على سبيل الحصر ولا يجوز للقاضي أن يستنبط غيرها<sup>179</sup>.

### الفقرة الثانية: القرائن العلمية والتقنية

إن كانت القرائن القانونية القاطعة ملزمة للقاضي كما سبق تفصيله فإن القرائن القانونية البسيطة و القرائن القضائية ليست لها نفس القوة الإثباتية، فيحق للمتهم أن يضحدها و يثبت خلافها كان هذا الإثبات منطقيا ومستساغا، غير أن هذه القاعدة تجد استثناء مرتبط أساسا بخصوصية بعض القرائن التي تقيد سلطة القاضي في تقديرها ونخص بالذكر القرائن العلمية والتقنية.

ولما كانت هذه الوسائل ذات أثر بالغ في مجال إثبات الجرائم الجنسية وبالتالي على خصائص نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي ، فإننا سنحاول عرض مجالات هذا التأثير وذلك من خلال الطرق في ( أولا ) إلى الأدلة المستمدة من الطب و التحاليل البيولوجية على أن نتطرق في ( ثانيا ) إلى الأدلة المستمدة من الوسائل الإلكترونية.

### أولا : حدود سلطة القاضي في تقدير الدليل العلمي

كل جريمة تترك وراءها من الدلائل والعلامات ما يتوصل به إلى معرفة الفاعل مهما حاول المجرم طمس معالم الجريمة وإخفاء آثارها ، وقد أثبتت الجرائم الجنسية و نسبتها إلى مرتكبها بواسطة القرائن المادية المخلفة إما بمسرح الجريمة أو بجسم الضحية كالمني ، الدم أو اللعاب ... وإذا كان القاضي الزجري يحتاج في تكوين اقتناعه من خلال تقديره

<sup>178</sup> عبد الله بن صالح رشيد الربيش : " سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية " ، بحث تكميلي لنيل درجة الماستر في فهم العدالة الجنائية ، أكاديمية جاحض للعلوم الأمنية ، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي ، ص : 113.

<sup>179</sup> الحبيب بيهي : " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي " ، مرجع سابق ، ص : 178.

لقيمة القرائن الواقعية ، إلى الاعتماد على المنطق بصفة عامة ، من خلال استنباط ما هو مجهول مما هو معلوم ، فإن القرائن الفنية تفرض عليه اللجوء للخبرة<sup>180</sup> ، والتي تحسم في نسبة الآثار البيولوجية المخلفة إلى الجاني من عدمه، واعتبارا لخصوصية الموضوع ارتأينا الاقتصار على التطرق للقيمة التبوتية للخبرة الجينية والشهادة الطبية ( أولا ) وحدود سلطة القاضي إزاء تقدير حجيتها ( ثانيا ) باعتبارهما الأدلة العلمية الأكثر اعتمادا في إثبات الجرائم الجنسية.

#### أ- القوة التبوتية للخبرة الجينية والشهادة الطبية

يجب التأكيد في البداية أنه لم يرد في التشريع الجنائي المغربي أية إشارة للخبرة الجينية، ولكن هذا لم يمنع من اللجوء إليها ، وذلك إستنادا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية ، خاصة ما يتعلق بالمقتضيات الخاصة بإجراء الخبرة في الميدان الجنائي<sup>181</sup> ، وكذا إستنادا لمبدأ الإثبات الحر والذي مضمونه إمكانية إثبات الجرائم بكافة وسائل الإثبات ما عدا في الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك.

وتعد الجرائم الجنسية مجال لتطبيق الخبرة الجينية على الإطلاق من خلال تحليل البصمة الوراثية للحمض النووي ويتضح ذلك بالخصوص في جرائم الاغتصاب، هتك العرض، الخيانة الزوجية، التحرش الجنسي<sup>182</sup>، والاستغلال الجنسي للأطفال والمعاقين، فقد وثق سجل المحاكمات الزجرية العديد من الجرائم، التي كان للخبرة الجينية الدور الكبير في الكشف عنها من خلال الآثار الجينية المخلفة إما على مسرح الجريمة أو بجسم الضحية.

<sup>180</sup> يعرف البعض الخبرة بانها: " مسطرة تستهدف استعمال معارف اخصائي لتسليط الأضواء على مسألة يتوقف حلها على تقنية لا يتوفر عليها القاضي " ، وأنها " اجراء يتعلق بموضوع يتطلب إماما بمعلومات فنية لإمكان استخلاص الدليل منه " أو أنها " الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقرير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوفر لدى القضاة بحكم العمل والثقافة " .

<sup>181</sup> تنص المادة 164 من قانون المسطرة الجنائية الجديد : " يمكن لكل هيئة من هيئات التحقيق أو الحكم كلما عرضت مسألة تقنية أن تأمر بإجراء خبرة إما تلقائيا وإما بطلب من النيابة العامة أو من الأطراف " .

<sup>182</sup> أمام أهمية وفعالية الخبرة الجنسية في الإثبات فقد لوحظ في الولايات المتحدة الأمريكية في ما يعرف بقضية مونیکا لوينسكي والرئيس الأمريكي السابق بيل كلينتون حيث اضطر هذا الأخير إلى الاعتراف بتحرشه الجنسي بمونیکا ، وذلك بعد التهديد بإمكانية اللجوء إلى تحاليل الحمض النووي لبقايا سائله المنوي الذي علق بملابسها للمزيد من التفاصيل راجع : جميل عبد الباقي الصغير : " أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة " ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 1905 ، ص : 118 .

## ب- سلطة القاضي إزاء الخبرة و الشهادة الطبية

يمكن القول بداية أنه يصدق على رأي الخبير ما يصدق على غيره من الأدلة ، فالمحكمة غير مقيدة بتقرير الخبير فلها أن تأخذ به أو تطرحه ، إلا أنه و إن كانت للقاضي الزجري كامل السلطة في تقدير القوة التحليلية للحجج المدلى بها في النوازل المعروضة عليه، فإن دحضه لما هو تقني أو علمي ، لا ينبني على معلومات شخصية أو تصريحات مدلى بها بل عند الشك في تقرير أو اختلاف المعطيات المضمنة في تقريرين طبيين تقوم للقاضي الصلاحية في انتداب خبير ثان أو ثالث لرفع اللبس إزاءها<sup>183</sup>.

فالقول بأن القاضي الزجري هو سيد الخبراء لا يعني أن خبرته تشمل كل فروع العلم والمعرفة ، لأنه أمر مستحيل ، وإنما يقصد بذلك إعتبار القاضي صاحب التقدير والقرار النهائي في كل ما تثيره الدعوى المطروحة أمامه من مسائل ، ولما كان القاضي الزجري في حكم الإدانة إنما يعبر عن اقتناء الشخصي بأسباب هذه الإدانة، ولما كانت هذه الأسباب قد تنطوي على قدر من المسائل الفنية التي لا يستطيع الإمام الكافي بها إلا متخصص أو خبير ، فإن القاضي يحتاج الاستعانة بأهل الخبرة فيما يعرض له من مسائل فنية، لذلك تعد الجرائم الجنسية من الجرائم التي يعتمد على الخبرات الجينية وعلى الشواهد الطبية بدرجة كبيرة لتكييف الفعل الجنسي ونسبته لمرتكبه. فهل الاثبات هنا يقتصر على واقعة العلاقة الجنسية او يمتد الى عنصر الرضى ؟

## ثانيا : سلطة القاضي في تقدير الأدلة التقنية

تتضاءل سلطة السلطة التقديرية للقاضي الزجري أمام الدليل التقني لقوته الثبوتية ويجب التمييز في نطاق هذه السلطة بين الأدلة التقنية الثابتة من جهة ، والظروف والملابسات المحيطة بهذا الدليل من جهة أخرى ، بحيث أن السلطة التقديرية للقاضي الزجري تكون مقيدة عندما يكون أمامه دليل تقني ثابت نظرا لما يتميز به من قوة تدليلية ، على خلاف الظروف والملابسات المحيطة بالحصول على هذا الدليل العلمي التي تدخل

183. لحسن بيهي : " الدليل العلمي ودوره في تكوين اقتناع القاضي الزجري "، الطبعة الثانية ، بدون سنة النشر ، ص : 38.

في نطاق سلطته الواسعة إذ يمكن له أن يطرح الدليل رغم حجيته ودقته العلمية عند ما لا يتسق منطقيا مع الظروف وملابسات الواقعة<sup>184</sup>.

و المتتبع للعمل القضائي ، يتبين له جليا مدى غزو الوسائل التقنية للمجال إثبات الجرائم الجنسية خاصة الأشرطة المصورة و الصور الفوتوغرافية والرسائل الهاتفية لذلك نتساءل في هذا المقام من الدراسة كيف يتسنى للقاضي الجزري التأكد من صحة الأشرطة والمكالمات الهاتفية وهل لها الحجية نفسها في الإثبات أمام القضاء المغربي ؟ وهل يجوز أساسا الطعن فيها ؟.

#### أ- التعريف بوسائل الإثبات التقنية

نظرا لحصر موضوعنا على الجرائم الجنسية سنقتصر على التعريف بالوسائل التقنية المعتمدة لإثباتها.

- وسائل سمعية: و تعد وسائل مباشرة كالتصنت على المكالمات الهاتفية، أو غير مباشرة كالتسجيل على الشرائط أو زرع ميكروفونات لإلتقاط الأصوات.
- وسائل بصرية: و هي الوسائل المستعملة في ممارسة التصوير سواء منها الصورة المتحركة التي تنقل عبر الكاميرات أو الصور الجامدة العادية ، فتقوم بنقل الصور الحية وفي غالب الأحيان تعكس الحقيقة في حالة ارتكاب جريمة جنسية معينة ، خاصة إذا كان النقل مباشرا ، أما إذا كانت مسجلة فإن ذمة مسجلها تبقى محل تقدير والصور الفوتوغرافية متعارف عليها في المحاكم فكثيرا ما تعرض على أنظار القضاء نوازل توبع المتهمون بشأنها من خلال الصور المضمنة بملف القضية.

<sup>184</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص :

- وسائل سمعية بصرية: وتجمع هذه الوسيلة بين حسنات الوسائل السمعية والوسائل البصرية التي سبق ذكرها أي " صوت وصورة " .

- المستخرجات الالكترونية : و تشمل الرسائل النصية الهاتفية كما تشمل المستخرجات الكمبيوترية و التي يتم إستخراجها من الحاسب الآلي ، وهي إما أن تكون ورقية يتم إنتاجها عن طريق الطابعات أو الرسم ، وإما أن تكون لا ورقية أو إلكترونية كالأشرطة والأقراص الممغنطة.<sup>185</sup>

#### ب- محدودية سلطة القاضي ازاء الوسائل التقنية

بخلاف الوسائل التقليدية التي خصص لها المشرع المغربي مجالا واسعا في القانون الجنائي المغربي لما لها من حجية مطلقة في اثبات الوقائع ومساعدة القضاء على تكوين قناعتهم، فإن الوسائل الحديثة من قبيل الوسائل السمعية والبصرية والمستخرجات الإلكترونية ما زالت محل جدال وسجال قانوني وحقوقى حول مشروعيتها وحجيتها ، بإعتبارها تمثل من جهة انتهاكا للحياة الخاصة و من جهة أخرى خرقا لمبدأ الشرعية نظرا لعدم التنصيص عليها صراحة من طرف المشرع.

ومع ذلك نرى أن الدليل التقني المستمد من تصوير الواقعة الجرمية و هي في حالة التلبس أو تسجيل هاتفي للرسالة تفيد الإقرار الصريح أو الضمني بالفعل الجرمي و ملابساته يعتبر مقبولا أمام القضاء الجنائي متى تم التقاط الصورة أو تم التسجيل دون فبركة أو إحتيال ، فالتصوير يعد توثيقا مهما للوقائع مما يمكن كل من سلطة التحقيق و من بعدها محكمة الموضوع من الوقوف على حقيقة الفعل الجرمي ، و هذا من شأنه أن يسهم في إبعاد المظنة والشك الذي سيسفر في حالة انتفاء هذه الأدلة و في ظل إنكار

<sup>185</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص :

المتهم عن تفسيره لصالحه و بالتالي إفلاته من العقاب خاصة و أنه من المعلوم أن غالبية الجرائم الجنسية ترتكب في السر و الخفاء<sup>186</sup> .

المبحث الثاني: الضوابط الناظمة لسلطة القاضي الجزري في تقدير وسائل الإثبات في الجرائم الجنسية

حرية القاضي في تكوين عقيدته ليست حرية كاملة أو مطلقة ولكنها سلطة منضبطة لأن القاضي الجزري من حيث المبدأ العام وفي الحالات التي لم يقيدده المشرع بأدلة معينة أو محددة في الإثبات ليست له سلطة تحكمية ، ذلك أن محكمة النقض تراقب ما استقرت عليه عقيدة القاضي من حيث التدليل وتلزمه بذكر مضمون الحجج التي استند إليها دون إبهام أو غموض ، وعليه فسلطة القاضي في تقدير الأدلة تحكمها علاوة على القيود القانونية بعض الضوابط التي تعتبر من المبادئ العامة للقانون الجنائي وفي هذا الفصل سنركز على أهم هذه المبادئ التي يخضع لها الدليل محل التقدير ( المطلب الأول ) ، وتلك التي يخضع لها اقتناع القاضي الجزري ( المطلب الثاني ) ، مستحضرين الخصوصية التي تتميز بها الجرائم الجنسية كلما إقتضت ضرورة البحث ذلك.

المطلب الأول: الضوابط التي يخضع لها الدليل محل التقدير

يعد استناد القاضي الجزري في تكوين قناعته على أدلة مشروعة متحصل عليها وفق إجراءات صحيحة (الفقرة الأولى)، ومطروحة للنقاش في جلسة علنية ( الفقرة الثانية) بمثابة أهم الميادين التي تتأسس عليها المحاكمة العادلة .

الفقرة الأولى: مبدأ مشروعية الدليل

يقصد بالمشروعية مطابقة العمل كما هو منصوص عليه في القانون أو مطابقة الإجراءات للقانون والضمير الأخلاقي، والمشروعية بهذا المعنى تعد قيوداً على مبدأ حرية الإثبات، ذلك أنه إذا كان هذا المبدأ يفسح المجال للقاضي الجزري في اختيار وسيلة الإثبات

<sup>186</sup>. أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضرورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص :

بكل حرية فإنه بالمقابل مقيد بمراعاة الشرعية في البحث ، وجمع وسائل الإثبات<sup>187</sup> ، بحيث لا يكون الدليل مشروعاً ومن ثم مقبولاً إلا إذا جرت عملية البحث عنه أو الحصول عليه وعرضه على القضاء في ظل احترام جميع القواعد والشكليات التي يقرها القانون<sup>188</sup>.

وبذلك نقول أن سلطة القاضي لها حد لا يمكن تخطيه وهو مشروعية الدليل فالدعوى العمومية تقوم على ضمان حرية المتهم لا على مجرد إثبات سلطة الدولة في العقاب وبالتالي يتعين على القاضي ألا يثبت توافر هذه السلطة تجاه المتهم إلا من خلال إجراءات مشروعة تحترم فيها الحريات وتؤمن فيها الضمانات التي رسمها القانون<sup>189</sup>.

وبالتالي فشرعية الإثبات الجنائي تستلزم عدم قبول أي دليل كان البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطريق غير مشروع ، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يستمد قناعته من إقرار أو شهادة وليدة استنطاق جرى على وجه يخالف القانون أو من محرر مسروق أو تم تحصيله عن طريق التجسس واستراق السمع أو تسجيل الأحاديث خلسة أو اعتماد دليل جاء نتيجة إجراء باطل كالتفتيش الباطل أو الأوراق التي تضبط بحوزة محامي المتهم خلافاً لما ينص عليه القانون<sup>190</sup> ، ويعد أيضاً من قبيل الدليل الباطل ذلك الدليل الذي تم الحصول عليه عن طريق الحيلة أو الخداع .

#### الفقرة الثانية: مبدأ مناقشة الدليل

إن الأدلة التي يبني عليها القاضي اقتناعه بثبوت الجريمة الجنسية يجب أن يستخلصها من أوراق الملف ومستنداته التي عرضت أثناء الجلسة ، ونوقشت شفاهياً أمامه ( أولاً ) وبالتالي لا يجوز للقاضي الاستناد إلى أدلة لا سند لها أصلاً من وثائق الملف، كعلمه الشخصي المستمد من وقائع أجنبية عن الملف وإجراءاته ( ثانياً ).

<sup>187</sup>. ياسين بنموسى : " اقتناع القاضي الزجري في ظل وسائل الإثبات الحديثة في المسطرة الجنائية "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة ، السنة الجامعية : 2008-2009 ، ص : 37.

<sup>188</sup>. الحبيب بيهي : " شرح قانون المسطرة الجنائية "، الجزء الثاني ، دار النشر المغربية ، الطبعة الثانية ، 2006 ، ص : 195.

<sup>189</sup>. محمد بازي : " سلطة القاضي في تقدير الاعتراف الجنائي في القانون المغربي والمقارن "، مرجع سابق، ص : 30.

<sup>190</sup>. رؤوف عبيد : " ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأمر التصرف في التحقيق " ، دار الجيل للطباعة ، مصر ، 1986 ، ص : 600.

## أولاً : مناقشة الدليل بالجلسة

ينص الفصل 287 من ق.م.ج على أنه : " لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفهيًا وحضورياً أمامها " .

وتبعاً لذلك فالقاضي ملزم بأن يستمد اقتناعه من حجج سليمة عرضت عليه وأثبتت مناقشتها في جلسة المحاكمة، وعلة هذا المقتضى هو مبدأ " المناقشة والمواجهة " في المحاكمة الجنائية وهو مبدأ أساسي في الإجراءات الجنائية وتقتضيه أولى بديهيات العدالة الجنائية فلا يجوز أن يأخذ القاضي بدليل إلا إذا عرضه شفويًا في جلسة المحاكمة، بحيث يعلم به سائر أطراف الدعوى فتتاح لهم مناقشته وإبداء آرائهم في قيمته، ومن خلال ذلك يستطيع القاضي أن يكون اقتناعه في شأن قيمة هذا الدليل.

وإذا كان القاضي يلتزم بأن يستمد اقتناعه من الأدلة التي طرحت في جلسات المحاكمة وأتيحت فيها أطراف الدعوى مناقشتها، فإن النتيجة الحتمية لذلك هي عدم جواز الاعتداء بدليل لم يعرض في الجلسة ولم تتح إمكانية مناقشته وتقييمه ، ومن ثم يكون الاعتماد عليه مناقضاً لمبدأ المناقشة والمواجهة الذي يسود مرحلة المحاكمة<sup>191</sup>.

ويتربط على مبدأ المناقشة أنه يجوز للمتهم أن يبسط بكامل الحرية أوجه دفاعه<sup>192</sup> وله أن يتراجع عن إقراره أو يفنده كما له أن يجرح الشهود وينتقد ما جاء في البحث الذي قامت به الضابطة القضائية أو قاضي التحقيق.

يتضح إذن أن مبدأ المناقشة يضمن للمتهم ممارسة حقه في إقناع القضاة بسلامة مركزه القانوني من كل شبهة أو اتهام من جهة، ومن جهة أخرى يسمح بعرض الدليل مباشرة أمام القضاء وليس عن طريق ملف الدعوى<sup>193</sup>.

191. عبد الله بن صالح رشيد الربيش : " سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية " ، مرجع سابق ، ص : 86.

192. الحبيب بيهي : " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي " ، مرجع سابق ، ص : 180.

193. عماد محمد أحمد ربيع : " حجية الشهادة في الإثبات الجزائي ، دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1999 . ص : 235 .

ثانياً: الاستناد إلى دليل واردة بملف الدعوى

تعتبر قاعدة وجوب مناقشة الدليل ضماناً هامة وأكيدة للمتهم إذ تمكنه من محاكمة عادلة فالقاضي الجزري بناء على أدلة غير واردة بالملف أصلاً أو بناء على معلوماته الشخصية.

فلا يسوغ للقاضي أن يستند في بناء قناعته على ما رآه بنفسه أو شهد عليه من معلومات شخصية ذلك أن هذه المعلومات لم تعرض في الجلسة ولم تتح مناقشتها وتقييمها<sup>194</sup> ، ويكون من شأن الاعتماد عليها إنزالها مرتبة الدليل الشرعي في القضية ولما كان من حق الخصوم مناقشة الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم أو الشاهد فيكون خصماً وحكماً في تخس الوقت وهذا لا يجوز ويناقض أسس المحاكمة العادلة<sup>195</sup>.

يترتب على ما سبق أنه لا يجوز للقاضي أن يستند إلى أدلة قدمت من الخصوم في قضية أخرى ، ولو كانت القضية منظورة أمامه ، وبين الخصوم أنفسهم ما لم تضم هذه الأدلة إلى ملف الدعوى بحيث تصبح عنصراً من عناصر الإثبات.

وعلى ذلك إذا أدرك القاضي أن معلوماته الشخصية تؤثر في تقديره بوقائع النزاع واستشعر الحرج من نظرها كان له أن يجرح نفسه، ويخرج من نطاق العلم الشخصي<sup>196</sup> والمعلومات العامة<sup>197</sup>، المستقاة من خبرة القاضي بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها، كما أن القاضي إذا كان بصدد جريمة وقعت أو ارتكبت في الجلسة فلا مفر من أن يقضي فيها استناداً إلى معلوماته الشخصية باعتبار أنه شاهدها عاينها وعان مرتكبها<sup>198</sup>.

194. عبد الحميد الشورابي : " الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقہ "، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1992 ، ص : 29.

195. الحبيب بيهي : " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي "، مرجع سابق ، ص : 189.

196. العلم الشخصي هو الذي يحصل عليه القاضي بعيداً عن الطريق الذي يحده القانون للاستخلاص الحقائق، لحبيب بيهي : " اقتناع

القاضي ودوره في الإثبات الجنائي "، مرجع سابق ، ص : 188.

197. يقصد بالمعلومات العامة ، الوقائع التي يفترض علم الكافة بها ، والتي يقتنيها القاضي من خبرته وثقافته العامة ومثال ذلك العادات

أو التقاليد المشهورة والحقائق المقررة علمياً ، الحبيب بيهي : " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي "، مرجع سابق ، ص : 190.

198. عبد الله بن صالح رشيد الربيش : " سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية

السعودية " ، مرجع سابق ، ص : 88.

عموما يبطل الحكم إذا بني على واقعة لا سند لها من الأوراق كأن يسند الحكم مثلا أقوالا إلى شاهد لم يقلها أو إقرارا إلى متهم لم يصدر عنه فيعد ما سبق خطأ في الإسناد،  
يوجب إبطال الحكم لمخالفته المبادئ القانونية الأساسية للمحاكمة العادلة عامة وللإثبات خاصة<sup>199</sup>.

#### المطلب الثاني: الضوابط التي يخضع لها اقتناع القاضي

أعفى المشرع القاضي الجزري من تبرير قناعته وفي ذلك تشريف للعدالة الجنائية وإذا كانت قناعته لا تخضع للرقابة فإنه يجب أن تخضع لرقابة ضميره إلا أن هذا الضمير قد يجنح أحيانا إلى التعسف أو التجاوز الأمر الذي دفع المشرع والقضاء والفقه إلى إقرار عدة ضوابط تحد من كل تجاوز محتمل في تقدير الدليل وتتمثل أساسا في ضرورة بناء القاضي اقتناعه على الجزم واليقين لا على الظن والترجيح ( الفقرة الأولى ) واعتماده على أدلة متساندة وكذا ضرورة تعليل الأحكام القضائية تعليلا سليما ( الفقرة الثانية ) .

#### الفقرة الأولى: الشك يفسر لصالح المتهم

عندما لا يطمئن القاضي لثبوت التهمة أو لثبوت نسبتها إلى المتهم أو عندما تكون الأدلة المقدمة ضده غير كافية، يكون القاضي الجزري ملزما بإصدار حكمه ببراءة المتهم وهو ما يعبر عنه بأن الشك يفسر لصالح المتهم.

هذه القاعدة هي إحدى نتائج قرينة البراءة والتي تعني افتراض براءة كل فرد مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحوم حوله أو تحيط به طالما مسؤوليته لم تثبت بمقتضى حكم نهائي<sup>200</sup>.

199. شهاد هابيل البرشاوي : " الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية "، دار الفكر العربي ، القاهرة 1982 ، ص : 233.  
200. تنص المادة الأولى من ق.م.ج على أنه : " كل متهم أو مشتبه فيه بارتكاب جريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا بمقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به بناء على محاكمة عادلة تتوفر فيها كل الضمانات القانونية !".

والشك الذي يمكن أن يتولد في عقيدة القاضي أثناء عملية التقدير القانوني التي يبذلها لإصدار الحكم الجنائي، يمكن أن يكون محله أموراً متعددة مما يجعلنا نتساءل حول حدود تطبيق قاعدة الشك من حيث معرفة المقياس الذي تميز به الشك عن اليقين؟. إن الشك الوحيد الذي يلزم القاضي الجزري بإصدار الحكم ببراءة المتهم هو الشك الذي محله الوقائع التي تتأسس عليها المسؤولية الجنائية، فإذا كان الشك متعلقاً بمسألة من مسائل القانون فلا أثر له ولا تأثير على مبدأ المسؤولية الجنائية سواء أكان هذا الشك متعلقاً بالمتهم أو القاضي، فلا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون ولا يقبل القول بوجود غموض أو شك خاص بمضمون النص، للقضاء بالبراءة أما إذا كان الشك قد تعلق بمسألة واقع فإن هذا الشك ينبغي تفسيره في المعنى الذي يكون في مصلحة المتهم يستوي أن يكون هذا الشك موضوعياً، وهو الشك الذي يوجد عندما يتأرجح مضمون الدليل بين معنيين متناقضين، أو أن يكون هذا الشك شخصياً مصدره عدم الاطمئنان لصدق الدليل<sup>201</sup>.

أما بالحديث عن مقياس جزم القاضي، فإننا نقول لما كان الشك والارتياب أموراً ذهنية، فإن مقياس الشك يتمثل فيما يجده القاضي داخل وجدانه من اطمئنان أو حرج وتردد وارتياب فكلما أنست نفسه الاطمئنان إلى صحة دليل كان الاقتناع مبنياً على الجزم وكلما كان من نفسه محط حيرة وتردد لكون الأدلة المتوفرة لديه لا تقطع بإثبات الجريمة وإسنادها إلى المتهم، أو لأنها تقبل تأويلات متعددة وأن هناك وقائع حاسمة لم يستطع استبعادها بالدليل المقنع، يكون الشك إذا قائماً<sup>202</sup>.

### الفقرة الثانية: مبدأ تساند الأدلة و تعطيل الأحكام

إن المحكمة بصدد تكوين قناعتها تخضع لمبادئ تحول دون بنائها للحكم معرض للنقض ولعل أهم هذه المبادئ تساند الأدلة (أولاً) وتسبب الأحكام (ثانياً).

201. عبد الحميد الشورابي: "الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء"، مرجع سابق، ص: 33.  
202. الحبيب بيهي: "اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي"، مرجع سابق، ص: 244.

## أولاً: مبدأ تساند الأدلة

رأينا أن لقاضي الموضوع أن يكون عقيدته من كافة عناصر الدعوى، وله في سبيل ذلك أن يستعرض في حكمة الصور التي يحتملها الموضوع أو القضية المطروحة أمامه ، ثم يختار منها الصورة التي يعتقد أنها هي الواقعة فعلا ويبني عليها حكمه ، وليس هناك ما يحول - في هذه الحالة دون أن تكون الأدلة القانونية إلى جانب الأدلة الحديثة فيكمل بعضها بعضا في سبيل تكوين اقتناع القاضي وعقيدته التي على أساسها يقضي بالإدانة<sup>203</sup>.

فالأدلة في المواد الجنائية متساندة ومتماسكة يشد ويكمل بعضها بعضا ، فتتكون عقيدة القاضي منها مجتمعة<sup>204</sup> على أساس أن مبدأ تساند الأدلة يرتكز على ثلاثة عناصر أساسية أولها ما هو نفسي ، يعني الاقتناع الوجداني للقاضي الجنائي ، ثانيها ما هو قانوني، أي ارتكاز سلطة القاضي على ما هو قانوني في إطار مبدأ الشرعية والمشروعية ، ثالثها ما هو واقعي إذ يؤسس القاضي اقتناعه ويقينه على وسائل إثبات جنائية<sup>205</sup> تستمد كينونتها مما هو واقعي محض ودور القاضي بماله من سلطة تقديرية في التأليف والجمع بينها.

## ثانيا : مبدأ تسبب الأحكام

تتطلب السلطة التقديرية المخولة للقاضي في مجال تحديد قيمة الأدلة الجنائية، أن يقدم القاضي في حكمه أسبابا ، يشرح فيها وجه التقدير الذي انتهت إليه ، ويبين لما إذا قدر الواقع على هذا الوجه دون غيره من الوجوه وذلك لتتمكن جهة الطعن بالنقض من التأكد من سلامة التقدير الذي استمد منه اقتناعه بمعنى أن القاضي حر في تقديره للدليل بشرط أن يثبت سلامته ، بما يتيح للمحكمة النقض وسيلة مراقبته.

<sup>203</sup> عمر الفاروق الحسيني : " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، الجريمة والمسؤولية دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وأراء الفقه وأحكام القضاء ، المطبعة العربية الحديثة 1988 ، ص : 262.

<sup>204</sup> رؤوف عبيد : " ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق "، مرجع سابق ، ص : 637.

<sup>205</sup> عبد الرحمان كوكب : " تساند الأدلة الجنائية" ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة عبد المالك السعدي ، طنجة ، السنة الجامعية : 2007-2008 ، ص : 23.

ومن الضوابط التي فرضها القانون المغربي لإعمال مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي، هي تسبيب وتعليل الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة ، وفي هذا الصدد نص البند الثامن من المادة 356 من ق.م.ج في معرض سرده للبيانات التي يجب أن تتضمنها الأحكام الأسباب الواقعية والقانونية التي ينبني عليها الحكم أو القرار أو الأمر ولو في حالة البراءة. فالقاضي إذن، ملزم قانونا بتعليل حكمه عن طريق تبيان الأسباب الواقعية والقانونية وإيراد الأدلة التي يعتمدها لتبرير منطوق حكمه، وتعليل الحكم القضائي موضوع متشعب ودقيق يحتاج من القاضي كثيرا من الجهد والتنقيب والفهم الصحيح للوقائع المحمولة إليه<sup>206</sup>.

إلا أن التعليل المقصود به في هذا الشأن ليس إبداء مبررات وأسباب الاقتناع فالقانون لم يلزم القاضي بإعطاء مبررات لاقتناعه ذلك أن هذه المبررات لا تقع تحت الحصر وتشكل في معناها الدقيق بواعث نفسية تختلف باختلاف القضايا وتتنوع بتنوع الملابسات التي تحيط بكل نازلة، وكل ما يتطلبه القانون من القاضي هو ذكر أسباب الحكم وهذه الأسباب تنحصر في الأسانيد التي يقوم عليها منطوقه من الناحية القانونية والواقعية<sup>207</sup>.

خاتمة :

المشروع الجنائي عند وضعه لقاعدة قانونية شكلية كانت أو موضوعية لا يمكن أن يتصور جميع الفرضيات التي يمكن أن تخضع لهذه القاعدة أو تلك ، ونصوص القانون كما يقال تولد ميتة إذ غالبا ما تشرع وتعديل بناء على واقع قائم ، وبينما تجمد النصوص في صيغها يتحرك الواقع دائما دون توقف ، مما يسمح بالقول أن إدراك الأهداف السامية لأي نص تشريعي ليس رهينا بخروجه إلى حيز الوجود فقط بل الأهم من ذلك وجود من يبتث الروح في هذه النصوص وجعلها تتحرك في الاتجاه الذي توخاه المشروع وتقتضيه

<sup>206</sup> أسماء بنكور : " سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضرورة التعديل التشريعي "، مرجع سابق ، ص :

64.

<sup>207</sup> الحبيب بيهي : " اقتناع القاضي ودوره في الإثبات الجنائي "، مرجع سابق ، ص : 297.

قواعد العدل والإنصاف وتحقيق محاكمة عادلة قوامها التوازن بين حق الدولة في العقاب وحق المتهم في الدفاع .

ولاشك أن تحصيل ما سبق باعتباره محصلة الخصومة الجنائية ، يوجب أن يكون الحكم الفاصل في الدعوى مجسدا للحقيقة الواقعية وليس الحقيقة القانونية فقط التي يقوم عليها نظام الإثبات في المادة المدنية وهذا ما جعل المشرع يوجد مرجعية قانونية متميزة تحكم موضوع السلطة التقديرية في المادة الجنائية تيسر إلى حد كبير الاقتراب من الحقيقة الواقعية ولو نسبيا ما دامت الحقيقة المطلقة تعز على البشر في التحصيل ، يمكن التمييز فيها - أي في هذه المرجعية القانونية - بين قواعد وأحكام عامة تسري على نظام الإثبات الجنائي وقواعد أو أحكام خاصة تحكم سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بالنسبة للجرائم الجنسية والهدف الأساسي من دراسة موضوعنا كان الوقوف عند هذه القواعد والأحكام التي ترسم - إن بطريقة مباشرة أو غير مباشرة - حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل .

وفي هذا الإطار خلصنا إلى أن الدليل متى تحققت شروطه القانونية وشكلياته النظامية، واطمأنت المحكمة لمصادقية محتواه وشرعيته كان لها مطلق الحرية والصلاحيات في الاعتماد عليه كدليل إثبات الصحة ما نسب للمتهم بعد تقديره بمقتضى السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي في هذا الصدد.

وعلى هذا الأساس فالقاضي له أحقية الانتقاء والترجيح وفق اقتناعه الشخصي، غير أن المقاربة الوجدانية وإن كانت تمنح القاضي الزجري صلاحية معتبرة وسلطة تقديرية على قدر كبير من الأهمية في خضم حسم الخصومة الجنائية فهي لا تصل بأي حال من الأحوال إلى مستوى الإطلاعية إذ تظل مقيدة بحدود ومبادئ قانونية .

فعلى مستوى النوع الأول فيتجلى في حصر المشرع أدلة الإثبات في بعض الجرائم الجنسية كجريمة الفساد والخيانة الزوجية وتقييد القاضي الزجري بقواعد الإثبات المدني، أما على المستوى الثاني فيتجلى في المبادئ العامة للقانون التي تحكم القاضي في

الإثبات والتي بناء عليها يجب على القاضي الزجري أن يستمد اقتناعه من أدلة تم تحصيلها بطريقة مشروعة فضلا عن مناقشة الدليل الوارد بملف الدعوى وضرورة تسبب القاضي لحكمه ناهيك عن ضرورة إصداره هذا الحكم بعد التيقن من نسبة التهمة إليه بالجزم واليقين لا الشك والتخمين.

#### قائمة المراجع:

#### الكتب

- عبد الواحد العلمي: " شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية "، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2006.
- أحمد الخمليشي: " شرح قانون المسطرة الجنائية "، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة السادسة، الجزء الثاني ، 2001 .
- لحسن هوادية: "نظرية الدفع في التشريع الجنائي المغربي " ، الطبعة الاولى ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، 2001.
- محمد بفقير: " قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي "، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، طبعة 2013.
- جميل عبد الباقي الصغير: " أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة "، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1905.
- لحسن ببيبي: " الدليل العلمي ودوره في تكوين اقتناع القاضي الزجري "، الطبعة الثانية ، بدون سنة النشر.
- الحبيب ببيبي: " شرح قانون المسطرة الجنائية "، الجزء الثاني ، دار النشر المغربية ، الطبعة الثانية ، 2006 .
- رؤوف عبيد: " ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأمر التصرف في التحقيق " ، دار الجيل للطباعة ، مصر ، 1986 .

- عماد محمد أحمد ربيع: " حجية الشهادة في الاثبات الجزائي ، دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ، 1999 .
- عبد الحميد الشورابي: " الاثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء"، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1992 .
- شهاد هابيل البرشاوي: " الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية"، دار الفكر العربي ، القاهرة 1982 .
- عمر الفاروق الحسيني: " تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، الجريمة والمسؤولية دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانونين المصري والفرنسي وأراء الفقهاء وأحكام القضاء ، المطبعة العربية الحديثة 1988 .
- الأطارح والرسائل
- الحبيب ببيبي: " اقتناع القاضي ودوره في الاثبات الجنائي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الخامس ، الرباط ، السنة الجامعية: 1988-1989.
- إبراهيم فكري: " الشهادة وأثرها في إثبات الجرائم في القانون المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة القاضي عياض ، مراكش ، السنة الجامعية: 1992 .
- عبد الله بن صالح رشيد الربيش: " سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية"، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في فهم العدالة الجنائية ، أكاديمية جاحظ للعلوم الأمنية ، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي .
- ياسين بن موسى: " اقتناع القاضي الجزائي في ظل وسائل الاثبات الحديثة في المسطرة الجنائية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة ، السنة الجامعية: 2008-2009.

▪ عبد الرحمان كوكب: "تساند الأدلة الجنائية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2007-2008.

▪ أسماء بنكور: "سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات بين العمل القضائي وضورة التعديل التشريعي"، رسالة نهاية التدريب، المعهد العالي للقضاء، فترة التدريب: 2013-2015.

#### المقالات:

▪ محمد بازي: "سلطة القاضي في تقدير الاعتراف الجنائي في القانون المغربي والمقارن"، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 4، الطبعة 2010.

#### القرارات القضائية

▪ قرار عدد 681/1 في الملف عدد 16080/10 الصادر بتاريخ 2011/08/03، منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 2.

▪ قرار محكمة النقض عدد 140 بتاريخ 1969/12/04 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 15.

▪ قرار محكمة النقض عدد 84/16/378 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 40.

▪ قرار محكمة النقض عدد 8717 في الملف الجنائي عدد 85/16801 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40.

▪ قرار محكمة النقض تحت عدد 3-1243، صادر بتاريخ 2012/11/28، في الملف الجنحي رقم 11541-3-6-2012.

▪ ملف جنحي عدد 4040/10/10، صادر بتاريخ 2010/05/27، غير منشور.

▪ قرار محكمة النقض عدد 462 الصادر بتاريخ 2011/05/12، في الملف عدد 2011/8/6/4696، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى، ص: 123.

الدكتورة منى كامل تركي

أستاذ القانون الدولي العام – الزائر – جامعة الحسن الأول

– سطات – المغرب

# المواقف الدولية والإقليمية ودورها في الحرب والسلم في السودان

Positions internationales et régionales et leur rôle dans la guerre et

la paix au Soudan

ملخص الدراسة:

يعتبر تنظيم عمليات دعم السلام من الأساليب المتبعة في تخفيف التوتر، ودعم وقف إطلاق النار، أو اتفاقيات السلام، أو إنشاء منطقة عازلة بين المجموعات المتحاربة، من أجل تعزيز وتشجيع الظروف المؤدية إلى السلام الدائم إلا إن البيئة الدولية والإقليمية لها دور مؤثر على مشكلة جنوب السودان ودور المستعر الانجليزي من سياسات رسمت الحدود الناتجة عن الاستعمار والسودان وما يحدث فيها من صراعات داخلية والتي أدت إلى مطالبة جنوب السودان بالانفصال عن شمال السودان وعملت على تفريق السودان حاولت الدراسة توضيح أثار البيئة الدولية والإقليمية لما لها من دور مؤثر في الحرب والسلم بالسودان؛ إذ يعد تقسيم السودان مخطط صهيوني لخدمة مصالح دولية وأقليمية بهدف الاستفادة من موارد السودان الطبيعية، ومهدد للسودان للأمن والسلم في السودان إذ ترتب عليه قيام حركات التمرد في إقليم دارفور، ووجود العديد من القتلى والمصابين في أحداث التصارع بين الجنوب والشمال وما له من أثر على باقي دول الوطن العربي كأساس لتقسيم العديد من الدول مثل مصر، العراق، اليمن، سوريا ومن شأنه حرمان شمال السودان ومصر من مياه النيل. وحاولنا توضيح ما حددته المواقف الدولية

والاقليمية من أدوار في إطار اتفاقية السلام في جنوب السودان عام 2005 ، عمدت الباحثة على استخدام العديد من المناهج كالمنهج الوصفي التحليلي والمنهج التاريخي والمنهج المقارن وانتهت الدراسة بخاتمة ونتائج وتوصيات.

الكلمات المفتاحية: الحرب، السلام، المصالح الدولية، الاتفاقيات، الإقليم، الوطن

العربي

### Abstract

One of the tactics used is the organization of peace support operations. Supporting ceasefires, peace agreements, or the creation of a buffer zone between warring groups, in order to reinforce conditions conducive to lasting peace. However, the international and regional environment has an influential role on the problem of southern Sudan, and the role of the English supernatural, from the politics of I drew borders resulting from colonialism and Sudan, and the internal conflicts that occurred, which led to calls for southern Sudan to secede from northern Sudan, and worked to divide Sudan.

The study tried to clarify the effects of the international and regional environment because of its influential role in war and peace in Sudan. The division of Sudan is considered a Zionist scheme; to serve international and regional interests, with the aim of benefiting from Sudan's natural resources, and a threat to security and peace in Sudan. As a result of the rebellion in the Darfur region, and the presence of many dead and injured, in the events of the conflict between the south and the north.

It also affected the rest of the Arab world as a basis for dividing many countries. Such as Egypt, Iraq, Yemen, Syria, and it would deprive northern

Sudan and Egypt of the Nile water. The study tried to clarify what the international and regional positions had identified. From roles within the framework of the peace agreement in South Sudan in 2005, the researcher used several approaches. The descriptive analytical method, the historical method, and the comparative method, and the study ended with a conclusion, results and recommendations.

Key words: war, peace, international interests, agreements, the region, the Arab world

#### المقدمة:

أن تنظيم عمليات دعم السلام أسلوب من أحد الأساليب المتبعة لدعم اتفاقيات السلام، أو الحد من آلام الحروب أو إنشاء عزل بين المجموعات المتحاربة وذلك بهدف تعزيز وتشجيع الظروف المؤدية إلى السلام الدائم، وقد اتجهت رغبة المجتمع الدولي في العمل على تطوير قواعد قانون الحرب للوصول بالبشرية إلى مستوى أفضل من الرخاء والسلام، فعقد مؤتمر للسلام في أبريل عام 1919، وأخذت القوانين الدولية بفرض مجموعة من القواعد والالتزامات القانونية على الأطراف المتنازعة أو المتحاربة، وقرر العالم وضع حد للحروب وتجريم اللجوء إليها وظهر ذلك في المادة (2 / الفقرة 4) من ميثاق الأمم المتحدة في 1945 فتم منع اللجوء للقوة واللجوء لوضع اتفاقيات تدون الأعراف السائدة لحماية الجرحى والأسرى والمرضى وكانت أهمها اتفاقيات جنيف الأربع في 1949 ، لما تكبده العالم من آثار الحرب البشرية من خسائر وويلات سواء على الأفراد أو الأموال<sup>(208)</sup>.

(208) ورد نص الالتزام في اتفاقية جنيف لعام 1949 بشأن تحسين حال المرضى والجرحى من أفراد القوات المسلحة في المادة (6) ، (7) ، (8) ، وكذلك قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3032 / 37 عام 1972 ، والقرار رقم 3102 / 28 لعام 1973 ، والقرار رقم 44/32 لعام 1977 ، المؤتمر الدولي الثاني للصليب الأحمر في برلين عام 1869 ، والمؤتمر الثلاثين للصليب الأحمر والهلال الأحمر عام 2008 في جنيف

ومنذ عام 1948 سعت الأمم المتحدة بنشر مجموعات متعددة من عمليات دعم السلام في جميع مناطق الصراع بمختلف أنحاء العالم مثل المنظمات الإقليمية للاتحاد الإفريقي والتي تقوم بتشغيل عمليات دعم السلام والتي يختلف دور ووظيفة عملية دعم السلام باختلاف الأوضاع والظروف الموجودة فيها ويتم القيام بعمليات دعم السلام ضمن جهود كبيرة وواسعة لإصلاح أو إعادة بناء للدول تتضمن إجراءات لإعادة بناء الثقة وترتيبات المشاركة في السلطة ودعم الانتخابات، تعزيز دور سيادة القانون والتنمية الاجتماعية والاقتصادية<sup>(209)</sup>.

ويرجع ذلك إلى اتفاقيات جنيف في القانون الدولي الإنساني عام 1949 التي سعت للتأكيد على تلك المبادئ الإنسانية وتنظيم مجموعة القواعد القانونية الدولية المكتوبة ووضع آليات خاصة لحماية النساء والأطفال والصحفيين والمدنيين، وتنظيم مبادئ لكفالة حماية الحقوق المقررة للفئات المحمية، والسعي لضمان إمكانية تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني على أرض الواقع عبر آليات لتنفيذ القانون الدولي الإنساني والتأكيد على مدى احترام الدول لهذه القواعد سواء كانت هذه الآليات دولية أم وطنية يتم استخدامها وقت السلم، والحرب، وقد بدأت الجهود الدولية المتمثلة في اللجنة الدولية للصليب الأحمر بوضع مشروع القواعد المكملة للقواعد القائمة للقانون الدولي الإنساني، وقامت بإجراء مشاورات مع عدد من المنظمات الدولية والإقليمية أسفرت عن ضرورة وضع قواعد الحماية من حالات المنازعات المسلحة الدولية وقواعد الحماية في حالات المنازعات المسلحة غير الدولية، وعנית بأسرى الحرب وتنظيم العمليات القتالية وحماية المدنيين والأعيان المدنية<sup>(210)</sup> وتلتزم النظم الأساسية للقانون الدولي بالعمل بالاحترام

(209) وقّع ميثاق الأمم المتحدة في 26 حزيران/يونيه 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945 ويعتبر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية جزءاً متمماً للميثاق (210) المؤتمر الدولي للوقاية من جرائم الإبادة الجماعية للوقاية من جرائم الإبادة الجماعية في العاصمة البلجيكية بروكسل وفتح الحوار بين ممثلي الحكومة والخبراء في دراسة وضع آليات عمل وقائية لمنع نشوب نزاعات دينية وعرقية وسياسية تؤدي إلى خلق مناخ يؤدي إلى وقوع جرائم مثل الإبادة الجماعية المقام في بروكسل بتاريخ 01 أبريل 2014 احتفالاً بمرور 65 عاماً على اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن منع معاقبة جماعة الإبادة الجماعية لعام 1948 وإحياءاً لذكرى مرور 20 عاماً على الإبادة الجماعية

الكامل للمبادئ والقواعد المنصوص عليها في الاتفاقيات العامة الواجبة التطبيق، واتخاذ كافة الاحتياطات لتفادي الخسائر في الأرواح بين السكان المدنيين على قدر الإمكان (211) ويقع على عاتق مجلس الأمن التزام أخلاقي وقانوني وفقاً للمادة (89) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف عام 1977 لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة بوجهيها الدولي والداخلي والذي يدخل ضمن المسؤولية الرئيسية له في حفظ السلام والأمن الدوليين (212)،

إلا أنه قد تحدث الصراعات والازمات داخل دول الوطن العربي بسبب عوامل داخلية وعوامل خارجية تتسبب في انفجار العديد من الصراعات والنزاعات المختلفة مثل الصراعات الطائفية والعرقية والمذهبية والعشائرية أو الصراعات الناتجة عن رسم الحدود الناتجة عن الاستعمار فقد حدث في السودان صراعات داخلية أدت إلى مطالبة جنوب السودان بالانفصال عن شمال السودان لعدة أسباب أحدها متعلقة بالدين والآخرى بالاقتصاد وترتب على الانفصال من حركات التمرد في إقليم دارفور نتج عنها العديد من القتلى والمصابين في أحداث التصارع بين الجنوب والشمال والصراعات الداخلية الأخرى في باقي دولة السودان<sup>(213)</sup> وقد حاولنا طرح المواقف الدولية والإقليمية في حل أزمة السودان وانتهت الدراسة بخاتمة ونتائج وتوصيات.

### إشكالية الدراسة

تبرز إشكالية الدراسة التي نطرحها في التساؤل التالي: هل كانت الصراعات والازمات داخل دول الوطن العربي المؤثر الفعلي في حركات التمرد في إقليم دارفور ووجود التصارع

في رواندا سنة 1993 وذلك بالتعاون مع معهد إجمونت الملكي للدراسات وبمشاركة الاتحاد الأوروبي والاتحاد الأفريقي و الأمم المتحدة

(211) الكتاب الدوري للأمين العام للأمم المتحدة رقم ST / SGB / 1999/13 بتاريخ 6 أغسطس 1999

(212) قرار مجلس الأمن رقم 1265 الصادر بتاريخ 1999/9/17 المادة (4) والقرار رقم 1296 الصادر بتاريخ 2000/4/19 المادة (3)

(213) وعقدت دورة في المركز الإقليمي للقضاة العرب خلال الفترة من 5-9 مارس 2005 في معهد الكويت للدراسات القضائية

والقانونية التقرير السنوي الثالث عن تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد العربي لعام 2004 الصادر من الأمانة العامة

لجامعة الدول العربية واللجنة الدولية للصليب الأحمر في 2004 ص 4 ص 31

بين جنوب وشمال السودان وكذلك الصراعات الداخلية الاخرى في باقى دولة السودان أم هو تأثير المواقف الدولية والإقليمية في محاولات التدخل لحل أزمة السودان؟ بالإضافة إلى العديد من الأسئلة الفرعية الأخرى: ما هي حقيقة في العلاقات الدولية في حل أزمة السودان؟ هل القوة لبعض الدول هي الدافع الأساسي لتقسيم السودان؟ الصداقة بين الدول والتقاء المصالح هي الدافع الفعلي لأزمة السودان؟ وسوف نحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال محاور الدراسة.

### أهمية الدراسة

تبرز أهمية الدراسة في توضيح المواقف الدولية والإقليمية ودورها في أزمة السودان بين الحرب أو السلم ودوافع الدول في تقسيم السودان بالإضافة إلى الأهمية التالية

1. أسفرت الاستجابات الدولية للصراعات المتداخلة في السودان عن خليط من النظم القانونية التي تقيد عمليات نقل الأسلحة إلى القوات التابعة للدولة والجماعات المسلحة من غير الدول في السودان

2. اعتبار النظام الدولي بمثابة غاية نتيجة غياب سلطة مركزية تحتكر القوة وتستطيع فرض ارادتها على الكل و تتسم العلاقات الدولية بالفوضى التامة أما المبادئ و الأخلاقيات والقوانين الدولية فهي ذات تأثير محدود ان لم يكن معدوم ، فالحقيقة في العلاقات الدولية هي القوة، فالدولة تعمل دائما لزيادة قوتها ، و الصداقة بين الدول تعبر عن التقاء مصالح بينهم

3. وجود أي تهديد للأمن القومي السوداني سواء كان مصدر التهديد داخلي من داخل السودان في شكل نزاعات انفصالية أو إقليمياً من جانب دول أفريقية مجاورة وخصوصاً كينيا وأثيوبيا أو دولياً من جانب الولايات المتحدة وفرنسا وإسرائيل ينعكس بشكل مباشر على الأمن القومي المصري في المجال السياسي

منهجية الدراسة:

عمدت الباحثة على استخدام : المنهج التاريخي ، والمنهج الوصفي التحليلي

(1) المنهج التاريخي: لما يتطلبه الأحداث التاريخية للسودان من الاحتلال والاستعمار

ثم الاستقلال

(2) المنهج الوصفي التحليلي: تحليل اتجاهات الدول في مواجهة أزمة السودان والتي

شكلت نزاعات انفصالية من جانب دول أفريقية مجاورة السودان مثل كينيا وأثيوبيا أو

دولياً واتجاهات الولايات المتحدة وفرنسا وإسرائيل بما انعكس بشكل مباشر على الأمن

القومي المصري في المجال السياسي. ولتوضيح ذلك من خلال الخطة التالية

المحور الأول: تاريخ السودان والموقف الاقليمي من مشكلة الجنوب

تمهيد وتقسيم:

تقع السودانين غرب أفريقيا ودول الشرق وتتصل بالبحر الأحمر وتحتل جزء كبير

من نهر النيل وتربط بين أوروبا ومنطقة البحر المتوسط ووسط أفريقيا مما جعلها في

ملتقى الطرق الأفريقية وعلي اتصال دائم بجاراتها فنشأت علاقات تجارية وثقافية

وسياسية بين مصر والبلاد السودانية منذ الأزل فالسودان من أقدم البلاد التي سكنها

البشر فقد كتب ذلك بالهieroغليفية المصرية في عصر الفراعنة وقد عرفت السودان قديماً

باسم دولة الفونج إلا أن السودان أصابها انقطاع حضاري بالتدوين جعل الكتابات عن

تاريخ السودان مأخوذة عن المؤرخين الإغريق من جهة والعرب المسلمين والتي لا تغطي

تاريخ السودان كما لا تشمل كافة بقاع السودان الحالية<sup>(214)</sup> وسوف نوضح تاريخ

السودان، دوافع تقسيم السودان ثم الدور الاقليمي والدولي في الصراع كما يلي:

(214) السودان اسم اطلقه الاعراب التركمنغول وتعني ارض مجموعات السود. وما ظهر فيما يعرف حالياً بالسودان واطلق عليه

الإسلام بين سكان منطقة النيل الأوسط .

## أولاً: تاريخ السودان

أدى انتصار الجيش التركي في عهد محمد علي والي مصر بقيادة ابنه إسماعيل كامل باشا في كل المعارك التي خاضها الي الوصول لمناطق الجعليين والسيطرة عليها وبعد مقتله وإبادة جيوشه بواسطة الملك نمر- ملك الجعليين، أرسل محمد علي باشا حملة انتقاماً لمقتل ابنه إسماعيل احتل البلاد واستطاع الدخول إلى سنار عاصمة المملكة والقضاء على آخر ملوكها (215)

وبعد ستين عاما من الحكم العثماني للسودان نهض محمد أحمد المهدي لمحاربة الخلافة العثمانية ووقعت أول معركه مع الجيش المصري بقرية الجزيرة أبا عام 1881م واستطاع بعد العديد من المعارك أن يسيطر على الخرطوم في يناير عام 1885م (216) وقتل الحاكم العام (غردون باشا) وبعد شهور قليلة توفي المهدي وتولى الحكم بعده الخليفة عبد الله التعايشي والذي استطاع أن يسيطر على الحكم وقام باستدعاء اهله من غرب السودان إلى مدينة أمدرمان ، وقد أدى قتل (غردون) إلى اشتعال حركة انتقامية في بريطانيا لمقتل الملك (غردون) فاتفقت بريطانيا مع السلطان العثماني على إرسال حملة احتلال مصرية بقيادة إنجليزية للسيطرة على السودان (217)

(215) مملكة الجعليين هي مملكة عربية عباسية قامت في شمال السودان الحالي على أنقاض مملكة مروى القديمة وامتدت حدودها من حجر العسل إلى الدامر وعاصمتها شندي وكانت المملكة من ضمن الممالك التابعة للسلطنة الزرقاء في سنار تعاقب على حكمها 17 ملكاً من سلالة السعداب لمدة 235 سنة وكان آخرهم الملك نمر حتى سقطت على يد إسماعيل باشا عام 1821م أثناء حملته لضم السودان تحت حكم الوالي العثماني محمد علي باشا. موسوعة ويكيبيديا - على الرابط [/https://ar.wikipedia.org/wiki](https://ar.wikipedia.org/wiki)

(216) الجزيرة أبا جزيرة على النيل الأبيض تبعد عن الخرطوم حوالي 150 ميل جهة الجنوب. اشتهرت أثناء الثورة المهديية في السودان حين اتخذها المهدي مقراً له سنة 1871 م (1288 هـ) وبني بها مسجدا وخلوة، وبدأ منها دعوته في عام 1881 م (1299 هـ). عرفت باسم موقعة الجزيرة أبا من أحياء جزيرة أبا من الشمال إلى الجنوب: (قبا/أوالتمرين، الرحمانية/شمال وجنوب وشرق وغرب، الغار، أرض الشفا، دار السلام، تكسيون، حلة نصر، أركويت، الحلة الجديدة، المنارة، طيبة/ البيارة، الفريق، طيبة، المقرن) أحمد عطية الله : القاموس الإسلامي، المجلد الأول، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية ص5.

(217) وصلت إلى الأستانة عاصمة الخلافة العثمانية في 22 أغسطس 1885 حيث وقع اتفاقاً مع السلطان العثماني في 24 أكتوبر 1885 على إرسال حملة مصرية للسودان بقيادة إنجليزية للقضاء على الثورة المهديية واعادة السودان للخلافة. في 29 يوليو 1896، استطاعت بريطانيا هزيمة المهديين في معركة أبي حمد وفي معركة عطبرة 8 أبريل 1897. وفي 4 سبتمبر 1899 دخل كتشنر الخرطوم ورفع العلمين المصري والبريطاني وقامت بريطانيا بإرسال بلاغ إلى الحكومة المصرية قالت فيه "لبريطانيا حق الاشتراك في حكم السودان بما ضحت من المال والرجال

وتم توقيع اتفاقية الحكم الثنائي بين بريطانيا ومصر في 1899م سمح بموجبها برفع العلمين البريطاني والمصري فوق أرض السودان ورفع العلمين البريطاني والمصري على الأراضي السودانية عدا بعض المناطق فيرفع فيها العلم المصري فقط على أن يكون الحاكم العام للسودان بريطانياً ومعاون الحاكم مصري على أن تتحمل الحكومة المصرية كافة النفقات في السودان وتلغى الامتيازات الأجنبية في السودان وعلى الرغم من أن بريطانيا قطعت وعدا بإعطاء مستعمراتها حق تقرير المصير عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية إلا إنها ماطلت بانجاز الوعد خشية استئثار مصر بالسودان ف لعبت دورا كبيرا في تقوية الاتجاه الاستقلالي وبعد قيام ثورة يوليو بمصر عام 1952 والتي أنهت الحكم الملكي تغير الوضع السياسي في المنطقة فقرر الرئيس المصري جمال عبد الناصر استقلال السودان ومنحها السلاح والكوادر والجنود المصريين وفي عام 1956 تم اعلان استقلال السودان رسميا جمهورية ديمقراطية مستقلة وسط فرحة المصريين (218).

#### ثانياً: دوافع تقسيم السودان

من أهم الدوافع لتقسيم السودان استغلال المنطقة وسكانها ف منذ القدم بحث الفراعنة عن الذهب، ورغب البطالسة في الأفيال لاستخدامها في غزواتهم في آسيا ثم جاء السبئيون والحميريون بحثاً عن التجارة والريح وبقوا هناك كطبقة ارسقراطية حاكمة. أما الرومان فكانوا أقل جشعاً إذ كان مهمهم الأول هو التنقيب عن الرخام والأحجار الكريمة الأخرى لاستخدامها كتماثيل منحوتة ولليديكور. ثم جاء الغزاة العرب بحثاً عن الذهب والأحجار الثمينة ثم خلفهم بعد ذلك الحكم التركي X الذي كان يبحث عن استغلال أرضهم في زراعة القطن واستغلال موقع بلادهم الاستراتيجي في التجارة والحرب (219)

(218) في 30 يونيو 1989 قاد الرئيس الحالي هو عمر البشير لجمهورية السودان ورئيس حزب المؤتمر الوطني انقلابا عسكريا على الحكومة الديمقراطية المنتخبة برئاسة رئيس الوزراء المنتخب الصادق المهدي وتولى البشير بعد الانقلاب منصب رئيس مجلس قيادة ثورة الإنقاذ الوطني وجمع بين منصب رئيس الحكومة ومنصب رئيس الدولة الشرفي حتى الآن ثم أعيد انتخابه رئيسا في 26 أبريل 2010

(219) محمد نور البصراقي: النظم السياسية في الوطن العربي، ط1، دارالكتاب العربي، مصر، 2015

ومع الاستغلال الانجليزي بأسلحتهم الفتاكة التي كانت تحرمها الدول الأوروبية استغلوا الموقع الجيوبولوتيكي لبلاد شعب جنوب السودان وجعلوا الإقتصاد والزراعة تابعين لاقتصادهم يتحكمون في أسعار المحاصيل الزراعية مثل القطن الذي زرعه لتشغيل مصانعهم في لانكشير وضموا بلاد شعب جنوب السودان ولا يزال الاستعمار يهيمن على بلاد شعب جنوب السودان حيث تتعرض ثروات البلاد للنهب وسكانها للاستغلال. إن معظم السكان البجه كانوا يعملون داخل إقتصاد بسيط قائم على الإكتفاء الذاتي ولم يرتبطوا بالإقتصاد النقدي إلا بعد فرض الضرائب عليهم وعلى قطعانهم وانتزاع أراضي مزارعهم ومراعهم وفناء قطعانهم، فأجبروا بعد أن كانوا أصحاب أراضي للعمل بأجر في مزارع الشماليين أو السكك الحديدية أو الميناء (220)

تشكل الأجهزة الحكومية والبرلمان والعمل السياسي في السودان بصفة عامة مدخلا إلى تحسين الوضع الاجتماعي الشخصي فإن الشماليين استطاعوا الاستفادة من هذه المناصب خاصة بعد ما عرف بالسودنة حيث حل الإداريون الشماليون محل الإداريين الانجليز ولقد عمدوا لاستغلال الوضع المتميز في السودان بصفة عامة وفي بلاد شعب جنوب السودان أو البجه بصفة خاصة فأوجدوا طريق الرشوة والفساد والاختلاس لتوطيد أبناء جلدتهم في كل المراكز الحساسة وهكذا نشأت جماعة شمالية مهيمنة من السودانيين تتميز بالجشع والانتهازية ولا يسرها شيء قدر هيمنتها على ما ورثته من الاستعمار البريطاني.

(220) انسحب الجيش المصري من السودان للمرة الثانية في (جمادى الأولى 1343هـ ديسمبر 1924م) بعد مقتل السير "لي ستاك" حاكم عام السودان أثناء وجوده في مصر؛ وهو ما أثار اضطرابات كبيرة في السودان وفي ذي الحجة 1356هـ- فبراير 1938م تشكل مؤتمر الخريجين الذي جمع عددًا من المثقفين والمتعلمين السودانيين، والذي بدأ بتقديم خدمات اجتماعية ثم تطرق إلى النواحي السياسية وطالب باستقلال السودان، وعملت بريطانيا بعد عودة الجيش المصري للسودان على تكريس مبدأ انفصال السودان عن مصر من ناحية، وشمال السودان عن جنوبه من ناحية أخرى وكرست "معاهدة 1936" التي عقدت بين مصر وبريطانيا، اتفاقية الحكم الثنائي 1899م، وهو أن يبقى حكم السودان مقتسمًا بين البلدين، وحاولت مصر إلغاء هذه المعاهدة وتحقيق الوحدة بين مصر والسودان، وجرت مفاوضات طويلة قطعها الوزارة المصرية وعرضت القضية على مجلس الأمن الدولي في (3 ربيع الأول 1366هـ= 25 يناير 1947م) فامتنع المجلس عن اتخاذ قرار، فألغت الحكومة المصرية من جانبها معاهدة 1936 في (8 محرم 1371هـ= 8 أكتوبر 1951م).

وبعد خروج بريطانيا من السودان نشأت جماعة شمالية نفعية جديدة في شكل حكومات وحكام للسودان هدفها إثراء نفسها على حساب شعب جنوب السودان المقهور وهكذا بدأ الصراع الاستعماري والإثني بين أقلية بجاوية مستعمرة مهضومة الحقوق وبين الجماعة الشمالية المسيطرة المستغلة لقد توقع شعب جنوب السودان أن يجلب لهم خروج بريطانيا من السودان حياة أفضل بل خلق استياءً وبؤساً لشعب جنوب السودان لأن توقعات البجه لم تتحقق ووعود السياسة صارت كذبا ومينا. على حين يرون الحكام الشماليين يركبون السيارات الفارهة ويرتدون الثياب الفاخرة ويسكنون القصور الفخمة. وبدأت أنشطة جديدة في مجال الأعمال والتجارة والسفر لأوروبا وادخار الثروات المستخرجة من بلاد شعب جنوب السودان أو التي تمر عبرها في البنوك الأجنبية وفي المشاريع التي تشيد لرفاهية الشمال في وقت لا يجد فيه مئات الآلاف من البجه عملاً ويعيشون في أكواخ مزرية ويرتدون أسمالا بالية ويتضورون جوعاً وتفتك بهم الأمراض لإنعدام الرعاية الصحية ويفرض عليهم الجهل لعدم وجود المرافق التعليمية وتركزت المهارات السياسة والفنية في المجتمع الشمالي في بل في جنوب السودان اد البجه نتيجة للنظام التعليمي الاستعماري الذي خصص نسبة كبيرة من رؤوس الأموال العامة لإنشاء مدارس لتعلمهم ليحلوا محل الانجليز في الإدارة

ثالثاً: نبذة تاريخية عن الموقف الاقليمي من مشكلة الجنوب

اتجه السودانيون إلى العمل السري أمام عنف الحملة البريطانية ضد الثوار وأساليب القمع والإرهاب التي لجأ إليها الإنجليز، ونمت الروح الوطنية داخل الطبقة المثقفة بتأثيرات مختلفة، منها عودة أول بعثة مدرسية سودانية أرسلت للدراسة في الجامعة الأمريكية في بيروت عام (1347هـ - 1928م)، وتأثرهم بالدعوات التي أطلقها الأمريكيون عن حق الشعوب في تقرير مصيرها بعد انسحاب الجيش المصري عام 1924 (221) وبدأت حكومات

(221) انسحب الجيش المصري من السودان للمرة الثانية في (جمادى الأولى 1343هـ ديسمبر 1924م) بعد مقتل السير "لي ستاك" حاكم عام السودان أثناء وجوده في مصر؛ وهو ما أثار اضطرابات كبيرة في السودان وفي ذي الحجة 1356هـ - فبراير 1938م.

السودان المتعاقبة الاستعانة بدول الجوار والمنظمات الاقليمية والدولية للوصول إلى اتفاق مع الحركات المسلحة والأحزاب الجنوبية منذ عام 1965<sup>(222)</sup> وبعد أسابيع من انتصار حرب أكتوبر 1973 إقترح السيد ويليام دينق في رسالة بعث بها إلى السيد سر الختم الخليفة رئيس وزراء الحكومة الانتقالية عقد مؤتمر مائدة مستديرة لمناقشة مشكلة جنوب السودان<sup>(223)</sup>.

وقد رحبت الحكومة بالمقترح وبدأ النقاش بين الطرفين في التفاصيل وأصررت الأحزاب الجنوبية على أن يعقد المؤتمر خارج السودان وأن يحضره مراقبون دوليون وقد رأت الحكومة عقد المؤتمر بالخرطوم مشيرة إلى التغييرات السياسية الإيجابية في البلاد ورفضت حضور مراقبين على أساس أن هذا مؤتمر سوداني بحت وبعد نقاش ومكاتبات تراجعت الحكومة عن رفض حضور المراقبين مقابل موافقة الأحزاب الجنوبية ثم عقد المؤتمر في الخرطوم وهكذا توصل الطرفان إلى هذا الحل الوسط، وتمت دعوة كل من كينيا ويوغندا وتانزانيا ونيجيريا ومصر وغانا والجزائر لإرسال مراقبين إلى مؤتمر المائدة المستديرة وقد حضر

(222) دوغلاس هاميلتون جونسون: الأسباب الجذرية لل حروب الأهلية في السودان. مطبعة جامعة إنديانا . العدد 32 . 2003.  
 (223) وليام دينق: وزير خارجية جنوب السودان السابق، سياسي من جنوب السودان ، شغل عدة مناصب أهمها وزير خارجية السودان قبل الانفصال في الفترة من 16 أكتوبر 2007 إلى 30 مايو 2010 خلفاً للدكتور لام أكوول ، كما شغل منصب وزير التعاون الإقليمي في حكومة الجنوب بعد انفصال جنوب السودان. خريج جامعة الإسكندرية - كلية الآداب - قسم اللغة الإنجليزية. عمل في السلك الدبلوماسي لفترة وجيزة، ومن ثم التحق بالجيش الشعبي لتحرير السودان. كان من المقربين إلى جون قرنق وعمل في مكتبه، ومقرب من سالف كبير رئيس حكومة جنوب السودان، وهو من أبناء دينكا نقوك، القبيلة التي تنازع قبيلة المسيرية ذات الأصول العربية السيطرة على منطقة أبيي. شارك في كل المفاوضات بين الحركة والحكومة، شغل منصب سكرتير العلاقات الخارجية في الحركة الشعبية لتحرير السودان - بمثابة وزير خارجية - وكان المتحدث الرسمي للحركة لفترة، وشغل منصب حاكم بحر الغزال في ما يعرف بالأراضي المحررة خلال فترة الحرب. وهو مسؤول ملف أبيي في الحركة، ويعتبر من الزعماء الكبار في الحركة، يتحدث لغة الدينكا إلى جانب العربية والإنجليزية. تولى منصب وزير شؤون رئاسة مجلس الوزراء في الحكومة الاتحادية بعد اتفاقية السلام الشامل، ومن ثم وزيراً للخارجية السودانية، وقبل الانتخابات، وفي التشكيل الوزاري، عاد ليعمل وزيراً للتعاون الإقليمي، وهو منصب يوازي وزير الخارجية في الخرطوم. يعتنق الديانة المسيحية. كان وليام دينق المواطن السوداني الأول الذي غير اتجاه حركة العنف إلى الحل السياسي السلمي في نطاق وحدة السودان وكان أول من لبى النداء عندما قام النظام الديمقراطي في السودان وعاد إلى البلاد ولعب دوراً إيجابياً في مؤتمر المائدة المستديرة ثم لجنة الاثني عشر ثم مؤتمر الأحزاب السودانية حتى استطاعت البلاد أن تجد إطاراً عادلاً لعلاج مشكلة الجنوب في إطار وحدة التراب السوداني التنظيم والإقناع والسلم أن يكون له صوت مسموع واستطاع السيد وليم دينق في فترة وجيزة أن يكون وجهاً عالمياً بارزاً واستطاع أيضاً أن يحتل مركزاً سودانياً عاماً خرج من نطاق وإقليمه وشمل السودان كله المصدر: صحيفة الشرق الأوسط، موقع وزارة الخارجية السودانية، قائمة بوزراء الخارجية 2017

المراقبون وتفاوت مستوى تمثيلهم بين وزراء وسفراء وانعكاس ذلك على مدى الأهمية التي أولتها كل من الدول المراقبة لذلك المؤتمر ومشكلة النزاع السوداني.

أخذت العلاقة في دولة السودان الحالية شكلاً عنصرياً بين شعوب ذات سيادة بدرجة متزايدة. وهذا لا يعني تناقص السيطرة الاستعمارية على شعب البجة (224) شعب جنوب السودان من ساحل البحر الأحمر ونهر النيل في السودان وغيره من الاقليات بل يعني تغير شكل السيطرة. كما أن مثل هذه السيادة لا تعني نمو الديمقراطية لأن التخلص من الاستعمار البريطاني لم يأت بكسب لأغلبية السكان وإنما يمثل فقط انتقال النفوذ والسيطرة من طبقة حاكمة بريطانية إلى طبقة حاكمة من شمال السودان والجماعة المسيطرة في السودان من وراء ستار القومية والوحدة الوطنية تحارب الأقليات بنفس أسلوب الاستعمار. لقد صارت السياسات المتعلقة بالتصنيع وملكية الأراضي والمزارع والاستيراد والتصدير وما إلى ذلك في السودان في صالح الجماعة الشمالية الحاكمة الجديدة التي تنطلق من العاصمة الخرطوم وتشمل الإمتيازات سكان شمال السودان، الذين انتشروا في كل أنحاء السودان يستغلون هذه الإمتيازات ويستغلون القوميات التي لا تستطيع الحصول على شيء من الوسائل التي توزعها الجماعة الشمالية المسيطرة من الخرطوم على أبناء جلدتها الثلاث قبائل في عهد الإنقاذ ومن جمعها معها الاستعمار وانتشر التجار الشماليون في كل أقاليم السودان وسيطروا على كل موارد الرزق والتجارة تماماً مثلما يفعل اليهود في اقتصاد الغرب والآسيويون في أفريقيا.

وبعد خروج بريطانيا من السودان بدأ شعب جنوب السودان يبحثون لأنفسهم عن مكان فوجدوا أن ميراث الاستعمار قد تم تقسيمه وأنهم صاروا جزءاً من هذا الميراث فلقد

(224) البجة أو البجا أو البجاة اسم يطلق على الشعب الذي يسكن ما بين ساحل البحر الأحمر ونهر النيل في السودان وعلى امتداد من الشمال مروراً بمنطقة مثلث حلايب، وجنوباً ما بين باضع مصوع حالياً وجزر دهلك إلى منطقة بركة في داخل الحدود الإرترية ومن ثم الامتداد غرباً إلى قلع النحل والقلابات والقضارف والبطانة ونهر عطبرة في السودان، وهم من أقدم الشعوب الأفريقية يعود نسلهم إلى كوش بن حام بن نوح. وقيل إلى سام بن نوح، وكانوا معاصرين لفراعنة مصر وفي حروب دائمة معهم. وفي مصر يوجد اقلية بيجايوه في محافظة البحر الاحمر وفي محافظة اسوان في خور ابوسبيره ومدينة اسوان وفي دراو في بلدة شطب البلد حيث معظم انشطتهم تتركز في الرعي

تسلم الحكام الشماليون الجدد الأرض يتصرفون فهما كيف شاءوا. وهكذا بدأ صراع رهيب بين شعب جنوب السودان أو البجه والحكام الشماليين وطرق شعب جنوب السودان كل الطرق السياسة ودخلوا كل الأحزاب والمؤسسات المطروحة عليهم ينالون بعض حقوقهم. ولم يؤد هذا إلى نتيجة إيجابية بل صار شعب جنوب السودان ثابتون على حالهم كما رجع الحال إلى الوراء بسبب النزاع حول تركة الاستعمار بين الأحزاب وتكشفت الحقيقة للبجه بأن ترفيعهم محدد سلفاً ومع وجود الخلافات الثقافية والعنصرية في أنحاء السودان اعترفت جميع حكومات الخرطوم بأهميتها في مناسبات عديدة خاصة في محاولاتها لشرح سياستها تجاه جنوب السودان وإتفاقية السلام التي وقعت عام 1997 ولقد اعترف الدستور الحالي التعدد العرقي والديني والثقافي في السودان.

### المحور الثاني: الدور الاقليمي والدولي في الصراع

#### تمهيد وتقسيم

كان للبيئة الدولية والاقليمية دور مؤثر على مشكلة جنوب السودان ودور المستعر الانجليزي الذي نظم سياسات عملت على تفريق شمال وجنوب السودان عن بعضهم البعض الاخر، وكذلك التحالفات الدولية والاقليمية في إطار اتفاقية السلام في جنوب السودان عام 2005 ، حددتها الادوار الدولية والاقليمية والتي من أهمها :

#### أولاً: تاريخ علاقة مصر بالسودان

مع قيام ثورة يوليو 1952 أستولى الجيش على السلطة وقام بتغيير النظام السياسي وعمل على تعزيز قوة مصر عسكرياً وسياسياً من خلال تبني سياسة واضحة نحو القضايا العربية والعالمية وحرص النظام الجديد على تسليح الجيش المصري تسليحاً حديثاً يتناسب مع حجم التطور في مواجهة التهديدات الخارجية واعترف الجيش بحق السودان في تقرير مصيره<sup>(225)</sup>

(225) محمد نور البصراي: النظم السياسية في الوطن العربي ، القاهرة، دارالكتاب العربي ، ط1، 2015 ، ص 72-75

وأعلنت قيام الجمهورية السودانية في 19 ديسمبر 1955 وأعلن استقلال السودان رسمياً في أول يناير 1956 فقد اجتمعت قيادة الثورة في 15 أغسطس 1952 لوضع خطة أو «سياسة» بشأن السودان أوكلت أمر تنفيذها إلى صلاح سالم حيث تمثلت الخطة السياسية في الاعتراف بحق السودان في تقرير مصيره ووقف سياسة استجداء بريطانيا في أمور علاقتها بالسودان، وزوال الحكم الانجليزي المدني والعسكري من السودان، كشرط أساسي لممارسة السودانيين لحق تقرير مصيرهم، والعمل على تعديل مشروع الدستور المقدم من الحاكم العام ليضمن أكبر قدر ممكن من السلطات للسودانيين خلال الفترة الانتقالية التي تمهد لحق تقرير المصير<sup>(226)</sup>.

كما قامت حكومة الوفد برئاسة النحاس بأصدار مرسوم إعلان الملك فاروق ملكاً لمصر والسودان فأصبح نصاً دستورياً، كما ألحقت ذلك بالقانون رقم 177 لسنة 1951 بمنح الحكم الذاتي الكامل للسودان وأن يكون للسودان دستور خاص، تعده جمعية تأسيسية، وإنشاء مجلس وزراء من أهل السودان، ويتولى الملك سلطته بواسطة وزرائه وتقرير مسئولية الوزراء متضامنين لدى الهيئة النيابية، وألدى المجلس المنتخب على الأقل عن السياسة العامة للوزارة وكل منهم من أعمال وزارته<sup>(227)</sup>

(226) قصة استقالة صلاح سالم من مجلس قيادة الثورة ومن وزارة الإرشاد القومي ووزارة الدولة لشئون السودان، منذ أن طلب صلاح انعقاد مجلس قيادة الثورة في 25 أغسطس 1955 - نوفمبر 1955، أنظر: محمد البغدادي: استقالة صلاح سالم وأسبابها، القاهرة، بدون دار نشر، 2010 ص 273 . 303..

(227) بعد مفاوضات استمرت عدة جلسات وقعت اتفاقية تقرير مصير السودان بين مصر وبريطانيا، يوم الخميس 12 فبراير 1953، وقع الاتفاقية عن مصر محمد نجيب وعن الجانب البريطاني "ورالف ستيفنسون" ونصت على: وجود فترة انتقالية مدتها ثلاث سنوات، يتم فيها تصفية الإدارة الثنائية: "الأنجلو مصرية" يكون للحاكم العام اثناء فترة الانتقال السلطة الدستورية العليا وفقاً لقانون الحكم الذاتي، تعاونه لجنة خماسية مؤلفة من عضوين سودانيين ومصري وبريطاني وباكستاني، مثل مصر فيه حسين ذو الفقار صبري وتأليف جمعية تأسيسية منتخبة لتقرير مصير السودان على أساس أرتباط السودان بمصر على أية صورة أو الاستقلال التام والانفصال عن مصر وأن تنسحب القوات العسكرية المصرية والبريطانية من السودان فور إصدار البرلمان السوداني رغبته في الشروع في اتخاذ التدابير لتقرير المصير وتشكيل لجنة لسودنة الوظائف خلال فترة الانتقال وهي تتكون من خمسة أعضاء عضو مصري- وعضو بريطاني- وثلاثة أعضاء سودانيين أجريت أول انتخابات سودانية في ظل الاتفاقية، وفاز الحزب الوطني الاتحادي برئاسة إسماعيل الأزهرى بأغلبية ساحقة، وتولى الأزهرى رئاسة أول وزارة سودانية يوم 9 يناير 1954، وساءت الأحوال بين الأزهرى وصلاح سالم، وتحول من الخط الوحدوي إلى المطالبة بالاستقلال عن مصر

فقد ارتبطت العلاقات المصرية السودانية بعد استقلال السودان بنوعية نظام الحكم والسلطة الحاكمة التي اتسمت بالتعاون إلى حد ما وأحياناً إلى الأزمة والتردد، ففي خلال فترة التعاون تم الاتفاق على توقيع اتفاقية الانتفاع بمياه النيل عام 1959<sup>(228)</sup>، وقد سعت مصر على إنهاء الحرب الأهلية في الجنوب وتوقيع اتفاقية أديس أبابا عام 1972 فقد أقرت اتفاقية أديس أبابا الحكم الذاتي للإقليم الجنوبي كإقليم واحد مكون من ثلاث ولايات، وبموجب الاتفاقية دمجت قوات حركة الأنانيا الجنوبية في صفوف الجيش السوداني وقد أدت الاتفاقية إلى إنهاء الحرب وعم الاستقرار في كل الوطن لأول مرة منذ اندلاع التمرد وتسارعت وتيرة خطط التنمية في الشمال والجنوب<sup>(229)</sup>

### ثانياً: الدور الاقليمي

أثرت البيئة الدولية والإقليمية في عملية الحرب والسلم بالسودان، إذ يعد تقسيم السودان مخطط صهيوني؛ لخدمة مصالح دولية وأقليمية بهدف الاستفادة من موارد السودان الطبيعية، كما يعد مهدد للأمن والسلم في السودان إذ ترتب عليه قيام عمليات التمرد في إقليم دارفور ووجود العديد من القتلى، والمصابين، في أحداث التصارع بين الجنوب والشمال وقد ينتج عنه العديد من الأثار على باقي دول الوطن العربي كأساس لتقسيم العديد من الدول؛ مثل مصر، العراق، اليمن، سوريا ومن شأنه حرمان شمال السودان ومصر من مياه النيل وتكمن أشكالية الدراسة في المواقف الدولية والاقليمية وما حددته من أدوار في إطار اتفاقية السلام في جنوب السودان عام 2005

<sup>(228)</sup> اتفاقية تقاسم مياه النيل 1959: هي اتفاقية وقعت بالقاهرة في نوفمبر 1959 بين مصر والسودان، وجاءت مكملة لاتفاقية عام 1929 حيث تشمل الضبط الكامل لمياه النيل الواصلة لكل من مصر والسودان في ظل المتغيرات الجديدة بإنشاء السد العالي ومشروعات أعالي النيل لزيادة إيراد النهر وإقامة عدد من الخزانات في أسوان

<sup>(229)</sup> اتفاقية أديس أبابا (1972)، هي اتفاقية وقعت بين حكومة الخرطوم وقادة التمرد في جنوب السودان في أديس أبابا عام 1972. وكانت سلسلة من التنازلات المتبادلة، التي كانت تهدف لاسترضاء قادة التمرد في جنوب السودان بعد الحرب الأهلية السودانية الأولى التي كانت باهظة لحكومة الخرطوم. فقد تم منح الاستقلال الذاتي لجنوب السودان. وقد تلاها عقد من السلام النسبي. وفي 1983 ألغيت الاتفاقية من قبل رئيس السودان، آنذاك، جعفر نميري، عندما فرض الشريعة على كامل البلاد.

بما يثور التساؤل عن موقف العالم العربي والغربي من أزمة السودان فهل من الممكن بعد الانفصال أن ترجع دولة السودان إلى الدولة الموحدة منذ الاستقلال 1956، وهل من الممكن أن يحث الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي للسودان أو سوف يظل الوضع كما هو أو سوف تحل الازمات والصراعات فالازمات والصراعات بسبب رسم الحدود الناتجة عن الاستعمار والسودان وما حدث فيها من صراعات داخلية والتي أدت إلى مطالبة جنوب السودان بالانفصال عن شمال السودان لأسباب متعلقة بالدين والاخرى بالاقتصاد ونوضح الأدوار الإقليمية كما يلي:

(1) الدور المصري : تمثل العلاقات الثقافية والاقتصادية والجوار وبالإضافة إلى الجانب الاستراتيجي وغيرها أهمية خاصة بالنسبة لمصر والسودان ولذلك سعت مصر لحل أزمة السودان من خلال المبادرات المشتركة غير أن هذه المحاولات فشلت فقد أثار بروتوكول ماشاكوس العديد من التحفظات المصرية حيث رأى كثير من المراقبين أن حق تقرير المصير سوف يؤدي إلى الانفصال وهو ما يتنافى مع وحدة السودان ومع ذلك لم تكتفى مصر بالتحفظ ولكنها قامت بمساندة السودان من اجل الوحدة الوطنية وبرز موقف مصر في أزمة ناكورو عام 2003 عن طريق التفاوض وفقا للاجندة التي يتفقوا عليها وليس وفق للميثاق وشاركت القاهرة في توقيع اتفاقية السلام في نفايشا 2005 وأدركت مصر اهم التحديات التي تواجهها السودان خاصة بعد استفتاء جنوب السودان عام 2011 وأهم تحدى هو قضية أبيي (230)

(2) الدور الاثيوبي : تقع شرق السودان واطول حدود السودان مع أثيوبيا وهي من اكثر الدول تأثير وتأثرا في مشكلة جنوب السودان ، ولها دور مؤثر في تسوية جنوب السودان فكان لها دور مباشر في اتفاقية اديس ابابا حيث انعقدت الاتفاقية بين الحكومة وحركة

(230) The freeing of the Sudan from the Islamic despot began to be seen by the British as a mission of civilization as well as the retribution of Gordon .Graham Thomas, Death of a Dream, Darf Publishers, 1990, P11

الانانيا في عاصمتها ولعبت دور الوسيط عندما وقع التمرد الثاني 1983 قدمت مساعدتها ودعمها بفتح المعسكرات .

(3) الدور الاوغندي : تقع أوغندا في الاتجاه الجنوبي للسودان وسندت السودان من اجل للضغط على حكومة السودان لوقف دعمها لقوات جيش المعارضة بقيادة جوزيف كوني رغبة في الحصول على دعم إسرائيل والولايات المتحدة لتحسين اوضاعها .

(3) الدور الكيني : وتقع كينيا جنوب شرق السودان وتعتبر أكبر داعم لوجستي للشعبية وكان لها هدف من وراء دعمها للسودان من أجل الحصول على المساعدات الامريكية وخاصة لاهتمام امريكا بشرق افريقيا عموما والسودان والصومال خصوصا. ثالثاً: دور المنظمات الاقليمية : تمثلت المنظمات الإقليمية في جامعة الدول العربية والاتحاد الافريقي:

(1) جامعة الدول العربية : صدر قرار في قمة بيروت 2002 بشأن المسألة السودانية ووضع موضوع رئيسي وبند دائم في اجتماعات مجلس الجامعة وإنشاء صندوق لإعمار جنوب السودان تسهم فيه الدول العربية بنحو حوالي 50 مليون دولار بالإضافة لقيام الصندوق بمشاريع محددة للتنمية، وتابعت جامعة الدول العربية ازمة دارفور منذ بدايتها ، وغيرها من الاعمال<sup>(231)</sup> .

(2) دور الاتحاد الافريقي : هيأت الحرب الأهلية في جنوب السودان السياق لانتهاكات لحقوق الإنسان على أيدي القوات المسلحة السودانية والمليشيات التابعة لها ورافقتها خروقات منتظمة للقوانين التي تنظم النزاعات الداخلية المسلحة وقد اسهم الاتحاد

---

(231) القمة العربية 2002 عقدت يوم 27 مارس/أذار 2002 في بيروت، مبادرة بيروت للسلام هي مبادرة اقترحها العاهل السعودي الملك عبد الله بن عبد العزيز خلال مؤتمر قمة جامعة الدول العربية التي انعقدت في بيروت في مارس 2002، تدعو المبادرة لتطبيع العلاقات مع إسرائيل مقابل الانسحاب الإسرائيلي الكامل من الأراضي العربية التي احتلتها منذ حرب الخامس من يونيو/حزيران من عام 1967، وقد حظيت بإجماع عربي خلال القمة.

الأفريقي بشكل كبير في الحد من الحرب الأهلية في جنوب السودان لاحداث تسوية سلمية لانتهاء الصراع ووصل لتوقيع سلام نيفاشا وحل أزمة دارفور من خلال اتفاقية ابشى (232) رابعاً: دور المنظمات الدولية : برزت أدوار المنظمات الدولية فيما تمثل من دور الامم المتحدة ودور الاتحاد الاوروي وموقف فرنسا وأخيراً الدور البريطاني ونوضحها كما يلي:

### (1) دور الامم المتحدة

أشرفت الامم المتحدة على توقيع اتفاقية السلام الشامل 2005 ، وشارك ممثل الامين العام للامم المتحدة في السودان كما شاركت مفوضية الامم المتحدة في جوبا بحضور حكومة جنوب السودان وبعض الفصائل الجنوبية وتم الاتفاق على تنفيذ اتفاقية السلام ونزع سلاح الميليشيات إلا أن منظمات الامم المتحدة لم تتطرق إلى ما ورد في العهد الدولي الخاص للحقوق الاقتصادية والثقافية من حقوق تثبت للجماعة ولا تتم ممارستها إلا بشكل جماعي مثل حق تقرير المصير ومنع التمييز العنصري ومنع إبادة الجنس البشري وحقوق الأقليات(233).

وقد أقر العهد الدولي الخاص للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أن من حق أي شعب أن يتصرف بحرية في ثرواته وموارده الطبيعية ولا يجوز أن يحرم شعب من وسائل عيشه والإبقاء على حياته (234) فهل ينطبق ذلك على ثروات منطقة البجة (جنوب السودان) فالحقوق الجماعية التي تثبت لجموع الأفراد وهي حقوق صاحب الحق فيها الشعب أو الجماعة ولا يمكن إعمال هذه الحقوق إلا بتضافر جهود كل الفاعلين في الحياة

(232) أسماء عبدالرازق: انفصال جنوب السودان نتيجة، القاهرة، بدون دار نشر، ط1، 2013، ص 20-39

(233) لجنة حقوق الإنسان اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان الدورة الخامسة والخمسون البند 4 من جدول الأعمال المؤقت للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية العولمة وأثرها على التمتع الكامل بحقوق الإنسان التقرير النهائي المقدم من ج. أولوكا - أونيانغو وديبيكا أوداغاما، عملاً بقرار اللجنة الفرعية 105/2002 ، ص 31 (234) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 يناير 1976، وفقاً للمادة .27

الاجتماعية كالدول والأفراد والكيانات العامة والخاصة والمجتمع الدولي<sup>(235)</sup> لذلك تسمى حقوق التضامن فهي المجموعة البشرية وهي تعد ضرورة لتأسيس قانون دولي لصالح الإنسان<sup>(236)</sup> وتطبيقاً لذلك لماذا يحرم السودان من ثرواته

### (2) دور الاتحاد الاوروبي

اوقف الاتحاد الاوروبي تعاونه مع السودان أثناء حرب جنوب السودان ثم عاود الاتحاد الاوروبي حوارته السياسي مع السودان مستهدفاً التعاون لأسباب كامنة برزت حينما أصبح من أكبر الممولين لعمليات القوات في أفريقيا حيث يعد الاتحاد الأوروبي من أحد المنظمات المهمة بمشكلة دارفور<sup>(237)</sup>.

### (3) الدور البريطاني

استغلت بريطانيا التناقضات القومية في السودان فكانت تضرب قبائل شرق وغرب السودان بقبائل شمال السودان الموالية لها مثلما حدث من فتك بالمواطنين منطقة البجة (جنوب السودان) عام 1948 عند ثورة البجة ضد الجمعية التشريعية، إذ هجمت عليهم مجموعة من الشرطة المكونة من قبائل الشايقية بقيادة ضابط انجليزي أمام منزل في بورتسودان وأطلقت النار دون تمييز وطارد الجنود الشماليين الجرحى الزاحفين بعيداً عن ميدان المعركة لقتلهم ولم يفد أي تدخل إلى إيقاف المجزرة إلا أن القبائل الوحيدة التي

---

(235) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م في المادة 21، والمادة (27) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م في المادة 21، المادة (27) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية ، وتعد المادة (21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من الحقوق الجماعية بصورة رئيسة للحقوق كحق الشعوب في تقرير مصيرها وتحديد كيانها السياسي بحرية ومواصلة نموها الاقتصادي والاجتماعي والمنصوص عليه في المادة الأولى من اتفاقيتي حقوق الإنسان، وحقوق الأشخاص المنتمين إلى الأقليات الاثنية أو اللغوية أو الدينية بالإشتراك مع الأعضاء الآخرين من جماعتهم في التمتع بثقافتهم أو الإعلان عن ديانتهم المنصوص عليها في المادة (27) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية وتظهر آثار التفريق بين حقوق الإنسان الفردية والجماعية في التأثيرات المتبادلة بين هذين النوعين سواء في تحقيق حقوق الإنسان عامة أو في انتهاكها

(236) وائل علام: دراسة حول الموثيق والاتفاقيات العربية البيئية ذات الصلة بحقوق الإنسان الصادرة عام 2006 عن مجلس

جامعة الدول العربية على المستوى الوزاري رقم 6640 في الدورة العادية (125) بتاريخ 4 / 3 / 2006. ص 36

(237) جورج جيبور: الطبيعة العنصرية للاستعمار الاستيطاني والمسائل القانونية الناجمة عنها، المجلة المصرية للقانون الدولي،

المجلد 27 ، 1987، ص 182 وما بعدها.

حاربت بريطانيا في السودان ووقفت في وجه جيوشه هي قبائل البجة في شرق السودان وبعض قبائل كردفان ودارفور فكان جزاء الاستعمار البريطاني لهم أن جعلهم فئة محكومة وتابعة<sup>(238)</sup>.

وقد اتبعت الادارة البريطانية سياسة في جنوب السودان تتكون من شقين الاول في بسط الامن واستتبابه والشق الثاني مساعدة الارساليات المسيحية بهدف تحويل المواطنين للديانة المسيحية ونشر الحضارة في جنوب السودان وتم تطبيق السياسة البريطانية بالإضافة إلي حظر نشر الاسلام واللغة العربية واستمرار تبني فكرة ضم جنوب السودان الي شرق أفريقيا التنوع والتعدد المائل في السودان ونتيجة المشاكل الناجمة عن ذلك وضعت الحكومة الاسبقية الاولى للامن واحتوت الانتفاضات المسلحة ولذلك لجأت لتعيين الحكام من العسكريين كما واجهه مديري المديريات عدة صعوبات منها المقاومة التي شنها المواليين للثورة المهديية في الغرب وكذلك المقاومة القبلية في جنوب السودان<sup>(239)</sup>.

#### خامساً: الموقف الدولي من مشكلة الجنوب

منذ استيلاء ثورة الإنقاذ عام 1989 على السلطة شهدت علاقات السودان على الصعيد الدولي العديد من التحولات والتغيرات التي أدت في مجملها إلى وجود حالة من التوتر وعدم الاستقرار مع معظم الأطراف الدولية وبدأ السودان يعاني من عزلة سياسية نبعت من اتهامه بتعارض سياساته مع مطالب المجتمع الدولي الذي يرفض التطرف والإرهاب والتدخل في الشؤون الداخلية للدول فقد اختلف الموقف الدولي في المنطقة مع ظهور سياسة البريستورويكا قبل عام 1985 ومع تنافس القوى العظمى على اقتسام العالم

(238) مدثر عبدالرحيم: الامبريالية والوطنية في السودان بالانجليزية، اكسفورد كلاريندون، 1969 ص 73

(239) محمد زين العابدين: أثر السياسات الاستعمارية في التمهد لانفصال جنوب السودان في الفترة 1898—1947 - نشر

بتاريخ: 23 شباط/فبراير 2010

برزت القارة الأفريقية كمجال لتنافس القوى العظمى على القارة الأفريقية لأهميتها الإستراتيجية والجيوبولوتيكية وخاصة عندما أعلن عن تأسيس التكامل المصري السوداني ونتيجة تخوف الدول العظمى المتمثلة في الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي أن يصبح التكامل المصري السوداني مصدر قوة اقتصادية وعسكرية وسياسية للدولتين ويتعارض مع مصالح كل من الدولتين العظمتين الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي وأهدافهم عملت كل من الدولتين على إحباط التكامل المصري السوداني بأساليب وأدوات مختلفة وسوف نوضح ذلك من خلال توضيح موقف الولايات المتحدة الأمريكية وموقف فرنسا كما يلي:

### (1) موقف الولايات المتحدة الأمريكية

أولت الولايات المتحدة الأمريكية اهتمامها للقارة الأفريقية لقيمتها الإستراتيجية المرتبطة بمصالحها في منطقة الخليج العربي وجنوب غرب آسيا حيث تتعلق مصالح الولايات المتحدة الأمريكية بتوازن القوى العالمية والذي تسعى أن يكون ميزان القوى عندما تقيم الولايات المتحدة الأمريكية علاقاتها مع دول المنطقة بما يدعم أمن إسرائيل بالإضافة إلى مساندة الدول العربية وقد سعت الولايات المتحدة الأمريكية لتحقيق إستراتيجيتها في تقييم علاقاتها بالدول العربية ففي أواخر السبعينات ساعدت السودان للتغلب على مشكلة الاقتصادية حيث سمحت الحكومة السودانية لشركة شيفرون الأمريكية بالقيام بأعمال التنقيب عن النفط

وتخوفت الولايات المتحدة الأمريكية من إعلان الشريعة الإسلامية في السودان ومن أي مد إسلامي يهدد الدول المسيحية المحيطة بالسودان فقامت بتحول موقفها إلى مساندة حركات التمرد في جنوب السودان مع الاقتناع بعدم تقديم الأسلحة والمعدات إلى السودان ثم أوقفت شركة شيفرون الأمريكية من القيام بأعمال التنقيب عن النفط ثم بدأت الولايات المتحدة الأمريكية التحرك لإيجاد تسوية سلمية للحرب الأهلية في السودان حيث رفعت مستوى الاتصال مع زعيم الحركة الشعبية لتحرير السودان وتجاوبت الحكومة

السودانية مع جهود الوساطة الأمريكية ووافقت الحكومة السودانية على الدخول في محادثات سلام مع الجنوب<sup>(240)</sup>

وأعلنت الحكومة الأمريكية موافقة السودان على استئناف الرحلات الجوية الأمريكية لتقديم المعونات الغذائية لجنوب السودان إلا أن محادثات سلام الحكومة السودانية مع الجنوب إنهارت بعد يومين بسبب تمسك الحكومة السودانية بتطبيق الشريعة الإسلامية وكان أثر ذلك توتر العلاقات بين الولايات المتحدة الأمريكية والخرطوم نتيجة فشل محادثات السلام فأوقفت الحكومة الأمريكية مساعدات الإغاثة الإنسانية والعسكرية والاقتصادية للسودان وازدادت حدة التوتر بين الولايات المتحدة الأمريكية والسودان عندما إنحاز النظام السوداني والحكومة السودانية مع عدوان الرئيس العراقي على دولة الكويت عام 1991 وبناء على ذلك قامت الولايات المتحدة الأمريكية بترحيل رعاياها الأمريكيين من الخرطوم قبل بدء حرب الخليج<sup>(241)</sup>

سعت الولايات المتحدة الأمريكية للتدخل في الشؤون السودانية وخاصة عندما حاول النظام السوداني القيام بدور إقليمي كبير كاتجاه مماثل للدول الكبرى والذي من شأنه يهدد مصالح الولايات المتحدة الأمريكية إضافة إلى صراعات وضغوط شركات النفط الدولية وتصاعد جماعات حقوق الإنسان والجماعات الكنسية والإعلام في التأثير على السياسة الأمريكية، فقد ركز التدخل الأمريكي على محاولة عزل النظام السوداني دولياً والضغط عليه لإعادته داخل حدوده وحل مشكلة جنوب السودان بالتدخل في الشؤون السودانية بتيار متشدد من قسم أفريقيا بوزارة الخارجية وجهاز الاستخبارات المركزية وبعض دوائر الكونجرس لزيادة الضغط على الحكومة السودانية.

(240) بدأت جهود الوساطة الأمريكية بمحادثات سلام مع الجنوب في 19 أغسطس 1989 في أديس أباب ثم في نيروبي في 3 ديسمبر 1989

(241) عقب قرار حكومة السودان بعدم الموافقة على استمرار وجود بعثة الأمم المتحدة في السودان، فقد بدأت البعثة عملية التصفية بموجب ولاية المجلس في القرار 1997 المتخذ في / 11 تموز يولييه 2011 ومنذ 9 تموز يولييه 1997 أوقفت البعثة عملياتها وهي تعمل على تسريع انسحاب القوات وأفراد الشرطة والموظفين المدنيين.

وأخذ التدخل الأمريكي في الشؤون السودانية اتجاهين أرتبط الاتجاه الأول بتبني المعارضة السودانية خيار العمل المسلح لإسقاط النظام الحاكم في الخرطوم ، بينما اتخذ الاتجاه الثاني ممارسة خط سياسي بفرض حظر دولي شامل على صادرات السلاح إلى السودان وتقديم المساعدات الدولية لدول الجوار المواجهة لتحديات السودانية نقلتها إلى أثيوبيا وإريتريا وأوغندا حيث تعد مجموعات سودانية معارضة هجوماً مشتركاً للإطاحة بالحكومة السودانية وتشمل التجهيزات أجهزة الاتصال اللاسلكي والملابس العسكرية والخيام وبنادق وأسلحة أخرى ومع استمرار الأزمة حتى نهاية عام 1997 ظهر تيار يدعو إلى ضرورة الإبقاء على النظام السوداني الحالي باعتبار أن سقوطه سوف يؤدي إلى تقسيم السودان إلى دويلات فقد دعا التيار إلى تبني سياسة الحوار مع النظام السواني بهدف ترشيد سلوكه وإصلاح مساره<sup>(242)</sup>

(2) موقف فرنسا:

جاء الموقف الفرنسي من السودان ومشكلة جنوب السودان في إطار التنافس الفرنسي الأمريكي وبناء على ضوء التراجع في العلاقات السودانية الأمريكية حاولت فرنسا ترسيخ وجودها على الساحة السودانية باعتبار أن ذلك يحقق لها مصالح اقتصادية إضافة إلى إمكانية مواجهة الحركة الأمريكية في القارة الأفريقية وقد بدأ التنسيق بين السودان وفرنسا في الثمانينيات حين كانت الدولتان تدعمان رئيس تشاد وعندما أبعث اللاجئين التشاديين الذين اتخذوا من محافظة دارفور الواقعة على الحدود التشادية الليبية مقراً

(242) صحيفة واشنطن بوست العدد الصادر في 10 نوفمبر 1996 حيث أعلنت أن الولايات المتحدة الأمريكية تقدم مساعدات عسكرية إلى ثلاث دول مجاورة للسودان لإضعاف النظام الإسلامي في الخرطوم وأن التجهيزات العسكرية تبلغ قيمتها 20 مليون نقلت إلى أثيوبيا وإريتريا وأوغندا للإطاحة بالحكومة السودانية وتشمل التجهيزات أجهزة الاتصال اللاسلكي والملابس العسكرية والخيام وبنادق وأسلحة أخرى، [https://ar.esc.wiki/wiki/The\\_Washington\\_Post](https://ar.esc.wiki/wiki/The_Washington_Post)

لهم حصلت شركة توتال الفرنسية على حق التنقيب عن النفط في جنوب السودان عام 1983 وعملت شركة فرنسية في مشروع شق قناة جونجلي<sup>(243)</sup>.

وسعت فرنسا لتوطيد علاقتها مع السودان للحصول على الفوائد الاقتصادية ونتيجة لمتانة علاقات باريس مع الخرطوم فقد تمكنت فرنسا من خلال توطيد العلاقة بالسودان من إيجاد قناة اتصال مع الحركات الإسلامية في الجزائر والتوصل إلى اتفاقيات أساسية تتعلق بالحد من العمليات الإرهابية في فرنسا وعند توتر علاقات فرنسا مع الحركة الشعبية لتحرير السودان قامت السودان بتسليم الإرهابي السوداني كاربوس إلى فرنسا عام 1994 ونتيجة لذلك سهلت فرنسا للسودان استخدام المناطق الحدودية مع الدول الحليفة لفرنسا للهجوم على مواقع الجيش الشعبي في جنوب السودان كما زودت فرنسا السودان بمعلومات استخبارية بصور ملتقطة بالأقمار الصناعية لمواقع قوات الجيش الشعبي والمراكز السكنية.

#### خامساً: نتائج الأزمة

تابعت الأمم المتحدة مبادرة السلام الإقليمية ودعمتها في اجتماعات قمة دول الإيقاد وأديرت مشاورات مع الحكومات والمنظمات الإقليمية دعماً لعملية السلام وشاركوا في اجتماعات منبر شركاء الإيقاد الذي يتكون من الدول المانحة والمنظمات التي تدعم عملية السلام تحت رعاية إيقاد وتساعد المنظمة الإقليمية في تحسين قدراتها في مناح عديدة، وقعت حكومة السودان والجيش الحركة الشعبية لتحرير السودان ستة اتفاقيات بروتوكول مشاكوس وفيه وافق الطرفان على إطار عام يضع مبادئ للحكم، والعملية الانتقالية، وهياكل الحكم بالإضافة إلى الحق في تقرير المصير لشعب جنوب السودان، كما تناول موضوع الدين والدولة وبروتوكول الترتيبات الأمنية، وبروتوكول تقاسم الثروة، و

(243) منحت الشركة الامتياز للتنقيب عن النفط في المنطقة منذ عام 1980، وتوقفت عن العمل بعد اندلاع الحرب الأهلية في

جنوب السودان عام 1983. أنظر همام سرحان: التفاهم حول تقسيم نفط السودان بين الشمال والجنوب هو الحل، مقال

منشور في الموقع الإلكتروني: [/https://www.swissinfo.ch/ara](https://www.swissinfo.ch/ara)

برووكول تقاسم السلطة، وبروتوكول حسم النزاع في جنوب كردفان جبال النوبة وولاية النيل الأزرق (244).

وتم الاتفاق في مبادرة السلام الإقليمية بثلاثة اتفاقيات للوصول إلى اتفاقية للسلام الشامل وهي الاتفاقية الأولى الخاصة بترتيبات وقف إطلاق النار الدائم، والاتفاقية الثانية بشأن تطبيق كافة البروتوكولات التي تم توقيعها وإبرام الاتفاق الذي تبقى بشأن ترتيبات وقف إطلاق النار الدائم، والاتفاقية الثالثة بشأن الضمانات الدولية والإقليمية

وفقا لتنفيذ بنود إتفاقية السلام الشامل والتي وقعت في نيفاشا بين الحكومة السودانية والحركة الشعبية لتحرير السودان في 2005 جرى إستفتاء في 2011 حول إذ ما كان سكان جنوب السودان يرغبون بالبقاء بدولة واحدة مع السودان أو الانفصال بدولة مستقلة وقد اعلنت نتيجة الاستفتاء في 2011/02/07 بموافقة الأغلبية على الانفصال عن السودان الموحد بما عد نسبة 98.83 % وتم اعلان انفصال الجنوب رسميا عن شمال السودان وفي يوم 2011/07/09 وأعلن ذلك خلال مؤتمر صحفي حضره الرئيس عمر البشير ورئيس حكومة الجنوب الدول وعدت دولة الجنوب الجديدة دولة جنوب السودان والتي تبني السواعد الاساسية لتصبح دولة ذات سيادة

### المحور الثالث: تدخل الدولة على المستوى الإداري

#### تمهيد وتقسيم

أدى سوء الضبط الإداري الذي أنشأته السلطة الاستعمارية في السودان إلى نشأت الاحتكاك الأول لمنطقة جنوب السودان (البجه) مع الدولة من خلال فقد زاد جمع الضرائب وأصبح توفير بعض الخدمات الأساسية يتم بصورة رمزية، مما كان نتيجته الأزمة

(244) بروتوكول مشاكوس والذي وقع في مشاكوس، بكينيا، في 20 يوليو 2002م وبروتوكول الترتيبات الأمنية: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 25 سبتمبر 2003م. بروتوكول تقاسم الثروة: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 7 يناير 2004م برووكول تقاسم السلطة: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 26 مايو 2004م. بروتوكول حسم النزاع في جنوب كردفان جبال النوبة وولاية النيل الأزرق: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 26 مايو 2004م بروتوكول حسم النزاع في أبيي: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 26 مايو 2004م.

في بلاد البجة بسبب الفشل في تخطيط واستغلال الموارد والمركزية المفرطة في التخطيط التنموي والمالية والتجاوز في مهام الأفراد مما جعل ميزانية التنمية لم تتجاوز 3% من إجمالي الميزانية للفترة 1987/86م إلى 1991/90. وفي نفس الوقت لم يؤهل مستوى الولايات ليتعامل مع المشكلات الطارئة مثل المجاعة وإعادة الإعمار.

كما أدى تقسيم ولاية البحر الأحمر إلى أربع محافظات إلى نتيجة فورية متمثلة في زيادة الإنفاق الحكومي للحفاظ على الجهاز الإداري الضخم على حساب الخدمات والتنمية خاصة بعد الغاء الإدارة الأهلية ولا تزال ميزانية التنمية في بلاد البجة تدار من العاصمة الخرطوم وتقوم لجان معينة بمهامها على مستوى المجالس بلا مسؤولية محددة أما المصالح الحكومية الفنية القليلة المخصصة لوقف تدهور البيئة فإنها بلا موارد مالية أو لوجستية<sup>(245)</sup>.

وقد كشفت أوجه الضعف في الأداء الإداري والحكومي إلى المجاعات التي يعاني منها شعب البجة وذلك بسبب التخطيط الإنجليزي السابق والذي تقيدت به بعض الجهات الإدارية والحكومية فنظروا إلى شعب البجة نظرة الرعاة الآخرين كقوم تصعب إدارتهم أو تقديم الخدمات لهم فأن إغاثة شعب البجة أبتت على حياة الكثيرين قامت الحكومات بتقديم برامج لتطوير منطقة البجة إلا أن جميع البرامج التطويرية المقدمة فشلت بسبب عدم ملائمتها فقلصت الحكومة اسهامتها التطويرية منذ مجاعة 1984م وتركتها لتسيطر عليها المنظمات الأجنبية والتي قدمت بدائل أخرى لمنطقة البجة منها صيد الأسماك والتعدين والتي قابلها الشعب بحماس قليل بسبب افتقارهم للمهارات الفنية التي يحتاجها صيد الأسماك والتعدين كما تم إقامة السدود على منطقة الخيران كحل فني منخفض التكاليف والذي أعاقه مشكلة تفاوت سقوط الأمطار في الزمان والمكان وبذلك واجه شعب البجة عدم الاستقرار وخاصة عندما منح أصحاب الأرض الحقيقيين في منطقة البجة

(245) ولاية البحر الأحمر تقع في شمال شرق السودان بين خطي عرض 17-23.2 شمالا خط طول 33.3 – 38.5. تحد بولاية كسلا، الحدود الأثرية، وساحل البحر الأحمر من الشرق ومن الشمال جمهورية مصر العربية ومن الغرب ولاية نهر النيل وعاصمة الولاية بورتسودان

فرصة رمزية في المشروعات القومية التي ترعاها الحكومة الشمالية لفائدتها داخل بلادهم مثل الرهد وخشم القرية وسوف نوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولاً: تدخل الإدارة الأهلية على المستوى السياسي

سيطرت الإدارة الأهلية على السياسة المحلية للوجه على مدى قرون بغض النظر عن نوع الحكومة فقد استعان الانجليز ومن بعدهم من الحكام بالإدارة الأهلية لتقليل تكلفة إدارة المساحة الهائلة للسودان ، ويرجع تقنين استخدام الإدارة الأهلية إلى الأعوام 1916.1917 كسياسة يديرها البريطانيون ومع التطور العام منحت الإدارة الأهلية سلطات قضائية ومالية وإدارية لذلك أصبحت الإدارة الأهلية شكلاً من الحكومة الشاملة تقوم بمهام الحكم الذاتي أو الحكم المحلي وامتدت إلى جميع مناطق الوجه للقيام بجمع الضرائب وأدى إلغاء الإدارة الأهلية في عام 1970 إلى سحب الإعراف الرسمي بسلطة زعماء القبائل إلا أن السلطات الاقتصادية والاجتماعية أبقى ولاء العامة للإدارة الأهلية واستعانت السلطات بالزعماء القبليين عند حدوث الأزمات<sup>(246)</sup>

ثم أعيد سلطة زعماء القبائل إلى مواقعهم السابقة خلال الثمانينات إلا أن زعماء القبائل تأثروا بظهور نخب جديدة في شعب الوجه وجمهورها القبلي المحلي تمثلت النخب الجديدة في فئة من المتعلمين اكتسبت فئة المتعلمين الجدد النفوذ بالوظائف الحكومية وأصبحت مشاركة في صنع القرار الإداري وتم الإعراف بفئة المتعلمين في الوصول إلى موارد المنظمات غير الحكومية وتحالفات السياسية مع السلطات المركزية والإقليمية كما أدت التغيرات الديمغرافية الناتجة عن النمو السكاني والهجرة الداخلية والتحضر خاصة بعد مجاعة 1984م إلى ظهور شيوخ جدد في المعسكرات الحضرية الحديثة التكوين أصبح لهم وظائفهم وواجباتهم الجديدة في توزيع الإغاثة والغذاء إلا أن القاعدة الاقتصادية لزعماء القبائل في الوجه تأثرت بالجفاف الذي أدى إلى تجردهم من مشروعية الدعم العام فأصبحت السلطة التي كانت تكتسب بالوراثة والإنجازات يتم الحصول عليها بالهجرة

(246) فوزي درويش: التقييم الإداري لإفريقيا، القاهرة، دار الكتب، ط1، 1990م، ص22-27

الداخلية وكذلك عند الاستجابة لمشكلات الجماهير وبذلك سيطرت الحكومة المركزية على الخدمة المدنية في منطقة البجة وظلت سلطة تعيين الأفراد لوظائف الدرجات العليا عن طريق الرشوة والفساد الإداري الذي أدى إلى زيادة الأعباء على الميزانية الفقيرة<sup>(247)</sup>.

فلم يتمتع شعب البجة بأي حكم ذاتي حقيقي وأصبحت المنافسة الداخلية بينهم سبباً للتفرقة للوصول إلى النفوذ والمركز فالمنافسة على السلطة منافسة على الموارد والسيطرة على المياه والأرض والسيطرة على صنع القرار مما يفسر انتقال السلطة إلى شيوخ الحضر الجدد والطبقة المتعلمة التي تسيطر على توزيع الأغذية ومواد الإغاثة وقد أعطي ذلك المنظمات غير الحكومية أهمية بوصفها العامل الوحيد الجديد في السياسة المحلية وتركزت المشكلة في مفهوم معظم المنظمات بمحاولة اقتسام السلطة في المركز بدلا من الضغط على المركز من أجل الموارد التي تعالج بها المشكلات المحلية<sup>(248)</sup>.

#### ثانياً: التدخل الدولي في الحدود الوطنية

كان تعرض منطقة البجة لتأثيرات خارج الحدود الوطنية محدود إلى حد ما وثمة استثناءات هي تأثير العلاقات السودانية الخارجية التي تؤثر على حجم الاستيراد والتصدير والعمل، والغذاء والعون وتدخل المنظمات غير الحكومية في منطقة البحر الأحمر ثم اتسع التدخل تدريجياً، فجاءت المنظمات الدولية لمنطقة البجة بهدف إنقاذ حياة الناس إلا أنها أدخلت مفاهيم جديدة ونماذج تنموية جديدة أثرت على طبيعة تفاعلات البجة مع بيئتهم المحلية والنظام الخارجي وأدى التأثير على مختلف المستويات إلى تفاعل شعب البجة مع النظم الخارجية فأخذ اتجاهاً فقد أثر شعب البجة على النظم الخارجية مما عزز عملية التحول وسط البجة وتحول سبل استغلالهم للبيئة المحلية وبالرغم من هذا فإن البجة لا يتفاعلون بالتساوي مع النظم الخارجية أو يتفاعلون باختيارهم طالما كان تفاعلهم في

(247) عيسى محمد صالح: البعد الدولي لقضية دارفور، جذور الأزمة ومآلاتها، الخرطوم، بدون دارنشر، ط1، 2007، ص35

(248) مصطفى عابدين الخانجي: السودان من الحكم البريطاني المباشر إلى فجر الاستقلال، سير جيمس روبرتسون، بيروت، دار

الجيل، ط1، 1996، ص 23-35

معظم الحالات يمثل استجابة تجعلهم يغيرون طرقه القديمة لعمل الأشياء فاكاسب العلاقات الثنائية أهمية أمنية وعسكرية كبيرة بسبب الاضطرابات التي واجهتا المنطقة بسبب التركيبة الإثنية والظروف البيئية والجغرافية والتي أثرت بالصراع في دارفور<sup>(249)</sup>.

#### الخاتمة:

يعتبر تنظيم عمليات دعم السلام من الأساليب المتبعة في تخفيف التوتر، ودعم وقف إطلاق النار، أو اتفاقيات السلام، أو إنشاء منطقة عازلة بين المجموعات المتحاربة، من أجل تعزيز وتشجيع الظروف المؤدية إلى السلام الدائم

إلا أنه قد تحدث الصراعات والازمات داخل دول الوطن العربي بسبب عوامل داخلية وعوامل خارجية تتسبب في انفجار العديد من الصراعات والنزاعات المختلفة مثل الصراعات الطائفية والعرقية والمذهبية والعشائرية أو الصراعات الناتجة عن رسم الحدود الناتجة عن الاستعمار فقد حدث في السودان صراعات داخلية أدت إلى مطالبة جنوب السودان بالانفصال عن شمال السودان لعدة أسباب أحدها متعلقة بالدين والاخرى بالاقتصاد وترتب على الانفصال من حركات التمرد في إقليم دارفور نتج عنها العديد من القتلى والمصابين في أحداث التصارع بين الجنوب والشمال والصراعات الداخلية الاخرى في باقي دولة السودان

وقد حاولنا طرح المواقف الدولية والإقليمية في حل أزمة السودان فقد كان للبيئة الدولية والإقليمية دور مؤثر على مشكلة جنوب السودان ودور المستعمر الانجليزي الذي نظم سياسات عملت على تفريق شمال وجنوب السودان عن بعضهم البعض الاخر، وكذلك التحالفات الدولية والإقليمية في إطار اتفاقية السلام في جنوب السودان عام 2005 ، حددتها الادوار الدولية والإقليمية

(249) سليمان قناوي حماد: الإشكالية الإثنية في دول الجوار، بحث رسالة ماجستير غير منشور، 2000-2001م، ص 91-95

فقد أثرت البيئة الدولية والإقليمية في عملية الحرب والسلام بالسودان، إذ يعد تقسيم السودان مخطط صهيوني؛ لخدمة مصالح دولية وأقليمية بهدف الاستفادة من موارد السودان الطبيعية، كما يعد مهدد للأمن والسلام في السودان إذ ترتب عليه قيام عمليات التمرد في إقليم دارفور ووجود العديد من القتلى، والمصابين، في أحداث التصارع بين الجنوب والشمال وقد ينتج عنه العديد من الأثار على باقي دول الوطن العربي كأساس لتقسيم العديد من الدول؛ مثل مصر، العراق، اليمن، سوريا ومن شأنه حرمان شمال السودان ومصر من مياه النيل وتكمن أشكالية الدراسة في المواقف الدولية والاقليمية

### النتائج والتوصيات

أولاً النتائج: توصلت الباحثة إلى النتائج التالية

1. إن البيئة الدولية والإقليمية لها دور مؤثر على مشكلة جنوب السودان بدأت من دور المستعمر الانجليزي من سياسات رسمت الحدود الناتجة عن الاستعمار والسودان
2. أن ما يحدث فيها من صراعات داخلية في السودان أدت إلى مطالبة جنوب السودان بالانفصال عن شمال السودان وعملت على تفريق السودان
3. كان الدور الاثيوبي مؤثر في تسوية جنوب السودان تمثل مباشرة اتفاقية اديس ابابا فلعبت أثيوبيا دور الوسيط عندما وقع التمرد الثاني عام 1983 فقدمت مساعدتها ودعمها بفتح المعسكرات .
4. سندات أوغندا السودان بهدف الضغط على الحكومة السودانية لوقف دعمها لقوات جيش المعارضة بقيادة جوزيف كوني رغبة في الحصول على دعم إسرائيل والولايات المتحدة لتحسين اوضاعها .
5. هدفت كينيا من وراء دعمها للسودان الحصول على المساعدات الامريكية وخاصة لاهتمام امريكا بشرق افريقيا عموما والسودان والصومال خصوصا.

6. اسهم الاتحاد الأفريقي بشكل كبير في الحد من الحرب الاهلية في جنوب السودان لاحداث تسوية سلمية لانهاء الصراع ووصل لتوقيع سلام نيفاشا وحل أزمة دارفور من خلال اتفاقية ابشى

7. شاركت مفوضية الامم المتحدة في جوبا وتم الاتفاق على تنفيذ اتفاقية السلام ونزع سلاح الميليشيات إلا أن منظمات الامم المتحدة لم تتطرق إلى ما ورد في العهد الدولي الخاص للحقوق الاقتصادية والثقافية من حقوق تثبت للجماعة ولا تتم ممارستها إلا بشكل جماعي مثل حق تقرير المصير ومنع التمييز العنصري ومنع إبادة الجنس البشري وحقوق الأقليات

8. اوقف الاتحاد الاوروبي تعاونه مع السودان أثناء حرب جنوب السودان ثم عاود الاتحاد الاوروبي حوارہ السياسى مع السودان مستهدفاً التعاون لأسباب كامنة برزت حينما أصبح من أكبر الممولين لعمليات القوات في أفريقيا حيث يعد الاتحاد الأوروبي من أحد المنظمات المهتمة بمشكلة دارفور

9. استغلت بريطانيا التناقضات القومية في السودان فكانت تضرب قبائل شرق وغرب السودان بقبائل شمال السودان الموالية لها مثلما حدث من فتك بالمواطنين منطقة البجة (جنوب السودان) عام 1948 عند ثورة البجة ضد الجمعية التشريعية

10. أدى تخوف الدول العظمي المتمثلة في الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي أن يصبح التكامل المصري السوداني مصدر قوة اقتصادية وعسكرية وسياسية للدولتين ويتعارض مع مصالح كل من الدولتين العظمتين الولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي وأهدافهم فعملت كل من الدولتين على إحباط التكامل المصري السوداني بأساليب وأدوات مختلفة

11. أولت الولايات المتحدة الأمريكية اهتمامها للقارة الأفريقية لقيمتها الإستراتيجية المرتبطة بمصالحها في منطقة الخليج العربي وجنوب غرب آسيا حيث تتعلق مصالح الولايات المتحدة الأمريكية بتوازن القوى العالمية
  12. قامت الولايات المتحدة الأمريكية بتحول موقفها إلى مساندة حركات التمرد في جنوب السودان مع الاقتناع بعدم تقديم الأسلحة والمعدات إلى السودان
  13. سعت الولايات المتحدة الأمريكية للتدخل في الشؤون السودانية وخاصة عندما حاول النظام السوداني القيام بدور إقليمي كبير كاتجاه مماثل للدول الكبرى والذي من شأنه يهدد مصالح الولايات المتحدة الأمريكية
  14. جاء الموقف الفرنسي من السودان ومشكلة جنوب السودان في إطار التنافس الفرنسي الأمريكي وبناء على تراجع العلاقات السودانية الأمريكية فحاولت فرنسا ترسيخ وجودها على الساحة السودانية باعتبار أن ذلك يحقق لها مصالح اقتصادية
  15. أدى سوء الضبط الإداري الذي أنشأته السلطة الاستعمارية في السودان إلى نشأت الاحتكاك الأول لمنطقة جنوب السودان (البجة) مع الدولة من خلال فقد زاد جمع الضرائب وأصبح توفير بعض الخدمات الأساسية يتم بصورة رمزية، مما كان نتيجة الأزمة في بلاد البجة بسبب الفشل في تخطيط واستغلال الموارد والمركزية المفرطة في التخطيط التنموي والمالية والتجاوز في مهام الأفراد
  16. كشفت أوجه الضعف في الأداء الإداري والحكومي إلى المجاعات التي يعاني منها شعب البجة وذلك بسبب التخطيط الإنجليزي السابق والذي قيدت به بعض الجهات الإدارية والحكومية فنظروا إلى شعب البجة نظرة الرعاة الآخرين كقوم تصعب إدارتهم أو تقديم الخدمات لهم
- ثانياً: التوصيات

1. نشر ثقافة الحوار بين القبائل ونبذ الخلافات وحقن الدماء بدلاً من اللجوء إلى تدخل الدول في الشؤون الداخلية للسودان.
2. حث أبناء المجتمع السوداني على تراثهم الثقافي وتمسكهم به لما يتضمنه من احكام وقوانين عرفية تناسب قيمهم وثقافتهم الراسخة في وجدانهم والتي تعكس أصالتهم وطبيعتهم المحافظة.
3. العمل في حل الازمات على كشف أوجه الضعف في الأداء الإداري والحكومي والبعاد عن التخطيط الإنجليزي السابق والذي تقيدت به بعض الجهات الإدارية والحكومية

## المراجع والمصادر:

### أولاً: الكتب

1. أحمد عطية الله: القاموس الإسلامي، المجلد الأول، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية 2001
2. أسماء عبد الرازق: انفصال جنوب السودان نتيجة، القاهرة، بدون دار نشر، ط1، 2013
3. عيسى محمد صالح: البعد الدولي لقضية دارفور، جذور الأزمة ومآلاتها، الخرطوم، بدون دار نشر، ط1، 2007
4. فوزي درويش: التقييم الإداري لإفريقيا، القاهرة، دار الكتب، ط1، 1990م
5. محمد نور البصراتي: النظم السياسية في الوطن العربي، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 2015
6. محمد البغدادى: استقالة صلاح سالم وأسبابها، القاهرة، بدون دار نشر، 2010
7. مصطفى عابدين الخانجي: السودان من الحكم البريطاني المباشر إلى فجر الاستقلال، سير جيمس روبرتسون، بيروت، دار الجيل، ط1، 1996

### ثانياً: الرسائل العلمية

1. سليمان قناوي حماد: الإشكالية الإثنية في دول الجوار، بحث رسالة ماجستير غير منشور، 2000-2001م

### ثالثاً: المجلات وأوراق العمل

1. جورج جبور: الطبيعة العنصرية للاستعمار الاستيطاني والمسائل القانونية الناجمة عنها، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 27، 1987

2. دوغلاس هاميلتون جونسون: الأسباب الجذرية للحروب الأهلية في السودان. مطبعة جامعة إنديانا . العدد 32 . 2003.
3. مدثر عبدالرحيم: الامبريالية والوطنية في السودان بالانجليزية, اكسفورد كلاريندون, 1969
4. محمد زين العابدين: أثر السياسات الاستعمارية في التمهيد لانفصال جنوب السودان في الفترة 1898—1947 - نشر بتاريخ: 23 شباط/فبراير 2010
5. وائل علام: دراسة حول المواثيق والاتفاقيات العربية البينية ذات الصلة بحقوق الإنسان الصادرة عام 2006 عن مجلس جامعة الدول العربية على المستوى الوزاري رقم 6640 في الدورة العادية (125) بتاريخ 4 / 3 / 2006.
6. المؤتمر الدولي الثاني للصليب الأحمر في برلين عام 1869، والمؤتمر الثلاثين للصليب الأحمر والهلال الأحمر عام 2008 في جنيف
7. لجنة حقوق الإنسان اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان الدورة الخامسة والخمسون البند 4 من جدول الأعمال المؤقت الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية العولمة وأثرها على التمتع الكامل بحقوق الإنسان التقرير النهائي المقدم من ج. أولوكا - أونيانغو وديبيكا أوداغاما، عملاً بقرار اللجنة الفرعية 105/2002 ، ص 31
8. دورة المركز الإقليمي للقضاة العرب خلال الفترة من 5-9 مارس 2005 في معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية التقرير السنوي الثالث عن تطبيق القانون الدولي الإنساني على الصعيد العربي لعام 2004 الصادر من الأمانة العامة لجامعة الدول العربية واللجنة الدولية للصليب الأحمر في 2004 ص 4 ص 31
9. الكتاب الدوري للأمين العام للأمم المتحدة رقم 13/1999 / SGB / ST بتاريخ 6 أغسطس 1999

10. موقع وزارة الخارجية السودانية، قائمة بوزراء الخارجية 2017

رابعاً: المصادر القانونية

1. اتفاقية تقاسم مياه النيل 1959: هي اتفاقية وقعت بالقاهرة في نوفمبر 1959 بين مصر والسودان، وجاءت مكملة لاتفاقية عام 1929

2. اتفاقية جنيف لعام 1949 بشأن تحسين حال المرضى والجرحى من أفراد القوات المسلحة

3. اتفاقية أديس أبابا (1972)

4. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 يناير 1976، وفقا للمادة 27

5. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م في المادة 21

6. الحقوق المدنية والسياسية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م

7. ميثاق الأمم المتحدة في 26 حزيران/يونيه 1945 وقع في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945

8. بروتوكول مشاكوس والذي وقع في مشاكوس، بكينيا، في 20 يوليو 2002م

9. بروتوكول الترتيبات الأمنية: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 25 سبتمبر 2003م

10. بروتوكول تقاسم الثروة: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 7 يناير 2004م

11. برووكول تقاسم السلطة: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 26 مايو 2004م.

12. بروتوكول حسم النزاع في جنوب كردفان جبال النوبة وولاية النيل الأزرق: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 26 مايو 2004م

13. بروتوكول حسم النزاع في أبيي: وقع في نيفاشا، بكينيا، في 26 مايو 2004م.

14. قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3032 / 37 عام 1972، والقرار رقم 3102 / 28 لعام 1973، والقرار رقم 44/32 لعام 1977

15. قرار مجلس الأمن رقم 1265 الصادر بتاريخ 1999/9/17 المادة (4) والقرار رقم 1296 الصادر بتاريخ 2000/4/19 المادة (3)

خامساً: المراجع الأجنبية

The freeing of the Sudan from the Islamic despot began to be seen by the British as a mission of civilization as well as the retribution of Gordon .Graham Thomas, Death of a Dream, Darf Publishers, 1990, P11

## الدكتورة سنية النوالي

دكتورا في القانون الخاص - بكلية العلوم القانونية

و الاجتماعية بتونس

# التمييز الإيجابي في قانون الإستثمار

Discrimination positive dans la loi sur l'investissement

مقدمة:

تعتبر المساواة قيمة إنسانية ومبدأ دستوريا كرسته المواثيق الدولية نظرا لما له من أهمية، إلا أنه لا يمكن التسليم بإطلاق هذا المبدأ نظرا لوجود التمييز في مجالات عدة وذلك من خلال معاملة الأشخاص بقيم دونية تخفض من قيمتهم استنادا إلى انتماءاتهم أو جنسيتهم، فالتمييز هو تمييز الصفات والاختلافات بين الأشخاص والأشياء وجعل الخيارات بين الناس استنادا إلى تلك الصفات الشخصية وبذلك يتعارض التمييز في أساسه مع مفهوم المساواة وهو ما يستشف أيضا من خلال قراءة المادة الأولى من الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع صور التمييز العنصري<sup>250</sup> حيث تبنت مفهوما سلبيا للتمييز بما هو خرق صارخ لمبدأ المساواة باعتباره يقوم على إعلاء فئة و اضطهاد أخرى لذلك يكون مهما العمل على مجابهته والبحث عن حلول في اتجاه الحد منه والتعويض لما ترتب عن ممارسته من أضرار.

فلئن كان التمييز يتعارض في أساسه مع مبدأ المساواة إلا أنه يلتقي مع مبدأ الإنصاف باعتباره قد يكون قنطرة وآلية تعويضية بامتياز وهو ما كرسه المشرع التونسي في إطار

<sup>250</sup>حسب المادة الأولى من الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع صور التمييز العنصري: "أي تمييز أو إستثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الأثني ويستهدف ويستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الانسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان اخر من ميادين الحياة العامة".

قانون الاستثمار<sup>251</sup> وما سألينه في جزأين رئيسيين لكن قبل ذلك يجب تحديد بعض المفاهيم الجوهرية ووضع الموضوع في إطاره التاريخي المناسب.

يعد التمييز من حيث الأساس أمراً سلبياً وهو ما يقتضي مجابته بالمواقف والحلول التشريعية المناسبة.

فالتصدي للتمييز يكون بطريقتين أما الأولى فهي تتمثل في اتخاذ موقف ردعي وثورى فردي أو جماعي، وتتمثل الثانية في التدخل التشريعي تكريساً لآليات تعويضية أو إقرار حماية قانونية ضد التمييز بمختلف أشكاله.

وسيكون لي حديث عن هاتين الطريقتين، فعن المواقف أستحضر قصة واقعية وإن كان موضوعها التصدي للتمييز العرقي فإن لها من الأهمية التاريخية والواقعية، فرغم بساطة الموقف فإنه كان سبباً في التصدي للتمييز العرقي وانتشال التمييز بباقي أشكاله من جذوره.

ففي فترة الخمسينات كان القانون الأمريكي يلزم السود بالتخلي عن مقاعدهم للبيض في الأماكن العامة، وسنة 1955 ركبت الخياطة "روزا باركس" الحافلة واتخذت لها مقعداً فارغاً وفي الأثناء صعد راكب ووقف أمامها لتعطيه مقعدها فأبت ذلك فتم إلقاء القبض عليها وإيداعها بالسجن فكان ذلك سبباً لانتفاض السود الذين أعلنوا الإضراب عن ركوب الحافلة إلى أن صدر قرار عن المحكمة العليا في واشنطن سنة 1956 ليمنع التمييز العنصري في الحافلات ثم صدر قانون الحريات سنة 1964 الذي منع التمييز على أساس العرق، خلاصة القول أنه رغم بساطة الموقف فإنه كان سبباً في منع التمييز والتصدي له.

وللمشروع دور مهم في ذلك، وهنا نتحدث عن الطريقة الثانية التي بها يمكن وضع حد للتمييز وهي تشريعية بالأساس، تعويضية في الأثر، فللمشروع أن يضع قوانين تضمن للفئات التي مورس ضدها تمييز في السابق والمناطق المهملشة تعويضات في شكل امتيازات وهو

<sup>251</sup> مجلة التشجيع على الاستثمار المؤرخة في 27 ديسمبر 1993، القانون عدد 71 لسنة 2016 مؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الاستثمار، القانون عدد 8 لسنة 2017 مؤرخ في 14 فيفري 2017 المتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية، الأمر الحكومي عدد 389 المؤرخ في 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.

بذلك يقر شكلا جديدا من أشكال التمييز لمجابهة التمييز في حد ذاته يسمى "التمييز الإيجابي".

فمصطلح التمييز يقوم أساسا على تناقض في محتواه، فلئن كان من الدارج اعتبار التمييز أمرا سلبيا فإن المشرع التونسي كرس تمييزا إيجابيا في قانون الاستثمار وهو يندرج في إطار ما يسمى الإنصاف وليس المساواة فهو آلية تعديلية، تفاضلية و انتقائية غير عادلة ولكنها منصفة لمناطق أو فئات تعتبر مهضومة الجانب وتهدف إلى الحد من الفوارق حتى ولو تبدو غير عادلة<sup>252</sup>.

إذ لا تعتبر من قبيل التمييز التدابير التي يكون الغرض من اتخاذها تأمين التقدم لبعض الفئات والأفراد المحتاجة للحماية<sup>253</sup>. وبذلك نستخلص مفهوما إيجابيا للتمييز يخرج به من المفهوم السلبي الضيق إلى مفهومه الإيجابي الواسع، وتتعدد التسميات المستعملة للدلالة على هذا النوع من التمييز مثل عبارة

« affirmative action » أي العمل الإيجابي ويسمى في بعض دول أوروبا « discrimination positive » ويطلق عليه في بعض الدول الأخرى تسمية "الأعمال التفضيلية" "آليات الإنعاش الملائم للأقليات" أو "المساواة الرافعة لمستوى الأقوياء".

الواضح إذن أن التسميات تتعدد لكنها في مجملها ليست إلا وصفا لجزء من محتوى الفكرة ولا تشمل كافة جوانبها.

أما اصطلاحا فإنه يمكن ترجمة هذا المفهوم من اللغة الإنجليزية إلى العربية بعبارة "العمل الإيجابي"<sup>254</sup> وهو يشير أساسا إلى عدد من الأساليب الرامية إلى مواجهة آثار التمييز

<sup>252</sup> عمر بالهادي: التمييز الإيجابي كوسيلة للإدماج كوسيلة للإدماج والإنصاف الترابي الرهانات والتحديات، يوم دراسي

مبدأ التمييز الإيجابي: المفاهيم وآليات التفعيل ص 1.

<sup>253</sup> المادة 1-4 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع صور الميز العنصري.

<sup>254</sup> هاجر الهيشري: (مرجع سابق) ص 3 .

في الماضي وللمساعدة على إلغاء الصور النمطية فهو عمل تقوم به الدول لتعويض جماعة عن تمييز حصل في السابق على أساس اختلاف النوع، العرق، الدين، أو الوظيفة...<sup>255</sup>

تاريخيا دخلت تقنية التمييز الإيجابي إلى النظام القانوني التونسي من خلال ما صادقت عليه تونس من اتفاقيات دولية في ستينات القرن الماضي، لكن استخدام عبارة التمييز الإيجابي في التشريع اقترنت بقانون المصادقة على الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 2004 وهو القانون الذي أعطى فرصة مباشرة للمجلس الدستوري في بيان مفهوم التمييز الإيجابي وأحكامه، أما في قانون الاستثمار فقد اعتمده المشرع في مجلة التشجيع على الاستثمار المؤرخة في 17 ديسمبر 1993 وتدعم في ظل أحكام القانون المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الاستثمار والقانون الصادر في 14 فيفري 2017 المتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية والأمر الحكومي الصادر في 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.

