

مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

إشراف وتنسيق:

د. المصطفى الخشام الشعيبي د. إبراهيم أشويعر

الطبعة: الأولى 2020

العدد: الخامس من مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 20019PE0031

ردم : 2665-8232 : ISSN

توزيع: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

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

جميع الحقوق محفوظة 2020

لمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

مجلة عدالة لدراسات القانونية والقضائية

مدير المجلة

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

رئيس تحرير المجلة

د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق

اللجنة العلمية

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

قواعد النشر

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

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

محتويات العدد 5

كلمة افتتاحية للعدد الخامس من المجلة

8..... د. عبد السلام أحمد فيغو

المحور الأول: دراسات وأبحاث في القانون الخاص

الإطار القانوني الدولي للملكية الأدبية و الفنية

14..... دة. و داد العيدوني

مقاربة نقدية للقانون 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء

28..... الدكتور إبراهيم الهراوة

أثر معيقات تحقيق الرهن الرسمي على إضعاف الائتمان البنكي

39..... د. عبد المهيمن حمزة

تداعيات كورونا "كوفيد 19" على المقاولات المغربية

50..... دة خديجة علاوي / دة وردة غزال

جريمة المس بصورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص

65..... ياسين الكعيوش

شهادة بعدم التعرض ومسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية

77..... د. المصطفى الغشام الشعبي

التحفيظ العقاري كآلية لتحقيق الأمن العقاري

84..... د. محمد فلون

آفاق المحافظة العقارية الرقمية في حكامه التسيير الإداري والحد من ظاهرة الاستيلاء

على الملكية العقارية

93..... ذ . حمزة امزيل

تبني الوسائل البديلة للوقاية من جرائم التسيير في الشركات التجارية

105..... عبدالاله الشملي

السلامة الصحية للأجير في ظل جائحة كورونا بين محدودية المقتضيات القانونية والتحديات

المستقبلية

113..... خديجة الشباني / سهام القشتول

شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها " دراسة في ضوء العمل القضائي المغربي "

123..... عبدالله مزغي

- السياسة الجنائية في الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة
142.....كوثر زركان
- عقد الإستصناع-دراسة في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والتشريع المغربي-
151.....مروان بوسيف/محمد الهبول
- عقد البيع العرفي في التشريع المغربي
177.....فاطمة الزهراء الوجدي /هدى عدلي
- المقاربة القانونية لإعلان حالة الطوارئ الصحية
185عبد المغيث الحاكمي
- العمل القضائي وتحديد طبيعة القرارات الصادرة عن النيابة العامة
192.....هشام العقراوي
- المحور الثاني: دراسات وأبحاث في القانون العام
- الفاعل المدني وإشكالية الديمقراطية التشاركية المحلية
198د. محمد الحساوي التقال
- الحكامة المالية للجماعات الترابية: نموذج الميزانية التشاركية
214د.صباح ياسين
- أهمية مخرجات المحاكم المالية وأثرها في تحريك الرأي العام الوطني
233.....د. عبد الودود الزباخ
- المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي
250.....عبد الغني السرار
- حكمة تدبير الشأن الترابي في ضوء القانون التنظيمي للجماعات
280.....عبد الاله طلوع
- حدود السلطة المالية للبرلمان بالمغرب بعد دستور 2011
291.....د. عبد الرفيع زعنون
- الآليات البديلة لتسوية المنازعات الضريبية واقع المنع وأفاق الجواز - دراسة مقارنة -
314.....ذ. عبد الإله كيلاي

المحور الثالث: دراسات وأبحاث في القانون المقارن

النظام القانوني لحماية الشهود في قضايا الفساد – دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة.

331..... د. أحمد محمد براك حمد

قواعد ترجيح البينات بين الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية

375..... هداج صفاء

طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية

397..... العرفي بن الفقيه

التغيرات المناخية و الاجئ البيئي

407..... آمال والشرف

المعايير الدولية والإقليمية والوطنية لاستقلالية المهن القضائية

423..... محمد البغدادي

المحور الرابع: دراسات وأبحاث باللغة الفرنسية

L'adaptation du contrat international à l'épreuve de la Covid 19

Dr. MOHAMED YAZID MAZOUZI.....456

La Maîtrise de l'Energie face à l'Evolution de la Consommation Energétique
dans le Secteur de l'Industrie au Maroc

Youness CHFAIRA474.

كلمة افتتاحية للعدد الخامس من مجلة عدالة

د عبد السلام أحمد فيغو

أستاذ بكلية الحقوق اكدال - جامعة محمد الخامس بالرباط-

يشرفني ويسعدني في هذه الكلمة الافتتاحية التي طلب فيها مني الإخوة الزملاء المشرفون على هذه المجلة أن اكتب كلمة افتتاحية لهذا العدد.

يطيب لي أن أقدم هذا العدد الخامس إلى رجال القانون، من الأساتذة الدارسين والباحثين بالجامعات المغربية، ومن القضاة والمحامين، ومن الطلبة المتعطشين لمعرفة القانون .

و تعتبر هذه المجلة من الدوريات التي تشق طريقها في المحيط القانوني المغربي بكل تودة واتزان، إذ أن في موضوعاتها الجديد والجدية من بحوث ودراسات تحمل كثير من الإضافات لم يتم التطرق لها من قبل، ولها فضل السبق و فيها معالجة كثير من هذه الموضوعات الشائكة التي كانت وما زالت محل نقاش سواء في الفقه، والقضاء أو محل اختلاف في التشريعات المختلفة.

وهذه المهمة يقوم بها مجموعة من الباحثين في مجال الدراسات والعلوم القانونية، في إطار البحث العلمي القانوني.

والبحث القانوني في هذا المفهوم نوعان من حيث النطاق المكاني والتحليل العلمي ، وقد كان له وجود على صفحات هذه المجلة سواء من خلال بحوث مقارنة أو غير مقارنة.

والبحث المقارن يلجا فيه بعض الباحثين إلى مقارنة عدة أنظمة قانونية وطنية وأجنبية، تشريعا وفقها وقضاء وذلك لاستخراج أوجه التشابه أو التماثل وأوجه الاختلاف أو التباين، وفيه تبيين التنظيم القانوني الأمثل للمسالة مناط البحث أو محاولة ابتداء تنظيم أو الإضافة أو التطوير لنظام سائد وذلك لجعله ادني للكمال.

أما البحث غير المقارن: فقد اكتفى فيه ببعض الأبحاث المقدمة ببيان سياسة المشرع الوطني في مسالة ما، وجدير بالذكر أن لجوء الباحث إلى شرح وتحليل وجهة نظر الفقهاء الوطنيين والمقارنة بينهما لا يضيفي على بحوثهم صفة المقارنة، إذ أن المنهج المقارن لا يكون متبعا إلا عند موازنة النظام القانوني الوطني بأنظمة قانونية أجنبية أخرى وذلك لبيان محاسن النظام القانوني ومساوئه وكذلك الأنظمة المقارنة الأولى.

والبحث العلمي القانوني بصفة عامة هو أداة لتحليل المعلومات والمعارف بهدف الحصول على حقائق معينة، ويفيد الباحث في الحصول على حقائق جديدة وتنمية معلوماته العلمية والفنية .

ويحتاج الباحث والطالب في القانون إلى مثل هذه البحوث، حيث يتم تزويده بعقلية علمية تمكنه إلى إخضاع الوقائع والظواهر القانونية إلى نظريات علمية متماسكة واستخدام المناهج العلمية في تحليل هذه الوقائع والظواهر، وتكون وظيفته متماثلة لوظيفة جدول الضرب والقسمة والجمع والطرح بالنسبة لطالب الرياضيات.

والقانون، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف إقامة نظام اجتماعي عن طريق حكم سلوك الأفراد في المجتمع، يدخل في نطاق العلوم الاجتماعية، ومن هنا كانت صلاته بها واعتماده عليها في إقامة قواعده. فهو يتصل بعلم السياسة حين يضع قواعد النظام السياسي في المجتمع، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها.

وهو يتصل بعلم الاجتماع، إذ يعتمد عليه في تعرف الحقائق الاجتماعية كما هي حية في المجتمع، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التي يصوغ منها نسيجه.

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العملي في التطبيق، فيستهدي في وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية والبحوث النافعة.

وهو يتصل بالاقتصاد السياسي حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة والتأثر المتبادل بينهما وثيق، حيث نجد في مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية في القانون مذهب "الاقتصاد الحر"، "الاقتصاد المدار"، وبذلك يتراوح الأمر في القانون وفي الاقتصاد السياسي بين مبدأ حرية الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة. وإذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية، فإن ذلك لا يعني أنه محكوم بالاقتصاد وحده، فالإقتصاد ليس إلا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل في تكوين القانون.

غير أن القانون وإن كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية، فليست قواعده بالوحيدة بين القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع.

و هو – أي القانون - بداية طريق العدل، ولا بد أن يكون هناك قانون ينظم الحياة ويحمي حقوق الأفراد ويكون مرجعا يستند إليه. فما هو القانون الذي يحمي العدالة؟

إن سيادة القانون هي الأساس في تطبيق العدالة، بحيث يقف كل الناس أمامه ويخضعون لأحكامه لا فرق بين إنسان وآخر، فهو مجموع القواعد التي تسنها الدولة من أجل تنظيم شؤون البلاد والعباد وتسيير أمورهما، ووضع النظم والضوابط التي تطبق على جميع الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية، وفي علاقاتهم مع الدولة، وهي التي تنظم الأمور المدنية والتجارية والجنائية، وهي التي ترسي أصول الحكم، والقانون يصدر عن السلطة التشريعية المختصة.

والقانون باعتباره مجموعة القواعد الملزمة المقترنة بالجزاء والمنظمة للسلوك في المجتمع يعد ضرورة اجتماعية بالإضافة إلى كونه ظاهرة اجتماعية. إذ لا مجتمع بغير قانون ولا قانون بغير مجتمع.

ويبقى موضوع القانون هو تنظيم العلاقات الاجتماعية بقواعد يتوفر لها العمومية والتجريد والإلزام، وتكفل السلطة العامة في الجماعة تنفيذها جبرا عند الاقتضاء أو توقيع الجزاء على الخارجين عن أوامرها أو نواهيها ضمنا لاحترام هذه القواعد التي تتوقف فعالية تطبيقها على احترام الأشخاص المخاطبين بأحكامها طوعا أو خضوعهم لها جبرا عنهم أو تحاشيا منهم للإيلام الذي يرى الفرد أنه يعترى المخالفين لقواعد القانون من جراء توقيع الجزاءات القانونية عليهم.

وهو في مهمته التنظيمية هذه يسعى إلى تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد في سعيهم لإشباع حاجاتهم وبين مصلحة الجماعة.

ثم أنه إزاء تشابك مصالح الأفراد وإزاء ما يحدث من تعارض بينها فيما يقوم بينهم من علاقات فقد كان طبيعيا أن يعمل القانون على تغليب بعض هذه المصالح على بعض عند توافر شروط معينة من خلال ما يجعله لمن تم تغليب مصلحته من حق يفرض القانون على الكافة واجبا عاما باحترامه.

وتصوري الشخصي لعلاقة القانون بالعدل بان: العدل كالشجرة التي يستظل تحتها جميع الأفراد، والقانون هو بذرة تلك الشجرة، والماء الذي يسقيها هو الالتزام بتطبيق القانون.

وبخروج هذه المجلة في عددها الخامس وبحلتها الجديدة إلى الوجود، فإنها ستسد ثغرة واسعة في الفقه القانوني المغربي، وتثري المكتبة القانونية المغربية إثراء ثميننا، ويجلي ناحية من نواحي القانون الخاص والقانون العام التي ما زال يكتنفها الغموض.

ورغم أن الفن القانوني واحد، إلا أن لكل فرع من فرعي القانون العام والخاص، لغته الخاصة به من الاصطلاحات والعبارات المستمدة من طبيعة القانون العام أو الخاص، وأهدافه ومشكلاته وعلاقته بالفروع الأخرى

والمجلة في المحصلة تنبني على خصال منهجية شكلية وميزات جوهرية أصيلة، فهي تعتمد أسلوبا واضحا ينساب ببسر ويرتكز على مراجع ثرية ومتنوعة، كما أنها تحمل جهودا ومساهمات بينة شملت مكونات القانون الخاص والقانون العام ، وأضافت إثراءات جديدة على العمل لا تتكرر.

وتزخر هذه المجلة بالأبحاث العلمية والتعليقات القانونية والقضائية التي سيكون لها عظيم الأثر في المغرب وخارجه. وهي تعالج أدق المشكلات والمعضلات والقانونية والاجتماعية المعاصرة، على بساط البحث لتجد حلولها الفقهية، وتأخذ الموضوعية اتجاها في طريق الأصالة، وإيجاد الحلول المناسبة لها وبإسهامات الباحثين الجادين.

وقد جاءت هذه البحوث مقسمة في ثلاثة محاور، يقدم المحور الأول فيها دراسات في القانون الخاص، باعتبار أن القانون المدني هو حجر الأساس في القانون الخاص وجوهره، حتى ساغ القول بان القانون المدني هو القانون الخاص نفسه، فيما عدا ما تتضمنه قوانين أخرى تفرعت عنه كالقانون التجاري وقانون الشغل والمساطر القانونية.

وهي تحكم أنواعا معينة من العلاقات ظهرت الحاجة في بعض نواحيها إلى قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد القانون المدني مع تطبيق القانون المدني في شأنها في كل ما لا توجد بشأنه قاعدة خاصة.

وامتازت المجلة باشمالها على عدد كبير من الدراسات في مجالات مختلفة من هذا القانون (المدني أو التجاري أو الجنائي أو العقاري أو المسطري أو الجمركي)، واستعرضت هذه الدراسات سواء المقدمة من طرف الأساتذة الأجلاء المحترمين من مختلف الجامعات المغربية أو من طرف خبراء مهنيين أو من طرف طلبة باحثين يستعدون لتقديم أطاريحهم الجامعية .

أما المحور الثاني فقد خصص لمجموعة من الدراسات في القانون العام، وهي التي تنظم العلاقات التي تكون طرفا فيها سلطة عامة، وهذه العلاقة منها ما يكون علاقة بين السلطة العامة وفرد من الأفراد ومنها ما يكون علاقة بين سلطتين عامتين.

وفي المجلة أيضا مجموعة من الدراسات سواء في المجال الدستوري أو الإداري أو المالي أو غيره من مجالات هذا القانون.

أما المحور الثالث فقد خصص لدراسات في القانون المقارن، وقد حاول فيه الباحثون السير على ذات المنهج في الدراسة المقارنة قدر المستطاع لما في الدراسة المذكورة من فوائد علمية كبيرة للطلاب والباحث، فلم يغفلوا بيان موقف الفقه والتشريعات المدنية والقوانين الأجنبية، واتجاهات القضاء المغربي والأجنبي.

وفي المجلة كشف شامل عن التحولات الجديدة التي طرأت على صعيد القانون المغربي، وهي مرآة لما ينتجه الباحثون المغاربة وما يقدمونه من إضافات للمكتبة القانونية المغربية. وقد بذل الباحثون ما في وسعهم من جهد لبيان إضافاتهم في المجال التشريعي، ومناقشة آراء الفقه من أجل أن لا تكون المجلة منهجية ومحدودة في فائدتها، فالمجلة مفيدة لكل من له صلة بعلم القانون لأنها تضم الجانب النظري والتطبيقي.

وأشيد بهذا الاجتهادات والإبداعات المقدمة من طرف الأساتذة الباحثين والطلبة، وقد بذلوا جهدا يشكرون عليها واحتوت أبحاثهم على أفكار ورؤى مسايرة للفقه والقضاء ولا تتخلف عن ركبها وفيها جهود طيبة تتغلب على الصعوبات المختلفة.

والمجلة ستسير على الخطة التي رسمتها لنفسها، جادة في العمل الذي ألقته على كاهلها، غير مكترثة بالعقبات التي قد تعترض مسيرتها، واضعة في اعتبارها قول الله تعالى: "وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون".

وليس من السهل على الإخوة الزملاء القائمين على هذه المجلة أمام تعدد التزاماتهم أن يقوموا بمثل هذا العمل وإخراجه إلى القراء، فذلك جهد مضاعف بين البحث العلمي والالتزامات التي يقومون بها لا يمتلكها إلا من تحدوه رغبة في تطوير البحث وتقديم الإضافة في مجال البحث العلمي.

فشكرا للزميلين العزيزين المشرفين على هذه المجلة وخص بالذكر الدكتور المصطفى الغشام الشعبي والدكتور إبراهيم اشويعر على مجوداتهما القيمة، وعلى إخراج هذه المجلة الهامة، ومزيديا من التوفيق لهما، واني على يقين بأن هذه المجلة ستلقى الرواج والانتشار لدى المهتمين من رجال القانون وطلابه وسيجدون فيها ضالتهم المنشودة.

كما نأمل أن تكون هذه المجلة قد وضعت لبنات في علم البحث القانوني في هذا البلد العزيز، ونسال الله أن ينفعنا وان ينفع بها والله ولي التوفيق.

عبدا لسلام احمد فيغو
أستاذ بكلية الحقوق اكدال
جامعة محمد الخامس بالرباط

دراسات في القانون الخاص

المحور
الأول

الإطار القانوني الدولي للملكية الأدبية و الفنية

د. و داد العيدوني

مديرة مختبر الدراسات القانونية و التنمية المستدامة في الفضاء الأورومتوسطي

ترتبط الملكية الأدبية و الفنية بأسمى ما يملكه الإنسان و هو العقل في إبداعاته و تجلياته الفكرية، فالعقل البشري إنما خُلق ليفكر و يبدع، و بقدر ما يتم توفير الحماية الفعالة لهذا الحق بقدر ما تنشط ملكة الإبداع و قدرة الابتكار لدى الأفراد، لذا كان من الضروري البحث عن وسائل فعالة لحماية هذا العقل و حماية إبداعاته المختلفة.

ومن هنا برزت أهمية تنظيم حقوق المؤلف و الحقوق المجارة له في المنتظم الدولي، و ربط تلك الاهتمامات بمجموعة من الاتفاقيات الدولية بدءاً من اتفاقية برن ، مروراً باتفاقية ترييس و اتفاقية التبادل الحر، و انتهاءً بمعاهدة مراكش لتيسير النفاذ إلى المصنفات المنشورة لفائدة الأشخاص المكفوفين أو معاقبي البصر أو ذوي إعاقات أخرى في قراءة المطبوعات.

و تتميز تلك الحقوق بتجاوزها الحدود الإقليمية إلى النطاق الدولي لأنها لا تعرف حدوداً ، الأمر الذي يتطلب حمايتها داخلياً عن طريق التشريع الوطني و خارجياً من خلال المعاهدات و الاتفاقيات الدولية.

وقد بدأ التفكير في حماية حق المؤلف عملياً على الصعيد الدولي في منتصف القرن التاسع عشر ، في شكل اتفاقيات ثنائية تنوّل الاعتراف المتبادل بهذه الحقوق و لكنها لم تكن شاملة بما فيه الكفاية ، كما لم تكن نمطاً موحداً ، بيد أن الحاجة إلى وضع هذه الاتفاقيات أفضى إلى اعتماد اتفاقيات قاعدية أساسية رسخت أهمية الملكية الأدبية و الفنية _ باعتبارها أساس قيام النهضة في المجتمعات المتقدمة، بل أساس لحفز الإبداع و المبدعين فيها، و لذلك اكتسبت أثراً بارزاً و أهمية قصوى في المجال الاقتصادي و الحضاري للأمم _ كان أولها اتفاقية برن بشأن حماية المصنفات الأدبية و الفنية التي تعد استجابة حقيقية لسؤال الحماية ، ثم تلتها بعد ذلك العديد من الاتفاقيات المختلفة، كالاتفاقية العلمية لحقوق المؤلف، و اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، و اتفاقية الويبو لحماية حقوق التأليف ، و اتفاقية التبادل الحر. بالإضافة إلى اتفاقية التسجيل الدولي للمصنفات السمعية و البصرية، و الاتفاقية العربية لحقوق المؤلف . أما بشأن الاتفاقيات و المعاهدات الدولية الخاصة بالحقوق المجاورة ، فإن أبرز جهد عالمي لحمايتها يتجلى في اتفاقية روما لعام 1961 لحماية فناني الأداء، و منتجي التسجيلات الصوتية (الفونوجرامات)، و هيئات الإذاعة ، و اتفاقية جنيف بشأن حماية منتجي التسجيلات ضد النسخ غير المشروع، و تسجيلاتهم الصوتية ، و معاهدة

الويبو بشأن حقوق الأداء و التسجيلات الصوتية ، و اتفاقية بروكسل الاتفاقية بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر التتابع الصناعية .

وعليه سنخصص المحور الأول : للحديث عن الاتفاقيات الدولية لحق المؤلف و المحور الثاني للاتفاقيات الخاصة بالحقوق المجاورة .

المحور الأول : الاتفاقيات الدولية لحق المؤلف

وهي مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية- ثنائية كانت أم جماعية- المبرمة لحماية حق المؤلف بكافة أبعاده ، ويمكن استعراضها على النحو التالي :

1- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية تم توقيعها في مدينة برن السويسرية في 9/9/1886،

وكملت في باريس 1896 و عدلت في برلين سنة 1908، ثم كملت في برن 1914، ثم عدلت في روما سنة 1967، وفي بروكسيل سنة 1948 ، وفي ستوكهولم 1967 وأخيرا في باريس 1971. وبموجب اتفاقية برن ووفقا لما ورد به نص المادة الأولى من الاتفاقية، فقد تم تشكيل اتحاد دولي لحماية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية¹.

تشمل اتفاقية برن مجموعة من الأحكام المتعلقة بالحد الأدنى للحماية الواجب منحها وبعض الأحكام الخاصة التي وضعت لمصلحة البلدان النامية. وتستند إلى ثلاثة مبادئ أساسية :

- مبدأ المعاملة الوطنية: ويقصد به تمتع المصنفات التي تم إعدادها في دولة من دول الاتحاد بالحماية في بقية دول الاتحاد ، وبنفس مستوى الحماية الممنوحة من تلك الدول لمصنفات مواطنيها².

- مبدأ استقلالية الحماية : ومؤداه كما يقول د.حسن جميعي : " أن نطاق الحماية ووسائل الطعن المقررة لحق المؤلف يحكمها التشريع الوطني للدولة المطلوب توفير الحماية فيها دون سواها وبغض النظر عن أحكام هذه الاتفاقية.

على أن ذلك رهين بالالتزام بالحدود الدنيا للحماية ودون إخلال بحق الدولة العضو في الاتحاد في التوسع في الحماية من حيث النطاق أو المدة"³.

1- ورد نص المادة الأولى من الاتفاقية بأن "تشكل الدول التي تسري عليها هذه الاتفاقية اتحادا لحماية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية

2 - انظر المادة 5 من اتفاقية برن .

3 - انظر حسن جميعي : الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة – ص: 5- ندوة الويبو الوطنية عن إنفاذ حقوق الملكية الفكرية للقضاة و المدعين العامين - البحرين 2004

- مبدأ الحماية التلقائية: ومعناه أن المصنفات تحمي بشكل تلقائي بمجرد نسبتها إلى المؤلف ومن غير أن يتوقف ذلك على أي إجراء شكلي لتقرير التمتع بالحق أو حمايته.¹

كما أن للدولة العضو بالاتحاد أن تضع قيودا على حماية حقوق المؤلفين تقيد بها حماية المصنفات الخاصة بالمؤلفين من رعايا دولة غير عضو متى كانت هذه الدولة الأخيرة لا تقرر الحماية الكافية لمصنفات المؤلفين من رعاياها.²

وتتناول المعايير الدنيا لحماية المصنفات و الحقوق الواجب حمايتها ومدة الحماية :

1-بالنسبة إلى المصنفات ، يجب أن تشمل الحماية : " كل إنتاج في المجال الأدبي والعلمي و الفني ،أيا كانت طريقة أو شكل التعبير عنه " (المادة 2(1) من الاتفاقية)

ومع مراعاة بعض التحفظات أو التقييدات أو الاستثناءات المسموح بها ، تدخل الحقوق تالية الذكر ضمن الحقوق التي يجب الاعتراف بها كحقوق تصريح استثنائية : حق الترجمة / وحق تحويل المصنفات وتعديلها / وحق الأداء العلني للمسرحيات و المسرحيات الموسيقية و المصنفات الموسيقية / وحق تلاوة المصنفات الأدبية علنا / وحق نقل أداء تلك المصنفات للجمهور / وحق الإذاعة مع جواز النص في تشريع الدولة المتعاقدة على مجرد الحق في الحصول على مكافأة عادلة بدلا من حق التصريح/ وحق الاستنساخ بأية طريقة أو شكل كان (مع جواز نص الدولة المتعاقدة على السماح في بعض الحالات الخاصة بالاستنساخ دون أي تصريح شرط ألا يخل الاستنساخ بالاستغلال العادي للمصنف، وألا يسبب أي ضرر لا داعي له للمصالح المشروعة للمؤلف، ومع جواز النص على الحق في الحصول على مكافأة عادلة عن التسجيلات الصوتية للمصنفات الموسيقية)/ وحق استعمال مصنف ما لإنتاج مصنف سمعي بصري، وحق استنساخ ذلك المصنف أو توزيعه أو أدائه علنا أو نقله للجمهور.

وتنص الاتفاقية على بعض " الحقوق المعنوية"، أي الحق في المطالبة بنسب المصنف إلى مؤلفه والحق في الاعتراض على أي تشويه أو تحريف أو تعديل أو تقييد للمصنف من شأنه الإضرار بشرف المؤلف أو شهرته.

وفيما يتعلق بمدة الحماية، تستوجب القاعدة العامة منح الحماية حتى انقضاء خمسين سنة من وفاة المؤلف. بيد أن هناك بعض الاستثناءات لتلك القاعدة العامة. ففي حالة نشر مصنف مغفول اسم مؤلفه أو تحت اسم مستعار، تنقضي مدة الحماية بعد 50 سنة من إتاحة المصنف قانونا للجمهور، ما لم تتضح تماما هوية المؤلف من الاسم المستعار، أو ما لم يكشف المؤلف عن هويته خلال تلك الفترة. وفي الحالة الأخيرة،

¹ - الفقرة 2 من المادة 5 من اتفاقية برن .

² - انظر :د.حسن جميعي : الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة – ص: 5.

تطبيق القاعدة العامة. وبالنسبة إلى المصنفات السمعية البصرية (السينمائية)، تبلغ المدة الدنيا للحماية 50 سنة اعتباراً من تاريخ إتاحة المصنف للجمهور (أي عرضه) وإلا اعتباراً من تاريخ ابتكاره. وبالنسبة إلى مصنفات الفنون التطبيقية والمصنفات الفوتوغرافية، تبلغ المدة الدنيا للحماية 25 سنة اعتباراً من تاريخ ابتكارها.

2- الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف، تم توقيعها في جنيف في 6/9/1952، وعدلت صياغتها في باريس في 24/7/1971، وهذه الاتفاقية لم تكن بديلاً للاتفاقيات السابقة وإنما كان الهدف منها توفير الحماية لحقوق المؤلف بين البلدان ذات المصالح المختلفة. وتضم الاتفاقية بين دفتيها (21) مادة. ولا تؤثر هذه الاتفاقية بأي حال في أحكام اتفاقية (برن) لحماية المصنفات الأدبية والفنية... ولا على العضوية في الاتحاد الذي أنشأته الاتفاقية المذكورة.

وتعتبر معايير الحماية في هذه الاتفاقية هي الأدنى إلى الحد الذي يمكن أن تقبله الدول حديثة العهد بالاستقلال، والدول الأخرى التي لم تنضم بعد إلى النظام الدولي وآخر تعديل جرى على الاتفاقية كان في باريس في 24/7/1971 وتهدف إلى تأمين الحماية لحقوق المؤلف والأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل في حماية المؤلفين والمصنفات وتحديد مدة الحماية بفترة لا تقل عن الخمس والعشرين سنة التالية لوفاة المؤلف مع احترام الحقوق المالية للمؤلف، ويجوز لدول الأطراف فيها الخروج على بعض أحكامها في تشريعاتها الوطنية بما لا يتعارض مع روحها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الاتفاقية لم تحصر المصنفات المحمية، بل تركت حمايتها لتشريعات الدول المتعاقدة، كما أن الاتفاقية حرصت على تقييد مدة الحماية بشروط معينة طبقاً لمقتضيات المادة 4 من الاتفاقية.

3- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس): تقع هذه الاتفاقية في مادة تستهدف تحرير التجارة العالمية مع الأخذ في الاعتبار بضرورة تشجيع الحماية الفعالة والملائمة لحقوق الملكية الفكرية، و ضمان ألا تكون التدابير المتخذة لإنفاذ حقوق الملكية الفكرية في حد ذاتها عوائق أمام التجارة الدولية المشروعة.¹

إن اتفاقية تريبيس اقتضت من الدول الأعضاء توفير حماية قوية لحقوق الملكية الفكرية فنصت على أنه يجب أن تمتد حقوق التأليف والنشر إلى 50 سنة بعد وفاة المؤلف. (المادتان 12 و 14)

• يجب أن تمنح حقوق المؤلف تلقائياً وليس استناداً إلى أي "شكلية"، مثل التسجيل أو التجديد.

¹ - انظر: د.حسن جمعي: المرجع السابق.

• يجب أن يعتبر القانون برامج الحاسب الآلي "كأعمال الأدبية" تحت حقوق التأليف والنشر وأن تلقى نفس شروط الحماية.

كما خصصت اتفاقية تريبس القسم الأول من الجزء الثاني منها للحديث عن " حق المؤلف والحقوق المتعلقة به" و هو يتألف من ست مواد (أي المواد من 9 إلى 14). ويتناول خمس منها (المواد من 9 إلى 13) حق المؤلف وتتناول إحداها (المادة 14) ما يسمى بالحقوق المتعلقة بحق المؤلف. كما أرسى اتفاقية التريبس مبدئين هاميين هما :

- مبدأ المعاملة الوطنية : و يقصد بالمبدأ الأول أن تحقق كل دولة من الدول الأعضاء ذات المعاملة و الحقوق و الحماية المقررة لرعاياها و المقيمون إقامة معتادة فيها لكل صاحب حق من الحقوق محل التنظيم و الحماية يتمتع بجنسية أي دولة عضو أخرى في المنظمة¹.

- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية : ويقصد به أن يتمتع مواطنو كل دولة عضو بالمنظمة بذات المزايا أو التفضيلات أو الامتيازات أو الحصانة التي تقرها إحدى الدول الأعضاء لمواطني الدولة عضو أخرى².

وتضمنت اتفاقية تريبس تضمنت مستجدات هامة في مجال الملكية الفكرية أبرزها :

1-إضافة قواعد جديدة خاصة في مجال حماية برامج الحاسوب ، وقواعد البيانات .

2-تنظيم المحتوى الاقتصادي المالي و الاستثماري لمصنفات الملكية الفكرية .

3-إحداث مركز لإدارة الملكية الفكرية إلى جانب منظمة " الويبو " وهو منظمة التجارة العالمية "wto" التي خصصت اتفاقية إنشائها من بين هيئاتها مجلسا خاصا لتنفيذ اتفاقية تريبس وإدارتها³.

4-اتفاقية الويبو لحماية حقوق التأليف :

تم توقيع اتفاقية الويبو المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) في استوكهولم في 14 يوليو 1967 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1970 وعدلت سنة 1979 والويبو عبارة عن منظمة دولية حكومية أصبحت في عداد الوكالات المتخصصة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة سنة 1974 ويرتقي تاريخ إنشاء الويبو إلى سنتي 1883 و 1886 عندما أبرمت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية واتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية على التوالي .وقد نصت كلتا الاتفاقيتين على إنشاء

1 - انظر نص اتفاقية تريبس المادة 3 وعنوانها المعاملة الوطنية.

2 - انظر اتفاقية تريبس المادة 4 وعنوانها معاملة الدولة الأكثر رعاية.

3 - محمد محيي الدين عوض :حقوق الملكية الفكرية وحمايتها قانونا - حقوق الملكية الفكرية ، ص: 34.

“مكتب دولي”. وتم توحيد المكتبيين الدوليين سنة 1893 وحلت المنظمة الدولية للملكية الفكرية مكانهما بناء على اتفاقية الويبو سنة 1970.

وجاءت كاتفاق خاص وفقا للمعنى الوارد في المادة (20) من اتفاقية برن للإعلان من نطاق و حدود الحماية المقررة لحق المؤلف على المصنفات الأدبية و الفنية¹. كما عززت اتفاقية الويبو من مكانة اتفاقية برن عندما نصت في مادتها الأولى ضرورة التزام الدول الموقعة عليها بالمواد الأساسية في اتفاقية برن و منها المواد من (1-21) و ملحق اتفاقية بيرن. كما أنها فتحت المجال للدول الأعضاء في اتحاد برن للانضمام إليها . كما أنها لا تنتقص من أي من الحقوق أو الالتزامات الواردة في غيرها من الاتفاقيات كاتفاقية TRIPS و الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف .

ومن مميزات اتفاقية (WCT) تعاملها مع مجموعة من الأمور الأساسية و أهمها الأعمال التي يتم تداولها عبر شبكة الانترنت ، و من أهمها تلك الحقوق المتصلة بتخزين و بث الأعمال و كذلك الاستثناءات و القيود الواردة على تلك الحقوق . كما قامت بتوضيح مجموعة من الأحكام مثل :

- تخزين الأعمال على الوسط الإلكتروني يقابل مفهوم النسخ في الأعمال الأدبية و الفنية التقليدية وفق مفهوم المادة (9) من معاهدة برن .

- حق بث العمل على الانترنت يجب أن يكون محددًا بموافقة المؤلف أو صاحب الحق في التأليف مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك .

- ضرورة حماية العمل عندما يتم نقله أو توصيله إلى الجمهور و بغض النظر عن العمل أو طبيعته سواء تم بث العمل بواسطة الطرق السلكية و اللاسلكية بما في ذلك جعل العمل متاحًا للكافة من الناس بحيث يتاح للأفراد الاطلاع على هذه الأعمال في الوقت و المكان الذي يحدده.

كما عالجت اتفاقية (WCT) مسألة هامة لم يسبق لاتفاقية بيرن أن عالجتها من قبل و هي " البيانات المجمعة " حيث وضحت في المادة (5) أن البيانات أو المواد المجمعّة مهما كان شكلها و التي استحققت الحماية بسبب طريقة اختيارها أو تجميع محتوياتها تشكل ابتكارًا و يجب حمايتها على هذا الأساس . إلا أن تلك الحماية لا تمتد إلى المعلومات أو البيانات ذاتها و لا تؤثر أيضا على حقوق التأليف للمواد التي تتكون منها تلك البيانات أو المعلومات المجمعّة و هذا يعني أن مناط الحماية وفق أحكام الاتفاقية هو الجهد المبذول

¹ - حسن جميعي: المرجع السابق - ص: 19.

في ترتيب تلك المعلومات ، دون أن تؤثر على المعلومات نفسها و التي قد تكون محمية، أو غير محمية بحقوق المؤلف .

وفيما يتعلق بالحقوق الممنوحة للمؤلفين تمنح هاته المعاهدة أيضا ثلاثة حقوق للمؤلفين وهي:

حق التوزيع /حق التأجير / وتوسيع حق نقل المصنف إلى الجمهور . وكل حق من تلك الحقوق استثنائي شريطة مراعاة بعض الاستثناءات .

و نصت م / 11 من الاتفاقية أن على الأعضاء تقديم حماية قانونية فاعلة و إجراءات قانونية حاسمة ضمن نصوص قوانينها الوطنية لتعويض من يتم الاعتداء على حقوقهم بما في ذلك خرق إجراءات الحماية التي يتم استخدامها من قبل المؤلفين أو أصحاب حقوق التأليف لحماية مصنفاتهم¹ .

5-اتفاقية التبادل الحر:

تضم الاتفاقية ديباجة واثان وعشرون فصلا (أحكام تمهيدية و تعريفات-المعاملة الوطنية و لوج السلع إلى الأسواق- الزراعة و التدابير الصحية و تدابير الصحة النباتية- المنسوجات و الملابس - قواعد المنشأ - إدارة الجمارك - الحواجز التقنية أمام التجارة- التدابير الوقائية- الصفقات العمومية- الاستثمار- الخدمات عبر الحدود- الخدمات المالية- الاتصالات السلكية و اللاسلكية- التجارة عبر الوسائل الالكترونية- حقوق الملكية الفكرية- العمل (الشغل)- البيئة- الشفافية- إدارة هذا الاتفاق- تسوية المنازعات- الاستثناءات- الأحكام الختامية) بالإضافة إلى أربع مرفقات .

وتعد المادة 15 من اتفاقية التبادل الحر الإطار الذي تنتظم حوله الملكية الفكرية بشقيها الأدبي و الصناعي .

أرست اتفاقية التبادل الحر في مجال الملكية الفكرية مقتضيات هامة مثل :

- المعاملة الوطنية بالنسبة لجميع فئات الملكية الفكرية التي تشملها أحكام الفصل 15، إذ يمنح كل طرف من الطرفين لمواطني الطرف الآخر معاملة لا تقل عن المعاملة التي يخص بها مواطنيه فيما يتعلق بالحماية و التمتع بجميع حقوق الملكية الفكرية ، و بكل امتياز مترتب عن هذه الحقوق.

- تطبيق الاتفاق على الأشياء الموجودة والأفعال السابقة وذلك بأثر رجعي. وعلى العكس لا يلزم أي طرف من الطرفين بإعادة حماية شئ يكون قد أصبح من الملك العام في أراضيه في تاريخ دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ.(الفقرة 8 من البند1من المادة 15)

1 - بسام التلهوني : الإنترنت وإدارة الحقوق الرقمية /ص: 3-4 – ندوة الويبو مسقط، 23 و 24 مارس 2004 .

- الشفافية : بحيث يضمن كل طرف من الطرفين، بشكل تكون معه حماية حقوق الملكية الفكرية وتنفيذها شفافة بقدر الإمكان، أن تكون جميع القوانين واللوائح التنظيمية والإجراءات المتعلقة بحماية حقوق الملكية الفكرية أو تنفيذها مكتوبة ومنشورة، أو إذا كان النشر غير ممكناً، فتوضع تلك القوانين واللوائح التنظيمية والإجراءات رهن إشارة الجمهور بلغة وطنية على نحو يمكن الحكومات و مالكي حقوق الملكية الفكرية من الإلمام بها.(الفقرة 11 من البند 1 من المادة 15).

المحور الثاني: الاتفاقيات الخاصة بالحقوق المجاورة

إذا كنا قد أشرنا في السابق إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق المؤلف ، فإننا سنخصص هذا المحور للاتفاقيات المبرمة حول الحقوق المجاورة .

وقد سميت بالحقوق المجاورة لأنها تعتبر حقوقاً خاصة بالأشخاص الذين تدور أعمالهم في فلك استغلال المصنف الأدبي أو الفني والمرتببة لهم بناء على الدور الذي نفذوه فيه. ولأن مالكيها أيضاً ليسوا بمؤلفين، ولكنهم يقومون بتقديم أعمال تتمتع بالحماية بموجب قانون حق المؤلف ، من خلال وسائل يملكونها مثل الفنان الذي يؤدي المصنفات بصوته، أو منتج التسجيلات الذي يعرض المصنفات، أو هيئات الإذاعة التي تبث المصنفات المحمية للجمهور .

ومما لاشك فيه أن أهمية الحقوق المجاورة أضحت بارزة في ظل التطورات التقنية والتكنولوجية الذي يشهدها العالم في مجال التسجيل والبث الإذاعي . لذلك كان لابد من تقرير حقوق قانونية لهؤلاء الأشخاص، لحماية أعمالهم وإبداعاتهم الذهنية و الفنية في إطار حماية حقوق المؤلف ،مثلهم مثل مؤلفي المصنفات الأدبية والفنية .

وتتكون الحقوق المجاورة من:

- 1- حقوق الفنان المؤدي
- 2- حقوق منتج التسجيلات الصوتية
- 3- حقوق هيئات الإذاعة

ومن ابرز الاتفاقيات المبرمة بشأنها :

1- اتفاقية روما لعام 1961 لحماية فنانى الأداء، ومنتجي التسجيلات الصوتية(الفونوجرامات)، وهيئات الإذاعة، وقد انضم إليها -وفقاً لإحصائيات المنظمة العالمية للملكية الفكرية في نوفمبر 1999- (63) دولة، أما من الدول العربية فلم ينضم إليها إلا دولة واحدة هي لبنان.

ومن المبادئ الأساسية التي نصت عليها الاتفاقية :

- مبدأ المعاملة الوطنية: على غرار اتفاقية برن فقد ورد نص المادة (2) بإلزام الدول الأعضاء بمبدأ المعاملة الوطنية كلما منحت الحماية لأي من:

(أ) فناني الأداء من مواطني الدولة العضو في شأن أي أداء يجري أو يثبت لأول مرة أو يذاع في أراضيها.

(ب) منتجي التسجيلات الصوتية من مواطني الدولة في شأن التسجيلات الصوتية التي تنشر أو تثبت لأول مرة في أراضيها.

(ج) هيئات الإذاعة التي يقع مقرها الرئيسي في أراضي الدولة في شأن البرامج الإذاعية التي تبثها أجهزة الإرسال الواقعة في هذه الدولة.¹

كما حددت الاتفاقية الحدود الدنيا للحماية المقررة وفق ما يلي:

فنانو الأداء: إمكانية منع إذاعة أداء حيّ أو نقله إلى الجمهور أو تسجيله أو استنساخ تسجيل الأداء (بشروط معينة)؛

منتجو التسجيلات الصوتية: الحق في التصريح بالاستنساخ المباشر أو غير المباشر لتسجيلاتهم الصوتية أو في حظره؛

هيئات الإذاعة: الحق في إعادة بثّ برامجها الإذاعية وتسجيلها واستنساخ تسجيلات برامجها الإذاعية (بشروط معينة) ونقل برامجها التلفزيونية إلى الجمهور لقاء مقابل، وفي حظر كلّ ذلك².

2 - اتفاقية جنيف بشأن حماية منتجي الفونوغرامات من استنساخ فونوغراماتهم دون تصريح لسنة 1971.

تنص اتفاقية الفونوغرامات أو جنيف على التزام كل دولة متعاقدة بحماية أي منتج للتسجيلات الصوتية من مواطني دولة متعاقدة أخرى من إنتاج أية نسخ دون موافقته، ومن استيرادها إذا كان صنعها أو استيرادها بغرض توزيعها على الجمهور .

ويقصد بمصطلح الفونوغرام "كل تثبيت صوتي بحت (أي أنه لا يشمل مثلاً التسجيل الصوتي المصاحب للأفلام أوشرطة الفيديو)، أي كان شكله (اسطوانة أو شريط تسجيل أو خاف ذلك). ويجوز منح الحماية بناء على قانون حق المؤلف أو قانون خاص بالحقوق ذات الصلة أو قانون المنافسة غير المشروعة أو القانون الجنائي. ويجب أن تسري الحماية لمدة 20 سنة على الأقل اعتباراً من تاريخ التثبيت الأول أو

¹ - انظر حسن جميعي : المرجع السابق، ص: 9 .

² - هنري أولسون : الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف و الحقوق المجاورة، ص: 19-20.

النشر الأول للفونوغرام) . على أن القوانين الوطنية أصبحت تنص أكثر فأكثر على مدة للحماية طولها 50 سنة .) وتسمح الاتفاقية بفرض نفس التقييدات المنصوص عليها.

فيما يتعلق بحماية المؤلفين . كما تجيز التراخيص غير الطوعية إذا كان الغرض من الاستنساخ يقتصر على التعليم أو البحث العلمي ومحسورا داخل أراضي الدولة التي منحت سلطاتها التراخيص وبشرط منح المكافأة العادلة (المادة 6)

وتضطلع الويبو، بالاشتراك مع منظمة العمل الدولية ومنظمة اليونسكو، بإدارة هذه الاتفاقية.

3- معاهدة الويبو بشأن حقوق الأداء و التسجيلات الصوتية : تشمل 33 مادة ، هدفها الأساسي هو

تطوير حماية حقوق فنانى الأداء ومنتجى التسجيلات الصوتية والحفاظ عليها بطريقة تكفل أكبر قدر ممكن من الفعالية .

تضمنت هذه المعاهدة مجموعة من الأحكام العامة والتي تمثلت في :

- توضيح علاقة المعاهدة بالاتفاقيات الأخرى (المادة 1) .

- إعطاء مجموعة من التعاريف (المادة 2).

- توضيح المستفيدين من الحماية بناءً على المعاهدة (المادة 3).

- النص على مبدأ المعاملة الوطنية (المادة 4).

وقد تعرضت المعاهدة في الفصل الثاني إلى حقوق فنانى الأداء فعالجت حقوقهم المعنوية وكذلك حقوقهم المالية وخصوصاً في أعمالهم غير المثبتة وحق الاستنساخ وحق التوزيع وحق التأجير وأخيراً حقهم في تثبيت أدائهم غير المثبت .

وفي الفصل الثالث عالجت موضوع حقوق منتجى التسجيلات الصوتية كحق الاستنساخ وحق التوزيع وحق التأجير وحق منتجى التسجيلات الصوتية .

والفصل الرابع من المعاهدة تعرض لمجموعة من الأحكام المشتركة مثل : الحق في مكافأة مقابل

الإذاعة أو النقل إلى الجمهور، مدة الحماية ، الالتزامات المتعلقة بالتدابير التكنولوجية

وتلك المتعلقة بالمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق و الإجراءات الشكلية، والتحفظات

أما الفصل الخامس فتناول أحكاماً ختامية مثل : المكتب الدولي ، الجمعية ، أطراف المعاهدة، الحقوق

والالتزامات المترتبة على المعاهدة ، التوقيع على المعاهدة ودخولها حيز التنفيذ، نقض المعاهدة.

وتمنح المعاهدة فناني الأداء أربعة أنواع من الحقوق المالية في أوجه أدائهم المثبتة في تسجيلات صوتية (وليس في تسجيلات سمعية بصرية مثل الأفلام السينمائية). وتلك الحقوق هي:

1/ حق الاستنساخ،

2/ وحق التوزيع

3/ وحق التأجير.

4/ وحق إتاحة الأداء المثبت.

فحق الاستنساخ هو الحق في التصريح بالاستنساخ المباشر أو غير المباشر للتسجيل الصوتي، بأية طريقة أو بأي شكل كان.

و**حق التوزيع** هو الحق في التصريح بإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من النسخ عن التسجيل الصوتي للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى.

و**حق التأجير** هو الحق في التصريح بتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من النسخ عن التسجيل الصوتي للجمهور لأغراض تجارية، حسب التعريف الوارد في القانون الوطني للطرف المتعاقد (إلا بالنسبة إلى البلدان التي تطبق نظاما قائما على

منح مكافأة عادلة مقابل التأجير منذ 15 أبريل 1994

و**حق إتاحة الأداء المثبت** هو الحق في التصريح بإتاحة أي أداء مثبت في تسجيل صوتي للجمهور، بوسائل سلكية أو لا سلكية، بما يمكن أفرادا من الجمهور من الاطلاع عليه من مكان وفي وقت يختارهما الواحد منهم بنفسه. ويشمل ذلك الحق، بصورة خاصة، إتاحة الأداء المثبت عبر الإنترنت بناء على الطلب وبشكل متفاعل.

وتمنح المعاهدة ثلاثة أنواع من الحقوق المالية لفناني الأداء في أوجه أدائهم (الحية) غير المثبتة،

وهي :

1/ حق الإذاعة (إلا في حالة إعادة البث)،

2/ وحق النقل إلى الجمهور (إلا إذا سبق لأداء أن كان مذاعا)،

3/ وحق التثبيت.

وتمنح المعاهدة فناني الأداء أيضا حقوقا معنوية، وهي:

1/ الحق في أن يطالب فنان الأداء بأن ينسب أدائه إليه

2/ والحق في الاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر يكون ضارا بسمعته.

وتمنح المعاهدة منتجي التسجيلات الصوتية أربعة أنواع من الحقوق المالية في تسجيلاتهم الصوتية،

وهي:

1/ حق الاستنساخ

2/ وحق التوزيع،

3/ وحق التأجير

4/ وحق إتاحة التسجيل الصوتي .

وكل حق من تلك الحقوق هو حق استثنائي شرط مراعاة بعض التقييدات والاستثناءات الوارد ذكرها في الاتفاقية .

14/ اتفاقية بروكسل بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر التتابع الصناعية (اتفاقية

التتابع الصناعية) لسنة 1974. واتخذت هذه الاتفاقية شكلا مغايرا للاتفاقيات السابقة. فهي كما يقول هنري أولسون: " لا تنص على منح الحقوق للمستفيدين وإنما تحتوي على التزام من الدول المتعاقدة باتخاذ التدابير الملائمة لمنع توزيع الإشارات الحاملة للبرامج في أراضيها أو من أراضيها من قبل أي موزع لا تكون تلك الإشارة موجهة إليه. ولا تسري الاتفاقية على ما يعرف بالتتابع الصناعية للبت الإذاعي المباشر (أي التتابع التي تمكن كل بيت من استقبال الإشارات مباشرة بواسطة هوائيات صغيرة) بل تنطبق فقط على الأنواع الأخرى من التتابع (وهو ما يعرف بخدمات التتابع المثبتة، أي إرسال الإشارات إلى محطة الاستقبال الأرضية التي تعمل فيما بعد على توزيعها). ويمكن الامتنال بالالتزام المنصوص عليه في الاتفاقية بطرق مختلفة كسب قانون إداري أو من خلال قانون العقوبات أو بمنح حقوق استثنائية على شاكلة حق المؤلف.

وتضم الاتفاقية حاليا 25 بلدا.¹

15/ معاهدة بيكين بشأن الأداء السمعي البصري 2012

تتناول المعاهدة حقوق الملكية الفكرية لفناني الأداء في أوجه أدائهم السمعي البصري. وتمنح المعاهدة فناني الأداء أربعة حقوق مالية في أوجه أدائهم المثبت في التثبيت السمعي البصري،

كالصور المتحركة وهي :

1/ حق الاستنساخ

2/ حق التوزيع؛

3/ حق التأجير

4/ وحق إتاحة الأداء.

فحق الاستنساخ كما في المعاهدة هو الحق في التصريح بالاستنساخ المباشر أو غير المباشر لأداء

المثبت في التثبيت السمعي البصري، بأية طريقة أو بأي شكل كان.

وحق التوزيع هو الحق في التصريح بإتاحة النسخة الأصلية أو غيرها من النسخ لأداء المثبت في

التثبيت السمعي البصري للجمهور ببيعها أو نقل ملكيتها بطريقة أخرى.

¹ - هنري أولسون : الإطار القانوني الدولي لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة ،ص:20

وحق التأجير هو الحق في التصريح بتأجير النسخة الأصلية أو غيرها من النسخ لأداء المثبت في التثبيت السمعي البصري للجمهور.

وحق إتاحة الأداء هو الحق في التصريح بإتاحة أي أداء مثبت في التثبيت السمعي البصري للجمهور، بوسائل سلكية أو لا سلكية، بما يمكن أفرادا من الجمهور من الاطاع عليه من مكان وفي وقت يختارهما الواحد منهم بنفسه.

ويشمل ذلك الحق، بصورة خاصة، إتاحة الأداء عبر الإنترنت بناء على الطلب وبشكل متفاعل. أما فيما يتعلق بالأداء (الحي) غير المثبت، فتمنح المعاهدة ثلاثة أنواع من الحقوق المالية لفناني الأداء وهي :

1/ حق الإذاعة (إلا في حالة إعادة البث)؛

2/ وحق النقل إلى الجمهور (إلا إذا سبق لأداء أن كان مذاعا)؛

3/ وحق التثبيت.

وتمنح المعاهدة فناني الأداء أيضا حقوقا معنوية، وهي:

1/ الحق في أن يطالب فنان الأداء بأن ينسب أدائه إليه (إلا إذا اقتضت طريقة استعمال الأداء غير ذلك)؛

2/ والحق في الاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر يكون ضارا بسمعته، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التثبيت السمعي البصري.

وتنص المعاهدة على أن يتمتع فناني الأداء بالحق في التصريح بالإذاعة والنقل للجمهور لأدائهم السمعي البصري المثبت في التثبيت السمعي البصري .

أما فيما يتعلق **بنقل الحقوق** ، فتتنص المعاهدة على أنه يجوز للأطراف المتعاقدة أن تنص في قوانينها الوطنية أنه في حال وافق فنان الأداء على التثبيت السمعي البصري لأدائه، تنقل الحقوق الحصرية المذكورة أعلاه إلى منتج التثبيت السمعي البصري (إلا إذا نص العقد بين فنان الأداء والمنتج على غير ذلك). وبخلاف نقل الحقوق، من الممكن للقوانين الوطنية أو الاتفاقات الفردية أو الجماعية أو غيرها أن تمنح فنان الأداء الحق في إتاحة أو مكافأة عادلة .

6/ معاهدة مراكش لتيسير النفاذ إلى المصنفات المنشورة لفائدة الأشخاص المكفوفين أو معاقبي البصر أو ذوي إعاقات أخرى في قراءة المطبوعات لسنة 2013 .

وهي معاهدة تهدف إلى تحسين ولوج المكفوفين وضعاف البصر والأشخاص الذين يعانون صعوبة في قراءة النصوص المطبوعة، إلى الأعمال المنشورة المحمية بحقوق المؤلف .

وقد اعتمدها المؤتمر الدبلوماسي، في 21 يونيو 2023 ، معاهد مراكش لتيسير النفاذ إلى المصنفات المنشورة لفائدة الأشخاص المكفوفين أو معاقبي البصر أو ذوي إعاقات أخرى في قراءة المطبوعات ، و أ

أُتحت معاهد مراكش المذكورة للتوقيع في 28 يونيو 2013. وستتاح للمستفيدين من خلال هذه المعاهدة الكتب المحمية بحق المؤلف في نسق برايل أو في نسق مطبوع بخط مضخم أو في نسق سمعي مرقمن. كما تخول لهم سبل أفضل للنفاد الى القصص والكتب المدرسية وغيرها من المواد التي يمكنهم استعمالها لأغراض التعليم والترفيه.

تحتوي معاهدة مراكش على تعاريف أساسية لفهم نطاق المعاهدة وحيز تطبيقها. توضح تلك المعاهدة: من يمكنه التمتع بالتقييدات والاستثناءات المكفولة فيها (المستفيدون)، وما يمكن إتاحتها وفي أي نسق يمكن تكيف تلك المصنفات الأنساق الميسرة .

وهدفها الرئيسي هو وضع مجموعة من التقييدات والإستثناءات الإلزامية لفائدة المكفوفين ومعاقبي البصر وذوي إعاقات أخرى في قراءة المطبوعات ،وتلزم المعاهدة الأطراف المتعاقدة باعتماد مجموعة معيارية من التقييدات والاستثناءات على قواعد حق المؤلف للسماح بنسخ المصنفات المنشورة وتوزيعها وإتاحتها في أنساق مهيأة بما ييسر نفاذ المكفوفين ومعاقبي البصر وذوي إعاقات أخرى في قراءة المطبوعات إليها، وللسماع للمنظمات التي تخدم هؤلاء المستفيدين بتبادل تلك المصنفات عبر الحدود .وتوضح المعاهدة أن الأشخاص المستفيدين هم المصابون بطائفة من الإعاقات التي تؤثر في قراءة المواد المطبوعة بفعالية. ويشمل التعريف العام الأشخاص المكفوفين أو معاقبي البصر أو العاجزين عن القراءة أو الأشخاص العاجزين عن مسك كتاب واستخدامه بسبب إعاقة جسدية.

ولايدخل في نطاق نظام معاهدة مراكش سوى المصنفات التي تكون "بشكل نص و/أو رمز و/أو صور بيانية معينة سواء كانت منشورة أو متاحة للجمهور بطريقة أخرى في أي دعامة، ومنها الكتب السمعية .

وتلزم المعاهدة أولاً الأطراف المتعاقدة بفرض تقييد أو استثناء على قانون حق المؤلف المحلي لفائدة الأشخاص المكفوفين أو معاقبي البصر أو ذوي إعاقات أخرى في قراءة المطبوعات. والحقوق الخاضعة لهذا التقييد أو الاستثناء هي حق النسخ وحق التوزيع وحق الإتاحة للجمهور. ويجوز للهيئات المعتمدة إعداد نسخة، على أساس غير ربحي، من المصنف تكون قابلة للنفاد في نسق ميسر ويمكن توزيعها عن طريق الإعارة غير التجارية أو النقل الإلكتروني.¹

¹ - انظر موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية www.wipo.int/about-wipo/ar/offices

مقاربة نقدية للقانون 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء

د. إبراهيم الهراوة

استاذ القانون الجنائي بجامعة عبد المالك السعدي

شهد المغرب في السنوات الأخيرة طفرة نوعية على مستوى القوانين المنظمة لوضعية المرأة في شتى المجالات، بدءاً من مدونة الأسرة، فمروراً بمدونة الشغل، وانتهاءً بقانون العمال المنزليين، حيث عمل المشرع المغربي جاهداً على ملاءمة قوانينه الوطنية مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادق عليها المغرب، سيما "اتفاقية مناهضة كل أشكال التمييز ضد المرأة" أو ما يعرف اختصاراً باتفاقية "سيداو" CEDAW¹ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women، وبعض الاتفاقيات المنوطة بحقوق الطفل².

وفي هذا السياق يأتي القانون رقم 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء³، وهو نتيجة شراكة بين وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، ووزارة العدل والحريات. وقد حاول واضع القانون من خلاله أن يقارب ظاهرة العنف الممارس ضد المرأة بمختلف أشكاله وأنواعه، بما في ذلك العنف الزوجي والأسري⁴.

هكذا، فالسؤال الذي ينطرح من تلقاء نفسه في هذا المضمار هو: هل استطاع المشرع المغربي أن يعالج هذه الظاهرة بالشكل المطلوب؟ و هل استطاع أن يحيط بها من مختلف جوانبها؟ وإلى أي حد استجاب نص القانون لتطلعات المنظمات النسائية و الحقوقية وكل المهتمين بقضية المرأة؟

¹ - اتفاقية سيداو CEDAW هي معاهدة دولية اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1979. وتصفها على أنها وثيقة الحقوق الدولية للنساء، صُودق على هذه المعاهدة في 3 سبتمبر من عام 1981، ووقعت عليها أكثر من 189 دولة من بينها أكثر من خمسين دولة وافقت مع بعض التحفظات والاعتراضات، و 38 دولة رفضت تطبيق البند رقم 38 من الاتفاقية، والذي يتعلق بسبل تسوية الخلافات المتعلقة بفهم الاتفاقية. كما أوضحت دولة أستراليا في تحفظها أن هناك بعض القيود بسبب نظامها الدستوري. وقد وقعت الولايات المتحدة والبالو على الاتفاقية ولكن لم يعلنها. بينما لم توقع على الاتفاقية إيران والصومال والسودان وتونغا والكرسي الرسولي.

² - وكان المشرع المغربي لا يزال يعتمد على القانون الجنائي الصادر في 26 نونبر 1962، الذي يمثل محورا أساسيا في السياسة الجنائية، وكذا في استراتيجية الدولة للحد من الجريمة بصفة عامة والعنف ضد النساء بصفة خاصة، والذي أسفر تطبيقه خلال نصف قرن عن عدة تعديلات، كلها كانت تعديلات جزئية مما جعله قاصرا على مواكبة التحولات والتطلعات التي عرفها المغرب، والتي مست العديد من المجالات، وقد كان لقضايا النهوض بحقوق المرأة و حمايتها النصيب الأوفر، وقد جسدتها مصادقة المملكة على الاتفاقية الدولية لمكافحة كل أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1993، مروراً بالإصلاحات التشريعية في مجال الأحوال الشخصية والمادة الجنائية وقانون الشغل وقانون الجنسية، ثم دعم المشاركة السياسية للمرأة، وصولاً إلى ما تضمنه دستور 2011 من مقتضيات تعزز حقوق المرأة والنهوض بها.

³ - تعرّف الأمم المتحدة العنف الممارس ضد المرأة بأنه " هو كل فعل عنيف قائم على أساس الجنس وينجم عنه، أو يحتمل أن ينجم عنه أذى أو معاناة جسدية أو جنسية أو نفسية للمرأة بما في ذلك التهديد باقتراح الفعل أو الإكراه أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء وقع ذلك في الحياة العامة أو الخاصة". انظر الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة، الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1993.

⁴ - العنف الأسري هو كل عنف يقع في إطار العائلة ومن قبل أحد أفراد العائلة بما له من سلطة أو ولاية أو علاقة بالمجني عليه. والعنف الأسري ضد المرأة هو أحد أنماط السلوك العدواني، الذي ينتج عن وجود علاقات قوة غير متكافئة في إطار نظام تقسيم العمل بين المرأة والرجل داخل الأسرة، و ما يترتب على ذلك من تحديد لأدوار ومكانة كل فرد في الأسرة، وفقا لما يمليه النظام الاقتصادي الاجتماعي السائد في المجتمع. انظر د. حنان قرقوتي، عنف المرأة في المجال الأسري، الطبعة الأولى، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، أكتوبر 2015، ص. 14-15.

أسئلة وغيرها سنحاول ملامستها من خلال محورين أساسيين: المحور الأول نتناول فيه مضامين القانون، فيما نعرض في المحور الثاني على بعض الانتقادات التي يمكن توجيهها لنص القانون وكذا للسياق الذي جاء فيه.

المحور الأول : قراءة في مضامين نص القانون:

يهدف القانون رقم 13-103 الذي يعنى بمكافحة العنف ضد النساء ، والذي دخل حيز التنفيذ في شتنبر 2018، إلى توفير الحماية القانونية للنساء ضحايا العنف، من خلال أربعة أبعاد، هي البعد الوقائي والحماي والزجري والتكفلي.

وتتجسد أهم مضامينه بشكل عام في تحديد مفهوم العنف وأشكاله قصد تمييز وحصر الأفعال والسلوكيات المدرجة في مجال العنف ضد النساء لمساعدة المتدخلين في هذا المجال، وتجريم بعض الأفعال باعتبارها عنفا يلحق ضررا بالمرأة، كالامتناع عن إرجاع الزوجة المطرودة من بيت الزوجية، والإكراه على الزواج، والمساس بحرمة جسد المرأة، وتجريم بعض الأفعال باعتبارها صورا من صور التحرش الجنسي.

وكذا، تشديد العقوبات على بعض الأفعال الموجهة ضد "النساء في وضعية خاصة"¹، وإحداث هيئات وآليات للتكفل بضحايا العنف؛ واعتماد تدابير حمائية جديدة².

ويتكون القانون رقم 13-103³ من ستة أبواب أساسية تتخللها 18 مادة. و يتناول الباب الأول في المادة الأولى تعريف العنف ضد المرأة، وذلك بالتنصيص على أنه كل فعل أساسه التمييز بسبب الجنس، يترتب عليه ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي، أو اقتصادي للمرأة . و عدد المشرع في هذا الباب، على غير عادته، كل الوان العنف⁴ الذي من الممكن ان تكون المرأة ضحية له، وحدد له تعريفات محددة، مما يطرح إشكالا على مستوى تفسير القانون سنعرض له في المحور الثاني من هذه الدراسة.

- كالعنف ضد امرأة حامل، أو ضد الزوجة أو الطليقة بحضور الأبناء أو الوالدين. ¹
- مثل إبعاد الزوج المعتدي، وإنذار المعتدي بعدم الاعتداء، في حال التهديد بارتكاب العنف مع تعهده بعدم الاعتداء، ومنع الاقتراب من الضحية أو من سكنها. ²
- الظهير الشريف رقم 1.18.19 الصادر في 5 جمادى 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء. ³
الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449.
- العنف الجسدي: كل فعل أو امتناع يمس، أو من شأنه المساس، بالسلامة الجسدية للمرأة، أيا كان مرتكبه أو وسيلته أو مكان ارتكابه؛
العنف الجنسي: كل قول أو فعل أو استغلال من شأنه المساس بحرمة جسد المرأة لأغراض جنسية أو تجارية، أيا كانت الوسيلة المستعملة في ذلك.
العنف النفسي: كل اعتداء لفظي أو إكراه أو تهديد أو إهمال أو حرمان، سواء كان بغض المس بكرامة المرأة وحرمتها وطمأنينتها، أو بغرض تخويفها أو ترهيبها.
العنف الاقتصادي: كل فعل أو امتناع عن فعل ذي طبيعة اقتصادية أو مالية يضر، أو من شأنه أن يضر، بالحقوق الاجتماعية أو الاقتصادية للمرأة.
انظر المادة الأولى من القانون 103.13.

و الملاحظ، أن نصوص مجموعة القانون الجنائي قبل التعديل الذي يقرره هذا القانون، لم تنطرق البتة إلى تعريف مفهوم العنف ضد المرأة، وإن كانت المجموعة الجنائية المذكورة تضمنت العديد من القواعد التي جرمت وعاقبت على الكثير من الأفعال التي تدخل في مفهوم العنف ضد المرأة، سواء العنف الجسدي أو النفسي أو المالي أو الجنسي.

بيدما استعرض الباب الثاني العديد من المقترحات الزجرية التي رامت تغيير أو تميم بعض مقتضيات القانون الجنائي، وأخرى عززت نصوص القانون المذكور بفصول جديدة. و من أهم ما ورد في المقترحات القانونية التي غيرت وتمت نصوص القانون الجنائي يمكن ذكر ما يلي:

فالمادة 2 من القانون المذكور عدلت الفصل 404 من القانون الجنائي، حيث سوى المشرع فيها بين العنف ضد المرأة البين أو المعلوم حملها، والعنف ضد الأصول، ونفس الأمر بالنسبة للتطبيق الذي يتم تعنيفه أمام أحد الأولاد أو الأبوين .

بينما عدل واضع القانون الفصل 431¹ من ق ج، المتعلق بالامتناع عن تقديم مساعدة لشخص في خطر، حيث خفض الحد الأقصى للعقوبة إلى سنتين بدل خمس سنوات، وأضاف فقرة أخرى ضاعف فيها العقوبة إذا كان الجاني زوجا، أو أحد الأصول أو أحد الفروع، أو كافلا، أو شخصا له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلفا برعايتها، أو إذا كان الضحية قاصرا، وكذا في حالة العود .

إذا كان المشرع المغربي تعرض إلى مختلف أنواع التدابير الوقائية في الباب الأول من الجزء الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان " في مختلف التدابير الوقائية الشخصية و العينية، و أفرد لها المواد من 61 إلى 104 من المجموعة الجنائية المغربية²، فقد أضافت المادة 4 من القانون، التي عدلت الفصل 61 و 407 من ق ج تدبيرين آخرين إلى التدابير الوقائية الشخصية المنصوص عليها في الفصل 61 هما: منع المحكوم عليه من الاتصال بالضحية، وإخضاع المحكوم عليه لعلاج نفسي ملائم.

كما ضاعفت العقوبة المنصوص عليها في الفصل 407 المتعلق بالمساعدة على الانتحار إذا ارتكبت الجريمة ضد قاصر، أو من طرف أحد الزوجين في حق الزوج الآخر أو من طرف أحد الفروع، أو أحد الأصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها .

1- وكان الفصل 431 من القانون الجنائي المغربي في صيغته غير المعدلة ينص على: "من أمسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر رغم انه كان يستطيع أن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله الشخصي وإما بطلب الإغاثة دون تعريف نفسه أو غيره لأي خطر يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين درهم إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

2- جعفر العلوي، القانون الجنائي العام المغربي، الجزء الثاني، مكتبة المعارف الجامعية، ص 106.

– أما المادة 5 من القانون فقد أضافت نصوص أخرى إلى مجموعة القانون الجنائي يتمثل أهمها فيما يلي :

–الفصل 1-88: بمقتضاه خول المشرع للمحكمة في حالة الادانة من أجل التحرش أو الاعتداء أو الاستغلال الجنسي أو سوء المعاملة أو العنف ضد المرأة أو القاصرين، الحكم بمنع المحكوم عليه من الاتصال من الضحية او الاقتراب من مكان تواجدها أو التواصل معها بأية وسيلة، لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ابتداء من تاريخ انتهاء العقوبة المحكوم بها عليه، أو من تاريخ صدور المقرر القضائي.

–الفصل 1-429 ضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفصول المنظمة لجريمة التهديد إذا كان مرتكب الجريمة احد الزوجين ضد الزوج الآخر أو أحد الأصول أو الفروع.

–الفصل 1-436 من ق ج: غلظ عقوبة الاختطاف أو الاحتجاز إذا ارتكب من قبل أحد الزوجين ...أو شخص مكلف برعاية الضحية ، أو إذا تعرض الضحية لعنف آخر كيفما كان نوعه.

–الفصل 1-448: عاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2000 إلى 20000 درهم كل من قام عمداً، وبأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية، بالتقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها. كما عاقب بنفس العقوبة بتثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته.

–الفصل 1-481: نص على أن تنازل المشتكي يضع حدا للمتابعة الجنائية¹ ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره. (الخيانة الزوجية/ التنازل يؤثر في سرية الدعوى العمومية).

–الفصل 1-1-503: جرم التحرش الجنسي المرتكب في الفضاءات العمومية بأفعال أو أقوال أو إشارات ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية، أو بواسطة رسائل مكتوبة أو إلكترونية أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية. وعاقب على هذه الأفعال بالحبس من شهر واحد إلى 6 أشهر وغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، في حين ضاعف العقوبة إذا كان الجاني زميلاً في العمل أو من الأشخاص المكلفين بحفظ النظام والأمن في الفضاءات العمومية أو غيرها.

–الفصل 1-2-503: جرم الإكراه على الزواج باستعمال العنف أو التهديد وعاقبه بالحبس من 6 أشهر إلى سنة وغرامة من 10000 درهم إلى 30000 درهم او بإحدى هاتين العقوبتين .

1- إن التنصيص على أن تنازل الزوج المشتكي يؤدي إلى وضع حد للعقوبة في أحوال معينة، من شأنه أن يكرس سياسة الإفلات من العقاب، والتطبيع مع ظاهرة العنف الزوجي، بل وشرعة الأفكار السائدة التي تضع منات العقبات أمام الزوجة أو المرأة المعنفة لتقديم شكاية بالعنف تقاديا للعار أو خوفا من الفضيحة أو تجنباً للضغوط العائلية أو الاجتماعية التي تتعرض لها.

في حين تطرق الباب الثالث (المعنون بأحكام مسطرية) إلى التعديلات التي همت الشق الشكلي للقانون الجنائي أو قانون المسطرة الجنائية. وهكذا أضافت المادة 6 من القانون فقرة إضافية إلى المادة 302 من قانون المسطرة الجنائية، نصت بموجبها على أنه إذا تعلق الأمر بقضية عنف أو اعتداء جنسي ضد امرأة أو قاصر يمكن للمحكمة بطلب من الضحية أن تعقد جلسة سرية.

كما أضافت المادة 7 من القانون فقرة إضافية إلى المادة 7 من ق.م.ج تمكن بموجبها الجمعيات التي تعنى بقضايا مناهضة العنف ضد النساء حسب قانونها الأساسي من الانتصاب كطرف مدني، لكن بعد الحصول على إذن كتابي من الضحية . و كانت المادة 7 تنص على أنه " يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جنابة أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة. (و) يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي"¹.

وأخيراً أضافت المادة 8 من القانون المادة 2-5-82 إلى قانون المسطرة الجنائية التي خولت بموجبها لوكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق كل فيما يخصه إتخاذ مجموعة من تدابير الحماية في قضايا العنف ضد النساء .

و تتمثل هذه التدابير أساساً في:

- إرجاع المحضون مع حاضنته إلى السكن المعين له من قبل المحكمة؛
- إنذار المعتدي بعدم الاعتداء، في حال التهديد بارتكاب العنف، مع تعهده بعدم الاعتداء؛
- إشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة للزوجين؛
- إحالة الضحية على مراكز الاستشفاء قصد العلاج؛
- الأمر بالإيداع بمؤسسات الإيواء أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية للمرأة المعنفة التي تحتاج وترغب في ذلك.

¹ - قانون المسطرة الجنائية كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 23.05 والقانون رقم 24.05 الجريدة الرسمية عدد 5374 بتاريخ 28 من شوال 1426 (فاتح ديسمبر 2005).

وفي الباب الرابع أحدث المشرع خلايا ولجان مشتركة بين القطاعات تتكفل بالنساء ضحايا العنف، تحدث بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، وبالمصالح المركزية والخارجية للقطاعات الحكومية المكلفة بالصحة بالشباب وبالمرأة، وكذا بالمديرية العامة للأمن الوطني والقيادة العليا للدرك الملكي. وتتكون هذه الخلايا من لجنة وطنية ولجان جهوية ولجان محلية. ونظم هيكله هذه اللجان في المواد 11، 13، 15، كما تطرق إلى مهامها في المواد 12، 14، 16. من القانون المذكور.

المحور الثاني: مقارنة نقدية لمقتضيات القانون:

ليس من الصحيح الجزم بأن مقتضيات القانون 103-13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء كلها سلبية، أو أنها لم تضيف شيئا يذكر للترسانة القانونية المعدة لحماية المرأة. فباستقراء مواد القانون السالف الذكر، يمكن تسجيل عدة مقتضيات إيجابية، إذا تبلورت على أرض الواقع و تم تنزيلها بشكل سليم من شأنها أن تساهم في تحسين الوضع الإعتباري و الإجتماعي للنساء في المغرب.

أ- القانون 103-13 إيجابيات كثيرة.. و نواقص أكثر:

يقف على رأس إيجابيات هذا القانون الجديد، مسألة تجريم التحرش الجنسي في الأماكن العامة، والتحرش المرتكب من قبل الزميل في العمل أو الشخص المكلف بحفظ النظام والأمن العمومي. وتجريم التحرش الجنسي المرتكب بواسطة رسائل مكتوبة أو هاتفية أو إلكترونية أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية .

وكذا تجريم الإكراه على الزواج باستعمال العنف أو التهديد مع مضاعفة العقوبة إذا كان المجني عليه امرأة أو قاصرا، و تجريم الطرد من بيت الزوجية لكل من الزوج والمحضون، و تشديد العقوبة في مواجهة العنف ضد المرأة البين أو المعلوم حملها و تجريم تبيد أو تفويت أموال الزوجية بسوء نية ضدا على مقتضيات مدونة الأسرة. بالإضافة إلى إقرار تدبيرين وقائيين، يتعلق أول بمنع المحكوم عليه من الاتصال بالضحية، و ينص الثاني على إمكانية إخضاعه لعلاج نفسي ملائم.

إلا أنه رغم هذه الإيجابيات التي تحسب لهذا القانون الجديد، فإننا نسجل عليه مجموعة من المؤاخذات نجملها فيما يلي :

إن الملاحظة الأولى و الجوهرية التي يمكن إثارتها في هذا الصدد هي: أن واضع القانون استهدف به تعديل مجموعة من فصول القانون الجنائي والمسطرة الجنائية، وليس وضع قانون خاص لمحاربة العنف ضد المرأة، إذ أن الأمر لا يتعلق بقانون اطار لمحاربة العنف وإنما مجرد تعديل لعدد من مقتضيات مجموعة الجنائية الصادرة سنة 1962، وبالتالي، نكون أمام نص مكمل ومعدل للقانون الجنائي الحالي وليس أمام قانون اطار لمحاربة العنف ضد النساء.

على مستوى تسمية القانون، يمكن ملاحظة عدم تلاءم تسمية القانون والمضامين الواردة فيه، فالمشرع عنونه بـ " قانون رقم 13-103 يتعلق بمحاربة العنف ضد النساء" بما يوحي أن كل مواد تروم تجريم العنف ضد المرأة بجميع صورته وأشكاله، وفي الواقع، فمقتضيات هذا القانون همت حماية مجموعة من فئات المجتمع بما في ذلك: الأصول، والقاصرين، والأزواج، والكافل، والشخص الذي له ولاية أو سلطة على الجاني... الأمر الذي كان ينبغي معه والحالة هذه، تسمية القانون بـ"قانون محاربة العنف ضد أفراد الأسرة"¹.

فتارة يشير إلى "العنف ضد النساء و الاطفال" (المواد 2،3،4،5،6) و تارة يجرم العنف ضد الزوج و الزوجة (المادة 12)، و تارات أخرى يقحم العنف ضد الأصول (المادة 10). و يمكن الاستنتاج، أن هذا الاضطراب البين يدل على أن القانون الجديد، وإن كان في ظاهره يرمي إلى محاربة العنف ضد النساء، فالمشرع مقتنع ضمناً أن العنف لا يقتصر على النساء وحدهن بل يشمل كل مكونات المجتمع المغربي.

كما أن واضع القانون عمد إلى إقحام التعريفات في نص القانون سيما في المادة الاولى، حيث أدرج عدة تعاريف تخص " العنف ضد المرأة" و " العنف الجسدي" و " العنف الجنسي" و "العنف النفسي" و "العنف الإقتصادي"، و هو أمر مخالف لما جرى به العمل في صياغة القوانين التشريعية الوطنية، ومن شأنه أن يثير إشكالا جوهريا على مستوى تفسير القانون.

إن المشرع في هذا القانون، حاول تعريف مفهوم العنف بنوع من التفصيل، فكان يكفي المقطع الأول من المادة المذكورة الذي يستقيم التعريف به، دون إيراد تلك التعريفات المفصلة. والظاهر أن المشرع لم يكن يسعى فقط إلى وضع تعريف جامع و مانع، بقدر ما كان يهدف كذلك، من خلال هذه التعريفات المفصلة، إلى توسيع دائرة التجريم إلى أقصى حد ممكن.

ولا ريب كذلك، أن التعريف من شأنه أن يعيق السلطة التقديرية لرجال القضاء الذين سيعملون بهذا النص، ويحد من اجتهاد القضاء في تكييف أفعال جديدة، وإدخالها في نطاق العنف ضد المرأة، ويعيق تطور التفسير القضائي لمفهوم العنف بشكل عام. و أن تطور الحياة و تبدل وقائعها قد تجعل هذه التعريفات متجاوزة و غير مجدية.

¹ - فالأفعال المجرمة في الفصلين 1-448 و 2-448 من القانون الجنائي لا تتعلق بمحاربة العنف ضد المرأة، وإنما تتعلق بأفعال تهم أفراد المجتمع برمته، ومكانها الطبيعي هو القانون الجنائي أو قانون حماية المعطيات الشخصية.

و حتى إن قبلنا و سلمنا بمشروعية إقحام التعريفات في متن القانون، فإننا لا ندري لماذا اقتصر المشرع على تعريف هذه المصطلحات الخمسة وحدها دون غيرها، أليس هناك أشكال أخرى للعنف: كالعنف الاجتماعي والعنف السياسي والعنف التربوي و لعنف الإعلامي¹؟

علاوة على أن المشرع حينما وضع تعريفا للعنف قيده بضرورة ترتب ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرأة، وبناء على ما ذكر يبقى العنف المرتكب في حق المرأة دون حصول ضرر غير مجرم.

نفس الأمر يقال بشأن التعديل المدخل على الفصل 407 من القانون الجنائي بموجب المادة 4 من القانون. إذ لازال المشرع الجنائي يربط تجريم المساعدة على الانتحار بوقوع النتيجة فعلا، رغم أن عدم وقوعها لا ينفي الخطورة الإجرامية التي يتصف بها من قدم المساعدة على فعل الانتحار.

وفي الجانب المتعلق بآليات التكفل بالنساء اللواتي يقعن ضحية للعنف، يمكن تسجيل ملاحظة أخرى لا تقل أهمية عما اثير سلفا. فتعليق العمل بآليات التكفل بالنساء ضحايا العنف على صدور نصوص تنظيمية، وعدم تحديد آجال معينة لصدور هذه النصوص يفرغ هذه الآليات من محتواها و يفقدها نجاعتها، فقد نصت المادة 10 من القانون على أنه "...يحدد بنص تنظيمي تأليف الخلايا المحدثة² على مستوى المصالح المركزية واللامركزة للقطاعات المكلفة بالعدل والصحة والشباب وبالمرأة، وكذلك للمديرية العامة للأمن الوطني ... وكذا ممثلي الإدارة بالخلايا المحدثة على مستوى المحاكم المحدثة على مستوى المحاكم الابتدائية والاستئناف. يراعى في تكوين هذه الخلايا مبدأ التخصص والمنصفة". كما المادة 11 من القانون المذكور في فقرتها الأخيرة " يحدد نص تنظيمي تأليف وكيفيات سير عمل اللجنة الوطنية".

فكان من الأنجع أن يحدد المشرع آجالا معينة لوضع النصوص التنظيمية المفعلة لهذه الآليات المذكورة، لكن الاستسلام للمقاربة الزجرية والنزعة العقابية دفعت به إلى إغفال تحديد هذه الآجال وتعطيل عمل هذه المؤسسات إلى اجل غير مسمى.

ب. تضخم السياسة العقابية في القانون 103-13:

بالرجوع مرة أخرى إلى القانون 103-13، يتبين أن الباب الثاني عنونه المشرع بأحكام زجرية، وقبل توضيح تضخم السياسة العقابية في صناعة التشريع عند المشرع المغربي، لا بد أن نشير إلى أن

¹— من الملاحظات الجوهرية التي أثيرت حول القانون 103-13 نجد: غياب تجريم العنف الإعلامي، المرتكب بواسطة الوسائل المكتوبة أو المرئية أو عبر الأنترنت أو اللوحات الإشهارية، والذي يعمل على "تشبيهيء المرأة ويستغل جسدها، بشكل يجعل منه أخطر أنواع العنف، إن لم يكن المصدر الرئيسي لجلها.

²— يسجل كذلك في هذا الإطار غياب تام لتمثيلية المؤسسات الشرعية والدينية في تشكيل الخلايا واللجان الوطنية والجهوية والمحلية، و هي مؤسسات يمكن أن تلعب دور الوسيط في حل الخلافات الأسرية بما لها من تخصص في الجانب الشرعي والفقه.

عنوانه الباب الثاني "بأحكام زجرية" هي صياغة غير دقيقة¹، و لا تحيل البتة لما قصده المشرع من هذا اللفظ.

ومن جهة أخرى فقد خصص المشرع للباب الثاني المتعلق بالأحكام الزجرية المواد 2 و 3 و 4 و 5، وهي في معظمها معدلة ومتممة للقانون الجنائي. حيث اعتمد فيها المشرع على تقنية الإحالة، وذلك بالإبقاء على نفس النصوص التي تضمنها القانون الجنائي والعمل على تشديد العقوبة أو إضافة تدابير وقائية شخصية جديدة فيها.

ومما يؤكد أن العقوبة كانت هي الهاجس الأول لدى المشرع في وضعه لهذا القانون نجد مجموعة من الإعتبرات:

– من حيث الترتيب، فباستقراءنا لقانون العنف ضد النساء، نجد أن المشرع استهله بتخصيص الباب الثاني للأحكام الزجرية، وهو يتضمن أربعة مواد، في حين ترك الباب الخامس للتدابير الوقائية والحماية من العنف والذي يتضمن مادة واحدة. و لا ريب أن هذا الترتيب له دلالة خاصة.

و بصيغة أخرى، فتخصيص الباب ما قبل الأخير للتدابير الوقائية، وإفراد مادة واحدة له، في المقابل تخصيص الباب الثاني للأحكام الزجرية، يفيد أن المشرع يتبنى مقاربة عقابية في الحد من ظاهرة العنف ضد المرأة، و بالتالي، فالمشرع المغربي مقتنع تماما بأن الحل إزاء هذه الظاهرة ليس في المقاربة الوقائية، بل يكمن في تشديد وتغليظ العقوبة.

و كنتيجة لهذا، غابت الوسائل البديلة للعقاب، وهو أمر مخالف لما تتجه إليه السياسة الجنائية المغربية، حيث تم التأكيد في ميثاق إصلاح منظومة العدالة (يوليو 2013)، في الهدف الفرعي السابع ضمن الهدف الرئيسي الرابع المتعلق ب " الارتقاء بفعالية ونجاعة القضاء " على ضرورة تشجيع اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات²، وذلك من خلال عدة آليات منها "إقرار بدائل للدعوى العمومية خارج القضاء الزجري كالصلح والوساطة بشأن بعض الجرائم"².

1- على اعتبار أن عبارة "الأحكام" لها مفهوم معين وتصدر عن الجهة التي أوكل إليها المشرع الفصل في الخصومات، فكان على المشرع أن يتجنب عبارة " أحكام زجرية" ويستعين بعبارات أخرى من قبيل " العقوبات".
2- وكما أصبح يتداول على مستوى الفقه الجنائي نفسه : "الكثير من الجنائي يقتل القانون الجنائي"
trop de droit pénal tue le droit pénal . هذا إذا تعلق الأمر بقضايا، تثير اضطرابا كبيرا على مستوى المجتمع و تستوجب بشدة قوة الردع و الزجر الجنائي، فما بالك بأفعال و سلوكيات ترتبط بكيان الأسرة، كقضية العنف العائلي او الزوجي؟ وللمزيد من التوضيحات حول إشكالية "التضخم الجنائي" يرجى الاطلاع على "مظاهر حماية حقوق الانسان من خلال فلسفة التشريع الجنائي المغربي"، المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية، العدد 2، 2018. ص 124-140.

فكيف يا ترى تم التغاضي على هذا التوجه الجديد للعدالة المغربية في هذا القانون، واكتفى المشرع بالعقوبات التقليدية كالحبس والغرامة!؟

وفي نفس السياق، وبالنسبة لطبيعة العقوبات المقررة، فنفس الملاحظة تفرض نفسها، إذ نلمس المبالغة الكبيرة في طبيعة العقوبات المقررة لكل فعل جرمي يكتسي طابعا عنيفا، حيث تصل أحيانا إلى عقوبة السجن المؤبد (المادة 12 ، الفصل 436 من ق.ج (فقرة مضافة)، المادة 14 ، الفصل 1-404 (فصل مضاف، الفقرة 2).

و لا مناص، أن هذه العقوبات الحبسية ستعكس سلبا على تماسك الأسرة واستقرارها، بإعتبار أن هذه العقوبات موجهة أساسا ضد الزوج العنيف. و القانون بدل أن يقترح حولا ملائمة تساعد على سلامة كيان الأسرة، يخلق أزمات عويصة تهدد هذا الكيان وتمس جوهر المجتمع.

وفي المحصلة النهائية يتعين علينا إضافة مسألة مهمة، لا تستقيم مقارنة الموضوع بدونها، و تتعلق بالإثبات الجنائي في قضايا العنف ضد النساء: فبالرجوع للباب الثالث من القانون 13-103 والمتعلق بالأحكام المسطرية، يتبين أنه لم يتناول مسألة الإثبات الأمر الذي يستنتج منه اعتماد نفس القواعد المعمول بها في قانون المسطرة الجنائية.

وبالعودة إلى هذا الأخير في المادة 286 الناصة " يمكن إثبات الجريمة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ماعدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك. ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده. إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببرائته". وعلى الرغم من أن المشرع الجنائي المغربي تبنى حرية الإثبات كأصل عام، إلا أنه كان من باب أولى تخصيص جرائم العنف ضد النساء بمقتضيات خاصة¹.

وختاما، نخلص إلى أن العنف ضد المرأة ظاهرة تهدد مستقبل الأسرة والمجتمع، والمشرع الجنائي وعيا منه بذلك، دائما يسارع إلى إلغاء أو إدخال نص جنائي لوقف هذه الظاهرة. إلا أننا نعتقد أن الحل القانوني ليس بالحل الوحيد²، وإنما هو جزء من الحل. لأن أي إصلاح قانوني مهما بلغت درجة تطوره، لن يكون له أثر في معالجة قضية المرأة إذا كان لا يركز على تشخيص حقيقي لواقع المرأة، وبحث في

1- من قبيل " ويمكن إثبات جرائم العنف ضد المرأة بكافة الوسائل بما فيها الرسائل المكتوبة والهاتفية أو الإلكترونية أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية لأن بعض أنواع العنف يصعب بل ويستحيل إثباتها بالطرق التقليدية.
2- كما أن هناك فرق شاسع بين سن القانون والتطبيق العادل لذلك القانون، بحيث يمكن أن يكون النص القانوني في المستوى المطلوب، إلا أنه قد تضيع الحقوق في التطبيق غير العادل له. فالهروب إلى إيجاد النص القانوني ثم نسيان الظاهرة أمر بدون فائدة، فهي هي النصوص متوفرة وظاهر العنف مازالت وبكثرة.

كل الأسباب الكامنة وراء شتى ألوان العنف الممارس ضدها، في إطار معالجة شمولية ومندمجة لمشاكل المجتمع ككل.

أثر معيقات تحقيق الرهن الرسمي على إضعاف الائتمان البنكي

د. عبد المهيم حمزة

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية / أكادال

جامعة محمد الخامس بالرباط

يحتل الرهن الرسمي¹ صدارة الضمانات التي تطلبها البنوك لمنح الائتمان، حيث يعد وسيلة فعالة واحتياطية يتم اللجوء إليها عند عدم الوفاء بالدين، فالعقار المرهون يبقى في حيازة المدين الراهن ولا ينتقل إلى حيازة البنك المرتهن فلا ينشغل هذا الأخير بعبء إدارة العقار، وفي نفس الوقت يحتفظ المدين بحق استعمال العقار المرهون واستغلاله وتفويته بالتصرف فيه²، وفي مقابل ذلك يضمن البنك استيفاء حقه عن طريق ممارسة حقه في التقدم على جميع الدائنين العاديين والمتأخرين في الرتبة من جهة، وممارسة حقه في تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في أي يد تنتقل إليه ملكيته، إذا ما قام المدين الراهن بالتصرف فيه من جهة أخرى.

وهكذا يمثل الرهن الرسمي ضماناً عينياً مهمة في عمليات الائتمان البنكي، حيث يرمي إلى تحقيق الضمان خصوصاً في فترة ما قبل حلول أجل استحقاق الدين أو ما يعرف بالفترة السليمة للرهن، إلا أن هذه الضمانة تصبح فعاليتها نسبية في الفترة التي يتم فيها التنفيذ على العقار المرهون والتي تعرف بمسطرة تحقيق الرهن الرسمي، حيث يتم اللجوء إليها عندما يحل أجل تسديد الدين، ولا يبادر المدين الراهن إلى الوفاء بالدين الذي في ذمته، وتهدف هذه المسطرة بصفة عامة إلى البيع الجبري للعقار المرهون واستخلاص البنك لدينه كاملاً أو ما تبقى منه بالأسبقية على باقي الدائنين العاديين³.

بيد أن مسطرة تحقيق الرهن الرسمي ترد عليها عدة منازعات وطعون يسعى من ورائها المدين الراهن إلى إبطال إجراءاتها أو إيقافها إلى حين البت في دعواه، وقد يكون المدين المتقدم بالطعن حسن النية كما قد يكون سيء النية، وبالتالي يسعى من وراء طعنه في إجراءات حجز العقار إلى التحايل وربح الوقت للحيلولة دون بيع العقار بالمزاد العلني، مما يحيد بالمسطرة عن مسارها الطبيعي ويدخلها في متاهات ومساطر في الموضوع قد تطول سنوات طويلة من التقاضي.

¹ تعرف المادة 165 من مدونة الحقوق العينية الرهن الرسمي كما يلي: "الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين".

² نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 165.

³ عبد المهيم حمزة، النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن: دراسة في الأسس النظرية والجوانب العملية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق طنجة، 2012-2013، ص 475.

ولا يخفى على أحد تأثير ذلك على مستقبل الائتمان البنكي، وذلك لأن إشكالات تحقيق الرهن الرسمي تعتبر بمثابة خطر من مخاطر القروض البنكية، فهو خطر يلزم مخاطر الائتمان لأنه يؤدي إلى تأخر البنك في استرجاع أمواله المقترضة، حيث يترتب على ذلك حرمانه من إعادة استغلال أمواله من جديد في قروض وتمويلات مختلفة.

وتتعدد العراقيل التي تعيق سير مسطرة تحقيق الرهن الرسمي والتي تبدأ منذ توجيه الإنذار العقاري إلى المدين، مروراً بإجراء الخبرة العقارية لتحديد الثمن الافتتاحي إلى غاية إجراء جلسات السمسرة التي قد تتعدد إما بسبب الطعن في إجراءاتها أو تقديم الزيادة في السدس أو عدم أداء المتزايد لثمن البيع أو عدم الوصول حتى للثمن الافتتاحي، فهذه الأمور كلها تزيد من تعقيد مسطرة تحقيق الرهن، وتعض بقاعدة التخصيص التي تكفل الحماية للدائن المرتهن، وبالتالي تجرد الرهن الرسمي من قيمته كضمان عيني قوي وفعال.

وسنقتصر في هذه الدراسة على مناقشة الطعون المتعددة التي يثيرها المدين الراهن حول إجراءات الإنذار العقاري لنبين كيف أن تعدد المبررات والأسباب المخولة للطعن في الإنذار العقاري قد تستغل من طرف المدين السعي النية لإعاقة مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، والحيلولة دون استيفاء البنوك لديونها في أسرع الأجال (المبحث الأول).

كما سنتطرق إلى الإشكالات التي يطرحها واقع أعمال الخبرة أثناء سير مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، حيث تحولت بسبب الصعوبات التي تعترض تطبيقها إلى عامل سلبي يعيق تسريع استخلاص الديون البنكية، سواء تعلق الأمر بالخبرة الحسابية المعتمدة لتحديد قيمة المديونية عند المنازعة فيها، أو تعلق الأمر بالخبرة العقارية المعتمدة لتحديد الثمن الافتتاحي لانطلاق المزاد العلني (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عرقلة الطعون في الإنذار العقاري لاستمرار تحقيق الرهن الرسمي

يعرف الإنذار العقاري على أنه: "إشعار يوجهه الدائن المرتهن أو المؤسسة المالية إلى المدين بواسطة عون التبليغ يطلب فيه استرداد الدين المضمون من المدين تحت طائلة نزع ملكية العقار المرهون وبيعه قضائياً بالمزاد العلني لتسديد الدين وفوائده والضريبة على القيمة المضافة والمصاريف القضائية".¹

والغاية من توجيه الإنذار العقاري ليست هي إثبات تماطل المدين، لأن تماطل هذا الأخير يثبت بمجرد تقاعسه عن الأداء داخل الأجل المحدد في السند المثبت للدين²، وإنما الهدف منه هو إعطاء الفرصة للمدين الراهن لتدبير أمره وأداء ما عليه لتجنب بيع عقاره، وتمكينه من التعرض على إجراءات الإنذار العقاري

¹ حبيبة التايس، الإشكالات العملية في موضوع الإنذار العقاري، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 2، ماي 2007، ص 31.
² ينص الفصل 255 من ق.ل.ع على أنه: "يصبح المدين في حالة مظل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام..."

إن كانت لديه أسباب جدية لذلك.¹

ويتمثل الأساس التشريعي في ممارسة مسطرة الإنذار العقاري من قبل البنك المرتهن في مدونة الحقوق العينية² حيث تنص المادة 215 على أنه: "للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل به".

ومن أجل ممارسة الإنذار العقاري من طرف البنك يلزمه الحصول على الشهادة الخاصة بتقيد الرهن الرسمي من المحافظة على الأملاك العقارية³، حيث تخول له هذه الأخيرة باعتبارها سندا تنفيذيا حق طلب إجراء بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، وذلك عن طريق نزع ملكية العقار المرهون والتنفيذ عليه مباشرة دون اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم قضائي بإثبات المديونية⁴.

أما عن الطبيعة القانونية للإنذار العقاري فإن مدونة الحقوق العينية حسمت النقاش الذي كان محتدما حولها، حيث اعتبرت الإنذار العقاري بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره⁵، وبذلك وضعت حدا للتضارب الفقهي⁶ الحاصل بشأنه والذي تتجاوزه النصوص القانونية الواردة في المرسوم الملكي بمثابة قانون الصادر بتاريخ 17 دجنبر 1968 المتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي⁷ من جهة⁸، والنصوص الواردة في قانون المسطرة المدنية باعتبارها الشريعة العامة لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي من

¹ محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002، ص 30.

² القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011

³ جاء في الفصل 58 من ظهير التحفيظ العقاري كما نسخ و عوض بمقتضى القانون رقم 14-07: "... أما باقي أصحاب الحقوق العينية فيمكنهم الحصول على شهادة خاصة بالتقيد".

⁴ تنص المادة 214 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "يمكن للدائن الحصول على شهادة خاصة بتقيد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في الأجل.

تكون للشهادة الخاصة المذكورة قوة سند قابل للتنفيذ".

⁵ الفقرة الثالثة من المادة 216 من مدونة الحقوق العينية.

⁶ انقسم الفقه حول تحديد طبيعة الإنذار العقاري إلى اتجاهين: اتجاه أول يرى أن الإنذار العقاري هو مجرد تنبيه عادي بالوفاء ومجرد مقدمة لمسطرة تحصيل الدين، وأن توجيهه لا يترتب عنه حجز العقار مستندا على مقتضيات الفصولين 489 و 470 من ق.م.م، ويمثل هذا التوجه:

- محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، م.س، ص 38.

- عبد الواحد بن مسعود، الإنذار العقاري ببياناته ومرفقاته وموقف القضاء من الطعن في بطلان الإنذار، مجلة القضاء والقانون، العدد 148، السنة 31، ص 195.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن الإنذار العقاري هو إجراء من إجراءات التنفيذ، فهو حجز عقاري ويرتب نفس آثاره ويمثل هذا التوجه:

- حبيبة التاييس، م.س، ص 35

- محمد فركت، الرهن الرسمي والإجراءات المسطرية، الندوة الأولى للعمل القضائي والبنكي، بتاريخ 3-4 دجنبر 1987، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1987، ص 176.

⁷ منشور بالجريدة الرسمية عدد 2431، بتاريخ فاتح يناير 1969.

⁸ ينص الفصلان 61 و 62 من المرسوم الملكي بمثابة قانون المؤرخ في 17 دجنبر 1968 المتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي على اعتبار الإنذار العقاري بمثابة حجز عقاري، حيث تنص الفقرة الثالثة من الفصل 61 على أنه: "ويعتبر الإنذار المذكور وحده بمثابة حجز عقاري خلافا للقواعد المتعلقة بالتفويض في الاختصاص بميدان الحجز العقاري".

أما الفصل 62 فينص على أنه: "لا يجوز للمدين ابتداء من يوم تقيد الإنذار أن يفوت على حساب مؤسسة القرض المقبولة العقارات المرهونة ولا أن يحملها أي حق عيني".

جهة أخرى.¹

وبذلك أصبح الإنذار العقاري يعتبر بمثابة حجز عقاري ويرتب آثارا قانونية من صميم التنفيذ الجبري على العقار، حيث يغفل يد المدين عن التصرف في العقار المرهون، فبعد تقييده لدى المحافظة على الأملاك العقارية يمنع المدين الراهن من تقييد أي حق عيني على الرسم العقاري.

لكن وبالرغم من ذلك، فإن المدين غالبا ما يحاول وبشتى الطرق عرقلة سعي البنك لتحقيق الرهن في الحالة التي يتوصل فيها بالإنذار العقاري بعد تخلفه عن سداد ديونه تجاه المؤسسة البنكية، حيث يلجأ إلى تقديم الطعن في إجراءات الإنذار العقاري، خاصة وأن هذا الأخير يمكن أن يبنى على أسباب متعددة، يعتمد المدين إلى استغلالها بشكل سلبي عن طريق الإكثار من ممارسة الطعون الكيدية قصد إعاقة متابعة مسطرة تحقيق الرهن الرسمي والحيلولة دون استيفاء البنوك لديونها في أسرع الأجل.

وهكذا فقد يؤسس الطعن في إجراءات الإنذار العقاري على تخلف إحدى بياناته الجوهرية المشترطة لصحته، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 216 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "يتضمن الإنذار المشار إليه في المادة السابقة اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري"، وبالتالي فإن عدم توفر الإنذار العقاري على البيانات الأساسية قد يؤدي إلى بطلانه وإيقاف إجراءات التنفيذ.²

كما قد يكون الطعن مؤسسا على بطلان إجراءات التبليغ الإنذار العقاري، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش: "... وأن بطلان الإنذار العقاري يتحقق في حالة ثبوت منازعة في التبليغ وشكلياته دون المديونية التي يمكن أن تكون محل دعوى مستقلة بالمحاسبة"³، غير أن ما يجب التنبيه إليه في هذا المقام هو أن البطلان المقرر بالنسبة للتبليغ لا يحتج به إلا إذا تضرر المبلغ إليه من الإجراء الذي تم خرقه، وذلك انسجاما مع المبدأ العام المقرر في القانون الإجرائي الذي يقضي بأنه لا بطلان بدون ضرر، وأن البطلان مرتبط بمدى تحقق الغاية من الإجراء، فإذا تحققت الغاية كان الإجراء صحيحا ولو نص القانون على البطلان.⁴

وحتى على فرض استصدار المدين لحكم يقضي ببطلان إجراءات التبليغ الإنذار العقاري، فإنه يمكن

¹ نظم المشرع القواعد الإجرائية للحجز العقاري في الفصول من 469 إلى 487 من ق.م.م.

² قضى المجلس الأعلى بما يلي: "حيث إن الإنذار العقاري الذي هو أساس مسطرة تحقيق الرهن والتنفيذ على العقار المرهون لا يمكن أن ينتج آثاره إلا إذا صحت بياناته بالنسبة للأشخاص المبلغ لهم أو بالنسبة لأجراء العقار المنصب عليه أو مبلغ الدين، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها أن الإنذار العقاري الموجه للمطلوبين شمل كافة أجزاء العقار بما في ذلك الجزء المملوك للسيدة... التي ثبت عدم مديونيتها لفائدة الطالب، فقضت ببطلانه تكون قد راعت مجمل ذلك معتبرة وعن صواب أن الإنذار العقاري مسطرة لا تتجزأ مما يكون معه قرارها غير خارق لأي مقتضى والوسيلة على غير أساس".

قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1219 في الملف التجاري عدد 2003/2/3/205 بتاريخ 29 نونبر 2006، أوردته: سناء ترابي، حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق بوجدة، 2008 - 2009، ص 343.

³ قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 746 في الملف عدد 2003/12/419، بتاريخ 1 يوليو 2003، غير منشور.

⁴ عبد المهيم حمزة، إشكالية التبليغ عند تعدد المدعى عليهم، مجلة القضاء المدني، العدد الرابع، السنة الثانية، صيف/خريف 2011، ص 43.

للبنك تصحيح هذا الإخلال المسطري عن طريق طلب تبليغ المدين الراهن إنذارا جديدا يتجاوز فيه عيوب تبليغ الإنذار الأول دون أن يواجه بسبقية البت¹.

وقد يطعن المدين في الإنذار العقاري مدعيا انقضاء المديونية، ففي هذه الحالة يكون الإنذار باطلا لانعدام مبرراته، فهو يرمي إلى اقتضاء دين انقضى وهو أمر غير مقبول بالمرّة، لأن الدين لا يوفى مرتين²، وهذا لا يعني أنه يلزم أن يؤسس الدفع على الوفاء، بل يمكن أن يؤسس على أي سبب من أسباب انقضاء الالتزام³، باستثناء التقادم على اعتبار أنه لا محل للتقادم متى كان الدين مضمونا برهن رسمي⁴، وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي⁵.

وعلى صعيد آخر يمكن أن يؤسس طلب بطلان الإنذار العقاري على بطلان عقد الرهن وذلك على أساس تخلف ركن من أركانه، حيث يتعين على المدين أن يطلب التشطيب على الرهن من الرسم العقاري لتبرأ ذمته من الدين، وتبعا لذلك يتقدم بطعن في الإنذار بعلّة بطلان عقد الرهن، وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة التجارية بأكادير أنه: "من المستقر فقها وقضاء أنه لا يمكن إبطال الإنذار العقاري إلا لعب في

¹ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدر البيضاء أنه: "فيما يخص الدفع بسبقية البت في الإنذار العقاري الموجه للطاعنين فإنه لا يستند على أي أساس، على اعتبار أن الثابت من خلال الاطلاع على الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 1999/12/21 في الملف عدد 4/979/99 أن المحكمة المذكورة إنما قضت ببطلان الإنذار الأول بسبب أن الإنذار المذكور يتعلق بالعقار موضوع الرسم عدد 39637 استنادا إلى كفالة عقارية ممنوحة للبنك المستأنف من طرف الهالك...، في حين أن الإنذار وجه إلى السيد...، والحال أنه يجب توجيهه إلى ورثة الهالك باعتباره هو الكفيل العقاري، وبذلك تكون مسطرة تبليغ الإنذار العقاري غير سليمة، تبعا لذلك قضت ببطلان الإنذار العقاري المذكور، وحيث إنه اعتبارا لما ذكر فإنه كان من حق البنك المستأنف ضده توجيه إنذار لورثة الكفيل بعد تدارك الخلل الشكلي الذي شاب الإنذار السابق، دون إمكان مواجهته بسبقية البت مادام أن المحكمة لم تفصل في صحة الإنذار المذكور من حيث الموضوع، الأمر الذي يتعين معه رد سبقية البت".
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 203/500 في الملف عدد 8/2002/5/57 بتاريخ 4 فبراير 2003، غير منشور.
² يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق مراكش، 2006-2007، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، رقم 13، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2007، ص 167.