إلا أن الظهور الأساسي للتمييز الإيجابي يعود إلى سنة 1961 وكان ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية لتعديل التمييز الذي يعيشه السكان السود<sup>256</sup>، ثم في فترة الثمانينات انتشر اعتماده في فرنسا، البرازيل ثم وصل إلى جنوب أفريقيا لفائدة الأقليات في كل المجالات.

هذا التكريس التاريخي للتمييز الإيجابي يعكس ما له من أهمية فعلى أساسه تبتكر سياسات وتوضع آليات بهدف سد الفجوة بين فئة اجتماعية وأخرى وهو ما تم اعتماده في قانون الاستثمار، حيث اعتمد المشرع التونسي التمييز الإيجابي كألية للقضاء على التمييز السلبي الذي مورس ضد المناطق الداخلية التي تركزت المشاريع الاستثمارية بعيدا عن نطاقها الجغرافي وهو ما ساهم في تهميشها وتعميق الفجوة بينها وبين غيرها من الجهات المستقطبة للاستثمارات.

<sup>255</sup> هاجر الهيشري : (مرجع سابق) ص 2 .

<sup>256</sup> عمر بالهادي : التميز الإيجابي كوسيلة للإدماج و الإنصاف التراخي الرهانات و التحديات، يوم دراسي برلماني، مبدأ التمييز الإيجابي المفاهيم وآليات التفعيل، 3 جويلية 2017 ، ص 1 .

هذا الخيار تم تفعيله على المستوى العملي فكان له من النتائج الإيجابية. ورغم تعدد النقائص فإن أقل ما يقال عنه أنه خيار فعال فرغم تعارضه مع مبدأ المساواة فهو يظل تمييزا إيجابيا المفهوم والمفعول وهو ما يسوقنا إلى طرح الإشكالية التالية:

كيف وظف المشرع التونسي التمييز الإيجابي في قانون الاستثمار؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنتطرق إلى جزأين رئيسيين:

الجزء الأول عنوانه: التمييز الإيجابي آلية تعويضية في قانون الاستثمار

وعنوان الجزء الثاني: التمييز الإيجابي آلية تشجيعية للاستثمار.

فبين من خلال ذلك أن التمييز الإيجابي يمثل حلا لما مورس من تمييز سلبي في السابق ضد فئات وجهات مهمشة من خلال إقرار جملة من الامتيازات المالية والجبائية ذات الصبغة التعويضية.

وهو في الآن ذاته يمثل عاملا للتشجيع على الاستثمار من خلال خلق نشاطات حيوية تحظى بالتمييز ومن خلال تحفيز الباعثين الشبان على الاستثمار.

1 - التمييز الإيجابي آلية تعويضية في قانون الاستثمار

سنحاول في هذا الجزء من الموضوع أن نبين أوجه التمييز الإيجابي المعتمدة في قانون الاستثمار كحل للتمييز السلبي، فمن مورس ضده تمييز سلبي في الماضي سيتمتع بتمييز لفائده في الحاضر فيتم بذلك معالجة التمييز السلبي بالتمييز الإيجابي، وتفعيلا لذلك أقر المشرع حوافز مالية وجبائية موزعة بين مجموعتين وهو ما سنقوم بتحليله وتفسيره في نقاط محددة.

فالتمييز هو الأساس مصطلح يقوم على تناقض في محتواه فلئن كان من الدارج اعتبار التمييز أمرا سلبيا فإنه من الممكن أن يكون له مدلول إيجابي. وإن تماهى في مفهومه السلبي مع اللامساواة فإنه في مفهومه الإيجابي يعني اعتماد مبدأ الأفضلية تجاه الأقلية سعيا

لإصلاح التمييز الذي مورس ضدهم في السابق، وباعتباره تعويضا عن التمييز السلبي الذي حصل لهم فهو يعد ضمانا حقيقيا للوصول إلى أكبر قدر من المساواة بين مكونات المجتمع<sup>257</sup>، الأمر الذي يكسبه مشروعيتها ويبرر اعتماده كألية تعويضية تتماشى مع المواثيق الدولية واتفاقيات حماية الأقليات وفقه القانون الحديث وأخذت به الديمقراطيات العريقة والحديثة على السواء وهو مبدأ نص عليه الدستور التونسي<sup>258</sup>. وعلى هذا الأساس كرس المشرع التمييز الإيجابي في قانون الاستثمار وهو ما بدا جليا في ما اعتمده من أحكام صلب مجلة التشريع على الاستثمار المؤرخة في 27 ديسمبر 1993 وفي إطار القانون الجديد للاستثمار في تونس المتمثل في القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الاستثمار والقانون عدد 8 لسنة 2017 المؤرخ في 14 فيفري 2017 المتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية والأمر الحكومي عدد 389 لسنة 2017 المؤرخ في 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.

فيهدف تعويض الجهات المهمشة في إطار مزيد من تحفيز المبادرة الخاصة ورفع نسق إحداث المؤسسات وتطوير الاستثمارات والتشغيل أقر المشرع تمييزا إيجابيا لفائدة بعض الجهات التي مورس ضدها تمييز سلبي في السابق من خلال تهميشها وذلك بتمكينها من استقطاب الاستثمارات والمشاريع بما يساهم في تنميتها من خلال إقرار جملة من الحوافز المالية والإعفاءات الجبائية من أجل تحقيق التنمية الجهوية.

فمنذ مجلة التشجيع على الاستثمار يسعى المشرع إلى تشجيع التنمية الجهوية، فقام بإدراجها في العنوان الرابع من المجلة ونص في الفصل 23 من هذه المجلة على أن تنتفع الاستثمارات المنجزة من قبل المؤسسات بمناطق تشجيع التنمية الجهوية التي تضبط

<sup>257</sup> حسام الدين علي مجيد: سياسة التمييز و الكوتا النيابية: مقاربات إدارة التنوع الثقافي: " هذه السياسات تتكامل مع بعضها البعض من حيث الوظيفة و الغاية النهائية المتمثلة في معالجة أزمة الاندماج ضمن مشروع بناء الدولة- الأمة جراء انبعاث الهويات و بروز حس التمايز الثقافي معززا بتراكم التفاوتات الاجتماعية و الاقتصادية مما يدفع بالدولة إلى التجاوب مع مطالب المكونات الثقافية المحرومة من خلال تسوية تلك التفاوتات أو التقليل منها عبر استحداث الآليات الملائمة مثل سياسة التميز الإيجابي و نظام الكوتا النيابية." ص 1.

<sup>258</sup> ورد بالفقرة الأولى من الفصل 12 من دستور 2014 ما يلي: " تسعى الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية و التنمية المستدامة و التوازن بين الجهات استنادا إلى مؤشرات التنمية و اعتمادا على مبدأ التمييز الإيجابي."

قائمها حسب الأنشطة بأمر في قطاعات الصناعة والسياحة والصناعات التقليدية وبعض أنشطة الخدمات التي تضبط كذلك قائمتها بأمر بجملة من التشجيعات منها طرح المداخل والأرباح المتأتية من هذه الاستثمارات من أساس الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات خلال 5 سنوات بالنسبة للمجموعة الأولى من مناطق تشجيع التنمية الجهوية ابتداء من تاريخ الدخول في طور النشاط الفعلي وخلال 10 سنوات بالنسبة للمجموعة الثانية وبالنسبة إلى مناطق تشجيع التنمية الجهوية ذات الأولوية.

نبدأ أولاً بالحوافز المالية فمن الواضح أن مجلة التشجيع على الاستثمار قد تميزت بتمش إستراتيجي في اتجاه تقليص البيروقراطية وفيها تكريس للتمييز الإيجابي للجهات المهمة فهو قانون إصلاحي بامتياز لذلك لم يحد المشرع سنة 2016 عن هذا التوجه وتمسك بإقرار التمييز الإيجابي من خلال اتخاذ إجراءات تفضيلية لفائدة المناطق الداخلية بمنحها حقوقها التي سلبت منها في الماضي في شكل حوافز مالية وإعفاءات جبائية موزعة حسب الجهات مقسمة في إطار مجموعات، فحسب القانون عدد 71 لسنة 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الاستثمار ورد في الفصل التاسع منه أن تسند منح بعنوان إنجاز عمليات الاستثمار منها منحة الترفيع في القيمة المضافة والقدرة التنافسية، منحة تطوير القدرة التشغيلية، منحة التنمية المستدامة بعنوان استثمارات مقاومة التلوث وحماية البيئة وأساسا منحة التنمية الجهوية اعتمادا على مؤشر التنمية الجهوية في بعض الأنشطة بعنوان: إنجاز عمليات الاستثمار المباشر والمصاريف الناتجة عن أشغال البنية الأساسية.

فمهدف تحقيق التنمية الجهوية أقر المشرع تمييزا إيجابيا للمناطق الداخلية موزعة بين مجموعتين من مناطق التنمية الجهوية لذلك يكون مهما تحديد الحوافز المالية والامتيازات الجبائية المقررة في إطار قانون الاستثمار باعتبارها عامل تمييز إيجابي ثم تحديد قائمة الجهات المنتفعة بهذه الامتيازات.

إذ سعى المشرع التونسي إلى تعويض الجهات المهمشة تصحيحا للمسار وتعويضا عن التمييز السلبي الذي مورس ضدها في السابق وذلك من خلال إقرار جملة من الامتيازات لفائدتها والتي يمكن حصرها فيما يلي:

- منحة التنمية الجهوية الموزعة بين مجموعتين حيث تنتفع المجموعة الأولى من مناطق التنمية الجهوية بمنحة تقدر ب15% من كلفة الاستثمار المصادق عليه مع سقف ب1.5 مليون و65% من أشغال البنية الأساسية في قطاع الصناعة وذلك في حدود 10% من كلفة المشروع مع سقف 1 مليون دينار أما المجموعة الثانية من مناطق التنمية الجهوية فهي تستفيد ب30% من كلفة الاستثمارات المصادق عليها مع سقف 3 مليون دينار و85% من مصاريف أشغال البنية الأساسية في قطاع الصناعة وذلك في حدود 10% من كلفة المشروع مع سقف 1 مليون دينار.

- منحة تطوير القدرة التشغيلية حيث تتكفل الدولة بمساهمة الأعراف في النظام القانوني للضمان الاجتماعي بعنوان الأجور المدفوعة للأعوان من ذوي الجنسية التونسية المنتدبين لأول مرة للمجموعة الأولى من مناطق التنمية الجهوية لمدة خمسة سنوات ابتداء من تاريخ الدخول في طور النشاط الفعلي والمجموعة الثانية من مناطق التنمية الجهوية لمدة 10 سنوات الأولى ابتداء من تاريخ الدخول في طور النشاط الفعلي.

- المساهمة في رأس المال التي تسند لفائدة المؤسسات المحدثّة التي لا يتجاوز حجم استثماراتها 15 مليون دينار.

وتضاف إلى هذه الامتيازات المالية حوافز جبائية<sup>259</sup> تتمثل أساسا في إعفاءات بعنوان إعادة الاستثمار خارج المؤسسة وأخرى بعنوان الاستغلال تختلف بين مناطق المجموعة الأولى ومناطق المجموعة الثانية حيث يتم طرح كلي للضريبة لمدة 5 سنوات الأولى وبعد 5

<sup>259</sup>الفصل 63 من القانون عدد 8 لسنة 2017 مؤرخ في 14 فيفري 2017 يتعلق بمراجعة منظومة الامتيازات الجبائية.

سنوات اعتماد نسبة 10 % بالنسبة للضريبة على الشركات وطرح ثلثي المداخيل من قاعدة الضريبة على الدخل بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

أما المجموعة الثانية فهي تتمتع بطرح كلي للضريبة لمدة الـ 10 سنوات الأولى وبعد 10 سنوات اعتماد نسبة 10 % بالنسبة للضريبة على الشركات وطرح ثلثي المداخيل من قاعدة الضريبة على الدخل بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

الواضح إذن أن هناك توزيع تفاضلي للامتيازات والإعفاءات الجبائية بين مجموعتين من الجهات، حيث تضم المجموعة الأولى جهات من زغوان (بير المشاركة، الزريبة...) وسوسة (سيدي الهاني...) وباجة مثل مجاز الباب و صفاقس (عقارب، جبنيانة، العامرة، الصخيرة...) أما المجموعة الثانية فهي تضم أكثر جهات موزعة بين عدة ولايات مثل بنزرت ( جومين، غزالة، سجنان...) وزغوان (الفحص، الناظور...) والقيروان (القيروان الشمالية، القيروان الجنوبية، حفوز...) والمهدية مثل السواسي، وباجة (باجة الشمالية، باجة الجنوبية، تبرسق...) وجندوبة (جندوبة الشمالية، جندوبة الجنوبية، طبرقة، عين دراهم...) والكاف (غربية، تاجروين...) وسليانة (بوعرادة، الكريب...) والقصرين (سببطلا، القصرين الجنوبية، القصرين الشمالية...) وقفصة (أم العرايس، الرديف، المتلوي...) وقبلي (سوق الأحد، قبلي الجنوبية، قبلي الشمالية...) وتوزر (دقاش، توزر الجنوبية، توزر الشمالية...) وقابس (مارث، الحامة، مطماطة...) ومدنين (بن قردان، سيدي مخلوف، بني خداش...) وتطاوين (تطاوين الشمالية، تطاوين الجنوبية، بئر الأحمر، رمادة، الذهبية...).

إجمالاً يمكن القول أن المشرع قد أقر تمييزاً لفائدة بعض الجهات إلا أن هذا التمييز يعد إيجابياً لأنه أقر أساساً لتعديل اللامساواة التي مورست من قبل ضد هذه الجهات فهي تقنية تعتمد لتفعيل مبدأ المساواة لا للحد منه وإن كانت عبارة تمييز توجي بخلاف ذلك فمن المتفق عليه أن المساواة المطلقة ماهي إلا ظلم مطلق<sup>260</sup> لأن البشر بطبيعتهم

<sup>260</sup>هاجر الهيشري (مرجع سابق) ص 22 .

مختلفون لذلك تكون فكرة المساواة حسب الأصناف مقبولة وهو ما كرسه فقه القضاء الدستوري عندما دافع عن فكرة التمييز الهادف أي التمييز من أجل التعويض عن الحرمان السابق.

الواضح من خلال ما سبقت الإشارة إليه في الجزء الأول أن المشرع التونسي وظف التمييز تحقيقا للتنمية الجهوية وكآلية تعديلية وتعويضية تحد من التمييز الذي مورس في السابق ضد فئات معينة في مجال الاستثمار وهو ما ساهم بطريقة غير مباشرة في جعله عاملا من العوامل المشجعة للاستثمار أساسا في تلك الجهات المتمتعة بالتمييز الإيجابي، وهو ما يحيلنا إلى الجزء الثاني من هذه المداخلة.

## II- التمييز الإيجابي آلية تشجيعية للاستثمار

يعتبر الاستثمار خير وسيلة لإنماء المكاسب وتطوير القدرات التنافسية تحقيقا للتنمية الشاملة التي تمر وجوبا عبر التنمية الاقتصادية، ويعد التطور الاقتصادي من أهم المعايير المحددة لمدى تقدم الدول التي أولت الاهتمام بالاستثمار كوسيلة لتدعيم الاقتصاد، هذه الأهمية جعلت المشرع التونسي في سنه لقانون الاستثمار يركز على خلق أرضية مناسبة للاستثمار قوامها التمييز الإيجابي فلئن وقع إقراره بالنسبة لبعض الجهات كتعويض وتعديل لما مورس ضدها من تمييز سلبي في السابق فإنه تم اعتماده كعامل تشجيع ودفع للاستثمار في بعض النشاطات وتحفيز المستثمرين الشبان على وجه الخصوص.

التمييز الإيجابي قد يصبح إذن عاملا من العوامل المشجعة للاستثمار في قطاعات محددة ولأشخاص معينين من الشبان المعطلين عن العمل.

إذ تتعدد النشاطات التي شملها التمييز الإيجابي من ذلك ما اصطلاح على تسميته التنمية الفلاحية حيث تطرح من أساس الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين أو الضريبة على الشركات كليا خلال العشر سنوات الأولى ابتداء من تاريخ الدخول في طور النشاط الفعلي المداخيل أو الأرباح المتأتية من الاستثمارات المباشرة على معنى الفصل 3

من قانون الاستثمار في قطاع الفلاحة والصيد البحري، وبهذا المعنى يحظى قطاع الفلاحة والصيد البحري بتمييز مقارنة ببقية القطاعات بهدف تشجيع الاستثمار في مثل هذه القطاعات.

أيضا يطرح من أساس الضريبة على الدخل ثلثا المداخيل المتأتية من الاستثمارات المباشرة على معنى الفصل 3 من قانون 2016 الاستثمارات التي تنجزها مؤسسات العناية بالطفولة ورعاية المسنين والتربية والتعليم والبحث العلمي ومؤسسات التكوين المهني ومؤسسات الإنتاج والصناعات الثقافية والتنشيط الشبابي والترفيه والمؤسسات الصحية والإستشفائية والاستثمارات المباشرة على معنى الفصل 3 من قانون الاستثمار من مشاريع السكن الجامعي الخاص وتضبط الأنشطة المعنية بمقتضى أمر حكومي<sup>261</sup>.

كذلك الاستثمارات المباشرة على معنى الفصل 3 من قانون الاستثمار لسنة 2016 التي تنجزها المؤسسات التي تختص في جمع أو تحويل أو تمين أو رسكلة أو معالجة الفضلات والنفايات.

إجمالا تم إقرار عدة حوافز وإعفاءات جبائية تخص الاستثمار في القطاع الفلاحي والصيد البحري وهو ما يدرج في إطار التنمية الفلاحية وتم إقرار نفس الامتيازات بالنسبة للأنشطة المساندة ومقاومة التلوث وبذلك يكون للتمييز دور إيجابي من خلال رفع نسق الاستثمار في نشاطات معينة تعتبر حيوية وضرورية لتحريك العجلة الاقتصادية.

وتحقيقا لنفس الهدف تم إقرار إعفاءات وامتيازات جبائية للباعثين الشبان، إذ تطرح كليا وفي حدود الدخل أو الربح الخاضع للضريبة المداخيل أو الأرباح المعاد استثمارها في الاكتتاب من قبل الشبان أصحاب الشهادت العليا الذين لا تتجاوز أعمارهم 30 سنة في تاريخ تكوين الشركة والذين يتحملون مسؤولية التصرف في المشروع بصفة شخصية ودائمة.

<sup>261</sup>الأمر الحكومي عدد 389 لسنة 2017 مؤرخ في 9 مارس 2017 متعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.

ويشترط للانتفاع بالتشجيعات المذكورة توفر جملة من الشروط تتمثل أساسا في :

- مسك محاسبة طبقا للتشريع المحاسبي للمؤسسات بالنسبة إلى الأشخاص الذين يمارسون نشاطا صناعيا أو تجاريا أو مهنة غير تجارية كما تم تعريفها بهذه المجلة.

- أن تكون الأسهم أو المنايات الاجتماعية جديدة الإصدار.

- أن لا يتم التخفيض في رأس المال المكتتب لمدة خمس سنوات ابتداء من غرة جانفي للسنة الموالية للسنة التي تم فيها تحرير رأس المال المكتتب باستثناء حالة التخفيض لاستيعاب الخسائر.

- أن يرفق المنتفعون بالطرح التصريح بالضريبة على الدخل الأشخاص الطبيعيين أو الضريبة على الشركات بشهادة تحرير لرأس المال المكتتب أو ما يعادلها.

- عدم التفويت في الأسهم أو في المنايات الاجتماعية التي خولت الانتفاع بالطرح قبل موفى السنتين الموالتين لسنة تحرير المال المكتتب .

- عدم التنصيص ضمن الاتفاقيات المبرمة بين الشركات و المكتتبين على ضمانات خارج المشاريع أو على مكافآت غير مرتبطة بنتائج المشروع موضوع عملية الاكتتاب.

- رصد الأرباح أو المداخيل المعاد استثمارها في حساب خاص بخصوم الموازنة غير قابل للتوزيع إلا في صورة التفويت في الأسهم أو المنايات الاجتماعية التي خولت الانتفاع بالطرح وذلك بالنسبة للشركات و الأشخاص الذين يمارسون نشاطا صناعيا أو تجاريا أو مهنة غير تجارية .

ومهذا المعنى أيضا يكون التمييز الإيجابي عاملا مشجعا للاستثمار.

إجمالا يمكن القول إن التمييز الإيجابي مهم وفعال لكنه يبقى محل انتقاد<sup>262</sup>، فلئن وقع توظيف التمييز بشكل ايجابي في قانون الاستثمار باعتباره يمثل حلا من الحلول

<sup>262</sup> عمر بالهادي: التمييز الايجابي كوسيلة للإدماج و الانصاف الترابي الرهانات و التحديات، يوم دراسي برلماني:مبدأ التمييز الايجابي، المفاهيم واليات التفعيل 3 جويلية 2017 ، ص 3 .

المعتمدة للقضاء على التمييز السلي و دفع عجلة الاستثمار فانه يبقى حلا وقتيا و يطرح في حد ذاته عدة إشكالات .

فالتمييز يوجد بين حدي نقيض فلئن كان الهدف من تكريسه تحقيق العدالة الاجتماعية فان فيه خرق لمبدأ العدالة باعتباره يمكن من المرور بعد خرق مبدأ المساواة إلى مفهوم الإنصاف الذي يقتضي بالضرورة اللامساواة في المعاملة .

ثم إن إقرار التمييز الايجابي لبعض المناطق يمر بالضرورة عبر التمييز السلي لمناطق أخرى كما من شأنه أن يخلق عند المتمتع به شعورا بالدونية و الاستنقاص و هو ما من شأنه أن يشجع الجهويات و يرسخها .

و يثار أيضا إشكال آخر يتعلق بالحيز الزمني الذي يكرس فيه التمييز الايجابي فليس من المقبول إعطاء هذه الأفضلية على المدى البعيد ففي جميع الأحوال يبقى التمييز الايجابي حلا وقتيا و غير كاف لفك مسألة التبعية الاقتصادية و أسبقية مناطق على حساب أخرى.

لذلك يبقى هذا الشكل من التمييز حلا وقتيا ينتهي بانتهاء الغاية من اعتماده إذ لا يمكن أن يكون حلا متواصلا في الزمن .

الخاتمة:

إن ما أقره المشرع من امتيازات و حوافز لفائدة جهات كانت مهمشة يدخل في إطار التمييز لكن بمفهوم إيجابي يخرج بنا عن المفهوم السلي المتداول بل أكثر من ذلك يمكن اعتباره حلا تشريعا مهما للقضاء على التمييز السلي، ورغم ما يمكن أن يلحق به من انتقادات كاعتباره غير عادل أو غير مشروع فإنه يبقى حلا مبررا و حافزا للاستثمار و خطوة إيجابية في إطار ظرفية متذبذبة سياسيا و اقتصاديا و اجتماعيا فالتمييز اعتمد في قانون الاستثمار كآلية تعديله ليست عادلة بالضرورة ولكنها منصفة لفئات تعتبر مهضومة

الجانب من خلال الحد من الفوارق وهذا في حد ذاته أمر إيجابي حتى وإن كانت وسيلتنا في ذلك التمييز ضد التمييز.

### لائحة المراجع:

- مجلة التشجيع على الاستثمار المؤرخة في 27 ديسمبر 1993، القانون عدد 71 لسنة 2016 مؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتعلق بقانون الاستثمار، القانون عدد 8 لسنة 2017.
- مراجعة منظومة الامتيازات الجبائية، الأمر الحكومي عدد 389 المؤرخ في 9 مارس 2017 المتعلق بالحوافز المالية لفائدة الاستثمارات المنجزة في إطار قانون الاستثمار.
- عمر بالهادي: التمييز الإيجابي كوسيلة للإدماج كوسيلة للإدماج والإنصاف الترابي الرهانات والتحديات، يوم دراسي مبدأ التمييز الإيجابي: المفاهيم وآليات التفعيل.
- عمر بالهادي: التمييز الإيجابي كوسيلة للإدماج والإنصاف الترابي الرهانات والتحديات، يوم دراسي برلماني، مبدأ التمييز الإيجابي المفاهيم وآليات التفعيل، 3 جويلية 2017.

الدكتور موسوي عبد الحليم

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة طاهري محمد بشار الجزائر

الدكتور إسحاق صلاح أبو طه

حاصل على شهادة الدكتوراه بكلية البريمي – سلطنة عمان

## البعد القانوني والمهني في تغطية الإعلام لقضايا الطفل المغاربي في المهجر

The Legal and Professional Dimensions of Mediatic Coverage of the Issues

Related to the Maghreban Children in the Migration Countries

مقدمة:

احتلت ثنائية "الإعلام، الأقليات المسلمة في الغرب" صدارة اهتمامات الحقوقيين والباحثين في حقل القانون والإعلام، وتحولت هذه الثنائية إلى العنوان الأبرز لما بات يعرف بحملة التشويه التي تتعرض له الأقلية المسلمة في بلاد الغرب.

ذلك أن المتفق عليه أن واقع الأقليات بعد أحداث الـ 11 سبتمبر تأزم أكثر في ظل الانتهاك الصارخ لحقوقها، خاصة على صعيد الحريات الإعلامية، إذ أن عدة دوائر على مختلف مشاربها تسعى لسلب الأقلية المسلمة من ثقافتها وهويتها الإسلامية، وهي من القضايا التي أضحت أكثر تفجرا وحيوية، لأنها تمس أوضاع ومصالح ملايين المسلمين ومن بينهم المغاربة الذين يعيشون خارج ديار الوطن.

تتجمع هذه الصورة السوداوية في وقت باتت فيه الحضارة الغربية دون مقدس، فنزعت القداسة عن الدين والأخلاق والضمير أو بمعنى آخر تنحية هذه التكوينات المعنوية هذه التكوينات المعنوية كان وما زال يعني أن القداسة تم سحبها من مجال المثال المتجاوز للمادة إلى المادة نفسها، فالحاصل أن اللذة أصبحت مفهوما مقدسا، وكذلك مجتمع

الوفرة والاستهلاك وكل هذه المنظومة المادية، لذلك فالعقل الحرمارس حرته من خلال اعترافه الضمني بقداسة الرؤية المادية، فأصبح حرا من الضمير، وأسيرا للرؤية المادية.<sup>263</sup> وتطرح هذه الصورة تلك الجدلية القائمة حول مدى قدرة الأقليات المسلمة في الحفاظ على هويتها، رغم حرص أولياء الأمور المسلمين على تعليم أبنائهم والحفاظ على هويتهم الإسلامية في المجتمعات الغربية، إلا أن هناك تحديات كبرى تواجههم في سبيل تحقيق تلك الغاية.

خاصة وأن البيئة الغربية في عصرنا نشأت فيها أجيالٌ مُسلمة لم يفرد لهم إلا القليل من الدِّراسات التي لا تبتلُّ الصِّدى؛ لأسبابٍ، منها ضعفُ الاهتمام بالتربية، وكذلك تمؤهُ الحدود الفاصلة بين التربية والتعليم، كما أنّ فضاءات الحرية المتوفرة في البيئة الغربية تُغري أيَّ إنسان بإمكانية تَنشئة أطفاله وفقاً لما يراه مناسباً<sup>264</sup>.

وعند الحديث عن شؤون الطفولة، يجد الباحث نفسه يغوص في دوامة القضايا المصيرية للمجتمع، بعد أن أصبح طفلنا الوعاء الذي ترسب فيه كل المعضلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ومرآة تطفح بالأوباء الظاهرة والباطنة للمجتمع، وأصبح يمثل عطب الارتجاج في مقدمة القاطرة التي يراهن المجتمع على انطلاقها إلى المستقبل وأي مستقبل.<sup>265</sup>

وهي القضايا التي يشتد تركيزها ضمن علاقة الطفولة بالإعلام، وهذا بنظرة مزدوجة تحمل في جانب منها الدور الإيجابي الذي يمكن أن تلعبه وسائل الإعلام في ترسيخ هوية الطفل والتعريف بمختلف قضاياها، وفي المقابل تلك السلبية التي يمكن أن تطبع دور هذه الوسائل، مما من شأنه تهديد القيم الدينية والأخلاقية.

<sup>263</sup> رفيق حبيب، المقدس والحرية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 1995، ص.11.

<sup>264</sup> جمال المعاند، النشء المسلم في الغرب، www.alkukah.net

<sup>265</sup> ميموني الأزمانى، قضايا الطفولة في الإعلام انعكاس لأزمة القيم في المجتمع، www.isesco.org.ma

وبما أن الجالية المغاربية تحتل مقدمة الجاليات المسلمة المنتشرة في ربوع بلاد الغرب، تستحضر في هذا الإطار إشكالية علاقة الطفل المغاربي بوسائل الإعلام.

وتأسيسا على هذا، تأتي هذه الورقة البحثية محاولة لتقييم واقع التعااطي الإعلامي مع قضايا الطفل المغاربي في جميع وسائل الإعلام سواء العربية أو الغربية أو العالمية. وسنسى من خلال هذه الورقة الوقوف على نقاط الخلل التي تسببت في تكريس هذا التهميش الذي بات يميز حضور قضايا الطفل المغاربي في هذه الوسائل، وهو ما سيقودنا مباشرة لمعرفة سبل تفعيل حضورها إعلاميا، سيما وأن الإعلام تحول اليوم إلى أهم الوسائل المتقدمة في عصرنا الحالي، التي تضمن للإنسان هذه الحرية، بحيث تجعله ينقل مشاكله وهمومه إلى المحيط الخارجي بكل سهولة، كما أن هذا الخيار يأتي في الوقت، الذي تحظى به "حرية التعبير" أكثر من أي وقت مضى بإهتمام دولي وقانوني كبيرين. وعليه فمن المنطقي أن يكون لكلامنا هذا إسقاطات على مسائل عديدة تتصل بمجال حقوق الإنسان التي بدأت في الفترة الأخيرة تفرض حضورها، "كحقوق الأقليات"، "الحق في المعتقد"، "حرية التعبير" وغيرها.

وبالتالي فستكون ورقتنا البحثية هذه هذه عبارة عن محاولة لتجميع جزئيات هذا الطرح عبر دراسة تحليلية قانونية وسياسية وإعلامية مركزة، وفق ما يتطلبه الموضوع، بغية التعرف على نقاط الخلل لتجاوزها ومن ثم تبني خطة علمية لتمكين الإعلام من الالتفات لوضعية هذه الشريحة، خاصة بعد أن أصبح الوجود الإسلامي عموما والمغاربي خصوصا، في أوروبا واقعا يفرض نفسه وكيانا يتحول من الهجرة والحياة المؤقتة إلى الإقامة والاستقرار كجزء من المجتمع الذي يعيش فيه.

المبحث الأول: البعد القانوني في إثارة قضايا الطفل إعلاميا.

لعل من بين القضايا التي باتت تلفت النظر إلى اهتمام الأسرة الدولية بها، هي تلك المتعلقة بالطفولة والتي تخطت مرحلة العناية بالطفولة في الظروف العادية كمرعاة حق الطفل في الجنسية وحقه في التعليم والثقافة وحقه في الرعاية الاجتماعية والصحية أثناء

الحمل وبعد الولادة وغيرها من باقي الحقوق، ليصل الاهتمام إلى درجة حماية الطفل في الظروف، الاستثنائية أو الظروف الصعبة، فعقدت المؤتمرات وصدرت التوصيات الملزمة بالحماية الدولية للأطفال في النزاعات المسلحة ومن حروب الإبادة وحمايته من شرك البغاء والدعارة ومن الرق بل وصلت الحماية الدولية إلى مجالات العمل لحماية الطفل العامل، حتى بلغت تلك الحماية إلى حد التدخل في التشريعات الوطنية الخاصة بالجنسية لضمان عدم وجود طفل عديم الجنسية.<sup>266</sup>

والواقع أن الاعتراف بهذه الحقوق كان نتيجة لجهود دولية سابقة، كان أولها تصريح جنيف الذي تبنته عصبة الأمم عام 1924، لكن هذا التصريح أهمل بسبب الحرب العالمية الثانية، وفي عام 1936 أعلنت اللجنة الاجتماعية المؤقتة التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي أن تصريح جنيف السابق، يجب أن يكون ملزماً للدول، فكانت الخطوة التالية في مسار الاعتراف بالحقوق، تبني الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، حيث أشار الإعلان إلى حقوق الطفل في المادتين 25 و26.<sup>267</sup>

كما أشار إلى ذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في أربع مواد منه لحقوق الطفل تدعيماً للإعلان العالمي، فيما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ثلاث مواد على حقوق الطفل.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل استمرت الجهود الدولية نحو تعزيز منظومة حقوق الطفل ليأتي الإعلان العالمي لحقوق الطفل سنة 1959، لترتكز مبادئه على وجوب تمتع الأطفال بكل مظاهر الحماية: الصحية، الهوية، الضمان الاجتماعي، التعليم، الحماية من التمييز العنصري والديني، والحماية من كافة أشكال الإهمال والقسوة، وبمرور ثلاثين عاماً على هذا الإعلان أي في سنة 1989 اعتمدت الجمعية العامة بمقتضى القرار 25/44 اتفاقية حقوق الطفل والتي دخلت حيز التنفيذ مع مطلع سنة 1990 شملت 54 مادة،

<sup>266</sup> حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005، ص.8.

<sup>267</sup> نصت المادتان على ضرورة تمتع كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية دون تمييز، سواء كانت ولادتهم عن رباط شرعي أم بطريقة غير شرعية.

وبعض القواعد القانونية الخاصة بحماية الأطفال ورفاهيتهم وقعت عليها 60 دولة يومها الأول، وكانت الجزائر من بين تلك الدول ليصل عدد الدول 191 دولة.

وبالتالي يتبين من خلال هذا التتبع لمسار تطور الإعراف بحقوق الدول في القانون الدولي مدى اهتمام المجتمع الإنساني بشريحة الطفولة، وما حظيت به من رعاية تشريعية كان القصد من ورائها حماية الطفل، بتوفير بيئة أسرية ومجتمعاتية صالحة وصحية تؤهله لأن يكون شخصا، و إنسانا مكرما وفاعلا في المجتمع الذي ينتمي إليه وفي العالم الذي يعيش فيه<sup>268</sup>.

وانطلاقا من الأهمية التي تلعبها وسائل الإتصال الجماهيرية ومن بينها وسائل الإعلام، باعتبارها تحولت إلى أدوات تعكس الكثير من القيم والعادات وأساليب الحياة، ليس كونها تعبر عن الواقع أو الحقيقة، وإنما لتلبية بعض حاجات المجتمع، وتخلق هذه الوسائل عالمها الخاص الذي يبدو حقيقيا، أو يتحول إلى واقع بالنسبة للمتلقى، وقد يتقبل المتلقي هذا الواقع الإعلامي لكونه غير واقع بالعمليات التي تحدث لإيجاده، ومع تراكم الواقع الذي تخلقه وسائل الاعلام، يبدو هذا الواقع حقيقيا في أذهاننا، وقد لا يستطيع الكثيرون منا أن يميزوا بين الواقع الذي تخلقه وسائل الإعلام والواقع الحقيقي<sup>269</sup>.

لذا نجد أن القانون الدولي مكن الطفل حقه في حرية في التعبير، والذي يشمل طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقمها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة، أو الفن، أو أية وسيلة أخرى يختارها الطفل.

مما يعني أنه لا يجوز أن يخضع الجهر بالدين والمعتقدات إلا للقيود التي ينص عليها القانون واللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين، كما لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود

<sup>268</sup> محمد الصالح روان، حرية المعتقد لدى الطفل في الاتفاقيات الدولية، مجلة المعيار، عدد خاص بالملتقى الدولي الثالث حول الحرية الدينية في الإسلام ومواثيق وقوانين حقوق الإنسان، المنظم من طرف كلية أصول الدين والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبدالقادر، قسنطينة، الجزائر، أيام 5-6-7 ماي 2008، ص.128.

<sup>269</sup> حسن عماد مكاي، أخلاقيات العمل الإعلامي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص.347.

المفروضة طبقاً للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام، أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحرّياتهم.<sup>270</sup>

كما كانت نصوص القانون الدولي لحقوق الإنسان، واضحة في الدعوة بوضوح إلى حماية الطفل من جميع الممارسات التي قد تدفع إلى التمييز العنصري أو الديني أو أي شكل آخر من أشكال التمييز، وأن يربى على روح التفاهم والتسامح والصدقة بين الشعوب، والسلم والأخوة العالمية.<sup>271</sup>

وتتعرّز هذه الدعوة أكثر في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو لغوية أو أشخاص من السكان الأصليين، حيث لا يجوز حرمان الطفل المنتمي لتلك الأقليات أو لأولئك السكان من حق التمتع مع بقية أفراد المجموعة بثقافته أو الجهر بدينه وممارسة شعائره، أو استعمال لغته.<sup>272</sup>

وفي المقابل اتفق الكثير على أن حرية الصحافة من السمات المميزة للمجتمعات الديمقراطية، المحكومة بسيادة القانون وعدم وجود أي رقابة على وسائل الإعلام، فالأفراد يجب أن يكون لهم الحق في توجيه النقد، والانتقادات واللوم للحكومة، وأن يباشروا مناقشات وحوارات تتصل بمصالحهم العامة والخاصة.<sup>273</sup>

ويتمحور الحق في حرية الرأي والتعبير- بشكل أساسي- حول حرية إعتناق وتبني المعتقدات والتعبير عنها دون أية قيود قهرية. بهذا المعنى، يشكل هذا الحق واحد من الحقوق الأصيلة للفرد التي تكفلها المعاهدات والمواثيق الخاصة بحقوق الإنسان. فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان،<sup>274</sup> أكد في مادته الـ (19) على حق كل شخص "... في حرية الرأي

<sup>270</sup> المادة 15 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

<sup>271</sup> سهيل الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص.214.

<sup>272</sup> المادة 30 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

<sup>273</sup> محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان الحقوق المحمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، الجزء الثاني، ص.277.

<sup>274</sup> اعتمد ونشر على الملأ بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر 1948.

والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار، وتلقيها وإذاعتها بأي وسيلة كانت دون تقيد بالحدود."

وكانت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1946 اعتمدت القرار 59 (د-1) والذي ينص على "أن حرية تداول المعلومات حق من حقوق الإنسان الأساسية، وهي المعيار الذي تقاس به جميع الحريات التي تكرس الأمم المتحدة جهودها لها... وأن أحد العناصر التي لا غني عنها في حرية الإعلام هو توافر الإرادة والقدرة علي عدم إساءة استعمالها، وأن إحدى قواعدها الأساسية هي الالتزام الأدبي بتقصي الوقائع دون تغرض وبنشر المعلومات دون سوء قصد"<sup>275</sup>

كما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>276</sup> نص المادة 19 التي اعتبرت أن: " لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها، تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية: (أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، (ب) لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

إضافة لهذا اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1946 القرار 59 (د-1) والذي ينص على "أن حرية تداول المعلومات حق من حقوق الإنسان الأساسية، وهي المعيار الذي تقاس به جميع الحريات التي تكرس الأمم المتحدة جهودها لها... وأن أحد العناصر التي لا غني عنها في حرية الإعلام هو توافر الإرادة والقدرة علي عدم إساءة استعمالها، وأن

<sup>275</sup> الشبكة العربية لحقوق الإنسان، [www.anhri.net](http://www.anhri.net)  
276 أقر من قبل الأمم المتحدة في العام 1966.

إحدى قواعدها الأساسية هي الالتزام الأدبي بتقصي الوقائع دون تغرض ونشر المعلومات دون سوء قصد<sup>277</sup>

إلى جانب المادة (13) من الاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان تنص على أن : لكل إنسان الحق في حرية الفكر والتعبير ويشمل هذا الحق حريته في البحث عن مختلف أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود سواء أكانت المعلومات شفوية أو كتابية أو مطبوعة، أو في قالب فني أو بأي وسيلة يختارها.<sup>278</sup>

ونشير هنا إلى أن "الإعلان العالمي بشأن المبادئ الأساسية الخاصة بإسهام وسائل الإعلام في دعم السلام والتفاهم الدولي، وتعزيز حقوق الإنسان" قد أشار في مادته الثانية إلى وجوب ضمان حصول الجمهور على المعلومات عن طريق تنوع مصادر ووسائل الإعلام المهيأة له، مما يتيح لكل فرد التأكد من صحة الوقائع وتكوين رأيه بصورة موضوعية في الأحداث. ولهذا الغرض يجب أن يتمتع الصحفيون بحرية الإعلام وأن تتوافر لديهم أكبر التسهيلات الممكنة للحصول على المعلومات.<sup>279</sup>

ويتربط علي "حق المعرفة" عده حقوق منها حق الاطلاع علي الوثائق الرسمية ومعرفة ما يدور في الاجتماعات الرسمية ويقوم علي الصحافة بكافه أنواعها مسئوليه نقل هذه الحقوق إلى الناس، ولا بد ان تتوافر في الصحفي الشروط الخاصة بالشخص المثقف معلوماتيا ومن هنا ارتبط حق الصحفيين في الحصول علي المعلومات بحق المواطنين في المعرفة هو شرط أساسي لان تقوم الصحافة بدورها.

ويرتبط حق الصحفي بالحصول على المعلومة بحق التقصي، وهو الاطلاع على المعلومات الرسمية، التي في دوائر الإدارة، وهذا لا يتبلور إلا ضمن ثقافة سياسية ترى إن المصلحة القومية والأمن القومي لا يمكن ان يتكونا إلا إذا كان "الناس يعلمون"، كما يرتبط الحق في المعرفة بحق التلقي، وهو حق المواطنين بتلقي المعلومات الإعلامية بأمانة.

<sup>277</sup> الشبكة العربية لحقوق الإنسان، [www.anhri.net](http://www.anhri.net)

<sup>278</sup> المرجع نفسه.

<sup>279</sup> أصدره المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو، بتاريخ 28 نوفمبر 1978، أنظر موقع المنظمة على الانترنت.

وذلك يتعلق بمستوى إتاحة حق امتلاك وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة للجميع أفراد ومنظمات وأحزاب بسهولة ويسر بحيث يكن حقا متاحا كحق الاطلاع عليها. ووفقا لتعريف برنامج الأمم المتحدة الإنمائي من خلال برنامج إدارة الحكم في الدول العربية (POGAR) فإن الشفافية هي ظاهرة تشير إلى تقاسم المعلومات والتصرف بطريقة مكشوفة، وهي تقوم على التدفق الحر للمعلومات.<sup>280</sup>

يستفاد مما سبق أن القانون الدولي كفل حماية للصحفي في إثارة ما يشاء من القضايا، شريطة الإلتزام بالضوابط المتعارف عليها، مما يعني أن إثارة قضايا الطفولة لا تثير أي إشكال، مادامت دائرة المباح في الحرية قد اتسعت لتشمل قضايا أكبر.

#### المبحث الثاني: تقييم التعاطي الإعلامي مع قضايا الطفل المغربي

تشير بعض الدراسات العلمية المتخصصة إلى أن أجهزة الإعلام تلقي بظلالها على الطفل المعاصر إيجاباً أو سلباً، حتى أنه يصعب عليه أن يفلت من إسارها، فهي تحيط به إحاطة السوار بالمعصم وتحاصره من مختلف الجهات، وبمختلف اللغات، ليلاً ونهاراً... وتحاول أن ترسم له طريقاً جديداً لحياته، وأسلوباً معاصراً لنشاطه وعلاقاته، ومن ثم فهي قادرة على الإسهام بفاعلية في تثقيفه وتعليمه، وتوجيهه، والأخذ بيده إلى آفاق الحياة الرحبة، وتأتي وسائل الإعلام المعاصرة في مقدمة قنوات الاتصال التي ترفد الطفل بالأفكار والمعلومات والأنباء وتحقق له التسلية والمتعة، ولو لم يَسعَ الطفل إلى وسائل الإعلام فإن هذه الوسائل سوف تسعى هي إليه لتقدم له ما يدور حوله من أحداث، وما أفرزته الأدمغة البشرية من اكتشافات ومعارف، لاسيما بعد أن فرضت التقنيات المعاصرة وثورة المعلومات نفسها عليه، فأصبح طفل اليوم أسيراً لهذه الوسائل تحاصره في كل وقت وفي كل زمان، فلا يستطيع الفكك منها أو الحياة بدونها.<sup>281</sup>

<sup>280</sup>برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، www.pogar.org

<sup>281</sup> محي الدين عبدالحليم، الرؤية الإسلامية لإعلام الطفل، مطبوعات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ايسيسكوا، ص.3.

كما أن هذه الوسائل متفاوتة التأثير، يأتي في مقدمتها الوسيلة المرئية من رسومات في كتاب أو تلفاز؛ لأنها تتعلق بعين الطفل في سنواته الأولى، فنحن نلاحظ أن الأطفال مغرمون في بداية تفتح أذهانهم بمطالعة الكتب والقصص المصورة والفيلم لما فيها من جاذبية تشدهم بألوانها الزاهية وصورها البراقة، يقول الباحث بلومري: إن التلفاز والفيلم يستحوذان على اهتمام كامل من جانب الجماهير خاصة الأطفال، ويميلون إلى قبول جميع المعلومات التي تظهر في الأفلام وتبدو واقعية أ ه، ويمكن إرجاع ذلك إلى أن الطفل يستمد غالباً خبراته ومعارفه عن طريق حاستي العين والأذن، ومن ثم تبقى المادة الإعلامية المصورة في مقدمة ما يجذب انتباه الأطفال<sup>282</sup>.

إضافة إلى هذا فإن استقرار واقع المواطنين الأوربيين المسلمين يبين لنا أن حركة الهجرة العالمية، باعتبارها إحدى أهم الظواهر المرتبطة بدنامكية الحياة في هذا القرن، قد حولت دول الاستقبال إلى مجتمعات متعددة الثقافات و الأديان، وهو ما جعل المسؤولين في الغرب يضعون مخططات اجتماعية وثقافية وتربوية، لدمج المواطنين الجدد وبخاصة المسلمين في النظام القائم باختياراته العلمانية ومبادئه الوضعية<sup>283</sup>.

ومن المعلوم أن الإعلام الغربي للطفل نشأ في إطار سياسة حضارية عاملة لدى النخبة وصانعي القرار ومن أجل التحكم في ميول الطفل وغرائزه وتلقينه أخلاقيات المجتمع الغربي، وتجريده من ما ينبغي أن يتحلى به من خصال فردية واجتماعية -في سياق إعادة بناء الفرد والمجتمع- ففي المجتمعات الغربية الرأسمالية نشأت ثقافة الطفل لتكون في خدمة الثقافة الغربية والرأسمالية وتطلعاتها وأهدافها، ولتكسب الطفل نزعة الكسب والقوة والجشع والاستهلاك وحب الذات والإيمان بالفردية، فاستخدمت هذه الإستراتيجية ومنذ أكثر من عقدين لزرع الأيدلوجية الغربية ومحاولة تكريسها في المجتمعات الإسلامية من خلال زرع فلسفة العنف والصراع والبعد المادي في الحياة، ولعل نموذج "والت ديزني" الأمريكية خير دليل على سلوك هذا النهج المبرمج، والتي تعكس أخلاق الليبرالية

<sup>282</sup> منى حداد يكن، أبنائنا بين وسائل الإعلام وأخلاق الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1985، ص.50.

<sup>283</sup> طاهر مهدي بليلي، تحديات تواجه الأسرة المسلمة في الغرب، مطبوعات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، ص.1.

والرأسمالية المتوحشة، كالصراع والريح واللاقتهاء والقوة وعدم وجود قوة فوق الإنسان وسيادة الفرد ورغباته ونزواته، كمعيار وحيد يحدد سلوكياته في الحياة ومعاملاته مع الآخرين، وهذا باعتراف باحثان أمريكيان قاما بدراسة موسعة حول كتب ديزني، واستدلا على أن هذه الكتب تتضمن العنصرية والامبريالية والجشع والعجرفة، بشكل مستقل عن القيمة وان هذا العالم الخيالي الموجه للأطفال يغطي نسيجاً متشابكاً من المصالح ويخدم امبريالية أمريكا الشمالية.<sup>284</sup>

كما أن الإعلام الغربي يقوم على ترسيخ صور نمطية عن الذات و الآخر، الأول باعتباره رمزاً للتقدم والنجاح والتحضر، والثاني باعتباره أقرب إلى التوحش والبدائية وقلّة الحضارة، وتقوم وسائل الإعلام في معظم الدول الغربية بالتركيز على العديد من القضايا التي توقظ المشاعر العنصرية في الضمير الأوروبي، مثل قضايا اللجوء، والهجرة، والجماعات المتطرفة في الغرب، وتصوير المجتمعات الأصلية للأقليات العرقية والدينية – التي تعيش في الغرب – باعتبارها مجتمعات للحروب والتخلف والعنف والإرهاب، تصنع هالة من التوجس والخوف والانطواء تجاه الأجنبي "البربري" أو "المتوحش" القادم إلى قلب الجنة الغربية من أجل إفسادها وتدميرها، وتعتبر صورة العرب والمسلمين المشوهة والمقترنة في الإعلام الغربي بكل ما هو قبيح وسيئ - أحد أبرز المظاهر على دور الإعلام والتعليم ومختلف أجهزة الثقافة الشعبية في إنتاج الكراهية والحقد على العرب والمسلمين لدى الغربيين، وهي الظاهرة التي تعرف اليوم في الدراسات الاجتماعية الغربية باسم "الإسلاموفوبيا" أي الخوف والتخويف من الإسلام، وتصويره باعتباره بعباً يهدد الحضارة الغربية.<sup>285</sup>

وعليه فكل الصور المعروضة سابقاً، وإن وردت في إطار شمولي، لمعالجتها الواقع العام للطفولة المسلمة في بلاد الغرب، فإن الطفل المغاربي ليس بمنأى عن تداعيات هذا

<sup>284</sup> أحمد عبدالكريم الربيعي، الطفل المسلم ما بين الموروث الحضاري وخطر عولمة العصر، دراسة منشورة على موقع [www.gulfkids.com](http://www.gulfkids.com)، ص.3.

<sup>285</sup> مالك الأحمد، المسلمون في الغرب قبل وبعد 11 سبتمبر، دراسة منشورة في صفحة خاصة بالباحث على موقع جامعة الملك سعود، ص.13.

الواقع، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار ذلك الحضور الطاغي للتواجد المغربي خاصة في الدول الأوروبية.

وعندما يتصل الأمر بتصحيح ما نشرته وسائل الإعلام فإن كثيراً من الجرائد الغربية لا تقبل بتاتا نشر مادة تصحيحية لمادة إعلامية نشرت عن الإسلام، أو قضية تتعلق بالإسلام، كقضية الحجاب أو الجهاد ومغزاه في الإسلام.

بالطبع ليس الجانب الإعلامي مظلماً دائماً، فقد أتيح عرض الإسلام أحياناً بطريقة موضوعية من قبل بعض القيادات الإسلامية في أوروبا، ولا يكاد يمضي يوم واحد دون برنامج إذاعي أو تلفازي، وخصّصت بعض الإذاعات مساحة زمنية واسعة لبث برامج تضمنت ترجمة معاني سور كاملة من القرآن الكريم، مع بيان أهم نقاط الاحتكاك مع الديانات الأخرى وما يتعلق بالجهاد، وتعدّدت الملاحق المخصصة للإسلام، وبعضها بمشاركة أقلام من المسلمين كما حدث في ألمانيا، في الصحف اليومية والأسبوعية الرئيسية.<sup>286</sup>

ويختم الباحث عمر المضواحي بأن مثل هذه التحركات لن تجدي في المجتمعات الغربية وذلك لأن "محرضات العنف والجنس والعنصرية العرقية لا تزال تجوس في وسائل الإعلام والترفيه صباح مساء، وهي تغذي متلقيها يوماً بعد آخر بكل هذه المعطيات حتى يقع أسيراً لها" ويضيف المضواحي بأن الوقت أصبح مناسباً لنقدم البديل الإسلامي من خلال أدواتنا المؤثرة كالجاليات والأقليات المسلمة والمراكز الإسلامية ليتعرفوا عن قرب على الجانب الأخلاقي الذي يتمتع به الإسلام.<sup>287</sup>

وإزاء الأعداد الكبيرة من الصحف الثقافية الدينية التي تصدرها المؤسسات والهيئات المسيحية واليهودية، وغيرها والموجهة إلى الأطفال في العالم، يخلو الجو من مجلة : عالمية ثقافية للأطفال المسلمين، وهناك عدد من المجلات القطرية ذات الصفة الدينية البحتة

<sup>286</sup> مالك الأحمد المرجع السابق، ص. 15.

<sup>287</sup> عمر المضواحي. " اتجاهات غربية للعودة للقيم الأخلاقية"، مجلة المسلمون، العدد 599، 26 جويلية 1996،

والتي تركز على المسائل الدينية المصرفية والعبادات، أي أنه لا توجد مجلة إسلامية ثقافية للأطفال المسلمين على المستوى العالمي.

وإذا كانت هناك دواعٍ لمجلة عالمية ثقافية للأطفال المسلمين فإن ذلك يتوقف على تحقيقها عدداً من الوظائف منها:

1. إن المجلة العالمية الثقافية الموجهة إلى الأطفال المسلمين يمكن أن توفر للأطفال فرص تقبل الذات منذ الطفولة، خاصة وأن مسألة تقبل الذات لدى المسلمين ما تزال في حاجة إلى مزيد من الإنماء، كما يمكن للمجلة أن تسهم في بلورة نظرة الطفل المسلم إلى نفسه حيث إن لنظرة الأمة إلى نفسها علاقة بمجمل العوامل النفسية للتغيير الاجتماعي، ويمكن للمجتمع أن ينكفئ على الذات إن هو فقد ثقته بنفسه أو تفهم بعجزه أو أصبح فريسة الاستكانة الناجمة عن الانهيار بالآخرين أو وصل به العنف حد المغالاة، أو انشغل بالتبريرات الكلامية على حساب التفكير المستقيم بالمشكلات ومواجهة الواقع فعلياً.

2. امتزجت نظرة الغرب إلى الإسلام والمسلمين بعوامل تاريخية واجتماعية ونفسية واقتصادية وسياسية متشابكة، كان من بين مكونات تلك النظرة ما نجم عن حركة الاستشراق من تأثيرات وخاصة الدراسات التي وضعها بعض الباحثين الغربيين عن شخصية النبي محمد صلى الله عليه وسلم وعن تعليلهم لنشأة الإسلام ومواقفه الأخرى، وساهمت عوامل ووسائل أخرى في تكوين انطباعات عن الإسلام عززتها في نفوس الغربيين أدبيات تاريخية، ومواقف، وحوادث عملت رسائل الإعلام الغربية على إظهارها في صور مغايرة للواقع، وإزاء هذا كله فإن المجلة الثقافية للطفل المسلم يمكن لها أن تأخذ في الاعتبار إعطاء الصورة الحقيقية للإسلام. بحيث يمكن للأطفال المسلمين أن يتمثلوا حقيقة الإسلام.

ومن هنا فإن المجلة العالمية للطفل المسلم يمكن لها أن تشد بعض جوانب النقص في المدرسة من خلال تأكيدها على الجديد، وإثارتها انتباه الأطفال إلى أساليب السلوك

الديناميكية، والإسهام في دفع المدرسة إلى منطلقات وموضوعات الجديد، أو التعويض عن بعض مما ينقص المدرسة.

6. يعيش المسلمون في عدد من الدول الإسلامية التي يتألف مجمل أو غالبية سكانها من المسلمين، وفي دول أخرى يشكلون فيها أقليات كبيرة أو صغيرة أو جاليات، وبهذا فإن المسلمين يتوزعون بنسب متفاوتة في جميع أنحاء العالم.

7. ويضعف "الاتصال" بين المسلمين في عصر تتزايد فيه أهمية الاتصال المباشر وغير المباشر الأمر الذي يقلل من فرص الاندماج بالحياة. ومن جانب آخر فإن البلدان الإسلامية تستقبل سريان الاتصال من الدول المتقدمة إلى الدول الأخرى عن طريق القنوات التلفزيونية والصحف والكتب والسينما والإذاعات.

8. أما بشأن الثقافة فيمكن القول أنه ليست هناك ثقافة واحدة للأطفال المسلمين في العالم، بل هناك مجموعة كبيرة من الثقافات، كما يمكن القول أن مجمل هذه الثقافات هي ثقافات فرعية، إذ هي تتعدد وتتنوع في مجتمعات أو بيئات كثيرة، وهي من حيث انتظام عناصرها تبدو متباينة إلى حد كبير، لذا فإن ما يميز الطفل المسلم من الناحية الثقافية في مجتمع من المجتمعات الأفريقية يختلف إلى حد كبير عما يميز الطفل المسلم من الناحية الثقافية في مجتمع من المجتمعات الآسيوية.

9. وعلى صعيد آخر فإن العصر الحديث اختص بأنه عصر العلم وهذا يعني أن السيادة فيه للتفكير العلمي بشروطه الأساسية كالمنهجية، والواقعية، والمرونة، والتعميم، والتحليل والتركيب، هذا يعني أيضاً أن أنماط التفكير المضادة للعلم ينبغي أن لا يكون لها السلطان على السلوك، مثل التفكير الخرافي، والتفكير الوهمي، والتفكير الناجم عن المحاولة والخطأ.

10. وتفرض التوجهات المستقبلية أساليب عمل وتفكير جديدة تتجاوز تلقين الأفكار والمفاهيم والعناصر الثقافية إلى إثارة التفكير وتنظيم مجمل العمليات الفكرية لدى الأجيال الجديدة.

ومن جانب آخر، إذا سلمنا بفكرة أن المسلمين الذين يعيشون في الغرب سواء الذين يحملون جنسية البلد الغربي الذي يقيمون فيه أو المقيمون إقامة دائمة فيه، يتمتعون بنفس المزايا الدستورية والقانونية والحقوق التي يتمتع بها الإنسان الغربي الكامل وبدون نقصان، ويحق للمسلمين الانضمام إلى أكبر الأحزاب السياسية الفاعلية، سواء تلك التي في الحكم أو في المعارضة، كما يحق للمسلمين الذين يتمتعون بحق المواطنة تأسيس أحزاب سياسية أو جمعيات ثقافية واجتماعية وغيرها، أو تأسيس جرائد ومجلات ووسائل إعلامية مسموعة ومرئية، كل ذلك متاح وتكفله القوانين التي لا تضع أي قيد في طريق العمل السياسي أو الإعلامي أو الثقافي، وعلى الرغم من كل هذه الحرية المتاحة والمعطاة لكل من يحمل حق المواطنة الغربية، إلا أن المسلمين المقيمين في الغرب لم يستفيدوا من هذه الأجواء والفضاءات السياسية الحرة إلا بمقدار اثنين بالمائة، كما تفيد العديد من البحوث الغربية.<sup>288</sup>

خاتمة:

يمكن الجزم بحقيقة مفادها أن المرجعية الإسلامية تكاد تكون غائبة في إعلام الطفل المسلم إلى حد كبير، إلا من عدد محدود من الصحف الإسلامية والإذاعات الدينية المحدودة الانتشار لاسيما بعد أن تبين أن كثيراً من أجهزة الإعلام في العالم الإسلامي لا تلتزم بالأصول، ولا تحافظ على الثوابت... فهل يتدارك القائمون على أجهزة الإعلام في العالم الإسلامي مع هذا الواقع المؤلم، ويدرجون ضمن موثيق الشرف ووساير العمل التي تحكم هذه الأجهزة ضرورة الالتزام بهذه المرجعية في مخاطبة الأطفال بدلاً من التحرك في دائرة مفرغة بدون ضوابط أو أهداف، لا سيما بعد أن تبين أنه لا يكاد يوجد عمل إعلامي

<sup>288</sup> مالك الأحمد، المرجع السابق، ص.7.

لا ينطلق من إطار عقدي ، أو رؤية مذهبية تحركه، فلا يكاد يوجد إعلام متجرد بالمعنى المقصود من هذه الكلمة، وكل الشواهد العلمية والتجارب العملية تؤكد أن العمل الإعلامي في كل زمان ومكان لا يكاد يعمل إلا من إطار مرجعي يحكم نشاطه ويحدد غاياته، فالإعلام الصهيوني محكوم بعقيدة آل صهيون، فهي الإطار المرجعي له، وعليها تقوم مخططاتهم، ومن خلالها تنطلق أبواق دعايتهم. وكذلك الإعلام الغربي والماركسي والمسيحي ... إلخ<sup>289</sup>.

في هذا الصدد تؤكد الفلسفة الإسلامية على ضرورة الالتزام الأخلاقي بالضوابط التي حددتها الشريعة الإسلامية في إعلام الطفل، ويأتي في مقدمتها: الصدق مع النفس، ومع الغير فلا اجتهاد بغير معرفة، ولا فتوى بغير علم، ولا غيبة أو نميمة ولا عدوان على الآخرين أو حجر على حرياتهم، كما تؤكد على الابتعاد عن قذف المحصنات، واتهام للناس بالباطل، وعدم النشر بغير تمحيص وتدقيق، كما ترفض هذه الفلسفة كل أساليب النفاق، والمجاملة الممقوتة والبغيضة للكبار أو الصغار، والمبالغة في القول، أو التجاوز للحقيقة، أو إخفاءها أو التغاضي عنها، باستثناء الظروف التي تمر بها الأوطان في أوقات الحروب والأزمات، حفاظاً على الروح المعنوية، ودرءاً للحرب النفسية المعادية ، حتى ينشأ الأطفال وقد أصبحت الأخلاقيات الإسلامية جزءاً من تكوينهم الفكري والنفسي<sup>290</sup>.

وهو الأمر الذي يستدعي السير وفق خطة إعلامية تتلخص أهم مبادئها ضمن النقاط

التالية:

1. إلزام جميع عمليات الإعلام بالإسلام.
2. تأكيد حرية الإعلام للجميع في حدود الشريعة الإسلامية وقوانين الإعلام المختلفة.
3. ضمان التغطية الإعلامية لجميع الجاليات والمجتمعات الإسلامية بأوروبا باستخدام أحدث الوسائل وأنسبها لكل فئة.

<sup>289</sup> محي الدين عبدالحليم، المرجع السابق، ص.12.

<sup>290</sup> محي الدين عبدالحليم، المرجع نفسه، ص. 93.

4. ضمان تغطية المواد الإعلامية لجميع مجالات الإعلام، وأن يتسع النشاط الإعلامي لجميع الوظائف الإعلامية.

5. مراعاة التنسيق بين خطط الإعلام المختلفة، لتجنب التكرار والتعارض ولضمان التكامل والتعاون والاستخدام الأمثل للطاقت والإمكانات والموارد.

ولذا فإنه من المطلوب إعداد الخطط والسياسات العامة في استراتيجية الإعلام الإسلامي في الغرب، هو متابعة التداير والوسائل والبرامج المعدة لخدمة رسالة الإسلام العالمية وإحياء تراثه الخالد، ونقله للأجيال المتعاقبة، لتنشئهم على مبادئه وأخلاقه الفاضلة، والاستعانة في سبيل تحقيق هذا الهدف بوسائل التخطيط الفنية المتقدمة، والبحوث التخطيطية والحسابات العلمية، وذلك لضمان الاستخدام الأمثل للإمكانات والقدرات البشرية والعلمية والتقنية الحديثة في خدمة قضايا الجاليات الإسلامية في أوروبا، وذلك باتخاذ الإجراءات التالية 291:

. إنشاء محطة إذاعة عالمية تبث على مدار الساعة بعدة لغات توجه للجاليات والمجتمعات الإسلامية في أوروبا.

. إنشاء قناة فضائية إسلامية تبث كذلك على مدار الساعة بعدة لغات عالمية تهتم بمسلمي الجاليات في أوروبا.

. إنشاء معهد أكاديمي عالمي متخصص لتخريج الإعلاميين المسلمين المتخصصين في قضايا الجاليات والأقليات الإسلامية.

. إنشاء مراكز تدريب للأطر الفنية.

. حصر البرامج المتعلقة بالتراث الإسلامي وإخراجها بطابع عصري حديث وترجمتها إلى لغات مختلفة وإعادة بثها.

. التنسيق مع دور النشر العالمية لتنفيذ خطة إحياء التراث الإسلامي ونشره باللغات المختلفة وخاصة ما يتفق مع فقه الواقع المعاصر.

. تشجيع التأليف والترجمة في مجالات العلوم والثقافة والتربية الإسلامية من خلال منح المشاركين مكافآت تقديرية مادية ومعنوية مجزية لتشجيع الأفراد على التأليف والترجمة باللغات المختلفة.

. إنشاء هيئة عالمية للإعلام الإسلامي تشترك فيها أجهزة ومنظمات الإعلام الإسلامي المحلية والدولية كافة، وإصدار بطاقة هوية إعلامية عالمية يحملها كل عضو في الهيئة، من أجل تحقيق التكامل والتعاون والتنسيق وتبادل الخبرات والمقومات الفنية في مجال الإنتاج الإعلامي وتداول المواد والتسجيلات والأفلام الإسلامية لدى الجمهور الإسلامي في الغرب.

. تشجيع الاهتمام بالفنون والآداب الإسلامية من خلال خطة متكاملة للترويج والتسليّة البريئة ضمن مجالات الإعلام الإسلامي مثل فقرات الأطفال والفقرات الثقافية والتربوية الهادفة الموجهة للجمهور الإسلامي في الغرب.

وموازاة مع هذا ذهب البعض إلى أكثر من ذلك، واقترح خطة عمل رائدة تتمثل في صناعة ما يسمى " صناعة إسلامية للإعلام والمعلومات".

ونستحضر في هذا السياق مقترح بعض الباحثين في حقل الإعلام الدعوي، والذين طالبوا بضرورة العمل من أجل إقامة صناعة إسلامية للإعلام والمعلومات، مبررين ذلك بوجود إمكانيات كبيرة لإقامة هذه الصناعة حتى مع الوعي بسيطرة الغرب على النظام الإعلامي الدولي، وهذه الصناعة الإسلامية القوية هي التي يمكن أن تكسر السيطرة الغربية على تدفق الأنباء في العالم، وهذه الصناعة الإسلامية للإعلام والمعلومات لابد أن تقوم أولاً على إعداد الكوادر الإعلامية المؤهلة علمياً وثقافياً ومهنيّاً على إنتاج مضمون بديل لما يقدمه الإعلام الغربي، فالمضمون هو أهم أركان هذه الصناعة، ثم تأتي البنى الإعلامية، ومن المؤكّد أن هناك إمكانية لتقوية البنى الإعلامية الموجودة في الدول الإسلامية، وزيادة

فاعليتها لتصبح مصدراً مهماً للثقافة والإعلام والمعلومات، ثم تأتي إمكانية إنشاء بنى جديدة تزيد من فعالية الصناعة الإعلامية الإسلامية.. وفي إطار ذلك فإنه يمكن البدء بالمشروعات التالية<sup>292</sup>:

أ- العمل على إنشاء وكالة أنباء إسلامية قوية تكون بعيدة عن سيطرة الحكومات حتى يمكن أن يتحقق لها قدر أكبر من المصداقية والثقة فيما تنبئه من أنباء.

ب- العمل على زيادة التعاون بين وكالات الأنباء في الدول الإسلامية، عن طريق تبادل الأنباء والمعلومات، وتسهيل الحصول عليها.

ج- زيادة التعاون بين الدول الإسلامية في مجال تبادل المنتجات الثقافية والإعلامية، والتقليل من الاعتماد على المنتجات الإعلامية الغربية.

3- إنشاء رابطة لعلماء الإعلام المسلمين، تعمل على تفعيل دور الباحثين الإعلاميين الإسلاميين في دراسة واقع الإعلام في الدول الإسلامية، وذلك بالمقارنة بواقع الإعلام في الدول الغربية، وذلك لإنتاج نظريات جديدة مستقلة تقوم عليها الصناعة الإسلامية للإعلام والمعلومات، وتحرر هذه الصناعة من التبعية الفكرية للغرب، بالإضافة إلى العمل على تطوير الدراسات الإعلامية في الدول الإسلامية وإنشاء كلية للإعلام الإسلامي.

4- العمل على إنشاء رابطة للإعلاميين الإسلاميين كتنظيم مهني، يهدف إلى زيادة القدرات الإعلامية للإعلاميين الإسلاميين عن طريق التدريب، كما تعمل هذه الرابطة كتنظيم مهني يصدر ميثاق شرف للإعلاميين الإسلاميين، ويتابع تنفيذه، بالإضافة إلى العمل على حماية حقوق الإعلاميين الإسلاميين.

5- العمل على زيادة القدرات الإعلامية للمسلمين في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، خاصة في مجال الاتصال المواجهي (المباشر)، وهذا النوع من الاتصال له تأثير أكبر من الاتصال الجماهيري، ولذلك لا بد من العمل على تأهيل أكبر عدد ممكن من

<sup>292</sup> سليمان صالح، كيف نواجه تحيز وسائل الإعلام الغربية ضد الإسلام، بحث منشور بموقع اسلاميات، www.islameiat.com ص.23-24.

المسلمين المقيمين في الدول الغربية ليكونوا قادت رأي ينقلون رسائل صحيحة عن الإسلام إلى المواطنين الغربيين عن طريق الاتصال المباشر.

كما يمكن تدريب المسلمين المقيمين في الغرب على كتابة خطابات إلى أية صحيفة أ وسيلة إعلامية تهاجم الإسلام، فقد أشار الكثير من الصحفيين الغربيين إلى أنهم يتلقون الكثير من الخطابات من اليهود في حالة كتابة أية معلومات يمكن أن تمس إسرائيل بشكل أو بآخر، كما يمكن الاستفادة من الإمكانيات المتاحة في الغرب لإصدار صحف وإنشاء محطات تلفزيونية كابلية Cable T.V، بالإضافة إلى زيادة قدراتهم على استخدام الشبكة الدولية للمعلومات Internet لبث رسائل عن الإسلام، وإنشاء مواقع على هذه الشبكة تهدف إلى تقديم المعلومات الصحيحة عن الإسلام، وإصدار صحف إسلامية.

6- إنشاء قمر صناعي إسلامي يحمل مجموعة من القنوات التلفزيونية الإسلامية المتخصصة، ويحمل قنوات تبث برامج جامعة إسلامية عالمية مفتوحة توفر المعرفة الصحيحة عن الإسلام لكل من يرغب في دراسته.

وعليه فإن إقامة صناعة إسلامية للإعلام والمعلومات هو مشروع كبير ويحتاج إلى الكثير من الإمكانيات المادية والبشرية لكن إقامة هذه الصناعة هي عملية دفاع عن هوية الأمة الإسلامية وذاتيتها الثقافية والحضارية وحققها المشروع في الحياة.

### لائحة المراجع:

ميموني الأزماني، قضايا الطفولة في الإعلام انعكاس لأزمة القيم في المجتمع،

[www.isesco.org.ma](http://www.isesco.org.ma)

حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005.

محمد الصالح روان، حرية المعتقد لدى الطفل في الاتفاقيات الدولية، مجلة المعيار،

عدد خاص بالملتقى الدولي الثالث حول الحرية الدينية في الإسلام وموثيق وقوانين حقوق

الإنسان، المنظم من طرف كلية أصول الدين والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد

القادر، قسنطينة، الجزائر، أيام 5-6-7 ماي 2008.

حسن عماد مكاوي، أخلاقيات العمل الإعلامي، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة،

الطبعة الأولى.

سهيل الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى،

سنة 2007.

محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان الحقوق

المحمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، الجزء الثاني.

الدكتور محمد عالي حيداس

حاصل على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بجامعة القاضي

عياض - مراكش

## الاختصاص القضائي في نزاعات القرض

### العقاري

urisdiction compétente en matière de litiges relatifs aux prêts hypothécaires

مقدمة:

تعد حماية المستهلك من الواجبات الأساسية لكل نظام قانوني حديث، حيث يقع على عاتق المشرع حماية فئة المستهلكين من كل التجاوزات والأفعال التي قد تضر بمصالحهم أو التي يكونون ضحية لها، وخاصة تلك الناشئة عن التعامل مع المؤسسات المانحة لخدمة القرض العقاري، نظرا لتفنن هذه الأخيرة في صياغة بنود عقد القرض حسب الشكل الذي تحقق من خلاله أكبر نسبة من الأرباح من جهة، فضلا عن أن التمويل المالي الناتج عن عملية الاقتراض يؤثر بشكل مباشر على الذمة المالية للمستهلك المقترض من جهة أخرى.

وكما هو معلوم فإن الحماية الإجرائية للمستهلك قد تتخذ أساليب متعددة من بينها منحه الحق في رفع دعوى قضائية ضد المقترض المخالف لأحكام قانون حماية المستهلك، سواء تم رفع هذه الدعوى من تلقاء المستهلك نفسه، أو تم رفعها من قبل جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة<sup>293</sup>، وينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أنه لا

<sup>293</sup> وتنص في هذا الإطار المادة 3 من المرسوم رقم 2.12.503 الصادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 شتنبر 2013) بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 08.31 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك على أنه:  
"يسلم الإذن الخاص بالتقاضي المذكور في المادة 157 من القانون رقم 08.31 المذكور أعلاه، لجمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالعدل بعد أخذ رأي السلطات الحكومية الوصية على قطاع النشاط المعني بطلب الإذن الخاص بالتقاضي".

توجد جهات قضائية مختصة<sup>294</sup> للنظر في النزاعات المتعلقة بالمستهلك، وحتى الدول التي قطعت أشواطاً كبيرة في توفير حماية فعالة للمستهلك لا تتوفر قوانينها الإجرائية على إجراءات خاصة بالتقاضي، اللهم خضوع هذه الأخيرة إلى القواعد الإجرائية العامة الموجودة في قانون المسطرة الجنائية<sup>295</sup>.

بناء عليه فإننا سنتطرق للإجراءات الجنائية المتعلقة بممارسة الدعوى الخاصة بنزاعات القرض العقاري في مبحثين، نخصص أولهما للحديث عن اختصاص المحكمة النوعي، على أن نتطرق في المبحث الثاني لمناقشة الاختصاص المكاني للمحكمة التي تبت في نزاع القرض العقاري.

### المبحث الأول: اختصاص المحكمة النوعي للنظر في نزاعات القرض العقاري

إن المحاكمة الجنائية العادلة في القوانين الحديثة تقتضي أن تكون أمام سلطة مختصة بموضوع الدعوى المحالة عليها، واتباع إجراءات معينة يجب على القاضي الالتزام بها قبل إصدار حكمه، إذ يتطلب تحقيق العدالة الجنائية والوصول إلى الحقيقة تطبيق القانون بشكل صحيح ومعاقبة المخالف ثم تعويض المتضرر من الجريمة، وبالتالي فإنه لا يجوز الوصول إلى كل ذلك إلا من خلال إجراءات محاكم قانونية منصفة<sup>296</sup>.

والأصل هنا هو أن المحاكم العادية هي صاحبة الاختصاص في حل كافة النزاعات الجنائية ومن بينها الجرائم المرتكبة في مجال حماية المستهلك، وبما أن المنازعات البنكية المتعلقة بالقرض العقاري غالباً ما يكون أحد طرفيها شخصاً مدنياً والأخر تاجر، فإن عقد

<sup>294</sup> يعرف اختصاص المحكمة بأنه: "صلاحيتها للبت في نزاع ما عرض عليها، أما عدم اختصاصها فيعني عكس ما قيل أي عدم هذه الصلاحية للبت في النزاع المعروض عليها". ولقد فرضت مسألة الاختصاص أسباباً منها عملية توزيع العمل بين المحاكم في مكان ما، إذ لا يعقل أن تكون محكمة وحيدة مختصة بالنظر في جميع القضايا في مكان كامل، ويسمى هذا النوع من الاختصاص القضائي "بالاختصاص المكاني"، إذ بمقتضاه يوزع العمل القضائي على جميع المحاكم التي هي من درجة واحدة، وتكون كل واحدة مختصة بالنظر في القضايا ضمن ترابها القضائي وهذا الاختصاص المكاني يحدده إما موقع العقار المتنازع فيه وإما موطن المدعى عليه، وإما باختيار الزوجة في قضايا الأسرة. أما النوع الثاني فهو اختصاص من نوع آخر فرضه تنوع القضايا من حيث تنوع العلاقات القانونية واختلاف موضوعاتها وانتماء القانمين بالتصرفات القانونية أو الأفعال القانونية أو المادية المرتبطة بتلك العلاقات إلى فئات مختلفة من أشخاص القانون ويسمى "الاختصاص النوعي"، ويراد به صلاحية محكمة دون غيرها للبت في نزاع معين. للمزيد أنظر:

- عبد العزيز توفيق، "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، ج 1، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1995، ص 101.

- عبد الوهاب المريني، "دروس في القانون القضائي الخاص المغربي"، مكتبة دار السلام، ط 1، الرباط، 2001، ص 48.

<sup>295</sup> محمد بودالي، م. س، ص 647.

<sup>296</sup> أحمد محمد محمود على خلف، م. س، ص 413.

القرض والحالة هاته يعتبر من العقود المختلطة<sup>297</sup>، إذ يعد العقد مدنيا بالنسبة للمستهلك المقترض نظرا لأنه يلجأ إليه من أجل ضمان تمويل بناء أو شراء أو تحسين مسكنه لغرض شخصي وليس تجاري<sup>298</sup>، أما بالنسبة للجهة المانحة للقرض (مؤسسة الائتمان) فإن عقد القرض يدخل ضمن أنشطتها التجارية، لذلك فهو يعتبر عقدا تجاريا بناء على الممارسة الاعتيادية والاحترافية التي تنص عليها المادة 6 من مدونة التجارة<sup>299</sup>، كما أن الصفة التجارية لعقد القرض العقاري تتأسس بالنسبة للبنك على ما يسمى بنظرية "المقاولة أو المشروع"، فالبنك يكتسب صفة تاجر بمجرد تأسيس مشروعه في شكل شركة مساهمة (SA)، لهذا تعتبر أنشطته أعمالا تجارية شكلية حسب ما نصت عليه مقتضيات المادة الأولى<sup>300</sup> من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها<sup>301</sup>. وبالتالي فالاختصاص في هذه الحالة إما أن ينعقد للمحكمة العادية وإما للمحكمة التجارية بحسب صفة العمل المختلط للطرف المدعى عليه<sup>302</sup>.

تأسيسا على ما سبق يمكن القول بأن عقد القرض العقاري يتم التمييز فيه من حيث الاختصاص بين أمرين هما:

297- العقود المختلطة هي العقود التي يبرمها التجار بمناسبة أنشطتهم التجارية مع غير التجار أي مع أشخاص لا يحملون الصفة التجارية.

298- كما نص على ذلك المشرع المغربي في البند الأول من المادة 113 من قانون 08.31 بقوله: "تطبق أحكام هذا الباب على القروض كيفما كانت تسميتها أو تفتيتها والتي تمنح بصورة اعتيادية من قبل أي شخص لأجل تمويل العمليات التالية: فيما يخص العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن"

299- تنص المادة 6 على ما يلي:  
"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب الصفة التجارية بالممارسة الاعتيادية والاحترافية للأنشطة التالية:  
"البنك والقرض والمعاملات المالية...".

300- تنص المادة الأولى من القانون رقم 103.12 على أنه:  
"تعتبر مؤسسات الائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تزاول نشاطها في المغرب، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيرتها، والتي تزاول بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور؛  
- عمليات الائتمان؛

- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها".

301- ظهير شريف رقم 193.14.1 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462.

302- بحار عبد الرحيم، "الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية"، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة البيت، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 8، فبراير 2009، ص 299.

1- إذا كانت صفة المدعى عليه غير تجارية (أي أنه غير تاجر) فإنه يجب رفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية.

2- أما إذا كان المدعى عليه تاجرا يكون أمام المدعي الاختيار بين رفع الدعوى أمام المحاكم الابتدائية أو أمام المحاكم التجارية<sup>303</sup>.

ونشير في هذا الإطار إلى أن المادة الخامسة في فقرتها ما قبل الأخيرة من القانون رقم 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية<sup>304</sup> قد منحت لغير التاجر (المستهلك المقترض في بحثنا هذا) الحق في الاتفاق بينه وبين التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر<sup>305</sup>، وبالتالي فإن المستهلك غير ملزم بالخيار الممنوح له بخصوص رفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية باعتباره طرفاً مدنياً، وله أن يختار بين عرض النزاع أمام هذه الأخيرة أو أمام المحكمة التجارية إن شاء ذلك، لأن هذا الخيار لا يتعلق بالنظام العام وإنما تم منحه إياه نظراً لأن القضاء التجاري قضاء غريب عنه ويتميز بقصر المدة والأجال المرتبطة بمسطرة التقاضي، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر عنها بتاريخ 19 مارس 2003، حيث يتضح من خلال ما جاء فيه بأن المحكمة تبنت الخيار الممنوح للمستهلك<sup>306</sup>.

<sup>303</sup> عز الدين بنستي، "دراسات في القانون التجاري المغربي"، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص 78.  
<sup>304</sup> ظهير شريف رقم 65.97.1 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 95.53 يقضي بإحداث محاكم تجارية، الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص 1141.  
<sup>305</sup> تنص المادة 5 في فقرتها الأخيرة على ما يلي:  
 "يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر".

<sup>306</sup> والذي جاء فيه ما يلي:  
 "لكن حيث إنه بالنسبة للعقود المختلطة التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن التاجر لا يمكنه رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية، بينما غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية، وهو ما اختاره المدعي في هذه الخصومة، والمحكمة لما ثبت لها أن القرض منح من أجل السكنى للمدعي الذي هو غير التاجر، وأن النزاع يتعلق باسترداد مبلغ دفع بدون وجه حق، فأعتبرت بسبب ما ذكر الخصومة مدنية واستبعدت الدفع بعدم الاختصاص النوعي، تكون قد سايرت المبدأ المذكور، وبخصوص المادة الرابعة من مدونة التجارة<sup>306</sup> فهي تتعلق بتطبيق قواعد القانون التجاري على الذي كان العمل بالنسبة إليه تجارياً ولا تهم عرض النزاع المختلط على المحكمة التجارية، وبشأن المادة التاسعة من قانون إحداث المحاكم التجارية فهي تخص ولاية المحكمة التجارية في نظر مجموع النزاع التجاري الذي يتضمن جانباً مدنياً، وليس بما يكون النزاع معروضاً على المحكمة المدنية، فلم يخرق القرار أي مقتضى، وكان الوجه من الوسيلة على غير أساس". للاطلاع على نص القرار كاملاً أنظر:  
 - قرار رقم 339، صادر بتاريخ 2003/03/19، ملف تجاري عدد 2001/391، مجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 62، ص 145 وما يليها.

بالرغم من ذلك فإن طبيعة القرض العقاري تشكل موضوعا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي بين كل من المحاكم التجارية والمحاكم الابتدائية<sup>307</sup>، وهو الشيء الذي أدى إلى انقسام القضاء المغربي إلى اتجاهين أحدهما مؤيد لاختصاص المحكمة التجارية النوعي (المطلب الأول) والآخر معارض له (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الاتجاه المؤيد لاختصاص المحكمة التجارية النوعي

يرى مؤيدو هذا الاتجاه بأن عقد القرض العقاري هو عقد تجاري بغض النظر عن صفة أطرافه أو الغرض الذي منح القرض من أجله، وبالتالي فإن النزاع الناشئ عنه يجب عرضه على المحكمة التجارية باعتبارها صاحبة الاختصاص لحل هكذا نزاعات، بالإضافة كذلك إلى أن المادة الخامسة من القانون المتعلق بإحداث المحاكم التجارية تنص على أن هذه الأخيرة تختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية، إذ يعتبر القرض العقاري عقدا تجاريا بحسب الكتاب الرابع من مدونة التجارة الذي قسم العقود التجارية إلى سبعة أقسام وهي: الرهن، الوكالة التجارية، السمسرة، الوكالة بالعمولة، الائتمان الإيجاري، النقل، العقود البنكية، وبما أن عقد القرض العقاري عبارة عن تمويل مالي يمنحه المقرض للمقترض وهو بذلك عقد بنكي<sup>308</sup>، ومن ثم فإن النزاعات الناشئة عن هذا العقد تختص فيها المحكمة التجارية<sup>309</sup>.

<sup>307</sup> - إبراهيم وجعيدان، م. س، ص 132.

<sup>308</sup> - تعتبر عقود بنكية حسب القسم السابع من الكتاب الرابع من مدونة التجارة: الحساب البنكي، إيداع النقود، إيداع السندات، التمويل، فتح الاعتماد، الخصم، حوالة الديون المهنية، رهن القيم.

<sup>309</sup> - كما ينبغي الإشارة إلى أن الاتجاه الذي يسير فيه القضاء المغربي يكرس الصفة التجارية لعقد القرض العقاري، إذ أن غالبية الأحكام والقرارات التي اطلعنا عليها بخصوص نزاعات القرض العقاري تعتبره عقد الاختصاص فيها للمحاكم التجارية وهذا ما جرى به العمل القضائي، ولقد صدرت في هذا الشأن مجموعة من القرارات نذكر منها على سبيل المثال ما جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش: "الأعمال التي تقوم بها البنوك تعتبر تجارية بطبيعتها بصرف النظر عن أطراف العلاقة فالعقد البنكي يدخل ضمن العقود التجارية.

حيث إنه خلافا لما تمسك به المستأنف فإن الأعمال التي تقوم بها البنوك تعتبر تجارية بطبيعتها بصرف النظر عن أطراف العلاقة التعاقدية وأن العقد البنكي يعتبر من العقود التجارية التي تختص المحكمة التجارية بالبت فيها بنص القانون. وحيث ترى المحكمة بناء عليه أن الحكم المستأنف واقع في محله ومؤهل للتأييد". أنظر:

- القرار رقم 7/282 صادر بتاريخ 2007/03/13، ملف عدد 2007/302.

وفي هذا الإطار نورد مجموعة من الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحاكم التجارية في القضايا التي ترتبط بنزاعات القرض العقاري، للدلالة على اختصاص المحاكم التجارية في مثل هذا النوع من الدعاوى، ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2012 / 1283 / ملف عدد 13 / 2012 / 521 صادر بتاريخ 6 / 3 / 2012 جاء فيه ما يلي: "المستقر عليه فقها وقضاء أن عقود القرض البنكية والتسهيلات المالية التي تمنحها البنوك لزبائنها تعتبر أعمالا تجارية مهما كانت صفة المقرض وأي كان القرض الذي خصص له، مما يبقى معه الدفع بعدم الاختصاص النوعي في غير محله".

اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار صادر عنها بتاريخ 2004/11/25<sup>310</sup> بأن عقد القرض وإن كان شخصا إلا أنه في حد ذاته فتح اعتماد، ومن ثم يعد عقدا بنكيا طبقا للفصل 524 من مدونة التجارة، وبالتالي فإنه عقد تجاري يرجع البت في النزاعات الناشئة عنه للمحاكم التجارية بمقتضى الفصل الخامس من قانون إحداث هذه المحاكم، وفي نفس الاتجاه سارت مجموعة من الأحكام والقرارات نذكر من بينها ما يلي:

- حكم رقم 3625 صادر بتاريخ 2017/03/30، ملف رقم 2017/8210/308.
- حكم رقم 6321 صادر بتاريخ 2017/06/14، ملف رقم 2017/8210/554.
- حكم رقم 2204 صادر بتاريخ 2017/03/01، ملف رقم 2017/8210/295.
- حكم رقم 2489 صادر بتاريخ 2017/03/08، ملف رقم 2017/8210/136.
- حكم رقم 97 ملف عدد 2013 / 9 / 2059 بتاريخ 13 يناير 2014.
- قرار رقم 2012/2493 صادر بتاريخ 2012/05/08 رقم الملف بالمحكمة التجارية 2008/5/4873

<sup>310</sup>- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1295 صادر بتاريخ 2004/11/25، ملف عدد 2004/1286.

- قرار رقم 2012 / 4519 / ملف عدد 2011 / 6 / 7807 صادر بتاريخ 9 / 10 / 2012 .

- قرار رقم 2011/2700 صادر بتاريخ 2011/06/07 رقم الملف بالمحكمة التجارية

311.2008/5/1864

تأسيسا على ما سبق يتضح بأن عقد القرض العقاري هو عقد تجاري بصرف النظر عن صفة أطرافه، إذ ينعقد الاختصاص في النزاعات الناشئة عنه للمحكمة التجارية، وبالرغم من ذلك فإن جانبا من الفقه والقضاء لا يقبلون الصفة التجارية التي أحقتها بعض المحاكم بالقرض العقاري، كما لم يستسيغوا رأي بعض الفقهاء في هذا الجانب، وهو ما سيكون موضوع المطلب الثاني.

#### المطلب الثاني: الاتجاه المعارض لاختصاص المحكمة التجارية النوعي

يرى بعض الفقه بأنه من غير المعقول وصف القروض التي تمنحها البنوك لفائدة المستهلك المقرض من أجل تمويل بناء أو شراء عقار بهدف السكن فيه "بالعقود التجارية"<sup>312</sup>، نظرا لأن عقد القرض العقاري (والذي يكون موجها بالأساس للاستعمال الشخصي) لا يمكن بأي حال أن يرقى إلى مرتبة العقود التجارية كفتح الاعتماد أو غيره من العقود المنصوص عليها في المادة 524 من مدونة التجارة<sup>313</sup>، فهذا العقد الأخير موجه بالأساس إلى فئة التجار في إطار أنشطتهم التجارية، وبما أن عقد القرض العقاري يكون ممنوحا للمستهلك العادي غير التاجر، إذن لماذا يتم وصفه بالعقد التجاري بدون أي سند قانوني ويتم عقد اختصاص المحكمة التجارية للبت في النزاعات التي قد تنشأ عنه. وبالتالي فإن مثل هذا الوصف يصطدم بصعوبة عدم توفر أي معيار موضوعي أو شخصي يصلح

<sup>311</sup> - أنظر كذلك القرارات الآتية:

- قرار محكمة النقض رقم 204 الصادر بتاريخ 23 / 5 / 2005 .  
- قرار رقم 2010/2733 صادر بتاريخ 25/05/2010 رقم الملف بالمحكمة التجارية 2007/5/2041 .  
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2700 / 2003 / ملف عدد 9 / 2002 / 4242 .  
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 61 ملف عدد 61 / 2000 صادر بتاريخ 3 / 2 / 2000 .  
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 588 ملف عدد 650 / 2000 بتاريخ 29 / 6 / 2000 .

<sup>312</sup> - امحمد لفروجي، "التاجر وقانون التجارة بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، الدار البيضاء، 1997، ص 102.

<sup>313</sup> - تنص المادة 524 من مدونة التجارة على ما يلي:  
"فتح الاعتماد هو التزام البنك بوضع وسائل للأداء تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود. لا يعد الرصيد المدين العرضي فتحا للاعتماد".

لكي يكون أساسا يتم من خلاله تأكيد صحة الصفة التجارية لعقد القرض العقاري<sup>314</sup>، وهو الأمر الذي أكدته لنا أحد القضاة بالمحكمة التجارية للدار البيضاء في لقاء معه، حيث قال بأن التوجه الذي يسلكه القضاء التجاري بالدار البيضاء حاليا يسير في اتجاه إقرار عدم اختصاص المحكمة التجارية في الدعاوى المرفوعة أمامها والتي تتعلق بنزاعات القرض العقاري (نظرا لأن الأخير من العقود المختلطة التي يكون أحد طرفيها شخصا عاديا وليس تاجرا) حتى وإن اتفق طرفا العلاقة التعاقدية على اختصاص المحكمة التجارية في نزاع القرض العقاري مسبقا، حيث تعتبر المحكمة هذا الاتفاق من الشروط التعسفية، وبالتالي تقوم المحكمة التجارية بإحالة الدعوى على المحكمة الابتدائية باعتبارها صاحبة الاختصاص في العقود المختلطة التي يكون أحد طرفيها مدنيا.

وكما سبق أن أشرنا إلى ذلك فإن عقد القرض العقاري يجمع بين طرفين أحدهما مدني (المقرض) والآخر تاجر (المقرض) مما يعني أنه من العقود المختلطة، وفي هذا الإطار فإن المشرع أقر من خلال المادة الرابعة من مدونة التجارة نظرية الأعمال المختلطة<sup>315</sup>، وعقد القرض العقاري كما بينا ذلك هو عقد مختلط من حيث صفة أطرافه والغرض الذي منح من أجله، لذلك فإن أي تطبيق لقواعد مدونة التجارة في مواجهة الطرف المدني يعد عملا غير شرعي، إلا في حالة ما إذا اتفق الطرفان معا على عقد اختصاص المحكمة التجارية لحل نزاعات عقد القرض. وفي هذا الإطار نورد بعض الأحكام القضائية التي احترمت خلالها المحاكم مقتضيات القانون رقم 08.31، خصوصا منها ما يتعلق بعقد اختصاص المحاكم الابتدائية في النزاعات الناشئة عن عقد القرض العقاري ومنها على سبيل المثال:

<sup>314</sup> فبالنسبة للمعيار الشخصي يصطدم بكون المقرض شخص عادي وليس بتاجر كالمؤسسة المقرضة التي تعد تاجرا نظرا لأن العقد يدخل ضمن أنشطتها المعتادة، أما المعيار الموضوعي فلا يمكن تطبيقه لأن القرض غير مخصص لأغراض تجارية بالنسبة للطرفين معا. أنظر:

- إبراهيم وجعيدان، م. س، ص 135.

<sup>315</sup> تنص المادة 4 من مدونة التجارة على ما يلي:

"إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

-حكم رقم 979 صادر بتاريخ 2017/02/01، ملف رقم 2017/8210/18<sup>316</sup>.

-حكم صادر بتاريخ 2016/06/23 ملف رقم 2016/06/23<sup>317</sup>.

-حكم صادر بتاريخ 2016/04/28 ملف رقم 2016/04/28<sup>318</sup>.

في المقابل نجد بأن غالبية الاجتهادات القضائية بالمغرب تركز الصفة التجارية لعقد القرض العقاري كما أشرنا إلى ذلك من قبل، وبالتالي فإنه يعطي للمحاكم التجارية الحق في النظر والاختصاص في النزاعات الناشئة عن هكذا عقود. ومما ينبغي ذكره في هذا الشأن بأن المشرع المغربي من خلال تنصيبه على حق المستهلك في التنازل عن الخيار الممنوح له في رفع الدعوى أمام محكمة مدنية، قد أتاح للتاجر فرصة حرمان المقترض من حق الخيار الذي تمنحه إياه القواعد العامة في الاختصاص، لأن التاجر نظرا لحرفيته ومهنيته غالبا ما يستغل ضعف المستهلك، المتمثل في رغبة هذا الأخير في الحصول على القرض بأقصى سرعة، نظرا لحاجته للتمويل المالي الذي يوفره له وجهله بما تخبئه قواعد الاختصاص القضائي في القانون التجاري، فيتفق معه قبل إبرام عقد القرض على عرض النزاع الذي قد ينشأ بينهما على أنظار المحاكم التجارية طبقا للمادة الرابعة من مدونة التجارة، وبالتالي يكون الاختصاص النوعي ليس من النظام العام<sup>319</sup>.

لم يبق لنا إلا أن نؤكد على أن المشرع المغربي قد أقر بطريقة غير مباشرة جواز تضمين عقد القرض العقاري لشرط من الشروط التعسفية، من خلال منحه أطراف العقد حرية اختيار المحكمة المختصة نوعيا، وهو ما يعد امتيازاً لفائدة التاجر على حساب المقترض الذي تدفعه الحاجة إلى الإذعان لكل ما يشترطه المقرض من أجل منحه التمويل

<sup>316</sup>- والذي حكمت من خلاله المحكمة التجارية بالدار البيضاء بعدم الاختصاص النوعي لها في الدعوى التي يكون أحد طرفيها مدنيا، وأحالت الدعوى للمحكمة التي يقع بها موطن المدعى عليه (المحكمة الابتدائية ببرشيد).

<sup>317</sup>- حكمت من خلاله المحكمة الابتدائية بالرباط بقبول الدعوى المعروضة عليها والمتعلقة بنزاع حول توقف المستهلك المقترض عن أداء أقساط القرض المدين به لفائدة المقرض، والحكم على المدين بأداء الأقساط المتبقية في ذمته.

<sup>318</sup>- حكمت من خلاله المحكمة الابتدائية بالرباط بقبول الدعوى ورفض طلب المدعية (المؤسسة المقرضة) الرامي إلى الحكم على المدعى عليه (المستهلك المقترض) بأداء ما بذمته من أقساط القرض العقاري.

<sup>319</sup>- احمد الفروجي، م. س، ص 397.

الذي يوفره له عقد القرض، ومن هذا المنبر نحث المشرع المغربي إلى حذف هذا المقتضى بصفة كلية لأنه لا يستقيم وأهداف الحماية المنشودة منه.

المبحث الثاني: المحكمة المختصة مكانيا للبت في نزاعات القرض العقاري

تنص القواعد المنظمة للاختصاص المكاني في كل من قانون المسطرة المدنية وقانون إحداث المحاكم التجارية المغربيين على أن الاختصاص المحلي ينعقد للمحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها موطن المدعى عليه الحقيقي أو المختار، حيث نظم المشرع المغربي الاختصاص المحلي للمحاكم التجارية بمقتضى المواد من 10 إلى 12 من قانون 95-53 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية، وبالرجوع إلى المادة 10 السالفة نلاحظ بأنها تعيد تنظيم نفس مقتضيات العامة المنصوص عليها بالفصل 27 من ق. م. م التي جاء فيها ما يلي: "يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه"، إلا في بعض الحالات الاستثنائية المنصوص عليها بمقتضى المادة 11 من نفس القانون، والتي خرجت عن مقتضيات الفصل 28 من ق. م. م خصوصا فيما يتعلق بصعوبات المقاوله حيث ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة، أو فيما يخص الإجراءات التحفظية أمام المحكمة التجارية التي يوجد بدائرتها موضوع هذه الإجراءات، أما المادة 12 من نفس القانون فقد أعطت للأطراف الخيار في الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة محليا.

أما قانون المسطرة المدنية الفرنسي فقد نص في المادة 46 منه<sup>320</sup> على أن الاختصاص المحلي يكون لمحكمة المكان الذي تم فيه التسليم الحقيقي للشئ محل العقد،

<sup>320</sup>- Article 46 du procédure civile prévoit que:

« Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :  
- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ;  
- en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ;  
- en matière mixte, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble ;  
- en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier ». Modifié par Décret 81-500 1981-05-12 art. 8 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981.

أو تنفيذ الخدمة، بحيث إذا تم تقديم خدمة أو سلعة ما للمستهلك بمدينة "ليون" فإن الاختصاص المحلي ينعقد لمحكمة هذه المدينة، بالرغم من أن المؤسسة المقرضة يقع مركزها الاجتماعي (أو مقرها الرئيسي) في مدينة "باريس" أو أية مدينة أخرى، وهو ما تم تأكيده أيضا في الفصل 28 من ق. م. م. المغربي. لذلك فإن من شأن مثل هذه القواعد القانونية خدمة مصالح المستهلك، نظرا لأن هذا الأخير غالبا ما يستفيد من الخدمة المقدمة إليه، أو يتسلم السلعة في المكان الذي يوجد به مقر سكنه، وهو ما يخول له إمكانية المطالبة بحقوقه ورفع الدعوى أمام القضاء الذي يقع فيه محل إقامته متجنباً بذلك عناء السفر ومصاريف التنقل إلى مدينة أخرى.

وعليه، فإننا سنتطرق للقواعد المتعلقة باختصاص المحكمة المكاني للبت في نزاعات القرض العقاري من خلال مطلبين، نخصص أولهما لإبراز دور صفة الطرف الذي رفع الدعوى في تحديد الجهة القضائية المختصة مكانيا، على أن نخصص المطلب الثاني للدفع بعدم الاختصاص المكاني من تلقاء المحكمة.

#### المطلب الأول: صفة الطرف الذي رفع الدعوى

إن الطبيعة المختلطة لعقد القرض العقاري تجعل منه عقدا متميزا عن غيره من العقود الأخرى (كما سبق أن رأينا ذلك)، وبالرغم من أن الاختصاص النوعي ينعقد للمحكمة التجارية في دعاوى القروض العقارية بغض النظر عن صفة أطراف العقد، إلا أن قواعد الاختصاص المحلي في هذه الدعاوى تراعي صفة الطرف الذي رفع الدعوى، فإذا كانت المؤسسة المقرضة هي التي رفعت الدعوى (المدعية)، فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، أما إن كان المقترض هو الذي رفع الدعوى فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يوجد في دائرتها المركز الاجتماعي للشركة، وذلك حسب

ما نص عليه البند الثالث عشر من الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية<sup>321</sup>، أو المكان الحقيقي لأحد فروعها<sup>322</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن الاتفاق بين أطراف عقد القرض العقاري كتابة على اختيار المحكمة المختصة، دون مراعاة القواعد الخاصة بتحديد الاختصاص المحلي المرتبطة بالموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، وهذا ما نصت عليه مقتضيات الفصل 12 من قانون إحداث المحاكم التجارية وسارت عليه أغلب الاجتهادات القضائية التي اطلعنا عليها، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 19/10/1998 على أن "الاختصاص المحلي لا يكتسي صبغة النظام العام، وإنما يجوز لأطراف العلاقة الاتفاق على تعيين المحكمة المختصة محليا للنظر في النزاع، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع المغربي بمناسبة سن قانون إحداث وتنظيم المحاكم التجارية بالمغرب عدد 95.53 ضمن الفصل 12"<sup>323</sup>، كما تم تأكيد هذا الأمر في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 24/02/2003<sup>324</sup>. وهو ما يفيد بأن المشرع المغربي لم يقر بمراعاة مصلحة المستهلك المقترض حينما منح أطراف العقد حرية الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة محليا للنظر في النزاعات التي قد تنشأ عن هذا العقد، ومن ثم فإنه يكون قد فتح الباب مرة أخرى أمام مؤسسات الائتمان من أجل إدراج شرط تعسفي في عقد القرض العقاري، الشيء الذي أدى إلى تقييد الحق الممنوح للمستهلك في مقاضاة

<sup>321</sup>- ينص البند 13 من المادة 28 على ما يلي:

"في دعاوى الشركات، أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المركز الاجتماعي للشركة".

<sup>322</sup>- كما نصت على ذلك المادة 11 من قانون إحداث المحاكم التجارية التي جاء فيها بأنه:

" استثناء من أحكام الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية، ترفع الدعاوى:

فيما يتعلق بصعوبات المقاول، إلى المحكمة التجارية التابعة لها مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة؛

فيما يخص الإجراءات التحفظية، إلى المحكمة التجارية التي يوجد بدائرتها موضوع هذه الإجراءات".

<sup>323</sup>- الذي جاء فيه ما يلي:

"وحيث إن الاختصاص المحلي لا يكتسي صبغة النظام العام، وإنما يجوز لأطراف العلاقة الاتفاق على تعيين المحكمة المختصة محليا

للنظر في النزاع، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع المغربي بمناسبة سن قانون إحداث وتنظيم المحاكم التجارية بالمغرب عدد 95/53

ضمن الفصل 12 والذي ينص على أنه يمكن للأطراف وفي جميع الأحوال الاتفاق كتابة على تعيين المحكمة التجارية المختصة". أنظر:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 100، صادر بتاريخ 19/10/1998، ملف عدد 98/11، منشور بالموقع الإلكتروني

للمحكمة: [www.cacfes.ma/competence.htm](http://www.cacfes.ma/competence.htm).

<sup>324</sup>- نصت المحكمة في قرارها على أنه: "حيث إن التمسك بالدفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية بالدار البيضاء للبت في النزاع

لفائدة المحكمة التجارية بالرباط التي يوجد موطن المستأنف داخل دائرتها الترابية غير مفيد، طالما أن الفصل الثامن من العقد الرابطة

بين الطرفين يسجل اتفاق الطرفين على منح الاختصاص للمحكمة التجارية بالدار البيضاء للبت في النزاعات التي تحدث بين الطرفين،

علما بأن ذلك الاتفاق يسمح به القانون بناء على الفصل 12 من القانون المنظم للمحاكم التجارية". أنظر:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2003/680، صادر بتاريخ 24/02/2005، ملف عدد 2001/11843، غير

منشور.

الجهة المقرضة، حيث إن رفع دعوى ضد المؤسسة المقرضة يقتضي في مثل هذه الحالة ضرورة الانتقال إلى الموطن الذي يوجد فيه مركزها الاجتماعي، والذي قد يكون بعيدا عن محل إقامة المستهلك، كأن يكون المقرض يقطن بمدينة العيون والمؤسسة المقرضة يوجد مقرها الاجتماعي بالدار البيضاء، وهو ما يؤدي إلى عزوف المستهلك عن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه والسماح فيها نظرا لبعد المسافة وكثرة المصاريف الناتجة عنها، وبالتالي عدم رفع الدعوى ضدها نظرا لاعتقاده بصحة الشرط المضمن في العقد، مما يخلف حالة نفسية لدى المقرض توحى إليه بأن القضاء لن يساعده على تحقيق رفع الضرر عنه وتعويضه ثم مقاضاة المقرض وإنما ستكون في جانب خصمه.

ومن أجل تجاوز هذا الوضع نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 111<sup>325</sup> والمادة 202 من قانون 08.31 على أن المحكمة المختصة للنظر في النزاعات التي قد تنشأ بين المورد والمستهلك هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير<sup>326</sup>، وذلك بالرغم من وجود أي شرط مخالف (كاتفاق المقرض والمقرض على عقد الاختصاص المحلي للمحكمة التي يوجد بها المركز لاجتماعي للشركة)، حيث أتاح هذا المقتضى الجديد للمستهلك إمكانية المطالبة بحقوقه ورفع الدعوى ضد المقرض أمام المحكمة التي يتواجد فيها محل إقامته، وهو الأمر الذي يتلاءم مع مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ويسهل عليه اللجوء إلى القضاء سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، وفي نظرنا فإن إعطاء الخيار للمستهلك بمقاضاة المورد أمام محكمة موطنه أو محل إقامته أو إما أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المسبب للضرر، لهو ضمانته حقيقية وحماية فعالة للمستهلك من شروط الإذعان التعسفية، التي قد توضع مسبقا من طرف المورد الذي لا يتردد في تضمينها بعقد القرض

<sup>325</sup> تنص الفقرة الأولى من المادة 111 على ما يلي:

"يجب أن تقام دعوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقرض خلال السنتين الموالتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها تحت طائلة سقوط حق المطالبة بفوائد التأخير".

<sup>326</sup> تنص المادة 202 على ما يلي:

"في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".

العقاري، ليحتج كعادته بكون العقد شريعة المتعاقدين طبقاً لما نصت عليه مقتضيات الفصل 230 من ظ. ل. ع..

وبالرجوع إلى التشريع المقارن فإنه ينبغي الإشارة إلى أنه قد تم حل إشكالية الاختصاص المحلي بشأن التقاضي في المنازعات التي تجمع بين المهني والمستهلك على صعيد الاتحاد الأوروبي بين الدول الأعضاء، حيث تم النص في المواد 13-14-15 من الاتفاقية التي تم توقيعها في 27 شتنبر 1968 ببروكسيل والمتعلقة بالاختصاص القضائي على أن الاختصاص يعود لمحكمة موطن المستهلك سواء كان مدعياً أو مدعى عليه<sup>327</sup>، وهو الأمر الذي استجابت له الدول الأعضاء بما فيها فرنسا التي اعتبرت في المادة 48 من قانون المسطرة المدنية بأن الاختصاص المحلي يعد من النظام العام، وبأن أي شرط مخالف يعد كأن لم يكن<sup>328</sup>، الأمر الذي أكدته الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجموعة من القرارات الصادرة عن محاكمه<sup>329</sup>.

وبالعودة إلى المقتضيات الواردة في القانون رقم 08.31 المرتبطة بالاختصاص المحلي في الدعاوى التي تنشأ بين المهني والمستهلك، فإننا نتساءل عن مدى إمكانية الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء القاضي الذي عرض عليه النزاع أم أن هذا الأمر يجب إثارته من قبل المستهلك شخصياً؟

<sup>327</sup>. Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civil et commerciales (signée le 27 septembre 1968) (72/454/CEE), Journal officielle des communautés européenne, N° L299/32.

<sup>328</sup>- L'article 48 du code de procédure civile stipule que:

« toute clause attributive de compétence qui directement ou indirectement dérogent aux règles territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

<sup>329</sup>- « Constatant que la clause attributive de juridiction figurant dans le contrat conclu entre une banque et un client, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile du client ou devant "tout autre tribunal compétent" ne liait en réalité que le client qui était seul tenu de saisir les tribunaux luxembourgeois, le juge du fond en déduit exactement qu'une telle clause revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ». Cour de cassation, chambre civile 1, 26 septembre 2012, 11-26022, Publié au bulletin. Voir aussi : - Cass. civ. 2e, 13 juillet 2006, pourvoi no 03-15605 ; Cass. civ. 2e, 4 juillet 2007, pourvoi no 06-16140.

## المطلب الثاني: الدفع بعدم الاختصاص المكاني من تلقاء المحكمة

إن أي نزاع يتعلق بالنظام العام ويكون القاضي بصدد البت فيه إلا ويتوجب عليه إثارته من تلقاء نفسه، بعكس ما إذا كان يرتبط بمصلحة شخصية للفرد فإن هذا الأخير هو المطالب بإثارته ولا دخل للقاضي فيه. وبما أن حماية مصالح المستهلك جعلها المشرع ترقى إلى مرتبة المصلحة العامة، فإن القاضي ملزم بإثارة الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه، وفي هذا السياق استقر الاجتهاد القضائي المغربي على فرض احترام هذا الاختصاص وإثارته تلقائياً كلما تبين للمحكمة أن موطن أو محل إقامة المستهلك يوجد خارج دائرة نفوذها، ومن هذه الأحكام والقرارات نذكر: الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2013/05/09، ملف رقم 2012/8/5527، والذي جاء فيه ما يلي: "...وحيث إنه بموجب المادة 111 من القانون رقم 08.31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك فيجب أن تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض، وحيث إن الاختصاص المكاني يعتبر من النظام العام بموجب القانون المذكور وفي حدود المنصوص عليه بالمادة 151، وحيث إن موطن المدعى عليه حسب الوارد بعقد القرض المؤرخ في 2008/11/04 يتواجد بمنطقة تندرارة التابعة لإقليم فكيك، هذه الأخيرة التي هي تابعة لدائرة نفوذ المحكمة التجارية بوجدة حسب الجدول الملحق بالمرسوم رقم 2.97.771 الصادر بتاريخ 1997/10/28 المغير والمتمم بالمرسوم رقم 2000.00.280 بتحديد عدد المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية ومقارها ودوائر اختصاصها مما تبقى معه هذه المحكمة غير مختصة مكانياً للبت في الملف، ويتعين معه إحالته على المحكمة التجارية بوجدة لاختصاصها"<sup>330</sup>. وكذلك الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2011/12/20، رقم 10620، حيث اعتبرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء في حكم صادر عنها بتاريخ 2011/12/20 بأن التدابير المنظمة للعلاقة بين كل من المستهلك والمؤسسة المانحة للقرض هي من النظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، حيث جاء في حكمها ما يلي: "... وحيث إن التدابير المنظمة للعلاقة بين المستهلك والمورد أو المؤسسة

<sup>330</sup> - حكم صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2013/05/09، ملف رقم 2012/8/5527، غير منشور.

المقرضة هي من النظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وتبعاً لذلك فإن المحكمة وخلافاً للقواعد الخاصة بالاختصاص المحلي المشار إليها في قانون المسطرة المدنية تتدخل وتثير من تلقاء نفسها إلزام المؤسسة المقرضة بمقاضاة المدين أمام محكمته المختصة وهي محكمة موطنه الحقيقي أو المختار، وطالما أن المدعى عليه في النزاع يخضع لهذا القانون المنظم للعلاقات التعاقدية بين الموردين والمستهلكين وبما أنه يقطن بمدينة وجدة فإن المحكمة التجارية بالدار البيضاء وتطبيقاً للمادة 202 من القانون رقم 08.31 تكون غير مختصة محلياً للبت في النزاع"<sup>331</sup>.

ويتضح من خلال الأحكام المشار إليها أعلاه وغيرها من الأحكام التي اطلعنا عليها<sup>332</sup> بأن القضاء المغربي يتجه صوب إقرار مبدأ الدفع بعدم الاختصاص المحلي تلقائياً أي دون انتظار إثارته من قبل المقترض (المستهلك المدين)، وذلك لأن القواعد المنظمة لعقد القرض العقاري تعتبر من النظام العام، ولا يجوز إدراج أي شرط مخالف لها في العقد استناداً إلى ما نصت عليه المادة 202 من القانون رقم 08.31.

من جهتنا فنحن نتفق مع ما توصل إليه القضاء المغربي في هذا الإطار، لأن من شأن عدم إثارة الدفع بعدم الاختصاص المحلي تلقائياً من قبل القاضي الذي يبت في النزاع أن ينقل كاهل المقترض بمصاريف أخرى كمصاريف النقل والكرء وغيرها، زد على ذلك جهل أغلبية المقترضين بمثل هذه القواعد (قواعد الاختصاص المحلي)، إن لم نقل جهلهم حتى بالقواعد المنظمة لعقد القرض العقاري طبقاً لما ينص عليه القانون رقم 08.31. وبعد دراستنا للأحكام المرتبطة باختصاص المحكمة النوعي والمكاني في الدعاوى الناشئة عن نزاعات القرض العقاري، ننتقل للتطرق في الفصل الثاني من هذا الباب إلى دور الجمعيات

<sup>331</sup> - حكم صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2011/12/20، رقم 10620، ملف رقم 2011/6/13172، غير منشور.

<sup>332</sup> - ومن بينها:

- قرار محكمة النقض رقم 2012/2896 ملف عدد 2012/920 /4 صادر بتاريخ 2012/ 5/29.

- قرار محكمة النقض رقم 2012/9519 ملف عدد 201 /4003 /13 صادر بتاريخ 2012 /10/9.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 4519/2012 ملف عدد 780 /6/2011 صادر بتاريخ 2012 /10/9.

الوطنية والدولية في حماية المستهلك المقترض والدفاع عن حقوقه وتوعيته بها، ثم تمثيله أمام الجهات الرسمية والقضائية دفاعاً عن مصالحه الأساسية.

### لائحة المراجع:

- عبد العزيز توفيق، "شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي"، ج 1، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1995.
- عبد الوهاب المريني، "دروس في القانون القضائي الخاص المغربي"، مكتبة دارالسلام، ط 1، الرباط، 2001.
- ظهير شريف رقم 193.14.1 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462.
- بحار عبد الرحيم، "الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية"، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة إليت، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 8، فبراير 2009.
- عز الدين بنستي، "دراسات في القانون التجاري المغربي"، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- امحمد لفروحي، "التاجر وقانون التجارة بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، الدار البيضاء، 1997.

الأستاذ إبراهيم عزيزي

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بالمحمدية

# أساس الالتزام العقدي بين سلطان الإرادة وتدخل المشرع

Le fondement de l'obligation contractuelle entre l'autorité de la volonté et  
l'intervention du législateur

مقدمة:

برز مبدأ سلطان الإرادة خلال النصف الأول من الثمانينات، هذه المرحلة التي اتسمت بشيوع المد التحرري الناتج عن تطبيق قواعد الليبرالية المطلقة، عقب انهيار الاتحاد السوفياتي، كما تميزت بغياب مطلق للدولة في المشهد الاقتصادي، وتم اعتماد مبادئ تقوم على تقديس الفرد، الشيء الذي ترتب عنه بروز وتوهم مبدأ سلطان الإرادة.

لكن اعتماد قواعد الليبرالية، -والتي يعد مبدأ سلطان الإرادة من أبرزها - على إطلاقها، ترتب عنه نتائج عكسية، ليتم الانتقال لمرحلة لا زالت امتداداتها تصل إلى وقتنا الراهن، يتم فيها اعتماد الليبرالية، لكن مع الاحتفاظ للدولة بمجال للتدخل في المشهد الاقتصادي، وذلك للحد من الليبرالية المطلقة، من خلال تمكينها (أي الدولة) من سلطات تسعفها في تنزيل سياستها الاجتماعية والاقتصادية بنوع من العدالة.

وفي سبيل مواكبة هذا التطور التاريخي لأساس القوة الملزمة للعقد، تم اعتماد مجموعة من القوانين على امتداد هذه التطورات في المغرب، ونخص بالذكر هنا قانون

حماية المستهلك<sup>333</sup>، والقانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة<sup>334</sup>، وقانون بيع العقار في طور الإنجاز<sup>335</sup>...

ومن هنا تظهر أهمية دراسة موضوع "أساس الالتزام العقدي بين سلطان الإرادة وتدخل المشرع"، بحيث أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد ازدهر بفعل النظريات السياسية والاقتصادية والتشريعية التي كانت قائمة على تقديس حرية الفرد وجعلها المعيار الأساسي في وضع النصوص القانونية، فإن هذه الحرية لم تعد في ظل القوانين الحديثة المعيار الوحيد لبناء القاعدة القانونية، بل استجدت مبادئ أخرى أصبحت تقوم عليها فلسفة التشريع من قبيل التوازن العقدي، وحماية العقد للمصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية...

ولذلك أثرنا تخصيص المطلب الأول للوقوف على تطورات وتجليات مبدأ سلطان الإرادة في النظرية التقليدية، على أن نخصص المطلب الثاني للحدود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في ظل التوجهات الحديثة للتشريع.

### المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في النظرية التقليدية

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من أهم النظريات الفلسفية التي تركز عليها مختلف القوانين، إلا أن هذا المبدأ عرف في الواقع محطات تاريخية زادت من أهميته ومحوريته في التشريعات، إلى أن بلغ دروته خلال القرن الثامن عشر، حيث أصبح ركيزة أساسية تستند

<sup>333</sup> ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج ر عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011) ص 1072.

<sup>334</sup> ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، ج ر عدد 6276 بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014) ص 6077.  
<sup>335</sup> القانون 107.12 المتعلق بتغيير وتنظيم القانون 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)، ج ر عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 932.

إليها مختلف النظريات القانونية، قبل أن يشهد مرحلة جمود لصالح نظريات ومبادئ جديدة، لذلك ارتأينا العودة على التطور الذي عرفه مبدأ سلطان الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد في الفقرة الأولى، قبل أن نقف على تجليات هذا المبدأ وأهم الركائز التي يقوم عليها في الفقرة الثانية.

### الفقرة الأولى: تطور أساس القوة الملزمة للعقد

من المعلوم أن العقود في الزمن القديم كانت تتسلط عليها فكرة الشكلية وتدخل الدولة، بحيث كان لا يكفي مجرد توافق إرادتي المتعاقدين لإضفاء قوة ملزمة على العقد، بل لابد من إفراغ رضا المتعاقدين في قالب شكلي معين، وهذا ما عبرت عنه القاعدة الرومانية القديمة EX NUDO PACTO ACTIO NON NASCITUR<sup>336</sup>. فمبدئياً يبقى الشكل المقرر هو الذي يضفي القوة الملزمة على العقد، ويرتب آثاره القانونية، بحيث متى استوفيت مراسم الشكل، فإن الالتزام يتولد دون اعتبار لما قد يشوب إرادة المتعاقدين من عيوب الرضا كالغلط والتدليس.

لكن شيوع المعاملات وتطور المجتمعات بصفة عامة، وتجرد القانون تدريجياً من سيطرة العقائد الدينية، وزوال فكرة النظام الإلهي المقدس الذي يحكم علاقات الأفراد، أدى في القرن الثامن عشر والتاسع عشر إلى ظهور مذهب جديد ينادي بتقديس الفرد، وجعله مصدر القوة الملزمة للعقد.

وهكذا ظهر مبدأ سلطان الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد مع مدرسة القانون الطبيعي، بعد ذلك جاء جون جاك روسو بنظريته الشهيرة عن العقد الاجتماعي Contrat

<sup>336</sup> ففي مجال العلاقات التعاقدية، لم يكن مجرد توافق إرادتي المتعاقدين كافياً لنشأة الرابطة العقدية الملزمة، وترتيب آثار قانونية في ذمة كل من طرفيها، بل كان لابد من إفراغ رضا المتعاقدين في قالب شكلي معين.

<sup>337</sup> (Social) فكانت دعامة أساسية وقوية لجعل مبدأ سلطان الإرادة أساسا للقوة الملزمة للعقد.

واستقر سلطان الإرادة في القانون المدني الفرنسي، وبالضبط في مدونة نابليون لسنة 1804 من خلال القاعدة الشهيرة "الاتفاقات المعقودة شرعا تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها"، وأساس هذه القاعدة هو أنه إذا انعقد العقد صحيحا، وتوافرت فيه كل أركانه مستجمعة لشروطها كانت له قوة إلزامية في موضوعه أولا - بحيث إن الملتزم في التعاقد مسؤول عن التزامه، وإذا تخلف عن الوفاء به، يكون مسؤولا مسؤولية عقدية- وفي مواجهة طرفيه ثانيا<sup>338</sup>، فأصبحت القوة الملزمة للعقد تتجلى في أن ما ارتضاه الطرفين يلزمهما وينتج أثره<sup>339</sup>، بل وأنهم يلزمون حتى بملحقاته، مما ينتج عنه بالضرورة تنفيذ هذا الالتزام بحسن نية، وأنه لا يجوز تعديله إلا بتوافق الإرادتين، وكل هذه الخصائص تشكل انتصار لقاعد العقد شريعة المتعاقدين.

وفي المغرب إذا كان يعتبر مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" من المبادئ التي يقوم عليها قانون الالتزامات والعقود المغربي<sup>340</sup> نتيجة لانفتاحه على التشريعات الأوروبية لاسيما المشرع الفرنسي، فإنه من زاوية أخرى ينسجم والقيم الروحية للشعب المغربي التي تنهل من الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)<sup>341</sup>.

<sup>337</sup> روسو كان أول من يرى أن الفرد هو أساس القانون وغايته، وقد ولد الفرد حرا وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته.

<sup>338</sup> وهذا يكرس لامتناد من امتدادات مبدأ سلطان الإرادة، وهو نسبية العقود.

<sup>339</sup> وذلك بغض النظر عن وسيلة إبرام العقد، خاصة أن المشرع أصبح يضيف قيمة قانونية على العقود الموجهة بطريقة إلكترونية من خلال القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

<sup>340</sup> قانون الالتزامات والعقود لسنة 1913.

<sup>341</sup> سورة المائدة، الآية 1.

إلا أنه في ظل مجموعة من التطورات على المستوى الاقتصادي والاجتماعي<sup>342</sup> كان لزاماً أن تشهد مقتضيات قانون الالتزامات والعقود تعديلات حتى تواكب متطلبات العصر الحاضر، إلا أن المشرع المغربي اختار توجيهها آخراً بأن أصدر مجموعة من القوانين شكلت تنظيمات خاصة لأغلب العقود المسماة، بحيث أصبحت تجد قوتها الملزمة خارج مبدأ العقد شريعة المتعاقدين<sup>343</sup>، وذلك غالباً لحماية الطرف الضعيف في العقود التي تشتمل على شروط تعسفية، بحيث أصبح بإمكان هذا الأخير عدم تنفيذ هذه الشروط دون أن تقوم مسؤوليته، لأنه أصبح محمي بمجموعة من النصوص القانونية الخاصة كما سيأتي معنا.

يظهر من خلال ما سبق أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدى خلال مرحلة القرن الثامن عشر والتاسع عشر على وجه الخصوص كافياً لوحده كمصدر للإلتزام، وينتج آثاراً قانونية، فإننا في ظل التشريعات الحديثة أصبحنا نلاحظ أن القوانين الخاصة أصبحت هي التي تعطي للعقد قيمته وأثره القانونيان.

### الفقرة الثاني: تجليات مبدأ سلطان الإرادة كأساس للالتزام العقدي

يقصد باعتبار سلطان الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد أن ما اتفق عليه العاقدان يلزمهما بصفة نهائية، لأن الإرادة إذا كانت حرة من كل قيد فهي تخضع فقط لما ترتضيه، وبذلك يستمد العقد قوته الملزمة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>344</sup>، فما هو مضمون هذه القاعدة إذن؟ وكيف تنتج آثارها القانونية؟

### أولاً: مضمون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

<sup>342</sup> راجع في هذا الإطار عبد الحق صافي "قانون العقود بين التنظيم العام والتنظيمات الخاصة - الحصيلة والآفاق - المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير، ع 54، سنة 2016، ص 73.

<sup>343</sup> من ذلك مثلاً القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، والقانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

<sup>344</sup> بحيث يعتبر الفقيه السنهوري أنه إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به.

يعتبر العقد نتيجة لتوافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني، وهو بذلك يعد مصدرا من مصادر الالتزام، وسندا لإلزام الأطراف ببوده، بحيث لا يمكنهم التحلل منه أو تعديله أو إلغائه إلا بإرادتهما معا كذلك.

وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى التأصيل لهذا المبدأ في القرآن الكريم من خلال قوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)<sup>345</sup>، وفي آية أخرى يقول المولى جل جلاله (والموفون بعهدهم إذا عاهدوا)<sup>346</sup>، وفي السنة النبوية الشريفة، حيث روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال (المؤمنون عند شروطهم)<sup>347</sup>.

وعلى المستوى القانوني، تم التنصيص على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود حيث جاء فيه أن "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

ويعرف الفقيه السنهوري<sup>348</sup> قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بأنها تعني "أن ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهما يلزمهما، ولا يمكن لأحدهما أن ينفك منه، كأصل عام، بإرادته المنفردة، فالإرادتان اللتان حددا كم الالتزام، وكم مقابله، وكيفية الوفاء به، وموعد هذا الوفاء، وغير ذلك من عناصر الالتزام هما اللتان تملكان تعديل أي عنصر من عناصره. وهكذا فإنه على مستوى تكوين العقد يشكل مبدأ سلطان الإرادة أساس وجوده، من خلال اختيار الدخول في التعاقد من عدمه، واختيار الشخص المتعاقد معه، بحيث أنه

<sup>345</sup> الآية 1، سورة المائدة.

<sup>346</sup> الآية 177، سورة البقرة.

<sup>347</sup> أخرجه الديلمي في الفردوس (6592) وأخرجه أبو داود (3594) والحاكم (2309).

<sup>348</sup> الدكتور عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني" الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة،

دار النهضة العربية، ص 182.

في غياب إرادة للتعاقد لا يمكن الحديث عن عقد، لأنه هذا الأخير يدور عدما ووجودا في علاقته مع الإرادة، ذلك أن الشخص كقاعدة عامة لا يلزم إلا بإرادته<sup>349</sup>.

وعلى مستوى مضمون العقد يرى الاتجاه الغالب في الفقه<sup>350</sup> أن هناك حرية حتى في تحديد مضمون العقد، بحيث إذا دخل شخصان في رابطة عقدية، فإن لهما كامل الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة<sup>351</sup>، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الإلتزام به، والفرد حر في أن يتعاقد وفقا لما يريد، وبالشروط التي يرتضيها.

وهكذا فإنه إذا انعقد العقد صحيحا، فإنه يلزم عاقديه في موضوعه، ويلزمهما باحترام بنوده، ولا يمكنهما التحلل مما جاء فيه إلا باتفاقهما معا، وهو ما ينص عليه الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود كما سبقت الإشارة إليه.

هذا، وتفرض قاعدة القوة الملزمة للعقد أن العقد لا يكون ملزما لأطرافه فقط، بل كذلك في مواجهة القاضي الذي لا يستطيع مبدئيا تعديل مضمونه، ولو حدث طارئ غير متوقع من شأنه المساس بالتوازن الاقتصادي للعقد<sup>352</sup>. لكن سرعان ما سيتدخل المشرع لتكسير هذا المبدأ من خلال نصوص قانونية خول فيها للمحكمة الحق في إسقاط بعض البنود والحيلولة دون إنتاجها لآثارها وهو ما سيأتي معنا في محله.

<sup>349</sup> رغم اختلاف المذاهب بشأن الإرادة التي يجب الأخذ بها بين المذهب اللاتيني الذي كان يأخذ بالإرادة الباطنة، والمذهب الألماني الذي لم يكن يعترف سوى بالإرادة الظاهرة.

<sup>350</sup> للمزيد في هذا الإطار انظر عبد الحق صافي "القانون المدني"، الجزء الأول، المصدر الإرادي للإلتزامات، (العقد) الكتاب الأول تكوين العقد، الطبعة الأولى سنة 2006، ص 107.

<sup>351</sup> وفي حالة غموض العقد وتنازع الطرفين، يتدخل القاضي من أجل تفسير العقد عبر البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، والأخذ بعين الإعتبار طبيعة التعامل وتفسير الشك لصالح المدين.

<sup>352</sup> عبد الحق صافي "الوجيز في القانون المدني"، الجزء الأول - المصادر الإرادية للإلتزام العقد والإرادة المنفردة دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2016، ص 266.

ثانياً: آثار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يترتب عن نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج أبرزها: أن الالتزامات تكون مؤسسة ومبنية على الإرادة كمبدأ، وأن العقد بصفة عامة يكون هو شريعة المتعاقدين، بمعنى الآخر هو القانون الذي يحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين، وعليه تظهر آثار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين خلال جميع مراحل العقد، بدء من التعاقد، وتحدث هنا عن حرية التعاقد، مروراً بمرحلة انعقاد العقد، وصولاً لمرحلة تنفيذ العقد.

وحسب بعض المتخصصين<sup>353</sup> في هذا المجال، فإن حرية التعاقد تتجلى في ثلاث اختيارات: وهي أولاً إبرام العقد أو الإعراض عنه، ثانياً اختيار الشخص (أو الأشخاص) المتعاقد معه (أ)، وثالثاً تحديد مضمون العقد وشروطه بكل حرية لكن باتفاق مع الطرف الآخر.

وهكذا تظهر آثار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين خلال مرحلة تنفيذه، في أنه لا يستطيع أحد أطرافه أن ينفرد بنقضه أو التعديل في أحكامه إلا إذا اتفق مع الطرف الآخر على ذلك، أو للأسباب التي يقرها القانون، وبلغة أخرى لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بمقتضى أحكام القانون<sup>354</sup>، وبالتالي ضرورة التزام كل طرف بتنفيذ بنود العقد والتزاماته المنصوص عليها فيه بحسن نية، وما يقتضيه ذلك من نزاهة واستقامة في تنفيذ هذه البنود.

وعلى مستوى تطبيقات حسن النية في تنفيذ العقد، نذكر ما ذهب إليه بعض المحاكم الفرنسية بأن المتعهد الذي التزم بمد أسلاك كهربائية وجب عليه أن يمدها من أقصر طريق ممكن<sup>355</sup>، مما يعني أنه إذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام وجب على المدين أن

<sup>353</sup> عبد الحق صافي "القانون المدني"، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، (العقد) الكتاب الأول تكوين

العقد، الطبعة الأولى سنة 2006، ص 106 و 107.

<sup>354</sup> محمد رياض دغمان "الزامية العقد" منشورات زين الحقوقية، ط1، سنة 2010، لبنان، ص 52 و 53.

<sup>355</sup> أشار للقرار محمد رياض دغمان، م س، ص 54.

يختار الوسيلة التي تتفق مع الأمانة والنزاهة ومصصلحة الدائن، أي مع مبدأ حسن النية، وفي قرار آخر أوجبت محكمة التمييز الفرنسية التعاون بين المتعاقدين بهدف الوصول إلى تحقيق النتيجة المرجوة من العقد<sup>356</sup>.

إلا أنه إذا كانت الإرادة هي منطلق الإلتزام كمبدأ، فإنها لا تكون كذلك في حالات معينة اشترط فيها المشرع شكليات معينة حتى ينعقد العقد بشكل صحيح، كما أنه لم يعد بإمكانها إنهاء هذا العقد في حالات أخرى إلا بتدخل المشرع، بحيث أصبحنا اليوم نتحدث عن العدالة التعاقدية، والأمن التعاقدية من أجل تحقيق العقد لأغراضه الإجتماعية، وهو ما جعل المشرع يتدخل عبر مجموعة من النصوص القانونية الخاصة من أجل وضع حدود على مبدأ سلطان الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، وهذا سيكون موضوع المطلب الثاني.

#### المطلب الثاني: الحدود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في التوجيهات الحديثة للتشريع

إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وأصبح للعقد قوة تلزم أطرافه الذين ارتضوه على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فهذه العوامل ذاتها، بعد أن تطورت وقامت الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات الضخمة... أدت إلى انتشار روح الإشتراكية في وجه المذاهب الفردية.

وعليه إذا كانت الإرادة هي منطلق الإلتزام، إلا أنه أصبح لا يمكنها هدمه، بل إنه في بعض الأحيان أصبح المشرع يتدخل لفرض بعض العقود على الأطراف، بحيث أصبحنا اليوم نتحدث عن العدالة التعاقدية والأمن التعاقدية من أجل تحقيق العقد لأغراضه الإجتماعية.

<sup>356</sup> انظر في هذا الإطار محمد رياض دغمان، م س، ص 54.

وهكذا لم يعد يكفي مبدأ سلطان الإرادة وحده من أجل إلزام المتعاقدين بمضمون العقد، إذ أصبح يفرض المشرع في نصوص قانونية خاصة مقتضيات تحد من الأساس الذي يمكن أن يلعبه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القوة الملزمة للعقد، وبذلك لم تعد الدولة محايدة في العقود، وأصبحت توجه العلاقات التعاقدية حتى تكون لها غايات معينة، ومنها أن تداول الثروة لم يعد يخضع للعقود، لكن أصبح يمثل لقاعدة التوزيع بحسب الحاجة.

وقد حاول المشرع تكريس هذه التوجهات الجديدة للتشريع في مجال العقود من خلال مجموعة من النصوص القانونية سنحاول ذكر بعضها في الفقرة الأولى، على أن نخصص الفقرة الثانية لبعض التطبيقات القضائية التي حاولت منها من جهتها تنزيل إرادة المشرع في هذا الباب.

#### الفقرة الأولى: حدود مبدأ سلطان الإرادة في بعض القوانين الخاصة

قبل الوقوف على بعض مظاهر تدخل المشرع في سلطان الإرادة، من خلال مجموعة من النصوص القانونية، لا بأس من محاولة بسط مبررات هذا التطور في أساس القوة الملزمة للعقد، الذي أصبحت تميل كفته لصالح تدخل المشرع.

#### أولاً: مبررات تطور أساس القوة الملزمة للعقد لصالح تدخل المشرع

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد أفرغ في شكل نظرية قانونية مرتكزة على أسس فلسفية ترجمت في كل النظم القانونية التي اتسمت بتقديس وإعلاء المبدأ الفردي، واعتبار العقد القائم على الإرادة الفردية هو ظاهرة أساسية يقوم عليها نظام المعاملات في أغلب المجتمعات، فإنه بالنظر للظروف الاقتصادية والاجتماعية، وفي خضم الثورة الصناعية، وتطور عملية التصنيع التي عرفها العالم خاصة في نهاية القرن 19، أدى إلى ظهور ممارسات من شأنها خلق اختلال في التوازن بين المنتج والمصنع ومقدم الخدمة باعتبارهم طرفاً قويا

على الأقل من الناحية الاقتصادية، والمستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً، فأصبح من غير الممكن أن يترك مجال واسع لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة.

ولذلك يعتبر بعض الفقه<sup>357</sup> أن هذه الأوضاع إنما خلقها اعتماد مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، مما جعله يتحدث عن أزمة العقد، وعن ظاهرة انفجار العقود، وعن العقد غير المستقر.

وقد خلقت أزمة العقد اختلافاً بين الفقهاء<sup>358</sup> بين من يدعو إلى التضييق من نطاق العقد والحد من مداه، وذلك بحصر مجاله في نطاق العلاقات التي تدخل في دائرة القانون الخاص، وبين من يزيد في تضييق نطاق العقد حتى في إطار القانون الخاص، بشكل يشمل المعاملات المالية دون الأحوال الشخصية، ورأي ثالث يذهب إلى أقصى مدى فيطالب بتضييق نطاق العقد في المعاملات المالية وقصرها على العقود التي يسودها مبدأ المساواة القانونية والتكافؤ الاقتصادي بين أطرافها، ومن ثم نادى بإخراج عقود الإذعان والعقود الجماعية والنموذجية والعقود التي تجمع بين مصالح متوافقة (كعقد الشركة) والعقود الاستهلاكية من نطاق العقد.

وهكذا أصبحت أغلب دول العالم تتدخل من خلال قوانين خاصة، لحفظ التوازن الاجتماعي والاقتصادي، بسبب ما خلقه تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية من وضعيات غير متوازنة نتيجة تفاوت المراكز الاقتصادية، والقصور الذي أبان عنه مبدأ سلطان الإرادة في توفير الحماية للمتعاقد الضعيف.