³ ينص الفصل 319 من ق.ل.ع على أنه: "تنقضي الالتزامات بما يأتي: 1- الوفاء، 2- استحالة التنفيذ، 3- الإبراء الاختياري، 4- التجديد، 5- المقاصة، 6- اتحاد الذمة، 7- التقادم، 8- الإقالة الاختيارية".

⁴ تصيح الأحكام المتعلقة بتقادم الالتزامات معطلة ومجردة من أي مفعول متى كان الدين البنكي مضمونا برهن رسمي، وذلك لأن تقييد الرهن الرسمي في السجل العقاري يعطل مفهوم التقادم المسقط، إذ يجعل الالتزام المضمون برهن رسمي غير قابل للتقادم كما ينص على ذلك الفصل 377 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضمونا برهن حيازي على منقول أو برهن رسمي"، على اعتبار أن وجود إشارة القيد في السجل العقاري يعد قرينة غير قابلة لإثبات العكس تمنع من سريان التقادم في مواجهة الدائن المرتهن لفائدة المدين الراهن، وتتكامل قاعدة عدم تقادم الدين المضمون برهن رسمي مع قاعدة عدم تقادم الرهن الرسمي باعتباره حقا عينيا، والتي نص عليها الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 14-07، حيث جاء فيه: "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري"، كما أن تطبيق التقادم المسقط على الحقوق المسجلة بالرسم العقاري كالرهن الرسمي يتعارض مع مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 2 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه، وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها".

ويعود تقرير مبدأ عدم سريان التقادم المسقط على الرهن الرسمي إلى أن نظام التقادم يتعارض صراحة مع مبدأ القوة المطلقة لقيود السجل العقاري حيث يصبح الحق المسجل في منأى من كل نزاع محتمل أو مطالبة لاحقة، يضاف إلى ذلك أن إنشاء السجل العقاري يرمي في الأصل إلى الاستقرار وخلق الثقة، وبالتالي فلا حاجة إلى الاستعانة بأحكام التقادم من أجل تحقيق ذلك، بينما يرى البعض أن المشرع المغربي قد تشدد في إقراره قاعدة عدم تقادم الدين المضمون برهن رسمي على اعتبار أنه جعل الدين تابعا للرهن وليس العكس، وربط مصير الدين بالأحكام المتعلقة بالقيد، وأخل بالتالي بقاعدة تبعية الالتزام التابع للالتزام الأصلي، لكن هذا التشدد يعزى إلى حرص المشرع على توفير أكبر قدر من الضمانات للدائنين من أجل اقتضاء حقوقهم، وإعطاء دفعة قوية للالتزام وحمايته.

- نور الدين لعرج، الشكلية في عقد الرهن في التشريع المدني المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق/أكادير، الرباط 2000-2001، ص 227.

⁵ جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بطنجة: "وحيث إن الإنذار العقاري مؤسس على دين ناتج عن قرض، وحيث إن الثابت من الحكم المدلى به عدد 360 الصادر بتاريخ 99/07/19، ملف عدد 4/98/37 عن هذه المحكمة أن المدعي غير مدين للمدعي عليه بأي مبلغ، وحيث إن الإنذار العقاري مبني على دين انقضى حسب ما هو ثابت أعلاه، وحيث أمام عدم ثبوت الدين يبقى الإنذار باطلا، مما يتعين التصريح ببطلان إجراءات الإنذار العقاري".

- حكم صادر عن المحكمة التجارية بطنجة، عدد 316 في الملف رقم 03/11/77، بتاريخ 20 أبريل 2004، غير منشور.

الشكل أو في المسطرة أو عقد الرهن وأن من شأن القول بغير ما ذكر إفراغ هاته المسطرة من طابعها الاستثنائي".¹

وبناء عليه، نلاحظ أنه أمام تعدد مسببات الطعن في الإنذار العقاري التي وإن كانت تشكل حماية للمدين الراهن بتمكينه من التعرض على إجراءات الإنذار متى كانت لديه أسباب جدية لذلك، فإنه في المقابل تحمل كثرة الطعون مخاطر جمة تهدد حقوق المؤسسات البنكية المرتهنة، لأنه غالباً ما يستغل المدين الراهن هذه الإمكانيات بهدف المماطلة وربح الوقت وتعطيل مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، التي قد تبقى متابعها رهينة لإرادة المدين الراهن ورحمته، وهذا من شأنه أن يمدد من مدة تحصيل الديون البنكية المضمونة برهن رسمي، مما يجعل مؤسسات الائتمان تحجم عن تقديم القروض لطالبيها؛ لأن عامل الوقت كاف لتهديد مصالحها ومضاعفة مشاكلها المالية مادام أن الائتمان يقوم على السرعة التي تعد ضرورية في مزاولة النشاط الاقتصادي.²

المبحث الثاني: تأثير إجراءات الخبرة على نجاعة تحقيق الرهن الرسمي

تؤدي كثرة الطعون في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي إلى فقدان هذا الأخير لمصداقيته وفعالته، حيث يترتب عن ذلك تخبط الجهة المكلفة بتحصيل الديون البنكية بسبب طول الإجراءات المسطرية وتعقدها جراء الطعون مما يسبب في إضعاف الائتمان العقاري.

وفي هذا السياق لا تقل المشاكل المرتبطة بإعمال الخبرة أهمية عن تلك المتعلقة بالطعون في إجراءات الإنذار العقاري، وتتعدد مجالات اعتماد الخبرة في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي بتعدد ضروراتها، فقد يتدخل الخبير بناء على طلب الأطراف وخاصة المدين الذي ينازع في المديونية لإجراء الخبرة المحاسبية لتحديد قيمة المديونية (الفقرة الأولى)، كما يتدخل الخبير بناء على طلب الأطراف أو عون التنفيذ، واستناداً على أمر من رئيس المحكمة لإجراء خبرة عقارية تهدف إلى تحديد القيمة الاقتصادية للعقار وتعيين ثمن افتتاحي يعتمد كأساس لانطلاق البيع بالمزاد العلني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعطيل تحقيق الرهن الرسمي بسبب إجراء الخبرة الحسابية

يتم عادة اللجوء إلى الخبرة المحاسبية عندما يتقدم المدين بطعن في صحة مبلغ المديونية التي تطالب بها المؤسسة البنكية، سواء تعلق الأمر بأصل الدين أو الفوائد أو المصاريف أو غيرها؛ كأن يدعي بأنه قد سدد للبنك مبلغ الدين كلياً أو أن ما تبقى بذمته يقل عما تطالب به المؤسسة البنكية، وقد يطعن في طريقة

¹ حكم صادر عن المحكمة التجارية بأكادير عدد 2003/681، في الملف عدد 2003/46، بتاريخ 30 يونيو 2003، أورده: يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الثاني، م.س، ص 162.

² محمد مختاري، تحقيق الضمانات البنكية، مجلة المناظرة، العدد 9، يونيو 2004، ص 27.

حساب الفوائد ومبلغها فيدعي بكونها تخالف ما اتفق عليه أو أنه مبالغ فيها أو قبضت مرتين¹.

وتبت في هذه الطعون محكمة الموضوع، وهو ما يدخل المؤسسة البنكية في مناهات مسطرية أخرى تمدد من طول مدة تحقيق الرهن الرسمي، وذلك لأنها تنصب على الجوانب التقنية للعمليات البنكية والتي يتطلب البت فيها الاستعانة بذوي الكفاءة الفنية والتقنية في هذا المجال، حيث تعتمد المحكمة إلى تعيين خبير مختص ليساعدها على الكشف عن حقيقة الدين المتنازع عليه، خصوصا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن معظم الأداءات في كثير من عمليات الائتمان تتم بواسطة اقتطاعات من حساب المدين².

لكن الخطير في الأمر هو أن مجرد المنازعة في المديونية والظعن فيها كاف لدى العديد من المحاكم لإيقاف إجراءات تحقيق الرهن الرسمي إلى حين انتداب خبير والبت في دعوى الموضوع بالمنازعة في الدين، مما يؤدي إلى عرقلة إجراءات التنفيذ وتعطيل مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، وهو ما يستتشف من قرار محكمة الاستئناف بمراكش الذي جاء فيه:

"لكن حيث إنه بالرجوع لوثائق الملف يتضح أن المستأنف ينازع في مبلغ الدين المطالب به وقد التجأ إلى المحكمة المختصة للمطالبة بإجراء محاسبة وتحديد المديونية، الشيء الذي يجعل طلب إيقاف إجراءات التنفيذ إلى حين البت في دعوى المحاسبة له ما يبرره، ويتعين الاستجابة له بعد إلغاء الأمر المستأنف الذي قضى بعكس ذلك دون تعليل مقبول"³.

وعليه، فإن هذا التوجه القضائي القاضي بوقف إجراءات مسطرة تحقيق الرهن الرسمي لمجرد رفع دعوى المنازعة في الدين أثار حفيظة الأبنك التي تعرضت له بالانتقاد بشدة، حيث ترى أن من شأنه الإضرار بمصالح المؤسسات البنكية وبالائتمان العقاري ككل، خصوصا إذا كان الظعن غير مبني على وسائل إثبات جديّة تثبت مدى صحة ادعاء المدين⁴، مما سيفتح الباب على مصراعيه أمام الطعون الكيدية للمماطلة في مواصلة إجراءات نزع الملكية وتأخير البنوك المرتهنة عن استيفاء حقوقها، خاصة وأن الخبرة المحاسبية المعتمدة لحسم النزاع حول المديونية قد تمتد لسنوات طويلة.

وهكذا علقت المحكمة الابتدائية ببركان في حكم صادر عنها بتاريخ 18 يونيو 1993 إجراءات مسطرة تحقيق الرهن الرسمي إلى حين البت في دعوى المنازعة في المديونية، والتي عرفت بدورها منحى معقدا من تعدد الخبرات المحاسبية وتناقضها الصارخ في تحديد مبلغ مديونية البنك للزبون، الأمر الذي انعكس سلبا على حقوق البنك المرتهن جراء التأخر الحاصل في استخلاص الدين بسبب وقف مسطرة تحقيق الرهن،

¹ سفيان ادريوش، تسنيد الديون الرهنية: مقارنة قانونية ومالية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، 2005-2006، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية، 2009، ص 333.

² محمد أهلي، مخاطر القروض البنكية وآليات ضبطها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق/عين الشق، الدار البيضاء، 2007 - 2008، ص 71.

³ قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 45841 في الملف عدد 98/4974، بتاريخ 20 دجنبر 1999 أورده يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الثاني، م. س، ص 172.

⁴ سفيان ادريوش، تسنيد الديون الرهنية، الجزء الأول، م. س، ص 333.

حيث استغرقت مدة تحديد المديونية في هذه النازلة من طرف الخبراء أزيد من عشر سنوات.¹

من خلال هذا الواقع يتبين لنا حجم الصعوبات والعراقيل التي قد تعترض مسطرة تحقيق الرهن الرسمي بسبب الخبرة وتضارب تقارير الخبراء، مما يجعل من هذه التقنية التي وجدت أساسا لمساعدة المحكمة على فهم واستيعاب بعض المسائل الفنية لتصير سببا من الأسباب التي تعيق تسريع تحصيل الديون البنكية ووسيلة للمماطلة في المساطر التنفيذية.

ومن أجل تكريس نظرة توفيقية في معالجة إشكالات تحصيل الديون البنكية، فإننا نرى أن القضاء ملزم بأن يقوم بدور أساسي في تفعيل مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، وذلك بالتأكد من جدية الأسباب التي تنبني عليها دعوى المنازعة في المديونية، فإذا لم تكن هناك أسباب وجيهة فإنه لا موجب لوقف إجراءات التنفيذ، وهذا ما كرسه المجلس الأعلى في بعض قراراته حينما اعتبر أن طلب إيقاف إجراءات البيع العقاري للعقار المرهون أو المحجوز يكون مقبولا متى استند على وجود منازعة جدية في المبالغ المطلوب تحصيلها عن طريق البيع.²

كما أن بعض المحاكم تتمسك بضرورة وجود منازعة جدية في المديونية حتى تستجيب لطلب إجراء خبرة حسابية على مبلغ الدين المطعون فيه، وقد أيد المجلس الأعلى هذا التوجه في قراره الذي جاء فيه: "إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي اعتمدت الكشفين الحسابيين المدلى بهما من طرف البنك المطلوب لكونهما مستخرجين من الدفاتر التجارية للبنك الممسوكة بانتظام وتتضمن تواريخ محددة للمعاملات الجارية بين الطرفين، والتي لم تدع الطاعنة أمامها وجود أخطاء بهما تكون قد طبقت الفصلين المذكورين 492 و106، ولم تكن ملزمة بالاستجابة لطلب إجراء خبرة حسابية في نطاق سلطتها كمحكمة".³

الفقرة الثانية: صعوبة تحديد القيمة الاقتصادية للعقار بسبب إكراهات الخبرة العقارية

ترتبط الخبرة العقارية بمسطرة تحقيق الرهن الرسمي باعتبارها الوسيلة التي يتم من خلالها تحديد قيمة العقار وتعيين الثمن الافتتاحي لانطلاق المزايمة، وهكذا فبعد ضبط الوضعية القانونية والواقعية للعقار المرهون بالفراغ من إعداد محضر الحجز وتقييده في الرسم العقاري، وتبليغ الأطراف وخاصة المدين الراهن بأن العقار قد أصبح بين يدي القضاء⁴، يتقدم البنك المرتهن باعتباره دائئا أو العون المكلف بالتنفيذ بطلب إلى رئيس المحكمة الذي يجري التنفيذ بدائرته لاستصدار أمر بإجراء خبرة عقارية على العقار المحجوز في إطار الفصل 148 من ق.م.م، وبمجرد اطلاع الرئيس على الطلب المذكور وتأكده من نظاميته

¹ أورد هذا الحكم الأستاذ سعيد بريال في مقاله بعنوان: "إشكالية تحقيق الضمانات البنكية"، مداخلة في إطار أشغال الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، منشورات المعهد العالي للقضاء، مطبعة دار السلام، الرباط 2004، ص 307 - 308.

² قرار المجلس الأعلى عدد 2773 صادر بتاريخ 30 نونبر 1991، أورده يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي الجزء الثاني، م.س، ص 173.

³ قرار المجلس الأعلى عدد 2433 في الملف عدد 01/1182، بتاريخ 19 دجنبر 2001، غير منشور.

⁴ أحمد دحمان، المرحلة القضائية لاستخلاص الديون البنكية، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، الرباط 19 - 20 يونيو 1993، ص 275.

يصدر أمره بانتداب أحد الخبراء لإجراء خبرة عقارية لتحديد ثمن انطلاق عملية المزايدة.

وعلى كل حال فإن المهمة الموكولة للخبير في هذه الحالة تتمثل في الانتقال إلى عين المكان ومعاينته للعقار المحجوز وتحديد موقعه ومساحته ومشتلاته، ثم القيام بعد ذلك بالتحريات المفيدة للتعرف على قيمته الحقيقية مقارنة مع الأسعار المتداولة في السوق بالنسبة للعقارات المماثلة والمجاورة للعقار المحجوز¹، ثم يدون مختلف العمليات التي قام بها في محضر حتى يتمكن رئيس المحكمة من الإلمام بتفاصيل أعماله عند الاطلاع على نتائج الخبرة، وفي ضوء ذلك كله ينجز تقريراً في الموضوع يتضمن رأيه الفني الذي انتهى إليه، وخاصة الثمن الافتتاحي الذي يقترحه كأساس لانطلاق المزايدة، ثم يودع التقرير في كتابة الضبط، حيث يخضع هذا التقرير لرقابة رئيس المحكمة الذي له أن يرجعه للخبير إذا لم يجب عن النقطة التقنية المطلوبة منه وهي تحديد الثمن الافتتاحي لبيع العقار المحجوز².

غير أن واقع إجراء الخبرة العقارية أثبت تعدد الإشكالات التي تطرحها على مستوى الممارسة العملية، وبالتالي أضحت وسيلة غير كافية لضبط القيمة الاقتصادية للعقار المرهون، مما يساهم في عرقلة استخلاص البنوك لديونها، وسنحاول الإحاطة ببعض هذه الإشكاليات في النقاط التالية:

1) إشكالية تحديد ثمن افتتاحي مبالغ فيه:

تكون الخبرة العقارية أحيانا عائقاً أمام استكمال إجراءات البيع العقاري، وذلك عندما يحدد الخبير ثمناً افتتاحياً يفوق بكثير القيمة الحقيقية للعقار، الأمر الذي يجعل بيع العقار مستحيلًا، إذ لا يتقدم أي متزايد للشراء، مما يؤدي إلى المماطلة وتطويل مسطرة استخلاص الديون البنكية³، فتضطر المؤسسة المقرضة إلى طلب إعادة النظر في تحديد الثمن الأساسي للعقار حتى يتم إخراج البيع الجبري من الحلقة المفرغة، وذلك من خلال إصدار رئيس المحكمة أمراً بإجراء خبرة ثانية لتخفيض الثمن ليكون ملائماً لسومة العقار مع الأخذ بعين الاعتبار ثمن السوق وهذا لا يزيد المسطرة إلا تعقيداً⁴، وهنا يجب الاحتراز بعدم الأمر بإجراء الخبرة الجديدة إلا بعد إجراء أكثر من سمسة وبقائها بدون جدوى، وعدم تقديم عروض تتوافق مع تقرير الخبرة الأولى⁵.

لكن الإشكالية تتعدّد أكثر في الحالة التي يقوم فيها الخبير المنتدب لتخفيض الثمن الأساسي بتحديد ثمن أعلى، حيث يتعين إعادة السمسة من جديد وإلى حين تقديم عروض بالثمن المحدد في الخبرة الأولى على

¹ هشامي أوخيا، بيع العقار المحفظ على يد القضاء، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق/أكادال، الرباط، 2006 – 2007، ص 30.

² انظر في ذلك: محمد ليددي، المسطرة المنظمة لمهام الخبير، مجلة الملحق القضائي، العدد 30، أكتوبر 1995، ص 47 وما يليها.

³ عبد الواحد شعير إشكالية الرهن العقاري الرسمي كضمان بنكي في ضوء التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق/ عين الشق، الدار البيضاء، 1994 – 1995، ص 182.

⁴ أحمد عكاشة، استخلاص الديون البنكية عن طريق القضاء، مداخلة في إطار الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، الرباط 19-20 يونيو 1993، ص 207.

⁵ يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، الجزء الثاني، م. س، ص 190.

الأقل، الأمر الذي يجعل من تقارير الخبرة تقارير نسبية لا تركز على أسس موضوعية ولا تتصف أحيانا بالمصادقية، بسبب التناقض الذي تعرفه تقارير الخبرة في الملف الواحد¹، مما يجعل الخبرة العقارية محل انتقاد ومناقشة من المتخصصين والباحثين وخاصة البنكيين منهم.

(2) إشكالية تماطل الخبراء في وضع تقارير الخبرة:

يلاحظ على مستوى واقع الخبرة العقارية في مجال مسطرة تحقيق الرهن الرسمي أن الخبراء في بعض الأحيان يتماطلون في وضع نتائج خبراتهم في الأجل المحدد لها مما يؤدي إلى تأخر مسطرة البيع في المزد العلي، مادام أن هذا الأخير مرتبط بإنجاز الخبرة التي تحدد الثمن الافتتاحي لاعتماده في انطلاق المزادة. ويسجل هذا الخرق على الخبراء العقاريين رغم أن المشرع لزم الخبراء بإنجاز المهمة المنتدبين لأجلها في أجل محدد²، وذلك بهدف التحكم في إجراءات التنفيذ والإسراع بها، بحيث يظل مآل التنفيذ مرتبطا بإنجاز الخبرة إلى أجل غير مسمى، ويبدأ سريان أجل إنجاز الخبرة من تاريخ قبول الخبير للمهمة، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل شريطة بيان ذلك من قبل الخبير في طلب التمديد، وذلك لأن من شأن التأخر عرقلة عملية البيع القضائي للعقار المرهون، وما يترتب عن ذلك من ضياع حقوق أطراف مسطرة تحقيق الرهن الرسمي.³

فإذا انصرم الأجل المحدد ولم يودع الخبير تقريره بكتابة ضبط المحكمة المنتدبة أمكن استبداله أو الحكم عليه بتعويض عن تأخير إنجاز المهمة، كما يمكن الحكم عليه بغرامة لفائدة الخزينة⁴، تتضاف إلى ذلك الجزاءات التأديبية التي يمكن أن يتعرض لها بحكم تقصيره في مهامه، والتي يمكن أن تصل إلى التشطيب عليه من جدول الخبراء المعتمدين لدى المحكمة.⁵

(3) اختلاف طرق تحديد الثمن الافتتاحي:

أفرزت الممارسة العملية لواقع الخبرة العقارية اختلافا في طريقة تحديد الثمن الافتتاحي، مما أثر سلبا على توحيد مسطرة البيع القضائي للعقار المرهون وتطولها بدون فائدة، حيث يحدد بعض الخبراء حدا أدنى وحدا أقصى لثمن العقار المرهون، ليكون الحد الأدنى هو الثمن الافتتاحي للمزد العلي، في حين يحدد باقي

¹ محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، م. س، ص 30.
² تنص الفقرة الأولى من الفصل 60 من ق.م. على أنه: " إذا كان التقرير مكتوبا، حدد القاضي الأجل الذي يجب على الخبير أن يضعه فيه، وتبلغ كتابة الضبط الأطراف بمجرد وضع التقرير المذكور بها لأخذ نسخة منه".
³ جودية خليل، الخبرة القضائية في المجال العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، 2000-2001، ص 92.

⁴ الفصل 61 من ق.م. م.
⁵ تشير إلى أن تطبيق الجزاءات التأديبية على الخبير تبقى من صميم اختصاص السلطة التي عينته، حيث لم ينظم قانون المسطرة المدنية الجزاءات التأديبية المطبقة على الخبير والمسطرة المتبعة في ذلك، وتقبل القرارات التأديبية الطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية متى كان فيها شطط في استعمال السلطة، وقد أصدر وزير العدل بعض المناشير والدوريات المنظمة لهذه المسألة نذكر منها:

- المنشور عدد 897 الصادر بتاريخ 5 نونبر 1980
- الدورية عدد 2/296/4 الصادر بتاريخ 7 شتنبر 1988.
- المنشور عدد 02/91102 الصادر بتاريخ 21 مارس 1989.

الخبراء ثمنا واحدا لانطلاق عملية البيع بالمزاد العلني¹.

وهذه الأخيرة هي الطريقة الأسلم لتبسيط مسطرة البيع بالمزاد العلني وتسريعها، إذ لا معنى يرجى من تحديد ثمن أدنى ينطلق به المزاد و ثمن أعلى هو ثمن البيع، لأن من شأن ذلك إضاعة جهد كبير في مزايده لا يعتد بنتيجتها في النهاية، فاعتماد الثمن الأدنى وإجراء المزايده على أساسه وعدم وصول المتزايدين إلى تقديم عروضهم إلى غاية الثمن الأقصى سيؤدي إلى إعادة المزايده وتبقى الإجراءات السابقة بدون فائدة.²

ويفترض في الثمن الافتتاحي أن يكون أعلى من مبلغ الدين الذي قدم العقار ضمانا لسداده، ذلك أن غالبية المؤسسات البنكية تلجأ قبل موافقتها على منح الائتمان إلى إجراء خبرة فنية على العقار لتحديد قيمته والتي على أساسها يتم تحديد مبلغ القرض الذي يمكن أن تمنحه للمدين، حيث يحرص البنك أن لا يتعدى مبلغ القرض ثلثي قيمة العقار المرهون، حتى يمكنه تغطية كافة المستحقات والمصاريف والفوائد التي قد تنشأ بسبب مماثلة المدين الراهن، خاصة وأن مسطرة تحقيق الرهن الرسمي لا يتم اللجوء إليها إلا بعد أن يكون المدين الراهن قد أدى جزءا من الدين، وقد يصل هذا الجزء إلى نسبة كبيرة منه.³

¹ محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، م. س، ص 55.
² يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي الجزء الثاني، م. س، ص 189.
³ محمد سلام، تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي، م. س، ص 53-54.

تداعيات كورونا "كوفيد 19" على المقاولات المغربية

دة خديجة علاوي/ الكلية المتعددة التخصصات الناظور
ددة وردة غزال/ كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بوجدة جامعة محمد الأول وجدة

فرضت التدابير المتخذة في جميع أنحاء العالم لمنع انتشار فيروس كورونا المستجد واقعا جديدا خاصة على الصعيد الاقتصادي، حيث أدى اضطراب سلاسل الإنتاج والتموين على مستوى العالم بالموازاة مع قرارات إغلاق الحدود وتعليق الرحلات الجوية والبحرية، وتطبيق الحجر الصحي، إلى تضرر مجموعة كبيرة من القطاعات الاقتصادية، وهو الأمر الذي عرفت معه العديد من المقاولات المغربية اضطرابات أودت بها إلى غلق أبوابها لأمد غير مسمى، سواء بالنسبة للمقاولات التجارية الكبرى كشركات النقل للطيران والسياحة: إذ يعتبر هذا القطاع من أكثر القطاعات تضررا وتأثرا بفيروس كورونا نتيجة القيود التي فرضتها دول العالم مثل وقف الرحلات الجوية وحظر دخول رعايا دول أخرى، وكذا قطاع النقل البري والبحري نتيجة إعلان حالة الطوارئ ومنع التنقل بين الدول والمدن وحظر التجول، وهو ما خلف كذلك أثارا سلبية برزت بشكل أكبر على المقاولات المتوسطة والصغيرة والصغيرة جدا، وكذا القطاع غير المهيكل سواء من حيث مصير الأجراء الغير مصرح بهم في صندوق الضمان الاجتماعي أو من حيث التزامات المقاولات تجاههم وتجاه الغير المتعاقد معه، كما هو الشأن بالنسبة لعقود الكراء سواء منها التجارية أو المهنية وباقي الالتزامات المفروضة على المقاولات من قبيل أداء القروض البنكية والمصرفية...

إن انعكاسات الجائحة على المجال الاقتصادي بالخصوص نتيجة اتخاذ الدولة لمجموعة من الإجراءات والتدابير الاحترازية لمواجهة تفشي "وباء كوفيد 19 المستجد" أو ما يطلق عليه البعض بالجرثومة الإكليلية، بدءا من إعلان حالة الطوارئ الصحية بمقتضى المرسوم رقم 2-20-292 بتاريخ 23 مارس 2020 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، وكذا مرسوم رقم 2-20-293 الخاص بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء المملكة لمواجهة تفشي الفيروس، وما صاحبها من إجراءات موازية، جعلت الحجر الصحي يؤثر على قطاعات متعددة خلال

الفصل الثاني من سنة 2020، وقد تم رصد هذا التأثير من خلال مجموعة من التقارير¹ ومن بينها موجز الظرفية الاقتصادية للمندوبية السامية للتخطيط خلال الفصل الأول من سنة 2020 وتوقعات الفصل الثاني، والذي أكد من خلاله أن نقط تراجع النمو تصل إلى -3,812% حسب ما هو مبين أسفله².

وبهذا فقد تأثرت المقاولات المغربية بالجائحة في عديد من المناحي سواء ما تعلق بتنفيذ عقودها والتزاماتها التي تبقى مستمرة مع هذه الجائحة وخصوصا منها ما يتعلق بالكرات المهنية والتجارية وكذا القروض... بالإضافة إلى المعاملات التجارية والاجتماعية التي التزمت المقاولات بتنفيذها تجاه المتعاقد معهم من تجار وأجراء وغيرهم، وهو ما يجعل هذه الالتزامات المترتبة على عاتق المقاولات جديرة بالمناقشة والتحليل خصوصا ما يتعلق بالكرات ومعالجة وضعية صعوبات المقاولات المتأثرة، وهو ما يطرح إشكال ما مدى تأثير وباء كورونا "كوفيد 19" على استقرار المقاولات في ظل التغيرات الاقتصادية وانعكاس ذلك على القطاع الاقتصادي والاجتماعي؟

ونظرا لشساعة هذا الموضوع سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال استحضار القوانين المنظمة لعقود الكراء المهني والتجاري والصناعي والحرفي، وكذا القانون 73.17 المتعلق بصعوبات المقاولات، مشيرين إلى التدابير التي يمكن اتخاذها بهذا الصدد للحفاظ على المقاولات والحد من آثار الجائحة عليها.

المبحث الأول: تأثيرات كوفيد 19 على الكراء المهني والتجاري

إن التأثير الذي أحدثه فيروس كوفيد 19 المستجد على الوضع الاقتصادي بالمغرب، نتيجة فرض حالة الطوارئ بموجب المرسوم عدد 02-20-292 والتدابير المصاحبة له، سيمتد لا محالة إلى مجموعة من المقاولات التي تضررت من جراء الجائحة والتي تمر بصعوبات مالية واقتصادية واجتماعية لا

¹ التقرير الصادر عن بنك المغرب حول "التوجه العام لسوق العقار خلال الفصل الأول من سنة 2020" فيما يتعلق بمؤشر أسعار الأصول العقارية التجارية فإن رصد الفصل الأول من السنة يبين انخفاض أسعار العقارات المخصصة للاستعمال المهني بنسبة 3,3%، وهو ما يشمل تراجع أسعار المحلات التجارية بنسبة 5,4% وارتفاع أسعار المكاتب بنسبة 8,2%. ومن جهة أخرى، انخفض عدد المعاملات بنسبة 25,6%. نتيجة لتدني مبيعات المحلات التجارية والمكاتب بنسب 26,2% و 21,7% على التوالي.

أما على الأساس السنوي فقد سجلت الأسعار تراجعا بنسبة 2%. يعزى إلى انخفاض أسعار المحلات التجارية بنسبة 2,6% مقابل ارتفاع أسعار المكاتب بنسبة 2%. من جهة أخرى، انخفضت المعاملات بنسبة 22,3%. نتيجة تراجع مبيعات المحلات التجارية بنسبة 22,1% ومبيعات المكاتب بنسبة 23,3%.

لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى موقع بنك المغرب/ باب الوثائق الإخبارية والإحصائية www.bkam.ma عليه بتاريخ 10 يونيو 2020 على الساعة الواحدة والنصف صباحا.

² - بالنسبة لنشاط الفلاحة والصيد البحري: حصة هذا القطاع في الناتج الداخلي الخام تشكل نسبة 11,7% في حين قدرت مساهمته في تراجع النمو بنسبة -0,067%؛

- بالنسبة لنشاط الصناعات التحويلية: حصة هذا القطاع في الناتج الداخلي الخام تشكل نسبة 15,7% في حين قدرت مساهمته في تراجع النمو بنسبة -0,392%؛

- بالنسبة لنشاط الخدمات المؤدى عنها: حصة هذا القطاع في الناتج الداخلي الخام تشكل نسبة 33,5% في حين قدرت مساهمته في تراجع النمو بنسبة -2,497%؛

- بالنسبة لنشاط الإدارة والخدمات الاجتماعية: حصة هذا القطاع في الناتج الداخلي الخام تشكل نسبة 16,7% في حين قدرت مساهمته في تراجع النمو بنسبة -0,003%؛

- بالنسبة لباقي الأنشطة: تشكل حصتها نسبة 22,4% في حين قدرت مساهمتها في تراجع النمو بنسبة -0,859%؛ وبالتالي فإن مجموع نقط مساهمة هذه القطاعات في تراجع النمو تقدر بنسبة -3,812% خلال الفصل الثاني من سنة 2020.

تستطيع معها الوفاء بالتزاماتها في الوقت المحدد لها، الشيء الذي قد يدفع بالكثير من المقاولات إلى إنهاء أنشطتها نتيجة عدم قدرتها على مواجهة الصعوبات جراء الظروف الاستثنائية التي تمر بها بلادنا.

وبغض النظر عن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة عن طريق استحداث لجنة اليقظة الاقتصادية التي حددت مهمتها في وضع تدابير الدعم المناسبة للقطاعات الأكثر تضررا، فإنها لم تتخذ إجراءات خاصة بصعوبات المقاولات كمنظيرتها الفرنسية، باستثناء ما جاء به مرسوم بقانون رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ في مادته السادسة والتي بينت ما يلي:

" يوقف سريان مفعول جميع الأجل المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة.

تستثنى من أحكام الفقرة الأولى أعلاه آجال الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي".

كما لم تتخذ إجراءات تتعلق بالكراء المهني و التجاري الذي تمارس به المقاولون نشاطها، وهو ما يجعلنا نتساءل حول مدى كفاية المادة السادسة من المرسوم المذكور أعلاه لحل الإشكالات التي قد تعرفها المقاولون من جراء الجائحة في حالة عدم أدائها للوجبة الكرائية في الوقت المحدد لها، أم أن هناك إجراءات أخرى يجب على المشرع اتخاذها من أجل الحفاظ على استمرارية مختلف المقاولات التي تضررت من جراء الجائحة والخروج بها من الصعوبات التي تتخبط فيها.

المطلب الأول: تأثيرات كورونا " كوفيد 19" على الكراء المهني

نظم المشرع المغربي الكراء المهني إلى جانب السكني بموجب القانون 167.12¹، وقد خص المشرع الكراء المهني بمقتضيات خاصة تميزه عن الكراء التجاري السكني كإمكانية توليته وبشروط محددة، وهو ما لم يخص به الكراء السكني، إذ تبقى الكراءات المهنية تختلف من حيث الاستغلال عن الكراءات السكنية، ونظرا للظروف التي فرضتها جائحة كورونا على بلادنا، ألزمت السلطات العامة مجموعة من المهنيين بغلق محلاتهم جراء الجائحة كإجراء احترازي الهدف منه حماية صحة المواطنين، وبالتالي فقد تأثرت هذه الفئة بقرار الإغلاق وإن اختلفت مهنتهم وتباعدت كقاعات الرياضة والمقاهي وصالونات التجميل والحلاقة... بالإضافة إلى المهن التي تنظمها قوانين خاصة كالتوثيق والمحاماة... هذه

¹ ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67-12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 الصادرة بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نونبر 2013) ص 7328.

الأخيرة التي أغلقت بناء على ما قرره وزارة العدل من تعليق الجلسات والعمل بالمحاكم باستثناء الدعاوى الجزرية وملفات الاعتقال... وبالتالي فقد وجد أصحاب هذه المهن أنفسهم ملزمين بإغلاق محلاتهم ومكاتبهم وفي نفس الوقت وجوب أدائهم للوجيبة الكرائية، ونظرا لأن عقدة الكراء مستمرة وإن لم يمارس المكثري نشاطه خلال فترة الحجر الصحي، فإنه من الواجب عليه أداء الوجيبة الكرائية ما دام مستغلا للعين المكثرة.

وبغض النظر عن الطبيعة القانونية ل: "كوفيد 19" هل يشكل قوة قاهرة أم ظرفا من الظروف الطارئة؟ فإنه يبقى في نظرنا ظرفا استثنائيا تأثرت به هذه العقود وأصبح من اللازم إيجاد حل لهذه الفئة من المهنيين من حيث التزاماتهم تجاه المكثرين، عن طريق أداء الوجيبة الكرائية خصوصا وأن عدم أدائها من قبل المكثري يجعله في حالة مطل، ومع غياب نص صريح في القانون 67.12 يؤطر لتدبير العلاقات الكرائية خلال فترة الجوائح والأوبئة فقد تم تقديم مقترحات قوانين أمام البرلمان¹ من أجل استيعاب الآثار الناجمة عن جائحة كورونا، وبدعم اعتبار المكثري الذي تأثر دخله بسبب جائحة كورونا "كوفيد 19" متماطلا عن أداء الوجيبة الكرائية طيلة مدة فترة الطوارئ الصحية المحددة بموجب المرسوم بقانون رقم 2.20.292 الصادر بتاريخ 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، وهكذا فقد نصت المادة الثانية من المقترح الذي تقدم به فريق العدالة والتنمية على أنه :

"تعد الوجيبة الكرائية المنصوص عليها بالمادة الأولى من هذا المقترح، دينا عاديا عن المدة المقرر فيها تطبيق حالة الطوارئ الصحية، ولغاية مرور 60 يوما من تاريخ رفعها بمقتضى مرسوم تحديد مدة سريان حالة الطوارئ الصحية.

يحق للمكثري المطالبة باستيفائه بعد انتهاء فترة حالة الطوارئ الصحية.

لا يترتب عن عدم أدائها عن المدة المذكورة فسخ عقود الكراء، ولا تستحق عنها فوائد ولا تعويضات في التأخير في الأداء".

وبمقتضى المادة الثالثة من هذا المقترح فإن طلب استيفاء الوجيبة الكرائية من قبل المكثري يكون معفى من جميع الرسوم والمصاريف القضائية أمام رئيس المحكمة المختصة، كما يمكن لرئيس المحكمة

¹ نذكر منها مقترح قانون يرمي إلى تعديل القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، والقانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، وقانون الالتزامات والعقود، فيما يخص استيفاء الوجيبة الكرائية خلال فترة حالة الطوارئ الصحية التي تعيشها بلادنا جراء وباء كوفيد 19، تقدم به السيد مصطفى إبراهيمي رئيس فريق العدالة والتنمية وباقي أعضاء فريقه، تم تسجيله تحت رقم 191 بتاريخ 27 أبريل 2020، وقد تمت إحالته على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان في يوم الاثنين 11 ماي 2020.

أن يمنح المدين بناء على طلبه مهلة للأداء لا تتعدى 90 يوما حسب ظروف كل نازلة على حدا وحسب وضعية المدين.

وهو ما يبين أن المقترح جاء أساسا بغية عدم ترتيب واقعة المظل عن عدم الأداء طيلة فترة الحجر الصحي وبالتالي الحيلولة دون تطبيق المساطر المنصوص عليها بقانون 67.12 المترتبة عن عدم أداء الوجيبة الكرائية في وقتها المطلوب، دون أن يغفل المكري إذ أخذ بعين الاعتبار الوضعية المادية لهذا الأخير، والذي قد تشكل الوجيبة الكرائية التي يستخلصها مصدر عيشه في غالب الأحوال، وذلك ضمانا لمبدأ التوازن بين طرفي العقد.

ومع ذلك فإن تعديل القانون 67.12 ليس بالضرورة بما كان. بحيث سيجد المشرع نفسه أمام تضخم في التشريعات نظرا لكونه ملزما للتدخل لتعديل العديد من القوانين التي تنظم الكراء وغيرها من المجالات التي تضررت بهذه الجائحة، وبالتالي كان من الأجدى لو ضمن المشرع هذه المقترحات بمرسوم قانون 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة لحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، وذلك على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا المجال، إذ أصدرت فرنسا مراسيم متعلقة بالمواعيد والإجراءات خلال فترة الطوارئ، وكذا بوضع أحكام للمدد الزمنية للتعامل مع وباء كوفيد 19 وذلك بتاريخ 25 مارس 2020 و 15 أبريل 2020 على التوالي، إذ تم إيقاف دفع مبالغ الكراء بشكل مطلق، بمقتضى هذه المراسيم وهو ما يترتب عنه استفادة المكثري من تأجيل أداء التزاماته بدفع الوجيبة الكرائية، وغيرها من الإجراءات الأخرى من عدم سريان أحكام الإنذار والفسخ والإفراغ خلال هذه المدة، وهو ما يتماشى مع الوضعية الراهنة وحماية الجانب الاجتماعي والاقتصادي للمكري.

وبالتالي يبقى الحل الأجدى في الظروف الحالية هو تفعيل السلطة التقديرية لرئيس المحكمة المختصة بمنح الأجل في الإمهال القضائي للمكثري الذي يطلب ذلك، وفق الطلب المعروض عليه بحيث يمكن أن يجرى أداء الوجيبة الكرائية على دفعات أو يؤجل أدائها إلى وقت لاحق لا يضر بمصالح المكثري والمكثري، دون أن ننسى تدخل المشرع بما يخدم مصلحة الطرفين عن طريق إقرار نصوص قانونية وإن لم تضمن بقانون 67.12 تراعي المرونة في تأجيل هذه الديون على غرار ما نهجه المشرع الفرنسي بشأن ذلك، خصوصا ونحن نعلم أن تقنية تأجيل الديون هي عبارة عن مهل يمتلك المشرع الحق في إقرارها، إما لفائدة جميع المدينين بالالتزامات أو لفئة منهم بشكل محدد، دون أن يمتلك القضاء سلطة تقديرية إزاءها فمصدرها إرادة المشرع، في حين أن الأجل في الإمهال القضائي يجد مصدره في القضاء.

كما أن قانون تأجيل الديون هو إجراء جماعي، بينما الإمهال القضائي إجراء فردي، ذلك أن قانون تأجيل الديون لا يصدر بسبب اعتبارات شخصية تتعلق بمدين معين، بل بسبب ظروف عامة تجعل الوفاء

مستحيا أو مرهقا لمجموعة معينة من المدنيين كما هو الشأن بالنسبة لآثار هذه الجائحة على المكثري. أما الإمهال القضائي فهو إجراء فردي يتعلق بمدى معين وتراعى فيه الاعتبارات الشخصية إذ يقرر لفائدة المدين الذي يواجه صعوبات مادية.¹

هذا ناهيك عن إمكانية تدخل الدولة عن طريق مساعدة بعض المكثرين المتضررين من الإغلاق بسبب الجائحة إما بتأجيل أداء ديون المحلات المكثرة والتابعة لمملكتها سواء في إطار أملاك الدولة أو الجماعات الترابية، أو بإعفاء أصحابها من الأداء طيلة فترة الحجر الصحي.

المطلب الثاني: تأثير جائحة كورونا على الكراء التجاري

نظم المشرع المغربي الكراء التجاري بموجب القانون 49.16² بعد أن نسخ هذا الأخير قانون 24 ماي 1955 الذي عمر زهاء 61 سنة، وبالرجوع إلى هذين القانونين نجد أنهما لم يتصديا لحالة تعذر تنفيذ الالتزامات بين الطرفين المكري والمكثري بصفة دقيقة وخصوصا منه قانون 49.16 كقانون خاص. باستثناء ما نظمته القواعد العامة من خلال قانون الالتزامات والعقود، وهو ما يجعلنا نتساءل أمام غياب نص قانوني يتصدى لحالة الكوارث والجوائح عن مصير الكراءات التجارية، وبالتالي ما مصير المكثرين التجار سواء ذاتيين كانوا أو اعتباريين أمام عدم أدائهم للوجيبة الكرائية جراء اتخاذ وزارة الداخلية لقرار الإغلاق الكلي أو الجزئي للمحلات التجارية مند بداية الوباء، هذا الأمر الذي انعكس سلبا على التوازن العقدي بين المكري صاحب العقار والمكثري التاجر وبالتالي انعكاس الأمر على الملكية العقارية والملكية التجارية لأطراف العلاقة الكرائية.

إن ما يسري على المكثري المهني والذي لم يؤد الوجيبة الكرائية جراء تداعيات جائحة كورونا "كوفيد 19" من تماطل في الأداء في إطار القانون 67.12، هو نفسه الذي يطبق على المكثري في إطار العلاقة الكرائية التجارية وفقا للقانون 49.16 وبالتالي يعتبر في حالة تماطل عن الأداء ويعتبر هذا الأمر تهديدا لإفراغه من المحل التجاري دون تعويض طبقا لنص المادة 8 من القانون 49.16.

وإذا كان المشرع قد أوقف احتساب الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية من خلال المادة السادسة من مرسوم حالة الطوارئ الصحية، فإن هذا المقتضى لم يحل الإشكال المطروح

¹ لمزيد من التفصيل أنظر:

- عمر أضر ضر " الإمهال القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة القاضي عياض، مراكش السنة الدراسية 2002-2003 ص 40 وما بعدها؛
- محمد بويحيى " الإمهال القضائي بين القواعد العامة وقانون حماية المستهلك " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص مسلك قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة السنة الجامعية 2018-2019 ص 20 و 21 و 22.

² ظهر شريف رقم 1.16.99 صادر بتاريخ 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، الجريدة الرسمية عدد 6490 الصادر في 7 ذو القعدة 1437 (11 أغسطس 2016) ص 5857.

بصفة نهائية بل يبقى التساؤل قائماً حول مصير المستحقات الكرائية المفروضة على المكثري طيلة هذه الفترة، ورغم اختلاف الآراء بهذا الشأن بين من اعتبر كوفيد 19 بمثابة قوة قاهرة وبالتالي فهذا الأمر يعفيه من أداء الوجيبة الكرائية، وبين من اعتبر الأمر مستحيلاً استناداً لنظرية استحالة تنفيذ الالتزام وبالتالي إعفاء المكثري من الأداء، هذا بالإضافة إلى من يرى أنه بإمكان المكثري اللجوء إلى طلب التخفيض من الوجيبة الكرائية بناء على المادة السادسة من القانون رقم 03-07 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي¹، والتي أكدت أنه: " يمكن للمكثري المطالبة بتخفيض ثمن الكراء إذا طرأت ظروف أثرت على استعمال المحل للغرض الذي اكتري من أجله، وذلك وفق أحكام الفصلين 660 و661 من قانون الالتزامات والعقود".

وبغض النظر عن هذه الآراء فالمنطق لا يمكن أن يستوعب هذه الحلول، على اعتبار أن عقد الكراء وكما أشرنا إليه سابقاً هو عقد من العقود المستمرة التي لا تعفي المكثري من الدفع بالقوة القاهرة لعدم تنفيذ التزامه بأداء الوجيبة الكرائية خصوصاً وأنه بقي حائزاً للعين المكتراة واستمر في حيازتها، كما أن القوة القاهرة حسب قانون الالتزامات والعقود ليس لها تأثير على محل الالتزام وإنما تأثيرها ينصب على التعويض الناجم عن عدم الأداء أو التأخير فيه وتعفي المدين منه.

في حين أن الأخذ بالفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود والذي يبين أنه: " ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلاً، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مطل"، سيؤثر لا محالة على المكثري لأن عدم أداءه للوجيبة الكرائية سيؤدي إلى إفراغه للعين المكتراة وهو ما سيزيد الطين بلة.

في حين أن اللجوء إلى مراجعة الوجيبة الكرائية هو في حد ذاته مشروط بتعيب أو هلاك جزئي للعين المكتراة، وهو ما لا ينطبق على هذه الحالة بحيث أن العين سليمة لم يصبها لا تعيب ولا هلاك وإنما أغلقت جراء قرار من السلطات العمومية استدعته الظرفية الراهنة والتي فرضها فيروس كوفيد 19 المستجد.

وفي ضل غياب قانون ينظم هذه الآثار فإننا نقترح لجوء المكثري إلى رئيس المحكمة المختصة لطلب الإمهال القضائي² كما أشرنا إلى ذلك سابقاً بالنسبة للكراء المهني، ونشير في هذا الصدد أن الفريق

¹ ظهير شريف رقم 1.07.134 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) لتنفيذ القانون رقم 07.03 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، الجريدة الرسمية عدد 5586 بتاريخ 2 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر 2007)، ص 4061.

² لمزيد من التفصيل حول الإمهال القضائي يمكن الرجوع إلى رسالة محمد بومهدي " الإمهال القضائي في القانون المغربي" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص/ ماستر العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول وجدة، السنة الدراسية 2018-2019.

الاشتراكي بمجلس النواب¹ تقدم بمقتراح قانون يرمي إلى تعديل المادة الثامنة من القانون رقم 49.16 المتعلق ببراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي بحيث أكدت مذكرة التقديم على أن الوضع الاستثنائي الذي تعرفه بلادنا سيحول دون وفاء عدد من المكترين بالسومة الكرائية الشهرية، الأمر الذي يمكن معه أن يتسبب في سقوطهم في حالة التماطل الموجبة للإفراغ بعد إنذارهم من قبل الملاك، وبالتالي فقدانهم للأصل التجاري ومعه مورد رزقهم وعدد من المشتغلين لديهم كما هو حال عدد من المحلات التجارية والمقاهي وغيرها.

وبما أن التماطل الموجب للإفراغ يتحقق بعد نهاية الأجل القانوني المضمن بالإنذار من أجل الأداء وإن تم الوفاء بالمبالغ الكرائية، تم اقتراح تعديل المادة الثامنة من القانون رقم 49.16 بالشكل الذي تعد معه المبالغ الكرائية العالقة بذمة المكترين عن الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية دينا عاديا يستوفى بالمساطر القانونية المعمول بها دون اعتبار ذلك تماطلا موجبا للإفراغ دون تعويض، وبذلك تمت إضافة فقرة أخيرة لهذه المادة تنص على ما يلي: "...استثناء من مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه، تعد المبالغ الكرائية العالقة بذمة المكترين عن الفترة المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية المنصوص عليها بمرسوم بقانون عدد 2.20.293 لإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا- كوفيد 19، دينا عاديا يستوفى بالمساطر القانونية المعمول بها دون اعتبار ذلك تماطلا موجبا للإفراغ دون تعويض".

وبهذا نلاحظ أن هذا المقترح يؤكد على اعتبار دين المكترين في إطار هذه الظروف الاستثنائية دينا عاديا يمكن أن يفعل فيه القضاء مهلة الميسرة من أجل الأداء وذلك حسب طبيعة كل ملف معروض على المحكمة، وهو ما نركيه بدورنا بغض النظر إن جاء هذا التعديل بمقتضيات المادة الثامنة من القانون 49.16 أو بموجب قانون إجرائي أنني تسري آثاره بشكل فوري على هذا النوع من التعاقدات وبالتالي اعتبار هذه الديون ديونا عادية تؤدي في أجل معين ومعقول دون أن يطبق الإفراغ في حق المكترين دون تعويض.

ومن هذا المنبر لا يسعنا إلا أن نتمن المبادرة التي تقدم بها جلالة الملك محمد السادس نصره الله بالنسبة للكراءات الوقفية، بناء على قرار جلالته بشأن الأملاك الوقفية والذي نستشف من خلاله أنه أشار إلى ثلاث نقاط أساسية، الأولى منها هي أن الإعفاء يشمل المحلات التجارية والمهن والحرف والخدمات من غير الأراضي الفلاحية، والثانية هي أن القرار أشار إلى الأملاك الحبسية دون تحديد، أما النقطة الثالثة

¹ مقترح قانون يرمي إلى تعديل المادة الثامنة من القانون رقم 49.16 المتعلق ببراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، سجل هذا المقترح تحت عدد 188 بتاريخ 08 أبريل 2020 وتمت إحالته على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان يوم الخميس 23 أبريل 2020.

فهي بخصوص الأشخاص الذين تم إعفاؤهم من أداء الوجيبة الكرائية فالقرار يشير إلى المكترين بصفة عامة باستثناء الموظفين.

وبالتالي وسيرا على هذا النهج نقترح إعفاء التجار والمهنيين من مستحقات الكراءات التابعة لأملك الدولة والجماعات الترابية، مع شمول هذه الإعفاءات كذلك للأملك العقارية المستغلة في إطار الاحتلال المؤقت للملك العام... وذلك للتخفيف من التأثيرات الاقتصادية والاجتماعية التي تعرض لها التجار والمهنيون مستغلو هذه المحلات ومساعدتهم حتى يتم تجاوز آثار وتداعيات هذه الجائحة.

المبحث الثاني: تأثيرات كورونا "كوفيد 19" وصعوبات المقاوله

لقد أثرت جائحة كورونا على المقاوله المغربية بشكل كبير بحيث أصبحت هذه الأخيرة تعيش أزمة حقيقية، ويظهر ذلك بوضوح من خلال ما صرح به أرباب المقاولات أثناء البحث الذي أجرته المندوبية السامية للتخطيط على مجموعة من المقاولات التي تشتغل بقطاعات الصناعة التحويلية والبناء والطاقة والمعادن والصيد البحري وغيرها¹.

بالإضافة إلى التقرير المفصل بتطور الاقتصاد الوطني في ظل أزمة كورونا "كوفيد 19"، وفق ما جاء في موجز الظرفية الاقتصادية للمندوبية السامية للتخطيط خلال الفصل الأول من سنة 2020 وتوقعات الفصل الثاني، والذي بين ما يلي:

- ينتظر أن يسجل الاقتصاد الوطني انكماشاً يقدر بناقص 1,8% في الفصل الثاني من سنة 2020، مقابل نمو اقتصادي يقدر ب 1,1% خلال الفصل الأول من نفس السنة...
 - بدورها ستعرف صادرات الملابس والنسيج، والتي تساهم ب نسبة 11 % في مجموع الصادرات المغربية، تراجعاً بسبب انخفاض الطلب الخارجي الموجه نحوها خاصة من أوروبا، حيث ستخفص صادرات النسيج بنسبة 4,3% خلال الفصل الأول من سنة 2020².
- وهو ما تؤكد معه هذه الأرقام وبوضوح التأثير السلبي لهاته الجائحة على الاقتصاد الوطني وخصوصاً على المقاولات التي اضطرت لغلق أبوابها وتوقيف أجراءها نتيجة توقيف نشاطها الإنتاجي أو بتخفيضه، وبالتالي تقليص اليد العاملة بشكل مؤقت أو دائم.

¹ التقرير الصادر عن المندوبية السامية للتخطيط ما بين 1 و3 أبريل 2020، عبر الاتصال هاتفياً بمجموعة من المقاولات التي ناهز عددها 4000 مقاوله منظمة، تعمل في قطاعات الصناعة التحويلية والبناء والطاقة والمعادن والصيد البحري والتجارة والخدمات التجارية الغير مالية.
² وحسب نفس التقرير وفيما يتعلق بانخفاض النشاط الاقتصادي خلال الفصل الثاني من سنة 2020، فإن الحجر الصحي سيؤثر على الاقتصاد الوطني خلال شهر أبريل 2020 بضياغ ما يقارب 3,8 نقطة من نسبة نمو الناتج الداخلي خلال الفصل الثاني من سنة 2020، وهو ما يعادل 10,918 مليار درهم عوض 4,1 مليار درهم خلال الفصل الأول.
وستساهم الخدمات المؤدى عنها بناقص 2,49 نقطة في هذا التحول متبوعه بالصناعة التحويلية بناقص 0,39 نقطة.
هذا وأشار التقرير إلى أن هذه التوقعات تظل قابلة للتغيير موازاة مع ظهور معطيات جديدة في ظرفية تتسم بتزايد الشكوك حول مدة الأزمة الصحية وأثارها على النشاط الاقتصادي، وكذلك حدة تأثير مختلف التدابير والبرامج المتخذة لدعم الاقتصاد الوطني.

إن واقع المقابلة بعد رفع الحجر الصحي وكذا رفع حالة الطوارئ سيعرف تعثرا قد يصل في بعض الحالات إلى توقفها عن الدفع، وهو الأمر الذي سيؤثر لا محالة بطريقة أو بأخرى على استمراريتها وكذا على الأجراء المشتغلين بها، وبالتالي سيطرح إشكال الحفاظ على الأمن المقاولاتي وتأثيره على مناخ الأعمال والاستثمار، مما سيجعل العديد من المقاولات عرضة لأزمات ستدفعها للمثول أمام القضاء من أجل إيجاد الحل الأمثل لهذه الأخيرة والوصول بها إلى بر الأمان. فما هي الضمانات التي قد يمنحها المشرع والقضاء معا للمقابلة للخروج من هذه الأزمة؟

المطلب الأول: تداعيات كوفيد 19 على المقابلة وقانون 17.73

قد تعترض المقابلة مجموعة من المشاكل والتي يستمر معها نشاطها التجاري، وحماية من المشرع لهذه المقابلة أوجب تدخل جهات معينة في الوقت المناسب من أجل تذليل كل الصعوبات التي قد تخل باستمراريتها وتؤثر على وجودها مستقبلا ومن ثم إنقاذها، وذلك وفق إجراءات محددة بينها المشرع في المواد من 545 إلى 595 من الكتاب الخامس من مدونة التجارة¹.

وانطلاقا من الفقرة الأولى من المادة 545 من مدونة التجارة التي تنص على أنه: " يتعين على المقابلة أن تقوم بنفسها عن طريق الوقاية الداخلية من الصعوبات التي تعترضها، بتصحيح ما من شأنه أن يخل باستمرارية استغلالها، وإلا ثم ذلك عن طريق الوقاية الخارجية من رئيس المحكمة".

ويتبين أن المشرع المغربي ميز في مساطر الوقاية بين تلك التي يتوجب على المقابلة أن تقوم بها بنفسها وهي ما تسمى بالوقاية الداخلية، وبين تلك التي تقوم بها جهات أجنبية وخارجية عن المقابلة يشرف عليها رئيس المحكمة التجارية، والتي قد تفضي إلى إبرام اتفاق للتسوية الودية بين المقابلة ودائنيها، وهو ما يطلق عليه بمسطرة الوقاية الخارجية.

كما نظم مسطرة الإنقاذ كمسطرة إرادية وقائية وعلاجية في نفس الوقت تفتح بناء على طلب كل تاجر لا يكون في حالة توقف عن الدفع، غير أنه يعاني من صعوبات لا يستطيع تجاوزها ومن شأنها أن تؤدي به في أجل قريب إلى التوقف عن الدفع.

وهو ما يبين أن المشرع اعتمد مساطرا وقائية سابقة لتوقف المقابلة عن الدفع من أجل النهوض بها والحفاظ عليها، ومن تم الحفاظ على الاقتصاد الوطني، سواء كانت هذه المقاولات ذاتية أو اعتبارية.

¹ ظهير شريف رقم 1.18.26 صادر في 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018) بتنفيذ القانون رقم 73.17 بدمخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص مساطر صعوبات المقابلة. الجريدة الرسمية عدد 6667 الصادرة بتاريخ 6 شعبان 1439 الموافق ل 23 أبريل 2018 ص 2345.

وبالرجوع لمقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة نجد أن المشرع حدد مساطر وقائية كإجراء أولي قبل اللجوء إلى المساطر التي يتدخل القضاء فيها عن طريق محكمة الموضوع، وبالتالي يصيب عليها طابع العلاج، وسواء تعلق الأمر بالمساطر الداخلية والخارجية أو مسطرة الإنقاذ فإن الشرط الأساسي لتفعيلهم هو عدم توقف المقابلة عن الدفع¹.

وفي حالة ثبوت توقف المقابلة عن الدفع فإن المقابلة تنتقل من وضع الوقاية إلى وضع العلاج وذلك بعد صدور حكم من المحكمة التجارية إما بفتح مسطرة التسوية ومن تم اعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت، أو فتح مسطرة التصفية حسب الوضع الذي تمر به المقابلة، لذلك يجب اتخاذ الإجراء المناسب تجاه المقابلة المتعثرة والتي تعاني من صعوبات في الوقت المناسب بغية الحفاظ عليها وعلى النسيج الاقتصادي، ومن تم الإبقاء على مناصب الشغل وضمان حقوق الدائنين.

وبما أن جائحة كورونا شكلت وضعا استثنائيا بالنسبة للمقابلة المغربية على الخصوص فإن علاجها لن يخرج عن إطار إحدى هاتاه المساطر، والتي يجب أن تطبق على المقاولات المتعثرة وفقا لمقتضيات القانون 17.73 باستحضار الشروط المطلوبة لفتح كل مسطرة على حدا ودون إغفال القضاء التجاري لظروف الجائحة والتي قد تكون سببا رئيسيا في وصول المقابلة لإحدى هاتاه المساطر، ناهيك عن استحضار الآجال الواقفة التي سنها المشرع والتي قد تفيد المقابلة في استرجاع نشاطها ومحاولة الخروج من هذه الضائقة، أي تمديد الآجال المتعلقة بمساطر صعوبات المقابلة بناء على مقتضيات المرسوم المعدل لحالة الطوارئ في مادته السادسة، وهكذا فبالنسبة لمسطرة المصالحة التي سبق فتحها أمام رئيس المحكمة التجارية هي بدورها تستفيد من وقف الآجال بقوة القانون وذلك فيما يتعلق بتنفيذ الاتفاق الودي الذي أبرمه المصالح، وهنا يجد القضاء الرئاسي نفسه أمام تحد اقتصادي نظرا لدوره المهم الذي يتوجب أن يفعله تجاه المقابلة من أجل الإبقاء على استمراريتها وتذليل صعوباتها، ولما لا التدخل من أجل منح آجال إضافية يسترعي فيها رئيس المحكمة التجارية تكيف المقابلة مع الواقع الراهن والظرفية الاقتصادية للبلاد بما يخدم مصلحة المقابلة وتيسير تنفيذ الاتفاق الودي، أما عن المقابلة التي سيتم فتح مسطرة المصالحة بشأنها بعد رفع حالة الطوارئ واستئناف المحاكم التجارية لعملها فتاريخ ثلاثة أشهر الخاصة بتعيين المصالح والقابلة للتجديد لمدة شهر واحد من أجل الوصول إلى اتفاق ودي بين المقابلة ودائنيها كفيلة بإيجاد المصالح لحل يراعي التزامات المقابلة والواقع التجاري الحالي، وبالتالي يجب الأخذ

¹ هذا الشرط الذي أوجبه المشرع من أجل إعمال مساطر العلاج تبناه باعتماد المعيار الاقتصادي الذي يقتضي أن خصوم المقابلة تفوق أصولها وذلك من خلال المادة 575 بمدونة التجارة والتي أكدت بفقرتها الثانية على ما يلي: " تثبت حالة التوقف عن الدفع متى عجزت المقابلة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه."

بعين الاعتبار الآجال التي يمكن أن تسدد فيها المقاوله ديونها وأن يتم اتخاذ الأنسب لهذه المقاوله وإن اقتضى الأمر طلب فتح مسطرة الإنقاذ من قبل رئيس المقاوله في حالة استحالة تنفيذ الاتفاق الودي.

إلا أن هذا التمديد لا يمكن أن يفهم على إطلاقه، وبالتالي لا يمكن الحديث عن وجوب تمديد الآجال بالنسبة للمقاوله من أجل طلب فتح مساطر المعالجة ما دامت قد وصلت لحالة التوقف عن الدفع، وذلك في نظرنا لعدم جدوائية تمديد المسطرة وتوخيا لمحاولة إنقاذ ما يمكن إنقاذه، فإذا كانت المقاوله في حالة توقف عن الدفع دون أن تكون في حالة لا رجعة فيها حكمت المحكمة بفتح مسطرة التسوية واعتماد مخطط الاستمرارية أو مخطط التقويت حسب ما آلت إليه المقاوله، وإذا اقترن توقف المقاوله عن الدفع مع وجودها في حالة لا رجعة فيها تتخذ المحكمة التجارية حكما بفتح مسطرة التصفية وفق ما ينص عليه المشرع بقانون 73-17، وذلك مباشرة بعد استئناف المحاكم التجارية لعملها ورفع الحجر خصوصا أمام عدم إمكانية سلوك الإجراءات المتعلقة بفتح مساطر صعوبات المقاوله بطريقة إلكترونية.

أما عن مساطر المعالجة التي سبق فتحها أمام المحاكم قبل إعلان حالة الطوارئ، فإن الآجال المتعلقة بتنفيذها سواء بالنسبة للوفاء بالتزامات الدائنين أو تنفيذ العقود الجارية وغيرها المنصوص عليها في المخطط المعتمد من قبل المحكمة كان المشرع صريحا بشأن وقف احتسابها، وبالتالي فإن تنفيذها يقتضي إيقاف احتسابها منذ إعلان حالة الطوارئ بمختلف أرجاء المملكة إلى حين رفعها رسميا، مع مراعاة ما يصاحبها من إجراءات احترازية قد تجعل عمل المقاوله في حالة مضطربة (كعدم التحاق كافة الأجراء نتيجة الإجراءات الاحترازية لتباعد المأجورين أثناء أدائهم لعملهم ضمانا لصحتهم وحماية لها). وبالتالي ولأجل الإبقاء والحفاظ على المقاوله فإن الأمر يقتضي من المحكمة اتخاذ ما تراه أفيد لتنفيذ المخطط بما فيه إضافة آجال جديدة تستوعب الفترة الموالية لحالة رفع الطوارئ مراعية في ذلك خصوصية المقاوله المغربية دون إغفال المدة الزمنية التي يمكن أن تستعيد فيها المقاوله عافيتها على الصعيد الوطني والدولي سواء بالنسبة لمسطرة الإنقاذ أو مسطرة التسوية بمخططيها معا، وهو ما يتعين معه تضافر جهود كل من القضاء والدولة والخبراء الاقتصاديين ضمانا لاستمرارية المقاولات والنهوض بالاقتصاد الوطني.

وهو ما يجعلنا نتساءل عن مدى كفاية القانون 73-17 لحماية المقاوله وهل هو قادر على احتواء

تداعيات جائحة كورونا على المقاوله المغربية؟

المطلب الثاني: مقترح تعديل القانون 73.17 وواقع التغيير

أمام الظرفية التي تعرفها المقاولات المغربية جراء تداعيات جائحة كورونا "كوفيد 19" وأمام غياب قانون خاص بتنظيم الجوائح والأوبئة وعدم استيعاب القانون 17.73 لمثل هذه الاستثناءات، تم تقديم مقترح قانون¹ يقضي بتنظيم الكتاب الخامس من مدونة التجارة بغية تجنب الانعكاسات السلبية التي ستخلفها هذه الجائحة على العديد من المقاولات التي تعيش أو ستعيش صعوبات كبيرة قد تؤثر على استغلالها وتهدد مناصب الشغل بها، هذا إن لم تكن قد وصلت بعد لحالة التوقف عن الدفع، وبالتالي التدخل لإنقاذها ومساعدتها على استرجاع عافيتها، وذلك بمحاولة توفير الإمكانيات القانونية لهذه المقاولات للاستفادة مما توفره مسطرة الإنقاذ من امتيازات للمقاولات الغير متوقفة عن الدفع، وإعطائها الفرصة لكي تقوم بمعالجة اختلالاتها بنفسها وأداء ديونها والمحافظة على مناصب الشغل بها، وبالتالي الخروج من آثار هذه الجائحة والحلول دون إنهاء مسار هذه المقاولات.

وقد أكد المقترح في مذكرة التقديم على تفعيل مسطرة الإنقاذ على المقاولات التي تعرف صعوبات جراء تداعيات جائحة كورونا "كوفيد 19 المستجد"، مع وجوب تدخل المشرع من أجل إضفاء المرونة على شرط التوقف عن الدفع الذي يشترط عدم تحققه لإمكانية سلوك مسطرة الإنقاذ وتحسين هذه المرونة بشروط قانونية أخرى تضمن عدم خروج هذه المسطرة عن الهدف الذي أسست من أجله، وبذلك يبقى على القضاء التمييز بين المقاولات التي يمكن أن توصلها ظروفها الخارجية المرتبطة بالجائحة إلى صعوبات قد تؤدي بها إلى حالة التوقف عن الدفع وبالتالي قبول فتح مسطرة الإنقاذ تجاهها بناء على طلب رئيس المقاولات، وبين المقاولات التي توقفت عن الدفع جراء معرفتها لصعوبات ناتجة عن ظروف لا علاقة لها بالجائحة وبالتالي تطبيق مساطر المعالجة تجاهها مباشرة وهو الأمر الذي يبقى في نظرنا غير ذي جدوى حيث سيخلق لا محالة اضطرابا في تحديد مفهوم التوقف عن الدفع من قبل المحكمة في الملفات المعروضة عليها وهو ما يتعارض مع المفهوم الاقتصادي للتوقف عن الدفع والذي اعتمده المشرع من خلال الكتاب الخامس من مدونة التجارة.

كما بين هذا المقترح الاستثناءات التي يمكن أن تفتح معها مسطرة الإنقاذ² في ارتباط بهذه الجائحة على أساس أنه يمكن للمقاولات التي تعاني من صعوبات جراء جائحة كورونا، وليس بمقدورها أن تتجاوزها

¹ مقترح قانون يقضي بتنظيم الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة كما تم نسخه وتعويضه بموجب القانون رقم 73.17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-18-26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، تقدم به السيدان النائبان عبد الرحمان أبليللا ومصطفى مشارك/ مجلس النواب، وقد سجل تحت رقم 206 وبتاريخ 2020/05/13.

² - " المادة 574 مكررة: استثناء من أية أحكام مخالفة واردة في القسم الثالث من الكتاب الخامس والمتعلقة بمسطرة الإنقاذ، فإنه يمكن فتح مسطرة الإنقاذ بطلب من كل مقاولات تعاني بشكل مباشر من صعوبات بفعل تداعيات كورونا المستجد كوفيد 19 وليس بمقدورها تجاوزها. وإضافة إلى الوثائق التي يتعين على المقاولات تقديمها رفقة الطلب، والمنصوص عليها في المادة 577 أعلاه، فإنه يتعين عليها تحت طائلة عدم القبول تقديم قوائم تركيبية لآخر سنة مالية مؤشر عليها من طرف خبير محاسبي أو خبير معتمد تفيد أنها قبل الجائحة كانت في عافية،

ودون أن تكون قد وصلت إلى حالة التوقف عن الدفع أن تتقدم بطلب منها إلى المحكمة قصد فتح مسطرة الإنقاذ، وهو ما يفيد أن المقترح جاء باستثناء جديد من أجل تطبيق مسطرة أقرها المشرع بقانون 17.73 وبشروط استثنائية جراء الصعوبات التي قد تعاني منها المقاوله والتي خلفتها الجائحة، على ألا يتجاوز تنفيذ المخطط سنة واحدة كحد أقصى عكس المدة المنصوص عليها بالكتاب الخامس من مدونة التجارة والتي حددت تنفيذ مخطط الإنقاذ في مدة لا تتجاوز خمس سنوات وفق مقتضيات المادة 571، وهو ما لا يمكن تصوره على أرض الواقع لأن تنفيذ المخطط يقتضي أن تقوم المقاوله بإعادة جدولة وهيكله ديونها وبالتالي فالأمر يتطلب وقتاً أطول من ذلك، مع الإشارة إلى أن المقترح أعطى الإمكانية لتمديد مدة السنة المقترحة لتنفيذ المخطط دون تحديد منه للعدد الأقصى للتمديد، كما أشار المقترح إلى أنه إذا كان مخطط الإنقاذ تم باتفاق مع الدائنين فإن المحكمة تقبله على الفور وهو ما يجعلنا نتساءل من خلال هذا الاقتراح حول ما مدى جدوائية فتح مسطرة الإنقاذ إذا كان هناك اتفاق بين المقاوله ودائنيها خصوصاً الرئيسيين منهم، إذ يستحسن هنا تفعيل مسطرة المصالحة عن طريق الاتفاق الودي بين المقاوله ودائنيها والذي يسهر على تطبيقه رئيس المحكمة التجارية، وبالتالي تفعيل مسطرة الوقاية الخارجية دون الدخول في مسطرة الإنقاذ والتي تتطلب تدخل أجهزة قضائية بغية معالجتها والسهل على تدليل الصعوبات التي تمر بها المقاوله.

كما أشار المقترح من جهة أخرى بفقرته الأخيرة إلى وجوب تقديم طلب فتح مسطرة الإنقاذ من قبل رئيس المقاوله وفق مبدأ حسن النية تحت طائلة متابعته بجريمة خيانة الأمانة، وهذا الأمر في نظرنا لا يتماشى مع فلسفة إنقاذ المقاوله لأن تقديم الطلب أو عدم تقديمه يبقى بيد رئيس المقاوله، والمشرع لم ينص على عقوبات زجرية جراء عدم الالتزام بذلك من قبل رئيس المقاوله، حيث إذا تبين للمحكمة بعد فتح مسطرة الإنقاذ أن المقاوله متوقفة عن الدفع أصدرت حكماً بفتح إحدى مساطر المعالجة وذلك إما باعتماد مسطرة التسوية أو مسطرة التصفية حسب وضعية المقاوله، وبالرجوع إلى المقترح فإنه في نظرنا لن يشكل قيمة مضافة للكتاب الخامس من مدونة التجارة لسبق تنظيمها لمسطرة الإنقاذ التي ركز عليها المقترح دون غيرها من المساطر الأخرى، وبالتالي لا نحتاج إلى التعديل في مسطرة الإنقاذ وإنما تفعيل مسطرة المصالحة عن طريق التسوية الودية وفق ما يخدم مصالح المقاوله بعلاقتها بالظروف التي أوصلتها لحالة الصعوبات جراء الجائحة.

وهو ما يتبين معه أن قانون 17.73 لا يحتاج إلى التعديل بالدرجة الأولى وإنما نحتاج إلى تشريع شامل لحالات الجوائح والأوبئة والفيروسات وبصفة عامة كل ما قد يطرأ على المقاوله في إطار

إذا كان مخطط الإنقاذ تم باتفاق مع الدائنين فإن المحكمة تقبله على الفور، تحدد المحكمة مدة لتنفيذ مخطط الإنقاذ على أن لا تتجاوز سنة، ويمكن للمقاوله أن تتفق مع الدائنين كلهم أو بعضهم على تمديد هذه المدة. وخلال مدة تنفيذ مخطط الإنقاذ يتعين وقف المتابعات الفردية وكل إجراءات التنفيذ التي قد يباشرها الدائنون على أصول المقاوله، كما تتوقف الفوائد القانونية والاتفاقية ما لم يتم الاتفاق مع الدائن على خلاف ذلك. ويتعين أن يتقدم رب المقاوله بالطلب وفق مبدأ حسن النية تحت طائلة متابعته بجريمة خيانة الأمانة. يسري العمل بالأحكام الأخرى الواردة في القسم الثالث المذكور".

الظروف الاستثنائية التي لا تتوقعها المقاولات والاقتصاد بصفة عامة، ومن أجل الحيلولة دون اندثار المقولة والإبقاء على نشاطها نقترح أن يتدخل المشرع المغربي من أجل مساعدة المقولة باتخاذ مجموعة من الإجراءات من قبيل:

- إحداث لجنة وطنية للتفكير في إيجاد حل للملفات التي ستعرض على القضاء التجاري بعد رفع حالة الطوارئ الصحية خاصة فيما يتعلق بصعوبات المقولة.

- وقف الأجال بالنسبة لديون المقولة ابتداء من إقرار مرسوم حالة الطوارئ مع تمكين القضاء باعتباره مساعدا للمقولة من اتخاذ قرارات للخروج من الصعوبات التي تتخبط فيها المقولة، وذلك بتمديد آجال أداء الالتزامات بالنسبة للمقولة حتى بعد رفع حالة الطوارئ مراعى في ذلك آجال استرجاع المقولة لنشاطها التجاري العادي، ومستحضرا بخصوص ذلك استئناف كل الأجراء لعملهم مع التخفيف أو إنهاء القيود الاحترازية التي اتخذتها الدولة في إطار الحفاظ على صحة المواطنين، من غلق الحدود وتأثير ذلك على المقاولات التي تعتمد النقل وجلب المواد الأولية من الخارج، وبالتالي مراعاة خصوصية كل ملف معروض على المحكمة حسب طبيعة الصعوبات ونوع المقولة.

- توفير تمويلات للمقاولات المتعثرة والمتضررة من الجائحة بغية النهوض بها وحمايتها من التصفية، وذلك بمنحها قروضا تفضيلية وبنسبة فائدة قليلة على غرار ما نهجته الدولة بشأن ذلك من ضمان أو كسب وإقلاع...

- العمل على إحداث جمعية للتأمين¹ على ديون الأجراء في حالة عجز المقولة عن أدائها، وتخويل هذه الجمعية حق الرجوع على المقولة بعد استرجاع نشاطها المعتاد وذلك حماية لفئة الأجراء التي تعتبر الفئة الأكثر تضررا من هذه الجائحة خصوصا في القطاع الغير المهيكل.

¹ عمر السكتاني: "مدى الحاجة إلى إصلاح عميق لنام صعوبات المقولة - قراءة في مقترح قانون تعديل المادة 574 المتعلقة بمسطرة الإنقاذ" جريدة العلم الصادرة بتاريخ 17 شوال 1441 الموافق 9 من يونيو 2020، ص7.

جريمة المس بصورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص

ياسين الكعيوش

دكتور في الحقوق

أستاذ التعليم العالي مساعد

الكلية المتعددة التخصصات بتاونات

جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

مقدمة:

مرت حقوق الإنسان بمجموعة من المراحل وقطعت أشواطاً متعددة حتى صُنفت ضمن أجيال من الحقوق، وشكلت في مجموعها منظومة كلية لا تقبل التجزئة، ويعتبر الحق في الحياة الخاصة أحد تلك الحقوق التي عملت القوانين على صيانتها من كافة صور المساس والاعتداء؛ عن طريق أداة القانون الجنائي الذي يبيح للأفراد داخل المجتمع إتيان أفعال معينة، ويلزمهم بالامتناع عن ارتكاب أفعال أخرى مقابل جزاءات لمن خالف ذلك، حفاظاً على الأمن والاستقرار الاجتماعي.

ونظراً للتقدم العلمي السريع واتساع استخدام أجهزة الاتصال الحديثة على نطاق واسع، فقد تعرضت الحياة الخاصة لانتهاكات متعددة، مما دفع معظم التشريعات إلى بسط حماية أكبر للحق في الخصوصية، كأحد الحقوق الفردية المعبرة عن الحرية الشخصية؛ وإن اختلفت هذه التشريعات في وضع مفهوم محدد للحق في الحياة الخاصة، فإن بعض الفقه عرفها من زاوية الحق في الحياة الأسرية والشخصية والداخلية والروحية للشخص، عندما يعيش وراء بابه المغلق، وقد قيل أن الحق في الحياة الخاصة هو حق الفرد في استبعاد الآخرين من نطاق حياته الخاصة، والحق في احترام ذاتيته الشخصية، ويعني أيضاً حق الشخص في أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادة صاحب الشأن، والتي تتعلق بصفة أساسية بحقوقه الشخصية⁽¹⁾.

لكن يبقى أشهر تعريف للحياة الخاصة، هو التعريف الذي وضعه معهد القانون الأمريكي، حينما عرف الحق في الحياة الخاصة من زاوية المساس بها بقوله " كل شخص ينتهك بصورة جدية وبدون وجه

¹ محمود نجيب حسني، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، مجلة القضاة، العدد السادس، يوليو 1987 ص 201-202.

حق، حق شخص آخر في ألا تصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، ويعد مسؤولاً أمام المعتدى عليه⁽¹⁾.

وصفوة القول إن الحق في الحياة الخاصة في بداية القرن العشرين، لم يلقى أي اهتمام من قبل التشريعات الجنائية حيث رفضت الاعتراف به كحق مستقل بذاته، ومبررها في ذلك آنذاك أن فكرة هذا الحق تعد غامضة وغير واضحة المعالم والحدود، وبالتالي تمت معالجته من منظور علم الأخلاق وعلم الاجتماع، ولم يذسنى للقوانين الجنائية سوى تجريم فعل القذف والسب، لأن الهدف هنا هو التحقير والخط من كرامة الشخص، أما من يذكر أموراً حقيقية تخص حياة شخص معين فلا يسأل جنائياً⁽²⁾.

بيد ان مع مرور الوقت اتجهت غالبية الفقه إلى إقرار الحق في الحياة الخاصة، بوصفه حقاً قائماً بذاته، بعدما استشعر الجميع أهمية هذا الحق، كما لقي اهتماماً دولياً حينما نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه " لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته". كما نصت المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على " لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو بيته أو مراسلاته"⁽³⁾.

لذا عملت أغلب الدساتير الحديثة وباختلاف فلسفة نظمها القانونية تضمين الحق في الحياة الخاصة، بجعله حقاً دستورياً وجب حمايته من أي اعتداء أو انتهاك، حيث نص الدستور المغربي ضمن الفصل 24 " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة. لا تنتهك حرمة المنازل، ولا يمكن القيام بأي تفتيش وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون.

لا تنتهك سرية الاتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالاطلاع على مضمونها أو نشرها، كلاً أو بعضاً، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون...".

1 أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، سنة 1986 ص 34.
2 سفيان باكراد، حماية الحق في سرية المراسلات في ظل التطور التكنولوجي للمعلومات، مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحداثة الجامعة، مجلة بحوث مستقبلية، العدد 53، سنة 2011 ص 44.
3 اتجه مؤتمر رجال القانون المنعقد في ستوكهولم سنة 1967 إلى أن الحق في الحياة الخاصة للفرد يعني حق العيش بمنأى عن الأفعال التالية:

- التدخل في حياة أسرته أو منزله؛
- التدخل في كيانه البدني أو العقلي أو حريته الأخلاقية أو العقلية؛
- الاعتداء على شرفه أو سمعته؛
- وضعه تحت الأضواء الكاذبة؛
- إذاعة وقائع تتصل بحياته الخاصة؛
- استعمال اسمه أو صورته؛
- التجسس والتلصص والملاحظة والتدخل في المراسلات؛
- سوء استخدام الاتصالات الخاصة الشفوية أو المكتوبة
- إفشاء المعلومات التي تصل إليه بحكم الثقة في المهنة.

وإذا كان مفهوم الحق في الحياة الخاصة جديد على الفكر القانوني، فإن للمرجعية الإسلامية السبق في إقراره وبيانه وتجسيده بطريقة دقيقة، فالمولى عز وجل ينهانا عن التجسس والاطلاع على أعراض الناس لقوله سبحانه وتعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ"⁽¹⁾. وقد نهى النبي الكريم صلى الله عليه وسلم عن تتبع عورات الآخرين، وعملا بذلك ذهب الفقهاء إلى القول بتحريم التجسس واستندوا في ذلك على قوله صل الله عليه وسلم " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا ولا تجسسوا، ولا تناجشوا، ولا تحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا"⁽²⁾.

لكن بعد تطور نمط الاعتداء على الحياة الخاصة للأشخاص باستغلال التقدم التكنولوجي، والذي أدى إلى الابتزاز وانتشار الأخبار الزائفة والمعلومات والأقوال السرية وتداولها على نطاق واسع، حاول المنتظم الدولي جاهدا التفكير في إيجاد مرجعية دولية توطن الجرائم المعلوماتية، بعدما استفحلت نوعيتها التي لا تؤمن بالحدود الجغرافيا ولا السياسية بين مختلف دول العالم؛ وهو ما تحقق خلال سنة 2001 بصدور اتفاقية "بودبست" الخاصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 2004 لتكون بداية تحول في مجال مكافحة الجريمة الالكترونية على الصعيد الدولي⁽³⁾.

وأمام تلك التحديات الراهنة للتكنولوجية وسرعة انتقال وانتشار الصور والمعطيات التي ألحقت ضررا مباشرا بحرمة الحياة الخاصة، فقد كان لزاما على المشرع الجنائي المغربي أن يبسط حمايته القانونية على الحق في الحياة الخاصة بعدما طالته انتهاكات كثيرة، مستجيبا لمبدأ الشرعية الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني" الذي كان يمنع ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة، وهو ما تجسد فعلا من خلال التعديلات المدخلة على القانون الجنائي عن طريق قانون محاربة العنف ضد النساء رقم

¹ سورة الحجرات الآية 12.

² جامع السنة وشروحاتها. <http://www.hadithportal.com/hadith-6066&book1> (doc numérique)

³ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 27 نوفمبر 2013 قرارا حول « الحق في الحياة الخاصة في العصر الرقمي » ينظر إلى هذا الحق من الزاوية الحقوقية كحق أصيل من حقوق الإنسان وليس من الزاوية القانونية. وقد حظي القرار المذكور بالترحيب، باعتباره أول قرار صادر عن الأمم المتحدة يؤكد أن حقوق الإنسان في العالم الرقمي يجب حمايتها وتعزيزها بالقدر ذاته، وبهما تتم حماية حقوق الإنسان في العالم المادي. وقد اعتبر الحق في الحياة الخاصة الرقمية يضم مجموعة من الحقوق التي أصبحت جزء لا يتجزأ من منظومة حقوق الإنسان وهي:

1. الحق في التخفي الرقمي (Droit à l'anonymat numérique) ويعني أن لكل شخص الحق في التواجد على شبكة الإنترنت دون أن يكون مجبرا على كشف هويته الحقيقية شريطة أن لا يضر ذلك بالنظام العام وحقوق وحريات الغير.
2. الحق في النسيان الرقمي (Droit à l'oubli numérique) ويعني أن يلتزم المسؤولون عن معالجة المعطيات الشخصية (مواقع التجارة الإلكترونية، المؤسسات العمومية...) بعدم حفظ تلك المعطيات لمدة تتجاوز الغاية التي جمعت من أجلها. كما يعني كذلك أن لكل شخص الحق في تعديل أو حتى سحب معلومات تخصه من شبكة الإنترنت (مواقع إلكترونية، مواقع التواصل الاجتماعي...) شريطة أن لا يحدث ذلك ضررا للأشخاص الذاتيين أو المعنويين الذين يحوزون هذه المعلومات.
3. الحق في الهوية الرقمية (Droit à l'identité numérique) ويعني أن يكون لكل شخص الحق في التواجد كشخص رقمي (Homme numérique) على شبكة الإنترنت، إلى جانب وجوده كشخص حقيقي (Homme réel). وترتبط بهذا الحق ضرورة تجريم انتحال الهوية الرقمية (انتحال البريد الإلكتروني، انتحال صفحة الفيس بوك، انتحال عنوان بروتوكول الإنترنت...).

103.13 الذي دخل حيز التنفيذ في **12 شتبر 2018**⁽¹⁾ المتمم والمعدل لبعض مقتضيات القانون الجنائي؛ والذي جرم من خلاله المشرع ضمن الفصول **1- 447** و **2- 447** و **3- 447**، مجموعة من الأفعال اعتبرها اعتداء على حرمة الحياة الخاصة خصوصا المرتكبة بوسائل معلوماتية حديثة. أهمها:

▪ التقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها".

▪ تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته.

▪ بث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته أو قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة بقصد المس بالحياة الخاصة للأشخاص أو التشهير بهم".

ومن البديهي أن يتفطن المشرع الجنائي إلى تجريم تلك الأفعال الماسة بالحق في الحياة الخاصة، نتيجة الانتهاكات التي مست الفرد في ذاته وجوهره وسمعته، بعدما أصبحت نعمة التكنولوجيا الحديثة ووسائل التواصل الاجتماعي، نقمة على حياة البعض الذي يفضل كتمان أموره الخاصة.

وقد سبق للمشرع المغربي أن جرم مسألة التدخل في الحياة الخاصة للأشخاص، وكذلك المس بالحق في الصورة وذلك بموجب **قانون الصحافة والنشر رقم 88.13**⁽²⁾ الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ **15 غشت 2016**، حيث اعتبر هذا القانون كل تعريض لشخص يمكن التعرف عليه، وذلك عن طريق اختلاق ادعاءات أو إفشاء وقائع أو صور فوتوغرافية أو أفلام حميمية لأشخاص تتعلق بحياتهم الخاصة، ما لم تكن لها علاقة وثيقة بالحياة العامة أو الرأي العام جريمة معاقب عليها، والملاحظ على المشرع أنه جرم فعل التدخل في الحياة الخاصة إذا تم النشر في هذه الحالة دون موافقة الشخص المعني بالأمر، أو إذا كان ما تم نشره من معلومات يقصد منه المس بالحياة الخاصة للأشخاص والتشهير بهم.

لكن ما دامت هذه المقتضيات جاء التنصيص عليها ضمن قانون الصحافة والنشر وهو قانون خاص، تبقى مقتضياته قاصرة على فئة الصحفيين والصحافيات والمؤسسات الصحافية حسب المادة الأولى منه؛ ومن ثم طرحت إشكالات واقعية حينما ترتكب هذه الأفعال من طرف أشخاص عاديين على مواقع التواصل الاجتماعي أو المواقع الإلكترونية؛ حيث كان التعويض فقط في إطار المسؤولية التقصيرية طبقا للفصل **77 ق ل ع م** الذي ينص على " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار من غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا أثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

¹ الظهير الشريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 الموافق لـ 22 فبراير 2018 بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الجريدة الرسمية عدد 6655 - 23 جمادى الآخرة (12 مارس 2018) ص 1449.

² الظهير الشريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق لـ 10 غشت 2016، لتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر، الجريدة الرسمية عدد 6641 ص 1234.

لذا فإن المصالح الاجتماعية كلما بلغت في نظر المشرع قيمة كبيرة، كلما أسدل عليها ستار الحماية الجنائية معتبرا المساس بها جريمة تحرك مسؤولية فاعلها ويستتبع إنزال العقاب الجزري به، ومن بين هذه المصالح الاجتماعية حق الشخص في صورته الخاصة.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن التساؤل عن: ما هو نطاق مبدأ الشرعية الذي حدده المشرع في تجريم فعل تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته؟

هذا ما سنحاول إبرازه من خلال الحديث عن العناصر التكوينية لهذه الجريمة، على النحو الآتي:

المطلب الأول: الركن القانوني

المطلب الثاني: الركن المادي

المطلب الثالث: الركن المعنوي

لكي يعتبر فعل أو امتناع جريمة بالمفهوم القانوني (بدل الاجتماعي أو الديني) يقتضي توفر مجموعة من الشروط، إذ تشكل هذه الأخيرة العناصر المكونة للجريمة والمحددة لطبيعتها ووصفها، وهي بمثابة أركان تقوم عليها، لذا يستلزم لقيام جريمة معينة ركن قانوني (مبدأ الشرعية الجنائية) يحدد النموذج الإجرامي محل التجريم (المطلب الأول)، وركن مادي صادر عن الجاني (المطلب الثاني) ثم ركن معنوي والمتمثل في القصد الجنائي المعبر عن العلم والإرادة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الركن القانون

إن الشرعية الجنائية تقتضي وجود نص قانوني سابق لفعل الاعتداء، وهذا إقرار لأهم مبادئ القانون الجنائي ألا وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني"⁽²⁾. والذي يقتضي أن يكون النص الجنائي المجرم لبعض الأفعال مبينا بصورة واضحة ودقيقة، الأمر الذي يضمن تحقيق فعالية أكبر أثناء تطبيقه، ويعد أيضا قاعدة أساسية يبنى عليها النظام الجنائي في الدول الحديثة، وأخذت بها كل الدول الديمقراطية في دساتيرها⁽³⁾.

ولعل التطورات السريعة في عالم المعلومات والأجهزة الرقمية مست جانبنا من حياة الأشخاص نظرا لسهولة وسرعة انتقال الصور الشخصية وتداولها في العالم الافتراضي، هذا الأمر جعل القانون

¹ يعود أصل هذا المبدأ إلى الفقيه بكاريا من خلال كتابه "الجرائم والعقوبات" 1764 إلى أن تم تكريسه في التشريعات الوضعية الحديثة عقب الثورة الفرنسية 1789 ضمن وثيقة إعلان الحقوق والمواطنة، التي جاءت في مادتها الثانية "لا يجوز عقاب أي شخص إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الجريمة".

² ينص الفصل 3 من ج م على أنه "لا يسوغ مواخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون".
³ كرسه المشرع المغربي ضمن الفصل 23 من الدستور "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبق الإجراءات التي ينص عليها في القانون".

الجنائي في صيغته الماضية في موضع لا يحسد عليه، إذ بات غير قادر على ملاحقة بعض الأفعال المستحدثة الماسة بصورة الشخص، والتي كانت نتاج الجانب السلبي للنظام التكنولوجي، ومن ثم تفاعل المشرع الجنائي بإضافة مقتضيات جنائية جديدة لسد الفراغ التشريعي، حيث حدد السلوك الذي اعتبره انتهاكا لحق الشخص في صورته والمراد تجريمه، في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حين قيام الفاعل بتثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، عمدا وبأية وسيلة، فإن العقوبة هي الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم، حسب الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية.

الحالة الثانية: حين قيام الشخص ببث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته دون موافقته... فإن العقوبة هي من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات حبسا وغرامة من 2000 إلى 20.000 درهم. حسب الفصل 2-447.

الحالة الثالثة: وهي في حالة العود أو ارتكاب الجريمة من طرف الزوج أو الطليق أو الخاطب أو أحد الفروع أو أحد الأصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها أو ضد امرأة بسبب جنسها أو ضد قاصر، ترفع العقوبة إلى الحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 طبقا لما ورد ضمن الفصل 3-447 ق ج.

إن الوصف القانوني للأفعال التي حددها المشرع في النصوص القانونية أعلاه، تبقى غير كافية للقول بوجود جريمة تدخل تحت خانة العقاب، وإنما لا بد من ترجمة هذه الأفعال واقعيًا في العالم الخارجي حسب النموذج الإجرامي المرسوم لها سلفًا من المشرع الجنائي، وهو ما يسمى بالركن المادي للجريمة الذي نسعى لإبرازه في النقطة الموالية.

المطلب الثاني: الركن المادي

يعد الركن المادي ركيزة أساسية لتحقيق جريمة ما، لكون المشرع لا يعاقب على مجرد النوايا والأفكار الإجرامية، ولا حتى التصميم على ارتكابها-الأعمال التحضيرية- إذا لم توصف بالمحاولة¹. وبناءً عليه، فالركن المادي يعد أهم وأبرز أركان الجريمة، -ربما الجريمة نفسها أحيانًا- حينما تتميز بضعف ركنها المعنوي، إذ بمجرد الامتناع عن تنفيذ ما أمر به القانون بتحقيق الجريمة، وبهذا الركن تقوم الجريمة، وذلك عن طريق السلوك الإجرامي.

¹ المحاولة هي جريمة ناقصة، تنقصها النتيجة الإجرامية، ولها ركنين وهما: البدء في التنفيذ وغياب العدول الاختياري. كما لها ثلاث صور وهما: الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة والجريمة الموقوفة، والمحاولة غالبًا لا تكون إلا في الجرائم المادية.

ويأخذ الركن المادي في جريمة انتهاك حق الشخص في صورته، إحدى صور النشاط الإجرامي وهي: " تثبت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، وباعتبار هذه الجريمة من الجرائم الشكلية⁽¹⁾ التي يعاقب عليها القانون بمجرد إثبات الفاعل للنشاط الإجرامي، فإن النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية لا أهمية لهما في العناصر التكوينية للجريمة، مما يعني أن المشرع المغربي قد لا يأخذ بعين الاعتبار ما قد ينجم عن الجريمة من أضرار فعلية، بقدر ما ينظر إلى الأخطار المحتملة التي قد تترتب عنها، والتي قد تعرض مصالح أساسية في المجتمع للخطر، وهي إفشاء خصوصية شخص عن طريق صورته التي لا يريد أن يشاركها مع الغير.

لهذا تقتضي خصوصية جريمة " تثبت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته، توافر الشروط التالي:

الشرط الأول: تثبت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص

الشرط الثالث: صورة الشخص أثناء تواجده بمكان خاص

الشرط الرابع: ارتكاب الفعل دون موافقة صاحب الصورة

الشرط الأول: تثبت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص

يتبين أن النشاط الإجرامي في الجريمة محل الدراسة، يتجسد في سلوك ايجابي⁽²⁾ وله أربع صور وهي: (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع).

1. مصطلح التثبيت: الذي أورده المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفصل 1- 447 ق ج الفقرة

الثانية، مفاده قيام الجاني بأخذ والتقاط صورة للمجني عليه وهو بمكان خاص، باستعمال وسائل كيفية كانت بما فيها الوسائل المعلوماتية الحديثة، حيث استعملت التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري والجزائري⁽³⁾، مصطلح "الالتقاط" بكونه الأخذ والحصول على الشيء مصادفة دون جهد أو نية في ذلك⁽⁴⁾.

فالمشرع كان دقيقا في توظيف مصطلح التثبيت، حيث لا تتحقق جريمة "تثبيت" صورة الشخص من خلال العين المجردة أو باستعمال منظار عادي، كأن ينظر شخص لصورة شخص أثناء تواجده بمكان

¹ الجرائم الشكلية هي الجرائم التي يتحقق ارتكابها بصرف النظر عن النتيجة التي تهدف إليها، أي أن ركنها المادي يتكون من مجرد سلوك معين بغض النظر عن حصول النتيجة الإجرامية أو عدم حصولها، وهذا السلوك يمكن أن يكون قياما بعمل أو امتناعا عنه.

² يعد السلوك الإجرامي الايجابي كل حركة عضوية ذات صفة إرادية تتمثل في فعل يأتيه الجاني بمخالفة لما نهى عن إثباته القانون. أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات " القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 308.

³ تنص المادة 303 مكرر فقرة 2 من القانون العقوبات الجزائري "... بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه".

⁴ علي أحمد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان سنة 2006 ص 113.

خاص لا يريد أن يراه فيه أحد، فهذا السلوك لا يقع تحت طائلة التجريم المنصوص عليه في هذا الباب، لأن الوسائل المستعملة (العين أو المنظار) لا يمكنها تثبيت صورة الشخص على دعامة ملموسة كالأجهزة والتقنيات الحديثة.

2. مصطلح التسجيل: يقصد به كصورة ثانية للنشاط الإجرامي هي تسجيل الصورة عن طريق

حفظها على الجهاز أو التقنية المستعملة في ذلك، ليتم مشاهدتها بعد التسجيل في وقت آخر⁽¹⁾.

3. مصطلح البث: وهو نقل أو إرسال الصورة من مكان الفاعل إلى مكان أخرى، أو تحويل الصورة

من وسيلة إلى أخرى؛ مما يشكل اتساع قاعدة الجمهور المتتبع لتلك الصور، يعني أن يعمل الفاعل على توسيع إفشاء الصور التي حصل عليها بين باقي الأشخاص، أي تحويل الصورة من موضع إلى آخر.

4. مصطلح التوزيع: وهو النشر والمشاركة على صعيد واسع وتمكين الأشخاص من الحصول على

تلك الصور⁽²⁾، ويعد الموزع في هذه الحالة مساهما في الجريمة إن لم يكن هو الفاعل الأصلي. كما يعني التوزيع تمكين شخص يوجد في مكان مختلف عن المكان الخاص الذي يوجد فيه المجني عليه، من الاطلاع على صورته.

الشرط الثاني: توافر وسيلة في ارتكاب الفعل

يتعلق الشرط الثاني في الركن المادي بوسيلة ارتكاب فعل (التثبيت أو التسجيل أو البث أو

التوزيع) حيث ورد في **الفصل 1- 447 ق ج** مصطلح **"بأية وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية"**. إذ يدخل في حكمها آلات التصوير الفوتوغرافية أو الهواتف أو الحواسيب⁽³⁾.

وبالنظر إلى المصطلحات المستعملة في تحديد شروط توافر الركن المادي بخصوص أداة ارتكاب

الفعل، نجد أن المشرع قد توسع في بسط الحماية الجنائية للصورة، حيث لم يشترط استعمال جهازا محددا،

وإنما استعمل مصطلح **"أية وسيلة بما فيها المعلوماتية"** الذي يشمل جميع الأجهزة والتقنيات الحديثة

التي قد تظهر في المستقبل، مما يعكس مسايرة المشرع للتطور العلمي المذهل في مجال الاتصالات،

كالهواتف المحمولة وآلات التسجيل المتنوعة وكذا تقنيات الالتقاط والتسجيل التي تعمل عن بعد، وتشتغل

بواسطة البرمجة المعلوماتية...إلخ. كما يضم مصطلح **"أية وسيلة"** الطرق التقليدية كالرسم بالريشة في

حالة ما إذا كان الجاني رساما وقام بتثبيت صورة للمجني عليه بمكان خاص. في حين نجد المشرع

المصري ضمن **الفصل 309 مكرر** من القانون العقوبات، ضيف نطاق الحماية باستعماله مصطلح **"**

الأجهزة أيا كان نوعها" وهذا ما يعني أنه استثنى الرسم على اللوحات التي لا تعد جهازا، كما أن هذا

¹ محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر سنة 2004 ص 67.

² علي أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص 95.

³ رئاسة النيابة العامة، منشور عدد 48/2018، حول حماية الحياة الخاصة في ل القانون رقم 103.13. ص 3.

المصطلح لا يحتوي التقنيات الحديثة الأخرى التي ظهرت أو قد تظهر مع التقدم التكنولوجي والتي لا تعد جهازا بالمفهوم الوارد في النص القانوني.

الشرط الثالث: صورة الشخص أثناء تواجده بمكان خاص

يتطلب الشرط الثالث لتحقيق الركن المادي في جريمة (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته)؛ وقوعه على صورة الشخص التي هي محل الجريمة أساسا، هذا فضلا عن تواجده في مكان خاص، ولذلك فقد عُرفت صورة الإنسان: بكونها ذلك الامتداد الضوئي لجسمه ولا تعبر عن فكرة وليس لها دلالة سوى إشارتها إلى شخصية صاحبها(1).

ومن هنا، يستلزم لذلك أن تكون هناك صورة لشخص، فلا تقوم الجريمة إذا تم تصوير شيء (كسيارة الشخص مثلا) أو مستند (ورقة أو كتاب) أو مكان (منزل أو حديقة). فقد يترتب تثبيت صورة لشيء كمستند مثلا إحداث ضرر بالمجني عليه، ورغم ذلك فلا تقوم الجريمة قيد الدراسة لأن محل الصورة هو "شيء" وليس "شخصا".

كما يشترط ضرورة وجود الشخص في مكان خاص، وأساس هذا الشرط هو حماية حرمة الحياة الخاصة للأفراد، حيث لا تقع الجريمة إذا وجد الشخص بمكان عام، وتطبيقا لذلك فلا تتوافر هذه الجريمة إذا تم تصوير شخص حال وقوفه أمام منزله أو وجوده بمقهى، حيث الملاحظ أن الجاني يثبت صورة المجني عليه غالبا أثناء وجوده في وضع لا يرغب أن يراه أحد. لأن علة تجريم انتهاك حق الشخص في صورته، هو وجوده بمكان خاص لا يجوز دخوله إلا بإذن صاحبه، بخلاف جريمة التقاط "الأقوال أو المعلومات" والتي لم يشترط المشرع أن تكون صادرة في مكان خاص أو عام، وإنما اشترط سريتها فقط، ضمن الفقرة الأولى من الفصل 447.1 ق ج.

ومن هنا، يمكن القول إن القانون الجنائي لا يبسط الحماية في هذا الباب على من يوجد في مكان عام، إذا ما تم تصويره أو نقلت صورته أو سجلت، لأن المعيار هنا هو وجود المجني عليه في مكان خاص، حتى ولو كان في موضع طبيعي كمن يجلس بكامل ملابسه بمكان خاص لا يصله العامة من الناس، ورغم ذلك تقوم الجريمة.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول تعريف المكان الخاص، فرأي أول أخذ بالمعيار الشخصي للمكان الخاص، الذي هو كل مكان يتعذر بلوغه بنظرات من الخارج ويكون دخوله متوقفا على إذن مالكة أو المستغل أو المنتفع". أما الرأي الثاني أخذ بالمعيار الموضوعي حيث قام بتحديد المكان الخاص بناء على

¹ Isabelle Lalies, la protection pénale de la vie privée, presses, Universitaire d'Aix-Marseille, France, 1999, P45.

تعداد صور المكان العام ومنها: الشارع، الحديقة، المقاهي، الملاعب، الجامعات... إلخ، وهذه الأماكن لا تدخل في نطاق تطبيق القانون، وعلى عكس من ذلك، فإن الأماكن الخاصة بطبيعتها تخضع للحماية ومنها المسكن، ومكتب المدير⁽¹⁾. في حين تعد من الأماكن الخاصة حسب القضاء المقارن والتي تبنتها النيابة العامة مؤخرا ضمن منشورها، كل من غرفة الفندق والمرآب والمسبح الخاص والسيارة ولو وجدت في الطريق العام⁽²⁾.

ومن الأمثلة التي جاء بها الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص تحديد المكان الخاص عن العام، هو تلك الدعوى القضائية التي أقامتها فتاة أمام القضاء الفرنسي اختصمت فيها إحدى الصحف الفرنسية لنشرها صورتها عارية الصدر أثناء تناولها وجبة الإفطار برفقة أصدقائها أمام الشاطئ، حيث أسست المدعية دعواها على أن نشر صورتها من قبل الجريدة يشكل انتهاك لحرمة حياتها الخاصة، وفقا للمادتين 368 من قانون العقوبات القديم و المادة 226/1 من قانون العقوبات الجديد. وقد أصدرت المحكمة حكمها في الدعوى بالرفض تأسيسا على أن الشاطئ لا يعد مكانا خاصا في مفهوم المادة 368 من قانون العقوبات، فهو مكان عام يستطيع الجمهور الدخول إليه دون الحصول على إذن، بالإضافة إلى وجود عدد من المصطافين في حالة عري كامل أو جزئي، وأن العري لم يكن يشغل نظرات الآخرين من المصطافين، كما أنه لم يكن يمنع المصطافين من المرور⁽³⁾.