<sup>357</sup> Batiffol (H) la crise du contrat et ses portés, Archives de Philosophie du droit, 1998.

أشار إليه التهامي الزروقي "تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على النظرية العامة للعقد"، مطبعة قرطية بأكادير المغرب، طبعة 2021 ص 5.

<sup>358</sup> بلال العشيرى "الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية" كتاب جامع لأشغال ندوة التحولات الاقتصادية وانعكاساتها على ظهير الالتزامات والعقود المغربي، مطابع الرباط نت، 2016، ص 105 و 106.

ولذلك كانت الغاية من هذه النصوص هي تغليب المصلحة الاقتصادية والاجتماعية العامة، التي تقتضي التدخل لحفظ النظام العام الاقتصادي والاجتماعي على حساب المصالح الخاصة للمتعاقدين.

ذلك أن تطور النظم الاقتصادية وظهور الصناعات الكبيرة واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية، وانتشار أشكال جديدة للتعاقد لم تكن معروفة... مهد الطريق لبروز نزعة موضوعية اجتماعية، اعتبرت العقد أداة للتعاون والتبادل المتوازن للمصالح وأضفت عليه قيمة اجتماعية، ولم يعد عملا فرديا يستمد قوته من الإرادة المطلقة لعاقديه، بقدر ما أصبح ذو طابع اجتماعي يتصل بمصالح المجتمع ويؤثر فيها<sup>359</sup>.

#### ثانيا: مظاهر تدخل بعض القوانين الخاصة في مبدأ سلطان الإرادة

جاءت التنظيمات الخاصة لقانون العقود متأثرة بالتوجهات الحديثة للتعاقد، بدليل أنها تضمنت عددا كبيرا من القواعد القانونية الأمرة التي تسعى إلى تحقيق مصلحة عامة اقتصادية واجتماعية، وذلك عن طريق تنظيم كثير من العقود كعقد الشغل، أو مراقبتها، ومثاله تدخل الدولة عبر أجهزتها المختصة لمراقبة بعض العقود والاتفاقات التي من شأنها عرقلة المنافسة أو الحد منها، أو فرضها أحيانا كعقود التأمين.

وهكذا لئن كان مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن الفرد حر في إنشاء العقد، وله حرية في تحديد آثاره في اتفاق مع المتعاقد معه، فإن بعض القوانين الخاصة، ولغايات معينة غالبا ما تكون اقتصادية أو اجتماعية، أصبحت تحد من هذا المبدأ في امتداداته سواء على مستوى الدخول في التعاقد وتكوين العقد أو على مستوى تحديد آثاره.

فعلى مستوى الحرية في التعاقد نلاحظ أن المشرع من جهة أولى، قد قيد هذا المبدأ بأن فرض على الأشخاص ضرورة إبرام عقود معينة<sup>360</sup>، ومثاله عقود التأمين الإجباري على

<sup>359</sup> بلال العشيرى، م س، ص 106.

<sup>360</sup> وهو ما يصطلح عليه بمفهوم العقود الجبرية.

المسؤولية بالنسبة للعربات ذات محرك، لكل شخص يمكن أن تثار مسؤوليته المدنية، فيكون الشخص في مثل هذه الحالة ملزماً على الدخول في التعاقد، ولا اختيار له في الدخول أو الإعراض عن إبرام العقد، كما أنه ليس مخيراً في اختيار التعاقد معه الذي يجب أن يكون مقاولة للتأمين وإعادة التأمين<sup>361</sup>، ومن جهة ثانية، فإنه وإن ترك للأطراف الحق في الاختيار في الدخول في العقد من دونه، فإنه عند اختيار التعاقد يتم فرض مجموعة من الشكليات على المتعاقدين، حتى أصبحت الشكلية واجبة لصحة عقود معينة، من قبيل البيوع العقارية<sup>362</sup>.

ومن ذلك مثلاً القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الذي خول الإدارة حق تحديد أسعار بعض البضائع والمنتجات والخدمات، وكذا اتخاذ تدابير مؤقتة في مواجهة تفاحش ارتفاعها وانخفاضها، وذلك بشروط وضوابط معينة، وعليه لم يعد يتمتع العقد في هذه الحالة بقوة إلزامية في موضوعه، إذا تضمن ما يخالف القانون المذكور من أسعار تزيد أو تنقص عن الأسعار المحددة.

وتنص المادة 10 من القانون 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة على أنه "يعد باطلاً كل التزام أو اتفاقية أو بند تعاقدي يتعلق بممارسة محظورة تطبيقاً للمادتين 6 و7 أعلاه"، بحيث أنه رغم توافر العقد في هذه الحالة على أركانه مستجمعة لشروطها، فإن المشرع رتب عليه جزاء البطلان لغايات اقتصادية واجتماعية.

<sup>361</sup> المادة 120 من القانون 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002) ص 3105.

<sup>362</sup> وفي هذا الإطار تنص المادة 4 من مدونة الحقوق العينية 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.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف، ومن الجهة التي حررتة".

كما كان من تأثير الأفكار الاشتراكية أنها قامت بتحديد القوة الملزمة لبعض العقود في بعض القوانين عبر قواعد أمر، ومن ذلك مثلا عقد الشغل، بحيث حددت التزامات وحقوق طرفيه (وهما العامل ورب العمل) تحديدا يكاد يكون شبه كامل، ومن هذه المقتضيات مثلا: تخفيض أجره العامل في نطاق المادة 347 من مدونة الشغل<sup>363</sup> وإنهاء عقود الشغل لأسباب تكنولوجية أو هيكلية أو اقتصادية...

أضف إلى ذلك العقود المبرمة في إطار القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والتي منح المشرع فيها خيارات عديدة للمستهلك تحد من أساس القوة الملزمة للعقد ومنها: الحق في الرجوع عن العقود التي يبرمها المستهلك في عجلة من أمره، أو إذا كان ضحية الإغراء الدعائي المبالغ فيه أو كل ما من شأنه أن يمثل شرطا من الشروط التعسفية<sup>364</sup>، وهو ما سنتطرق له بمزيد من التفصيل في محله.

ومن الحدود الواردة كذلك على أساس القوة الملزمة للعقد؛ ضرورة استصدار بعض الوثائق لإبرام بعض العقود، ومن ذلك ما تقتضيه المادتين 33 و35 من القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات<sup>365</sup> من إجراءات ووثائق يتعين أن تسبق مرحلة التعاقد، وبالتالي لا يكفي توافق الإرادتين في مثل هذه العقود من أجل إضفاء قوة إلزامية على العقد، بل لابد أن تقوم الجماعة بإبرام التسليم المؤقت<sup>366</sup> لأشغال تجهيز التجزئة قبل إبرام العقود المتعلقة بعمليات البيع والإيجار

<sup>363</sup> ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، [جر عدد 5167](#) بتاريخ 13 شوال 1424 (8 ديسمبر 2003)، ص 3969.

<sup>364</sup> في هذا الإطار اعتبرت المادة 19 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الشرط التعسفي باطلا ولاغيا.

<sup>365</sup> ظهير شريف رقم 1.92.7 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات.

<sup>366</sup> ويقصد بالتسليم المؤقت للأشغال شهادة يمنحها رئيس المجلس الجماعي لصاحب التجزئة يثبت فيها أن أشغال التهيئة وتجهيزات الأرض والصرف الصحي وخطوط شبكة الاتصالات جاءت مطابقة للمشروع الذي صدر الإذن بشأنه، للمزيد في هذا الإطار انظر:

والقسمة وفق القانون المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، مما يشكل رقابة إدارية وتدخل في إرادة الأطراف، بحيث رتبت المادة 72 من نفس القانون جزاء البطلان على عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافا لهذه الأحكام.

من خلال ما سبق أعتقد أن المشرع المغربي تأثر بشكل كبير بالتوجهات الحديثة لقانون العقود، وهو ما يظهر كما من خلال إصداره لمجموعة من القوانين ذكرنا بعضها آنفاً، والتي أصبحت تنظم مجال التعاقد خارج مبدأ سلطان الإرادة، وكيفا بحيث تضمنت هذه النصوص قواعد أمرّة وأحياناً تكون من النظام العام تفرض على المتعاقدين، سواء قبل الدخول في العقد أو عند التعاقد وصولاً لمرحلة إنهاء العقد.

الفقرة الثانية: بعض التطبيقات القضائية للحدود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر بعض المختصين<sup>367</sup> أن المبادئ التقليدية المضمنة بالتشريعات القانونية من قبيل عيوب الرضا، قد أصبحت عاجزة في الواقع عن بلوغ الغايات المتمثلة في الحد من مبدأ سلطان الإرادة، بشكل يضمن نوع من التوازن العقدي، لذلك يبرز هنا دور القضاء من أجل تحقيق هذا التوازن على أرض الواقع.

واخترنا عدم التطرق لدور القاضي في تفسير العقود<sup>368</sup> باعتباره كذلك من مظاهر التدخل القضائي في مبدأ سلطان الإرادة، والتركيز على الدور المتقدم الذي أصبح يلعبه القضاء في التدخل في مبدأ سلطان الإرادة لكسر عدم التناسب في العقد، ونذكر هنا حكم ماكرون الشهير<sup>369</sup> الذي انتهت فيه الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية إلى

مازن القضاوي "القضاء والعدالة التعاقدية"، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التدريب 2017/2015، ص 28 وما بعدها.

<sup>367</sup> عبد الرحمان الشرفاوي "دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي" سلسلة البحوث القانونية المعمقة -1- سنة 2008، ص 9 وما بعدها.

<sup>368</sup> للمزيد في هذا الإطار انظر عبد الرحمان الشرفاوي، م س، ص 24 وما بعدها.

<sup>369</sup> أورده بكر عبد السعيد محمد أبو طالب "أزمة العقد" رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية بمصر، سنة 2020، ص 122.

مسؤولية المقرض الذي أعطى أحد مديري إحدى الشركات قرضاً يتجاوز إمكانياته ولا يتناسب مع دخله.

وعموما نعتقد أن دور القضاء في الحد من مبدأ سلطان الإرادة بشكل يساهم في تحقيق نوع من التوازن العقدي يظهر من خلال مناسبتين: أولاً عند تطبيقه للمقتضيات القانونية التي نص عليها في قواعد قانونية أمرية، أو متعلقة بالنظام العام، هذه الأخيرة يكون القاضي ملزماً بإثارها وتطبيقها على العقد من تلقاء نفسه<sup>370</sup>، ثم ثانياً من خلال اجتهاد القضاء في تفسير بنود العقد لصالح الطرف الضعيف، وكذا حماية المستهلك من الشروط التعسفية بشكل يضمن توازناً بين طرفي العقد.

ونذكر هنا على سبيل المثال تدخل القضاء في بعض الحالات لاستبعاد بعض الشروط التعسفية<sup>371</sup>:

---

<sup>370</sup> ونذكر هنا بعض الأحكام، حيث جاء في حكم عدد 231 بتاريخ 02/07/2003 ملف 9/15/2001 صادر عن ابتدائية الرباط "وحيث إن البيع في واقع النازلة مخالف لمقتضيات المادة أعلاه، مما يكون معه باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وجاء في حكم آخر صادر عن ابتدائية الرباط بتاريخ 22/07/2003، ملف عدد 6/410/2004 صرحت فيه المحكمة بعدم قبول الدعوى، ومما جاء في حيثيات الحكم "وحيث إن البيع جاء سابقاً عن واقعة التسليم المؤقت، وأمام غياب هذه الوثيقة، فإنه يتعين التصريح بعدم القبول".

أشار لهذين الحكيمين مازن القضاوي "القضاء والعدالة التعاقدية"، بحث نهاية التكوين بالمعهد العالي للقضاء، فترة التدريب 2015/2017، ص 29 و30.

<sup>371</sup> لا يهمننا في هذا الباب الدخول في تعريف الشرط التعسفي وعناصر قيامه، للتوسع في هذا الإطار انظر: إدريس الفاخوري "حماية المستهلك من الشروط التعسفية" مجلة طنجيس، ع 3 سنة 2003، ص 65 وما بعدها.

### أولاً: الاتفاق على إسناد الاختصاص في المنازعات بين المورد والمستهلك

جاء قانون حماية المستهلك<sup>372</sup> من أجل حماية الطرف الضعيف "اقتصاديا" في العلاقة التعاقدية، ونقصد هنا المستهلك، وذلك من خلال وضع مجموعة من المقتضيات القانونية، ومن أهمها ما يتعلق بالاختصاص.

وهكذا إذا اتفق الطرفين على إسناد الاختصاص لمحكمة ما، وتعلق الأمر بنزاع بين المستهلك والمورد<sup>373</sup>، فإن المحكمة تكون ملزمة بإثارة عدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وهو ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بالدار البيضاء في أحد أحكامها<sup>374</sup>، والذي جاء في إحدى حيثياته "وحيث إن موطن أو محل إقامة المدعى عليه كمستهلك يتواجد بالقنيطرة أي خارج دائرة نفوذ هذه المحكمة، مما تكون معه هذه المحكمة غير مختصة.

وحيث بالاطلاع على العقدة المبرمة بين الطرفين يتبين أنه قد تم التنصيص في الفصل 25 منه صراحة على إسناد الاختصاص لمحاكم الدار البيضاء.

وحيث إعمالا لمقتضيات المادة 16 من القانون 31.08، فإن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية تبين لها أن البند المذكور من شأنه أن يرتب إخلالا بين حقوق وواجبات طرفي العقد، وهو ما يشكل شرطا تعسفيا، والذي يندرج في إطار المادة 18 من نفس القانون التي نصت على الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر والتي في جميع الأحوال تبقى للمحكمة صلاحية تقديرها.

<sup>372</sup> ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 ( 18 فبراير 2011 ) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011) ص 1072.

<sup>373</sup> وقد عرف قانون حماية المستهلك المورد والمستهلك في المادة 2 منه.

<sup>374</sup> حكم رقم 6667 في الملف رقم 2017/8209/5152 صادر بتاريخ 2017/06/2 عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، غ م.

وحيث تبعا لما بسط أعلاه، يبقى شرط إسناد الاختصاص لاغيا حسب المنصوص عليه في المادة 19 من قانون حماية المستهلك، ويتعين بالتالي تجاوزه، والتصريح بعدم الاختصاص المكاني للبت في النازلة.

### ثانيا: تدخل القضاء لمراجعة الشرط الجزائي المبالغ فيه

تنص الفقرة الثالثة من الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي".

وهكذا لئن كان من حق الطرفين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة أن يتفقا مسبقا على مبلغ التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه أو تأخر في تنفيذه، من خلال التنصيص على ذلك في بنود العقد، فإنه للقضاء سلطة مراجعة هذه البنود.

وفي هذا الإطار تدخل القضاء في مجموعة من الحالات قصد إبطال أو التخفيف من بعض الشروط التعسفية حتى قبل صدور القانون 08-31 المتعلق بحماية المستهلك، ونذكر هنا قرار صادر عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) سنة 1991 جاء فيه "لكن حيث لئن كانت محكمة الاستئناف لا تملك حق تعديل العقد إلا طبقا لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، فإنه ليس ثمة ما يمنعها من تعديل التعويض موضوع الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه منعا لإثراء أحد المتعاقدين على حساب المتعاقد الآخر"<sup>375</sup>.

<sup>375</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 977 الصادر في الملف المدني 85/3874 بتاريخ 10 أبريل 1991.

أشار إليه بلال العشيرى "الحماية القضائية من الشروط التعسفية" مقال منشور بأشغال الندوة المنظمة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسرية بمناسبة الذكرى المئوية لظهير الالتزامات والعقود، مطابع الرباط سنة

وقد برزت الحماية القضائية للطرف الضعيف من الشرط الجزائي بشكل جلي في ظل القانون 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، وذلك من خلال توسيع نطاق سلطة القضاء في بسط رقابته عليه وإمكانية إلغائه، وفي هذا الإطار قضت المحكمة التجارية بالرباط<sup>376</sup> ببطلان شرط تعسفي كان يقضي باستحقاق البنك لنسبة 10 في المائة من قيمة التسبيق رغم أن المدعي لم يخل بالتزامه إراديا، وإنما بسبب رفض البنك إقراضه.

### خاتمة:

يمكن الانتهاء من خلال ما سبق إلى أن موضوع أساس الالتزام العقدي تتجاذبه نظريتان؛ أولا أن أساس هذه الالتزام يتمثل في مبدأ سلطان الإرادة الذي حاول المشرع حمايته من خلال قانون الالتزامات والعقود، وإضفاء كل القيمة القانونية على تصرفات المتعاقدين المبنية على سلطان الإرادة، وثانيا ظهور مجموعة من النصوص القانونية التي جاءت في قوانين، أحيانا داخل قانون الالتزامات والعقود نفسه، وغالبا ما تكون خارج هذا القانون، وأصبحت تتدخل في إرادة المتعاقدين في سائر مراحل العقد، وتبرز إرادة المشرع التي تنبني على غايات اقتصادية واجتماعية...

ذلك أنه إذا كان من المسلم به أن إرادة المتعاقدين هي أساس الإلتزام، إلا أن تأثر المشرع بالتوجهات الحديثة لقانون العقود، والتي تؤسس الروابط العقدية بالاستناد إلى قواعد المنفعة الاجتماعية والعدالة التعاقدية والأمن التعاقدية... كان بمثابة انتكاسة لمبدأ سلطان الإرادة، وللأسف التي يقوم عليها قانون الالتزامات والعقود، لكن ألا يمكن اعتبار أن فلسفة المشرع في هذا الباب مبررة كذلك، بما أن الهدف منها هو حماية المصالح الاجتماعية والاقتصادية... وأن هذه العقود تشكل الإستثناء من القاعدة العامة التي تستند بالأساس لمبدأ سلطان الإرادة.

<sup>376</sup> حكم رقم 1980 صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2020/11/09، ملف رقم 1722/8232/20. للمزيد في هذا الإطار انظر عبد الجبار احميداني "التوازن العقدي: أية إمكانية للتحقق"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، الكلية المتعددة التخصصات الرشيدية، السنة الجامعية 2020-2020.

### لائحة المراجع:

- عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني" الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية.
- عبد الحق صافي "الوجيز في القانون المدني"، الجزء الأول - المصادر الإرادية للالتزام العقد والإرادة المنفردة دراسة في ق ل ع وفي القوانين الأخرى- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 2016.
- عبد الحق صافي "القانون المدني"، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، (العقد) الكتاب الأول تكوين العقد، الطبعة الأولى سنة 2006.
- التهامي الزروقي "تأثير قانون حرية الأسعار والمنافسة على النظرية العامة للعقد"، مطبعة قرطية بأكادير المغرب، طبعة 2021.
- بلال العشري "الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية" كتاب جامع لأشغال ندوة التحولات الاقتصادية وانعكاساتها على ظهير الالتزامات والعقود المغربي، مطابع الرباط نت، 2016.
- ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج ر عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011) ص 1072.
- ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، ج ر عدد 6276 بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014) ص 6077.
- القانون 107.12 المتعلق بتغيير وتتميم القانون 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)، ج ر عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 932.

ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، [ج ر عدد 5167](#) بتاريخ 13 شوال 1424 (8 ديسمبر 2003)، ص 3969.

ظهير شريف رقم 1.92.7 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات.

الأستاذة فاطمة الزهراء الباز

باحثة بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة القاضي عياض مراكش.

## مفهوم الرأسمال في الشركة ذات المسؤولية

### المحدودة

La notion de capital dans une société à responsabilité limitée

مقدمة:

مما لا شك فيه أن الشركات التجارية تعد الإطار الأكثر ملائمة للقيام بالمشاريع في ظل الاقتصاديات الحديثة ومن بين أهم الشركات التجارية نجد الشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>377</sup>، فهي الشكل الأساسي الذي تتخذه المقاولات الصغرى والمتوسطة وفعالية هذا النوع من الشركات التجارية ونجاحه ينبني بالأساس على تأسيسها وفق ما جاءت بها المقتضيات القانونية بتوفر الأركان العامة والخاصة لقيام الشركات التجارية.

وتتجسد أساسا هذه الأركان الخاصة في كل من تعدد الشركاء - لكن لهذه القاعدة استثناء والأمر يتعلق هنا بالشركة ذات المسؤولية المحدودة بشريك وحيد- ونية المشاركة وتوزيع الأرباح وتقديم الحصص<sup>378</sup>، وهذا الركن الأخير المتعلق بتقديم الحصص يشكل أحد العناصر الأساسية لتمويل المشروع من الناحية الاقتصادية أما من الناحية

<sup>377</sup>من بين المستجدات الأساسية للقانون المغربي الجديد للشركات أخذه بالشركة ذات المسؤولية المحدودة من شريك وحيد، حيث أنه أجاز لأول مرة للشخص الواحد أن يؤسس شركة لا يكون مسئولا عن ديونها إلا في حدود ما خصصه لها من رأسمال، وهذا النوع من الشركات سبق وأن شق طريقه في العديد من التشريعات المقارنة من مدة لا يستهان بها وقد أخذها المشرع المغربي عن التشريع الفرنسي.

<sup>378</sup>الفصل 982 من ظهير الالتزامات والعقود: "الأركان الموضوعية الخاصة بالشركات هي: تعدد الشركاء، تقديم الحصة، توزيع الأرباح، نية المشاركة".

القانونية فإن الحصص تشكل رأسمال الشركة وعصب ذمتها المالية والضمان العام للدائنين .

وتحديد مفهوم رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتخذ عدة أبعاد قانونية واقتصادية، الأمر الذي يفرض ضرورة التمييز بينه وبين مفهوم الذمة المالية للشركة فهذه الأخيرة تحتوي على سائر حقوق والتزامات الشركة ومشاريعها أما مفهوم الرأسمال فهو المبلغ الناشئ عن الحصص العينية والنقدية التي يقدمها الشركاء المساهمين.

وفيما يخص المفهوم الاقتصادي للرأسمال<sup>379</sup> فيتحدد بكونه عبارة عن مجموعة من الأموال المادية أو المعنوية كالآلات والمنشآت والعقارات...، ويجري تقسيم الرأسمال من الناحية الاقتصادية إلى رأسمال ثابت ورأسمال متداول، ويقصد بعبارة الرأسمال الثابت أن الشركة قد احتفظت بأموالها في شكل أصول أما الرأسمال المتداول فهو جزء من الرأسمال المكتتب به تقوم الشركة باستعماله مؤقتا على نحو متداول في تسيير الشركة.

أما بالنسبة لتحديد المفهوم القانوني للرأسمال، فبالرجوع إلى القوانين المنظمة للشركات نجد أن المشرع المغربي شأنه شأن المشرع الفرنسي لم يعمد إلى تحديد مفهوم للرأسمال القانوني للشركة تاركا الأمر للفقهاء<sup>380</sup> والقضاء إلا أن التعريف الذي حدده هذين الأخيرين لم يكن موحدًا، بل تنوعت واختلقت الآراء باختلاف الزوايا بحيث تم حصره أحيانا في الحصص بمفهومها القانوني الضيق وتم تمديده أحيانا أخرى ليشمل عدة قيم اقتصادية تتجاوز ما هو قانوني<sup>381</sup>.

وهكذا فقد تم تعريف الرأسمال بكونه مجموعة من الحصص المقدمة من طرف الشركاء سواء عند تأسيس الشركة أو خلال حياتها فهو أساس تمويل أنشطة الشركة

<sup>379</sup>- من وجهة النظر الاقتصادية يشير رأس المال إلى الثروة أو وسائل الإنتاج.

<sup>380</sup>- عبد الرحيم عبد العزيز جويغان، النظام القانوني لتخفيض رأس مال شركات الأموال، الطبعة الأولى، دار الجامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، الصفحة 20.

<sup>381</sup>- علال فالي، الشركات التجارية الجزء الأول المقتضيات العامة، مطبعة المعارف الجديدة 2016، الصفحة

وهذا الرأسمال له علاقة مرتبطة بمفهوم المراقبة داخل الشركة باعتبار أن كل من الأغلبية والأقلية لهما علاقة بالحصص التي قدمتها كل فئة وعدد الأصوات التي تتوفر عليها<sup>382</sup>.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن رأسمال الشركات التجارية<sup>383</sup> يعتبر الضامن لتعامل الدائنين و الأغيار مع الشركة ونظرا لأهميته نجد أن المشرع نص على إلزامية إدراجه في النظام الأساسي للشركة وذلك تحت طائلة بطلان الشركة<sup>384</sup>، ويمكن من خلال ما سبق طرح إشكال جوهري يتمثل في ماهية وبنية رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة واليات تكوينه؟.

للإجابة على التساؤل أعلاه سوف نقسم الموضوع إلى مبحثين، نخصص (المبحث الثاني) لتحديد آليات تغيير رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لكن قبل ذلك سوف نتطرق في (المبحث الأول) إلى بنية هذا الرأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

#### المبحث الأول: بنية رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يقصد ببنية رأسمال شركة ذات المسؤولية المحدودة الحصص المكونة للرأسمال فرأسمال الشركات التجارية ينبنى أساسا على تقديم الحصص المكونة له من طرف الشركاء، ويكتسي تقديم الحصة في الشركة أهمية بالغة من الناحية الاقتصادية حيث تبرز الحصة كعنصر أساسي في تمويل المقاول<sup>385</sup> ومن الناحية القانونية لضمان صحة تأسيس الشركة.

382- علال فالي، مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، الصفحة 112.

383- إلى جانب مفهوم الرأسمال هناك مفهوم آخر قريب منه يمكن أن يكون مصدرا للخلط واللبس، وهو مفهوم رؤوس الأموال الذاتية الذي اقتصر قانون 9.88 المحدد للقواعد المحاسبية الواجب أتباعها على التجار العمل بها، في قسمه الأول الخاص بحسابات التمويل الدائم على التمييز بينه وبين رؤوس الأموال الذاتية المماثلة.

384- المادة 50 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات التجارية.

ومن أجل التطرق لبينة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة فلا بد من تحديد الحصص المكونة لرأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (المطلب الأول)، على أن نتطرق بعد ذلك لآليات تكوين رأسمال الشركات التجارية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: الحصص المكونة لرأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تعتبر الحصص اللبنة الأساسية لتشكيل رأسمال الشركات التجارية فعملية تقديم الحصة من طرف الشريك دليل على نيته الحقيقية والفعالية للمشاركة في الشركة وبذلك ترتبط صفة الشريك بتقديم حصة معينة في الشركة كما تنتفي هذه الصفة بانتفاء التقديم.

ولقد حدد المشرع بموجب مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود مختلف أنواع الحصص التي يمكن تقديمها في رأسمال الشركة<sup>386</sup>، بحيث يمكن أن تكون نقوداً أو أشياء أخرى منقولة أو عقارية أو حقوق معنوية كما يسوغ أيضاً أن تكون عمل أحد الشركاء أو حتى عملهم جميعاً الأمر هنا يختلف من شركة إلى أخرى حسب خصوصية كل شركة على حدى.

وفي هذا الإطار سوف نتطرق للحصص المكونة لرأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مخصصين (الفقرة الأولى) للحديث عن الحصة النقدية والصناعية، ونتطرق بعدها للحصة العينية وذلك من خلال (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى: الحصة النقدية والصناعية

تتمثل هذه الحصة في تقديم مبلغ من النقود بشكل مباشر إلى الشركة، ويتم إيداعه إلزامياً في حساب بنكي مجمد يفتح باسم الشركة في طور التأسيس شركة المساهمة

386- الفصل 988 من ظهير الالتزامات والعقود يسوغ أن تكون الحصة في رأس المال نقوداً أو أشياء أخرى، منقولة كانت أو عقارية أو حقوقاً معنوية، كما يسوغ أيضاً أن تكون عمل أحد الشركاء أو حتى عملهم جميعاً، ولا يسوغ بين المسلمين، أن تكون هذه الحصة مواد غذائية.

والشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>387</sup>، أو اختياريًا في باقي أنواع الشركات الأخرى أو يتم تسليمه للمؤسسين مباشرة في الحالات التي لا يتم فيها إيداع هذه المبالغ بالحساب البنكي المجمع<sup>388</sup>.

إلى جانب الحصص النقدية نجد الحصص الصناعية والتي يمكن أن تقدم في الشركة ذات المسؤولية المحدودة استثناءً فهي إما أن تكون على شكل عمل أو تصرف أو سمعة<sup>389</sup>. أي أن يتعلق الأمر بوضعيات ترتبط بالاعتبار الشخصي بحيث أنه يتعهد الشريك بأن يضع رهن إشارة وتصرف الشركة معارفه التقنية، أو خدماته، أو عمله أو سمعته التجارية<sup>390</sup>.

ويمكن تعريف الحصص الصناعية بأنها العمل الفني أو الإداري المؤهل مثل عمل المهندس والمدير وليس مجرد العمل التبعية المأجور<sup>391</sup>.

وبالإضافة على المقتضيات المنظمة لتقديم الحصص نجد أن المادة 51 من القانون 5.96 المتعلق بباقي الشركات تقديم الحصص الصناعية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، وذلك مع استثناء وحيد يتعلق بالحالة التي يكون فيها غرض الشركة هو استغلال أصل تجاري أو مقاوله حرفية، حيث يمكن تقديمها كحصص للشركة أو إنشاءها من طرفها انطلاقاً من عناصر مادية أو معنوية قدمت لها بصفة عينية، جاز لمقدمها أن يقدم حصته الصناعية حينما يكون نشاطه الرئيسي مرتبطاً بتحقيق غرض الشركة.

387-الفقرة الرابعة من المادة 51 من القانون المتعلق بباقي الشركات: "تودع الأموال الناتجة عن دفع الأنصبة من لدن متلقيها في حساب بنكي مجمد داخل أجل ثمانية أيام ابتداء من تلقي الأموال عندما يكون رأسمال الشركة المحدد من طرف الشركاء يتجاوز مائة ألف درهم، يمكن القيام بإيداع الأموال المنصوص عليه في الفقرة السابقة بطريقة الكترونية، ويقوم البنك المودعة لديه النقود بإصدار شهادة في شكل محرر أو بطريقة الكترونية".  
388- وفي كلتا الحالتين معا يتسلم مقدم هذا المبلغ ما يثبت هذا التقديم وذلك بحسب كل الحالة، إما بشهادة يسلمها له البنك المفتوح لديه حساب الشركة في طور التأسيس أو بوصول يسلمه له المؤسس أو المؤسسين يفيد ذلك الإيداع أو التسليم.

389- أما العمل اليدوي غير الفني فلا يعتبر حصة في الشركة بل يكون مقدمه مجرد عامل.  
390- اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 16/07/1997 أنه يمكن تقديم مجرد التأثير الحقيقي والمشروع الذي يكون لشخص معين في مجال التجارة كحصص صناعية في الشركة.  
391 - فواد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الثاني الشركات التجارية، الصفحة 26.

ونشير في هذا الصدد إلى أن توجه التشريع المغربي ليس سوى تقليد للتشريع الفرنسي وهو توجه أيده جانب من الفقه المغربي<sup>392</sup>، لأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة أصبحت تتأسس من طرف شريك وحيد قد يقدم أصله التجاري أو مقاولته حصة في شركته إلى جانب نشاطه أو عمله، في حين انتقده جانب آخر من هذا الفقه<sup>393</sup>، لأن الحصة الصناعية لا تتقدم فعلا إلا خلال ممارسة ذلك النشاط الشيء الذي لا يتم إلا عند اشتغال الشركة أي خلال حياتها وهذا يتعارض مع ضرورة وجود رأسمال قائم بالإضافة إلى كونها لا تمثل نسبة من رأس المال القابل للتقييم والذي يعتبر الضمان الوحيد المقرر للدائنين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>394</sup>.

#### الفقرة الثانية: الحصة العينية

تشكل الحصة العينية من كل الأموال غير النقود وكذا الحقوق المقررة على هذه الأموال وبالتالي يتسع مجالها ويتنوع بحسب تطور مفهوم هذه الأخيرة بشكل يجعل وضع لائحة حصرية بمشتملاتها أمرا صعبا ويمكن تقديم الحصة العينية إما على سبيل الانتفاع أو على سبيل التملك.

بالنسبة للحصص المقدمة على سبيل التملك فإن تقديم حصة عينية للشركة على سبيل التملك ليس بمثابة بيع تماما إلا أنه يشبه البيع من حيث إجراءات الشهر وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فإذا كانت الحصة ملكية عقار مثلا فلا تنتقل الملكية إلا بعد التسجيل.

392- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الخامس، في شركات المساهمة البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة، دار نشر المعارف الجديدة، دار نشر المعرفة، الرباط، 2005، الصفحة:142.

393- محمد الإدريسي العلمي المشيشي، خصائص الشركات التجارية في التشريع الجديد، مجلة المحاكم المغربية، 6 يناير فبراير 200 العدد 80، الصفحة:25.

394- الهام الهراس، مكانة الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ماي 2009، العدد 16، الصفحة:36.

أما إذا ما تم تقديم الحصة على سبيل الانتفاع فقط فإن أحكام الإيجار هي التي تطبق هنا فيحتفظ الشريك مقدم الحصة بملكيتها ولا يحق للشركة أن تتصرف فيها وإذا هلكت الحصة فإنها تهلك على الشريك وعليه تقديم حصة أخرى.

المطلب الثاني: آليات تكوين رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

بمجرد رغبة شخص ما سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً في أن يصبح شريكاً بشركة معينة فإنه يكون ملزماً باحترام العديد من الالتزامات الضرورية لاكتسابه هذه الصفة<sup>395</sup>، ثم بعض الالتزامات الأخرى المفروضة عليه بعد صيرورته شريكاً فيها.

وتتنوع هذه الالتزامات باختلاف نوع الشركة المرغوب في تأسيسها أو الانضمام إليها فالالتزامات الشريك الوحيد في شركة ذات المسؤولية المحدودة ليست من نفس التزامات الشريك في شركة متعددة الشركاء، ومن بين أهم الالتزامات ذات الطابع المالي التي تقع على عاتق الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة نجد الاكتتاب في رأسمال الشركة<sup>396</sup>، وهذا الالتزام يتعلق بتقديم الحصة إثر دخول الشريك في الشركة وهذا ما سوف نخصص له (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى الالتزام السابق نجد أيضاً من بين الالتزامات ذات الطابع المالي والتي يلتزم بها الشريك قبل قيام الشخصية المعنوية للشركة الالتزام بتحرير الحصة المتعهد بتقديمها وهذا ما سوف نخصص له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاكتتاب في الرأسمال

يقصد بالاكتتاب ذلك التصرف القانوني الذي يلتزم بمقتضاه شخص معين وهو المكتتب بتقديم حصة في رأسمال شركة معينة تكون مساوية للأسهم أو الأنصبة التي يرغب

395- سوف نقتصر في هذه الدراسة على الالتزامات ذات الطابع المالي نظراً لارتباطها الوثيق بمفهوم الرأسمال.  
396- الفرق بين الاكتتاب والتحرير في الشركات التجارية يكمن في أن الاكتتاب هو تعهد الشريك بتقديم المبلغ النقدي موضوع الحصة إلى الشركة أما التحرير فيعني التنفيذ الفعلي للتعهد أي وضع الحصة التي تعهد بتقديمها رهن تصرف الشركة.

في الحصول عليها ويعكس رغبته في أن يصبح شريكا في هذه الشركة ويترجم هذا التصرف من خلال توقيع المكتتب على النظام الأساسي للشركة<sup>397</sup>.

ونصت المادة 51 من القانون 5.96 المتعلق بباقي الشركات على ضرورة أن يكتتب في الرأسمال بالكامل، بحيث لا يجوز طرح جزء من رأس المال للاكتتاب دون الباقي أو الاكتفاء بالمبالغ المكتتب فيها فحسب أو إصدار أنصبة أو أسهم بأقل من قيمتها الاسمية ذلك أن الاكتتاب الكلي هو الممر الرئيسي الذي يتم عن طريقه تمكين الشركة من الأموال اللازمة لتحقيق غرضها، ويعد شرطا سابقا على تحرير رأس المال وضروريا لقيامه وحصوله.

وإلى جانب الشرط السالف الذكر هناك شرط آخر وهو المتعلق بالأ يكون الاكتتاب وهميا<sup>398</sup>، وألا يكون قابلا للرجوع فيه أو موقوفا على شرط والإخلال بهذه الشروط رتب عنه المشرع جزاءات منها ما هو مدني ومنها ما هو جنائي وهذا ما يكرس اتجاه المشرع إلى تكريس مفهوم النظام العام في الشركات التجارية<sup>399</sup>.

397- ولقد انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للاكتتاب إلى عدة اتجاهات، اتجاه يرى بأنه عقد بين المكتتب وبين المؤسسين يلتزم بمقتضاه هؤلاء بالاستمرار في إجراءات تأسيس الشركة، وهناك اتجاه آخر يرى بأن الاكتتاب هو عقد كذلك إلا أنه يجمع بين المكتتب والشركة في طور التأسيس ممثلة بالمؤسسين وهو عقد أولي يمهد لعقد نهائي وهو عقد تأسيس الشركة الذي لا ينعقد إلا بعد أن يتم الاكتتاب بكامل رأس المال ويسدد ريعه على الأقل وينتهي تأسيس الشركة، واتجاه فقهي آخر يرى بأن الاكتتاب هو تصرف بإرادة منفردة يتعهد بمقتضاه المكتتب بالدخول في الشرك بقدر من الأنصبة أو الأسهم. للتفصيل أكثر حول هذه الاتجاهات الفقهية أنظر: فؤاد معلال، مرجع سابق، الصفحة 192-193.

398- cour d'Apple de rabat première chambre, arrêt N2116 du 30 janvier 1940, recueil des arrêt de la cour d'Apple de rappel de rabat, Tomme X, années 1939-1940, imprimerie officielle Rabat 1941.

تمت الإشارة إليه في علال فالي، الشركات التجارية الجزء الأول المقننات العامة، مرجع سابق، الصفحة: 296. 399- تنص المادة 113 من القانون المتعلق بباقي الشركات على أنه: يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 2000 إلى 30000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين يدلون، وعن قصد، بتصريح كاذب في عقد الشركة بخصوص توزيع أنصبة الشركة ما بين الشركاء أو تحرير الأنصبة أو إيداع الأموال أو يغفلون عن عمد القيام بذلك التصريح، تطبق أحكام الفقرة السابقة في حالة الزيادة في رأس المال.

## الفقرة الثانية: تحرير الرأسمال

إن تحرير الرأسمال يعد من بين الآليات المحورية في تكوين رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة وأحد أهم الالتزامات ذات الطابع المالي التي تقع على عائق الشريك قبل قيام الشخصية المعنوية للشركة.

وعملية تحرير الرأسمال تشكل التجسيد الفعلي لدخول الشريك في الشركة وتنفيذ تعهده بتقديمها رهن تصرف الشركة سواء تعلق الأمر بحصة نقدية أو عينية، لأنه بمجرد توقيع المكتتب على النظام الأساسي للشركة يصبح ملتزماً بتحرير الحصة التي التزم بتقديمها وذلك تحت طائلة إثارة مسؤوليته عن الامتناع أو التقصير أو التماطل فيه<sup>400</sup>.

والمشروع نظم إجراءات تحرير الحصص في كل من شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك اعتباراً لأهمية الرأسمال في هذا النوع من الشركات ذات المسؤولية المحدودة للشركاء فيها عن ديون الشركة<sup>401</sup>، في مقابل ذلك لم يتم بتنظيم هذه العملية بباقي الشركات التي تتميز بالمسؤولية المطلقة والتضامنية للشركاء فيها عن ديون الشركة بحيث يبقى للرأسمال دور أقل أهمية من دوره داخل الشركات ذات الطابع المالي وهذا ما يعطي نوع من الخصوصية للرأسمال في الشركات ذات الطابع المالي.

وعملية تحرير الرأسمال تختلف حسب ما إذا تعلق الأمر بتقديم حصة نقدية أو عينية أو صناعية فلكل حصة خصوصياتها، فالنسبة لتحرير الحصة النقدية فيتم بالأداء الفعلي للمبلغ المقدم كحصة في الشركة سواء تعلق الأمر بالأداء النقدي أو عن طريق شيك بنكي أو بتحويل وبكل عملية مماثلة، ويجب أن تدفع نسبة الربع على الأقل من مجموع مبالغ الأنصبة الممثلة للحصة النقدية، ويدفع الباقي وكما نص على ذلك المشروع في دفعة واحدة أو عدة دفعات حسب قرار يتخذه المسير داخل أجل لا يتجاوز خمس سنوات ابتداء من تقييد الشركة في السجل التجاري غير أن رأس مال الشركة يجب أن يدفع مجموع

<sup>400</sup> في حالة وجود نزاع أو خلاف بين الشركاء أو المؤسسين وبين أحدهم أو بعضهم حول تحرير الحصص، فإنه يتعين على الشريك إقامة الدليل على تنفيذ التزامه وذلك بمختلف وسائل الإثبات.  
<sup>401</sup> المواد 51 و52 و53 من القانون المتعلق بباقي الشركات.

مبلغه قبل أي اكتتاب في أنصبة جديدة تدفع مبالغها نقدا وذلك تحت طائلة بطلان العملية.

أما بخصوص تحرير الحصة العينية فيتم ذلك عن طريق النقل الفعلي للملكية من الذمة المالية للشريك إلى الذمة المالية للشركة.

### المبحث الثاني:

#### تعديل رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن عملية تعديل رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>402</sup> تتضمن مسألتين إما الزيادة في الرأسمال أو تخفيضه وهذا وفق الأحكام المنظمة لتغيير الرأسمال والتي جاء بها المشرع في الشق المتعلق بتغيير رأس المال الشركة ذات المسؤولية المحدودة من القانون رقم 5.96 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة وباقي الشركات، ومنه فإن تعديل رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة قد يكون عن طريق الزيادة (المطلب الأول) في حالة رغبة الشركة في توسيع نشاطها، أو رغبتها في إدخال شركاء جدد إلى الشركة، أو يتم التعديل عن طريق التخفيض منه (المطلب الثاني) إذا ما كانت الشركة في حاجة إلى ذلك.

#### المطلب الأول: الزيادة في رأسمال شركة ذات المسؤولية المحدودة

تشكل الزيادة في رأسمال شركة ذات المسؤولية المحدودة إحدى أهم التعديلات التي ترد على الشركة أثناء حياتها وذلك من أجل توسيع نشاطها أو إدخال شركاء جدد، وقد أوكل المشرع للجمعية الغير العادية الاختصاص في تعديل الرأسمال وقد نظم المشرع أحكام الزيادة في رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة سواء في إطاره الموضوعي أو الإجرائي

402- يرتب تعديل رأسمال الشركة بالزيادة أو التخفيض، تعديلا للنظام الأساسي للشركة، ولذلك يتعين اتخاذ قرار التعديل من الجهة التي تكفل لها قوانين الشركات صلاحية تعديل النظام الأساسي، وبالنظر إلى أن تغيير رأس المال يرتب تعديلا للنظام الأساسي للشركة فإنه يتعين أن يخضع هذا التغيير لإجراءات الشهر المنصوص عليها بقوانين الشركات والمنظمة للسجل التجاري.

أو إطراره الزجري، فتطرق إلى أسباب هذه الزيادة ( الفقرة الأولى) وحدد الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحة هذا الزيادة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أسباب الزيادة في رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن عملية الزيادة في رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة ما هي إلا تصرف قانوني يتم بموجبه تعديل عقد الشركة بزيادة رأسمالها أثناء حياة الشركة وذلك وفقا للأساليب والإجراءات التي يحددها القانون<sup>403</sup>، وهذه الزيادة يكمن الهدف منها تقوية القدرة المالية للشركة لكي تسير الأوضاع التي تعمل تحت ظلها وتنوع الأسباب التي تدفع إلى الزيادة في الرأس مال وسوف نذكر بعضها.

ومن بين الأسباب التي تدفع إلى الزيادة في رأس المال إذا ما كانت الشركة تمر بمرحلة صعبة خصوصا في حالة التسوية القضائية وتحتاج في هذه الفترة إلى أموال جديدة تساعد على استمرارية نشاطها أولا أو تسديد ديونها ثانيا، ومن أجل أن تتخلص الشركة من الديون التي تتحملها، فإنها تلجأ إلى زيادة رأسمالها لغرض القيام بسداد الديون أيضا حيث تقوم بتحويلها إلى حصص، وبالتالي يزيد رأسمال الشركة بقدر الديون التي تم تحويلها<sup>404</sup>.

وهنا نتساءل الى جانب بعض الفقه حول إمكانية الزيادة في الرأسمال لفائدة الأجراء وذلك في ظل ظهور نظرية الشريك الأجير؟.

يمكن أن تتم الزيادة في الرأسمال لفائدة الأجراء بحيث أن الأجير وكما هو معلوم يعتبر غيرا عن الشركة والقانون الذي ينظم العلاقة بينه وبين الشركة هو مدونة الشغل لكن في الآونة الأخيرة أصبح الأجير يكتسح أيضا قانون الشركات وبقوة إذ أصبح العديد من فقهاء قانون الشركات يتطرقون للأجير في قانون الشركات ووضعيته بشكل متزايد، وهذا

403-نغم حنا رؤوف نئيس، النظام القانوني للزيادة في رأسمال شركة المساهمة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2002 الصفحة:43.

404-نايف أحمد ضاحي الشمري، النظام القانوني لزيادة وتخفيض رأس مال الشركات التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2017، الصفحة30.

راجع إلى ظهور نظرية الأجير الشريك والتي تدمج الأجير في حياة الشركة وتخرجه من دائرة الدائنين نسبيا وإدخاله في دائرة الشركاء وهذا كله من أجل تطوير الشركة.

وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على إمكانية تخصيص أسهم لفائدة الأجراء في الفصول المتعلقة بتعديل رأس مال شركة المساهمة<sup>405</sup>، وخصص كذلك لهذه العملية عدة نصوص تنظمها<sup>406</sup> عكس المشرع المغربي.

الفقرة الثانية: شروط وطرق زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

باعتبار زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة يؤثر على مركزها المالي فإن ذلك لا يتم إلا بتوفر مجموعة من الشروط (أولا)، ووفق الطرق المحددة من طرف المشرع (ثانيا).

أولا: شروط زيادة رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

للزيادة في رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة لابد من توفر مجموعة من الشروط منها ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي ووجود هذه الشروط ضروري حتى تقوم الزيادة صحيحة ومنتجة لأثارها فمن بين أهم الشروط أنه يجب سداد الرأسمال بالكامل قبل الشروع في عملية الزيادة.

ومن بين الشروط الشكلية ضرورة صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية، فالقاعدة العامة تقتضي أن زيادة رأسمال الشركة يكون بناء على قرار من الجمعية العامة غير العادية، حيث تختص هذه الجمعية بتعديل النظام الأساسي للشركة فهذا النظام

<sup>405</sup> -Article 225-177 : L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil administration ou du directoire, selon le cas et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, peut autoriser le conseil administration ou le directoire à consentir, au bénéfice des membres du personnel salarié de la sociétés ou de certains d'entre eux, des options donnant droit à la souscription d'actions.

<sup>406</sup>- code de commerce –Sectoin7: des modifications du capital social et de l'actionariat des salariés- Sous-section : souscription et de l'achat d'actions par les salariés.

Voir articles ;L225-177 L225-197 R225-137 R 225-145.

الأساسي يشكل قانون المتعاقدين، وطبقا للقواعد العامة لا يجوز تعديله إلا بموافقة الشركاء ونشير في هذا الصدد إلى أن حق الجمعية العامة في تعديل النظام الأساسي يتعلق بالنظام العام فلا يجوز حرمانها منه بنص القانون الأساسي أو تقييده بقيد ما<sup>407</sup>.

إن الجمعية العامة غير العادية لا تفصل في قرار الزيادة إلا إذا توفر النصاب الذي تطلبه المشرع حسب الفقرة الثانية من المادة 75 من القانون رقم 96.5، وعليه فإن قرار رفع الأسهم بإدماج الأرباح أو الاحتياطي يتخذ من طرف الشركاء الممثلين لنصف الأنصبة على الأقل، وهذا النصاب المحدد من طرف المشرع متعلق بالنظام العام ويتجلى ذلك من خلال تنصيب المشرع على إبطال القرارات المتخذة خرقا لهذه الأحكام .

وفي الأخير نشير إلى أن تغيير رأس المال يرتب تعديلا للنظام الأساسي للشركة ومنه يتعين أن يخضع هذا التغيير لإجراءات الشهر المنصوص عليها بقوانين الشركات والنصوص المنظمة للسجل التجاري<sup>408</sup>، ويتم الشهر من طرف الممثلين القانونيين للشركة أو من طرف كل وكيل مفوض منهم تحت مسؤوليتهم ويتعين أن يتم داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ القرار المتخذ من طرف الجمعية العامة غير العادية للشركاء وذلك تحت طائلة بطلان القرار المتخذ وهذا الأجل متعلق بالنظام العام .

ثانيا: طرق الزيادة في رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن الشركة ذات المسؤولية المحدودة كغيرها من الشركات التجارية قد تعتمد إلى تكييف قدراتها المالية مع ما تعيشه من أوضاع جديدة وهي أوضاع تجعل الشركة أمام خيار رفع رأسمالها، وهكذا تكون الشركة في وضعية تدفعها إلى الزيادة في رأس مالها إما بفعل توسع نشاط الشركة أو بفعل سداد ديون الشركة وذلك بثلاثة طرق، تقديم حصص نقدية أو عينية جديدة(1) أو بإجراء مقاصة مع ديون الشركة المحددة المقدار والمستحقة(2) وأخيرا عن طريق إدماج الاحتياطي أو أرباح أو علاوات إصدار رأس المال(3).

<sup>407</sup>-مصطفى كمال طه، المرجع السابق، الصفحة 122.

<sup>408</sup>-ولقد تم إحداث ما يسمى بالسجل التجاري الإلكتروني.

## 1- تقديم حصص نقدية أو عينية جديدة

إن الزيادة في رأس المال عن طريق تقديم حصص نقدية نظمها المشرع بطريقة تفصيلية مقارنة مع باقي الطرق الأخرى للزيادة في الرأس مال، حيث أنه تطرق لشرط هذه الزيادة وحق أفضلية الاكتتاب فيها وكيفية تحقق الزيادة وهي تخضع لنفس الإجراءات والشكليات المتعلقة بتأسيس الرأسمال وعملية تقديم الحصص العينية خلال حياة الشركة تكون أسهل وأبسط نوعا ما من المقارنة مع مرحلة تأسيس الشركة.

## 2- إجراء مقاصة مع ديون الشركة المحددة المقدار والمستحقة

من بين أهم الطرق التي حولها المشرع للشركاء من أجل الزيادة في رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة إجراء مقاصة مع ديون الشركة المحددة المقدار والمستحقة بحيث أنه في هذا الصدد يمكن أن يصبح الدائنين للشركة شركاء، وقد اقتبس القانون 10-24 من المادة 183 من القانون 95-17 وأشار لها أيضا بموجب الفقرة الأولى من المادة 77 من القانون المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة وباقي الشركات.

بموجب هذه الطريقة تنقضي الالتزامات بين الدائن على الشركة المحدد والمستحق ودين الشركة على نفس الدائن بمناسبة إجراء عملية الزيادة في رأس المال، ومنه يمكن القول أنه لا يجوز إجراء مقاصة<sup>409</sup> سوى على الديون المحددة المقدار والمستحقة على الشريك<sup>410</sup>، وهذه الزيادة في الرأس المال تقتضي تعديل النظام الأساسي للشركة وبالتالي يرجع أمر الفصل فيها من اختصاص الجمعية العامة غير العادية، وبمفهوم المخالفة فإن الديون التي يكون مقدارها غير محدد وغير المستحقة على الشركة فإنها لا تخضع لعملية

409- المقاصة هي طريقة من طرق الوفاء بالالتزام، فإذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في نفس الشخص أي أن يعتبر الشخص دائن بماله على المدين وفي نفس الوقت، ولهذا يجوز أن تتم المقاصة على دين في ذمة الشركة إلا أنه لا يجوز أن تتم المقاصة على دين في ذمة أحد الشركاء وتعتبر المقاصة طريقة من طرق الوفاء بالزيادة.  
410- عز الدين بنستي، مرجع سابق، الصفحة 150.

المقاصة وبالتالي لا يستفيد أصحابها من امتياز الحصول على أنصبة تعادل إلى حد ما مبلغ ديونهم<sup>411</sup>.

وفي إطار حديثنا عن الديون المستحقة في ذمة الشركة نطرح سؤالاً نوردده على الشكل الآتي هل يحق دمج الحساب الجاري للشركاء في رأسمال الشركة؟.

### 3- إدماج الاحتياطي أو أرباح أو علاوات إصدار رأسمال

قبل التطرق للزيادة في رأس مال الشركة عن طريق ضم الاحتياطي لا بد من تحديد المقصود بالاحتياط<sup>412</sup> فهو ذلك الجزء من الأرباح التي تلتزم الشركة قانوناً باقتطاعه من أرباحها بصفة منتظمة حتى تتمكن من مواجهة مختلف الخسائر أو النفقات الاستثنائية التي تعترضها ويلعب هذا الاحتياط دوراً مهماً في تقوية المركز المالي للشركة<sup>413</sup>.

إن الزيادة في رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن طريق إدماج احتياطي أو أرباح أو علاوات إصدار في رأس المال تعد شكلاً من أشكال الرسملة التي تمس الاحتياطي ومن الناحية المالية تعد شكلاً من أشكال تعديل كتلة الأموال الذاتية فهي تقنية يترتب عن إحداثها تغيير في البنية على اعتبار أن جزء من الاحتياطات أو كلها تزيد في رأسمال الشركة<sup>414</sup>.

411- عز الدين بن سني، مرجع سابق، ص 149.

412- ويقسم بعض الفقه الاحتياط في الشركات إلى ثلاثة أقسام: الاحتياط القانوني، الاحتياط الاختياري، الاحتياط النظامي، ويعتبر البعض أن هذا النوع من الاحتياط هو بمثابة احتياط قانوني لا يجوز المساس به للتوسع أكثر أنظر:

- نعم حنا رؤوف نئيس- مرجع سابق، الصفحة: 97.

413- زلماط فؤاد، طرق الزيادة في رأس مال شركة المساهمة في القانون المغربي، مقال منشور، المجلة المغربية لدراسات والاستشارات القانونية، العدد الأول، السنة الأولى 2017، الصفحة: 135.

414- وفي هذا الصدد جاء في حيثيات حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش عدد 10769 بتاريخ 10/11/2009 من الملف رقم 1172/06/2009: وجاء في قاعدة هذا الحكم الشركة ذات المسؤولية المحدودة – شركة ذات المسؤولية المحدودة الزيادة في رأسمالها عن طريق المقاصة بين ديون الحساب الجاري للشركاء على الشركة – "مادام أنه لا القانون الأساسي يسمح للمدعي له بالزيادة في رأس المال عن طريق المقاصة بين الحساب الجاري للشركاء على الشركة ولا القانون المطبق على الشركات ذات المسؤولية المحدودة فإنه عملاً بمقتضيات المادة 183 من القانون المتعلق بشركة المساهمة، والتي تمت الإحالة عليها بموجب القانون 5،99، المطبق على الشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنه طبقاً للمادة 75 من القانون المذكور لا يسوغ تعديل القانون الأساسي للشركة إذا كان من شأن ذلك الزيادة في أعباء أحد الشركاء".

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت عملية الزيادة في رأسمال الشركة بمثابة تعديل للأنظمة الأساسية وتتطلب أغلبية الشركاء الممثلة على الأقل لثلاثة أرباع رأسمال الشركة، فإن قرار رفع رأس المال أو الاحتياطي وحسب الفقرة الأخيرة من المادة 75 يتخذ فقط بمجرد أغلبية الممثلين لنصف الأنصبة على الأقل على غرار شركة المساهمة<sup>415</sup>.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر عنها سمة 2014، حيث جاء في قاعدة هذا القرار أنه: "عملا بمقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة للمادة 75 من القانون 5.96 فإنه لتعديل النظام الأساسي للشركة في أي بيان من بياناته ومنها طبعاً رأسمالها، يتعين توفر موافقة ثلاثة أرباع رأسمال الشركة وهناك استثناء يشترط فيه موافقة فقط الشركاء الممثلين لنصف الأنصبة ويتعلق الأمر هنا بالرفع من رأسمال الشركة الذي يتم بإدماج الأرباح والاحتياطي..."<sup>416</sup>.

#### المطلب الثاني: تخفيض رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن عملية تخفيض رأسمال الشركات التجارية بصفة عامة والشركة ذات المسؤولية المحدودة مقارنة مع عمليات الزيادة في رأس المال الشركة تكون قليلة الوقوع، فلا يتم اللجوء إليها إلا لتسوية وضعيات قانونية مستعصية أو لتسوية الخسائر التي عرفتتها الشركة بحيث أن الشركات غالباً ما تشكو من عدم كفاية الأموال الموظفة وليس من الفائض فيها.

بالرغم من ذلك فليس هناك ما يمنع الشركة من اللجوء إلى تقنية تخفيض رأسمالها متى كان يتجاوز احتياجاتها، وذلك لتجنب أداء أرباح عن أموال غير موظفة أو لتسوية

-حكم منشور على الموقع الإلكتروني:

WWW.MAHKAMATI.MA-

416-قرار صادر عن محكمة النقض عدد1/158، الصادر بتاريخ 20/03/2014 في الملف تجاري عدد 2012/1/3/1608.

-تمت الإشارة إليه في:

-مصطفى بونجة -نهال اللواح، منازعات الشركاء في الشركات التجارية من خلال العمل القضائي الجزء الأول، الطبعة الأولى مطبعة ليتوغراف، طنجة سنة 2018، الصفحة 197.

الخسائر التي حلت بالشركة، المشرع قيد هذا التخفيض بشرط أن لا يمس هذا التخفيض بمبدأ المساواة بين الشركاء<sup>417</sup>، وبناء على ما سبق سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى أسباب وشروط تخفيض رأسمال شركة ذات مسؤولية محدودة وذلك في (الفقرة الأولى)، على أن نتطرق في الشق الثاني لمحدودية تخفيض رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: أسباب وشروط تخفيض الرأس المال

كما سبق وأن أشرنا فإنه قد تلجأ الشركة إلى تخفيض رأسمالها إذا تبين لها أنه يفوق حاجات استثمارها فيكون من الأفضل تخفيض جزء من رأسمالها وإرجاعها للشركاء بدلا من تجميده نظرا لعدم قدرتها على تشغيله، وقد تخفض رأسمالها أيضا لجبر خسارة حلت بالشركة، هذه من أهم أسباب تخفيض رأس مال الشركات التجارية عملية تخفيض رأس المال لا يكفي لقيامها توفر الأسباب وإنما لابد من احترام مجموعة من الشروط ومنه سوف نخصص هذه الفقرة للتفصيل في شروط تخفيض رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ثانيا)، وقبل ذلك سوف ندرج أهم أسباب تخفيض الرأسمال (أولا).

#### أولا: أسباب تخفيض رأس المال

إن تخفيض رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة قد يتم تخفيضه لجبر خسارة حلت بالشركة (1)، أو لكون أن رأسمال الشركة يفوق حاجاتها (2).

#### 1\_ تخفيض رأس المال لجبر خسارة حلت بالشركة

يمكن أن تتكبد الشركة ذات المسؤولية المحدودة خسائر وتصبح أصولها في هذه الحالة غير متعادلة من رأسمالها أي زيادة الخصوم على الأصول وهذا ما ينتج عنه انعدام التوازن في ميزانيتها المالية مما يستدعي البحث عن سبل إعادة التوازن الشيء الذي لن يتم

417- علال فالي، الشركات التجارية مقتضيات عامة، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة 2019، الصفحة 161.

إلا عن طريق تخفيض الرأسمال إلى المقدار المناسب مع الرأسمال الحقيقي للشركة ذلك أن التخفيض المعلل بالخسارة ويهدف إلى تحقيق التوازن المالي للشركة وتحسينه.

## 2\_زيادة الرأسمال عن حاجة الشركة

قد لا يكون سبب تخفيض الرأسمال هو الخسارة التي منيت بها الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وإنما الزيادة في الرأسمال وهذا ما يدعو الشركة إلى تخفيضه كونه يزيد عن حاجتها ويكون ذلك إما بسبب إخفاق تقدير المؤسسين لرأسمال الشركة أو لقلّة الطلب على المنتج أو إذا كانت المنافسة قوية، حينئذ يكون من مصلحة الشركة تخفيض رأسمالها بالقدر الزائد لترد القيمة الفائضة ولا تبقى سوى القيمة التي تراها كافية لممارسة نشاطها، وعليه تتفادى الشركة دفع الأرباح عن الأموال غير المستثمرة فعلا علاوة على تفادي مخاطر تغيير العملة.

## 3\_اكتفاء الشركة بالمبالغ المدفوعة من رأس المال

قد يكون من بين أسباب تخفيض رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة اكتفاء الشركة في المراحل الأولى بعد تأسيسها بالمبالغ المدفوعة من رأس المال وكونها لا تحتاج إلى الدفعات الباقية أي أن الشركة تخفض رأس المال في حدود المبالغ المدفوعة وتكتفي بالأموال التي قد تم دفعها فعلا.

## ثانيا: شروط تخفيض رأس المال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن عملية تخفيض الرأسمال تخضع لإجراءات أكثر تعقيدا من الإجراءات التي تتخذها خلال الزيادة في الرأس مال، ذلك لأن الزيادة تؤدي إلى زيادة الضمان العام للدائنين وهي عكس التخفيض الذي يضعف ضمان الدائنين ولهذا خول لهم المشرع الحق في ممارسة التعرض، وتتطلب لتخفيض الرأسمال مجموعة من الشروط من قبيل صدور قرار الزيادة عن الجمعية العامة غير العادية وعدم المساس بمبدأ المساواة بين الدائنين(2)، تم توجيه مشروع التخفيض لمراقب الحسابات(3).

## 2\_عدم المساس بمبدأ المساواة بين الدائنين

القاعدة تقتضي بأن الرأس مال هو الحد الأدنى من الضمان المقرر لدائني الشركة ومن ثم لا يجوز للشركة أن تخفضه دون مراعاة حقوق دائنيها، وهنا ميز المشرع بين صنفين من الدائنين في المادة 79 من القانون رقم 5.96 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة الصنف الأول وهم الدائنين الذين نشأت ديونهم قبل التخفيض، والصنف الثاني يتمثل في الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد التخفيض.

فبالنسبة للدائنين الذين نشأت ديونهم قبل التخفيض هم الدائنين الذين يفترض فيهم أنهم تعاملوا مع الشركة بمراعاة رأس مالها الموجود في ذلك الحين فإذا تم تخفيضه فسيؤدي ذلك إلى الانتقاص من الضمان المقرر لهم مما يشكل أضراراً بحقوقهم لذلك أعطاهم المشرع رغبة منه في توفير الحماية لهم الحق في الاعتراض على قرار التخفيض.

أما بالنسبة للصنف الثاني من الدائنين وهم الذين نشأت ديونهم بعد التخفيض اللاحق لهم في التعرض على قرار التخفيض لأنهم لم يعتمدوا عند تعاملهم مع الشركة على رأس مالها الأصلي بل عليه بعد تخفيضه، وبالتالي يكون هذا الأخير هو الحد الأدنى من الضمان المقرر لهم.

وأخيراً فحسب المادة 79 من القانون المتعلق بباقي الشركات يجب أن يخفض رأس المال من جمعية الشركاء التي تبت وفق الشروط المنصوص عليها في النظام الأساسي.

## 3-توجيه مشروع التخفيض لمراقب الحسابات

يوجه مشروع تخفيض رأس المال إلى مراقبي الحسابات إن وجدوا داخل أجل خمسة وأربعين يوماً على الأقل قبل تاريخ انعقاد الجمعية العامة المدعوة للنظر في هذا المشروع ويطلع المراقبون الجمعية العامة على تقييمهم بشأن أسباب وشروط التخفيض.

وإذا صادقت الجمعية العامة على مشروع تخفيض رأس المال غير المعلل بحصول خسائر جاز للدائنين الذين ترتب دينهم قبل تاريخ إيداع محضر المداولة بكتابة الضبط، أن

يتعرضوا على التخفيض داخل أجل ثلاثين يوم من تاريخ الإيداع ويبلغ التعرض إلى الشركة بإجراء غير قضائي ويرفع للمحكمة<sup>418</sup>.

ويرفض رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات التعرض أو يأمر بتسديد الديون أو بتكوين ضمانات إذا عرضتها الشركة واعتبرت كافية ولا يمكن أن يشرع في عمليات تخفيض رأس المال خلال سريان أجل التعرض.

الفقرة الثانية: حدود تخفيض رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تختلف عملية الزيادة في الرأس المال عن التخفيض فيما يخص حق تعرض الدائنين حيث أن المشرع أجاز للدائنين الذين ترتبت ديونهم قبل تاريخ إيداع محضر المداولة، أن يتعرضوا على التخفيض داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإيداع، ويبلغ التعرض إلى الشركة بإجراء غير قضائي ويرفع للمحكمة<sup>419</sup>.

وبعد رفع الأمر إلى رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات قد يرفض التعرض الذي قدمه الدائنين أو يأمر بتسديد الديون أو بتكوين ضمانات إذا عرضتها الشركة واعتبرت كافية ولا يمكن أن يشرع في عمليات تخفيض رأس المال خلال سريان أجل التعرض.

وبناء على ما سبق وختما لهذه الدراسة يمكننا القول على أن رأسمال الشركات التجارية وخصوصا الشركات ذات الطابع المالي، يشكل أهم عنصر لتكوين هذه الشركات بكونه يشكل الضمان الوحيد والفعلي لدائنين هذا النوع من الشركات التجارية وكذا دوره الفعال المتمثل في أنه يسمح للقائمين بالإدارة بإصدار القرارات المتعلقة بإجراءات التعديل سواء بزيادة رأس المال أو بتخفيضه وهذا ما دفع المشرع إلى وضع نظام قانوني صارم يتم تطبيقه على الشركة سواء أثناء تأسيسها أو تعديلها بالزيادة أو التخفيض والذي يتم في مرحلة سير الشركة، وفي حالة مخالفة هذه النصوص التي حددها المشرع لتشكيل الرأسمال

<sup>418</sup>-المادة 79 من القانون رقم 5.96 المتعلق ببياني الشركات.

<sup>419</sup>- حسب الفقرة الثالثة من المادة 79 من القانون 5.96 المتعلق بالشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وكذا أحكام تعديله فإنه تترتب الآثار القانونية الناتجة عن ذلك الإجراء لا من حيث بطلان الإجراءات ولا من حيث الجزاءات الجنائية المتعلقة بحماية رأسمال الشركات التجارية.

ونخلص في الأخير إلا أن طبيعة الرأسمال في الشركات ذات المسؤولية المحدودة تمزج بين ما هو اقتصادي وبين ما هو قانوني، أي أن مفهوم الرأسمال في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتخذ مفهومين محوريين مفهوم قانوني ويتجسد في اعتبار الرأسمال أحد أهم مكونات الشركة ومفهوم اقتصادي يتجلى في اعتبار الرأسمال هو الضمان الوحيد لدائني الشركة.

✓ لائحة المراجع:

\_ علال فالي، الشركات التجارية الجزء الأول المقتضيات العامة، مطبعة المعارف الجديدة 2016.

\_ علال فالي، مفهوم رأس المال في شركة المساهمة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.

\_ فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد الجزء الثاني الشركات التجارية، دار الأفاق المغربية، الطبعة الخامسة 2016.

\_ مصطفى بونجة - نهال اللواح، منازعات الشركاء في الشركات التجارية من خلال العمل القضائي الجزء الأول، الطبعة الأولى مطبعة ليتوغراف، طنجة سنة 2018.

\_ أحمد شرقي السباعي الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الخامس، في شركات المساهمة البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة، دار نشر المعارف الجديدة، دار نشر المعرفة، الرباط، 2005.

\_ عزالدين بن ستي، الشركات في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2014.

\_ محمد الإدريسي العلمي المشيشي، خصائص الشركات التجارية في التشريع الجديد، مجلة المحاكم المغربية، 6 يناير فبراير 200 العدد 80.

\_ زلماط فؤاد، طرق الزيادة في رأس مال شركة المساهمة في القانون المغربي، مقال منشور، المجلة المغربية لدراسات والاستشارات القانونية، العدد الأول، السنة الأولى 2017.

\_الهام الهراس، مكانة الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ماي 2009، العدد 16.

\_نغم حنا رؤوف ننيس، النظام القانوني للزيادة في رأسمال شركة المساهمة دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2002.

\_نايف أحمد ضاحي الشمري، النظام القانوني لزيادة وتخفيض رأس مال الشركات التجارية، منشورات حلي الحقوقية، الطبعة الأولى 2017.

الأستاذ هشام الميموني

بسلك الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية – المحمدية،

جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء.

## أسباب طرد الجمهورية الوهمية (البوليزاريو) من الاتحاد الإفريقي

The reasons for the expulsion of the Sahrawi Republic from the African Union

المخلص:

يعتبر الطرد جزاء أو إجراء وقائي توقعه المنظمة الدولية الحكومية ضد الدول الأعضاء بها لإنهاء صفتها القانونية نهائياً، وفي هذا السياق تهدف هذه الدراسة إلى معالجة إشكالية تتمحور حول أسباب طرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي. فالجمهورية الصحراوية أو بالأحرى جبهة البوليساريو كيان لا يتوفر على سمات الدولة ذات السيادة، بل عامل مزعزع لأمن المنطقة واستقرارها، ساهم الاعتراف الدولي به في توتر وجمود العلاقات الثنائية للمغرب مع بعض الدول والمنظمات الإفريقية. وفي الأخير خلصت هذه الدراسة إلى أنه يجب على الاتحاد الإفريقي ممارسة الضغط على الجمهورية الصحراوية للانسحاب وفق الإجراءات القانونية، أو تعديل القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي بهدف النص صراحة على طرد واستبعاد الدول الاعضاء كإجراء جزائي أو وقائي. الكلمات المفتاحية: المغرب، الاتحاد الإفريقي، الطرد، جبهة البوليساريو، الجمهورية الصحراوية.

Abstract : Expulsion is considered a sanction or a preventive measure imposed by the international organization against its member states to

permanently terminate its legal status, In this context, the This study aims to examine the reasons for the expulsion of the Sahrawi Republic from the African Union, the Sahrawi Republic or rather Polisario Front it has no features of a sovereign state, it the which is a destabilizing factor for the security and stability of the region, Its recognition contributed to the tension Morocco's relations with some African countries and organizations are tense. finally, this is study concluded that the African Union must pressure sahrawi republic to withdraw in accordance with legal procedures, or submit proposals for the amendment of the AU Constitutive Act, adding the expulsion of member states as a sanction or preventive measure.

Keywords : morocco, Africa Union, Expulsion, The Polisario Front, Sahrawi Republic.

المقدمة:

لكل مجتمع قانون ينظم العلاقات القائمة بين أشخاصه في مختلف المجالات وفق الخصوصية الثقافية السائدة فيه، وعندما تتفاعل هذه المجتمعات فيما بينها كدول منفردة أو كتكتلات إقليمية تشكل ما يعرف بالعلاقات الدولية التي كانت تقتصر في النظرية التقليدية على العلاقات بين الدول فقط، وأن الدولة هي الفاعل الرئيسي فيها، لكن في ظل المتغيرات الدولية المعاصرة برزت المنظمات الدولية الحكومية كشخص دولي جديد، ينشأ باتفاق مجموعة من الدول لتحقيق أهداف معينة بواسطة أجهزتها الدائمة وإرادتها المستقلة عن إرادة الدول الأعضاء فيها، وانتماء الدول إليها يتخذ صورتين، إما عضوية كاملة يترتب عليها تمتع الدولة بكامل حقوقها وتحملها كافة الالتزامات المقررة بموجب الاتفاق المؤسس للمنظمة، أو عضوية منتسبة تمنح للدول دون أن تتمتع بكامل حقوق العضوية.

كما تنتهي عضوية الدول في المنظمة الدولية بزوال الشخصية القانونية للدولة أو المنظمة الدولية، أو برغبة أحد الأطراف، عن طريق انسحاب الدولة العضو بإرادتها، أو بقرار صادر عن المنظمة يجمد عضوية الدولة مؤقتا أو يطردها نهائيا، وفي هذا السياق يفسر البعض أن انضمام المغرب إلى الاتحاد الإفريقي يهدف بالأساس إلى الدفاع عن وحدته الترابية من داخل المنظمة، من خلال طرد ما يعرف بالجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي باعتبارها كيان لا يرقى لوصف دولة وفق القانون الدولي، حيث هناك مجموعة من الأسباب التي من شأنها أن تدعم مقترح طردها، فرغم الإجراءات القانونية إلا أن هذه الأسباب تجعل المسألة ليست هدف مستحيل تحقيقه، ما يدفعنا إلى تركيز هذه الدراسة حول الإشكالية التالية، ما هي أسباب طرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي ؟

يتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية :

- (1) ما هي عناصر الدولة التي تفتقر إليها الجمهورية الصحراوية ؟
- (2) ما هي ممارسات وسياسات جبهة البوليساريو في المنطقة ؟
- (3) أي تأثير للاعتراف بالجمهورية الصحراوية على علاقة المغرب ببعض المنظمات الإفريقية ؟
- (4) لماذا تأثرت العلاقات الثنائية للمغرب مع الدول الداعمة للجمهورية الصحراوية ؟

باعتبارها عضو مؤسس تعترف به العديد من الدول الإفريقية، لن يستطيع المغرب طرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي، لكن نجاحات دبلوماسيته في تغيير مواقف بعض الدول الداعمة لها، فإن طردها ليس بالهدف المستحيل.

تبرز أهمية موضوع الدراسة، بعد التقدم الملموس الذي حققته الدبلوماسية المغربية في القضية الصحراوية، بسحب العديد من الدول الاعتراف بالجمهورية

الصحراوية وتأييدها مقترح الحكم الذاتي والجهود الأممية، وافتتاح بعضها قنصليات عامة بمدن الصحراء، والاعتراف الأمريكي بالسيادة المغربية عليها، تطورات أكدت على الحاجة إلى جهود مغربية لطرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي لما لها من أهمية في الدفاع عن الوحدة الترابية، حيث تنهي وضعها كدولة في الاتحاد الإفريقي، كما تهدف الدراسة إلى بيان الأسباب التي يمكن الاعتماد عليها لطرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي.

أعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي، لوصف وتحليل أسباب طرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي.

للإجابة على الإشكالية الرئيسية تتبنى الدراسة خطة ثنائية، يتمحور مبحثها الأول حول مدى توفر الجمهورية الصحراوية على مقومات الدولة وممارسات جبهة البوليساريو، بينما يعالج المبحث الثاني آثار الاعتراف بالجمهورية الصحراوية على العلاقات المغربية الإفريقية.

المبحث الأول : الجمهورية الصحراوية حركة مسلحة تهدد الأمن والاستقرار بالمنطقة تفتقر الجمهورية الصحراوية الى مقومات الدولة، في حين تتبنى جبهة البوليساريو سياسات وممارسات، تضعها ضمن الحركات الانفصالية المسلحة التي تهدد المنطقة.

المطلب الأول : الجمهورية الصحراوية ليس لها مقومات الدولة المقررة بموجب القانون الدولي العام

تعرف الدولة في القانون الدولي بأنها مجموعة من السكان يقيمون بصفة دائمة في إقليم معين ويخضعون لسلطة سياسية ذات سيادة وشخصية قانونية، ومعترف بها دوليا، وتقسم هذه العناصر حسب فقهاء القانون الدولي الى عناصر مادية وأخرى قانونية.

## الفرع الأول : كيان يفتقر للعناصر المادية للدولة في القانون الدولي العام

يعد الإقليم والسكان والسلطة التنظيمية العناصر المادية للدولة في القانون الدولي، ويقصد بالإقليم الرقعة الجغرافية التي يقيم عليها السكان بصفة منتظمة، وينتقلون من حالة الترحال إلى حالة الإقامة الدائمة، كما يشكل عامل وجود واستقرار للسلطة السياسية التي تمارس فيه سيادتها وسلطاتها، ولا يشترط مساحة معينة في إقليم الدولة أو اتصال كافة أجزائه بل يجب أن تكون حدوده واضحة وتمارس عليه سيادة فعلية، وفي هذا الصدد ما تعتبره الجمهورية الصحراوية إقليمها الجغرافي تصنفه الأمم المتحدة منذ 1963 ضمن الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي باسم الصحراء الغربية،<sup>420</sup> أما المملكة المغربية تمارس عليه سيادة فعلية كجزء من وحدتها الترابية باستثناء المنطقة العازلة، وبالتالي فالحيز الجغرافي للجمهورية الصحراوية غير واضح الحدود السياسية والحالة القانونية، ولا تمارس الحكومة الصحراوية سيادتها عليه، حيث مقراتها الرسمية في مخيمات تندوف بالجزائر.

أما العنصري الديموغرافي، فينتوي على وجود شعب خاضع لنظام قانوني واحد، بغض النظر عن اللغة أو الدين أو الثقافة وغيرها، ويرتبطون برابطة سياسية قانونية مع الدولة تسمى الجنسية،<sup>421</sup> في حين من تصفهم البوليساريو والجزائر بالشعب الصحراوي في حقيقته ينقسم إلى صحراويون مناصرون للحركة بجنوب المغرب أو لاجئون في مخيمات تندوف الجزائرية وأوروبا، وصحراويون يؤكدون على تشبثهم بمغربيتهم يحملون هويات مغربية وقيمون في الأقاليم الجنوبية بعضهم عائد من مخيمات تندوف. ما يفيد أن الشعب الصحراوي المزعوم غالبية يفتقر للجنسية التي من شأنها أن تربطه قانونيا بالجمهورية الصحراوية حتى يكون مخاطب بقوانينها وسياساتها، فالعديد من أنصار البوليساريو يحملون الجنسية المغربية، واقع يعكس أن العنصر البشري للجمهورية

<sup>420</sup> مرقع الأمم المتحدة، الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي، تاريخ الاطلاع 2021/11/26، للإطلاع انظر :

<https://www.un.org/dppa/decolonization/ar/nsqt>

<sup>421</sup> محمد الصوفي وعبد النبي صري، القانون الدولي العام في ضوء الممارسة الدولية، الطبعة الثانية، مطبعة إسميتين، 2017، الرباط – المغرب، ص 246.

الصحراوية يفتقر إلى الشروط الأساسية وهي الوحدة والاستقرار والرابطة القانونية. كما يقتضي وجود الدولة أن يكون للسلطة السياسية أي الحكومة، صفة الفعالية التي تعني أهليتها في ممارسة سلطات فعلية وقدرتها على حفظ النظام واستتباب الأمن داخل الإقليم قصد تنفيذ التزاماتها الداخلية والخارجية،<sup>422</sup> وعلى هذا الأساس فالإقليم الذي ليست له سلطة سياسية منتظمة بالمعنى الدقيق للكلمة، لا يمكن أن يكون دولة طبقا لمفهوم القانون الدولي المعاصر، وهذا ما ينطبق على السلطة التنظيمية الصحراوية التي تعتبر بحكم الواقع حكومة شكلية تقودها جبهة البوليساريو بنظام الحزب الواحد مع تعليمات جزائية، ويبرز ذلك من خلال عجزها عن تقديم أي مقترح لتسوية القضية الصحراوية وخضوع موقفها لرغبات الجزائر، وعدم اهتمامها بتحسين أوضاع الصحراويين لاسيما في مخيمات تندوف، ومصادرة رأيهم واستغلال معاناتهم لصالح قياديي الحركة باختلاس المساعدات الإنسانية المقدمة من المجتمع الدولي للمخيمات، وضع دفع بعض الصحراويين الى معارضتها وتأسيس حركات سياسة، كخط الشهيد وحركة صحراويين من أجل السلام، وبذلك تفقد السلطة الحاكمة في الجمهورية الصحراوية الشرعية والمشروعية والفعالية.

الفرع الثاني: رفض حضور الجمهورية الصحراوية قمم افريقيا مع القوى والتكتلات

الدولية والإقليمية

يهدف الإتحاد الإفريقي إلى تشجيع التعاون الدولي، من خلال عقد قمم للمشاركة مع التكتلات والقوى الدولية والإقليمية، قمم وجهت الدعوة للمغرب كبلد إفريقي قبل انضمامه للإتحاد، في حين يتم تجاهل أو طرد الجمهورية الصحراوية باعتبارها كيان لا يتوفر على مقومات الدولة، وغير معترف به من الأطراف الأخرى، وأن حضوره يفقد القمم مصداقيتها، ففي دجنبر 2015 استبعدت الصين وفد الجمهورية الصحراوية من اجتماعات الدورة الثانية لقممة إفريقيا والصين التي عقدت في جوهانسبورغ لعدم وجود علاقات

422 محمد الصوفي و عبد النبي صري، القانون الدولي العام في ضوء الممارسة المغربية، مرجع سابق، ص 257.

دبلوماسية معها،<sup>423</sup> موقف أكدته بيجين في القمة الاستثنائية المنعقدة في يونيو 2020، كما انسحبت ثماني دول عربية - المغرب السعودية والإمارات وقطر والبحرين والصومال والأردن واليمن - من القمة العربية الإفريقية الرابعة المنعقدة بغينيا الاستوائية في ابريل 2016 ردا على تواجد الجمهورية الصحراوية، ما أدى إلى تعليق عدة اجتماعات وفشل القمة لتمسك الدول المنسحبة العمل بالضوابط التي سبق العمل بها سابقا، أي عدم حضور الجمهورية الصحراوية كونها ليست عضواً بالأمم المتحدة. كما رفضت حكومة ابيدجان التي استضافت القمة الافرو - اوربية الخامسة المنعقدة في 29 و 30 نونبر 2017، توجيه الدعوة للجمهورية الصحراوية بحجة عدم رغبتها في أن تكون ساحة للصراع بين المغرب وجبهة البوليساريو. ورفضت اليابان حضور وفد الجمهورية الصحراوية مؤتمر حول التنمية بإفريقيا، وفتح المؤتمر حصريا أمام الدول المعترف بها من قبل اليابان.<sup>424</sup>

إن الاعتراف بالجمهورية الصحراوية محدودا ويقتصر على بعض دول العالم الثالث خاصة الإفريقية وغير الإفريقية ذات التوجه الاشتراكي التي ليس لها أي وزن في الساحة الدولية، ولعل من أبرزها الجزائر وجنوب إفريقيا وزيمبابوي والمكسيك وكوريا الشمالية وكينيا وكوبا وناميبيا وبوليفيا وفنزويلا ولاوس، بعض هذه الاعترافات تأثرت بظروف الحرب الباردة، أو مجاملة للجزائر التي دعمت حركات التحرر فيها ضد الاحتلال الأوروبي، ولا تعترف أي منظمة دولية حكومية بالجمهورية الصحراوية كدولة باستثناء الاتحاد الإفريقي ما يثير التساؤل حول مصداقيته، لأن وضعيتها تشبه الى حد كبير الاعتراف الذي تحظى به بعض الأقاليم من دول معينة كجمهورية قبرص التركية وأوسيتيا الجنوبية وابخازيا، لكنها لا تحظى بالعضوية في أي منظمة دولية، حيث لا يسمح القانون الدولي للمنظمات الدولية الحكومية لمثل هذه الكيانات بالحق في العضوية الكاملة.

<sup>423</sup> ألان جوردان، المغرب على الخط الأمامي لجبهة الحرب ( الارهاب التطرف الصحراء )، ترجمة عبد العزيز كوكاس، الطبعة الاولى، دار القلم، الرباط - المغرب، يناير 2019، ص 121.

<sup>424</sup> موقع سسي ان ان عربي، تدافع وتلاسن في مؤتمر بالموزمبيق بسبب موقف المغرب واليابان من حضور البوليساريو، تاريخ النشر 2018/08/25، تاريخ الاطلاع 2021/09/08، للاطلاع انظر : <https://arabic.cnn.com/world/2017/08/25/morocco-polisario-ticad>.

المطلب الثاني : الجمهورية الصحراوية حركة مسلحة تهدد الأمن والاستقرار بالمنطقة  
الكيان الذي تقدمه الجزائر والبوليساريو للمجتمع الدولي كدولة يجب دعمها  
والتضامن معها، في حقيقة الأمر يفتقر لأبرز مقومات الدولة، مجسداً بذلك حركات  
انفصالية مسلحة تبني سياسات تهدد الأمن والاستقرار بالمنطقة.

الفرع الأول : مسار حافل بالممارسات والعلاقات المزعزعة للأمن والسلم والاستقرار  
بالمنطقة

ارتكبت عناصر البوليساريو باسم جيش التحرير الصحراوي جرائم ضد البحارة  
الأسبان، وأقامت علاقات مع الحركات الجهادية المسلحة والشبكات الإجرامية بالمنطقة.

الفقرة الأولى : عمليات إرهابية ضد البحارة الأسبان بالسواحل الصحراوية المقابلة  
لجزر الكناريا

خلال سبعينات وثمانينات القرن الماضي شكلت مراكب الصيد الإسبانية في أعالي  
البحار بالمياه الواقعة بين جزر الكناريا والصحراء أهداف لهجمات نفذها مقاتلو جبهة  
البوليساريو باسم جيش التحرير الصحراوي، بحجة أنها منطقة صيد من حق الشعب  
الصحراوي، بواسطة زوارق مطاطية سريعة تطلق النار على سفن الصيد الكنارية، ما  
تسبب في سقوط عشرات الضحايا من الصيادين والأطقم بين قتلى ومصابين ومختطفين،  
ولعل من أبرز الأمثلة على هذه العمليات اختطاف ثمانية صيادين في العام 1978،<sup>425</sup>  
واستهداف سفينة الصيد الكنارية كروث ديل مار في نونبر 1978 وقتل سبعة أشخاص بينهم  
طفل، مع إغراق سفينة مينسي دي أبونا عامين بعد ذلك التي كان على متنها 14 صياد،  
وتنفيذ هجمات في العام 1985 ضد سفينة سانتا ماريا أنا في أبريل وضد باخرة ليريز في ماي  
ثم الهجوم على سفينة تيلا في غشت، وتوالت هجمات أخرى في شتنبر ضد سفينة صيد

János BESENYŐ, Terrorist organisation or liberation movement? The Polisario front's classification, <sup>425</sup>  
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE, STRATEGIES XXI, The Complex and Dynamic Nature of  
the Security Environment, Volume 1 , carol I National Defence University Publishing House, BUCHAREST,  
.4Romania, Novembre 2018, p 21

إيل خوانتينو ودورية تابعة للقوات المسلحة البحرية الإسبانية ( التاغوماغو ) التي هبت لإنقاذها، ما أسفر على مقتل جندي وبحار واختطاف ستة بحارة آخرين وإصابة جنود، وكذلك سفينة الصيد ريوسا التي تم تفجيرها ما أدى لمقتل بحارة واختطاف ثلاثة آخرين، هجمات ردت عليها مدريد والجمعية الكنارية لضحايا الإرهاب بإدراج جبهة البوليساريو ضمن الجماعات الإرهابية التي عانت منها اسبانيا على غرار حركة إيتا وغرابو والقاعدة، كما قامت السلطات الإسبانية بإغلاق مكاتب الجبهة وطرد ممثلها أحمد بخاري سنة 1985.

الفقرة الثانية : علاقات مع شبكة التنظيمات الإجرامية والجهادية المسلحة بمنطقة

الساحل والصحراء

تنكر جبهة البوليساريو الحاكم الفعلي للجمهورية الصحراوية أي علاقة لها بالحركات المسلحة والشبكات الإجرامية التي تنشط في منطقة الساحل والصحراء، وتعتبر أن اتهامها بالإرهاب الهدف منه هو تقويض قاعدة الدعم الاجتماعي الذي تتمتع به على المستويين الوطني والدولي، وتبقى اتهامات سيئة السمعة لا أساس لها من الصحة ضد الممثل الشرعي الوحيد للشعب الصحراوي،<sup>426</sup> في حين تشير تقارير وكالات الاستخبارات ومراكز الأبحاث أن البوليساريو ستشكل أبرز التهديدات الرئيسية لأمن منطقة الساحل والصحراء وحوض البحر الأبيض المتوسط، لصلاتها الأكيدة مع الشبكات الإجرامية والجماعات الإرهابية في المنطقة، فتقرير المركز الأوروبي للاستخبارات الاستراتيجية والأمن لعام 2008 أكد أن الحركة أصبحت تشكل أكثر من أي وقت مضى تهديدا لاستقرار المنطقة، كما يرى بعض خبراء الإرهاب والجريمة المنظمة أن البوليساريو عامل لزعزعة الاستقرار في جنوب الصحراء والساحل الإفريقي لارتباطاته الثابتة مع تجار المخدرات والشبكات الإرهابية التي تتطور في المنطقة،<sup>427</sup> حيث تستغل عناصرها الأوضاع المتدهورة لتهرب المخدرات والأسلحة لصالح الشبكات الإجرامية والتنظيمات الجهادية، وهذه تصرفات منظمة إرهابية أبعد عن

<sup>426</sup> " موقع وكالة الأنباء الجزائرية، الإدعاءات المضللة لربط جبهة البوليساريو بالإرهاب محاولة لتفويض التضامن الدولي معها " ( دبلوماسي )، تاريخ النشر 20 / 00 / 2021، تاريخ

الإطلاع 2021/08/07، للإطلاع انظر : https://www.aps.dz/ar/monde/110207-2021-07-20-15-44-58 .

<sup>427</sup> ألان جوردان، المغرب على الخط الأمامي لجبهة الحرب ( الارهاب التطرف الصحراء )، مرجع سابق، ص 134 و 132.

الوطنية والتحرير. بالنسبة لعلاقتها مع الشبكات التي تنشط في تهريب المخدرات والبشر قد لا تكون جبهة البوليساريو ككيان متورطة لكن العديد من اعضاءها ومدراءها التنفيذيين تركوا التزاماتهم التحررية جانبا، وانتقلوا إلى تهريب المخدرات والاتجار بالبشر والهجرة غير الشرعية، مستغلين سهولة اختراق الحدود في منطقة الساحل والصحراء وتمكنهم من اللغة الإسبانية فالبعض أصبح مترجم معروف لدى زعماء شبكات المخدرات،<sup>428</sup> عناصر لها صلة أو قرابة مع كبار مسؤولي جبهة البوليساريو، ففي العام 2016 اعتقلت شرطة موريتانيا أربعة عناصر بحوزتهم مخدرات، كان من بينهم مجيدي ايدا ابراهيم حميم ابن الوالي السابق لمخيم السمارة في تندوف ووزير التنمية في الجمهورية الصحراوية.<sup>429</sup>

إلى جانب علاقتها مع الشبكات الإجرامية أكدت تقارير دولية عن وجود تقارب بين البوليساريو والتنظيمات الجهادية كالقاعدة في بلاد المغرب الإسلامي وحركة التوحيد والجهاد، والتحاق عناصر تابعة لها بهذه التنظيمات حيث أصبحت المخيمات بيئة هشة وخصبة للتجنيد نتيجة يأسهم بعدما وصلت الحركة سياسيا الى باب مسدود، وعلى رأسهم أبو الوليد الصحراوي الذي كان من أخطر العناصر الإرهابية في المنطقة، وفي هذا السياق أكد مدير المكتب المركزي المغربي للأبحاث القضائية السيد حبوب الشرقاوي إن أزيد من 100 عنصر من جبهة البوليساريو ينشطون في صفوف تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي، وأن انخراط عناصر الجبهة في المجموعات الإرهابية المصغرة، أو داخل تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي، أو في صفوف تنظيم الدولة الإسلامية في الصحراء الكبرى هو معطى ثابت ومؤكد، إذ توجد مجموعة من الأئمة المتطرفين في مخيمات تندوف تروج للفكر المتطرف.<sup>430</sup> وحذرت تقارير من تحول مخيمات تندوف الى مشتل للإرهابيين، فالمناطق الواقعة تحت سيطرة البوليساريو تستخدم من قبل تنظيم القاعدة للتدريب العسكري وتمويل الأنشطة الإرهابية. وتعود علاقات جبهة البوليساريو مع الحركات الإسلامية

<sup>428</sup> ألان جوردان، المغرب على الخط الأمامي لجبهة الحرب ( الارهاب التطرف الصحراء )، مرجع سابق، ص 131.

<sup>429</sup> ألان جوردان، المغرب على الخط الأمامي لجبهة الحرب ( الارهاب التطرف الصحراء )، مرجع سابق، ص 132.

<sup>430</sup> موقع وكالة الأناضول الإخبارية التركية، المغرب : 100 عنصر من " البوليساريو " ينشطون بتنظيم القاعدة، تاريخ النشر 2021/03/11، تاريخ الإطلاع 2021/08/07، للإطلاع انظر : <https://www.aa.com.tr/ar/الدول-العربية/المغرب-100-عنصر-من-البوليساريو-ينشطون-تنظيم-القاعدة/2171884>.

المسلحة إلى تسعينات القرن الماضي عندما اكتشف الجيش الجزائري في العام 1994 أن أسلحة قادمة من خزائن خصصت قبل سنوات للحركة في أيدي الجماعة الإسلامية المسلحة،<sup>431</sup> وفي العام 2011 أعلن المجلس الوطني الانتقالي الليبي القبض على 556 مرتزقة من جبهة البوليساريو<sup>432</sup> واقع من شأنه أن يخدم المغرب لطرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي، بوصفها عملياً حركة مسلحة تضعها بعض الدول على لوائح الإرهاب كاليابان، وليس دولة ذات سيادة من حيث العقيدة والتنظيم.

الفرع الثاني : حركة مسلحة تهدد المغرب باستخدام القوة لتسوية القضية الصحراوية

في ظل النجاح الملموس الذي حققه المغرب مقابل وصول الحركة الى طريق مسدود، تلجأ قيادات الجبهة الى تعبئة أنصارها لاستهداف المصالح المغربية، وإعلان العودة إلى الكفاح المسلح حتى يتم تسوية القضية الصحراوية.

الفقرة الأولى : التشجيع على استهداف وارتكاب الاعمال العدائية ضد المصالح المغربية

رغم توقيع اتفاق وقف إطلاق النار وتراجع القوات المغربية خلف الجدار العازل لتجنب أي اشتباك مع عناصرها، إلا أن قيادات الحركة كمسئولين في الجمهورية الصحراوية تشجع وتدعم ارتكاب أعمال العنف ضد المصالح المغربية.

أولاً – الاعتداء على القوات المغربية بالصحراء وانتهاك حرمة القنصليات المغربية بإسبانيا

تعد عملية تفكيك مخيم اكديم ازيك ضواحي مدينة العيون 2010، من أبرز الأعمال العدائية التي ارتكبت ضد القوات المغربية، حيث قتل 11 عنصر من أفراد القوات

János BESENYŐ, Terrorist organisation or liberation movement? The Polisario front's classification, op cit, p 216 .<sup>431</sup>

<sup>432</sup> ألان جوردان، المغرب على الخط الأمامي لجبهة الحرب ( الإرهاب التطرف الصحراء )، ترجمة عبد العزيز كوكس، مرجع سابق، ص 127.

المساعدة والدرك الملكي والوقاية المدنية، وإصابة أزيد من 70 عنصر آخر، على يد عناصر تابعة لخلايا سرية تناصر جبهة البوليساريو استغلت إحتجاجات مواطنون على السلطات المحلية بوعود توزيع بطاقات الإنعاش الوطني، لتوظيفها سياسيا وحقوقيا لصالحها لترويج للآراء الموالية للأطروحة الانفصالية تزامنا مع زيارة الأمين العام للأمم المتحدة إلى المغرب، واستغلال رد فعل الرباط اتجاه المتهمين بتحويل عملية تفكيك المخيم إلى ساحة حرب، حيث الدماء والجثث بعد إلقاء انفصاليو الداخل الزجاجات الحارقة وقنينات الغاز والسيوف فضلا عن الرشق بالحجارة والدهس بالسيارات وغيرها من وسائل الاعتداء، علاوة على التمثيل بجثث عناصر الأمن المغربي.<sup>433</sup> إلى جانب تحريض بعض نشطاء البوليساريو على ارتكاب أعمال إرهابية ضد الجالية والمؤسسات المغربية بالخارج خصوصا إسبانيا،<sup>434</sup> واستهداف المرافق العمومية والصحراويون والوحدويون وأعضاء حركة صحراويون من أجل السلام الراضون لأطروحة البوليساريو الانفصالية بحجة الخيانة.

وفي هذا السياق تعتدي عناصر جبهة البوليساريو في إسبانيا على القنصليات المغربية بإنزال العلم المغربي وتعويضه بعلم الجمهورية الصحراوية، ولعل من أبرزها الاعتداء على القنصلية المغربية في فالنسيا الذي نددت به الخارجية الإسبانية،<sup>435</sup> ومحاولة اقتحام القنصلية المغربية بمدينة برشلونة في نونبر 2020، ممارسات تشكل انتهاك لحرمة القنصليات وهيبتها التي تؤكدتها قواعد القانون الدولي الواردة في اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لسنة 1963، وأفعال إجرامية معاقب عليها في القانون الجنائي الإسباني، حيث يعاقب على اي جريمة ترتكب ضد المباني الرسمية او المسكن الخاص او وسائل النقل الخاصة برئيس دولة أجنبية او أي شخص تحميه معاهدة.<sup>436</sup>

<sup>433</sup> أحداث مخيم " أكدم إيزيك " والعيون بين سؤال تدبير الشأن المحلي وإشكالات الانزياح، 4 دجنبر 2010، رابط الاطلاع : <https://mediateurddh.org.ma/storage/app/media/Gdeim%20Izik-yeux-Event-camp--2010.pdf>

<sup>434</sup> موقع وكالة المغرب العربي للانباء، إسباني .. اعتقال ناشط من " البوليساريو " بتهمة التحريض على ارتكاب أعمال إرهابية ضد مصالح المغرب، تاريخ النشر 2021/03/31، تاريخ الاطلاع 2021/11/30، للاطلاع انظر : <https://www.mapnews.ma/ar/actualites> أخبار-عامه/إسبانيا-اعتقال-ناشط-من-البوليساريو-بتهمة-التحريض-على-ارتكاب-أعمال-إرهابية-ضد .

<sup>435</sup> موقع وكالة الاناضول الإخبارية، إسبانيا .. اعتداء على القنصلية المغربية في فالنسيا، تاريخ النشر 2021/11/15، تاريخ الاطلاع 2021/11/30، للاطلاع انظر : <https://www.aa.com.tr/ar/الدول-العربية/إسبانيا-اعتداء-على-القنصلية-المغربية-في-فالنسيا-2044914/>

<sup>436</sup> Code pénal espagnol, Ministerio de Justicia, 2011, Délits contre le Droit des gens, Article 605 .

## ثانيا - قطع معبر الكركرات الحدودي مع موريتانيا

تدعي جبهة البوليساريو أن معبر الكركرات الحدودي ممر غير شرعي، وثغرة فتحها المغرب لتمير تجارته إلى دول غرب إفريقيا تتنافى مع الاتفاقية العسكرية رقم 1،<sup>437</sup> وردت على الوضع بإرسال عناصرها بحماية عسكرية أحيانا عدة مرات خلال السنوات الماضية لعرقلة حركة المرور آخرها كان في 21 أكتوبر 2020، واعتبرت الخطوة عمل مشروع يعترف به القانون الدولي، رغم مطالبة الأمين العام للأمم المتحدة الجبهة بعدم عرقلة حركة السير المدنية والتجارية المنتظمة في المنطقة.<sup>438</sup> عرقلت المعبر أدت إلى أضرار اقتصادية وإنسانية، فالعشرات من شاحنات النقل الدولي أتلفت حمولتها، ما أثر على اتفاقيات العمل المرتبطة بأجندات تجارية، وارتفاع في أسعار بعض المواد الغذائية،<sup>439</sup> كما توقفت حركة مرور الأفراد عبر المعبر. وضع اعتبرته الرباط بالخطر وغير المقبول ينتهك الاتفاق العسكري ويهدد الأمن والاستقرار الإقليميين، فتدخلت القوات الملكية المسلحة سلميا لاستعادة حرية التنقل بالمعبر دون تهديد لسلامة المدنيين،<sup>440</sup> لتأمين نقل البضائع وحرية تنقل الأفراد وفق اتفاقية فيينا بشأن حركة المرور على الطرق. وضع يؤكد أن تصرفات الحركة التي يمثل قادتها الجمهورية الصحراوية الديمقراطية العربية في الإتحاد الإفريقي تتنافى مع مبادئ وأهداف المنظمة، الرامية إلى تكامل القارة الاقتصادية وتشجيع التعاون الدولي، وتعزيز التنمية المستدامة على المستويات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك تكامل الاقتصاديات الإفريقية، وتعزيز التعاون في جميع ميادين النشاط البشري لرفع مستوى معيشة الشعوب الإفريقية.<sup>441</sup>

<sup>437</sup> موقع وكالة الأنباء الجزائرية، الكركرات : أكبر معبر حدودي غير شرعي في العالم، تاريخ النشر 2020/11/12، تاريخ الاطلاع 2021/08/07، للإطلاع انظر : <https://www.aps.dz/ar/monde/95814-2020-11-12-19-43-35>.

<sup>438</sup> موقع وكالة المغرب العربي للأنباء، الكركرات .. الأمم المتحدة تطالب ( البوليساريو ) بعدم عرقلة حركة السير المدنية والتجارة المنتظمة، تاريخ النشر 27 سبتمبر 2020، تاريخ الاطلاع 2 ديسمبر 2021، للإطلاع انظر : <http://www.mapexpress.ma/ar/actualite> /الكركرات-الأمم-المتحدة-تطالب-البوليساريو-حوارات/

<sup>439</sup> مريم النايدي، معبر كركرات .. شريان المبادلات التجارية بين المغرب وغرب إفريقيا، موقع الجزيرة الإخبارية، تاريخ النشر 2020/11/18، تاريخ الاطلاع 2021/08/07، للإطلاع انظر : <https://www.aljazeera.net/ebusiness/2020/11/18> /الكركرات-شرايين-المبادلات-التجارية.

<sup>440</sup> موقع وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الإفريقي والمغاربة المقيمين بالخارج، بلاغ لوزارة الشؤون الخارجية والتعاون الإفريقي والمغاربة المقيمين بالخارج، تاريخ النشر 2020/11/15، تاريخ الاطلاع 2021/12/02، للإطلاع انظر : <https://www.diplomatie.ma/ar> /بلاغ-لوزارة-الشؤون-الخارجية-والتعاون-الإفريقي-

والمغاربة-المقيمين-بالخارج .

<sup>441</sup> القانون التأسيسي للإتحاد الإفريقي، المادة 3.

## الفقرة الثانية: إعلان الحرب ضد المغرب

اعتبرت جبهة البوليساريو أن التدخل السلمي للقوات المسلحة المغربية يوم 13 نونبر 2020 لإنهاء اعتصام عناصر موالية لها في معبر الكركرات، خرق لوقف إطلاق النار الموقع بين الطرفين والأمم المتحدة، فأصدر أمينها العام بصفته رئيس الجمهورية الصحراوية، مرسوم رئاسي يعلن من خلاله نهاية الالتزام بوقف إطلاق النار، وما يترتب عليه من استئناف العمل القتالي دفاعا عن الحقوق المشروعة لشعبنا،<sup>442</sup> والقصد هنا الحق في تقرير مصير الشعب الصحراوي عبر الاستفتاء، الذي فشلت بعثة المينورسو تنظيمه منذ العام 1991، بسبب ما تراه القيادات الصحراوية عراقيل مغربية لعمل البعثة أدت إلى استقالة العديد من المبعوثين الشخصيين للأمين العام للأمم المتحدة، بالإضافة إلى الوضع الحقوقي حيث يتعرض الصحراويين للقمع من طرف المغرب الذي ينهب ثرواتهم، فطريق الكركرات تم إنشاؤه لتمير شاحنات محملة بموارد منهوبة من المناطق الصحراوية نحو إفريقيا، ويرجع ذلك إلى تقاعس المجتمع الدولي عن استخدام نفوذه، فالأمم المتحدة لم تحقق لحد الآن أي هدف من أهداف الشعب الصحراوي، وبالتالي فالوضع يملي العودة للحرب للدفاع عن حقوقهم وفق الشرعية الدولية أكثر من أي وقت مضى هددت فيه جبهة البوليساريو بالحرب إن كانت ممر إجباري لتقرير المصير والاستقلال، لتبدأ سلسلة بيانات يومية صادرة عن وزارة الدفاع الصحراوية تؤكد على استهداف مواقع للقوات المغربية على طول الجدار العازل، في حين يدعو مجلس الأمن الدولي للموائد المستديرة، لكن ما يثير التساؤل هو هذه البيانات العسكرية الصادرة عن وزارة دفاع الجمهورية الصحراوية وليس الأمانة العامة لجبهة البوليساريو التي سبق لها ان وقعت اتفاق لوقف إطلاق النار.

المبحث الثاني: الاعتراف بالجمهورية الصحراوية انعكس سلبيا على علاقات المغرب

بإفريقيا

<sup>442</sup> موقع وكالة الأنباء الصحراوية، رئيس الجمهورية، القائد الأعلى للقوات المسلحة يعلن رسميا نهاية الالتزام بوقف إطلاق النار، تاريخ النشر 2014/11/14، تاريخ النشر 2021/12/10، للإطلاع انظر : <https://www.spsrasd.info/news/ar/articles/2020/11/14/28488.html>

حصول الجمهورية الصحراوية على العضوية في منظمة الوحدة الإفريقية والاتحاد الإفريقي، رد عليه المغرب بالانسحاب من الأولى والانضمام متأخر للثانية، بالإضافة إلى جمود في اتحاد المغرب العربي وعلاقاته الثنائية مع الدول الداعمة لها.

المطلب الأول: التأثير على علاقة المغرب ببعض المنظمات الإفريقية الحكومية

الدعم الذي حظيت به الجمهورية الصحراوية من عدة عواصم إفريقية انعكس سلباً على علاقات المغرب بمنظمة الوحدة الإفريقية والاتحاد الإفريقي، وعرقلة اتحاد المغرب العربي.

الفرع الأول: انسحاب المغرب من منظمة الوحدة وانضمامه المتأخر إلى الاتحاد الإفريقي

يعد قبول الجمهورية الصحراوية دولة عضو، السبب الرئيسي لانسحاب المغرب من منظمة الوحدة الإفريقية وأخر انضمامه إلى الاتحاد الإفريقي.

الفقرة الأولى: انسحاب المغرب من منظمة الوحدة الإفريقية

تعود جذور الاهتمام المغربي بالوحدة الإفريقية إلى 1961 بإنشاء وزارة الشؤون الإفريقية، ودعوة الملك الراحل محمد الخامس مجموعة من الزعماء الأفارقة لمؤتمر الدار البيضاء المنعقد في العام 1961 الذي شكل حجر أساس نحو مشروع تم تأهيله في العام 1963 مع إنشاء منظمة الوحدة الإفريقية،<sup>443</sup> التي كان من بين أهدافها تقوية وحدة الدول والدفاع عن سيادتها وسلامة أراضيها والتعاون الدولي والقضاء على الاستعمار، وتكون العضوية فيها لكل دولة إفريقية مستقلة وذات السيادة،<sup>444</sup> ولعب المغرب باعتباره من الدول المؤسسة دور مهم في معالجة العديد من قضايا التي كانت تواجهها المنظمة، كقضية الأراضي المصرية التي احتلتها إسرائيل في حرب 1967، ومحاولة فصل إقليم بيافرا عن

<sup>443</sup> محمد كامل حمزة، مرتكزات السياسة الخارجية المغربية في إفريقيا جنوب الصحراء، المجلة السياسية الدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، العراق، العدد 31 و 32،

2016، ص 148.

<sup>444</sup> ميثاق منظمة الوحدة الإفريقية، الصادر بأديس أبابا، في مايو 1963 المادة 3 و 4.

نيجيريا بعد اعتراف بعض الدول الإفريقية - زامبيا الغابون ساحل العاج وتزانيا - بجمهورية بيارفرا، والمشاركة في عمليات حفظ السلام بإفريقيا، لكن في العام 1984 أقدمت عدة دول أعضاء بمنظمة الوحدة الإفريقية على تصريف منافي لمبادئ وشروط العضوية في المنظمة بقبول الجمهورية الصحراوية كعضو كامل السيادة، بينما هي كيان يفتقر لأبرز مقومات الدولة لاسيما السيادة التي تعد من شروط العضوية في المنظمة. وأمام هذا الخرق السافر لروح ميثاقها أعلن المغرب انسحابه من منظمة الوحدة الإفريقية، انسحاب لم يمنع الرباط من أن تظل فاعلا قويا داخل القارة، بواسطة سياسة تعتمد على تطوير علاقاته مع الدول الإفريقية الحليفة بالاعتماد على التعاون الاقتصادي والثقافي، كإعفاء ديون الدول الإفريقية الأقل نموا،<sup>445</sup> ومساهمته في استقرار وأمن عدد من الدول، والمساعدات الإنسانية التي يقدمها للدول الإفريقية المتضررة، فضلا عن الشركات والاستثمارات المتعددة والتبادل الثقافي الى جانب الروابط الدينية مع هذه الدول، أكدتها الزيارات الملكية للعديد من هذه الدول.

#### الفقرة الثانية : انضمام المغرب المتأخر إلى الاتحاد الإفريقي

خلافا للإتحاد الإفريقي لمنظمة الوحدة الإفريقية لم يدفع المغرب الانضمام إلى المنظمة الخلف، واستمرت سياسته الهادفة إلى إقامة علاقات ثنائية مع الدول الإفريقية بناء على موقفها من القضية الصحراوية، وغياب الرباط عن الإتحاد الإفريقي ليس سياسة مغربية مترددة بخصوص الانضمام أو الانتساب إلى المنظمات الدولية، إذ نجد أنه انضم إلى الأمم المتحدة مباشرة بعد استقلاله، وانضم إلى جامعة الدول العربية في العام 1958، وكان من الدول المؤسسة لمجموعة من المنظمات الدولية، ولعل من أبرزها منظمة الوحدة الإفريقية ومجموعة السبعة والسبعين سنة 1964، ومنظمة التعاون الإسلامي سنة 1969 والمنظمة الفرنكفونية في 1970، ومنظمة التجارة العالمية سنة 1995، ما يفسر أن بقائه خارج الإتحاد الإفريقي رد فعل على استمرار الجمهورية الصحراوية كعضو

<sup>445</sup> محمد كامل حمزة، مرتكبات السياسة الخارجية المغربية في إفريقيا جنوب الصحراء، المجلة السياسية الدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، العراق، العدد 31 و 32، 2016، ص 149 و 150.

مؤسس داخل المنظمة، حيث كان القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي مناسبة للدول من أجل تصحيح خطأ منظمة الوحدة الإفريقية ومنح الاتحاد مصداقية، بتطبيق موضوعي ودقيق لشروط العضوية فيه، وهي الفرصة التي لم تستغلها الدول الإفريقية ما دفع المغرب إلى التثبيت بموقفه.

غياب المغرب عن الاتحاد الإفريقي أضاع فرص الاستفادة من مكانته ونموذجه وخبراته في المجالات التي برز فيها، فمن الناحية الأمنية يعتبر المغرب طرف فاعل وحليف أساسي في مكافحة الإرهاب، بتأكيد قوات الأمن السيبراني ومكافحة الإرهاب على فعاليتها وقدرتها على تفكيك الخلايا الإرهابية، بالإضافة إلى تزويدها بعض الدول بمعلومات استخباراتية عن الخلايا الإرهابية لاسيما فرنسا سنة 2015 وإسبانيا في العام 2017، ومضيق جبل طارق سنة 2002،<sup>446</sup> أما على صعيد البنى التحتية، يعد مجمع نور معمل الطاقة الشمسية المركزة الأكبر في العالم، يهدف الى تأمين 52 بالمائة من الطاقة الكهربائية للمغرب من مصادر متجددة بحلول 2030،<sup>447</sup> وفي الجانب الاقتصادي يحظى المغرب بوضع متقدم بالنسبة للاتحاد الاوروبي منذ العام 2008، وضع من شأنه أن تستفيد منه إفريقيا لتطوير اقتصادها، وللمغرب مساهمة فعالة في التنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي بالدول التي تربطه بها علاقات قوية، كونه أكبر مستثمر في غرب إفريقيا والثاني على مستوى القارة، كما يعتبر نموذج القوة الناعمة في إفريقيا، موقعها الطبيعي داخل المؤسسات والآليات الإفريقية الرامية الى حفظ السلم والأمن والهيئات الاقتصادية، إلا أن الاتحاد الإفريقي لا زال متشبث بعضوية الجمهورية الصحراوية التي تفتقر لأبسط مقومات الدولة.

الفرع الثاني : الدعم الجزائري للجمهورية الصحراوية ساهم في عرقلة اتحاد المغرب

العربي

<sup>446</sup> يasmine أبو الزهور، التقدم والفرص الضائعة : المغرب يدخل عقده الثالث تحت حكم الملك محمد السادس، مركز بروكنجز الدوحة، موجز السياسة، يوليو 2020، ص 4 و 3، للإطلاع انظر : <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2020/07/Progress-and-Missed-Opportunities-Arabic.pdf>.

<sup>447</sup> يasmine أبو الزهور، التقدم والفرص الضائعة : المغرب يدخل عقده الثالث تحت حكم الملك محمد السادس، مرجع سابق، ص 4.

في سياق مشاريع الوحدة والتكتلات الإقليمية التي يعرفها العالم، أسست الدول المغربية الخمس في فبراير 1989 اتحاد المغرب العربي من أجل الوحدة والاتحاد بينها، لكن المشكلات والأزمات التي عرفتتها بعض الدول الأطراف حالت دون تفعيل ونجاح التكامل المغربي، خاصة القضية الصحراوية التي لا زالت قائمة، لتبني الجزائر موقف داعم لجهة البوليساريو الانفصالية وتأسيس جمهورية صحراوية، حيث سخرت كل طاقاتها المادية والمعنوية لإقناع المجتمع الدولي بحق تقرير مصير الشعب الصحراوي والاعتراف بالجمهورية الصحراوية دولياً، بالإضافة إلى تقديم الدعم المادي والعسكري للبوليساريو، موقف يراه مراقبون للوضع السياسي في المنطقة يشير إلى أن القضية الصحراوية مسألة بين المغرب والجزائر أكثر مما هي عليه بين المغرب والبوليساريو.

لقد أدت الأزمة الأمنية بالجزائر في التسعينات إلى تقوية التيار المعادي للمغرب، الذي تبني موقف سلبي من تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول القضية الصحراوية في 1995، واعتبر القضية الصحراوية ليست ملف يطوى ومصير الاتحاد المغربي مرهون بتسويتها وفق مخطط الأمم المتحدة الرامي إلى تنظيم استفتاء لتقرير مصير الصحراويين، موقف يعكس توجه مخالف لأهداف السياسة المشتركة لاتحاد المغرب العربي القائمة على تحقيق الوفاق بين الدول الأعضاء، وإقامة تعاون دبلوماسي وثيق بينها يقوم على أساس الحوار،<sup>448</sup> ردت عليه الرباط في 30 ديسمبر 1995 بطلب من الأمانة العامة للاتحاد تجميد نشاطها، وفشل بعثة المينورسو في تنظيم استفتاء تقرير المصير دفع الجزائر إلى تصعيد دعمها للبوليساريو، حيث حضر الرئيس الجزائري بوتفليقة الذكرى الـ 26 لتأسيس جمهورية البوليساريو الصحراوية،<sup>449</sup> ما أدى إلى تأكيد المغرب موقفه من التكتل المغربي باختفاء منصب الوزير المنتدب لدى الاتحاد الوارد في المادة 9 من معاهدة مراكش من تشكيلة الحكومات المغربية منذ سنة 2002 حتى الآن، موقف الجزائر الداعم لاستقلال الصحراء

<sup>448</sup> معاهدة تأسيس اتحاد المغرب العربي الصادرة في 17 فبراير 1989 بمراكش، المادة 3.

<sup>449</sup> موقع وكالة الأنباء الكويتية، الرئيس الجزائري يصل إلى إقليم الصحراء الغربية في زيارة مفاجئة، تاريخ النشر 27 فبراير 2002، للاطلاع انظر :

<https://www.kuna.net.kw/ArticlePrintPage.aspx?id=1232171&language=ar>

عن المغرب مستمر دون توقف، آخرها إعلان قطع علاقاتها الدبلوماسية مع المغرب،<sup>450</sup> وتآزم العلاقات الثنائية بين البلدين مما زاد في تعقيد الأمور بخصوص إعادة تفعيل مؤسسات المغرب العربي، حيث انعكس فشله على المبادلات التجارية بين الاقطار المغربية وأصبحت لا تتجاوز 2 بالمائة من حجم تجارتها الخارجية، تكلفة النقص تتسبب في خسارة بعض الدول حوالي 2 الى 3 نقاط من الناتج المحلي الاجمالي، كما أن شلل الوحدة المغربية يمنع دول الجنوب الافريقية من إقامة علاقة أكثر توازنا مع بلدان شمال المتوسط الأوروبية.

المطلب الثاني: تآزم وجمود علاقات المغرب مع الدول الإفريقية الداعمة للجمهورية الصحراوية

دعم حركة البوليساريو والاعتراف بالجمهورية الصحراوية، يعد من المواقف التي أثرت سلبيا على تطبيع وتوطيد وتطوير علاقات المغرب مع العديد من الدول الافريقية.

الفرع الأول: تآزم العلاقات المغربية الجزائرية على ضوء التطور الملموس في القضية الصحراوية

حظيت جبهة البوليساريو منذ السنوات الأولى لنشاطها الهادف إلى تأسيس جمهورية صحراوية مستقلة، بدعم من عدة دول خاصة الجزائر التي ساندت بقوة التوجهات الانفصالية، بتوفير الدعم العسكري واللوجستي والمالي، وتعبئة دبلوماسيتها دون توقف لدعم الأطروحة الداعمة إلى الاستقلال عن المغرب، كما تؤكد الجزائر على أن موقفها من النزاع يتوافق مع مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها، و أنها ملاحظ وليست طرفا. لكن طبيعة الدعم الذي تقدمه للبوليساريو، وموقفها الراض لأي إجراء أو تقدم ملموس لصالح المغرب، بالإضافة إلى رفضها إحصاء سكان مخيمات تندوف، وجعل النزاع

<sup>450</sup> موقع وكالة الأنباء الجزائرية، تصريح السيد لعمامرة بخصوص قطع العلاقات الدبلوماسية مع المغرب، تاريخ النشر 24 غشت 2021، تاريخ الاطلاع 14 نونبر 2021، للاطلاع انظر <https://www.aps.dz/ar/algerie/111617-2021-08-24-18-05-52>.

الصحراوي من مسلمات سياستها الخارجية، مؤشرات تدل على أن الجزائر تتدخل بقوة لاستمرار وإطالة النزاع.

فدعمها جبهة البوليساريو يعد فرصة لكسب إنشغال المغرب بالصحراء الغربية عن أطماعه فيما يسمى بالصحراء الشرقية، والمنافسة على الزعامة الإقليمية بين البلدين، كما يمكن تأسيس جمهورية صحراوية مستقلة تتبع ضمناً للقرار الجزائري. دعم أدى إلى توتر مزمن في طبيعة العلاقات الدبلوماسية بين البلدين، ففي العام 1976 قطع المغرب علاقاته الدبلوماسية مع الجزائر التي اعترفت حينها بالجمهورية الصحراوية، واستمرت القطيعة حتى العام 1988 وهي الفترة التي دعمت فيها الجزائر جبهة البوليساريو بالمال والسلاح خلال حربها ضد المغرب، ورغم محاولات تطبيع العلاقات الدبلوماسية بين البلدين إلا أن الحدود ظلت مغلقة والمبادلات التجارية كانت دون المستوى المطلوب، لأسباب عدة أبرزها وقوف الجزائر باستمرار كطرف مناقض للمغرب في التسويات السياسية والتحركات الأمنية التي شهدتها القضية الصحراوية، آخرها تدخل الجيش المغربي في معبر الكركرات ضد عناصر تابعة لجبهة البوليساريو، واستغل وزير الخارجية الجزائري اجتماع منظمة عدم الانحياز في يوليو 2021 لبحث آثار جائحة كورونا ليتطرق إلى القضية الصحراوية التي شهدت تطور ملموس لصالح المغرب بعد الاعتراف الأمريكي بسيادة المغرب ونجاح دبلوماسية القنصليات العامة، قبل أن يرد عليه ممثل المغرب بمذكرة وزعت على الدول الأعضاء تشير إلى حق تقرير مصير شعب القبائل،<sup>451</sup> فيما يبدو أنه ربط منهجي من المغرب بين الصحراء الغربية ومنطقة القبائل، وهو ما اعتبرته الجزائر خط أحمر، وبعد تقييم علاقاتها مع المغرب أعلنت عن قطع العلاقات الدبلوماسية في غشت 2021، وكانت القضية الصحراوية حاضرة بقوة ضمن أسباب القطيعة، لاسيما تنصل المغرب من تنظيم استفتاء لتقرير المصير في الصحراء الغربية.<sup>452</sup> وبالتالي فموقف

<sup>451</sup> موقع البوابة الوطنية للمملكة المغربية، المغرب يرد على استفتاءات وزير الخارجية الجزائري الجديد أمام اجتماع حركة عدم الانحياز، تاريخ النشر- 15 يوليوز 2021، تاريخ الاطلاع 30 دجنبر 2021، للإطلاع انظر : <https://www.maroc.ma/ar> /المغرب-يرد-على-استفتاءات-وزير-الخارجية-الجزائري-الجديد-أمام-اجتماع-حركة-عدم-الانحياز/أخبار .

<sup>452</sup> موقع وكالة الأنباء الجزائرية، تصريح السيد لعمامرة بخصوص قطع العلاقات الدبلوماسية مع المغرب، تاريخ النشر 24 غشت 2021، تاريخ الاطلاع 14 نونبر 2021، للإطلاع انظر <https://www.aps.dz/ar/algerie/111617-2021-08-24-18-05-52> .

الجزائر الداعم لاستقلال الصحراء عن المغرب يشكل بؤرة لتعميق القطيعة بين البلدين، بدل تشجيع التعاون والتضامن بين الشعبين، والتعجل بتحقيق تكامل سياسي واجتماعي واقتصادي بشمال إفريقيا.

الفرع الثاني : جمود علاقات المغرب مع الدول الإفريقية الداعمة لجهة البوليساريو منذ قرابة الأربعين سنة حظيت جهة البوليساريو وجمهوريتها الصحراوية بدعم واعتراف من عدة دول إفريقية، أبرزها نيجيريا وجنوب افريقيا وناميبيا وبوتسوانة وزيمبابوي والموزمبيق وأنغولا وليسوتو وأوغندا، دول اعترفت بالحركة على أنها الممثل الشرعي الوحيد للشعب الصحراوي، ثم اقامت علاقات مع الجمهورية الصحراوية كدولة أفريقية مستقلة ذات سيادة، ثم قبولها في العام 1984 عضو في منظمة الوحدة الإفريقية والإتحاد الإفريقي حاليا، واستمرت هذه الدول في مواقفها ضد المغرب، حيث تصفه بقوة احتلال في الصحراء الغربية وأن هذه الأخيرة آخر مستعمرة إفريقية.

وفي ظل مركزية القضية الصحراوية في علاقاته الدولية، حيث يرفض المغرب أي حل للقضية الصحراوية خارج سيادته الكاملة ومبادرة الحكم الذاتي، التي يشهد المجتمع الدولي بجديتها ومصداقيتها،<sup>453</sup> أدت مواقف الدول الداعمة لجهة البوليساريو إلى جمود في علاقاتها الثنائية مع المغرب ووصلت الأمور إلى شبه القطيعة وهو وضع لا يتوافق مع أهداف الاتحاد الإفريقي، فقد سحبت الرباط سفيرها من بريتوريا سنة 2004 بسبب اعترافها بالجمهورية الصحراوية، كما اقتصرت الزيارات المتبادلة والاتفاقيات الثنائية التي همت مختلف المجالات المبنية على الريح المشترك مع الدول الإفريقية الحليفة للمغرب، ما يعني أن الاعتراف بالجمهورية الصحراوية شكل عقبة أمام توطيد علاقات تلك الدول مع المغرب، وحالت دون تحقيق التكامل الإفريقي من خلال إقامة الشراكات الثنائية، بما يتوافق مع أهداف الاتحاد الإفريقي الرامية الى التعجيل بتكامل القارة السياسي

<sup>453</sup> موقع البوابة الوطنية للمملكة المغربية، نص الخطاب السامي الذي وجهه جلالة الملك بمناسبة الذكرى الثانية والأربعين للمسيرة الخضراء، تاريخ الاطلاع 2021/12/12، للإطلاع انظر : <https://www.maroc.ma/ar/نص-الخطاب-السامي-الذي-وجه-جلالة-الملك-بمناسبة-الذكرى-الثانية-والأربعين-للمسيرة-الخضراء/خطابات-ملكية>.

والاجتماعي والاقتصادي، وتعزيز مواقف إفريقية موحدة حول المسائل المهمة للقارة وشعوبها، وتشجيع التعاون الدولي وتعزيزه في جميع الميادين لرفع مستوى معيشة الشعوب الإفريقية.<sup>454</sup> وتخلي هذه الدول عن مواقفها المعادية للمغرب، ودعمها جهود الأمم المتحدة لتسوية النزاع الصحراوي، من شأنه أن يساعد على تطوير العلاقات الثنائية لهذه الدول مع المغرب بما يخدم إفريقيا باستغلال الفرص الضائعة، كالاستثمارات الخليجية بحكم الشراكة التي تجمعها مع المغرب، كما يعد الاستقرار السياسي والأمني بالمغرب بالإضافة إلى تطوره الفلاحي والصناعي المتسارع ومستوى تنميته، وعلاقته بالعالم العربي والإسلامي وأوروبا، عوامل تجعل منه ذا أهمية بالغة بالنسبة لهذه الدول، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك اتفاقية بناء خط أنابيب الغاز نيجيريا – المغرب،<sup>455</sup> واتفاقية الشراكة مع اثيوبيا في مجال مشتقات الفوسفات، ما يعني أن تكلفة الاعتراف بالجمهورية الصحراوية أعلى بكثير من تكلفة إخراجها من الاتحاد الإفريقي. وبالتالي تأييد مبادرة الحكم الذاتي كحل وحيد ممكن للقضية الصحراوية، ضرورة لصالح التنمية والتعاون بإفريقيا، وإقامة علاقات اقتصادية ضمن علاقات رابع – رابع، حيث هناك مجالات أوسع يمكن أن يكون فيها التكامل في صالح الجانبين، أبرزها مكافحة الفقر وتهيئة الظروف اللازمة التي تمكن من ترسيخ الرخاء، باستغلال الإمكانيات والمؤهلات السياسية والاقتصادية.

### الخاتمة:

إن طرد الجمهورية الصحراوية من الاتحاد الإفريقي ليس مهمة مستحيلة، بل مسألة تتطلب إجراءات دقيقة، من خلال إقناع الدول الأعضاء بالأسباب الداعمة لطردها، باعتبارها كيان لا يتوفر على مقومات الدولة وفق قواعد القانون الدولي العام، كالإقليم والسكان وفعالية السلطة السياسية، بالإضافة إلى محدودية الاعتراف الدولي بها، وأنها في الواقع حركة انفصالية مسلحة تقوم بأنشطة تهدد الأمن والاستقرار والتكامل بالمنطقة.

<sup>454</sup> القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي، المادة 3.

<sup>455</sup> موقع البوابة الوطنية للمملكة المغربية، البيان المشترك الصادر في أعقاب الزيارة الرسمية التي قام بها صاحب الجلالة الملك محمد السادس لجمهورية نيجيريا الفيدرالية، تاريخ النشر

11 دجنبر 2016، تاريخ الاطلاع 28 دجنبر 2021، للاطلاع انظر <https://www.maroc.ma/ar/البيان-المشترك-الصادر-في-أعقاب-الزيارة-الرسمية-التي-قام-بها-صاحب-الجلالة-الملك-محمد-السادس-الجمهورية>.

كما ساهم الاعتراف بالجمهورية الصحراوية في توتر وجمود العلاقات الثنائية للمغرب مع بعض الدول والمنظمات الإفريقية، عكس رغبة شعوب القارة في التكامل والتعاون والتضامن. وبما أن القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي لا يتيح إمكانية طرد الدول الأعضاء، فالمسألة تتطلب من الدول الأعضاء والاتحاد الإفريقي اللجوء إلى الضغط على الجمهورية الصحراوية لكي تقوم بالانسحاب، وإذا امتنعت عن ذلك يمكن اللجوء إلى تعديل القانون التأسيسي للاتحاد الإفريقي بهدف النص صراحة على عقوبة الطرد كجزء أو إجراء وقائي لصالح المنظمة، كأن يشترط أن تكون العضوية في الاتحاد الإفريقي للدول الإفريقية الأعضاء في الأمم المتحدة، أو طرد وإنهاء عضوية أي كيان عضو غير مستقل ولا يتوفر على أركان الدولة المادية والقانونية في القانون الدولي العام، ومنحه صفة عضو مراقب ان اقتضت الضرورة.

## قائمة المراجع:

### 1 - الكتب

• ألان جوردان، المغرب على الخط الأمامي لجهة الحرب (الارهاب التطرف الصحراء)، ترجمة عبد العزيز كوكاس، الطبعة الاولى، دارالقلم، الرباط – المغرب، يناير 2019.

• محمد الصوفي وعبد النبي صبري، القانون الدولي العام في ضوء الممارسة المغربية، الطبعة الثانية، مطبعة إمستين، الرباط – المغرب، 2017.

### 2 - القوانين والمواثيق الدولية:

• القانون التأسيسي للإتحاد الإفريقي،

• معاهدة تأسيس اتحاد المغرب العربي الصادرة في 17 فبراير 1989 بمراكش،

### 3 – المقالات:

• مجيد كامل حمزة، مرتكزات السياسة الخارجية المغربية في افريقيا جنوب الصحراء، المجلة السياسية الدولية، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، العراق، العدد 31 و 32، 2016، ص 148.

• ياسمينه أبو الزهور، التقدم والفرص الضائعة : المغرب يدخل عقده الثالث تحت حكم الملك محمد السادس، مركز بروكنجز الدوحة، موجز السياسة، يوليو 2020، ص 4 و 3.

الأستاذ علي احمد محمد سعيد

باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة الحسن الأول - سطات

## اليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية

### في التشريعين اليمني والمغربي

Mécanismes de protection des consommateurs contre les conditions abusives

مقدمة:

يعتبر موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية من المواضيع التي انكبت حول تنظيمها إرادة كثير من مشرعي دول العالم<sup>456</sup>، مع ما للشرع الإسلامي من قصب السبق إلى ذلك<sup>457</sup>.

456- نذكر من بينهم المشرع البلجيكي، حيث أصدر بتاريخ 14 يوليوز 1971 قانونا خاصا بالممارسات التجارية، أدخلت عليه تعديلات مهمة بموجب قانون 14 يوليوز 1991، حيث أضاف إليه الفصل 13 تحت عنوان: النصوص العامة المتعلقة ببيع السلع والخدمات للمستهلكين، ويعالج هذا الفصل في المقام الأول الشروط التعسفية، كما أصدر المشرع الألماني في 6 ديسمبر 1976 قانونا حول الشروط العامة في العقود، وبتاريخ 18 يوليوز 1987 أصدر المشرع الهولندي قانونا خاصا بالشروط العامة في التعاقد، ليبقى قانون 10 يناير 1978 الفرنسي حول حماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات أهم تشريع أوربي في الموضوع، توج بإصدار مدونة للاستهلاك سنة 1993، والتي عرفت تعديلات مهمة بموجب القانون رقم 96-95 الصادر في 1 فبراير 1995 خصوصا فيما يتعلق بمعايير تحديد الشرط التعسفي، وفي سنة 1993 أصدر المجلس الأوربي توجيهها تحت رقم 13-93 بتاريخ 5 أبريل 1993 يهدف إلى وضع المبادئ الأساسية لحماية المستهلك الأوربي ضد الشروط التعسفية (الفصل 8 من هذا التوجيه).

- TROCHU Michel: Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, (directive n°: 93-13 C.E.E. du conseil du 5 Avril 1993) Dalloz, 1993, n°: 43, chronique p. 315.

2- تدخل في ما يصطلح عليه ب: " الحسبة " ، وتعني: قيام ولي الأمر أو من يعهد إليه ولي الأمر بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مختلف المجالات، وقد عرفت الحسبة منذ عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام، حيث أنه كان يطوف في الأسواق متفقدا أمر الناس، ويوجههم وينهاهم عن الغش والخداع والتضليل، وقد يولي بعض الصحابة للقيام بهذه المهمة ، وذلك مصداقا لقوله تعالى: " ويا قوم أوفوا المكيال والميزان ولا تبخسوا الناس اشياءهم ولا تعشوا في الأرض مفسدين"، سورة هود الآية 85، والآيات كثيرة، واما في السنة النبوية الشريفة فهناك أحاديث كثيرة تنهانا عن الغش والاحتيال منها ما جاء في صحيح مسلم، عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال " ما هذا يا صاحب الطعام؟" فقال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: " أفلا علمتة فوق الطعام كي يراه الناس من غشنا فليس منا". وفي رواية أخرى " من غش فليس مني"، ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، دار الكتب العربية بيروت 1967، ص: 11.

للاطلاع أكثر في هذا الموضوع راجع كل من :

- عبد القادر العرعاري: أسطورة الحماية القانونية للمستهلك في النظام التشريعي المغربي، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 2010، ص: 62.

- المهدي العزوزي: تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، الطبعة الأولى، 2013، ص: 11 و 12.

ويستخلص من استقراء مضامين هذه القواعد الحمائية، أن حرية الإرادة لم تعد تفهم بمعنى ترك الطرف القوي يهيمن على العملية التعاقدية في ظل غياب إرادة مدركة وحقيقية وواعية للطرف الذي تنقصه الخبرة والمعرفة، بل إن الرغبة في تجنب أن يصبح القانون التعاقدى هو قانون الطرف القوي، وهاجس جعل القانون أكثر واقعيه وإنسانية، جعلت المشرعين في الكثير من البلدان يتجهون نحو ضبط الحرية التعاقدية، وذلك بفرض وسائل وقائية تحاول القضاء على مظاهر الاستغلال والظلم التي أصبحت تطبع العلاقات التعاقدية<sup>458</sup>، وتعد فئة المستهلكين واحدة من النماذج المستهدفة بالحماية من طرف التشريعات المتقدمة التي أولتها رعاية من نوع خاص، وصلت إلى حد تخصيصها بمدونات مستقلة تضمن لها كل مظاهر الحماية ضد تجاوزات وتعسفات المهنيين الذين يستغلون تفوقهم الاقتصادي وخبرتهم المهنية للإيقاع بالأطراف الضعيفة في مختلف المجالات التعاقدية<sup>459</sup>، حتى أضحت شروط العقود تعسفية في حقهم.

ومن أجل السهر على حسن تطبيق النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك، لا بد من وجود أجهزة قوية وفعالة، بدونها تصبح قوانين حماية المستهلك مجرد حبر على ورق، تفتقد للأليات الخاصة لردع المخالفين.

وفي هذا الإطار، سارعت العديد من الدول إلى إحداث أجهزة ومؤسسات مختلفة مؤهلة لمراقبة تطبيق هذه النصوص على أرض الواقع، من خلال منحها سلطات وصلاحيات واسعة في التحري والكشف عن المخالفات القانونية والعمل على حماية وضمأن حقوق المستهلكين وحماية الاقتصاد.

ومن أجل مواكبة التشريعات الحديثة التي سارعت بإيجاد نصوص قانونية تساهم في توفير حماية فعالة لفئة المستهلكين، حاول كل من المشرعين المغربي واليمني منح

458 - أبو بكر مهم: الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء، 2003/2004، ص: 5 و 6.

459 - عبد القادر العرعاري: قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون رقم 31-08 المتعلق بحماية المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث، منشورات مجلة القضاء المدني، طبعة 2014، ص: 11.

صلاحيات تشريعية بموجبها يمكن لفئة المستهلكين اللجوء إلى القضاء، وكذا اللجوء إلى أجهزة إدارية وأخرى تمثيلية لتحقيق الحماية لهم.

وتأسيسا على ما سبق، سيتم التطرق إلى الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في (المبحث الأول)، على أن نتطرق إلى الهيئات والأجهزة الإدارية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في (المبحث الثاني).