الشرط الرابع: ارتكاب الفعل دون موافقة صاحب الصورة

إن الشرط الرابع في الركن المادي يقتضي القيام بالسلوك المجرم دون إذن أو رضاء من صاحب الصورة، وهو ما جاء في الفصل 1- 447 ق ج الفقرة الثانية، لأن موافقة المجني عليه ببيع الفعل ويخرجه من نطاق الخصوصية إلى نطاق العلنية، وبالتالي فلا تقوم الجريمة آنذاك، وهو استثناء على القاعدة الجنائية التي تفيد أن رضاء المجني عليه لا يعد سببا من أسباب الإباحة في القانون الجنائي، وعلّة ذلك أن معظم الجرائم تشكل اعتداء على حقوق الأفراد ذات أهمية اجتماعية، ووضع المشرع الحماية يفرض عقوبات وذلك للحفاظ على البعد الاجتماعي لحقوق الأشخاص، ولا يملك الفرد التنازل عن أي حق ذو أهمية اجتماعية لأن ذلك يشكل مساسا بحق المجتمع، وتطبيقا لذلك فلا يمكن تحويل الشخص سلطة التنازل عن حقه في الحياة الخاصة وحقه في الحفاظ على سلامة جسده⁽⁴⁾. لكن الضرورة الاجتماعية أيضا

¹ Isabelle Lalies, op.cit; p 67.

² منشور رئاسة النيابة العامة، مرجع سابق، ص 3.

³ Cass. 18 Mars 1971.J.C.P. p 447

ورد في هذا الحكم ما يلي:

« Ne peut être tenu comme un lieu privé au sens l'article 368 une plage, ou été photographiée une femme la poitrine découverte des lorsque cette plage est lieu public accessible à tous les estivantes ».

⁴ محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص 271.

تقتضي احترام الإرادة والحرية الفردية ومن ثم فلا عقاب على المساس بالحياة الخاصة للشخص إذا كان هذا الأخير يريد أن يشاركها مع الغير ولا يعتبرها خاصة وسرية.

وبمفهوم المخالفة فإذا رضي المجني عليه قيام الجاني بتثبيت صورة له أو تسجيله أو توزيعها فلا جريمة آنذاك، لأنه سبب من أسباب إباحة الفعل.

المطلب الثالث: الركن المعنوي

يعد الركن المعنوي ركنا هاما في تكوين الجريمة، والذي يتمثل في القصد الجنائي، أي اتجاه نية الشخص إلى الإضرار بالغير أو الممتلكات مع علمه بأركان الجريمة.

وإذا أخذنا بالتعريف القائل بأن القصد الجنائي هو انصرام إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، مع العلم بالعناصر الواقعية والقانونية اللازمة لقيامها، وبصلاحية النشاط لإحداث النتيجة المحظورة قانونا وتوافر نية تحقق ذلك. فإن توافر القصد الجنائي وتحققه لا بد من وجود عنصرين أساسيين، وانعدامهما أو انعدام أحدهما يعتبر إخلال بهذا الركن - القصد الجنائي- وهما: اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة، والعلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون الجنائي.

ولعل جريمة "" تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته "" لا تخرج عن هذا النطاق، باعتبارها جريمة عمدية يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي العام، الذي لا يتطلب لتحقيقه ضرورة توافر نية محددة لدى الفاعل؛ حيث استعمل المشرع مصطلح " كل من قام عمدا" يعني لا تقوم الجريمة في حالة الخطأ غير العمدي.

وعليه فإن القصد الجنائي بعنصري العلم والإرادة يجب أن يكونا متوفرين لقيام الركن المعنوي، أي أن يعلم الجاني⁽¹⁾ بأن الأفعال التي يأتيها وهي (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته) تشكل جريمة نهى القانون عن إتيانها، وإذا انتفى العلم لا قيام للركن المعنوي ولا تتحقق الجريمة آنذاك.

كما يقتضي أيضا أن تتجه إرادة الجاني إلى إتيان نشاطه الإجرامي من أفعال (تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع) حيث تعتبر جوهر القصد الجنائي وتمثل العنصر الوحيد الذي يميز الجرائم العمدية عن الجرائم غير العمدية، على خلاف العلم الذي يعد ضروري ولازم، ولكنه غير كاف لتكوين القصد الجنائي لأنه يتطلب في الجرائم العمدية وغير العمدية على حد سواء.

¹ يقصد بالعلم إحاطة الجاني بحقيقة الواقعة الإجرامية، من حيث الواقع ومن حيث القانون الوضعي، لأنه بدون هذا العلم لا يمكن أن تقوم الإرادة الإجرامية جمال الدين عبد الأحد، النظرية العامة للجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1996 ص 332.

وتجدر الإشارة أن الدوافع التي تحرك الجاني وراء سلوكه الإجرامي، والتي يتحقق بها القصد الجنائي الخاص، لا أهمية لها في تقرير العقاب من عدمه، ما دام المشرع قد حدد السلوك المجرم دون الغاية من ورائه، وبالتالي قد يكون للجاني نية في الإضرار بالحياة الخاصة للشخص عن طريق التوزيع والعبث بصوره الخاصة، وقد يكون سلوكه فضول فقط.

وتجدر الإشارة أن استعمل تقنيات ووسائل تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته للكشف عن أفعال محظورة في القانون الجنائي، هو فعل لا يمكن أن يقع تحت طائلة العقاب، كأن يثبت أو يسجل شخص وقائع جريمة الرشوة، أو وقائع جريمة المخدرات، أو خيانة الزوجية، أو صور شخص مطلوب لدى العدالة... إلخ، فهذه كلها صور شخصية وتتم بمكان خاص ولا يوافق صاحبها على كشفها، ولكن ما دامت أنها تشكل جريمة في حد ذاتها فإن كشفها مباح.

خاتمة:

إن إضفاء الحرمة على حياة الفرد الخاصة هي حاجة اجتماعية، إذا كان من شأنها الإسهام في استقرار المجتمع وأمنه، لأن الإنسان رغم واجباته الاجتماعية لا يمكن أن يهب نفسه طوال الوقت للآخرين ناسيا بذلك ذاتيته والاستقلالية بكيانه الخاص، فهو يحتاج بأن يخلو إلى نفسه، وأن تكون له خصوصيات يحس فيها بحريته ويشعر فيها بذاته، وهي ممارسة إنسانية ضرورية لكي يكون أكثر فعالية وإيجابية في أداء واجبه الاجتماعي على أحسن وجه، لذا يأتي القانون الجنائي لحماية هذه الرغبة الاجتماعية.

وحقيقة القول إن العمل القضائي الجنائي مستقبلا سيكشف عن فعالية الحماية الجنائية للحق في الصورة من أفعال " تثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص دون موافقته " في إطار التفسير الضيق طبعاً للمفاهيم الجنائية، والتي ستطرح بلا شك إشكالات جمة يمكن لمحكمة النقض توحيد توجه العمل القضائي فيها.

شهادة بعدم التعرض ومسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية

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

يشكل العقار الوعاء الاساسي لإنطلاق اي مشروع، ولذلك فهو يكتسي اهمية سياسية واقتصادية واجتماعية كبرى بل ويعد اداة لتحقيق الاستقرار والتنمية.

ونتيجة لهذه الاهمية الكبيره التي يحظى بها العقار نظمه المشرع المغربي بمقتضى عدد من القوانين أهمها قانون التحفيظ العقاري، وذلك بغية تثبيت الملكيه العقارية وحل النزاعات المثارة وعلى رأسها منازعات التنفيذ على اعتبار ان التنفيذ هو الوسيله الوحيد لنفاذ الاحكام والقرارات القضائية.

ويعد المحافظ على الاملاك العقارية الجبهه التي حولها المشرع المغربي سلطه تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية في مجال العقارات المحفوظة أو التي في طور التحفيظ، ونظرا لخطوره هذا الاجراء والذي من شأنه تطهير العقار ، فإنه يتعين على المحافظ على الاملاك العقارية احترام مجموعة من الشروط التي نص عليها ظهير التحفيظ العقاري و قانون المسطره المدنيه وخاصه تلك المتعلقة باستنفاد المدين لأوجه دفاعه ونهائية الحكم او القرار بأن يصبح مكتسبا لقوه الشيء المقضي به وهو ما يدل على ضروره الادلاء بشهادة تفيد ذلك.

فما هي إذن شهاده بعدم الطعن بالنقض؟ وماهي الاشكالات العمليه التي تطرحها؟ وما هي مسؤليه المحافظ على الاملاك العقاريه؟

سنتطرق لهذا الموضوع من خلال محورين: المحور الأول سنخصصه للحديث عن شهاده بعدم النقص. واشكالاتها العمليه بينما سنتطرق في المحور الثاني لمسؤليه المحافظ العقاري في تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية.

المبحث الأول: خصوصيات الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري ومدى إلزامية الإدلاء بشهادة بعدم الطعن بالنقض لتنفيذ القرارات القضائية

للطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري عدة خصوصيات لعل أبرزها أن هذا النوع من الطعن يوقف التنفيذ بقوة القانون (المطلب الأول) ومن ثم فإنه لا يمكن تنفيذ القرارات الإيتنافية المتعلقة بالتحفيظ العقاري إلا بعد الإدلاء بشهادة بعدم الطعن بالنقض تحت مسؤوليه المحافظ العقاري (المطلب الثاني)

المطلب الأول: خصوصيات الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري

إن الطعن بالنقض لا يعتبر درجة ثالثة للتقاضي، نظرا لكونه لا يعيد طرح النزاع مرة أخرى أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة موضوع، فقط تقتصر مهمتها على التطبيق والتأويل الموحد لنصوص القانون، دون أن تمتد رقابتها إلى وقائع النزاع، والطعن بالنقض كطريق غير عادي للطعن في القرارات الاستئنافية، سمح به المشرع في إطار ظهير التحفيظ العقاري، بعدما كانت هذه القرارات الاستئنافية الصادرة في مادة التحفيظ العقاري غير قابلة لهذا الطعن، إلا من طرف النيابة العامة ولفائدة القانون، وذلك قبل تاريخ 27 شتنبر 1957، كتاريخ لإحداث المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)، حيث كان لزاما على المشرع أن يتدخل لتعديل الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري بواسطة ظهير 28 مايو 1958، وبالتالي سمح بالطعن بالنقض في قرارات محاكم الاستئناف من قبل أطراف دعوى التحفيظ العقاري.

وقد اكتفى الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري بالإشارة إلى حق الطعن في القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف، دون أن يحدد مسطرة خاصة بذلك، خلافا لما فعله المشرع في المرحلة الابتدائية والمرحلة الاستئنافية، والسبب في ذلك هو الصفة الخاصة التي تتميز بها محكمة النقض، ولهذا قيل بأن النقض هو النظر في الحكم لا في الدعوى.

ولهذا فإن مسطرة الطعن في قضايا التحفيظ، ستكون تطبيقا من تطبيقات القواعد العامة باستثناء بعض الخصوصيات تهم قضايا التحفيظ العقاري خاصة ما يتعلق بآثار النقض، وأخرى تم حسمها بمقتضى القانون رقم 14-07 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري.

تجدر الإشارة أنه لا بد أن نذكر أنه قبل تعديل الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري في صيغته القديمة، كان أجل النقض محدد في شهرين، خلافا لما هو عليه الأمر في القواعد العامة، التي تحدد أجل النقض في شهر واحد، وكانت مدة هذا الأجل تعتبر خصوصية من خصوصيات قضايا التحفيظ، إلى أن تدخل مشرع القانون رقم 14-07 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري الذي أحال بشأنه على قانون المسطرة المدنية، حيث أصبح هذا الأجل موحدًا.

وكما هو معلوم أن الطعن بالنقض لدى محكمة النقض لا يترتب عنه من حيث المبدأ توقيف التنفيذ، ولا يمكن لهذا الطعن أن يمنع القيام بتنفيذ الحكم المطعون فيه أو توقيفه ولو أدى ذلك التنفيذ إلى نتائج غير قابلة للإصلاح، فهل تدخل قضايا التحفيظ العقاري في هذا النطاق، أم أنها مستثناءة من ذلك؟

لقد أتى المشرع باستثناءات لهذا المبدأ ونص عليها في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية ومن بينها قضايا التحفيظ العقاري، حيث جاء فيه أنه «لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى للتنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

في الأحوال الشخصية؛

في الزور الفرعي؛

التحفيظ العقاري؛ ...»

وتطبيقاً لذلك جاء في حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور ما يلي: «والذي يؤطر هو الآخر هذا النزاع أن المشرع وسع في الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري من معنى كلمة «التحفيظ» فأصبحت تشمل نزاعات التحفيظ العقاري و النزاعات الناتجة عن التقييدات، وبيع عقار محفظ بالمزاد العلني سوف يؤدي حتماً إلى إيقاع تقييد في الرسم العقاري لفائدة من رسى عليه البيع بالمزاد العلني".

وبالتالي فإن هذه القضية تدخل ضمن المفهوم العام لكلمة "التحفيظ" حسب مقتضيات الفصل الأول من ظهير التحفيظ، والطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري موقف للتنفيذ حسب الفصل المذكور أعلاه. وحيث إنه و بالتالي و استناداً على الحيثيات أعلاه فإن المحكمة ثبت لها أن السند الذي فتح له ملف التنفيذ غير حائز لقوة الشيء المقضي به، وبالتالي غير قابل للتنفيذ طالما أنه مطعون فيه بالنقض، وبغض النظر عن باقي الأسباب التي تثبتت بها الجهة المدعية، فإن ما التمسته يكون مؤسسا في جزء منه و يتعين الإستجابة له وفق ما سيرد في منطوق الحكم»¹.

المطلب الثاني: مدى إلزامية الإدلاء بشهادة بعدم الطعن بالنقض لتنفيذ القرارات القضائية المتعلقة

بالتحفيظ العقاري

بالرجوع إلى الفصل 437 من ق . م . م . نجد نص على أنه: «لا يكون الحكم الذي يقضي برفع يد أو رد أو وفاء أو أي عمل آخر يجب إنجازه من قبل الغير أو على حسابه، قابلاً للتنفيذ من قبل الغير أو بينهم و لو بعد أجل التعرض أو الاستئناف إلا بعد تقديم شهادة من كتابة ضبط المحكمة التي أصدرته، تحتوي على تاريخ تبليغه للطرف المحكوم عليه و تشهد بأنه لم يقع أي تعرض أو استئناف ضده»

¹ - حكم عدد: 140 الصادر بتاريخ 01.03.2018 عن المحكمة الابتدائية بالناظور في الملف العقاري عدد: 2017-1401-653

و للحصول على شهادة بعدم النقص من الناحية العملية يقوم طالب الإجراء بتقديم طلب في الموضوع إلى كتابة الضبط مرفق بصورة أو صور من شواهد التسليم بعدد الأطراف المبلغ لهم الحكم طبقاً للشروط المحددة في الفصول 37 و 38 و 39 من ق . م . م .

و إذا تعلق الأمر بالتبليغ إلى قيم يجب الإدلاء بشهادة تبين أن الحكم أو القرار قد علق بلوحة المحكمة لمدة ثلاثين يوماً، و قد تم إشهاره، و بهذه الإجراءات و بشهادة القيم عليها يكتسب الحكم الصيغة النهائية التي تسمع بتنفيذه «الفصل 441 من ق . م . م»، تدون جميع المعلومات الواردة بشواهد التسليم و بإشهاد القيم بالشهادة بعدم النقص، و يشهد رئيس كتابة الضبط على صحة المعلومات الواردة بها، و تختتم و توقع حاملها لتاريخ التسليم .

عملياً: إذا صدر قرار استئنافي في قضايا التحفيظ العقاري فإنه يتعين تبليغه وفقاً للكيفية المقررة في قانون المسطرة المدنية ويمكن الطعن فيه داخل الأجل المحدد في نفس القانون حسب الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري والمعدل بمقتضى القانون 14.07 وحسب ما يجري العمل به داخل عدد من محاكم الاستئناف أنه يتم تبليغ القرار الاستئنافي بناء على طلب يتقدم به المحكوم لفائدته إلى رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية مرفقاً بالنسخ التبليغية بنفس عدد الأطراف المحكوم ضدهم للإعلام بصدور قرار استئنافي في مواجهتهم والتنبيه إلى أن أجل الطعن هو 30 يوماً حسب الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية،

وبعد انتهاء الأجل فإما أن يتم الطعن بالنقض في القرار وهنا يتم إحالة الملف على محكمة النقض، أو لا يتم ذلك وهنا وبناء على طلب المحكوم لفائدته يتم انجاز شهادة بعدم الطعن بالنقض وترفق بنسخة تنفيذية ويتكفل رئيس كتابة الضبط بارسال الملف للمحافظ على الأملاك العقارية لتكملة إجراءات التحفيظ غير أن ذلك لا يخلو من إمكانية وجود بعض الإشكالات العملية والتي تتمثل أساساً في إشكاليات مرتبطة بالجهة المبلغ إليها وهي كالتالي:

1 - إشكالية التبليغ للمحامي؟ هل يعتد كاتب الضبط محرر شهادة بعدم الطعن بالنقض بالتبليغ

للمحامي خصوصاً مع ما تؤدي إليه هذه الشهادة من آثار تتوج بتحفيظ العقار؟

التبليغ للمحامي يختلف حسبما إذا كان الحكم المطلوب تبليغه ابتدائياً أو استئنافياً:

فالحكم الابتدائي: يصح تبليغه للمحامي باعتبار مكتبه موطناً مختاراً لموكله . وهذا ما نص عليه الفصل 134 من ق م م و أقره المجلس الأعلى في قراره رقم 1057 بتاريخ 1983/05/25. بحيث اعتبر التبليغ للمحامي صحيحاً يؤدي إلى سريان أجل الطعن بالاستئناف مادام لم يثبت الشخص أنه كان قد جرد محاميه قبل حصول التبليغ من التوكيل الذي أسنده إليه وأن المحامي قد تخلى عن المهمة المستندة

إليه. وبالرجوع الى الفصل 38 ق م م المعدل بمقتضى القانون رقم 11. 33 في فقرته الاخيرة نجده ينص على انه يسلم الاستدعاء والوثائق الى الشخص نفسه او في موطنه او في محل عمله او في أي مكان آخر يوجد فيه، ويجوز ان يتم التسليم في الموطن المختار . ويستنتج من خلال هذا الفصل انه يجوز التبليغ الى المحامي باعتباره موطننا مختارا لموكله. ومن المعلوم ان هذا التبليغ يمكن ان يتم بمكتب المحامي او بالجلسة بعد النطق بالحكم او بكتابة الضبط .

أما ما يتعلق بالقرارات الاستثنائية: فانه لا يصح تبليغها للمحامي وانما يجب تبليغها الى الشخص نفسه او في موطنه الحقيقي كما نص على ذلك الفصل 358 ق، م، م، في فقرته الأولى .

وقد اتجهت مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الى اعتبار تبليغ الاحكام القضائية الى المحامي، والحاصل لغير الاطراف تبليغ باطل لا ينتج آثاره القانونية وبالتالي لا يحرك اجل الاستئناف معتمدين في ذلك على حرفية مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 38 من، ق، م، م، والتي لم تنص صراحة على امكانية تبليغ الاحكام العقارية الى المحامي مضيفين ان تبليغها في الاصل وطبقا للقواعد العامة للتبليغ المنصوص عليها في الفصلين 38 و 54، ق، م، م، لا يكون الا لأطراف الدعوى، وان القضاء بصحة تبليغ الاحكام الى المحامي باعتباره استثناء من الاصل يحتاج الى نص قانوني صريح كما جاء في الفقرة الثامنة من الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية . التي نصت استثناء على امكانية تبليغ الاحكام الحضورية الى الوكيل و المحامي وفق ضمانات قانونية خاصة .

وفي قرار اخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 يناير 1992 ان التبليغ الواقع للطاعة بواسطة مكتب محاميتها تبليغا بموطنها المختار، على ان مكتب المحامي يتعدى كونه محل المخابرة مع الطاعة في شأن تبليغ الاجراءات المسطرية المتعلقة بالدفاع عنها، والتي تنتهي بصدور الحكم، الفصل 33 من قانون المسطرة المدنية، اما الاجراءات المسطرية، بعد الحكم فإنها تبلغ الى المعنى في موطنه الحقيقي، او، المختار، او القانوني، الفصل 134، ق، م، م، والفصل 524 منه. ان المحكمة بمحناها هذا عرضت قضاءها للنقض .

إشكالية التبليغ للورثة؟ هل يعتد كاتب الضبط محرر شهادة بعدم الطعن بالنقض بالتبليغ لأحد ورثة

الهالك المحكوم لفائدته أم ينبغي تبليغ جميع الورثة؟

ينص الفصل 443 من قانون المسطرة المدنية على انه «إذا توفي المنفذ عليه قبل التنفيذ الكلي او الجزئي بلغ العون المكلف بالتنفيذ الحكم الى الورثة المعروفين ، ولو كان قد بلغ لمورثهم وذلك قصد القيام بالتنفيذ ضمن الشروط المقررة في الفصل 440 من قانون المسطرة المدنية، ويتعين اجراء حجز تحفظي على اموال التركة .

ويواصل التنفيذ الجبري الذي يبدأ ضد المنفذ عليه وقت موته على تركته طبقا لمقتضيات الفصل 137 من قانون المسطرة المدنية والفصل 443 من نفس القانون الذي ينص على انه " اذا توفي المنفذ عليه قبل التنفيذ الكلي او الجزئي بلغ العون المكلف بالتنفيذ الحكم الى الورثة المعروفين ولو كان قد بلغ موروثهم وذلك قصد القيام بالتنفيذ ضمن الشروط المقررة في الفصل 440 ويتعين اجراء حجز تحفظي على اموال التركة ، لأنه توفي قبل انتهاء اجل الطعن فيه حيث يوقف اجل الاستئناف ولا تقع مواصلته من جديد الا بعد مرور خمسة عشر يوما التالية لتبليغ الحكم للورثة بموطن الشخص المتوفي ويمكن ان يقع هذا التبليغ للورثة وممثلهم القانونيين جماعيا دون التنصيص على اسمائهم وصفاتهم .

المبحث الثاني: مسؤوليه المحافظ العقاري في تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية.

إن مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية لا يقتصر مداها في ما نص عليه الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود بحكم طبيعة وخصوصية عمله، حيث استلزم المشرع المغربي خضوع قراراته إلى قواعد إجرائية وموضوعية خاصة إذا حاد عنها المحافظ تحمل بصفة شخصية تبعات أخطائه، ومن ذلك إلزامه بإجراء مراقبة صارمة ودقيقة للطلبات والوثائق المقدمة إليه بقصد تضمينها في السجلات العقارية.

المطلب الأول: طبيعة عمل المحافظ العقاري في تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية.

أولاً: المراقبة الشكلية للأحكام والقرارات القضائية وما يرتبط بها من وثائق

تقتصر المراقبة الشكلية للمحافظ على الأملاك العقارية على الأحكام والقرارات القضائية المراقبة الشكلية لنسخة الحكم أو القرار للتأكد من كونه مطابقاً للأصل من طرف كاتب الضبط وحاملة للتوقيع وخاتم المحكمة والمقصود بهذه النسخة هنا هي النسخة التنفيذية التي نص عليها الفصلين 428 و 433 من قانون المسطرة المدنية.

كما يتعين على المحافظ على الأملاك العقارية التأكد من كون الحكم أو القرار اصبح مكتسباً لقوة الشيء المقضي به ومن تم أصبح قابلاً للتنفيذ، وبطبيعة الحال فإن المحافظ على الأملاك العقارية في هذا الصدد يتأكد من توفر طلب التقييد على شهادة بعدم الطعن بالنقض إن كان القرار استئنافياً وبسط مراقبته عليها.¹

ثانياً: المراقبة الموضوعية للأحكام والقرارات القضائية وما يرتبط بها من وثائق

¹ - محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي المساطر الإدارية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الخامسة 2009 ص: 350

ينص الفصل 72 من قانون التحفيظ العقاري بأنه : « يتحقق المحافظ على الأملاك العقارية تحت مسؤوليته من هوية المفوت أهليته وكذا صحة الوثائق المدلى بها تأييدا للطلب شكلا وجوهرا»

انطلاقا من هذا الفصل فإن المحافظ ملزم بالتحقق من صحة الوثائق المؤيدة للتقييد شكلا وجوهرا تحت طائلة مسؤوليته الشخصية. غير أن الصيغة العامة التي جاء بها الفصل المذكور، طرحت التساؤل حول المقصود بالوثائق، وما إذا كانت الأحكام القضائية تدخل في زمرتها أم لا، ومن ثمة هل المحافظ مسؤول شخصيا عن مراقبة الأحكام شكلا وجوهرا؟

إن هذا الإشكال يدفع إلى التساؤل حول ما إذا كان المحافظ ينفذ الحكم أم يقيده؟ وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا ما يلي: «وحيث إنه من الضروري وجوب التمييز بين التنفيذ والتقييد الذي يجري على الرسم العقاري فالتقييد على الرسم العقاري يخضع للشروط والمقتضيات التي قررها ظهير 12 غشت 1913 الذي يلزم المحافظ بالتحقق تحت مسؤوليته الشخصية من صحة الوثائق المدلى بها شكلا وجوهرا ومن كون مضمونها لا يتعارض مع مضمون الرسم العقاري المعني ومن كونها غير متوقفة على وثائق أخرى ومن كونها تجيز تقييد الحقوق التي تتضمنها».

وعموما فالوثائق المقصودة تشمل مراقبة كون نسخة الحكم مشهود بمطابقتها للأصل من طرف كاتب الضبط، وحاملة لتوقيعه وخاتم المحكمة، إضافة إلى ضرورة التأكد من كون الحكم قد اكتسب قوة الشيء المقضي به، استنادا إلى الفصل 37 من ظ.ت.ع كما تم نسخه وتعويضه والفصل 91 من ظ.ت.ع كما تم تعديله وتتميمه.

وهذا التفسير هو ما ذهب في اتجاهه وزارة العدل حيث أكدت في رسالة دورية بتاريخ 1989 بأن المبدأ هو الفصل بين السلطة الإدارية والقضائية وبالتالي فإن المحافظ ليس له الحق في مباشرة الرقابة على موضوع الحكم وإنما تقتصر مراقبته على الشكل دون الجوهر، كما أصدرت مديرية المحافظة العقارية دورية عدد 286 الصادرة بتاريخ 26 فبراير 1983 تذهب في نفس الاتجاه حيث منعت فيها المحافظ من مراقبة الاحكام والقرارات من حيث الجوهر.

وختاما يمكن القول أن شهادة بعدم الطعن بالنقض تمثل وثيقة لا محيد عنها حاليا لإثبات وقوع الطعن بالنقض من عدمه ومن ثم إمكانية تحفيظ العقار من عدمه، ورغم وجود تباين بين آراء الفقه وتوجهات المحفظة العقارية في تفسير بعض النصوص القانونية إلا أن ذلك ناتج عن وجود بعض الإشكالات العملية والتي يتعين من أجل حلها ضرورة تبني نظام معلوماتي موحد بين محاكم المملكة والمحافظات العقارية وإرساء قضاء عقاري متخصص من شأنه أن يرفع من نجاعة تدبير قضايا التحفيظ العقاري إن على مستوى المحكمة أو على مستوى المحافظة العقارية.

التحفيظ العقاري كآلية لتحقيق الأمن العقاري

د. محمد فلون دكتور في الحقوق

إن علاقة الإنسان بالأرض علاقة أزلية لكونها مصدر قوته في الزراعة والصناعة والتجارة، وملجأه في سكنه وأنشطته الحياتية، فسعى إليها حائزاً، مالكا أو غاصبا مبتدعا في ذلك قواعد تنظيم له استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، وأصبح العقار الخالي من النزاعات إلى جانب العنصر البشري محور أي مشروع تنموي¹. من هنا برزت أهمية حق الملكية وخاصة الملكية العقارية من أهم الحقوق التي يسعى الإنسان لحمايتها والدفاع عنها، ولذلك أولته مختلف التشريعات اهتماما يتناسب ومكانته، كيف لا والعقار عامل استقرار اقتصادي واجتماعي بامتياز ساهم في تنمية المجتمعات أفرادا وشعوبا².

وهذا ما عمل عليه المشرع المغربي منذ بداية القرن العشرين على سن نظام عقاري جديد هو نظام التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913³ لكون أنظمة الملكية العقارية السائدة آنذاك وكذا القواعد التي تضبطها لم تكن كافية أيضا لتحمي صاحب الحق وحتى المالك نفسه من احتمال نزع حقه أو ملكية منه نظرا لما كان يعترى الأنظمة العقارية القديمة من نقص وقصور وانعدام الحماية.

الأمر الذي دفع المشرع المغربي إلى سن ظهير التحفيظ العقاري ومختلف القرارات الوزارية الصادرة سنة 1915⁴، وكذا العديد من الظهائر المعدلة والمتممة لظهير 12 غشت 1913 أهمها قانون 07/14 الصادر سنة 2011⁵، والتي تهدف جميعها إلى تنظيم وضبط حق الملكية بصفة دقيقة ونهائية من جهة، وتحقيق أهداف التحفيظ العقاري من جهة أخرى من أهمها تطهير الملكية العقارية من كل المنازعات التي يمكن أن تثار بشأن التحفيظ العقاري وبالتالي تحقيق الهدف الأسمى ألا وهو تحقيق الأمن العقاري، كهدف ينشده الجميع من مواطنين ومتعاملين مع العقار ومتدخلين (المشرع، القضاء، والأجهزة الإدارية المكلفة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري).

1-قراءة في مستجدات القانون 07/14، سلسلة دفاتر محكمة النقض، عدد 21، مطبعة الأمنية الرباط.
2-بصري هشام: "مسطرة التحفيظ العقاري وإشكالاتها العملية" طبعة 1-2013، توزيع مكتبة الرشاد، ص: 11.
3-وهو ما يعرف في بعض التشريعات الأخرى بالشهر العقاري كتونس مثلا انظر علي كلون: "نظام السجل العقاري" مجمع الأطرش للكتاب المختص 2009، تونس، ص: 45.
4-القرار الوزيري الصادر في 20 رجب 1333 (03 يونيو 1915) المتعلق بالتدابير المفصلة لتطبيق نظام التحفيظ العقاري.
5-القرار الوزيري الصادر في 21 رجب 1333 (04 يونيو 1915) المتعلق بسن نظام لمصلحة المحافظة على الأملاك العقارية.====
-الدوريات والمنكرات التنظيمية الصادرة عن المحافظ العام للملكية العقارية منذ إحداث المحافظة العامة بتاريخ 29 دجنبر 1953.
5-ظهير شريف رقم 1-11-177 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون 07-14 المغربي والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913).

هذه أبرز الدوافع التي كانت وراء اختيار الكتابة في هذا الموضوع الذي يطرح العديد من التساؤلات أهمها ماهية التحفيظ العقاري وأهميته (المحور الأول) لدرجة أن العديد من الملاكين لم يطمئنوا بعد إلى هذا النظام لسبب ما أو بالأحرى لم يقتنعوا به إلى حد كبير خصوصا في العالم القروي، ثم إلى أي حد يمكن أن يساهم نظام التحفيظ العقاري في تحقيق الغاية من سنه وإقراره أمام فشل الأنظمة العقارية الأخرى السائدة في تحقيق الأمن العقاري (المحور الثاني).

المحور الأول: ماهية التحفيظ العقاري وأهميته

يعتبر التحفيظ العقاري إحدى الركائز الأساسية لتثبيت الملكية العقارية وحمايتها، مما جعل المغرب يسعى دائما إلى تطوير نظامه العقاري، وجعل التحفيظ العقاري الوسيلة الأهم لتقوية وحماية الملكية العقارية من أي تسلط أو غصب وصيانة الثروة العقارية وتحقيق الأمن العقاري، ولما كان مفهوم التحفيظ العقاري يطرح بعض التساؤلات كان لابد من توضيح مفهوم التحفيظ العقاري (الفقرة الأولى) ثم الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم التحفيظ العقاري

نص المشرع المغربي في الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي¹:

"يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة التطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به.

- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له".

من خلال هذا النص يتضح على أن المشرع المغربي أخذ بالمفهوم الواسع للتحفيظ العقاري وجعل المقصود من التحفيظ سواء الإجراءات المتعلقة بالمسطرة أي عند إيداع مطلب التحفيظ إلى حين تأسيس الرسم العقاري أو بعد تأسيس الرسم العقاري وإشهار الحقوق العينية بالرسم العقاري أي بعد عملية التأسيس²، والذي نظمها المشرع المغربي في القسم الثاني من ظهير التحفيظ العقاري³.

¹- غير وتم بالقانون 14/07 الصادر بتاريخ 2016/11/22 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 2011/11/24.

²- انظر الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري الذي حدد فيه المشرع المغربي الحقوق الخاضعة للإشهار.

³- كما يرى بعض الفقه أن الهدف من التوسع في التعريف، الحرص على بيان التوجهات القانونية المؤطرة لهذا النظام، تلافيا للخص في تغيير قاعدة التطهير، وما يطرأ عليها من تصرفات قانونية، وتأويلها بما يتنافى مع رغبة المشرع.

وبهذا يكون المشرع قد وضع حد للخلافات التي كانت تثار سابقا قبل دخول القانون 07.14 حيز التنفيذ بشأن مفهوم التحفيظ العقاري على ضوء الفصل 361 من ق.م.م، هل مفهوم التحفيظ يشمل العقار في طور التحفيظ أم العقار المحفظ خلال سريان مسطرة التحفيظ والمؤسس له الرسم العقاري.

فالمشرع ينص في الفصل 361 من ق م م على ما يلي:

"لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

1-في الأحوال الشخصية

2-في الزور الفرعي

3-التحفيظ العقاري".

فهذا الفصل في فقرته الرابعة يقول أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في القضايا المتعلقة بالتحفيظ العقاري، الأمر الذي كان يخلق تضاربا بين المحافظين كمسؤولين معنيين بتطبيق الأحكام القضائية فكانوا يترثون عند تطبيق بعض الأحكام التي طعن فيها بالنقض إلى حين صدور حكم محكمة النقض -المجلس الأعلى سابقا- الأمر الذي خلق تضاربا في تفسير المادة المذكورة أعلاه مما جعل المشرع المغربي يتنبه للمسألة وحسم الأمر وأخذ بالمفهوم الواسع للتحفيظ العقاري سواء المتعلقة بمسطرة التحفيظ أو المتعلقة بالتقييد بالرسوم العقارية أي الطعن بالنقض بوقف التنفيذ إلى حين صدور قرار محكمة النقض في جميع القضايا المتعلقة بالتحفيظ العقاري بدون استثناء¹.

الفقرة الثانية: أهداف التحفيظ العقاري

يجمع الكل من مهتمين وباحثين وفاعلين ومجتمع مدني على أن التحفيظ العقاري أهمية كبيرة في حماية الملكية العقارية لكونه يرمي إلى تحقيق العديد من الأهداف الأساسية.

فالتحفيظ العقاري يعتبر أهم آليات تطهير الملكية العقارية من كل النزاعات التي يمكن إثارتها بشأن العقارات بصريح الفقرة الثانية من الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري "تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة التطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به" بمعنى آخر بعد سلوك مسطرة التحفيظ والتي هي مسطرة تطهيرية لا يمكن التمسك

-الحسين البوعزاوي: "الضمانات القانونية للأمن العقاري" الندوة الوطنية دفاتر محكمة النقض عدد 26، ص: 307، 2015.
1 - كما أن الطعن بالنقض يوقف أيضا التنفيذ في القضايا المتعلقة بالأوقاف حسب المادة 57 من مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010.

بأي حق غير معلن عنه أثناء جريان المسطرة وهذا ما أكده المشرع المغربي أيضا في الفصل 62 من ظ ت ع.

يعطي للملكية العقارية وضعية قارة وأمنة من الناحية القانونية والمادية (أي التقنية الهندسية)، وهذا ما يمتاز به نظام الشهر العيني بصفة عامة ونظام التحفيظ العقاري المغربي بصفة خاصة، بطريقة تزيل اللبس والغموض من حيث مالك العقار والتحملات العقارية التي تنتقل العقار والملكية العقارية والموصوفة بدقة حدودا ومساحة بوسائل تقنية حديثة (system lembirt) عكس نظام الشهر الشخصي.

سهولة تداول العقار المحفظ، بحيث مجرد الاطلاع على الرسوم العقارية إما بطريقة مادية بمصلحة المحافظة العقارية أو بطريقة إلكترونية المتاحة لبعض المهنيين يمكن معرفة مالك العقارية بدقة من حيث هويته الكاملة، حالته المدنية، أهليته المالك المقيد للتصرف... إلخ والوضعية المادية للعقار كما سلف الذكر.

-تقوية عنصر الائتمان لأن العقار المحفظ يوفر ضمانا عينية للدائنين ومانحي القروض بصفة عامة من خلال ترتيب رهون رسمية كحقوق عينية تبعية على الرسوم العقارية¹.

وفي الأخير وكننتيجة لأي قطاع مهيكّل فالتحفيظ العقاري يوفر للدولة وضع ونهج سياسة عقارية ملائمة من خلال الإحصائيات التي تتوصل بها من الإدارة المكلفة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري²، من حيث عدد الملكيات العقارية المحفوظة والتي في طور التحفيظ والعقار الغير المحفظ وكذلك الملك الخاص للدولة وأملاك الجماعات السبلالية إضافة إلى الأملاك الحسبية... إلخ.

فعلى سبيل المثال فالمساحة المحفوظة في المغرب 16.2 مليون هكتار على الشكل التالي:

13.7- مليون هكتار محفظ.

2.5- مليون هكتار في طور التحفيظ.

6.186.819- هكتار محفظا من الملك الغابوي.

3.437.250- هكتار محفظ من أراضي الجموع³.

¹- وهذا ما أكده المشرع المغربي في المادة 165 من م ح ع التي جاء فيها: "الرهن الرسمي حق عيني تباعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين".

²- الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، مؤسسة عمومية تتمتع بالاستقلال المالي والمعنوي هي المكلفة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري في المملكة المغربية:

-ظهير رقم 1-02-125 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (15 يونيو 2002) بتنفيذ القانون 58.00.

³ - إحصائيات وردت في تقرير السيد المدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية الذي ألقاه بالبرلمان يناير 2020.

بمعنى لا زالت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية مطالبة بمضاعفة الجهود من أجل الرفع من وتيرة التحفيز العقاري بالمغرب في أفق تعميمه وإجباريته تماشيا مع الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية المنعقدة يومي 08 و09 دجنبر 2015 بالصخيرات التي جاء فيها: وعملا على تعزيز الأمن العقاري وتحسين الملكية العقارية والرفع من قيمتها الاقتصادية والائتمانية، فإنه يتعين العمل على مضاعفة الجهود من أجل الرفع من وتيرة التحفيز العقاري في أفق تعميمه على كافة التراب الوطني...".

المحور الثاني: مساهمة التحفيز العقاري في تحقيق الأمن العقاري

لا يختلف إثنان على أن التحفيز العقاري يعتبر الوسيلة الأهم لحماية وصيانة الثروة العقارية وتحقيق الأمن العقاري، لأن نظام التحفيز العقاري باختصار يساهم إلى جانب الآليات الأخرى إلى تثبيت الحقوق العينية العقارية والإشهار والقوة الثبوتية التي تضمنها الرسوم العقارية.

وبتعبير آخر حسب بعض الفقه¹ فإن الهدف الأسمى الذي يسعى إليه نظام التحفيز العقاري هو تحقيق الأمن العقاري (الفقرة الأولى) من خلال ضمان استقرار المعاملات عن طريق منح أرضية قانونية صلبة للملكية العقارية ولباقي الحقوق العينية التي تنص على العقارات المحفظة وإعطاء أصحابها والغير ضمانات قوية وحجية مطلقة اتجاه الكافة² (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الأمن العقاري وعلاقته بالمفاهيم الأخرى

يعد الأمن العقاري من المفاهيم التي أصبحت أكثر رواجاً في الآونة الأخيرة (أولاً) باعتباره لصيقاً بمفاهيم أخرى لا تقل أهمية أو لها تكامل مع مفهوم الأمن العقاري أي بدونها لا يمكن تحقيق الأمن العقاري المنشود.

أولاً: مفهوم الأمن العقاري

الأمن العقاري من المفاهيم الذي أضحي متداولاً بكثرة في الفترة الأخيرة³ إلى جانب المفاهيم الأخرى حسب الحقل القانوني المعني بالدراسة كالأمن الأسري، الأمن القانوني، الأمن القضائي والأمن التعاقدية... إلخ إذن فما هو الأمن العقاري.

1- عبد السلام بو عسل: "آليات تعزيز الأمن العقاري - تدخل العقار في مسطرة - التحفيز نموذجاً" الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص: 8.

2- انظر الفصلين 66 و67 من ظهير التحفيز العقاري.

3- للإشارة فقط كان يكثر الحديث سابقاً عن الأمن القانوني أو الاجتماعي أي كيفية تحقيق الأمن الاجتماعي ومحاربة الأسباب والظواهر التي تهدد الأمن الاجتماعي وهي كمادة قانونية كانت تدرس على مستوى السلك الثالث لنيل دبلوم الدراسات العليا بصفة عامة (الماستر حالياً).

الأمن لغة: الأمن نقبض الخوف ولذا يقال فلان يأمن أمنا وأمنا إذا لم يخف.

بمعنى آخر هو شعور الفرد أو الجماعة بالطمأنينة، وإشاعة الثقة والطمأنينة بينهم، أي بعدم خيانة الأفراد لبعضهم البعض والقضاء على الفساد بإزالة كل ما يهدد استقرارهم وعيشتهم وتلبية متطلباتهم الجسدية والنفسية لضمان قدرتهم على الاستمرار في الحياد بسلام وأمان¹.

اصطلاحاً: اختلف الفقهاء والمفكرون في تعريف واحد لمفهوم الأمن وذلك كل حسب الزاوية التي ينظر إليها وحسب تخصصه في مجاله المعرفي، إلا أن ما يهمننا نحن هو المجال العقاري الذي نشغل عليه أي الأمن العقاري².

إذن فالأمن العقاري له ارتباط وثيق بالملكية العقارية نظراً لما تشكله الملكية العقارية بصفة عامة في الدورة الاقتصادية والاجتماعية، وذلك بتحفيز الاستثمار والرفع من وتيرة النمو الاقتصادي، بتشجيع المعاملات المتعلقة بالعقار والحقوق المرتبطة به، وتحقيق فرص إضافية للتشغيل، وعليه يمكن وضع تعريف للأمن العقاري على أنه هو "مجموعة من القواعد القانونية التي تعمل على حماية الملكية العقارية والعمليات المترتبة عليها سواء الهندسية أو القانونية".

بمعنى آخر كل قاعدة قانونية تهدف إلى حماية الملكية العقارية بغض النظر على الحقل التشريعي التي تنتمي إليه سواء في قانون التحفيظ العقاري أو مدونة الحقوق العينية أو قانون الالتزامات والعقود، وكل القوانين الأخرى التي لها صلة بحماية الملكية العقارية وعلى رأسها القانوني الجنائي أو القوانين المتعلقة بتوثيق العمليات العقارية³.

ثانياً: بعض المفاهيم الأخرى ذات الصلة الوثيقة بالأمن العقاري

كما سبقت الإشارة على أن الأمن العقاري كمفهوم وكمصطلح لا يمكن لوحده أن يحقق الأمن المنشود إلا بتدخل ومساعدة بعض المفاهيم الأخرى ذات الصلة الوثيقة بالأمن العقاري على رأسها، الأمن التعاقدية، الأمن القضائي ثم الأمن التوثيقي.

¹-فؤاد الصامت: "القواعد الموضوعية للأمن العقاري -دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي" دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط طبعة 2015، ص: 39.

²-المعاملات، العبادات، الصحة، القانون، القضاء، التوثيق...

-الأمن الاقتصادي مثلاً: هو قدرة الدولة على المحافظة على رفاهية الأفراد ومستواهم المعيشي من خلال توفير الموارد الرئيسية لهم.

-أما الأمن الاجتماعي: هو قدرة الدولة على المحافظة تراثها وقيمها وثقافتها أي حماية الدولة لمجتمعها من الفساد والجرائم الاجتماعية التي تضرر باستقرار المجتمع وحمايتهم من الأخطار الجارية التي قد تسبب لهم الضرر.

-أما الأمن البيئي وهي عبارة عن حماية الموارد البيئية من التلوث والاستنزاف واستخدامها بطرق سليمة مما يخدم الدول ومجتمعها...

فؤاد الصامت، م س، ص: 45.

³- القانون المتعلق بخطة العدالة 03.16 بتاريخ 03/02/2006، -والمرسوم التطبيقي له الصادر بتاريخ 2008/10/28.

قانون المحاماة 28.08 الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2008.

-القانون المنظم لمهنة التوثيق العصري قانون 32/09 الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2011.

1-الأمن التعاقدى

يعتبر العقد أهم الآليات القانونية لإنجاز مختلف التصرفات والعمليات ذات الصلة بالعقار، ويعتبر شريعة المتعاقدين بحيث يترتب عليه حقوق وواجبات طرفي العلاقة التعاقدية¹، من هنا تظهر أهمية "قانون العقود" كقانون ينظم العملية التعاقدية والتزامات كل طرف على حدة".

ويقصد بالأمن التعاقدى بصفة عامة تحديد الإجراءات الواجب اتباعها عند التعاقد وتجنب المخاطر الممكن حصولها دون ضرب للحرية التعاقدية من أجل تحقيق العدالة التعاقدية²، خصوصا مع ازدياد المعاملات الإلكترونية والتعاقد عن بعد.

2-الأمن القضائي

يعتبر الأمن القضائي من بين أهداف الدستور المغربي³ وهذا ما أكده خطاب العرش بتاريخ 2007/07/30 والذي جاء فيه:

"يتعين على الجميع التجند لتحقيق إصلاح شمولى للقضاء لتعزيز استقلاله الذي نحن له ضامنون، هدفنا ترسيخ الثقة في العدالة وضمن الأمن القضائي الذي يمر عبر الأهلية المهنية والنزاهة والاستقامة...".
من هنا تبرز أهمية القضاء في تحقيق الأمن القضائي.

فالأمن القضائي يعكس الثقة في المؤسسة القضائية والاطمئنان إلى عملها (إصدار الأحكام القضائية) المتجلى في تطبيق القانون على ما يعرض عليها من قضايا ومنازعات وخصوصا حماية الملكية العقارية وتفسير العقود عند غموضها...

3-الأمن التوثيقي

فالأمن التوثيقي يقصد به وضع آليات وجهات محددة لتوثيق العقود خاصة في مجال الملكية العقارية. وهذا ما تنبه له المشرع المغربي ونص على رسمية العقود من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية وحصرها في العدول والموثقين والمحامين المقبولين لدى محكمة النقص، وأضاف عقد الوكالة الذي يجب أن يكون محررا بصفة رسمية كلما تعلق الأمر بنقل حق أو إسقاطه أو تعديله... إلخ، ونحن نطالبه أيضا وفي أي تدخل تشريعي مرتقب على ظهير التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية تعميم الرسمية على جميع القضايا المتعلقة بالمعاملات العقارية بدون استثناء، نذكر على سبيل المثال التنازل عن التعرض، التنازل

1-انظر الفصل 230 من ق ل ع.

2-العدالة التعاقدية هدفها إيجاد عدالة متبادلة بين طرفي العقد.

3-في الفصل 117 من الدستور المغربي لسنة 2011.

عن الحجز التحفظي أو التنفيذ، الإنذار العقاري نظرا لكثرة عمليات الاستيلاء على أملاك الغير التي تطلعنا عليه مختلف وسائل الإعلام بين الفينة والأخرى مع إلزام جميع المهنيين بعد إنجاز أي عملية عقارية لعقار محفظ أو في طور التحفيظ القيام بالإجراءات اللازمة للتقييد وإشهاره بالسجلات العقارية.

الفقرة الثانية: كيف يمكن للتحفيظ العقاري أن يساهم في تحقيق الأمن العقاري

مما لا شك فيه أن التحفيظ العقاري وبإجماع كل الباحثين والمختصين على أنه يساهم بشكل كبير في تحقيق الأمن العقاري إلى جانب الآليات الأخرى المشار إليها أعلاه.

وانطلاقا من الأهداف التي يسعى التحفيظ العقاري إلى تحقيقها أهمها تطهير الملكية العقارية والحجية القانونية التي تتمتع بها الحقوق المقيدة بالرسوم العقارية ولإعطاء فعالية أكثر لنظام التحفيظ العقاري لابد من تجاوز بعض المعوقات التي يعاني منها النظام العقاري المغربي وإيجاد حلول عاجلة لها وهي:

أولا: توحيد الأنظمة العقارية السائدة

كما يعلم الجميع أن المغرب يعاني من ازدواجية سلبية بنظامه العقاري بين العقارات الغير المحفظة والعقارات المحفظة¹، إضافة إلى تواجد عدة هياكل عقارية من أراضي ملكية وحبسية وأملاك الدولة العام والخاص....

ولتجاوز هذا الإشكال ندعو الشرع والسلطات المختصة إلى توحيد النظام العقاري المغربي وحصره في العقار المحفظ فقط تدعيما للأمن العقاري وعن طريق:

-تعميم نظام التحفيظ العقاري وإجباريته، نعي جيدا أنه يصعب على الهيئات المكلفة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري². تعميم نظام التحفيظ العقاري وإجباريته في الوقت الراهن نظرا للصعوبات المالية واللوجيستكية التي تتطلبها العملية لكن نقترح على المشرع أن ينص على إجبارية التحفيظ العقاري في حالة تفويت العقارات غير المحفظة يعني إلزام المفوت قبل القيام بعملية التفويت (هبة، صدقة، بيع، تنازل، مقاسمة... إلخ) بإيداع مطلب التحفيظ تم تفويت العقار، وبهذا يتم تحقيق هدفين الأول إيداع مطلب التحفيظ والثاني تفويت عقار في طور التحفيظ كعملية أكثر أمنا بالنسبة للمفوت له، وبالتالي تشجيع الملاك على إيداع مطلب التحفيظ تحسبا لأي عملية تفويت محتملة في المستقبل³.

1-العقارات الغير المحفظة تطبق عليها (أحكام مدونة الحقوق العينية ثم ق ل ع عند عدم وجود النص بمدونة الحقوق العينية ثم ما جرى به العمل في الفقه المالكي بصريح المادة الأولى من م ح ع).
2-العقارات المحفظة تطبق عليها بالإضافة إلى أحكام مدونة الحقوق العينية وق ل ع ثم ما جرى به العمل في الفقه المالكي أحكام تطهير التحفيظ العقاري والقرارات الوزارية ثم المراسيم اللاحقة لقانون 07/14.
3-على غرار معاوضة العقارات المحبسة والغير المحفظة...

ثانياً: حث السلطات الوصية على بعض الأملاك

-أملاك الدولة بمختلف أنواعها، الملك العام -الملك الخاص للدولة بما فيه الملك الغابوي.

-أملاك الجماعات السلالية

-أملاك الأوقاف والأحباس.

على سلك مسطرة التحفيظ وتحفيظ هذه العقارات نظراً لأهميتها الاجتماعية والاقتصادية ولتحقيق العديد

من الغايات أهمها:

-حمايتها من الترامي عليها من طرف الخواص.

-إدماجها في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

-الرفع من نسبة العقارات المحفوظة بالمغرب خصوصاً إذا علمنا أن الملك الخاص الغابوي والأملاك

الأخرى تشكل نسبة مهمة من عقارات المغرب.

ثالثاً: الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية¹ كمؤسسة تشرف على تطبيق

نظام التحفيظ العقاري بالمغرب تعمل على فتح عدة مناطق للتحفيظ الجماعي كمسطرة جماعية خاصة

ومجانية كإحدى آليات تعميم نظام التحفيظ العقاري، إلا أنها ورغم مرور أكثر من ثماني سنوات على صدور

القانون 07.14 الذي نص على مسطرة خاصة للتحفيظ تسمى مسطرة التحفيظ الإجباري² لم تفعل لحد الآن.