### 1. المبحث الأول: الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية

إن الغاية من التنظيم القانوني لعقود الاستهلاك هي حماية الطرف الضعيف، بقصد ضمان توازنها العقدي تحقيقا لمتطلبات استقرار المعاملات، لذلك ينبغي تفعيل هذه الحماية عن طريق تطبيق القواعد الحمائية من طرف الجهات القضائية المختصة، ذلك أن وجود النصوص القانونية التي تسعى إلى تحديد مفهوم الشرط التعسفي وإيراد قوائم للشروط المعتبرة تعسفية لا تشكل حماية ناجعة للمستهلك، ما لم تتم المطالبة القضائية بإلغاء واستبعاد هذه الشروط من العقود، مع توقيع العقوبات المقررة قانونا على المهني في حالة ارتكابه ممارسات تعسفية في حق المستهلك.

ومن المبادئ المسلم بها في التشريعات المدنية ذات الطابع الليبرالي أن العقود تقوم مقام القانون بين أطرافها وهو تطبيق صريح لمبدأ سلطان الإرادة ولكون العقد شريعة المتعاقدين ولذلك يمنع على القاضي مراجعة مضمون العقد ما دامت مقتضياته غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وما دامت عبارات العقد وشروطه واضحة<sup>460</sup>.

غير أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم أثرت بشكل فعال على العلاقات التعاقدية ومن ثم أصبح لزاما على القضاء التدخل من أجل تطوير القواعد التقليدية التي تحكم العقود لتساير تطور المجتمع في اطار ما يسمح به القانون، فالقضاء يتدخل من أجل تطوير تلك القواعد التي تحكم العقود لتساير تطور المجتمع، والقاضي

5- إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية. المجلة المغربية للاقتصاد والقانون العدد الثالث يونيو 2001.

يستطيع أن يتدخل لتفسير مضمون العقد عندما يكون الشرط غامضاً من خلال الاعتماد على السلطة التقديرية الممنوحة له قانوناً<sup>461</sup>.

وسيتيم من خلال هذا المبحث التطرق إلى دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة (المطلب الأول)، على أن نتطرق إلى حدود سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في ظل قانون الاستهلاك (المطلب الثاني).

2. المطلب الأول: دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في ظل

### القواعد العامة

يلعب القضاء دوراً كبيراً في إعادة التوازن إلى العقود، من خلال مواجهة الاختلال في العلاقة التعاقدية بين فئتي المهنيين والمستهلكين، ومن أهم النتائج التي حققها القضاء في هذا الشأن، تخفيف بعض الالتزامات التعاقدية أو إقرارها على عاتق المهنيين أو إلغائها، وذلك عن طريق التوسع في تفسير وتأويل عقود الاستهلاك.

وتعتبر السلطة التقديرية للقاضي في تفسير شروط العقد من بين أهم الوسائل التي خولها له القانون لتعديل هذه الشروط أو إلغائها، وتختلف هذه السلطة بحسب ما إذا كانت شروط العقد غامضة (الفقرة الأول)، أو كونها واضحة (الفقرة الثاني).

3. الفقرة الأول: سلطة القاضي في تفسير شروط العقد الغامضة

يتحقق الغموض في العقد عندما تكون العبارات المستعملة فيه غير معبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين أو عندما يكون لها أكثر من معنى الأمر الذي يحمل على الشك في الغرض المقصود<sup>462</sup>.

461- حنان ممحوج، الشروط التعسفية بين قانون الالتزامات والعقود وقانون حماية المستهلك – على ضوء أحكام المحكمة الابتدائية – تمارة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس – السويسي، ص: 19.

462 - جميل صبحي: تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقهاء في المغرب ومصر، منشور في مجلة القضاء والقانون العدد 133-134 ص 139 وما بعدها.

وكما كانت عبارات العقد غامضة في دلالتها على المقصود منها تعين اللجوء إلى التفسير لاستجلاء غموضها وتحديد حقيقة مدلولها. فتفسير العقد يناط بالقاضي، مستهدفاً البحث عن ما قصده منه الإرادة المشتركة لطرفيه<sup>463</sup>، ومستعينا في ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات، وما يجب توافره في المتعاقدين من ثقة وأمانة وغيرهما من الظروف والملازمات التي صاحبت إبرام العقد، ولا يمكنه الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهو في هذا السبيل يستهدي بمجموعة من القواعد القانونية التي نظمها ظهير الالتزامات والعقود<sup>464</sup>.

فهذه الحالات تشكل المجال الواسع لاستخدام القاضي لسلطته في التفسير أخذاً بعين الاعتبار النية المشتركة للمتعاقدين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ ولا بتكوين الجمل، فتفسير شروط العقد الغامضة يدخل ضمن سلطة القاضي المطلقة التي لا رقابة

---

463- إدريس العلوي العبدلاوي: "شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1996، ص: 596.

464- يحدد الفصل 462 من ظهير الالتزامات والعقود الحالات التي يسمح فيها للقاضي بتأويل عبارات العقد الغامضة حيث نص:

"يكون التأويل في الحالات الآتية:

- 1\_ إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.
- 2\_ إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها.
- 3\_ إذا كان الغموض ناشئاً عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول تلك البنود.

وعندما يكون التأويل موجب، يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل.

عليه فيما من محكمة النقض<sup>465</sup> كقاعدة عامة<sup>466</sup> وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا<sup>467</sup> في البعض من قراراته والتي منها: القرار الصادر بتاريخ 7 أبريل 1964 والذي اعتبر "أن الشروط الغامضة أو المعارضة لاتفاقات الأطراف لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى (محكمة النقض)"<sup>468</sup>.

وانطلاقا من هذه السلطة يستطيع القاضي أن يستعين بالتفسير في حالة غموض شروط العقد للتغلب على تقييد النصوص لسلطته إزاء العقد، وذلك بالتدخل في مضمون العقد لإعادة التوازن إلى أداءات طرفيه إما بتعديل العقد أو إلغاء الشروط التي يقدر أنها أخلت بالتوازن العقدي.

هذا فيما يخص التشريع المغربي، أما فيما يخص التشريع اليمني، فبالرجوع إلى المادة السادسة من القانون المدني اليمني<sup>469</sup> نجدها تنص على ما يلي:

465- بوشتي زياني، الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – وجدة، السنة الجامعية 1999-2000 ص: 20.

466 تبقى لكل قاعدة استثناء وفيما يتعلق بهذا الشأن فإن المحكمة عندما يتبين لها أن صيغة العقد لا تعبر عن قصد المتعاقدين فإن لها في إطار سلطتها التقديرية أن توضح ذلك الهدف الحقيقي الذي توخاه الأطراف عند إبرام العقد وإلا كان قرارها معرضا لنقض، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ 1968/3/30، الذي جاء فيه " بأن المحكمة المختصة التي صرحت بأن العقد المتنازع في شأنه لا يمكن اعتباره منشئا لشركة قراض لعدم استيفائه للشروط الأساسية المطلوبة قانونا في هذا الشأن، وأنه يكون ذا طبيعة خاصة تكون قد أولت بما لها من كامل السلطة ذلك العقد الذي لم توضح أهميته، قرار منشور في مجلة القضاء والقانون العدد 92 أكتوبر 1966 ص 36.

467- حلت عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" بالمادة الفريدة من القانون رقم 11-58 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 170-11-1 بتاريخ 27 ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011) : ج. ر. عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011).

468- قرار ذكره محمد الكشور في أطروحته الموسومة ب: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء السنة الجامعية 1985\_1986 ص: 163.

469 قانون رقم (14) لسنة 2002 م بشأن القانون المدني اليمني منشور في الجريدة الرسمية العدد (7ج1) لسنة 2002م.

"الأمور بمقاصدها والعبارة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني"، أي أن تفسير العقد هو بيان حقيقته والمقصود به، من خلال عباراته والعبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ، هذا وفقاً للتفسير التقليدي إلا أن ذلك لا يحد من سلطة القاضي في البحث عن نية الأطراف خاصة في الحالات التي لا يظهر فيها القصد واضحاً من خلال عبارات العقد<sup>470</sup>.

والتفسير في الآونة الأخيرة لم يقتصر على البحث عن قصد الأطراف ونيهم الحقيقة من خلال عبارات العقد وألفاظه، وإنما قد يتجاوز ذلك إلى البحث عن حقيقة التصرفات والالتزامات التي تتولد عنها، دون ما قصده الأطراف بشكل محدود خالي من الإبداع، كل ذلك ويهدف تحقيق مصالح ملحة لبعض الأطراف في حالة تعارض المصالح لذوي الشأن.

فالقانون المقارن يزخر بالعديد من الحالات أهمها التوسع في التفسير من خلال تكريس نظرية عقود الاستهلاك، بما فيها من إمكانية العدول أو الرجوع عن العقد للمستهلك<sup>471</sup>، وإمكانية تفسير العديد من عقود الاستهلاك والشروط التي تتضمنها بما يحقق مصالح المستهلك، بشكل لا يتطابق أحياناً مع ما اتجهت إليه إرادة أطراف العقد الاستهلاكي وحتى مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد.

وهذا الاتجاه دفع بالعمل القضائي للتوسع من خلال التحقق من القيود المفروضة على حرية القاضي بالتفسير وبالاستناد إلى ظروف العملية التعاقدية وإلحاح الحاجة لحماية المستهلك<sup>472</sup> باعتباره طرفاً مدعماً، ومن هنا برزت أهمية التفسير كوسيلة للطرف

470 هذه القاعدة منصوص عليها في المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية التونسية، ونص عليها المشرع العراقي في المادة 135 من القانون المدني العراقي، وقد خصص الإمام ابن قيم الجوزية صاحب كتاب إعلام الموقعين فضلاً مستقلاً لهذه القاعدة في الجزء الثالث منه، ص 119.

471- Larroumet Ch: Droit civil, tome 3e les obligations le contrat, 3e ed economique 1996, p: 247. No 268.

472- Larroumet Ch: Op. Cit, p: 397 No 430.

الضعيف، كالتزام الناقل بضمان سلامة الركاب، والتزام المنتج والموزع بسلامة المستهلك ومنع الشروط التعسفية في أنواع عديدة من العقود.

#### 4. الفقرة الثانية: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة

بالرجوع الى القانون المغربي نجد الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود ينص على ما يلي: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبه".

نستنتج من خلال قراءتنا لهذا الفصل، أنه متى كانت شروط العقد واضحة في دلالتها التزم القاضي بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنها، ذلك أن تفسير التعبير عن الإرادة في العقد كتفسير النصوص القانونية، فوضوح العبارات الواردة في العقد يهدي القاضي إلى الحكم الذي ارتضاه الطرفان مظهرًا لإرادتهما، فلا يجوز للقاضي أن يحيد عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى يفرض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وإلا اعتبر خروجه عن المعنى الواضح عن التعبير الذي اختاره المتعاقدين تحريفًا للمعنى المفهوم من العبارة وانحرافًا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من جهة، ومن جهة أخرى ضربًا لمبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يجعل حكمه عرضة للنقض بسبب خرقه لنص جوهري في ظهير الالتزامات والعقود هو الفصل 230 الذي ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في مجموعة من قراراته والتي من بينها القرار الصادر بتاريخ 13 فبراير 1962 حيث جاء فيه: "إن قضاة الموضوع مكلفون بتطبيق الاتفاقات المبرمة وليس لهم الحق في تغييرها متى كانت شروطها واضحة وبينية..."<sup>473</sup>.

ووضوح العبارة لا يعني أن تكون واضحة في ذاتها وإنما يجب أن تكون واضحة كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما ذهب إليها الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>474</sup>، أي أن العبرة بوضوح

473- قرار عدد 96 صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 1962 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 48\_49، السنة 1962، ص: 379.

474- بوشتي زيان: الحماية القضائية من الشروط التعسفية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2000-1999، ص: 22.

الإرادة لا بوضوح العبارة. وفي هذه الحالة يجوز للقاضي اللجوء إلى التفسير للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين حيث يسترجع دوره الايجابي، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في العديد من القرارات والتي منها، القرار الصادر في 20 أبريل 1966 حيث جاء فيه: "إن لمحكمة الموضوع الحق في أن لا تعتبر في العقود إلا معناها لا مبناها..."<sup>475</sup>.

وبهذا يمكننا القول إنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي في الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود المشار إليه سلفا بمنع القاضي من تحريف معنى الشروط الواضحة والمحددة ولو كانت تعسفية، فإن هناك استثناءات يمكن الخروج بها عن القاعدة السابقة ويتعلق الأمر بالحالات التي ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة للعقد والإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فرغم وضوح العبارة إلا أن المتعاقدين قد لا يحسن استعمال هذا التعبير الواضح الأمر الذي يؤدي إلى غموض الإرادة، ففي هذه الحالة يسترجع القاضي دوره الإيجابي في التفسير الذي يبدو بأن ظاهر الفصل 461 من ظهير الالتزامات والعقود قد سلبه منه<sup>476</sup>.

كما أن عبارات العقد قد تكون صريحة وواضحة، ومع ذلك يستطيع القاضي إعمالا لدوره الايجابي في التفسير أن يبعد بعض الألفاظ والعبارات في العقد إذا تبين له انطلاقا من المستندات التي يعتمد عليها في بناء حكمه أنها لا تتلاءم مع القصد الحقيقي للمتعاقدين كما لو لاحظ بأن هذا اللفظ أو العبارة أضيفت إلى العقد بصفة تعسفية ودون موافقة أحد الأطراف، وهذا ما ينفع كثيرا في حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية التي يتم إدراجها في العقد، فرغم أنها تكون واضحة الدلالة إلا أنها لا تعكس الإرادة الحقيقية للمستهلك.

475- قرار عدد 308 صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 أبريل 1966، مجلة القضاء والقانون عدد 85 يناير مارس 1986، ص: 86.

476- إدريس الفاخوري: مرجع سابق، ص: 83.

- وتجدر الإشارة أن الفصل 43 من قانون الالتزامات والعقود المغربي يعتبر صورة من صور تفسير العقد الواضح العبارة.

غير أن القاضي وهو يستبعد هذه الشروط التعسفية من العقد عليه أن يعلل قراره ويبين الأسباب التي دفعت به إلى إبعاد تلك الشروط الصريحة والواضحة من العقد بالإضافة إلى الإشارة إلى المستندات التي اعتمد عليها في تأسيس قناعته بأن هذا الشرط قد أدرج تعسفا في العقد وإلا تعرض حكمه للنقض وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا في قراره الصادر بتاريخ 20 أبريل 1977 بقوله: "حيث إنه إذا أبعدت المحكمة شرطا من شروط العقد وجب عليها أن تبين الأسباب والمستندات التي اعتمدها لتكوين قناعتها وإلا كان قرارها غير معلل تعليلا كافيا مما يتعين معه نقضه"<sup>477</sup>.

وهذا يمكننا القول إن دور القاضي في تفسير عبارات العقد في كلتا الحالتين سواء أكانت واضحة أو غامضة يظل محدودا ومقيدا بالبحث عن الإرادة الحقيقية والمشاركة للمتعاقدين وليس بالحد من الشروط التعسفية وتحقيق التوازن والعدالة العقدية لأن الإرادة المبحوث عنها من طرف القاضي وخاصة في العقود الاستهلاكية ليست سوى إرادة الطرف القوي والذي يستقل بفرض شروطه مسبقا على المستهلك الذي لا يبقى له سوى القبول والانضمام للعقد دون مناقشة أو مساهمة، مما يجعل الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة (ظهير الالتزامات والعقود والقانون المدني اليميني) محدودة وضيقة جدا الشيء الذي يجعلها غير ذات فعالية.

5. المطلب الثاني: دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في قانون

### الاستهلاك

حول المشرعين المغربي واليميني في ظل قوانين الاستهلاك<sup>478</sup> للقاضي سلطة واسعة في محاربة الشروط التعسفية، وترتبط هذه السلطات في الجزء المترتب عند إدراج الشرط

477- قرار رقم 201 صادر عن المجلس الأعلى في الملف المدني عدد 29678، بتاريخ 20 ماي 1977، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 25 ماي 1980 ص 122.

478- نقصد هنا بقوانين الاستهلاك، القانون المغربي رقم 31-08 بشأن تدابير حماية المستهلك، والقانون اليميني رقم 46 بشأن حماية المستهلك.

التعسفي في العقد الاستهلاكي، وسوف نتطرق إلى سلطة القضاء في إمكانية إبطال الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك (الفقرة الأولى)، وسنخصص (الفقرة الثانية) للحديث عن إمكانية إبطال العقد بأكمله.

#### 6. الفقرة الأولى: إبطال الشرط التعسفي المدرج في العقد الاستهلاكي

رتب المشرع المغربي جزء إبطال الشرط التعسفي المدرج في العقد الاستهلاكي من خلال نص المادة 19 من القانون رقم 08-31، على ما يلي: "يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك.

تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور".

وهكذا فإن القاضي هنا يقوم بإزالة الشرط التعسفي من العقد واستمرار هذا الأخير بين أطرافه (دون هذا الشرط) إذا كان بالإمكان بقاءه دون ذلك الشرط الملغى وهو ما يعرف بنظرية "انتقاص العقد"، أما إذا لم يكن بالإمكان استمرار العقد بعد إزالة الشرط، فهو يصرح ببطلان العقد برمته بما يستتبع ذلك من تطبيق الآثار القانونية لهذا البطلان.<sup>479</sup>

وقد سائر التشريع اليميني نظيره المغربي من خلال ترتيب نفس الأثر الذي رتبته التشريع المغربي، والمتعلق بإبطال الشرط التعسفي الوارد في العقد الاستهلاكي.

وبالرجوع إلى المادة (38) من القانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك نجدها تنص على ما يلي :

"يكون باطل بطلاناً مطلقاً كل شرط تعسفي يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط أن يؤدي إلى الإخلال

479- أبو بكر مهم: حماية المستهلك المتعاقد دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 08-31 المتعلق بتحديد

تدابير لحماية المستهلك، دار الأفق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017، ص: 155.

بالتوازن فيما بين حقوق وواجبات المزود والمستهلك لغير مصلحة المستهلك، أو إعفاء المزود من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون أو اللائحة أو القوانين الأخرى النافذة وتحدد اللائحة تلك الشروط".

وتم ترتيب نفس الأثر من خلال نص المادة 17 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك، والتي تم من خلالها سرد بعض الشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل المثال لا الحصر، حيث جاء فيها:

"... ويقع باطلا كل شرط تعسفي يرد في عقد البيع أو يشترطه المزود على المستهلك ويعتبر من الشروط التعسفية ما يلي..."<sup>480</sup>.

ويتضح مما سبق، أن المشرعين المغربي واليمني منحا للقاضي من خلال اعمال سلطته التقديرية إمكانية إبطال الشرط التعسفي الوارد في العقد الاستهلاكي، والغاية من ترتيب هذا الجزاء هي إعادة التوازن المفقود إلى العقد الذي يربط المستهلك بالمهني، فالعقد يجب أن يكون خاليا من الشروط التعسفية، ولتوفير ذلك عمل المشرع المغربي والمشرع اليمني على إبطالها من العقد لأن الأصل في هذا النوع من العقود الذي يجمع بين طرفين هما في مراكز مختلفة أن لا تدرج في العقد حماية لمصالح المستهلك التي تضررت من جراء إدراج الشرط التعسفي هذا من جهة، كما أن جزاء بطلان الشرط دون العقد يحافظ على استقرار المعاملات من جهة ثانية.

#### 7. الفقرة الثانية: بطلان العقد المتضمن للشرط التعسفي

بالرجوع إلى المادة 19 من القانون 31-08 نجدها قد نصت على أنه: "يعتبر باطلاً و لاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك، تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائماً بدون الشرط التعسفي المذكور."

480- للاطلاع أكثر ينظر إلى المادة 17 من اللائحة التنفيذية للقانون اليمني رقم 46 بشأن حماية المستهلك.

نجد أن المشرع المغربي قد نص صراحة على أن أثر البطلان الذي يطال الشرط التعسفي قد يمتد إلى بطلان العقد الاستهلاكي، والدليل على ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 19 أعلاه "... إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور" بمعنى أنه إذا لم يكن بالإمكان أن يبقى العقد قائما فهذا الأخير يبطل بأكمله ويكون ذلك متى تبين أن الشرط التعسفي كان باعثا دافعا للتعاقد وهو يكون كذلك إذا تبين أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى أن العقد لا يمكن أن يتم بغير الشق الذي وقع باطلا، بحيث إذا ورد الشرط التعسفي باطلا فإنه يؤدي إلى بطلان العقد، نتيجة لوجود ارتباط في ذهن المستهلك ما بين الشق الصحيح والشق الباطل<sup>481</sup> وما كان ليتبع العقد بدون الشرط الذي وقع باطلا.

ويقع على عاتق هذا المتعاقد إثبات أن الشرط الباطل هو ما دفعه إلى التعاقد، كما يجب عليه أن يثبت أن العقد وحدة متكاملة وانفصال أي شق منها وبطلانه يؤدي إلى بطلان كل الشروط الواردة في العقد، وذلك على اعتبار أن كل بنود وشروط العقد مترابطة، وبطلان شرط فيها يتسبب في بطلان العقد بأكمله وهذا كله متوقف على مدى كون هذا الشرط التعسفي هو الذي دفعه إلى التعاقد والغاية المتوخاة من العقد، فالشرط في هذه الحالة يعد عنصرا أصليا في العقد وعليه يقوم سبب الالتزام<sup>482</sup>.

ولكي يتوصل القاضي إلى مدى كون الشرط جوهريا بالنسبة لأحد الطرفين يتعين عليه أن يقوم بتفسير العقد، فإذا تبين له أهمية الشرط الباطل لأحد المتعاقدين فإن

481- جاء في الفصل 308 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي " بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه إلا

إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان..."

482- للاطلاع أكثر راجع الفصل 62 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله وعلى القاضي أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت إلى تقدير أهمية الشرط التعسفي الباطل، وبالتالي تأثير بطلانه على العقد<sup>483</sup>.

وخلاصة القول إن العقد الاستهلاكي حسب قانون 31-08 لا يمكن الحكم ببطلانه بأكمله إلا في الحالة التي لا يمكن فيها الإبقاء عليه بدون الشروط المذكورة، كالحالة التي يكون فيها الشرط المتنازع فيه أو بشأنه شرطا جوهريا في العقد، أو في الحالة التي يكون فيها الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد.

نستنتج مما سبق أن الجزاء الذي رتبته المشرع المغربي على إدراج الشرط التعسفي هو إما بطلان الشرط التعسفي لوحده<sup>484</sup> وإما بطلان العقد بأكمله، وبعبارة أخرى أن سلطة القاضي في مواجهة الشرط التعسفي لا تتجاوز إما إبطاله منفردا عن العقد وإما القضاء بإبطال العقد بأكمله أي لا يمكن للقاضي الخروج عن هذين الجزاءين.

وبخصوص التشريع اليمني نستنتج بأنه قيد سلطة القاضي بإبطال الشرط التعسفي وحده دون إبطال مجمل العقد، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 38 من القانون السالف الذكر والمادة 17 من اللائحة التنفيذية لنفس القانون<sup>485</sup>.

والسؤال الذي يطرح ماذا لو كان هذا الشرط التعسفي هو الشرط الدافع إلى التعاقد؟ هل يبطل الشرط وتستمر العلاقة التعاقدية؟

---

483- ياسين المفقود: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء قانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سطات- السنة الجامعية 2011-2012، ص: 78.

484 أعطى المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود للمحكمة إمكانية التدخل اما بتخفيف التعويض المتفق عليه بين الدائن ومدينه عن الضرر الذي لحق الأول جراء عدم الوفاء بالالتزام من قبل الأخير اذا كان هذا التعويض مبالغا فيه، كما أعطاهما إمكانية رفع مبلغ التعويض اذا كان مبلغ التعويض زهيدا وللمحكمة أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي، ورتب المشرع المغربي جزاء البطلان لكل شرط يخالف ذلك في الفقرة الأخيرة من هذا الفصل.

485 للاطلاع أكثر راجع المادة 38 من القانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك اليمني والمادة 17 بشأن لائحته التنفيذية.

وللإجابة على هذا التساؤل نرى أنه كان يجب على المشرع اليمني منح القضاء سلطة إبطال العقد برمته بل والأكثر من ذلك منحه سلطة تعديل الشرط التعسفي مع ما يتوافق وضمن التوازن بين حقوق وواجبات طرفي العقد.

8. المبحث الثاني: الهيئات المساهمة في حماية المستهلك من الشروط

### التعسفية

بالرغم من فعالية إصدار قواعد قانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، إلا أنها لا تؤدي إلى القضاء تماما على هذه الظاهرة، لذلك اتخذت عدة مبادرات من أجل تعزيز آليات الدفاع عن حقوق المستهلك وتدعيم حماية مصالحه<sup>486</sup>.

وفي هذا الإطار، أولت مختلف التشريعات أهمية بالغة لهيئات حماية المستهلك، بالإضافة إلى الدور البارز الذي يقوم به القضاء في مجال حماية المستهلك إلا أنه غير كافٍ مما جعل مختلف التشريعات تحدث هيئات أخرى لحماية المستهلك، وتأتي على رأس هذه الهيئات جمعيات حماية المستهلك، التي تعتبر حلقة لا يمكن إغفالها من أجل تحقيق حماية متكاملة وفعالة، بحكم أنها تمثل المجتمع باعتبارها هيئات مدنية غير حكومية تحتك بصفة مباشرة مع فئة المستهلكين، فهي تملك من قدرة وميزة لا تتوفر في باقي الهيئات الأخرى، من خلال التحسيس والتوعية والإعلام وإشراك مختلف الشرائح في المجتمع من أجل نشر الوعي لدى المستهلك، بل أكثر من ذلك فقد منح القانون لهذه الجمعيات الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية المستهلكين نيابة عنهم.

وسيتم التطرق إلى المؤسسات المساهمة في حماية المستهلك في التشريع المغربي (المطلب الأول)، على أن نتطرق إلى مختلف الهيئات المتدخلة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع اليمني (المطلب الثاني).

486- الرحموني حسنة: الشروط التعسفية في عقد القرض الاستهلاكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، بجامعة

محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال-الرباط- السنة الجامعية 2011-2012، ص: 386.

## 9. المطلب الأول: هيئات حماية المستهلك في التشريع المغربي

بالرجوع الى القانون رقم 08-31 بشأن تدابير حماية المستهلك نجد أن المشرع المغربي قد أحدث من خلال هذا القانون بعض المؤسسات المتخصصة التي تعمل في مجال الاستهلاك بصفة عامة، ويتعلق الأمر بالمجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك (الفقرة الأولى)، كما أن جمعيات حماية المستهلك بالمغرب تلعب دورا كبيرا في الدفاع عن حقوق ومصالح المستهلكين وتوعيتهم وإعلامهم والمساهمة في نشر الثقافة الاستهلاكية (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك

بالرجوع الى القانون رقم 08-31 نجد أن المادة 204 منه تنص على ما يلي:

"يحدث مجلس استشاري أعلى للاستهلاك مستقل تناط به على الخصوص، مهمة اقتراح وإبداء الرأي حول التدابير المتعلقة بإنعاش ثقافة الاستهلاك والرفع من مستوى حماية المستهلك".

أما المادة 205 من نفس القانون فتحيل على نص تنظيمي مسألة تحديد تأليف المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك وكيفية سيره طبقا للتشريع الجاري به العمل. وقد نظم مشروع المرسوم المتعلق بإحداث المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك مكونات هذا المجلس في المواد من 2 إلى 9 منه حيث يتكون من:

1. الوزير المكلف بالتجارة والصناعة أو ممثله رئيسا للمجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك<sup>487</sup>.

2. خمسة ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك الذين يتم تعيينهم بقرار الوزير المكلف بالتجارة والصناعة من بين جمعيات حماية المستهلك، ومما لا شك فيه أن من أهم المزايا

487- المادة الثانية من مشروع المرسوم المتعلق بإحداث المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك.

التي جاء بها المشروع المرسوم هو إشراك ممثلي المجتمع المدني وتعزيز تمثيليتهم كجهة أساسية هدفها الوحيد هو الدفاع عن مصالح المستهلك<sup>488</sup>.

وما يلاحظ هو أن تعيين هؤلاء الممثلين مقرون بضرورة توفر الجمعيات على شروط معينة والتي منها:

1- أن تكون الأكثر نشاطا في مجال حماية المستهلكين.

2- أن تكون مؤسسة طبقا لمقتضيات ظهير 15 نونبر 1958 المتعلق بحق تأسيس

الجمعيات والتي تحترم مقتضيات القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ونصوصه التطبيقية.

ج- أن تكون قد مارست أنشطة فعلية لمدة ثلاث سنوات فعلية في تاريخ التعيين.

3. خمسة ممثلين عن المهنيين يعينون باقتراح من رؤساء الجمعيات المهنية التالية:

❖ جامعة غرف التجارة والصناعة والخدمات

❖ جامعة الغرف الفلاحية

❖ جامعة غرف الصناعة التقليدية

❖ جامعة غرف الصيد البحري

❖ الاتحاد العام لمقاولات المغرب

4. خبيرين يتم اختيارهما بالنظر إلى كفاءتهما في المجال القانوني أو الاقتصادي أو

الاستهلاكي يعين هذين العضوين ونائبهما بقرار للوزير المكلف بالتجارة والصناعة لمدة سنتين.

488- المهدي العزوي: تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك

سلسلة أعمال جامعية منشورات مجلة القضاء المدني دار نشر المعرفة مطبعة المعارف الجديدة - الرباط- الطبعة الأولى

2013، ص: 124.

وتضيف المادة الرابعة من مشروع المرسوم أنه يشارك بقوة القانون في أشغال المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك ممثلي الوزارات والهيئات التالية:

❖ وزارة الصناعة والتجارة والتكنولوجيا الحديثة

❖ الوزارة المكلفة بالشؤون الاقتصادية والعامّة

❖ وزارة الداخلية

❖ وزارة الصحة.

وبالرجوع إلى مشروع المرسوم، نجد أن دور هذا المجلس يتمثل في:

❖ إبداء آراء استشارية حول مشاريع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك المعروضة عليه من طرف السلطات العمومية؛

❖ الإدلاء بآراء استشارية في القضايا العامة أو الخاصة المتعلقة بالدفاع عن حقوق المستهلك، وحمايتها واحترامها وتعزيزها؛

❖ إبداء رأيه للسلطات التشريعية والتنفيذية في القضايا التي تهم المستهلك؛

❖ دراسة واقتراح التوجهات الكفيلة بتعزيز السياسة الحكومية في مجال الاستهلاك وحماية المستهلك.

ويشكل هذا الاختصاص حجر الزاوية فيما يتعلق بالدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، إذ من شأنه المساهمة في هذه الحماية بشكل يسمح بإعادة التوازن للعلاقات التعاقدية خصوصا في ظل التشكيلة التي يتكون منها المجلس.<sup>489</sup>

489- المهدي العزوي: تسوية نزاعات الاستهلاك، مرجع سابق، ص: 126.

## الفقرة الثانية: جمعيات حماية المستهلك

تلعب جمعيات حماية المستهلك دورا رياديا وفاعلا في الدفاع عن مصالح جمهور المستهلكين، حيث أصبحت من جماعات الضغط الاجتماعي مما دفع المشرع إلى تبني سياسة حمائية، كما شكلت أيضا مجموعة ضغط على المهنيين من خلال الأساليب أو الطرق التي سلكتها لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين، وذلك من خلال الامتناع عن الشراء أو مقاطعة بعض المنتجات أو الخدمات وأخيرا من خلال الامتناع عن دفع ثمن المنتج أو الخدمة<sup>490</sup>.

وتلعب جمعيات حماية المستهلك بالمغرب أدوارا كبيرة في محاربة الشروط التعسفية، فهي تقوم بدور وقائي، من خلال الإعلام<sup>491</sup> والدعاية المضادة<sup>492</sup>، والدعوة إلى المقاطعة<sup>493</sup>، وسأطرق من خلال هذا المحور على الدور العلاجي الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك في محاربة الشروط التعسفية، والمتمثل في تنصيصها كطرف مدني أمام القضاء للدفاع بالنيابة عن مصالح المستهلكين.

490- ياسين المفقود: مرجع سابق، ص: 125 و 126.

491- يبرز هذا الدور من خلال المادة 192 من القانون رقم 08-31 بشأن تدابير حماية المستهلك، والتي تنص على ما يلي: "تتولى جمعيات حماية المستهلك، المؤسسة والعاملة وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل والمتعلقة بحق تأسيس الجمعيات، والإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك، وتعمل على احترام أحكام هذا القانون".

492- تلجأ جمعيات حماية المستهلك إلى هذه الوسيلة من أجل حماية المستهلكين ضد المخاطر التي تشكلها المنتجات غير الصالحة المعروضة في الأسواق على صحتهم وسلامتهم البدنية فإنها قد تستغل كوسيلة لحمايتهم من الشروط التعسفية التي تحتوي عليها عقود الاستهلاك وذلك بتحذيرهم، وإن اقتضى الحال بمنعهم عن طريق إعلامهم وإخبارهم عبر مختلف وسائل الإعلام بأن عقود استهلاكية معينة تحتوي على شروط تعسفية، للمزيد الرجوع إلى:

- نزهة الخدي: الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، - البيع الاستهلاكي نموذجا- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث القانون المدني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط السنة الجامعية 2004-2005، ص: 301 وما بعدها.

493- يعتبر أسلوب الدعوة إلى المقاطعة من أهم الأساليب الوقائية التي تلجأ إليها الجمعيات لحماية مصالح المستهلكين من الشروط التعسفية من خلال حثهم على مقاطعة أي منتج أو خدمة تحتوي نماذج عقودها على شروط تعسفية.

وتأسيسا على ما سبق، فإن جمعيات حماية المستهلك تتقدم أمام القضاء بدعويين لمحاربة الشروط التعسفية، تتعلق الأولى بالمطالبة بحذف الشرط التعسفي (أولا)، وتتعلق الثانية بدعوى المطالبة بالتعويض ورفع الضرر (ثانيا)

أولا: دعوى حذف الشرط التعسفي

يقصد بدعوى حذف الشرط التعسفي، الدعوى التي تقيمها جمعيات حماية المستهلك من أجل الحذف للمادي للشرط التعسفي من العقد<sup>494</sup>.

وقد منح المشرع المغربي لجمعيات حماية المستهلك حق المطالبة بحذف أي شرط تعسفي وفقا لمقتضيات المادة 162 من القانون رقم 31/08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك والتي نصت على ما يلي " يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك... أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى... بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد..."<sup>495</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المطالبة القضائية بحذف الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، أو في نماذج العقود المقترحة أو الموجهة إلى المستهلك، وهو ما يعني أن الأمر لا يقتصر على الشروط التعسفية التي حددها المشرع في المادة 18 من القانون رقم 08-31، والتي تم سردها في الشق الأول من هذا البحث، بل تشمل كل شرط يكون من شأنه إحداث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد الاستهلاكي، ذلك أن جمعيات حماية المستهلك غير ملزمة بتقديم دعوى حذف الشروط التعسفية وحصرها في الشروط الواردة في هذه اللائحة مادام أن تحديد المشرع لهذه الشروط قد جاء على سبيل المثال وليس الحصر.

494- J. Kullmanne: Remarques sur les clauses abusives réputées non écrit, JCP, édition général, 1993, p : 59.

495- أنظر المادة 162 من قانون حماية المستهلك المغربي رقم 08-31 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

## ثانيا: دعوى المطالبة بالتعويض

منح المشرع المغربي لجمعيات حماية المستهلك حق رفع دعوى المطالبة بالتعويض كوسيلة أخرى للدفاع عن حقوق ومصالح المستهلكين ضد الشروط التعسفية.

وبالرجوع إلى المادة 158 من قانون حماية المستهلك المغربي نجدها تنص على ما يلي: "استثناء من أحكام الباب الثالث من القسم الثاني والفقرة الثالثة من الفصل 77 من قانون المسطرة المدنية، يجوز للجامعة، ولكل جمعية لحماية المستهلك المشار إليهما في المادة 157 من نفس القانون في حالة ما إذا تعرض عدة مستهلكين وكانوا أشخاصا طبيعيين معروفة هويتهم لأضرار فردية تسبب فيها نفس المورد، وكان مصدرها واحدا، أن تقيم دعوى المطالبة بالتعويض أمام أي محكمة باسم المستهلكين المذكورين عندما تكون موكلة من قبل مستهلكين اثنين على الأقل من المستهلكين المعنيين بالأمر...".

ونستنتج مما سبق أنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك طلب إعادة التوازن إلى العقود الاستهلاكية وإلغاء الشروط التعسفية التي تلحق بالمستهلكين، كما يمكنها أن تطلب فضلا عن إلغاء الشروط التعسفية التعويض عن الأضرار التي لحقت المصلحة الجماعية للمستهلكين.

## المطلب الثاني: هيئات حماية المستهلك في التشريع اليمني

حاول المشرع اليمني مواكبة التشريعات العالمية المتقدمة في ميدان الاستهلاك من خلال إصداره للقانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك، وقد سعى جاهدا من خلال هذا القانون الى توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك بشكل عام، وحمايته من الشروط التعسفية بشكل خاص، عبر إنشاء لجان وهيئات وصية للسهر على حسن التطبيق الأمثل للقانون على أرض الواقع من خلال الدفاع عن حقوق ومصالح المستهلك اليمني، والهيئات حسب ما جاء في مواد القانون السالف الذكر هي اللجنة العليا لحماية المستهلك (الفقرة الأولى)، والإدارة المختصة (الفقرة الثانية)، وجمعيات حماية المستهلك (الفقرة الثالثة).

## الفقرة الأولى: اللجنة العليا لحماية المستهلك

أحدث المشرع اليمني اللجنة العليا لحماية المستهلك<sup>496</sup> وفق المادة 26 من قانون حماية المستهلك اليمني وأسند إليها المهام التالية:<sup>497</sup>

1. إقرار السياسة العامة لحماية المستهلك.
2. إعداد الخطط والبرامج المتعلقة بحماية المستهلك.
3. إبداء الرأي وتقديم التوصيات في مجالات حماية المستهلك مع الجهات المختصة.
4. تطوير مستوى البرامج الاعلامية للمستهلك.

496- نصت المادة 26 في فقرتها على ما يلي "تشكل لجنة تسمى (اللجنة العليا لحماية المستهلك) وذلك على النحو التالي:

رئيساً	وزير الصناعة والتجارة
نائباً للرئيس	وكيل وزارة الصناعة والتجارة لقطاع التجارة
عضواً	وكيل وزارة الزراعة والري
عضواً	وكيل وزارة الاعلام
عضواً	وكيل وزارة الادارة المحلية
عضواً	وكيل وزارة حقوق الانسان
عضواً	رئيس الهيئة العامة لحماية البيئة
عضواً	مدير عام الهيئة اليمنية للمواصفات والمقاييس وضبط الجودة
عضواً	مدير عام الهيئة العليا للأدوية والمستلزمات الطبية
عضواً	ممثل عن جمعيات حماية المستهلك الاكثر فاعلية
عضواً	ممثل عن الاتحاد العام للغرف التجارية الصناعية يرشحه الاتحاد العام للغرف التجارية الصناعية

خبيران من الأكاديميين أو المختصين في مجالات الاستهلاك يعينهما الوزير عضوان

مدير عام الإدارة المختصة عضواً ومقرراً....".

497- للاطلاع أكثر ينظر للمادة 27 من القانون رقم 46 لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك اليمني.

5. العمل على تحسين جودة السلع والخدمات.

6. أية مهام أو اختصاصات أخرى تحددها اللائحة.

الفقرة الثانية: الإدارة العامة لحماية المستهلك

تم احداث الإدارة العامة لحماية المستهلك من خلال نص المادة 29 من القانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك اليمني حيث جاء فيها: "تنشأ بمقتضى أحكام هذا القانون إدارة عامة بديوان عام وزارة الصناعة والتجارة كخطوة أولى في سبيل انشاء جهاز حماية المستهلك تُعنى بحماية المستهلك وتطبيق أحكام هذا القانون واللائحة، وتتبع الوزير مباشرة. وتم تحديد مجموعة من المهام والاختصاصات للإدارة العامة لحماية المستهلك في مجال حماية المستهلك وهي مهام عامة لا تتعلق بالأساس بمحاربة الشروط التعسفية، طبقاً لأحكام المادة 30 من القانون السالف الذكر التي حددها كما يلي:<sup>498</sup>

1. الإشراف على تنفيذ السياسة العامة لحماية المستهلك بالتعاون مع الجهات المختصة.

2. تنفيذ الخطط وبرامج العمل لحماية حقوق المستهلك وتعزيزها وتنميتها ووسائل تحقيق ذلك بالتعاون مع الجهات المختصة.

3. التنسيق مع أجهزة الدولة المختلفة لتطبيق أحكام هذا القانون، وتلتزم هذه الأجهزة بتقديم البيانات والمشورة الفنية التي تطلبها الإدارة المختصة وذلك فيما يتعلق بشكاوى المستهلكين والجمعيات.

4. التنسيق والتعاون مع الجهات المختصة والجمعيات في نشر الوعي الاستهلاكي حول السلع والخدمات، وتعريف المستهلكين بحقوقهم وطرق المطالبة بها.

498- للاطلاع أكثر ينظر للمادة 30 من القانون رقم 46 لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك اليمني.

5. تلقي الشكاوى من المستهلكين أو من جمعيات حماية المستهلك، واتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها، أو إحالتها للجهات المختصة.

6. ضبط ومتابعة الممارسات المخالفة لأحكام هذا القانون واللائحة مما لا يدخل ضمن اختصاص جهة أخرى.

7. دراسة الاقتراحات والتوصيات التي ترد إليها فيما يتصل بحقوق المستهلك، وإعداد الدراسات والبحوث الخاصة بها.

الفقرة الثالثة: دور الجمعيات في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون

اليمني

نص التشريع اليمني على إنشاء جمعيات حماية المستهلك والانتساب إليها كغيره من التشريعات العالمية الرائدة في ميدان الاستهلاك كالتشريع الفرنسي والمصري والمغربي، حيث منح قانون حماية المستهلك اليمني منظمات المجتمع المدني الحق في إنشاء الجمعيات للدفاع عن حقوق المستهلك ورعاية مصالحه والاستماع إلى ما يبديه من ملاحظات ومقترحات بالتنسيق والتعاون مع مختلف الجهات المختصة التي تعنى بالمستهلك.

ومن أجل هذه الغاية، خصص المشرع اليمني الفصل الخامس من القانون رقم 46 لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك لجمعيات حماية المستهلك، المواد (22، 23، 24، 25).

وبالرجوع إلى المادة 22 من قانون حماية المستهلك اليمني، نجدها تنص على الآتي: "مع مراعاة ما ورد في القوانين النافذة يجوز أن تنشأ جمعية أو أكثر لحماية المستهلك يكون من ضمن اختصاصاتها ما يلي:

1. المساهمة في نشر ثقافة حقوق المستهلك، وتوعية المواطنين بحقوقهم وبترشيد

الاستهلاك والإنفاق الأسري، وإنشاء قواعد للبيانات اللازمة للقيام باختصاصاتها.

2. القيام بمسح ومقارنة لأسعار وجودة السلع والخدمات والتأكد من صحة البيانات الخاصة بها، والتي تحدد محتواها، وإبلاغ الجهات المختصة بما يقع من مخالفات في هذا الشأن.

3. تقديم المعلومات للجهات المختصة عن المشاكل المتعلقة بحقوق ومصالح المستهلكين، وتقديم مقترحات معالجتها.

4. المساهمة في خلق علاقات ثقة وتعاون بين المستهلك والمزود والمشاركة في الحوار والتشاور مع الجهات المعنية فيما يتعلق بحماية المستهلك.

5. تقديم المقترحات والآراء بشأن مشاريع التشريعات ذات الصلة بالمستهلك، وذلك أثناء مراحل إعدادها من قبل الحكومة.

6. تلقي شكاوى المستهلكين والتحقق من صحتها ورفعها إلى الجهات المختصة.

7. معاونة المستهلكين الذين وقع عليهم ضرر جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة في تقديم الشكاوى للجهات المختصة والإدارة المختصة لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم.

8. حق رفع ومباشرة الدعاوى القضائية التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها بموجب توكيل.

9. إجراء الدراسات والبحوث المتعلقة بحقوق المستهلك ونشرها وعلى مسئوليتها".

كما يحق لجمعيات حماية المستهلك حسب ما جاء في نص المادة 23 من نفس القانون ما يلي 499:

1- الحضور كمراقب عند أي إجراء أو مهمة ميدانية تنفذها الإدارة المختصة أو الجهات المختصة ضد المخالفات التي يترتب عليها إلحاق الضرر.

499- للاطلاع أكثر ينظر للمادة 23 من القانون رقم 46 لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك اليمني.

2- الحصول من الجهات الحكومية على البيانات والمعلومات ذات الصلة بنشاطها.

ويستخلص مما سبق أن لجمعيات حماية المستهلك اليمني دورا بارزا كالدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك في القانون المغربي، فهي تقوم بدور وقائي عندما تلعب دور إعلام وتوجيه المستهلكين ونشر ثقافة الاستهلاك وهذا ما جاء في البند الأول من المادة 22 السالفة الذكر، كما أنها تلعب دورا علاجيا عندما تتلقى الشكاوى من المستهلكين وتقوم برفعها للجهات المعنية كالقضاء، وهذا ما جاء في البند السادس من نفس المادة، ويتجلى هذا الدور عندما تباشر بنفسها رفع مختلف الدعاوى من أجل حماية حقوق ومصالح المستهلك وهذا ما جاء في البند السابع والثامن من نفس المادة.

خاتمة:

حاول كل من المشرع المغربي والمشرع اليمني مسايرة التشريعات المقارنة من خلال القيام بسن قوانين حديثة تراعي التطورات التشريعية العالمية في مجال الاستهلاك، وإن كان تنظيم حماية المستهلك بقانون خاص قد تأخر كثيرا في كلا التشريعين، فقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها:

- اقتصر التشريع اليمني في بادئ الأمر على بعض المواد القانونية المبعثرة في عدة قوانين، موزعة على القانون المدني، وقانون العقوبات وقانون المواصفات وضبط الجودة وقانون التجارة الداخلية وقانون الرقابة على الأغذية وتنظيم تداولها وغيرها من القوانين في مجال الصحة والبيئة التي لم توفر حماية كافية للمستهلك بشكل عام، وحماية المستهلك من الشروط التعسفية بشكل خاص، كما أنها لم تسير التطورات المتسارعة في عالم الانتاج والتسويق، ولذلك اصبح من الضروري جمع شتات هذه المواد المتفرقة في قانون واحد، وهو ما حاول المشرع اليمني القيام به من خلال اصداره للقانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك في العام 2008 ، إلا أنه ورغم مرور ما يقارب 14 عشر عام منذ صدور القانون السالف الذكر، ما زالت الحماية الواجب توفيرها للمستهلك محدودة نسبيا، ودون التطلعات والأمال التي كانت معقودة حين صدوره،

حيث نجد بعد استقراءنا لهذا القانون الكثير من المواد الغامضة التي يتضمنها، كما أنه أغفل عن تنظيم الكثير من المسائل الهامة والمرتبطة بحماية المستهلكين، وعلى رأسها حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

● أما في المغرب فقد اقتصر تنظيم موضوع حماية المستهلك كما هو الشأن في التشريع اليمني على مجموعة من القواعد العامة المتضمنة في قانون الالتزامات والعقود، الذي كان يعد الشريعة العامة لجميع المجالات القانونية التي لم يتم تنظيمها في قوانين خاصة، وفي بعض القوانين الأخرى التي لم تستحضر البعد الحمائي للمستهلك بمفهومه الحديث، وبعد طول انتظار أصدر المشرع المغربي القانون رقم 08/31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وقد خصص القسم الثالث من هذا القانون لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، المواد 15 إلى المادة 20، وهو ما لا نجده لدى المشرع اليمني الذي لم يخصص أي قسم من القانون رقم 46 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

● جاء القانون اليمني رقم ( 46 ) لسنة ٢٠٠٨ بشأن حماية المستهلك بمنظومة قانونية موحدة شاملة لحقوق و ضمانات المستهلك، مما يسهل الاطلاع والتعرف عليها من قبل جمهورا المستهلكين الذين كانوا يجهلون أبسط الحقوق الخاصة بهم، نظرا لتشتت وتناثر النصوص التشريعية المتعلقة بهذا المجال والتي يصعب الاطلاع عليها من قبل اغلب شرائح المجتمع اليمني، بالنظر إلى ارتفاع نسبة الأمية في المجتمع اليمني، مما يعني أن هذا القانون جاء ليشكل قفزة نوعية متميزة في مجال حماية المستهلك بشكل عام و ضد الشروط التعسفية بشكل خاص، من خلال ما اشتمل عليه من نصوص قانونية تتسم بالوضوح والدقة، ومن أهم ما جاء في هذا القانون بخصوص حماية المستهلك من الشروط التعسفية هو سرد لائحة لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل المثال وهو نفس الأمر الذي جاء به المشرع المغربي في القانون رقم 08-31 بشأن تدابير حماية المستهلك.

- إعطاء دور مهم للقضاء في محاربة الشروط التعسفية من خلال تفسير الشروط وإبطالها أو إلغاؤها والتنصيص على بعض الهيئات الخاصة التي تعزز من حماية المستهلكين من هذه الشروط.
- دعم جمعيات حماية المستهلك من خلال الدور الوقائي المتمثل في إعلام المستهلكين والعمل على نشر ثقافة استهلاكية على صعيد البلدين، ومن خلال تنصيبها كطرف مدني أمام القضاء للدفاع عن حقوق المستهلكين وحمايتهم من الشروط التعسفية.
- إلا أنه على الرغم من الإيجابيات الكبيرة التي تضمنها قانون حماية المستهلك اليمني فإنه في المقابل شابهته الكثير من الثغرات والنواقص أهمها:
- عدم تعريف القانون رقم 46 لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك للشروط التعسفي وعدم إيجاد معايير لتحديد تعسفية الشروط حيث جاء هذا القانون خالي من أي مقتضيات تعالج ذلك.
- ويتضح أيضا أن هناك شح على مستوى الأحكام القضائية في ميدان حماية المستهلك وتوقف عملية تحيين القوانين لتعطل أعمال البرلمان اليمني، وهذا كله يعود للأزمة التي نشبت في اليمن منذ العام 2011، وقد أفرز هذا الوضع مجموعة من الممارسات الماسة بالكثير من حقوق المستهلك نتيجة لضعف الرقابة وغياب أي تدخل حكومي أو مؤسساتي من قبل السلطات المخولة للرقابة على السوق لكبح جماح المهنيين وإيجاد نوع من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، فالواقع اليوم أصبح عبارة عن سوق سوداء في كل ما يتعلق بمجال الخدمات (ماء- كهرباء- دواء- غذاء...) والتي يحتاجها المستهلك بشكل يومي وأساسي، مما جعل المستهلك اليمني يخضع لمختلف الشروط التعسفية التي يفرضها المهنيين على المتعاقدين تحت وطأة الحاجة وانعدام البديل في السوق.

### المقترحات:

- العمل على تحيين قوانين حماية المستهلك خصوصا القانون اليمني رقم 46 بشأن حماية المستهلك وتدارك الثغرات والنواقص التي تعترضه، وتحديد مفهوم للشرط التعسفي وإيجاد معايير لتحديدده.
- إحداث لجنة خاصة بالشروط التعسفية تساهم في محاربة هذه الشروط التعسفية من العقود الاستهلاكية.
- توسيع سلطات القضاء في محاربة الشروط التعسفية خصوصا في إطار التجربة اليمنية.
- إشراك مختلف الجهات من مؤسسات إعلامية وجمعيات المستهلكين ومؤسسات تنفيذية وقضائية... الخ، والفاعلين في مجال الاقتصاد في الدفع نحو حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مع ضرورة توفير الدعم المادي والفني والتقني لهذه المؤسسات.

### لائحة المراجع:

- عبد القادر العرعاري: أسطورة الحماية القانونية للمستهلك في النظام التشريعي المغربي، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 2010.
- المهدي العزوزي: تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، الطبعة الأولى، 2013.
- أبوبكر مهمم: الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني-الدار البيضاء، 2004/2003.
- عبد القادر العرعاري: قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك، سلسلة دراسات وأبحاث، منشورات مجلة القضاء المدني، طبعة 2014.
- إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية. المجلة المغربية للاقتصاد والقانون العدد الثالث يونيو 2001.
- حنان ممحوح، الشروط التعسفية بين قانون الالتزامات والعقود وقانون حماية المستهلك – على ضوء أحكام المحكمة الابتدائية – تمارة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس – السويسي.
- جميل صبحي: تأويل العقود بين القانون والقضاء والفقہ في المغرب ومصر، منشور في مجلة القضاء والقانون العدد 133-134.
- إدريس العلوي العبدلاوي: "شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1996.
- بوشتي زياني، الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – وجدة، السنة الجامعية 1999-2000 .

محمد الكشبور في أطروحته الموسومة ب: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء السنة الجامعية 1985\_1986.

بوشتي زياني: الحماية القضائية من الشروط التعسفية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 1999-2000.

الأستاذ محمد التجاني

باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية وجدة المغرب

## الشرعية الدولية بين المفهوم والممارسة

Légitimité internationale entre concept et pratique

مقدمة:

ما فتئ العالم بعد الحرب العالمية الثانية، نتيجة للويلات التي جرتها عليه هذه الحرب، يطمح إلى عالم مستقر خال من الصراعات، تحظى فيه الدول بالأمن والسلم، وتضمن فيه حق وجودها. وفي هذا الصدد قامت جهود دولية كمحاولة للحد من الحروب وضبط العلاقات بين الدول في إطار قانوني، يحث على التعايش والسلم ويحد من الممارسات الشاذة لبعض الدول التي تخل بمبادئ القانون الدولي الذي أقرته الأمم.

وقد تمخض عن هذه الجهود، إنشاء منظمة أممية، يخول لها حفظ السلم والأمن الدوليين، والحيلولة دون نشوب صراعات جديدة، فتم تأسيس منظمة الأمم المتحدة، والتي أسندت بدورها مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين لجهازها التنفيذي (مجلس الأمن) وفقا لميثاقها التأسيسي الذي حدد تركيبته والصلاحيات المخولة له، كما دعت الدول إلى الخضوع لقرارات هذا الأخير (المادة 51) وعدم التملص من تنفيذها. كما منحتة حرية تكييف الأوضاع الدولية وفقا للمساطر القانونية التي يراها مناسبة باعتباره جهازا للشرعية الدولية.

ومن هنا بدأ الحديث عن مفهوم الشرعية الدولية في الأوساط الدولية، السياسة منها والحقوقية، بكونه مفهوما جديدا ظهر على الساحة الدولية، والذي يعتبر في أبسط معانيه، خضوع مجلس الأمن في صدد ممارسته اختصاصاته لمبادئ الأمم المتحدة وميثاقها التأسيسي.

وأهمية الموضوع تعزى بالأساس إلى محاولة بيان الوضعية التي آلت إليها منظمة الأمم المتحدة، والتي بنيت عليها آمال الشعوب لحفظ السلم والأمن الدوليين، بعد ثبوت فشل تجربة عصبة الأمم التي تبعها نشوب حرب عالمية ثانية

إذن فما هو مفهوم الشرعية الدولية؟ وما موقف الدول من هذا المفهوم؟ وكيف تأخذ به؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها حسب التصميم التالي: المبحث الأول: مفهوم الشرعية الدولية. المبحث الثاني: إشكالية تطبيق قواعد الشرعية الدولية. المبحث الأول مفهوم الشرعية الدولية.

لا شك أن مفهوم الشرعية الدولية مازال يشوبه بعض الغموض على مستوى تحديد تعريفه، وعلى مستوى مصادر الشرعية الدولية وتمييزها عن المشروعية الدولية بالإضافة إلى الجهاز المختص بتطبيقها، فهل تعني توافق أعضاء مجلس الأمن أو إرادة المجتمع الدولي؟ أم توافق إجراءات هذا المجلس مع قواعد القانون الدولي؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطالبين الآتيين.

#### المطلب الأول: مفهوم الشرعية الدولية والمشروعية الدولية

تجدر الإشارة هنا على أن المفهومين مختلفين، سواء على مستوى التعريف أو على المستوى المصدر (الفرع الأول) وهذا ما سيدفع بنا إلى تحديد مفهوم الشرعية الدولية بشكل أدق لا سيما على المستوى الإيديولوجي (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الشرعية الدولية وتميزها عن المشروعية الدولية

الشرعية الدولية في أبسط معانيها تعني تطابق أو توافق الممارسة الدولية، وعلاقات الدول بعضها ببعض مع القانون والاتفاقيات والأعراف الدولية<sup>500</sup>.

<sup>500</sup> عبد العزيز محمد سرحان، العرب والمسلمون في ظل النظام الدولي الجديد والشرعية الدولية واثره على العالم العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 4-6-9

وبعبارة أدق وأكثر تحديدا هي تطابق قرارات مجلس الأمن، باعتباره، الجهاز الأممي المختص في حماية وحفظ السلم والأمن الدوليين مع قواعد القانون الدولي 501 وهنا يكمن الفرق بين الشرعية والمشروعية، فهذه الأخيرة لا تستلزم تماما ما تستند إليه الشرعية الدولية، بل تضع في اعتبارها ما يسمى بالعدالة والأخلاق بالدرجة الأولى. وعليه يمكن لعمل ما أن يكون شرعيا وغير مشروع في نفس الوقت. لأن القواعد التي تستند إليها الشرعية تخضع لمجموعة من التفسيرات والتأويلات. ويعكس ميثاق الأمم المتحدة سمو أحكام الشرعية الدولية على جميع القوانين الأخرى، ويتجسد ذلك في الفصل السابع من الميثاق، الذي ينيط بمجلس الأمن مهمة الحفاظ على السلم والأمن العالميين، وإنماء العلاقات الودية بين الدول على أساس المساواة في الحقوق، واحترام مبادئ حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وأن تكون الأمم المتحدة هي المرجع لتحقيق هذه الأهداف والمرامي بين أعضاء الجماعة الدولية والتزامهم بمبادئها 502. وعلى هذا الأساس تجدر الإشارة إلى أنه ثمة اختلاف بين الشرعية والمشروعية على مستوى مصادرها.

فالشرعية الدولية تستند بالأساس على ما هو قانوني مثل نصوص القانون الدولي (القواعد الأمرة) وأعرافه وكذلك المبادئ العامة للقانون والمعاهدات الدولية كمصادر أساسية، ومذاهب كبار الفقهاء وأحكام المحاكم، كمصادر ثانوية. بينما تستند المشروعية إلى ما هو أخلاقي بالدرجة الأولى كمبادئ العدالة والأخلاق، ومن هنا نستخلص أن المشروعية لها أسبقية من حيث الوجود عن الشرعية الدولية وأشمل منها باعتبارها تستند على أمور غير محددة ومدققة.

### الفرع الثاني المفهوم الإيديولوجي للشرعية الدولية.

إذا كانت الشرعية الدولية تعني سيادة القانون والالتزام بأحكامه والخضوع لسلطته، فهل يختلف مدلولها حسب الإيديولوجية الاشتراكية والرأسمالية؟

<sup>501</sup> عبد الواحد الناصر، العلاقات الدولية الراهنة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2003، ص 79

<sup>502</sup> <http://www.rtv.gov.sy/index.PHP?P=3788> <d:50832

بالرجوع إلى التطور التاريخي لمفهوم الشرعية الدولية يمكن القول أنه نشأ في أحضان البورجوازية الفردية، إلا أن هذا لا يعني استبعاد هذا المبدأ في الإيديولوجية الاشتراكية، بل يعتبر من المبادئ الأساسية في تنظيم المجتمع الاشتراكي وذلك رغم طابعها الخاص، وهذا لا يمنع القول أنه تم الاستناد إلى بعض خصائصه في المجتمع الليبرالي. وهنا لا يجب أن نفهم على أن هذا المصطلح يختلف حسب الإيديولوجيتين، بل بصفة عامة يعني الخضوع للقانون، بل يكمن الفرق في الهدف من الشرعية، ففي المجتمع الليبرالي فهو يستخدم لخدمة مصالح الطبقة صاحبة المصلحة، وهي الطبقة السائدة اقتصاديا بينما يخدم في الإيديولوجية الاشتراكية مصالح القوى العاملة، ويخدم التحول الاشتراكي، وهنا تكمن علاقة القانون بالشرعية 503 ووفقا لهذه المعطيات يمكن القول أن مفهوم الشرعية الدولية خضع للتجاذب بين الإيديولوجيتين خصوصا إبان الحرب الباردة، مما نجم عنه تعطيل دور مجلس الأمن في استصدار القرارات الدولية.

غير أنه بعد تحول النظام الدولي، تم ظهور مجموعة من المفاهيم، من قبيل حقوق الإنسان، الديمقراطية، سيادة القانون، الشرعية الدولية، وذلك بالمفهوم الليبرالي الغربي المحض بعيدا عن المضمون الحقيقي لهذه المفاهيم. فبعد انهيار الاتحاد السوفياتي، وتحديدًا بتاريخ 31 يناير 1992، أصدر مجلس الأمن بيانًا تاريخيًا خلال مؤتمر القمة، والمتضمن لرفض الإيديولوجيات، ونبذ الإرهاب الدولي وتقوية دور الأمم المتحدة والدبلوماسية الوقائية. وبقراءة معمصة لمبدأ رفض الإيديولوجيات نستشف حقيقة إرادة تحقيق هدفين :

أولهما، البحث عن توفير الأساس القانوني للشرعية الدولية. وذلك بمعاداة أي حركة أو نظام له توجهات عقائدية مغايرة، لتفادي بناء العلاقات الدولية على أساس إيديولوجي.

<sup>503</sup> جمال العاطفي، آراء في الشرعية وفي الحرية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980 ص:10

وثانيتها هو محاولة فرض المفاهيم الغربية- بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية - حول الديمقراطية وحقوق الإنسان والتعددية، وذلك عن طريق مصادرة حق الدول الأخرى في اختيار ايدولوجية مغايرة .

وهذا لا يمنعنا من أن نموقع مفهوم الشرعية الدولية في دائرة الإيديولوجية الرأسمالية، وذلك يتم استشفافه من جميع القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، التي تجسد إرادة القوى الإمبريالية الكبرى وليس إرادة الجماعة الدولية 504.

المطلب الثاني: جهاز الشرعية الدولية " مجلس الأمن".

حول ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن الدولي مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين، وهو بهذه الصفة يعد الجهاز الأساسي والمرجعي للشرعية الدولية.

الفرع الأول: مجلس الأمن كجهاز للشرعية الدولية: " تشكيله وتنظيمه"

يعتبر مجلس الأمن مصدرا للشرعية الدولية، حيث يعد الذراع التنفيذي لمنظمة الأمم المتحدة، وله دون غيره صلاحية ممارسة الدفاع عن السلم والأمن الدوليين.

ويتألف مجلس الأمن من 15 مقعدا منها 5 دائمين والعشرة الأخرى فهي غير دائمة يتم شغلها بالانتخاب من لدن الجمعية العامة للأمم المتحدة دوريا لمدة سنتين، ويتعين على الجمعية العامة عند اختيارها للدول التي تشغل مقاعد غير دائمة في المجلس أن تراعي ما يلي:

أولا مدى مساهمة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة في حفظ السلم والأمن الدوليين وفي تحقيق المقاصد الأخرى للمنظمة، ثانيا عدالة التوزيع الجغرافي 505.

ويعقد مجلس الأمن اجتماعات دورية، وله أن يجتمع في غير مقر الأمم المتحدة (دجنبر 2004 اجتمع بالعاصمة الكينية نيروبي لتدارس الوضع في دارفور بالسودان)، لكن

<sup>504</sup>عبد الواحد الناصر، النظام القانوني الدولي، منشورات الزمن، 2006، ص 147-148  
<sup>505</sup>محمد مغربي الوجيز في تاريخ العلاقات الدولية المعاصرة، مع دراسة تاصيلية مختصرة للمنظمات الدولية، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، القنيطرة، 2005، ص 215.

العرف جرى على أن يجتمع مجلس الأمن في أي وقت بناء على طلب من أي دولة عضو أو غير عضو في الأمم المتحدة طبقاً لأحكام المادة 35 أو بطلب من الجمعية العامة طبقاً لأحكام المادة 99. ويتولى رئيس المجلس الدعوة إلى الانعقاد، وتكون رئاسة المجلس بالتناوب بين الدول الأعضاء وفقاً للترتيب الأبجدي للدول باللغة الإنجليزية، في حين يتولى شخص الأمين العام إعداد جدول الأعمال المؤقت وعرضه على رئيس المجلس الذي يعتمده. 506

### الفرع الثاني | سلطات واختصاصات مجلس الأمن.

وظيفة مجلس الأمن الأساسية تتمحور حول ضمان وحفظ السلم والأمن الدوليين. حيث يتوجب بادئ ذي بدء التمييز بين سلطات واختصاصات مجلس الأمن المقررة له بموجب أحكام الفصل السادس من الميثاق تحت عنوان "تسوية المنازعات بالطرق السلمية" والممتدة موادها من المادة 33 إلى المادة 38. وتلك المسطرة بموجب أحكام الفصل السابع تحت عنوان "تهديد السلم والإخلال به أو وقوع العدوان" والممتدة مادة المادة 39 إلى المادة 59507 ففي الحالة الأولى يستطيع المجلس أن يوصي بما يراه مناسباً من الإجراءات بطرق التسوية السلمية التي يمكن أن يلجأ إليها أطراف النزاع من غير أن يوصي بحل موضوع النزاع ذاته، مع مراعاة أن يراعي الأطراف المتنازعة عرض النزاع ذو الطبيعة القانونية على محكمة العدل الدولية طبقاً لأحكام المادة 36 في فقرتها الثالثة من الميثاق 508. وفي حال فشل كل وسائل التسوية السلمية المتعارف عليها عالمياً والتي قصدها الأطراف المتنازعة من تلقاء أنفسهم، أو تلك التي أوصى بها المجلس، فإن له في هذه الحالة أن يوصي بما يراه ملائماً للنزاع وحله، ورغم كل هذا فإن القرارات الصادرة عن مجلس الأمن تعتبر مجرد توصيات موجهة للدول الأعضاء ليس إلا، إذ لا تملك إطلاقاً قوة الإكراه والإلزام بالتنفيذ.

506 محمد مغربي، نفس المرجع، ص 215

507 محمد مغربي، نفس المرجع، ص 215

508 محمد مغربي، نفس المرجع، ص 216

أما في الحالة الثانية وهي حالة وجود تهديد للسلم والأمن الدوليين، وذلك حسب تكييف المجلس لها، فمجلس الأمن مختص بالنظر في المسائل المتعلقة بالحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وهو يتوفر على سلطة تقدير ما إذا كان وضع ما يعد تهديدا للسلم و إخلالا به أو عملا عدوانيا، وذلك بهدف الحفاظ على السلم أو إقراره 509 فإن المجلس في هذه الحالة يملك سلطات واسعة وذات صبغة إجبارية، لأنه يتدخل بصفته سلطة ردع مهمته حفظ السلم والأمن الدوليين، ولكي يحقق مجلس الأمن مهامه على الساحة الدولية، وحتى يتمكن من تنفيذ قراراته، فهناك إمكانية تكوين ووضع تحت تصرف المجلس قوات عسكرية دولية تحت اسم القبعات الزرق والعلم الأممي.

#### المبحث الثاني: إشكالية تطبيق قواعد الشرعية الدولية

لا شك أن مفهوم الشرعية الدولية كغيره من المفاهيم القانونية الأخرى، يكرس سيادة القانون الدولي ومبدأ المساواة بين الدول، كما أنه يرسخ الأمن والسلم العالمين إلا أن تحولات النظام الدولي أفضت إلى ممارسات تجعل من المفهوم مجرد شعار لا يعكس الصورة الحقيقية له، وهذا ما نتج عنه عدة عوائق تحد من فاعليته

#### المطلب الأول: الشرعية الدولية وتحول النظام الدولي.

عرف مفهوم الشرعية الدولية عدة تحولات، ارتبطت بمفهوم موازين القوى وأي اختلال محتمل في هذا التوازن يؤدي إلى التأثير على اتخاذ القرارات المتعلقة بالشرعية الدولية

#### الفرع الأول: علاقة الشرعية الدولية بموازين القوى

تميزت الحرب الباردة بتجاذب المصالح بين المعسكرين السائدين آنذاك، حيث ساد مفهوم الاستقطاب، مما استتبع سيطرة هاتين القوتين على صنع القرار داخل مجلس الأمن، ما أدى إلى تجميد اختصاصات المجلس في إطار حفظ السلم والأمن الدوليين،

<sup>509</sup> احمد امساس، الاتجاهات الجديدة للمسؤولية الدولية للدول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق طنجة، 1996-1997، ص 120

المخولة له بموجب ميثاق الأمم المتحدة على اعتباره جهازا للشرعية الدولية، ماخول للجمعية العامة، طبقا لتوصية "أشيسون" ممارسة بعض صلاحيات مجلس الأمن، رغم أنها ليست ملزمة، وإصدار توصيات في غيابه تم حفظ السلم والأمن الدوليين. إلا أن حفظ السلام إبان هذه الفترة، لم يكن مرهونا بالأمم المتحدة، بقدر ما كان مرهونا بالتوازن القائم على الردع النووي بين الولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي. 510

واستتبع هذا الصراع بين المعسكرين عراقيل بخصوص القرارات من داخل مجلس الأمن، نظرا لوقوف كل منهما كحجرة عثرة في وجه الآخر عند محاولة استصدار قرار معين، يخص قضية معينة، وذلك بالتصويت بالفيتو من قبل الطرف الآخر، الشيء الذي يحول دون التوصل إلى صياغة قرار نهائي.

ومما سبق، يمكن القول أن مفهوم الشرعية الدولية، كان ينتابه الغموض، ويخضع للتجاذب بين المعسكرين كل حسب مصالحه، وبالتالي هذا ما دفع بالبعض إلى القول أن روح ميثاق الأمم المتحدة كان غائبا تماما في هذه الظرفية، حيث كان المعسكرين يتجاوزان الأمم المتحدة، ويفضلان العمل خارجها. فقد تم الإتفاق على أن الأمم المتحدة، ليست المكان المناسب لتسوية الأزمات الخطيرة التي تمس العلاقات الدولية. ويبدو أنهما متفتحتين على أن نقل هذه الصراعات إلى المنظمة قد يسبب ضررا فعليا لعملية المساومة بينهما وهو ما يؤخر التوصل إلى تسوية حقيقية. ومثال ذلك أزمة الصواريخ الكوبية سنة 1962، وأزمات الشرق الأوسط.

وهذا العمل خارج إطار الأمم المتحدة، أدى إلى تقليص دورها ليصبح هامشيا، لا سيما وأنهما اعترضتا على تعديل أو مراجعة ميثاق الأمم المتحدة 511 (التعديل الذي كانت تهدف إليه الدول النامية وتعتبره ضروريا). وقد استمر الحال كذلك إلى حين تولى غور باتشوف السلطة في الاتحاد السوفياتي.

<sup>510</sup>سعد حقي توفيق، النظام الدولي الجديد، الأهلية للنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى 1999، ص 44.

<sup>511</sup>عبد الواحد الناصر، العلاقات الدولية الراهنة، مرجع سابق م 80

## الفرع الثاني: الشرعية الدولية وعلاقتها بالقطبية الأحادية.

بعد سقوط الاتحاد السوفياتي، كان المجتمع الدولي ينتظر قيام نظام عالمي جديد تسوده الشرعية والديمقراطية وحقوق الإنسان، وتكريس الدور الحقيقي المنوط بالمجلس الأمن، إلا أنه ما فتئ أن اصطدم بواقع آخر حيث أثبتت الممارسة أن عالم خالي من توازن القوى أعطى للمعسكر الرأسمالي الهيمنة على صنع القرار وتوجيه مصير العالم.

وفي خضم هذه التطورات الجديدة، أخذت الولايات المتحدة تعيد ترتيب مواقف الدول النامية بعد أن تمكنت من فرض هيمنتها على المحيط الدولي 512 وذلك في وقت اتسمت فيه الساحة الدولية باتجاه ميزان القوة لصالح الولايات المتحدة الأمريكية، ونتيجة لهذا التحول يمكن القول أن مفهوم الشرعية الدولية استخدم من قبل الأمم المتحدة كشعار، وكإحدى دعائم النظام الدولي الجديد، في الوقت الذي تمارس فيه القوى الكبرى شتى الانتهاكات ضد الدول الصغرى، وكل ذلك يمر تحت غطاء الشرعية الدولية، فقد وظفت الولايات المتحدة الأمريكية مجلس الأمن لتحقيق أهدافها ومصالحها، مهمشة دور الجمعية العامة التي تم استخدامها إبان الحرب الكورية الشرعية استخدام القوة 513، والملاحظ أن مجلس الأمن بعد أفول الاتحاد السوفياتي من الوجود، أصبح أداة في يد الولايات المتحدة الأمريكية تستخدمها كيفما ومتى تشاء لتنفيذ سياستها وفرض تصوراتها تحقيقاً لمصالحها ومصالح حلفائها، بشكل ظاهره قانوني يحظى بتوافق دولي متمثل في قرارات مجلس الأمن، هذه الهيمنة أدت عملياً إلى بروز التفوق الأمريكي وظهور نمط أمريكي لمعالجة الفوضى والعنف المسلح في العلاقات الدولية 514 ولعل ما يكشف عن ذلك أكثر هو التعاون الذي لم يسبق له مثيل في مواجهة الأزمات والحروب الإقليمية، مثل الأزمة العراقية الإيرانية، والحرب الأهلية في يوغوسلافيا، والبوسنة، والصومال، وكمبوديا وأنغولا، حيث لم يعد استخدام حق الفيتو أمراً وارداً لتعطيل قرارات مجلس الأمن إلا

<sup>512</sup>سعد حقي توفيق، مرجع سابق، ص48

<sup>513</sup>سعد حقي توفيق، مرجع سابق، ص49

<sup>514</sup>بند الواحد الناصر، العلاقات الدولية الراهنة، مرجع سابق، ص:83

من لدن روسيا أو الصين، حتى وفي حالة وجود خلاف فتكتفیان بالامتناع عن التصويت وتلتزمان الحياد.

المطلب الثاني: الشرعية الدولية من حيث الممارسة " نموذج الحرب على العراق".

مثلت حرب الخليج الثانية نموذجا لإجماع دولي تم تحت مظلة الشرعية الدولية، واتسمت القرارات الأممية التي إتخذت إبانه بقانونيتها وسلامة مساطرها، غير أن الأمر يختلف البتة إثر الحرب التي شنتها الولايات المتحدة على النظام العراق فيما يسمى بحرب الخليج الثالثة والتي تعد خروجاً وخرقاً لسافرا للشرعية الأممية، ونموذجاً للعمل خارج إطار الأمم المتحدة، ما يضيف عليها طابع عدم الشرعية

الفرع الأول تطبيق قواعد الشرعية الدولية: " نموذج حرب الخليج الثانية":

من البديهي أن العدوان العراقي على الكويت واستيلائه على أراضيها بالقوة يعد خرقاً للشرعية الدولية. مما استدعى تدخل المجتمع الدولي باسم الشرعية الدولية لحماية دولة الكويت واستتباب الأمن والسلم الدوليين في المنطقة، فالعراق هنا سجل خرقاً لسافرا لميثاق الأمم المتحدة المادة 2 الفقرة 4 التي تؤكد على تحريم مبدأ اللجوء إلى استعمال القوة والتهديد بها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدول الأعضاء وعلى أي وجه يخالف أحكام الميثاق. 515 إذ عمل العراق على القيام بأعمال عدوانية، باستخدام السلاح في مواجهة الكويت، وقام بتدمير منشاتهم ونهب وثرواتهم، وهو ما مثل خرقاً لسافرا لقواعد القانون الدولي الشيء الذي أوجب تدخل الأمم المتحدة التي لعبت دوراً محورياً في العلاقات الدولية، وفي النظام العالمي الجديد، حيث كان هناك توافق عالمي مثير للانتباه، بيد أن العديد من الدول كروسيا، الصين والهند لم تعترض على ما سمي بإرادة المجتمع

<sup>515</sup> رجب عبد المنعم متولي، مبدأ الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة، في ضوء القانون الدولي المعاصر، مع دراسة تطبيقية للعدوان العراقي ضد الكويت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999، ص: 364.

الدولي بعد هذا الاحتلال (2 غشت 1990). بل وساهمت في بلورة هذه الإرادة الدولية الجماعية فيما عرف بقرارات الشرعية الدولية ، رغم عدم مشاركتها في هذه الحرب .

وفي خضم هذه الأجواء أكدت جميع القرارات الصادرة عن مجلس الأمن - بدءاً من القرار 660 ومروراً بقرار استخدام القوة لتحرير الكويت 678 في 29 نونبر 1990، وانتهاء بقرار وقف إطلاق النار - على مسؤولية العراق عن غزوها واستيلائها على أراضي الكويت وضمها بالقوة وتعويضها عن ما أصابها من أضرار أيا كان نوعها، على اعتبار أنها خرقت الشرعية الدولية واستناداً إلى هذه المعطيات نستخلص أن هذه المحطة شكلت تجسيدا حقيقيا لإرادة دولية جماعية للتصدي للخروقات السافرة للشرعية الدولية، وذلك بغض النظر عن تصفية الحسابات السياسية، وفكرة المصلحة القومية، التي قد تقبع وراء الأهداف المتوخاة من لدن بعض الدول كسبب للخوض في الحرب ورغم الإقرار بكون هذه المحطة قد شكلت فعلا تجسيدا حقيقيا للشرعية الدولية ، إلا أن ذلك يمنعنا من القول أن الولايات المتحدة أثبتت قدرتها على تعبئة الدول لتوفير غطاء الشرعية الدولية في هذه المناسبة، وكذا في مناسبات أخرى كالحرب على الإرهاب ، وهو ما يؤكد الهيمنة الواضحة للولايات المتحدة الأمريكية على مجلس الأمن .

الفرع الثاني الانفلات من قواعد الشرعية الدولية ومبرراتها : " حرب الخليج الثالثة نموذجاً"

بعد حرب الخليج الثانية عام 1991 تصاعد العداء الأمريكي اتجاه النظام العراقي، وقد تجلى هذا العداء بصورة سافرة في إصرار الولايات المتحدة على استمرار العقوبات الاقتصادية الشاملة على العراق ، وفي قيامها بتهديده عسكرياً وتنفيذ ضربات جوية ضده على أمل أن يؤدي ذلك إلى إسقاط نظام الحكم في العراق باعتباره يشكل تهديدا لمصالح الولايات المتحدة الأمريكية في المنطقة، وقد بلغ هذا العداء أشده بعد ما رفض العراق عودة لجنة التفيتيش الدولي على أسلحة الدمار الشامل، وقد شكلت أحداث 11 سبتمبر

2001 فرصة ذهبية لإعلان الولايات المتحدة عن جولتها الثانية في حربها القائمة ضد الإرهاب.

فعلى صعيد استغلال قرارات الشرعية الدولية وجدت الولايات المتحدة بمساندة من طرف بريطانيا في قرارات مجلس الأمن أداة فعالة لتحقيق أهدافها المرسومة ، وهي العمل على استمرار العقوبات الدولية والحيلولة دون رفعها وإضعاف العراق عن طريق استغلال قرار الحظر الجوي ، وإنشاء منطقة حظر جوي تشمل شمال العراق وجنوبه واتخاذ أعمال لجنة التفتيش الدولي على أسلحة العراق التدميرية أداة لاستفزاز العراق ولتضييق الخناق عليه، وكل ذلك كان مطية لاستنزاف قدرات العراق الاقتصادية والعسكرية ضاربة بعرض الحائط بأهم مبادئ القانون الدولي ، كمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وكذا مبدأ سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية .

كما شكلت تهديدات الولايات المتحدة إنذاراً لأعضاء مجلس الأمن الدائمين ( فرنسا، روسيا ، الصين) من أن وقوفهم مكتوفي الأيدي سيؤدي إلى تهميش دور المجلس، وأنها عازمة على التصرف منفردة إذا لزم الأمر.

حيث تمخضت المفاوضات حول صياغة قرار لمجلس الأمن بالتصريح بالاستخدام الشامل للقوة إذا لم يلتزم العراق بشروط التفتيش عن الأسلحة لكن الولايات المتحدة، لكنها لم تتمكن من استصدار قرار من داخل مجلس الأمن يعطي لها الحق في غزو العراق بدعوى وجود مخالفة مادية من جانب العراق، فالاستخدام المنفرد للقوة من طرف الولايات المتحدة هو الذي يثير قضية الشرعية 516 .

وسعيًا من الولايات المتحدة الأمريكية إلى إيجاد ثغرة لغزو العراق جادلت بكون العراق قد خالف قرارات مجلس الأمن في عدة محطات ، وأنه لا حاجة لمزيد من الانتظار، وحاولت أيضا الاستناد على كون النظام العراقي أجبر الولايات المتحدة الأمريكية على

<sup>516</sup> شريف بسيوني ، الحرب الأمريكية في العراق مشروعية استخدام القوة، مجلة السياسة الدولية، عدد 151 يناير 2003. مطابع الأهرام. ص 15.

تفعيل مبدأ الدفاع عن النفس والحيلولة دون أن يصبح العراق مركزا جديدا لإيواء المنظمات والعناصر الإرهابية، ولذلك حاولت دون جدوى إثبات وجود علاقة بين العراق وتنظيم القاعدة.

إلا أن حالة الحرب الأمريكية على العراق أثارت حالة من الجدل الصاخب، داخل دوائر الرأي والفكر والسياسة على المستوى العالمي، وداخل الولايات المتحدة الأمريكية ذاتها، مما جعل هذه الأخيرة في مأزق بشأن هذه الحرب. ما يثير عدم شرعية الحرب الأمريكية على العراق هو معارضتها من طرف دول دائمة العضوية في مجلس الأمن، أي أنها تفتقر إلى الأساس القانوني. واستناد الولايات المتحدة إلى كون المشاركة المتعددة الأطراف في استعمال القوة يكسبها شرعية دولية فهو خطأ وهو ما يشكل خرقا سافرا للمبدأ الأممي المتمثل في تحريم اللجوء إلى القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية .

خاتمة:

كان وما زال مفهوم الشرعية الدولية محط تحفظات كبيرة لدى الأوساط السياسية والفكرية. فعلى المستوى النظري هناك شبه إجماع في الساحة الدولية على أهمية خضوع تصرفات الدول لضوابط قانونية محددة تحد من تدرع الدول بسيادتها المطلقة وحرية التصرف في العلاقات الدولية باعتباره يرسخ السلم والأمن الدوليين، ويكبح النزعة الفردية للدول نحو الهيمنة والتوسع، ويخضعها لإرادة دولية مشتركة أقرتها جميع الأمم. إلا أن واقعها ما فتئ يصطدم بممارسة دولية مصلحية بالأساس، تنخر المضمون الحقيقي لمفهوم الشرعية الدولية، وغالواقعها يتم تسخيرها في العديد من المحطات لشرعنة تصرفات القوى الكبرى.

ما يحتم إعادة النظر في تركيبة جهاز الشرعية الدولية، ليضم أطرافا أخرى غير الدول الدائمة، على أساس تكريس المساواة بين الدول وتفعيل الديمقراطية الحقة. حتى يضمن للجميع حق المشاركة في صنع القرار وحفظ السلم والأمن الدوليين.

## لائحة المراجع:

الكتب:

عبد العزيز محمد سرحان، العرب والمسلمون في ظل النظام الدولي الجديد والشرعية الدولية وأثره على العالم العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

عبد الواحد الناصر: العلاقات الدولية الراهنة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2003.

جمال العاطفي: آراء في الشرعية وفي الحرية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2006.

عبد الواحد الناصر النظام القانوني الدولي، منشورات الزمن، المغرب، 2006.

محمد غربي: الوجيز في تاريخ العلاقات الدولية المعاصرة مع دراسة تأصيلية مختصرة للمنظمة الدولية، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، القنيطرة، 2005.

سعد حقي توفيق، النظام الدولي الجديد، الأهلية للنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.

رجب عبد المنعم متولي: مبدأ تحريم الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة، في ضوء القانون الدولي، المعاصر، مع دراسة تطبيقية للعدوان العراقي ضد الكويت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.

الرسائل:

أحمد أمساس: الإتجاهات الجديدة للمسؤولية الدولية للدول. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، 1996 كلية الحقوق طنجة -1997.

المجلات:

شريف بسيوني، الحرب الأمريكية في العراق مشروعية استخدام القوة، مجلة السياسة الدولية، مطابع الأهرام، عدد 151 يناير 2003.

الأستاذة ونام بنعيسى

باحثة بسلك الدكتوراه – جامعة محمد الخامس الرباط كلية

العلوم القانونية – السويسي

## قراءة في الفصل 54 من ظهير الالتزامات والعقود على ضوء العمل القضائي

Lecture au chapitre 54 du dahir de L.A. à la lumière du travail judiciaire

مقدمة:

تعتبر العقود بمثابة حجر الزاوية في المعاملات المالية بين الأفراد في أي مجتمع، وبقينا  
أنها لا تنعقد وتصبح سارية إلا بتوافر أركانها؛ التي أوردها المشرع المغربي في الفصل الثاني  
من قانون الالتزامات والعقود<sup>517</sup>.

ولا مرأى في أن التراضي يحظى بمكانة متميزة في عملية التعاقد، بوصفه أهم ركن فيها،  
ويقصد بالتراضي: تعبير شخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين في العلاقة بينه وبين  
شخص آخر وأن تلتقي هذه الإرادة مع إرادة مطابقة لها أي متجهة إلى إحداث نفس الأثر  
وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين<sup>518</sup>.

وبقينا؛ أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، وأن هذه الإرادة تلعب الدور  
الرئيسي في تحديد آثار العقد، فلها السلطان الأكبر في تكوين العقد، ثم يأتي القانون بعد  
ذلك ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها الإرادة شريطة أن تكون هذه الإرادة غير  
مخالفة للنظام العام وحسن الآداب<sup>519</sup>.

<sup>517</sup>الفصل 2 من ظهير الالتزامات والعقود، ينص على أن: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: 1- الأهلية للالتزام؛ 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛ 3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام؛ 4- سبب مشروع للالتزام."  
<sup>518</sup>الأستاذ زيد قدرى الترجمان: "المصادر الإرادية للالتزام وفق ق ل ع"، مطبعة الداودي دمشق، طبعة 2007، ص 53-54.  
<sup>519</sup>الأستاذ عبد الرحيم بن سلامة: "عيوب الرضى في القانون المغربي"، مجلة الملحق القضائي، العدد 31، يونيو 1996، ص 38.

ولئن كان وجود الرضى أمراً لازماً لتكوين العقد؛ إذ يوجد بوجوده وينعدم بانعدامه<sup>520</sup>، فإن سلامة الرضى هي الأخرى واجبة؛ حيث لا يقوم هذا الركن إلا بخلو إرادة المتعاقدين من العيوب التي قد تشوبها. ويقصد بعيب الرضى؛ اختلال في رضى العاقد ناشئ عن بعض العوامل التي صاحبت العقد أثناء انعقاده خلت بسلامته اختياره، إذ لولا تأثيرها في نفسه لما أقدم على إبرام العقد<sup>521</sup>.

فالمشروع المغربي حدد عيوب الرضى في الغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن، وحالة المرض والحالات الأخرى المشابهة<sup>522</sup>، ورتب عليها كجزاء؛ إبطال العقد المبرم تحت تأثير إحداها.

ولعله بالرجوع إلى مقتضى الفصل 54 من ظهير الالتزامات والعقود نجده ينص على أن: "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة".

وحيث إن صياغة الفصل 54 جاءت عامة دون شرح أو تفصيل لهاتين الحالتين؛ حالة المرض، وحالة مشابهة للمرض في باقي فصول ظهير الالتزامات والعقود، باستثناء تكرار المشرع لمصطلح "المرض" في فصول أخرى، وهي: الفصل 433<sup>523</sup>، والفصل 345<sup>524</sup>، والفصل 479<sup>525</sup>. فحسبنا التمسك بإحدى أهم مميزات القانون المغربي؛ ألا وهي ازدواجية مصادره بين القانون الوضعي من جهة، والنهل من ينابيع الفقه الإسلامي من جهة أخرى،

<sup>520</sup> ينص الفصل 19 من ظ.ل.ع، على أنه: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية،...".

<sup>521</sup> الأستاذ زيد قدرى الترجمان، مرجع سابق، ص: 39

<sup>522</sup> نظم المشرع عيوب الرضى في الكتاب الأول/ القسم الأول/ الفرع الثاني/ في ثلثها: عيوب الرضى، في الفصول من 39 إلى 56 من ظ.ل.ع.

<sup>523</sup> ينص الفصل 344، على: "الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة".

<sup>524</sup> ينص الفصل 345، على: "الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض الموت لغير وارث يصح في حدود ثلث ما بقي في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته".

<sup>525</sup> ينص الفصل 479، على: "البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محابته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية، أو اشترى منه شيء بثمن يجاوز قيمته. أما البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345".

والتي يقينا ما يكون واجبا على القضاء مراعاة هذه الازدواجية، كما في الحالة التي تتعلق النازلة المعروضة على أنظاره؛ بتصرفات المريض مرض الموت أو بالحالات المشابهة له.

ونظرا لكون المشرع ترك أمر تحديد عيب المرض للقضاء في إطار السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة الموضوع لترجيح كفة على حساب أخرى بحسب الحالات، علما أن التأكد من مدى تحقق حالة المرض أو الحالات الأخرى المشابهة طبقا للفصل 54 من ظ.ل.ع يتطلب التريث والتروي. ولما كان مرض الموت واقعة مادية، فيقينا أنه يمكن إثباته بكافة الوسائل؛ وهو ما سنحاول التطرق إليها -حالة المرض وكذا الحالات المشابهة-، معززين ذلك ببعض الأحكام والقرارات التي نلاحظ بشأنها أنه كان يتم استبعاد الشهادة الطبية متى تضمن الاستشهاد العدلي عبارة "بأتمه"، قبل أن يلطف المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا من رأيه في الأخير.

ورغبة في إجلاء الغموض عن الفصل 54 من ظ.ل.ع، وعدم الاكتفاء فقط بمعناه الظاهر، فإننا سنتطرق لهذا الموضوع من منطلق الإشكالية حول: نطاق الفصل 54 الذي يقصده المشرع؟ ومدى سلطة قضاة الموضوع في تقرير الإبطال؟ فضلا عن مدى مراقبة محكمة النقض لهذه السلطة أمام غياب مفهوم دقيق للمرض والحالات المشابهة؟

ولعله عند بحثنا لهذا الموضوع سنحاول تقديم المفيد؛ دون إطناب ممل، أو اختصار لا يفي بالغرض.

ومن أجل الإحاطة بموضوع قراءة في الفصل 54 من ظ.ل.ع على ضوء العمل القضائي؛ ارتأينا تقسيمه إلى: المطلب الأول: نطاق الفصل 54 من ظهير الالتزامات والعقود. المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي التقديرية وحدودها.

المطلب الأول: نطاق الفصل 54 من ظهير الالتزامات والعقود

تتميز عبارة حالة المرض الحالات الأخرى المشابهة الواردة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود بعموميتها وغموضها، مما يخلق صعوبة بالنسبة للقضاء من زاوية تطبيق هذا الفصل، لذا ارتأينا تحديد مفهوم المرض المشار إليه في الفصل 54 من ق ل ع (الفقرة الأولى)، وكذا المقصود بالحالات الأخرى المشابهة (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: مفهوم المرض

ورد لفظ المرض في الفصل 54 من القانون المغربي عاما ومطلقا، ولم يقيدده المشرع بأي وصف، سوى أنه ترك للقاضي سلطة تقديرية في تحديده من جهة، وفي الحكم بالإبطال بسببه من جهة أخرى.

غير أن سلطة القاضي اتجاه حالة المرض ليست مطلقة بل مقيدة بالعلة من إقرار إبطال العقد في هذه الحالة، وكذا بما يتضمنه القانون من مقتضيات خاصة ببعض الأمراض. إذ أن حكم المرض ليس واحد في كل الحالات التي تعرض لها المشرع؛ فهو قد يكون سببا للحجر (كما في الجنون وفقدان العقل والعتة) وقد يكون سببا من أسباب تقييد التصرف (مرض الموت)، وقد يكون عيبا من عيوب الإرادة (المرض المنصوص عليه في الفصل 54) وهذا الأخير هو المقصود<sup>526</sup>.

وعليه سنحاول الوقوف عند الأمراض العقلية (أولا)، وكذا الأمراض العضوية (ثانيا)، ثم تحديد مرض الموت (ثالثا).

أولا: الأمراض العقلية: إن الأمراض العقلية من منظور الطب النفسي عديدة، ولعلنا سنقف عند أهمها (الجنون، السفه، العته) لمعرفة مدى إمكانية تفسيرها على أنها تدخل ضمن الأسباب المثارة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>526</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، "المرض كسبب لإبطال التصرف القانوني؛ بحث في أصل وأصالة الفصل الرابع والخمسون من قانون الالتزامات والعقود"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة جديدة 2016، ص 66.

فالجنون؛ هو اضطراب يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز، ويعدم بالتالي أهليته<sup>527</sup>، ولقد سار المشرع المغربي على نهج الفقه الإسلامي حيث قسم الجنون إلى نوعين: جنون مطبق؛ وهو الذي يستغرق لدى صاحبه جميع أوقاته، فهو جنون ملازم ومستمر لا يفارق صاحبه، وجنون متقطع؛ وهو الذي يصيب الشخص تارة، فلا يعقل معه صاحبه شيئاً ويزول تارة أخرى، فيعود صاحبه إلى حالته الطبيعية، بمعنى أنه تمر على المجنون أوقات يكون فيها حاضر العقل، وتعتبره نوبات يزول عقله فيها<sup>528</sup>، وفي الحالة الأولى –حضور العقل- يكون المجنون عديم الأهلية مطلقاً وتصرفاته باطلة، أما في الحالة الثانية –زوال العقل- فيكون عديم الأهلية في حالة إطباق جنونه عليه، وتعود إليه أهليته في حالة وعيه فتصبح وقتئذ تصرفاته نافذة<sup>529</sup>.

وفي إطار حالة فقدان العقل بكيفية متقطعة نذكر قرار أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش<sup>530</sup>؛ صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 4947 بتاريخ 1983؛ حيث قضت بعد التصدي، وبالاستناد منها على الفصل 54 من ق.ل.ع "بإبطال عقد البيع المبرم بين شخص مريض –من جهة- وبين مشتريين منه؛ بشأن الدار موضوع العقد المؤرخ في 1976، بعلّة الوثائق المدلى بها تفيد أن السيد/البائع دخل عدة مرات قسم الأمراض النفسية منذ 1967، وأنه عولج لمدة شهرين بمصلحة الأمراض العقلية، وأن نتيجة الخبرة تؤكد أنه مصاب بأمراض عصبية ونفسية منذ 1967 لحد الآن، وأن عقلية ناقصة وغير منعدمة.." علماً من المحكمة أن البائع لم يكن محجراً عليه وقت البيع .

والسفه؛ عرفته المادة 215 من مدونة الأسرة بكونه: "المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثاً بشكل يضربه أو بأسرته"؛ وهو بهذا التصور ينطوي

<sup>527</sup> الأستاذة سميرة أكمللي أضرّيف، "الأهلية القانونية"، دار القروين للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2005، ص: 42

<sup>528</sup> الأستاذة سميرة أكمللي أضرّيف، مرجع سابق، ص: 42

<sup>529</sup> الأستاذة مليكة أويكر، "قراءة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب، (الفوج

36)، السنة القضائية 2009-2011، ص: 9

<sup>530</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 68 .

على عيب يلحق الإنسان في تديره، لا عيبا يلحق العقل، فالسفيه رجل كامل العقل لكنه سيء التدير، لأنه أنفق ماله في أوجه يراها العاقل لا تتفق مع ما يجب أن تكون عليه<sup>531</sup>.

أما العته: عرفته المادة 216 من مدونة الأسرة بأنه: "الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته"; وعليه فإن الإعاقة المصاب بها المعتوه تؤثر على تمييزه وإدراكه لكن ليس بدرجة الجنون، ومن أجل ذلك اعتبر المشرع المعتوه كالسفيه ناقص الأهلية لا فاقدها كما هو الحال بالنسبة للمجنون<sup>532</sup>.

وحول إمكانية انطباق الفصل 54 من ظ.ل.ع على المصاب بمرض عقلي، فالبين أن القضاء ذهب إلى كون الفصل 54 لا يشمل هذه الحالات؛ إذ يتم استبعاد حالات انعدام الأهلية ونقصانها من نطاق الفصل 54 من ق.ل.ع، لكون هاته الحالات –أي انعدام الأهلية ونقصانها- منظمة في مدونة الأسرة، والقول أن تفسير حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة على أنها تعني الأمراض العقلية التي تعدم الإرادة أو تنقصها سيكون مجرد تكرار من شأنه أن يكون مشوشا في التطبيق لأنها تجعل الإبطال خاضعا لسلطة القاضي التقديرية، بينما الإبطال في حالة انعدام الأهلية ونقصانها مقرر بقوة القانون ولا مجال فيه للسلطة التقديرية<sup>533</sup>.

ولقد سبق لمحكمة الاستئناف بالجديدة أن فسرت في قرار لها عدد 710 صادر بتاريخ 2004 بأن المرض المنصوص عليه في الفصل 54 من ق.ل.ع يشمل المرض العقلي، وجاء في قرارها القاضي بتأييد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بسيدي بنور في الملف المدني عدد 03/211 بتاريخ 2004<sup>534</sup>؛ والقاضي بإبطال البيع الذي ثبت لها أن البائعة كانت مصابة بمرض عقلي؛ -أن الاستئناف المرفوع من الورثة ينصب على عدم أتمية<sup>535</sup> مورثتهم أثناء إبرام عقد البيع، وأنهم أدلوا إثباتا لذلك باللفيف العدلي المضمن تحت عدد 575

<sup>531</sup> الأستاذة سميرة أكمللي أضرريف، مرجع سابق، ص: 45

<sup>532</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 16

<sup>533</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 9

<sup>534</sup> قرار 710 صادر بتاريخ 2004/11/08، ملف رقم 2004/502/4. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 66

<sup>535</sup> يقصد بالأتمية: الإدراك والتمييز .

مستفسر يشهد شهوده بأن البائعة كانت قبل وفاتها بسنتين تعاني من مرض عقلي فقدت معه الإدراك والتمييز.

ومحكمة الاستئناف بالجديدة في قرارها؛ اعتبرت أن إرادة البائعة/المورثة كانت مشوبة بعيب من عيوب الرضى المنصوص عليه في الفصل 54 من ق.ل.ع مما يشكل سببا من أسباب الإبطال، والذي يرجع تقديره لقضاة الموضوع. ولم تعتبر مرض الهالكة/البائعة مفقدا لأهليتها في الالتزام والإلزام كما أسس المطلوبين دعواهم عليها. وإنما كيفته على أساس الفصل 54 .

إلا أن الغرفة المدنية/القسم الثاني في المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا؛ في قرارها عدد 3547 الصادر بتاريخ 2006<sup>536</sup>؛ قضت بنقض القرار - وإحالة الملف من جديد إلى محكمة الاستئناف بالرباط- معتبرة - أي محكمة النقض؛ أن المطلوبون/الورثة أسسوا الدعوى على أن مورثهم/البائعة كانت وقت إبرام العقد مصابة بمرض عقلي أفقدها الإدراك والتمييز والذي ظلت تعاني منه إلى أن توفيت مستدلين بلفيف عدلي وشهادة طبية؛ مما يعني حسيهم أن سبب الإبطال هو أن البائعة كانت وقت البيع فاقدة لأهلية الالتزام والإلزام. وعلى نقض ذلك تمسك الطاعن/المشتري بحجة قاطعة متمثلة في رسم البيع الذي شهد فيه العدلان على البائعة الهالكة بالأتمية وتمام الإدراك.

وبذلك؛ اعتبرت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف بالجديدة؛ حين بتت في القضية على أساس مرض الهالكة البائعة العقلي يكون سببا للإبطال المبني على حالة المرض المنصوص عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع ، ولم تبت فيها في الإطار الذي أسسه المطلوبين/الورثة وهو المرض العقلي المؤدي إلى فقدان الأهلية، فإنها تكون بذلك قد غيرت من تلقاء نفسها سبب الدعوى وخرقت الفصل 3 من ق.م.م وعرض قرارها للنقض .

<sup>536</sup> الغرفة المدنية، القسم الثاني، القرار عدد 3547 المؤرخ في 2006/11/22. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص:

والحاصل من القرار المذكور: أن المرض العقلي يجعل المصاب به فاقدا لأهلية الالتزام والإلزام. وأن هذا المرض ليس هو الذي يقصده المشرع في الفصل 54 من ق.ل.ع. وهو صحيح؛ لأن المشرع اعتبر المجنون وفاقدا للعقل عديمي الأهلية (الفقرة الأولى من المادة 217 من م.أس)، كما اعتبر التصرفات الصادرة عنهما باطلة ولا تنتج أي أثر (المادة 224 من م.أس)، لكنه اعتبر الشخص المصاب بفقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها (الفقرة الثانية من المادة 217 من م.أس). فضلا عن ذلك اعتبر المعتوه ناقص الأهلية (المادة 213 من م.أس) واعتبر تصرفاته إما نافعة له نفعاً محضاً – وهي نافذة-، أو ضارة – وهي باطلة-، أما إذا كانت دائرة بينهما يتوقف نفاذها على إجازة النائب الشرعي حسب مصلحته الراجعة<sup>537</sup>.

وعليه؛ فإن هذه المقتضيات تطبق على التصرفات التي يبرمها هؤلاء المرضى (المجنون، وفاقدا العقل، والمعتوه) بعد تاريخ حصولهم على هذا المرض وفق مسطرة الحكم الصادر بالتحجير عليهم. أما قبل هذا التاريخ (تاريخ الحجر عليهم) فإن الفصل 54 يشكل مصدراً احتياطياً لهذه الحالات<sup>538</sup>.

### ثانياً: المرض العضوي

المرض العضوي؛ هو المرض الذي يصيب جسم الإنسان<sup>539</sup>، وهو المرض الذي لا يموت منه المتصرف، ويحق لهذا الأخير أن يستند إلى الفصل 54 ليطالب بإبطال التصرف الذي صدر منه خلال مرضه الذي أثر على إرادته فسلبه الحرية والاختيار وبالتالي جاءت إرادته معيبة مما جعله يقبل بالتصرف الذي أبرمه ولو أنه لن يرتضيه في الأحوال العادية<sup>540</sup>.

وفي هذا الصدد أكد قرار المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً في عدد 1902 صادر بتاريخ 2006/06/07: "حقاً، إنه بمقتضى الفصل 54 من ق.ل.ع، فإنه لا يشترط لإبطال

<sup>537</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص 67 و 68 .

<sup>538</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص 68 .

<sup>539</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص 18 .

<sup>540</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص 73 .

عقد البيع، أن يكون البائع فاقدا الوعي والإدراك، وإنما مناط هذا الإبطال، أن تكون إرادته معيبة بسبب المرض، وأن يكون المتعاقد الآخر، استغل وضعيته وحالته المرضية، وحصل منه على قبول لإبرام بيع ما كان ليقبله لو كان سليما معافي" <sup>541</sup>.

وقد صرحت محكمة الاستئناف بالرباط –الغرفة العقارية في قرارها رقم 38 بتاريخ 2004/5/18: "بأن العمل القضائي استقر على اعتبار المرض المنصوص عليه في الفصل 54 من ق.ل.ع سندا مشروعا لإبطال التصرفات، وأن المقصود به هو –المرض العضوي المؤثر الذي تفتقد أو تقلص معه القدرات اللازمة والكافية لاستيعاب حقيقة التصرف وتقدير قيمة ما تعاقد بشأنه" <sup>542</sup>.

ولعله استنادا إلى ما هو مثار أمام المحاكم؛ من الممكن تصور ذلك في كثير من الأمراض، لعل أهمها:

- مرض القلب الذي يعرض المصاب به للإغماء ولاضطرابات في جهازه الدموي مصحوبة بفقدان الذاكرة من أن لآخر؛
- إصابة الكبد بمرض خطير يؤدي إلى ضعف في الجسم وفي قواه العقلية، واضطرابات في الدماغ مصحوبة بفقدان الذاكرة؛
- الشلل النصفي لمدة طويلة وما يترتب عنه من فقد للقدرة على الحركة والإدراك والتميز والنطق مليا؛
- مرض الباركنسون المصحوب بتأثير على الإدراك؛
- العجز الجسماني الشديد الناتج عن الشيخوخة وما يترتب عنها من تأثير على عقل الشيخ وإرادته؛

<sup>541</sup> القرار عدد 1902 المؤرخ في 2006/06/07 في الملف المدني عدد 2004/2/2598. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 73-74.

<sup>542</sup> قرار محكمة الاستئناف بالرباط- الغرفة العقارية، رقم 38 بتاريخ 2004/5/18 في الملف رقم 13/2023/106. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 74.

- مرض التهاب الكبد الفيروسي من نوع "س" مع ما يكون للأدوية من تأثير على الإرادة والإدراك والتمييز؛

- مرض السرطان؛ ...إلخ .

فمثل هذه الأمراض، إذا لم تنته بالموت خلال المدة المعقولة التي استقر عليها القضاء، يمكن أن تشكل سببا يستند عليه المريض أو ورثته للمطالبة بإبطال التصرف الذي أبرمه تحت تأثير هذه الحالة.

أما إذا انتهى بالموت فيمكنهم إزاء الاستناد إلى المقتضيات المؤطرة لتصرفات المريض مرض الموت سواء تلك التي نص عليها التشريع أو تلك طبقها القضاء؛ ما يتعلق بالفصلين 344 و 345 حالة الإبراء للوارث أو لغير الوارث<sup>543</sup> .

ولعل هناك من الباحثين<sup>544</sup>؛ من أدرج مرض كوفيد19 المستجد، بخانة الأمراض المعتبرة في حكم مرض الموت، ليتم حسبه؛ تقرير نفس الحكم على العقد المعيب به؛ ألا وهو الإبطال. وهو مما لاشك فيه؛ أنه يبقى مجرد رأي، قد يكون محل اعتبار في القادم من الأيام إذا ما عرضت نازلة على القضاء في هذا الصدد.

ثالثا: مرض الموت

بخصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي فإنه لم يبين ما المقصود بمرض الموت، كما أنه لم يحدد الحالات التي تلحق به أو تأخذ حكمه، بل اكتفى بذكر حكم الإبراء والبيع فيه<sup>545</sup>؛ إذ أنه عرف نظرية الموت بتبيان حكم البيع الواقع في مرض الموت في الفصل 479<sup>546</sup>

<sup>543</sup> الأستاذ أحمد أدرويش، مرجع سابق، ص: 74

<sup>544</sup> الباحث محمد الزباني، "إبطال العقد للمرض طبقا للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود - فيروس كورونا المستجد نموذجا"، مجلة منازعات الأعمال، العدد 54 يوليوز 2020 . ص: 5 .

<sup>545</sup> إلى جانب فصول قانون الالتزامات والعقود (344 و 345 و 479)، فإن مرض الموت؛ ورد كذلك في مدونة الأسرة؛ بالضبط في المادة 303 منها التي نصت على أنه: "إذا أجاز الورثة وصية لوارث أو بأكثر من الثلث، بعد موت الموصي أو في مرضه المخوف المتصل بموته، أو استأذنهم فيه فأذنوه ألزم ذلك لمن كان كامل الأهلية".

<sup>546</sup> ينص الفصل 479: "البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية، أو اشتري منه شيء بثمن يجاوز قيمته. أما البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345".

من ق.ل.ع، مع الإحالة على مقتضيات الفصلين 344<sup>547</sup>، 345<sup>548</sup> من نفس القانون، كما عرفها أيضا من خلال الفصل 1248<sup>549</sup>، فضلا عن الفصل 54 المذكور، غير أن المشرع لم يوضح ما المقصود بالمرض هنا ولم يتعرض لحالات المرض<sup>550</sup>.

ومهدا ترك المشرع المغربي أمر تعريف مرض الموت إلى الفقه والقضاء، رجوعا إلى قواعد الفقه الإسلامي وخاصة المالكي منه، ويجب أن نشير هنا إلى غياب مؤسسة مرض الموت في التشريعات الغربية، باستثناء ما تضمنه الفصل 909 من القانون المدني الفرنسي والذي يقتضي ببطان تصرفات المريض الذي أشرف على الموت، بطلانا نسبيا إذا تمت لمصلحة من عالجته من الأطباء والصيدالة أو لمن أرشده من رجال الدين<sup>551</sup>.

ولعل القضاء استنادا إلى ما هو مستقر عليه في المذهب، عرف مرض الموت، ثم حدد أهم الشروط التي يتحقق معها على النحو التالي<sup>552</sup>:

- الشرط الأول: أن يكون المرض مخوفا؛

- الشرط الثاني: أن يغلب فيه الموت، وأن ينتهي بالموت<sup>553</sup>؛

وفي إطار هاذين الشرطين هناك قرار للمجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا عدد 6742 صادر بتاريخ 29 أكتوبر 1997 جاء فيه: "من الثابت، فقها وقضاء، أن أهم شروط لاعتبار المرض مرض موت هو أن يكون هذا المرض مخوفا، أي أن يكون من الأمراض الخطيرة التي لا يرجى منها أي شفاء من الناحية الطبية، وتؤدي بصاحبها غالبا إلى الوفاة":

<sup>547</sup> ينص الفصل 344: "الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة".

<sup>548</sup> ينص الفصل 345: "الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات الجنازة".

<sup>549</sup> ينص الفصل 1248 في الفقرة الثانية منه، على أن: "الديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت أيا كانت، وسواء كانت قد أنفقت في منزل المريض أو في مؤسسة علاجية عامة أو خاصة، وذلك خلال السنة أشهر السابقة على الوفاة أو افتتاح التوزيع".

<sup>550</sup> الأستاذ كتيبي توفيق، "تصرفات المريض مرض الموت"، بحث نهاية التدريب، (الفوج 36)، السنة القضائية 2009-2011، ص:

5.

<sup>551</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 19.

<sup>552</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 69.

<sup>553</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 21.

ويتعلق الأمر في هذه النازلة بمرض –تشمع الكبد والنزيف الهضمي- حيث وصفه المجلس الأعلى –سابقا- بأنه مرض مخوف وقاتل ويعتبر مرض موت<sup>554</sup>.

وهو نفس التوجه الذي أكدته محكمة الاستئناف بمراكش، في قرارها عدد 122 الصادر بتاريخ 1997/2/04، الذي جاء فيه: "...فمرض الموت كما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه ويغلب فيه الهلاك ويتصل إلى الموت فعلا، وبعد أن يبدأ بسيطا حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت"<sup>555</sup>.

- الشرط الثالث: أن يقعد صاحبه عن قضاء مصالحه؛ وفي هذا الصدد صدر قرار حديث عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا عدد 3483 المؤرخ في 2008/10/15، "المرض المخوف هو الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه ويلزمه الفراش بسببه إلى أن يموت"<sup>556</sup>.

- الشرط رابع: لعل الملاحظ على اجتهاد القضاء المغربي في الموضوع إضافته لشرط؛ أن تكون إرادة المريض معيبة بسبب هذه المرض، أي أن تكون غير حرة في إرادته؛ وفي هذا الصدد نستحضر قرار صادر عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا عدد 90/112 بتاريخ 1999 جاء فيه: "لا يشترط لإبطال العقد الصادر من المريض مرض الموت أن يكون الشخص فاقدا الوعي بل يكفي أن تكون إرادته معيبة بسبب المرض، وقد شاهد عدلا الصدقة بمنزل المريض، المرض الذي قطع الأطباء بعدم رجاء البرء منه مما يجعل المتصدق غير حر في إرادته ويستوجب إبطال التصرف الصادر منه، والذي مات بعده بأشهر

<sup>554</sup> أشار إلى القرار، الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 69  
<sup>555</sup> قرار عدد 122، صادر بتاريخ 1997/02/4، في الملف العقاري عدد 2761، منشور بمجلة المحامي، العدد 34-35-1999، من ص: 104 إلى ص 106. أشارت إليه الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق ص: 20.  
<sup>556</sup> قرار عدد 3483 المؤرخ في 2008/10/15 الملف المدني عدد 2006/4495. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 69.

يسيرة"<sup>557</sup>. على أنه بتعبير أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حالياً؛ أن تكون حرية المريض محدودة في إطار جد ضيق إلى درجة أنه لو كان له التصرف الطبيعي في ظروف عادية لما أعطى رضاه على فحوى العقد وشروطه؛ وهو القرار عدد 6013 الصادر بتاريخ 1995/11/21 جاء فيه: "حقاً حيث إن حالة المريض المؤدية إلى إبطال الالتزام هي التي تكون فيها حرية المريض محدودة في إطار جد ضيق إلى درجة أنه لو كان له التصرف الطبيعي في ظروف عادية لما أعطى رضاه على فحوى العقد وشروطه، .."<sup>558</sup>.

### الفقرة الثانية: مفهوم الحالات المشابهة للمرض

ذكر المشرع في الفصل 54 من ق.ل.ع، إلى جانب حالة المرض، عبارة الحالات الأخرى المشابهة<sup>559</sup> دون أن يوضح المقصود بهذه الحالات.

ولعله من المستقر عليه قضاء عندنا؛ هو أن الفقه الإسلامي يعتبر مصدراً احتياطياً بالنسبة للقواعد المتعلقة بالالتزامات والعقود؛ حيث ذهب المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً في قرار عدد 2746 صادر بتاريخ 1986، إلى أنه: "حسب القواعد العامة فإن ما لم يرد به نص في هذا القانون يرجع فيه إلى الفقه الإسلامي".

وبالنظر إلى هذا المصدر، فعموم تعبير "الحالات المشابهة للمرض"؛ يشمل ما ذكره منها فقهاء الشريعة الإسلامية، كما يشمل غيرها من الحالات التي تتأثر فيها قدرة الشخص على الإدراك والتمييز؛ كوجوده في حالة اضطرمعها إلى التعاقد على نحو ما كان ليرتضيه لو كان في غيرها. وهذا مدلول متسع يشمل جميع الحالات التي تكون فيها حرية أحد المتعاقدين محدودة، لا تتمتع بسلطانها المطلق، بحيث لو لم تكن ظروف التعاقد غير عادية لما أقدم المتعاقد على التعاقد.

<sup>557</sup> قرار المجلس الأعلى تحت عدد 90/112 المؤرخ في 99/03/09 الملف الشرعي عدد 96/550. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش،

م.س، ص: 69.

<sup>558</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 6013 بتاريخ 21 نونبر 1995، ملف مدني عدد 89/1614. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع

سابق، ص: 70.

<sup>559</sup> على أن؛ شرح قانون الالتزامات والعقود الصادر عن وزارة العدل لم يذكر هذه الحالات.

وعليه سنقف عند حالة السكر (أولا)، ثم حالات العاهات الطبيعية (ثانيا)، لتحديد ما إذا كان نطاق الفصل 54 يتسع ليشملهما، معززين ذلك بالعمل القضائي المغربي.

أولا: استبعاد حالة السكر من الحالات المشابهة للمرض

نصت المادة 217 من مدونة الأسرة على أنه: "الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية". وفقدان العقل لأحد الأسباب قد يكون ناتج عن تناول الخمر أو تعاطي المخدرات، من شأنه التأثير على الإدراك والتمييز وبالتالي التأثير على الإرادة.

ومهذا الصنيع؛ يلاحظ كيف تناولت هذه المادة فقدان العقل لأحد الأسباب دون تحديد هذه الأسباب اعتبرت الفقدان الإداري للعقل لا يعفي من المسؤولية<sup>560</sup>.

ولما ألحقت المادة كل من فقد عقله بسبب إرادي؛ بفتي عديمي الأهلية<sup>561</sup>؛ فإنها بهذا المقتضى الصريح استبعدت حالة السكر من الحالات المشابهة للمرض الذي يعيب الإرادة. ويترتب عن ذلك كله اعتبار تصرفات السكران بإرادته واختيار منه باطلة ولا تنتج أي أثر (المادة 224 من م.أس)؛ سواء كانت من قبيل المعاوضات أو التبرعات، لأن السكران الطافح فاقد التمييز.

والمشعر المغربي حصر أثر السكر وتناول المخدرات على بطلان التصرف<sup>562</sup>، أما الجرائم فيبقى مقترفا متحملا للمسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الغير<sup>563</sup>.

وإذا كان السكر تاما، اعتبر من أسباب تخلف الرضى لأنه يعدم الرضى ويجعل العقد باطلا<sup>564</sup>، وهو التوجه الذي تبناه المشعر حين تناول فقدان العقل لأحد الأسباب ضمن

<sup>560</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 29 .

<sup>561</sup> ألحقت المادة 217 فاقد العقل اختياريا وعن قصد بالمخدرات أو المسكرات التي تذهب العقل، بفتي عديمي الأهلية، ونقصد:

- الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

- والمجنون وفاقد العقل . (حسب المادة 217 نفسها) .

<sup>562</sup> بطلان التصرفات القانونية؛ سواء كانت بعوض أو بدون عوض: كالبيع والهبة .

<sup>563</sup> نص المشعر في الفصل 93 على أن: "السكر، إذا كان اختياريا، لا يحول دون المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشبه الجرائم. ولا مسؤولية مدنية إذا كان السكر غير اختياري، وعلى المتابع إثبات هذه الواقعة".

<sup>564</sup> الأستاذ شكري أحمد السباعي، "نظرية بطلان العقود وإبطالها في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن"، منشورات عكاظ، الرباط، 2011، ص: 149 .

المقتضيات المنظمة لعديم الأهلية. وعليه؛ فإنه لا يمكن أن نعتبره من أسباب الإبطال الواردة في الفصل 54 من ق.ل.ع .

ثانيا: العاهات الطبيعية

ينبغي التمييز بين ذوي العاهات الطبيعية المزدوجة (1)، وبين المصاب بعاهة واحدة وخاصة المتعاقد الأعمى الذي أفرد له القضاء حماية خاصة (2) .

### 1. العاهات الطبيعية المزدوجة

العاهة؛ هي مانع طبيعي يترتب على وجودها عدم استطاعة الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو يكون في استطاعته مباشرتها لكن يخشى عليه من انفراده بالتصرف<sup>565</sup> .

وبتعبير الأستاذ أحمد أدريوش<sup>566</sup>؛ المقصود بالعاهات الطبيعية، المشمولة بمفهوم "الحالات المشابهة للمرض"؛ تلك العاهات التي تجعل الشخص الموجود فيها غير قادر على التعبير عن إرادته ولا فهم التعبير إليه من المتعاقد معه. ويستنتج هذا التحديد صراحة من المصادر المادية للفصل 54 نفسه.

ولئن كان القانون المغربي يتضمن تنظيما لحق المتخلف عقليا في "الوصي المؤهل" بالتعبير الأعمى<sup>567</sup>، فإن عمومية الفصل 54 وفي إطار السلطة التقديرية التي يخولها ذات الفصل بخصوص الحالات الأخرى المشابهة للمرض؛ ممكن أن تشمل العاهات الطبيعية. وعليه؛ يمكننا أن نقول بأن تصرفات هؤلاء المرضى –ذوي العاهات المزدوجة - إذا تمت بمعزل عن المساعد القضائي فإن مصيرها هو الإبطال<sup>568</sup> .

<sup>565</sup> الأستاذ نبيل إبراهيم سعد، "المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق"، منشأة العارف الإسكندرية، 2001، ص: 180. أشارت إليه الأستاذة سميرة أكمللي أضرريف، مرجع سابق، ص: 23 .  
<sup>566</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 78.  
<sup>567</sup> الأستاذ عبد العزيز الحيلة، "وضعية المريض عقليا في القانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس- أكادال، سنة 2000. أشار إليه الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص 79 .  
<sup>568</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 24 .

ولعل ما يؤكد فرضية اتساع هذه الحماية لتشمل العاهات كحالات أخرى مشابهة؛ أنه وبالاعتماد على المصدر التاريخي لقانون الالتزامات والعقود، فإن الفصل 54 يستمد جذوره من الفصل 64 من المشروع التمهيدي الذي أعده سانتيانا للمجلة المدنية والتجارية التونسية، والذي نص على أن: "أسباب الرجوع المبنية على حالة المرض أو على الاضطرابات العرضية للقدرات الذهنية أو على العاهات الطبيعية متروكة لتقدير القضاة"<sup>569</sup>.

فضلا عن نص المشرع المغربي في الفصل 97 من قانون الالتزامات والعقود على عدم تحمل الصم البكم أو غيرهم من ذوي العاهات نتائج الأضرار التي تترتب عن فعلهم أو أخطائهم متى ثبت غياب التمييز لديهم لتقدير نتائج أعمالهم؛ وذلك بقوله: "الصم البكم وغيرهم من العاهات يسألون عن الأضرار الناتجة من أفعالهم أو أخطائهم إذا كان لهم من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعمالهم".

وعلى ضوء هذا الفصل يمكن استنتاج فكرة مؤداها؛ أن الفصل 54 لئن كان يتسع ليشمل العاهات كحالات مشابهة للمرض كونها تؤدي إلى انعدام أو غياب الإدراك أو التمييز في تقدير نتائج الفعل المادي (بالنسبة للجرائم وأشباه الجرائم) أو التصرف القانوني (العقد أو الإرادة المنفردة) الذي يقدم على القيام به المصاب بالعاهة؛ فإن الأصح أن لا يقتصر العمل القضائي عند تطبيق العاهات الطبيعية كإحدى حالات المرض المشابهة حسب الفصل 54، إلا على المتعاقد المعاق الفاقد لحاستين أو أكثر من حواس البصر والنطق والسمع<sup>570</sup>. إلا أن الأكيد أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية الواسعة في ذلك في ضوء الوقائع والمستندات؛ بصريح نص الفصل 54: "أسباب الإبطال المبنية على المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة".

<sup>569</sup> الأستاذ محمد شليح، "في مشاكل الفصل 54 من ق.ل.ع من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبني عليها من خلال التعليق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 يونيو 1988"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد السابع، السنة 1991، ص: 120 .  
<sup>570</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 79 .

## 2. المتعاقد الأعمى

قضى المجلس الأعلى في إحدى قراراته إلى اعتبار تعاقد الأعمى يسري عليه حكم المتعاقد الأعمى المنصوص على أحكامه في الفصل 427؛ معللاً بأن مناط الحماية القانونية المتضمنة في الفصل المذكور هو جهل الشخص الأعمى لمضمون الورقة التي التزم بها وما دام الأعمى في وضعية تمنعه من معرفة فحوى الوثيقة، فالأمر يجعله في حكم الأعمى. حيث ذهبت الغرفة المدنية – القسم الثاني - بالمجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً في قرار عدد 1908 صادر بتاريخ 2006<sup>571</sup> إلى أن: "الأعمى يوجد في وضعية تمتعه من معرفة مضمون الوثيقة التي وقع عليها مما يجعله في حكم الأعمى المعنى بالفصل 427 ق.ل.ع، من منطلق أن مناط الحماية القانونية المنصوص عليها بالفصل 427 ق.ل.ع هو جهل الشخص الأعمى لمضمون الورقة".

وبهذا التأويل وسع القضاء من نطاق الفصل 427 ليشمل كل من وجد في حالة استحيل عليه معها أن يعرف مضمون الوثيقة التي يلتزم بها؛ ليس فقط بسبب عدم معرفته اللغة التي حرر بها العقد، ولو كان مثقفاً بلغة أخرى ويحسن القراءة والكتابة بها كما سبق للمجلس الأعلى أن قضى به في قرار سابق، ولكن أيضاً بسبب حالة العمى التي يوجد عليها والتي تمنعه من معرفة مضمون التزامه<sup>572</sup>.

ولعل حماية الأعمى أو الأعمى أو المرضى وذوي العاهات بالنظر للوضعية التي يكونون عليها؛ هي التي سعى إليها المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً إلى إقرارها لمصلحة الأعمى

<sup>571</sup> قرار عدد 1908 في الملف عدد 1806/1/04 الصادر بتاريخ 2006/6/7. أشار إليه الباحث عبد الحق الإدريسي، "هل ينزل الأعمى منزلة الأعمى؟ التعليق على القرار عدد 1908 في الملف عدد 1806/1/04 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/6/7" عرض في وحدة القانون المدني المعمق، تحت إشراف الأستاذ أحمد أدريوش، كلية أكادال. تم الإطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني <https://maraje3.com>، بتاريخ 2021/08/31 على الساعة 12:33.

<sup>572</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 80.

بالاعتماد على الفصل 427 من ظ.ل.ع<sup>573</sup>، تقديرا منه لحالة الإعاقة التي يوجد فيها والتي تمنعه من معرفة مضمون الوثيقة التي يلتزم بها، أي يجهل ما له وما عليه فيها.

وحيث إن قانون الالتزامات والعقود ترك صياغة الفصل 54 على عموميتها؛ فإن ذلك إشارة منه على تمسكه أساس بحماية مصالح العاقد الذي تعاقد تحت وطأة المرض أو ما شابهه من وضعيات أفستت إرادته، وبالتالي يمكن للقاضي وفق سلطته التقديرية تقرير الإبطال بناء على الحالات الأخرى المشابهة والاستجابة لطلب إبطال العقد، بناء على حالة تعاقد الأعمى، وتكييفها على أنها حالة مشابهة للمرض.

وعليه يمكن القول إن موجبات العدالة والمنطق تقتضي تخويل القاضي صلاحية الاستجابة لدعوى إبطال العقد بسبب العمي، حيث يمكن اعتباره من الحالات المشابهة لحالات المرض المنصوص عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع إعمالا للقاعدة الفقهية التي تقول بأن "إعمال النص خير من إهماله"<sup>574</sup>.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي بين تحديد المرض والحالات المشابهة له وبين الحكم بالإبطال

ينص الفصل 54 من ظ.ل.ع على أن: "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة"؛ ويتضح من صياغة هذا الفصل أن المشرع منح للقاضي سلطة تقديرية مزدوجة تشمل تحديد المرض والحالات المشابهة له من جهة، والحكم بالإبطال بسبب هذه الحالة أو تلك من جهة أخرى، علما أن هذه السلطة مقيدة بالعلة من إقرار إبطال العقد في هذه الحالة.

<sup>573</sup> ينص الفصل 427 من ظ.ل.ع على الآتي: "المحركات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثوقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك". ولعل المشرع من خلال صياغة هذا النص يتضح أنه لم يعرف الأمي من جهة، واقتصر على بيان حكم المحركات العرفية المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين وليس التزامهم في ذاته من جهة أخرى.

<sup>574</sup> الباحث عبد الحق الإدريسي، مرجع سابق، ص: 15

الفقرة الأولى: ضوابط ممارسة السلطة التقديرية في تحديد المرض والحالات المشابهة

له

لا مرأى في أن الفصل 54 من ق.ل.ع منح لقضاة الموضوع سلطة تقديرية في تحديد مفهوم المرض والحالات الأخرى المشابهة له، فبعد أن كان مشروعه يحدد هذه الحالات، اكتفت لجنة الصياغة النهائية بصياغة عامة حتى يتمكن القاضي من ملاءمة النص مع خصوصيات كل حالة تعرض عليه<sup>575</sup>.

ولعل ممارسة هذه السلطة التقديرية المنصوص عليها في الفصل 54، لا تقتصر على الحالات المذكورة فيه؛ بل يمكن أن يعتمد الفصل المذكور كسند تشريعي لتدخل القاضي من أجل تحديد مفهوم المرض في كل الحالات التي وردت فيها أحكام خاصة بشأنه سواء في ظهير الالتزامات والعقود أو في غيره من القوانين.

والسلطة التقديرية الممنوحة في إطار الفصل 54 من ظ.ل.ع هي سلطة مطلقة، فالمشرع ترك للقاضي سلطات مطلقة لقول أو رفض أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة أمام عدم تحديد المشرع للمقصود بهذه الحالات<sup>576</sup>.

وهذه السلطة نابعة من كون تقدير درجة المرض ومدى تأثيره في الإرادة، وتحديد الحالات الأخرى المشابهة له، كلها مسائل واقع أو قانون<sup>577</sup>.

ويقينا؛ أن للقاضي أن يستعين في ممارسة هذه السلطة بجميع وسائل الإثبات الممكنة من أجل الإقناع، كما يمكنه بترجيح شهادة الأطباء بالمرض أو بما هو في حكمه على شهادة العدلين أو الموثق بأن المتعاقد كان "بأتمية" – أي الإدراك والتمييز - .

ولعل أكثر ما يثبت به المرض، سواء كان مرض الموت أو غيره، هو الشهادة الطبية. لكن في الوقت الذي يحتج فيه الورثة بشهادة الأطباء التي تثبت أن مورثهم كان في حالة

<sup>575</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 30.

<sup>576</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 31.

<sup>577</sup> فالقاعدة؛ أن مسألة استخلاص الوقائع من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون مراقبة من جانب محكمة النقض التي تكتفي بالنظر في سلامة التعليل ومدى ملاءمته للقانون .

مرض الموت، غالبا ما يحتج المستفيدون من التصرف، ورثة كانوا أم أجنب؛ برسم البيع الذي يشهد فيه الموثق أو العدلان بأن المتصرف كان في حالة تامة وصحة جيدة<sup>578</sup>. فهل يلزم القاضي بالأخذ بما في الورقة الرسمية وترك الشهادة الطبية، أم يرجح هذه الأخيرة على الأولى؟ أم له أن يمارس سلطته التقديرية؟

صحيح أن المشرع أضفى على الورقة الرسمية حجية قاطعة بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير أيضا على ما تثبته من الوقائع والاتفاقات؛ حيث نص في الفصل 419 من ظ.ل.ع على ما يلي: "الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور". وجاء في الفصل 420 منه: "الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفة. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر".

إلا أن ما ينبغي التأكيد عليه هو أن تقويم وتقدير ومناقشة الحجج المدلى بها والترجيح بينهما؛ هو مما تستقل به المحكمة في إطار سلطتها التقديرية التي يخولها لها الفصل 54 بصياغته الصريحة، والكل مع مراعاة القواعد العامة المستقرة عليها فقها وقضاء؛ كقاعدة موجب الصحة مقدم على موجب المرض، وقاعدة بينة الصحة مرجحة على بينة المرض، وقاعدة الأصل هو الصحة، والأصل في الإنسان هو كمال الأهلية.. وعلى من يدعي خلاف ذلك الأصل أن يثبته؛ أي يثبت حدوث مرض أو وقوع عارض من عوارض الأهلية<sup>579</sup>.

وبقينا؛ أنه قبل هذا وذاك، فالمحكمة ملزمة بالتحقق من توافر شروط المرض (المستقر عليها قضاء) المدعى به .

<sup>578</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 84 .

<sup>579</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 85 .

### الفقرة الثانية: تقييد محكمة النقض السلطة التقديرية للقاضي

لعله؛ من خلال تمحيص القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حالياً بخصوص الفصل 54؛ اتضحت القيود التي أضافها المجلس (سابقاً) لتقييد السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في إبطال العقد المشوب بعيب المرض باشتراطه للآتي:

الشرط الأول: الغبن؛ في العقد المشوب بعيب المرض، أي عدم التعادل بين التزامات المريض والتزامات من تعاقد معه.

واعتبر المجلس الأعلى- محكمة النقض حالياً؛ عنصر الغبن الاستغلالي شرطاً من شروط تطبيق الفصل 54 من ق.ل.ع إلى جانب عنصر المرض، من خلال قراره الشهير، عدد 1625 الصادر بتاريخ 13 يونيو 1988: "... حيث إن الفصل 54 من ق.ل.ع يمنح للمحكمة حق إبطال العقود المبرمة في حالة المرض والحالات المشابهة وأن المشرع لم يقيد ذلك الحق بل ترك للمحكمة سلطة تقديرية ما إذا كانت حالة المرض التي يوجد عليها المتعاقد في فترة إبرام العقد هي التي جعلته يقوم بإبرام العقد أم لا، في حين أن تطبيق الفصل 54 المعتمد عليه والذي يعالج حالة الغبن الاستغلالي باعتباره سبباً من أسباب الإبطال كعيب من عيوب الرضا يتطلب توافر عنصرين: عنصر مادي وهو عدم تعادل التزامات الطرفين مثل الثمن والمثمن، وعنصر نفسي وهو -في هذه النازلة- حالة المرض التي نتج عنها عدم التعادل وأن المحكمة وإن أبرزت حالة المرض، فإنها لم تبرز العنصر المادي أي غبن البائع، كنتيجة لاستغلال حالته المرضية"<sup>580</sup>.

الشرط الثاني: حق المتعاقد نفسه فقط التمسك بالفصل 54 دون أن ينتقل إلى ورثته؛ وفي هذا نستحضر قرار محكمة النقض عدد 310 صادر بتاريخ 2012/1/17، جاء فيه: "إن أسباب الإبطال المبينة على حالة المرض والحالات الأخرى، كما نظمها الفصل 54

<sup>580</sup> قرار عدد 1625 بتاريخ 13/6/1988 من ملف مدني عدد 1682-86 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 139 دجنبر 1988، ص: 101-105. أشارت إليه الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 43.

من ق.ل.ع ... هي أسباب لا يتمسك بها إلا من كان يعانها فعليا، مما يمتنع على الخلف العام التمسك بها لإبطال التصرف الذي أنجزه مورثهم<sup>581</sup>.

ولعل القرار المذكور؛ يفسر الفصل 54 بأنه يتضمن عيبا من عيوب الإرادة، وهو عيب المرض والحالات المشابهة له؛ غير أنه يعتبره شخصا وخصوصا بالمتعاقد دون خلفه؛ أي أنه جعل من الدفع بالمرض دفعا شخصيا لا يقبل إلا ممن كان يعانها فعليا<sup>582</sup>.

وقد سبق للمجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا، أن تبني نفس الاتجاه؛ فهناك قرار صادر عن الغرفة المدنية- القسم الثاني عدد 3224 بتاريخ 2010/8/10 أكد فيه: "أن حالة المرض كسبب لإبطال التصرف؛ هي حالة شخصية تعيب إرادة الشخص الطرف في التعاقد، فلا يمكن الاستدلال عليها إلا ممن كان يعانها فعليا، وأن الخلف العام، وإن كانت تنتقل إليهم حقوق والتزامات مورثهم، فإن هذه الخصوصية تمنعهم من التمسك والمطالبة بإبطال الورقة (العقد) مادام أنه يستحيل عليهم أن يثبتوا مدى تأثير تلك الحالة المرضية في إنجاز التصرف بحيث أنه لولا تلك الحالة المرضية ما كان التصرف يتم إنجازها"<sup>583</sup>.

ويقينا؛ أن الشرط الثاني/ أو القيد الثاني، الذي أوجبه قرارات محكمة النقض وكرسته، فيه نوع من المخالفة الصريحة لمقتضى الفصل 313 الذي ينص على أنه: "تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لمورثهم من مدتها. مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقطاع التقادم أو بوقفه".

### الفقرة الثالثة: نطاق سلطة القاضي في تحديد مصير العقد

يقينا أن العلة من إقرار الإبطال استنادا إلى الفصل 54 من ظ.ل.ع، وكذا في غيرها من عيوب الإرادة؛ هي أن المتعاقد لا يتمتع بالحرية والاختيار نظرا لعدم تمتعه بكامل إرادته

<sup>581</sup> قرار عدد 310 بتاريخ 2012/1/17 في الملف المدني عدد 2010/2/1/1423، منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 2، ص: 49.

<sup>582</sup> الأستاذ أحمد أدرويش، مرجع سابق، ص: 90.

<sup>583</sup> المجلس الأعلى – الغرفة المدنية، القسم الثاني، قرار عدد 3224 بتاريخ 2010/08/10، ملف مدني 2009/2/1/701. أشار إليه الأستاذ أحمد أدرويش، مرجع سابق، ص: 91.

بسبب عيب من العيوب المنصوص عليها؛ وتعبير الغرفة العقارية بمحكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها رقم 12 بتاريخ 2004: "فإن مجرد المرض لا يبرر في حد ذاته عملا بمقتضيات الفصل 54 المذكور، وإنما يتعين أن يكون له تأثير على إدراك وتمييز المريض إلى حد يجعله عاجزا عن تقدير أهمية التصرف موضوع الإبطال".

وهو نفس ما عبرت عنه في قرار آخر لها عدد 3273 بتاريخ 2004 جاء فيه: "لا يشترط لإبطال البيع بسبب حالة المرض المنصوص عليها في الفصل 54 من ق.ل.ع أن يكون الشخص فاقد الوعي، بل يكفي أن تكون إرادته معيبة بسبب المرض، وأن المحكمة بناء على السلطة التقديرية المخولة لها بالفصل المذكور ثبت لها من فرق السن بين الزوجين، ومن شهادة الشهود أن الهالك كان مصابا بشلل نصفي منذ مدة طويلة أصبح معه عاجزا عن النطق وعن مزاولة نشاطه التجاري، ومن السهل التأثير على إرادة البائع فتصبح معيبة، وما يعزز ذلك وقوع الوفاة بعد أقل من سبعة أشهر عن تاريخ البيع وعدم إدلاء المستأنف عليها بأي وثيقة تثبت وضعها لثمن البيع وارتباكها أثناء البحث حول مدة بقاءها بسطات لما صرحت بأنها أربعة أشهر ثم تراجعت لتقول أنها أربعة أيام فقط".

ولا يخفى؛ أنه يمكن اتخاذ الفصل 54 أساسا لطلب إبطال بيع المريض مرض الموت، ولكن ليس على أساس أن التصرف صدر منه خلال مرضه الذي يموت منه، وإنما على أساس أن المرض قد أثر على إدراكه وتمييزه وجعله لا يقدر أهمية التصرف الذي أبرمه<sup>584</sup>، أي أن الإبطال يكون كجزاء قانوني للتصرفات المبرمة تحت تأثير حالة المرض أو حالة مشابهة له التي تؤثر لا محالة في الرضى أو تعيبه<sup>585</sup>.

ولعل القضاء في إطار السلطة المخولة له لا يعتد بالمرض إلا إذا أثر على المدارك العقلية للمريض<sup>586</sup>؛ جاء في قرار لمجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا عدد 1385 بتاريخ 1983: "..لكن حيث إنه ليس هناك أي تلازم بين المرض الجسدي الذي تقيده الشهادة

<sup>584</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 92-93.

<sup>585</sup> الأستاذة مليكة أويكر، مرجع سابق، ص: 34.

<sup>586</sup> الأستاذ أحمد أدريوش، مرجع سابق، ص: 94-95.

الطبية المحتج بها وبين توافر المدارك العقلية الواجب توفرها في كل متعاقد، لذلك فإن المحكمة عندما اعتبرت أن البائع كان بأتمية عند توقيعه على البيع تكون قد رفضت ضمنيا الدفع المستدل به في الوسيلة، مما كانت معه هذه الأخيرة غير مركزة على أساس".

في ختام هذه الدراسة؛ التي حاولنا قدر الإمكان فيها استجلاء المقصود من الفصل 54 من ظهير الالتزامات والعقود، سواء فيما يتعلق بالمرض، أو الحالة المشابهة للمرض، مستنيرين بأراء الفقه الإسلامي وأحكام القضاء المغربي. ومنطلقين من فكرة مؤداها؛ أن مقتضيات الفصل 54 تندرج ضمن عيوب الرضى، وأنها مقررة لصالح المتعاقد متى كانت إرادته معيبة بمرض أو ما شابهه والراجع أمر تقديرها لمحكمة الموضوع.

على أنه يجب لفت الانتباه؛ إلا أن هناك قلة في العمل القضائي المنشور الذي تناول الفصل 54، إلا أننا حاولنا الغوص في الأحكام والقرارات القضائية المنشورة لتضيء لنا طريق هذه الدراسة أمام مختلف الإشكاليات التي يطرحها الفصل 54 من ق.ل.ع.

ولعلنا رصدنا خلال بحثنا الموضوع بعضا من النتائج، وهي:

- أن الفصل 54 من ق.ل.ع يعالج أحد عيوب الإرادة؛
- استبعاد العمل القضائي لحالات انعدام ونقصان الأهلية ضمن أسباب الإبطال المثارة في الفصل 54 من ق.ل.ع لتنظيم أحكامها كفاية في مدونة الاسرة؛
- استقرار العمل القضائي على اعتبار الفصل 54 من ق.ل.ع أساسا لنظرية الغبن الاستغلالي، وجعله قييدا لمحاكم الموضوع عند تقريرها الإبطال بناء على حالة المرض أو حالة مشابهة للمرض؛
- جعل القضاء التمسك بدعوى الإبطال على أساس الفصل 54 من حق المتعاقد فقط الذي يتضرع بالفصل المذكور، دون أن ينتقل الحق للورثة؛

➤ عدم استقرار العمل القضائي على موقف ثابت عند تعارض أدلة إثبات حالة المرض، خصوصا عند التعارض بين شهادة العدول بالأتمية وشهادة الأطباء بالحالة المرضية؛

وفي الأخير؛ نتقدم ببعض من الاقتراحات حول حالة المرض والحالات المشابهة المنصوص عليها في 54 من ظ.ل.ع، وهي:

- يجب أن يتدخل المشرع لإجلاء الغموض الذي يكتنف الفصل 54، وتحديد أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات المشابهة للمرض، وربطها بالغبن الاستغلالي إن كان يريد إطلاق هذا الوصف عليها، بدل أن يحمل القضاء الفصل 54 من ق.ل.ع فوق طاقته؛

- يلزم أن تسمو تقارير الطبيب المختص على عبارة الأتمية، مع التنصيص في التشريع المغربي على الشهادة الطبية كوسيلة إثبات حالة المرض وتحديد شروطها وضوابطها.

## لائحة المراجع:

### أولاً: الكتب

- شرح وزارة العدل: في "شرح قانون الالتزامات والعقود"، الكتاب الأول، الجزء الأول، المطابع الفرنسية المغربية، الرباط، بدون تاريخ.
- الأستاذ أحمد أدريوش، "المرض كسبب لإبطال التصرف القانوني؛ بحث في أصل وأصالة الفصل الرابع والخمسون من قانون الالتزامات والعقود"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، طبعة جديدة 2016.
- الأستاذة سميرة أكيمي أضريف، "الأهلية القانونية"، دار القروين للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2005.
- الأستاذ زيد قدرى الترجمان: "المصادر الإرادية للالتزام وفق ق ل ع"، مطبعة الداودي دمشق، طبعة 2007.
- الأستاذ شكري أحمد السباعي، "نظرية بطلان العقود وإبطالها في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن"، منشورات عكاظ، الرباط، 2011.

### ثانياً: البحوث

- الأستاذة مليكة أويكر، "قراءة في الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود على ضوء العمل القضائي"، بحث نهاية التدريب، (الفوج 36)، السنة القضائية 2009-2011.
- الأستاذ كتي توفيق، "تصرفات المريض مرض الموت"، بحث نهاية التدريب، (الفوج 36)، السنة القضائية 2009-2011.

### ثالثاً: المقالات:

- الأستاذ عبد الرحيم بن سلامة: "عيوب الرضى في القانون المغربي"، مجلة الملحق القضائي، العدد 31، يونيو 1996.

- الأستاذ محمد شيلح: "في مشاكل الفصل 54 من ق.ل.ع من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبني عليها من خلال التعليق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 يونيو 1988"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد السابع، السنة 1991 .
- الباحث عبد الحق الإدريسي، "هل ينزل الأعمى منزلة الأمي؟ التعليق على القرار عدد 1908 في الملف عدد 1806/1/04 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2006/6/7"، تم الإطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني <https://maraje3.com>
- الباحث محمد الزياتي، "إبطال العقد للمرض طبقا للفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود – فيروس كورونا المستجد نموذجا"، مجلة منازعات الأعمال، العدد 54 يوليو 2020 .

الأستاذ عدنان المرابط

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية فاس

## قاضي التنفيذ في ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية: من التكليف الى المأسسة

Le juge de l'exécution à la lumière du projet de loi de procédure civile

مقدمة:

جاء في رسالة القضاء لعمر ابن الخطاب الموجهة لأبي موسى الأشعري: "... فافهم إذا أدلي اليك وأنفذ إذا تبين لك، فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له..."<sup>587</sup>

وعرضت على رئيس الوزراء البريطاني سابقا "ونستون تشرشل" اثناء الحرب العالمية الثانية قضية تتعلق بحكم قضى بمنع تحليق الطائرات الحربية اثناء عقد الجلسات لأنها تحدث ازعاجا , فكان جوابه ان الاحكام واجب نفاذها و انه اوهن بالنسبة له ان يكتب التاريخ ان بريطانيا هزمت في الحرب على ان يكتب أنها امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي.<sup>588</sup> إن ما اشير إليه أعلاه، رغم اختلاف العصر والمرجع والأشخاص، يفهم منه شيء واحد وهو قاسم مشترك بين الصورتين ألا وهو أهمية تنفيذ الأحكام القضائية.

إن تنفيذ الأحكام القضائية يعتبر حلقة الاتصال بين القاعدة والواقع والوسيلة الأساسية التي بموجبها يمكن تغيير الواقع وجعله يتماشى وما تتطلب القاعدة<sup>589</sup>، على اعتبار أن القواعد التي تتضمنها الأحكام القضائية ما هي إلا انعكاس للحقيقة ولهذا اعتبرت الأحكام القضائية: عنوان الحقيقة.

<sup>587</sup> البهجة في شرح التحفة لابن عاصم الاندلسي الغرناطي ص 15.

<sup>588</sup> حميد امال: إشكالية تنفيذ الاحكام الصادرة في مواجهة الإدارة، رسالة ماستر – السويسي الرباط- 2009/2008 ص: 3.

<sup>589</sup> أمال الزفيري : التنفيذ في المواد المدنية و التجارية – منشأة المعاريف بالإسكندرية بدون ذكر المطبعة -1990 ص: 13.

ولئن كان تنفيذ الأحكام القضائية يكتسي كل تلك الأهمية، فإن التشريع الاجرائي المدني المغربي - على غرار أغلب التشريعات المقارنة- أوكل مهام الاشراف والمراقبة والتتبع لعملية التنفيذ لجهاز القضاء. وبالرجوع الى مقتضيات القانونية الجاري بها العمل حين كتابة هذه الأسطر والمؤطرة لهذه المهام سوف لن نجد الا فصلين اثنين متفرقين , أولهما الفصل 429 من قانون المسطرة المدنية<sup>590</sup> الذي ينص على أنه : " يكلف قاض بمتابعة إجراءات التنفيذ يعين من طرف رئيس المحكمة الابتدائية باقتراح من الجمعية العمومية. وثانيهما الفصل 2 من القانون المحدث للمحاكم التجارية الذي ينص على أنه: " يعين رئيس المحكمة التجارية باقتراح من الجمعية العمومية قاضيا مكلفا بمتابعة إجراءات التنفيذ.

وإذا كان قاضي التنفيذ في التشريع الوطني لا يعتبر إلا مكلفا بمتابعة إجراءات التنفيذ, فإنه يعتبر مؤسسة مستقلة قائمة الذات<sup>591</sup> في التشريعات المقارنة كالنظام الاجرائي المدني الفرنسي الذي اعتبر قاضي التنفيذ juge d'exécution مؤسسة قائمة الذات بموجب القانون رقم 72.626 بتاريخ 5 يوليوز 1972 ولم يتم تفعيلها حقيقة الا سنة 1991 بموجب قانون رقم 91.650 بتاريخ 9 يوليوز 1991<sup>592</sup>.

لقد انتبه المشرع المغربي للنقص او شبه الفراغ التشريعي الذي يطال هذه المؤسسة المهمة و حاول في مشروع قانون المسطرة المدنية الانتقال به من مجرد تكليف بمهام الى مؤسسة قائمة بذاتها وتناولها بالتنظيم في الباب الثالث المتعلق بالقواعد العامة بشأن التنفيذ الجبري للأحكام و خصص لها فرعين اثنين : أولهما اختصاصات قاضي التنفيذ وثانيهما للمسطرة أمام قاضي التنفيذ, و تناول الاثنان في 18 فصل بدءا من المادة 2-451 ووصولاً الى المادة 19-451.<sup>593</sup>

<sup>590</sup> سوف يرمز له ب ق.م.م.

<sup>591</sup> و لهذا اشرنا في العنوان على : من التكليف الى المؤسسة , لنوضح ان الطبيعة القانونية لقاضي التنفيذ تطورت من مجرد تكليف بمهام الى مؤسسة قانونية قائمة الذات.

<sup>592</sup> أحمد قبيلش – تفعيل مؤسسة قاضي التنفيذ في التشريع المغربي ص 57.

<sup>593</sup> الملاحظ ان المشرع في مشروع المسطرة المدنية غير مصطلح الفصل بالمادة.

وعليه، فإننا سنتناول الموضوع من زاويتين، من جهة: تعيين قاضي التنفيذ واختصاصاته (المبحث الأول) ومن جهة أخرى: المسطرة أمام قاضي التنفيذ (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: تعيين قاضي التنفيذ واختصاصاته

لكي يقوم بممارسة مهامه - في إطار التكليف- أو اختصاصاته (المطلب الثاني) - في إطار المؤسسة- لا بد بادئ ذي بدء أن يتم تعيينه (المطلب الأول) وفق مسطرة وإجراءات محددة.

### المطلب الأول: تعيين قاضي التنفيذ

إن قاضي التنفيذ هو قاض يتم تعيينه من بين قضاة المحكمة المصنفة كأول درجة والمختصة مكانيا لمباشرة إجراءات التنفيذ بحيث تجري عملية التنفيذ تحت مراقبته وإشرافه وبمساعدة واحد أو أكثر من مأموري التنفيذ.

إذا كانت النصوص الجاري بها العمل (ق.م.م 1974) اعتبرته مكلفا بمهام التنفيذ فإن مشروع قانون المسطرة المدنية انتقل به الى مؤسسة قائمة الذات.

### - تعيين قاضي التنفيذ في القانون الجاري به العمل

ينص الفصل 429 من ق.م.م على أنه: " يكلف قاض بمتابعة إجراءات التنفيذ يعين من طرف رئيس المحكمة الابتدائية باقتراح من الجمعية العمومية "

وتنص المادة 2 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه: " يعين رئيس المحكمة التجارية باقتراح من الجمعية العمومية قاضيا مكلفا بمتابعة إجراءات التنفيذ "

بالرجوع الى المقتضيات السالفة الذكر يمكن القول بأن تعيين قاضي التنفيذ يجري بمناسبة عقد الجمعية العمومية للمحكمة والتي تكون في شهر ديسمبر من كل سنة، حيث يتم اقتراح قاض من بين القضاة العاملين بالمحكمة للقيام بمهام قاضي مكلف بالتنفيذ

غير أن سلطة اتخاذ قرار التعيين ترجع بالأساس لرئيس المحكمة الابتدائية او لرئيس المحكمة التجارية كل حسب اختصاصه وفي موضعه.

والملاحظ أن المشرع لم يحدد المدة التي بموجبها يمتلك قاضي التنفيذ صلاحية البدء في ممارسة مهامه وبمرورها تنتهي تلك الصلاحية كما هو الشأن بالنسبة لقاضي التحقيق وقاضي الاحداث في المادة الجنائية.

- تعيين قاضي التنفيذ في مشروع قانون المسطرة المدنية

تنص المادة 2-451 من مشروع قانون المسطرة المدنية على أنه: " يعين قاضي التنفيذ من بني قضاة محكمة أول درجة للقيام بمهام قاضي التنفيذ وفق لقانون التنظيم القضائي.

ويساعده عدد كاف من الموظفين والمكلفين بالتنفيذ".

الملاحظ من خلال استقراء هذا النص أن المشرع استعمل عبارات عامة ومجردة اذ كان من الأولى الاستفاضة أكثر في مسألة تعيين قاضي التنفيذ وذلك سدا للشوائب والنواقص التي تعترى النص الحالي حيث لم يحدد هذا النص لا الجهة التي ستشرف على التعيين ولا المناسبة التي سيعين بها والمدة التي سيقوم بممارسة اختصاصاته فيها، وبالتالي كان من الأجدر الاحتفاظ بمقتضيات الفصل 429 من ق.م.م الحالي مع إضافة بعض النقاط المهمة كالمدة في مشروع ق.م.م.

المطلب الثاني: اختصاصات قاضي التنفيذ

يعرف الاختصاص على أنه صلاحية المؤسسة للقيام بالمهام المنوطة بها قانونا، وبالتالي فان اختصاص قاضي التنفيذ يمكن أن يعرف على أساس أنه ولاية وصلاحية قاضي التنفيذ للقيام بالمهام الموكلة اليه بموجب القانون للإشراف على التنفيذ وحسن سيره. ينقسم اختصاص قاضي التنفيذ الى قسمين: مكاني ونوعي.

- بالنسبة للاختصاص المكاني:

ينص الفصل 429 من قانون المسطرة المدنية على أنه: " تنفيذ الاحكام الصادرة من محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه.

يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم أو إذا اقتضى الحال وفقا لمقتضيات الفصل 439 من هذا القانون."

ان هذا الفصل خلف جدالا واسعا بين الفقهاء المتخصصين على مستوى تفسيره ونطاق تطبيقه خاصة عندما يتعلق الأمر بالصعوبات التي تثار أثناء التنفيذ وبالتحديد عندما تكون المحكمة المصدرة للحكم الواجب التنفيذ ليست هي محكمة التنفيذ.

والملاحظ أن المشرع الاجرائي في مشروع قانون المسطرة المدنية قد حسم الجدل في هاته النقطة عندما نص في المادة 4-451 على انه: " يكون الاختصاص المكاني لقاضي التنفيذ بالمحكمة المصدرة للحكم، أو اليت يوجد بها المنفذ ضده، أو التي توجد بها أمواله". ان قراءة هاته المادة يدفع للقول بأن المشرع اعتمد نظرية الاختصاص الثلاثي<sup>594</sup>; أي أن الاختصاص المكاني لقاضي التنفيذ يكون اما بالمحكمة المصدرة للحكم، أو التي يوجد بها المنفذ ضده، أو اليت توجد بها أمواله.

- بالنسبة للاختصاص النوعي:

تنص المادة 3-451 من مشروع قانون المسطرة المدنية على أنه: " يختص قاضي التنفيذ، دون غيره، بإصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ، كما يتولى الإشراف ومراقبة اجراءات التنفيذ.

<sup>594</sup> قياسا على نظرية الاختصاص الثلاثي في المسطرة الجنائية.

يختص كذلك بالبت في صعوبات التنفيذ الوقتية، وفي منح الأجل الإسترحامي الذي لا يعطى الا لظروف خاصة علو أن لا يتعدى شهرين."

الملاحظ من هذا المقتضى أن قاضي التنفيذ يحمل قبعتين اثنتين: قبعة قاضي الموضوع وقبعة قاضي وقتي , حيث يرتدي قبعة قاضي الموضوع عند البت في صعوبات التنفيذ الوقتية، وفي منح الأجل الإسترحامي في حين انه يرتدي قبعة قاضي وقتي عند إصدار الأوامر المتعلقة بالتنفيذ والإشراف ومراقبة اجراءات التنفيذ .

المبحث الثاني: المسطرة أمام قاضي التنفيذ

تناول المشرع المسطرة المتبعة أمام قاضي التنفيذ في مشروع قانون المسطرة المدنية بدءاً من المادة 8-451 ووصولاً الى المادة 19-451.

وباستقراء كل هذه المواد ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى قسمين اثنتين: قسم أول يتعلق بالمسطرة قبل تقديم طلب التنفيذ (المطلب الأول) ثم قسم ثاني يتعلق بالمسطرة المتبعة بعد تقديم طلب التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسطرة المتبعة قبل تسجيل طلب التنفيذ

تنص المادة 8-451 من مشروع ق.م.م على أنه: " يقدم طلب التنفيذ إلى قاضي التنفيذ المختص مكانياً، متضمناً اسم كل من طالب التنفيذ والمنفذ عليه ولقيهما وموطنهما مع تعيين موطن مختار داخل دائرة اختصاص قاضي التنفيذ .

يرفق الطلب بالسند التنفيذي مع نسخ من الطلب وبصور من السند بقدر عدد المنفذ عليهم".

كما تنص المادة 9-851 من مشروع ق.م.م على أنه: " يشتمل الطلب على تعيين محل للمخابرة بدائرة اختصاص قاضي التنفيذ وإلا بلغت الإجراءات لكتابة ضبطه التي تعلقها في لوحة الإعلانات.

يعين المنفذ عليه الذي لا موطن له بدائرة التنفيذ موطنًا مختارًا له بها، وإلا طبقت عليه الأحكام السابقة.

إذا كان طالب التنفيذ أو المنفذ عليه ممثلًا بمحام، اعتبر مكتبه موطنًا مختارًا له تبلغ فيه الإجراءات إليه.

تطبق القواعد السابقة سواء طلب التنفيذ الدائن أم طلبه المدين اختيارًا.

الملاحظ من خلال هذين المقتضيين أن المسطرة أمام قاضي التنفيذ ليست – من حيث المبدأ - مسطرة تلقائيا وإنما مبنية على طلب وهذا ما يستشف من خلال قراءة العبارة الأولى من المادة 4-451 أعلاه التي جاء فيها (يقدم طلب التنفيذ).

وبالتالي فإن طلب التنفيذ يجب أن يشتمل على شروط موضوعية (أ) وأخرى شكلية (ب).

أ- الشروط الموضوعية:

والملاحظ كذلك أن طلب التنفيذ يجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط الموضوعية الأساسية نذكر منها:

- أجل التنفيذ:

جاء في الفصل 429 من ق.م.م: " على أن الأحكام يجب أن تنفذ خلال ثلاثين سنة من اليوم الذي صدرت فيه وتسقط بانصرام هذا الأجل..."

إذن أول ما يتعين على قاضي التنفيذ مراقبته في إطار عملية المراقبة والإشراف وبعد التأكد من صفة وأهلية ومصلحة طالب هو أجل التنفيذ ويتم ذلك بالنظر بين تاريخ صدور الحكم وتاريخ تقديم الطلب على أن يتعدا ما بينهما ثلاثين سنة.

وبالتالي يجد قاضي التنفيذ نفسه عند مراقبته الأجل أمام فرضيتين اثنتين:

أولهما أن يكون الأجل محترم وهنا يتعين عليه الاستجابة للطلب

وثانيهما ان يكون الأجل غير محترم وهنا يتعين عليه عدم قبوله<sup>595</sup>.

- مكان التنفيذ:

وهو شرط ثاني يستشف من خلال قراءة العبارة التالية من المادة 8-541 (إلى قاضي التنفيذ المختص مكانيا).

وفي هذا الإطار جاء في الفصل 429 على أن الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة تنفذ في مجموع التراب الوطني. أي أن الأحكام القضائية التي تتمتع بقوة الشيء المقضي به تقبل التنفيذ في أي مكان تشمله السيادة المغربية.

ب- الشروط الشكلية

- البيانات الإلزامية:

ان طلب التنفيذ في حد ذاته يجب أن يتوفر على مجموعة من البيانات والشروط الشكلية من قبيل: اسم كل من طالب التنفيذ والمنفذ عليه ولقبهما وموطنهما مع تعيين موطن مختار داخل دائرة اختصاص قاضي التنفيذ على أن يرفق الطلب بالسند التنفيذي مع نسخ من الطلب وبصور من السند بقدر عدد المنفذ عليهم.

- تسجيل الطلب في قسم التنفيذ:

تنص المادة 10-451 على أنه: "يمسك في قسم التنفيذ سجل خاص ورقي أو رقمي تقيد فيه طلبات التنفيذ.

يفتح ملف لكل طلب تودع فيه جميع الوثائق والإجراءات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ. يأمر قاضي التنفيذ فوراً وبعد التأكد من اختصاصه ومن قابلية السند للتنفيذ، بتبليغ صورة من السند مع إعداز المنفذ عليه بتنفيذ ما يقضي به اختيارياً.

<sup>595</sup> محمد المحاسني – مؤسسة قاضي التنفيذ – بحث نهاية التخرج بالمعهد العالي للقضاء 2018-2020 ص 28.

إن تسجيل طلب التنفيذ لدى المحكمة الابتدائية يتم في قسم التنفيذ ويمسك في سجل خاص ورقي أو رقمي بحيث تقيّد فيه جميع طلبات التنفيذ المقدمة من طرف المحكوم لهم.

وبعد أن تتم عملية التسجيل والتحقق من إمكانية التنفيذ وأحقية طالب التنفيذ في ذلك يفتح ملف لكل طلب برقم خاص يضمن بالسجل المعد لذلك حيث تودع فيه جميع الوثائق والإجراءات والأوامر المتعلقة به<sup>596</sup>.

وبعد استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب أن تتوفر في طلب التنفيذ يقوم قاضي التنفيذ من مراقبة إمكانية وصلاحيّة السند التنفيذي للتنفيذ.

المطلب الثاني: المسطرة المتبعة بعد تسجيل طلب التنفيذ

لا شك أن بعد تسجيل طلب التنفيذ تترتب عن ذلك مجموعة من الآثار القانونية ذات الصبغة المسطرية والإجرائية.

وفي هذا المقام سوف نتناول من جهة تبليغ واعذار المحكوم عليه كإجراء أولي يقوم به مأمور التبليغ بأمر من قاضي التنفيذ ثم التأكد من محل التبليغ وبعد ذلك تسوية التي يقوم بها قاضي التنفيذ بين الأطراف من جهة أخرى.

- التبليغ والاعذار:

تنص المادة 11-451 من مشروع ق.م.م على أنه: " يبلغ المكلف بالتنفيذ داخل أجل عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب، نسخة من طلب التنفيذ وصورة من السند المراد تنفيذه إلى المنفذ عليه شخصيا أو في موطنه أو حمل إقامته مع إعداره بالتنفيذ اختياريا حالا وبتعريفه بنواياه .

<sup>596</sup> محمد المحاسني – المرجع السابق ص 30

إذا طلب المنفذ عليه أجال أخرج المكلف بالتنفيذ قاضي التنفيذ الذي له وحده أن يتخذ ما يراه مناسباً عملاً بالمادة 451-13 بعده.

إذا رفض المنفذ عليه التنفيذ أو صرح بعجزه عن ذلك بأمر المكلف بالتنفيذ الاجراءات المقررة في الباب المتعلق بطرق التنفيذ".

ان عملية التبليغ في مقام التنفيذ تعتبر اجبارية وضرورية لدرجة اعتبارها ضرورة ملحة وهذا ليس اعتباطاً إذ أن الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض اعتبرت في احد قراراتها عدد 1017 الصادر بتاريخ 2004/09/22 في الملف عدد 1913/2003 أن تبليغ الحكم قبل تنفيذ مسطرة التنفيذ هو اجراء جوهري و ضروري ولو كان مشمولاً بالنفذ المعجل<sup>597</sup>

#### - تسوية قاضي التنفيذ:

ان ابرز ما جاء به مشروع ق.م.م هو التسوية التي يقوم بها قاضي التنفيذ بين الأطراف والتي من أبرز تجلياتها منح المهلة الاسترحامية. وقد يختلف معي البعض في كون أن التسوية التي يقوم بها قاضي التنفيذ تختلف عن الاجل الاسترحامي على اعتبار أن التسوية تعطي لقاضي التنفيذ صلاحية تمكين المنفذ عليه من اختبار طريقة أخرى للوفاء وهو أمر صحيح و منطقي ولكن تبقى هذه المكنة أيضاً من تجليات التسوية وليس كلها إذ أنه في نظرنا تبقى هذه المكنة و المهلة الاسترحامية على نفس المسافة باعتبارهما من تجليات التسوية.

وفي هذا السياق تنص المادة 541-13 على أنه: " إذا لم يوف المنفذ عليه خلال الأجل المحدد، ولكنه عرض أسلوباً للوفاء يتوافق مع ظروفه المالية، عرض قاضي التنفيذ الأمر على طالب التنفيذ، فاذا وافق هذا الأخير اعتمد القاضي هذه التسوية، وإلا اتخذ ما يراه مناسباً مع مراعاة حق طالب التنفيذ ووضعية المنفذ عليه حاضراً ومستقبلاً.

<sup>597</sup> قرار عدد 1017 بتاريخ 2004/09/22 ملف عدد 2003/1913 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 6 ص 137.

كما تنص المادة 14-541 على أنه: " إذا رفض المنفذ عليه الوفاء أو أخل بالتسوية المقررة، يتعني علو المكلّف بالتنفيذ تحرير محضر بالحجز التنفيذي أو بيان الأسباب التي حالت دون إنجازه وذلك داخل أجل عشرين يوماً يبتدئ من تاريخ رفض التنفيذ أو الإخلال بالتسوية".

والملاحظ من خلال هذا المقتضى أن لجوء قاضي التنفيذ للتسوية رهين بتوفر مجموعة من الشروط نذكر منها:

- عدم الوفاء من طرف المنفذ عليه.
- أن يتم عرض طريقة أخرى للوفاء.
- أن يعبر المنفذ عليه عن رضاه للوفاء بالطريقة الأخرى.

### لائحة المراجع:

- حميد امال: إشكالية تنفيذ الاحكام الصادرة في مواجهة الإدارة، رسالة ماستر –  
السويسي الرباط-2009/2008.
- أمال الزفيري: التنفيذ في المواد المدنية والتجارية – منشأة المعارف بالإسكندرية بدون  
ذكر المطبعة -1990.
- قرار عدد 1017 بتاريخ 2004/09/22 ملف عدد 2003/1913 منشور بمجلة قضاء  
المجلس الأعلى عدد 6.

الأستاذ عبد الغفور الخرازي

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم

القانونية والاقتصادية بطنجة

# دور التشريع والاجتهاد القضائي في تكريس الأمن العقاري بالمغرب

Le rôle de la législation et de la jurisprudence dans l'établissement de la

sécurité immobilière au Maro

مقدمة:

منذ ليالي التاريخ الأولى، ارتبط الإنسان فردا وجماعة بالأرض وجودا وإعمارا، حياة وفناء وبعثا، فسعى إليها حائزا أو مالكا أو غاصبا، مبتدعا في كل ذلك قواعد تنظم له استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، وبتطور الحياة وتضارب المصالح ازدادت أهمية العقار سواء كان أرضا عارية أو بناء متكاملا أو في طور البناء، وأصبح إلى جانب العنصر البشري محور أي مشروع تنموي، مما استلزم تدخل التشريعات بفلسفاتها المختلفة لتنظيم مجال التعامل فيه حتى يحقق الأهداف المرسومة له.<sup>(598)</sup>

ويلعب العقار دورا حيويا في تحقيق التنمية المستدامة في شتى تجلياتها، باعتباره الأرضية الأساسية التي تنبني عليها السياسات العمومية للدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وذلك من خلال توفير الوعاء العقاري اللازم لإنجاز البنيات التحتية الأساسية والمرافق العمومية، وتوفير السكن المتنوع الذي يستجيب لحاجيات مختلف الفئات الاجتماعية، فضلا عن دعم الاستثمار المنتج<sup>(599)</sup>. ويعد العقار

<sup>598</sup> محمد الخضراوي، إشكاليات توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية، قراءة في قانون 44.00، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 142، أكتوبر 2010، ص 47.

<sup>599</sup> تقرير تركيبي حول واقع قطاع العقار بالمغرب، قدم بمناسبة انعقاد المناظرة الوطنية في موضوع "السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، وذلك يومي 8 و9 دجنبر 2015، بالصخيرات، ص 3.

كذلك أداة لتحقيق الاستقرار والسلم الاجتماعيين، فإيلاء النظام العقاري العناية اللازمة، لا شك أنه سيكون محركا هاما وفعالا للتنمية.

ومنذ أن من الله على المغرب بنعمة الإسلام، والعقاري في المغرب يخضع دائما للفقهاء الإسلامي –الفقه المالكي بالخصوص - الذي كان يطبق على جميع القضايا ويسود الحياة الاجتماعية والاقتصادية والإدارية، ولم تكن هناك ضمانات أكثر فعالية سوى الثقة بين المتعاملين، خصوصا وأن المعاملات العقارية في تلك الحقبة كانت تتسم بطابع الجمود لعوامل شتى من أهمها كثرة العقارات وقلة نسبة السكان. لكن بمجرد فرض الحماية الفرنسية على المغرب في 30 مارس 1912، بادر المستعمر إلى إصدار مجموعة من القوانين نظم من خلالها جل الميادين العقارية والمدنية...، وتم تغير الوضع وحلت القوانين الوضعية محل قواعد الفقه الإسلامي.

وكان من بين الأولويات التي عملت السلطات الفرنسية جاهدة من أجل تحقيقها هو خلق نظام عقاري يسهل نشاط الحركة العقارية، ويخدم في نفس الوقت مصالحها بتوفير قواعد أكثر تطورا وأكثر دقة.

وبهذا أصبح التشريع العقاري المغربي يعرف تعددا في هياكله وازدواجية في النظام المؤطر له وذلك بوجود عقارات محفظة وأخرى غير محفظة، هذه الأخيرة تطبق عليها بعض قواعد القانون المدني، وفي حالة التي لا تسعف هذه مقتضيات قواعد هذا القانون في

ضبط هذه النوعية من العقارات، فيرجع في ذلك إلى الراجح<sup>(600)</sup> والمشهور<sup>(601)</sup> وما جرى به العمل من الفقه المالكي<sup>(602)</sup>، أضف إلى ذلك تنوع الملكية العقارية بالمغرب<sup>(603)</sup>.

وهذا التنوع أدى إلى تعدد القوانين المطبقة على كل نظام على حدة وتداخل النصوص القانونية في بعض الأحيان لتخلق وضعية جد معقدة، ولهذا، ورغبة من المشرع المغربي في الحفاظ على الوعاء العقاري وتثمينه، عمل على سن مجموعة من القوانين التي تنظم المجال العقاري، وعيا منه بأن مجابهة الاختلالات والإكراهات التي تعيق اضطلاع العقار بدوره في تحقيق التنمية، يمر عبر إصلاح القوانين النازمة للعقار وتحسينها، وذلك ضبطا للملكية العقارية وتأمينا للوعاء العقاري وتصفية لوضعيته المادية والقانونية، وكذا ترشيدها لاستعماله وتعبئته.

وعطفا على ما ذكر، فإن نظام التحفيظ العقاري يعد من الأنظمة الأكثر تطورا، والوسيلة الحضارية الفعالة لحماية الملكية العقارية وتقوية مناعتها، بهدف إدماجها في صلب التنمية، عبر تيسير عملية تداول العقار وتشجيع الاستثمار، وتمكين الدولة من المعطيات الكفيلة بإنجاز المخططات التنموية عن طريق توفير وعاء عقاري سليم، يستجيب للحاجيات المتزايدة في مجال السكن، وتأمين ضمانات التملك، بما يحد من النزاعات ويحمي

<sup>600</sup> (الراجح : هو ما قوي دليله وكثر العمل به.

<sup>601</sup> (المشهور : هو ما كثر العمل به وإن كان لا دليل له.

<sup>602</sup> ( هو ما تقرر العمل به من نصوص الفقه الموسومة بالضعيفة أو الشاذة، مما يخالف الراجح أو المشهور، وذلك إما لضرورة أو عرف جار أو نحو ذلك، فهو ضرب من الاجتهاد المنهجي، مع الإشارة إلى أن العمل ينقسم إلى عمل مطلق، وهو الذي يعم العمل به أقطار المغرب، وعمل خاص وهو ما يقتصر على قطر واحد مثل العمل الفاسي الذي كان يجري به العمل في الأندلس والمغرب.

- فاطمة الزهراء علاوي، أثر الحياة في كسب ملكية العقار في ضوء القواعد الفقهية المالكية، مقال منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة الإحياء، <https://www.arrabita.ma/blog/%D8%A3%D8%AB%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D9%83%D8%B3%D8%A8-%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%A7%D8%B1-%D9%81%D9%8A-%D8%B6%D9%88%D8%A1-%D8%A7/>

<sup>603</sup> يتنوع الوعاء العقاري بالمغرب بحيث توجد الأملاك العمومية، والأملاك الحيسية، وأراضي الكيش، وأملاك الجماعات المحلية الخاصة والعامة، وأملاك الخواص، تنضاف إليها أملاك الدولة الخاصة.

الحقوق ويضمن استقرار المعاملات العقارية وهي الشروط الكفيلة بضمان الأمن العقاري (604).

يعتبر الأمن العقاري من المفاهيم التي أصبحت تروج بكثرة في السنوات الأخيرة بين القانونيين وهو مفهوم لصيق بمفهوم العدالة العقارية والعدالة القضائية والعدالة الاجتماعية والاقتصادية، فكل عدالة تؤدي إلى الأخرى وتكملها من أجل تحقيق ما يصطلح عليه بدولة الحق والقانون.

ولقد خلف الوضع التشريعي الحالي العديد من الإشكالات، ففي الوقت الذي أبانت فيه السياسة التشريعية عن ضعفها وعدم قدرتها على تعزيز الثقة والاستقرار اللذان يمثلان جوهر الأمن العقاري، كان لزاما علينا البحث عن الآليات والسبل الكفيلة بتعزيز الأمن العقاري، هذا الأمر قادنا إلى بسط الإشكالية التالية: هل استطاع المشرع المغربي إرساء مقومات أمن عقاري في المنظومة العقارية؟

ثم أي دور للتشريع في تحقيق الأمن العقاري؟ وهل يمكن الحديث عن مساهمة الاجتهاد القضائي في تعزيز تواجد الأمن العقاري؟

للإجابة عن الإشكالات المطروحة آنفا، ارتأينا أن تكون دراستنا للأمن العقاري مرتكزة على مقارنة مزدوجة، وذلك من خلال تسليط الضوء على دور التشريع في ضمان الأمن العقاري (المطلب الأول)، دون أن ننسى ما للجانب القضائي من أهمية في بسط الأمن العقاري وتقويته (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: دور التشريع في ضمان الأمن العقاري

إن الحديث عن التشريع ودوره في ضمان الأمن العقاري يذهب بنا إلى البحث في كل النصوص القانونية المشكلة للمنظومة العقارية في المغرب، ومحاولة منا لتبيان دور

<sup>604</sup> مصطفى فارس، كلمة افتتاحية ألقاها بمناسبة الندوة الوطنية "الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص 10.

التشريع في إقرار الأمن العقاري اخترنا دراسة مؤسسة التعرض، وذلك بالنظر إلى دورها في تفعيل الأمن العقاري بالنسبة للعقار في طور التحفيظ (الفقرة الأولى) على أن نخصص الحديث عن آلية تساهم بشكل كبير في ضمان الأمن العقاري ويتعلق الأمر بتعميم التحفيظ العقاري (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: التعرض على التحفيظ آلية لتحقيق الأمن العقاري

من المُسَلَّمات أن المشرع المغربي يعتمد في تحفيظه للعقار على نظام الشهر العيني المستمد من نظام "تورانس" الاسترالي، وذلك نظرا للامتيازات التي يحققها هذا النظام من استقرار الملكية وتطهير العقار من المنازعات حتى يقوم بدوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويوفر الثقة والاطمئنان في المعاملات.

ولإخضاع عقار معين لهذا النظام لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات حيث تمر مسطرة التحفيظ العقاري بمراحل متسلسلة، ابتداء من إيداع مطلب التحفيظ لدى الجهات المختصة، مروراً بعمليات الإشهار والتحديد لتمكين أصحاب الحقوق من إبداء ملاحظاتهم والتعريف بأنفسهم عن طريق التعرض<sup>(605)</sup>، وإذا لم يظهر خلال سريان مسطرة التحفيظ أي متعرض يتخذ المحافظ إما قرار التحفيظ وإنشاء الرسم العقاري، وإما رفض التحفيظ، وقد تنتهي مسطرة التحفيظ دون أية صعوبات خلال المرحلة الإدارية، لكن في بعض الأحيان قد تتخللها تعرضات<sup>(606)</sup>. وللوقوف على مدى مساهمة التعرض في تحقيق الأمن العقاري أثرتنا حصر الحديث في نقطتين؛ الأولى تتعلق باتساع نطاق التعرض ودوره

<sup>605</sup> يعرف مامون الكزبري -رحمه الله- التعرض بأنه: " ادعاء يتقدم به أحد من الغير ضد طالب التحفيظ بمقتضاه ينازع المتعرض في أصل حق ملكية طالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو في الحدود أو يطالب بحق عيني مترتب له على هذا العقد وينكره عليه طالب التحفيظ الذي لم يشر إليه في مطلبه".

- مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، طبع شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1987، ص 48.

<sup>606</sup> ( سعيدة بن عزي، التعرض على التحفيظ بين البعد الحمائي والاستعمال التعسفي على ضوء القانون رقم 14.07، مقال منشور بمجلة الحقوق، عدد بعنوان "قراءات في القوانين العقارية الجديدة"، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2013، ص 85.

في تثبيت أسس الأمن العقاري، فيما تتعلق النقطة الثانية بحصر الجهات التي تتلقى التعرض.

أولاً : اتساع نطاق التعرض ودوره في تحقيق العدالة العقارية

يحظى التعرض بأهمية وخصوصية في مسطرة التحفيظ العقاري لأنه يعتبر الضمانة الوحيدة التي حولها المشرع للغير لحماية ملكيته، وهو الوسيلة الوحيدة التي تمكن من يهيمه مطلب التحفيظ من التدخل والحيلولة دون صدور الرسم العقاري في اسم طالب التحفيظ، ولا شك أن الظروف الحالية المتسمة بالبحث عن الاستثمارات وتشجيعها ستجد ضالتها في نظام التحفيظ العقاري الذي أقر مجموعة من القواعد القانونية التي تمكن أصحاب الحقوق من التدخل أثناء سريان مسطرة التحفيظ وذلك عن طريق فتح المجال واسعا لممارسة التعرض سواء من حيث الأشخاص (1) أو من حيث الحقوق (2).

#### 1- نطاق التعرض من حيث الأشخاص

لا شك أن التعرض يعتبر من عوارض مسطرة التحفيظ فهو أمر غير مرغوب فيه من طرف طالب التحفيظ حتى لو استند على أسباب وجيهة، لأن وجوده من شأنه أن يطيل أمد مسطرة التحفيظ ويؤخر صدور قرار التحفيظ<sup>(607)</sup>، لكن الملاحظ أنه على الرغم من العرقلة التي قد يتسبب فيها هذا التعرض إلا أن المشرع وسع بموجب المقتضيات التي جاء بها القانون رقم 14.07 مجال التعرض حيث نجده ينص في الفصل 24 على أنه : " يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ...وذلك :

<sup>607</sup> ( فاطمة السحاح، مدى نجاعة مؤسسة التعرضات من خلال القانون 14.07، مداخلة في أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع الفضاء المدني بعنوان "قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07" وذلك يوم 05 ماي 2012 بتزيت، منشورات المنبر القانوني، سلسلة ندوات وأبحاث رقم 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص

- في حالة المنازعة في وجود حق الملكية لطالب التحفيظ أو في مدى هذا الحق أو بشأن حدود العقار؛

- في حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه؛

- في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84 من هذا القانون".

إن المتأمل في هذا النص يجد على أن المشرع المغربي لم يضع أي قيد في مواجهة الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة التعرض، حيث فتح الباب لكل شخص ليتخذ صفة متعرض<sup>(608)</sup>، وذلك باستعماله لعبارة "يمكن لكل شخص أن يتدخل عن طريق التعرض في أعمال التحفيظ"، وتعتبر النقطة الثالثة المذكورة في الفصل 24 أعلاه من بين المستجدات التي جاء بها القانون رقم 14.07 والتي تعطي إمكانية ممارسة التعرض في حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقا للفصل 84<sup>(609)</sup> من نفس القانون الذي سمح بإيداع الحقوق التي تنشأ على عقار في طور التحفيظ في سجل التعرضات في انتظار اكتمال إجراءات المسطرة، وتأسيس الرسم العقاري ليقيد الحق برتبته السابقة، كما أن هذا الحق وفقا لمنطوق هذا الفصل يبقى مرتبطا بمصير طالب التحفيظ أو طلب التحفيظ بصفة عامة وجودا وعدما.

وفي ذات السياق تؤكد الأستاذة "فاطمة السحاسح"<sup>(610)</sup> أنه إذا مورس التعرض في هذه الحالة بشكل تعسفي بالنسبة للعقار في طور التحفيظ، فإن من شأن ذلك أن يهدد الاستثمار في العقار، وربما هذا هو السبب الذي جعل التعرض قاصرا على الحقوق العينية دون الشخصية.

<sup>608</sup> (ابتسام فهيم وحמיד كمال، المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى خمسون سنة من العمل القضائي، الندوة الجهوية الخامسة بسطات، يومي 26 و27 أبريل 2007، ص 160.

<sup>609</sup> (ينص الفصل 84 من على أنه: "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات. يقيد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك".

<sup>610</sup> (فاطمة السحاسح، مدى نجاعة مؤسسة التعرضات من خلال القانون 14.07، مرجع ساق، ص 60.

ولعل في هذا التوجه التشريعي من فتح إمكانية التعرض على هذا الحق المودع رغبة المشرع في توسيع دائرة التحقيق وحماية الغير الذي يدعي على العقار حقا عينيا ارتبط بهذا الحق المودع، وهنا يؤكد أحد الباحثين<sup>(611)</sup> أن المشرع المغربي لم يكن موفقا في توسيع نطاق التعرض.<sup>(612)</sup>

وانطلاقا مما سبق ذكره في الفصل 24 أعلاه فإن الأشخاص الذين يحق لهم التعرض على مطلب التحفيظ هم :

- المنازع في وجود ملكية طالب التحفيظ العقاري في حالة كون العقار في ملكية شخص آخر، حيث يحق للمالك الحقيقي أن يتعرض على إجراءات التحفيظ ؛
- الأشخاص الذين ينازعون في مدى حق ملكية طالب التحفيظ كالشريك أو الشركاء على الشياخ إذا تجاوز طالب التحفيظ حصته في العقار المشاع ؛
- المنازع في حدود العقار كما لو ترامى طالب التحفيظ على جزء من عقار جاره وضمه إلى عقاره ؛

- والمتمتع بحق عيني على العقار لم تتم الإشارة إليه في مطلب التحفيظ.

وهؤلاء ممن ذكر لهم صفة المتعرض يمارسونه شخصيا أو بواسطة من ينوب عنهم.

<sup>611</sup> خالد الفكاني، تأملات حول المستجدات التشريعية المتعلقة بالتعرض والمقررة بمقتضى القانون 14.07، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي "مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07"، الذي نظمته مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية وماستر التوثيق والعقار بتعاون مع شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق مراكش يومي 23 و 24 مارس 2012، منشورات جامعة القاضي عياض، العدد 41، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2013، ص 139.

<sup>612</sup> ( والسبب في ذلك أن القراءة المتأنية للفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري، وربطه ببعض المبادئ الأخرى التي ينبني عليها نظام التحفيظ العقاري في المغرب، وكذا ربطه بالواقع العملي، قد يؤدي إلى قراءات أخرى تفرغ هذا المستجد من محتواه. فعلى المستوى الأول أي ربط المقتضى الجديد ببعض المبادئ الأخرى التي ينبني عليها نظام التحفيظ، نجد أن مبدأ الإشهار مثلا الذي يعني النشر سواء بالجريدة الرسمية أو التعليق بمكاتب المحافظة... حتى يعلم العموم بوجود الادعاء، بخصوص العقار المراد تحفيظه، في حين أن ما يتم إيداعه وفقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، لا يتم إشهاره، بل يتم إيداعه بسجل التعرضات، مما يفتح الباب واسعا أمام السؤال عن الكيفية التي يمكن بها للعموم العلم بوجود حق تم إيداعه وفقا للفصل 83. ومن الناحية العملية غالبا ما يتم ربط طلب من تلقى حق عينيا قابلا للتقييد بالرسم العقاري المراد تأسيسه للعقار في مرحلة التحفيظ، بين سلوك مسطرة الفصل 83 أو الفصل 84 بما وصل إليه مطلب التحفيظ. مما يجعلنا نقر بكون هذا المستجد فارغ من محتواه، ويمكن تصنيفه في الحشو الزائد في هذا التعديل التشريعي.

للمزيد راجع في ذلك : - خالد الفكاني، مرجع سابق، ص 140 وما يلها.

وهكذا، فالمشعر المغربي فتح باب التعرض على مصراعيه رغبة منه في منح أكبر قدر من الضمانات لمن يمكن أن يكون مطلب التحفيظ سببا للنيل من حقوقه<sup>(613)</sup>، فسعى إلى توسيع نطاق التعرض من حيث الأشخاص متوخيا حماية الملكية العقارية وتثبيت أسس الأمن العقاري، وتشجيع كل من يدعي حقا على عقارتم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض لحماية هذا الحق وهو ما يشكل ضمانا حقيقية التي من شأنها تكريس الأمن والعدالة العقارين.

## 2- نطاق التعرض من حيث الحقوق

إن القانون رقم 14.07 المعدل والمتمم لظهير 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، منح لكل شخص يعتقد أن حقوقه العينية وقع مساس بها من جراء عملية التحفيظ العقاري أو ينازع في مدى هذا الحق أو في حدوده أن يتقدم بطلب التعرض داخل الأجل المسمى<sup>(614)</sup> وبكيفية محددة، لأن المعنى القانوني للتعرض هو ادعاء بحق عيني على العقار المراد تحفيظه الشيء الذي عليه إثباته بالحجج القانونية.<sup>(615)</sup>

ولقد أجاز المشعر التعرض على مطلب التحفيظ لأصحاب الحقوق العينية على العقارات دون أصحاب الحقوق الشخصية<sup>(616)</sup>، وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي المغربي حيث جاء في قرار<sup>(617)</sup> للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) : " كل دعوى بحق

<sup>613</sup> مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، طبع شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1987، ص 50.

<sup>614</sup> يقفل باب التعرضات بعد انصرام أجل شهرين من تاريخ نشر إعلان التحديد المؤقت بالجريدة الرسمية.

<sup>615</sup> يونس معاطا، الأمن العقاري في ضوء قانون 14.07، رسالة لنيل شهادة الماستر تخصص العلوم الأمنية وتدير المخاطر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2016-2017، ص 13.

<sup>616</sup> المختار عطار، إشكالية التعرض على مطلب التحفيظ العقاري في ظهير 9 رمضان 1331، مداخلة في أشغال الندوة الوطنية " نحو تشريع عقاري جديد"، التي نظمتها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، وذلك يومي 29 و 30 أبريل 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 38، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2011، ص 44.

<sup>617</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 55 مؤرخ في 4-1-2006، صادر في الملف المدني عدد 1-1-4511-2003، منشور بموقع سلسلة موسوعة القضاء والقانون المغربي، موجود على الرابط التالي : <http://www.sejdm.ma/articles-etudes/87-%D8%AA%D9%84%D9%82%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D8%B6%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%B4%D8%B1%D9%88%D8%B7-%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%8A%D9%85%D9%87%D8%A7->

عيني على مطلب يجب أن تمر وفق مسطرة التحفيظ المنصوص عليها في الفصل 24 من ظهير التحفيظ.

تكون المحكمة قد خرقت مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري التي هي مسطرة خاصة لما قضت بتنفيذ التزام متعلق بحق عيني على عقار في طور التحفيظ خارج مسطرة التحفيظ وعرضت قرارها للنقض".

وبالرجوع إلى الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري نجده حدد الحقوق التي يمكن التعرض عليها وهي:

- حق الملكية العقارية أو مداها أو المنازعة في حدود العقار موضوع طلب التحفيظ ؛

- كل ادعاء لحق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري المراد تأسيسه ؛

- حقوق الارتفاق الواردة على العقار موضوع طلب التحفيظ ؛

- المنازعة في حق وقع إيداعه طبقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري.

فالمنازع مثلا في شأن وجود حق ملكية العقار موضوع مطلب التحفيظ، يمكنه أن يقدم تعرض شاملا على الوعاء العقاري لمطلب التحفيظ ويسمى بالتعرض الكلي، كما يمكنه أن يشتمل فقط جزءا من العقار ويسمى بالتعرض الجزئي والذي يستلزم تحديد تكميلي لتحديد القطعة المتعرض بشأنها.<sup>(618)</sup>

وهكذا يكون المشرع المغربي بتعدداده للحقوق التي يمكن التعرض عليها قد ساهم في حماية الملكية العقارية وفي ضمان استقرار المعاملات، الأمر الذي من شأنه تعزيز وتدعيم الأمن العقاري.

[%D9%88%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D8%A7%D9%81%D8%B8-%D8%A8%D8%B4%D8%A3%D9%86%D9%87%D8%A7.html](#) ، تم الاطلاع عليه يوم 14 أبريل 2021، على الساعة

10:11.

<sup>618</sup> ( سعيدة بن عزي، التعرض على التحفيظ بين البعد الحمائي والاستعمال التعسفي على ضوء القانون رقم 14.07، مرجع سابق، ص

.96

وإذا كان اتساع نطاق التعرض سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الحقوق قد شكل ضمانا أساسية لإقرار الأمن العقاري، فهل حصر الجهات التي تتلقى التعرض سيساهم في توفير الأمن العقاري؟

### ثانيا : حصر الجهات التي تتلقى التعرض

لقد كان التعرض يقدم إما أمام المحافظ على الأملاك العقارية أو المهندس أثناء عملية التحديد، أو أمام القائد أو رئيس المحكمة الابتدائية، وذلك بمناسبة القيام بتعليق خلاصات مطلب التحفيظ أو إعلانات انتهاء التحديد<sup>(619)</sup>، أما الآن أصبح المتعرض ملزما بتقديم تعرضه أمام المحافظة العقارية (1) أو أمام المهندس الطبوغرافي (2).

#### 1- تقديم التعرض أمام المحافظة العقارية

إذا كان الفصل 25 من ظهير التحفيظ العقاري لسنة 1913 يسمح للشخص أن يقدم تعرضه على مسطرة التحفيظ لدى مصلحة المحافظة العقارية أو المحكمة الابتدائية أو لدى القائد أو قاضي التوثيق، فإن التعديل الذي لحق هذا الفصل بمقتضى القانون رقم 14.07<sup>(620)</sup> حصر الجهات التي يمكن أن تقبل التعرض على مسطرة التحفيظ في كل من المهندس الطبوغرافي، وكذا المحافظ على الأملاك العقارية.

وإذا كانت غاية المشرع المغربي قبل التعديل الأخير من تعدد الجهات التي تتلقى التعرض هو تسهيل المأمورية على المتعرضين بتقديم تعرضاتهم أمام الجهات السالفة الذكر بدون تكبد عناء التنقل إلى المحافظة العقارية، فإن الواقع العملي أثبت عكس ذلك نظرا لجهل بعض رجال السلطة الإدارية بمسطرة التحفيظ العقاري<sup>(621)</sup>، بالإضافة إلى

<sup>619</sup> (الغازي آيت أحمد، التعرضات في المسطرة العادية والمساطر الخاصة للتحفيظ العقاري، مداخلة في الندوة الوطنية " الأمن العقاري"، دقاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص 199.

<sup>620</sup> (تنص الفقرة الأولى من الفصل 25 على أنه: "تقدم التعرضات عن طريق تصريح كتابي أو شفوي أما للمحافظ على الأملاك العقارية وإما للمهندس المساح الطبوغرافي المنتدب أثناء إجراء عملية التحديد. تضمن التصريحات الشفوية للمتعرض بحضوره في محضر يحرر في نسختين تسلم إليه إحداهما".

<sup>621</sup> (سعيدة بن عزي، على التحفيظ بين البعد الجمالي والاستعمال التعسفي على ضوء القانون رقم 14.07، مرجع سابق، ص 100.

انعدام الاختصاص والكفاءة وقلة الاهتمام بوسيلة التعرض القائمة على حفظ الحقوق وحمايتها<sup>(622)</sup>، مما أدى إلى قصور هذا التعدد في الجهات عن تحقيق أهدافه وغاياته.

ويرى بعض الباحثين<sup>(623)</sup> أن حصر جهات التعرض في المحافظ العقاري والمهندس المساح الطبوغرافي في محله، لأن التعرض يجب أن يقدم أمام الجهة المختصة لتبقى مسؤولة عنه، ولتفادي ضياعه أمام جهات إدارية أخرى، كما أن الدولة وفي إطار تقريب الإدارة من المواطنين عملت على إحداث العديد من المحافظات في أقاليم المملكة ولم يبق أي مبرر لتقديم التعرض لجهة إدارية غير المحافظة المعنية بذريعة بعد مقر المحافظة على المتعرض.

ولقد جاء هذا التعديل متناغما مع تعديل آخر بمقتضاه تم الاستغناء عن شواهد التعليق التي كان يفرض المشرع إرجاعها على كل من القائد ورئيس المحكمة لإثبات إنجاز التعليقات المذكورة، وتعويضها بمجرد الإشعار بالتوصل<sup>(624)</sup>، وفعلا دلت التجربة عن ندرة التعرضات التي تقدم لدى القائد أو رئيس المحكمة رغم أن المحافظ كان ملزما بانتظار توصله بشواهد التعليق من السلطتين المذكورتين حتى يتمكن من متابعة المسطرة، بل أحيانا حتى عندما يقدم أحد المتعرضين أمام هذه الجهات يتم توجيهه أمام مصلحة المحافظة العقارية.<sup>(625)</sup>

وعليه، يكون المشرع المغربي قد أحسن صنعا بحذفه شهادات تعليق الإعلانات عن التحديد وعن انتهاء التحديد وتعويضها بالإشعار بالتوصل من أجل تفادي التأخير في البت في مطالب التحفيظ من طرف المحافظين على الأملاك العقارية الذين كان يجب عليهم في

<sup>622</sup> سعيد البكوري، تجليات تسريع وتبسيط الإجراءات في إطار مؤسسة التعرض وفق القانون رقم 14.07، مقال منشور بمجلة الحقوق،

سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع، بعنوان "المستجدات التشريعية في المادة العقارية"، سنة 2012، ص 264.

<sup>623</sup> أحمد دحمان، تلقي التعرضات وشروط تقديمها وقرارات المحافظ بشأنها، مداخلة في الندوة الوطنية المنظمة من طرف محكمة النقض "نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية لقراءة في مستجدات قانون 14.07"، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى 2015، ص 113.

<sup>624</sup> عبد العزيز عاكف، مستجدات نظام التحفيظ العقاري على ضوء القانون رقم 14.07، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع بعنوان "المستجدات التشريعية في المادة العقارية"، سنة 2012، ص 203.

<sup>625</sup> أحمد أجعون، نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون 14.07، مقال منشور بسلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السادس 2012، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 46.

ظل التشريع السابق انتظار التوصل بها من طرف السلطة المحلية والمحكمة<sup>(626)</sup>. ومن المستجدات المهمة التي أقرها المشرع في ظل القانون رقم 14.07 اعتبار المحافظ على الأملاك العقارية الجهة الوحيدة المختصة في تلقي التعرضات خارج الأجل ولولم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق.<sup>(627)</sup>

من هنا يتضح لنا بأن جعل المحافظ على الأملاك العقارية جهة أصلية في تلقي التعرضات أمر محمود وسيحمل العديد من الايجابيات لنظام التحفيظ العقاري ببلادنا، ومن تم سيشجع الاستثمار في المجال العقاري، ويساهم كذلك بشكل كبير في تفعيل مرتكزات الأمن العقاري، وفي الحفاظ على حقوق الأشخاص.

## 2- تقديم التعرض للمهندس الطبوغرافي المنتدب

يعتبر المهندس المساح الطبوغرافي من الجهات التي خصها المشرع المغربي بتلقي التعرضات أثناء عملية التحديد، ونظرا لأهمية هذه العملية اشترط المشرع في المهندس الذي ينتدبه المحافظ للقيام بعملية التحديد أن يكون مهندسا مساحا طبوغرافيا مقيدا في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين الطبوغرافيين، حيث يتولى هذا الأخير تحت مسؤوليته بالإضافة إلى إنجاز عملية التحديد تلقي التعرضات الشفوية والكتابية.

وهذه المهمة ليست بالهينة وإنما تتطلب مهارات قانونية وإمام بمسطرة التعرض، لذلك يتعين تكوين المهندسين المعنيين وتزويدهم بالتقنيات اللازمة التي تهم كيفية إعداد المحاضر الخاصة بالتعرضات، إلا أن هذا المقتضى لم يأخذ بعين الاعتبار قلة عدد المهندسين الطبوغرافيين بمصالح المسح العقاري وتوزيعهم غير المتكافئ بين هذه المصالح.

وأمام هذا الوضع وبسبب إحجام التقنيين الطبوغرافيين عن إنجاز عمليات التحديد والعمليات اللاحقة، تراكمت ملفات التحديد وتوقف العمل بالعديد من مصالح المحافظة مما دفع إدارة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية إلى إصدار

<sup>626</sup> ( الفصل 18 من القانون رقم 14.07.

<sup>627</sup> ( الفصل 29 من القانون رقم 14.07.

مذكرة رقم 12276 بتاريخ 5 دجنبر 2011 حثت رؤساء المسح العقاري بضرورة تفويض التقنيين الطبوغرافيين التابعين لمصلحتهم مهمة القيام بإنجاز عمليات التحديد المتعلقة بمساطر التحفيظ والعمليات الهندسية اللاحقة.<sup>(628)</sup>

ويلعب المهندس المكلف بالمسح العقاري دور أساسيا في عمليات التحفيظ العقاري إذ يعمل على تحديد العقارات ومسحها مع إنجاز الملفات التقنية الخاصة بها وإعداد تصاميم دقيقة لها وربطها بالشبكة الجيوديزية ثم نقلها على خرائط التوقيع المعدة لهذا الشأن والتي تخص العقارات المحفوظة والتي في طور التحفيظ.<sup>(629)</sup>

وتجدر الإشارة، أنه في اليوم المعين للتحديد يحضر جميع الأشخاص الذين لهم علاقة بالعقار موضوع التحديد بناء على الاستدعاءات الموجهة لهم من طرف المحافظ طبقا للفصل 19 من القانون رقم 14.07 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري، حيث يتم استدعاء:

- طالب التحفيظ؛

- المجاورين المباينين في مطلب التحفيظ؛

- المتدخلين وأصحاب الحقوق العينية والتحملات العقارية المصرح بهم بصفة قانونية.

ويعتبر هذا الاستدعاء مهما في إشاعة الخبر بين الناس حيث تتاح الفرصة لكل من له علاقة أو مصلحة في العقار لكي يتعرض على مطلب التحفيظ.

لذلك، فإن هذا الأمر سيساعد على تسريع وتبسيط مسطرة التحفيظ والإجراءات اللاحقة لها وسيساهم في حماية الملكية العقارية وتحقيق الأمن والاستقرار العقاري، ثم إن اشتراط المشرع المغربي في المهندس المساح أن يكون محلفا من جهاز المسح العقاري ومقيدا

<sup>628</sup> أحمد أبعون، نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون 14.07، مرجع سابق، ص 46.

<sup>629</sup> نجيب بن زوينة، دور المسح العقاري في إجراءات التحفيظ العقاري، مداخلة في الندوة الوطنية " الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص 386.

في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين من شأنه أن يحقق ثقة وأمنًا عقاريين ويخلق أرضية قانونية هندسية صلبة للملكية العقارية يمكن الاعتماد عليها في بناء المشروعات الكبرى التي تحقق التنمية.

### الفقرة الثانية : تعميم التحفيظ العقاري دعامة لإقرار الأمن العقاري

لقد تمكن المشرع المغربي بعد مجهود مضني من توحيد النظام القانوني المتعلق بالتحفيظ العقاري على مجموع ربوع التراب الوطني والتخلص من تعدد النظم القانونية التي كانت تختلف من منطقة لأخرى، فسعى من خلال التعديلات التي أدخلها على الترسانة القانونية النازمة للمجال العقاري خاصة القانون رقم 14.07 إلى تعميم التحفيظ العقاري على جميع العقارات، غير أن سياسة التعميم التي اتبعتها اصطدمت بمبدأ الاختيارية في التحفيظ الذي أثر لا محالة على تحقيق الأمن العقاري (أولا) ، بالموازاة مع ذلك ابتكر ضروب جديدة من التحفيظ من شأنها تعميم هذا الأخير ومن تم تعزيز الأمن العقاري.

### أولا : حقيقة تأثير مبدأ الاختيارية على تحقيق الأمن العقاري

من المبادئ المستقر عليها في إطار القانون المنظم للتحفيظ العقاري كونه اختياريًا إذ يبقى لكل من يملك عقارا الحق في إخضاعه لنظام التحفيظ العقاري من عدمه، وهذه الاختيارية أثرت بشكل واضح على استراتيجية تعميم هذا النظام الذي يعد رافعة لتحقيق الأمن في المنظومة العقارية.

ينص الفصل 6 من القانون رقم 14.07 المتمم والمغير لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري على أن : " التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب التحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقا " .

يستفاد من هذا الفصل أن التحفيظ العقاري يتسم بطابع اختياري، فكل مالك عقار أو صاحب حق عيني عقاري يستطيع إذا أراد أن يتقدم بمطلب التحفيظ يهدف من خلاله إلى جعل عقاره أو الحق العيني الذي عليه تابعا لنظام السجل العقاري والاستفادة من

هذا النظام، أما إذا لم يشأ تقديم هذا المطلب فلا توجد وسيلة لإرغامه على ذلك، ويرى الأستاذ مامون الكزبري -رحمه الله- أن موقف المشرع المغربي حكيم لأن الطابع الاختياري للتحفيظ العقاري يساعد في نشر التوعية بين المواطنين من أجل أن يألفوا النظام المحدث، ويقدموا تلقائياً مع مرور الزمن على إتباعه عندما يلمسوا محاسنه وفوائده.

بالإضافة إلى ذلك، فإن جعل التحفيظ العقاري إلزامياً يستلزم بالضرورة أطر تقنية وقانونية تتحلّى بالكفاءة والخبرة وليس من السهل توفير مثل هذه الأطر دفعة واحدة.<sup>(630)</sup>

وجدير بالذكر، أن المالك إذا قدم مطلباً للتحفيظ فإنه وحسب الفقرة الأخيرة من الفصل 6 من التحفيظ العقاري يبقى مقيداً بمطلبه فلا يمكنه أبداً العدول عنه واسترداده، لأن المشرع المغربي سعى من وراء جعل صاحب الاختيار مقيداً باختياره ومنع الاعتصار عنه، تنبيهاً للملاك وأصحاب الحقوق العينية العقارية إلى مدى خطورة وجدية العمل المقدمين عليه، ومدى أهمية التحفيظ فلا يطرق هذا الباب إلا بعد التروي والتفكير.

غير أن المشرع المغربي بالرغم من تقييده لطالب التحفيظ بهذا النص، فهذا الأخير يستطيع إن شاء تعطيل هذا المطلب والحيلولة دون اقترانه بنتيجة إيجابية من حيث التحفيظ<sup>(631)</sup>، وذلك باللجوء إلى إحدى الوسائل التالية :

#### 1- تغيب طالب التحفيظ عن إجراءات التحديد المؤقت دون عذر<sup>(632)</sup>؛

<sup>630</sup> رقية واحماني، خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2000-2001، ص 42.

<sup>631</sup> لمياء أبوزور، تمديد وتعميم نظام التحفيظ العقاري، بحث منشور بموقع المحاماة، موجود على الرابط التالي : <https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%88-%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%B3%D8%A9-%D8%B9%D9%86-%D8%AA%D9%85%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D9%88-%D8%AA%D8%B9%D9%85%D9%8A%D9%85-%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85/>

<sup>632</sup> في حالة تغيب طالب التحفيظ أو نائبه عن حضور عملية التحديد المؤقت في التاريخ الذي عينه المحافظ، فإنه لا يمكن إنجاز أية عملية ويعتبر مطلب التحفيظ ملغى وكان لم يكن حيث نص الفصل 23 من القانون رقم 14.07 على أنه: "إذا نص المحضر على تغيب طالب التحفيظ أو من ينوب عنه...، فإن مطلب التحفيظ يعتبر لاغياً وكان لم يكن إذا لم يدل بعذر مقبول داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالإندار".

2- الامتناع عن متابعة مسطرة التحفيظ (633)؛

3- الامتناع عن تقديم الحجج الكافية (634)؛

4- حالة انتقال العقار إلى الغير أثناء سريان المسطرة.

ومما لا شك فيه، أن هذه الوسائل التي منحها المشرع للأفراد تعطل مقتضيات الفصل السادس وتفقد النصوص القانونية التوافق والانسجام الذي كان من المفروض أن يطبعها، مما يجعل تدخلا تشريعيًا أمرًا لازمًا.

كما يتعين إعادة النظر في الطابع الاختياري للتحفيظ أمام المزايا القانونية والاقتصادية التي يحظى بها العقار المحفظ، خاصة وأن تقرير مبدأ اختيارية التحفيظ حتمته ظروف تاريخية محضة، على اعتبار أن سلطات الحماية كانت تسعى إلى بسط سيطرتها على المغرب النافع (635). وبالموازاة مع ذلك أبان مبدأ اختيارية التحفيظ عن نتائج سلبية على تعميم نظام التحفيظ ويتمثل ذلك في قلة مطالب التحفيظ المقدمة للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، فضلا عن استمرارية الهشاشة العقارية التي تحول دون تحقيق الأمن العقاري المنشود، غير أنه إذا كانت الاختيارية هي القاعدة فإن المشرع أوجد استثناءات يكون فيها التحفيظ إجباريا وهذا من شأنه التقليل من حدة الاختيارية في التحفيظ، وبالتالي إرساء بعض مظاهر الأمن العقاري.

ثانيا : مساهمة إجبارية التحفيظ العقاري في تدعيم الأمن العقاري

لا يخفى على أحد بأن التحفيظ العقاري في المغرب قد عرف تطورا مهما في جميع مجالاته، وأن الملكية العقارية كانت خاضعة لقواعد الشريعة الإسلامية، وفي ظل نظام

<sup>633</sup> نص على هذه الحالة الفصل 50 من القانون رقم 14.07: "إن الطلب الرامي إلى التحفيظ والعمليات المتعلقة به يعتبر لاغيا وكان لم يكن إذا لم يقم طالب التحفيظ بأي إجراء لمتابعة المسطرة، وذلك داخل ثلاثة أشهر من يوم تبليغه إنذار من المحافظ على الأملاك العقارية بواسطة عون من المحافظة العقارية أو بالبريد المضمون أو عن طريق السلطة المحلية أو بأي وسيلة أخرى للتبليغ".

<sup>634</sup> ذلك أن طلب التحفيظ لا بد وأن يرفق بالحجج الكافية التي تثبت تملك طالب التحفيظ للعقار المراد تحفيظه، وفي حالة امتناعه عن تقديم هذه الحجج أو عدم كفايتها يحق للمحافظ رفض طلب التحفيظ، ويرد طالب التحفيظ إلى الوضع الذي كان عليه قبل تقديم مطلبه، وذلك طبقا للفصل 38 من القانون رقم 14.07.

<sup>635</sup> رقية واحماني، خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري بالمغرب، مرجع سابق، ص 44.

الحماية حاول المستعمر وإشباعا لرغباته في ضم أكبر قدر من الأراضي، فظهر بذلك نظام التحفيظ العقاري الذي اكتسب صبغة الاختيارية، لكن إلى جانب ذلك أقر المشرع المغربي مبدأ إجبارية التحفيظ العقاري في حالات معينة.

إن الحالات الإجبارية محصورة ومنصوص عليها إما في الفصلين 7 و 8 من القانون رقم 14.07 أو ضمن نصوص خاصة، وهذه الحالات مبدئيا قابلة للزيادة والنقصان.

بالرغم من أن عدد حالات إجبارية التحفيظ لا بأس بها وكما قلنا فهي قابلة للزيادة أو العكس، إلا أن أحد الباحثين<sup>(636)</sup> يؤكد أنه كان لزاما على المشرع المغربي بمناسبة تعديله لظهير 1913 أن يضع نصوصا قانونية تروم تعميم نظام التحفيظ العقاري، لأن من شأن مثل هذه النصوص أن تساهم في تنمية مجال السكن والعمران والاستثمار عموما، خاصة إذا علمنا أن العقار لا تظهر فائدته إلا بوجود من يستهلكه وأن التحفيظ العقاري سيساهم في تقوية العقار كقيمة تداولية لا غنى عنها لخدمة عمليات الاستثمار وحل الإشكالية العقارية. ثم إن المتأمل في المنظومة العقارية المغربية يضيع بين النظرية والواقع، بين محاسن نظام عقاري ذائع الصيت ومزاياه، وواقع هذا النظام المشوب بالكثير من الإشكالات، بين ما كان من المفروض أن يعمل به وما هو معمول به فعلا.<sup>(637)</sup>

واعتبارا للمزايا الكثيرة التي يوفرها التحفيظ العقاري للملكي العقارات، فإن الاستفادة منه في تثمين الملكية العقارية وإدماجها في الدورة الاقتصادية، تقتضي اتسامه بطابع الإلزام والإجبار، وذلك بهدف القضاء على الازدواجية العقارية التي يعرفها النظام العقاري المغربي حاليا، وتحقيقا للأمن العقاري لأنه الضمانة الأساسية في تيسير تداول العقار.

<sup>636</sup> (المختار عطار، قراءة في القانون رقم 14.07، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي "مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم

14.07"، مرجع سابق، ص 45.

<sup>637</sup> (مولاي عبد السلام شيكري، حالات إجبارية التحفيظ العقاري نموذج المجال العمراني، مقال منشور بمجلة الأملاك العدد المزدوج

الرابع والخامس، ص 154.

## المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن العقاري

إن دور الاجتهاد القضائي يبرز كلما استدعت الضرورة إعطاء صورة عن النظام القانوني المعمول به، فجهاز القضاء لا تقتصر وظيفته فقط على التطبيق الآلي للنصوص القانونية بقدر ما يفترض فيه أيضا المساهمة باجتهاده في إنشاء القاعدة القانونية استنادا لما يتطلبه واقع الاستجابة لمتطلبات الأمن القانوني، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على المكانة التي يحتلها الاجتهاد القضائي في الحقل القانوني، من هنا دعت الضرورة في أطوار هذه الدراسة تخصيص حيز لبحث دور الاجتهاد القضائي في إرساء مبادئ الأمن العقاري، وذلك من خلال تسليط الضوء على قاعدة التطهير ودورها في تعزيز الأمن العقاري (الفقرة الأولى)، على أن نخصص (الفقرة الثانية) لبحث مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إقرار الحماية اللازمة للرسم العقاري الذي يشكل مقوم أساسي لضمان الأمن العقاري.

## الفقرة الأولى : قاعدة التطهير ودورها في تعزيز الأمن العقاري

مما لا شك فيه أن أهم الآثار التي تترتب على تأسيس الرسم العقاري، تلك القاعدة المتمثلة في نهائية الرسم العقاري، والتي بمقتضاها يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق المترتبة عليه، والتي لم يتم التصريح بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ<sup>(638)</sup>، وللوقوف على كنه هذه القاعدة ومدى إسهامها في تعزيز الأمن العقاري ارتأيت التطرق للأساس القانوني لقاعدة التطهير ونطاقها المادي (أولا)، على أن نخرج على جزئية من الأهمية بمكان ويتعلق الأمر ببحث قاعدة التطهير انطلاقا من العمل القضائي ودورها في تكريس الأمن العقاري (ثانيا).

<sup>638</sup> ( زكرياء العمري، نهائية الرسم العقاري بين الإطلاق والتقييد دراسة مركزة في الاستثناءات الواردة على قاعدة التطهير، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي "مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07"، مرجع سابق، ص 213.

## أولاً : الأساس القانوني لقاعدة التطهير

لا ريب أن نظام التحفيظ العقاري يمثل أحد الضمانات القوية لاستقرار المعاملات العقارية وتوفير الأمن العقاري وخلق الطمأنينة لأصحاب الحقوق العينية العقارية<sup>(639)</sup>، فهذا النظام يقوم على قاعدة تعتبر عموده الفقري وهي الصفة الرسمية للرسم العقاري، وتستمد هذه القاعدة وجودها مما نص عليه الفصلين 1 و62 من القانون رقم 14.07 المعدل والمتمم لظهير 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، إذ ينص الفصل الأول على أنه : « يرمي التحفيظ العقاري إلى جعل العقار المحفظ خاضعاً للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد. ويقصد منه : تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عليها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به... ».

كما ينص الفصل 62 من نفس القانون على ما يلي : « إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن. ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المقيدة ».

واضح إذن من مقتضيات هذين الفصلين، أن تحفيظ العقار يطهره من جميع الحقوق السابقة غير المصرح بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ، كما أن الرسم العقاري الذي يتم إنشاؤه بعد استيفاء مختلف الإجراءات المسطرية المقررة بشأن مطلب التحفيظ، والفصل عند الاقتضاء في التعرضات المقدمة ضده، يكتسي صبغة نهائية، ولا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه، سواء فيما يتعلق بنوعية الحقوق المترتبة عليه، أو من حيث الأشخاص المقيدون كمالكين لهذه الحقوق في ذات الرسم.<sup>(640)</sup>

<sup>639</sup> سعيدة بنموسى، حدود الحماية القانونية للغير المقيد عن حسن نية، مداخلة في الندوة الوطنية " الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015، ص 539.

<sup>640</sup> غير أن قاعدة التطهير لا يمكن التمسك بها في مواجهة بعض الأملاك أو العقارات، إذ تبقى مستثناة من التطهير، ونخص بالذكر: الأملاك العامة، والعقارات المحبسة أو الموقوفة...

للتفصيل في الموضوع يراجع في ذلك :

وقد كرس القضاء المغربي هذا الجانب لقاعدة التطهير في عدة قرارات حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 1990/05/9 بأن: «التطهير يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ ويشكل نقطة الانطلاق الجديدة في حياة العقار حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي»<sup>(641)</sup> وهذا ما أكدته أيضا الغرفة الإدارية بمحكمة النقض إذ جاء في إحدى قراراتها: «...إن قرار التحفيظ كما استقر عليه اجتهاد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وحسب مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 حول التحفيظ العقاري يعتبر قرارا لا رجعة فيه، ومن هذا المنطلق لا يقبل أي طعن سواء أمام القضاء الإداري أو إمام جهة القضاء العادي... وأن المحكمة أخطأت عندما أخضعت قرار التحفيظ باعتباره صادرا عن سلطة إدارية في شخص المحافظ لمراقبة القضاء الإداري، والحال أن القرار المذكور لا يخضع لأية رقابة وان عملية التحفيظ التي تنطوي على تطهير العقار تعتبر عملية نهائية لا رجعة فيها...»<sup>(642)</sup>

ومما لا غرور فيه أن الكتمان وسرية المعاملات العقارية تشكل مصدرا للنزاعات وانعدام الثقة واستقرار الملكية العقارية، إذ تعتبر مرتعا خصبا للاعتداء والسطو على حقوق الغير، مما يؤثر بشكل سلبي على تداول الملكية العقارية، ويحد من فعاليتها على مستوى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعقارية<sup>(643)</sup>، ولهذا أوجد المشرع قاعدة التطهير كآلية لتحد من هذه النزاعات وتدفع بالملكية العقارية إلى أداء وظيفتها وتحقق بذلك الأمن العقاري المنشود.

- حليلة بنت المحجوب بن حفو، دراسة في القانون العقاري المغربي على ضوء المستجدات، مطبعة قرطبة، أكادير، الطبعة الأولى 2017، ص 217 وما يليها.

<sup>641</sup> ( قرار المجلس الأعلى عدد 1025 بتاريخ 1990/05/9، ملف عدد 86/187، مجلة الإشعاع عدد 4، ص 113.

<sup>642</sup> ( قرار عدد 476 الصادر بتاريخ 1996/06/20، ملف إداري رقم 2826/89، غير منشور.

<sup>643</sup> ( عبد اللطيف الكلعي، آثار نظام التحفيظ على تحقيق الأمن العقاري، مقال منشور بدفاتر عقارية، منشورات مجلة دفاتر قانونية، العدد الأول، دجنبر 2016، ص 102.

## ثانيا : قاعدة التطهير من خلال العمل القضائي

إن المتتبع للاجتهاد القضائي بمختلف درجاته بخصوص قاعدة التطهير، سواء في الفترة الاستعمارية أو خلال مرحلة الاستقلال يجد اختلافا وتضاربا في هذا الاجتهاد من حيث نطاق قاعدة التطهير وتطبيقها على الأطراف.

وهكذا ظلت محاكم الموضوع في تضارب من حيث شمول قاعدة التطهير للكل أم أنها تستثني من ذلك البعض، حيث ذهبت بعض هذه المحاكم إلى أن هذه القاعدة تطبق على كل من لم يدل بادعاءاته أثناء مسطرة التحفيظ دون استثناء، أما البعض الآخر فإنه يستثني الخلف الخاص من تطبيق الأثر التطهيري ليشمل فقط الغير الذي لا تربطه بطالب التحفيظ رابطة.<sup>644</sup>

فالمجلس الأعلى استقر منذ بدايته على شمول قاعدة التطهير وسريانها إزاء كافة، وهكذا ذهب في قراره إلى أن : «...إقامة الرسم العقاري له صبغة نهائية لا تقبل الطعن ويحسم كل نزاع يتعلق بالعقار، ولا يمكن الاحتجاج بأي حق عيني سابق على التحفيظ لم يسجل على الرسم العقاري... »<sup>(645)</sup> بل ذهب إلى حد القول ب: « أنه لا وجود لأي حق عيني يتعلق بعقار محفظ حتى بين المتعاقدين إذا لم يكن مسجلا بالرسم العقاري، وشهادة الموثق لا تكف لإثبات تملك حق عيني لم يتم تسجيله بالرسم العقاري... »<sup>(646)</sup>

وتطبيقا لذلك عمل المجلس الأعلى على إصدار قرارينص من خلاله على طرد المحتل لعقار محفظ بدون سند، ما دام أنه غير مسجل بالرسم العقاري، ولو تملك أي عقد أو وثيقة تدل على تملكه لذلك العقار.<sup>(647)</sup>

<sup>644</sup> ( مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مرجع سابق، ص 83.

<sup>645</sup> ( قرار المجلس الأعلى عدد 61 بتاريخ 4 يناير 2006، ملف مدني عدد 4229-1-1-2004، منشور بمجلة الأملاك العدد الأول، ص 197.

<sup>646</sup> ( قرار المجلس الأعلى عدد 197 بتاريخ 19/01/2005 ملف مدني عدد 829-1-1-2001، غير منشور.

- قرار المجلس الأعلى عدد 2673 بتاريخ 12/10/2005 ملف مدني عدد 1980-3-1-2004، منشور بمجلة القصر، العدد 14 ماي 2006 ص 177.

<sup>647</sup> ( قرار المجلس الأعلى عدد 61 الصادر بتاريخ 04/01/2006 ملف مدني رقم 4229/1/1-2004، غير منشور.

على أن أهم قرار للمجلس الأعلى في هذا الشأن هو الذي ذهب من خلاله إلى اعتبار الفصل 2 من ظهير التحفيظ العقاري يتضمن قواعد أمر مرتبطة بالنظام العام العقاري، ومن ثم يجب أن تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، كلما تبين لها أن الحق المدعى به تطهر منه العقار نتيجة التحفيظ<sup>(648)</sup>، وأنه لا يخول لصاحبه سوى التعويض، وفي حالة التدليس فقط طبقا للفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>(649)</sup>، مع اعتبار أن ذلك لا يحول دون المطالبة بالحقوق الجديدة اللاحقة على التحفيظ، حيث إنه إذا أقر بها المالك يمكن تسجيلها بالرسم العقاري.

فالتحفيظ العقاري إذن يجعل العقار مطهرا من جميع الحقوق غير المدلى بها طبقا للفصلين 2 و62 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>(650)</sup>. ورغم أن التوجه الغالب على مستوى محاكم المغرب هو الذي يسير نحو اعتبار التطهير يسري إزاء الكافة، إلا أن هناك بعض المحاكم التي نحت غير هذا المنحى، ونجد من ذلك؛ ما ذهبت إليه ابتدائية وجدة في قضية ارتأت من خلالها بأن الرسم العقاري أنشئ بصفة غير قانونية قبل استيفاء اليمين المعلق عليها الحكم، وذهبت إلى عدم إمكانية مواجهة المدعي بمقتضيات الفصلين 2 و62 من ظهير التحفيظ العقاري، وبذلك استجابت لطلب المدعي الرامي إلى التشطيب على الرسم العقاري وتوجيه الأمر إلى المحافظ العقاري قصد القيام بالتشطيب على الرسم<sup>(651)</sup>. وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى بأن المشتري باعتباره خلفا خاصا لنفس طالب التحفيظ الذي تحول مطلبه إلى رسم عقاري لا يواجه كالخلف العام اعتمادا على الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>(652)</sup>.

<sup>648</sup> قرار المجلس الأعلى في الملف المدني عدد 87/2075 بتاريخ 29 يناير 1992 منشور بمجلة الإشعاع، العدد 7، ص 69.

<sup>649</sup> حكم استئنافية الرباط للغرفة العقارية رقم 1711 بتاريخ 19 مارس 1992، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 26، ص 244.

<sup>650</sup> قرار المجلس الأعلى رقم 2336 بتاريخ 12/07/2006، ملف مدني عدد 1-1-1855-2004، غير منشور.

<sup>651</sup> حكم ابتدائية وجدة رقم 93/1464 ملف رقم 89/1362، بتاريخ 4/5/1993، منشور بمجلة المناظرة، العدد 2، يونيو 1997، ص 139

وما بعدها، أشار إليه إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2000، ص 45.

<sup>652</sup> قرار المجلس الأعلى عدد 5925 بتاريخ 29-12-1999، ملف مدني عدد 94/1151 منشور بمجلة الأملاك العدد 1، ص 200.

## الفقرة الثانية : دور الاجتهاد القضائي في حماية الرسم العقاري

إن الاعتماد على الاجتهاد القضائي واعتباره آلية من شأنها تحقيق الأمن العقاري، خاصة عندما يتعلق الأمر بذلك الاجتهاد الصادر عن محكمة النقض كونها تتقدم الهيئات القضائية المصدرة للاجتهاد القضائي بمظاهره المختلفة، فإنه من البديهي تخصيص جزئية في هذا العمل لتسليط الضوء على دور هذا الاجتهاد في حماية الرسم العقاري من كل التجاوزات، خاصة مع تنامي مؤخرا ظاهرة الاستيلاء على العقارات، لهذا ارتأيت تناول الحماية القضائية للرسم العقاري (أولا)، على أن نخص بالدراسة في (ثانيا) إشهار الحقوق المتعلقة بالملكية العقارية كضمانة أساسية لتعزيز الأمن العقاري.

## أولا : الحماية القضائية للرسم العقاري

لقد اعتبر الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض حصانة الرسم العقاري وقوة التنصيصات الواردة به والتي تشكل عنوانا للحقيقة، قرينة مطلقة في إثبات ملكية من حفظ العقار باسمه تُرتبُ الحماية القضائية، وتخول لمالكه طلب استرداده من غاصبه بالمسطرة الاستعجالية.<sup>(653)</sup>

فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) مفاده أن : « قاضي الأمور المستعجلة يختص بطرد من يحتل عقارا محفظا دون أن يكون مسجلا برسمه العقاري ولو استظهر بعقد أو أي وثيقة أخرى... »<sup>(654)</sup> ولهذا فإن المتمتع برسم عقاري يحق له اللجوء إلى قاضي المستعجلات لوضع حد لكل تعدي يمس بحقه أو الترامي عليه.

وتبرز الحماية القضائية للملكية العقارية في تدخل القضاء الاستعجالي لرد ووقف مختلف أشكال الاعتداء التي قد تطال الملكية العقارية، سواء تعلق الأمر بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أو وضع حد لكل تعدي يمس حق مقيد في الرسم العقاري<sup>(655)</sup>،

<sup>653</sup> حسن منصف، دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري، مداخلة في الندوة الوطنية " الأمن العقاري"، مرجع سابق، ص 208.

<sup>654</sup> ( قرار عدد 154 بتاريخ 2007/01/17، ملف مدني رقم 1/3730 /3/ 2005.

<sup>655</sup> ( للتفصيل أكثر حول دور القضاء الاستعجالي في حماية الملكية العقارية، يراجع في ذلك :

فسلطات قاضي المستعجلات تتوسع وهو ينظر في دعاوى الاعتداء المادي، إذ لا يقف عند حد التحقق من وجود الاعتداء أو الكشف عنه، بل تصل إلى حد توجيه مجموعة من الأوامر إلى الإدارة سواء بوقف أو رد أعمال التعدي أو الحكم على الإدارة بالطرد وأحيانا الهدم والغرامة التهديدية.<sup>(656)</sup>

وتأسيسا على ذلك فالعقار المحفظ يتمتع بحماية قضائية تجعله في منأى عن أية منازعة أو مطالبة قضائية بعد تأسيس الرسم العقاري، وهذا ما يجعله رافدا من روافد التنمية الاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية، وفضاء مناسباً لجلب الاستثمارات الأجنبية، وعاملاً أساسياً في استقرار المعاملات العقارية.<sup>(657)</sup>

وعليه، فتأكيدا على مبدأ الشرعية الدستورية للملكية العقارية، التي أحاطها دستور 2011 بضمانات عدم الاعتداء عليها من طرف الغير طبيعياً كان أم اعتبارياً، فإن الفصل 35 من الدستور حدد المكانة الخاصة التي ينبغي أن تحظى بها الملكية العقارية في تشريعاته الفرعية والعادية المتعلقة بالمجال العقاري<sup>(658)</sup>، وهو الرهان الذي يسعى المشرع العقاري المغربي لكسبه من وراء التشريعات العقارية الحديثة، التي تروم تكريس المزيد من الحماية للعقارات بغية تحقيق أمانا عقارياً على مختلف الأصعدة.

ويجب في هذا الإطار على محكمة النقض والمحاكم الإدارية أن تعيد النظر في هذه الحصانة التي يتمتع بها الرسم العقاري، وتجعله خاضعاً للرقابة القضائية، التي تعد إحدى الضمانات الأساسية لممارسة الحقوق والحريات، خاصة إذا علما أن الفصل 118 من الدستور المغربي جعل جميع القرارات الإدارية خاضعة للرقابة القضائية.

- محمد الحيان، دور قاضي الأمور المستعجلة الإداري في حماية الملكية العقارية الخاصة، مداخلة في أعمال الندوة العلمية " العدالة

العقارية والأمن العقاري بالمغرب" مرجع سابق، ص 91 وما بعدها.

<sup>656</sup> أحمد أبعون، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى 2016، ص 242.

<sup>657</sup> عبد اللطيف الكلبي، آثار نظام التحفيظ على تحقيق الأمن العقاري، مرجع سابق، ص 120.

<sup>658</sup> فؤاد الصامت، مظاهر الأمن العقاري في الدستور المغربي لسنة 2011، مقال منشور بدفاتر عقارية، مرجع سابق، ص 91.

والمحصلة أن القضاء المغربي لعب دورا رياديا في حماية الملكية العقارية من كل تطاول سواء كان من قبل الإدارة أو الأفراد، رغبة منه في ضمان حقوق المتعاملين في مجال العقارات وتحقيق نوع من الائتمان العقاري في مجال العقارات المحفوظة مما يشجع على الازدهار الاقتصادي والاجتماعي ومن تم توفير ضمانات لإقامة مشاريع تنموية على أسس واضحة.

ثانيا: إشهار الحقوق المتعلقة بالملكية العقارية كضمانة أساسية لتعزيز الأمن العقاري إن وضعية العقار القانونية والمادية لا تجمد طبعا خلال مسطرة التحفيظ، حيث يمكن أن يكون العقار المطلوب تحفيظه موضوع كل المعاملات العقارية، كيفما كان نوعها<sup>(659)</sup>، ومن هذا المنطلق تشكل عملية إشهار الحقوق المتعلقة بالعقار المراد تحفيظه عملية محورية وأساسية تبدأ منذ إيداع مطلب التحفيظ العقاري بالمحافظة العقارية إلى غاية تأسيس الرسم العقاري، أو إلغاء مطلب التحفيظ، أو إحالته على المحكمة جراء ظهور تعرضات، مروراً بعملية التحديد من قبل المهندس الطبوغرافي، ونشر خلاصة مطلب التحفيظ وإعلان التحديد<sup>(660)</sup>، وقد يتطلب الأمر نشر خلاصة إصلاحية طبقاً لما جاء في الفصل 83<sup>(661)</sup> من القانون رقم 14.07.

وتجدر الإشارة أن إشهار الحقوق على الرسم العقاري له أهمية كبرى، بحيث إن كل ما هو مقيد على الرسم العقاري يعتبر موجودا وكل ما هو غير مقيد يعتبر غير موجود، لأن هذا الأمر يمثل المنطلق الوحيد لمعرفة مالك تلك الحقوق وما قد يرد عليها من قيود<sup>(662)</sup>، وذلك بصريح الفصل 65 من القانون رقم 14.07 الذي ينص على أنه: « يجب أن تشهر

<sup>659</sup> محمد ابن الحاج السلمي، سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي والاقتصادي، منشورات عكاظ، الرباط، طبعة ماي 2002، ص 77.

<sup>660</sup> إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2000، ص 24.

<sup>661</sup> ينص الفصل 83 من على أنه: " بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ يطلب نشره في الجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية".

<sup>662</sup> محمد القدوري، الإشكالات المثارة بشأن التقييدات والتشطيبات على الرسوم العقارية، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الثالث، يناير 2012 بعنوان "القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية" الجزء الرابع، سنة 2012، ص 79-80.

بواسطة التسجيل في السجل العقاري : جميع الأعمال والاتفاقات بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقاري...» ، بالإضافة إلى الفصل 66 من نفس القانون المذكور الذي ورد فيه : « كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية...»

ولهذه الغاية لا يتم إشهار التصرفات العقارية في الرسم العقاري، إلا بعد التأكد من صحتها والتثبت من خلوها من كل الشوائب التي تحول دون تقييدها، ومن ثم فإن أي تصرف يتم تقييده يتخذ قوة ثبوتية تجاه الجميع، وهذا ما يميز نظام التحفيظ العقاري.

ومن هذا المنطلق فإن عملية الإشهار تشكل في حد ذاتها ضمانا قوية بالنسبة لمختلف الأطراف المتدخلة في مسطرة التحفيظ، باعتبارها العمود الفقري لمسطرة التحفيظ العقاري، فعلى ضوءها يتم تحديد المالك الحقيقي للعقار، وبتط حدود العقار الجغرافية ووضعيته القانونية.<sup>(663)</sup>

يتضح إذن، أن عملية إشهار الحقوق المتعلقة بالملكية العقارية تلعب دورا محوريا في تعزيز الأمن العقاري، إذ لا يمكن الحديث عن أمن عقاري في ظل سرية إجراءات مسطرة التحفيظ، بل إن ضمانات نظام التحفيظ العقاري تكمن في مبدأ العلنية والإشهار الواسع لمختلف العمليات التي تمر منها مسطرة التحفيظ.

إذن يتبين أن المشرع المغربي أوجد مجموعة من الآليات التي ساهمت بشكل كبير في تحصين الملكية العقارية والرفع من قيمتها سواء القانونية أو الاقتصادية، وكذا تعزيز الأمن العقاري.

ولكن تحقيق سياسة عقارية شمولية تروم القضاء على الإشكالات التي يعاني منها النظام العقاري المغربي، وكذا إقرار الحماية اللازمة للمعاملات العقارية بما يضمن لها أمنا

<sup>663</sup> (حسن منصف، دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري، مرجع سابق، ص 198).

عقاريا، فإنه يتعين على المشرع المغربي ترشيد آليات هذه السياسة والدفع بها نحو الاستغلال السليم للثروة العقارية.

خاتمة:

من خلال ما تقدم نستخلص أن المنظومة العقارية بالمغرب تعاني من اكرهات عديدة تؤدي في بعض الاحيان إلى اختلالات كبيرة، وبالتالي من شأن تحصين العقار والملكية العقارية أن يحقق أمن عقاري ويجعل المتعاملين به في مأمن تجاه حقوقهم.

وعليه يكون الامن العقاري حجر الزاوية في تعزيز الولوج إلى العقار سواء من طرف المواطنين الراغبين في ابقاء عقار للسكن، أو المستثمرين الوطنيين أو الاجانب الذين يسعون إلى إنجاز مشاريعهم الاقتصادية.

والمتتبع للتعديلات التي أدخلها المشرع المغربي في السنوات الأخيرة على المنظومة العقارية ببلادنا سيكتشف بالملوم أن بوادر إرساء وتكريس أمن عقاري بادية للعيان خاصة ورش رقمنة المعاملات العقارية، وإعادة النظر في عملية التعرض أيضا باقتصارها على جهات بعينها، وتعميم التحفيظ العقاري... هذه خطوات بسيطة في درب تعزيز الامن العقاري بالمغرب، نرجو أن تتلوها اجراءات اخرى اكثر جرأة نحو ضمان العدالة العقارية والثقة العقارية، وهذا الأمر يحتاج إلى نظرة استشرافية ثاقبة، يتمكن من خلالها المشرع من تجاوز الموروث الاستعماري، الذي ما يزال يطبع المشهد العقاري المغربي، والذي ما تزال الأنظمة العقارية تتخبط في مشاكله، إن على مستوى تعددها أو على مستوى ازدواجية النظام الخاضعة له.

## لائحة المراجع:

### مؤلفات:

• أحمد أجمعون، المنازعات العقارية بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى 2016.

• أحمد أجمعون، نظام التحفيظ العقاري في ضوء القانون 14.07، مقال منشور بسلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السادس 2012، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة الرباط.

• إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، الطبعة الأولى 2000.

• مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، طبع شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1987.

• محمد ابن الحاج السلمي، سياسة التحفيظ العقاري في المغرب بين الإشهار العقاري والتخطيط الاجتماعي والاقتصادي، منشورات عكاظ، الرباط، طبعة ماي 2002.

### مقالات علمية:

• سعيد البكوري، تجليات تسريع وتبسيط الإجراءات في إطار مؤسسة التعرض وفق القانون رقم 14.07، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع، بعنوان "المستجدات التشريعية في المادة العقارية"، سنة 2012.

• سعيدة بن عزي، التعرض على التحفيظ بين البعد الحمائي والاستعمال التعسفي على ضوء القانون رقم 14.07، مقال منشور بمجلة الحقوق، عدد

بعنوان "قراءات في القوانين العقارية الجديدة"، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2013.

• عبد العزيز عاكف، مستجدات نظام التحفيظ العقاري على ضوء القانون رقم 14.07، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع بعنوان "المستجدات التشريعية في المادة العقارية"، سنة 2012.

• عبد اللطيف الكلعي، آثار نظام التحفيظ على تحقيق الأمن العقاري، مقال منشور بدفاتر عقارية، منشورات مجلة دفاتر قانونية، العدد الأول، دجنبر 2016.

• فؤاد الصامت، مظاهر الأمن العقاري في الدستور المغربي لسنة 2011، مقال منشور بدفاتر عقارية، منشورات مجلة دفاتر قانونية، العدد الأول، دجنبر 2016.

• محمد الخضراوي، إشكاليات توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية، قراءة في قانون 44.00، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 142، أكتوبر 2010.

• محمد القدوري، الإشكالات المثارة بشأن التقييدات والتشطيبات على الرسوم العقارية، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الثالث، يناير 2012 بعنوان "القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية" الجزء الرابع، سنة 2012.

• مولاي عبد السلام شيكري، حالات إجبارية التحفيظ العقاري نموذج المجال العمراني، مقال منشور بمجلة الأملاك العدد المزدوج الرابع والخامس.

#### الأيام الدراسية

• ابتسام فهيم وحميد كمال، المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى خمسون سنة من العمل القضائي، الندوة الجهوية الخامسة بسطات، يومي 26 و27 أبريل 2007.

- أحمد دحمان، تلقي التعرضات وشروط تقديمها وقرارات المحافظ بشأنها، مداخلة في الندوة الوطنية المنظمة من طرف محكمة النقض " نظام التحفيظ العقاري دعامة أساسية للتنمية قراءة في مستجدات قانون 14.07"، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى 2015.
- حسن منصف، دور الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن العقاري، مداخلة في الندوة الوطنية " الأمن العقاري" دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.
- خالد الفكاني، تأملات حول المستجدات التشريعية المتعلقة بالتعرض والمقررة بمقتضى القانون 14.07، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي "مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07"، الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية وماستر التوثيق والعقار بتعاون مع شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق مراكش يومي 23 و 24 مارس 2012، منشورات جامعة القاضي عياض، العدد 41 ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2013.
- زكرياء العماري، نهائية الرسم العقاري بين الإطلاق والتقييد دراسة مركزة في الاستثناءات الواردة على قاعدة التطهير، مداخلة في أشغال الملتقى الدولي "مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07"، الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية وماستر التوثيق والعقار بتعاون مع شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق مراكش يومي 23 و 24 مارس 2012، منشورات جامعة القاضي عياض، العدد 41 ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2013.
- سعيدة بنموسى، حدود الحماية القانونية للغير المقيّد عن حسن نية، مداخلة في الندوة الوطنية " الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.

• الغازي آيت أحمد، التعرضات في المسطرة العادية والمساطر الخاصة للتحفيظ العقاري، مداخلة في الندوة الوطنية "الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.

• فاطمة السحاسح، مدى نجاعة مؤسسة التعرضات من خلال القانون 14.07، مداخلة في أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع الفضاء المدني بعنوان "قانون التحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07" وذلك يوم 05 ماي 2012 بتزنييت، منشورات المنبر القانوني، سلسلة ندوات وأبحاث رقم 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2012.

• المختار عطار، إشكالية التعرض على مطلب التحفيظ العقاري في ظهير 9 رمضان 1331، مداخلة في أشغال الندوة الوطنية "نحو تشريع عقاري جديد"، التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، وذلك يومي 29 و 30 أبريل 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 38، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2011.

• مصطفى فارس، كلمة افتتاحية ألقاها بمناسبة الندوة الوطنية "الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.

• نجيب بن زوينة، دور المسح العقاري في إجراءات التحفيظ العقاري، مداخلة في الندوة الوطنية "الأمن العقاري"، دفاتر محكمة النقض، عدد 20، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2015.

رسائل:

• رقية واحماني، خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2000-2001.

- يونس معاطا، الأمن العقاري في ضوء قانون 14.07، رسالة لنيل شهادة الماستر تخصص العلوم الأمنية وتدير المخاطر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2016-2017.

الأستاذ إسماعيل الوفي

باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بسلا

## تجربة الأمن والإعلام في فترة إدريس البصري

L'expérience de la sécurité et des médias pendant la période d'Idris al-Basr

مقدمة:

يعتبر الأمن<sup>664</sup> من بين المقومات الأساسية التي تبني عليها الشعوب، فلا أساس للاستقرار والأمان إلا بوجود جهاز أمني قادر على بسط سيطرته على جميع المخارج والمداخل التي تقام عليها الدولة، فالضرورة الملحة للأمن اليوم أضحت من أهم المطالب الرئيسية التي تطالب بها الشعوب اليوم، والتي عانت من ويلات الانفلات الأمني وتششتت المصالح العليا للبلاد.

وكغيره من الدول استطاع المغرب في فترة حكم الملك الراحل محمد الخامس، من بناء المؤسسة الأمنية التي كانت من همكة من فترة الحماية الفرنسية للمغرب، فقد أبانت حكمة الملك الراحل محمد الخامس من السهر على امتلاك المغرب لمؤسسة أمنية تكون قادرة على ضمان أمن المغرب، وهذا ما كان من خلال توليته لمحمد الغزاوي مديرا عاما للأمن الوطني.

وبعد استلام الملك الراحل الحسن الثاني مقاليد الحكم بالمغرب، واصل مسار الإصلاح والبناء داخل المؤسسة الأمنية، فقد حرص جلالته على إعطاء المزيد من الأولوية

664- الأمن لغة من أمن يأمن أمنا، فهو آمن، و أمن أمنا و أمانا، اطمأن و لم يخف، فهو آمن و أمن و أمين، و الأمن هو الاستقرار و الاطمئنان.

أما الأمن اصطلاحا فهو السعي لتحقيق التحرر من التهديد و قدرة الدول و المجتمعات للحفاظ على هوية مستقلة و النزاهة الوظيفية ضد قوى التغيير التي يرونها معادية، فالأمن هو البقاء على قيد الحياة. كما عرفه البعض بأنه تأمين سلامة الدولة ضد أخطار خارجية و داخلية قد تؤدي بها إلى وقوع تحت السيطرة أجنبية نتيجة ضغوط خارجية أو انهيار داخلي.

- فيصل بن عيص ال سمير، استراتيجيات الإصلاح و التطوير الإداري و دورها في تعزيز الأمن الوطني، رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية – قسم العلوم الإدارية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض 2007، ص 110.

لقطاع الأمن، باعتباره الحصن المنيع والقويم في حماية سلامة التراب المغربي، حيث عهد للكولونيل محمد أوفقيير باستلام منصب المدير العام للأمن الوطني خلفا لمحمد الغزاوي.

أما اليوم، وفي إطار المساعي الحميدة لجلالة الملك محمد السادس، والذي يحرص في الآونة الأخيرة، على تطوير المؤسسة الأمنية والنهوض بها إلى مصاف الدول المتقدمة، لا لشيء إلا من أجل ضمان خصوصية المغرب في مجال الأمن، واهتمامه المتواصل بإعطاء الأمن مكانته التي يستحقها داخل مؤسسات الدولة.

وفي نفس المسار الإصلاحى الذي يعتمده المغرب في جميع القطاعات، نشهد التغيير الملحوظ والإيجابي في مجال الصحافة والإعلام<sup>665</sup>، هذا القطاع الذي أصبح من أهم الركائز التي تعتمد عليها الدولة حاليا، فيها يقاس منسوب الحق في الحرية والتعبير وما مدى ديمقراطية الدولة أو ديكتاتوريتها، فالإعلام هو السلاح الذي أضحت الدول تنشد به التقدم والازدهار في جميع الشؤون الداخلية والخارجية لها.

وبطبيعة الحال، عانى المغرب في القرن العشرين من انتكاسة إعلامية كبرى، فلم يكن المغرب يملك إعلاما نزيها أو حرا أو مستقلا، إنما كانت مؤسسة الإعلام تتبع للمخزن أي الدولة العميقة، هي التي كانت تتحكم فيه وتسيره أينما أرادت لخدمة مصالحها وأجندتها، ويبقى المثال الحي على صحة ما نقول هو ما حصل في فترة إدريس البصري رحمه الله، حيث جمع هذا الأخير بين مناصبي وزير الداخلية ووزير الإعلام في سنة 1985، وبالضبط في حكومة محمد كريم العمراني.

إلا، وأنه ومع تغير الإرادة السياسية بالبلاد في سنة 1999، ونهجها للمسار الإصلاحى والمؤسساتي في مختلف القطاعات، حرص جلالته على تولية القطاع الإعلامى مكانة مهمة

<sup>665</sup> - الإعلام لغة هو مصدر من أعلم يعلم، أي أخبر يخبر، و هو الإبلاغ و الإفاة و نقل معلومة لشخص ما و تأكيد درابته بها. أما من الناحية الاصطلاحية فمفهوم الإعلام هو نقل الحقائق و المعلومات الجديدة التي تههم أكبر عدد من الناس، بطريقة موضوعية دقيقة و سريعة أو فورية، كلما كان ذلك ممكنا و ضروريا، و هو كافة أوجه النشاطات الاتصالية التي تستهدف تزويد الجماهير بكافة الحقائق و الأخبار الصحيحة و المعلومات السليمة عن القضايا و الموضوعات و المشكلات و مجريات الأمور بطريقة موضوعية. - أسماء الكمي، الإعلام الأمنى بالمغرب و تناوله لملف حقوق الإنسان ( نموذج مجلة الأمن الوطنى لسنة 1981 و مجلة الشرطة لسنة 2006 )، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بسطات، جامعة الحسن الأول، السنة الجامعية: 2010/2011، ص 16.

داخل مكونات الدولة الحديثة، باعتباره أداة العصر الحالي ورافعة أساسية نحو التقدم الذي ينشده المغرب في المرحلة الراهنة، وقد توج هذا النهج الإصلاحى بالتنصيص في دستور 2011 على إنشاء الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري<sup>666</sup>.

فقد شكلت هذه المحطة حدثاً تاريخياً في القطاع الإعلامى بالمغرب، فالغاية من هذه الهيئة هي إبعاد هذا القطاع الحيوي من هيمنة الدولة وحكومتها الذي دام سنوات طويلة، فالتحولات الديناميكية والديمقراطية والتقدم التكنولوجي الذي يشهده عصر الإعلام اليوم، أوجب على المغرب إيلاء مزيد من العناية لهذا القطاع الذي طغت فيه المعلومة الإعلامية بشكل متسارع للغاية.

بما أن الإعلام أضحي من الضروريات التي تعتمد عليه الدول في الوصول لمصالحها السياسية، كان لزاماً على المغرب من زيادة الرعاية والعناية لقطاع الإعلام، نفس الأمر يتعلق بالأمن وما يمثله لدى المنتظم الدولي بصفة عامة والمغرب بصفة خاصة، من هنا يمكننا طرح الإشكالية التالية: كيف دبر المغرب قطاع الأمن والإعلام في فترة إدريس البصري؟ وما هي النقلة النوعية التي عاشها الأمن والإعلام في عهد الملك محمد السادس؟

تتفرع عن هذه الإشكالية التالية مجموعة من الأسئلة الفرعية التالية:

- كيف استطاع إدريس البصري المزاوجة بين وزارة الداخلية ووزارة الإعلام؟

- ألم تشكل فترة إدريس البصري انتكاسة أمنية وحتى إعلامية للمغرب؟

- كيف عالج المغرب قطاع الأمن والإعلام في فترة حكم الملك محمد السادس؟

- ما هي القيمة المضافة للإعلام الأمني كتوجه جديد للمؤسسة الأمنية؟

<sup>666</sup>- ظهير شريف رقم 1-02-212 صادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 الموافق ل 31 غشت 2002، القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، كما تم تغييره بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-03-302 الصادر في 16 من رمضان 1424 الموافق ل 11 نونبر 2003، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5160، بتاريخ في 13 نونبر 2003.

وحتى يتم الإحاطة بهذه الإشكالية، ارتقينا الإجابة عنها من خلال التصميم التالي: -  
المبحث الأول: واقع الأمن والإعلام في عهد إدريس البصري. المبحث الثاني: مسار إصلاح  
الأمن والإعلام في فترة حكم الملك محمد السادس.

### المبحث الأول: واقع الأمن والإعلام في عهد إدريس البصري

عاش المغرب مجموعة من المتغيرات بعد حصوله على الاستقلال سنة 1956،  
فقد أسس المديرية العامة للأمن الوطني في نفس السنة، معلنا بذلك عن بداية مرحلة  
جديدة في بناء الدولة الحديثة، فقد استفاد المغرب من الخبرات الفرنسية في مجال الأمن،  
خصوصا وأن مؤسسة الأمن كانت في طور التكوين الداخلي، وكان لابد لها من الاستعانة  
بالشرطة الفرنسية التي لها الشيء الكثير من الخبرة والممارسة العملية التي تفتقدها نظيرتها  
المغربية.

وكأي مؤسسة من مؤسسات الدولة المغربية، عرفت المديرية العامة للأمن الوطني  
في بدايتها بعض التعثرات، والتي أثرت على مسارها الحقيقي، وهو محاربة الجريمة وتكريس  
الطمأنينة لكافة المواطنين، ويعود السبب في ذلك إلى تولي المناصب العليا في هذه المديرية  
لبعض الأشخاص المنتمون للمؤسسة العسكرية، مما انعكس سلبيا على عمل المديرية  
العامة للأمن الوطني.

إلى جانب البداية المتعثرة في القطاع الأمني، عرف مجال الإعلام بدوره في تلك  
المرحلة الكثير من المضايقات، خصوصا وأن الشركة الوطنية للإذاعة والتلفزة المغربية  
كانت في بداياتها الأولى، كل هذا جعل من المجال الإعلامي في المغرب مجرد تابع لأجهزة  
الدولة التي تتحكم فيه كيف تشاء.

ومع تولي إدريس البصري لوزارة الإعلام في سنة 1985، أصبح الإعلام في المغرب  
مقيدا إلى حدود كبيرة، فالإشراف الفعلي كان من مسؤولية وزارة الداخلية التي يرأسها  
البصري، مما يمكن القول معه أننا أمام إعلام مخزني مسير، والذي قام بإعدام حرية

التعبير والرأي بالمغرب، فقطاع الإعلام في عهد وزير الإعلام، كان فقط عبارة عن اسم مجرد من كل شيء، فالسلطة الحقيقية لوزارة الإعلام كانت في يد وزارة الداخلية، التي طبقت هيمنتها على هذا القطاع وسيرته وفق نظام عمال الداخلية وليس وفق ضوابط الإعلام الحر.

إن المغرب لم يكن يملك إعلاما بمفهوم الكلمة، بل كان فقط يدعي بأنه له مؤسسة إعلامية بنظم قانونية ليست بالحقيقية، وهذا الوضع كان نتيجة حتمية في تلك الحقبة الزمنية من تاريخ المغرب، فلا يمكننا أن نتصور إشراف وزير الداخلية، لجهاز الإعلام لمدة تفوق عشر سنوات، فهذه المدة كفيلا بتحويل قطاع الإعلام إلى وسيلة بيد الدولة تدبره كيف تشاء وتفرض عليه شروطها، لأن انعدام الإعلام بالدولة يولد إعدام الحريات والحقوق، ويوجب إسكات أي صوت يطالب بحرية التعبير والرأي في إطار إعلام حر ومستقل.

ولتعميق البحث في هذا المبحث، سنحاول تقسيمه على الشكل التالي: المطلب الأول: مكانة الأمن الوطني مع وزير الداخلية إدريس البصري. المطلب الثاني: حقيقة الإعلام في مرحلة إدريس البصري.

#### المطلب الأول: مكانة الأمن الوطني مع وزير الداخلية إدريس البصري

تولى إدريس البصري منصب وزير الداخلية في الفترة الممتدة من 1979 إلى 1999، حيث تعتبر هذه أطول مرحلة قضاها وزير الداخلية في منصبه بالمغرب، فهذه الوزارة تعد من بين الوزارات السيادية، والتعيين بها يكون من قبل الملك دون غيره، نظرا لمكانتها في الهرم السلطوي والسياسي والإداري بالمغرب.

فقد كان يطلق على وزارة الداخلية فيما مضى بأمر الوزارات، خصوصا وأنها كانت تحظى بمكانة مهمة لدى القصر الملكي، فقد جعل إدريس البصري من الوزارة الداخلية الأمر والنهي على جميع الوزارات الأخرى، فحتى منصب الوزير الأول في عهد

البصري لم يكن يملك من السلطات، إلا جلوسه على كرسي الوزارة لا غير، فإدريس البصري هو صاحب القرار والفصل في جميع القرارات السياسية.

فسلطته كان يستمدها من الملك الراحل الحسن الثاني مباشرة، حيث أصبح الرجل الثاني في الدولة بدون منازع، يبت في كل القضايا الأمنية والاقتصادية والسياسية، ويعمل على تطبيق قراره مهما كان على دوائر الدولة، وأي معارضة من أي جهة أو شخص على أي إجراء منه، يعاقب أو يعرض لتكيل أو تلصق له تهمة التآمر على النظام الملكي.

فعند تولي إدريس البصري لمنصب وزير الداخلية، كانت المؤسسات الأمنية كالاستخبارات ومديرية المستندات، لا تتبع له من حيث الإشراف الإداري أو الأمني، الشيء الذي جعلها في مرمى البصري في التلفيق وكيد الدسائس لها، حتى يفقد الملك الراحل الحسن الثاني ثقته في جهاز الأمن، ويعتمد فقط على البصري في كل كبيرة وصغيرة تهم دواليب السلطة.

وحتى يتسنى لإدريس البصري بسط سيطرته على المؤسسة الأمنية، فقد عمل على إنشاء شبكة أمنية مرتبطة به حرص على وضعها في مختلف مفاصل وأجهزة المؤسسة الأمنية، ليتمكن من معرفة جميع المعلومات السرية حتى يبلغها هو مباشرة إلى الملك، إلى جانب هذه الشبكة هناك شبكة أخرى كونها داخل دواليب وزارة الداخلية من ولاية وعمال وقواد<sup>667</sup>، حتى يحكم قبضته على عدم إفلات أي معلومة منه مهما كانت أهميتها.

وقد ساعد إدريس البصري في الوصول إلى ما وصل إليه في التحكم في المؤسسة الأمنية، هو المحاولتين الانقلابيتين التي تعرض لهما الملك الراحل الحسن الثاني، ففي سنة 1971 كان هناك انقلاب الصخيرات بزعامة الكولونيل محمد أعبابو ومحمد المدبوح، أما الانقلاب الثاني والذي كان في سنة 1972 بقيادة الجنرال محمد أوفقي، من خلال قصفه

667- محمد شقير، المؤسسة الأمنية بالمغرب بين حماية النظام و سلامة المواطن، إفريقيا الشرق، 2016، ص 122.

للطائرة التي كانت تحمل الملك الراحل الحسن الثاني أثناء عودته إلى أرض الوطن عائداً من إسبانيا.

فعندما أحس الملك الراحل الحسن الثاني بخيانة المؤسسة العسكرية له، بادراً إلى تغيير التوجه العام لتدبير الجيش المغربي، حيث عمل على تولي منصب القائد العام للقوات المسلحة الملكية ضماناً منه في التحكم في أمور الجيش، زيادة على ذلك عمل على الاعتماد على المؤسسة الأمنية في مراقبة تحركات رجالات الجيش، كل هذا كان فرصة سانحة لإدريس البصري في التفاني وإظهار الولاء المطلق للملك، حتى يكسب ثقته ويقربه منه باعتباره رجل المرحلة القادمة بدون منازع.

وليؤدي إدريس البصري مهمته بالشكل المطلوب منه، كان لابد عليه من تسخير جميع المؤسسات الأمنية بكل أنواعها<sup>668</sup>، حتى تصبح تابعة له بدون منازع يتحكم في قرارها ويراقب جميع العاملين بها، ولكي ينجح مسعاه في إخضاع الأجهزة الأمنية الغير التابعة له، قام بتوظيف شبكة من المخلصين له من بني مدينته سطات، حتى يتمكن من الوصول إلى مختلف المعلومات السرية ويبلغها إلى الملك قبل أي جهاز آخر.

إن الاختراق الذي قام به إدريس البصري للمؤسسة الأمنية، يعد مسألة خطيرة للغاية من حيث فرض هيمنته على هذه المؤسسة البالغة الأهمية، فقيامه بتوظيف شبكة معينة في مناصب عليا داخل الجهاز الأمني، يعطي إشارة بأن الدولة أصبحت تدار بقرار إدريس البصري لا غير، لأن التسلط الذي قام به على هذا الجهاز، كان الغرض منه شيطنة المؤسسة الأمنية في أعين الملك الراحل الحسن الثاني.

وبدهائه الخبيث وكيد الخاطر، وصل إدريس البصري إلى غايته المراد تحقيقها، وهي إبعاد جهاز الأمن عن أنظار الملك والتحكم في مفاصله، من خلال رجاله الأوفياء الذين

668- تتعدد المؤسسات الأمنية المكلفة برفع التقارير الأمنية للقصر الملكي، فالغاية الوحيدة لهذه المؤسسات تتمحور حول تتبع أخبار المعارضين السياسيين و الثوريين الداعين إلى إحداث تغيير بأي ثمن كان، فبعد تعيين الملك الراحل الحسن الثاني إدريس البصري على رأس وزارة الداخلية، عمل هذا الأخير على تحجيم دور جميع الأجهزة الأخرى، بدءاً من إدارة المحافظة على التراب الوطني وجهاز الأمن، وجهاز الدرك الملكي الذي كان يرأسه الجنرال حسني بن سليمان، وجهاز الأمن الخاص بالملك وجهاز الموالى للمديرية العامة للدراسات و المستندات.

تقلدوا المناصب العليا داخل المؤسسة الأمنية، والذين كانوا يزودونه بأدق المعلومات السرية التي يتوصل بها جهاز الأمن، حتى يقوم هذا الأخير بتبليغها هو بنفسه للملك الراحل الحسن الثاني، بعدما يقوم هو بتحليلها واختيار الأصح والمهم ليبلغه للقصر الملكي.

وقد أبدع إدريس البصري في كيفية صياغة المعلومات المراد تبليغها للقصر، حيث وجد فيها فرصة مواتية للقضاء على جميع أعدائه ومعارضيه، من خلال تلفيق التهم لهم إما أنهم سيقومون بانقلاب على النظام الملكي، أو يشكلون تهديدا على حياة الملك أو على عرشه، كل هذا وجد فيه إدريس البصري فرصة سانحة في التعبير عن ولاءه المطلق للجالس على العرش، وفي التفاني في خدمته وإظهار حرصه الشديد على الملك وعلى الملكية في المغرب.

كل هذا سارع بإدريس البصري لأن يصبح الرجل الثاني والقوي في الدولة بدون منازع، وهذا راجع بالأساس إلى الفراغ الذي أحدثته كل من محمد أوفقيير المدير العام للأمن الوطني ووزير الداخلية ووزير الدفاع في عهد الراحل الحسن الثاني، ومحمد الدليمي الذي كان يرأس جهاز الكاب 1 و يرأس مديرية الدراسات و المستندات<sup>669</sup>، فغياب الجنرال ومساعدته مكننا البصري من التحكم في الأمور وتوظيفها لصالحه.

فبعدها أصبحت الطريق فارغة من كل من أوفقيير والدليمي، سارع إدريس البصري إلى احتلال مكانتهما، وملئ الفراغ الذي تركاه من خلال استغلال المعلومات السرية التي كانت بحوزته، وتوظيفها لصالحه من أجل إرضاء الملك الراحل الحسن الثاني، وأيضا ليبرهن للجالس على العرش بأنه الخادم الوفي والحارس الوحيد لحماية العائلة الملكية.

<sup>669</sup> يرجع أصل إنشاء الكاب 1 إلى السلطات الاستعمارية الفرنسية أثناء فترة الحماية للمغرب في سنة 1912، فاضمان مصالحها ومواجهة معارضيتها بالمغرب، عملت على إحداث مصلحة التوثيق الخارجي و محاربة التجسس بالرباط سنة 1948، لغرض تصفية و إسكات الأحزاب السياسية و النقابات، و للقيام بحرب سرية ضد حركات المقاومة التي انطلقت سنة 1953 و جيش التحرير المغربي الذي ظهر سنة 1955.

فبعد حصول المغرب على الاستقلال حافظ أول مدير عام للأمن على هذا الجهاز، لكن بعد تعيين الكولونيل محمد أوفقيير سنة 1960 على رأس المديرية العامة للأمن الوطني، قام هذا الأخير بإعادة هيكلة الكاب 1 باعتباره أو رئيس له، وقد تولى الجنرال محمد الدليمي فيما بعد رئاسة الكاب 1 منذ 1961 حتى 1966، و كان الغرض من هذا الجهاز هو ملاحقة معارضي الملك الراحل الحسن الثاني. - محمد شقير، م س، ص 60.

وبالفعل، نجح إدريس البصري في الوصول إلى ما كان يصبو إليه، فقد أصبحت الطريق معبئة أمامه للدخول للقصر الملكي متى يريد، واستحوذ على الثقة التي كان يريدها من الملك الراحل الحسن الثاني، وأصبح الرجل ذو قوة تتعاضم يوما بعد يوم، يتحكم في جميع الأمور بيد من حديد، وأي معارضة من الداخل تقابل بالتنكيل بها بشتى الطرق.

إن النزعة السلطوية التي اتسم بها إدريس البصري، هو نتاج حاصل لمسار طويل راكمه من أقوى رجلين في الدولة أوفقيروالدليمي<sup>670</sup>، ولأنه اشتغل مع الاثنين فإنه تخرج من نفس المدرسة التي تشبع بأفكارها، فهو لم يكن يختلف عنهما كثيرا بل يعد صورة تقريبية لهما، حيث قام بتطوير نفسه ليكون البديل لهما إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك.

كما أن من بين العوامل التي مكنت إدريس البصري الوصول إلى هرم السلطة، هو شخصيته المدنية حيث اشتغل في منصب مفتش الشرطة التابع للمديرية العامة للأمن الوطني، ومع تدرجه في المناصب العليا الأمنية، فقد عينه الملك الراحل الحسن الثاني على رأس مديرية حماية التراب الوطني، والتي لم يغادر منها إلا في صيف 1999، كل هذا وغيره جعل من إدريس البصري الرجل المناسب في المكان المناسب بدون أي منازع.

وقد تطرق الدكتور محمد شقير لمجموعة من الوقائع التي ساعدت إدريس البصري في بلوغ أعلى المناصب في جهاز الدولة، من بينها حادثة راعي الغنم الذي وجد مقتولا في ضواحي الرباط، فقد أصدر الملك الراحل الحسن الثاني تعليماته لإدريس البصري إلى التعرف على الجناة، هذا ما دفع بالبصري إلى الدفع بأحد رجاله إلى الواجهة وهو العميد المركزي عبد العزيز علابوش، الذي كان يشتغل بمركز للشرطة في العاصمة الرباط.

زيادة على ذلك، قام إدريس البصري بتصيد أخطاء الآخرين، على رأسهم الجنرال محمد الدليمي والذي كان في آخر أيامه وفقد السيطرة على تصرفاته، ورغم ذلك فإن إدريس البصري لم تكن له الجرأة ولا الشجاعة في التصدي أو مواجهة الجنرال الدليمي،

670- محمد شقير، المؤسسة العسكرية بالمغرب – من القبلية إلى العصرية، الدار البيضاء: إفريقيا الشرق، طبعة الأولى، 2008، ص

والذي يعتبر أستاذه ومعلمه الحقيقي وورث جميع المعلومات السرية، التي أخذها من كل من أوفقيروالدليمي في فترات اشتغاله معها<sup>671</sup>.

ويبقى من العوامل التي ساعدت إدريس البصري في الوصول إلى مكانته لدى الملك الراحل الحسن الثاني، هو ملئ الفراغ الذي تركه الجنرال أحمد الدليمي بعد مقتله في حادثة السير بمراكش، فكمية المعلومات والبيانات السرية التي كانت بحوزة إدريس البصري، مكنته من احتلال موقع المسؤولية في تلك الفترة من تاريخ المغرب، فلم يكن أحد يستطيع ملئ مكانة الدليمي إلا إدريس البصري.

إن رحيل كل من الجنرال أوفقيروالدليمي عن الحياة، جعل من إدريس البصري رجل المرحلة بامتياز، فقد تمكن بذكائه وخبثه المعروف من استغلال هذه الفرصة بالشكل الصحيح، زيادة على ذلك مكنته منصبه على رأس مديرية حماية التراب الوطني، من بسط نفوذه الأمني على جهاز المخابرات الداخلية، والعمل على توظيفها في مصلحته في التقرب والتودد للملك لينال رضاه.

كما أكد ضابط المخابرات المغربي أحمد البخاري، أن سبب صعود نجم إدريس البصري في هرم السلطة، هو مصاهرته مع عائلة وزير الداخلية السابق محمد بنهيممة، وتمكنه من زرع رجالاته في مختلف الأجهزة الأمنية والترابوية<sup>672</sup>، الشيء الذي سهل عليه التحكم في المؤسسات الأمنية، وإخضاعها لخدمة أجندته الأمنية وهي السيطرة على مصدر المعلومة.

إن المناصب التي تقلدها إدريس البصري في الاستخبارات العامة بالرباط، وفي المصالح العامة التابعة للاستعلامات العامة، إلى حين تعيينه رئيسا للمصلحة الجهوية

<sup>671</sup> - هذه الواقعة ذكرها، محمد شقير، م س، ص 125 و 162.

<sup>672</sup> - محمد شقير، م س، ص 127.

إن سبب رجوعنا إلى هذا الكتاب القيم في كثير من الأحيان في بحثنا هذا، هو قلة الكتب التي تتناول المؤسسة الأمنية المغربية في عهد الملك الراحل الحسن الثاني، فندرة الأبحاث الأكاديمية التي تعالج الجهاز الأمني بشيء من التفصيل تعد منعدمة في الخزانات المغربية، نظرا لسرية التي تحاط بها المؤسسة الأمنية في ذلك العهد، و أيضا نظرا لخطورة المعلومات التي يمكن أن يؤدي تسريبها، إلى الكشف عن فظاعة الأعمال التي كانت تقوم بها المؤسسة الأمنية في تلك الفترة.

للتوثيق والتحقيق بالرباط، ساعدته في جمع مجموعة من المعلومات السرية عن المعارضين وعن رجال السياسة، هذه البيانات التي أحسن تديرها لخدمة مصلحته الشخصية.

ومع توالي سنوات خدمة إدريس البصري وتدرجه في المناصب العليا، فمن عضو بديوان وزير الداخلية إلى مدير الشؤون العامة، إلى مساعد كاتب الدولة في الداخلية إلى كاتب الدولة، ليصير إلى وزير الداخلية سنة 1979، حيث بقي في هذا المنصب إلى سنة 1999، و مع تولي الملك محمد السادس لعرش المغرب، قام بإعفاء إدريس البصري من منصب وزير الداخلية<sup>673</sup>.

هذا الانتقال الفوري أو خرق المراحل إن صح التعبير، هو الذي مكن إدريس البصري من التربع على المؤسسة الأمنية، وجمع جميع مصالحها تحت يده بواسطة رجالته السطائين المخلصين له، الذين استقدمهم من مديرية الاستعلامات العامة، حتى يشكل جبهة سطاتية في جهاز مراقبة التراب الوطني، توفر له ضبط جميع المنافذ الأمنية الخاصة بالمملكة المغربية.

وإذا كان إدريس البصري قد تحكم في الجهاز الأمني، وأصبح يتبع له ويعمل لصالحه ويأتمر بأوامره في كثير من الأحيان، فذلك راجع بالأساس إلى شبكة الموظفين الذين أوصلهم إلى المناصب العليا في المؤسسة الأمنية لخدمته، فإذا كان هذا هو حال الجهاز الأمني مع وزير الداخلية، فكيف سيصبح حال قطاع الإعلام مع وزير جمع بين حقيبتين وزاريتين، هما الداخلية والإعلام في نفس الوقت.

المطلب الثاني: حقيقة الإعلام في مرحلة إدريس البصري

عاش قطاع الإعلام بالمغرب مجموعة من المراحل التي أثرت عليه، فالدولة لم تكن تعرف ما الإعلام وما أهميته بالنسبة لها، فبعد حصول البلاد على الاستقلال عانى هذا

<sup>673</sup> - الحسن بوقنطار، السياسة الخارجية المغربية 2000 – 2013، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، الطبعة الأولى، 2014، ص 29.

القطاع مشاكل جمة، من بينها أنه كان إعلاما تابعا لأجهزة الدولة، ويعمل بكل الأوامر التي تصدر من مسؤولي الجهاز الأمني.

فالإعلام بمختلف صوره وأنماطه كان يعيش تحت وطأة المخزن<sup>674</sup>، حتى الأحزاب السياسية والتي كانت تقوم بتحرير أخبارها بنفسها عن طريق جرائدها، لم تسلم هي كذلك من تدخل السلطة في نشر هذه الأخبار، بل قد يتعدى الموضوع إلى ما هو أكبر من ذلك بكثير، في معرفة ما سينشر في عدد الصباح لتزكيته أو تعديله أو رفضه بالمرّة.

فعند تأسيس أول حكومة في المغرب بعد الاستقلال بزعامة البكاي بن مبارك الهبيل سنة 1955، شغل عبد الله إبراهيم منصب كاتب الدولة في الإعلام، حيث واجه هذا الأخير العديد من الصعوبات التي تواجه هذا القطاع الفتي، خصوصا وأن كاتب الدولة المكلف بالإعلام، يعد كاتبا ونقابيا وسياسيا محنكا، يعرف أهمية الإعلام بالنسبة للدولة والمجتمع.

ومع توالي الحكومات المتعاقبة على تدير الشأن السياسي بالمغرب، عرف الإعلام بدوره العديد من المراحل السياسية التي نالت منه في بعض الأحيان، كانتفاضة الخبز بالدار البيضاء في سنة 1965 وانقلاب الصخيرات سنة 1971 وانقلاب 1972 وغيرها، كل هذه المحطات كانت حدثا بارزا في المشهد الإعلامي المغربي.

ففي سنة 1965 شهدت مدينة الدار البيضاء انتفاضة شعبية، كانت في بداية الأمر تتعلق بقرار لوزير التعليم، يمنع من خلاله الطلبة الذين تفوق أعمارهم فوق 17 من الحضور والدراسة في الثانوية، لكن سرعان ما دخل على الخط الاتحاد الوطني للقوات الشعبية بزعامة المهدي بن بركة، بالإضافة إلى انضمام الاتحاد الوطني لطلبة المغرب، كما

<sup>674</sup> - إن أول من استعمل مفهوم المخزن هم السعديين في القرن 16 من الميلاد، فقد عرف الفرنسي ميشو بيلير المخزن بأنه مكان تجميع و خزن الأموال، و الدولة هي التي أنشأت المخزن لتجميع ما تأخذه من القبائل و الحواضر من ضرائب و مؤونات و إتاوات و هدايا مستخدمة في سبيل ذلك – العنف الشرعي المسلح. كما عرفه الطيب بياض بأن مفهوم المخزن هو شكل الحكم وهيكله و آلياته، ظهرت نواته الأولى في وقت مبكر من تاريخ المغرب، و تفاعلت مع مختلف المكونات السوسيو ثقافية و السياسية للبلاد، فعملت هذه الأخيرة على استنباط و إفراز باقي العناصر المهيكله له حسب ما أملتته شروط التطور التاريخي.

- Cherifi Rachida, le makhzen politique au maroc – hier et aujourd’hui, 2 édition, afrique orient, 1988, p 17.

انضم إلى هذه الاحتجاجات مجموعة من المحتجين القادمين من المناطق العشوائية، والمنددين بتحسين وضعيتهم المعيشية والاجتماعية.

كل هذه الحوادث، سارت في المغرب تحت أعين المؤسسة الأمنية بقيادة الجنرال محمد أوفقيير، والذي تعامل معها بنوع من الوحشية والدموية تفوق الوصف، دون اهتمام أو اكتراث الإعلام، الذي كان مغيبا تماما عن الأحداث، فخطاب قطاع الإعلام في تلك الفترة الحرجة كان في واد، والوقائع الميدانية كانت في واد آخر.

وفي ظل هذا التوتر الغير المسبوق في تاريخ المغرب بين الشعب والنظام الملكي، وخروج الأمور عن السيطرة في الشارع العام، وغياب الحقيقة الكاملة في كيفية تدبير انتفاضة الشارع، نرجع وكلنا آمال إلى وسائل الإعلام، كي توضح الحقيقة لتاريخ وللأجيال الصاعدة، لكن وكما هي العادة نجد جهاز الإعلام يناقش مواضيع أخرى، غير تلك الموجود في الساحة الوطنية والتي تهم الرأي العام الوطني.

فوسائل الإعلام المغربية الحرة كانت كلها تحت الرقابة، ولا يمكنها نشر أو كتابة أي شيء إلا بإذن من المخزن، أما أجهزة الإعلام المحسوبة على الدولة، فهي من أنشأتها وتقوم بتمويلها وتتحكم فيها، وبالتالي فهي لا تخرج عن أوامرها في كل كبيرة أو صغيرة، ففي احتجاجات الدار البيضاء قامت السلطات البوليسية بحجز مجموعة من الجرائد، من أبرزها جريدة المحرر وليبراسيون والأهداف<sup>675</sup>.

كما شكل انقلاب كل من سنة 1971 و1972 محطة أخرى لانتكاس الإعلام بالمغرب، فقد سيطر الانقلابيون على جهاز الإذاعة والتلفزة المغربية، ففي انقلاب 1971 بقيادة محمد اعبابوقام هذا الأخير باقتحام الإذاعة هو وجنوده، وكلف الفنان عبد الحلیم حافظ بتلاوة بيان الانقلاب على أمواج التلفزة، التي كانت تدار من طرف مديرها محمد بنددوش.

<sup>675</sup> - عبد الرزاق السنوسي، مقالات .. انتفاضة 23 مارس 1965، جريدة الاتحاد الاشتراكي، بتاريخ: 2009-03-23.

كما اعتبر انقلاب 1972 بزعامة الجنرال محمد أوفقيز حدثا مهما في محطات المغرب، فبينما الإعلام ينتظر وصول طائرة الملك إلى مطار سلا، فالجيش في تلك الساعة ينفذ انقلابه على الملك، من خلال قصف طائرته بواسطة طائرات حربية، إلا أن الإعلام لم يكن على دراية بالموضوع، إلا بعد انتهاء الانقلاب ونجاة الملك الراحل الحسن الثاني من هذه المحاولة الانقلابية.

إن ما عاشه المغرب في انقلاب 1971 و1972 يعري الوجه الحقيقي للإعلام بالمغرب، فضعف التكوين الإعلامي وقلة خبرة الصحفيين المغاربة، هي التي ساهمت إلى حد ما في نقل الأحداث الجارية، بنوع من الضبابية والفوضى الغير معهودة في الصحفي، ولكن وبما أن الإعلام كان تابعا للأجهزة الدولة، فهو لن يقوم بأكثر مما قام به في السابق، وهذا ما دفع بالملك الراحل الحسن الثاني للخروج إلى شعبه لتوضيح الأمور.

ومع توالي السنوات السياسية في المغرب، وبروز أسماء جديدة في الشأن السياسي الداخلي، برز نجم وزير الداخلية آنذاك، ففي سنة 1985 تولى إدريس البصري وزارة الإعلام إلى جانب وزير الداخلية مع صفة وزير الدولة في حكومة لمحمد كريم العراقي سنة 1985<sup>676</sup>، حيث تعد هذه المرحلة هي الانتكاسة الحقيقية للإعلام بالمغرب، خصوصا وأن الفارق بين الوزارتين كبير للغاية، فالداخلية تبقى لها حساسية مفرطة من مجال الإعلام ومن حرية الرأي والتعبير.

ولقد وجد إدريس البصري في هذه الفرصة، دورا أساسيا في إثبات ولاءه للملك الراحل الحسن الثاني، فبعد السيطرة المطبقة على جهاز الأمن زادت سيطرته الفعلية على

<sup>676</sup> - و تكمل القصة الحقيقة التي جعلت من إدريس البصري وزيرا للإعلام، هو الغياب المتكرر آنذاك لوزير الخارجية و الإعلام عبد اللطيف الفيلاي خارج المغرب، ففي ليلة 12 نونبر 1985 بث التلفزيون حلقة من برنامج " وثيقة "، استضافة خلاله المهدي بنعبود أحد قادة جيش التحرير، و المعروف بصراحته و الذي تحدث عن عودة بطل التحرير الملك محمد الخامس من المنفى، و الانقسام الذي حدث وسط الطلاب المغاربة بين الذين ارتاحوا لهذا الرجوع، و بين الذين رفضوا إرسال برقية تهنئة إلى الملك محمد الخامس، و فهم من هذا الكلام أن هناك مغاربة لم يكونوا مؤيدين لرجوع الملك إلى العرش، و في تلك الليلة كان الملك الراحل الحسن الثاني، أمام التلفاز يتابع هذا البرنامج وقد وصل لعلمه مسبقا، عن طريق وزير الداخلية إدريس البصري عن الفوضى العارمة التي تعيشها التلفزة الوطنية، فاتصل بعدد اللطيف الفيلاي فلم يعثر عليه، فطلب إدريس البصري هاتفيا لتوقيف البرنامج، حيث يعد هذا هو السبب المباشر في تعيين إدريس البصري وزيرا للإعلام، حسب ما ذكره الصديق معنيو الكاتب العام السابق لوزارة الإعلام.

قطاع الإعلام، فلا يمكن تمرير أي شيء في الإذاعة إلا إذا وافق هواه، أما ما يراه غير مناسب للمشاهدة من برامج الإذاعة، فلا يمكن تمريره على الإطلاق وبدون مناقشة أي أحد.

وبفعل هذه السطوة المحكمة على جهاز الإذاعة والتلفزيون، أصبح وزير الداخلية في شكل وزير الإعلام، هو الساهر على جميع الشؤون الإعلامية، فقد أصبح له مستشارون من الداخلية يشتغلون في الإذاعة، يراقبون المدير العام لهذا الجهاز ويناقشونه في جميع التفاصيل، بل إن أمرهم أضحى أكثر أهمية من أمر المدير العام لتلفزة والإذاعة.

فقد أكد كل من الصديق معينو الصحفي والكاتب العام السابق لوزارة الإعلام والمدير العام للإذاعة والتلفزة، وعبد الرحمان عشور مدير الإذاعة المغربية سابقا والعامل المكلف بالتواصل بوزارة الداخلية<sup>677</sup>، عن معاناتهم الحقيقية التي عاشوها في عهد إدريس البصري كوزير للإعلام، وكذا عن كمية التحكم التي فرضت على قطاع الإعلام في فترة تدير له، الشيء الذي نتج عنه تعميق الهفوة بين جهازين مختلفين عن بعضها البعض، الداخلية والإعلام.

فمن خلال الاطلاع على هاذين الكاتبين، تظهر لنا الصورة الحقيقية لقطاع الإعلام في فترة إدريس البصري، لقد أصبح المسؤول عن كل شيء بيده جميع السلطات وينفذ ما يريد، أما جميع العاملين بقطاع الإعلام فلا حول لهم ولا قوة، بمن فيهم حتى المدير العام للإذاعة والتلفزة، وما يثير استغرابنا وحيرتنا هو الاستعانة بمسؤولي الداخلية في الاشتغال في أسلاك وزارة الإعلام.

677- فقد أصدر الصديق معينو كتابا له عنوانه ب " أيام زمان "، تطرق من خلالها لمجموعة من الوقائع التي عاشها كمدير عام لجهاز التلفزة بالمغرب، كما تناول في هذا الكتاب تجربة إدريس البصري كوزير للإعلام، و المعاناة التي عاشها معه في كيفية تدبير هذا القطاع الحساس. في حين تناول عبد الرحمان عشور في كتابه تحت عنوان "رجل السلطة بالإذاعة"، المشاكل الحقيقية التي عان منها قطاع الإعلام في فترة إدريس البصري، وكذا لعشوائية التسيير التي كان يدير بها البصري هذا القطاع المهم، فقد سيطرة الداخلية على الإعلام و أصبح لدينا إعلام الداخلية لا غير. يعتبر عبد الرحمن عاشور عاملا من بين العمال، التابعين لوزارة الداخلية والمعينين بظهير ملكي باقتراح من وزير الداخلية وبمبادرة من رئيس الحكومة، حيث قام إدريس البصري وزير الإعلام باستقدام عبد الرحمن عاشور من وزارة الداخلية، للاشتغال في جهاز الإذاعة الوطنية.

- عبد الرحمان عشور، رجل سلطة بالإذاعة ( 1986 – 2003 )، دار النشر المغربية – عين السبع الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2018، ص 59.

كما كشف الصديق معينون في كتابه عن حجم التسلط الذي فرطه إدريس البصري الرجل القوي في المملكة على قطاع الإعلام، حيث وصف معينون وزارة الداخلية بأمر الوزارات وبذات الأسنان المسلحة، كما أكد الصديق معينون أنه سمع الملك الراحل الحسن الثاني يقول لإدريس البصري " أنت عندك التلفزيون ديالك ويقصد القناة الأولى وأنا عندي التلفزيون ديالي ويقصد القناة الثانية".

إن تصريح ملك البلاد بتخصيصه للقناة الأولى لإدريس البصري، يدبرها كيف شاء ومتى شاء، يبين لنا مكانة وزير الإعلام بالنسبة للمؤسسة الملكية، فغياب الثقة في كل المسؤولين جعلت من البصري رمز الوفاء والأمان بالنسبة للقصر، فالملك لم يعد يعتمد في كل أموره إلا على البصري، وكان ثمن هذه الثقة هي تسليمه منصب وزير الإعلام للبصري، والذي أبدع كعاداته في إعطاء صورة غير مشرفة لمؤسسة الإعلام، من خلال التقارير التي كان يرفعها للملك الراحل الحسن الثاني، وأنه يرجع له الفضل في تنظيم جهاز الإذاعة والتلفزة من الفوضى التي كان يعيشها.

إن المكانة التي كان يحتلها إدريس البصري داخل مؤسسات الدولة، جعلته يصف نفسه بأنه هو المسؤول الوحيد عن العلاقة بين الإعلام والملك، الأمر الذي يعكس مدى خطورة هذا الكلام، لأن وزير الإعلام كان يعي تمام المعرفة، مضامين خطابه وبأنه هو أداة الوصل بين الإعلام والقصر، فما يروقه سيروق الملك بطبيعة الحال.

لقد تمكن وزير الداخلية والإعلام من إدارة الشؤون الإعلامية بالمغرب من قبضة من حديد، فقد حرص ألا ينشر شيء في الجرائد أو يذاع في الإذاعة إلا بمباركة منه هو شخصياً، وإذا وقع أي خلل في أي نشاط ملكي كان من المفترض أن يتم عرضه في أخبار المساء، لكن لحدث مانع أو سهو أو نسيان لا يتم تقديم هذا النشاط في نشرة الأخبار المسائية، الأمر الذي ينتج عنه غضبة ملكية على وزير الإعلام إدريس البصري.

وبدوره يعمل إدريس البصري على إفراغ هذا الغضب، على مدير الإذاعة والتلفزة وعلى جميع العاملين فيها، فهو لا يستثنى أي أحد مهما كانت مكانته، حيث كان يقوم

باستدعاء مدير التلفزة إلى ملعب الكولف في ساعات الصباح الأولى، انتقاما منه لوقوع أي خطأ إعلامي، وكذا توبيخا له في كثير من الأحيان، خصوصا وأن المدير العام للتلفزة ونظرا لظروف عمله التي تبقى مستيقظا حتى ساعات متأخرة من الليل، إلا وأن وزير الإعلام يحلوه استدعاءه في الساعات الأولى من الصباح، لإعطائه دروس التقوية في الإعلام.

ومع استمرار تدبير إدريس البصري لمجال الإعلام في المغرب، صاحب ذلك وجود قانون الحريات العامة الصادر سنة 1958<sup>678</sup>، حيث يعتبر هذا القانون هو المنظم لشأن الحريات والحقوق التي يكفلها القانون للمواطن، إلا أن الموضوع كان مختلفا بالنسبة لوزير الإعلام، فلقد لقي الإعلام بمستوياته الثلاث المقروء والمسموع والمكتوب تضييقا كبيرا عليه من مختلف الجهات أو ما يسمى " بالمخزن ".

لقد اعتبر العديد من الصحفيين المغاربة الذين عاصروا حقبة إدريس البصري كوزير للإعلام، إلى كميات المضايقات والتدخل في كل ما يكتبونه في الجرائد اليومية، فقد اعتبر الصحفي خالد الجامعي المقابلة التي جمعتها بوزير الإعلام، أمرا عاديا ومألوفا في تلك الفترة، فقد قام الجامعي بنشر مقال في جريدة لوبنيون الفرنسية، باعتباره مسؤولا عن التحرير في هذه الجريدة.

فقد كتب خالد الجامعي مقالة حول الديمقراطية المغربية، وتطرق فيها إلى أن التعددية الحزبية في المغرب مجرد كذبة بلقاء، لأن المخزن هو الحزب الوحيد وأن باقي الأحزاب الأخرى مجرد تزويق وتأييث، ليفاجئ الجامعي في الصباح الموالي لصدور المقال،

<sup>678</sup> - ظهور شريف رقم 1-58-376 صادر في 15 نونبر 1958، المتعلق بتأسيس الجمعيات، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 2404 مكرر بتاريخ 27 نونبر 1958، ص 2849.  
ظهير شريف رقم 1-58-377 الصادر في 3 جمادى الأولى 1378 الموافق ل 15 نونبر 1958، المتعلق بشأن التجمعات العمومية، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 ( 27 نونبر 1958 ) ن ص 2853.  
ظهير شريف رقم 1-58-378 صادر في 3 جمادى الأولى 1378 الموافق ل 15 نونبر 1958 المتعلق بقانون الصحافة و النشر، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 ( 27 نونبر 1958 )، ص 2856.  
قانون رقم 004-71 بتاريخ 21 شعبان 1391 ( 12 أكتوبر 1971 )، المتعلق بالتماس الإحسان العمومي، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 3077 بتاريخ 20 أكتوبر 1971، ص 2465.

بتلقيه دعوة عاجلة من وزير الداخلية، ومخاطبا له بعبارة " اشكون أنت " ( من تكون أنت ) لتقوم بنشر هذا المقال<sup>679</sup>.

ومع بداية التسعينات وظهور الإعلام الأجنبي على الشاشة المغربية، كان لابد على المغرب من التفكير مليا في تنظيم هذا القطاع المهم، بترسانة قانونية تؤهل القطاع السمعي البصري ببلادنا، وهذا ما دفع بالسلطات العمومية إلى إطلاق المناظرة الوطنية في سنة 1993، والتي تعتبر الأولى من نوعها في العالم العربي. كما أكد الملك الراحل الحسن الثاني، من خلال رسالته الموجهة لأشغال المناظرة الوطنية، على ضرورة إحداث هيئة عليا للإعلام بالمغرب، مما اعتبره البعض إشارة قوية ورغبة واضحة للدولة في وضع قطاع الإعلام السمعي البصري على سكة التغيير والتطوير<sup>680</sup>.

لكن، وفي ظل الانتقال الذي عاشها المغرب، وبالضبط خلال حكومة التناوب بزعامة الوزير الأول عبد الرحمان اليوسفي في سنة 1998، واتهام إدريس البصري وزير الإعلام آنذاك بالتجسس على المشاورات الأولى لتشكيل الحكومة والتي اعترضت عن تولي هذا الأخير لمنصب وزير الداخلية<sup>681</sup>، وقد أحس هذا الأخير بأن بوصلة الإعلام بدأت تتجه إلى الحكومة الجديدة، فقد كان أول إنجاز لها هو صدور ظهير تشكيل الهيئة العليا للإعلام ومختلف القوانين التي تهم تدير الإذاعة والتلفزة، بعد أن كان قطاع الإعلام حكرا على الدولة منذ سنة 1924.

إن ما تعرض كل من الأمن والإعلام في المغرب في فترة إدريس البصري، لدليل واضح على أن الدولة كانت تدار من طرف الأقوى لا غير، فقد سيطر البصري على مؤسسة الأمن وجعلها تابعة له، ووظف فيها كل من يخدمه ويمهد له الطريق لتحكم فيها، كما عمل البصري على استغلال منصب وزير الإعلام، جاعلا منه ولاية تتبع لوزارة الداخلية، فاندماج الإعلام بالداخلية، فاختلف علينا التفريق بين ما هو إعلامي وبين ما هو سلطوي.

679- رسالة خالد الجامعي التي نشرها على صحيفة لوبنيون، لسان حزب الاستقلال باللغة الفرنسية، بتاريخ 22 نوفمبر 1993.

680- عبد الرحمان عشور، م س، ص 63.

681- عبد الرحمان اليوسفي، أحاديث في ماجرى، إعداد: امبارك بودرقة، الطبعة الثالثة 2020، الجزء الثاني، ص 259.

كل هذا، جعل من المغرب يعيش أصعب مرحلة في تاريخه، حيث تمكن إدريس البصري من تغليب مفهوم الأمن على غيره من المفاهيم الأخرى، وحتى يحقق هذه المعادلة الصعبة، جعل من الإعلام وسيلته لمراقبة أي شيء، فأصبحنا نرى تدير موظفين من الداخلية لشأن الإعلامي، الأمر الذي نتج عنه تغليب هاجس الأمن على هامش الحرية والإعلام.

والأكيد أن كل من الأمن والإعلام، كان من بين الوسائل التي يسعى لها أي رجل سلطة في عهد الملك الراحل الحسن الثاني، وإدريس البصري منهم، فالأمن هو غاية كل من يريد التحكم في كل الأمور والتقرب من القصر الملكي، أما الإعلام فلا يمكن أن يتحرك أي شيء لا في شاشة التلفزة ولا في الصحافة إلا بإذن منه، لأن صدور أي إعلان أو مقال صحافي، يهاجم النظام السياسي أو ينتقد الوضعية الديمقراطية في المغرب، فهو بطبيعة الحال لن يكون مقبولاً عند الحسن الثاني، الذي سيصب جام غضبه على وزير الداخلية ووزير الإعلام إدريس البصري.

لكن، وكما لإدريس البصري وزير الإعلام مساوئ فإن له إيجابيات كثيرة في مجال الإعلام بالمغرب، فقد ذكر عبد الرحمان عشور أن من بين الحسنات التي تعود لإدريس البصري وزير الإعلام في الشأن الإعلامي المغربي، إعداده لقانون الصحافة المهني ولبطاقة الصحافة، بالإضافة كذلك إلى خلق صندوق لفائدة رجال الإعلام وإلى إعداد مشروع إنشاء المجلس الأعلى للأمن<sup>682</sup>، كل هذه الخطوات المهمة في مجال الإعلام في المغرب كانت من نصيب وزير الإعلام إدريس البصري.

ومع بداية التسعينات، ونتيجة لتحويلات التي عاشها المغرب في تلك الفترة، كان لابد للدولة من نهج مسار التغيير، فقد أدرك الملك الراحل الحسن الثاني، بأن بؤادر الإصلاح أصبحت ضرورية بالنسبة للمغرب، الأمر الذي نتج عنه السماح لليساريين بترؤس الحكومة في سنة 1998، لطي صفحة من الصراعات بين القصر الملكي واليسار المغربي.

682- عبد الرحمان عشور، م س، ص 65 و 66.

وقد أدركت القيادة الجديدة للمغرب في سنة 1999، أن المغرب لم يعد هو مغرب الماضي، فكل المؤشرات الداخلية تطالب بالإصلاح ونهج مسار التجديد، وهذا ما التقطه الملك محمد السادس في بداية حكمه، ليدشن مرحلته بخطاب الدار البيضاء 12 أكتوبر 1999، معلنا بذلك عن ميلاد مفهوم جديد للسلطة، مغايرا تماما لما كان معمولا به في السابق، متعهدا في نفس الوقت عن انطلاق مرحلة جديدة بالبلاد بوجوه جديدة.

المبحث الثاني: مسار إصلاح الأمن والإعلام في فترة حكم الملك محمد السادس

لقد استقبل الملك محمد السادس عهد ولايته لحكم المغرب بنهج سياسي مغاير لما كان عليه والده الراحل الحسن الثاني، فبوادر الإصلاح كانت بادرة على وجه الملك الشاب، الذي أراد أن يستقبل فترة حكمه بتغيير جذري لكل الأمور السلبية التي كانت سائدة في النظام السابق وأولها إعفاءه إدريس البصري من منصب وزير الداخلية كإشارة أولية للنهج التقدمي الجديد في تاريخ المغرب الحديث.

كان لابد ملك البلاد من طرح خريطة الطريق التي سيعتمد عليها في مشوار حكمه للمغرب، فالكل كان مترقبا لهذا الإعلان الجديد، بدءا من الطبقة السياسية والأوساط المدنية بمختلف توجهاتها، ونتيجة لهذا الوضع سارع عاهل البلاد إلى بث الطمأنينة إلى مختلف الطبقات السياسية والفرق الحزبية، بأن المغرب اليوم سيسع الجميع رغم اختلاف التوجهات السياسية والانتماءات الحزبية.

فقد أولى جلالته عناية كبيرة بجميع مؤسسات الدولة، حيث عمل على إخراج هذه المؤسسات إلى الوجود من جديد، مشددا في نفس الوقت بأن المغرب اليوم قائم على التعددية الحزبية والنهج الديمقراطي، وبأن على قطاعات الدولة باختلاف مهامها، العمل وبجدية كبيرة على خدمة المواطن والسهرة على ضمان أمنه وسلامته، قاصدا بذلك المؤسسة الأمنية باعتبارها الساهر الوحيد على ضمان الأمن والسكينة العامين.

إن الإصلاحات التي شهدت المؤسسة الأمنية في عهد الملك محمد السادس، تبقى هي الأهم والأحدث في تاريخ المغرب، فالظروف التي عاشتها هذه المؤسسة، جعلت منها مؤسسة قمعية وسلطوية لا تراعي الحقوق ولا الحريات، لكن التوجه الجديد للدولة عمل على تغيير هذه الصورة النمطية للمؤسسة الأمنية، وبأنه جهاز وجد لخدمة المواطن ولتوفير الحماية له، وهذا الفضل يعود للملك محمد السادس المهندس الوحيد لسياسية الأمنية بالمغرب.

إضافة لذلك، قام الملك محمد السادس بالاهتمام أيضا بقطاع الإعلام، باعتباره منارة للحرية والتعبير واحترام الحقوق والحريات العامة للمواطنين، فقد اعتبر جلالته أن جهاز الإعلام هو المكسب الحقيقي للدولة، فمنه يأخذ المواطن مصداقية والصحة الخبر، ولا مناص من إعلام هادف ذورسالة نبيلة يخدم المصالح العليا للمواطن وللدولة المغربية. كما أن المتتبع للشأن الأمني المغربي، يجد بأن المؤسسة الأمنية قامت في السنوات الأخيرة بالانفتاح على العالم الخارجي والداخلي، من خلال وسائل الإعلام سواء الوطنية أو الدولية، وذلك لتقريب الإعلام من المؤسسة الأمنية المغربية، حتى يتم إزالة جميع الشبهات التي كانت تحيط بهذه المؤسسة في ما مضى، وجعلها مؤسسة مفتوحة على جميع مكونات المجتمع عن طريق الإعلام الأمني.

سنحرص في هذا المبحث على تسليط الضوء على جهاز الأمن والإعلام في عهد الملك محمد السادس، وكذلك على انفتاح المؤسسة الأمنية على محيطها الخارجي عن طريق الإعلام، وذلك من خلال التصميم التالي: المطلب الأول: أولوية الأمن والإعلام مع بداية حكم الملك محمد السادس. المطلب الثاني: المؤسسة الأمنية وانفتاحها على الإعلام الأمني.

المطلب الأول: أولوية الأمن والإعلام مع بداية حكم الملك محمد السادس

تعتبر فترة تولي الملك محمد السادس لحكم المغرب من أهم المحطات المهمة التي عاشتها الدولة مع نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرون، فقد أحدثت بداية حكمه نقلة نوعية لجميع القطاعات الحيوية للدولة، فالتوجه الجديد للجالس على العرش يسير نحو مغرب الغد والمستقبل، الذي يعتمد على مؤسساته ويقوم على موارده البشرية الهائلة.

ومع تغير توجه الدولة نحو الإصلاح الشامل والتدريجي، حرص الملك محمد السادس إلى بعث بوادر الطمأنينة لمختلف الفاعلين الحقيقيين في الشأن العام الداخلي، مبينا لهم في نفس الوقت بأن عهده سيكون مغايرا تماما لما كان عليه سلفه الملك الراحل الحسن الثاني، وبهذه المضامين الجديدة دخل المغرب في مرحلة تعكس الطموح الملكي لبناء دولة الغد والمستقبل.

فقد حرص جلالته على تولية العناية لمختلف مؤسسات الدولة حتى يتم القطع مع الممارسات التي كانت تشوبها في فترة حكم والده، حيث أعلن في أول خطاب له يوم 12 أكتوبر 1999 بمدينة الدار البيضاء على إطلاق مفهوم جديدة للسلطة في إشارة واضحة للإصلاحات المقبلة عليها المؤسسة الأمنية، فقد اعتبر كثيرون بأن السياسة الأمنية بالمغرب، انطلقت مع تولي الملك محمد السادس لحكم المغرب<sup>683</sup>.

لقد شكل خطاب 12 أكتوبر 1999، محطة أولية لمسار إصلاحي طويل تنبني عليه المؤسسة الأمنية، كما شكلت محطة هيئة الإنصاف والمصالحة حدثا بارزا جعل من المغرب يحظى بكل التقدير والاحترام، فقد اعتبر هذا الإنجاز من أول الإنجازات التي قام بها الملك محمد السادس في بداية حكمه، ففي سنة 2004 أعطى جلالته تعليماته بإحداث هيئة

<sup>683</sup>-شيماء غنيم، تطور مفهوم و نظريات الأمن بين التحولات الدولية و التجربة المغربية، مؤلف جماعي، الحكامة الأمنية بالمغرب – مقاربات في ثنائية الأمن و الحرية -، مطبعة الأمنية الرباط، 2019، ص 20.

وطنية للإنصاف والمصالحة، مستجيبا بذلك لتوصية المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان بإحداث هذه الهيئة<sup>684</sup>.

وقد جاء في التقرير الختامي الصادر عن هيئة الإنصاف والمصالحة، وبالخصوص في التوصية الرابعة منه تحت عنوان " ترشيد الحكامة الأمنية "، فقد تضمن هذا التقرير سبع مرتكزات تقوم كلها حول الإصلاح التشريعي والهيكلية للقطاع الأمني بالمغرب<sup>685</sup>، والتي يجب العمل بها ضمن الجهاز الأمني لإصلاح المشاكل التي عانى منها هذا الجهاز على مر الأعوام الماضية.

ومع استمرار التطور الحاصل في المسار السياسي المغربي، كان لابد من مواصلة النهج الإصلاحية داخل المؤسسة الأمنية، فقد أكد الملك محمد السادس في خطابه بمناسبة عيد العرش ل 30 يوليوز 2004، بضرورة إصلاح القطاع العمومي والذي يشمل بالطبع الجهاز الأمني، وذلك عن طريق تخليق الحياة العامة ومحاربة كل أشكال الفساد، والاعتماد في هذا الصدد على موارد بشرية مؤهلة لها من الكفاءة والخبرة الشيء الكثير<sup>686</sup>.

كما أكد جلالته مرة ثانية في خطابه ل 30 يوليوز 2007، على أهمية النهوض بالأوضاع الاجتماعية لرجال الأمن، لما يقدمونه من تضحيات جمة في سبيل الوطن، ومما جاء في نص خطابه " نجدد تنويعنا بالإدارة الترابية وبأسرة الأمن الوطني، والدرك الملكي، والقوات المساعدة، والوقاية المدنية، مؤكداً موصول عنايتنا بكافة الساهرين على شؤون الدفاع والأمن رعاية منا لأوضاعهم الاجتماعية وتكفلاً بأسرهم"<sup>687</sup>.

إن العناية التي يولمها صاحب الجلالة لجميع المؤسسات الأمنية، تبقى خير دليل على حرصه المولوي على تحسين جودة العمل الأمني، حتى يضاهي الدول المتقدمة في سياستها الأمنية، كذلك يحرص جلالته على تولية العناية لنساء ورجال الأمن، من خلال النهوض

684- إسماعيل حمودي، مسار الحكامة الأمنية بالمغرب: تحليل و نقد، مؤلف جماعي، الحكامة الأمنية بالمغرب – مقاربات في ثنائية الأمن و الحرية -، مطبعة الأمنية الرباط، 2019، ص 41.

685- هيئة الإنصاف و المصالحة، التقرير الختامي، الكتاب الأول، طبعة خاصة تكريماً للمرحوم إدريس بن زكري، منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، 2007، ص 119.

686- مقتطف من نص الخطاب الملكي السامي بمناسبة عيد العرش، 30 يوليوز 2004.

687- مقتطف من نص الخطاب الملكي السامي بمناسبة عيد العرش، 30 يوليوز 2007.

بأوضاعهم الاقتصادية والاجتماعية لضمان مستوى معيشي يليق بهذه الفئة، وأيضا لإبراز مكانتهم داخل المنظومة المجتمعية ككل.

وفي خطوة حكيمة من الملك محمد السادس، قام هذا الأخير بتعيين عبد اللطيف الحموشي مديرا عاما للأمن الوطني سنة 2015، فقد شكل هذا الحدث تحولا جذريا ومهما للغاية، أولا بتولية شخصية مدنية وليست هي الأولى من نوعها، وثانيا من حيث شخصية المدير العام للأمن الوطني، هذه الشخصية التي حولت جهاز الأمن الوطني، من وضعية حرجة للغاية إلى مستوى مغاير تماما للوضع السابق.

فبتولية السيد عبد اللطيف الحموشي على رأس الجهاز الأمني، عمل المدير العام للأمن الوطني على إحداث نقلة نوعية للمؤسسة الأمنية من جميع المستويات، فقد قام بتحسين الوضعية الاجتماعية والمالية لنساء ورجال الأمن الوطني، كما قام بتعديل النظام الأساسي الخاص بموظفي الشرطة سنة 2019، استجابة منه في تحسين وضعية موظفي الأمن الوطني<sup>688</sup>.

زيادة على ذلك، قام المدير العام للأمن الوطني بإصلاح تدريجي وشامل للمؤسسة الأمنية، سواء المركزية منها أو اللامركزية، حتى تكون في المستوى المطلوب منها وهو خدمة المواطن المغربي، حيث قام بتأهيل المرافق الأمنية بالوسائل والمعدات المتطورة، التي تواكب التغيرات الحاصلة على الساحة الوطنية والدولية، بالإضافة إلى ذلك عمل على تولية العنصر البشري مزيدا من العناية، فقد ركز المدير العام للأمن الوطني، على الكفاءة والخبرة في رجال ونساء الأمن الوطني بمختلف دراجاتهم المهنية، للرفع من الأداء الأمني المطلوب منهم.

كما أدرك الملك محمد السادس بأن المرحلة الراهنة التي يعيشها المغرب، لم يعد من الممكن التعامل معها فقط بمفهوم الأمن بشكله التقليدي، بل إن أبعاد الأمن اليوم

<sup>688</sup>- مرسوم رقم 2-19-429 الصادر في 18 رمضان 1440 الموافق ل 24 ماي 2019، بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي الأمن الوطني، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 6781 الصادر بتاريخ 21 رمضان 1440 الموافق ل 27 ماي 2019، ص 3201.

تعددت وتغيرت، ولم يبقى الأمن حبيس معناه الضيق، وهو حماية الأرواح والممتلكات، بل تعداه إلى ما هو أكثر من ذلك، فالיום أضحي لدينا الأمن الصحي والأمن الدوائي والأمن الاجتماعي وغيره، لأن وظائف الأمن في الوقت الراهن لدول أصبحت متعددة ومتنوعة في مختلف مناح الحياة.

ورغبة من المؤسسة الملكية في السهر على عصرنه المؤسسة الأمنية، نجد أيضا المدير العام للأمن الوطني يسير بنفس الخطوات، التي تبناها الملك محمد السادس صانع السياسة الأمنية بالمغرب، فالأمن المغربي اليوم يعيش في أحسن مرحلة في تاريخه، من حيث الكفاءة والمستوى العالي الذي تتمتع به أجهزته الأمنية، لا على المستوى الداخلي ولا على المستوى الخارجي.

فالיום أصبح العالم كله، يعترف بمكانة المؤسسة الأمنية المغربية في محاربة الإرهاب والتطرف، ولم يقف المغرب عند هذا الحد بل إن أجهزته الأمنية، تقوم بالتنسيق بينها وبين الاستخبارات الدولية<sup>689</sup>، حول المعلومات الأمنية المتعلقة بالخلايا الإرهابية وبالتهريب الدولي للمخدرات والهجرة الغير الشرعية، فقد أكدت العديد من الاستخبارات العالمية تعاون الاستخبارات المغربية معها، في إلقاء القبض على الفارين من العدالة الدولية<sup>690</sup>.

إن ما وصلت إليه المؤسسة الأمنية في عهدنا الحالي، هو نتيجة القيادة الرشيدة والحكمة للملك محمد السادس، فحرصه الشديد على إبراز مكانة الأمن داخل المجتمع المغربي من الأولويات المهمة في قراراته السياسية، كما يعمل جلالته على جعل الجهاز الأمني

689- مصطفى حازين، الشرطة المغربية تحولات العقيدة الأمنية و الأداء الوظيفي ورهان الحكامة الأمنية، مطبعة الأمنية – الرباط، الطبعة الأولى 2020، ص 83.

690- ذكر مدير المكتب الوطني للأبحاث القضائية، في استعراض لنتائج عمل هذا المكتب، بأنه هناك تعاون دولي بين المغرب و عدة دول أوروبية بزعماء التحالف الدولي، الذي تقوده الولايات المتحدة الأمريكية لمواجهة الخطر الإرهابي داعش، حيث أشار السيد حبوب الشرفاوي في هذا الصدد، إلى التعاون الموجود بين الاستخبارات المغربية و الاستخبارات الأمريكية، حيث أفرز هذا التعاون و التنسيق الموجود بين المديرية العامة لمراقبة التراب الوطني و جهاز الاستخبارات الأمريكية، إلى تفكيك خلية إرهابية بمدينة وجدة خلال شهر مارس 2021، كما قامت هذه المديرية بتزويد مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي، بمعلومات مهمة في شهر يناير 2021 حول الجندي الأمريكي كول بريدجز الذي تم اعتقاله.

حبوب الشرفاوي، المكتب المركزي للأبحاث القضائية قام منذ إحدائه بتفكيك 84 خلية إرهابية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، WWW. MAROC.MA، تاريخ الدخول: 2021/08/30، ساعة الدخول: 16h44.

من ضمن المؤسسات الأمنية الدولية العريقة، المشهود لها بالتفوق وبالتجربة الأمنية ذات الصيت العالمي، رغبة منه في تسويق التجربة الأمنية للمغرب إلى باق الدول المجاورة.

فالمؤسسة الأمنية حاولت جاهدة القطع مع كل الممارسات التي لحقتها من القرن الماضي، فقد اهتمت في العديد من القضايا بالاختفاء القسري والتعذيب والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وأمام هذا الوضع الصعب حاول جلالته الملك محمد السادس بكل جهوده، إلى إضفاء صورة نموذجية ومثالية للمؤسسة الأمنية في وضعنا الراهن، وبالفعل فقد انعكست هذه الصورة الإيجابية على المؤسسة الأمنية، سواء بالداخل المغربي أو خارجه.

كذلك، اهتم العاهل المغربي بوضع اللبنة الأساسية للمؤسسة الأمنية، كمؤسسة تقوم على احترام القانون والتقييد بالمبادئ العالمية لحقوق الإنسان، وهذا ما أظهرته التجربة الأمنية المغربية في فترة الربيع العربي سنة 2011، وكيف تعامل معها الأمن الوطني بنوع من المسؤولية الجادة، القائمة على الأسس القانونية واحترام الحريات العامة، هذا في حد ذاته يدل على وظيفة الأمن الجديدة المبنية على حماية المواطن والوطن معا<sup>691</sup>.

إلى جانب الإصلاح الذي شهده القطاع الأمني، نجد أيضا الاهتمام الملكي بشأن الإعلامي وما يمثله بالنسبة للدولة، فقد وجه جلالته يوم 15 نونبر 2002 رسالة سامية إلى أسرة الصحافة والإعلام، ومما جاء في بعض مضامينها " وعندما نقول الحرية، فلأنه لا سبيل لنهوض وتطور صحافة جيدة دون ممارسة لحرية التعبير. كما أن التأكيد على ملازمة المسؤولية للحرية، مرده إلى اعتبار أنه لا يمكن للإعلام أن يكتسب المصداقية الضرورية، وأن ينهض بالدور المنوط به، ويتبوأ المكانة الجديرة به في حياتنا العامة، ما لم تمارس هذه الحرية في نطاق المسؤولية "<sup>692</sup>.

691- إحسان الحافظي، المؤسسة الأمنية و الانتقال الديمقراطي في بلدان الربيع العربي، مؤلف جماعي، الحكامة الأمنية بالمغرب – مقاربات في ثنائية الأمن و الحرية -، مطبعة الأمنية – الرباط، 2019، ص 93.

692- مقتطف من رسالة السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس، مأخوذة من الموقع الإلكتروني لوزارة الاتصال: WWW.MINCOM.GOV.MA، تاريخ زيارة الموقع : 2021/09/02، ساعة الدخول: 18h16.

فقد عرف المغرب أول قانون لصحافة في سنة 1958 والذي تم تغييره وتعديله في سنة 2002<sup>693</sup>، رغبة منه في امتلاك ترسانة قانونية تهتم بالشأن الإعلامي، فلا يمكن أن يتطور هذا القطاع بدون مواكبة القانون له، وحمايته من الدخلاء الذين يشوهون قطاع الإعلام ومبادئه، الأمر الذي عمل معه المغرب على وضع الإعلام في مساره الصحيح.

كما عرف قطاع الإعلام في سنة 2004 صدور قانون الاتصال السمعي البصري<sup>694</sup>، لترسيخ قيم الديمقراطية التي رسمها الملك محمد السادس، بهدف تقوية أسس دولة الحق والقانون وتوسيع مجال الحقوق والحريات العامة والفردية، فهدف هذا القانون هو جعل المغرب بلدا يواكب المتغيرات الدولية الحاصلة في مجال الإعلام والاتصال السمعي البصري.

فقد أكد جلالته في خطاب العرش ل 30 يوليوز 2004، على ضرورة النهوض بأوضاع المشهد الإعلامي بالمغرب، حيث أكد في خطابه " وبما أن إصلاح الفضاء السياسي سيظل ناقصا بدون استكمال الإصلاح الشامل للمشهد الإعلامي، لترابطهما العضوي في ديمقراطية الدولة والمجتمع، فإننا عازمون على مواصلة الإصلاحات الأساسية للمشهد الإعلامي الوطني، بما في ذلك إيجاد قانون منظم لاستطلاع الرأي، منتظرين من الحكومة العمل على انبثاق مؤسسات إعلامية مهنية، حرة ومسؤولة..."<sup>695</sup>.

وفي نفس المسار الإصلاحي لقطاع الإعلام، وبروز اهتمام المؤسسة الملكية بوضعية الإعلام وما يمثله بالنسبة للدولة، فقد وجه جلالته رسالة سامية إلى الدورة الثامنة للمؤتمر الإسلامي لوزراء الإعلام سنة 2009، والتي دعا فيها إلى تجديد الخطاب الإعلامي، حيث أكد في خطابه ما يلي " بما يقتضيه ذلك من صياغة خطاب إعلامي متجدد

<sup>693</sup> - ظهر شريف رقم 1-58-378 صادر في 3 جمادى الأولى 1378 الموافق ل 15 نونبر 1958، المتعلق بقانون الصحافة و النشر، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 2404 مكرر بتاريخ 16 جمادى الأولى 1378 ( 27 نونبر 1958)، ص 2856، وقد عوض هذا الظهير بقانون رقم 77-00 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-02-207 بتاريخ 25 رجب 1423 ( 3 أكتوبر 2002 ) المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 5075 بتاريخ 20/01/2003، ص 220.

<sup>694</sup> - ظهر شريف رقم 1-04-257 الصادر في 25 من ذي القعدة 1425 ( 7 يناير 2005)، بتنفيذ القانون رقم 77-03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 5288 الصادر بتاريخ 23 ذو الحجة 1425 ( 3 فبراير 2005 ).  
<sup>695</sup> - امحمد اقلي، مدونة الصحافة و النشر في شروح، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الأولى 2020، ص 3.

وموضوعي، واعتماد أساليب حديثة للتواصل، ووضع خطط فعالة لإسماع صوت العالم الإسلامي، وشرح مواقفه، ونصرة قضاياها العادلة...<sup>696</sup>.

لقد مثلت التوجهات الملكية دورا أساسيا في تأهيل قطاع الإعلام، حيث تبقى بعض الخطب الملكية بمثابة المرجع الأسمى لإصلاح الإعلام ببلادنا. هذا القطاع الذي يحظى بمكانة متميزة داخل السياسة العمومية للدولة، فالإعلام هو السلاح الجديد الذي تقوم عليه المصالح العليا للدول، والمغرب ووعيا منه بفعالية الإعلام في المرحلة المقبلة، فهو يحرص تمام الحرص من أن يجعل من الإعلام، مكسبا دستوريا وديمقراطيا لتنمية البلاد على جميع الأصعدة.

وقد عرف المناخ السياسي المغربي محطة مهمة في سنة 2011، فقد شهدت البلاد صدور دستور جديد ينهض بالأوضاع الداخلية والخارجية للدولة، كما تطرق هذا الدستور للعديد من الإصلاحات التي شملت مختلف القطاعات الرئيسية، ومن بين أهم هذه المجالات التي حظيت باهتمام دستوري نجد قطاع الإعلام، فقد نص الفصل 28 من دستور 2011 على ما يلي " حرية الصحافة مضمونة، ولا يمكن تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية. للجميع الحق في التعبير، ونشر الأخبار والأفكار والآراء، بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة. تشجع السلطات العمومية على تنظيم قطاع الصحافة، بكيفية مستقلة، وعلى أسس ديمقراطية، وعلى وضع القواعد القانونية والأخلاقية المتعلقة به. يحدد القانون قواعد تنظيم وسائل الإعلام العمومية ومراقبتها. ويضمن الاستفادة من هذه الوسائل، مع احترام التعددية اللغوية والثقافية والسياسية للمجتمع المغربي. وتسهر الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري على احترام هذه التعددية، وفق أحكام الفصل 165 من هذا الفصل"<sup>697</sup>.

<sup>696</sup> -رسالة سامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس موجهة إلى الدورة الثامنة للمؤتمر الإسلامي لوزراء الإعلام، الرباط، الثلاثاء 27 يناير 2009.

<sup>697</sup> -ظهير شريف رقم 1-11-91 الصادر في 27 من شعبان 1432 ( 29 يوليوز 2011)، بتنفيذ نص الدستور الصادر في الجريدة الرسمية تحت عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 ( 30 يوليوز 2011 )، ص 3606.

فبالعودة إلى الفصل 28 من دستور 2011، نجد تطرق إلى حق التعبير والرأي واعتبارهما من الحقوق المقدسة، وتتفرع عن هذه الحقوق حرية الصحافة التي كفلها الدستور الجديد، معتبرا إياها من الوسائل التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية، فالقانون ينظم كيفية اشتغال وسائل الإعلام المختلفة، ويحرص على تمتعها بكل الحقوق المكفولة لها قانونيا، ويتشدد في محاسبة كل من يقف في وجه وسائل الإعلام كيفما كانت.

أيضا، تناول دستور 2011 في الفصل 165 منه، ما يسمى بالهيئة العليا للاتصال السمعي البصري<sup>698</sup>، فهذه الهيئة سيكون لها أثر بليغ في النهوض بمختلف وسائل الإعلام، فهي التي ستسهر على ضبط وتقنين قطاع الاتصال السمعي البصري، خصوصا وأن هذا القطاع كان حكرا على الدولة لمدة كبيرة من الزمن، ولكن بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، سترفع الدولة يدها عن هذا القطاع الحيوي الذي عانى من هيمنة الدولة وتحكمها فيه.

فالمغرب يعي تماما أن درجة تقدم الدولة وما مدى الديمقراطية المنشودة فيها، تقاس بمدى احترامها لحرية الرأي والتعبير وعدم تدخلها في شؤون الإعلام، لأن أي رقابة أو سيطرة على وسائل الإعلام بمختلف أنواعها، ستصبح الدولة أمام واقع خطير للغاية، وهو قمعية وبوليسية الدولة التي تصادر حرية الإعلام، لكل هذا سارع الدستور الجديد على التنصيب على الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، حتى تقوم على جميع القضايا التي تهم الإعلام، وتعمل كذلك على تحسين أوضاع الطبقة الصحفية العاملة في مجال الإعلام.

وحتى ندعم قطاع الإعلام ونزيد من مكانته داخل الدولة، فقد حرص المشرع المغربي إلى تولية هذا المجال عناية خاصة، فقد قام بإصدار قانون رقم 13-88 المتعلق

<sup>698</sup>- ينص الفصل 165 من دستور 2011 على ما يلي " تتولى الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري السهر على احترام التعبير التعددي لآراء الرأي و الفكر، و الحق في المعلومة في الميدان السمعي البصري، و ذلك في إطار احترام القيم الحضارية الأساسية وقوانين المملكة ".  
- الظهير الشريف رقم 1-04-257 صادر في 25 من ذي القعدة 1425 بتنفيذ القانون رقم 03-77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 5288 بتاريخ 23 ذو الحجة 1425 ( 3 فبراير 2005 ).

بالصحافة والنشر<sup>699</sup>، كما قام المشرع بإخراج قانون رقم 13-89 المتعلق بالنظام الأساسي للصحافيين المهنيين<sup>700</sup>، لتنظيم مهنة الصحافة والصحافيين المغاربة، وحتى تكتمل المنظومة القانونية الإعلامية، كان لابد على المشرع من التنصيص على قانون رقم 13-90 المتعلق بالمجلس الوطني للصحافة<sup>701</sup>، المراد منه السهر على وضعية جميع الصحافيين المغاربة، وكذا الدفاع عن صورة الصحافة المغربية في المحافل الدولية.

إن ما قام به المغرب في مجال الإعلام لم يكن ليحدث، لولا الإرادة الحقيقية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس، فكل هذه القوانين لم تكن لترى النور إلا بالتوجيهات السامية له، والرامية إلى زيادة منسوب الصحافة القائمة على حرية الرأي والتعبير، فالإرادة الملكية تعني تماما أن المغرب بدون إعلام نزيه وحر، لا يمكنه الوصول إلى أهدافه الحقيقية والتي تقوم على الاعتماد على وسائل الإعلام، وعلى الطفرة النوعية التي حققها الإعلام في السنوات الأخيرة.

فالمشهد الإعلامي بالمغرب أصبح اليوم بفعل السياسية الملكية الرشيدة، نموذجا عربيا وإفريقيا يحتذى به ويشاد بدوره الفعال في الإعلام العربي، وهذا راجع إلى الرؤية التي قامت عليها النظرة الاستباقية لجلالته، حيث وجه جلالته الحكومة إلى ضرورة تنظيم قطاع الإعلام في المغرب، وزيادة دعم الدولة لهذا القطاع وتأهيله، حتى يكون في المستوى المطلوب منه، فالمغرب يحتاج إلى إعلام يدافع عن قضاياها المشروعة والمصيرية، كقضية الصحراء المغربية التي يبقى فيها جزء كبير من المسؤولية، ملقى على عاتق الإعلام في التعريف بهذه القضية العادلة وإيصالها لمختلف دول العالم.

699- ظهير شريف رقم 1-16-122 صادر في ذي القعدة 1437 ( 10 غشت 2016 ) بتنفيذ القانون رقم 13-88 المتعلق بالصحافة و النشر، المنشور في الجريدة تحت عدد 6491، بتاريخ 11 ذو القعدة 1437 ( 15 غشت 2016 ).  
700- ظهير شريف رقم 1-16-51 صادر في 19 من رجب 1437 ( 27 أبريل 2016 ) بتنفيذ القانون رقم 13-89 المتعلق بالنظام الأساسي للصحافيين المهنيين، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 6466 بتاريخ 12 شعبان 1437 ( 19 ماي 2016 ).  
701- ظهير شريف رقم 1-16-24 صادر في 30 من جمادى الأولى 1437 ( 10 مارس 2016 ) بتنفيذ القانون رقم 13-90 القاضي بإحداث المجلس الوطني للصحافة، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 6454، بتاريخ 28 جمادى الآخرة 1437 ( 7 أبريل 2016 ).

وحتى لا يبقى الإعلام بعيدا عن المؤسسات الحساسة للدولة، فقد قامت المؤسسة الأمنية بالانفتاح على المشهد الإعلامي منذ 2015، رغبة منها في تقريب المواطن المغربي من قطاع الأمن ومن أدواره المهمة في حماية الأمن والاستقرار، وكذلك لإزالة الغموض الذي كان يلف مؤسسة الأمن، من خلال اتهامها بأنها مؤسسة قمعية ولا تحترم حقوق الإنسان.

### المطلب الثاني: المؤسسة الأمنية وانفتاحها على الإعلام الأمني

تعتبر تجربة المؤسسة الأمنية من أهم التجارب الناجحة على الإطلاق، فقد استطاعت هذه المؤسسة النجاح بكل المقاييس في تقريب قطاع الإعلام منها، ففي الوقت الراهن لا يمكننا الاستغناء عن وسائل الإعلام، فقد أصبح العالم قرية صغيرة بوجود الإعلام الذي قرب المسافات بين الشعوب، كل هذا عجل بتوغل الإعلام في مختلف القطاعات، والأمن بدوره استفادت من هذه الوسائل الحديثة للإعلام، حتى يقرب عموم الناس من الأدوار الريادية لجهاز الأمن.

فقضية الأمن والإعلام تعد تكاملا جوهريا في الوضع الراهن، فبدون إعلام لن تستطيع المؤسسة الأمنية بلوغ هدفها، وهو جعل الأمن في خدمة المواطن ولن يكون هذا الأمر، إلا في حالة عودة الثقة بين المؤسسة الأمنية والمواطن المغربي، وعامل الثقة لن يكون إلا في حالة تقريب قطاع الإعلام من المؤسسة الأمنية، التي تقوم إستراتيجيتها في المرحلة القادمة على وسائل الإعلام.

فمهما كان التقدم الحاصل داخل المؤسسة الأمنية، فهو يبقى بلا قيمة إذا لم يتم إشراك الإعلام كفاعل ومحرك رئيسي للأمن، فبوجود إعلام داخلي أصبح المواطن المغربي اليوم يركز على ثقافة أمنية لا بأس بها، كذلك أصبح لدينا اليوم مجتمع يعي بالتضحيات الجسيمة لنساء ورجال الأمن الوطني، كل هذا دفع بالمؤسسة الأمنية إلى

التركيز في سياستها الأمنية، على منافع الإعلام ودوره الأساسي في تفعيل وعصرنة الأداء الأمني<sup>702</sup>.

إن ما تحتاجه المؤسسة الأمنية بالمغرب من قطاع الإعلام، هو وجود إعلام أمني متخصص ومتكون في الأمور الأمنية بمختلف درجاتها، فمهما يكن فالإعلام العادي يبقى عاجزا عن إيصال المضمون الحقيقي لمعنى الأمن الوطني، هذا ما يدفعنا إلى وجوب اعتماد المؤسسة الأمنية على إعلاميين أمنيين، ذوو مستوى عال من الحنكة والممارسة الإعلامية والأمنية على حد سواء، فضرورة العصر اليوم هو الإعلام، والمؤسسة الأمنية بلا إعلام تعتبر بدون فائدة ترجى منها.

لقد أدركت المؤسسة الأمنية أهمية الأمن فاشتغلت عليه تحت الإشراف الفعلي للمدير العام للأمن الوطني، فوظائف الإعلام الأمني كثيرة ومتعددة، منها ما هو اجتماعي كالأمن والسكينة العاميين، من خلال توعية عموم المواطنين حيال الأمن العام، أيضا هناك وظيفة أساسية تقع على الإعلام الأمني، وهي توفير المعلومات الأمنية للجماهير بخصوص القضايا الأمنية التي تهم الرأي العام المغربي<sup>703</sup>.

وبفعل السياسة الأمنية الناجحة للملك محمد السادس رئيس الدولة، فقد تمكنت المؤسسة الأمنية بفضل رؤيتها الأمنية المتعددة والاستباقية، من الحد من انتشار الجريمة وعواملها بالمغرب، ولو بشكل نسبي فالمهم هو الحد من انتشار الجريمة، فالسياسة الأمنية الوقائية التي تنهجها المؤسسة الأمنية، مكنت المواطن المغربي من معرفة واجباته اتجاه الأمن العام<sup>704</sup>، وتقديم يد العون له في إطار الشرعية القانونية لمحاربة الجريمة.

<sup>702</sup> - Youssef Chami, sécurité et médias a la recherche véritable complémentarité, magazine police, juin 2008, N° 41, p 35.

<sup>703</sup> - بركة بن زامل الحوشان، الإعلام الأمني و الأمن الإعلامي، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، 2004، الرياض، ص 24.

<sup>704</sup> - أسماء الكمي، الإعلام بالمغرب وتناوله لملف حقوق الإنسان ( نموذج مجلة الأمن الوطني لسنة 1981 و مجلة الشرطة لسنة 2006)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية سطات، جامعة الحسن الأول، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 54.

وتجدر الإشارة إلى أن المؤسسة الأمنية قد تمكنت بفعل سياستها الهادفة، إلى خلق نوع من الرقابة الأمنية على وسائل الإعلام المختلفة (واتساب وفايسبوك...)، حماية أولاً للمعلومات الشخصية التي يحميها قانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي<sup>705</sup>، وثانياً لتكريس المبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفصل 24 من دستور 2011<sup>706</sup>.

لذا، كان لابد على المديرية العامة للأمن الوطني، من خلق إطار مؤسساتي للتواصل الأمني داخل مقر مديرية الأمن الوطني، يعمل على مأسسة العلاقة بين الشرطة والمجتمع والإعلام، وتعزيز جو الثقة بين الشرطة ومحيطها الخارجي<sup>707</sup>، فغرض المديرية العامة للأمن الوطني هو مراقبة الإعلام الافتراضي، بكيفية تضمن لمستعمليه جميع الحقوق القانونية، ولكن في نفس الوقت لا تسمح لهم بالتعدي والهجوم على حقوق الغير، والتي تبقى هي أيضاً محمية قانوناً لفائدة أصحابها الأصليين.

علاوة على ذلك، لا يجب أن نتغافل عن دور الصحافة وأهميتها بالنسبة للمؤسسة الأمنية، فالصحافة الحقيقية هي التي تغطي الأخبار الأمنية بنزاهة ومصداقية ودون مزايدة، فهي شريك أساسي للمؤسسة الأمنية في تنوير المجتمع، وأي خلل بقطاع الصحافة أو تغيير في مبادئها، سينعكس سلباً على دورها المهم في دعم الأمن والسكينة العاميين<sup>708</sup>. الأمر الذي يدعو المؤسسة الأمنية إلى ضرورة امتلاك جهاز صحافة ذو مواصفات أمنية، حتى لا يكون هناك خلط أو ازدواجية في الخبر الأمني، فالجهاز الأمني لا يصلح له إلا الصحافة الأمنية المتمرس، التي تعرف كيفية تحليل الوقائع الأمنية بطريقة تمكن المواطن من فهم الحدث الأمني بسلاسة سهلة، وتضعه في صلب الموضوع أو الواقعة الأمنية.

<sup>705</sup>- ظهير شريف رقم 15-09-1 الصادر في 22 صفر 1430 ( 18 فبراير 2009 ) بتنفيذ قانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 ( 18 فبراير 2009 ).

<sup>706</sup>- ينص الفصل 24 من دستور 2011 في فقرته الأولى على ما يلي " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة ".  
<sup>707</sup>- مهدي بناني، ملف خاص، الإعلام الأمني أو الوظيفة الإعلامية للأمن، مجلة الشرطة، العدد 12، نونبر 2015، ص 34.  
<sup>708</sup>- ملف خاص، إعداد سكرتارية التحرير، الصحافة و الوقاية من الجريمة، مجلة الشرطة، العدد 12، نونبر 2015، ص 30.

كذلك نجد انفتاح المسؤولين الأمنيين على وسائل الإعلام الوطنية والدولية، من بين التجارب الناجحة التي عملت المؤسسة الأمنية على تكريسها في عاداتها الأمنية الجديدة، فالانغلاق الذي كانت عليه المؤسسة الأمنية في الماضي، لم يجلب لها إلا الابتعاد والانعزالية على محيطها الداخلي والخارجي، فالتوجه الحالي يفرض على المسؤولين الأمنيين التواصل الإعلامي، وشرح أهمية الأمن وعمل رجل الأمن للرأي العام الوطني والدولي.

أيضا، أصبحنا نشهد في الوضع الحالي خروج المؤسسة الأمنية الاستخباراتية في وسائل الإعلام، وهذا المشهد لم يكن يقع في المغرب فيما مضى، أن تخرج مؤسسة الاستخبارات عن طريق مسؤوليها، ويعلنوا للإعلام عن جهود المغرب في محاربة الإرهاب، وأيضا عن الخلايا الإرهابية التي تم تفكيكها، وعن عدد الأشخاص الذين تم إلقاء القبض عليهم في إطار مكافحة الإرهاب، فهذا التوجه الجديد للمؤسسة الأمنية الاستخباراتية، يعد في حد ذاته تقدما مسبقا للمغرب وترسيخا للمبدأ الدستوري، الذي جاء به دستور 2011، في حدود عدم الإضرار بالمعلومات السرية التي تشكل تهديدا على الأمن القومي المغربي<sup>709</sup>.

كما أن وسائل الإعلام يبقى لها تأثير كبير على جهاز الأمن، فقد اعتبرت النظريات العلمية أن قطاع الإعلام، يعد من أقوى الأجهزة تأثيرا على مجريات الأمن وفعالية أجهزته<sup>710</sup>، فالإعلام في عصرنا الحالي يمتلك من وسائل الضغط الشيء الكثير، ففوة الدول اليوم تقاس بالمنظومة الإعلامية لهذه الدول، والأمن بدوره تجري عليه هذه المتغيرات، فقد يشيطن الإعلام من مكانة الأجهزة الأمنية ويتقصر من أدائها، أو قد يضخم من جاهزيتها ومستواها العالي في محاربة الإجرام والجريمة، الشيء الذي يعطي الجهاز الأمني صورة ايجابية ومقبولة لدى الرأي العام.

<sup>709</sup> - ينص الفصل 26 من دستور 2011 في فقرته الأولى على ما يلي " للمواطنين و المواطنين حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام ".  
<sup>710</sup> - مصطفى حازين، دور الإعلام في تكريس الحكامة الأمنية الجيدة، مؤلف جماعي، الحكامة الأمنية بالمغرب- مقاربات في ثنائية الأمن والحرية -، مطبعة الأمنية - الرباط - 2019، ص 132.

إن الشراكة الحقيقية التي تجمع المؤسسة الأمنية بقطاع الإعلام تبقى متعددة ومتنوعة، فهي قائمة على محاربة الجريمة ونشر الثقافة والوعي الأمني لدى عموم المواطنين، الأمر الذي يلزم جميع وسائل الإعلام بأن تكون شريكا أساسيا للمؤسسة الأمنية، وأن يعملوا جنبا إلى جنب للنهوض بالقطاع الأمني إلى المستوى المطلوب منه، فلا يمكن للجهاز الأمني الاستغناء عن الإعلام الذي يرفع من قيمة العمل الأمني، لكن لا يجب للأمن أن يتدخل في الأمور الإعلامية ويوجهها لمصالحه، ففي هذه الحالة سنكون أمام إعلام جعلت منه المؤسسة الأمنية بوقا لها.

إن ثقافة الإعلام الأمني بالمغرب وما لها من دور بناء في نشر الوعي الأمني بين عموم المواطنين، أصبحت ضرورة ملحة للمؤسسة الأمنية المطالبة بالتغيير، وباحترام الحقوق والحريات لكافة المواطنين، فالأمن والإعلام هما توأمان لا يفترقان مادام هناك غاية أساسية تجمع بينهما وهي المصلحة العليا للدولة، لذا فإن وسائل الإعلام القائمة على الأسس الديمقراطية، تنادي بوجود مؤسسة أمنية مواطنة تراعي مصلحة الفرد والدولة معا.

أما في الدول التي يقوم إعلامها الداخلي بتمجيد المؤسسة الأمنية، فهي بلا شك تقدم مصلحة الأمن على الحقوق والحريات العامة، بذريعة أن المؤسسة الأمنية قائمة على حماية الفرد، الذي يجب عليه التنازل عن بعض الحقوق لضمان أمنه وسلامته، الأمر الذي يخرج وسائل الإعلام من جوهرها الحقيقي ورسالتها النبيلة، وجعلها تساند الأمن العام من خلال دعمه إعلاميا بشرعنة أفعاله، وتبريرها بأنها تصرفات قانونية قائمة على تغليب الأمن العام، في مقابل ضياع الحرية الفردية التي تعد أقدس حرية في القوانين والأعراف الدولية.

ففي ظل ما تمر منه المؤسسة الأمنية المغربية من إصلاح جذري في هياكلها، استجابة لمضامين الفصل 54 من دستور 2011، الذي دعا بوجود العمل بمبادئ الحكامة الأمنية داخل المرفق الشرطي، لابد للإعلام الأمني في هذه المرحلة من لعب دور مهم، وهو

تعريف المواطن بأهمية الحكامة الأمنية التي يجب العمل بها داخل المؤسسة الأمنية، فنحن نحتاج اليوم إلى تجديد الثقة بين المجتمع والمؤسسة الأمنية، ولن تكون هذه الثقة إلا عن طريق وسائل الإعلام، القائمة على الوظيفة النقدية في المجال الأمني.

إن المطلوب في وقتنا الراهن من وسائل الإعلام، هو إشراك المجتمع ليكون فاعلا أساسيا في صناعة القرار الأمني الداخلي والخارجي، فبدون التواصل الإيجابي مع كافة المواطنين وإبلاغهم بكل الأحداث الأمنية، التي تمس أمن المغرب وسيادته ومحاولة فهم التوجه العام للمجتمع، هذا التوجه الذي تبنى عليه السياسة الأمنية العامة للدولة، والذي يسند الأمر فيه للإعلام لشرح مضامينه الرئيسية، للقاعدة الجماهيرية بكل أصنافها ومستوياتها المعرفية.

كذلك، يعيش قطاع الإعلام في وقتنا الحالي طفرة معلوماتية متطورة على جميع الأصعدة، فتكنولوجيا المعلومات وعصر الانترنت لعبا دورا مهما في حادثة وسائل الإعلام، هذه الحادثة التي جعلت من العالم قرية صغيرة، عن طريق نقل الأخبار كيفما كانت بسرعة كبيرة، هذا المعطى استفاد منه الأمن الذي بين مساوئه ومحاسنه في نفس الوقت، فوسائل التواصل الاجتماعي بمختلف أصنافها، جعلت من المؤسسة الأمنية صورة مكشوفة للعالم بأسره، الشيء الذي عملت معه هذه المؤسسة على التقيد بالضوابط القانونية والحقوقية، انطلاقا من الرقابة الإعلامية المفروضة عليهما من تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

وفي الأخير، يبقى كل من الإعلام والأمن من بين المؤسسات الوطنية، التي تلعب دورا فعالا في بناء المجتمع المتكامل الواحد، فلا غنى للأمن عن الإعلام فلكل واحد منهما مجال عمله الخاص به، ويلتقيان في تغليب المصلحة العامة للوطن، فالإعلام يربي الأجيال الصاعدة على حب الوطن واحترام القانون، ويعمل كذلك على إيصال الأخبار الصحيحة لكافة الشرائح المجتمعية، كما تقوم المؤسسة الأمنية بمحاربة الجريمة والمجرمين، وبالسعي إلى استتباب الأمن في مختلف التراب الوطني، والعمل على نشر الوعي الأمني لدى كافة المواطنين.

لقد تعرض الإعلام والأمن في القرن العشرين لمجموعة من الإكراهات، والتي أثرت عليهما وعلى ظروف عملهما، فتدخل الدولة المباشر في هاذين القطاعين أفرز عنه العديد من الأشياء التي انعكست سلبا عليهما، فالأمن أصبح أداة طائعة في يد وزير الداخلية إدريس البصري، والذي سخره لتحقيق أغراضه الشخصية المتمثلة في التسلط على مؤسسات الدولة الأخرى، حيث جعل من المؤسسات الأمنية مجرد تابع له، وذلك عن طريق توظيف شبكة من المخلصين له في المراكز العليا للمسؤولية داخل المؤسسة الأمنية.

أما الإعلام فقد كان هو الأخر يعانى من ويلات تحكم وزير الإعلام فيه وهو إدريس البصري، والذي جعل من وزارة الإعلام مجرد مقاطعة إدارية تابعة لوزارة الداخلية، فقد أجهض إدريس البصري على حرية التعبير والرأي وجعلها في خبركان، حيث سلط على قطاع الإعلام عمال تابعين لوزارة الداخلية يسرون مجال الاتصال السمعي البصري، مرسخا بذلك لمرحلة تحكم الدولة في قطاع الإعلام، ومجهضا على أي تغيير أو إصلاح مستقبلي من شأنه الرفع من أهمية الإعلام بالمغرب.

لكن، وبعد وصول الملك محمد السادس لسدة الحكم، عرف المغرب العديد من المستجدات الوطنية، التي كان لها الفضل الكبير في رسم السياسة العمومية للبلاد، فقد ركز جلالته على تولية العناية الكاملة والضرورية للمؤسسة الأمنية، حتى تكون في مستواها المعهود لها وهو توفير الأمن العام للمجتمع، والسهر على حماية الحقوق والحريات العامة لكافة المواطنين، فدور الأمن أضحى الغاية المثلى للمؤسسة الملكية، التي تعي تمام المعرفة مكانة الأمن بالنسبة للدولة المغربية.

بالإضافة إلى ذلك، عرف قطاع الإعلام مجموعة من المكتسبات القانونية والحقوقية، التي لعبت جانبا مهما في المشهد الإعلامي المغربي، فما قام به الملك محمد السادس في السنوات الأخيرة، من إبراز خصوصية الإعلام بالنسبة لسياسة الدولة، من خلال جعل هذا القطاع ضمن التوجهات العامة لجلالته المشمولة بالعناية الملكية، له

دليل واضح لما يمثله قطاع الإعلام بالنسبة للمغرب بصفة عامة ولنظام الملكية بصفة خاصة.

### لائحة المراجع:

- فيصل بن عيص ال سمير، استراتيجيات الإصلاح والتطوير الإداري ودورها في تعزيز الأمن الوطني، رسالة دكتوراه في العلوم الأمنية – قسم العلوم الإدارية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض 2007.
- أسماء الكمي، الإعلام الأمني بالمغرب و تناوله ملف حقوق الإنسان (نموذج مجلة الأمن الوطني لسنة 1981 و مجلة الشرطة لسنة 2006)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات، جامعة الحسن الأول، السنة الجامعية: 2010/2011.
- ظهير شريف رقم 1-02-212 صادر في 22 من جمادى الآخرة 1423 الموافق ل 31 غشت 2002، القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، كما تم تغييره بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-03-302 الصادر في 16 من رمضان 1424 الموافق ل 11 نونبر 2003، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5160، بتاريخ في 13 نونبر 2003.
- محمد شقير، المؤسسة الأمنية بالمغرب بين حماية النظام وسلامة المواطن، إفريقيا الشرق، 2016.
- محمد شقير، المؤسسة العسكرية بالمغرب – من القبلية إلى العصرية، الدار البيضاء : إفريقيا الشرق، طبعة الأولى، 2008.
- الحسن بوقنطار، السياسية الخارجية المغربية 2000 – 2013، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، الطبعة الأولى، 2014.

الأستاذ قندسي عبد النور

باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد

الخامس بالرباط

# بيع الأصل التجاري بالمغرب

Sale of the commercial asset in Morocco

المخلص:

هدفت الدراسة لبيان القواعد المتعلقة بكيفية بيع الأصل التجاري بالمغرب، وذلك كدراسة على القانون الوارد في مدونة التجارة ل 1996 م. ولذلك فقد استخدمت المنهج القانوني لتحليل القرارات القضائية، بجانب استخدام المنهج التحليلي للتعرف على واقع القانوني لبيع الأصل التجاري بالمغرب ولتحليل المقتضيات والمشكلات التي صاغت الحاضر ثم استشراف التوصيات للمستقبل. وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: مقتضيات بيع الأصل التجاري استثنائها الفصل 489 ق ل ع من القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 488 من القانون المذكور لأنه يجمع بين قواعد قانون التجارة، وقانون الالتزامات والعقود إضافة إلى أنه منذ إحداث المحاكم التجارية بمقتضى القانون 53.95 وهي الواجبة التطبيق على الأصول التجارية مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي كان بعيدا عن التجارب المقارنة في الأصول التجارية خاصة القانون الفرنسي الذي يستنبط منه القواعد القانونية إلى حدود سنة 1996 ودخول مدونة التجارة حيز الوجود أيضا إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالمادة التجارية بصفة عامة والأصول التجارية بصفة خاصة عن طريق توضيح القوانين الواجبة التطبيق في المنازعات التجارية، كما أوصت بمجموعة التوصيات أهمها: ضرورة وجود قضاء مختص في القضايا الأصول التجارية على مستوى المحاكم التجارية والاستئناف التجارية ومحكمة النقض، مع جمع المقتضيات المتعلقة بالأصول التجارية في مدونة خاصة.

. الكلمات المفتاحية: الأصل التجاري، الزبناء، السمعة التجارية، مال منقول معنوي، الشعار.

**Abstract:**

The purpose of the study was to outline the rules on how to sell a commercial asset in Morocco, as a study of the law contained in the 1996 Code of Commerce. The legal approach has therefore been used to analyse judicial decisions, as well as the analytical approach to the legal reality of the sale of commercial assets in Morocco and to analyse the requirements and problems that have formulated the present and then look forward to the future. The study reached a number of conclusions: the requirements for the sale of commercial assets were excluded from the general rule set out in chapter 488 of the said Act. It combines the rules of trade law with the law of obligations and contracts. Moreover, since the establishment of commercial courts under Law 53.95, which are applicable to commercial assets, the Moroccan legislature has been free from comparative experiences in commercial assets, in particular French law, from which the rules of law are based.

clients, keywords: ommercial origin

keywords: Commercial origin , clients, in commercial assets, of commercial courts, logo.

المقدمة:

تكونت فكرة الأصل التجاري من صميم الممارسة التجارية، في نهاية القرن التاسع عشر، بحيث تأكدت أهمية عناصره المادية المتمثلة في البضائع و المعدات الضرورية

للاستثمار التجاري. لكن مع بداية القرن العشرين، تجسدت هذه الفكرة في مفهوم قانوني نتيجة وعي التجار بالأهمية الاقتصادية للأصل التجاري، النابعة من عناصر أخرى معنوية، مثل الاسم التجاري والشعار والزبائن وغيرها من العناصر الأخرى.<sup>711</sup> هذا المفهوم القانوني لفكرة الأصل التجاري الذي ظهر في فرنسا، أخذ يتكسر بشكل تدريجي، من ناحية بفعل مطالبة التجار بحماية حقهم على زبائنهم من المنافسة، ومن ناحية أخرى، بفعل مطالبة الدائنين باعتراف القانون بالأصل التجاري كوحدة قانونية مستقلة عن العناصر المادية و المعنوية التي يتكون منها، والتي يعتمد عليها التاجر في تجارته، وذلك منعا لتصرف هذا الأخير فيها و تهريبها منهم لحرمانهم من استيفاء ديونهم.<sup>712</sup>

وقد كان من نتائج ظهور و تطور فكرة الأصل التجاري، أن عملت التشريعات على مواكبة هذا التطور، وذلك عن طريق وضع قواعد قانونية خاصة بالأصل التجاري باعتباره مالا ترد عليه الملكية. ويمكن تبعا لذلك، أن يكون قابلا للتصرف فيه بواسطة البيع، أو لتقديمه كحصة في شركة، أو لرهنه مقابل الحصول على ائتمان بنكي، أو لتأجيره بمعزل عن العقار الذي يستغل فيه.

#### مشكلة البحث:

بالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها هذا الموضوع في الظرفية الراهنة، الأمر الذي يفرض علينا طرح إشكالية رئيسية تنصب أساسا حول حدود نجاح المشرع المغربي في تسخيره لأسس تشريعية وإجراءات واقعية تنظم عملية بيع الأصل التجاري من حيث أركانه وأثاره تجاه الاطراف والاعيار؟.

يتفرع من التساؤلات الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية وهي:

ماهي أركان بيع الأصل التجاري؟ من حيث أركانه وأثاره تجاه الاطراف والاعيار؟

<sup>711</sup>د. نور الدين لعرج: مبادئ القانون التجاري، ص: 163

<sup>712</sup>د. فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي، ص: 154

## منهجية البحث:

لإخراج هذا البحث في حلته الأكاديمية المقبولة علميا كان علينا تتبع العديد من المناهج نذكر منها: المنهج القانوني لتحليل القرارات القضائية، أيضا المنهج المقارن للمقارنة بين تشريعنا والتشريعات الأجنبية ولتحليل المقتضيات والمشكلات التي صاغت الحاضرم استشراف التوصيات للمستقبل.

## أهمية الموضوع:

الكتابة في موضوع الأصل التجاري بالمغرب يعني بيع الأصل التجاري في عقد رسمي أو عرفي يودع ثمنه لدى جهة مؤهلة قانونا للاحتفاظ بالودائع ويجب لزوما أن ينص العقد على اسم البائع وتاريخ العقد ونوعيته وبالتالي يجب احترام شروطه وإجراءات لكي يكون البيع صحيحا لا باطلا .

## المبحث الأول: ماهية الأصل التجاري

يعتبر الأصل التجاري مؤسسة قائمة الذات تختلف عن فكرة الشخصية المعنوية التي تتميز بها الشركات مما يجعل تحديد مفهومه وعناصره يتميز بجانب من الخصوصية والتجرد، وهذا ما سنقوم بمعالجته في هذين المطلبين.

### المطلب الأول : مفهوم الأصل التجاري وعناصره

#### الفقرة الأولى: تعريف الأصل التجاري

عرف المشرع المغربي الأصل التجاري في المادة 79 من مدونة التجارة بقوله " الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة".

فالأصل التجاري كما عرفه الفصل 79 المذكور مال منقول معنوي يشمل عناصر مادية ومعنوية خصصت لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية، إلا أنه لا يفهم من

هذا التعريف أن المشرع قد حصر الأصل التجاري في ممارسة النشاط التجاري وحده مستبعدا بذلك بقية الأنشطة الاقتصادية الأخرى، بل قصد به بصفة عامة ممارسة أي نشاط من الأنشطة التي يكتسب ممارستها صفة تاجر كما حددها الفصل 6 من مدونة التجارة، وبذلك يدخل ضمنه الصانع والتاجر والحرفي ومقاول الخدمات.<sup>713</sup>

وقد حدد المشرع المغربي في المادة 80 من مدونة التجارة عناصر الأصل التجاري التي لا بد من توافرها في المؤسسة لتكسب صفة الأصل التجاري، وعناصر أخرى مهمة في تكوين الأصل التجاري إلا أنها ليست ضرورية لقيام كل أنواعه، فقد نصت المادة 80 المذكورة على أنه يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية ويشمل أيضا كل الأموال الأخرى الضرورية لاستغلال الأصل التجاري كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية، وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية المحلقة بالأصل. حددت المادة المذكورة عناصر الأصل التجاري الجوهرية التي لا بد من توافرها في كل أصل تجاري وعناصر أخرى مهمة إلا أن الأصل التجاري يمكن أن يوجد دون توفرها كلها. فالعناصر الضرورية التي لا يمكن أن يوصف مكان بأنه أصل تجاري بدونها هي الزبناء والسمعة التجارية إذ لا يتصور وجود أصل تجاري بدون زبناء ولا بدون سمعة تجارية، أما بقية العناصر الأخرى فهي ليست ضرورية في كل نشاط تجاري وقد تكون ضرورية في بعضها وغير ضرورية في بعضها الآخر

#### الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للأصل التجاري

إذا كان الفقه والقضاء والتشريع المقارن يجمع على أن الأصل التجاري وحدة أو مجموعة اقتصادية ذات ذاتية مستقلة، تتألف من عناصر معنوية ومادية إفرادية، لكل منها ذاتيتها الخاصة ونظامها القانوني الخاص كذلك، فإن الخلاف على أشده حول الطبيعة القانونية لهذه الوحدة أو المجموعة، خاصة بين المدرستين الألمانية والفرنسية.

713 فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثانية 2001، ص 121.

فالمدرسة الأولى تعتبر الأصل التجاري مجموعة قانونية مستقلة عن التاجر المستثمر له بحقوقها والتزاماتها التي تصب في ذمتها الخاصة، بينما تعتبره الثانية مجرد مجموعة واقعية تشكل جزءا من ذمة التاجر المستغل له.<sup>714</sup>

#### أولا - نظرية المجموعة القانونية أو الحقوقية

تحتل النظرية التي تعتبر الأصل التجاري وحدة أو مجموعة حقوقية أو قانونية، مكانا بارزا في الفقه والقضاء في ألمانيا وسويسرا. وتوجد في ألمانيا نظريتان تختلفان في وصف وتكييف الأصل التجاري ألا أنهما تتفقان مبدئيا حول النتائج التي تكاد أن تكون واحدة، ونظرية ثالثة يمكن وصفها بالألمانية-الفرنسية.

#### • نظرية الاعتراف للأصل التجاري بالشخصية المعنوية<sup>715</sup>

تعتبر هذه النظرية الأصل التجاري منظمة أو مؤسسة اقتصادية ذات مالية مستقلة عن ذمة التاجر بعناصرها الايجابية أو الأصول والسلبية أو الخصوم. وتترتب على نظرية الاعتراف للأصل التجاري عدة نتائج هامة هي التالية:

- 1- يحمل الأصل التجاري اسما أو عنوانا متميزا يعرف به وينتقل بانتقاله.
- 2- يكون للأصل التجاري جنسيته الخاصة .
- 3- يملك الأصل التجاري حق التقاضي باسمه وفي موطنه أو مقره.
- 4- تكون للأصل التجاري ذمة مالية مستقلة بخصومها وأصولها للاستثمار وتنتقل تلقائيا وبقوة القانون إلى المقتني أو المشتري الجديد للأصل.
- 5- يحق لدائني الأصل التجاري وحدهم الحجز على أموال الأصل دون الدائنين العاديين أو الشخصيين للتاجر المستثمر.

714 أحمد شكري السباعي - الوسيط في الأصل التجاري - الجزء الأول - الطبعة الأولى - ص 93

715 أحمد شكري السباعي: مرجع سابق، ص 97

• نظرية الذاتية القانونية والذمة القانونية المستقلة<sup>716</sup>

تبني هذه النظرية الكاتبان الألمانيان برنز و بكر اللذان يعتبران الأصل التجاري مجموعة من الأموال والقيم تشكل ذاتية خاصة لاتتمتع بالشخصية المعنوية فالأصل التجاري عند هؤلاء ذمة مالية موحدة تحقق غرضاً مشتركاً . وتتمتع بنوع من الأهلية والاستقلال القانوني لا يرقى إلى درجة الانفصال التام عن الذمة الخاصة أو الشخصية للتاجر المستثمر وبمعنى آخر استقلال في ظل التبعية .

• نظرية تخصيص الذمة:<sup>717</sup>

يعتبر الأصل التجاري في ظل هذه النظرية مجموعة من الأموال والقيم ترصد أو تخصص من قبل التاجر لتحقيق غرض مشترك. ويشكل رأس المال المخصص من طرف التاجر المستثمر ذمة مالية مستقلة عن أمواله الخاصة أو ذمته الشخصية المدنية تستقل بديونها وحقوقها. ويترتب على تفويت الأصل التجاري انتقال حقوق وديون الذمة المخصصة بقوة القانون إلى المشتري أو كل مقتن جديد.

ولا تختلف النظرية الثالثة عن الثانية إلا في اللفظ والمصطلح، لا في المضمون والجوهر والنتائج. علاوة على ذلك فلا تعترفان معاً للأصل التجاري بالشخصية المعنوية، وإن حقتا ذات النتائج الناشئة عن مثل هذا الاعتراف. ماعدا الموطن والمقر والجنسية والحق في التقاضي تحت العنوان أو الاسم المستقل.

ثانياً: نظرية المجموعة الواقعية<sup>718</sup>

تعتبر هذه النظرية الأصل التجاري مجموعة من الأموال أو العناصر المعنوية والمادية، يتم تجميعها وضمها في الواقع من طرف تاجر بغية ممارسة نشاط أو عدة أنشطة تجارية.

716 أحمد شكري السباعي: مرجع سابق ص 99.

717 أحمد شكري السباعي: مرجع سابق ص 100.

718 أحمد شكري السباعي: مرجع سابق ص 104.

وينبثق عن هذا المجموع الواقعي كيان أو وحدة ذات قيمة اقتصادية مستقلة عن العناصر الداخلة في تكوينها، دون أن ترتقي إلى درجة الشخصية المعنوية أو الذمة المستقلة عن ذمة التاجر المستغل للأصل . وبمعنى آخر ليس للأصل التجاري في مفهوم المجموعة الواقعية كيان أو ذمة مستقلة بل يعد جزءا من أموال وذمة التاجر التي تشكل الضمان العام لدائنيه سواء كانوا من أصحاب الديون المدنية أو الديون التجارية.

وتترتب على نظرية المجموعة الواقعية السائدة في القانون الفرنسي والمغربي عدة نتائج أهمها:

1. تعد نظرية المجموعة الواقعية من عمل إرادة التاجر عكس نظرية المجموعة القانونية التي من عمل القانون.

2. للأصل التجاري كيان مستقل عن العناصر التي يتركب منها ويخضع بذلك لقانون خاص ينظم بيعه ورهنه وتقديمه حصة في شركة والتسيير الحر على أن تحافظ العناصر الفردية التي يتكون منها لقوانينها الخاصة بها إن وقع التصرف فيها منفصلة.

3. ليست للأصل التجاري شخصية معنوية ولا ذمة مالية مستقلة بالتزاماتها وحقوقها وإنما هو مجرد مال منقول معنوي من أموال التاجر المستثمر ويعد جزءا من ذمته الخاصة التي تشكل الضمان العام لكل الدائنين.

4. لاتنتقل الحقوق والديون الناشئة عن الاستثمار بانتقال الأصل التجاري .

5. يجوز للدائنين الشخصيين الحجز على أموال التاجر كلها وضمها للأصل التجاري أسوة بالدائنين التجاريين لوحدته الذمة الناشئة عن عدم الاعتراف للأصل التجاري بذمة مستقلة بديونها

وحقوقها.

## المطلب الثاني: عناصر الأصل التجاري:

نعني بها تلك الفكرة التي تتضمن مجموعة من العناصر التي تدخل في ممارسة النشاط التجاري وتساهم فيه، وبالرجوع الى المادة 79 و المادة 80 من مدونة التجارة نجد أن الأصل التجاري هو مال منقول معنوي يتكون من منقولات مادية وأخرى معنوية و تلعب هذه العناصر دورا مهما في تحديد قيمة الأصل التجاري

### الفقرة الأولى العناصر المعنوية:

تلعب العناصر المعنوية الدور الأكبر في تحديد قيمة الأصل التجاري وهذه العناصر

هي:

#### أولا الزبناء:

الزبناء هم أهم عنصر في الأصل التجاري بل هناك من جعله هو الأصل التجاري نفسه، باعتبار أن باقي العناصر إنما تقتصر على تنمية المشروع والمحافظة عليه، و الزبناء هم الأشخاص الذين اعتادوا التزود من التاجر و التعامل معه، ويشترط فيهم أن يكونوا خاصين بالأصل التجاري ولا يكفي أن يقوم التاجر باستغلال زبناء غيره كما يحدث خاصة في محطات تزويد الوقود مثلا. إلا أنه لا يعني أن يكون الزبناء ملكا للتاجر لأنه يتعارض مع مبدأ المنافسة الحرة. ويرجع ارتباط الزبناء بالأصل التجاري الى خصائص تتوفر فيه (نوع الخدمة المقدمة، الموقع، تهيئته الداخلي والخارجي....) أو تتوفر في صاحبه (النزاهة، الصدق، الخبرة، حسن المعاملة....)

فقيمة الأصل التجاري تتحدد تبعا للرصيد الذي استطاع التاجر ان يحققه من الزبائن بفضل قدراته المهنية وخصاله الشخصية وعن طريق توظيف العناصر الأخرى المشكلة للأصل التجاري التوظيف الملائم<sup>719</sup>.

719 فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثانية 2001 ص: 130.

### ثانيا: السمعة التجارية:

يرتبط هذا العنصر بالعنصر السابق ويصعب التمييز بينهما ذلك أن رصيد التاجر من الزبناء يخضع لما يتوفر عليه المحل من سمعة تجارية، إلا أن بعض الفقه ميز مع ذلك بينهما بأن جعل الرصيد من الزبائن يتشكل من الزبناء القارين، أما السمعة التجارية فتعني قدرة الأصل التجاري على اجتذاب الزبناء العرضيين بسبب موقعه أو بسبب اسمه أو علامة أو شعاره التجاري كسلسلة مطاعم أو فنادق مثلا.

### ثالثا: الحق في الإيجار:

غالبا ما يمارس التاجر تجارته في عقار ليس في ملكيته ولكنه يكتريه، وباعتبار أن الزبناء من العناصر الأساسية للأصل التجاري فالمحافظة عليهم تستوجب الحفاظ على المحل الذي اعتاد التاجر استقبالهم فيه ويكون لحق الإيجار الدور الأكبر في الرفع من قيمة الأصل التجاري كما هو الشأن بالنسبة للمحلاة التي تستمد قيمتها من موقعها كالمقاهي وعليه فالقانون قد اعترف للتاجر بالحق في الإيجار 49/16 المتعلق بعقود كراء المحلاة المعدة للاستعمال الصناعي والتجاري والحرفي، بحيث أن التاجر يستطيع التصرف في أصله التجاري كما أن من حقه الحصول على التعويض المستحق في حالة رفض المكري تجديد العقد.

### رابعا: العنوان التجاري:

وهو التسمية التي يتخذها التاجر ليزاول تحتها تجارته ويعرف بها في الوسط التجاري ويظهر على مطبوعاته ويمضي به مراسلاته<sup>720</sup>، ويحصل عليها من المكتب الوطني لحماية الملكية الصناعية والتجارية أو من خلال إحدى مندوبياته أو مركز الاستثمار الجهوي بواسطة الشهادة السلبية<sup>721</sup> وتكون غالبا الاسم العائلي للتاجر بالنسبة للمقاولات

720. محمد الشافعي: اسم الأصل التجاري، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، العدد 24 ص 11.

721 الشهادة السلبية تسلم من السجل المركزي للشركات أو التجار الفرادى كدليل على عدم وجود تسمية أو

عنوان مماثلين مسجلين بالسجل.

الفردية او شركات المحاصة اما الشركات التجارية غير شركات المحاصة فتتخذ تسمية تجارية وليس عنوانا تجاريا و يجب على التاجر تسجيل عنوانه بالسجل التجاري قصد اكتسابه حماية قانونية يقررها القانون إما في مجموع تراب المملكة إذا طلب المعنيون ذلك او الدائرة القضائية التي تعين خصيصا من قبلهم، وأي استعمال عشوائي للعنوان التجاري يؤدي الى دعوى المنافسة غير المشروعة وعدم استعمال العنوان التجاري لمدة تفوق 3 سنوات يعطي الحق لكل ذي مصلحة تقديم طلب الى المحكمة قصد التشطيب عليه<sup>722</sup>

ويعتبر العنوان التجاري حقا ماليا يجوز التصرف فيه تبعا للتصرف في الأصل التجاري بمقتضى شرط صريح في العقد

خامسا: الشعار أو العلامة التجارية:

الشعار تسمية مبتكرة أو رمز أو صورة أو إشارة يستخدمها التاجر لإعطاء زبائنه علامة يميزون بها مؤسسة عن غيرها وهو ليس إلزاميا للتاجر وله نفس الحماية كما للعنوان التجاري

سادسا: حقوق الملكية الصناعية:

ويقصد بها الحقوق الواردة على براءات الاختراع وتصاميم تشكل الدوائر المندمجة والرسوم والنماذج الصناعية وعلامات الصنع أو التجارة او الخدمة وقد تشكل أهم عناصر الأصل التجاري كما هو الشأن بالنسبة للمصانع ويمكن التصرف فيها مستقلة عن باقي عناصر الأصل التجاري في حالة إجراء تصرف قانوني عليها ضمن الأصل التجاري فيجب النص على ذلك في العقد.

722 بنص المادة 73 من مدونة التجارة

### سابعاً: حقوق الملكية الأدبية والفنية:

ان الملكية الأدبية والفنية وكما الشأن للملكية الصناعية تعتمد على الإنتاج الفكري ويملك صاحب الملكية الأدبية والفنية حقاً مالياً على مصنفاته الفكرية والأدبية حينما يقوم بنشر عمله الأدبي أو الفني كالقصة أو الموسيقى أو المسرح .... ويحمي القانون هذا الحق<sup>723</sup> ويمكن تفويت هذا الحق للغير لاستغلاله كإسماح لدور النشر بطبع و توزيع المؤلفات وبيعها، ويمكن ان تنتقل ملكية هذه الحقوق مع ملكية الأصل التجاري عند تفويته باعتبارها احد عناصره

### ثامناً: الرخصة الإدارية:

لقد أشارت المادة 80 من م.ت إلى الرخص كأحد العناصر المعنوية للأصل التجاري إلا أن التنصيب جاء عاماً دونما تحديد و تتطلب في المشروعات التي تقوم على استغلال رخصة أو إذن تمنحه السلطات الادارية المختصة كمقهى او مطعم..... وهذه الرخصة من العناصر المعنوية للأصل التجاري التي تنتقل معه عند تفويته للغير شريطة موافقة الادارة المختصة، إلا أن الرخص التي تعطى للشخص لاعتبارات شخصية تتعلق به وحده دون غيره مثل رخص النقل لا يمكن تفويتها بمفردها أو مع الأصل التجاري.

### الفقرة الثانية: العناصر المادية

ويقصد بها المنقولات التي يتشكل منها الأصل التجاري ولا تدخل العقارات في تلك العناصر وهي:

### أولاً: المعدات والأدوات:

وهي المنقولات المادية المستعملة في استغلال الأصل التجاري كالأثاث والتجهيزات وسيارات النقل..... ويتفاوت حجم حضورها وأهميتها بالنسبة للأصل التجاري تبعاً لطبيعة

723 القانون رقم 200 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الذي تم تنفيذه بمقتضى الظهير رقم .

1.00.20 الصادر في 09 ذي القعدة 1420 الموافق ل 15 فبراير 2000.

النشاط التجاري للمؤسسة فهي أكثر حضوراً وأهمية في الأنشطة الصناعية والتحويلية كما هو الشأن بالنسبة للمصانع وشركات النقل... او ذات قيمة ثانوية كما هو الشأن بالنسبة للمحلات التجارية العادية او ذات قيمة زهيدة كما في مكاتب السمسرة والوساطة.....وينتقل هذا العنصر مع الأصل التجاري عند بيعه، ويمكن ان يخضع للرهن متى حافظ هذا العنصر على طابعه الخاص اي بقي منقولاً.

### ثانياً: البضائع :

وهي المواد الأولية التي تكون معدة للتحويل او التصنيع او هي المنتجات والسلع المعدة للبيع سواء تلك المعروضة للجمهور او تلك المخزنة في مخازن المحل التجاري وهي تشكل عنصراً غير ثابت في الأصل التجاري لأنها تنقص وتزيد باستمرار، الملاحظ أن التاجر يمكنه التصرف في البضائع كلها او بعضها بمعزل عن الأصل التجاري سواء بالبيع او الرهن او ان يفوت الأصل التجاري بدونها، وعند رهن الأصل التجاري فان الرهن لا يشمل البضائع لما في ذلك من عرقلة لنشاط المؤسسة عند نقل حيازتها للمرتهن لاعتماد النشاط التجاري عليها.<sup>724</sup>

### المبحث الثاني: اجراءات بيع الأصل التجاري والاثار المترتبة عنه:

قانون الالتزامات و العقود يتولى تنظيم عقد البيع بشكل عام ( الفصول من 478 إلى 618 )، إلا أن طبيعة الأصل التجاري كمنقول مركب من عناصر مختلفة مادية و معنوية، و بحكم نوع الاستغلال التجاري الذي يستهدفه خصه المشرع بالكتاب الثاني من مدونة التجارة. إذ كان ظهير 31/12/1914 أول قانون في الأقطار العربية بين الضمانات الممنوحة لبائع الأصل التجاري على الأصل المبيع، ووضع شروط وكيفية ممارسة هذه الضمانات، فإن القانون رقم 15.95 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ

724 بنص المادة 107 من مدونة التجارة

1996/10/03 قد سار على نفس المنوال وأكد هذه الامتيازات وذلك بابتداعه لأحكام جديدة غير تلك الواردة في قانون الالتزامات والعقود والقانون التجاري، ونخص بالذكر حق الامتياز الوارد على الأصل التجاري المبيع لفائدة بائعه على سائر الدائنين ولو كانوا مرتين وحق الفسخ الممنوح له كذلك وحق الأولوية على جميع الدائنين

#### المطلب الأول: شروط بيع الأصل التجاري

كلما تم البيع بمحض إرادة الطرفين الا و كان بيعا رضائيا، ولا القول بصحة هذا البيع إلا إذا استجمع كافة الشروط الموضوعية والشكلية .

#### الفقرة الأولى : الشروط الموضوعية لبيع الأصل التجاري

ينعقد بيع الأصل التجاري بتحقق الأركان العامة في التعاقد إضافة إلى شكلية خاصة، راجعة لطبيعة الأصل التجاري وارتباطه بحقوق الأطراف. ولكي يكون العقد صحيحا، فإنه يتعين فيه أن يستجمع عناصره الجوهرية المتمثلة في: الأهلية والرضا والمحل والسبب .

لاداعي للتفصيل فيها نظرا لانها هي نفس الشروط المتطلبة في جميع العقود

#### الفقرة الثانية : الشروط الشكلية لبيع عقد الأصل التجاري.

لا أحد يناقش في طبيعة عقد البيع كونه عقد رضائي مبدئيا، وينتج آثاره بمجرد اتفاق الطرفين المتعاقدين على مضمونه ودون اشتراط أي شكل معين لانعقاده، لكن لأهمية الأصل التجاري، ولحماية البائع والمشتري، فإن الحياة العملية تفرض أن يكون عقد بيع الأصل التجاري يخضع لمقتضيات خاصة به تميزه عن باقي عقود البيع الأخرى، ويتعلق الأمر بكتابة هذا العقد وما يحتويه هذا الأخير من بيانات إلزامية وإشهاره عبر مراحل مهمة، وذلك استجابة لضرورة حماية مصالح كل الأطراف المعنية لعملية البيع<sup>725</sup>، هذه

725 الدكتور محمد نخلي، الوجيز في القانون التجاري، طبعة 1994، ص: 93.

المقتضيات التي أقرتها مدونة التجارة، لذلك سنتطرق إلى كل من كتابة عقد بيع الأصل التجاري (أولا) وعملية إشهار هذا العقد (ثانيا).

أولا : كتابة عقد بيع الأصل التجاري.

أ – طبيعة كتابة عقد بيع الأصل التجاري.

أثارت شكلية الكتابة في بيع الأصل التجاري العديد من الإشكاليات حول طبيعته، هل هي لإثبات العقد أم لانعقاده؟ واختلفت الآراء الفقهية كما تضاربت مواقف الأحكام والقرارات القضائية بشأنها، وهذا ما يجعلنا نقف أو ندرس عند موقف المشرع المغربي من طبيعة الكتابة، ثم موقف القضاء المغربي من ذلك، وذلك في إطار ربط ما هو عملي بما هو نظري.

1) موقف المشرع والفقه المغربي من طبيعة الكتابة.

تنص المادة 81 من مدونة التجارة على أن: " يتم بيع الأصل التجاري أو تفويته وكذا تقديمه حصة في شركة أو تخصيصه بالخدمة أو بالمزاد بعقد رسمي أو عرفي..."

من خلال استقراءنا لمقتضيات هذه المادة يتبين لنا أن المشرع المغربي يوجب كتابة عقد بيع الأصل، كما كان الأمر عليه في الفصل الأول من ظهير 1914<sup>726</sup>. لكنه لم يرتب جزاء البطلان على تخلفها كما هو الشأن مثلا في العمليات المنصبة على براءة الاختراع الشيء الذي يجعلنا نستنتج أن شكلية الكتابة في بيع الأصل التجاري ما هي إلا شكلية إثبات فقط.

---

726 ينص الفصل الأول منه على " إن كل بيع أو تخذل عن الأصل التجاري وقع إجراءه معلقا على شرط أو بصورة أخرى من صور التعاقد أو انعقدت بشأنه أو بصورة أخرى من صور التعاقد أو انعقدت بشأنه شركة أو حصص بالغير ... يجب أن يتم بموجب رسم عدلي قانوني أو بموجب رسم عرفي "

ليحتفظ هذا العقد برضايته، ذلك أن المشرع لو أراد اعتبار هذه الكتابة كتابة إنشاء لرتب على مخالفتها البطلان الذي يعتبر من النظام العام<sup>727</sup>.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ العلمي المشيشي بأن بيع الأصل التجاري يكفي فيه تراضي طرفي العقد على الشيء المبيع وعلى الثمن وأن المشرع المغربي هدف من الكتابة إثبات العقد وتسجيله في تاريخ معين<sup>728</sup>.

ويرى الأستاذ عبد العزيز توفيق كذلك أن بيع الأصل التجاري ينعقد بمجرد تراضي الطرفين وتحديد شروط البيع وثمان المبيع، ولا يحتاج إلى شكل معين، وأن غاية المشرع من الكتابة والتسجيل هي حماية البائع الذي لم يتوصل بمجموع ثمن المبيع في حالة إفلاس المشتري أو من تلاعبه كبيعه الأصل التجاري بمجرد شرائه، وقبل دفع الثمن للبائع الأول<sup>729</sup>. فإذا كان التشريع قد تعامل مع الكتابة بالشكل الذي أشرنا إليه وكذلك الفقه المغربي، فكيف تعامل القضاء المغربي مع الكتابة في عقد بيع الأصل التجاري.

## (2) موقف القضاء المغربي من طبيعة الكتابة.

أصدرت المحكمة الابتدائية بالرباط في الملف التجاري عدد 91/98 بتاريخ 01 يوليوز 1991 حكما ذهبت فيه إلى أن بيع الأصل التجاري يجب أن يثبت برسم قانوني عدلي أو بخط اليد طبقا للفصل 1 من ظهير 1914.

كذلك هناك قرار صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 دجنبر 1986 جاء فيه أنه لا يترتب على عدم مراعاة الشكليات المنصوص عليها في المادة 1 من ظهير 1914

727 عبد العزيز شميعة، محاضرات في القانون التجاري طبعة 2003 ص : ...

728 Drussi Alaoui Machichi ; cours polycopies de droit commerciale, p : 126 .

729 عبد العزيز توفيق، العمليات الواردة على الأصل التجاري، مقال منشور بمجلة القضاة، العدد 12،

ص: 52.

فانطلاقاً من هذا الحكم وهذا القرار يتضح لنا أن موقف القضاء المغربي حول طبيعة الكتابة في عملية بيع الأصل التجاري، تعتبر شكلية إثبات وليست شكلية انعقاد<sup>730</sup>.

ب - بيانات عقد بيع الأصل التجاري.

### (1) محتوى البيانات

حرص المشرع المغربي في مدونة التجارة من خلال الفصلين 81 و82 على إعطاء عملية البيع المنصبة على الأصل التجاري شفافية أكثر، حماية لمشتري هذا المال المعنوي

البيانات الهامة التي أشارت إليها المادة 81 والتي تنص على:

(1) إسم البائع وتاريخ عقد التفويت، ونوعيته وثمرته مع تمييز ثمن العناصر المعنوية والبضائع والمعدات.

(2) حالة تقييد الامتيازات والرهن المقامة على الأصل.

(3) وعند الاقتضاء الكراء وتاريخه ومدته ومبلغ الكراء الحالي واسم وعنوان المكري التجاري.

(4) مصدر ملكية الأصل.

### (2) مخالفة بيانات عقد بيع الأصل التجاري

يجب أن نميز هنا بين نوعين من مخالفات البيانات التي أشارت إليها المادة 81 من مدونة التجارة، فبين تخلف أحد البيانات أو كلها وبين عدم صحة إحدى هذه البيانات.

ففيما يتعلق بتخلف إحدى بيانات عقد البيع : بالرجوع إلى المادة 82 من المدونة نجد

الفقرة الأولى تنص على أنه إذا لم يشتمل عقد البيع على أحد البيانات المنصوص عليها في

730 حيث يرتب جزاء البطلان ف حالة عدم كتابة العقد.

المادة السابقة جاز للمشتري أن يطلب التصريح بإبطال العقد في حالة تضرره من جراء ذلك.

هكذا فالمشعر رتب قابلية العقد للإبطال في حالة تخلف أحد بيانات المادة 81، ولكن شريطة أن يثبت المشتري الضرر اللاحق به، لكن بقي أن نطرح السؤال الآتي: ماذا لو تم إغفال جميع البيانات الواردة في المادة 81 ما دامت المادة 82 تتحدث عن تخلف أحد البيانات فقط؟

نقول أنه بالرغم من تخلف كل البيانات الواردة في المادة 81، وما دامت المادة 82 ربطت جزاء طلب التصريح بالإبطال بالضرر اللاحق بالمشتري وفي غياب جزاء قانوني صريح عن تخلف كل البيانات، فإن عقد البيع يبقى عقدا رضائيا صحيحا<sup>731</sup>.

أما في حالة إيراد بيانات غير صحيحة : فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 82 " إذا كانت البيانات المذكورة في العقد غير صحيحة جاز للمشتري لأن يطلب التصريح بإبطال العقد أو بتخفيض الثمن في حالة تضرره من جراء ذلك " وبذلك يترتب هذا النص حالة إيراد بيانات غير صحيحة كأن يغير بيانات عقد كراء المحل الذي يمارس فيه النشاط التجاري طلب التصريح بإبطال عقد البيع أو تخفيض الثمن حالة تضرره من جراء ذلك. ونشير إلى أن المشعر وسعيا منه إلى تسريع عملية بيع الأصول التجارية فقد أخضع طلب التصريح بالإبطال أو دعوى لتخفيض الثمن إلى أجل قصير هو سنة<sup>732</sup>.

ثانيا : تسجيل وشهر عقد بيع الأصل التجاري

أ – تسجيل عقد بيع الأصل التجاري

يتم تسجيل عقد بيع الأصل التجاري بمصلحة التسجيل والتنبر طبقا للمادة 81 وذلك حتى تتمكن هذه المصلحة من اقتطاع حقوقها.

731 عبد الرحيم شميعة، نفس المرجع.

732 الفقرة الأخيرة من المادة 82 من مدونة التجارة

## ب - مراحل شهر عقد بيع الأصل التجاري

يحظى الأصل التجاري بمكانة هامة في الذمة المالية لمالكه ( البائع ) وغالبا ما يعول عليه دائنوه بالأخص الدائنون العاديون<sup>733</sup>، ولما كان بيع هذا المال سيخرجه من ذمة مدينهم، ولما كانت القواعد العامة لا توفر لهم حماية خاصة فكان لزاما على القانون التجاري تميتهم بضمانات هامة لا نجدها في القانون المدني، إذ يتم اللجوء إلى إشهار ونشر عقد بيع الأصل التجاري حتى يعلم به دائنو البائع والتدخل لحماية حقوقهم تبعا للوضع الجديدة، هذا الشهر الذي يمر عبر مرحلتين من خلال المادة 83 فهناك الشهر الذي يقوم به البائع ( 1 ) ثم الشهر الذي يقوم به المشتري ( 2 ).

## ( 1 ) الشهر الذي يقوم به البائع

حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 83 فإنه بعد ما يتم تسجيل عقد بيع الأصل التجاري، فإنه يجب على البائع إيداع نسخة من العقد العرفي أو الرسمي لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية التي يوجد بها الأصل التجاري أو مركزه الرئيسي إذا تعددت فروعه وذلك داخل أجل 15 يوما من تاريخ البيع.

ويقوم بعد ذلك كاتب الضبط بنشر مستخرج من هذا العقد في السجل التجاري، هذا المستخرج الذي يتضمن كافة البيانات<sup>734</sup> التي تهم عملية البيع من تاريخ العقد، الأسماء الشخصية والعائلية لكل من المشتري والبائع، وموطنهما، ونوع الأصل التجاري، ومقره الرئيسي، وثمان البيع المحدد، والفروع التي قد يشملها، وبيان أجل التعويض، وكذا اختيار موطن للمتعرضين في دائرة المحكمة التجارية التي يتم في دائرتها بيع الأصل التجاري<sup>735</sup>.

733 لأن الدائن المقيد يملك حقا عينيا على اظلملل التجاري يخول له حق التتبع.

734 البيانات التسعة محددة حصرا بموجب مدونة التجارة

735 الفقرة الثالثة من المادة 83

وبعدما يتلقى كاتب الضبط ذلك يقوم بنشر المستخرج المقيد بالسجل التجاري في الجريدة الرسمية وكذلك في أحد الجرائد المخول لها نشر الإعلانات القانونية على نفقة الأطراف<sup>736</sup>.

## (2) الشهر الذي يقوم به المشتري

إذا كان القانون قد أوجب على البائع ضرورة شهر عقد بيع الأصل التجاري داخل أجل 15 يوما من تاريخ عقد البيع، فقد أوجب في الفقرة الأخيرة من المادة 83 تجديد عملية الشهر وذلك حتى يكون كل الدائنين على بينة من وقوع البيع، وبالتالي الدفاع عن حقوقهم، لكن هذه المرة يقوم بعملية تجديد الشهر المشتري وذلك بين اليوم الثامن والخامس عشر بعد الإشهار الأول الذي يقوم به البائع، ولعل ازدواجية وإشهار عقد بيع الأصل التجاري تفسر بإعلام الدائنين وفي نفس الوقت دعوتهم إلى ممارسة حق التعرض القانوني، هذا الإشهار الذي يحمل خصوصيات لا نجدها في أوضاع قانونية أخرى كإنشاء الشركات أو الزيادة في رأسمالها حيث يكون الإشهار مرة واحدة.

كما أن تجديد إشهار عقد بيع الأصل التجاري هو التزام قانوني ملقى على عاتق المشتري مهما كانت وضعية الأصل التجاري، وذلك حتى تبرأ ذمته في مواجهة دائني البائع وفي هذا الصدد نجد قرارا صادرا عن المجلس الأعلى<sup>737</sup> جاء فيه ما يلي: "... على أن كاتب الضبط هو الذي يقوم بنشر بيع الأصل التجاري لا المشتري الذي يقتصر دوره على تقديم نسخة من عقد البيع إلى الكاتب المذكور وأن المحكمة لما قضت بفسخ البيع على مسؤولية المشتري لعدم بيع الأصل التجاري بعله أن الحجز لا يحول دون إشهار البيع مع أنه أدلى بما يثبت أنه قدم إلى كاتب الضبط طلبا بإشهار البيع المذكور، وأن هذا الأخير هو الذي رفض القيام بالإجراء لوجود الحجز على الأصل التجاري يكون قضاؤها مشوبا بالقصور في التعليل الموازي لانعدامه مما يعرض قرارها للنقض".

736 الفقرة الرابعة من المادة 83

737 قرار عدد 269 صادر بتاريخ 12 أبريل 1978 منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 128.

### ج - تقييد الامتياز

يستفيد بائع الأصل التجاري المؤجل الثمن بضمانة هامة تسمى بامتياز بائع الأصل التجاري طبقا للمادة 91 من مدونة التجارة، وحق امتياز البائع هذا يجعله يسبق كل دائن للمشتري ولو تعلق الأمر بأصحاب الرهن الرسمي على الأصل التجاري ولو ترتب هذا الرهن بعد عقد البيع وقبل تقييد امتياز البائع، بشرط أن يتم تقييد امتياز البائع داخل أجل (15) يوما من عقد البيع.

#### 1) شروط ممارسة الامتياز

يستفيد من حق الامتياز، بائع الأصل التجاري المؤجل الثمن، إذا احترم الشروط التي أوجبتها المادة 91 من مدونة التجارة.

وهكذا فعلى البائع أن يقوم بتقييد امتيازه في السجل التجاري لدى كتابة ضبط المحكمة التي يوجد بها الأصل التجاري أو مركزه القانوني والأساسي ولدى المحاكم التي يوجد بها فروع هذا الأصل.

وحددت المادة 92 أجل القيام بهذا التقييد الذي يجب أن يتم في (15) يوما التي تلي عقد بيع الأصل التجاري، ويجب تجديد هذا القيد كل ( خمس سنوات ) حسب المادة 137، ويشمل امتياز البائع العناصر التي شملها عقد البيع وإذا سكت العقد عن تحديد هذه العناصر فإن الامتياز لا يشمل سوى الاسم التجاري والشعار والحق في الإيجار والزبناء والسمعة التجارية ( المادة 91 ).

ويجب أن توضع عند تحديد ثمن بيع الأصل التجاري أثمان متميزة للعناصر المعنوية، ثم للبضائع، ثم للأدوات، ويأخذ ذلك أهمية لأن امتياز البائع لا يمارس على كلية الأصل التجاري، بل يمارس عبر تجزئ الامتياز على البضائع، والأدوات، ثم العناصر المعنوية.

## المطلب الثاني الأثار المترتبة عن بيع الأصل التجاري

إذا كان بيع الأصل التجاري ينفرد بخصوصيات إجرائية فإنه كذلك ينفرد بآثار خاصة سواء بالنسبة لطرفي العقد او الغير ونعني بذلك الدائنين خصوصا إذا ما كان الأصل التجاري هو الضمانة الأهم لديونهم لذلك وفر لهم المشرع عناية خاصة لا توفرها القواعد العامة.

### أولا: الحماية القانونية للبائع

نتصور هذه الحماية بالطبع عند بيع الأصل التجاري بالتقسيط حيث من خلاله يتفق الطرفان على أداء الثمن على أجال متعددة أو أقساط شهرية أو سنوية وهو يختلف عن البيع بالأجل الذي يتفق فيه الطرفان على تسليم المبيع فور إبرام العقد مع تأجيل الثمن بحيث يدفع دفعة واحدة في خلال شهر أو سنة مثلا .

رغم مزايا البيع بالتقسيط فإنه لا يخلو من مخاطر بالنسبة للبائع لان ملكية الأصل التجاري تنتقل إلى المشتري بعد إبرام العقد ،وقد يتوقف المشتري عن الدفع بل قد يتصرف المشتري في المبيع ببقية الثمن إلى مشترأخر،ومن أجل ذلك متع المشرع البائع بالتقسيط بحماية قانونية لا مثيل لها في القواعد العامة وذلك من خلال تمكينه من حقين يمكنانه عند الاقتضاء من حفظ حقه على المبيع،وهما حق الامتياز و الحق في دعوى الفسخ.

### ثانيا: الحماية القانونية للمشتري:

إلى جانب ذلك حول المشرع المغربي في الفصول الواردة في الكتاب الثاني من مدونة التجارة ضمانات لفائدة المشتري وتتمثل في الضمانات التالية:

ضمان الاستحقاق: وذلك أن يدفع البائع عن المشتري كل تعرض من جانب الغير يكون من سبب يعود له. فالبائع يضمن للمشتري ملكيته للأصل التجاري المبيع كليا أو جزئيا، فإذا ظهر أنه مملوك كله أو بعضه للغير كأن تكون براءة الاختراع مملوكة للغير،

وحكم لهذا الغير باستحقاق الأصل التجاري كان البائع ملتزماً بأن يعرض المشتري عن هذا الاستحقاق.

ضمان العيوب الخفية: ونحو ذلك أن يكون هناك حكم قضائي أو قرار إداري بغلق الأصل التجاري محل البيع أو بنقله إلى مكان بعيد، أو كإلغاء مدة براءة الاختراع.. ففي مثل هذه الحالات يضمن البائع للمشتري العيب الخفي، وحق لهذا الأخير طلب الفسخ.

هذا بالإضافة لضمان آخر يتميز به الأصل التجاري عن غيره من البيوع الأخرى و المتمثل في الالتزام بعدم المنافسة أي بعدم مزاولته نفس النشاط في نفس المنطقة

ثالثاً: حماية دائني بائع الأصل التجاري:

حسب القواعد العامة للدائن لا يتلقى حقا أو يتحمل بالتزام من العقود التي أبرمها مدينه، لكنه يتأثر بطريق غير مباشر بهذه العقود باعتبارها قد تزيد أو تنقص من احتمال استخلاصه لدينه أي أن الضمان العام يظل قائماً أو يضيف أو ينعدم بحسب تصرفات المدين.

وإذا كان المبدأ أن المدين حر في التصرف في أمواله وليس للدائن معارضة في شكل أو صيغة هذا التصرف حتى لو أنقص من الضمان العام فإن جل التشريعات قد ارتأت التدخل تفادياً لمصالح الدائن بتحويله عدة وسائل قانونية من شأنها أن تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة بمصالحه.

لذلك تدخل المشرع المغربي بقواعده العامة والخاصة عند عملية بيع الأصل التجاري لتوفير الحماية اللازمة لدائني البائع من الضرر الذي قد يصيبهم من جراء خروج هذا المال من ذمة مدينهم بحماية مزدوجة: فبالإضافة إلى تمتعهم بضمان التعرض على أداء ثمن البيع، فقد خول لهم حق إعادة بيع الأصل التجاري بزيادة السدس<sup>738</sup>.

738 الأستاذ عبد الرحيم شميعة "المبادئ الأساسية للقانون التجاري" ص 165

## - حق التعرض

هكذا خولت المادة 84" للدائنين حق تقديم تعرضهم على الثمن سواء كان الدين حالا أم لا تجاريا أم مدنيا. لكن وحتى يكون التعرض صحيحا ومنتجا لأثاره لا بد من احترام الشروط التالية:

- احترام أجل التعرض وهو 15 يوما بعد النشر الثاني.

- وقوع التعرض على أداء ثمن البيع فيجب أن يكون الدين محل التعرض هو ثمن البيع.

- وقوع شكل التعرض إما عبر رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل توجه إلى كتابة الضبط التي تم إيداع العقد بها، أو بإيداع التعرض بنفس الكتابة مقابل وصل.

- تبيان المتعرض تحت طائلة البطلان مبلغ الدين وأسبابه و موطنه المختار داخل دائرة المحكمة، وهذا ما ذهبت إليه استئنافية الرباط حيث اعتبرت أن الاعتراض الذي لا يشار فيه إلى أسباب الدين المزعوم والذي لا يصحب بأية وثيقة إثبات أو حتى بداية إثبات بالكتابة يجب اعتباره باطلا<sup>739</sup>.

- حق إعادة بيع الأصل التجاري بزيادة السدس.

وهو ما يعرف بحق المزايدة بالسدس وذلك في حالة عدم كفاية ثمن البيع لتغطية الديون أو في حالة ما إذا استشعر هؤلاء أن هناك تواطؤ بين البائع والمشتري على إخفاء جزء من الثمن الحقيقي إضرارا بهم ،وبذلك أجاز القانون لدائني بائع الأصل التجاري داخل أجل شهر(المادة93)من عملية النشر الثانية،

أن يطلبوا بيع الأصل التجاري في المزاد العلني بشرط زيادة السدس على الثمن الرئيسي للأصل التجاري دون أن يشمل البضائع والأدوات و المعدات أي سدس قيمة

739 قرار محكمة الاستئناف بالرباط 23-يناير-1936 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 489

العناصر المعنوية ويستفيد الدائنون من هذه الضمانة في غير حالات البيع في إطار التسوية أو التصفية القضائية وبطلب من الشركاء على الشيع للأصل التجاري وكذلك في حالة البيع القضائي، وهذا يعني أن ممارسة هذا الحق مرتبط بالبيع الرضائي الحبي.

ولا يستفيد الدائن من هذا الحق إلا بعد تقديم كفيل لضمان أداء الثمن وتحملات المزداد أو أن يثبت القدرة على التسديد وذلك لحماية البائع من التعسف.

#### الخاتمة:

وعلى العموم، فرغم ما تعرفه مسطرة بيع الأصل التجاري من تعقيدات، سواء على المستوى الشكلي أو العملي، فإن المشرع حاول من ورائها توفير نسبة من الاستقرار في الميدان التجاري.

#### النتائج:

- أحاط المشرع عملية بيع الأصل التجاري بمجموعة من المقتضيات الدقيقة قصد حماية أطراف العملية بما فهم البائع والمشتري والدائنين.
- المادة 82 من المدونة في فقرتها الأولى تنص على أنه إذا لم يشتمل عقد البيع على أحد البيانات المنصوص عليها في المادة السابقة جاز للمشتري أن يطلب التصريح بإبطال العقد في حالة تضرره من جراء ذلك.

#### التوصيات:

- نقترح جمع هذه المقتضيات في قانون موحد ومضبوط، يحافظ أكثر على مصالح و حقوق الجميع.
- رغم أن الواقع العملي لا يفرض شكلية بيع الأصل التجاري، وهذا ما يقره الاجتهاد القضائي بعبارات واضحة، على أن الشكليات المشترطة في عقد بيع الأصل التجاري، ومن جملتها الإيداع بكتابة الضبط، والإشهار، لا تأثير لها على الحقوق التي تثبت للمشتري.

- بالإضافة، إلى تبني نظام قانوني مزدوج، يجمع بين قواعد قانون التجارة، وقانون الالتزامات والعقود

## قائمة المراجع:

### الكتب:

- فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، الطبعة الثانية 2001.
- أحمد شكري السباعي – الوسيط في الأصل التجاري-الجزء الأول-الطبعة الأولى.
- محمد الشافعي: اسم الأصل التجاري، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 24.
- الدكتور محمد نخلي، الوجيز في القانون التجاري، طبعة 1994 عبد العزيز شميعة، محاضرات في القانون التجاري طبعة 2003.
- عبد العزيز توفيق، العمليات الواردة على الأصل التجاري، مقال منشور بمجلة القضاة، العدد 12.
- الأستاذ عبد الرحيم شميعة "المبادئ الأساسية للقانون التجاري" الأحكام والقرارات:
- قرار عدد 269 صادر بتاريخ 12 أبريل 1978 منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 128.
- قرار محكمة الاستئناف بالرباط 23-يناير-1936 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 48.

الأستاذ جواد الغزواني

باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا

جامعة محمد الخامس بالرباط

# الجرائم الذكية بين النص القانوني والعمل القضائي

Crimes intelligents entre texte juridique et travail judiciaire

مقدمة:

لا شك أن عالمنا المعاصر يعيش أزهى فتراته من خلال ما قدمته الثورة المعلوماتية من خدمات جليلة للإنسانية انعكست على كافة وجوه النشاط الإنساني وعلى العلاقات الدولية في جميع المجالات حيث أصبحت تحتل التكنولوجيا والتقنية الذكية أهمية كبيرة في تبادل المعلومات والتواصل بين الناس، مما ساهم بفعالية في جعل العالم الواسع يبدو كأنه قرية صغيرة، وتحقق ذلك بفضل ما قدمته التقنيات الحديثة من ذكاء اصطناعي، فتنوعت الوسائل الذكية لتمتد من الهاتف الثابت والهاتف المحمول، لتصل إلى شبكة الإنترنت وما يرتبط بها من قدرة تواصل الناس مع بعضهم البعض عبر القارات والبلدان المختلفة خلال ثوانٍ معدودة، مما يسهل العلاقات الاجتماعية الثقافية والاقتصادية، وكذا يعطي الثقة في تبادل المعطيات والبيانات المعلوماتية فيما بين الأشخاص والدول وفقا للمصالح المشتركة.

إلا أن هذا الجانب المشرق لتطور التكنولوجي وانتشار تقنية المعلومات والانترنت، صاحبه جانب آخر اتسم بالأنانية والظلمة، والاعتداء غير المشروع على مصالح وقيم مادية ومعنوية، عبر استغلال التطور المتلاحق للمجال المعلوماتي حيث ظهرت العديد من السلوكيات المارقة والجرائم الذكية.

والجريمة بطبيعتها هي إفراز للمجتمع ومظهر من مظاهره، تعكس ما تموج به المجتمعات من ظروف وأسباب، ولما كانت الجرائم الذكية ظاهرة حديثة لارتباطها بتكنولوجيا الحاسوب أفرزت شأنها شأن كل جديد بعض الاختلافات الجوهرية بين شرح القانون بصفة عامة والقانون الجنائي بصفة خاصة حول إيجاد مصطلح معين للدلالة على الظاهرة الاجرامية الحديثة، فقد أطلق البعض الغش الذي أو الاحتيال الذي، والبعض الآخر يسميها الجريمة الذكية او المعلوماتية، أو جرائم الحاسوب الآلي<sup>740</sup>، كما يطلق عليها التقنية العالية أو جرائم المعالجة الآلية للبيانات أو الجرائم المعلومات أو جرائم التكنولوجيا الحديثة<sup>741</sup>.

وقد تبني مؤتمر الأمم المتحدة العاشر- في بداية ظهور هذا النوع من الإجرام-تعريفا جامعاً للجريمة الذكية، حيث عرفها "بأنها جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية، أو داخل نظام الحاسوب، وتشمل تلك الجريمة من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة الكترونية"<sup>742</sup>، إلا أن هذا التعريف وإن كان مستساغاً وجامعاً في ذلك الوقت، فإنه يسري على الظرفية الحالية بأثر نسبي على اعتبار أن الجرائم الذكية الحالية لا يكون محلها فقط نظام الحاسوب الآلي بل ظهر مجموعة من الأجهزة الذكية الأكثر خطورة من قبيل الهواتف و اللوحات الذكية مما يسعنا القول بإدخالهم في التعريف السابق.

وبناء عليه يمكن استخلاص تعريف الجريمة الذكية بأنها تلك الجريمة التي تجعل من العالم الافتراضي مرتعاً خصباً لتنفيذ هجماتها الذكية، مستغلين بذلك كافة البرامج

<sup>740</sup> نائلة عادل محمد فريد قورة، "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية"، دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى 2005 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 27.

<sup>741</sup> على أن الملاحظ أن جل الباحثين يستعملون في وقت واحد المصطلحات المتداولة بمعنى واحد، دون التقييد دائماً بمصطلح محدد سيما وأن العنصر الجامع في هذه الجريمة عموماً هو التلاعب الذي ينصب على البيانات والمعلومات، أو البرامج، ما عدا حالات محددة وذلك بمعالجتها بطريقة تؤدي إلى تغييرها أو محوها أو إتلافها.

<sup>742</sup> أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغبي، صايل فاضل الهواوشة، "جرائم الحاسب الآلي والانترنت"، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2001 دار وائل للنشر، عمان، ص 78.

والثغرات التي يشتغل عليها النظام الرقمي، للحصول على معطيات وبيانات الكترونية يتم استعمالها لأغراض إجرامية.

ومما لا شك فيه أن انتشار هذه الجرائم الذكية المتعلقة يُؤدّي الى فقدان الثقة العامة في التعامل بالوسائط الذكية؛ نظرا للمخاطر والتهديدات التي تسببها نتائج ذاك الاستعمال، ومنها المساس بالحياة الخاصة والمس بالنظم المعالجة آليا عن طريق الاحتيال لارتكاب جرائم بالتقنية الذكية، مما يؤثر على زعزعة ثقة الناس في التعاملات الالكترونية، وكذا لما له من نتائج تهدد الاقتصاد والامن المعلوماتي لكافة الشركاء، لذلك عملت كافة الدول على سن نصوص زجرية تهدف الى حماية كافة المعطيات والمعلومات التي يكون استعمالها داخل النطاق الالكتروني، وبالتالي خلق سياسة جنائية ملائمة للمستجدات السلوك الاجرامي الذكي في كافة تجلياته على غرار الجرائم الذكية المرتبطة التلاعب في المعطيات والبيانات الشخصية للأفراد<sup>743</sup>، والجرائم الإلكترونية الموجهة ضدّ الدولة ومؤسساتها<sup>744</sup>، ثم جرائم الابتزاز الإلكتروني والاحتيال والاعتداء على الأموال بطريقة معلوماتية<sup>745</sup>.

وقد تحسّس المشرع المغربي للخطورة الجرائم الذكية، فكان سباقا الى اصدار القانون المنظم لقطاع الاتصالات<sup>746</sup> بتاريخ 7 غشت 1997، ومع اتسام الجرائم الذكية المرتبطة بالمجال المعلوماتي بالتعدد خلال السنوات الاخيرة، مما دفع المشرع إلى سن العديد

<sup>743</sup> الجرائم ماسة بالثقة العامة مرتبطة بالتلاعب في المعطيات والبيانات الشخصية للأفراد: وهي الجرائم التي يتم فيها تتبع الهوية الإلكترونية للأفراد بطرق غير مشروعة؛ كحسابات البريد الإلكتروني وكلمات السر التي تخصهم، وقد تصل إلى انتحال شخصياتهم وأخذ الملفات والصور المهمة من أجهزتهم، بهدف تهديدهم بما يمتثلوا لأوامرهم، وتسمى أيضا بجرائم الانترنت.

<sup>744</sup> الجرائم الإلكترونية ماسة بالثقة العامة موجهة ضدّ الدولة ومؤسساتها: هي جرائم تُهاجم المواقع الرسمية للدولة ومؤسساتها وأنظمة شبكاتها وتتركز على تدمير البنى التحتية لهذه المواقع أو الأنظمة الشبكية بشكل كامل، ويُسمى الأشخاص المرتكبون لهذه الجريمة بالقرصنة، وغالبا ما تكون أهدافهم سياسية.

<sup>745</sup> جرائم الابتزاز الإلكتروني والاحتيال وتشمّل هذه الجرائم الكثير من الممارسات منها إدخال بيانات غير صحيحة أو تعليمات من غير المشروع التصريح بها، أو استعمال بيانات وعمليات غير مسموح الوصول إليها بغية السرقة من قبل موظفين فاسدين في الشركات والمؤسسات المالية؛ وحذف أو تعديل المعلومات المحفوظة، أو إساءة استعمال أدوات الأنظمة المتوافرة وحزم البرامج. جرائم الابتزاز الإلكتروني والاعتداء على الأموال بطريقة معلوماتية

<sup>746</sup> حيث يعتبر قطاع الاتصالات القوة المحركة لدفع عجلة الاقتصاد في إطار النظام العالمي لتكنولوجيا المعلومات، فالامتداد الواسع للخدمات وتنوعها أدى إلى إعادة النظر في طريقة إدارة وتنظيم هذا القطاع، وعليه أصبح من الضروري وضع إطار قانوني فعال يتماشى مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي وقعها المغرب ويشجع على المنافسة المشروعة والمبادرات الحرة لصالح المستخدمين ويأتي في هذا الصدد قانون رقم 96 – 24 المتعلق بالبريد والمواصلات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.162 بتاريخ 7 أغسطس 1997، كما تم تغييره وتتميمه

من النصوص لحماية الثقة العامة في التقنيات الذكية، حيث سعى إلى تهيئة بيئة قانونية تناسب التطور المذهل لهذا المجال، وزرع نوع من الثقة في مجال المعاملات التي تتم بطرق الكترونية، حيث بادر في إصدار القانون رقم 05 - 53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية<sup>747</sup>، حيث وضع اللبنة الأساسية للتبادل الإلكتروني ومعادلة الوثائق المحررة على الورق وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، تشفير البيانات، كيفية إبرام العقود الإلكترونية وكذا التوقيع الإلكتروني، وكذلك القانون رقم 03-07 بشأن تميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات<sup>748</sup>، ومن خلال القانون رقم 08 - 09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي<sup>749</sup>؛ وذلك لتقوية ثقة المستهلك المغربي في المعاملات الإلكترونية والاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية.

بالموازاة مع ذلك تم إحداث هيئات ومجالس رقابية تعنى بحماية الثقة العامة في المجال المعلوماتي والتبادل للمعطيات كالمجلس الوطني لتكنولوجيات الإعلام والاقتصاد الرقمي<sup>750</sup>، والمركز المغربي للإنذار وتدير الحوادث المعلوماتية<sup>751</sup>.

وأمام هذا الزخم التشريعي والمؤسسي يحق لنا أن نطرح أشكال مركزي متعلق بمدى فعالية الآليات القانونية والقضائية في بلورة سياسة جنائية ملائمة تعنى بالحد من خطورة الجرائم الذكية؟

<sup>747</sup> ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

<sup>748</sup> ويحتوي هذا القانون على تسعة فصول (من الفصل 3-607 إلى الفصل 11-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي).

<sup>749</sup> حيث أحدثت اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بمقتضى القانون 08 - 09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.15 بتاريخ 22 صفر 1420 18 فبراير 2009 وتطبيقه المرسوم رقم 2.09.165 الصادر في 25 من جمادى الأولى 1430، 21 ماي 2009 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

<sup>750</sup> حيث صدر مرسوم رقم 2 - 08 - 444 بتاريخ 21 ماي 2009 بإحداث مجلس وطني لتكنولوجيات الإعلام والاقتصاد الرقمي، وقد أبرزت المادة 2 من هذا المرسوم أنه تناط بهذا المجلس مهمة تنسيق السياسات الوطنية الهادفة إلى تطوير تكنولوجيات الإعلام والاقتصاد الرقمي وضمان تتبعها وتقييم تنفيذها .

<sup>751</sup> حيث صدر مرسوم رقم 2 - 08 - 444 بتاريخ 21 ماي 2009 بإحداث مجلس وطني لتكنولوجيات الإعلام والاقتصاد الرقمي، وقد أبرزت المادة 2 من هذا المرسوم أنه تناط بهذا المجلس مهمة تنسيق السياسات الوطنية الهادفة إلى تطوير تكنولوجيات الإعلام والاقتصاد الرقمي وضمان تتبعها وتقييم تنفيذها .

لمقاربة هذا الموضوع سوف اعالجه من خلال محورين: المبحث الأول: التجليات القانونية للجرائم الذكية. المبحث الثاني: فعالية السياسة الجنائية من خلال العمل القضائي في الجرائم الذكية.

### المبحث الأول: التجليات القانونية للجرائم الذكية

ان ظهور الأجهزة الذكية وانتشارها في العقدين الماضيين نتيجة لتطور الحضارة الإنسانية، كالحواسيب والهواتف الذكية وغيرها تسبب في ظهور نوع جديد من الجرائم الذكية، تعتمد في جلها على ذكاء الجناة في اقتفاء أثار المعطيات والمعلومات الخاصة للأفراد المتعلقة بالحياة الشخصية والمالية بصورة احتيالية وذكية عبر تسخير برامج ذكية وذلك بغية سرقة كلمات السر من أجل استعمالها للقيام بممارسات تسبب الضرر المادي والمعنوي للضحايا، لأجل ذلك فقد تصدى المشرع المغربي بكل صرامة لهذا النوع من الجرائم من خلال قانون المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، فأين تتجلى أهم الجرائم الذكية المعاقب عليها؟.

بالقراءة الشمولية لمقتضيات القانون رقم 03-07 بشأن تميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، ويحتوي هذا القانون على تسعة فصول (من الفصل 3-607 إلى الفصل 11-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي). يمكننا من حصر الجرائم المنصوص عليها في: الدخول الاحتيالي إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، والبقاء في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات بعد الدخول خطأ فيه، وحذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو التسبب في اضطراب في سيره، والعرقلة العمدية لسير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه، إدخال معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إتلافها أو حذفها منه أو تغيير المعطيات المدرجة فيه، أو تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها بشكل احتيالي، التزوير أو التزييف لوثائق معلوماتية، أيا كان شكلها إذا كان من شان التزوير أو التزييف الحاق ضرر بالغير، ثم استعمال واثق معلوماتية مزورة أو مزيفة.

ومن خلال ذلك يمكننا جرد ثلاث صور: الجرائم الذكية التي تتعلق بالدخول الاحتيالي والبقاء بعد الدخول الخطأ في نظام المعالجة الآلية للمعطيات (الفقرة الأولى)، والجرائم الذكية التي تستهدف تغيير المعطيات والوثائق المعلوماتية (الفقرة الثانية)، ثم الجرائم الذكية المتعلقة التزوير أو التزييف لوثائق معلوماتية واستعمالها بقصد الاضرار بالغير (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الجرائم الذكية المتعلقة بالدخول الاحتيالي والبقاء بعد الدخول الخطأ في نظام المعالجة الآلية للمعطيات

عرفت محكمة النقض نظام المعالجة الآلية للمعطيات بأنه "هو كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة تتكون من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الربط والإدخال والإخراج تربط بينها مجموعة من العلاقات عن طريق تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات شريطة أن يكون ذلك المركب خاضعا لنظام الحماية"<sup>752</sup> ، ومن صور الاعتداء الذي على نظم المعالجة الآلية للمعطيات تلك المتمثلة في الدخول إلى النظام عن طريق الاحتيال أو البقاء فيه دون أن يكون للجاني الحق في ذلك بعد أن يكون قد دخله عن طريق الخطأ ، باستقرائنا لمقتضيات الفصل 3-607 من القانون الجنائي، يتضح لنا أن المشرع المغربي يعاقب على جريمتين مستقلتين في صورتها البسيطة والمشددة تشمل جريمة الدخول الى نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال كما تشمل جريمة البقاء غير المشروع في هذا النظام.

ونعلم أن النشاط الإجرامي الذي يصدر عن الجاني بصفة عامة إما أن يكون إيجابيا وإما أن يكون سلبيا<sup>753</sup>، ومن خلال ذلك فإن النشاط الإجرامي في جرمتي الدخول والبقاء

<sup>752</sup> القرار رقم 1/681 المؤرخ في 3 غشت 2011-الغرفة الجنائية القسم الأول - في الملف عدد 2010/16080 منشور في مجلة قضاء محكمة

الاستئناف بالرباط لسنة 2012 العدد 2 ص 230-232.

<sup>753</sup> لطيفة الداودي، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية، ط الأولى 2007، ص 57.

في نظم المعالجة الآلية للمعطيات، يتعلق في الجريمة الأولى بارتكاب فعل مادي أي نشاط إيجابي، على خلاف الجريمة الثانية يتعلق بالامتناع عن عمل وهو نشاط سلبي<sup>754</sup>.

إن جريمة الدخول والبقاء غير المشروع في نظم المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، يعد من أبرز صور الاعتداء الذي على نظم المعالجة الآلية للمعطيات، والتي تتحقق بارتكاب فعل مادي متمثل في الدخول للنظام المعالجة الآلية للمعطيات كله أو جزء منه بشكل احتيالي، هذا الدخول لا يشترط في مرتكب الفعل صفة معينة من حيث الاحتراف والخبرة في المجال، فالأهم في قيامها هو عدم توفر الحق في الدخول سواء ارتكبت من طرف خبراء أو أشخاص عاديين، ومهما كان الهدف المتوخى من فعل الدخول سواء كان بهدف القيام بعمل غير مشروع أو لمجرد الفضول أو حب الاطلاع<sup>755</sup>.

ففعل الدخول هنا يتحقق كلما كان مخالفا لإرادة صاحب النظام ويستوي في ذلك فعل الدخول إلى الأنظمة المتعلقة بأسرار الدولة أو الدفاع أو إذا تم فعل الدخول على معطيات شخصية تتعلق بحرمة الحياة الخاصة أو غيرها من المعطيات التي لا يجوز الإطلاع عليها<sup>756</sup>.

وقد عاقبت الفقرة الأولى من الفصل 3-607 " بالحبس من شهر إلى ثلاث أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظم المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال"، ومن خلال هذا المقتضى القانوني نستخلص العناصر التكوينية للجريمة أعلاه:

الركن المادي: وهو السلوك الاجرامي الذي يقوم به الجاني وينال به بالاعتداء على الحقوق المحمية قانونا، وهذا السلوك يمكن أن يكون إيجابيا او سلبيا، ويتمثل في نشاط إيجابي من جانب الفعل الأصلي أو المشارك يتمثل في الدخول الاحتيالي الى مجموعة او بعض

<sup>754</sup> فؤاد —رامى، استراتيجية الأمن المعلوماتي فـي حماية نظم المعطيات، رسالة لنيل دبلوم الماستر العلوم الجنائية والأمنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة 2018/2017. ص42.

<sup>755</sup> مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 2002، ص 51.

<sup>756</sup> إدريس النوازي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 2، فبراير 2010، ص195.

نظم المعالجة الآلية للمعطيات والعائدة للغير بدون وجه حق، وبالتالي فالدخول غير المشروع واستعمال الاحتيال شرطان أساسيان في تركبة الركن المادي للقيام الجريمة، إضافة الى تسبب ذلك في نتيجة إجرامية متمثلة في اثر المترتب عن نشاط الجاني الذي يظهر في التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كنتيجة ملازمة وحتمية للسلوك المقترف.

الركن المعنوي: كما هو معلوم فإن جريمة الدخول غير المشروع في نظم المعالجة الآلية للمعطيات من الجرائم العمدية، التي تتطلب القصد الجنائي العام المتمثل في عنصري العلم والإرادة، وذلك بأن تتجه إرادة الجاني إلى تحقيق فعل المكون لجريمة الدخول غير المشروع. ولا بد من ذكر أن جل التشريعات التي نصت على تجريم فعل الدخول غير المشروع اشترطت توفر القصد الجنائي العام، حيث استعمل فالمشعر المغربي عبارة (عن طريق الاحتيال)؛ مما يوحي أن مقترف الجريمة تتوفر عنده فكرة وعلم بواقعة الدخول غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية، كما نجد المشعر الفرنسي استعمل عبارة غش المعبر عنه ب (frauduleusement)، بينما المشعر الإنجليزي اشترط أن يتم الدخول إلى النظام على نحو غير مصرح به، مع توفر العلم بذلك.

وبالتالي فإن القصد الجنائي بهذه الجريمة رهين بعلم الجاني أن الفعل المرتكب من قبله، ينصب على الدخول غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وأن سلوكه بموجب هذا الفعل أصبح معاقبا عليه بموجب القانون، والأكثر من ذلك فإن هذا الفعل يجب أن يتزامن مع النشاط الإجرامي وإلا انتقلنا من جريمة الدخول غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات، إلى جريمة البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات. وعطفا عليه باستقراءنا للفصل 3-607 من مجموعة القانون الجنائي، فإن المشعر المغربي نجده لم يشترط في تحقيق النتيجة الإجرامية أن يتم فعل الدخول إلى البيانات أو المعلومات بعينها، وإنما تتحقق الجريمة بمجرد الدخول غير المشروع، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشعر الفرنسي من خلال المادة 1-323 من قانون العقوبات الفرنسي.

وإلى جانب جريمة الدخول الى نظم المعالجة الآلية للمعطيات، تناول المشعر المغربي جريمة البقاء غير المشروع في نظم المعالجة الآلية للمعطيات في نفس الفصل 3-607 من

مجموعة القانون الجنائي، في فقرته الثانية جريمة البقاء في نظم المعالجة الآلية للمعظيات، وبناء على ذلك سنتطرق لها من خلال معالجة ركنها المادي، تم التطرق لركنها المعنوي. ويتمظهر الركن المادي لهذه الجريمة في فعل الدخول والبقاء في نظام المعالجة الآلية للمعظيات، وبذلك يكون المشرع المغربي وسع مجال التجريم ليشمل السلوك السلبي كذلك المتمثل في البقاء بشكل غير قانوني في نظام المعالجة الآلية للمعظيات؛ ونتيجة لذلك فإن إرادة الجاني هنا تنصرف إلى البقاء داخل النظام رغم علمه أن تواجهه غير مشروع، وبالتالي فالمشرع المغربي هنا فطن لفعل الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للمعظيات الذي يتم عن طريق الخطأ والبقاء فيه، على خلاف نظيره الفرنسي الذي لم يتطرق لهذه الحالة. وتبعاً لذلك فإن الشخص الذي يدخل إلى نظام المعالجة الآلية للمعظيات عن طريق الخطأ أثناء بحثه في العالم الافتراضي، أي أنه لا تتوفر لديه النية الإجرامية فلا يمكن هنا متابعته من أجل جريمة البقاء في نظام المعالجة الآلية للمعظيات، لأن هاته الأخيرة لا تتحقق إلى إذا تم الدخول وعلم الشخص أن دخوله هذا غير مرغوب فيه، إلا أن إرادته انصرفت إلى بقاء في النظام ولا يريد الخروج منه.

كما أن البقاء يكون معاقبا عليه استقلالا عن الدخول حين يكون هذا الأخير مشروعاً مثل عندما يتم الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ، إذ يجب على المتدخل في هذه الحالة أن يقطع وجوده وينسحب من النظام بحيث يعاقب على جريمة البقاء إذا تجاوز المتدخل المدة المسموح بها للبقاء بداخل النظام.

وبالتالي ومن خلال ما سبق فالركن المادي متمثل في نشاط سلبي بالقيام بالعمل، أي أن الجاني امتنع عن الخروج من النظام المعالجة الآلية للمعظيات عن قصد. إذ أن الجاني هنا امتنع عن قطع الاتصال بالنظام، ومن تم فامتناع الجاني عن قطع الاتصال يشكل فعلاً معاقبا عليه متى اتجهت إرادة الجاني إلى تحقيقه.

ومن خلال ما تقدم فإن أوجه الفرق بين الجريمتين يكمن في أصل النشاط الإجرامي بحيث إن فعل الدخول غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية للمعظيات يعد جريمة إيجابية لأن الجاني يقوم بنشاط مادي المتمثل في فعل الدخول. بينما جريمة البقاء غير المشروع في

نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل ويدخل ذلك في زمرة الجرائم السلبية، التي يتحقق ركنها المادي كما أسلفنا في فعل الامتناع.

الركن المعنوي: كما هو معلوم فإن الاكتفاء بالركن المادي لا يكفي لمعاقبة على النشاط الإجرامي إذ لابد من توفر الركن المعنوي الذي بموجبه يتم إسناد الجريمة معنوياً لمرتكب الفعل؛ هذا الأخير يتحقق بتوفر القصد الجنائي العام، الذي يتطلب توجيه إرادة الجاني نحو تحقيق واقعة أو الوقائع المكونة للفعل الجرمي، هذا الأخير الذي يؤدي إلى تمام أركان الجريمة، وقيام المسؤولية الجنائية.

وغني عن البيان في هذا الصدد أن الجاني يكون على علم تام بأن فعله هذا مجرم قانوناً، ولا يعدل عنه، إذ أن إرادته هنا تتجه إلى البقاء في النظام بعد الدخول إليه عن طريق الخطأ.

الفقرة الثانية: جريمة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات

تعتبر جريمة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، من الجرائم الواقعة على نظام المعالجة الآلية للمعطيات، والتي نص عليها المشرع المغربي في الفصل 5-607 من مجموعة القانون الجنائي؛ وتتخذ صوراً متعددة من أهمها إرسال الفيروسات المدمرة للمعطيات الموجودة داخل النظام، تعطيل أجهزة الحاسوب أو شبكة الأنترنت أو إعاقة الوصول إليها، لإحداث خلل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات وهذا الخلل قد يترتب عليه ببطء عمل النظام المعلوماتي أو توقف المعالجة الآلية للمعطيات.

وللقيام هذه الجريمة لابد من توافر عناصرها التكوينية والمتجلية أساساً في:

الركن المادي: حيث أنه انطلاقاً من الفصل 5-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، يتبين أن الركن المادي لهذه الجريمة، يتجلى في فعل التعطيل الذي يندرج ضمن إعاقة النظام، أي كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك، فقد تكون بطريقة معنوية عندما تقع على الكيانات المنطقية للنظام، مثل البرامج والمعطيات، كما يتمثل أيضاً في إحداث الخلل في النظام عن طريق العيب أو الإفساد أو كل فعل يجعل نظام المعالجة الآلية غير صالح للاستعمال. وإحداث خلل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتم بعدة وسائل خاصة، إذ

يمكن أن يتحقق إحداث الخلل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات باستخدام البرامج الخبيثة ذات الأثر التدميري التي تستهدف محو جزء أو كل برامج وملفات النظام والمعطيات المخزنة به فتصيبه بالشلل والعطب، ومن هذه البرامج الخبيثة نذكر القنابل الموقوتة، وبرنامج الدودة، والفيروسات الالكترونية، وأحصنة طروادة، وأيا كانت الطريقة المتبعة في الاعتداء على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات فهي في الأخير تحول دون تحقيقه لوظائفه. وفيما يتعلق بوسيلة عرقلة سير النظام المادية سواء اقترنت بعنف أم لا، إذا وقعت على الأجهزة المادية للنظام أو منعت من الوصول إليها مثل تخريبها، وذلك بكسرها أو تحطيم أسطوانة أو قطع شبكات الاتصال أو منع العاملين على الأنظمة من الوصول إلى مكان الذي توجد فيه.

وفي ذات الاتجاه فإن وسيلة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات معنوية إذا وقعت على الكيانات المنطقية للنظام مثل البرنامج والمعطيات، وذلك بإدخال برنامج فيروس خبيث، أو بملئها بمعلومات ومعطيات تفوق سعتها الحقيقية، أو العمل على تعديل شفرة برنامج كلمة السر، أو الولوج أو تعديل النظام لجعله يتباطأ في أداء وظائفه. وتجدر الإشارة هنا أن المشرع المغربي قد عاقب على المحاولة في جريمة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية بعقوبة الجريمة التامة وذلك من خلال الفصل 9-607 من مجموعة القانون الجنائي.

الركن المعنوي: انطلاقاً من مقتضيات الفصل 5-607 من مجموعة القانون الجنائي، نجد أن المشرع المغربي، اشترط العمد لقيام هذه الجريمة، من خلال عبارة "كل من عرقل عمدا سير النظام..." الواردة في الفصل أعلاه يتضح أن جريمة إعاقة سير النظام المعالجة الآلية للمعطيات، هي جريمة عمدية، تقوم بوجود القصد الجنائي، بعنصره العلم والإرادة، بمعنى يجب أن ينصب سلوك جاني إلى إعاقة سير النظام المعالجة الآلية للمعطيات، كما يجب أن تتجه إرادته إلى تحقيق نتيجة إجرامية من فعل عرقلة نظام المعالجة.

وبناء عليه إذا قام المتعامل مع النظام بصورة مشروعة بإعاقة أو إحداث خلل في سير النظام نتيجة خطأ في التشغيل أو التعامل مع البيانات لا تتم المتابعة بهذه الجريمة.

وتطبيقا لما سبق يمكننا أن نخلص الى كون جريمة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه هي جريمة قصدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي بعنصرية العلم والإرادة، فيجب أن تتجه الإرادة إلى فعل عرقلة سير النظام أو فعل إحداث الخلل فيه، كما يجب أن يعلم بأن نشاطه الإجرامي هذا يؤدي إلى عرقلة سير النظام أو إحداث خلل فيه.

الفقرة الثالثة: الجرائم الذكية المتعلقة التزوير أو التزييف لوثائق معلوماتية واستعمالها بقصد الاضرار بالغير

انطلاقا من الفصل 7-607 الذي ينص: "دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 1.000.000 درهم كل من زور أو زيف وثائق المعلومات أيا كان شكلها إذا كان من شأن التزوير أو التزييف إلحاق ضرر بالغير. دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، تطبق نفس العقوبة، على كل من استعمل وثائق المعلومات المشار إليها في الفقرة السابقة وهو يعلم أنها مزورة أو مزيفة؛ يتضح لنا أنه بخلاف الجرائم الذكية السابقة والمنصوص عليها في الباب العاشر من القانون الجنائي تعتبر جريمة تزوير أو تزييف وثائق المعلومات واستعمالها جرائم لا تتطلب وجود نظام المعالجة الآلية للمعطيات كشرط مسبق لقيامها، والغاية من ذلك حماية مستخرجات هذا النظام، أو منتجاته أو المعطيات الموجودة خارج هذا النظام بعد معالجتها، تميزا لها عن تلك الحماية التي يقرها للمعطيات الموجودة داخله والتي يمكن أن تكون محلا للتغيير أو الإتلاف أو الحذف أو إدخال معطيات أخرى عليها.

وبرجعنا الى الفصل أعلاه نجد أن المشرع المغربي ينص على جريمتين مستقلتين جريمة تزوير أو تزييف الوثائق المعلوماتية، وكذا جريمة استعمال هذه الوثائق مع العلم أنها مزورة أو مزيفة:

- جريمة تزوير أو تزييف الوثائق المعلوماتية: ومن خلال تفحصنا للنص القانوني المتمثل في الفصل 7-607، يتبين لنا أن الركن المادي لهذه الجريمة يكون بسلوك إجرامي

يكون الهدف من نشاطه فعل التزوير<sup>757</sup> أو التزييف<sup>758</sup> والذي ينصب على محل يرد عليه فعل تغيير الحقيقة وهو الوثيقة المعلوماتية؛ ويتحقق ذلك باستخدام وسيلة معلوماتية لتغيير المعلومات المخزنة في ذاكرة الحاسب الآلي مباشرة أو تعديل البرنامج للحصول على معلومات غير صحيحة، كما يتحقق التزوير بتقليد الوثائق المعلوماتية أو التوقيع الإلكتروني؛ على أن هذا النشاط الاجرامي يشترط لكي تقوم الجريمة أن يخرج في نتيجة إجرامية تتحقق بحدوث ضرر من جراء التغير الذي يطال الوثيقة المعلوماتية، حيث أن جرم التزوير أو التزييف الذي يكون من شأنه إلحاق ضررا بالغير، ويستوي أن يكون هذا الضرر ماديا أو معنويا، حالا أو محتملا، فرديا أو جماعيا، والمشرع في الفصل 7-607 من القانون الجنائي لا يشترط وقوع ضرر للغير من جراء تزوير أو تزييف وثائق المعلومات، وإنما إمكانية وقوع هذا الضرر سواء كان المتضرر صاحب الوثيقة المعلوماتية أو المستفيد منها أو أحد من الغير، وأن حدوث مثل هذا الضرر لا يتأتى إلا باستعمال الوثيقة المزورة على نحو يضر بصاحبها ونكون هنا أمام جريمة استعمال وثائق المعلومات التي تعتبر جريمة مستقلة عن تزوير أو تزييف هذه الأخيرة، ومن ثم يجب أن لا نعتد بالضرر المشترط في الفصل المذكور آنفا، كعنصر لازم لقيام الجريمة، وأن عدم توفره يترتب عليه عدم قيام الجريمة بل إن عنصر الضرر قد يتمثل في إطلاع الغير على البيانات التي تضمها الوثيقة المعلوماتية باعتبارها معلومات سرية تهم الحياة الخاصة لصاحب الوثيقة.

هذا وتعتبر جريمة تزوير أو تزييف الوثائق المعلوماتية من الجرائم العمدية، حيث يلزم لقيام الركن المعنوي فيها أن يتوفر لدى الجاني عند اقترافه للجريمة القصد الجنائي

<sup>757</sup> وقد عرف بعض الفقهاء التزوير بأنه تغير الحقيقة في المستندات المعالجة آليا والمستندات المعلوماتية وذلك بنية إستعمالها. أنظر علي عبد القادر القهوجي، "الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونيا"، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت المنعقد من 1 الى 3 ماي 2000 بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني الطبعة الثانية 2004 ص 612.

<sup>758</sup> أما التزييف فهو إعداد أو صنع وثيقة شبيهة بالأصلية وتحمل أو صافها الخارجية وكذا الداخلية متى تعلق الأمر بحسم منفصل عن نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو يمكن فصله عنه، ومعد لاستقبال المعطيات بعد معالجتها. أنظر عبد العزيز علا، "جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات"، دراسة بين النص القانوني والعمل القضائي، بحث نهاية التمرين مقدم الى المعهد العالي للقضاء فترة التدريب 2008-2010، ص 58.

العام<sup>759</sup>، وهو يتوافر عملاً بالمبادئ العامة إذا اتجهت إرادة الفاعل إلى تغيير الحقيقة في الوثيقة المعلوماتية.

- جريمة استعمال وثائق معلوماتية مزورة أو مزيفة مع العلم بأنها كذلك: ويتمثل الركن المادي في هذه الجريمة في الاستخدام والاستعمال للوثيقة أو المحرر المعلوماتي المزور، مع العلم بأن المحرر مزور، كاستعمال توقيع إلكتروني مزور، أو شهادة اعتماد التوقيع مزورة، أو بطاقة وفاء مزورة، ولكي يتحقق فعل الاستعمال لا بد من التمسك بالوثيقة المعلوماتية المزورة، ويلزم من طبيعة الحال لقيام هذه الجريمة كذلك توافر القصد الجنائي العام-العلم والإرادة-وهو علم الشخص بأن الوثيقة المعلوماتية التي يتمسك بها مزورة أو مزيفة، ومن يستخدم وثيقة وهو عالم أنها مزورة ويستعملها كدليل، ويتمسك بها للحصول على حقوق قانونية يعد مرتكباً لجريمة استعمال محرر معلوماتي مزوراً، وهنا لا عبرة بالبواعث التي دفعت بالمتهم إلى الاستعمال؛ ونتيجة لذلك فالعلم المشترك لقيام هذه الجريمة يختلف فيما إذا كان من زور الوثيقة المعلوماتية أو زيفها هو من إستعملها، أو أن من إستعملها ليس هو من قام بتزويرها أو تزيفها، ففي الحالة الأولى يكون العلم مفترضاً في حق الجاني إذ لا يعقل أن يدفع هذا الأخير بعدم علمه بكون الوثيقة التي إستعملها مزورة أو مزيفة، والحال أنه هو من قام بعملية التزوير أو التزيف، أما الحالة الثانية التي يكون فيها مستعمل الوثيقة المعلوماتية ليس هو من زورها أو زيفها، فإن المحكمة تكون ملزمة بإبراز علم الجاني بضرورة الوثيقة المعلوماتية التي يستعملها أو تزيفها، باعتبارها شرط لازماً لقيام الجريمة.

ونتيجة لكل ما سبق يتضح لنا التعقيدات التي تشوب بعض الجرائم الذكية التي تطرقنا لها مما يسمح لنا لذلك أن نتساءل حول مدى استطاعة القضاء المغربي ردع الجرائم الذكية من خلال التطبيق الفعال للقانون لإرساء سياسة جنائية فعالة للحد من الاعتداءات الذكية التي تمس بالنظام العام الاجتماعي؟

<sup>759</sup> حيث أن المشرع المغربي لم يشترط في الفصل 7-607 القصد الخاص، الذي عبر عنه في الفصل 351 من القانون الجنائي بشأن التزوير أو التزيف في المحررات العادية بعبارة "سوء نية".

المبحث الثاني: فعالية السياسة الجنائية من خلال العمل القضائي في الجرائم الذكية  
إذا كان دور المشرع هو وضع القواعد القانونية التي تنظم شؤون المجتمع، فإن  
القضاء هو الساهر على التطبيق السليم لتلك القواعد، حيث يعتبر دوره حاسما في إخراج  
القاعدة القانونية من كمونها وسكونها، فالاجتهاد القضائي هو الذي يبعث الروح والدينامية  
في القاعدة القانونية من خلال التراكم العملي الذي يكون له الدور الكبير في مكافحة كافة  
الجرائم الذكية والماسة بالانظم المعالجة الآلية للمعطيات، فإلى أي حد وفق القضاء المغربي  
من تحقيق النجاعة لمكافحة الجرائم الذكية؟.

ان المجسد الأبرز للجرائم الذكية يتمثل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات<sup>760</sup> على  
اعتبار أنه شرط أساسي يتعين توفره حتى يمكن البحث في قيام أو عدم قيام أركان الجريمة  
من خلال الاعتداء على نظام معالجة البيانات وفي حالة تخلف هذا الشرط تنتفي  
الجريمة<sup>761</sup>.

هذا وقد عرفه مجلس الشيوخ الفرنسي بأنه علم مركب يتكون من وحدة ومجموع  
وحدات معالجة التي يتكون كل منها من ذاكرة وبرامج ومعطيات، وأجهزة داخل أو خارج  
أجهزة الربط التي تربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يتم تحقيق نتيجة  
معينة، وهي معالجة المعطيات على أن يكون هذا المركب خاضعا لنظام الحماية الفنية<sup>762</sup>.  
وقد صدر حكم<sup>763</sup> عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 16/02/12، تحت عدد 234،  
الملف جنحي تلبسي، رقم 2105/140/12، توبع به الضنين لارتكابه جريمة الدخول إلى نظام  
المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال؛ وتتلخص وقائع هذه النازلة حول أن الضنين

<sup>760</sup> جرم القانون المس ينظم المعالجة الآلية للمعطيات في الفصول من الفصل 3-607 الى الفصل 11-607 من القانون الجنائي.

<sup>761</sup> خلدون وزاع، المواجهة القانونية للجريمة المعلوماتية، رسالة لنيل دبلوم الماستر العلوم الجنائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،  
جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة 2014/2015، ص 17.

<sup>762</sup> أثناء مناقشة مجلس الشيوخ الفرنسي لمشروع القانون المتعلق بالغش المعلوماتي لسنة 1988، والذي أدخلت عليه عدت تعديلات آخرها سنة  
2015، وقد أشار التعريف الفرنسي إلى العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها المركب أساس نظام المعالجة الآلية للبيانات وهذه العناصر وردت على  
سبيل المثال لا الحصر.

<sup>763</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 234، بتاريخ 2012/02/16 ملف جنحي تلبسي، أورده، فؤاد برامي، م.س، ص 44.

قام باختراق حساب على الإنترنت لموقع الفايبيوك لصديقه... وبعد المداولة تمت إدانة الضنين بما نسب إليه.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي لو استخدم لفظ الاتصال بالنظام الآلي بدل لفظ الدخول لكان أفضل لأن الاتصال كما هو معلوم لا يثير إشكال الذي يثيره الدخول في النظام الآلي<sup>764</sup>، لأن هذا الأخير له مدلول مادي والعكس بالنسبة للفض الاتصال بالنظام الذي يشير إلى مدلول الحماية التي يقصدها المشرع المغربي من خلال نص الفصل 3-607.

فالهدف من التجريم في هذه الواقعة هو منع اقتحام النظام الآلي للمعالجة الآلية بحد ذاتها، لذلك فإن الركن المادي لهذه الجريمة يتحقق في النشاط الإيجابي دون أن يتطلب ذلك تحقيق النتيجة المتوخاة من الفعل الدخول غير المشروع في النظام الآلي للمعطيات، فالجريمة هنا تقع في صورتها التامة بمجرد فعل الدخول غير المشروع في نظام الآلي للمعطيات، وبذلك فإن هذه الجريمة تدخل في زمرة الجرائم الشكلية التي لا تتطلب نتيجة إجرامية لتحقيقها.

وانطلاقاً من مضمون الفصل 3-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، يتضح أن المشرع المغربي استعمل ألفاظ عامة تسمح بتجريم فعل الدخول بأي وسيلة تقنية تحقق بها فعل الدخول غير المشروع ويستوي في ذلك أن يتحقق من خلال قرصنة كلمة السر أو استخدام برامج أو شفرة خاصة سواء تم ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

والملاحظ أن المشرع المغربي بهذا الخصوص سار على منوال المشرع الفرنسي، في تنظيمه لجريمة الدخول غير المشروع حسب مقتضيات المادة 1-323 من قانون العقوبات الفرنسي<sup>765</sup>.

<sup>764</sup> ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي العدد 1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2011، ص 305.

<sup>765</sup> Article 323-1 « Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 € d'amende.

Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.

وفي نفس السياق يتضح لنا أن المشرع المغربي وكذا الفرنسي أخذوا بجريمة الدخول بصورتها البسيطة من دون أن يحددا الوسائل التي يتم بها الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات، بمعنى أن كلا من المشرعين سواء المغربي والفرنسي أخذوا بمفهوم موسع لمحل الدخول.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 2 يناير 2014، بأن دخول الضنين إلى حساب الفايسبوك الخاص بصديقه على أنه جريمة الدخول بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، فتم الاستحواذ على جميع الصور والفيديوهات بغاية ابتزازها وذلك عن طريق الاحتيال، وقد تمت إدانته بجريمة الدخول للمعطيات الشخصية بالاحتفاظ بالرقم السري، وحكم عليه بشهرين حبسا نافذا<sup>766</sup>.

وعطفا عليه لابد من الإشارة إلى أن المشرع المغربي خلال تنظيمه لجريمة الدخول غير المشروع أو غير المرخص له لم يتطرق إلى مسألة تجاوز حدود التصريح. ويمكننا القول إن المشرع في الفعل الأول كان يهدف إلى حماية المعلومات من الاختراق من قبل من ليس لهم حق في الاطلاع على المعلومات، بينما في الفعل الثاني يتعلق بتجاوز حدود الدخول المصرح به.

فعل الدخول يتحقق بإتيان الفاعل سلوكا إيجابيا بدخوله العمدي إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، فإن المشرع المغربي وسع مجال التجريم ليشمل السلوك السلبي كذلك المتمثل في البقاء بشكل غير قانوني في نظام المعالجة الآلية للمعطيات.

وفي هذا الإطار فإن إرادة الجاني هنا تنصرف إلى البقاء داخل النظام رغم علمه أن تواجهه غير مشروع. فالمشرع المغربي هنا فطن لفعل الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات الذي يتم عن طريق الخطأ والبقاء فيه، على خلاف نظيره الفرنسي الذي لم يتطرق لهذه الحالة.

Lorsque les infractions prévues aux deux premiers alinéas ont été commises à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende. Code pénal français , date de derriere modification le 24 juillet 2015 édition 2015. »

<sup>766</sup> حكم عدد 908 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2 يناير 2014، تحت عدد 1023 ملف جنحي (غير منشور).

ومن هذا المنطلق فإن الشخص الذي يدخل إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الخطأ أثناء بحثه في الشبكة العنكبوتية، أي أنه لا تتوفر لديه النية الإجرامية فلا يمكن هنا متابعته من أجل جريمة البقاء في نظام المعالجة الآلية للمعطيات، لأن هاته الأخيرة لا تتحقق إلى إذا تم الدخول وعلم الشخص أن دخوله هذا غير مرغوب فيه، إلا أن إرادته انصرفت إلى بقاء في النظام ولا يريد الخروج منه.

كما أن البقاء يكون معاقبا عليه استقلالا عن الدخول حين يكون هذا الأخير مشروعا مثل عندما يتم الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ، إذ يجب على المتدخل في هذه الحالة أن يقطع وجوده وينسحب من النظام بحيث يعاقب على جريمة البقاء إذا تجاوز المتدخل المدة المسموح بها للبقاء بداخل النظام<sup>767</sup>.

وعطفا عليه باستقرائنا للفصل 3-607 من مجموعة القانون الجنائي، فإن المشرع المغربي نجده لم يشترط في تحقيق النتيجة الإجرامية أن يتم فعل الدخول إلى البيانات أو المعلومات بعينها، وإنما تتحقق الجريمة بمجرد الدخول غير المشروع، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي من خلال المادة 1-323 من قانون العقوبات الفرنسي<sup>768</sup>.

كما أصدر المشرع الإنجليزي قانون إساءة استخدام الكمبيوتر عام 1990. جاء في مادته الأولى تجريم فعل الدخول الغير المشروع إلى النظام المعلوماتي، سواء قصد الجاني تدمير الدخول إلى أي برنامج أو بيانات موضوعة في أي كمبيوتر فقط ونتج عن دخوله أضرار بعمل المنظومة<sup>769</sup>.

<sup>767</sup> عبد الجبار أيت بلال، الحماية الجنائية المال المعلوماتي في الإنتفتقيات الدولية والقانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر العلوم الجنائية والأمنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة 2018/2017. ص34

<sup>768</sup> Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 € d'amende.

Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.

Lorsque les infractions prévues aux deux premiers alinéas ont été commises à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende. Code pénal français, date de dernière modification le 24 juillet 2015 édition 2015.

<sup>769</sup> Smith and Hogan Criminal Law (seven edition) Butterworths London, 1992, P751

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش<sup>770</sup> بتاريخ 2016/07/01، القاضي بمتابعة ثمانية أضناء بارتكابهم جنح النصب والدخول إلى النظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال واختلاس قوى ذات قيمة اقتصادية والتزوير في محررات عرفية واستعمالها وإخفاء شيء متحصل عليه من جنحة واختلاس خطوط المواصلات واستغلالها والمشاركة في الخيانة الزوجية طبق للأفعال المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصوص 129 – 540 – 607 – 607 فقرة 3 و 607 فقرة 10 – 521 – 571 – 358 – 359 – 491 من مجموعة القانون الجنائي، و المادة 82 من قانون 24-96 المتعلق بالبريد والمواصلات. وبعد استئناف الحكم بتاريخ 2016/10/07 تحت عدد 2016/01/26/1514 من طرف النيابة العامة والمتهمين والمطالبين بالحق المدني شركة “واناكوربوريت” وشركة “اتصالات المغرب” قضت محكمة الاستئناف بمراكش في قرارها بإلغاء الحكم الابتدائي في جزئيا في حق بعض المتهمين مع تبرئة بعضهم.

فالركن المادي هنا ما هو إلى نشاط من نوع آخر، متمثل في نشاط سلمي بالقيام بالعمل، أي أن الجاني امتنع عن الخروج من النظام المعالجة الآلية للمعطيات عن قصد. إذ أن الجاني هنا امتنع عن قطع الاتصال بالنظام، ومن تم فامتناع الجاني عن قطع الاتصال يشكل فعلا معاقبا عليه متى اتجهت إرادة الجاني إلى تحقيقه<sup>771</sup>.

وانطلاقا من الفصل 5-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، يتبين أن الركن المادي لهذه الجريمة، يتمثل في فعل التعطيل الذي يندرج ضمن إعاقة النظام، أيا كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك، فقد تكون بطريقة معنوية عندما تقع على الكيانات المنطقية للنظام، مثل البرامج والمعطيات، كما يتمثل أيضا في إحداث الخلل في النظام عن طريق العيب أو الإفساد أو كل فعل يجعل نظام المعالجة الآلية غير صالح للاستعمال. وإحداث خلل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتم بعدة وسائل خاصة، إذ يمكن أن يتحقق إحداث الخلل في نظام المعالجة الآلية للمعطيات باستخدام البرامج الخبيثة ذات الأثر التدميري

<sup>770</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش تحت عدد 3613، في ملف جنحي عدد 2016/2103/2962 بتاريخ 2016/07/01 أورده ،

فؤاد براهمي، م.س، ص 49.

<sup>771</sup> ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، المطبعة والوراقة الوطنية ، 2011 ص 350.

التي تستهدف محو جزء أو كل برامج وملفات النظام والمعطيات المخزنة به فتصيبه بالشلل والعطب<sup>772</sup>، ومن هذه البرامج الخبيثة نذكر القنابل الموقوتة<sup>773</sup>، وبرنامج الدودة<sup>774</sup>، والفيروسات الالكترونية<sup>775</sup>، وأحصنة طروادة<sup>776</sup>، وأيا كانت الطريقة المتبعة في الاعتداء على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات فهي في الأخير تحول دون تحقيقه لوظائفه. بخصوص وسيلة عرقلة سير النظام المادية سواء اقترنت بعنف أم لا، إذا وقعت على الأجهزة المادية للنظام أو منعت من الوصول إليها مثل تخريبها، وذلك بكسرها أو تحطيم أسطوانة أو قطع شبكات الاتصال أو منع العاملين على الأنظمة من الوصول إلى مكان الذي توجد فيه<sup>777</sup>.

وفي ذات السياق فإن وسيلة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات معنوية إذا وقعت على الكيانات المنطقية للنظام مثل البرنامج والمعطيات، وذلك بإدخال برنامج فيروس

<sup>772</sup> علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونياً، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة 2004، ص 60.

<sup>773</sup> لقنابل المنطقية أو الموقوتة في برنامج يعده مصمم النظام المعلوماتي وينتبه بداخله بغية أن يعمل بعد انقضاء مدة محددة على استعمال النظام المعلوماتي بهدف تدميره أو تعطيله أو محو البيانات التي يحتويها، وتستخدم القنابل السرية في الغالب مثل القنابل الزمنية للتخريب، كأن يضع المبرمج هذه القنبلة على اسم معين في قائمة موظفي الشركة بحيث يكون البرنامج قابل للانفجار بمجرد إزالة ذلك الاسم، ويقضي الانفجار على جميع البرامج والمعلومات المرتبطة بذات البرنامج وغيره محدثاً خسائر انتقامية للشركة.

ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات م.س، ص 357.

<sup>774</sup> الدودة المعلوماتية هي برامج تستغل أية فجوات في نظم التشغيل تنتقل من حاسب إلى آخر مغطية الشبكة بأكملها، وقد تنتقل من تربط بينها وأثناء عملية انتقالها تتكاثر كالبكتريا بإنتاج نسخ منها، ومن أهم أهدافها شغل أكبر مجال ممكن من سعة الشبكة وبالتالي تقليل أو خفض كفاءتها، وقد تتعدى أهدافها ذلك لتبدأ بعد التكاثر والانتشار في التخريب الفعلي للملفات والبرامج ونظم التشغيل وبروتوكولات الاتصال.

ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، م.س، ص 359.

<sup>775</sup> الفيروس الإلكتروني هو برنامج معلوماتي يتضمن أهداف تدميرية لأنظمة المعلومات، ويتميز بقدرته على نسخ نفسه في البرنامج الذي يصيبه، عبر التحكم فيه وتعديله، وقدرته على تمييز البرامج المصابة بالعدوى وعدم تكرار إصابتها بالفيروس مرة أخرى.

ولدرء مخاطر الفيروسات المرسله تم صنع البرامج المضادة للفيروسات: وبالرغم من ذلك لا تزال الفيروسات تضرب مختلف القطاعات المعلوماتية وتسلب إليها بواسطة البرامج المقرصنة.

–عبد الحكيم زروق، الجرائم المعلوماتية في التشريع المغربي منشورات سلسلة الشؤون القانونية والمنازعات مرصد الدراسات والأبحاث 3، ط 2017، ص 60-80

<sup>776</sup> حصان الطروادة: وتسمية حصان الطروادة جاء تشبيهاً بقصة “حصان طروادة” التاريخية المعروفة وهو برنامج خادع يخفي ظاهره غرضاً غير مشروع يتضمن وظائف خفية يعرفها المعتدي وحده تسمح له بالالتفاف على أنظمة الأمن والمراقبة القائمة في هذا النظام، لأن التروجان عبارة عن برنامجين الأول برنامج موثوق به يرغب المستخدم في تحميله على جهازه ولكن يلتصق في هذا البرنامج برنامج آخر مثل برنامج (الباب الخلفي) الذي لا يظهر للمستخدم حيث يقوم بتحميل نفسه تلقائياً متى قام المستخدم بتحميل البرنامج الأول.

–ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، م.س، ص 352-353.

<sup>777</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط الأولى، 2006، ص 371.

خبث، أو بملئها بمعلومات ومعطيات تفوق سعتها الحقيقية، أو العمل على تعديل شفرة برنامج كلمة السر، أو الولوج أو تعديل النظام لجعله يتباطأ في أداء وظائفه<sup>778</sup>.

بخصوص القضاء المغربي فقد عرضت عليه العديد من القضايا المتعلقة بجريمة عرقلة النظام أو إحداث خلل فيه، من خلال إرسال برامج خبيثة تهدف إلى عرقلة وإحداث خلل في سيره العادي، ولعل أشهر القضايا هنا هي قضية عرفت بفيروس ZOTOB، والتي تتلخص وقائعها في تمكن تلميذين مغربيين من تطوير فيروس ZOTOB، وتوصلهما إلى الدخول وعرقلة نظم المعالجة الآلية للمعطيات لمواقع إلكترونية عديدة من شركات عالمية ومؤسسات أمريكية كبرى، وبعد التنسيق بين أجهزة الأمن المغربية والتركية ومكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكية تم الاهتمام إلى التلميذين وتمت متابعتها من أجل الأفعال المنسوبة إليهما<sup>779</sup>.

وفي نفس الإطار، نشير إلى أن المحكمة الابتدائية بالرباط<sup>780</sup>، في حكم صادر عنها بتاريخ 2010/06/14 بخصوص شكاية تقدمت بها وزارة الطاقة والمعادن والبيئة إلى وكيل الملك، تفيد بأن النظام الإلكتروني الخاص بالوزارة تعرض لاختراق معلوماتي، وتوصلت الضابطة القضائية إلى أن المدير العام لشركة "ميكاتيل" واثنين من مستخدميها قاموا بتخريب واختراق الأنظمة الإلكترونية للوزارة من خلال تثبيت البرامج الإلكترونية TEAM VIEWER و ERASE و LOGMEN التي تسمح بالتحكم عن بعد في الحاسوب ومسح وحذف الملفات والبيانات عن طريق شبكة الإنترنت في إحدى الوحدات المعلوماتية الفرعية لنظام الوزارة نتج عنه تدمير اللعبة الإلكترونية للنظام.

كما تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن نطاق جريمة عرقلة النظام يقتصر على المعطيات التي تمت معالجتها من طرف النظام أو التي في طور المعالجة، وبذلك تخرج من هذا النطاق المعطيات التي لم يتم معالجتها بعد، والتي لم تدمج على نظام المعالجة،

<sup>778</sup> علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونياً، م.س، ص 60.

<sup>779</sup> قرار غرفة الجنايات الابتدائية لمحكمة الاستئناف بالرباط، عدد 721، بتاريخ 12 شتنبر 2006. أورده خلدون وزاع، م.س، ص 27.

<sup>780</sup> حكم عدد 3806 في ملف جنحي تلبسي عدد 21/10/733. (غير منشور).

بالإضافة إلى المعطيات التي تم فصلها عن النظام من خلال تسجيلها على قرص مبرمج أو أي محتوى آخر<sup>781</sup>.

والجدير بالذكر أن المشرع المغربي قد عاقب على المحاولة في جريمة عرقلة سير نظام المعالجة الآلية بعقوبة الجريمة التامة وذلك من خلال الفصل 9-607<sup>782</sup> من مجموعة القانون الجنائي.

ولقد أثبت الواقع العملي أن جريمة الدخول الاحتيالي إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات تعتبر أم الجرائم، فهي الجريمة الأصل التي تتفرع عنها باقي الجرائم الأخرى، ذلك أن الجاني في حاجة-مبدئياً- إلى ارتكاب جريمة الولوج إلى النظام قبل الوصول إلى غايته وبالتالي ارتكاب الجريمة الأخرى كالتزوير أو التغيير أو الحذف، اللهم في حالة واحدة التي يمكن أن نتصور ارتكاب جريمة أو أكثر من جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات دون الحاجة إلى ارتكاب جريمة الدخول الاحتيالي وهي حالة الشخص المرخص له بالولوج إلى النظام فيستغل ذلك من أجل ارتكاب جرائم أخرى؛ ومثاله القرار الاستئنائي في الملف عدد 06/2626/2016 بتاريخ 17/03/2016 والمتعلق بجناية اختلاس أموال عامة وخاصة وجنحتي دخول نظام المعالجة الآلية للمعطيات من طرف مستخدم أثناء مزاولته مهامه عن طريق الاحتيال وتزوير وثائق معلوماتية وتزوير وثائق بنكية طبقاً للفصول 241 و 3-607 و 4-607 و 7-607 من القانون الجنائي؛ حيث جاء في حيثياته: "حيث اعترف المتهم في جميع المراحل أنه من ضمن أساليبه في اختلاس أموال الزبائن استعماله القن السري للموظفين، بعد أن وضعتا ثقتهما فيه وتمكنه من الحصول على أرقام القن السري الخاص بهما حيث كان يقوم بعمليات الاختلاس دون علمهما أو استشارتهما بعد ذلك يقوم بتضمين معطيات محاسبته غير صحيحة على مستوى المنظومة المعلوماتية للوكالة أو يعمل على عملية استرداد ويستحوذ على قيمة تلك المبالغ دون تسجيل المعطيات بالدفتر.

<sup>781</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، جرائم كوميبيوتر والانترنت في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص37.

<sup>782</sup> ينص الفصل 9-607 من قانون 07.03 على ما يلي:

"تطبق عقوبة نفس الجريمة المرتكبة أو العقوبة المطبقة على الجريمة الأشد على كل من اشترك في عصابة أو اتفاق تم لأجل الإعداد لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، إذا تمثل الإعداد في فعل أو أكثر من الأفعال المادية".

وحيث اعترف المتهم كذلك أنه يقوم بنفس الطريقة باستعماله قنه السري كما اعترف أنه كان يعتمد إلى ملء الوثائق الخاصة بسحب المبالغ المالية ويضمن بها توقيعاً مزوراً وبعد ذلك يقوم بسحب المبلغ المالي دون حضور صاحب الحساب وبدون علمه بهذه العملية التي يقوم بها بتسجيلها معلوماتياً.

وحيث إن ما يعزز اعترفات المتهم نتيجة التقارير المنجزة من طرف المفتش والتي لم تكن محل طعن من طرف المتهم وكذا شهادة الشاهدين الموظفتين بالوكالة وكذا تصريحات الزبناء الذين تقدموا بشكاياتهم بشأن اختلاس مبالغ مالية من حساباتهم البنكية. وحيث إنه من الثابت من وثائق الملف ومستنداته ان قيمة المبلغ المختلس قد تجاوز 100 الف درهم مما يجعل فعل الاختلاس جنائية بمفهوم الفصل 241 الفقرة الأخيرة منه من القانون الجنائي.

وحيث إن ما قام به المتهم بصفته موظفاً عمومياً ونقله لمبالغ مالية من ذمة المؤسسة التي كان يتولى الإشراف عليها إلى ذمته المالية و التصرف في تلك الأموال دون وجه وبنية التصرف فيها باعتبارها ملك له.

وحيث تبعا لذلك تكون غرفة الجنايات الابتدائية قد صادفت الصواب لما قضت بإدانة المتهم من أجل ما نسب إليه، مما يتعين تأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به<sup>783</sup>. ونمثل لذلك كذلك بالحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2013/06/18، حيث أدانت ذات المحكمة مستخدمين لدى شركة بويكيس والذنان استغلا منصبيهما كمستخدمين في الشركة، إذ كانا يقومان بفك شفرات الهواتف النقالة التابعة لشركة بويكيس رغم أن ذلك لا يدخل في إطار عملهما، مستغلين اطلاعهما على التطبيق الخاص بفك هذه الشفرات، وهو ما يتضح من خلال إحدى حيثيات الحكم المذكور والذي جاء فيه ما يلي: "ليكون الثابت أن الأظناء استغلوا منصبهم في الدخول إلى نظام المعطيات الآلية لمشغلهم ليس في إطار المهام الموكولة لهم، وهو ما يمثل احتيالا، ويستجمع فعلهم هذا

<sup>783</sup> القرار الصادر عن غرفة الجنايات الابتدائية أموال بالرباط بتاريخ 2016/3/7 في الملف عدد 2016/2626/10 غير منشور.

العناصر التكوينية للجنة المنصوص عليها في المادة 3-607 وأن المحكمة اعتباراً لذلك ارتأت مؤاخذتهم طبقاً لمقتضيات هذه المادة<sup>784</sup>.

وفي اتجاه آخر نلاحظ نوع من الارتباك أحياناً والقصور في موقف القضاء المغربي<sup>785</sup> من استيعاب مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات الذي شاب توجه المحاكم المغربية-في بداية تطبيق القانون رقم 03.07- بخصوص البريد الإلكتروني و ما إذا كان يعد نظاماً للمعالجة الآلية للمعطيات أم لا؟؛ فقد طرحت أولى القضايا المرتبطة بالبريد الإلكتروني سنة 2007 على المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، إلا أن المحكمة رفضت اعتباره أنذاك نظاماً للمعالجة الآلية للمعطيات<sup>786</sup>.

إلا أنه بعد ذلك، أصبحت المحاكم المغربية مستقرة على اعتبار البريد الإلكتروني نظاماً للمعالجة الآلية للمعطيات، حيث نشير هنا إلى ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 2010/03/01 إلى أن النظام المعلوماتي لوزارة الطاقة والمعادن يعتبر فعلاً نظام معالجة آلية للمعطيات تنطبق عليه مقتضيات الفصول من 3-607 إلى 11-607 من القانون الجنائي، إذ قضت في ذات القرار أن العلبة الإلكترونية (Boite E-mail) لأي نظام معلوماتي هي جزء لا يتجزأ من ذلك النظام، والصور والرسومات والبيانات، وترتيبها وتخزينها آلياً حسب الأسبقية في الزمن، وتعلم صاحبها بوصولها، وتظهرها له بشكل منظم ومعالج آلياً<sup>787</sup>.

<sup>784</sup> الحكم الابتدائي عدد 903، ملف جنحي تليسي رقم 13/2105/850، صادر بتاريخ 2013/06/18 عن المحكمة الابتدائية بالرباط (غير منشور).

<sup>785</sup> وذلك راجع بالأساس إلى التأخر التشريعي لصدور قانون 03.07 (2003)، على عكس المشرع الفرنسي الذي تدخل مبكراً سنة 1988 من خلال وضع تشريع خاص بجرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، حيث نجده قد توسع كثيراً في مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات فأدرج ضمنه شبكة الاتصالات الفرنسية Réseaux France télécom وشبكة بطائق الائتمان البنكية Carte bancaire، وأيضاً الشبكات التربوية للمعهد الجامعي للتقنية Réseaux pédagogique d'un I.U.T (Institut de Technologie)، وأيضاً جهاز القرص الصلب Un disque dur وكذا الهاتف اللاسلكي Un radiotéléphone، وأيضاً جهاز حاسوب محمول أو منفصل Un ordinateur isolé، إلى غيرها من الأجهزة الأخرى بما فيها الهاتف المحمول. انظر:

ANDRE LUCAS, JEAN DEVREZE, JEAN FARYSSINET: DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DE L'INTERNET, OP; CIT P 689 ET S.

<sup>786</sup> حكم دون رقم صدر بتاريخ 2007/07/11 في الملف الجنحي التليسي رقم 2007/4331 عن ابتدائية الدار البيضاء (غير منشور).  
<sup>787</sup> قرار عدد 3400 صدر بتاريخ 2010/03/01 عن غرفة الجناح الاستئنافية ملف عدد 19/2010/751 منشور. بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط عدد 2 سنة 2012 ص 230 وما بعدها.

ومباشرة بعد ذلك، أصبحت الأحكام الصادرة عن مختلف المحاكم المغربية تعتبر أن البريد الإلكتروني يدخل ضمن المعالجة الآلية للمعطيات، ونستحضر في هذا الصدد الحكم الصادر عن ابتدائية تمارة في نفس السنة (2010)<sup>788</sup> والذي تتلخص وقائعه في كون شابا استغل واقعة سقوط طائرة أمير خليجي بضواحي مدينة تمارة وأرسل عدة رسائل الكترونية لوكالة الأخبار الإماراتية يقول فيها أنه يحتفظ بالأمير ويطلب فدية لقاء إعطاء معلومات حوله أو إظهار صورته.

وفي سنة 2013 اعتبرت المحكمة الابتدائية بالرباط أن البريد الإلكتروني يدخل ضمن نظام المعالجة الآلية للمعطيات؛ وتتخلص وقائع النازلة في كون أن أحد الأظناء يعمل لدى شركة ويلهيب Webhelp وقد قام بإحداث علبة الكترونية قصد الحصول على طلبات فك شفرات الهواتف النقالة من الزبون (شركة بويكيس)، وبعد إقفال الشركة للعلبة الأولى قام نفس الشخص بإحداث علبة ثانية وشرع في الحصول على طلبات فك شفرات الهواتف النقالة، وقد أدانته المحكمة مع متهم ثان من أجل تلك الأفعال، حيث جاء في إحدى حيثيات الحكم ما يلي: "حيث الثابت من تصريحات الظنين (... ) في محضر الضابطة القضائية إقرارهما أنهما وعن طريق مشغلتهما اطلعا على تطبيق شفرات الهاتف النقال التابع لشركة بويكيس واستخدما هذا التطبيق خارج مهامهما ولحساب الغير الذي كان يمدهما بالأرقام التسلسلية لهذه الهواتف ويقوما باستغلال التطبيق الذي اطلعا عليه ويفكان شفرات هذه الهواتف مقابل الحصول على مبالغ مالية، وأفاد الظنين (... ) من جهته أنه لعب دور الوسيط بين (... ) وشخص من مدينة طنجة للقيام بنفس الفعل، وتحصل من وراء ذلك على مبالغ مالية. وحيث جدد الاظناء تصريحاتهما هذه عند تمثيلهما أمام المحكمة، ليكون الثابت أن الاظناء استغلوا منصبهم في الدخول إلى نظام المعطيات الآلية لمشغلهم ليس في إطار المهام الموكولة لهم، وهو ما يمثل احتيالا، ويستجمع فعلهم هذا العناصر التكوينية

<sup>788</sup> حكم عدد 215 صدر بتاريخ 2010/05/17 عن ابتدائية تمارة في الملف الجنحي التبسي رقم 2/10/220 (غير منشور).

للجنة المنصوص عليها في المادة 3-607 من القانون الجنائي وأن المحكمة اعتبارا لذلك ارتأت مؤاخذتهم طبقا لمقتضيات هذه المادة<sup>789</sup>.

إضافة إلى ذلك، اعتبرت المحكمة الابتدائية بالرباط في حكم لها صادر بتاريخ 2016/05/27 أن البطاقة البنكية تعد نظاما للمعالجة الآلية للمعطيات، حيث أدانت من خلاله الظنين بارتكابه جريمة الدخول الاحتيالي لنظام المعالجة الآلية للمعطيات كونه قد استعمل القن السري للبطاقة البنكية كأنه صاحبها الأصلي، وهو ما نستشفه من خلال حيثيات الحكم أعلاه التي جاءت على الشكل التالي: "وحيث باعتبار ما ذكر أعلاه، يكون الثابت من جهة أن الظنين وباستعماله بطاقة بنكية تخص الغير يكون قد قام بالدخول للنظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال باستعمال القن السري لهذه البطائق كأنه صاحب البطاقة الأصلي...ويتعين على أساس كل ما ذكر أعلاه، القول بمؤاخذة الظنين من أجل المنسوب إليه<sup>790</sup>.

ومن القضايا المستجدة التي أضحت تعرض على المحاكم بحددة تلك الجرائم المرتبطة بمواقع التواصل الاجتماعي (فايسبوك، يوتوب، انسغرام، تويتر...) حيث كان يثار التساؤل: هل تعتبر هذه الأخيرة نظاما للمعالجة الآلية للمعطيات أم لا؟ في ظل غموض النص التشريعي وغياب وضع لائحة من قبل القضاء على غرار ما قام به القضاء الفرنسي<sup>791</sup>؛ وهو الأمر الذي أسهم في ارباك التوجه القضائي عند بروز هذه القضايا في شكل دعاوى أمام المحاكم المغربية، ويمكن أن نستشهد في هذا الصدد ببعض الأحكام المهمة الصادرة عن محاكم المملكة لرصد كيف وقع التطور الإيجابي في اعتبار مواقع التواصل الاجتماعي تدخل في إطار نظم المعالجة الآلية للمعطيات.

وتبعاً لذلك نلاحظ أن محاكم المملكة لم تكن تعتبر أن مواقع التواصل الاجتماعي تدخل ضمن أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وهو ما يوضحه حكيمين صادرين عن

<sup>789</sup> حكم عدد 903 ملف جنحي تحت رقم 13/2105/850، صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2013/06/18 (غير منشور).

<sup>790</sup> حكم رقم 758، ملف عدد 16/2105/714، صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2016/05/27 أنظر الاجرام المعلوماتي في القانون

المغربي، مرجع سابق ص 113.

<sup>791</sup> نفس المرجع السابق ص 114.

المحكمة الابتدائية بالرباط في الموضوع؛ كان الأول سنة 2012، حيث تتلخص وقائع القضية في كون المتهم وفتاة كانا يتبادلان الدردشة عبر الفيسبوك إذ بلغ بهم الحال إلى تبادل صور خليعة احتفظ المتهم بها، ولما رفضت الفتاة الزواج به لظروف خاصة، هدها بنشر تلك الصور إذا لم تعطيه مبلغ 10.000 درهم، بل نجده قد بدأ فعلا في تنفيذ تهديده بنشر صورتين لها<sup>792</sup>، أما الحكم الثاني فقد صدر سنة 2014، حيث ذهب إلى القول بأن نشر صور إباحية على (فيسبوك) يدخل ضمن مقتضيات الفصل 490 من القانون الجنائي والفقرة الأخيرة من الفصل 59 من ظهير 15 نونبر 1958، وبالتالي لم يعتبر الحكم أن تلك الأفعال تدخل ضمن الفصول من 3-607 إلى 11-607 من القانون الجنائي، وهو ما يستشف من خلال مضامين هذا الحكم<sup>793</sup>، حيث تتلخص وقائعه في كون أن المتهمه قامت بنشر صور إباحية بجانب صورة أخرى لصديقة الدراسة (المشتكية) حيث تفاجأت هذه الأخيرة في أحد الأيام من كون أحد أقاربها يخبرها هاتفيا بأن صورها إباحية نشرت بجانب صورتها على الموقع الإلكتروني (فيسبوك) وعند استجواب المتهمه (...). ثم عادت في محضر استجوابها الثاني وصرحت أنها وقعت في خلاف مع المشتكية قامت على إثر ذلك بوضع صورة خليعة إلى جانب صورتها في موقعها الإلكتروني (فيسبوك)، وهو سلوك كان كافيا لتقضي المحكمة بمايلي: "وحيث إنه بعد الاستماع للمتهمه في محضر الضابطة القضائية أثناء البحث التمهيدي صرحت أنها فعلا هي من نشرت الصور الإباحية الخليعة إلى جانب صورة المشتكية علة صفحتها ب (الفابيسبوك) وجددت اعترافها أمام وكيل الملك والمحكمة وجاءت اعترافاتها المتواترة منسجمة مع شكاية الضحية مما يتعين إدانتها من أجل نشر صور منافية للأداب والأخلاق العامة".

إلا أنه بعد ذلك تداركت المحكمة هذا الموقف واعتبرت أن موقع التواصل الاجتماعي<sup>794</sup> (فيسبوك) يدخل ضمن نظام المعالجة للمعطيات وطبقت عليه أحكام الفصلين 3-607 و

<sup>792</sup> حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 1686 ملف رقم 2105/1666/2012، صادر بتاريخ 2012/10/18 (حكم غير منشور).

<sup>793</sup> حكم رقم 855، ملف جنحي تلبسي عدد 2015/869/2014، صادر بتاريخ 2014/05/26 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط (غير منشور).

<sup>794</sup> وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي تدارك الأمر حين سن قانون يجرم كافة السلوكيات التي تطل انتهاك خصوصية الغير والتشهير بهم.

607-6 من القانون الجنائي؛ وهو ما تجسد من خلال وقائع الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2016/03/03 في كون المسماة (س ب) تقدمت بشكاية مفادها أنها تتوفر على حساب بموقع (فايسبوك) وبتاريخ 2016/01/23 تلقت رسالة من الحساب المسمى (...) الذي تعرف صاحبه كونها من طالبة المعهد العالي للتجارة وإدارة المقاولات، إلا أنها فوجئت بالمرسل يخبرها أنه قام بقرصنة حساب (س س) وأخذ يهددها بقرصنة حسابها والحصول على صورها ونشرها والتشهير بها ومن أجل الضغط عليها أرسل لها صوراً عارية خاصة بصاحبة الحساب (س س) ثم هدها بفعل الشيء معها، وطالها بإرسال تعبئات هاتفية فاستجابت لطلبه وأرسلت إليه 05 تعبئات خاصة بشركة إنوي بمبلغ 20 درهم لكل واحدة، إضافة إلى تعبئتين خاصتين بشركة اتصالات المغرب بنفس المبلغ، بناء على هذه الوقائع أدانت المحكمة المتهم معتمدة في تعليلها على ما يلي: "وحيث صرح الظنين (ع ب) أنه يقوم بقرصنة الحسابات الالكترونية المفتوحة عبر شبكة الفاييسبوك من أجل الحصول من أصحابها على مبالغ مالية لكونه يعيش حالة مادية مزرية... وحيث إن الأفعال موضوع المتابعة ثابتة في حق الظنين الأول من خلال تصريحه التمهيدي المدون بمحضر الشرطة القضائية الذي لم يثبت ما يخالفه عند مناقشة القضية..."<sup>795</sup>.

ومما سبق يتضح لنا التباين الحاصل في العمل القضائي فيما يخص تحديد مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات، ولعل ذلك راجع بالأساس الى عدم وضع تعريف محدد وواضح لهذا النظام من قبل المشرع المغربي؛ وهو ما دفع محكمة الاستئناف بالرباط الى تعريف النظام بأنه: "كل مركب يتكون من واحدة أو مجموعة وحدات معالجة، والتي يتكون كل منها من الذاكرة والبرنامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج، وأجهزة الربط التي تربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يتم تحقيق نتيجة معينة، وهي معالجة المعطيات، على أن يكون المركب خاضعاً لنظام الحماية الفنية"، وهو ما أكدته محكمة

وسماها بجرائم التشهير الالكتروني: هذه الجرائم تتمثل في حوادث نشر الصور والفيديوهات الخاصة بالغير على مواقع التواصل الاجتماعي دون الحصول على موافقة منهم، وذلك بغرض الإساءة والتشهير، حيث قدم قانون رقم 103.13 بتاريخ 22 فبراير 2018 والمتعلق بمحاربة العنف ضد النساء من خلال الفصول 1-447 و2-447 و3-447 من القانون الجنائي، تجريم كافة السلوكيات التي تطل انتهاك خصوصية الغير والتشهير بهم.<sup>795</sup> حكم عدد 331، ملف جنحي تلبسي رقم 2016/2105/304 صادر بتاريخ 2016/03/03 عن المحكمة الابتدائية بالرباط (غير منشور).

النقض بتعريفها لنظام المعالجة الآلية للمعطيات بأنه "هو كل مركب يتكون من وحدة أو وحدات معالجة تتكون من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الربط و الإدخال و الإخراج تربط بينها مجموعة من العلاقات عن طريق تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات شريطة أن يكون ذلك المركب خاضعا لنظام الحماية"<sup>796</sup>.

والملاحظ بخصوص هذا التعريف أن محكمة النقض أخذت حرفيا التعريف الذي اقترحه مجلس الشيوخ<sup>797</sup> أثناء مناقشة القانون المتعلق بالغش المعلوماتي الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 5 يناير 1988؛ فقد اعتبر-مجلس الشيوخ- نظام المعالجة الآلية للمعطيات: (Systèmes de traitements automatique des données(STAD) "هو مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة، والتي يتكون كل واحد منها من الذاكرة و البرامج و المعطيات وأجهزة الإدخال و الإخراج، وأجهزة الربط التي تربط بينها مجموعة من العلاقات التي عن طريقها يتم تحقيق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات، على أن يكون هذا المركب خاضعا لنظام الحماية الفنية"<sup>798</sup>.

والواقع أن هذا التذبذب والارتباك في موقف القضاء المغربي لم يقتصر على مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات وإنما امتد أيضا إلى تحديد المفاهيم المرتبطة بعناصر الجريمة وخاصة صور الولوج إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ومثاله تلك النماذج التي تعتمد في اختراق المواقع الالكترونية، ولعل أهم هذه النماذج اختراق تلك المواقع عبر استخدام طريقة SQL-INJ التي تقوم على حقن الموقع بطلبات مستقرة، تمكن المخترقين من قرصنة القن السري لمدير الموقع، وزرع برامج بداخله للتحكم فيه، واستغلاله لأهدافهم

<sup>796</sup> القرار رقم 1/681 المؤرخ في 3 غشت 2011، الغرفة الجنائية القسم الأول في الملف عدد 2010/16080 منشور في مجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 2012 العدد 2 ص 230-232.

<sup>797</sup> حيث جاء في تعريف مجلس الشيوخ الفرنسي ما يلي:

"..Est dénomé traitement automatisé d'information nominatives au sens de la présente loi tout ensemble d'operation réalisé par des moyens automatiques relatif a la collecte l'enregistrement l'élaboration la modification la conservation est la destruction d'information nominatives. Ainsi que tout ensemble d'opération de meme nature sera rapportant a l'exploitation de fichiers ou base de données..."; voir: Guillaume Champy: La fraude informatique, d'Aix Marseell, 1992.p122.

<sup>798</sup> أورد هذا التعريف عبد الفتاح بيومي حجازي، الحماية الجنائية لنظام التجارة الالكترونية، دار الفكر الجماعي الإسكندرية، طبعة 2006، ص

الشخصية، وهذا ما قام به الجناة الذين اخترقوا الموقع الإلكتروني لوزارة العدل بعد تجاوز الحواجز الأمنية، وهو ما اعتبرته المحكمة الابتدائية ولوجا إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال<sup>799</sup>.

ومن صور الولوج أيضا الدخول إلى شبكة الأنترنت وذلك باستخدام الأمن الإلكتروني IP الخاص بإحدى الدول الأجنبية VPN، والبحث عن استمارات الزبائن المنخرطين لدى الأبنك وإرسالها إليهم ملئها وإعادتها، ليقوم الجناة باستغلال المعطيات التي دونها الزبائن في الاستمارات، وتحويلها إلى بطاقات ائتمان مع الاحتفاظ بالرقم السري الخاص بالمنخرطين واستغلاله في سحب النقود من الشبايك البنكية<sup>800</sup>.

ومن الصور كذلك حيث يتعرض الزبناء إلى مصائد ومكائد في شكل نصب وتدليس، كما هو الشأن بالنسبة لكل العمليات المرتبطة بما يصطح على تسميته الفيشينك (phishing)، وهي على شكل مواقع المكائد (فخاخ)، تنصها شركات أو مؤسسات وهمية التي تخدع المستخدمين ليقوموا بإعطاء بيانات بطائق الائتمان الخاصة بهم، مما يؤدي بهم في نهاية المطاف إلى سحب مبالغ هامة من حسابهم الشخصي دون علمهم<sup>801</sup>.

وتطبيقا لما سبق كان حريا بالقضاء المغربي أن يحذو حذو نظيره الفرنسي الذي اعتبر أن الدخول عن طريق الاحتيال l'accès frauduleux المنصوص عليه في المادة 1-323 من القانون الجنائي الفرنسي، يشمل جميع أنواع الدخول غير المشروع إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات، ولو كان الشخص الذي قام بالولوج يشتغل على نفس الجهاز لكن على نظام

<sup>799</sup> حكم عدد 701 صدر بتاريخ 2010/05/17 عن المحكمة الابتدائية بالرباط في الملف جنحي تلبسي رقم 21/767/10، (غير منشور).  
<sup>800</sup> قرار عدد 633 صدر بتاريخ 2006/03/26 عن غرفة الجنايات الابتدائية بمحكمة الاستئناف بالرباط، ملحقه حي السلام سلا، في الملف عدد 22/05/461. وقد أيد هذا القرار من طرف غرفة الجنايات الاستئنافية بنفس المحكمة، بالقرار عدد 977 الصادر بتاريخ 2006/06/25 في الملف عدد 26/06/861، (غير منشور).

<sup>801</sup> ومن طرائف Phishing أي النصب عن طريق المواقع الإلكترونية الوهمية، ما توصل إليه أحد الأشخاص الذي نشر إعلانا مفاده أنه من أراد الحصول على معلومات تكسبه ثروة مهمة، فليرسل دولارا واحدا على الموقع التالي، وقد جلب هذا الإعلان اهتمام جمهور عريض من الباحثين على المعلومة المهمة وأقبلوا عليه بكثافة، وقد تفاجأ الجميع بكون المعلومة مفتاح الاغتناء كانت هي: "إذا أردت أن تحصل على مال عليك باتباع طريقي هذه"، أنظر عبد السلام بنسليمان، الإحرام المعلوماتي في التشريع المغربي، دار الأمان الطبعة الأولى 2017 ص 12.

آخر، وسواء تم الولوج عن بعد أو مان مرتبطا بخطر للاتصال<sup>802</sup>، ويتحقق ذلك إذا كان حق الاطلاع على البيانات مقصورا على أشخاص أو هيآت معينة ليس من بينهم الجاني<sup>803</sup>. إن قراءة الجرائم الذكية من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)، يتضح من خلاله أن المحكمة تقوم بالمهمة السامية الأساسية المنوطة بها، وهي مراقبة تطبيق القانون من طرف المحاكم و تأويله تأويلا صحيحا، وذلك حسب الشروط و القواعد القانونية تحقيقا للعدل و الانصاف و المحاكمة العادلة. وقد تعاملت مع الجرائم الذكية في الأصناف الثلاث السالفة بالمفهوم التشريعي المعطى لهم بمقتضى القانون الجنائي و القوانين الخاصة على حد سواء، حيث طبقت في قضائها النصوص ذات الصلة تفعيليا للسياسة الجنائية للبلاد المتوخية حماية الثقة العامة في كافة المجالات الاجتماعية والاقتصادية.

وخلاصة القول إن الجريمة الذكية كظاهرة اجتماعية مرتبطة بالإنسان والتكنولوجيا، وتطورت وتعقدت أشكالها وتنوعت مناهجها ووسائلها مع تقدم المجتمعات، ومع الثورة التكنولوجية والتقنية في العصر الحاضر أخذت ظاهرة الإجرام الرقمي بعدا دوليا وأصبحت عابرة للقارات والدول، الأمر الذي يستدعي إعادة النظر في الوسائل التقليدية لآليات العدالة الجنائية وفي القواعد المنظمة للتجريم والعقاب باعتبارها الأدوات الهامة للسياسة الجنائية.

#### لائحة المراجع:

نائلة عادل محمد فريد قورة، "جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية"، دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى 2005 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

<sup>802</sup> – La Cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 5 avril 1994 que: "l'accès frauduleux، au sens de la loi, vise tous les modes de pénétration irréguliers d'un système de traitement automatisé de données, que l'accédant travaille déjà sur la même machine mais a un autre système, qu'il procède à distance ou qu'il se branche sur une ligne de communication".  
<http://www.e-juristes.org/Les-atteintes-aux-systemes/>

<sup>803</sup> – أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني-دراسة مقارنة- مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

- أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغبي، صايل فاضل الهواوشة، "جرائم الحاسب الآلي والانترنت"، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2001 دار وائل للنشر، عمان.
- فؤاد برامي، استراتيجية الأمن المعلوماتي في حماية نظم المعطيات، رسالة لنيل دبلوم الماستر العلوم الجنائية والأمنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة 2018/2017.
- مدحت عبد الحلیم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 2002.
- إدریس النوازي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب، مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد 2، فبراير 2010.
- علي عبد القادر القهوجي، "الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونياً"، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت المنعقد من 1 الى 3 ماي 2000 بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني الطبعة الثانية 2004.
- عبد العزيز علا، "جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات"، دراسة بين النص القانوني والعمل القضائي، بحث نهاية التمرين مقدم الى المعهد العالي للقضاء فثرة التدريب 2010-2008.
- خلدون وزاع، المواجهة القانونية للجريمة المعلوماتية، رسالة لنيل دبلوم الماستر العلوم الجنائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة 2015/2014.
- ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي العدد 1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2011.

الأستاذة سكيئة عثيق

منتدبة قضائية وباحثة في سلك الدكتوراه في القانون – كلية الحقوق المحمدية  
– جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء

# تطبيق القاعدة القانونية في الظروف

## الاستثنائية جائحة كورونا نموذجا

L'application de la règle de droit dans des circonstances exceptionnelles, la pandémie  
de Corona comme modèle

مقدمة:

عمل المشرع في دستور 2011 إلى جانب استقلال السلطة القضائية على دسترة مبدأ الأمن القضائي باعتباره من أهم مقومات المحاكمة العادلة وزرع الثقة لدى المواطن في القضاء، حيث جاء في الفصل 117 من الدستور نص " يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون" حيث يظهر من خلال هذا الفصل أن المشرع الدستوري ألزم القاضي بتحقيق هذا المبدأ، وذلك باحترام كل ضمانات المحاكمة العادلة وتحقيق جودة واستقرار الاجتهاد القضائي والتطبيق السليم للقانون، لتوطيد الثقة المتقاضى في السلطة القضائية، إلا أنه وتزامنا مع ظهور الوباء العالمي كورونا الذي يعتبر نوعا من الفيروسات التي تصيب الجهاز التنفسي الذي ظهر اول مرة في مدينة ووهان بجمهورية الصين الشعبية في دجنبر 2019، ولقد فرض فيروس كورونا المستجد "19 covid" على كل دول المعمور سواء المتقدمة منها أو السائرة في طور النمو تسخير كافة طاقاتها البشرية والصناعية لمواجهة هذا القاتل الصامت الذي ارتقى إلى مرتبة "جائحة<sup>804</sup>" حسب تصنيف منظمة الصحة العالمية وذلك بعد تردد كبير منها، فعمدت جل

<sup>804</sup> – تقسم منظمة الصحة العالمية مراحل نشوء الأوبئة و الجوائح الى 8 مراحل رئيسية، ويستخدم هذا التقسيم لقياس مراحل تطور جوائح الأمراض المعدية بشكل عام، كما يستخدم بشكل كبير في تتبع مراحل تطور جوائح الإنفلونزا وذلك لتسهيل

الدول إلى اتخاذ إجراءات قاسية جدا لحماية مواطنيها من هذا الوباء الفتاك من جهة، ومحاصرته داخليا من جهة أخرى.<sup>805</sup>

ولم يسلم منه الوطن المغربي حيث سجلت أول إصابة بالفيروس المذكور بتاريخ 2 مارس 2020. مما جعل الحكومة المغربية تتخذ مجموعة من الإجراءات وقد أخذت منحاً تصاعدياً بدءاً من تعليق بعض الرحلات الجوية إلى الإغلاق التام لجميع منافذ المملكة الجوية والبحرية والبرية أمام تنقل الأشخاص، مروراً بتوقيف الدراسة بالمؤسسات التعليمية بمختلف أصنافها، ثم الحد من ولوج المرتفقين إلى مختلف الإدارات والمؤسسات العمومية، إلا أن بروز شبح انتشار الجائحة بشكل لا يمكن السيطرة عليه، فرض على السلطات الحكومية اتخاذ إجراءات تحد من الحقوق والحريات الأساسية أبرزها فرض عدم مغادرة الأشخاص لمحل سكنهم إلا في حالات الضرورة القصوى<sup>806</sup>، بعد تجاوز مجموعة من المراحل أن تعلن في الأخير حالة الطوارئ الصحية والالتزام بالحجر الصحي وذلك بمقتضى مجموعة من النصوص القانونية، الذي تطلب من رئاسة النيابة العامة السهر والإشراف على تطبيق هذه النصوص القانونية لحماية الأفراد والمجتمع من هذا الوباء المميت وقد قامت بمجموعة من الإجراءات الصارمة.

من خلال هذا تظهر لنا أهمية الموضوع المتجسدة من خلال عمل كل السلط على تحقيق الحماية للمواطن سواء من خلال سن القوانين الاستعجالية إلى جانب الإعلان على حالة الطوارئ الصحية، خوفاً من انتشار وباء في باقي أرجاء الوطن المغربي، وهذا والالتزام

عملية تتبعها وفهمها، وتعتبر المراحل الثلاث الأولى عملية تأهب، وذلك لتخطيط الوسائل المناسبة لمقاومة الجائحة، بينما تعتبر المراحل الرابعة والخامسة مراحل تطور الجائحة تستلزم وسائل الحد والسيطرة على الانتشار، أما المرحلتين الأخيرتين وتهدف إلى التأكد من انتهاء الجائحة، ذ ادريس الحيوي: "دور جائحة "كوفيد 19" في تحفيز ملكة تعليل الأحكام القضائية " القضاة المغرب نموذجاً"، مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 89.

<sup>805</sup> - ادريس الحيوي: "دور جائحة "كوفيد 19" في تحفيز ملكة تعليل الأحكام القضائية " القضاة المغربية نموذجاً"، مرجع سابق ص 89.

<sup>806</sup> - يوسف سلموني زرهوني: " سياسة التجريم والعقاب في ظل حالة الطوارئ الصحية (دراسة مقارنة بين القانون المغربي ونظيره الفرنسي) مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 22.

السلطة القضائية بالتطبيق الفوري لهذه القوانين، ولكن رغم كل هذا لا بد من الالتزام بالحفاظ على تطبيق الأمن القانوني والأمن القضائي،

وتحقيق التوازن بين كل هذه الأمور، في إطار التعاون بين السلط.

مما سبق بيانه تتجسد لنا الإشكالية المحورية للموضوع وهي كالتالي: ماهي القوانين والتدابير التي اعتمدها كل السلط في حالة الطوارئ الصحية بالمغرب، وكيف حافظت على مبدأ الأمن القضائي؟ وماهي المقومات المجسدة للأمن القضائي؟

للإجابة عن كل هذا سنعتمد التصميم التالي: المبحث الأول: الأسس القانونية المنظمة لجائحة كورونا كدعامة لتعزيز الأمن القضائي. المبحث الثاني: تطبيق القاعدة القانونية في حالة الطوارئ الصحية وسؤال الأمن القضائي.

المبحث الأول: الأسس القانونية المنظمة لجائحة كورونا كدعامة لتعزيز الأمن القضائي عاش المغرب فترة استثنائية صحية مفاجئة، متعلقة بظهور وباء كوفيد 19 يهدد صحة المواطن، جعلته يدخل في حالة طوارئ صحية، حيث قامت الحكومة بسن مجموعة من القوانين الاستعجالية لحماية المواطن سواء من الناحية الصحية والقانونية، الى جانب باقي السلط وخصوصا السلطة القضائية، التي عملت على تحقيق التوازن بين تطبيق السليم للقوانين الاستعجالية المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية مع الحفاظ على مبدأ الأمن القضائي، لذلك عملنا على تقسيم هذا المبحث الى المطلب الأول: الأساس الدستوري لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب والمطلب الثاني القوانين الاستعجالية المتخذة من طرف الحكومة لمحاربة فيروس كورونا في حالة الطوارئ الصحية.

المطلب الأول: الأساس الدستوري لحالة الطوارئ الصحية بالمغرب

عمل المشرع على تنظيم وتقنين حالة الطوارئ الصحية لذلك سنعمل أولا على تحديد مفهوم على حالة الطوارئ الصحية في الفقرة الأولى وتحديد الإطار الدستوري لحالة الطوارئ الصحية في الفقرة الثانية.

## الفقرة الأولى: مفهوم حالة الطوارئ الصحية

إن حالة الطوارئ هي الحالة التي تخول للحكومة القيام بأعمال أو فرض سياسات لا يسمح لها عادة القيام بها، وتستطيع الحكومة إعلان حالة الطوارئ أثناء الكوارث، أو حالة العصيان المدني، أو الصراعات والنزاعات المسلحة بحيث تنبه المواطنين إلى تغيير سلوكهم الطبيعي وتامر الجهات الحكومية بتنفيذ خطط طوارئ، ويمكن كذلك استخدام حالات الطوارئ كسبب أو ذريعة لمنع الحقوق والحريات التي يكفلها دستور البلد أو القانون الأساسي، تتفاوت الإجراءات المتعلقة بهذا العمل وشرعيته من بلد لآخر.<sup>807</sup>

حيث فرضت حكومات الدول مجموعة من الإجراءات الصارمة والمملزمة لمقاومة تفشي فيروس كورونا، وذلك بعد ارتفاع حالات الإصابة والوفيات بالفيروس في الأيام والساعات الأخيرة بشكل متسارع، للحد من حركة مواطنيها، بهدف احتواء الوباء الأمر الذي عرض الاف الأشخاص للحجر الصحي<sup>808</sup>، لذلك عمل المغرب على سن مجموعة من النصوص الاستعجالية لمواكبة حالة الطوارئ الذي فرض حجر صحي على جميع المواطنين والخروج إلا للضرورة القصوى وفق ما تقتضي به القوانين المتعلقة بحالة الطوارئ بغاية الحفاظ على النظام العام الصحي<sup>809</sup>. ولهذا سنعمل على تحديد الإطار الدستوري المنظم لحالة الطوارئ ثم التطرق إلى النصوص الاستعجالية لحالة الطوارئ الصحية وذلك في الفقرات الموالية.

<sup>807</sup> – محسن التوزاني: "جائحة كورونا بالمغرب بين حالة الطوارئ والتزامات الدولة بالدستور في سن قوانينها" مقال منشور في الموقع الإلكتروني <https://anfaspress.com> بتاريخ 1 ماي 2020 تم الاطلاع عليه يوم 25 ماي 2020 على الساعة 12:37 دقيقة.

<sup>808</sup> – محسن بوعسرية: "الحجر الصحي (العزل الصحي) وتأثيره على الالتزامات التعاقدية" مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 104.

<sup>809</sup> – يعرف النظام الصحي العام مجموع من الإجراءات والتدابير الضبطية الامرة التي تتخذها السلطات العمومية للحفاظ على الصحة العمومية، وهو عام أنه يشمل ويطبق على جميع المواطنين وتوفير الأمن الصحي ليس حصريا لقطاع الصحة، وإنما تدخل لتحقيقه مجموعة من القطاعات والفاعلين ومن بينهم السلطة القضائية وعلى رأسها النيابة العامة، بغية تطبيق ومراقبة وفرض احترام التوجيهات الصحية والتعليمات الصادرة عن السلطات العمومية، كما نص على ذلك المرسوم رقم 2.292.20 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020، ذ اعوردو مصطفى: "حفظ النظام العام الصحي وتشريع الطوارئ" مقال منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني مطبعة مكتبة وراقه زاكيوي اخوان مكناس، سنة 2020 ص 25.

## الفقرة الثانية -الإطار الدستور المنظم لحالة الطوارئ الصحية

إن الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية قرار جاء بناء على الوفاء بالالتزامات الدولية للمغرب المصادق عليها وطنيا والمنصوص عليها دستوريا<sup>810</sup>. نجد أن المشرع استند في قراره بإعلان حالة الطوارئ الصحية كذلك على فصول أخرى من الدستور نجد الفصل 21 الذي منح السلطات العمومية أن تتخذ الإجراءات استثنائية من أجل الحفاظ على السلامة الجسدية للسكان وحماية ممتلكاتهم وسلامة التراب الوطني ككل، والفقرة الأخيرة من الفصل 24 التي نصت على أن حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه والخروج منه والعودة إليه مضمونة للجميع الأفراد بدون استثناء، لكن وفقا للقانون الصادر عن السلطة المعنية، كذلك نجد الفصل 90 الذي منح للسلطة الحكومية السلطة التنظيمية والإدارية لفرض إجراءات الحماية الاستثنائية، بالإضافة الى الفصل 81 الذي يخولها صلاحية إصدار المراسيم قوانين، باتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، إلى حين عرضها على البرلمان من أجل المصادقة عليها.<sup>811</sup>

باستقراء لهذه الفصول يظهر لنا أن المشرع المغربي من خلال دستور 2011 عمل على تحديد نطاق عمل السلطات خلال الظروف الاستثنائية، والغاية منها حماية حقوق وحرية الأفراد والجماعات، وتحقيق أمنهم القانوني والقضائي.

<sup>810</sup> أنه في إطار ما تخوله المادة 49 من اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005 للمدير العام لمنظمة الصحة العالمية فقد أصدرها هذا الأخير توصياته المؤقتة بتاريخ 29 فبراير 2020، والتي جاء فيها: "وفقا لميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، للدول الأعضاء الحق السيادي في التشريع، وتطبيق تشريعاتها الوطنية وفقا لسياساتها الصحية، حتى لو كان ذلك يعني تقييد حركة الأشخاص."

وبناء على دستور المملكة لسنة 2011 قد أسس مجموعة من الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها، منها الحق في الحياة والحق في السلامة والحق في الصحة المنصوص عليهم تواليا في الفصول 20,21,31 منه، وهي حقوق منبثة من الميثاق الدولي لحقوق الإنسان، هذه الحقوق التي لا يسوغ التنازل عنها. ذ نور الدين قريش: "حالة الطوارئ الصحية في ضوء المرسوم بقانون والقانون الجنائي، مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 177.

<sup>811</sup> - محسن التوزاني: "جائحة كورونا بالمغرب بين حالة الطوارئ والتزامات الدولة بالدستور في سن قوانينها" مقال منشور في الموقع الإلكتروني <https://anfaspres.com> بتاريخ 1 ماي 2020 تم الاطلاع عليه يوم 25 ماي 2020 على الساعة 12:37 دقيقة.

المطلب الثاني: القوانين الاستعجالية المتخذة من طرف الحكومة لمحاربة فيروس كورونا في حالة الطوارئ الصحية

توقع حصول الكارثة كحدث طبيعي لا دخل للعامل البشري فيه وفي هذه الحالة من العادي ومن المفروض اتخاذ الدولة الحازمة بمختلف أجهزتها، إجراءات وتدابير احترازية ووقائية، يكون الهدف منها إما عدم حصول الكارثة بالمرّة، أو تفادي وقوع الأضرار التي يمكن أن تحدث إن لم يكن من الممكن تفادي وقوعها.

الفقرة الأولى: الإجراءات القانونية الأولية المتخذة لمحاربة الوباء

ومن الجلي من خلال تتبع الأحداث وتسلسلها في بلدان العالم، أنه ومنذ ظهور الوباء في الصين، انتبهت المؤسسات الدستورية الوطنية المعنية والأجهزة والسلطات العمومية المختصة الى إمكانية انتقال هذا الوباء الى المغرب، وما يمكن أن يشكله من مخاطر على المواطنين، شرعت في العمل باتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الاحترازية لمواجهة انتشار هذا الوباء دخل الحدود الجغرافية للمغرب<sup>812</sup>، إلى أن صدر مشروع مرسوم قانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة طوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها دخل حيز التنفيذ، بعدما تمت المصادقة عليه من قبل كل من لجنة الداخلية والجماعات الترابية والسكنى وسياسة المدينة بمجلس النواب، ولجنة الداخلية والجماعات الترابية والبنيات الأساسية بمجلس المستشارين، ونشره بالجريدة الرسمية يوم 24 مارس 2020، وذلك بناء على الفصول 21<sup>813</sup> و 24 الفقرة 4<sup>814</sup> الفصل 81 من الدستور، وعلى اللوائح التنظيمية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية.

812 – عثمان عبيد: "كوفيد 19، السرقة في زمن "الكارثة" محالة للتفسير" مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 55.

813 – الفصل 21 من دستور 2011: "لكل فرد الحق في سلامة شخصه وأقربائه، وحماية ممتلكاته. تضمن السلطات العمومية سلامة السكان، وسلامة التراب الوطني، في إطار احترام الحريات والحقوق الأساسية المكفولة للجميع."

814 – الفقرة 4 من الفصل 24 من دستور 2011: "... حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفقا للقانون."

الفقرة الثانية: الأمن القضائي والتنفيذ العملي للقوانين الاستعجالية الخاصة بحالة

### الطوارئ الصحية

ولكن قد باشرت السلطات العمومية ميدانيا على الحث عليه من خلال وضع عدد من القيود على حركة الناس وتنقلاتهم، وقد حددها البلاغ المشترك لوزارتي الداخلية والصحة إلا في حالة الضرورة القصوى (التبضع في مواد الغذائية أو التطبيب أو الالتحاق بالعمل)، لكن بعد يوم واحد من ذلك، أعلنت وزارة الداخلية رسميا البلاد في حالة طوارئ صحية ابتداء من 20 مارس الى 20 أبريل، لكن المرسوم بمثابة قانون لم ينشر في الجريدة الرسمية حتى 24 مارس 2020، الأمر الذي يستتج منه أن الشروع في التنفيذ حالة الطوارئ عمليا غير مؤطر بقانون، وأن النص جاء لاحقا للفعل<sup>815</sup>. لذلك سنعمل في الفقرة الموالية على تحديد نشاط السلطة القضائية في ضوء القوانين الاستعجالية التي صادق عليها الحكومة على إثر حالة الطوارئ الصحية لمحاربة فيروس كورونا.

المبحث الثاني: تطبيق القاعدة القانونية في حالة الطوارئ الصحية وسؤال الأمن

### القضائي

يتعلق الأمر بالمتابعات والأبحاث التي اتخذتها النيابة العامة للمملكة تحت اشراف وسيروكيل العام للملك لدى محكمة النقض رئيس النيابة العامة، بمناسبة خرق نصوص جنائية خاصة خارج مجموعة القانون الجنائي، والتي تكون موضوع اهتمام السياسة الجنائية وارتباطها بالطرفية الوبائية لجائحة كورونا، وذلك على الشكل التالي:

قبل التطرق للإحصائيات التي خرجت بها رئاسة النيابة العامة لابد من إبراز تفاعل رئاسة النيابة العامة بشكل مباشر مع المرسومين الصادرين بالجريدة الرسمية بتاريخ 23 مارس 2020 بسن الأحكام الخاصة بحالة الطوارئ و 24 مارس 2020 يتعلق بإعلان حالة

<sup>815</sup> – عبد الرحمان غلال: "فيروس كورونا المستجد: إلى أي حد التزمت الدولة بالدستور" مقال منشور في المجلة الالكترونية المعهد المغربي لتحليل السياسات " عبر الموقع الالكتروني <https://mipa.institute> بتاريخ 25 مارس 2020، تم الاطلاع يوم 25 ماي 2020 على الساعة 14:31 دقيقة.

الطوارئ في كل أرجاء البلاد، وفي ظل هذا المناخ عملت رئاسة النيابة على إصدار العديد من الدوريات والمناشير التي سايرت الوضع الاستثنائي وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول: الأمن القضائي في إطار العمل القضائي في الظروف الاستثنائية جائحة

كورونا نموذجا

يعتبر مبدأ الأمن القضائي من المبادئ الدستورية التي يضمنها الدستور للمتقاضي، لحماية الحقوق والحريات، وضمان محاكمة عادلة في جميع الأحوال، سواء في إطار الظروف العادية والاستثنائية وهذه الأخيرة هي التي سنعمل على دراستها في الفقرات الموالية وذلك على الشكل التالي: الفقرة الأولى الامن القضائي والإجراءات العملية لتطبيق التدابير المتخذة في إطار المرسومين الخاص بسن الأحكام الخاصة بحالة الطوارئ الصحية، الفقرة الثانية: الأمن القضائي في إطار المحاكمة العادلة خلال جائحة كورونا.

الفقرة الأولى: الأمن القضائي والإجراءات العملية لتطبيق التدابير المتخذة في إطار

المرسومين الخاص بسن الأحكام الخاصة بحالة الطوارئ الصحية

بلاغ صادر عن رئاسة النيابة العامة، حيث يعلن فيه الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورئيس النيابة، انه من اجل الوقاية من انتقال فيروس كورونا المستجد " كوفيد 19"، فإن المصلحة تقتضي تقليص من توافد المتقاضين على النيابة العامة، ولهذه الغاية يدعو المواطنين الذين يرغبون في تقديم الشكايات أن يوجهها إلى السادة الوكلاء العامين للملك لدى محاكم الاستئناف، أو وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية المختصة، بواسطة الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني الخاص بالنيابات المعنية، والمعلن عنها محليا وكذلك على صفحة الموقع الإلكتروني لرئاسة النيابة العامة.<sup>816</sup>

وأضحت الكمامة اليوم عنوانا ورمزا لوباء كوفيد19 ، فارتداء الكمامة أضحي ضرورة

ملحة لمنع تفشي عدوى فيروس كورونا المستجد خصوصا في ظل إجماع كافة الباحثين في

<sup>816</sup> - بلاغ صادر عن رئيس النيابة العامة، بتاريخ 16 مارس 2020، عبر الموقع الإلكتروني [www.pmp.ma](http://www.pmp.ma) تم

الاطلاع عليه بتاريخ 2020/5/26 على الساعة 15:00 دقيقة.

المجال الطبي على قابلية انتقاله عن طريق الرذاذ الناتج عن العطس أو السعال<sup>817</sup>، وتماشيا مع المقتضيات القانونية المتعلقة بحالة الطوارئ<sup>818</sup> عمل السيد رئيس النيابة العامة على إصدار رسالة دورية حول مخالفة "حمل الكمادات" خلال فترة الحجر الصحي، حيث وجه تعليماته الى النيابة العامة، من اجل العمل على التطبيق الصارم والحازم للمقتضيات القانونية موضوع هذه الدورية، وعدم التردد في إجراءات البحث الأبحاث وإقامة الدعوى العمومية بشأن الأفعال التي تصل الى علمكم بشأن عدم التقيد بوضع الكمادات الوقائية في حالة الخروج من المنازل.

كما دعاهم إلى مواصلة التعبئة لحماية صحة المواطنين وسلامتهم، طيلة فترة الحجر الصحي، ويطلب منهم الاستمرار في إشعاره بجميع التدخلات التي يباشرونها في إطار تطبيق القانون المتعلق بحالة الطوارئ الصحية، والرجوع إليه بشأن كل الصعوبات التي تعترضهم في تطبيقه.<sup>819</sup>

<sup>817</sup>ذ منعم سجورة: "الكمامة الواقية وإشكالية التكييف الجنائي دراسة تحليلية لمقتضيات زجرية بنصوص متفرقة" مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 80.

<sup>818</sup>– نجد أن الحكومة قد قررت من خلال بلاغ مشترك لوزارتي الداخلية، والصحة والاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة، والصناعة والاستثمار والتجارة والاقتصاد الأخضر والرقمي العمل بإجبارية الكمامة الواقية بالنسبة لجميع الأشخاص المسموح لهم بالتنقل خارج مقرات السكن في الحالات الاستثنائية المقررة سلفا، تحت طائلة تعريض المخالف للعقوبة الواردة بالمادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم 2.20.292 والمتعلق بسن احكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها و الذي ينص على عقوبة " ... يعاقب على مخالفة أحكام الفقرة السابقة بالحبس من شهر الى ثلاثة اشهر وبغرامة تتراوح بين 300 و 1300 درهم او بإحدى هاتين العقوبتين، وذلك دون الإخلال بعقوبة الجنائية الأشد" ذ منعم سجورة: "الكمامة الواقية وإشكالية التكييف الجنائي دراسة تحليلية لمقتضيات زجرية بنصوص متفرقة" مرجع سابق ص 82.

\*\*الملاحظ أن المشرع ارتقى من خلال المادة الرابعة السالفة بالعقوبة من مخالفة الى جنحة، بغية ردع المخالفين، وضمان تقيدهم بالأوامر والتعليمات الصادرة عن السلطات العمومية إبان فترة الطوارئ الصحية، وذلك دون الإخلال بالعقوبة الجنائية الأشد، ذ نور الدين قريش: "حالة الطوارئ الصحية في ضوء مرسوم بقانون الجنائي"، مرجع سابق ص 178.

<sup>819</sup>–رسالة دورية صادرة عن رئيس النيابة العامة بتاريخ 2020/4/7 تحت عدد 16 س/ر ن ع حول مخالفة " حمل الكمادات" خلال فترة الحجر الصحي. وقد احيلت عليهم قصد اعمال مقتضياتها، والسهر على تفعيل التعليمات المذكورة بكل جدية وصرامة مع إعداد تقارير خاصة بالقضايا التي تبدو لكم مهمة وموافاته بالصعوبات التي قد تعترضهم بشأن تطبيق هذه التوجيهات.

-رسالة دورية صادرة عن السيد رئيس النيابة العامة حول تفعيل التكوين عن بعد ولنفس الأسباب السابقة الذكر المتعلق بالإجراءات الاحترازية التي اتخذتها بلادنا للحد من انتشار وباء كوفيد 19، من جهة واعتباراً لأهمية التكوين بالوسائل المتاحة لاسيما العروض الافتراضية، وكذا بعض المنصات الإلكترونية، لذلك عملت رئاسة النيابة العامة على التنسيق مع بعض المؤسسات الدولية من أجل ضمان استفادة قضاة النيابة العامة من ولوج بعض المنصات الإلكترونية ذات الصلة باختصاصاتها.<sup>820</sup>

### الفقرة الثانية: الأمن القضائي في إطار المحاكمة العادلة خلال جائحة كورونا

وفقاً للبلأغ المشترك لرئاسة النيابة العامة ووزارة العدل بتاريخ 16 مارس 2020 المتمثلة في قضايا المعتقلين والقضايا الاستعجالية وقضايا التحقيق وقد اقتصر عمل المحاكم على هذه القضايا من أجل حماية العاملين بالمحاكم والمرتفقين والحد من الإصابة، أما بخصوص المحاكمات عن بعد في هذه القضايا فقد جاء بعد ظهور مجموعة من البؤر في السجون، وذلك رغم عدم وجود نصوص كفيلة بتنظيم المحاكمات عن بعد<sup>821</sup> وأن المحاكمة العادلة ينظر إليها من مضمونها<sup>822</sup>، لذلك عمل السيد رئيس النيابة العامة على إصدار رسالة دورية حول تسهيل تخابر المعتقلين مع دفاعهم لتجهيز المحاكمات عن بعد من خلال فترة الحجر الصحي، وعلى إثر ظروف الحجر الصحي المتخذة من طرف السلطات العمومية المختصة،

820 –رسالة دورية صادرة عن السيد رئيس النيابة العامة بتاريخ 20/4/2020 تحت عدد 18 س/ ر ن ع حول تفعيل التكوين عن بعد، وقد أحييت عليهم قصد اعمال مقتضياتها، والسهر على تفعيل التعليمات المذكورة بكل جدية وصرامة وموافاته بالصعوبات التي قد تعترضهم بشأن تطبيق هذه التوجيهات.

821 – عبد اللطيف شنتوف: مداخلته في ندوة وطنية عن بعد تحت شعار: " دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية" يوم الثلاثاء 5 ماي 2020 على الساعة الحادية عشر ليلا، بث مباشر من خلال الصفحة الرسمية للماستر المدني الاقتصادي بتطبيق فيسبوك.

822 –أو أنه بخصوص حرق ضمانات المحاكمة العادلة في جلسات المحاكمة عن بعد فيمكن القول إن المحاكمة العادلة ينظر إليها من مضمونها (هل كانت فيها حقوق الدفاع محفوظة هل كانت فيها العلنية، هل اعطينا المتهم الحق في الكلمة) إذا حققت هذه الظروف فلا يمكن الحديث عن حرق ضمانات المحاكمة العادلة، وأنه يجب التعامل مع الاجتهاد في حدود ضيقة أي أنه بعد الانتهاء من الازمة يجب الرجوع الشرعية والمشروعية، ذ عبد اللطيف شنتوف: مداخلته في ندوة وطنية عن بعد تحت شعار: " دور السلطة القضائية في تدبير حالة الطوارئ الصحية" يوم الثلاثاء 5 ماي 2020 على الساعة الحادية عشر ليلا، بث مباشر من خلال الصفحة الرسمية للماستر المدني الاقتصادي بتطبيق فيسبوك.

وبالنظر للظروف الاستثنائية والقاهرة التي تشكلها جائحة كورونا، وبالنظر كذلك إكراهات الحجر الصحي، التي تحول دون إمكانية التواصل المباشر بين الأشخاص، فقد وافقت المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج على تمكين السجناء الذين ستعرض قضاياهم على محاكم عبر تقنيات المحاكمة عن بعد، من التحدث هاتفياً مع محاميهم قبل الجلسة. ولأجل ذلك يتعين على النيابة العامة المختصة ان تحيل على مصالح المؤسسة السجنية المعنية اسم المحامي الذي يرغب في محادثة موكله ثلاثة أيام قبل التاريخ المقرر لعقد الجلسة، وتتولى المصالح السجنية ربط الاتصال مع الأستاذ المحامي لهذه الغاية.<sup>823</sup>

في ظل جائحة كورونا اتسع نطاق نشر الأخبار الزائفة مما دفع الوكيل العام لمحكمة النقض رئيس النيابة العامة إلى بدل مجهود كبير في مواجهة ومحاربة الاخبار الزائفة نظراً لما لها تأثير بالغ على حسن سير عمل الجهات الرسمية المكلفة بحماية الصحة العامة والأمن و النظام العام، وفي هذا الصدد وجهت رئاسة النيابة العامة من جهة أخرى، دوريات الى مختلف الوكلاء العاميين ووكلاء الملك للتصدي لظاهرة الاخبار الزائفة، أصدرت من خلالها تعليمات صارمة للنيابات العامة لدى مختلف محاكم المملكة من أجل متابعة مروجي الزائفة ذات علاقة بفيروس كورونا المستجد والتي من شأنها المساس بالنظام العام واثارة الهلع بين المواطنين.<sup>824</sup>

وقد صدرت رسالة دورية الصادرة عن السيد رئيس النيابة العامة بتاريخ 2020/4/30 حول قضايا العنف ضد المرأة، حيث جاءت في الرسالة أنه عرفت بعض الأخبار المتعلقة بزيادة العنف ضد النساء بمناسبة تدابير الحجر الصحي في العديد من الدول، وهو ما دعا بعض المنظمات الدولية ومنظمات المجتمع المدني الى اثاره الانتباه الى ظاهرة

<sup>823</sup> –رسالة دورية الصادرة عن السيد رئيس النيابة العامة بتاريخ 2020/04/29 تحت عدد 19س/ ر ن ع حول تسهيل تخابر المعتقلين مع دفاعهم لتجهيز المحاكمات عن بعد خلال فترة الحجر الصحي، وقد احيلت عليهم قصد اعمال مقتضياتها، والسهر على تفعيل التعليمات المذكورة بكل جدية وصرامة وموافاته بالصعوبات التي قد تعترضهم بشأن تطبيق هذه التوجيهات.

<sup>824</sup> – إبراهيم اشويعر: " دور القضاء في التصدي للأخبار الزائفة في ظل حالة الطوارئ الصحية" مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020 ص 47.

استعمال العنف ضد النساء داخل المنازل خلال فترة الحجر الصحي المتخذة لضرورات  
الوقاية من فيروس "كوفيد.19"

وتمت الإشارة من طرف رئاسة النيابة العامة التي تعتبر مكافحة العنف ضد النساء  
من أهم أولويات السياسة الجنائية القارة ببلدنا، تتابع هذا الموضوع باستمرار بواسطة  
الأقطاب القضائية المختصة، ويستفاد من الاحصائيات ان عدد المتابعات من أجل العنف  
ضد النساء قد انخفض خلال الفترة المذكورة عشر مرات عن المعدل الشهري لهذا النوع  
من القضايا (148 متباعدة بدلا من 1500 متباعدة شهريا في الأحوال العادية)، وحتى على  
افتراض ثبوت الأفعال المشتكى منها في كافة الشكايات المتوصل بها (892 شكاية) فإن هذه  
النسبة تمثل فقط حوالي 60% من المعدل المسجل في الأحوال العادية في قضايا العنف  
ضد النساء، ورغم ذلك قررت الدورية أن الوقت مازال مبكرا للخروج بخلاصات واضحة  
حول مستوى العنف الى القضاء، والتي ساهمت في تفعيلها وتطويرها باجتهاداتكم.<sup>825</sup>

إلى جانب كذلك، صدور رسالة دورية صادرة عن السيد رئيس النيابة العامة  
حول وضعية الأطفال في تماس مع القانون خلال الطوارئ الصحية، تحسبا لما يمكن أن  
يترتب عن فرض حالة الطوارئ الصحية عبر العالم، من انعكاسات سلبية قد تلحق على  
وجه الخصوص بالأطفال المحتجزين أو الذين يتابعون من أجل خرق تدابير الحجر الصحي،  
نادت العديد من المنظمات الدولية المهتمة بحقوق الإنسان عموما وحقوق الطفل خاصة،  
إلى الأخذ بعين الاعتبار هشاشة وضعية هذه الفئة واحتياجاتها الخاصة، وتغليب مصلحتها  
الفضلى على باقي الاعتبارات، داعية الى تلافي التدابير الاحترازية، سيما بعد ظهور هذا الوباء  
ببعض السجون ومراكز الاعتقال، وفي إطار تتبع عمل النيابة العامة في تفعيل المقترضات  
الزجرية التي جاء بها المرسوم بقانون 2.20.292. المادة الرابعة منه. لوحظ خلال فترة حالة

<sup>825</sup> –رسالة دورية الصادرة عن السيد رئيس النيابة العامة بتاريخ 2020/4/30 تحت عدد 20 س/ ر ن ع حول قضايا العنف  
ضد النساء، قد أحييت عليهم قصد اعمال مقتضياتها، والسهر على تفعيل التعليمات المذكورة بكل جدية وصرامة واشعار رئاسة  
النيابة العامة بشأن نتائج تنفيذها والإشكاليات التي قد تعترضهم بشأن تطبيق هذه التوجيهات.

الطوارئ المعلن عنها ببلادنا، أن هناك من الأطفال من خالف هذه المقتضيات، مما استوجب فتح مساطر قضائية في حق بعض منهم.

ومن أهداف رئاسة النيابة العامة الحرص على حماية حقوق الأطفال في مختلف الوضعيات، تنفيذاً لمضامين السياسة الجنائية الوطنية، وانسجاماً مع الالتزامات الدولية لبلادنا، وهو ما عبرت عنه في العديد من المناشير والدوريات الصادرة عنها ذات الصلة بقضايا الطفولة، مؤكدة في جلها على محورية المصلحة الفضلى للطفل في جميع الأحوال، وتذكر على الخصوص الدورية عدد 49/رت ع / د بتاريخ 19 نونبر 2019 حول تقضي المصلحة الفضلى للأطفال في تماس مع القانون، التي تسعى الى تكريس الطابع الاستثنائي للتدابير السالبة للحرية، وتؤكد على ضرورة إعطاء الأولوية للتدابير التربوية، و الحرص على بقاء الطفل في وسط أسري.<sup>826</sup>

على إثر كل هذه التدابير والإجراءات أعلنت رئاسة النيابة العامة أنه في إطار تفعيل المقتضيات الجزرية التي جاء بها المرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن احكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، أن النيابة العامة لدى محاكم المملكة قامت منذ دخول المرسوم بقانون المذكور حيز التنفيذ الى غاية يوم 22 ماي 2020 على الساعة الرابعة زوالاً، بتحريك المتابعة القضائية في مواجهة ما مجموعه 91623 شخصاً قاموا بخرق حالة الطوارئ الصحية الى جانب ارتكابهم لجرائم أخرى، كما أن نسبة المعتقلين احتياطياً من بين الأشخاص المتابعين لم تتجاوز 4.76 %، أي ما مجموعه 4362 معتقلاً، من بينهم 558 شخصاً اعتقلوا لاتهمهم بخرق تدابير الحجر الصحي وحدها، واما الباقون وعددهم 3804، فقد اقترن خرقهم تدابير الحجر الصحي لارتكابهم أعمالاً أخرى من جرائم الحق العام كالاتجار في المخدرات والسرقة والعنف...

<sup>826</sup> –رسالة دورية صادرة عن السيد رئيس النيابة العامة بتاريخ 2020/5/18 تحت عدد 21 س/ر ن ع حول وضعية الأطفال في تماس مع القانون خلال الطوارئ الصحية. وقد احيلت عليهم قصد اعمال مقتضياتها، والسهر على تفعيل التعليمات المذكورة بكل جدية وصرامة، وموافاة السيد رئيس النيابة العامة بالإجراءات التي تتخذونها لهذه الغاية، واشعاره فوراً بما قد يعترض عملهم بهذا الخصوص.

1. هذا، وإن رئاسة النيابة العامة اذ تعول على منسوب الوعي لدى

المواطنين، فإنها تدعو الى ضرورة احترام الإجراءات التي قررتها  
السلطات العمومية، وذلك حتى تجتاز بلادنا هذه المرحلة بسلام ونحمي  
الأمن الصحي للأشخاص.<sup>827</sup>

2. المطلب الثاني: مظاهر التعاون بين السلط في ظل جائحة كورونا لتعزيز

### الأمن القضائي

من بين القضايا التي تجمع عليها الدساتير الحديثة كون مبدأ الفصل السلط لا يعني  
البتة اعتبار كل سلطة مستقلة عن غيرها من السلط، بل اعتبار المبدأ يعني تحديد مجال  
وحدود صلاحيات كل منها دون تدخل واحدة في الأخرى أولاً، ثم تحديد أوجه التكامل  
والتعاون المؤسساتي فيما بينها جميعاً، وهذا ما يسير على هديه المشرع الدستوري المغربي  
في الفصل الأول من الدستور، الذي يؤكد على ان: "يقوم النظام الدستوري للمملكة على  
فصل السلط، وتوازنها وتعاونها..."<sup>828</sup>

حيث أكد رئيس النيابة العامة، أن النيابة العامة جزء لا يتجزأ من السلطة  
القضائية التي كرس دستور 2011 استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. ورغم  
هذا الاستقلال تظل النيابة العامة جزءاً من سلطات الدولة، التي اقر الدستور مبدأ التعاون  
والتوازن فيما بينها لما فيه مصلحة الوطن والمواطنين، علماً أن النيابة العامة تشتغل في  
إطار صارم يحدده القانون الذي يحكم كل تدخلاتها، التي تخضع للمراقبة الفورية والصارمة  
للقضاء<sup>829</sup>. لذلك سنعمل على التحديد الإطار القانوني الذي يعزز العلاقات بين السلط في

<sup>827</sup> – بلاغ صادر عن رئاسة النيابة العامة، بتاريخ 2020/5/22، عبر الموقع الإلكتروني [www.pmp.ma](http://www.pmp.ma) تم الاطلاع  
يوم 2020/5/26 على الساعة 3:30 دقيقة.

<sup>828</sup> – فاطمة غلالو: "استقلال السلطة القضائية بين القانون المغربي والتجارب الدولية" الطبعة الأولى، المطبعة دار القلم الرباط،  
السنة 2018 ص 18.

<sup>829</sup> – محمد عبد الناوي: كلمة رئيس النيابة العامة ذ محمد عبد الناوي، خلال حفل تسليم السلط من وزير العدل إلى الوكيل  
العام للملك لدى محكمة النقض ورئيس النيابة العامة، بتاريخ 6 أكتوبر 2017، بمقر رئاسة النيابة العامة الكائن بحي الرياض  
الرباط.

إطار التعاون الى جانب إعطاء الأنشطة التي برزت لنا هذا التعاون ميدانيا وذلك على الشكل التالي:

#### الفقرة الأولى: الإطار القانوني للتعاون بين السلط

إن تنصيب المشرع الدستوري على مبدأ استقلال السلطة القضائية، لا ينبغي أن يعني بأن ثمة استقلالا كلياً للسلطة القضائية عن باقي السلط، بل إن من أسوء النظم السياسية تلك التي اقامت قطيعة فيما بين القضاء وغيره من المؤسسات الدستورية، مما تسبب لهذه الأنظمة في عرقلة مهام كافة السلط وإحداث قطيعة تامة فيما بينها لم تعد بالنفع على المصلحة العليا للبلاد، إذ أن الحكمة الدستورية تقتضي وجود علاقات متبادلة بين كافة السلط، خدمة للمصلحة العامة للنظام السياسي القائم، ويسير في الاتجاه القائم على تعاون السلط مختلف النظم السياسية الحديثة، حيث كلها تقيم علاقات محددة ومنصوص عليها بدقة بين السلطة القضائية وغيرها من السلط، وخير مثال على ذلك الفصل الأول من الدستور المغربي، الذي يسير بدوره في هذا الاتجاه<sup>830</sup>، حيث نص الدستور المغربي لسنة 2011 على أن نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية، ديمقراطية برلمانية واجتماعية. ويقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة.<sup>831</sup>

ولا جدال في اختصاصات الحكومة والبرلمان التنظيمية والتشريعية، سواء فيما يتعلق بمشاريع أو مقترحات القوانين أو وضع القانون أو النصوص التنظيمية، من هذا المنطلق فإن السلطة القضائية غير معينة بصناعة التشريع لأن مهمتها هي تطبيقه.<sup>832</sup> إلا أن تجربة تنزيل استقلال القضاء، أفضت على الإحتياج لتفعيل الجيد لمقتضيات الدستور بشأن تعاون السلطات، ولا سيما في مرحلة التشريع وبطبيعة الحال فإن الأمر

830 – فاطمة غلالو: "استقلال السلطة القضائية بين القانون المغربي والتجارب الدولية" مرجع سابق ص 31.

831 – الفقرة 1-2 الفصل 1 من الدستور المغربي 2011.

832 – تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2018 ص 45.

يقتضي إشراك السلطة القضائية في العملية الدستورية لوضع القانون، بقدر ما يهيم التفعيل الجيد للفصل الأول من الدستور بشأن التعاون السلطات وتوازنها، وعند الاقتضاء الاستعمال الجيد لآليات الاستشارة المقررة في الفصل 113 من الدستور<sup>833</sup> المادة 112 من القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية<sup>834</sup>، للحصول على آراء مفصلة من المجلس المذكور، ومن رئاسة النيابة العامة عند الاقتضاء بشأن مشاريع ومقترحات القوانين المتعلقة بوضعية القضاء ومنظومة العدالة واستراتيجيات وبرامج الإصلاح في مجال العدالة، كما أن الأمر يتعلق بما قرره المجلس الدستوري بشأن إقامة علاقات تنسيق بين السلط لتحقيق غايات مشتركة<sup>835</sup> من خلال تسهيل كل سلطة لممارسة السلطة الأخرى لوظائفها خدمة للصالح العام" ويبدو أن تجربة السنة الأولى من استقلال النيابة العامة أبانت عن أهمية هذا الإجراء الدستوري<sup>836</sup>. كما سبق بيانه، فإن التعاون بين السلط يبيحه الدستور والقوانين التنظيمية السابقة الذكر، وذلك دون المساس باستقلال القضاء وبغاية تحقيق المصلحة العامة، على إثر ذلك سوف نعمل على استحضار نموذج التعاون بين السلط في ظل جائحة كوفيد 19، الذي أدخل بلادنا ظرفية استثنائية.

الفقرة الثانية: التعاون بين السلط في ظل جائحة كوفيد 19 ومبدأ الأمن القضائي لتكريس الثقة والمساهمة في بناء علاقات مسؤولة واضحة مع باقي السلط وتحديد مجالات التعاون وتديير التوازن بينهما بما يكفل استقلالاً حقيقياً للسلطة القضائية في بعده الفردي والمؤسسي، استقلال لم يكن ابدا غاية او هدفا بل ركيزة لضمان الحقوق وصون

<sup>833</sup> – ينص الفصل 113 من الدستور في فقرته الأخيرة: ".... يصدر المجلس الأعلى للسلطة القضائية، بطلب من الملك أو

الحكومة أو البرلمان، آراء مفصلة حول كل مسألة تتعلق بالعدالة مع مراعاة مبدأ فصل السلط."

<sup>834</sup> – تنص المادة 112 من القانون التنظيمي 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية: "يمكن للمجلس أن يقيم، في

مجال اختصاصه، علاقات تعاون وشراكة مع المؤسسات الأجنبية المماثلة وكذا الهيئات الأجنبية المهتمة بقضايا العدالة من أجل تبادل المعارف والتجارب ونقل الخبرات، وذلك بالتنسيق مع السلطة الحكومية المكلفة بالشؤون الخارجية والتعاون وإشعار الوزارة المكلفة بالعدل بذلك.

<sup>835</sup> – قرار المجلس الدستوري عدد 991.16 المشار إليه بصدد البث في دستورية المادة 54 من القانون التنظيمي للمجلس الأعلى

للسلطة القضائية.

<sup>836</sup> – تقرير رئاسة النيابة العامة لسنة 2018 ص 46.

الحريات ورد المظالم ومكافحة الفساد وتحقيق الأمن القضائي والمساهمة في بناء المغرب الجديد في سياق عالم متحول بقيم وعلاقات معقدة ومتغيرة ومتسارعة.<sup>837</sup> وإذا كنا قد نجحنا في تنزيل مبدأ استقلال السلطة القضائية، ومكنا هذه السلطة من وسائل الاشتغال سواء القانونية أو المادية أو البشرية أو اللوجستيكية، فإن رهاننا كان ومزال هو التفعيل الأمثل للمبدأ الدستوري المتعلق بفصل السلط وتعاونها وتوازنها. وإنما لمناسبة، أود من خلالها ان اعبر عن ارتياحي البالغ بمستوى التنسيق والتعاون والتشاور القائم بين وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية على كافة المستويات والأصعدة، وفي كل المناسبات والظروف، بما فيها الظروف الاستثنائية التي تجتازها بلادنا حاليا.<sup>838</sup>

حيث نجد من بين البلاغات الصادرة في إطار مشترك ما بين السلطة القضائية عن طريق مجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة من جهة، ومن جهة ثانية السلطة التنفيذية المتمثلة في وزير العدل، وذلك في إطار تفعيل التدابير الوقائية الرامية الى الحد من تفشي وباء كورونا المستجد (كوفيد 19)، الذي جاء فيه "....وحرصا على سلامة كل العاملين بمحاكم المملكة، قضاة وموظفين ومساعد القضاء، وكذا المتقاضين والمرتفقين، وانسجاما مع التدابير التي تم الإعلان عنها من طرف الحكومة لمحاصرة هذا الوباء ومنع انتشاره، ومن منطلق الحرص على ضمان الأمن الصحي داخل المحاكم، فقد تقرر بعد التنسيق بين وزارة العدل والمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئاسة النيابة العامة تعليق انعقاد الجلسات بمختلف المحاكم ابتداء من يوم الاثنين 16 مارس 2020 الى اشعار اخر، والجلسات المتعلقة بالبحث في قضايا المعتقلين والجلسات المتعلقة بالبحث في القضايا الاستعجالية، وقضايا التحقيق.

<sup>837</sup> كلمة السيد رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2020.

<sup>838</sup> - كلمة السيد وزير العدل بمناسبة الاجتماع الرئاسي ليوم الجمعة 10 أبريل 2020.

ويجدر التأكيد أن جميع المؤسسات والسلطات المختصة ستواصل العمل على التطبيق الصارم للقانون، الكل في نطاق اختصاصه.<sup>839</sup>

وإن التقرير الدوري يعزز لنا مظاهر استقلال النيابة العامة وحدود تطبيق المبادئ الدستورية المتعلق بالتعاون بين السلط ومراعاة الفصل بينهما وذلك لتحقيق كل من الأمن القانوني والقضائي. ولا ننسى ان هذا التقرير يعتبر من آليات الرقابة على أعمال النيابة العامة أثناء تنفيذ السياسة الجنائية، لتفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة.  
خاتمة:

من خلال ما سبق، يظهر لنا المجهودات التي بذلتها السلطة القضائية على مواكبة التغيرات التي عرفها المجتمع المغربي، والطرق والتدابير السليمة لمواجهة فيروس كورونا لحماية صحة وممتلكات المواطنين، وتطبيق السليم للقوانين الاستعجالية مع تزامن حماية الأفراد من الجرائم المحدثه وفق القانون الجنائي، لكن رغم كل هذه المجهودات يبقى مبدأ التعاون بين السلط يطرح نفسها، خصوصا بينها وبين السلطة التنفيذية، لتكريس الثقة والمساهمة في بناء علاقات مسؤولة واضحة مع باقي السلط وتحديد مجالات التعاون وتدير التوازن بينهما بما يكفل استقلالا حقيقيا للسلطة القضائية في بعديه الفردي والمؤسسي، استقلال لم يكن ابدا غاية او هدفا بل ركيزة لضمان الحقوق وصون الحريات ورد المظالم ومكافحة الفساد وتحقيق الأمن القضائي والمساهمة في بناء المغرب الجديد في سياق عالم متحول بقيم وعلاقات معقدة ومتغيرة ومتسارعة.<sup>840</sup>

<sup>839</sup> - بلاغ صادر عن كل من وزير العدل ورئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئيس النيابة العامة، في إطار التدابير

الوقائية الرامية إلى الحد من انتشار وباء كورونا المستجد، بتاريخ 16 مارس 2020.

<sup>840</sup> كلمة السيد رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2020. بتصرف

### لائحة المراجع:

ادريس الحيوني: " دور جائحة "كوفيد 19" في تحفيز ملكة تعليل الأحكام القضائية" القضاة المغرب نموذجا"، مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020.

يوسف سلموني زرهوني: " سياسة التجريم والعقاب في ظل حالة الطوارئ الصحية (دراسة مقارنة بين القانون المغربي ونظيره الفرنسي) مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020.

اعوردو مصطفى: " حفظ النظام العام الصحي وتشريع الطوارئ" مقال منشور بالمجلة المغربية للرصد القانوني والقضائي، العدد الثاني مطبوعة مكتبة وراقة زاكيوي اخوان مكناس، سنة 2020.

نور الدين قريش: " حالة الطوارئ الصحية في ضوء المرسوم بقانون والقانون الجنائي، مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020.

محسن التوزاني: " جائحة كورونا بالمغرب بين حالة الطوارئ والتزامات الدولة بالدستور في سن قوانينها" مقال منشور في الموقع الالكتروني <https://anfaspress.com> بتاريخ 1 ماي 2020 تم الاطلاع عليه يوم 25 ماي 2020 على الساعة 12:37 دقيقة.

عثمان عبيد: " كوفيد 19، السرقة في زمن "الكارثة" محالة للتفسير" مقال منشور في مجلة شهرية محكمة تعنى بنشر الدراسات في العلوم القانونية، في العلوم القانونية، عدد 52 خاص بـ كورونا يونيو 2020.

عبد الرحمان علال: " فيروس كورونا المستجد: إلى أي حد التزمت الدولة بالدستور" مقال منشور في المجلة الالكترونية "المعهد المغربي لتحليل السياسات " عبر الموقع الالكتروني <https://mipa.institute> بتاريخ 25 مارس 2020، تم الاطلاع يوم 25 ماي 2020 على الساعة 14:31 دقيقة.

عبد اللطيف شنتوف: مداخلته في ندوة وطنية عن بعد تحت شعار: " دور السلطة القضائية في تدير حالة الطوارئ الصحية" يوم الثلاثاء 5 ماي 2020 على الساعة الحادية عشر ليلا، بث مباشر من خلال الصفحة الرسمية للماستر المدني الاقتصادي بتطبيق فيسبوك.

الأستاذ عبد الوهاب ابريك

باحث بسلك دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية سلا.

# منازعات الحق في الإضراب بين النص

## القانوني واجتهاد القضاء الإداري

the right to strike between the legal text and the jurisprudence of the

administrative judiciary

مقدمة:

يعد الإضراب بالنظر إلى مضمونه الاجتماعي وسيلة يلجأ إليها الأجراء والموظفون على حد سواء قصد الضغط على مشغليهم أو الإدارة للاستجابة لمطالبهم عبر التوقف التام والكلي عن العمل لمدة معينة وذلك بشكل جماعي، ويهدف أساسا إلى تعزيز المشاركة العمالية في القرارات التي تهم المؤسسة وتقوية مكانة الطبقة الشغيلة كطرف أساسي في علاقات الشغل، ويؤدي إلى تأسيس علاقات منسجمة بين أطراف الشغل وقرار سلم اجتماعي على قاعدة ما أفرزه الإضراب من مفاوضات ومصالحة.

لقد عرفت أغلب الأنظمة القانونية تدرجا في سبيل الاعتراف بالإضراب كحق يمارسه الأجراء والموظفين، ففي فرنسا مثلا كان قانون 1825 يعتبر التوقف عن العمل جريمة يعاقب عليها، وفي سنة 1864 تم إلغاء هذا النص، مع أن القضاء ظل يتعامل مع الإضراب بنفس المنطق القديم من حيث آثاره إلى حدود سنة 1946 حيث اعترف دستور الجمهورية الرابعة بمشروعية حق الإضراب بشكل صريح، وهو نفس المقتضى الذي أعيد تأكيده سنة 1958 في دستور الجمهورية الخامسة.

أما في المغرب، فإن أول الإضرابات ترجع إلى سنة 1936 من حيث الممارسة، أما من حيث الاعتراف القانوني فلم يكن منظما قانونا إلا سنة 1946، حيث نص الفصل الأول من

ظهير 1946 على أنه لا يجوز ممارسة الإضراب إلا بعد استنفاد مسطرة المصالحة والتحكيم، وفي دستور 1962 تم الاعتراف الصريح بالإضراب في الفصل 14، الذي كرس هذا الحق بصفته أحد المكاسب في مضممار الحريات العامة بالمغرب، أما الدستور الحالي فنص على الحق الإضراب من خلال الفصل 29، وكذا على مبدأ تقنينه الذي يجب أن يصدر في شكل قانون تنظيمي يحدد شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق. الأمر الذي جعل الإدارة المغربية وبدعم من القضاء الإداري تفرض مجموعة من الضوابط والإجراءات تهدف من خلالها تنظيم هذه الممارسة حتى لا يصطدم واستمرارية المرفق العام، وهو ما يطرح السؤال عن مدى دستورية التدخل الإداري في تنظيم الإضراب، وعن مدى دستورية المراسيم والقرارات والمذكرات الوزارية التي صدرت وتصدر لتقييد ممارسة حق الإضراب، ومن بين هذه الإجراءات طبعا الاقتران من أجور الموظفين المضربين.

لقد أقرت جميع الدساتير المتعاقبة بما فيها دستور 2011 بالحق في الإضراب كحق دستوري يدخل ضمن الحقوق والحريات الأساسية للأفراد وذلك بموجب الفصل 29 منه، وبعد هذا الاعتراف الصريح يفترض في كل إضراب أنه مشروع كممارسة لحق دستوري وعلى من يريد إثبات العكس أن يثبت التعسف في استعمال هذا الحق.

إلا أن الممارسة العملية لهذا الحق الدستوري و في ظل غياب للقانون التنظيمي، أضعفت لحد ما من قيمته مادام أنه حق نظري لم يرقى إلى مصاف باق الحقوق التي تم تنظيم كيفية ممارستها، بل إن الإدارة وأمام هذا الفراغ صارت تبحث عن إجراءات معينة لتنظيم ممارستها بدعوى محاولة خلق توافق بين الحق في الإضراب والسير العادي للمرافق العامة، إلا أن هناك فرقا كبيرا بين إقرار الحق وبين تنظيم ممارستها، فالتنظيم التشريعي لأي حق من الحقوق لا يعني سوى تحديد الشروط والإجراءات اللازمة لممارسته والتي ليس من شأنها بأي حال من الأحوال أن تمس بطبيعة هذا الحق إلى حد تعطيله.

هكذا يشكل الحق في الإضراب أحد أهم الآليات التي يلجأ إليها الموظفون والمستخدمون للدفاع عن مصالحهم كما يعمل على التأثير في الرأي العام من جهة، والحياة الاقتصادية وأمن الدولة من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس نجد معظم الدول تنظر إليه

عادة بعدم الارتياح . وهناك من الدول كسويسرا وألمانيا ما يحظر الإضراب بشكل مطلق ويعتبره عملا غير مشروع، بل كانت معظم الدول الاشتراكية تعتبره نوعا من التخريب الأموال الدولة وتأخيرا لتنفيذ الخطة القومية الشاملة للدولة.

وهناك من الدول من يبيح إضراب العاملين في القطاع الخاص دون موظفي الدولة، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد جاء التنصيص على حق العمال في الإضراب بالمعاهدة الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك في الاتفاقية رقم 87 الصادرة عن منظمة العمل الدولية والتي ذهبت إلى أن شروط الإضراب المشروع يجب أن يكون مرتبطا بمطالب يمكن تنفيذها وألا يكون من شأنها التقليل من الوسائل المتاحة أمام المنظمات النقابية".

ويطرح بحث موضوع الإضراب أهمية بالغة سواء من حيث المنظور النظري، ذلك أنه لم يشهد بعد تطبيق الإطار التنظيمي الذي يكفل الحدود أو الصيغ التي يجب احترامها أثناء ممارسته، رغم تقريره في مختلف المنظومات القانونية باعتباره من أهم الحقوق التي يجب أن تضمن للأفراد، فهو كما يعبر بعض الفقه الحرية الأم، كما تبرز من هذا الجانب أهميته في اعتباره موضوعا يتأثر بطبيعة النظام الذي يحكمه، بحيث قد تضيق مساحات ممارسته كما يمكن أن تتسع حسب النمط الاقتصادي المعمول به وكذا النظام السياسي الذي يمكن أن يمارس فيه .

انطلاقا مما سبق يمكن طرح التساؤل حول ما موقع مشروع القانون التنظيمي الجديد المتعلق بالإضراب من مسألة الإباحة والحظر؟ وما موقف القضاء الإداري من ممارسة الحق في الإضراب؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة ارتأينا معالجتها وفق التصميم الآتي: المبحث الأول: الإطار العام للإضراب. المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الإضراب.

المبحث الأول: الإطار العام للإضراب

سنتعرض في هذا المبحث إلى ماهية الإضراب (المطلب الأول)، وسنخصص (المطلب

الثاني)، الآثار المترتبة عن ممارسة حق الإضراب.

## المطلب الأول: ماهية الإضراب

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في (الفرع الأول)، تعريف حق الإضراب وأنواعه في حين سنخصص (الفرع الثاني)، للمقتضيات المنصوص عليها في مشروع القانون التنظيمي للإضراب.

### الفرع الأول: تعريف الإضراب وأنواعه.

#### أولاً: تعريف الإضراب

يقصد بالإضراب في اللغة الكف والإعراض فنقول أضربنا عن الشيء أي كفنا وأعرضنا عنه، أما من حيث المعنى الاصطلاحي فيقصد منه: "كل توقف عن العمل بصفة مدبرة لمدة من الزمن قصد الضغط على المشغل للاستجابة للمطالب النقابية للشغيلة دون أن تنصرف نية المضربين إلى التخلي عن وظائفهم نهائياً".

وعرفه مشروع القانون التنظيمي في مادته الثانية، بأنه "توقف جماعي عن العمل يتم بصفة مدبرة ولمدة محددة، من أجل الدفاع عن حق من الحقوق أو مصلحة من المصالح الاجتماعية أو الاقتصادية المباشرة للأجراء المضربين".

وقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 25 يوليو 1979 بأنه: "توقف منظم مسبق للعمل من أجل الدفاع عن المصالح المهنية". وعموماً يمكن القول بأنه لكي يكتف كل توقف عن العمل بأنه إضراب يجب أن تتوفر فيه العناصر والضوابط والشروط، أما الأستاذ أحمد بوعشيق فيري بأن الإضراب هو كل توقف عن العمل بصفة مدبرة بقصد الضغط على المشغل للاستجابة للمطالب النقابية للعمال دون أن تنصرف نية المضربين إلى التخلي عن وظائفهم نهائياً.

#### ثانياً: أنواع الإضراب

كل حركة يقوم بها العمال تفترض تنظيماً محكماً حتى لا تتحول إلى عصيان وعدم انصياع لأوامر المستخدم أو صاحب العمل، ولذلك يقوم العمال بتنسيق عملهم للتوصل إلى تحقيق مطالبهم، وقد تختلف كيفية التوقف عن العمل، فقد تكون بصفة جماعية أو فئوية أو قطاعية وفيما يلي سنرى الأشكال المختلفة للإضراب.

أولاً: الإضراب التقليدي ( المادي ): هو الشكل الأكثر انتشاراً ، ويتم فيه انقطاع المضربين عن العمل في نفس الوقت تاركين بذلك مواقع العمل أو الامتناع عن الالتحاق بها بطريقة محكمة ومنظمة ومدروسة مسبقاً من حيث الكيفية والمدة، بحيث تأخذ النقابات فيه جميع الاحتياطات اللازمة لبلوغ الهدف المقصود منه؛ فتراعي الظروف الاقتصادية العامة والوضعية الاقتصادية للقطاع وأهمية مخزون الإنتاج بالنسبة للطلب والقدرات المالية للعمل كتاريخ الوفاء بالأجور والتعويضات العائلية، كما تلتزم النقابة بضمان استمرارية خدمة الأمن وتشكيل هيئة الطوارئ واتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع حلول عمال القطاع الخاص محل العمال المضربين بالقطاع العام ، حفاظاً على مناصبهم من جهة، وتدعيماً للحركة الاحتجاجية من جهة أخرى.

ثانياً: الإضراب الدائري: هذا النوع من الإضراب يتطلب انسجاماً وتخطيطاً محكماً، حيث يتم فيه تحديد التدرج بمختلف وحدات الإنتاج في المرفق من جهة وتحديد توقيت مضبوط للإضرابات المبرمجة ويتم هذا الإضراب بصفة فئوية متتابعة؛ بمعنى تمتنع فئة من العمال عن العمل مدة معينة ومحددة لتليها فئة أخرى بعد استعادة الفئة الأولى لنشاطها، فهذا الإضراب لا يوقف تماماً عمل القطاع، الأمر الذي جعله ممنوعاً في القطاع العام، ففي فرنسا تم منعه بصدور قانون 31 يوليوز 1963 والمتعلق بتنظيم الإضراب في القطاع العام، وفي حالة القيام به يكون هناك عقاب تأديبي قد يصل إلى الطرد من العمل وفي القطاع الخاص يبقى هذا الإضراب قانوني لعدم وجود نص يقضي بغير ذلك .

و بناء عليه يتم الإضراب الدائري دون شل حركة النشاط والمردودية في المؤسسة، ويعتبر في نفس الوقت تمهيداً لتهيئة العمال للانقطاع التام عن العمل، وهو أكثر ضرراً من الانقطاع الجماعي عن العمل، ونشير هنا إلى أن هناك نوعين من الإضراب الدائري فالأول يتمثل في الإضراب الأفقي الذي يمارسه عمال من صنف مهني معين، حيث ينعكس سلبياً على عمال الصنف الآخر التابع للأول، أما النوع الثاني للإضراب العمودي الذي يجمد العمل في مصلحة أو قطاع محدد في المرفق دون أن يمس القطاعات الأخرى، ويهدف هذا الإضراب أساساً إلى إحداث اختلال في تنظيم الإنتاج.

ثالثا: الإضراب القصير والمتكرر هذا الإضراب عبارة عن توقفات عديدة ومتكررة مع البقاء في أماكن العمل، يتخللها انقطاع تام عن العمل في بعض الأحيان، حيث يمتنع فيه العمال عن الالتحاق بمراكز عملهم أو يتأخرون عن ذلك في أوقات منتظمة، ليستأنفوا العمل بعد ذلك.

وعن مشروعية هذا النوع من الإضراب، فهناك من يعتبره غير قانوني وتعسفي وبالتالي لا يعتبرونه شكلا من أشكال الإضراب، لكن في السنوات الأخيرة أصبحت هذه الإضرابات قانونية إلا في حالة القيام بالتخريب، وهذا ما استقر عليه القضاء في فرنسا وكمثال قرار أوليفيرا Oliveira المؤرخ في 11 يوليو 1981 والمتعلق بالوقف عن العمل لمدة ساعتين وهذا بطريقة مفككة خلال ربع (1/4) ساعة بطريقة متتالية، وقد بين القضاء أن هذا الإضراب القصير والمتكرر قد أساء إلى عملية الإنتاج لأن العمل الذي يقوم به هؤلاء العمال يتطلب الاستمرار في عملية الإنتاج، وبالتالي أدى ذلك إلى الخضم من أجور العمال المشاركين في الإضراب، فهذا النوع من الإضراب يتم باحتلال العامل المضرب مكان عمله، بينما يمتنع العامل الغير المضرب عن ذلك لهذا يحتاج - هذا النوع من الإضراب - إلى إحكام ودقة مدروسين مسبقا فيما يتعلق بفترات الانقطاع ومدته وأهدافه.

رابعا الإضراب البطيء: لهذا الإضراب العديد من التسميات، فيسمى بإضراب الإنتاج أو المردودية ويعرف كذلك بالإضراب الجزئي، يتميز هذا النوع من الإضراب بالتخفيض والتقليل من وتيرة الإنتاج، ويستمر فيه العمال بممارسة نشاطهم دون أن يتوقفوا كليا عنه، ويتم ذلك وفق مخطط موضوع بشكل مسبق لتخفيض الإنتاج، حيث يأخذ فيه كل عامل صفة المضرب من اللحظة التي يبدأ فيها إبطاء الإنتاج والتقليل من فعاليته، ومن ثمة يصعب تكييف هذا التصرف على أنه إضراب ذلك أن العمل يبقى مستمرا، ولتجنب الأضرار التي قد تنجم عن هذا النوع من الإضراب، غالبا ما تبرم اتفاقيات بين الإدارة المستخدمة والعمال، تحدد بمقتضاها نسبة معينة لتخفيض المردود والإنتاجية لا يمكن تجاوزها، غير أن هذا النوع من الإضراب يعد حاليا أكثر ندرة، لأنه يبدو أقل فعالية التحقيق المطالب العمالية.

خامسا : إضراب الحمام أو الاندفاع : يطلق عليه كذلك بإضراب المبالغة في النشاط، هذا النوع من الإضراب عكس الأنواع الأخرى التي سبق ذكرها والتي تقوم إما على التوقف عن العمل وإما على تخفيض في وتيرة الإنتاج، فإن إضراب المبالغة يتضمن تصعيدا في النشاط عن طريق المراعاة الدقيقة بجميع الإجراءات الإدارية التي يتمسك بها العمال المضربون مما يؤثر سلبا على المتعاملين مع المصالح العمومية ويؤثر على العلاقة بينهم، مما جعل المبالغة في هذا النشاط تقلل من ممارسته لأن تطبيقه الحرفي في الأنظمة الإدارية يكاد يكون مستحيلا بسبب الازدحام المتزايد في المصالح العمومية، وينجم عن هذا الإضراب تأخير في سير المرفق العام.

ومن خلال ما سبق ذكره نجد أن الإضراب مهما كان شكله أو التقنية المتبعة في إجرائه يبقى حركة مطلبية واحتجاجية يكون الغرض منها الضغط على صاحب العمل أي المستخدم وحتى على السلطة العامة على تلبية مطالب معينة سواء تم التوقف عن النشاط كليا أو جزئيا أو شاملا لجميع عمال القطاع أو فئة فقط منهم، طالت فيه المدة أو قصرت، يبقى هذا الإضراب آخر إجراء ووسيلة في يد العامل سواء كان تابع للقطاع العام أو الخاص يسعى به لبلوغ المكاسب المهنية.

الفرع الثاني المقتضيات المنصوص عليها في مشروع القانون التنظيمي للإضراب  
لقد عرف مشروع القانون التنظيمي للإضراب بكونه " هو توقف جماعي ومدبر عن الشغل من أجل الدفاع عن مطالب مهنية." (المادة 2).

كما أقر كذلك بممارسة حق الإضراب في المقاولات والمؤسسات والأنشطة الخاضعة للقانون رقم 65.99 بمثابة مدونة الشغل والمقاولات المنجمية والعمل البحري والوظيفة العمومية والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية ومن طرف المشتغلين لحسابهم الخاص (المادة 8) .

إلا أن ما يثير الملاحظة هو اشتراط المشرع في مشروع القانون عدم اللجوء إلى الإضراب إلا بعد فشل المفاوضات المباشرة أو غير المباشرة وفي حالة تعذر إجراء هذه

المفاوضات لسبب من الأسباب يحق لكل طرف اتخاذ قرار الإضراب آنذاك طبقا للتدابير والمساطر المتضمنة في القانون التنظيمي (المادة 9) .

وهنا يطرح التساؤل عمن هي الجهة المخول لما الحكم على فشل المفاوضات؟ هل الإدارة والمشغل أم العمال والموظفين خاصة إذا علمنا بأن جل المفاوضات تنتهي باختلاف الرؤى حول تقييمها من داخل الهيئات النقابية نفسها، أما الإدارة فستظل دائما تتشبث بعدم فشل المفاوضات وبضرورة الاستمرار فيها وبالتالي الريح المزيد من الوقت على حساب مطالب الشغيلة.

كما يلاحظ على هذا المشروع فيما يتعلق بشروط وإجراءات ممارسة حق الإضراب أن هذا الأخير مرتبط بقرار شنه على مستوى المقابلة أو المؤسسة من لدن النقابات الأكثر تمثيلا أو المكاتب النقابية أو من طرف لجنة الإضراب في حالة عدم وجود تمثيلية نقابية. كما يتخذ قرار شن الإضراب على الصعيد القطاعي والوطني من لدن النقابات الأكثر تمثيلا والتي تستوفي الشروط المنصوص عليها في مقتضيات المادة 425 من قانون 65.99 بمثابة مدونة للشغل .

وأیضا يتخذ قرار شن الإضراب على مستوى العمالة أو الإقليم أو الجماعة المحلية أو المرفق العمومي أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري من طرف المكاتب النقابية للمنظمات النقابية الأكثر تمثيلية (المادة 17) .

وهو ما شكل تراجعا عن بعض المكتسبات والتي كانت تسمح لأي إطار نقابي مهما كانت تمثيلته الدعوة إلى خوض الإضراب وغاية المشرع من هذا المقتضى يبقى نبیلا ما دام سيدفع إلى عقلنة المشهد النقابي والحد من التشتت الذي لا يخدم مصلحة الموظف والأجير .

ومن الملاحظات التي تم الاختلاف بشأنها بين الفرقاء هو ما يتعلق بمسألة الإخطار إذ يتعين قبل شن الإضراب تمكين المشغل أو من ينوب عنه بالقطاع الخاص أو رؤساء الإدارات العمومية والشبه عمومية أو الجماعات المحلية من مهلة إخطار لا تقل عن 10 أيام كاملة .

تحدد مهلة الإخطار في 48 ساعة في حالة عدم أداء الأجور في وقتها المحدد أو وجود خطر حال يهدد صحة وسلامة الأجراء.

يبدأ سريان مهلة الإخطار المشار إليها في الفقرة السابقة من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ قرار الإضراب إلى المشغل أو من ينوب عنه أو رؤساء الإدارات المعنية. ومن المستجدات التي أتى بها مشروع القانون التنظيمي ما يتعلق بلجنة الإضراب المشار إليها في المواد 7 و17 و21 والتي تنشأ من لدن الجمع العام للأجراء الذي يقرر الإضراب، ويتراوح عدد أعضائها ما بين 3 و6 أعضاء ينتخبهم الجمع العام للأجراء والذين يتولون تأطير وتديير مختلف مراحل الإضراب واتخاذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون.

يتخذ قرار الإضراب في حالة الدعوة له من لدن لجنة الإضراب بنسبة 35 % على الأقل من مجموع أجراء المقاولة أو المؤسسة المعنية (المادة 22).

تم حصر لائحة من الموظفين الذي يمنع عليهم الحق في الإضراب وهم:

جنود القوات المسلحة الملكية ورجال الدرك الملكي؛

رجال الأمن الوطني والقوات المساعدة؛

رجال السلطة ومتصرفو وزارة الداخلية؛

القضاة وقضاة المحاكم المالية؛

أعوان السلطة العمومية؛

موظفو وأعوان إدارة الجمارك؛

موظفو وأعوان إدارة السجون وإعادة الإدماج؛

موظفو وأعوان الهيئة الوطنية للوقاية المدنية؛

موظفو وأعوان المياه والغابات.

كما يمنع ممارسة حق الإضراب في المرافق الحيوية التي يؤدي الانقطاع فيها عن

الشغل إلى المخاطرة بحياة أو أمن أو صحة كل أو بعض الأشخاص (المادة 41).

مكن مشروع القانون رئيس الحكومة، أن يأمر بوقف الإضراب أو بمنعه في قطاع

ما بموجب قرار معلل في الحالات التالية:

حدوث أزمة وطنية حادة؛

كوارث طبيعي؛

حالة حرب (المادة 43).

المطلب الثاني الآثار المترتبة عن ممارسة حق الإضراب

إن لجوء الموظف إلى ممارسة حقه في الإضراب يجعله يصطدم بغياب مقتضى ينظم

حقه في ممارسة، ويعزى هذا الاصطدام بتعثر المشرع منذ مدة طويلة في إخراج قانون

تنظيمي لممارسة هذا الحق اللهم التنصيب الصريح في دستور 2011 في الفصل 29 هذا من

جانب وبعض المواثيق الاجتماعية التي تبرمها بعض الإدارات مع الاتحاد العام للشغالين

بالمغرب التي تحدد مراحل الأشكال النضالية، فرغم غياب مقتضى تشريعي ينظم حق

الإضراب فإن هذا لا يقف صدا منيعا أمام الموظف في ممارسة حقه في الإضراب هذه

الممارسة يكون لها انعكاسات سواء على الإدارة وعلى الموظف نفسه والمرتفقين أيضا.

الفرع الأول: بالنسبة للإدارة

الفقرة الأولى: عرقلة استمرارية المرفق العام

يعد مبدأ الاستمرارية من أهم المبادئ التي أقرها الاجتهاد القضائي ، وكرسها

المشرع الدستوري والعادي كمبدأ دستوري لمواصلة المرافق العمومية في أداء المهام التي من

أجلها أنشئت بدون توقف، لأن من شأن هذا التوقف أو العرقلة أن تحدث اضطرابا

وانزعاجا لدى المواطنين الذين لا يستطيعون الاستغناء عن خدماتها، وهنا تجدر الإشارة

إلى أنه ليس هناك تطبيقا موحداً لمبدأ الاستمرارية في جميع المرافق العمومية وإنما يختلف

بحسب طبيعة أنشطتها . إذا فاذا كان الإضراب يشكل من الناحية القانونية مساسا لمبدأ

استمرارية المرفق العمومي فان مجموعة من الدول مثل فرنسا قد استطاعت أن توفق بين

الإضراب وبين استمرارية المرفق العمومي وذلك بفضل بعض الأنظمة الخاصة المطبقة على

مستخدمي ومستعملي وموظفي المرافق العمومية، حيث تقوم بتحريم الإضراب تحريما

مطلقا على بعض المرافق وخاصة تلك المرافق المهمة والحساسة التي ترى أن توقفها يشكل خطرا على المجتمع وعلى الصالح العام والنظام العام وتعترف بالإضراب وتعطيه ضمانات قانونية ودستورية في المرافق أخرى ومجالات أخرى.

بالمقابل نجد المغرب هو الآخر رغم تكريسه الدستوري لحق الإضراب إلا أن هناك فئات عديدة من الموظفين لا تستفيد من هذا الحق بموجب أنظمتها الأساسية الخاصة. وهكذا يمنع رجال السلطة من ممارسة حق الإضراب بموجب المادة 11 من الظهير الشريف رقم 1.08.67 الصادر بتاريخ 31 يوليو 2008 في شأن رجال السلطة 2008 ، كما يمنع على القضاة ممارسة هذا الحق بموجب الفصل 14 من النظام الأساسي لرجال القضاء الصادر في شأنه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.467 بتاريخ 11 نونبر 1974 كما وقع تغييره وتمتمته ، والجدير بالذكر في هذا الصدد أن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية لم يتضمن أي مقتضى صريح في شأن حق الإضراب، واكتفى بالنص في الفصل 14 على ما يلي: " يمارس الموظف الحق النقابي وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل. ولا ينتج عن الانتماء أو عدم الانتماء إلى نقابة ما أية تبعية فيما يرجع لتوظيف المستخدمين الخاضعين لهذا القانون وترقيتهم وتعيينهم فيما يخص وضعيتهم الإدارية بصفة عامة".

كما أن المشرع في النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية بالنص على الحق النقابي للموظف، يكون قد اعترف ضمنا بالحق في الإضراب لوجود ترابط قوي بين الحق النقابي والحق في الإضراب"، هذا الاعتراف غير الصريح يستنتج منه حرص المشرع على عدم وقوع عرقلة في المرفق العمومي ونرى من جانبنا أن هذا الرأي يزكي الطرح الذي يقضي بالتوافق بين حق الإضراب كحق دستوري ومبدأ الاستمرارية كأحد الأعمدة التي تركز عليها المرافق العمومية، ويعد الاقتطاع من راتب الموظف أحد الوسائل التي تعمد إليها الإدارة الزجر كل موظف تعمد الإضراب دون إخطار السلطات الإدارية الذي قد يؤدي إلى عرقلة سير المرفق العمومي، وما دام أن الإضراب لا يمكن أن يجمع بين صفتي الحق الدستوري والتغيب عن العمل غير المشروع، فما هو أساس اقتطاع الإدارة من أجور المضربين؟

## الفقرة الثانية: الاقتطاع من الراتب

فرغم عدم صدور القانون التنظيمي الذي يحدد الشروط والإجراءات التي يجب أن يمارس فيها الإضراب، يحرص الموظفون بالمغرب على ممارسة حق الإضراب في عدة مناسبات للضغط على الحكومة للاستجابة للملفات المطروحة من طرف منظماتهم النقابية. كما أن النقاش القانوني والفقهي حول هذا الحق يعرف انتعاشا حقيقيا عند حدوث إضراب أو اقتطاع الإدارة من أجور الموظفين، يعد الاقتطاع من الراتب على إثر ممارسة حق الإضراب المنصوص عليه في القانون رقم 81.12 المتعلق بالاقتطاع من رواتب موظفي وأعوان الدولة والجماعات المحلية المتغيبين عن العمل بصفة غير مشروعة، وكما ورد أيضا في الفصل 14 من النظام الأساسي للمحاسبة العمومية ، وكذا حسب المرسوم رقم 2.99.12.1216 الصادر بتاريخ 2000/05/10 بتحديد شروط وكيفيات تطبيق القانون رقم 12.81 السالف الذكر، أحد الوسائل التي تلجئ إليها الإدارة لمعاقبة موظفيها، في حالة ثبوت غيابهم بدون ترخيص من لدن رؤسائهم أو غياب مبرر مقبول وبالتالي اقتطاع من رواتبهم، باستثناء التعويضات العائلية.

وعموما يحتدم النقاش في هذا الباب حول نقطتين اثنتين، أولاهما مدى قانونية ممارسة حق الإضراب في ظل غياب قانون التنظيمي، وثانيهما مدى قانونية الاقتطاع من أجور المضربين عن العمل.

وأمام هذا الفراغ القانوني كان لزاما على القضاء الإداري، استنادا إلى دوره الإنشائي عندما يخلو المجال من النص، أن يخلق ضوابط كفيلة بتأمين الحق في ممارسة الإضراب مع الأخذ بعين الاعتبار الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد. وهنا سنكتفي بذكر حكمين قضائيين الأول يحسم في مدى قانونية الإضراب في ظل غياب القانون التنظيمي والثاني يحسم في مدى قانونية الاقتطاع من أجور المضربين عن العمل، وهو ما سنعرج عليه بالتفصيل في الفرع الثاني المعنون بموقف القضاء الإداري بعد إنشاء المحاكم الإدارية من المطلب الأول المدرج في المبحث الثاني من هذا البحث.

وانطلاقاً من هاذين الحكمين وأحكام أخرى نستنتج ما يلي:

الإضراب إذا مورس في إطار ضوابط تمنع من إساءة استعماله و تضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام و السير العادي للمرافق العمومية يعد أمراً مشروعاً، و لا يحق لأي كائن كان أن يصف غياب المضرب عن العمل بالتغيب غير المشروع، كما لا يحق لأي كائن كان أن يعيق الممارسين للإضراب من ممارسة حقهم الدستوري.

الاقتطاع من أجور المضربين عن العمل إجراء مشروع تطبيقاً لقاعدة الأجر مقابل العمل، شريطة ألا يكون مشوباً بعيب من العيوب التي تشوب القرارات الإدارية وتجعلها تحت طائلة البطلان. وهنا تجدر الإشارة إلى أن العيب الإداري الأكثر انتشاراً في هذا الباب هو عيب عدم استيفاء الشروط الشكلية والإجراءات المسطرية، الناتج أساساً عن عدم الاستفسار عن سبب التغيب وعدم الإشعار بالاقتطاع من الأجرة. ويلاحظ أن القضاء وإن كان يقر بحق الموظفين في ممارسة حقهم في الإضراب المكرس دستورياً وبالمواثيق الدولية إلا أنه في الوقت ذاته يقر بمشروعية الاقتطاعات من الرواتب في حالة ممارسة هذا الحق استناداً إلى ما تقرره القوانين العادية والمراسيم التنظيمية، ويتعلق الأمر بالنظام الأساسي العام للوظيفة العمومية، وبالنظام العام للمحاسبة العمومية، وكذا بالقانون رقم 81.12 بشأن الاقتطاعات من رواتب موظفي وأعاون الدولية والجماعات المحلية المتغيبين عن العمل بصفة غير مشروعة.

#### الفرع الثاني: بالنسبة للموظف

من بين الآثار التي يمكن أن يكون لها وقع على الموظف والتي تتمثل في إشهار سلاح الاقتطاع الذي يؤدي إلى إضعاف حقه النقابي الذي لا يمكن أن يكون له معنى بدون ممارسة حق الإضراب وبالتالي بداية تراجع العمل النقابي بالقطاع العمومي وافتقاد إطار للدفاع عن المصالح المهنية والمادية، يملك وسائل وآليات قانونية كتلك التي تملكها النقابات وإما أن يؤدي إلى الاجتهاد في إبداع صيغ احتجاجية أخرى قد تكون لها خطورة أقوى من الآثار الناتجة عن غياب المضربين عن العمل الإضراب المقنع أو الإضراب المبرقع.

## الفرع الثالث: بالنسبة للمرتفقين

ينجم عن الإضراب في القطاع العام انعكاسات على المرتفقين علما أن المرفق العام قد أنشئ لإشباع الحاجات العامة الأساسية للأفراد، ولما كانت هذه الحاجة باقية ومستمرة، لذلك يكون ضروريا استمرار المرفق العام في إشباع هذه الحاجة، أي ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد . وتعد هذه القاعدة من أهم القواعد التي تحكم سير المرافق العامة سواء كانت إدارية، أم اقتصادية، وتستند إلى أهمية وحيوية الخدمات التي تؤديها المرافق العامة، ومدى جسامته الأضرار التي تصيب الدولة والأفراد جراء توقف مرفق ما، أو تعطله -ولو لفترة وجيزة - عن تقديمها ، ويكفي تصور مدى الاضطراب الذي يصيب حياة الأفراد إذا انقطع التيار الكهربائي لمدة طويلة، أو نشاط مرفق النقل يوما أو يومين، فالمواطن يخطط لتصرفاته معتمدا على وجود مرافق تعمل بانتظام.

## المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الإضراب

سنتطرق في هذا المبحث لموقف القضاء من حق الإضراب في الوظيفة العمومية (المطلب الأول)، وسنخصص في (المطلب الثاني) الضوابط القضائية لممارسة حق الإضراب.

## المطلب الأول: موقف القضاء الإداري من حق الإضراب في الوظيفة العمومية

## الفرع الأول: موقف القضاء الإداري قبل إنشاء المحاكم الإدارية

كان المجلس الأعلى يركز على تفسير الفصل 5 من المرسوم 5 فبراير 1958 بشأن مباشرة الموظفين الحق النقابي، وقد صدر على أساس ذلك قرار شهير وهو قرار محمد الحيحي بتاريخ 17 أبريل 1961، وما يثير الجدل في هذا القرار هو ارتكازه على مرسوم 5 فبراير السابق دون أن يأخذ بعين الاعتبار أن هذا المرسوم قد صدر قبل وضع الدستور، وبأن هذا الأخير في الفصل 14 منه يؤكد على أن حق الإضراب مضمون.

وبمناسبة إضراب 20 يونيو 1981 واصل المجلس الأعلى تأكيد اجتهاده الوارد في قرار محمد الحيحي، وبنفس الحجج، وذلك في قراره الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 25 مايو 1984 في قضية إدريس نداء ضد وزير البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، حول

عزله بتاريخ 23 دجنبر 1981 من غير توقيف حق التقاعد ابتداء من اليوم الموالي لتاريخ تبليغ القرار. وفي تعليقه على هذين القرارين، يرى الأستاذ عبد القادر باينة، أنه لا يمكن أن يعتبر الإضراب بصفة عامة غير شرعي ومحرم في الوظيفة العمومية، وكل قرار يعتبر غير ذلك فهو غير شرعي ومخالف للدستور ويرى كذلك أن ظهير 24 فبراير 1958 لم يمنع ممارسة هذا الحق.

ولكن بالفعل اعتبره محرما على مجموعة من فئات الموظفين الذين تمنع أنظمتهم الأساسية بصراحة حق الإضراب ويبقى الإضراب مشروعاً لباقي الموظفين.

الفرع الثاني موقف القضاء الإداري بعد إنشاء المحاكم الإدارية

مر موقف القضاء الإداري من الحق في الإضراب في القطاع العام بعد إنشاء المحاكم الإدارية بمرحلتين أساسيتين: في المرحلة أولى كان القاضي يمنع ممارسة الإضراب في القطاع العام (أولاً)، وفي مرحلة ثانية أخذ يقر بممارسة هذا الحق لكن مع مراعاة بعض الضوابط والشروط (ثانياً).

أولاً: منع ممارسة حق الإضراب

من الأحكام الصادرة من طرف القضاء الإداري في السنوات الأخيرة نذكر منها ما يلي: الحكم الأول: صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 12 يوليوز 2002 قضى بإلغاء القرار الصادر عن وزير التربية الوطنية القاضي باتخاذ عقوبة الإنذار في مواجهة الطاعن معللاً حكمه كما يلي "الإضراب حق دستوري أكدته جميع الدساتير المتعاقبة وعدم صدور تشريع تنظيمي يحدد كيفية ممارسة حق الإضراب لا يعني إطلاق هذا الحق بلا قيود بل لا بد من ممارسته في إطار ضوابط تمنع من إساءة استعماله وتضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية على نحو لا يمس سيرها المنتظم بشكل مؤثر كما أن عدم ثبوت أن الإضراب الذي خاضه الطاعن فيه خروج عن الضوابط المذكورة (الإخلال بسير المرفق العام...) لذلك لا يمكن اعتباره تقصيراً في الواجب المهني وبالتالي تكون عقوبة الإنذار المؤسسة على هذه الواقعة لاغية.

الحكم الثاني: صادر عن المحكمة الإدارية الرباط بتاريخ 7/2/2006 حيث قضت فيه برفض طلب تقدم به أحد المضرين يطعن بواسطته في القرار القاضي باقتطاع من أجرته عن التغيب المبرر موضحة في حيثيات الحكم "إن حق الإضراب حق أصيل مكفول دستوريا وغياب النص التنظيمي ووجود فراغ تشريعي بخصوص تنظيم هذا الحق يعطي القضاء الإداري استنادا إلى دورة الإنشائي إمكانية خلق ضوابط كفيلة بتأمين ممارسته بشكل يضمن الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد" وأضافت المحكمة " أن ثبوت عدم التزام الجهة المضربة بالضوابط المقررة لممارسة هذا الحق أدى إلى عرقلت سير المرفق العام ولجوء الإدارة إلى تطبيق مقتضيات المرسوم الصادر بتاريخ 10 ماي 2005 باعتبار أن الأجر يؤدي مقابل العمل يجعل قرار الاقتطاع من الراتب قرارا مشروعاً.

ثانيا: إقرار الحق في الإضراب

أقرت المحاكم الإدارية هذا الحق مع وجوب احترام مجموعة من الشروط والضوابط التي استقرها من الاجتهاد القضائي الفرنسي.

وفي هذا الإطار قضت المحكمة الإدارية بمكناس في أحد أحكامه بأن: " مناقشة الوسيلة المثارة في المقال تتوقف على تحديد مدى مشروعية الإضراب بالنظر إلى المنظومة الدستورية والقانونية، ومدى تبريرها لواقعة التوقف عن العمل المسجلة كمخالفة في حق الطاعن والمعتمدة من قبل الإدارة كسبب لاتخاذ عقوبة الإنذار ...، وحيث إن المقتضى الدستوري بعموميته يشمل العمل بالقطاع الخاص، وكذا قطاع الوظيفة العمومية ذلك أن الإضراب يعبر عن ضرورة سياسية واجتماعية عميقة، وهي ضرورة عامة تشمل قطاع الموظفين وقطاع العمل الفردي، وبما أن هذا المقتضى الدستوري جاء مطلقا وعاما، لذلك فلا معنى لاستبعاد الموظفين من التمتع به، ومن ثم فإن الاتجاه السائد في الفكر الإداري القديم الذي يعتبر الإضراب وسيلة ثورية يمنع على الموظفين استعمالها لما تحدثه من شرخ في السلم الاجتماعي، ليس له ما يبرره في ظل المنظومة القانونية الحالية والثقافية السياسية السائدة، والتي تتجه إلى تكريس الحق في العمل النقابي، والاعتراف بالإضراب كحق دستوري تتم ممارسته في إطار نمط مؤسساتي منضبط يقع من خلاله التعبير من حركة المجتمع

وصراعاته من زاوية الدفاع عن المطالب والحقوق المهنية ويخلق آليات للتفاعل بين صانعي القرار والفئة المهنية المخاطبة به.

وحيث إنه من التسليم من حيث المبدأ يكون الإضراب حق دستوري أكدته جميع الدساتير المتعاقبة، إلا أن الدستور نص على أن تكون ممارسة هذا الحق طبقا لقوانين التي تصدر بتنظيمه، وأن عدم صدور تشريع تنظيمي بهذا الخصوص لا يعني إطلاق هذا الحق بلا حدود ولا قيود بل لا بد من ممارسته في إطار ضوابط تمنع إساءة استعماله، وتضمن انسجامه مع مقتضيات النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية.

وحيث إنه إذا كانت المادة الخامسة من مرسوم 5 فبراير 1958 المتعلق بممارسة العمل النقابي من طرف الموظفين تنص على أنه "كل توقف مدبر من العمل، بالنسبة لكل الموظفين عن عمل جماعي يؤدي إلى عدم الانقياد بكيفية بينة، يمكن المعاقبة عليه خارج الضمانات التأديبية"، فإن مقتضيات هذا المرسوم والتي تتضمن منعا مطلقا لحق الإضراب، تعتبر غير منسجمة مع المقتضى الدستوري الوارد لاحقا والذي أكدته الدساتير المغربية المتعاقبة، لذلك فإن هذا المنع يسقط لعدم انسجامه مع مقتضيات الدستور.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها بتاريخ 2005/12/22 بأنه: "وحيث إنه تطبيقا للفصل 14 من الدستور، فإن ممارسة حق الإضراب يجب توفيقه مع ضرورة الحفاظ على النظام العام وحسن سير المرافق العمومية، وبما أن القانون التنظيمي المشار إليه في هذا الفصل لم يصدر بعد لضمان ذلك التوفيق، فإن للإدارة حق تنظيم ممارسة هذا الإضراب تحت رقابة قاضي المشروعية. وحيث أن الإضراب كان حقا مضمونا دستوريا، فإنه يجب أن يمارس بالقدر الذي يمكن من ضمان حسن سير المرافق العمومية الأساسية للحفاظ على النظام العام والأمن الضروريين للبلاد، وفي غياب وجود نصوص تشريعية منظمة له، فإن هذا الحق يرجع تنظيمه للسلطة المختصة وفق ما سار عليه اجتهاد المجلس الأعلى في قضية الحيحي محمد ضد وزير التربية الوطنية إذ ورد فيه "بأن سلطة رئيس الحكومة في إصدار ذلك المرسوم مستمدة من سلطته التنظيمية في اتخاذ التدابير اللازمة الضرورية لسير مجموع المرافق العامة..."

يتضح إذن مما سبق أن القضاء المغربي حاول في كل حالة من حالات الإضراب وضع قواعد وذلك في غياب النص التنظيمي المؤطر لذلك مع العلم بأن حالات لجوء المضربين للقضاء كانت جد نادرة وهذا راجع بالأساس إلى تردد الإدارة بدورها من اتخاذ إجراءات تأديبية في حق المضربين نظرا لعدم وجود ما تستند عليها من نصوص واضحة في هذا المجال، ولتجاوز هذا الفراغ جاء مشروع القانون التنظيمي للإضراب.

المطلب الثاني: الضوابط القضائية لممارسة حق الإضراب

الفرع الأول بالنسبة للأجهزة المتدخلة في ممارسة حق الإضراب

- تأطير الإضراب من قبل نقابة تمثيلية ومشكلة تشكيل قانونيا: لم يتعرض القضاء المغربي الاشتراط ضرورة إشراف النقابة على الإضراب إلا أن ذلك سينتج مما ورد من حكم المحكمة الإدارية بمكناس بتاريخ 12/07/2001 من أن ممارسة الإضراب يجب أن تكون بناء على توجيه من نقابة ذات تمثيلية مشكلة تشكيلا قانونيا.

- وجوب إخطار السلطات الإدارية بالإضراب: جاء في حكم عدد 148 بتاريخ 7/02/2006 أنه نظرا لغياب نص تنظيمي ووجود فراغ تشريعي....، حيث تستلزم ممارسة حق الإضراب قيام التنظيم النقابي بإخبار الإدارة مسبقا، يتضمن الهدف من اللجوء إلى الإضراب وبدايته ونهايته واعطاء مهلة محددة قبل قيامه لكون الإضراب المباغت أو الطارئ غير مشروعة.

الفرع الثاني بالنسبة للشكل والمضمون في ممارسة حق الإضراب

- التحديد الزمني للإضراب: ينبغي أن يكون الإضراب محدد في الزمن ولمدة قصيرة ومعقولة. لأن الإضراب المفتوح لا يكتسب طابعا شرعيا لما له من تأثير خطير على السير العادي للمرفق العمومي. وهكذا اعتبرت المحكمة الإدارية بمكناس في قرارها عدد 2001/63 أن القرار المتضمن لعقوبة الإنذار موسوما بعدم الشرعية لأن "الإضراب كان ليوم واحد، ولم يكتسب طابعا سياسيا، ولم تدل الجهة المدعى عليها بما يناقض ذلك، لذلك تكون واقعة الإضراب المعتمدة من قبل الإدارة للقول بتقصير الطاعن في ممارسة واجباته المهنية غير صالحة لبناء عقوبة الإنذار".

- منع احتلال الأماكن الإدارية من قبل المضربين: على اعتبار أن الأماكن الإدارية مساحات مفتوحة وغرف اجتماعات، وغرف للموظفين ليتمكنوا من القيام بعملهم في مكان هادئ أو تلقي المكالمات أو إتمام مهمات إبداعية من دون إزعاج أو تشويش. فلتوفير أجواء تفاعلية ومحفزة للموظفين، يمنع احتلالها من قبل غير العاملين أو غير المشتغلين بها؛ على أساس أن المضربين يعدون في حالة امتناع عن العمل بطريقة منظمة ولمدة محددة مرتبطة بالمطالبة ببعض حقوقهم.

- ممارسة حق الإضراب للدفاع عن المصالح المهنية للمعنيين بالأمر: وقد جاء هذا في قرار المجلس الأعلى عدد 96 بتاريخ 06/01/1996 (لأن الإضراب وان كان حقا مشروعاً بمقتضى القانون فإن الغاية منه الدفاع عن حقوق مشروعة للعمال المضربين...) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بمكناس في حكمها عدد 2001/63 بقولها بأن الإضراب يمارس لأسباب مهنية، وبالتالي فإن الإضراب الذي تخوضه الجهة المعنية لأسباب سياسية يفقد شرعيته.

#### الخاتمة:

أمام غياب صدور قانون تنظيمي يقنن شروط وإجراءات حق الإضراب فإنه يبقى إلزاماً والتزاماً سياسياً أكثر منه قانونياً على الحكومة بإيداع مشروع القانون التنظيمي على البرلمان، لأن القانون التنظيمي المتعلق بالإضراب كان وهما منذ ما يزيد عن خمسين سنة، ولا زال كذلك إلى حدود الساعة، وتبقى ممارسة هذا الحق والمسطرة المتبعة خاضعة لظروف المضربين ولكن بدون الإخلال بوضعيات مضمونة أو مقننة بنص قانون. وبناء عليه لا بد أن يحترم القانون التنظيمي المنظم لهذا الحق مجموعة من الضمانات والشروط بغية تحقيق السلم الاجتماعي ومن بينها:

- أن يكون موضوع حوار مجتمعي بين الحكومة والنقابات وأرباب العمل والمجتمع المدني؛

- استحضار المشروع القانوني المنظم لعمل النقابات وكل الإجراءات الكفيلة بضمان

حرية العمل النقابي؛

- استحضار الفصل 29 من الدستور المغربي، حيث أن "حريات الاجتماع والتجمع والتظاهر السلمي، وتأسيس الجمعيات، والانتماء النقابي والسياسي، مضمونة"؛
- رفض إسقاط تجارب دول أخرى على المغرب على اعتبار أن الدول التي تعتمد الاقتطاع تتوفر على صناديق اجتماعية تغطي تلك الاقتطاعات؛
- ضرورة تعديل النصوص موضوع الجدل في مشروع القانون المذكور؛
- تحقيق التوازن بين معادلة تجمع بين حقوق الشغيلة واستمرار العمل؛
- الإسراع بإخراجه للوجود قصد تلافي مختلف التأويلات القضائية، تحقيا لفصل واضح المعالم.

### لائحة المراجع:

#### أولاً: مراجع عامة

مصطفى قلووش، الحريات العامة في المذاهب المعاصرة، ص 122 بدون ذكر المطبعة.  
أستاذتنا نجاة خلدون، العمل الإداري، المطبعة دعاية، الطبعة الأولى، سنة 2015.  
محمد الشرقاني، مدى مشروعية الإضراب العمالي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، 1991/1990.

محمد الأعرج، مقال نحو وضع ضوابط لممارسة حق الإضراب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 68، ماي يونيو 2006.

#### ثانياً: قوانين:

مشروع القانون التنظيمي رقم 97.15، بتحديد شروط وكيفيات ممارسة حق الإضراب، الأمانة العامة للحكومة، المطبعة الرسمية، الرباط.  
جريدة رسمية عدد 5677 بتاريخ 27 أكتوبر 2008.

#### ثالثاً: مقالات:

أستاذتنا نجاة خلدون، "الاقتطاع من الراتب الناتج عن ممارسة حق الإضراب"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، يوليو أكتوبر 2016.

الاستاذ ميمون خراط، إطار بوزارة التجهيز والنقل "حق الاضراب بين القانون والقضاء (دراسة وفق مشروع القانون التنظيمي للاضراب)"، سبق نشره في مجلة عدالة، عدد 19، الخميس 9 غشت 2012.

محمد طارق، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 109-110، مارس

2013.

#### رابعاً: قرارات قضائية:

أستاذتنا نجاة خلدون، الاقتراع من الراتب الناتج عن ممارسة حق الإضراب، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 129-130، يوليو - أكتوبر 2016.

حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس تحت عدد 01/36 صادر بتاريخ 12 يوليو 2002.

حكم صادر عن المحكمة الإدارية الرباط بتاريخ 2006/2/7 في الملف عدد 107/05، العمل الإداري.

حكم المحكمة الإدارية عدد 2001/63، بتاريخ 2001/7/12، غير منشور، تمت الإشارة إليه في كتاب الأستاذة نجاة خلدون.

حكم صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 257، بتاريخ 22/12/2005 غير منشور.

حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2005-259، بتاريخ 22/12/2005، في الملف رقم 2005-196، غير منشور، نجاة خلدون.

حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 148 بتاريخ 7/02/2006.

حكم إدارية مكناس في قضية محمد شيبان ضد وزير التربية الوطنية، حكم عدد

2001/63، عدد 42، يناير - فبراير 2002، تم الإشارة إليه في مقال ذ محمد طارق، المجلة

المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 109-110، مارس 2013، ص 167.

الأستاذ هاني يحيى الجعدي

باحث في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة عبدالمالك السعدي - طنجة

## المجلس الأعلى للحسابات وربط

### المسؤولية بالمحاسبة

Le Conseil supérieur des comptes et le lien entre responsabilité et obligation de rendre compte

مقدمة:

إن مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة يرتبط في عمل المجلس الأعلى للحسابات، بتوفر مجموعة من الآليات والمبادئ التي تؤطر عمله الرقابي، ويشكل الإطار القانوني أحد المداخل الأساسية التي تختزن هذه المبادئ، وتدعم متانة قوامها ضمن المنظومة التدييرية للعمل الرقابي وفي بيئته الخاصة.

وتشكل مختلف الأسس والمرتكزات التي تم ربطها بمجال الرقابة، كمدخلات ضبئية للعمل الرقابي، وتكرس منظومة الحكامة في الشق الذي يدعم الاستقلالية، والشفافية، والمساءلة والمحاسبة الخاصة بالمحاكم المالية، بما يوجه عملها بشكل جيد في ضبط إجراءاتها الرقابية، أو علانية مخرجاتها العملية، أو بجودة تدخلاتها في توجيه الأجهزة الخاضعة لرقابتها، بما يضمن النهوض والارتقاء بمستوى تدييرها.

لذا سيتم الوقوف على مبادئ منظومة الحكامة في عمل المجلس وفق مستويين المستوى الأول: يرتبط بمدى تحصين استقلالية المجلس الأعلى للحسابات، وما يلعبه ذلك من دور في المساهمة بتدعيم مصداقية هذا الجهاز في بنية الدولة ومع العموم، والذي ينعكس بدوره على المستوى الخارجي خصوصا في علاقته مع باقي الأجهزة، والتي تتعزز بضمان استقلالية الجهاز، عبر التكريس الدستوري والقانوني لاستقلالية المجلس.

أما المستوى الثاني: فيتعلق بمبادئ الشفافية والمساءلة بالمحاكم المالية، وما يرتبط بها من تدعيم ثقافة الوضوح والإفصاح في عمل المجلس، خاصة فيما يصدره من بيانات وتقارير رقابية، والتي من خلالها يمكن الاطلاع على مظاهر الاختلالات وسوء التدبير، الذي يسمح بتحديد مصادرها ومن ثم مساءلة ومحاسبة المسؤولين عن ذلك تفعيلاً لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة.

وتثار هنا إشكالية الدراسة التي تتمحور حول الآتي:

إلى أي حد استطاع المجلس الأعلى للحسابات من تفعيل مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة؟

وللإجابة على الإشكالية ارتأينا معالجتها من خلال محورين:

استقلالية المجلس الأعلى للحسابات (المحور الأول) مع التطرق إلى تفعيل المجلس الأعلى للحسابات لمبدأ الشفافية والمساءلة (المحور الثاني)  
المحور الأول: استقلالية المجلس الأعلى للحسابات

إن هذا المبدأ العام يقضي بأن تمنح أجهزة الرقابة المالية العليا القدر اللازم من الاستقلال، تظهر من خلاله كسلطة رابعة في كيان الدولة، وذلك نظراً لأهميتها ودورها الكبير في تنظيم سير وتنفيذ الكثير من النشاطات وقرارات السلطة العامة في الدولة، لأجل ذلك ينبغي على أجهزة الرقابة العليا ذات الاستقلال الضعيف، أن تسعى وبصفة مستمرة لدى حكوماتها والجهات المختصة، من أجل منحها الاستقلال الكافي الذي يساعدها على القيام بواجباتها بصورة مناسبة وعلى أحسن حال، وأن يضمن لها ذلك تمييزاً تتفرد به عن غيرها من الأجهزة العامة في الدولة، ومبرر ذلك أن جل أجهزة الدولة تخضع للرقابة المالية الممارسة من طرف المحاكم المالية<sup>841</sup>.

وقد دعت المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، ومنظماتها الإقليمية إلى دعم استقلالية الأجهزة العليا للرقابة، من خلال التوصيات التي تصدرها

841 نادر مصطفى المقابلة: "بحث لنيل السلك العالي"، المدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، 1993-1994.

بالمؤتمرات التي تعقدها هذه المنظمات، كلا على حدا<sup>842</sup>، إذ أنه لا يمكن للأجهزة العليا الرقابة أن تضطلع بمهامها بصورة شفافة وموضوعية، إلا إذا كانت مستقلة عن الوحدة الخاضعة للرقابة، وتوفرت ضمانات تلك الاستقلالية<sup>843</sup>.

وستنكلم عن هذا المبدأ من خلال أمرين هما الضمانات القانونية والضمانات المؤسساتية لاستقلال المجلس الأعلى للحسابات فالضمانات القانونية لاستقلالية المجلس هي التي يتركز الجهاز في ممارسة الأنشطة الرقابية كهيئة عليا للرقابة المالية، على البحث، التدقيق، المراجعة والتقييم، وتبعاً لذلك، فإن عملية الوصول إلى نتائج دقيقة كاملة وسليمة تقتضي اتسام العمل الرقابي بالموضوعية والحياد، وهما سمتان مرهونتان بعنصر الاستقلالية الذي استقر عليه الفقه الرقابي، واجمع الخبراء والباحثون والممارسون المهنيون على مستوى الهيئات العليا للرقابة والمنظمات المهنية الدولية، على ضرورة توفير الضمانات الكفيلة بتمتع تلك العينات بالاستقلالية المالية والوظيفية والإدارية، حتى تتمكن من القيام بمهامها وتحقيق أهدافها بمنأى عن أية معوقات مادية كانت أو بشرية<sup>844</sup>.

فالأبعاد الدستورية لاستقلالية المحاكم المالية تجعل ظهور مبدأ الدساتير الجامدة التي لا يجوز تعديلها إلا بعد إتباع إجراءات معقدة، يجعل من الضرورة الاستفادة من هذا المبدأ، والنص بصراحة في الدستور على إنشاء جهاز أعلى للرقابة في الدولة، وعلى استقلاله بما يضمن توفير الضمانات اللازمة لقيامه بمهامه على أكمل وجه.

وفي هذا السياق جاء دستور 2011 بتدابير لتفعيل مقتضياته سعياً للتعاطي الإيجابي مع مطالب مختلف الفاعلين والباحثين في المجال الرقابي ولأجل الحد من مظاهر الفساد المالي والاختلالات التي تشوب آلياته، فقد عمل المشرع الدستوري المغربي من خلال دستور 2011، على تكريس دسترة المجلس الأعلى للحسابات واختصاصاته وقد نظم المشرع

842 محمد رسول العموري: "الرقابة المالية العليا"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 57.

843 محمد سكلو: "التدبير المالي ومتطلبات الحكامة المالية"، مرجع سابق، ص 444.

844 استقلالية الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة والتحديات الراهنة، من إعداد الإدارة العامة للشؤون القانونية، الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة، الجمهورية اليمنية، مجلة الرقابة، عدد 16 مارس 2008، ص 6.

المجلس الأعلى للحسابات بمقتضى الباب الثاني عشر من الدستور ضمن الفصول (147 / 150) فقد جاءت اصلاحات دستورية في المجالات الاقتصادية من خلال تمتيع الهيئة العليا للرقابة باختصاصات جديدة لم يكن منصوفا عليها في السابق.

ويمكن القول أن التنصيب الدستوري على استقلالية المجلس الأعلى للحسابات، يشكل مكسبا مهما سيساهم في تفعيل وتقوية مركز المحاكم المالية، إلا أنها تبقى غير كافية إذا لم تتبع بإصلاحات بنيوية وهيكلية لهذه الأجهزة، حتى تتمكن من ممارسة اختصاصاتها محليا ووطنيا، ولا يستقيم ذلك إلا بإصدار النصوص القانونية التي تتولى التفصيل في شرح مقتضيات الدستورية والقانونية الخاصة بمدونة المحاكم المالية، مع تضمينها بإجراءات ردعية ضد كل من يتدخل في أعمال الجهاز أو يعرقل سير أعماله<sup>845</sup>.

إن النصوص التشريعية من أقوى المؤيدات التي تضمن الاستقلال الوظيفي للأجهزة الرقابة العليا، باعتبارها تضمن تنزيل مقتضيات الدستورية الخاصة بها، وتتولى شرح كافة النصوص والأحكام المقررة دستوريا، فحدود فعالية مقتضيات مدونة المحاكم المالية تخضع المنظومة القانونية للمجلس الأعلى للحسابات لعدة تعديلات.

وتستمد الأنظمة التشريعية فعاليتها من خلال معيارين هما تمتع الأجهزة العليا للرقابة باختصاصات هامة، والثاني هو عدم قيام المحاكم المالية برقابة سياسية على الأجهزة الحكومية أو المؤسسات العمومية، إن تخصيص مجموعة متجانسة من المسؤوليات يعهد بها إلى هذه الأخيرة لتباشرها، ولا يمكن لهذه الأجهزة القيام بهذه المسؤوليات، إلا إذا توفرت لها سلطات وصلاحيات مناسبة في مواجهة الجهات الخاضعة لرقابتها، أي قيام هذه الأجهزة بالمهام المنوطة بها دون ادني تأثير من قبل سلطة أو هيئة أخرى، مهما كانت مكانة تلك السلطة أو الهيئة<sup>846</sup>.

إذا كان المجلس يتوفر على صلاحيات واسعة على مستوى تحديد توجهاته الرقابية من خلال ما تتوفر عليه لجنة البرامج والتقارير، التي تتولى مهام إعداد البرنامج السنوي

العربي بجيجة: "مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات-دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص142. 845

محمد سكلى "التدبير المالي ومتطلبات الحكامة المالية"، مرجع سابق، ص 444. 846

للأشغال المجلس والملاحظات التي يمكن إدراجها في التقرير السنوي، بعد موافقة غرفة المشورة<sup>847</sup>.

لقد منح المجلس الأعلى للحسابات مكانة متميزة حفاظا على استقلالته، واختصاصات هامة تنعما لفعالية المحاكم المالية في مزاولة المهام نقوم بتفصيلها فيما يلي: -صلاحيات تعيين وعزل الرئيس:

إن الاستقلال العضوي هو مدى استقلال الجهاز الأعلى للرقابة في التصرف في موارده البشرية، ومدى فعالية الأنظمة القانونية التي تخص موظفي المحاكم المالية مقارنة بالأحكام العامة المتصلة بموظفي الدولة عموما، سواء من حيث التعيين أو الترقية أو النقل أو المزايا المحلية والحصانات<sup>848</sup>، باعتبار الاستقلال العضوي يمثل أحد الأركان الأساسية لأداب وسلوكيات مزاولي مهنة المراقبة والمحاسبة<sup>849</sup>.

فكلما تمتع الجهاز باستقلالية كبيرة تكفل له اختيار موظفيه، كلما كبرت صلاحيات رئيس الجهاز التي تخولها له القوانين والأنظمة لتنظيم شؤون الموظفين.

حرص المشرع المغربي بالأخذ بتوصيات الهيئات الدولية المعنية بالرقابة العليا التي يتمتع بالعضوية بها، من خلال حرصه على أن يمنح صلاحيات تعيين الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات للملك، بمقتضى الفصل (49) من دستور 2011 ويعمل على منح صلاحيات تعيين وعزل رئيس المجلس من قبل رئيس الدولة، ضمانا أساسية في تدعيم استقلالية الجهاز وتحصينه من أي تدخل أو تأثير على عمله، ولا يمكن عزل الرئيس أو إقالته إلا بعد ارتكاب خطأ جسيم، أو عدم قدرته على أداء المهام المنوطة بالكيفية التي يتطلبها ذلك<sup>850</sup>، ومن الاختصاصات التي منحها القانون له صلاحيات تعيين الموظفين.

المادة (21-24) من القانون 16/ 55 بمثابة مدونة المحاكم المالية 847

848 محمد يحيى: "الاستقلالية كأحد أركان وآداب وسلوكيات مزاولي مهنة المحاسبة والمراجعة"، مجلة المجلس، عدد 32-33، مارس 2008، ص1.

نادر مصطفى المقالة: مرجع سابق، ص 72-73 . 849  
العربي بجيجة: "مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات-دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص149. 850

كما يتولى الإشراف على المجلس وتنظيم أشغاله وتسيير إدارته، ومراقبة أعمال وأنشطة قضاة المحاكم المالية ما عدا القضاة المعنيين بالنيابة العامة لدى المحاكم، ويقوم بالمصادقة على البرنامج السنوي للأشغال المجلس وايضا إعداد ميزانية المحاكم المالية التي يعتبر الأمر بالصرف بها، ويقوم بتعيين رؤساء المجالس الجهوية للحسابات وترأسه للجلسة الرسمية، والغرف المجتمعة، وغرفة المشورة، ولجنة البرامج والتقارير، ثم مجلس قضاة المحاكم المالية واختيار المسؤولين الساميين للجهاز الرقابي.

إن تعيين الرئيس الأول للمجلس الأعلى يرتبط ارتباطا وثيقا بالأوضاع السياسية والاقتصادية التي تعرفها البلاد، فعليه ان يجمع بين الخبرة الاقتصادية والعمل السياسي وايضا توفره على مؤهلات ورصيد معرفي وخبرة عملية.

أما بالنسبة لمسألة العزل من رئاسة المجلس الأعلى للحسابات، فهو يكون بانتهاء مدة الانتداب، بالإضافة إلى الحرص على مواكبة تحديد المرحلة السياسية في هيكل الدولة. أما فيما يتعلق بالضمانات المؤسساتية للاستقلالية فإلى جانب الضمانات القانونية بشقيها الدستوري والتشريعي التي يمنحها المشرع المحاكم المالية، قصد منحها الاستقلالية اللازمة للقيام بواجباتها الرقابية ، وترتبط الضمانات المؤسساتية بما يمنحه القانون، لضبط العلاقة بين المجلس وباقي المؤسسات.

إن قدرة المحاكم المالية على العمل بمهنية وفعالية، رهين باستقلالها عن أي سلطة يمكن أن تؤثر على عملها وتوجهاتها، وفي ذات الوقت علاقة المجلس بالسلطة التشريعية والتنفيذية.

حيث يعمل المجلس في التجارب المقارنة على مساعدة البرلمان في الرقابة على تنفيذ قوانين المالية، والقيام بالتحقيقات والدراسات المتعلقة بتنفيذ الإيرادات والنفقات العامة، وفي إعادة النظر في الاعتمادات المخصصة للإيرادات في الميزانية العامة كما تقوم بإعداد التصريح العام بالمطابقة، وهذه الاختصاصات تعد ولا شك بمثابة نقطة تحول هامة في

ماهية عمل الأجهزة العليا للرقابة، بالشكل الذي جعلها تخرج عن حدود الرقابة التقليدية لتشمل مجالات جديدة أهمها تقديم المساعدة والاستشارة<sup>851</sup>.

وتكون العلاقة بينهما علاقة مساعدة حيث ينص الفصل (148) على ان: "يقدم المجلس الأعلى للحسابات مساعدته للبرلمان في المجالات المتعلقة بمراقبة المالية العامة، ويجب عن الأسئلة والاستشارات المرتبطة بوظائف البرلمان في التشريع والمراقبة والتقييم المتعلق بالمالية العامة، ويوجه المجلس الأعلى للحسابات تقريراً سنوياً إلى رئيسي مجلسي البرلمان ويقدم الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات عرضاً عن أعمال المجلس أمام البرلمان يكون متبوعاً بمناقشة".

ينطوي هذا النص بكل المقاييس على معانٍ ودلالات جوهرية من شأنها أن تشكل نقلة نوعية حقيقية لنظام الرقابة والمحاسبة على المال العام بالمغرب، على غرار الديمقراطيات الراسخة في عالمنا المعاصر، إذ يؤسس نص الدستور صراحةً لجسور العلاقة التفاعلية التي يجب أن تسود وترسخ بين المؤسستين الأهم في مجال الرقابة والمحاسبية المجلس الأعلى للحسابات والسلطة التشريعية، وينقل إيقاع العلاقة وعمقها من مستوى محدود نظرياً ومعدوم عملياً، إلى مستوى متحرك ومنهجي<sup>852</sup>.

أما علاقة المجلس بالسلطة التنفيذية فهي علاقة قوية حيث تشكل السلطة التنفيذية أحد الشركاء الرئيسيين في العملية الرقابية، والتي من شأن ربط علاقات قوية ومستمرة معها والحد من سوء تدير المال العام، وتقييم السياسات العمومية لتكون أكثر فعالية ونجاعة، خصوصاً أن تحقق الجودة في أعمال المحاكم المالية التي تتميز عن باقي الأجهزة القضائية الأخرى، بعدم خضوعها لوزير العدل، يظل مشروطاً لضمان استقلاليتها وممارستها لاختصاصاتها في إطار من الشفافية التامة، واتجاه الأشخاص الخاضعة لسلطتها،

851 احمد حاسون: "المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، مقارنة سوسيو-قانونية"، مرجع سابق، ص 218.  
محمد براو: "الوسيط في شرح مدونة المحاكم المالية"، مرجع سابق، ص 486. 852

واتجاه المواطنين على حد سواء، بعيدا عن أي تأثيرات أو اعتبارات كيفما كان نوعها أو مصدرها<sup>853</sup>، ومع هذه الاستقلالية فإنه لا يمنع وجود آليات للتنسيق والتعاون بينهما. أما من ناحية التعاون مع الأجهزة الرقابية الأخرى، فإن المجلس يرتبط معها بعلاقة تنظيمية لتحقيق المصلحة العامة وحماية المال العام، من خلال ضبط العلاقة بين المفتشية العامة للمالية والمجلس وأيضا العلاقة بين المفتشية العامة للوزارات والمجلس العام. فالمفتشية العامة للمالية التي تقوم بمهمة ممارسة الرقابة على جميع أوجه التصرف في المال العام، ويتعلق الأمر برقابة دورية تكتسي طابع المباغلة والتفتيش في عين المكان، مما يجعل المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف في ترقب مستمر لزيارة المفتشين<sup>854</sup>، والغاية من هذه الرقابة هي التأكد من صحة الحسابات الجارية خلال السنة المالية، لهذا يتعين وجود علاقة وتواصل بين الهيئتين، لتعزيز التعاون والتنسيق لتدبير المال العام والحفاظ عليه من التبذير والاسراف.

أما فيما يتعلق بالعلاقة بين المجلس والمفتشيات العامة للوزارات، تناط بالمفتشيات العامة مهام تفتيش، مراقبة، تدقيق، وتقييم تدبير الإدارات المركزية ومصالحها اللامركزية، كما تناط بها مهمة التنسيق والتواصل مع مؤسسة الوسيط، والتعاون مع كل من المجلس والمفتشية العامة للمالية والهيئة المركزية للوقاية من الرشوة ففي مجال المراقبة والتفتيش، تسهر المفتشيات الوزارية على سلامة تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية، وعلى حسن تدبير الأموال العمومية، وكذا إجراء المراقبات والتدقيقات الداخلية المتعلقة بتبرئ و إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، أما في مجال التدقيق والتقييم، فتقوم المفتشيات الوزارية بتقديم الاقتراحات لتحسين المردودية والفعالية، فهي تدقق في مسك سجلات جرد العقارات والمعدات والمخازن، فضلا عن تقييم نتائج أنشطة الإدارات المركزية والمصالح اللامركزية

العربي بجيجة: "مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات-دراسة مقارنة"-، مرجع سابق،

ص157. 853

854 عبد العزيز الفركاني: "آليات حماية المال العام في عمل المجلس الاعلى للحسابات بالمغرب دراسة قانونية تطبيقية 2002"، مرجع سابق، ص106.

للوارة<sup>855</sup>، لهذا يجب تدعيم التنسيق بين المفتشيات الوزارية والمالية وبين المجلس الأعلى للحسابات، وجعله أكثر فعالية على مستوى التعاون وارساء قواعد تبادل الخبرات المهنية والمعطيات الرقابية.

المحور الثاني: تفعيل المجلس الأعلى للحسابات لمبدأ الشفافية والمساءلة أصبحت مصطلحات الشفافية والمساءلة من المصطلحات الحديثة والمتداولة بشكل واسع في مختلف بلدان العالم، بل العامل المشترك في معظم اللقاءات والمنتديات الفكرية والسياسية التي عقدت على مدار السنوات الماضية، سواء في المحافل الدولية أو العربية وتحولت هذه الموضوعات إلى قضايا دولية، وذلك مع ازدياد العولمة على الصعيد الاقتصادي العالمي وانفتاح معظم الاقتصاديات العالمية، بل محاولة دمجها في سوق واحد وهي السوق العالمية والتي لا تقتصر على المبادلات التجارية فحسب، وإنما تمتد أيضا إلى العمليات المالية والاليات الإنتاجية، وأصبحت البيانات والمعلومات في المحرك الأساسي لهذه العملية، وقد اعتبرت الشفافية والمساءلة مقوم أساسي من مقومات الحكم الرشيد، الذي يشكل شرطا مسبقا من شروط تحقيق التنمية، فهما مفهومان متصلان يضمن كل منهما الآخر، فلا شفافية بدون مساءلة، ولا يمكن أن تحقق المساءلة دون توفر الشفافية، التي تعني أن كل من له مصلحة مشروعة في الاطلاع على المعلومات والكشف عن السلبيات والمساوئ في النظم والإدارة لحماية مصالحه<sup>856</sup>.

إن الفساد المالي والإداري تُعد ظاهرة عالمية لها تأثير خطير ومدمر على الدول بشكل خاص والشعوب بشكل عام، ولهذه الظاهرة جذور عميقة وأبعاد كثيرة ومتداخلة بل إن عناصرها شبه متطابقة، ومع ذلك يختلف مدى انتشار الفساد من بلد إلى آخر حسب

855 المادة (2) من المرسوم رقم 211،112 صادر في 23 يونيو 2011 في شأن المفتشيات العامة للوزارات، جريدة رسمية عدد 5960، الصادرة بتاريخ 14 يوليوز 2011، ص3386.

856 غادة الشهير الشمراني: "الشفافية والمساءلة في الدول العربية"، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا، كلية الإدارة، جامعة الملك سعود، السعودية، 2011، ص2.

الظروف المواتية التي تساهم في تفشي هذه الآفة<sup>857</sup>، وتعتبر منظومة الحكامة جزء لا يتجزأ من مبدأي الشفافية والمساءلة والعجز في هاذين المبدأين يؤدي الى عجز في الحكامة.

إن لمبدأ الشفافية في عمل المجلس الأعلى للحسابات مظاهر في غيابها يتعذر على الحكومة تحقيق أي تطور، كما أنها تعد شيئاً مهماً للهيئات العليا للرقابة على المال العام لمراقبة تدير الموارد المالية للأجهزة الحكومية والمؤسسات العمومية.

تمثل الشفافية الوضوح التام والعلنية المطلقة في كل التصرفات التي تقوم بها المحاكم المالية، عن توفير المعلومات المحاسبية في وقتها المناسب، وإفساح المجال أمام الجميع الاطلاع عليها، مما يساعد في اتخاذ القرارات الصائبة<sup>858</sup>.

ومن أهم مظاهر الشفافية في عمل المجلس الأعلى للرقابة تبني ثقافة الإفصاح حيث يعرف الإفصاح بشكل عام بأنه بث المعارف ونقل المعلومات من مصدر إنتاجها إلى مستقر الاستفادة منها أو استخدامها، وهو بهذا المعنى عمل هادف إلى نقل المعلومة ممن يعلمها لمن لا يعلمها<sup>859</sup>، ولكي تتمكن المعلومات من تحقيق هدفها، فإنها يجب أن تتوفر على عدة شروط هي الشمولية، والدقة، والملائمة، والتوقيت، والوضوح، وتتمتع المحاكم المالية المغربية بمجموعة من الآليات لنشر المعلومات والإفصاح عنها، منها التقارير السنوية والدورية، والمواقع الالكترونية ووسائل الاعلام وغيرها.

إن اعتماد المعايير العليا للنزاهة ضمن منظومة القيم المتعلقة بالصدق والأمانة والإخلاص والمهنية في العمل، من خلال اتصاله بقيم الأخلاق، خصوصاً وأن الوازع الأخلاقي

<sup>857</sup> عبد السلام بشير الدويبي ورمضان السنوسي: "لقاء بين النامية والمساءلة"، دار الكتب الوطنية، المركز العالمي لدراسات وابحاث الكتاب الأخضر، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، 2005، ص5.

<sup>858</sup>المختار نضيم: "وظيفة التدقيق في حماية المال لعام: دراسة حالة المجلس الأعلى للحسابات"، بحث لنيل الماستر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2013 / 2012، ص49.

<sup>859</sup>السعيد خلف: "دور اجهزة الرقابة المباشرة في تطبيق مبادئ الشركاء"، بحث ماستر، جامعة قاصدي رباح، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012، ص57.

محدد أساسي في حماية المال العام، وذلك بوجود ضمير يرفض التلاعب بالمال العام، ينضاف إلى ذلك الكفاءة والإجراءات العملية<sup>860</sup>.

ويرجع ذلك إلى كون النزاهة هي التي تحول النظام القانوني إلى امر مسلم به، من قبل جميع الأطراف المرتبطة بعمليات التدقيق وعلى كافة المستويات في الجهاز الرقابي، كما تحتاج أجهزة الرقابة العليا إلى التأكيد على أن كافة الأطراف المعنية بالتدقيق تتصرف بنزاهة، وتمسكة بأعلى المعايير الأخلاقية في أعمالها وعلاقاتها للمحافظة على استقلاليتها وحيادها، على أن يكون ذلك ليس في الواقع فقط وإنما بالحضور أيضا، حيث يلعب كبار المسؤولين في الأجهزة العليا للرقابة دورا هاما في هذا الموضوع<sup>861</sup>.

يمكن قياس النزاهة بما هو صحيح وعادل، وتقتضي النزاهة من المدقق أن يحترم شكل الرقابة وروحها وكذلك المعايير الأخلاقية، كما تفضي النزاهة أيضا، أن يحترم المدقق مبدأي (الموضوعية-الصراحة)، وأن تبقى أخلاقية سلوكه المهني فوق كل المآخذ، وأن يتخذ القرارات واضعا المصلحة العامة في الاعتبار، وأن يتوخى النزاهة المطلقة في ادائه لعمله وفي استعماله الموارد الجهاز الأعلى للرقابة والمحاسبة<sup>862</sup>، ومن أهم المعايير العليا للنزاهة الثقة والأمانة والمصدقية، والموضوعية والتجرد، والسرية المهنية، والكفاءة.

أما آليات الشفافية بالمجلس الأعلى للحسابات، فترتبط الشفافية في عمل المحاكم المالية بالمنهجية التي تتبناها هذه الأخيرة في صياغة تقاريرها السنوية والخاصة، وكذا الكيفية المعتمدة في نشرها حتى تصبح متاحة للعموم، سواء أكانت هيئات وزارية معنية بالرقابة أو مؤسسات عمومية أو أشخاص ذاتيين، خصوصا أن المجلس يعد من العينات الساهرة على ضمان شفافية في تدير المال العام، مما يجعله ضمانا أساسية في تحصين هذا المبدأ، عبر ما يتبعه من أساليب في نشر خلاصات مراقبة كيفية تدير الأموال العمومية

المختار نضيم: "وظيفة التدقيق في حماية المال لعام: دراسة حالة المجلس الأعلى للحسابات"، مرجع سابق، ص 51. 860

غيداء السليطي: " دور الأجهزة الرقابية في تعزيز الشفافية والمساءلة ومكافحة الفساد"، مرجع سابق، ص 86159

862 المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة والمحاسبة (دليل أخلاقيات المهنة)، رقم 30، صدر سنة 2010.

بالإدارات العمومية والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية وتتبعها، ومن بين الآليات المعتمدة من قبل المجلس لضمان الشفافية اللازمة على مخرجاته الرقابية، نذكر التزام القضاة الماليين بالحرص المهني وأيضا عمل المجلس على تقديم عرض لخلاصة تقريره السنوي امام البرلمان<sup>863</sup>.

فالحرص المهني لقضاة المجلس يرتبط بالالتزام المراقب بمعايير اداء المهنة، والعمل بصفة مستمرة على تحسين كفاءة وجودة الخدمات، والوفاء بالمسؤوليات المهنية طبقا لأقصى حد ممكن<sup>864</sup>، كما أنها تتمثل في العناية التي يبذلها المراقب بمراجعة حسابات الأجهزة الحكومية أو العامة بالعناية الواجبة، وعلى النحو الذي تكفله النصوص القانونية والإجراءات التي تتطلبها المهمة<sup>865</sup>.

ينيط هذا المعيار بالمدقق في المحاكم المالية مسؤولية استخدام معايير مهنية عند إجراء الرقابة على هيئات وبرامج نشاطات القطاع العام، تضيي مستوى من الجودة يتناسب مع المهمة الرقابية التي اضطلع بها المدقق، دون أن يشمل ذلك افتراض مسؤولية غير محدودة عن الكشف على المخالفات أو أوجه عدم المطابقة، أو افتراض العصمة في هيئات الرقابة أو في المدقق بصفته الفردية<sup>866</sup>.

ونظرا لان المدققين معرضون للخطأ عند إصدار الاحكام، أو أثناء الشروع في مراقبة الأجهزة الحكومية أو العامة، حتى وإن قام بعمله بصدق ونزاهة<sup>867</sup>، مما يفرض عليه التحلي

العربي بجيجة: "مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات-دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص176.<sup>863</sup>

<sup>864</sup> محمد سمير عبد الرؤوف بلال: "دراسة تحليلية للعوامل المؤثرة في جودة المراجعة والرقابة عليها مع تطبيق خاص على الممارسة المهنية في جمهورية مصر العربية"، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، السنة الجامعية 1991، ص175.

<sup>865</sup> عبد الوهاب الشامي: "العناية المهنية المناسبة"، مجلة الرقابة، الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة بالجمهورية اليمنية، عدد 12، يونيو 20 2008، ص39.

<sup>866</sup> محمد براو: "الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العالم في سياق الحكامة الرشيدة، المقومات، الفاعلون، التفاعلات دراسة مقارنة مركزة"، مرجع سابق، ص93.

<sup>867</sup> باسمه فالح النعيمي: "قواعد السلوك المهني، من المعايير العامة للمراجعة إلى أدلة موحدة للسلوك المهني"، مجلة الرقابة، الجمهورية اليمنية، عدد 14 دجنبر 2008، ص6.

باليقظة إزاء الحالات أو العمليات التي تدل على الغش أو إساءة استعمال النفقات أو الأعمال غير القانونية، أو أوجه عدم الكفاءة أو عدم الفعالية<sup>868</sup>.

ويقوم المجلس بحكم اختصاصه الرقابي بدور المستشار التقني والمحاسبي للبرلمان من خلال التقارير الرقابية التي يحيلها عليه بمعية باقي أجهزة الدولة، والتي تلعب دورا مهما في تقييم وتتبع العمل الحكومي من قبل نواب الشعب عبر لجانه البرلمانية<sup>869</sup>.

تعد الية التقارير الرقابية من أهم الأدوات التي يمتلكها المجلس الأعلى للحسابات لمراقبة الهيئات الخاضعة لرقابته ادارات الدولة -المؤسسات العمومية -الجماعات الترابية، للوقوف على حقيقة تدير المال العام، ويستفيد منها البرلمان في مراقبة العمل الحكومي واثارة مسؤوليتها السياسية، خاصة في القطاعات التي تعرف اختلالات من شأنها التأثير على حاجيات المواطنين، وتتطلب تدخلا عاجلا لاتخاذ تدابير تعمل على تصحيح كافة مظاهر الاختلال التي تعتمرها<sup>870</sup>.

#### الخاتمة:

أن الضمان لهذه المؤسسات لتكون مستقلة هو إخراجها من وصاية المؤسسات التنفيذية والتشريعية، لتمتع بالاستقلالية الإدارية والمالية، لكونها تضبط قطاعات حيوية استراتيجية وذات حساسية، وذلك عن طريق الابتعاد عن أساليب الدولة التقليدية، وخاصة من طرف الإدارة المركزية التي يجب تمتعها بالنزاهة والشفافية والجودة والنجاعة واحترام القانون، دون تمييز بين المرتفعين العموميين والخواص، بل بعيدا حتى عن رقابة البرلمان بغرفتيه تحصيلنا لها المشهد السياسي المليء بالنزاعات الحزبية، وخاصة في مجالات استراتيجية.

كما أن منظومة الحكامة تجد سندها في الأسس والمرتكزات التي تسعى إلى إضفاء الفعالية والنجاعة فيما تقوم به المحاكم المالية من اختصاصات ومهام، ويمكن التمييز في

<sup>868</sup> محمد براو: "الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العالم في سياق الحكامة الرشيدة، المقومات، الفاعلون، التفاعلات دراسة مقارنة مركزة"، مرجع سابق، ص93.

<sup>869</sup> احمد حاسون: "المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، مقارنة سوسيو-قانونية"، مرجع سابق، ص231.

العربي بجيجة: "مطلب الحكامة في عمل المجلس الأعلى للحسابات-دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص179.

<sup>870</sup>

هذا الشأن بين مبادئ التأسيس ومبادئ الأجراء وإذا كانت مبادئ الأجراء ترتبط بتبني الأجهزة العليا للرقابة لمعايير الشفافية والمساءلة، من خلال اعتماد المجلس على مقارنة تعد إفصاحه عن مختلف النتائج عن عملياته الرقابية، التي تمكن من إبلاغ العموم، وحرص المجلس كذلك على ربط المسؤولية بالمحاسبة، من أي إخلال بالمقتضيات القانونية أو التدييرية المرتبطة بالمال العام من قبل الأجهزة الحكومية الخاضعة لرقابته، فإن مبادئ التأسيس ترتبط بالعمل على توفير الضمانات القانونية والمؤسسية، الكفيلة بضمان استقلالية الجهاز الأعلى للرقابة من أي تدخل في شؤونه، خصوصا وأن توفر هذا الشرط كفيل بإضفاء طابع المصدقية والفعالية عليه، فيما يتخذ من قرارات ومبادرات أو بما ينجزه من أعمال .

لقد أثبت المجلس الأعلى الحسابات انه يتوفر على بنية قانونية وتنظيمية من خلال المقاربة العلمية لمنظومة الحكامة في عمل المحاكم المالية، كما نجده قد حرص على توفير كافة الضمانات القانونية والتدييرية والمقومات الرقابية بما تتضمنه من مبادئ للاستقلالية والشفافية، والمساءلة، لضمان هذه المبادئ في علاقاته مع أجهزة ومؤسسات الدولة المعنية تفعيلا لمبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة.

### لائحة المراجع:

- نادر مصطفى المقانلة: " بحث لنيل السلك العالي"، المدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، 1993-1994.
- محمد رسول العموري: " الرقابة المالية العليا"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
- محمد يحيى: "الاستقلالية كأحد أركان وآداب وسلوكيات مزاوي مهنة المحاسبة والمراجعة"، مجلة المجلس، عدد 32-33، مارس 2008.
- عبد العزيز الفركاني: " آليات حماية المال العام في عمل المجلس الاعلى للحسابات بالمغرب دراسة قانونيه تطبيقيه 2002".
- عبد السلام بشير الدويبي ورمضان السنوسي: " لقاء بين التنمية والمساءلة"، دار الكتب الوطنية، المركز العالمي لدراسات وابحث الكتاب الأخضر، بنغازي، ليبيا، الطبعة الأولى، 2005.
- المختار نضيم: "وظيفة التدقيق في حماية المال لعام: دراسة حالة المجلس الأعلى للحسابات"، بحث لنيل الماستر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2013 / 2012.
- السعيد خلف: " دور اجهزة الرقابة المباشرة في تطبيق مبادئ الشركاء"، بحث ماستر، جامعة قاصدي رباح، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.



Docteure Islam AKHAYAD

Docteur en droit privé FSJES d'Oujda

# Le Développement durable et la Gouvernance territoriale

## Résumé:

Le concept du développement durable a graduellement émergé comme une idéologie et comme un programme d'action : Un environnement sain est devenu un droit pour tous, et l'accès équitable aux ressources de la terre est considéré primordial. Le développement durable, comme idée, s'est progressivement imposé, et il est d'abord, une réponse aux problèmes environnementaux. Ce concept n'a pas un seul objectif, celui de la protection de l'environnement, bien que sa naissance soit beaucoup plus liée aux problèmes de la nature qu'aux autres éléments sociopolitiques du monde moderne. C'est pour cette raison que, dans la littérature sur le développement durable, on trouve un lien étroit entre environnement et développement durable ; *Notre problématique de recherche est de savoir quel est l'impact de la gouvernance territoriale et le développement durable ?* pour répondre à cette problématique on va traiter de répartir le sujet en deux parties, la première partie qui présentera le développement durable ces principes et moyens et la deuxième partie où on va mettre l'accent sur la gouvernance territoriale au Maroc.

**Mots-clés :** gouvernance ; régionalisation avancée , développement durable , territoire

**Abstract :** *Sustainable development and governance territory*

The concept of sustainable development has gradually emerged as an ideology and as a program of action: A healthy environment has become a right for all, and equitable access to the

earth's resources is considered paramount. Sustainable development, as an idea, has gradually emerged, and it is first, an answer to environmental problems. This concept does not have a single objective, that of the protection of the environment, although its birth is much more related to the problems of nature than to the other socio-political elements of the modern world. For this reason, in the literature on sustainable development, there is a close link between environment and sustainable development; *Our research problem is to know what is the impact of territorial governance and sustainable development?* to answer this problematic we will deal with dividing the subject into two parts, the first part which will present sustainable development these principles and means and the second part where we will focus on territorial governance in Morocco.

**Keywords:** governance; advanced regionalization, sustainable development, territory

### *I/Le développement durable : principes et moyens*

A l'instar de tous les pays du monde soucieux des enjeux majeurs des prochaines décennies, le Maroc s'est investi lors de la dernière décennie à mettre en place les bases du DD dans ses stratégies nationales, afin de répondre à ses besoins nationaux en matière de gestion rationnelle des ressources naturelles et d'amélioration du cadre de vie de ses populations, ainsi que pour honorer ses engagements sur le plan international,

#### 1 /Les principes du développement durable :

La déclaration de Rio adoptée en juin 1992 a retenu 27 principes qui guident les actions des.

différents acteurs en faveur du développement durable<sup>871</sup>.

Au cours de ces dernières années, plusieurs débats, se sont déroulés dans la définition et

<sup>871</sup> JOUNOT A., (2004), «100 questions pour comprendre et agir : Le développement durable», AFNOR, p. 4

l'interprétation de ces principes. Parmi lesquels, il convient de souligner :

- Le principe d'équité : Ce principe doit se décliner sur trois niveaux<sup>872</sup> :

- Dans un pays, il consiste essentiellement à assurer les besoins de tous par une meilleure répartition de la richesse (réduction de la pauvreté).

- Entre les pays ou les peuples, il repose sur la reconnaissance du caractère mondial et commun de l'environnement et sur la nécessité d'en partager les ressources. Les enjeux portent notamment sur le développement des pays du sud, le commerce équitable, etc.

- Enfin le développement durable suppose une équité non seulement intra-générationnelle

(réduction de la pauvreté, relations Nord-Sud) mais aussi intergénérationnelle (stabilité climatique, préservation de la biodiversité, etc.), c'est-à-dire à la fois une ouverture de notre

horizon spatial (équité entre les pays ou les peuples) et de notre horizon temporel (équité entre les générations).

- Le principe de précaution : Il est fondé sur la défense et la promotion des valeurs universelles, à partir de "bonnes pratiques".

Le principe d'éthique, appliqué de plus en plus dans les organisations, consiste à préserver

---

<sup>872</sup> ERNULT J., ASHTA A., (2007), « Développement durable, responsabilité sociétale de l'entreprise, théorie des parties prenantes : Évolution et perspectives », Cahiers du CEREN 21, [www.escdijon.com](http://www.escdijon.com), pages 4-31

la dignité (concept inscrit dans le 1er article de la Convention européenne) et la justice.

873

- Le principe de précaution : « Il s'applique lorsque l'information et la connaissance sont

imparfaites et concernent un impact irréversible »<sup>874</sup>.

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution sont tenues d'être appliquées par les États et les Managers d'organisation. Or, en aucun cas, dans l'absence de certitude scientifique, dans des situations de risques majeurs ou dommages graves ou irréversibles,

doit servir de prétexte pour repousser ou reporter la mise en place de mesures tangibles ayant pour but de prévenir la détérioration de l'environnement ;

- Le principe de prévention : Il consiste à contrôler et à minimiser et si possible, à éliminer

les risques avérés de rejets des substances potentiellement nuisibles, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable et à promouvoir

des produits et procédés moins polluants<sup>875</sup> ;

- Le principe pollueur/payeur : Les instances de souverainetés sont appelées à exiger de

promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement, ainsi que

---

<sup>873</sup> ANGATSHA, (2008), «PRESENTATION DU DEVELOPPEMENT DURABLE», Site : <http://www.angatsha.co>, p.7

<sup>874</sup> Idem, p.7

<sup>875</sup> Idem, p.8

l'utilisation d'instruments économiques. Ainsi, le pollueur est tenu d'assumer le coût de la.

pollution engendrée par sa production, dans l'intérêt public et sans fausser l'équilibre du commerce international et de l'investissement <sup>876</sup>;

- Le principe de responsabilité pollueur/payeur :

L'exercice de la responsabilité repose sur un engagement global et universel, intemporel, individuel et local.

« Son application passe par le respect de cinq commandements :

- Traiter les éventualités comme des certitudes,
- Engager notre responsabilité sur le futur, dont nous sommes les otages,
- Dans le course au progrès, nous conduire selon une éthique de l'actuel et, en même temps, une éthique de l'être,
- Etre responsable de soi-même, mais aussi des actes des autres,
- Agir de telle façon que les effets de notre action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur Terre ».

· Le principe de solidarité : La protection de l'environnement et la lutte contre la pauvreté concernent tous les pays selon des responsabilités communes, mais différenciées. La coopération entre les États devra être basée sur la bonne foi sans nuire aux autres États, qu'il convient d'avertir de toute catastrophe ou activités dangereuses pouvant les affecter,

---

<sup>876</sup> JOUNOT A., (2004), op.cit. p.4

sans remettre en cause le droit souverain de chaque Nation à exploiter ses ressources.

Les objectifs du développement durable :

Selon le rapport Brundtland, la lutte contre la pauvreté est le principal objectif du développement durable. Si on peut admettre que la satisfaction des besoins essentiels est de se nourrir, se loger et de se vêtir, les aspirations des pauvres peuvent être sujettes à plusieurs débats car ce concept de la pauvreté est vague et relatif et socialement déterminé.

En ce sens plusieurs questions peuvent se poser, par exemple : Ces aspirations sont dans tous les cas légitimes ?

Une vie meilleure veut- elle dire d'atteindre le niveau de vie des habitants du Nord ?

La lutte contre la pauvreté est associée à la répartition équitable de la richesse qu'elle soit au niveau national ou international.

Les objectifs du Millénaire ont été adoptés par les Nations Unies en 2000. Ils fixent des résultats à atteindre dans huit domaines jugés prioritaires. Ces huit objectifs sont :<sup>877</sup>

1. Réduire la pauvreté extrême et la faim ;
2. Assurer l'éducation primaire pour tous ;
3. Promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes ;
4. Réduire la mortalité des enfants de moins de 5 ans ;
5. Réduire de 3/4 (75%) le taux de mortalité maternelle ;
6. Lutter contre le VIH/Sida, le paludisme et la tuberculose ;
7. Assurer un environnement durable ;
8. Mettre en place un partenariat mondial pour le développement.

<sup>877</sup> Ibid., p.15

## 2/ Les moyens du développement durable :

Actuellement, dans tout processus visant le développement et le progrès social et environnemental,

il y a lieu de mobiliser plusieurs moyens. Entre autres, les moyens de DD les plus opportuns :

- L'adoption d'un système de gouvernance participative : Une stratégie participative avancée

des parties prenantes dans les processus de gestion et de décision est de plus en plus souvent

préconisée comme moyen pour répondre aux besoins décisionnels spécifiques qui émergent dans les projets de mise en place de la démarche DD en entreprise.

Le DD fournit un champ conceptuel et pratique propice pour la mise en place de nouvelles

formes de gouvernance participative, car les besoins et les possibilités du DD ne peuvent être identifiés et réalisés que par les parties prenantes eux-mêmes<sup>878</sup>.

Plusieurs moyens peuvent être envisagés pour une gouvernance participative, à savoir : les

négociations environnementales, la médiation, la négociation réglementaire, les groupes consultatifs, les "focus-groups", les jurys de citoyens, les panels de citoyens, les

conférences de consensus, les ateliers multi-acteurs, les interfaces experts/décideurs, les

---

<sup>878</sup> VAN DEN HOVE S., (2000), « Approches participatives pour la gouvernance en matière de développement durable: une analyse en termes d'effets », Cahier du C3ED, Université de Versailles – St. Quentin-en-Yvelines, p. 4

forums de réflexion, les interviews délibératives, les accords volontaires, les exercices de simulation de politique, la prospective délibérative, la gestion environnementale concertée

sont autant d'exemples d'approches participatives utilisées ou prônées dans le champ de la

prise de décision en matière d'environnement et de développement durable.

➤ une redéfinition des moyens de la prise de décision <sup>879</sup>: Le défi aujourd'hui est de réussir

une prise de décision efficace et performante, et notamment en prenant en considération les attentes et besoins et des parties prenantes dans le projet DD. Le début, s'annonce dans

l'analyse rapide des données et informations toujours de plus en plus nombreuses et hétérogènes et à les associer à un événement ou contexte propre à chaque partie prenante

pour leurs apporter flexibilité et efficacité dans la prise de décision. De ce fait, le recours à

la technologie d'information et l'informatique décisionnelle (Business Intelligence) qui consiste à aider les décideurs et des dirigeants des entreprises dans la prise de décision.

Elle désigne les moyens, les outils et les méthodes qui permettent de collecter, consolider, modéliser et restituer les données, matérielles ou immatérielles, d'une entreprise en vue

---

<sup>879</sup> RBIGUI L, (2008), op.cit., p.14

d'offrir une aide à la décision et de permettre à un décideur d'avoir une vue d'ensemble de l'activité traitée.

➤ Le droit à l'information et le respect des particularités culturelles de chaque région du

monde : Ce droit vise aussi la collecte des informations que leur utilisation. Ce droit d'être informé est essentiel car il conditionne l'exercice des autres droits tels que le droit d'accès ou le droit d'opposition. Toutes les parties prenantes impliquées dans le projet de DD à l'entreprise, ont le droit d'être informé faiblement et à temps tout en respectant leurs particularités culturelles, afin que leurs participations et contributions puissent fructifier vers une démarche de DD efficiente et durable dans le temps<sup>880</sup>.

### ***II/ La gouvernance territoriale en gestation :***

Le processus de décentralisation engagée au Maroc depuis l'indépendance semble prendre de plus en plus d'ampleur ces dernières années. En effet, les différentes réformes opérées pendant la dernière décennie laissent entrevoir le passage d'une vision essentiellement sécuritaire du territoire (la région) à une vision où ce dernier est considéré comme un acteur majeur de concrétisation et de conception des politiques de développement.

La réforme territoriale en cours autour du projet de régionalisation avancée est un tournant majeur dans les modes de gouvernance territoriale. En effet, il s'agit d'un modèle de régionalisation qui se démarque des réformes passées dans la mesure où il se veut maroco-marocain et donc essentiellement basé sur les spécificités institutionnelles et culturelles du pays. C'est aussi un tournant majeur en ce qu'il vise le renforcement de la participation de la population locale au processus de prise de décision et l'émergence des régions entreprenantes.

---

<sup>880</sup> CNIL, « Le droit à l'information », Site : <http://www.cnil.fr/vos-droits/vos-droits/le-droit-a-l-information/>, Date de consultation : 05/02/2014.

Ceci est d'autant plus important que la région a été consacrée par la nouvelle Constitution comme collectivité territoriale chargée de développement économique et social.

Il faut préciser, d'emblée, que le projet marocain de régionalisation avancée s'inscrit dans un cadre global lié à la révision du mode de gouvernance qui a prévalu jusqu'alors. En effet, il se donne pour objectif la modernisation de l'État et l'amélioration de son efficacité par une valorisation de ses territoires et la gestion de proximité.

De plus, aussi bien d'un point de vue économique que social, les régions marocaines deviennent, vu les réformes en cours, le moteur de l'économie nationale de demain. En effet, nombre de projets à vocation nationale sollicitent la contribution directe des régions dans leur mise en place. Ceci est largement perceptible dans le cadre de l'Initiative nationale de développement humain et les plans sectoriels concrétisés par la mise en place des pôles de compétitivité tenant des spécificités économiques de chaque région, des universités, des ports et aéroports. Autant dire que la région devient un élément indispensable et structurant dans la définition d'une nouvelle vision de développement.

De ce fait, la régionalisation avancée est perçue comme un nouvel instrument de développement économique et social, de par l'importance qu'elle accorde aux acteurs locaux, à la participation des citoyens au processus régional de prise de décision ainsi qu'au rôle des régions dans l'exploitation des potentialités régionales et la valorisation des ressources spécifiques à chaque région.

Les nouvelles avancées en matière de régionalisation avancée au Maroc peuvent, selon la Commission consultative de la régionalisation (CCR), se matérialiser par les éléments suivants :

- Libérer davantage l'esprit d'initiative et les énergies créatives des citoyens et de leurs élus.
- Contrecarrer et réduire les pesanteurs et les inhibitions bureaucratiques.

- Promouvoir la proximité et instaurer l'intersectorialité et la territorialisation des politiques publiques afin d'améliorer l'efficacité de l'action publique.
- Favoriser un environnement bureaucratique largement participatif propice à la bonne gouvernance, à la responsabilisation et à la reddition des comptes.

De plus, le nouveau projet consacre la région comme collectivité régionale et partenaire stratégique de l'État. De même, la région, de par sa prééminence au niveau local, est appelée à assurer la coordination et l'intégration des visions, des plans et des programmes des autres collectivités territoriales (communes, provinces) dans le respect de l'autonomie et de l'égalité juridique de ces dernières et leurs compétences respectives (CCR, op.cit, p. 6).

Toutefois, pour que la région puisse jouer un rôle moteur dans l'exécution des politiques publiques territoriales et la promotion du développement territorial, il faudra dans le cadre d'une contractualisation avec l'État qu'elle soit investie de réels pouvoirs de décision et d'initiative.

À ce niveau, il convient de souligner que le nouveau modèle de régionalisation avancée insiste sur la mise en place d'un nouveau rapport entre l'État et la région basé sur la contractualisation. C'est-à-dire l'abandon du modèle traditionnel basé sur la tutelle. Le passage d'un modèle de tutelle vers celui de contractualisation est un tournant majeur dans la gouvernance territoriale au Maroc. Ainsi, en plus des droits et obligations des collectivités régies par la loi, la contractualisation sera le mode privilégié de partenariat entre l'État et la région. Ce qui suppose une clarification de la relation entre l'État et la région afin d'éviter les chevauchements et de préciser les attributions qui demeureront du ressort de l'État unitaire qui est le Maroc et les attributions propres aux régions ainsi que les attributions pouvant être partagées entre l'État et les régions.

Ainsi, le renforcement du rôle des régions passera nécessairement par une réforme électorale afin que les membres du conseil régional puissent être élus au suffrage universel

direct. L'objectif étant de substituer les élus du peuple aux élus des élus. De cette manière, l'exécutif de la région sera élu directement. Ce qui peut être considéré comme une avancée majeure dans la gouvernance territoriale. En effet, les élus de la région auront à rendre compte directement à leur électorat régional.

La régionalisation avancée, tout en tenant compte des préalables énumérés dans le tableau ci-dessus, est considérée une nouvelle gouvernance territoriale dans la mesure où elle repose sur les éléments suivants :

- La promotion de la pratique contractuelle.
- La convergence des politiques nationale et régionale.
- Une bonne articulation du national et du régional au niveau de la conception des projets.
- L'existence de véritables programmes régionaux.
- La responsabilisation des porteurs de projets sur la base d'objectifs précis.
- Revitalisation du projet démocratique et réconciliation du citoyen avec la politique.
- Un découpage qui donne aux régions une véritable cohérence économique et une convivialité humaine.

Toutefois, et comme souligné plus haut, la mise à niveau sociale des régions est perçue comme un préalable à l'opérationnalisation du nouveau modèle de gouvernance territoriale. En effet, nombre de régions accusent des déficits énormes en tous points de vue (social, économique, infrastructurel et culturel). Les politiques d'aménagement du territoire mises en place auparavant ne sont pas arrivées à bout de ces déficits. Cependant, l'Initiative nationale pour le développement humain, mise en place depuis 2005, se donne pour objectif principal de réduire les inégalités régionales, communales et, partant, l'amélioration de l'indicateur de développement humain par une forte mobilisation des acteurs locaux et une implication directe

de l'État, aussi bien financière qu'en matière d'élaboration des politiques de lutte contre la précarité, la vulnérabilité et la dotation de certaines régions ou communes des infrastructures nécessaires. Cependant, des inégalités intolérables persistent à la fois entre les régions et entre celles-ci et les communes se situant dans leur périmètre. D'où l'importance d'une nouvelle politique d'aménagement du territoire afin de garantir à toutes les régions le même point de départ. En effet, des politiques d'équité territoriales s'avèrent la condition sine qua non à la réussite de nouveau modèle de régionalisation avancée.

En définitive, les réformes de régionalisation avancée en cours au Maroc sont considérées comme des mutations profondes caractérisant les modalités d'intervention de l'État et ses rapports avec les acteurs territoriaux.

La nouvelle gouvernance territoriale en gestation nécessite une conjugaison des efforts entre les acteurs locaux et nationaux afin de donner naissance à de nouveaux projets de développement économique, social et culturel.

Le Développement Territorial est présenté comme une phase plus avancée de l'Aménagement du Territoire. Après la phase de la réflexion et des études consacrée, notamment par l'élaboration de la Charte et du SNAT, il s'agit maintenant de l'opérationnalisation et de la déclinaison territoriale des orientations du SNAT, L'opérationnalisation des principes et des recommandations de la Charte et du SNAT s'effectue à travers :

1- Les Schémas Régionaux d'Aménagement du Territoire (SRAT) qui sont définis comme des déclinaisons des orientations du SNAT à l'échelle régionale. Le SRAT doit assurer une double mission : En définissant une vision stratégique, le SRAT doit constituer le référentiel qui définit les grandes orientations de l'État dans chaque secteur tout en assurant une coordination optimale entre les différents intervenants publics, parapublics et privés à l'échelle de la région ;

En veillant à une meilleure concertation● entre services déconcentrés de l'État, collectivités territoriales, opérateurs privés et société civile en mettant en place un dispositif de mise en œuvre, de suivi et d'évaluation. Le SRAT qui doit être élaboré sur la base de la concertation et de la participation de tous les acteurs influents de la région doit déboucher sur l'identification de projets de territoires. A la fin de 2009, une dizaine de SRAT étaient à l'étude, dont un presque achevé (celui de la Région Tadla Azilal).

2- La Stratégie Nationale de Développement Rural (SNDR) : Cette stratégie vise à répondre à une série d'enjeux nationaux et d'ambitions prioritaires pour les territoires ruraux, qui peuvent être résumés comme suit :

Améliorer l'attractivité du milieu rural et de● la qualité de vie de la population (amélioration des conditions de vie et appui à l'urbanisation intermédiaire) ;

Promouvoir la compétitivité de l'économie● rurale (diversification des activités non agricoles génératrices de richesses et d'emploi) ;

Assurer les conditions de durabilité● environnementale (préservation de l'environnement des territoires ruraux et Gestion et valorisation du patrimoine naturel et culturel).

Dans le cadre de cette nouvelle approche, le Fonds de Développement Rural (créé par la loi de finances n°32-93, 28 février 1994), a vocation à intervenir comme un levier qui aiderait à la mise en œuvre opérationnelle et volontariste du développement des territoires ruraux. Le FDR a un rôle majeur à jouer en tant qu'outil agissant sur les territoires ruraux pour répondre à un objectif de développement humain et de mise à niveau économique et en tant que catalyseur pour dynamiser l'intégration de l'action publique dans le milieu rural.

3- La Stratégie Nationale de Développement Urbain (SNDU) : Pilotée conjointement par le Ministère de l'Intérieur et le Ministère de l'Habitat, de l'Urbanisme et de l'Aménagement de l'Espace, cette stratégie se veut comme une approche globale et participative de la ville qui

rompt avec les approches centralisées et sectorielle qui ont prévalu jusqu'à présent. Cette stratégie vise à assurer un développement urbain durable, avec pour finalité l'émergence d'une ville compétitive, moteur de la croissance régionale et nationale, qui favorise la cohésion sociale et l'économie des ressources.

Il s'agit également de faire évoluer l'action publique en faveur de la ville en s'appuyant sur le développement des initiatives locales, la conception d'une politique urbaine intégrée combinant les dimensions sociale, économique et environnementale, et la mise en place d'une gouvernance urbaine effective, à travers la déconcentration des politiques en la matière et le renforcement de la décentralisation.

La SNDU se veut comme l'engagement d'un processus de changement axé sur la dimension qualitative de l'action publique qui prêche la bonne gouvernance en renforçant l'approche transversale et intégrée de la ville. Deux villes-pilotes sont choisies pour faire l'objet d'expériences dans le cadre de la SNDU ; il s'agit d'El Jadida et Settat.

4- Les « projets de Territoire » : Le développement territorial repose sur un concept nouveau : « le projet de territoire ». C'est une démarche nouvelle de développement qui consiste à faire émerger des projets à une échelle territoriale pertinente. Le projet de territoire est défini sur la base de deux principes fondamentaux :

- La vocation
- L'identité

Ce qui distingue un projet de territoire des autres projets est une méthodologie nouvelle en rupture avec les approches sectorielles et centralisées du développement.

Il s'appuie sur la participation des acteurs locaux et de l'ensemble des acteurs concernés à toutes les étapes du projet.

Un projet de territoire est un projet global : il mobilise toutes les potentialités de développement à travers des réalisations permettant de structurer le territoire. Il répond à une stratégie dont les objectifs se concrétisent à long terme. Ses opérations et actions sont réalisées à moyen terme.

Le suivi et la coordination se font à court terme. Quatre projets de territoires ont été identifiés en 2009.

Il s'agit d'Al Hoceima, Ouezzane, Bni Meskine et Boulaâouane.

5- L'agenda 21 : Il s'agit d'un Plan d'Action local concerté pour le 21e siècle inspiré des recommandations de la Conférence de Rio De Janeiro de 1992.

Le fondement de l'Agenda 21 réside dans la participation des acteurs à toutes les étapes du projet, la formation et le renforcement de leurs capacités, l'élaboration d'un plan d'action local comprenant des actions visant à améliorer les conditions de vie des populations pauvres dans un esprit de développement durable.

En fait, la première expérience marocaine d'Agenda 21 est celle de la ville d'Essaouira et qui date de 1996. D'autres expériences suivront à partir de 2002 et concerneront les villes de Marrakech, Agadir et Meknès.

6- Plans Communaux de Développement : Le Ministère de l'Intérieur, à travers la Direction Générale des Collectivités Locales (DGCL) a engagé un ensemble d'actions visant à développer « La Planification Stratégique Participative » à l'échelle locale selon une démarche participative. Dès le lancement de l'idée à la fin 2007, la DGCL avait choisi d'initier et de conduire le processus d'élaboration d'un kit de planification stratégique de façon concertée et partagée avec des partenaires nationaux et internationaux (HCP, DFCAT, UNICEF, USAID, GLM/ACDI, ADS et l'Union Européenne) constitués en un Groupe de travail ad hoc. Les PCD peuvent constituer de véritables instruments de développement local s'ils sont réellement élaborés dans la concertation. Parallèlement à toutes ces actions, le Maroc connaîtra la

réalisation de grands équipements structurants qui auront un impact indéniable sur le territoire national et les différents secteurs productifs. Tous les acteurs publics ont été mis à contribution (Caisse de Dépôt et de Gestion, OCP, Holding Al Omrane, ONCF, Autoroutes du Maroc, etc.).

Il s'agit des projets de Tanger Med, du programme autoroutier, de la ligne TGV Tanger–Casablanca, les villes nouvelles (Tamansourt et Tamesna), l'aménagement de la vallée de Bouregreg, le Plan Azur, le Plan de production des énergies renouvelables, etc.

Ces mégaprojets, bien que bénéfiques pour le renforcement de l'attractivité et la compétitivité du système productif et du territoire national, ne sont prévus dans aucun document référentiel d'aménagement du territoire et ont été conçus en 10 dehors de toutes concertation avec les acteurs des territoires concernés.

Certes, l'intérêt national prime sur l'intérêt local, voire régional, néanmoins, certains projets connaissent quelques difficultés de réalisation en raison de l'absence de concertation et de coordination au moment de leur conception et pendant leur réalisation.

### Bibliographie :

JOUNOT A., (2004), «100 questions pour comprendre et agir : Le développement durable», AFNOR, p. 4.

ERNULT J., ASHTA A., (2007), « Développement durable, responsabilité sociétale de l'entreprise, théorie des.

parties prenantes : Évolution et perspectives », Cahiers du CEREN 21, [www.escdijon.com](http://www.escdijon.com), pages 4-31.

ANGATSHA, (2008), «PRESENTATION DU DEVELOPPEMENT DURABLE», Site : <http://www.angatsha.co>, p.7

Idem, p.7

Idem, p.8

JOUNOT A., (2004), op.cit. p.4

Ibid., p.15

VAN DEN HOVE S., (2000), « Approches participatives pour la gouvernance en matière de développement durable: une analyse en termes d'effets », Cahier du C3ED, Université de Versailles – St. Quentin-en-Yvelines, p. 4

RBIGUI L, (2008), op.cit., p.14

CNIL, « Le droit à l'information », Site : <http://www.cnil.fr/vos-droits/vos-droits/le-droit-a-linformation/>, Date de consultation : 05/02/2014.

Docteure Jamal Mesbah

Docteur –droit public- français Faculté ds Études juridiques Économiques et sociales

Université Adbemalek Essaâdi- Tanger

## Les difficultés relatives à la mise en œuvre des droits sociaux et la gestion de crise (exemple Pandémie COVID-19)

Plusieurs sont les objectifs de cette recherche, parmi eux, est de déterminer les raisons invoquées pour justifier la crise ou les difficultés de la mise en œuvre des droits sociaux qui traîne depuis des années, a fini par devenir systématique, affectant déjà à la fois aux droits eux-mêmes en termes de développement, d'évolution et de durabilité soit au Maroc en France ou ailleurs.

La crise est dissimulée par la situation économique tendue qui avait un effet décisif sur le système de protection sociale. D'autre part, de nouveaux problèmes et situations sociales sont apparus au cours de dernières décennies et doivent être analysés d'une manière assez détaillée, ce qui modifierait certainement de manière substantielle le contexte dans lequel les droits sociaux fondamentaux devraient être développés et démontreraient sa validité face à ces nouveaux défis. Pour cette raison, il est pertinent de mener cette recherche sur les différents aspects qui contribuaient à aggraver la crise de ces droits d'établir des solutions possibles qui pouvaient être apportées pour rester valables et contribuer à la cohésion sociale<sup>881</sup>.

Nous savons qu'une action en justice est une condition essentielle pour que nous puissions parler de « droit ». La reconnaissance des droits sociaux en tant que droits complets ne sera réalisée que si leur justiciabilité est garantie, et que ces droits peuvent être revendiqués devant un juge ou un tribunal. Il n'est pas possible d'affirmer que les citoyens sont titulaires de

---

<sup>881</sup> José Mendez Martin "los derechos económicos sociales y culturales", universidad nacional de Educación a distancia (España) 2011, p:20-33.

leurs droits s'ils n'ont pas la faculté de demander judiciairement le bénéfice de l'Etat avant une violation hypothétique.

Dans un Etat de droit social et démocratique, il incombe aux autorités publiques compétentes (essentiellement le législateur et le gouvernement) de s'acquitter de manière positive des droits sociaux, tant en ce qui concerne leur réglementation que pour le respect de leurs droits. Tout cela implique une détermination claire d'un contenu essentiel de chaque droit. Dans ce point, le pouvoir judiciaire remplit une fonction importante car il lui incombe d'agir lorsque les autres pouvoirs ne s'acquittent pas des obligations sous leur responsabilité, soit son propre fait, soit en empêchant d'autre personne de porter atteinte au bien qui fait l'objet du droit.

Il appartient au législateur en tant qu'organe de représentation populaire de fixer le contenu minimal des droits sociaux et à l'exécutif de le faire évoluer par des moyens réglementaires, et le pouvoir judiciaire utilise ce contenu minimal ou essentiel pour déterminer si un droit social a été violé. Cette obligation doit permettre de traiter des réclamations juridiques pour atteinte aux droits sociaux, même si le contenu minimal de ces droits n'est pas suffisamment spécifié par le législateur et l'exécutif. Les juges peuvent également analyser si l'option choisie par l'Etat pour satisfaire un droit social est la place appropriée, celle qui correspond le mieux à la constitution et à la doctrine de la cour constitutionnelle, par le biais de mécanismes de proportionnalité ou le jugement de raisonabilité<sup>882</sup>.

L'action judiciaire est très importante pour la protection des droits sociaux fondamentaux surtout lorsque l'Etat ne respect pas des obligations positives et négatives découlant de ces droits. La justiciabilité des droits sociaux peut être traitée en résolvant le non-respect des obligations de l'Etat. Des exemples de ce type peuvent être la violation du droit à la santé en raison d'une contamination de l'environnement, ou la violation du droit au logement

<sup>882</sup>VictorAbramovich,. christianCourtis, "los derechos sociales como derechos exigibles" Edicion: trota, Madrid, 2<sup>a</sup> Edicion octubre 2004 p: 90-125.

en raison d'une expropriation obligatoire. L'inadéquation des procédures judiciaires en vigueur aux caractéristiques de ces droits est une autre difficulté qui entrave la justiciabilité des droits sociaux.

Les atteintes aux droits sociaux sont généralement de nature générale et non individuelle. C'est pourquoi il existe un problème important de légitimation active dans le cadre d'une loi de procédure qui, comme nous venons de le dire, se caractérise par des actions judiciaires individuelles et non collectives. Cependant, cela ne peut et ne doit pas être un obstacle pour que, dans le cas des droits sociaux, des actions individuelles puissent également être intentées, à condition que le non-respect par l'État des obligations découlant d'un droit social soit la cause directe du préjudice causé à la propriété. Protégés par les droits fondamentaux reconnus dans la constitution.

Ainsi, par exemple, dans le cas du droit à la santé, l'absence d'un certain service de santé peut être liée au droit fondamental à la vie de l'article 20-21-22<sup>883</sup> de la constitution marocaine de 2011. Et comme il a été dit plus haut, alléguer une atteinte au droit à l'égalité de l'article 19<sup>884</sup> de la constitution marocaine de 2011 peut être très opportun et utile aux fins qui nous occupent ici, à condition qu'il soit possible de démontrer qu'il existe une discrimination déraisonnable ou justifiée dans l'accès aux avantages tels que l'éducation, la santé, etc. De cette manière, il faudrait non seulement donner le recours à des actions individuelles devant les tribunaux mais, dans le cas où elles se produisent en grand nombre, devrait constituer un message clair (avertissement politique) aux autorités publiques en cas de violation généralisée de certains droits sociaux reconnus dans la constitution.

<sup>883</sup> L'article 20-21-22 de la constitution marocaine de 2011. (Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011)) Portant promulgation du texte de la Constitution, Bulletin officiel n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30/07/2011).

<sup>884</sup> L'article 19 de la constitution marocaine de 2011. ,(Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011)) Portant promulgation du texte de la Constitution , Bulletin officiel n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30/07/2011 ).

D'autre part, les atteintes à un droit social nécessitent souvent une réparation urgente, ainsi qu'une large phase de présentation des éléments de preuve, deux éléments difficiles à concilier dans les procédures en cours relatives à la protection des droits.

Enfin, il convient également de noter que le droit procédural actuel est moins préparé pour l'exécution de peines condamnant l'État à ne pas le faire pour ceux qui condamnent l'obligation de le faire, ce qui est habituel en cas d'atteinte à un droit social. Mais l'existence de ces problèmes et d'autres ne doit en aucune manière empêcher la justiciabilité des droits sociaux. L'insuffisance des procédures judiciaires actuelles en matière de protection des droits sociaux ne signifie pas, conceptuellement, que Celles-ci ne sont pas justiciables, mais, au contraire, elles ont besoin d'une modification adéquate, pour créer des instruments suffisants, et une procédure appropriés pour mener à bien ces demandes<sup>885</sup>.

Au Maroc, selon le ministre de l'Etat chargé des droits de l'Homme Monsieur Mustapha Rmid, lors de la journée d'étude organisée à l'occasion du 60<sup>ème</sup> anniversaire de l'adoption des Dahir des libertés publiques, par la chambre des conseillers en partenariat avec le conseil national des droits de l'Homme en 21-11-2018, a affirmé qu'en 2017 seulement 17511 manifestations avaient été organisées au Maroc avec la participation de 852.904 citoyens en raison de 40 manifestations quotidiennes<sup>886</sup>.

En France, le nombre de manifestants seulement au mois de novembre 2018 est 282.000 manifestants<sup>887</sup>. ces chiffres au Maroc comme en France représentent les résultats désastreux de la politique sociale depuis des années, s'exprimait secteur par secteur, et parfois dans l'ignorance médiatique.

<sup>885</sup> Luigi Ferrajoli, "Derecho y razón: Teoría del garantismo penal", Revista de Derecho Político, números 71 y 72, Edition: Trotta, 2008.

<sup>886</sup> Accueil/actualités/M.Rmid : la promotion des libertés publiques / publié au site officiel de la délégation interministérielle au droits de l'Homme, [www.didh.gov.ma/fr](http://www.didh.gov.ma/fr) visité le 28-04-2019.

<sup>887</sup> Article « Gilets jaune, le conflit en chiffre » par Gildas des Réseaux, publié par le FIGARO le 06-12-2018 à 16h56min visité le 05-04-2019.

Malgré les programmes lancés par le gouvernement français, et les efforts du gouvernement marocain visant à résorber le chômage, lutter contre la pauvreté, l'exclusion sociale ou encore l'amélioration du niveau de vie de la population, ces programmes n'ont pas toujours atteint leurs objectifs, et les obligations du Maroc en vertu du pacte international des droits économiques, sociaux et culturels<sup>888</sup>.

Le système marocain de protection sociale couvre seulement les salariés du secteur public et quelques secteurs privés. Il assure aux adhérents une protection contre les maladies, les risques de travail, maternité, vieillesse, invalidité, survie, décès, chômage et il sert des prestations familiales<sup>889</sup>. Mais le secteur informel qui représente plus de 1,68 millions d'unité de protection (UDI)<sup>890</sup>, près de 4 millions de ménages du secteur informel reste sans couverture sociale. On parle là des artisans, des vendeurs ambulants, des serveurs de café et restaurants, des maçons et des gardiens de voitures... un secteur fragile précaire concentré aux trois tiers dans le milieu urbain, près de 80% sont des auto-employés<sup>891</sup> sont les grands oubliés en terme de protection sociale.

En effet, malgré certaines avancées en termes de création de postes d'emploi, il semble qu'un inquiétant nombre d'employés continue à travailler sans contrat de travail, sans protection sociale qui devrait leur revenir de droit, à effectuer des heures de travail dépassant le

<sup>888</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observations finales sur le Maroc DOC/C.12. MAR/CO/2 (2006) p. 56.

<sup>889</sup> La loi 98-15 relative à l'assurance maladie obligation de base pour les catégories des professionnels, des travailleurs indépendants et des personnes qui exercent une activité libérale, et la loi 99-15 organisation un régime de pension pour les catégories des professionnels des travailleurs indépendants et libérale.

<sup>890</sup> Enquête nationale sur le secteur informel 2013 /2014 réalisé par le haut commissariat au plan/rapport de synthèse.

<sup>891</sup> Les résultats de l'Enquête Nationale sur la Consommation et les Dépenses des Ménages de HCP (2013-2014), [www.hcp.ma/downloads/Enquete-Nationale-sur-la-Consommation-et-les-Depenses-des-Menages\\_t21181.html](http://www.hcp.ma/downloads/Enquete-Nationale-sur-la-Consommation-et-les-Depenses-des-Menages_t21181.html), consulté le 11-04-2019.

cadre légal en vigueur, dans des conditions qui sont toujours loin de respect des normes internationales au matière de santé et de sécurité<sup>892</sup>

Les droits syndicaux des travailleurs marocains continuent d'être bafoués, malgré leur consécration juridique dans la constitution de 2011, et les efforts fournis par les pouvoirs publics, les résultats produits par les politiques sociales restent loin des espérances ; C'est ce que souligne le roi Mohammed VI en plusieurs reprises<sup>893</sup>. Dans le même sens, les actions de l'INDH se développent parallèlement à d'autres programmes sociaux tels que RAMED, TAYSSIR... sans aucune coordination ministérielle ce que affirme l'organisation de coopération et de développement (OCDE) dans son rapport de 2019 concernant le Maroc : « l'absence d'information au niveau local sur les plans ministériels a conduit à des doublons dans certains projets comme à titre d'exemple la construction d'infrastructure scolaire dans les zones rurales ». <sup>894</sup>

Jusqu'aujourd'hui la protection juridique des droits sociaux n'est pas pleinement opérationnelle qu'avec l'adoption des lois organiques, annoncées mais non encore votées. Telles lois permettraient notamment un contrôle de constitutionnalité par la cour constitutionnelle. C'est vrai que l'arsenal juridique s'est renforcé avec l'adoption de la nouvelle constitution du juillet 2011 qui se réfère dans son préambule aux grands principes de justice sociale et affirme la primauté des conventions internationales sur la loi, mais la constitution elle-

<sup>892</sup>« La sécurité sociale revêt une importance centrale pour garantir la dignité humaine de toutes les personnes confrontées à des circonstances qui les privent de la capacité d'exercer pleinement les droits énoncés dans le pacte » comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale N°19, DOC. ONU. 2008.

<sup>893</sup> Extrait du discours du roi Mohammed VI lors de son discours à l'occasion de la fête du trône le 30 juillet 2018. « L'ampleur du déficit social et les modalités de réalisation de la justice sociale et territoriale sont parmi les principales raisons qui nous ont incité à appeler, dans le discours d'ouverture du parlement au renouvellement du modèle de développement national ».

<sup>894</sup> « Voix citoyenne au Maroc –le rôle de la communication et des médias pour un gouvernement plus ouvert » rapport analysé par Organisation de coopération et de développement économiques, le 19 avril 2019 publié sur le site de l'organisation, [www.oecd.org/fr/pays/maroc](http://www.oecd.org/fr/pays/maroc) le 20-05-2019.

même ne garantit pas tous les droits sociaux<sup>895</sup>, énumérés par le pacte international des droits économiques, sociaux et culturels ratifiés par le Maroc en 1979<sup>896</sup>.

Le comité des droits économiques sociaux et culturels a précisé dans son quatrième rapport périodique des informations détaillées ainsi que des exemples spécifiques, sur le recours juridique dont disposent les victimes de violation de droits établis dans le pacte international des droits économiques sociaux et culturels<sup>897</sup>. Il est intéressant de noter qu'aucune référence n'est faite à d'autres recours pouvant être pertinents tels que les recours civils ou pénaux ou bien à la possibilité d'un recours constitutionnel ou au futur mécanisme d'examen constitutionnel que devrait représenter la procédure d'exception d'inconstitutionnalité.

Le Maroc a fait des progrès importants au niveau de la lutte contre la pauvreté et en faveur de la réalisation des droits sociaux en général, (programme RAMED, TAYSSIR, logement social, MOKAWALATI, Maroc vert...) l'accès à l'eau et l'électricité, développement rural, ces mesures et ces politiques s'ajoutent afin de garantir la pleine et entière jouissance du citoyen marocain de ces droits. Les difficultés normatives représentent des obstacles directs de mise en œuvre des droits sociaux. Pourtant le Maroc est, jusqu'à nos jours, fait partie des pays qui n'ont pas ratifié des protocoles additionnels, dont ceux au pacte des droits économiques sociaux et

<sup>895</sup> L'article 29 de la constitution marocaine 2011. (Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011)) Portant promulgation du texte de la Constitution, Bulletin officiel n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30/07/2011).

<sup>896</sup> Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) est entré en vigueur le 3 janvier 1976, conformément aux dispositions de l'article 27. Il a été ratifié par le Maroc, sans réserve, (Dahir n°4-78-1 du 27 mars 1979) et publié au bulletin officiel n°3525 du 21 mai 1980, conformément au Dahir n°1-79-186 du 8 Novembre 1979 portant publication du PIDESC. Mais à ce jour, le Maroc n'a toujours pas ratifié le Protocole optionnel au PIDESC.

<sup>897</sup> Le comité des droits économiques, sociaux et culturels, 4<sup>ème</sup> rapport du Maroc, 1<sup>er</sup> octobre 2015 publié sur le site officiel du haut commissariat des nations unies, des droits de l'Homme.

culturels<sup>898</sup>, et au pacte des droits civils et politiques<sup>899</sup>, qui permettent aux organes onusiens de surveiller des traités, d'examiner des allégations de violation des droits contenus dans les traités concernés.

En France, l'accès aux droits sociaux émerge toujours dans le débat public depuis des années 1980, un débat qui a été porté par des syndicats et des associations de Madrid traduction. Cette préoccupation collective faisait référence à l'accès aux droits sociaux fondamentaux (droit au logement, droit à l'éducation, droit aux soins médicaux, droit au travail...) comme une partie indivisible et intégrante des droits de l'Homme.

Le modèle français d'Accès aux Droits sociaux fondamentaux est un modèle égalitaire qui s'adresse à tous les publics, l'état organise la société et cherche à satisfaire les besoins non seulement des démunis mais tous les salariés. Ce régime de protection sociale cherche toujours à offrir un meilleur service aux citoyens, et garder l'équilibre entre l'équité et l'efficacité, sans oublier le rôle des assurances sociales dans la protection des droits. Ces services sociaux basés sur la cotisation des salariés, financés par les impôts et gérés par l'État. Cette situation évolue une volonté institutionnelle sociale pour assurer l'accès aux droits sociaux fondamentaux ; et la mise en œuvre d'une politique sociale capable de répondre à des objectifs de justice sociale<sup>900</sup>.

Il est prouvé par des différents rapports soit du comité européen des droits sociaux ou les rapports des institutions onusiennes, que la reconnaissance formelle de la France ou d'autres pays ne garantis par la mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux dans la réalité. Selon les rapports et les travaux de différents comités spécialisés, plusieurs obstacles (procédures,

<sup>898</sup> Le Maroc jusqu'à l'écriture de ces lignes n'accepte pas des procédures de plainte individuelle, concernant les droits sociaux, selon le protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. /Les organes des traités des droits de l'Homme / base de données relative aux organes conventionnels de l'ONU/ haut commissariat des droits de l'Homme/ohchr.org visité le 10-09-2019.

<sup>899</sup> Le protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est pas ratifié par le Maroc, surtout l'acceptation de la procédure de plaintes individuelles/ base de données relative aux organes conventionnels de l'ONU/haut commissariat des droits de l'Homme ; [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org), consulté le 12-05-2019.

<sup>900</sup> Bruno Palier, "gouverner la sécurité sociale : les réformes du système français de protection sociale depuis 1945", Editeur : Presse Universitaire de France, 2005

processus et ressources) risquent d'empêcher l'exercice des droits sociaux fondamentaux, des obstacles sociaux culturels, des ressources insuffisantes, complexité des procédures, obstacles liés aux modalités de prestation du service, absence de diffusion d'une information... Dans le cas des obstacles liés aux ressources, une offre insuffisante de logement à prix abordable constitue un obstacle à la mise en œuvre du droit au logement en tant que droit social<sup>901</sup>. La France est condamnée en plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme. Sur le site internet de la cour, on trouve que « la cour à traiter 926 requête concernant la France en 2017, dont 908 qu'elle a déclaré irrecevable au bout elle n'a pas poursuivi et l'examen.

Elle a prononcé 12 arrêts (portant sur 17 requêtes) dans 6 ont conclu au moins une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le titre des requêtes a diminué au titre des dernières années, 813 requêtes en 2018 est seulement 597 requêtes en 2019<sup>902</sup>.

La même chose pour le comité européen des droits sociaux qu'a reconnu la violation de la France de la Charte européenne des droits sociaux en plusieurs occasions, l'exemple de la décision du 5 décembre 2017 publié le 16 avril 2018<sup>903</sup> par le Conseil européen de droits sociaux concernant la scolarisation d'enfants "Roms" vivant en bidonville.

Le comité d'experts indépendant reconnaît dans son rapport concernant la France, la violation de l'article 17 de la Charte européenne des droits sociaux, qui garantit le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique. La même décision a reconnu la violation de l'article 31 de la Charte qui assure le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale<sup>904</sup>. Une décision publiée le 11 septembre 2012 par le Comité

<sup>901</sup>Décision adopté par le comité européen des droits sociaux, le 5 décembre 2007, modifié 4 janvier 2008, publié le 5 juin 2008, [www.coe.int/fr/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights](http://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights)

<sup>902</sup> La cour européenne des Droits de l'Homme, [www.echr.coe.int/Documents/CP\\_France\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_France_FRA.pdf) consulté le 20-02-2020.

<sup>903</sup>Décision sur le bien-fondé ; Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) c. France, Réclamation n°119/2015 [www.hudoc.esc.coe.int](http://www.hudoc.esc.coe.int) consulté le 23-10-2019.

<sup>904</sup> L'article 17 -*Droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique- de la charte sociale européenne stipule que «En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales, les Parties*

européen des droits sociaux a condamné la France suite à une réclamation n°672011 déposée par les Médecins pour violation manifeste des droits des populations “Roms”. Les habitants des bidonvilles, le comité d'expert indépendant a condamné fermement la France afin de respecter la Charte européenne des droits sociaux et de prendre des mesures concrètes et effectives pour lutter contre l'exclusion sociale des “Roms” Et leur garantir les mêmes droits comme tous les autres habitants.

Dans le même sujet, les défenseurs des droits sociaux fondamentaux estiment que le nombre des personnes vivant dans des bidonvilles se situe entre 15000 et 20000 personnes en France, dans des conditions de précarité extrême. Selon des statistiques publiées par « statistaresearchDepartement » en 2016 plus de 53 % des enfants issus de la communauté “Roms” étaient déscolarisés<sup>905</sup>. Ces saisines collectives ainsi d'autres saisines portent sur l'accès aux soins, à la scolarisation des enfants et d'autres droits sociaux fondamentaux inscrits dans les dispositions du droit interne et des normes supranationales, en particulier celle de la Charte sociale européenne.

L'ensemble des requêtes de la société civile, les syndicats et les défenseurs des droits sociaux en France invoquent dans leurs saisines collectives face au Comité européen des droits sociaux les dispositions juridiques de droit interne; le préambule de la constitution française du

---

*s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques ou privées, toutes les mesures nécessaires et appropriées tendant: 1. a. à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin; b. à protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation; c. à assurer une protection et une aide spéciale de l'Etat vis-à-vis de l'enfant ou de l'adolescent temporairement ou définitivement privé de son soutien familial ; 2. à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire. »*

L'article 31 -Droit au logement- stipule que « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées : 1. à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant ; 2. à prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive; 3. à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes. »

<sup>905</sup>Statistat 2020. [www.fr.statistat.com](http://www.fr.statistat.com) visité le 30 janvier 2020.

4 octobre 1958, le code de l'éducation (les articles L111.1- L113.1 - L122.2- L131-1- L131-6 - L213 – 11 -D113-1 ), le code de l'action sociale et des familles (l'article 25-1), le code pénal (l'article 225-1, 225-2 et article 432- 7) et la décision n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'habitat des gens du voyage, et bien sûr la charte européenne des droits sociaux afin de pousser le gouvernement français à réagir face à ces besoins urgents des habitants de bidonville aux soins, et prendre en charge les dépenses de santé, l'accès à l'aide médicale d'État habillage (AME) ou à la couverture maladie universelle(CMU) à la scolarisation des enfants et la formation professionnelle des adolescents ainsi d'autres droits sociaux fondamentaux comme l'accès au logement, au travail, le droit à la sécurité sociale...

Les obstacles et les difficultés de la mise en œuvre des droits sociaux en France est un sujet polémique selon une étude présentée par Gilbert “ partant du constat que notre droit social français est essentiellement réglementaire, ce qui induit un certain nombre d'inconvénients (rigidité, inquiétude, faiblesse syndical ...), il devient nécessaire de concevoir une stratégie de refondation qui passe par le renforcement de la négociation collective et du rôle des partenaires sociaux”<sup>906</sup>.

Même le ministre des affaires sociales et de la santé a affirmé que « les propositions du gouvernement s'articulent autour de trois objectifs prioritaires qui visent à renforcer les droits sociaux fondamentaux de créer les conditions d'une convergence sociale vers le haut entre les États membres de l'Union européenne<sup>907</sup> ».

La France cherche toujours un véritable modèle social, à l'aide des propositions et des idées nouvelles proposées par des experts du Comité européen des droits sociaux, mais la mise en œuvre de ces droits pour les deux modèles (marocain et français) est conditionné par une

<sup>906</sup> Gilbert, cette étude présenté à l'occasion d'une conférence de la Fonda le 29 mars 2011

<sup>907</sup>Extrait de compte rendu du Conseil des ministres du 15 février 2017, « le socle européen des droits sociaux », [www.gouvernement.fr/Conseil\\_des\\_ministres/15/02/2017](http://www.gouvernement.fr/Conseil_des_ministres/15/02/2017) consulté le 30-11-2019.

clause du possible selon les ressources de l'État qui doit tout mettre en œuvre surtout au maximum les ressources disponibles pour garantir les droits sociaux fondamentaux.

Plusieurs pays ont adopté en Décembre 2008, le pacte international relatif aux droits économiques sociaux culturels mettant fin à un long débat doctrinal sur le caractère justiciable des droits sociaux.

La question qui se pose après l'adoption de ce protocole :

**Y a-t-il d'autres obstacles qui affectent directement les droits sociaux fondamentaux ?**

En 2008, la crise financière et économique s'est amplifiée à l'échelle mondiale, la même chose avec la pandémie COVID-19 au début de 2020, et pour faire face à ces crises, les gouvernements nationaux et les différentes institutions internationales (BM-OMS...) ont adopté de nombreuses mesures affectant directement les droits sociaux fondamentaux. Les effets de la crise financière de 2008 et la pandémie COVID-19 sur le marché de travail et l'accès aux soins sont confirmés par plusieurs études académiques.

Les effets de chaque crise économique ou sanitaire sur la jouissance des droits sociaux fondamentaux doit être traité en suivant une approche complète, par l'analyse de la jurisprudence des organes supranationaux, juridictionnels et quasi-juridictionnels, dont la pratique a une incidence sur ce standard de protection en temps de crise. En analysant aussi l'utilisation des outils juridiques au service de la protection des droits sociaux par des acteurs individuels ou collectifs. L'événement récent de la pandémie COVID-19 a renversé toutes les hypothèses les perspectives, et constitue un obstacle inévitable.

Le rôle de l'Etat dans ce cas est de prendre des mesures pour garantir la jouissance d'une série de droits sociaux fondamentaux, ; système de soin de santé ; sécurité de l'emploi, santé et sécurité au travail, protection des personnes âgées, éducation publique solide et efficace,

protection des enfants et des femmes contre la violence et les abus surtout pendant le confinement , revenu minimum et droit au logement.

La pandémie de COVID-19 est susceptible d'avoir des conséquences durables sur les droits sociaux fondamentaux, découlant des effets directs et indirects de la maladie, une crise sanitaire mondiale qui met en cause les efforts de prévention et des politiques gouvernementales de la lutte contre la propagation du virus.

Les relations et les échanges entre les régions et les pays sous l'effet chocs à la fois sur l'offre et la demande et sur la forte baisse de la circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. HumanRightswatch dans son rapport de 29 juin 2020<sup>908</sup> a estimé que les retombées économiques font augmenter le taux de pauvreté de 5, 50 Dollars Par jour de près d'un demi milliards de personnes soit 8 % de la population mondiale. Cela annulerait une décennie de progrès mondiaux dans la réduction de la pauvreté, et dans certains régions, comme l'Afrique les effets négatifs pourraient entraîner des niveaux de pauvreté similaire à ceux d'il y a 30 ans. La pandémie COVID-19 a mis en évidence les inégalités sociales et économiques, en particulier dans les pays dotés du système de protection sociale fragile, comme le Maroc, ou les groupes vulnérables (les personnes qui travaillent dans l'informel, Les immigrés subsahariens et syriens...) Sont les plus touchés par la pandémie.

La crise sanitaire a également mis en évidence de grave inégalité entre les riches bénéficiant d'une protection sociale auparavant mieux financé, et les pauvres victimes d'une couverture sociale très fragile.

les personnes vivent dans la pauvreté sont plus susceptible d'avoir des problèmes de santé, de vivre un logement surpeuplé ou de mauvaise qualité ou de ne pas disposer des ressources pour rester à la maison pendant une longue période de confinement ou suivre les consignes et les recommandations d'hygiène. Même à ceux qu'ont été obligé de travailler

<sup>908</sup> Le rapport de l'organisation « HumanRightswatch », dans son site officiel [www.hrw.org](http://www.hrw.org) le 26-06-2020, visité le 30-08-2020.

pendant la crise sanitaire, les emplois mal rémunérés les obligent à choisir entre risquer leur santé et leurs revenus, le cas des zones industrielles de la ville de Tanger.

Personne ne peut mettre en doute l'impact de la pandémie sur les droits sociaux fondamentaux soit au Maroc ou ailleurs, surtout pour les personnes qui se trouvent déjà dans des situations économiques précaires, malgré l'aide de l'État, ils sont plus exposés aux chocs de la crise en raison des inégalités socio-économiques.

En vertu du droit international des droits de l'Homme, l'État a l'obligation de garantir le droit un niveau de vie suffisant, afin que chacun jouisse des droits nécessaire pour vivre dans la dignité, y compris le droit à une alimentation et assainissement et logement. L'État doit garantir l'égalité d'accès à ces droits pour tous, sans discrimination fondée sur le sexe, l'appartenance ethnique, l'âge de l'handicap.

toujours, selon le droit international des droits de l'Homme, l'État est également tenue de mettre en place des systèmes de protection sociale et de sécurité sociale sous forme des prestations en espèces on nature fournir une protection en cas de crise et de besoins sociaux.

L'obligation de fournir une protection sociale découle directement du droit à la sécurité sociale, qui est stipulé par l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, et de l'article 9 du Pacte international des droits économiques sociaux et culturels.

Le pacte international de 1966 exposé les principales caractéristiques de ce droit et le contenu des obligations des Etats. le pacte internationale des droits économiques sociaux et culturels affirme que le droit à la sécurité sociale implique deux catégories prédominantes des mesures, les régimes d'assurance sociale pour lesquels des bénéficiaires sont contribué financièrement, et les régimes d'assistance sociale, des mesures non contributives et généralement financier par l'impôt pour transférer des ressources à des groupes jugés éligibles en raison de leurs vulnérabilités ou de leur misère, revenu insuffisant ou instable (surtout dans les secteur informel), le chômage, la vieillesse, la pauvreté générale et l'exclusion sociale...

Les mesures de protection sociale comprennent des programmes de transfert en espèces (le cas du Maroc), des prestations du chômage ou d'invalidité, des pensions sociales, une aide alimentaire ou des services subventionnés.

L'État doit veiller à ce que la protection sociale soit également accessible à tous et concentrer son attention sur la garantie d'une couverture Générale avec des critères d'éligibilité raisonnable proportionnés et transparents, les bénéficiaires ont le droit d'accès aux informations sur l'octroi des prestations, ils ont le droit à la participation à l'administration de ses services.

Le droit international n'exige aucune méthode particulière pour garantir à chacun un niveau de vie décent. L'Etat peut fournir directement des produits essentiels tel que la nourriture et l'eau, veiller à ce que les produits de base soient disponibles et abordables, et veiller à ce que chacun Dispose de revenus suffisant pour une alimentation, un logement et autres biens essentiels.

Cependant les pays qui ont des ressources illimités le cas des pays africains ont toujours l'obligation d'assurer un niveau de vie adéquat. Même en temps de crise l'État doit tout mettre en œuvre pour s'acquitter de ses obligations avec les ressources existantes, y compris l'aide internationales, et les à louer de manière à garantir le respect des droits de l'Homme, notamment en tenant en compte de la situation précaire des personnes défavorisées et marginalisées. Ces obligations fondamentales minimales sont imposées aux Etats par l'article 11 du pacte internationale des droits économiques sociaux et culturels, et de l'article 2 du même pacte qui exige des Etats utiliser le maximum de ressources disponibles pour parvenir progressivement à la pleine réalisation de tous les droits énoncés dans le pacte.

L'impact de la pandémie COVID-19 a été particulièrement ressenti dans des situations où les droits sociaux fondamentaux n'avaient pas été auparavant garantis.

Les personnes sans logement salubre courent Un risque plus élevé de contracter la maladie COVID-19 en raison de leur manque de capacité à suivre les recommandations d'hygiène ou de distanciation sociale. Les personnes vivant dans la rue, dans des abris ou des quartiers informels surpeuplés sont particulièrement vulnérables à la pandémie. De même, le monde de l'eau potable et d'assainissement à la maison, au travail ou dans les établissements de santé les mesures préventives difficiles et pourrait nuire la réalisation du droit à un niveau de vie suffisant.

Le gouvernement marocain a pris des mesures importantes pour lutter contre la propagation de la pandémie COVID-19, et pour atténuer l'impact sanitaire et ses conséquences économiques et sociales. Mais ces mesures n'ont pas été suffisamment ciblées pour soutenir les travailleurs qui ont perdu leur emploi ou leur revenu, en particulier dans l'économie informelle. Malgré les programmes énormes de soutien financier de nombreuses personnes à faible revenu qui n'ont pas toujours les moyens de satisfaire leurs besoins, tel que le loyer, les services publics et la nourriture.

Au Maroc, comme d'autres pays plusieurs personnes avaient envisagé des difficultés financières et sanitaires après presque 3 mois de confinement dès le 24 mars 2020. les prestataires de soins de santé et d'autres services essentiels avaient rencontré des difficultés pour continuer à remplir les fonctions essentielles pour répondre à leurs besoins surtout avec le nombre élevé des personnes touchées par le virus, presque 54528 des cas confirmés, et 38293 cas soignés et 955 morts selon le ministère de la Santé marocain.

la pandémie COVID-19 a révélé des inégalités sociales et économiques structurelles et de vaste lacunes dans la protection sociale non seulement au Maroc, ce qui a poussé le gouvernement marocain à renforcer le système sanitaire et investir dans le domaine de la santé, la protection sociale et les infrastructures (hôpitaux, lit de réanimation, centre de dépistage...) Pour atténuer les inégalités sociales et mettre en place des mesures de protection sociale plus large inclusives garantissant le droit des individus à la sécurité social.

## L'impact de la covid-19 sur les droits sociaux au Maroc et en Espagne

La crise liée au Covid-19 est un rappel brutal de l'importance d'assurer un progrès durable en matière de jouissance des droits sociaux, notamment par le développement de services de santé publique universels. La pandémie montre concrètement l'indivisibilité des droits de l'homme. Il est essentiel que la Charte sociale européenne, également connue sous le nom de Constitution sociale de l'Europe, soit utilisée pour former des réponses à la pandémie de Covid-19 dans le respect des droits de l'homme et pour faire le point une fois la crise terminée. La Charte, ainsi que ses mécanismes de suivi – de rapports et de réclamations collectives - sont d'excellents outils pour les efforts de reconstruction qui suivront.

### 1\_Droit à la protection de la santé

Pour se conformer à l'article 11 de la Charte, les États parties doivent démontrer leur capacité à faire face aux maladies infectieuses, telles que des dispositions pour signaler et notifier des maladies et en prenant toutes les mesures d'urgence nécessaires en cas d'épidémie. Cette dernière comprendrait une mise en œuvre adéquate des mesures appliquées dans la crise actuelle: des mesures pour limiter la propagation du virus dans la population (éloignement physique et auto-isolement, fourniture de masques chirurgicaux, désinfectant, etc.) et des mesures pour soigner les malades (nombre suffisant de lits d'hôpital, y compris d'unités et de l'équipement de soins intensifs et déploiement rapide d'un nombre suffisant de personnel médical tout en veillant à ce que leurs conditions de travail soient saines et sûres).

Les États doivent mettre en œuvre des programmes de vaccination largement accessibles. Ils doivent maintenir des taux de couverture vaccinale élevés non seulement pour réduire l'incidence de ces maladies, mais aussi pour neutraliser le réservoir de virus et ainsi atteindre les objectifs fixés par l'OMS pour éradiquer une gamme de maladies infectieuses. La recherche sur les vaccins devrait être encouragée, financée de manière adéquate et coordonnée efficacement entre les acteurs publics et privés.

L'accès aux soins de santé doit être assuré à tous sans discrimination. Les groupes à risque particulièrement élevé tels que les personnes âgées, les sans-abri, les pauvres, les personnes vivant en institution doivent être adéquatement protégés par les mesures mises en place. Cela implique que l'équité en matière de santé telle que définie par l'OMS devrait être l'objectif: absence de différences évitables, injustes ou réparables entre les groupes de personnes, que ces groupes soient définis socialement, économiquement, démographiquement ou géographiquement ou par d'autres moyens de stratification. Idéalement, tout le monde devrait avoir une chance équitable d'atteindre son plein potentiel de santé et nul ne devrait être désavantagé de réaliser ce potentiel.

Pour plus d'informations sur l'article 11 de la Charte et son interprétation par le Comité européen des Droits sociaux, consultez le [Digest](#) du Comité.

## 2-Droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail

La finalité de l'article 3 de la Charte est ainsi directement liée à celle de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui reconnaît le droit à la vie.

Certaines évolutions récentes telles que la concurrence accrue, la libre circulation des personnes, les nouvelles technologies, les contraintes d'ordre organisationnel, le travail indépendant, l'externalisation et l'emploi dans des petites et moyennes entreprises, ou encore le rythme de travail plus soutenu soumettent l'environnement de travail à des changements récurrents et créent de nouvelles formes d'emploi, qui génèrent, accentuent ou déplacent des facteurs de risque pour la santé et la sécurité des travailleurs. Les technologies nouvelles, les contraintes d'ordre organisationnel et les exigences psychologiques favorisent en particulier l'émergence de facteurs de risque psychosociaux qui peuvent être à l'origine de stress, d'agressions, de violence et de harcèlement dans le travail. Il en résulte parfois des problèmes de santé mentale qui peuvent avoir de fortes répercussions sur les performances au travail, sur la proportion d'arrêts de maladie, sur les taux d'absentéisme, sur le nombre d'accidents et sur la rotation du personnel. Il est également avéré qu'ils comptent parmi les causes les plus

importantes de maladie et d'invalidité dans le monde, sans distinction d'âge, de sexe ou de couche sociale, et qu'ils touchent autant les pays à faible à revenu que ceux à haut revenu.

Des études ont par ailleurs récemment montré que les politiques en matière de santé et de sécurité au travail et la gestion des risques psychosociaux étaient davantage le fait des entreprises de plus grande taille, et qu'en pratique, le respect des obligations légales et la demande des salariés étaient les principaux vecteurs de l'intérêt porté aux risques psychosociaux. Il apparaît en outre que les éléments qui incitent – tout comme ceux qui font obstacle – à la gestion des risques psychosociaux sont intrinsèquement multidimensionnels, en ce sens que la volonté d'agir des entreprises dépend de divers facteurs tels que la rationalité organisationnelle, l'opportunité ou, en toute hypothèse, la conformité avec les dispositions législatives et réglementaires. Ces facteurs complexes et multidimensionnels renforcent les exigences en matière de compétences, de ressources et de capacités institutionnelles de l'inspection du travail, ce dont les Etats Parties doivent tenir compte pour remplir leurs obligations en vertu de la Charte

Pour plus d'information, consultez le [Digest](#) du Comité européen des Droits sociaux.

### 3-Droit des personnes âgées à une protection sociale

L'article 23 traite de la discrimination fondée sur l'âge en dehors de l'emploi dans une série de domaines, à savoir l'accès aux biens, facilités et services, santé, éducation, assurances et produits bancaires, participation à l'élaboration des politiques et au dialogue civil, affectation de ressources et d'équipements. Le Comité considère qu'un cadre juridique adéquat est un élément fondamental pour lutter contre cette discrimination.

L'article 23 exige des États parties de prendre des mesures appropriées contre la maltraitance envers les personnes âgées. Ces mesures peuvent être législatives ou autres et devraient permettre aux États d'évaluer l'ampleur du problème et de faire prendre conscience de la nécessité d'éradiquer la maltraitance et la négligence envers les personnes âgées.

En vertu de l'article 23, les pensions et autres prestations versées par l'Etat doivent être d'un montant suffisant pour permettre aux personnes âgées de mener une « existence décente » et de participer activement à la vie publique, sociale et culturelle. En outre, les États doivent fournir des informations sur les services et facilités existant en faveur des personnes âgées, tels que services d'aide à domicile, des services d'accueil de jour, des services liés au logement, des activités culturelles, éducatives et de loisirs.

Les politiques nationales ou locales du logement doivent prendre en considération les besoins des personnes âgées. L'offre de logements qui leur sont destinés doit être suffisante et adaptée.

En ce qui concerne les soins de santé, l'article 23 exige que les programmes et services de soins de santé (notamment les soins primaires, y compris les soins infirmiers ou les soins à domicile) spécifiquement conçus pour les personnes âgées, doivent exister parallèlement à des lignes directrices à ce sujet. En outre, il devrait y avoir des programmes de santé mentale pour s'attaquer aux problèmes psychologiques des personnes âgées.

Les droits des personnes âgées vivant en institution doivent également être garantis: droit à une prise en charge appropriée et à des services adéquats, droit à la vie privée, droit à la dignité personnelle, droit de prendre part à la détermination des conditions de vie dans l'établissement concerné, protection de la propriété, droit de maintenir des contacts personnels avec les proches, et droit de se plaindre des soins et traitements en institution. Il devrait y avoir une offre suffisante de structures d'accueil pour personnes âgées (publiques ou privées), elles devraient être abordables et une assistance devrait être disponible pour couvrir les coûts.

Pour plus d'informations sur l'article 23 de la Charte et son interprétation par le Comité européen des Droits sociaux, consultez le [Digest](#) du Comité.

**LE COVID-19, UNE SONNETTE D'ALARME POUR LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX !**

[Bulletin COVID-19, Droits économiques et sociaux](#)

En quelques semaines, la pandémie de COVID-19 a mis en avant ce que de nombreux.ses activistes, travailleurs.ses sociaux.les, soignant.e.s, défenseurs.ses des droits humains et syndicalistes, entre autres, ont depuis longtemps dénoncé : une mobilité sociale à l'arrêt, la dégradation de services essentiels tels que l'accès à des soins de santé adéquats et à la sécurité sociale, ainsi qu'une forte hausse des inégalités.

En d'autres termes, le COVID-19 met en lumière l'important [recul](#) des droits économiques et sociaux qui s'est opéré ces dix dernières années sur les deux rives de la Méditerranée. Même si certains pays ont mieux protégé les droits économiques et sociaux de leur population, les exemples illustrant les effets préjudiciables des politiques d'austérité et des coupes budgétaires sur les services publics ne manquent pas. L'évasion fiscale, la corruption et la recherche constante du profit – y compris au sein des services publics – noircissent encore davantage le tableau.

La résilience sociale et économique de nos sociétés a été sévèrement [amoindrie](#). L'impact porté par le COVID-19 a donc été encore plus violent dans certains secteurs :

- Certains services de santé sont désormais tellement sous-financés qu'ils sont au bord de l'effondrement tant dans les pays de la [région ANMO](#), où le niveau global des dépenses de santé par habitant.e est significativement plus bas que la moyenne globale, que dans certains pays européens tels que la [Grèce](#).
- Des millions de personnes ont vu se [tarir leur source de revenus](#). Pire encore, nombreux.ses sont ceux.celles qui n'ont accès ni à la sécurité sociale, ni aux allocations de chômage ou aux [congrés payés](#) en raison de l'érosion des droits des travailleurs.ses et l'affaiblissement des syndicats ces dernières années. Dans la région ANMO par exemple, où le travail informel représente de [63% à 68% de l'emploi](#), beaucoup de travailleurs.ses n'arrivent pas à joindre les deux bouts. De

manière générale, le revenu des travailleurs.sesinformel.le.s au niveau mondial [a chuté de 60%](#) en moyenne le premier mois de la crise. Le Fonds Monétaire International [estime](#) que le taux de chômage en Europe, actuellement à 7,4 %, dépassera la barre des 10% d'ici décembre 2020. Les pays du sud de l'Europe devraient être impactés de manière disproportionnée (22,3% en Grèce et 20,8% en Espagne).

- Les inégalités de revenus continuent de s'accroître à travers la région euro-méditerranéenne. Le Moyen-Orient reste l'une des régions les plus [inégalitaires](#) au monde. Le COVID-19 a mis à nu les inégalités existant dans nos sociétés. Ainsi, la pandémie touche en particulier les mères élevant seules leur enfant qui se retrouvent, de fait, plus exposées au virus alors qu'elles font déjà face à d'importantes difficultés financières. Les femmes représentent près de [70%](#) des professionnel.le.s de santé dans le monde et fournissent près de 75% des soins non-rémunérés. Les femmes ont également tendance à exercer des [métiers précaires à faible salaire](#). Les *e.s sans-papiers* passent également au travers des mailles du filet de la sécurité sociale. A travers la région euro-méditerranéenne, les *travailleurs.sesmigrant.e.s* sont plus à risque d'exercer un emploi dans des [conditions précaires](#). Leur [droit de séjour](#) dans le pays dépend souvent de leur emploi et nombreux sont ceux.celles qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier de la protection sociale, des congés payés ou des indemnités de chômage, les rendant par là même extrêmement vulnérables. Certains gouvernements, comme le [Portugal](#), ont levé les barrières restreignant l'accès aux soins pour les personnes sans-papiers et/ou les ont régularisées mais de telles mesures restent rares et à court terme dans la région.
- La pandémie a également entraîné une forte hausse du taux de pauvreté. L'Organisation Internationale du Travail [prévoit](#) la perte de 12 millions d'emplois à

temps plein en Europe en 2020 en raison du COVID-19. En [Italie](#), près de la moitié des travailleurs.ses ont perdu une partie de leur revenu. La hausse du chômage et le travail précaire aggraveront les conditions de vie de ceux.cellesqui vivent, ou sont confronté.e.s au risque de la pauvreté. Selon des estimations des Nations unies, [8,3 millions](#) de personnes supplémentaires basculeront dans la pauvreté dans le seul monde arabe en raison de la pandémie. Au [Liban](#), les manifestations pour dénoncer la hausse du coût de la vie et les inégalités reprennent déjà. En [Turquie](#), le prix des denrées alimentaires a augmenté de près de 13% en douze mois.

Ces problèmes ne sont que la partie émergée de l'iceberg. La détresse économique et sociale qui va suivre cette crise sera immense. La réponse ne peut être une répétition des erreurs passées. Redémarrer l'économie ne peut s'effectuer à travers un nouveau cycle d'austérité qui ne servirait qu'à appliquer encore davantage de pression sur celles et ceux qui sont déjà étouffé.e.s par la pandémie et la crise financière de 2008. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies a récemment [souligné](#) le rôle central de l'Etat dans l'investissement en faveur de la santé publique et des systèmes de protection sociale. Les Etats doivent remplir leurs obligations pour garantir les droits économiques et sociaux de leur population.

Adopter de nouvelles mesures d'austérité ne fonctionne pas, ne fonctionnera pas et ne pourra pas fonctionner. Nous avons besoin d'une nouvelle approche qui mette les droits humains, économiques et sociaux au centre de l'élaboration des politiques. Au niveau européen, intensifier le travail sur un [salaire minimum](#) qui offre, à travers l'UE, des conditions de vie adéquates, en est un exemple. La mise en œuvre complète du Socle Européen des Droits Sociaux, afin que ceux-ci deviennent une réalité, est essentielle. Enfin, l'UE doit évaluer sérieusement l'impact sur les droits humains des [réformes économiques](#) qu'elle soutient et ce, à travers ses politiques étrangères, [commerciales](#) et de développement dans les pays de la rive sud de la Méditerranée

# تم بحمد الله وقوته وتوفيته



# صدر سابقا من مجلة الباحث الأعداد التالية

**العدد 34 - أيار 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 34 - أيار 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 37 - ديسمبر 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 37 - ديسمبر 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 36 - أكتوبر 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 36 - أكتوبر 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 34 - فبر 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 34 - فبر 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 33 - أيلول 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 33 - أيلول 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 32 - يوليو 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 32 - يوليو 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 31 - يونيو 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 31 - يونيو 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 30 - مايو 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 30 - مايو 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

**العدد 29 - أبريل 2021**  
**مجلة الباحث**  
 للدراسات والبحوث القانونية وال قضائية  
 Researcher's Journal  
 of Legal and Judicial Research and Studies  
 مجلة قانونية محكمة تضم نشر المقالات والبحوث القانونية والقضائية

إصدار: العدد 29 - أبريل 2021 - ISSN: 2558 - 6833  
 جميع حقوق النشر محفوظة لسنة 2021 ©  
 www.allbahit.com  
 fb: majalbahit

رابط نهيل جميع الأعداد هنا:

<https://www.allbahit.com/search/label>