ونعتقد أن هذه المسطرة شبيهة بمسطرة التحفيظ الجماعي من حيث صفة الجماعية والمجانية، إلا أنها إجبارية

ولم يحصر المشرع تطبيقها بمنقطة معينة بحيث يمكن تطبيقها خارج المدار الحضري وحتى داخل المدار

الحضري ويمكن استغلال هذه المسطرة في تحفيظ المدن المغربية على الأقل حتى تصل إلى نسبة 0%

عقار غير محفظ على الأقل داخل المدن.

وبالإضافة إلى توحيد الأنظمة العقارية لابد أيضاً من توحيد التشريعات المتعلقة بالعقار واختزالها في

مدونة واحدة تضم العقار والتعمير باعتبار العقار والتعمير وجهان لعملة واحدة وتفادي التشريع الترقيعي أو

الاستدراكي لأن النصوص المتعلقة بالعقار كثيرة ومتعددة يصعب على الممارس إدراكها فبالأحرى المهتمين

بقضايا العقار من مستثمرين، ومنعشين عقاريين، وذلك لتحقيق بعدين أساسيين الأول يتمثل في البعد الحمائي

والثاني البعد المسطري أي تبسيط الإجراءات المسطرية.

¹ -انظر القانون 58.00 الصادر في 2002/06/13 المنظم للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية.
²-انظر الفصول 51 -1 إلى 51-19 من القانون 07.14 الصادر في 2011/11/22، الذي عدل وتمم بظهير التحفيظ العقاري لـ 1913/08/12.

آفاق المحافظة العقارية الرقمية في حكامه التسيير الإداري والحد من ظاهرة الاستيلاء على الملكية العقارية

حمزة أمزيل

إطار قانوني باحث في القانون العقاري

أصبحت الأنظمة المعلوماتية في الوقت الراهن من أهم الدعائم الحيوية التي لا يمكن الاستغناء عنها في كافة المجالات، و ذلك لأهميتها في الدفع بعملية التنمية الشاملة و المستدامة. ولعل التوجيهات الملكية السامية التي وجهها الجنا ب الشريف بواسطة رسالته إلى المشاركين في المناظرة الوطنية حول السياسة العقارية المنعقدة يومي 08 و 09 دجنبر 2015 بالصخيرات لخبر دليل على أهمية التكنولوجيا المعلوماتية في تحريك الهياكل المنظمة للملكية العقارية ببلادنا، حيث جاء فيها "وعملا على تعزيز الأمن العقاري وتحسين الملكية العقارية والرفع من قيمتها الاقتصادية والائتمانية، فإنه يتعين العمل على مضاعفة الجهود، من أجل الرفع من وثيرة التحفيز العقاري، في أفق تعميمه على كافة التراب الوطني، كما ينبغي استثمار التكنولوجيا الرقمية التي يشهدها العالم اليوم، في مجال ضبط البنية العقارية، وتأمين استقرارها وتداولها....". لذلك عملت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية¹، على تفعيل الوسائل الرقمية والمعلوماتية التي تساعد المحافظ على الأملاك العقارية في القيام بمهامه بكيفية أكثر نجاعة من جهة، ومن جهة أخرى، تساهم في حماية الملكية العقارية والحد من ظاهرة الاستيلاء عليها، عن طريق توفير مجموعة من التطبيقات المعلوماتية لعمل المحافظة العقارية (الفقرة الأولى)، وتوفير مجموعة من الخدمات الإلكترونية بين يدي الملاك لتتبع وضعيات عقاراتهم عن بعد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التطبيقات المعلوماتية لتدبير عمل المحافظة العقارية

وعيا من الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بأهمية المعلومة العقارية في سلسلة الإنتاج، بادرت منذ سنوات إلى تبني استراتيجيات المعالجة المعلوماتية لأنشطة المحافظات العقارية، و التي اعتبرتها طليعة أولوياتها، إذ يعتبر تمكين المرتفقين من المعطيات المضمنة بالسجلات و التصاميم العقارية أحد مهامها الرئيسية.

وتبعا لذلك فإن أهمية التطبيقات المعلوماتية المعتمدة من طرف هذه الوكالة، والتي خول المشرع المغربي العمل بها بموجب الفقرة الأولى والثانية من المادة الثالثة من المرسوم المتعلق بتحديد شروط

¹ وذلك بواسطة مجموعة من المذكرات الصادرة عن السيد المحافظ العام، وقد تكرست هذه المذكرات والقرارات، بصور مرسوم رقم 2.18.181 صادر في 2 ربيع الآخر 1440 (10 ديسمبر 2018) بتحديد شروط وكيفية التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيز العقاري والخدمات المرتبطة بها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6737-16 ربيع الآخر (24 ديسمبر 2018).

وكيفيات التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها، تكمن في تسريع إجراءات التحفيظ والعمليات اللاحقة له من جهة وكذا تكريس الأمن العقاري من جهة ثانية، وتنقسم هذه التطبيقات إلى تطبيقات معتمدة ما قبل تأسيس الرسم العقاري (أولا) وتطبيقات معتمدة في مرحلة ما بعد تأسيس الرسم العقاري (ثانيا).

أولاً: التطبيقات المعلوماتية المعتمدة ما قبل تأسيس الرسم العقاري

تعتبر التطبيقات أو البرامج التي تم اعتمادها من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، مواكبة لاحتياجات العصر الراهن، و من بين هذه البرامج المعتمدة ما قبل تأسيس الرسم العقاري :

أ- (تلقي الوثائق من أجل الدراسة بواسطة برنامج تدبير إيداع الوثائق من أجل الدراسة ¹ R1، وهو المعمول به حالياً، ويمكن هذا البرنامج المحافظ من :

✓ استخراج وصل لتسليمه للمعني بالأمر مقابل إيداع طلب للتحفيظ طبقاً للفصل 13 من القانون

.14.07

✓ استخراج وصل من أجل تسليمه لكل طالب إجراء طبقاً للفصل 76 من نفس القانون أعلاه.

✓ استخراج سجل إيداع الوثائق المودعة للدراسة من أجل مسكه طبقاً للفصل 76 من نفس القانون.

ب- (تصفية واستخلاص الوجيبات المستحقة على الطلبات المقدمة للمحافظة العقارية بواسطة

برنامج استخلاص الرسوم، ويمكن هذا البرنامج المحافظ من² :

✓ استخراج وصل من أجل تسليمه لكل طالب إجراء مقابل أداء الوجيبات المستحقة³، وذلك إعمالاً

بمقتضىات الفصل 32 من المرسوم المتعلق بإجراءات التحفيظ الصادر في 14 يوليو 2014.

✓ استخراج الوثائق المحاسبية اليومية والشهرية والسنوية المتعلقة بمداخل المحافظة .

✓ التدبير الإلكتروني للسجلات المحاسبية المسوكة من طرف المحافظ.

ت- (متابعة إجراءات المسطرة المتعلقة بالعقارات في طور التحفيظ بواسطة برنامج "مطلب":

و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي⁴ :

• النشر والتعليق: يمكن برنامج "مطلب" المحافظ من استخراج خلاصات المطالب، والخلاصات

الإصلاحية، وإعلانات انتهاء التحديد، وإعلانات جديدة عن انتهاء التحديد من أجل نشرها بالجريدة الرسمية،

¹ حيث جاء في مذكرة المحافظ العام عدد 5364 المؤرخة في 17 أبريل 2019 " استكمالاً لبرنامج تطوير وتجويد الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية لخدماتها المقدمة لكافة المرتفقين. تم إعداد برنامج إلكتروني جديد لتدبير الوثائق المودعة للدراسة (R1) سيدخل حيز التنفيذ ابتداء من 22 أبريل 2019 ليعوض سجل الإيداع الورقي المعمول به حالياً "

وكذا المواد 5 و 11 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري.

² علي العطري " قواعد البيانات العقارية في خدمة نظام التحفيظ العقاري " دفاتر محكمة النقض العدد 26، ص : 91.

³ كما نصت المادة 36 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري على أنه " تؤدى وجيبات المحافظة العقارية وباقي الوجيبات الأخرى المتعلقة بالخدمات التي تقدمها الوكالة بكافة وسائل الأداء الإلكتروني المعتمدة من قبل الوكالة والمحددة بقرار لمديرها، وذلك في حساب أو حسابات خاصة مفتوحة لهذا الغرض".

⁴ علي العطري، م، ص : 92.

و تعليقها بعد ذلك لدى الجهات المعنية، وذلك تطبيقاً لمقتضيات الفصول 17 و 18 و 23 و 37 و 83 من ظهير التحفيظ العقاري المغير والمتمم بموجب القانون رقم 14.07، وكذلك الفصل 2 من المرسوم المشار إليه أعلاه.

• توجيه الاستدعاءات: يستخرج المحافظ من قاعدة البيانات الخاصة بمطلب التحفيظ، مختلف الاستدعاءات الموجهة للمتدخلين في مسطرة التحفيظ لحضور عمليات التحديد والتحديد التكميلي، وذلك عملاً بمقتضيات الفصلين 19 و 23 من قانون التحفيظ، والفصل 02 من المرسوم الصادر بتاريخ 14 يوليو 2014.

• توجيه الإنذارات: تتيح قاعدة البيانات المتعلقة بمطالب التحفيظ، إمكانية استخراج مختلف الإنذارات المرتبطة بمسطرة التحفيظ والموجهة لطالب التحفيظ أو المتعرض، سواء من أجل استئناف عمليات التحديد، أو لإبداء رأيه في التعرضات، أو من أجل متابعة المسطرة بالنسبة للأول، ومن أجل الإدلاء بالحجج وأداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، وعند الاقتضاء وجبات التحديد التكميلي بالنسبة للمتعرض، وتنظم هذه الإنذارات بموجب الفصول 23 و 25 و 31 و 50 من قانون التحفيظ العقاري المذكور.

• الإيداعات: أثناء سريان مسطرة التحفيظ، قد ترد على مطلب التحفيظ تعرضات، أو حقوق خاضعة للإشهار، بحيث يقوم المحافظ على معالجتها ببرنامج "مطلب"، الذي يمكنه من استخراج بيانات الإيداعات والتعرضات والتي تشكل مضمون سجل التعرضات.

• مسك سجلات مسطرة التحفيظ: خولت المادة 34 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري¹، للمحافظ صلاحية التدبير الإلكتروني لسجل التعرضات R3 والسجل الترتيبي الخاص بالإجراءات السابقة للتحفيظ R2 biss، و ستمكن قاعدة البيانات الخاصة بمطالب التحفيظ، المحافظ من استخراج هذين السجلين بطريقة إلكترونية تطبيقاً للفصول 25 و 76 و 84 من قانون التحفيظ العقاري و التي تلزمه بمسكها و تدبيرها، فضلاً عن الفصل 24 من المرسوم المؤرخ في 14 يوليو 2014.

• إرسال البيانات التي تستوجب النشر في الجريدة الرسمية إلى المصالح المركزية، التي تقوم بإرسالها إلى الأمانة العامة للحكومة التي تقوم بنشرها في الجريدة الرسمية.

ثانياً: التطبيقات المعلوماتية المعتمدة ما بعد تأسيس الرسم العقاري

أ- بعد تأسيس الرسم العقاري تأتي مرحلة تضمين البيانات الخاصة في برامج خصص لهذه الغاية وذلك أطلق عليه برنامج تدبير الرسوم العقارية (LOGCF) :

1-تضمين البيانات المتعلقة بالحقوق والتحملات العقارية المنصبة على العقارات المحفظة:

¹ تنص المادة 34 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري أنه " يمكن للوكالة مسك السجلات المتعلقة بعمليات التحفيظ العقاري بطريقة إلكترونية، بكيفية موثوقة ومؤمنة تضمن صدقية المعطيات والمعلومات التي تتضمنها وسلامتها وتأمينها. يتم الاستغناء عن السجلات الورقية وتعويضها بالسجلات الإلكترونية المذكورة، بكيفية تدريجية، وفق الكيفيات المحددة بقرار لمدير الوكالة".

حيث يمكن برنامج تدبير الرسوم العقارية (LOGCF)، من معالجة جميع الوقائع و التصرفات التي ترد على الرسوم العقارية، و كذا جميع العمليات اللاحقة للتحفيظ التي تتطلب النشر بالجريدة الرسمية أو تلك التي تتوقف على إجراء عملية هندسية.

فبواسطة هذا البرنامج يستطيع المحافظ من إنجاز كل تقييد ببيانات موجزة، تقييدا بمقتضيات المادة 65 و 75 و 91 و 95 من قانون التحفيظ العقاري.

و بناء على هذه المعالجة، يستطيع المحافظ استخراج¹ :

✓ مسودات التقييدات؛

✓ الوضعيات الراهنة؛

✓ بطائق المراقبة؛

✓ الرسوم العقارية، و نظائرها.

و سيكون بإمكانه مستقبلا استخراج :

✓ ملخص طلب تغيير اسم العقار من أجل نشره بالجريدة الرسمية، بناء على الفصل 52 مكرر من قانون التحفيظ العقاري.

✓ ملخص طلب تسليم نظير جديد، أو نسخة شهادة التقييد الخاصة، طبقا للفصل 101 من نفس القانون.

✓ إنذار من أجل إيداع نظير الرسم العقاري عند الاقتضاء.

كما يمكن هذا التطبيق من إحداث التنبيهات من قبيل "نظير مسلم" حتى يكون نستخدم التطبيق على دراية بكون النظير لم يودع باعتباره شرطا لقبول التقييدات الواردة على الرسوم العقارية، للحد من ظاهرة الاستيلاء على الأملاك العقارية، كما يقوم هذا التطبيق بالعمليات الحسابية من قبيل حساب آجال التقييدات الاحتياطية، حيث يقوم بإعلام المستخدم بكون أجل التقييد الاحتياطي قد استنفذ أجله، حتى يقوم المحافظ بالتشطيب عليه تلقائيا، كما يقوم كذلك في إطار العمليات الحسابية بحساب الحصص في حالة إيداع إراثات أو تقويطات لأملاك ذي رسوم عقارية مملوكة على الشياخ.

2-مسك سجلات التقييدات :

يلزم الفصل 76 من قانون التحفيظ العقاري، والفصل 24 من المرسوم المؤرخ في 14 يوليو 2014، المحافظ بمسك سجل الإيداع والسجل الترتيبي الخاص بالإجراءات اللاحقة للتحفيظ، كما منح الفصل 106 من قانون التحفيظ العقاري، للمحافظ صلاحية التدبير الإلكتروني لهذين السجلين، وتم تكريس هذا المقتضى

¹علي العطري، م، ص: 93.

بموجب المادة 34 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري ومذكرة المحافظ العام عدد 2017/22 الصادرة بتاريخ 2017/10/17.

فقد مكنت قاعدة البيانات، التي دخلت حيز التنفيذ الخاصة بالرسوم العقارية في قادم الأيام المحافظ من استخراج هذين السجلين قصد مسكهما طبقا للمقتضيات المذكورة أعلاه، ومن بين مميزات هذا السجل الإلكتروني :

- ربح الوقت وتخفيف العبء على المستخدمين؛
- حفظ السجل من خلال وسيلتين: دعامة الكترونية وأخرى ورقية مع سهولة استخراج السجل في حالة الضياع أو التلف؛
- ضمان التحيين اليومي لقاعدة المعطيات العقارية؛
- سهولة التتبع والمراقبة وكذا حصر القضايا المودعة يوميا من قبل المحافظ.

3-تسليم الشهادات :

تسلم مصالح المحافظة العقارية أنواعا مختلفة من الشهادات¹، تستخرج من قواعد البيانات العقارية، وقد حددت المادة 28 من المرسوم الصادر بشأن إجراءات التحفيظ العقاري الشهادات فيما يلي:

- ✓ شهادة تثبت الوضعية القانونية و المادية للعقار؛
- ✓ شهادة خاصة بالتقيد؛
- ✓ شهادة خاصة بتقييد الرهن؛
- ✓ شهادة تتعلق بتقييد أو تقييدات معينة؛
- ✓ شهادة عدم التقييد بالسجل العقاري؛
- ✓ شهادة تثبت المطابقة بين الرسم العقاري و نظيره.

4-ضبط العقارات المهملة :

في إطار الحد من ظاهرة الاستيلاء على الأملاك العقارية عملت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بتعاون مع وزارة الداخلية على إطلاق حملة لجرد العقارات المهملة، وهي العقارات التي لم يتم استغلالها منذ مدة طويلة ويكون مالكوها في الغالب مجهولين أو غائبين أو متوفين ولا يعرف لهم وارث سواء كانت مملوكة لمغاربة أو أجنبية، وتبعا لهذه العملية فقد صدرت مذكرة صادرة عن المحافظ العام عدد يحث فيها المحافظين على الأملاك العقارية، بعد تنقيح الاستثمارات المقدمة لهم والتي تتضمن العقارات المهملة والتحقق من مدى مطابقتها لما هو مضمن بالرسم العقاري المعني، العمل على وضع عبارة "عقار مهمل" بأخر ملف فرعي للرسم العقاري مع الحرص على مواكبة هذه العملية بطريقة

¹ هذا ويمكن طلب هذه الشهادات إلكترونيا عبر المنصة الإلكترونية، طبقا للفقرة الأولى من المادة 14 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري الذي ينص على أنه " يمكن تقديم طلب الحصول على الشهادات العقارية عبر المنصو الإلكترونية".

الالكترونية بتطبيق "LOGCF"، بوضع تنبيه "عقار مهمل" بالخانة المخصصة للتنبيه، حتى يتم التعامل بحذر مع هذه العقارات بمناسبة أي عملية ترد عليه، ورقيا والكترونيا.

ب- نسخ الوثائق والرسوم الملحقة بالرسوم العقارية بواسطة تطبيق "LA GED":

يتيح تطبيق نسخ الوثائق حفظ الرائد والوثائق والرسوم والعقود الملحقة بالرسوم العقارية، للمحافظة عليها معلوماتيا، تحسبا لكل خطر خارج عن التوقع، كما الشأن بالنسبة للفيضانات والزلازل وتلاشي وثائق الرسوم العقارية، أو اشتعال حرائق داخل أرشيف المصالح الخارجية للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، ولعل هذا ما نصت عليه المادة 35 من مرسوم التدبير الإلكتروني لمعاملات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها، حيث نصت على أنه "يمكن للوكالة اعتماد مختلف طرق المعالجة والتدبير الإلكتروني في حفظ كافة الوثائق والسندات المتعلقة بملفات مطالب التحفيظ والرسوم العقارية ونظائرها، ووثائق المسح العقاري والخرائطية، وباقي الوثائق الأخرى التي لها علاقة بذلك"، وفي هذا الإطار تعتمد الوكالة علة ابرام صفقات مع القطاع الخاص، الذي يلتزم بالقيام بهذه المهمة داخل مدد محددة، وتبعا لذلك وموازة مع تضمين البيانات ببرنامج تدبير الرسوم العقارية، يتم كذلك نسخ العقود بواسطة نظام "LA GED" وذلك لقيمة هذه الوثائق وأهميتها في مجال الأمن العقاري وكذا حماية للملاك من الاستيلاء على ممتلكاتهم في حالة ضياع وثائقهم وعقودهم.

الفقرة الثانية: الخدمات الإلكترونية المقدمة من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح

العقاري والخرائطية

لقد أتاحت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، للملاك والمهنيين مجموعة من الخدمات الإلكترونية، تفعيلا لسياسة القرب، في إطار الإدارة المعلوماتية أو ما يطلق عليها بالمحافظة الإلكترونية، بهدف حماية الملكية العقارية، الهدف الأسمى لهذه الوكالة تحت إشراف السادة المحافظين على الأملاك العقارية، من قبيل تمكينهم من الأداء الإلكتروني لمختلف الخدمات المقدمة من طرف هذه المؤسسة، وكذا إحداث منصة خاصة بالموثقين لتمكينهم من الخدمات الإلكترونية للوكالة من قبيل الايداع الإلكتروني للعقود والاداء الإلكتروني ...، وكذا احداث منصة خاصة بالمساحين الطبوغرافيين للقطاع الخاص، وكذا اتاحة الاستثمارات الإلكترونية بالصفحة الإلكترونية للوكالة، وهي نماذج لأهم الطلبات المستعملة لدى مصالح المحافظة العقارية، وكذا المعالجة الإلكترونية للشكايات والتظلمات عبر هذه المنصة الإلكترونية، وسنقتصر في هذه الفقرة على الحديث عن خدمة تدبير عمليات التحفيظ العقاري والعمليات المرتبطة بها بطريقة إلكترونية (أولا)، ثم سنعرج للحديث عن خدمة تتبع التقييدات والإيداعات المضمنة بالسجلات العقارية (ثانيا)، وأخيرا خدمة الإشهار العقاري (ثالثا).

أولا: خدمة تدبير عمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها بطريقة إلكترونية :

إن الحديث عن خدمة تدبير عمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها إلكترونياً يستوجب تناوله في فقرتين حيث سنتحدث عن مفهوم التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها (أ) ثم سنخرج للحديث عن وسائل التدبير الإلكتروني لهذه العمليات (ب).

أ- مفهوم التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها:

يقصد بعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها التي يمكن تدبيرها بطريقة إلكترونية حسب ما هو منصوص عليه في المادة الثانية من المرسوم المتعلق بتحديد شروط وكيفيات التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها، الإجراءات والمساطر المتعلقة بالتحفيظ العقاري والمسح العقاري والخرائطية المنصوص عليها في المقتضيات التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ولاسيما:

- تلقي مطالب التحفيظ والتعرضات والقيام بجميع الاجراءات المتعلقة بمسطرة التحفيظ العقاري وباقي المساطر الأخرى الخاصة بالتحفيظ؛
- تأسيس الرسوم العقارية ونظائرها؛
- إشهار الحقوق العينية والتحملات العقارية المنصبة على العقارات المحفظة أو التي في طور التحفيظ؛
- طلب وتسليم الشهادات ونسخ الوثائق العقارية؛
- المساطر المتعلقة بالسندات المنجمية وفقاً للتشريع المنظم لها؛
- إيداع الملفات التقنية الطبوغرافية ومعالجتها وتتبعها؛
- إنجاز تصاميم المسح العقاري ووثائق المسح الوطني وحفظها؛
- إنجاز الخريطة الطبوغرافية للمملكة بجميع مقاييسها والخرائط المبحثة؛
- إنجاز أشغال البنية الأساسية المتعلقة بالشبكة الجيوديزية وقياس الارتفاع؛
- استيفاء وجيبات المحافظة العقارية وباقي الوجيبات الأخرى المتعلقة بخدمات المسح العقاري والخرائطية؛

- التبادل الإلكتروني للمعطيات والوثائق مع الإدارات والمهنيين والهيئات المعنية بعمليات التحفيظ العقاري والمسح العقاري والخرائطية؛
- حفظ الربائد والوثائق العقارية، ووضع المعلومات المضمنة بها رهن إشارة المهنيين والمعنيين بها بناء على طلبهم، حسب الحالة وفق المساطر والشروط المقررة من قبل إدارة الوكالة.

ب- وسائل التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها:

لتفعيل التدبير الإلكتروني لعمليات التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها، نص المشرع في المرسوم المنظم لهذه العمليات، في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة على إحداث منصة

إلكترونية خاصة، يتم من خلالها إنجاز الإجراءات وتقديم الخدمات المرتبطة بهذه العمليات، والعمل على تدبيرها واستغلالها وتأمينها وصيانتها وتطويرها، وقد قامت الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بإحداث هذه المنصة وإحداث تطبيق خاص للمتابعة هذه الطلبات من داخل مصالح الوكالة أطلق عليه "BACK OFFICE"، وتفعيل مجموعة من الخدمات بها، كما نصت على ذلك المادة الخامسة من نفس المرسوم، والتي نظمت كيفية تقديم الطلبات وشروطها وآجالها، حيث نصت في الفقرة الأولى من هذه المادة على أن تحدث بهذه المنصة جميع نماذج الطلبات التي يمكن ملئها وتحميلها، والمحددة من طرف إدارة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، وعلى سبيل المثال ما جاء في المادة 11 و 27 من نفس المرسوم وهي :

- طلب إيداع مطلب التحفيظ؛
 - طلب إيداع أو تقييد السندات والوثائق بالسجلات العقارية؛
 - طلب التعرض أو رفع اليد؛
 - طلب استئناغ عملية التحديد؛
 - طلب انجاز التحديد التكميلي أو استئنافه؛
 - طلب الحصول على نسخة من التصميم العقاري أو جدول المساحة؛
- ويسلم للمتعامل مع هذه الخدمة وصل يتضمن تاريخ وتوقيت تقديم الطلب إلى مصالح الوكالة، ويتم احتساب الأجل القانوني المتعلق بالطلبات المقدمة، تاريخ تقديم الطلب عبر المنصة خلال أوقات العمل النظامية، وفي حالة تقديمه خارج هذه الأوقات، يسري الأجل المذكور من بداية التوقيت الإداري لنفس اليوم أو يوم العمل الموالي، حسب الحالة، ويجب أن تكون هذه الطلبات المقدمة بالمنصة مستوفية للشروط والآجال المحددة في القانون، كما تتيح هذه المنصة حفظ البيانات والوثائق واستكمال إجراءات تقديم الطلب أو تغييره في وقت لاحق، مع مراعاة الآجال والشروط القانونية، غير أنه في الحالات التي تستوجب الإدلاء بالوثائق المطلوبة على حامل ورقي، وجب لاستكمال الاجراءات بعد المرحلة الالكترونية، وتتمتع الإجراءات والأداءات والإشعارات والرسوم العقارية والسجلات والتصاميم والخرائط وغيرها من الوثائق المسلمة عبر المنصة الإلكترونية، بنفس القيمة القانونية التي تحضى بها تلك المنجزة على دعامة ورقية، وفق التشريع الجاري به العمل.

ولتيسير عمل المهنيين مع الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، نصت المادة 31 من نفس المرسوم على أنه يحدث على المنصة الإلكترونية فضاء خاص بالمهنيين المتدخلين في عمليات التحفيظ العقاري والمسح العقاري والخرائطية، قصد تمكينهم من التبادل الإلكتروني للوثائق والمعلومات مع مصالح الوكالة، ويجب على المهنيين المعنيين توقيع التزام يتضمن الشروط الأساسية للولوج إلى الفضاء الخاص بهم، ولاسيما الالتزام بالاستعمال الشخصي للحساب وضمن سرية المعلومات المحصلة من قبلهم، وكذا استعمال هذه

المعلومات لأغراض مهنية صرفة، حيث تعمل الوكالة على تأسيس حساب خاص بالمهني المعني ببناء على طلبه، وتضع رهن إشارته اسم المستعمل وكلمة المرور الخاصة به، على أن يتحمل مسؤوليته الشخصية عن ذلك، وتحدد بقرار لمدير الوكالة فئات المهنيين المعنيين بالإجراءات والخدمات المرتبطة بعمليات التحفيظ العقاري والمسح العقاري والخرائطية المتاحة عبر المنصة، من محامين وموثقين وعدول ومهندسين مساحين... .

أما بالنسبة للوجيبيات فتؤدي بكافة وسائل الأداء الإلكتروني المعتمدة من قبل الوكالة والمحددة بقرار لمديرها، وذلك في حساب أو حسابات خاصة مفتوحة لهذا الغرض، حسب المادة 36 من نفس المرسوم، كما أتاح كذلك المشرع من خلال نفس المرسوم بموجب المادة 27 إحداث خدمة خاصة بالإطلاع على دليل القيم التجارية للعقارات، قصد تمكين المتعاملين من معرفة القيم التجارية المطبقة على العقارات حسب المناطق.

ثانيا : خدمة تتبع التقييدات والإيداعات المضمنة بالسجلات العقارية - محافظتي-

نصت الفقرة الثانية من المادة 23 من مرسوم 10 ديسمبر 2018 ، بتحديد شروط وكيفيات التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها، " على أنه يمكن للأشخاص المقيدون بالسجلات العقارية تتبع التقييدات والإيداعات التي ترد على الرسوم العقارية أو مطالب التحفيظ، الخاصة بهم بطريقة إلكترونية"

وهكذا يمكن للمالكين معرفة جميع التصرفات التي قد تلحق بعقاراتهم، سواء كانت هذه العقارات في طور التحفيظ أو كانت محفظة، انسجاما مع توفير عنصر الإخبار والإعلام، حتى يستطيع طالب التحفيظ، أو المالك المقيد بالرسم العقاري، تتبع وضعية عقاره عن بعد، وذلك بعد الانخراط بهذه الخدمة¹.

غير أن خدمة الإشعارات التلقائية التي تقوم بها الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، مازالت لم تفعل بالنسبة لمطالب التحفيظ، واقتصرت هذه الخدمة على الرسوم العقارية، حيث أطلقت هذه الأخيرة هذه الخدمة تحت إسم "محافظتي"، والتي دخلت حيز التطبيق بشكل استعجالي، حتى قبل صدور المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري، الذي كرس هذه الخدمة في المادة 23 منه كما أشرنا أعلاه .

ويرجع سبب التفعيل الاستعجالي لهذه الخدمة، لدورها الفعال في محاربة ظاهرة الاستيلاء على أملاك الغير، وما يترتب عن هذه الظاهرة من آثار وخيمة على حق الملكية العقارية بصفة عامة وعلى الأملاك

¹ تنص الفقرة الثانية من مرسوم 10 ديسمبر 2018 ، بتحديد شروط وكيفيات التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها على ما يلي " ومن أجل إشعار المعني بالأمر بالتقييدات والإيداعات، يتعين عليه الانخراط في الخدمة المذكورة عبر المنصة الإلكترونية أو الإدلاء برقم هاتفه المحمول وعنوان بريده الإلكتروني عند الاقتضاء، بمناسبة قيامه بأي إجراء لدى مصالح الوكالة".

المحافظة بصفة خاصة، فإذا كانت المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، تنص على أن الحقوق المقيدة بالرسم العقاري تكتسب الحجية المطلقة في مواجهة المقيد حسن النية، بعد مرور أربع سنوات من تاريخ تقييدها، خصوصاً وأن هذه التقييدات المدرجة بالرسم العقاري والتي آلت للمقيد حسن النية من عمليات تدليس أو تزوير، لو علم بها المالك المقيد بالرسم العقاري داخل أجل أربع سنوات لما اكتسبت الحجية المطلقة، حيث كان سيقوم بالتشطيب عليها بموجب أمر استعجالي، لعدم صحتها ولمدخلها غير الشرعي، تطبيقاً لمقتضيات المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، الأمر الذي يجعل خدمة محافظتي التي تقوم بإشعار المالك المقيد بالرسم العقاري بكل تصرف وقع برسمه العقاري، ذا أهمية قصوى في حماية حقه العقاري من كل مساس به.

وترجع أولى دوافع التفكير في هذه الخدمة، إلى الرسالة الملكية التي وجهها الجنب الشريف إلى وزير العدل بتاريخ 30 دجنبر 2016 بشأن التصدي الفوري والحازم لظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، حيث تم تأسيس لجنة خاصة لرصد مظاهر هذه الظاهرة وإقرار حلول لها، وتبعاً لذلك جاء في الكلمة الافتتاحية لوزير العدل بمناسبة اجتماع هذه اللجنة بالرباط بتاريخ 5 مايو 2017، "ضرورة إنجاز إشهار رقمي من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية لكافة الرسوم العقارية، تتيح للملاك تتبع وضعية عقاراتهم من خلال الاطلاع على البيانات المسجلة بالرسوم العقارية التي تعنيهم عبر البوابة الإلكترونية دون تحمل عناء التنقل إلى المحافظة العقارية".

وتبعاً لذلك توالى مذكرات¹ المدير العام والمحافظ العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية، والتي أكدت على إلزامية المحافظين على الأملاك العقارية ومستخدمي المصالح الخارجية للمحافظة العقارية بتحسين الملاك بأهمية الانخراط بهذه الخدمة، والحرص على تتبعها، فبدأت هذه الخدمة بتخصيص شبكات خدمة محافظتي بالمصالح الخارجية للمحافظة العقارية، لتلقي طلبات الانخراط بعد التحقق من هوية طالبي الخدمة، وبعثها للمصالح المركزية للوكالة لتفعيل هذه الخدمة، كما كانت خدمة مجانية لمدة محددة على أساس جعلها خدمة مؤدى عنها في المستقبل، لكن ضعف الانخراط بهذه الخدمة، دفع بهذه الوكالة إلى جعلها خدمة مجانية، والانخراط فيها بدون طلب، بل جعلت الانخراط فيها تلقائياً بمناسبة قدوم المالك المقيد بالرسم العقاري إلى المحافظة العقارية، بغض النظر عن سبب قدومه، وكذا إلزام المهنيين المكلفين بتوثيق العقود على تضمين هذه العقود رقم الهاتف والبريد الإلكتروني إذا تعلق الأمر بتصرفات

¹ المذكرة عدد 9156 بتاريخ 21/07/2017.
المذكرة عدد 309 بتاريخ 07/01/2019.
المذكرة عدد 2019/06.

منصبه على هذه العقارات لتسهيل انخراط المستفيدين في هذه الخدمة¹، حتى يتم تعميم هذه الخدمة على جميع الملاك المقيد بالرسوم العقارية، كما رافق هذه الخدمة إشهار ورقي سمعي بصري واسع.

ثالثا : خدمة الإشهار العقاري

في إطار التوجه المعلوماتي للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بهدف تقريب الخدمات إلى المواطن وتسهيل الولوج إلى المعلومة وتيسير عنصر العلم لدى المالكين حماية لأملهم، عملت هذه الأخيرة على إحداث خدمة إلكترونية سميت بخدمة الإشهار العقاري، حيث تمكن هذه الخدمة من الإطلاع على خلاصات مطالب التحفيظ والخلاصات الإصلاحية والإعلانات بانتهاء التحديد وتسليم نظائر جديدة للرسوم العقارية والشهادات الخاصة وتغيير تسمية العقارات المحفظة وكذا الإعلانات المتعلقة بمساطر التحفيظ الخاصة المنشورة في الجريدة الرسمية والتي لا زالت الأجل المتعلقة بها جارية، وذلك عبر منصة إلكترونية² تم اعتمادها من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية.

وفي هذا الصدد صدرت مذكرة للمحافظ العام³، في شأن خدمة الإشهار العقاري بالبوابة الإلكترونية للوكالة، حيث حثت المحافظين على الأملاك العقارية على تحيين قواعد البيانات بمطالب التحفيظ والرسوم العقارية، حتى تؤخذ بعين الاعتبار من أجل برمجتها للنشر، هذا النشر سيواكبه نشر مصاحب بالمنصة الإلكترونية للوكالة، حيث يمكن لكل شخص تتبع جميع العمليات اللاحقة لمطلب تحفيظه، وكذا اللاحقة لتأسيس رسمه العقاري، بما في ذلك الإعلانات المنشورة في الجريدة الرسمية، حتى يكون على دراية بوضعية عقاره، والإجراء المتخذة بخصوصه.

وقد تكرست هذه الخدمة قانونا بموجب إصدار المرسوم المتعلق بالتبادل الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري، والذي نص في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة منه على إحداث منصة إلكترونية خاصة، يتم من خلالها إنجاز الإجراءات وتقديم الخدمات المرتبطة بالعمليات الواردة في المادة الثانية منه، كما تم التنصيص في المادة 18 من نفس المرسوم ، على أنه " يتم عبر المنصة الإلكترونية إشهار جميع الإعلانات المتعلقة بالتحفيظ العقاري المنشورة في الجريدة الرسمية، والتي لا تزال الأجل المتعلقة بها سارية المفعول، كما نصت كذلك المادة 19 من نفس المرسوم على أنه " يمكن الاطلاع على الإعلانات المذكورة في المادة

¹ المادة 24 من المرسوم المتعلق بالتدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها، تنص على "يتعين على المهنيين بمناسبة القيام بالإجراءات القانونية والتقنية المتعلقة بطلبات الإيداع أو التقييد بالسجلات العقارية، تضمين الطلبات المذكورة أو السندات المرفقة بها، رقم الهاتف المحمول وعنوان البريد الإلكتروني للمعنيين بالأمر عند الاقتضاء، بهدف تمكينهم من تتبع التقييدات والإيداعات التي ترد على الرسوم العقارية أو مطالب التحفيظ، الخاصة بهم.

يتعين على المعنيين بالأمر إشعار مصالح الوكالة بأي تغيير في رقم هاتفهم المحمول أو عنوان بريدهم الإلكتروني".

² www.ancfcc.gov.ma

³ مذكرة المحافظ العام عدد 7279 مؤرخة في 2017/06/08.

السابقة عبر المنصة الإلكترونية، من خلال اختيار المحافظة العقارية الواقع بدائرة نفوذها العقار المعني والولوج إلى باقي الاختيارات المتاحة، عند الاقتضاء.

وفي نهاية هذا المقال، يظهر باللموس الدور الريادي الذي تلعبه الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية في المنظومة المعلوماتية التي انفتحت عليها بلادنا تماشياً مع التطور الحاصل الذي فرضته هذه الأنظمة، واستغلالها لتجويد خدمات المرفق العام عموماً، والحد من ظاهرة الاستيلاء على الأملاك العقارية خصوصاً، غير أن التحدي الذي يبقى أمام الإدارة للتحكم في هذه الخدمات، هو ضرورة العمل على تكوين العنصر البشري الذي يبقى دوره مهما لحسن التعامل مع هذه الأنظمة من جهة أولى، ومن جهة ثانية مواكبة هذه الأنظمة بأنظمة معلوماتية لحمايتها من القرصنة والتشويش عليها، ومن جهة ثالثة تكثيف الحملات الإعلامية على كافة المواطنين بمزايا هذه الخدمات المعلوماتية، حتى يكونوا على دراية بها.

تبني الوسائل البديلة للوقاية من جرائم التسيير في الشركات التجارية

عبدالله الشملي

دكتور في القانون الخاص

تقديم

كان من أثر التطورات الحديثة في مجال التأطير الفكري للقانون الجنائي المعاصر ظهور اتجاهات مختلفة الرؤى في سبل الحد من ظاهرة ما بات يعرف "باستعمار القانون الجنائي" وهي الظاهرة التي عرفتها معظم التشريعات الحديثة بعد أن تضخمت مادتها الجنائية الى الحد استشعرت معه هذه التشريعات مدى قسوة القانون الجنائي، لهذا لم تكن شركات الاموال بمنأى عن هذا التطور، فالسعي إلى تحقيق نوع من التوازن بين الائتمان و السرعة من جهة، و اطمئنان التجار و المقاولين للمشاركة في النماء و استثمار خيرات البلاد بأخلاقية و مسؤولية، دفع التشريعات الى العودة لتبني سياسة اللاتجريم.

ولا ينبغي أن يفهم من هذه السياسة رفع تجريم الفعل أو الحد من العقوبات ، بل يقصد به اعتبار القانون الجنائي الوسيلة الوحيدة لتوفير الحماية اللازمة لمختلف المصالح المتضاربة داخل شركات الاموال ، و التي لا يتم اللجوء إليها إلا عند عجز الحلول الأخرى.

فإذا كان المشرع اللاتيني و الانجلوساكسوني قد سعي الى تجاوز عيوب القانون القديم، و ذلك بتوسيع حالات مساءلة المسير جنائيا بدء بمرحلة التأسيس، مرورا عبر مرحلة التسيير ، وصولا إلى مرحلة الحل و التصفية، وذلك لأجل خلق نوع من الانسجام بين الطابع الأمر لقواعدها و حتمية استمرارها لأجل حماية الغير حسن النية، فإن هذا التوجه سرعان ما أثبت محدودية كعامل أساسي أمام عدم تحفيز الاستثمارات.

ومن هذا المنطلق حاولت هذه التشريعات العمل على إيجاد و سائل بديلة من شأنها تكريس الدور الحقيقي لشركات الأموال خاصة بعد الفضائح المالية الكبرى التي عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية و أوروبا ، حيث سعت إلى إيجاد حلول بديلة لهذه الوضعية، فاهتدت إلى أن الحل يكمن في بعض الآليات الرقابية مع إضفاء الطابع الأخلاقي عليها و بعض الصرامة في التطبيق و ذلك ضمن إطار عام يعرف بمبادئ "حوكمة الشركات" ، ففرضت إعادة النظر في أليات عمل أجهزة التسيير خاصة مجلس الإدارة (المطلب الاول) و كذلك الإهتمام باليات الرقابة القبلية التي من شأنها تجنيب الشركات من الوقوع في الأزمات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحسين دور مجلس الإدارة

لا يخفى على أحد أن أنظمة تسيير شركات المساهمة تختلف بحسب أنماط التسيير، و التي تختلف بدورها بحسب النشاط المراد ممارسته، لكن المشرع جعل هياكل التسيير لا تخرج عن مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية و مجلس الرقابة فعل الرغم من تدخل المشرع في هذا الاطار لدرجة وصف الشركة بالنظام بدل العقد، فإن واقع أجهزة التسيير يبقى مطبوعا بالتدخل و عدم الوضوح، لذلك نادى مبادئ الحوكمة إلى ضرورة وضع الحدود بين إختصاصات كل هذه الهياكل من خلال فرز الأدوار و المسؤوليات و أساليب المساءلة في الشركات ، و من أهم ما جاءت به هو ضرورة إصلاح مجلس الإدارة من خلال مبدأ توزيع السلط (الفقرة الأولى) و كذلك الإعلان عن المكافآت و المنح ليعلمها الجميع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مبدأ توزيع السلط

نادت مبادئ الحوكمة إلى ضرورة إقامة تفرقة بين الوظائف المنوطة برئيس مجلس الإدارة و بالمدير العام و تحديد مسؤوليتهم، حيث اجريت ببعض الدول دراسات¹ تبين من خلالها ميول أصحاب الشركات لشغل منصب رئيس مجلس الإدارة و مدير الشركة في الوقت ذاته، الأمر الذي يدفع إلى التساؤل حول إمكانية المساءلة و الرقابة على شخص يشرف على نفسه بنفسه، و هو ما يشبه على حد تعبير البعض بنوع من الرقابة الذاتية يلتقي فيها الخصم و الحكم في الشخص الواحد، و تتم هذه الرقابة تحت مظلة الأغلبية المسيرة القادرة على الضغط للتأثير، حيث يتحول من محاسبة حقيقية إلى مجرد مجاملة يتم من خلالها التصويت بالمصادقة و التزكية في جميع الأحوال، مما دفع البعض² إلى إقتراح أن تسند مهام المدير لرئيس مجلس الإدارة، وهو الأمر الذي لم يلق استحسانا لدى مختلف الفاعلين باعتباره يتضمن ضربا لمبدأ الاستقلالية الذي يجب أن يطبع عمل أجهزة التسيير و الإدارة.

و لتجاوز هذا التضارب بين مؤيد لفكرة توزيع السلط داخل شركات المساهمة ، نادى اتجاه في الدول الانجلوساكسونية³ بضرورة تعيين ما اصطلح عليه بالمسيرين المستقلين لأن تعيين أو انتخاب شخص من هذه الفئة من شأنه ضمان تأليف المجلس من أفراد سيمارسون الحكم و التسيير بفعالية أفضل للشركة دون موالاة و لا محاباة لأية فئة من المساهمين أو بقية أجهزة التسيير الموازية ، لأنهم بعيدون عن تضارب المصالح، كما أنهم يجلبون معهم رؤية موضوعية و غير منحازة في مناقشة القرارات المصيرية للشركة، و الذي من شأنه وضع حد لكل تلاعب بذمة الشركة التي ستصبح خاضعة لرقابة مستمرة من طرف أجهزة مستقلة.

¹ دراسة اعدت من طرف المنتدى العالمي لحوكمة الشركات، تشجيع حوكمة الشركات في الشرق الأوسط و شمال افريقيا: تجارب و حلول، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى فبراير 2011، ص 62

² فاطمة السحاسح، القضاء التجاري المغربي و دعوي الشركات ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة قانون التجارة و الأعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية السويسي، السنة الجامعية 2008/2009، ص 225 .

³ محمد على سويلم، حوكمة الشركات في الانظمة العربية و المقارنة بين التنظيم و المسؤولية التأديبية و المدنية و الجنائية و الجنائية، دار النهضة العربية ، القاهرة الطبعة الأولى 2010، ص 211.

كما أنه لتعزيز دور المسير المستقل خولت له إمكانية تشكيل لجان لها مهمة إعداد تقارير تتعلق بمواضيع الإستثمار و الاجور و المكافآت و غيرها ، وهو مايشكل ضمانة أكثر فعالية للحفاظ على المال المشترك و تنميته بما تخوله من تقريب المساهم في الجانب المالي و المحاسبي لتسيير.

الفقرة الثانية : الإعلان عن المكافآت و المنح

يعتبر من تطبيقات مبادئ حوكمة الشركات قيام مجلس الإدارة ببيان سياسة المكافآت و المرتبات التي تعطى لأعضاء هذا المجلس مع كبار الموظفين، ثم بيان السياسة العامة المتبناة في هذا الشأن و الأسس التي تمنح على أساسها و علاقتها بالأداء و المردودية ، و بصفة عامة فإن هذه السياسة تميل نحو وضع شروط لدفع مكافآت لأعضاء مجلس الإدارة عند قيامهم بمجموعة من الأعمال تخرج عن نطاق عمل المجلس كتقديم الاستشارات¹ على سبيل المثال.

وبالرجوع إلى نصوص قانون شركات المساهمة المغربي نجد أن المشرع قد نظم المكافآت و الأجور في المادتين 56 و 67، وأسند مهمة تحديدها و احتسابها و أدائها لمجلس الإدارة، و لا يخفى مالهذا التصرف من خطورة و انعكاسات سلبية على الشركة ، حيث قد يلجأ إلى صرف مكافآت ضخمة لمسيرين سبق أن اختلسوا أموالها مقابل إعفائهم ، و ذلك في مقابل عدم إفشائهم للأسرار التي اطلعوا عليها عندما كانوا يسرونها.

و لمواجهة هذه التصرفات لابد من نشر هذه المكافآت و الاجور في التقرير السنوي لشركة حتى يكون المساهمون على بينة بالميزانية التي تصرف على تدبير و تسيير الشركة، زد على ذلك أنها من الممارسات الجيدة في هذا الباب أن تسند للجنة خاصة مكونة من أعضاء مستقلين مهمة تتبع و إعداد التقارير حول المكافآت الممنوحة لأعضاء مجلس الإدارة و لكبار الموظفين.

و عليه فلأمر هنا لا يتوقف عند مجرد تبني هذه المبادئ المذكورة، و إنما من الضروري أقلمتها مع الواقع المغربي و تطوير بعض الوسائل الرقابية المخولة لشركاء لممارسة رقابة فعالة على تصرفات المسيرين ، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام بالإعلام وممارسة حق التصويت.

المطلب الثاني : آليات الوقاية التشريعية من جرائم التسيير

إذا كانت مبادئ حوكمة الشركات تفرض دون أدنى شك تنظيماً دقيقاً لهذه الأخيرة يسعف في الكشف عن الخروقات المرتكبة، فإن المشرع المغربي خالف هذا التوجه حتى في أبسط الجزئيات، ولا يشفع له في نهجه هذا القول إن الأنظمة الأساسية يمكنها سد هذا النقص الذي يعاني منه قانون شركات المساهمة، فالأمر

¹محمد على سويلم، مرجع سابق، ص289.

يتعلق بنظام قانوني تحكمه قواعد أمر، ومن شأن ترك مجال للإرادة فيه تشكيل خطر محتمل إذا ما أوكلت مهمة تطبيقه لأشخاص من ذوي المصالح و الأطماع الشخصية كما هو شأن بعض المسيرين.

لهذا أولى المشرع المغربي أهمية لوسائل الرقابة خاصة المخولة للمساهمين ،حيث يتمتعون بمجموعة من الحقوق تمكنهم من ممارسة رقابة فعالة على تصرفات المسيرين، و من أهم تلك الحقوق الحق في الإعلام (الفقرة الأولى)، و كذلك الحق في التصويت (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الرقابة عن طريق ممارسة الحق في الإعلام

يعتبر الحق في الإعلام أبرز الحقوق التي يتمتع بها الشركاء، إذ يمكنهم من الإطلاع على الوضعية الحقيقية للشركة و المشاركة بشكل فعال في إتخاذ القرارات داخل الجموع العامة، ولذلك عمدت مختلف التشريعات الحديثة بما فيها المشرع المغربي إلى تكريسه و حمايته، بحيث أصبح هذا الحق من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تقييده أو إلغاؤه¹.

فقد كرس المشرع المغربي حق المساهمين في الإعلام من خلال مجموعة من الوثائق التي يجب إرسالها للمساهمين أو وضعها رهن إشارتهم بمقر الشركة، بالإضافة إلى حقهم في توجيه أسئلة إلى المسيرين.

فبالنسبة لشركات المساهمة يمكن للمساهمين الإطلاع بمقر الشركة قبل انعقاد الجموع العامة على مجموعة من الوثائق تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بالجموع العامة السنوية أو غيرها من الجموع العادية و غير العادية، فالجموع العامة السنوية يعهد إليها بالأساس بمهمة المصادقة على حسابات الشركة و موازنتها، حيث يحق لكل مساهم ابتداء من تاريخ دعوتها للإنعقاد على الأقل خلال الخمسة عشر يوما السابقة لتاريخ الاجتماع الإطلاع بنفسه في مقر الاجتماعي للشركة على الوثائق المنصوص عليها في المادة 141 من قانون 17/95 منها جدول الأعمال الجمعية و قائمة المتصرفين في مجلس الإدارة و أعضاء مجلس الإدارة الجماعية و مجلس الرقابة و كذلك الجرد و القوائم التركيبية للسنة المالية، بالإضافة تقرير التسيير و تقرير مراقب الحسابات و مشروع تخصيص النتائج.

ولم يجعل المشرع المغربي حق الإطلاع مؤقتا أو ظرفيا ، و إنما نصت المادة 146 من قانون 17/95 على حق المساهمين في الإطلاع على الوثائق السالفة الذكر المتعلقة بالسنوات الثلاثة الأخيرة و ذلك في أي وقت من السنة .

أما بالنسبة للجموع العامة غير السنوية سواء كانت عادية أم غير عادية، فإنه يحق لكل مساهم طبقا للمادة 141 السالفة الذكر الإطلاع بعد استدعائه لحضورها خلال نفس الأجل و في عين المكان على نص

¹ الحسين أمانر، التعسف في استعمال حق التصويت داخل الجموع العامة لشركات المساهمة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية الحقوق مراكش 2000/2001ص39

مشاريع القرارات و تقرير مجلس الإدارة و مجلس الغدارة الجماعية، و عند الاقتضاء على تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات.

إذن فالمسيرين ملزمين بوضع تلك الوثائق رهن إشارة المساهمين بقصد الإطلاع عليها بأنفسهم أو بواسطة وكيل مفوض تفويضا قانونيا للقيام بذلك، و يمكنهم الاستعانة في ذلك بمستشار و كذلك الحصول على نسخة منها ما عدا فيما يخص الجرد، و ضمانا لحقهم هذا فإن المشرع سمح لكل مساهم يواجه بالرفض باللجوء إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة قصد إصدار أمر بذلك تحت طائلة غرامة تهديدية.

لقد خص المشرع تقرير مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية الذي يعطي نظرة شاملة عن الوضعية المالية للشركة، بأحكام خاصة إذ استلزم أن يتضمن كل عناصر المعلومات ذات الفائدة بالنسبة للمساهمين، و ذلك حتى يتسنى لهم تقييم نشاط الشركة خلال السنة المالية المنصرمة و العمليات المنجزة و الصعوبات التي اعترضتها و النتائج التي حصلت عليها. و الوضعية المالية للشركة و أفاقها.

كما أن المشرع المغربي تشدد فيما يتعلق بحق الإطلاع بالنسبة لشركات المساهمة التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب و ذلك من خلال المواد 165 و ما بعدها من قانون 17/95.

وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة، فإن المادة 70 من قانون 5/96 المنظم لها أوجب وضع الجرد بالمقر الاجتماعي رهن إشارة الشركاء قبل انعقاد الجمعية العامة بخمسة عشر يوما على الأقل دون أن يكون لهم الحق في أخذ نسخة منه ، علاوة على ذلك يمكن للشريك في أي وقت من السنة ان يطلع بالنسبة للسنوات المحاسبية الثلاث الأخيرة على دفاتر الجرد و القوائم التركيبية و تقرير المسير، وإن اقتضى الحال على تقرير مراقب أو مراقبي الحسابات و محاضر الجمعيات العامة،و يمكن للشركاء الاستعانة بمستشار أثناء ممارسة حق الاطلاع هذا، كما يمكنهم الحصول على نسخة ماعدا فيما يخص الجرد.

أما فيما يخص الوثائق التي يجب إرسالها إلى المساهمين، فالمادة 140 من قانون 17/95 نصت على إمكانية تعويض حق الاطلاع الذي يسبق انعقاد الجمعية العامة للمساهمين، بإرسال الوثائق المذكورة في المادة 141 السالفة الذكر الى المساهمين أو وكلائهم الذين يثبتون وكالتهم، بل إن المشرع سمح للنظام الأساسي لشركات المساهمة بالنص صراحة على أن ترسل تلقائيا في نفس الوقت مع إرسال الدعوة و على حساب الشركة كل الوثائق الواجب وضعها رهن إشارة المساهمين بمقر الشركة، باستثناء الجرد إلى المساهمين اسميا للعنوان الذي يقدمونه و كذلك للمساهمين أصحاب الأسهم لحاملها الذين يطلبون ذلك شريطة إثباتهم لصفحتهم.

كما أن المشرع أعطى للمساهمين الحق في توجيه أسئلة للمديرين الذين يتعين عليهم الإجابة ، فبفضل هذه الوسيلة يتمكن المساهم من مراقبة بعض عمليات التسيير و الوقاية من بعض الخروقات التي يمكن أن يرتكبها المديرون.

إذن فالمشرع المغربي اعتمد على آليات لتكريس حق المساهم في الإعلام وجعله يساير و يراقب المديرين و بالتالي المساهمة الفعالة في مستقبل الشركة ، ولتفعيل هذه آليات أحاطها المشرع المغربي بنوع من الحماية من خلال جزاءات جنائية¹.

الفقرة الثانية: الرقابة عن طريق ممارسة حق التصويت

يعتبر التصويت من أهم الحقوق التي يتمتع بها الشركاء، باعتباره و سيلتهم للمساهمة في تسيير شؤون الشركة و اتخاذ القرارات الملائمة لتحقيق الأهداف التي من أجلها أنشأت، وقد عمد المشرع المغربي إلى إخضاع هذا الحق لتنظيم قانوني محكم ومفصل يعتمد على مقتضيات تمنح الشركاء الوسائل الكافية لمراقبة المديرين وضمان التزامهم بالمصلحة الاجتماعية، و من أبرز هذه المقتضيات عرض حسابات الشركة للمصادقة عليها من طرف الشركاء و كذلك بضرورة عرض الاتفاقيات المبرمة بينهم وبين الشركة لموافقة الشركاء.

وعليه فالمصادقة على حسابات الشركة تتجلى فانعقاد الجموع العامة وجوبا مرة في السنة على الأقل و ذلك بقصد الموافقة على الموازنة و القوائم التركيبية السنوية وحساب الأرباح و الخسائر و كيفية توزيع الأرباح، كما أن المشرع المغربي حدد الوقت الذي يتعين فيه عقد الجمعية العامة السنوية، حيث يتعين أن تنعقد على الأقل خلال الأشهر الستة الموالية لاختتام السنة المالية، و لا يمكن تمديد هذا الطلب إلا لسبب مشروع و ذلك بطلب يوجه إلى رئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة ، الذي يملك سلطة الإذن بهذا التمديد و لكن لمرة واحدة و لنفس المدة أي بإضافة أجل ستة أشهر أخرى، و يترتب على عدم عقد الجمعية العامة السنوية في أجلها تطبيق جزاءات جنائية على المديرين بغض النظر عما إذا كان ذلك عن قصد أو نتيجة تقصير أو إهمال.

ويعتبر عرض حسابات الشركة على المساهمين قصد المصادقة عليها آلية فعالة تضمن التزام المديرين بمصلحة الشركة و الابتعاد عن التصرفات التي تخل بها، وذلك ما دام للمساهمين كامل السلطة لاتخاذ قرار بالموافقة على الموازنة والحسابات التركيبية أو تعديلها أو رفضها و بالتالي منح الإبراء للمديرين أو رفض ذلك.

¹ أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات التجارية والمجموعات ذات النفع الاقتصادي الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة، 2003، ص 221 و ما بعدها.

لكن يمكن أن يثار التساؤل هنا حول الحالة التي يعمد فيها الشركاء إلى المصادقة على حسابات الشركة و منح الإبراء للمسيرين بالرغم مما ارتكبه من مخالفات و تصرفات غير مشروعة ، و ما إذا كان من شأن ذلك إبراء ذمتهم، الجواب هنا حدده المشرع المغربي صراحة في نص المادة 354 من قانون 17/95 و المادة 67 من قانون 5/96 على أنه لا يمكن أن يترتب على أي قرار للجمعية العامة للشركاء سقوط دعوى المسؤولية ضد المسيرين لخطأ ارتكبه أثناء ممارسة مهامهم.

أما فيما يخص المصادقة على الاتفاقات المبرمة بين الشركة و أحد مسيريها، فنجد أنه تتعارض مصلحة الشركاء في بعض العقود بأن يتعاقد لحسابه الخاص مع الشركة أو تكون له مصلحة في مشروع له علاقة أعمال مع الشركة ، و خشية من تغليب المسير لمصلحته الشخصية على مصلحة الشركة و ضمانا لسلامة الإدارة ، ومنعها للمسيرين من استغلال مناصبهم للحصول لأنفسهم على مزايا مالية غير مشروعة ، قامت معظم التشريعات بمنع بعض الاتفاقيات بين الشركة و مسيرها، و المشرع المغربي سلك نفس المنحى حيث قام بتنظيم مراقبة الاتفاقيات التي يبرمها أحد المسيرين مع الشركة التي يسيرها و ذلك حماية للشركة من استغلال المسيرين لمواقعهم قصد الإثراء على حسابها وذلك بإبرام عقود معها تضر بمصالحها.

لهذا فالمشرع المغربي اعتمد على مقتضيات قانونية لحماية أموال الشركة من استغلال مسيرها ، فنجد المادة 64 من قانون 5/96 المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة توفر للشركاء آلية فعالة للوقاية من التعسف في استعمال أموال الشركة الذي يمكن أن يرتكبه المسيرين ، إذ تنص على أنه : إذا لم يوجد مراقب للحسابات فإن الاتفاقيات المبرمة من طرف غير شريك تخضع للموافقة المسبقة من طرف الجمعية العامة» و عليه فهذا المقتضى يمكن الشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة من أن يلعبوا دورا وقائيا يحمي الشركة من أي اتفاق يبرم مباشرة أو عن طريق شخص وسيط بين الشركة و أحد مسيرها و يتضمن اغتناء لهؤلاء على حساب الشركة. أما شركات المساهمة فيشترط الإبرام للاتفاقيات المنظمة الترخيص المسبق من طرف مجلس الإدارة¹ أو من طرف مجلس الرقابة².

¹ المادة 56 من قانون 17/95 تنص على أنه : يجب أن يعرض كل اتفاق بين شركة مساهمة وأحد متصرفيها أو مديرها العامين المنتدبين أو أحد المساهمين فيها الذي يملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من خمسة في المائة من رأس المال أو من حقوق التصويت على مجلس الإدارة للتخفيف به مسبقا.

يسري نفس الحكم على الاتفاقات التي يكون أحد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى أعلاه معناها بصورة غير مباشرة أو التي يتعاقد بموجبها مع الشركة عن طريق شخص وسيط.

كما يلزم الحصول على ترخيص مجلس الإدارة مسبقا فيما يخص الاتفاقات المبرمة بين شركة مساهمة ومقولة ، إذا كان أحد المتصرفين أو المديرين العامين أو المديرين المنتدبين في الشركة مالكا لتلك المقولة أو شريكا فيها مسؤولا بصفة غير محدودة أو مسيرا لها أو متصرفا فيها أو مديرا عاما لها أو عضوا في جهاز إدارتها الجماعية أو في مجلس رقابتها.

² المادة 95 من قانون 17/95 تنص على أنه: تخضع للتخفيف المسبق لمجلس الرقابة كل اتفاق أبرم بين الشركة وأحد أعضاء مجلس إدارتها الجماعية أو مجلس الرقابة فيها أو أحد المساهمين فيها الذي يملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة أكثر من خمسة في المائة من رأس المال أو من حقوق التصويت.

ينطبق نفس الأمر على الاتفاقات التي يكون معناها بصورة غير مباشرة أحد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة السابقة أو التي يتعاقد بموجبها مع الشركة عن طريق شخص وسيط.

تخضع الاتفاقات المبرمة بين شركة وإحدى المقاولات لنفس الترخيص إذا كان أحد أعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة في الشركة ، مالكا لتلك المقولة أو شريكا فيها مسؤولا بصفة غير محدودة أو مسيرا لها أو متصرفا فيها أو مديرا عاما لها أو عضوا في جهاز إدارتها الجماعية أو في مجلس الرقابة فيها

خاتمة

خلاصة القول انه لكي نشجع الأشخاص الذين يرغبون في الاكتتاب في هذا النوع من الشركات لابد من ضمانات كافية و في مقدمتها إعلام كاف حول حياة الشركة ، خاصة أن الشركة المعاصرة أصبحت ملزمة بتحقيق إعلام جدي و صادق يضمن حقوق المساهمين و مصالح شركة المساهمة برمتها ، وهذا يتجلى فيما تحدثنا عنه في هذا المقال سواء فيما يخص تحسين دور مجلس الإدارة أو في آليات الوقاية التشريعية من جرائم التسيير ، كما أن هناك آليات أخرى قد تلعب دورا مهما في حماية الشركة وهي خبرة التسيير التي يعهد إليها بفحص عمليات التسيير وكذا ضبط مدى ملاءمتها، و ذلك عبر الإطلاع على وثائق الشركة التي تسهل مأموريتها.

الصلح كاجراء مسطري في المادة الاسرية

خديجة الشباني دكتوراه في القانون الخاص

سهام القشتول دكتوراه في القانون الخاص

كان القضاء منذ القدم ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات غير انه الى جانب هذا الجهاز ظهرت طرق بديلة¹لحل النزاعات التي عرفها البعض بانها" تلك الاليات التي يلجأ اليها الاطراف عوضا عن القضاء العادي عند نشوب خلاف بينهم بغية التوصل الى حل².

فعلا اوضحت هذه الوسائل ضمن ابرز اهتمامات المنظمات الدولية وفي مقدمتها منظمة الامم المتحدة وصندوق النقد الدولي والاتحاد الاوربي والمنظمة العالمية للتجارة مما اسفر عن ميلاد اتفاقيات وتوصيات تنص على اللجوء اكثر الى هذه الوسائل لتخفيف العبء عن القضاء³.

وفي المغرب يشكل الصلح والتحكيم والوساطة أبرز هذه الطرق وبصرف النظر عن كل من التحكيم والوساطة بمفهومهما الحديث والتي تعد ابتداءا غريبا يبقى الصلح أكثر تأصلا.

وحيث كان الصلح وما يزال يشغل بال القضاء وما يعزز وجهة النظر هذه تعدد التقارير التي تعد خير شاهد على تراجع التزام المحاكم في بعض النزاعات مع الأخذ بعين الاعتبار ارادة السلطات العامة في تكريس العدالة التعاقدية⁴.

ويعتبر الصلح من اقدم واعرق الوسائل التي كان يلجأ اليها الافراد لفض النزاعات بينهم بل يمكن اعتباره اقدم من القضاء بحيث كان الناس في ظل عشائريهم وتجمعاتهم يلجؤون الى احد الاشخاص المعروف بحكمته ونزاهته لعرض النزاع عليه وطلب تدخله لإبرام صلح بين الطرفين يحفظ ماء الوجه لهما لا غالب ولا مغلوب⁵.

¹ - عبد الرحيم بحار"المساطر البديلة لتسوية النزاعات التجارية-التحكيم التجاري نموذج-مقال منشور بمجلة القصر عدد 14 سنة 2006 ص48.
²-احمد انوار ناخي"مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء"مقال منشور بالجريدة الالكترونية www.droitcivil.over.com
³ -Mohamed B enjeloun.les modes alternatifs des règlements des conflits ; fonctionnement ; mérites et limites» travaux du colloque organisé par le département de droit privé à la faculté du science juridiques économiques et sociales de Fès ;en collaboration avec le ministère de la justice et l'ordre des avocats de Fès les 4 et 5 avril 2013.publication de l'association de diffusion des données juridiques et judiciaires collection conférence et journées d'études n°2 ;2004 P 5 et s
⁴ - Christine billot «la transaction et le juge» les presses universitaires de la faculté de droit Clermont-Ferrand – éditeur diffusion L. G.D. J2003
⁵ -رشيد تاشفين "الصلح كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات" الندوة الجهوية 11 تحت عنوان الصلح والتحكيم الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الاعلى 2007 ص 188

وقد عرف الصلح في ظل المجتمع الاسلامي كذلك، وأشارت اليه عدة آيات قرآنية وأحاديث نبوية، هكذا نجد القرءان الكريم يدعو الى الصلح بين المسلمين بقوله تعالى "انما المؤمنون اخوة اصلحوا بين اخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون"¹

ومن بين النزاعات التي يجب ان تفعل مؤسسة الصلح خلالها النزاعات الاسرية استجابة لقوله تعالى "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما حكيما"². كما ان الرسول صلى الله عليه وسلم حث عليه في كثير من الاحاديث منها قوله للصحابة رضوان الله عليهم "الا اخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا بلى، قال: اصلاح ذات البين، فان فساد ذات البين الحالقة"³ وهذا ما سارت على منواله نصوص مدونة الاسرة، من خلال ادراجها لمحاولة الصلح الشخصية للمحكمة بين الأزواج المتنازعين مع امكانية استعانتها بالمؤسسات المرصدة لهذه الغاية، من بعث للحكمين او مجلس العائلة او من تراه مؤهلا⁴ بل ذهب الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض ابعد من ذلك على اعتبار الاخلاص بمحاولة الصلح من بين اسباب الطعن بالنقض.

وما تجب الاشارة اليه ان القضاء الاسري يتحمل مسؤولية جسيمة للتطبيق والتفعيل الاجابي لنصوص المدونة التي يندرج الصلح ضمنها، الا انه امام استفحال الاشكالات القانونية التي تعج بها اقسام الاسرة ذات تمظهرات لا اخلاقية منها ارتفاع قضايا انهاء الرابطة الزوجية، بالإضافة الى سلبيات العمل القضائي الاسري مما اكد على ضرورة البحث عن الاليات البديلة لتسوية النزاعات الاسرية.

وعلى ضوء المعطيات السالفة الذكر يمكن ادراج اشكالية الموضوع فيما يلي، الى اي حد يمكن الحديث عن نجاعة الصلح الاسري كغاية تهدف الى لم شتات الاسرة؟ ما مدى فعالية دور كل من المحكمين ومجلس العائلة في النهوض بهذه المؤسسة وتحقيق اهدافها المنشودة؟

هذه الاشكالات وغيرها سنجيب عنها من خلال تقسيم الموضوع الى محورين اساسيين

المحور الاول: الصلح اثناء قيام الرابطة الزوجية وعند انحلالها

المحور الثاني: اليات تطبيق مسطرة الصلح ودور القضاء في تفعيلها

المحور الاول: الصلح اثناء قيام الرابطة الزوجية وعند انحلالها

¹سورة الحجرات الاية 10.

²سورة النساء الاية 35.

• رواه ابو داود، في باب اصلاح ذات البين ص 208، ³

⁴المادة 82 من مدونة الاسرة

ان اول المنازعات البشرية وأحقها بالصلح هي النزاعات الاسرية إذ ان خضوعها للمساطر الخصامية العادية لا يزيدا الا تسويفا وتعقيدا لذا يتوجب اعطاء الاولوية والاسبقية للصلح، وغيره من الوسائل البديلة وابعادها عن الجلسات العلنية.

فالمشرع المغربي لم يجعل الصلح قاعدة عامة في العمل القضائي ينفذها كل متقاضي ارتأى عرض نزاعه على المحكمة.

غير انه أقره بل اوجبه في بعض المجالات وليس كلها نظرا لطبها الانساني، هذا بالإضافة الى النزاعات الاسرية موضوع هذا المحور الذي سنعالجه في نقطتين اساسيتين.

اولا: مسطرة الصلح اثناء قيام الرابطة الزوجية

تعد مسطرة الصلح في كل من الشقاق(أ) والتعدد (ب) شيئا مستحدثا في تاريخ التشريع المغربي الاسري اذ لم يسبق للمشرع ان نص عليها وهذا راجع الى وعيه بضرورة صيانة اوامر المودة والانسجام داخل الاسرة.

أ- مسطرة الصلح في التعدد

وان كان التعدد مقيد بصفة نسبية في ظل مدونة الاحوال الشخصية الملغاة الا انه لم يكن مقيدا باجراء الصلح، وهذا ما سعت اليه مدونة الاسرة، التي تؤكد على ضرورة:

- حضور الزوج الى جانب الزوجة في غرفة المشورة للاستماع اليهما قصد محاولة التوفيق بينهما.
- محاولة اقناع الزوج بالعدول عن طلب الاذن بالتعدد او باقناع الزوجة بالرضوخ الى طلب زوجها.
- وجود مبرر موضوعي يخول له هذا الحق.

ويبقى التساؤل مطروحا حول امكانية لجوء القاضي الى مقتضيات المادة 82 من مدونة الاسرة؟ كما يجب التعامل مع مقتضيات الفصل 44 من نفس القانون بنوع من المرونة، فالمحكمة يمكنها اللجوء الى وسيلة مناسبة لحل الخلاف،

ب-مسطرة الصلح للشقاق¹

تعد مسطرة الشقاق من مستجدات مدونة الاسرة، والمحكمة ملزمة بان تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين في حالة عرض النزاع عليها مستعينة بجميع الصلاحيات التي تخولها لها المادة 82 من مدونة الاسرة².

¹ الشقاق: هو كل خلاف بين الزوجين قد يؤدي الى تاجيح العلاقة الزوجية مما يجعلها تحت تهديد الانهيار
² وهذا ما تؤكد عليه المادة 94 من مدونة الاسرة

بحيث يمكنها انتداب حكمين وكل من تراه مؤهلا للقيام بمهمة الصلح او انشاء مجلس العائلة، متى تبين لها ان في ذلك امل لإرجاع الوضعية الى ما كانت عليه وفي هذا الصدد صدر حكم عن ابتدائية الرباط (قسم قضاء الاسرة).... وحيث اجريت مسطرة الصلح، فحثت الزوجة على ذلك كما كلف والدها باصلاح ذات البين، فقوبلت هذه المحاولة بالرفض من جانب الزوجة كما اكد والدها بصفته حكما انه يشهد بكونه بذل عدة محاولات لهذا الغرض دون جدوى كما تبين ان الطرف المدعي يرغب في التطبيق حسب جواب والد المدعية... وبذلك باتت محاولة الصلح متعذرة كما اكدت المدعية ان الشقاق مازال مستمرا¹

ثانيا: مسطرة الصلح عند انحلال الرابطة الزوجية

في هذا الصدد سنتحدث عن مسطرة الصلح في الطلاق الانفرادي او المملك (أ) وفي قضايا التطبيق (ب).

أ- مسطرة الصلح في الطلاق الانفرادي او المملك

سنعالج من خلال هذه الفقرة الصلح في الطلاق الانفرادي او المملك (1) ثم مسطرة الصلح في الطلاق الاتفاقي او الخلي (2).

1- الصلح في الطلاق الانفرادي او الخلي

لقد عمد المشرع على توحيد مسطرة الصلح في كل من الطلاق الانفرادي والمملك، حيث الزم الطرفين وكذا الشهود بحضور غرفة المشورة للاستماع اليهم لمعرفة الاسباب الكامنة وراء النزاع املا في التوفيق بين الزوجين كما للمحكمة القيام بالإجراءات المناسبة لتحقيق الهدف المنشود.

غير ان الاشكال الذي يطرح بهذا الصدد، يكمن في البحث عن مدى الزامية الحضور الشخصي للزوجين، ومدى الزامية الوكالة في الطلاق؟

المشرع لم ينص على الوكالة في الطلاق لحرصه على الحضور الشخصي للزوجين وابعاد كل اجنبي عنهما، كما ان المادة 180 من قانون المسطرة المدنية تنص على انه "يجب على الاطراف ان يحضروا في هذه الجلسة الاولى شخصا او بواسطة ممثلهم القانوني وتجرى دائما محاولة التصالح" من تم تبقى السلطة التقديرية للقاضي في قبولها من عدمه.

وفي اعتقادنا انه يمكن قبول الوكالة في الطلاق في حالة تعذر الحضور الشخصي لهما لأحدهما. وفي هذا الصدد يمكن طرح التساؤل التالي، هل محاولة الصلح هذه تقتصر على المرحلة الابتدائية ام تمتد ايضا الى مرحلة الاستئناف؟

في هذا الاطار صدر قرار عن محكمة النقض¹ الذي اكدت فيه اهمية الصلح ودور القاضي الطلائعي في اعتماده كآلية ناجعة لفض النزاعات الاسرية.

وفي هذا الصدد أكد بعض الفقه ان مقتضيات الفصل 56 و212 لا تتسجم مع ما ورد في القرار السابق الاشارة اليه، فاذا فشل الصلح في البداية ووصل الطرفان الى اجراء التقاضي فلا يبقى غرض من محاولة الصلح من جديد امام محكمة الاستئناف.

وذهب البعض الاخر الى ان اعفاء محكمة الاستئناف من اجراء الصلح لا يجد سنده في الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية وانما في كون:

- ❖ الفصل 212 يفيد ان الاجراء منوط بالقاضي الابتدائي
 - ❖ لا يلزم القاضي باتباع ما لم ينظمه قانون المسطرة المدنية
 - ❖ لا فائدة من العودة بالقضية الى بدايتها بعد مواصلة الدعوة، ما لم يكن هناك مستجد.
- الا ان رايا اخر من الفقه خالف هذا الراي وسنده ان اجراء الصلح في اي مرحلة من مراحل الدعوى نفعه أكثر من ضرره.

واجراء محاولة الصلح يتم في جميع الدعاوي التي تتقدم بها الزوجة للتطليق من زوجها باستثناء التطليق للغيبية؟، وهذا ما اكدته محكمة النقض في قرار لها جاء في حيثياته"في الوسيلة من خرق الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية ذلك ان القرار اغفل مسطرة استدعاء الطرفين شخصيا لإجراء محاولة التصالح التي تعد ضرورية في الدعوى اذا لم تصدر المحكمة امرا بعدم التصالح وتأذن للمدعي بمواصلة الدعوى لكن ردا على الوسيلة فان الطاعن لما كان غائبا فان الفصل 57 من مدونة الاسرة الذي طبقته محكمة الاستئناف هو الواجب التطبيق وان الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية لا ينطبق على دعوى الغيبية مما جعل ما اثار غير مقبول"²

2-الصلح في الطلاق الاتفاقي او الخلعي

من خلال مدونة الاسرة يتضح ان المشرع وحد مسطرة الصلح بالنسبة لهذين النوعين من الطلاق، حيث اكد على ضرورة الاصلاح بين الزوجين دون الاحالة على المادتين 81 و82 من مدونة الاسرة.

وهذا راجع لطبيعة هذا الطلاق الذي يعكس نوعا من الاتفاق والتراضي على حل ميثاق الزوجية. مما يحول دون امكانية تطبيق مسطرة الصلح.

¹-حيث ان الفصل 212 و56 من قانون المسطرة المدنية ومدونة الاسرة يجعلان محاولة الصلح بين الزوجين اجراء اوليا يجب القيام به من طرف القاضي الذي يجب عليه ان يثبت الصلح من عدمه او عجزه عنه حسب الفصل 56 من المدونة او وان الحكم المطعون فيه لعدم مراعاته لما ذكر، يكون قد خرق حقا من حقوق الدفاع الذي حرص المشرع المغربي ان يمارسه من طرف القاضي لمصلحة الطرفين قبل الاجراءات العادية للتطليق مما جعل الحكم المطعون فيه الذي أهمل هذا الاجراء غير قائم على اساس

قرار عدد 370 ب 18 اكتوبر 1978 ملف عدد 134 ص 661

²-قرار عدد 881 بتاريخ 21-7-1992 في الملف رقم 8917913 غير منشور

امام سكوت المدونة على عدم التنصيص على امكانية انتداب حكمين او مجلس العائلة او من تراه مؤهلا لإجراء محاولة الصلح حيث اقتضت على ضرورة اجراء المحكمة لمحاولة الصلح دون الاحالة على المادة 82 من مدونة الاسرة مما اثار لبسا حول الموضوع وتفسيره، اما يكون تجاهله عمدا هذه الاحالة امام اتفاق الطرفين او سهوا منه وبالتالي يمكن للمحكمة اجراء الصلح وفق جميع الاجراءات.

ب-مسطرة الصلح في قضايا التطلاق

لا جدال في ان مسطرة الصلح الزامية في جميع دعاوي التطلاق ماعدا التطلاق للغيبية كما سبقت الاشارة وفي هذا الاطار صدر قرار عن محكمة النقض ورد فيه انه" بالرجوع الى القرار المطعون فيه والى وثائق الملف يتضح انه لا يوجد من بينها ما يفيد ان المحكمة قامت بهذا الاجراء المنصوص عليه في الفصل 56 المحتج به وذلك يعد خرقا لمقتضياته...والمحكمة لما اصدرت قرارها على هذا النحو فإنها لم تجعل لما قضت به اساسا صحيحا من القانون...."¹

كما ان المشرع المغربي نص على مسطرة الصلح في التطلاق دون تحديد الوسائل المعتمدة في ذلك، فالمحكمة تستدعي الطرفين الى غرفة المشورة قصد الوقوف على الاسباب الحقيقية للنزاع الدائر بين الزوجين.

وإذا كانت المادة 113 من مدونة الاسرة تحيل على مسطرة الصلح في جميع دعاوي التطلاق المحددة في المادة 98 باستثناء التطلاق للغيبية فيتضح جليا ان دور المحكمة يختلف حسب الاسباب المبررة.

❖ إذا تعلق الامر بالتطلاق لإخلال الزوج بإحدى شروط عقد الزواج فان المحكمة تعمل جاهدة على اقناعه بالعدول عن تعسفه مادامت لا تخل بالنظام العام ولا بمقاصد الزواج وتكلف المتعهد بها شيئا لم يعد بمقدوره الوفاء به.

❖ وإذا تعلق الامر بالتطلاق للضرر فان المحكمة تعمل على اقناع الزوج بالعدول عنه امتثالا لقوله تعالى"وعاشروهن بالمعروف"²

❖ وإذا تعلق الامر بعدم الانفاق يتم منح الزوج مهلة للإنفاق على زوجته.

❖ في حالة الغيبة تنصح المحكمة الزوج بالإقامة مع زوجته او اخذها معه، وما تجدر الاشارة اليه انه اذا كانت المادة 113 تستثني التطلاق للغيبية الا انه من خلال المادة 104 يتضح ان ما تقوم به المحكمة من تخيير الزوج يعد في حد ذاته كمحاولة للصلح.

❖ كما ان طلب التطلاق للعيب يستوجب قيام المحكمة بمحاولة للصلح حيث تستعين بخبير لتقدير حجم العيب.

¹اقرار صادر بتاريخ 16 نونبر 1993 منشور بمجلة المعيار العدد 20 ص144
²سورة البقرة الاية 216

❖ اما في حالة التطليق للإيلاء او الهجر تحاول المحكمة اقناع الزوج بالعدول عن موقفه لان ذلك يعد اخلايا بالحقوق المشتركة بين الزوجين.

المحور الثاني: اليات تطبيق مسطرة الصلح ودور القضاء في تفعيلها

من خلال هذا المحور سنعالج كلا من اليات تطبيق مسطرة الصلح (اولا) ثم دور النيابة العامة في تفعيلها (ثانيا).

اولا: اليات تطبيق مسطرة الصلح

لقد منحت مدونة الاسرة للقضاء كامل الصلاحية في اختيار اي مؤسسة للصلح دون قيد او شرط بل توسعت ابعد من ذلك وفتحت المجال لكل من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين وتركت عملية الصلح عامة وفضفاضة ونحن في إطار تحليلنا لهذه الفقرة سنسلط الضوء على ثلاث مؤسسات اساسية.

أ- دور المحكمة في مسطرة الصلح

للمحكمة ان تقوم بمهمة الاصلاح بين الزوجين بنفسها من دون الاستعانة بالمحكم او مجلس العائلة. فهي تقوم بجميع الاجراءات اللازمة لتحقيق هذا الهدف.

ويتم اجراء محاولة الصلح في غرفة المشورة بحضور كل من الزوجين وثلاث قضاة وممثل للنيابة العامة وكذا كاتب الضبط، حيث تجري المناقشات ويتم الاستماع الى الشهود ولكل من ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليهم.

مع الاشارة انه في حالة وجود اطفال فان المحكمة تكون ملزمة بإجراء محاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن 30 يوما، فإذا وفقت في الصلح حررت محضرا بذلك، اما في حالة فشل المحاولة فإنها تحدد مبلغا يدعه الزوج بكتابة الضبط لضمان اداء مستحقات الزوجة والاطفال.

وفي هذا الإطار يمكن طرح التساؤل التالي، هل المشرع المغربي نظم مسطرة الصلح بشكل الزامي توجب التقيد به ام انه اجراء شكلي لا غير؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب الرجوع الى بعض الاحكام القضائية المتعلقة بهذا النوع من النزاع لإبراز مدى مطابقة النصوص القانونية للواقع المعاش، حيث يتم تحضير مطبوع غالبا ما يحمل العبارات التالية "وحيث ان للمحكمة ان تقوم بكل الاجراءات لا صلاح ذات البين بين الزوجين، وانتدبت لهذه الغاية اعضاءها للقيام بذلك لكن جميع المحاولات باءت بالفشل"¹

¹ -حكم عدد 427\06 بتاريخ 27-04-2006 في الملف رقم 06\1 المحكمة الابتدائية باكادير غير منشور

وجاء في حكم اخر "بناء على مستنتجات النيابة العامة الرامية الى تطبيق القانون وبناء على ادراج القضية بالجلسة..... حضرها الزوجات وتعذر اجراء الصلح بينهما"¹
فمن خلال هذه الاحكام وغيرها يتضح جليا عدم تفعيل مسطرة الصلح حيث يكتفي القضاة بإدراج العبارات المتداولة "تعذر اجراء الصلح" دون البحث في اسباب التنافر.
وحتى في حالة تصالح الزوجين فان هذا الاخير لا يعتبر قضائيا بل يتم خارج الجلسة وفي هذا الصدد صدر حكم عن ابتدائية اكادير ورد فيه وحيث ادرجت القضية بجلسة...حضرها الزوجان ونائب الطرف المدعي وصرحت الزوجة انها تصالحت مع زوجها واكدت تراجعها عن الدعوى"²
كما ان ما يعاب على المسطرة المدنية ومدونة الاسرة ورغم تنصيصها على ضرورة اجراء محاولة الصلح فانهما لم تشيرا الى كيفية اجرائها تاركا ذلك للسلطة التقديرية للمحكمة التي يجب ان تتسلخ عن دورها القضائي لتصبح مؤسسة اجتماعية ذات اهداف نبيلة تنصب على حماية الاسرة.

ب- مؤسستا الحكمين ومجلس العائلة

مؤسسة الحكمين ليست وليدة هذا العصر بل اطرها نص مقدس حيث ورد في قوله تعالى: "وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما، ان الله كان عليما خبيراً"³

والجدير بالذكر ان المدونة لم تحدد الشروط الواجب توفرها في الحكمين كما انها لم تشر الى ما يجب تضمينه في تقريرها.

وامام سكوت مدونة الاسرة عن هذا الموضوع وطبقا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الاسرة التي تحيل على تطبيق مقتضيات الفقه المالكي في كل ما لم يرد به نص نجد ان هذا الاخير يشترط في الحكمين:

1-العدالة

2-الذكورة

3-التفقه او العلم

4-ان يكون من اهل الزوجين وفي حالة تعذر ذلك فانه يتم انتدابهما من غيرهما.

اما بخصوص مهامهما فيمكن الرجوع الى المواد 95-96-97 من مدونة الاسرة وهي:

- استقصاء اسباب الطلاق

- بذل جهدهما لاصلاح ذات البين

- وفي حالة نجاح الصلح يحزر به تقرير من ثلاث نسخ تذييل بتوقيع الزوجين وترفع الى المحكمة.

¹حكم عدد 377\06 بتاريخ 4-6-2006 ملف رقم 176\06م، ابتدائية اكادير غير منشور

²حكم عدد 454\06 بتاريخ 5,4\2006 ملف عدد 60\06 غير منشور

³-الآية 35 من سورة النساء

-إذا فشل الصلح يحرر به تقرير مع تحديد مسؤولية كل واحد من الزوجين عما ال إليه امرهما من طلاق وشقاق.

وما يلفت الانتباه ان المدونة لم تحدد المدة التي لا يجب على الحكّمين تجاوزها لتحرير التقرير الذي ينجزانه كما انه من الصعوبة بمكان ايجاد حكم تتوفر فيه جميع الشروط المحددة في المذهب المالكي. وبسبب عدم اشارة المشرع الى اي جزاء يترتب عن حالة عدم القيام بهذا الاجراء، فان قضاة الاسرة لا يولونها اي اعتبار ويكتفون بمساعيهم الشخصية دون اللجوء الى الحكّمين. ويمكن تبرير ذلك بكثرة القضايا التي تطرح عليها للبحث فيها يوميا كما ان الوقت الذي تستغرقه محاولة الصلح قد تجب الوقت المخصص للنظر في عشرات الملفات المبرمجة لديهم. هذه العراقيل دفعت الفقه الى التساؤل عن جدوى احداث نصوص قانونية مع عدم تفعيلها؟ ما قيل عن مؤسسة الحكّمين يمكن تطبيقه على مجلس العائلة حيث يقوم بنفس المهام المتمثلة في اصلاح ذات البين بين الزوجين.

وجدير بالشارة الى ان مهام مجلس العائلة هي مجرد مهام استشارية وبالتالي فهي غير ملزمة للمحكمة.

ب- دور النيابة العامة في تفعيل مسطرة الصلح

لقد جسد المشرع المغربي من خلال المادة الثالثة من مدونة الاسرة الدور الهام للنيابة العامة في جميع القضايا الرامية الى تطبيق احكام مدونة الاسرة بشكل يجعلها طرفا مهتما بقضايا الاسرة. ودورها في مسطرة الصلح يعد بارزا من خلال اخطار المحكمة للزوجة بانها اذا لم تحضر سيتم البث في الملف وذلك في حالة توصلها شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر او لم تقدم ملاحظات مكتوبة. وهذا الاخطار الذي توجهه النيابة العامة الى الزوجة للامتنال امام المحكمة لإجراء محاولة الصلح يمكن ان يتم بجميع الوسائل المتاحة والواردة في قانون المسطرة المدنية (ف 37) اما بطريقة مباشرة او بالاستعانة بالضابطة القضائية.

وفي الحالة التي تكون الزوجة مجهولة العنوان فان المحكمة تستعين بالنيابة العامة للوصول الى عنوانها الحقيقي.

كما يمكن للنيابة العامة متابعة الزوج الذي ادلى باسم وهمي او عنوان غير حقيقي (ف 361 من القانون الجنائي) مع ضرورة وضع شكاية من الزوجة.

الا ان الاشكال الذي يفرض نفسه في هذا الإطار هو حول مضمون المادة الثالثة من مدونة الاسرة التي تقر بكون النيابة العامة طرف أصلي في قضايا الاسرة، والصلح بدوره يندرج ضمنها حيث تخول لها هذه المادة التدخل الى جانب الزوجين ولها ان تعارض في الصلح المتفق عليه من طرفهما، فان كان هذا

ينسجم مع منطوق المادة فانه يتعارض مع منطق العقل الذي يقضي بعدم تدخل طرف أجنبي في قضايا الأسرة.

وبالتالي يجب جعل تدخل النيابة العامة استثنائيا لا تمارسه الا إذا فرضته ظروف او ملابسات وقرائن خاصة، كما في حالة رفضها للصلح حماية للزوجة.

وإذا تبين لها انها غير مقتنعة، وبان رغبتها كانت نتيجة لضغوط معينة، والحال ان الزوج معروف بسوء معاملته لها او بسلوكه الجرمي.....

ختاما لهذه المداخلة يمكن تأكيد الدور الفعال الذي تلعبه الوسائل البديلة لحل النزاعات في التخفيف على القضاء والصلح بدورة يكتسي اهمية قصوى من اخلال الاهداف المتوخاة منه الكامنة في اصلاح ذات البين والحد من الخصومة بين اطراف العلاقة الزوجية مما يحتم على البحث عن الاليات الكفيلة بتفعيل هذه المسطرة تحقيقا للغاية المنشودة

شروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها " دراسة في ضوء العمل القضائي المغربي "

عبدالله مزغي

باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق المحمدية

جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء

تمهيد :

تعتبر الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي، الخلية الأساسية للمجتمع¹ واللبنة الأولى في بنيانه، وإيماننا بأهمية هذه المؤسسة داخل النسيج المجتمعي، ووعيا بدورها في عملية التنشئة الاجتماعية، باعتبارها الحاضنة التي يتلقى فيها الفرد قيمه ومبادئه الأساسية، فقد عملت جل التشريعات سواء ذات المصدر الإلهي أو الوضعي، على سن الأحكام و المقضيات القانونية التي تنظم العلاقة بين أفرادها، بشكل يضمن استقرارها ويعزز تماسكها ويؤهلها لمقاومة كل تيارات الهدم والانحلال .

إلا أنه بالرغم من العناية الشرعية والتشريعية التي تحظى بها الأسرة، فإنها لم تسلم من ظاهرة التفكك الأسري وأثارها التي تنعكس سلبا على كل مكوناتها، وخصوصا الأطفال² باعتبارهم الحلقة الأضعف داخل المنظومة الأسرية، وأول من يتأثر بتعسف أحد الوالدين أثناء استعمال حقه في حل ميثاق الزوجية .

فغالبا ما يكون الطلاق أو التطلق حلا لإنهاء علاقة زوجية فاشلة، إلا أن الواقع المعاش أثبت أنه في الكثير من الأحيان يصبح هذا الحل (الطلاق أو التطلق) بداية لصراع حاد، بل حرب ضروس بين الطليقين.

ولاجدال في أن الحق في الحضانة، هو إحدى واجهات هذا الصراع، بل إنه يعد صلب العديد من النزاعات القضائية، نزاعات يستبيح فيها الطليقين كل الوسائل سواء الشرعية أو غير الشرعية من أجل استحقاق الحضانة أو إسقاطها عن مستحقها، بل إن الأمر يمتد في كثير من الأحيان إلى استعمال الأطفال كورقة ضغط لتحقيق هذه الغاية، دون مبالاة أو استحضار لمصلحتهم .

وأمام هذا الصراع الدفين بين الطليقين، ونظرا لعدم قدرة الطفل على حماية نفسه وتبدير شؤونه في ظل هذا الوضع، ومراعاة لوضعه الجسماني والنفسي، عمل المشرع المغربي على غرار العديد من التشريعات المقارنة، على سن مجموعة من المقضيات القانونية، غايتها ضبط شروط استحقاق الحضانة

1- ينص الفصل 32 من الدستور المغربي على ما يلي " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع ".
2- عرفت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 الطفل بأنه " كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه ".

وبيان أسباب سقوطها، وهي مقتضيات التي تناولها المشرع من خلال الباب الثالث من القسم الثاني المعنون بالحضانة، وذلك ضمن المواد من 173 إلى 179 من مدونة الأسرة.

وباستقراء مقتضيات هذا الباب، تتضح فلسفة المشرع المغربي الرامية أساسا إلى تحقيق المصلحة الفضلى للمحزون وتعزيز مركزه القانوني داخل الأسرة والمجتمع، وهي الفلسفة المستقاة من الشريعة الإسلامية، "القران الكريم والسنة النبوية"، وكذا "الاتفاقيات الدولية" التي صادق عليها المغرب وعلى وجه الخصوص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989¹، هذه الأخيرة التي تنص في ديباجتها على ما يلي: "إن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها".

بناء على ما تقدم طرح الإشكالية التالية:

هل استطاع المشرع المغربي من خلال تنظيمه لشروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها بلوغ الهدف الأسمى من مؤسسة الحضانة ألا وهو المصلحة الفضلى للمحزون؟ وهل تمكن القضاء الأسري المغربي من تنزيل المقتضيات القانونية الواردة في هذا الباب بالشكل الذي ينسجم والفلسفة التشريعية الوطنية والدولية؟

المطلب الأول : الشروط القانونية لاستحقاق الحضانة

المقصود بالحضانة في اللغة مصدر من حضن يحضن حضنا، والحضن مادون الإبط إلى الكشح أو الصدر والعضدان وما بينهما²، أما في الاصطلاح فقد عرفها الكساني بأنها: "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة"³، كما عرفها المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأسرة بقوله: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه"⁴، وهو تقريبا نفس التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري حيث عرف بدوره الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بكونها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"⁵، ومنه قوله تعالى في محكم كتابه " قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا "⁶.

ولكي تمارس الحضانة بشكل جيد، وحتى تحقق الأهداف السامية التي كانت وراء تقرير أحكامها (المصلحة الفضلى للمحزون) ربطها المشرع بشروط محددة ورد النص عليها ضمن مقتضيات المادة

1- اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة، بقرارها 25/44 المؤرخ يوم 20 نوفمبر/تشرين الثاني 1989، بدأ نفاذها يوم 2 سبتمبر/أيلول 1990 بموجب المادة 49، صادق عليها المغرب بتاريخ 12 يونيو 1993، بتحفظ وحيد على مقتضيات المادة 14 منها التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين، لتعارضها مع المقتضيات الدستورية التي تجعل من الإسلام دين للدولة.

2- ابن منظور الإفريقي المصري: "لسان العرب"، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار صادر بيروت لبنان، 1968، ص 225.

3- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب العلمية، (دون ذكر مكان الطبع و السنة)، ص 202.

4- وهو نفس التعريف الذي سبق للمشرع المغربي أن تبناه في الفصل 97 من م.ح.ش المنسوخة.

5- نظم المشرع الجزائري الحضانة من خلال المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري.

6- سورة الإسراء، الآية 24.

173 من مدونة الأسرة، وباستقراء هذه الشروط يتضح أنها تنقسم إلى قسمين: شروط عامة يلزم توفرها في كل شخص سواء كان ذكرا أو أنثى (الفقرة الأولى) وشروط خاصة بالمرأة الحاضنة دون غيرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الشروط القانونية العامة لاستحقاق الحضانة

المقصود بالشروط القانونية العامة لاستحقاق الحضانة أو **الشروط المشتركة**، تلك الشروط الواجب توفرها في كل حاضن، سواء كان ذكرا أو أنثى¹، ولقد أشار المشرع المغربي إلى هذه الشروط من خلال المادة 173 من مدونة الأسرة و التي تقضي بما يلي: شروط الحاضن :

أولا : **الرشد القانوني لغير الأبوين .**

ثانيا : **الاستقامة و الأمانة .**

ثالثا : **القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته ديناً وصحة وخلقاً وعلى مراقبة تدرسه .**

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانتته

و انتقلت إلى من يليه.

من خلال نص المادة أعلاه، يتضح بأن المشرع المغربي قد حدد مجموعة من الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن لكي يستفيد من هذا الحق، وهي الشروط التي سنتولى بسطها بشيء من الشرح و التفصيل، مع بيان موقف القضاء المغربي منها:

أولاً: الرشد القانوني لغير الأبوين

يتوقف إسناد الحضانة للحاضن من غير الأبوين على كمال الأهلية، بمعنى أن يكون الحاضن من غير الأبوين ذكرا كان أو أنثى راشدا قادرا على القيام بشؤون نفسه ليتسنى تكليفه قانونا برعاية شؤون غيره (المحضون)²، وهو ما أكده المشرع من خلال المادة 171 من مدونة الأسرة أثناء تحديده لمستحقي الحضانة بقوله "تحول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم لأم الأم فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية".

والمقصود بالرشد القانوني وفقا لمقتضيات المادة 209 من مدونة الأسرة "البلوغ من العمر 18 سنة شمسية كاملة"، فالحاضن في هذه الحالة يكون متمتعا بأهلية الأداء، أي بإمكانه ممارسة حقوقه الشخصية

1- محمد الكشيبور: "الواضح في شرح مدونة الأسرة انحلال ميثاق الزوجية"، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2015، ص 505.

2- محمد الشافعي: "الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة" الطبعة الثالثة، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، 2014، ص 297.

والمالية ونفاذ تصرفاته¹، وهذا خلافا لمدونة الأحوال الشخصية المنسوخة²، التي كان الفصل 98 منها يشترط لأهلية الحضانة البلوغ فقط³، وذلك انسجاما مع أحكام الفقه المالكي بهذا الخصوص⁴.

وبخلاف ما عليه الأمر بالنسبة للحاضن من غير الأبوين، فالرشد القانوني غير مطلوب بالنسبة للحاضن من الأبوين، وهو استثناء يفرضه وجوب الانسجام مع مقتضيات أخرى في مدونة الأسرة، والمقصود هنا المادتين 20 و 21 اللتان تجيزان زواج من لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني (زواج القاصر)، وعليه فمتى أبرم عقد الزواج من طرف قاصر، رتب هذا العقد بالنسبة إليه جميع آثاره الشرعية⁵، تطبيقا للمادة 22 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 21 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات..."، ومن ضمن هذه الحقوق التي يكتسبها الزوج القاصر ذكرا كان أو أنثى التقاضي بشأن ما يتصل بالحضانة وما يرتبط بآثارها.

وجدير بالتنبيه إلى أن الرشد القانوني لا يتحقق فقط ببلوغ الحاضن 18 سنة شمسية كاملة بل لابد من تمتعه بكامل قواه العقلية، لأن الرشد مرتبط بالعقل والعقل مناط التكليف⁶، فمن فقد عقله فقد رشده، والعقل معناه ألا يكون الحاضن مصابا بجنون أو عته أو سفه (أي خاليا من عوارض الأهلية)، إذ لا يمكن تصور منح الحضانة لشخص مختل عقليا أو مجنون لأنه هو نفسه يحتاج لمن يتولى شؤونه ويرعاه، كذلك الأمر بالنسبة للسفيه الطائش الذي لا يحسن في المال التدبير ولا يصونه عن التبذير، لأنه يخشى منه إتلاف مال المحضون، ولأن الحضانة ولاية وليس السفيه من أهلها⁷، لذلك يستحيل عليه القيام بشؤون غيره، خاصة إذا كان هذا الغير طفلا صغيرا يحتاج بحكم طبيعته لعناية خاصة⁸، وفي هذا الصدد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بفاس ما يلي: "إن خلو الملف مما يقدر في أهلية المدعي لحضانة ابنته يخوله الحق في حضانتها استنادا للمادة 171 من مدونة الأسرة وهو أولى في ذلك من الجدين للأُم"⁹.

وبالرغم من أن المشرع المغربي لم يدرج شرط العقل ضمن شروط استحقاق الحضانة الواردة في المادة 173 من مدونة الأسرة، كما فعل في الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة، إلا أنه شرط تقضي به القواعد العامة، ومن ذلك ما نصت عليه المواد الخاصة بأسباب الحجر على الأفراد¹⁰.

1- تنص المادة 208 من مدونة الأسرة على ما يلي "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية و المالية و نفاذ تصرفاته ، و يحدد القانون شروط اكتسابها و أسباب نقصانها أو انعدامها "

2- ظهير شريف رقم 1.57.343 الصادر في 28 ربيع الثاني 1377 الموافق (22 نونبر 1957) بمثابة مدونة الأحوال الشخصية والميراث منشور (الجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ 6 دجنبر 1957).

3- ينص الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية و الميراث على ما يلي " يشترط لأهلية الحاضن : 2_ البلوغ " .

4- محمد الكشيبور : " أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة "، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2015، ص 55.

5- محمد الكشيبور: "الواضح في شرح مدونة الأسرة - انحلال ميثاق الزوجية"، مرجع سابق، ص 507 .

6- يقول ابن عاشر في منظومته المرشد المعين : وكل تكليف بشرط العقل **** مع البلوغ بدم أو حمل .

7- عبد الله بن الطاهر: "شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة"، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2010، ص 107 .

8- سعيد الورددي: " الحضانة و إشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي "، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية الرباط 2019، ص 21 .

9- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، عدد 8553، بتاريخ 19/11/2014، في الملف رقم 14/1609/1700 (غير منشور) .

10- محمد الكشيبور: " أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة "، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2004، ص 58

وفضلا عن ضرورة تمتع الحاضن بقواه العقلية ورشده القانوني، لا بد من توفره أيضا على الاستقامة والأمانة.

ثانيا : الاستقامة و الأمانة

تفيد الاستقامة في اللغة الاعتدال في السلوك، و تفيد الأمانة الثقة و الصدق، وهما خصلتان تترجمان لجانب من الأخلاق الفاضلة داخل المجتمع¹، ومعناه أن لا يخشى من الحاضن على المحضون، أي يجب أن يكون الحاضن أمينا على المحضون ديناً وصحة وخلقاً، فإن اتضح أن الحاضن مستهترا لا يؤتمن منه على الطفل لسبب من الأسباب فإنه لا يكون أهلا للحضانة².

ويدخل في نطاق هذا الشرط (الاستقامة والأمانة) أن لا يكون الحاضن فاسقا حتى لا يتعدى فسقه إلى المحضون فينشأ على خلقه، وتبعاً لذلك يكون التعاطي للفساد أو الخيانة الزوجية أو السكر العلني أو السرقة أو غيرها من الجرائم الماسة بالآداب و الأخلاق العامة، مما ينتفي معه شرط الاستقامة والأمانة ويقتضي عدم إسناد الحضانة لمن يتصف بهذه الأوصاف وهو بالفعل ما أكدته القضاء المغربي في العديد من القرارات والأحكام القضائية التي ترفض إسناد الحضانة في غياب تحقق الاستقامة والأمانة ومن ذلك ما جاء في قرار محكمة الاستئناف بفاس، والذي يقضي بأن مقترفة البغاء ليست أهلا للحضانة حيث قضى بما يلي: "إدانة المستأنفة من أجل التحريض على الفساد وإعداد منزل للدعارة ينفي عنها شروط استحقاق حضانة ابنتها من أمانة و استقامة كما يشترط الفصل 173 من مدونة الأسرة و هما شرطان لازمان من المستأنفة لاستحقاق الحضانة"³.

كما أن تعاطي الحاضنة للخيانة الزوجية والسكر العلني يعتبر من الأمور التي يسقط بها شرط الاستقامة ويترتب عليه بالتالي عدم إسناد الحضانة أو إسقاطها بعد إسنادها، فقد اعتبرت محكمة النقض أن "إدانة الحاضنة من أجل جنحتي الخيانة الزوجية والسكر العلني يعتبر منافيا لشرط الاستقامة والأمانة ومسقط للحضانة"⁴.

وما قيل عن الفساد والخيانة الزوجية يسري أيضا على السرقة الموصوفة بالقضاء لا يتوانى في حرمان الحاضن من الحضانة كلما ثبتت في حقه جريمة السرقة، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "إن الاستقامة والأمانة شرطان يجب توفرهما في الحاضن طبقا للمادة 173 من مدونة الأسرة، والمحكمة لما استنتجت من الحكم الجنائي عدد 01/32 القاضي بإدانة الطاعنة بالحبس من أجل جنائية السرقة الموصوفة دليلا على سوء سلوكها يخشى معه على المحضونين إذا بقيا عندها، بحيث يتأثر بأفعالها، ورتب على ذلك الحكم بنزعهما منها والحكم بإسقاط حضانتها"⁵.

1- محمد الكشيبور: "أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 58 .

2- محمد الشافعي: "الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 297 .

3- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس، (دون ذكر العدد) بتاريخ 22/05/2018 في الملف رقم 17/1620-761 (غير منشور) .

4- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 585، بتاريخ 24/12/2008 في الملف رقم 2008/1/2/266 (غير منشور).

5- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 561، بتاريخ 04/10/2006 في الملف رقم 2006/1/2/142 (غير منشور).

والجدير بالتنبيه أن إتيان أحد الجرائم التي تم ذكرها أعلاه (الفساد، الخيانة الزوجية...)، لا يخدم الاستقامة عند المرأة الحاضنة فقط، بل يشمل أيضا الأب الذي يجب أن يحرم من الحضانة كلما ثبت في حقه التعاطي للفساد والخيانة الزوجية، بل أكثر من ذلك نرى الاستقامة لا تتحقق في الأب متى كان مدمنا على التعاطي للكحول أو القمار، أو كان مصدر كسبه عمل غير مشروع كالاتجار في المخدرات مثلا، فكل هذه الممارسات اللامسؤولة يكون لها تأثير سلبي على البيئة السليمة داخل البيت الذي يعيش فيه المحضون، مما يتعين معه مراعاتها عند إسناد الحضانة أو تغييرها، مثلما ينبغي أيضا مراعاة شرط القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينيا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه .

ثالثا: القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينيا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه

يشترط في الحاضن أن يكون قادرا ماديا ومعنويا على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينيا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه وهي الشروط التي جمعها ابن عاصم الغرناطي في تحفته بقوله¹:
وشرطها الصحة و الصيانة * والحرز والتكليف والديانة**
والملاحظ أن هذا الشرط تتفرع عنه شروط أخرى سنتولى تفصيلها في شيء من الإيجاز:

1 : القدرة على تربية المحضون وصيانتهم

تقتضي الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه، لذلك يتعين على الحاضن أن يكون له من القدرة البدنية ما يمكنه من القيام بشؤونه وشؤون المحضون، فإن كان عاجزا لمرض أقره أو لتقدمه في السن (دخوله في أرذل العمر) سقط حقه في استحقاق الحضانة، و في هذا الصدد فقد سبق لمحكمة النقض أن قضت في أحد قراراتها بأن: "كبر سن الجدة بدون عجز لا يبرر إسقاط حضانتها"²، كما أن اشتغال الحاضن بشؤون غيره بأن كان ممن يمارسون شغلا يستمر الليل والنهار، كالحارس والخدمة المنزلية في الغالب أو بأن كان كثير الأسفار لا يستقر بمكان معين فإنه لا يكون أهلا للحضانة³، وهو نفس التوجه الذي اعتمده محكمة النقض في أحد قراراتها ومفاده أن: "اعتماد المحكمة على تبرير الحاضنة انتقالها خارج أرض الوطن قصد العمل لضمان نفقة ولديها نظرا لامتناع الطاعن عن الإنفاق على ولديه، دونما مراعاة أن الحضانة تتعلق برعاية المحضون وخدمته و حسن تربيته ومراقبته تعليل فاسد نقض الحكم - نعم-"⁴.

ولا يكفي مجرد التوفر على القدرة البدنية بل يجب أن يكون الحاضن أهلا لرعاية المحضون في دينه وصحته وخلقه، حيث تقتضي التربية الدينية، تنشئة المحضون على السلوك القويم الذي لا اعوجاج فيه، أي

1- محمد الشافعي: "الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 300 .
2- قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 01/04/1994 (دون ذكر العدد ورقم الملف)، منشور بمجلة المحامي، العددان 25 و 26، ص 219 وما بعدها.
3- محمد الكشيبور: "الواضح في شرح مدونة الأسرة انحلال ميثاق الزوجية"، مرجع سابق، ص 511 .
4- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 3، بتاريخ 06/01/2015 في الملف الشرعي رقم 2014/1/2/167 (غير منشور).

الالتزام بالقواعد المأمور بها دينياً¹، ويجد هذا الشرط سنده القانوني في كل من المادة 54 من مدونة الأسرة والتي حدد من خلالها المشرع حقوق الأطفال على أبويهم بما فيها " التوجيه الديني و التربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل"، وكذلك الفصل الثالث من الدستور المغربي والذي ينص على أن " الإسلام دين الدولة"، والذي بناء عليه تحفظ المغرب على مقتضيات المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين².

من هذا المنطلق وجب على الحاضن المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل المسلم الموجود تحت حضانتها، بحيث يجب عليه أن يوفر له جوا يساعد على ترسيخ هذه الهوية، وهو نفس التوجه الذي اعتمدهت محكمة الاستئناف بخريبكة حينما قضت بأن: " قيام الحاضنة بتسليم البنت لمؤسسة خيرية بالديار الإيطالية من شأنه المساس بتربيتها الدينية، التي تعتبر شرطاً لاستحقاق الحضانة"³.

وبما أن التربية الدينية من الواجبات الملقاة على عاتق الحاضن، يطرح التساؤل حول كيفية التعامل مع الحاضن إذا كان على غير دين المحضون؟

من خلال استقراء مواد مدونة الأسرة لا نجد أي مقتضى ينص على ضرورة اعتناق الحاضن(ة) للديانة الإسلامية ليكون أهلاً للحضانة، بخلاف ما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة والتي ينص الفصل 108 منها على ما يلي: " إذا كانت الحاضنة على غير دين المحضون ولم تكن أما، لم يكن لها الحق في الحضانة إلا في الخمس سنوات الأولى من عمر المحضون، فإذا كانت الحاضنة أما صحت حضانتها بشرط أن لا يتبين استغلالها للحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه ".

ونظراً للفراغ التشريعي الذي يعتري مدونة الأسرة بخصوص اشتراط الإسلام في الحاضن، نجد أن الآراء الفقهية لم تستقر على رأي موحد، فبعض الفقه يرى بأنه لا حضانة للكافرة على الصغير المسلم وذلك لأمرين أولهما أن الحضانة ولاية ولم يجعل الله ولاية الكافر على المسلم⁴ مصداقاً لقوله سبحانه وتعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"⁵، وثانيهما أنه يخشى على دين المحضون من الحاضنة غير المسلمة لحرصها على تنشئته على دينها، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"⁶.

¹ عادل زيداني: "إسقاط الحضانة بين التشريع والعمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث الأسرة و التنمية، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2012/2013، ص 13 .

² تنص المادة 14 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على ما يلي: "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين".

³ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بخريبكة، عدد 12/508، بتاريخ 01/11/2012 ملف رقم 12/422 (غير منشور) .

⁴ محمد الشافعي: "الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 298.

⁵ من سورة النساء، الآية 141.

⁶ بمعنى أن كل مولود يولد مسلماً على فطرة الله التي فطر عليها الناس .

أما البعض الآخر، فيرى بأنه لا يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة على المشهور من المذهب¹، بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن لم يخشى على المحضون منها ويمنع عليها أن تغذيه خمرًا أو خنزيرًا فإن خيف عليه من ذلك ضمت إلى أناس مسلمين².

وفي رأي "د. محمد الكشور"³ أن عدم ظهور مثل هذا المقتضى في مدونة الأسرة، لا يعفي من تطبيقه، لأنه من المبادئ الفقهية الواجبة التطبيق اعتمادا على الإحالة الواردة في المادة 400 من مدونة الأسرة⁴. ومن جانبنا نؤيد رأي "د. محمد الكشور" لوجهته وانسجامه مع أحكام الفقه المالكي الذي يرجع إليه في كل أمر مسكوت عنه في مدونة الأسرة .

2 : الرعاية الصحية والأخلاقية

تعتبر الرعاية الصحية حق للطفل على أبويه، وهو بالفعل ما أشارت إليه المادة 54 من مدونة الأسرة في فقرتها الخامسة التي تلزم الأبوين "باتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً".

فالرعاية الصحية للمحضون، شرط يقنضي أن يكون الحاضن خاليا من الأمراض المعدية التي قد تكون سببا في نقل المرض للمحضون، فلا حضانة للمريض مرضا منفرا كالجذام والبرص، أو معديا كالسيديا ومرض السل ومرض التهاب الكبد بنوعيه (C و B)⁵، وقد سبق للمشرع المغربي أن نص في الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة على أن من شروط الحضانة: "السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب".

والجدير بالتنبيه أن تقرير الخلو من الأمراض المعدية، يجب إثباته بشهادة طبية، على غرار ما هو معمول به في إبرام عقد الزواج⁶.

أما فيما يخص الرعاية الخلقية للمحضون فهي مرتبطة بتوفر شرط الاستقامة السابق ذكره فعندما تتوفر الاستقامة في الحاضن تكون قد توفرت الظروف الملائمة لتنشئة المحضون على خلق مستقيم، ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد تم التنصيص عليه في الفقرة السادسة من المادة 54 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: " يجب على الأبوين الحرص على تربية المحضون على السلوك القويم و قيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل ".

1- لا يشترط في المشهور عند المالكية إسلام الحاضنة.

2- مصطفى لمحمدي الشراي: "الوضع الشرعي و القانوني للطفل القاصر"، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام الرباط، 2017، ص 104.

3- محمد الكشور: "الواضح في شرح مدونة الأسرة -انحلال ميثاق الزوجية"، مرجع سابق، ص 512 .

4- تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف ".

5- عبد الله بن الطاهر: "شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته دراسة تاصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة"، مرجع سابق، ص 106 .

6- سعيد الوردى: " الحضانة و إشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي"، مرجع سابق، ص 25 .

وبالموازاة مع واجب الحاضن القائم على الرعاية الصحية والأخلاقية للمحضون يجب عليه كذلك مراقبة تـمدرس المحضون.

3 : مراقبة تـمدرس المحضون

يعتبر الحق في التعليم من الحقوق الأساسية للطفل، ولذلك نجد غالبية المواثيق الدولية والقوانين الوطنية للدول تنص على إلزامية التعليم ومجانيته بالنسبة للطفل وخصوصا في مراحله الأولى، وهو ما تؤكد المادة 28 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 التي تنص على ما يلي: "تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم"، وفي إطار ملائمة التشريع الوطني للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل فقد نص الدستور المغربي في فصله 31 على أن: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة من الحق في :
"الحصول على تعليم عصري ميسر الولوج وذو جودة".

ويعتبر حق الطفل في التعليم من بين أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، حيث اعتبرت المادة 54 من مدونة الأسرة أن من الحقوق الواجبة للأطفال على آبائهم: "التعليم و التكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهينوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني".

غير أن ذهاب الطفل إلى المدرسة لا يعني أنه قد نال حقه في التعليم، فذلك لا يتم ما لم تتحقق للطفل بيئة سليمة ملائمة للعملية التربوية التعليمية، لأن التربية الصحيحة تبتدئ من الأسرة وتستمر في المدرسة، فالأسرة تؤدي دورا مهما في تشجيع أطفالها على التعلم والارتقاء بشخصيتهم نحو الأفضل، وفي حال تفكك هذه الأسرة لسبب من الأسباب فإن واجب الإشراف التربوي والتوجيه الدراسي ينتقل من الأبوين إلى الحاضن¹، الذي يجب عليه أن يكون حريصا على مواكبة المسار الدراسي للمحضون بشكل يومي لتنمية قدراته البيداغوجية².

والجدير بالتنبيه أن العناية بتـمدرس الطفل واجب مشترك بين أب المحضون أو نائبه الشرعي (الوصي أو المقدم) والأم الحاضنة أو الحاضن غير الأم، فانتقال الحضانة إلى الحاضنة لا يعفي الأب أو النائب الشرعي من واجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، لأنه ملزم بحكم القانون بالقيام بذلك موازاة مع ما تقوم به الحاضنة، التي لا يحق لها الاستئثار بالمسار التعليمي للمحضون، وفي حالة الخلاف بين النائب الشرعي والحاضنة حول تـمدرس المحضون، (كما لو أن الأم أرادت أن يلج ابنها مدرسة

1- سعيد الوردي : " الحضانة وإشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي "، مرجع سابق ، ص 26 .

2- عادل الزيداني: " إسقاط الحضانة بين التشريع و العمل القضائي "، مرجع سابق، ص 15 .

خصوصية و أراد النائب الشرعي خلاف ذلك، أي أن يلج المحضون مدرسة عمومية¹ فإن الأمر يرفع إلى المحكمة للبت فيه وفق مصلحة المحضون، وذلك تطبيقاً لمقتضيات المادة 169 من مدونة الأسرة . كل هذه الشروط وغيرها تقتضي استمرار توفرها خلال فترة الحضانة أي استقرار وضعية الحاضن لما فيه مصلحة المحضون.

رابعاً : استقرار وضعية الحاضن لما فيه مصلحة المحضون

كما هو معلوم فالوضعية المادية والمعنوية للإنسان كثيراً ما لا تستقر على وثيرة واحدة حيث يتحول من الفقر إلى الغنى، ومن الصحة إلى المرض ومن الشباب إلى الشيخوخة وهكذا²، وتغيير وضعية الحاضن بهذا الشكل قد يؤثر سلباً على المحضون مما يتعين معه إعادة النظر في استحقاق الحضانة بالشكل الذي تحقق المصلحة الفضلى للمحضون، وعلى هذا الأساس تدخل المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 173 من مدونة الأسرة لينص على أنه: "إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضائته وانتقلت إلى من يليه"، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما قضت بإسقاط الحضانة عن الأم لزواجها في المرة الثانية فقد طبقت تطبيقاً سليماً للمقتضيات المتعلقة بأحكام الحضانة خاصة المادة 173 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضائته وانتقلت إلى من يليه، وراعت مصلحة المحضون التي تقتضي وجودهما في هذا السن وهما في مقتبل العمر مع والدهما الذي يستحق الحضانة مباشرة بعد الأم التي تزوجت بغير ذي محرم، وتكون بذلك قد بنت قرارها على أساس، ولم تقم بأي خرق قانوني"³.

هذا فيما يخص الشروط القانونية العامة لاستحقاق الحضانة فماذا عن الشروط القانونية الخاصة ؟

الفقرة الثانية : الشروط القانونية الخاصة لاستحقاق الحضانة

المقصود بالشروط القانونية الخاصة لاستحقاق الحضانة تلك الشروط الواجب توافرها في الحاضنة دون الحاضن، ولقد أشار إليها المشرع من خلال الفقرة الرابعة من المادة 173 من مدونة الأسرة، والتي تقضي بعدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175، فبمجرد زواج الحاضنة يسقط حقها في الحضانة وهي قاعة عامة مستقاة من الحديث النبوي الشريف "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁴، إلا أن مدونة الأسرة لم تأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها، وإنما أوردت بعض الاستثناءات يتم التمييز بخصوصها بين الحاضنة غير الأم (أولاً) والحاضنة الأم (ثانياً) .

1- محمد الكشيبور: " أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة "، مرجع سابق، ص 68 .

2- محمد الكشيبور: " الواضح في شرح مدونة الأسرة انحلال ميثاق الزوجية "، مرجع سابق، ص 515 .

3- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 681، بتاريخ 29/11/2006، في الملف رقم 2006/1/2/347 (غير منشور).

4- جمال الدين بن يوسف الزيلعي: "نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية"، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحديث، (د.م.ط) 1995، ص

أولا : الشروط الخاصة بالحاضنة غير الأم

تنص المادة 174 من مدونة الأسرة على أن: "زواج الحاضنة غير الأم، يسقط حضانتها إلا في

الحالتين الآتيتين:

1- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحزون.

2- إذا كانت نائبا شرعيا للمحزون".

يتضح من خلال مقتضيات المادة أعلاه، أن المشرع حدد شروطا خاصة بالحاضنة غير الأم لا يمكنها في ظل غياب هذه الشروط اكتساب الحق في الحضانة أو استمراره بعد اكتسابه وتبعاً لذلك فالأصل أن تسند الحضانة للمرأة غير الأم إذا كانت غير متزوجة، وإن تزوجت تسقط عنها الحضانة ما لم يكن زوجها قريبا محرما للمحزون (كما لو تزوجت عمه أو خاله)، أو لم يكن من المحارم ولكن تم تعيينه نائبا شرعيا للمحزون، كما لا تسقط الحضانة متى كانت المرأة الحاضنة هي نفسها نائبا شرعيا عن الطفل المحزون، بحيث جمعت المادة 174 من مدونة الأسرة بين النيابة والحضانة لتكرس استمرار الحضانة رغم التغيير الطارئ على وضعية الحاضنة¹، وتبعاً لذلك قضت محكمة النقض في قرار لها بأنه: "يتوجب للاستفادة من الاستثناء المنصوص عليه في المادة 174 من مدونة الأسرة أن يكون زواج الحاضنة بشخص تجمع معه قرابة مباشرة بالمحزون"².

وحسب رأي "د. سعيد الوردى" فإن مقتضيات المادة 174 من مدونة الأسرة لا تثير أي إشكالات كبيرة في الواقع العملي على اعتبار أن الحالات التي تسند فيها الحضانة لغير الأم في مدونة الأسرة تنحصر في أم الأم، وهي الجدة التي غالبا ما تكون في سن متقدمة ونادرا ما نسمع عن زواج الجدات في واقعنا المعاش، وتبقى هناك حالات أخرى يمكن للقضاء أن يسند فيها الحضانة لإمراة أخرى من الأقارب أو غيرهم إذا لم يوجد الأبوين والجدة أو لم تتوفر فيهما الشروط المطلوبة، لكنها مع ذلك تبقى حالات محدودة ولا تثير مشاكل عملية كما هو الأمر بالنسبة لزواج الحاضنة الأم³.

ثانيا: الشروط الخاصة بالحاضنة الأم

إذا انتهت العلاقة الزوجية وانقضت مدة العدة، يمكن للمرأة أن تتزوج، إلا أن حقها في الحضانة يسقط في هذه الحالة، ما لم يكن زوجها مقرونا بالاستثناءات التي حددتها المادة 175 من مدونة الأسرة والمتمثلة في :

1- إذا كان المحزون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها .

1- وزارة العدل: "دليل عملي لمدونة الأسرة"، الطبعة الثالثة، مطبعة البيث الرباط، 2007، ص 110 .
2- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 28، بتاريخ 23/01/2008 في الملف الشرعي رقم 2007/1/2/7 منشور بالموقع الإلكتروني www.jurisprudencemaroc.com تم الإطلاع عليه بتاريخ 2019/04/28، على الساعة العاشرة صباحا.
3- سعيد الوردى: " الحضانة و إشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي"، مرجع سابق، ص 28.

2- إذا كان بالمحزون علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم.

3- إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحزون.

4- إذا كانت نائباً شرعياً للمحزون.

الملاحظ من خلال استقراء هذه الاستثناءات أنها تصب كلها في اتجاه مصلحة المحزون فالصغير الذي لا يتجاوز سبع سنوات، يكون في حاجة ماسة لحنان و رعاية أمه و فراقه عنها سيلحق به الأذى، وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بالناضور حينما قضت بما يلي: "تطبيقاً للمادة 175 من مدونة الأسرة فإن زواج الأم الحاضنة لا يسقط حضانتها إذا كان المحزون لا يتجاوز سنه 7 سنوات، و حيث إن البنت موضوع الدعوى لم يتجاوز سنها بعد 4 سنوات، فإنه بالرغم من أن المدعى عليها الحاضنة امتنعت من تنفيذ الحكم القاضي بمنح الأب حق الزيارة، فإنه من شأن إسقاط حضانتها أن يشكل ضرراً كبيراً بالمحزونة التي لازالت صغيرة السن وتحتاج لرعاية أمها"¹.

ولكن إذا تجاوز المحزون هذا السن (7 سنوات) فإن سقوط حضانة الأم لا يتم تلقائياً، بل يتوقف على رفع دعوى أمام القضاء من طرف من له مصلحة في ذلك²، و جدير بالتنبيه إلى أن مسألة السن غير مطلوبة في المحزون إذا كانت به علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم، حيث تستمر الحضانة في هذه الحالة لفائدة الحاضنة الأم مهما بلغ سن المحزون لأن النص القانوني لم يحدد سن معينة . هذا فيما يخص شروط استحقاق الحضانة، فماذا عن الموجبات القانونية لإسقاطها؟

المطلب الثاني : الموجبات القانونية لإسقاط الحضانة

يرتبط موضوع إسقاط الحضانة، أشد الارتباط بشروطها وبإثبات تلك الشروط ويقصد بإسقاط الحضانة في مجالنا هذا أن يثبت الحق في الحضانة للحاضن ثم يطرأ بعد ذلك طارئ ما يسقطها عنه³، و لقد نظم المشرع المغربي موجبات إسقاط الحضانة في باب مستقل وهو الباب الثالث المعنون بشروط استحقاق الحضانة وأسباب سقوطها ومن أبرز أسباب سقوط الحضانة، اختلال شروط استحقاق الحضانة (الفقرة الأولى) تغيير الحاضنة لمقر إقامتها أو السفر خارج المغرب (الفقرة الثانية) الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة (الفقرة الثالثة) التنازل عن الحق في الحضانة (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: اختلال شروط الحضانة

يتوقف إسناد الحضانة على ضرورة استيفاء الشروط المطلوبة قانوناً، لذلك فمتى ثبت وقوع اختلال في أحد الشروط أصبح من حق من له المصلحة والصفة، أن يتقدم أمام المحكمة الابتدائية المختصة (أقسام

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناضور (دون ذكر عدد الحكم) بتاريخ 24/03/2008 في الملف رقم 06/11/1647 (غير منشور).

² - وزارة العدل: " دليل عملي لمدونة الأسرة "، مرجع سابق، ص 110.

³ - عادل الزيداني: " إسقاط الحضانة بين التشريع و العمل القضائي "، مرجع سابق، ص 39 و ما بعدها .

قضاء الأسرة) بدعوى إسقاط الحضانة، إعمالاً لمقتضيات المادة 177 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه: " يجب على الأب وأم المحضون والأقارب وغيرهم، إخطار النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجبها للحفاظ على حقوقه، بما فيها إسقاط الحضانة ".

وقد سبق لنا الحديث بشيء من التفصيل عن شروط استحقاق الحضانة في الفقرة الأولى من هذا المطلب لذلك وتناديا للتكرار سوف نقتصر فقط على معالجة أهم الأسباب المعتمدة أمام القضاء للمطالبة بإسقاط الحضانة، وعلى رأسها اختلال شرطي الاستقامة والأمانة (أولا) وزواج المرأة الحاضنة سواء الأم أو غير الأم بأجنبي عن المحضون (ثانيا).

أولا : اختلال شرطي الاستقامة والأمانة

الأصل في الحاضن صلاحيته للحضانة واستيفائه للشروط المطلوبة قانونا بما فيها شرط الاستقامة والأمانة، وعلى من يدعي اختلال هذا الشرط أن يقوم بإثبات ذلك أمام القضاء لإتخاذ ما يخدم مصلحة المحضون (إسقاط الحضانة)¹.

ويعتبر إثبات اختلال شرط الاستقامة والأمانة من الأمور التي يوليها القضاء بالغ العناية خصوصا بعد أن أثبت الواقع العملي أن بعض الآباء يصرون على انتزاع الحضانة من الأمهات بأي طريقة ولو كانت غير شرعية، حيث يلجأ البعض إلى تقديم شكايات كيدية تتعلق بالتعاطي للفساد وغيره من أجل المس بشرط الاستقامة، كما أن بعض الأمهات لا يصلحن للحضانة بسبب سلوكهن غير القويم ومع ذلك يتشبثن بحقهن في الحضانة، وفي هذا الصدد رفض القضاء في إطار سلطته التقديرية اعتماد لفيف عدلي مستفسر يشهد شهوده أن المدعى عليها لا تصلح لحضانة الأولاد المذكورين لكونها دخالة خراجة، بهذه الحالة عرفوها وعليها خبروها و اختبروها لم تنتقل عنها ولا تبدلت بها حالة سواها حتى الآن كل ذلك في علمهم وصحة يقينهم، سندهم المخالطة وشدة الإطلاع التام على الأحوال، معتبرا أن تقرير شهود اللفيف في بداية شهادتهم بالقطع بأن المدعى عليها غير صالحة لحضانة الأولاد يبقى حكما تقييما للمدعية يدخل في صميم اختصاص المحكمة التي لها وحدها تقييم صلاحية الأم من عدمها لحضانة أبنائها، وعليه تبقى هذه الوسيلة لإثبات ما يدعيه المدعي غير عاملة ولا ترقى إلى درجة الاعتبار مما يتعين معه رفض طلبه².

أما إذا كانت الواقعة ثابتة بحجج قاطعة تدل على انحراف الحاضن(ة) عن السلوك القويم وافتقاده للشروط الأخلاقية اللازمة لتربية المحضون فإن القاضي لا يتردد في إسقاط الحضانة عنه، وفي ذات السياق اعتبر القضاء أن إدانة الحاضنة بجنحة الخيانة الزوجية يعدم شرط الاستقامة و يبرر إسقاط حضانتها، استنادا للحيثيات التالية: " وحيث إن الطلب يهدف إلى الحكم بإسقاط حضانة المدعى عليها للابن و استنادها إلى والده المدعي لعدم استقامة الحاضنة، وحفاظا على مصلحة المحضون الذي أصبح شبه مهمل ويعاني

¹- عادل زيداني: "إسقاط الحضانة بين التشريع والعمل القضائي"، مرجع سابق، ص 50.

²- سعيد الوردني: " الحضانة و إشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي"، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

نقص التغذية، وحيث أدلى نائب المدعي بقرار استئنافي يفيد أن المدعى عليها أدين من أجل الخيانة الزوجية، وحيث إنه من شروط استحقاق الحضانة الاستقامة والأمانة طبقاً للفصل 173 من مدونة الأسرة، وحيث إن ثبوت جريمة الخيانة الزوجية بقرار نهائي في حق الأم الحاضنة يعدم استقامتها وأمانتها وأهليتها للحضانة، وحيث إنه تبعاً لذلك وحفاظاً على مصلحة الابن المحضون الفضلى ارتأت المحكمة الاستجابة لطلب المدعي والقول بإسقاط حضانة المدعى عليها للابن وإسنادها إلى والده المدعي¹.

واستناداً لما سبق ذكره يمكن القول أن استحقاق الحضانة، وضمان استمرار ممارستها رهين بتوفر الحاضنة على شرط الاستقامة والأمانة عند استفادتها من الحضانة وخلال فترة حضانتها للمحضون، ذلك أن كل تغيير من شأنه المساس بهذا الشرط يؤدي إلى سقوط الحضانة.

ثانياً: زواج المرأة الحاضنة بأجنبي عن المحضون

يعتبر زواج المرأة الحاضنة بأجنبي عن المحضون، من بين الأسباب المسقط للحضانة²، وهي قاعدة تجسد الحديث النبوي الشريف " أنت أحق به ما لم تنكح " غير أن مدونة الأسرة لم تأخذ الأمور على إطلاقها، بل وضعت بعض الاستثناءات التي تخرج عن هذه القاعدة، حيث ميزت بين زواج الحاضنة الأم، والحاضنة غير الأم (الجددة أو غيرها من الأقارب)، وهي استثناءات رجع من خلالها المشرع المصلحة الفضلى للمحضون، وذلك ما نستشفه من المادتين 174 و 175 من مدونة الأسرة .

حيث تنص المادة 174 من مدونة الأسرة على أن: " زواج الحاضنة غير الأم يسقط حضانتها إلا في

الحالتين الآتيتين:

1- إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً للمحضون.

2- إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون".

استناداً إلى نص المادة أعلاه يتضح، أن الأصل أن تسند الحضانة للمرأة غير الأم إذا كانت غير متزوجة، وإن تزوجت تسقط عنها الحضانة ما لم يكن زوجها قريباً محرماً للمحضون كما لو تزوجت عمه أو خاله مثلاً، أو لم يكن من المحارم ولكن تم تعيينه نائباً شرعياً للمحضون، كما لا تسقط الحضانة متى كانت المرأة الحاضنة هي نفسها نائباً شرعياً عن الطفل المحضون وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض في قرار لها بأن: "زواج الحاضنة بغير قريب محرّم من المحضون يسقط حضانتها ولو كانت أما للمحضون فبالأحرى غيرها"³.

أما بالنسبة للمادة 175 من مدونة الأسرة فقد خاطب من خلالها المشرع الحاضنة الأم، واعتبر بموجب هذه المادة زواج الحاضنة الأم مبرر لسقوط حضانتها ما لم يكن زوجها مقروناً بالحالات التالية:

¹-حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأبي الجعد (دون ذكر عدد الحكم)، بتاريخ 20/09/2007، في الملف رقم 2007/166، (غير منشور).
Mohammed Zriouil -2: "droit de la famille"; Première édition; librairie Sijelmassa. Meknés; 2019; p 95.

³- قرار صادر عن محكمة النقض عدد 498 بتاريخ 12/05/1992، في الملف رقم 90/6096، أورده عادل الزيداني: "إسقاط الحضانة بين التشريع والعمل القضائي"، مرجع سابق، ص 84.

1- إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات، أو يلحقه ضرر من فراقها.

2- إذا كان بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضائته مستعصية على غير الأم.

3- إذا كان زوجها قريبا محرما أو نائبا شرعيا للمحضون.

4- إذا كانت نائبا شرعيا للمحضون.

وبمفهوم المخالفة فإن زواج الحاضنة الأم مع انعدام إحدى الحالات المشار إليها أعلاه لا يدع مجالا للحكم باستمرار الحق في الحضانة، وهو بالفعل ما أكدته المحكمة الابتدائية بالعيون حينما قضت بأن: "إقرار الزوجة بزواجها من قريب غير محرم ويكون المحضون يعيش معها ببيت والدها يجعل الأب أولى بحضانة ولده سيما وأن هذا الأخير يتجاوز عمره 7 سنوات، ولا يوجد ما يفيد أنه سيلحقه الأذى من فراق والدته"¹. والجدير بالتنبيه أن الآثار المترتبة عن زواج الأم الحاضنة، لا تنحصر فقط في إسقاط الحضانة عنها وإنما تمتد إلى إعفاء الأب من تكاليف سكنى المحضون، وأجرة الحضانة باستثناء نفقة المحضون التي تبقى واجبة على الأب، وفي الصدد قضت المحكمة الابتدائية بتاوريرت بأن: "زواج الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون و أجرة حضائته تطبيقا للمادة 175 من مدونة الأسرة"².

واستنادا لمقتضيات المادة 176 من مدونة الأسرة فإن: "سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بالبناء يسقط حضائته إلا لأسباب قاهرة"، وفي نفس السياق جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بصفرو بأن: "زواج الحاضنة بشخص أجنبي عن المحضون يسقط حضائتها إذا طالب بذلك من له الحق فيها خلال سنة من تاريخ علمه بالبناء"³.

غير أن سقوط الحضانة عن الأم بسبب الزواج قد يرتفع إذا ارتفع السبب وهو الزواج، طبقا للمادة 170 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر الذي منعه منها".

هذا فيما يخص سقوط الحضانة لاختلال أحد شروط استحقاقها فماذا عن الأسباب القانونية الأخرى؟

الفقرة الثانية : تغيير الحضانة لمقر إقامتها و السفر بالمحضون خارج المغرب

مما لا شك فيه أن سقوط الحضانة أو بقاؤها مرتبط بمدى صعوبة مراقبة من له مصلحة في ذلك لأحوال المحضون، وتقدير هذه الصعوبة أمر نسبي يختلف باختلاف الحال والمكان والشخص واعتبار مصلحة المحضون، التي للمحكمة سلطة واسعة في تقديرها⁴، وهو نفس المقتضى الذي تبنته المادة 178 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعيون، عدد 12/493، بتاريخ 07/01/2014، (دون ذكر رقم الملف)، (غير منشور).

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتاوريرت، (دون ذكر عدد الحكم) بتاريخ 25/09/2013، في الملف رقم 396/13، (غير منشور).

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو، (دون ذكر عدد الحكم)، بتاريخ 13/12/2017، في الملف رقم 1609/1495، 2016، (غير منشور).

⁴ - وزارة العدل: "دليل عملي لمدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 111.

من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي".

فمن خلال هذه المادة يتضح أن الأصل هو أن انتقال الحاضنة للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب لا يسقط حقها في الحضانة، والاستثناء هو سقوط هذا الحق متى ثبت أن هذا الانتقال لم يكن في مصلحة المحضون، ولا في مصلحة الأب أو النائب الشرعي الذي لا تسمح له ظروفه نتيجة المسافة التي تفصله عن المحضون للقيام بواجباته و حقوقه تجاه المحضون¹.

لذلك فالانتقال بالمحضون لا ينبغي استعماله من طرف الحاضنة بشكل تعسفي، و بطريقة تضر بأبيه أو نائبه الشرعي، أو تنطوي على التحايل في ذلك لإخفاء مكان تواجد المحضون وحرمانه من والده، فكلما ثبت أن الانتقال لا يخدم مصلحة المحضون، ولا يسمح للأب أو النائب الشرعي بمراقبة المحضون وتتبع أحواله دون عسر كان مبررا للمطالبة بإسقاط الحضانة .

وبخلاف الانتقال داخل المغرب، الذي يسمح بسهولة الاتصال بالمحضون، فإن الانتقال خارج المغرب قد يقطع الصلة بين المحضون وأبيه أو نائبه الشرعي²، لذلك يعد سفر الحاضنة أو إقامتها الدائمة خارج المغرب من بين الأسباب القانونية لإسقاط الحضانة عنها ما لم يكن هذا السفر عرضيا لتحقيق غاية معينة (علاج المحضون مثلا) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه: " يسقط حق الحاضنة في رعاية المحضون بسفرها به إلى الخارج، إذا تبين أنها أصبحت مقيمة خارج الوطن بصفة مستمرة ودائمة"³.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بتاوريرت يقضي بأن: " تواجد الحاضنة رفقة ابنها خارج المغرب يتعذر معه ممارسة الأب لحقه في مراقبة ابنه و توجيهه، لأنه بمفهوم المخالفة للمادة 178 من مدونة الأسرة فإن إقامة الحاضنة خارج المغرب يسقط حضانتها وسقوط حضانة الأم يخول للمحكمة التصريح بإسنادها للأب باعتباره الأحق بها طبقا للمادة 171 من مدونة الأسرة"⁴.

من خلال ما تم ذكره يتضح أن مقتضيات المادة 178 من مدونة الأسرة، قد راعت سهولة التنقل والاتصال داخل المملكة، وما نتج عنها من طي المسافات فتركت الحضانة لمستحقها، إن كان الانتقال داخلها لا يؤثر على مصلحة المحضون أو نائبه الشرعي وذلك خلافا لوضعية الانتقال بالمحضون خارج المغرب حيث التعقيدات الإدارية والحواجز التي تتعذر معها الزيارات والإطلاع على أحوال المحضون .

1- للفقهاء الإسلامي عدة آراء بشأن إسقاط الحضانة بسبب الانتقال بالمحضون، وقد أعطى للمسألة افتراضات وصورا وقيدها بشروط وميز بين الحاضنة الأم وغيرها من الحاضنات، فبينما يرى فريق منهم رأيا خاصا في معنى السفر، يرى غيره رأيا يناقضه كل التناقض، ففي رأي المالكية أن الحضانة تسقط بسفر الحاضنة سفر نقلية وانقطاع إلى مكان بعيد، والذي قدره بستة برود فأكثر، وأما الحنفية فقد فرقوا بين الحاضنة الأم وغير الأم، فإذا سافرت الحاضنة الأم إلى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده في نهار يرجع فيه إلى بيته ويبقى فيه سقطت الحضانة عنها، وأما غير الأم، فتسقط حضانتها بمجرد الانتقال هذا ومن الفقهاء كالحنابلة من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافة القصر فأكثر، ومنهم كالشافعية من يرى بإسقاط الحضانة بالسفر لمكان مخوف أو بقصد النقل سواء أكان طويلا أو قصيرا، زكية حميدو: "مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد كلية الحقوق تلمسان، الجزائر السنة الجامعية 2004/2005، ص 547 و ما بعدها .

2- محمد الكشور: " أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة " مرجع سابق، ص 118 .

3- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 377، بتاريخ 04/07/2007، في الملف رقم 147/2/1/2007، منشور بالموقع الإلكتروني <http://www.jurisprudencemaroc.com>، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2019/05/03، على الساعة التاسعة صباحا .

4- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتاوريرت، (دون ذكر عدد الحكم) بتاريخ 02/12/2011، في الملف رقم 477/10، (غير منشور).

هذا فيما يخص سقوط الحق في الحضانة بسبب تغيير الحاضنة لمقر إقامتها والسفر بالمحزون خارج المغرب، فماذا عن سقوط هذا الحق بسبب الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة ؟

الفقرة الثالثة : الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة

تنص المادة 184 من مدونة الأسرة على أنه: " تتخذ المحكمة ما تراه مناسباً من إجراءات بما في ذلك تعديل نظام الزيارة، وإسقاط حق الحضانة في حالة الإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة ".

و يثبت الإخلال بتنفيذ مقرر الزيارة متى امتنع الحاضن بشكل صريح عن تمكين من له الحق في زيارة المحزون من ممارسة هذا الحق وفقاً للشروط المحددة اتفاقاً أو قضاءً.

أما التحايل في التنفيذ فيتحقق عندما لا يكون هناك امتناع صريح من طرف الحاضن، لكنه يلجأ بالمقابل إلى سلوك أساليب احتيالية، يقصد من ورائها حرمان من له الحق في زيارة المحزون من هذه الزيارة .
وسواء تعلق الأمر بالتحايل أو الإخلال في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة فإن المحكمة التي تنظر في القضية تبقى لها الصلاحية للحكم بإسقاط الحضانة¹، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن: " تمادي امتناع الحاضنة عن تنفيذ مقرر الزيارة في الأوقات المحددة، يترتب عنه حرمان مفارقها من زيارة ومراقبة ولده، والمحكمة لما قضت بإسقاط حضانتها وبتسليم الولد إلى والده تكون قد قدرت مصلحة الولد التي تكمن في إشراف والده عليه ورعايته، ولم تعتبر في إطار سلطتها امتثال الطالبة لمقرر الزيارة لفترات متقطعة مبرراً لنفي إخلالها "².

ونظراً لجسامة الإجراء الذي قد تتخذه المحكمة في مواجهة الحاضن (إسقاط الحضانة)، فإنها لا تأخذ بإدعاءات الأطراف المتعلقة بالإخلال أو التحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرر المنظم للزيارة، وإنما يجب أن يثبت لديها وجود فعلي لما من شأنه المساس بمصلحة المحزون، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بتاوريرت بما يلي: "كون المدعي لا يؤدي مستحقات المحزون لا يخول للحاضنة الحق في منع الأب من زيارة ابنته لأن المشرع خول للحاضنة طرقة قانونية لاستخلاص مستحقات المحضونة وإجبار الأب على القيام بهذا الواجب اتجاهها، مؤاخذاً الحاضنة بجنحة عدم تسليم المحزون لمن له الحق فيه، يخول للمحكمة الحكم بإسقاط الحضانة عنها نعم"³.

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك فإنه في حالة ثبوت تحايل أو امتناع صريح من طرف الحاضنة لمنع الأب من حقه في زيارة ابنه وفقاً لما هو مقرر اتفاقاً أو قضاءً، فإن المحكمة تتخذ التدابير اللازمة لمعالجة ذلك وعلى رأسها الحكم بإسقاط الحضانة، غير أن هذه القاعدة قد ترد عليها بعض الاستثناءات مراعاة لمصلحة

1- سعيد الوردي: " الحضانة و إشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي "، مرجع سابق، ص 85 .
2- قرار صادر عن محكمة النقض عدد 165، بتاريخ 07/04/2015، في الملف الشرعي رقم 312/2/1/2014، منشور بمجلة العلوم القانونية، الجزء الأول، عدد مزدوج 5/4، (د . س) ، ص 231 .
3- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتاوريرت، (دون ذكر عدد الحكم)، بتاريخ 06/06/2012، في الملف رقم 111/143، (غير منشور).

المحضون، ومن ذلك ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالناضور والذي يقضي بما يلي: "وحيث إن البنت موضوع الدعوى لم يتجاوز سنها بعد 4 سنوات وبالتالي فإنه بالرغم من أن المدعى عليها الحاضنة، امتنعت عن تنفيذ الحكم القاضي بمنح الأب حق الزيارة فإنه من شأن إسقاط حضانتها أن يشكل ضررا كبيرا بالمحضونة التي لازالت صغيرة السن و تحتاج لرعاية أمها، ويبقى من حق الأب إتباع المساطر القانونية لإجبار الحاضنة على منحه حق زيارة ابنته، مما ارتأت معه المحكمة التصريح برفض الطلب".¹

والواقع أن هذا الاستثناء له ما يبرره، ذلك أن الطفل عندما يكون حديث السن لا يعرف من رغباته سوى أمه، وأن حرمانه منها بسبب تعنتها في تنفيذ مقرر الزيارة، قد يلحق به ضررا نفسيا و عاطفيا ويؤثر سلبا على توازنه العاطفي، ولا يقبل منطقيا أن يزر المحضون وزر الحاضن، سيما وأن المشرع قد أقر مسؤولية جنائية عن الإخلال بضوابط تنظيم الحضانة.

الفقرة الرابعة : التنازل عن الحق في الحضانة

يعتبر التنازل عن الحضانة من بين أسباب سقوطها، بموجبه يتخلى من بيده حق الحضانة عن هذا الحق لسبب أو بدونه للحاضن الذي يليه، ومن ذلك تنازل الأم للأب عن حضانة أبنائها². وإذا كان المشرع المغربي قد سكت عن مسألة التنازل في مدونة الأسرة، فإن القضاء المغربي، وفي مقدمته محكمة النقض، وانطلاقا من الإحالة على الراجح أو المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي قد سمح بذلك التنازل ولكن بشرطين³ :

الشرط الأول: أن يكون المتنازل قد ثبت له الحق في الحضانة وأن يتم التنازل لمن يليه في المرتبة تحت إشراف من المحكمة المختص (قسم قضاء الأسرة)، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بتاوريرت بأن: "تنازل الأم عن حقها في الحضانة أمام المحكمة يوجب إسقاطها عنها ومنحها للأب"⁴.
الشرط الثاني: ألا تأذن المحكمة بالتنازل عن الحضانة إلا عندما تتأكد من أن ذلك التنازل في مصلحة المحضون، انسجاما مع التوجه الجديد لمدونة الأسرة والمقرر ضمن المادة 186 منها، و هو بالفعل ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها والذي يقضي بأنه: "لا يترتب عن تنازل الأم عن حقها في الحضانة سقوط هذا الحق إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز عمره 7 سنوات"⁵

وأخيرا وليس آخرا نشير إلى أن مدونة الأسرة تطرقت في مادتها 170 إلى إمكانية استعادة الحضانة لمستحقها إذا زال عنه العذر الذي منعه منها، وهكذا إذا تنازلت الأم عن الحضانة أو سقطت عنها نتيجة

1- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناضور، (دون ذكر عدد الحكم)، بتاريخ 24/03/2008، في الملف رقم 06/11/1647، أورده سعيد الوردني: "الحضانة وإشكالاتها العملية على ضوء أحكام مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي"، مرجع سابق، ص 88.

2- عادل زيداني: "إسقاط الحضانة بين التشريع والعمل القضائي"، مرجع سابق، ص 62.

3- محمد الكشور: "أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة" مرجع سابق، ص 91.

4- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتاوريرت، (دون ذكر عدد الحكم)، بتاريخ 25/02/2011، في الملف رقم 636/2010، (غير منشور).

5- قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 392، بتاريخ 23/07/2008، في الملف الشرعي رقم 605/2/1/2007، منشور في الموقع الإلكتروني <http://www.jurisprudencemaroc.com>، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2019/05/03، على الساعة التاسعة صباحا.

زواجها، فهذا عذر بزواله (بطلاق أو تطليق أو وفاة)، تعود الحضانة إليها، ولكن يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة، بعدما تعين استعدادتها وتتحقق من توفر شروطها حيث تراعي في ذلك مصلحة المحضون وبالتالي يمكن لها أن ترفض تلك الاستعادة أو تخول الحضانة لطرف آخر شريطة تعليل موقفها بكيفية مقبولة¹.

¹- محمد الشافعي: "الزواج و انحلاله في مدونة الأسرة"، مرجع سابق، ص 309.

السياسة الجنائية في الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة

كوثر زركان

طالبة باحثة بسلك الدكتوراة – مختبر الأسرة و الطفل و التوثيق،
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس

تقديم :

إن الجريمة ظاهرة اجتماعية ارتبطت بالإنسان منذ القدم و هي تعد تعبيراً عن عدم الخضوع لمعايير الضبط الاجتماعي مما يحدث اضطراباً في العلاقات داخل المجتمع.

و قد حاولت مختلف التشريعات الجنائية تأمين المجتمع بالبحث عن الوسائل الناجعة لمكافحة الجريمة، فاتجهت نحو اعتماد أسلوب الردع من إيذاء الجاني و زجره عن الأفعال المنحرفة الضارة بالمجتمع التي ارتكبتها.

و قد ساهمت المدارس التي اهتمت بموضوع العقوبة في إعادة صياغة الفكر القانوني الجنائي و رسمت معايير السياسة الجنائية.

و لقد كان أول من استعمل مصطلح السياسة الجنائية هو العالم الألماني فويارباخ (Feurbach) و ذلك للدلالة على الوسائل التي يمكن اتخاذها في وقت معين و في بلد من أجل مكافحة الإجرام¹.

و عرفها الفرنسي مارك أنسل Marc Ancel بأنها تهدف إلى تطوير القانون الجنائي الوضعي و توجيه كل من المشرع الذي يسن القانون و القاضي الذي يقوم بتطبيقه و المؤسسات العقابية التي تضطلع بتنفيذ التدابير التي يقضي بها القاضي. و يعتبر هذا التعريف أكثر دقة من سابقه لكونه يوسع من نطاق السياسة الجنائية فيجعلها تهدف إلى حصر القواعد التي تحدد على ضوءها صياغة النصوص القانونية سواء فيما يتعلق بالتجريم أو الوقاية من الجريمة و معالجتها ، فتصبح بحكم ذلك هي التي تحدد المبادئ اللازمة السير عليها في تعريف الجريمة لاتخاذ التدابير المانعة و العقوبات المقررة لها².

1. أحمد قنحي سرور، أصول السياسة الجنائية – فكرتها و مذهبها و تخطيطها-، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972، ص 13
2. جعفر علوي، علم الإجرام، مكتبة المعارف، دون طبعة، سنة 2002، ص 13

و الهدف من كل سياسة جنائية هو الحد من الظواهر الإجرامية المختلفة ، لذلك لا يمكن وضع سياسة جنائية قادرة و دائمة ، لأن الجريمة تتطور باستمرار و المحترفون في تحايل مستمر على القانون¹.

و لقد دخل مفهوم السياسة الجنائية بالمغرب للتشريع الجنائي المغربي لأول مرة بمقتضى المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 والذي جاء فيها على إشراف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية و يبلغها إلى الوكلاء العاميين للملك والذين يسهرون بدورهم على تطبيقها.

إلا أنه انطلاقاً من تعريف السياسة الجنائية المشار إليه أعلاه، فيمكن القول إن ملامح السياسة الجنائية بالمغرب تبلورت منذ عهد استقلال المغرب بصدور قانون المسطرة الجنائية ثم القانون الجنائي وقانون توحيد القضاء وتعريبه ومغربته، والهدف من ذلك هو إرساء دعائم قضاء جنائي موحد وحديث أساسه مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته²

و تتموقع الجنايات و الجرح ضد نظام الأسرة داخل السياسة الجنائية في التشريع الجنائي المغربي ، و سوف أقتصر في هذا المقال على جريمتي الإجهاض و إهمال الأسرة.

و تتجلى أهمية الموضوع في تحديد خيارات السياسة الجنائية التي يعتمدها المشرع المغربي في تعامله مع الجنايات و الجرح الماسة بالأسرة و ذلك للوقوف بإمعان في النصوص الجنائية التي تتناول مختلف هذه الجرائم و عقوبتها.

و الإشكال المطروح هو ما مدى نجاعة السياسة الجنائية المعتمدة من طرف المشرع المغربي في الجنايات و الجرح الماسة بنظام الأسرة ؟

المبحث الأول: سياسة التجريم في الجنايات و الجرح ضد نظام الأسرة

تعتبر الأسرة بمثابة الخلية الاجتماعية الأساسية المكونة لكل مجتمع و النواة الجوهرية التي يتبلور من حولها، الأمر الذي يجعل تنظيم مقتضياتها و تقنين أحكامها و تقوية مؤسساتها و تعزيز مكوناتها من الأولويات التي قامت بها سائر المجتمعات .

و ثمة سلوكيات خطيرة نجدها تهدد مصالح الأسرة في مجموع كيانها أو تمس بمصالح أحد أعضائها و التي سبق للمشرع المغربي أن عمل على تجريمها بمقتضى عدة نصوص في إطار التشريع الجنائي المغربي ، و من أهم تلك الجرائم نجد جريمة الإجهاض (المطلب الأول) و جريمة إهمال الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : جريمة الإجهاض³

¹ . تقديم ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع و آفاق ، جمعية نشر المعلومات القانونية و القضائية، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية ، العدد 3 ، الطبعة 2، سنة 2004، ص 6

² . عبد المنعم الأزمي الإدريسي، واقع و آفاق السياسة الجنائية في مجال الأسرة، المجلة الالكترونية لندوات محاكم فاس، العدد 5 سنة 2007 ، ص 68

³ . يعرف بعض الفقه الإجهاض، بأنه " إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته ، أو قتله في الرحم"

قبل التطرق لموقف المشرع المغربي من جريمة الإجهاض (الفقرة الثانية) ،لابد من الإشارة إلى نطاق انتشار جريمة الاجهاض (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: نطاق انتشار جريمة الإجهاض

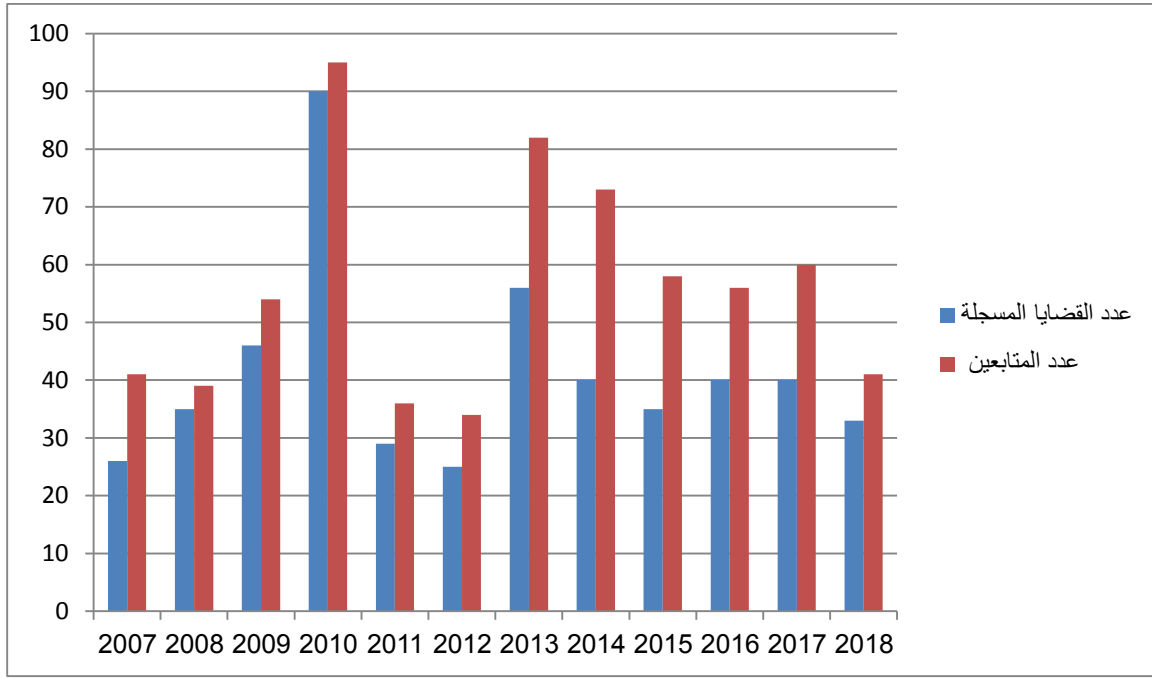
أفادت دراسة تحليلية حول الاجهاض أعدتها الجمعية المغربية لتنظيم الأسرة ، أن حالات الإجهاض غير الأمن بالمغرب تتراوح ما بين 5 و 8 حالات لكل ألف امرأة يتراوح سنها ما بين 15 و 44 سنة ، أي ما يعادل حوالي 50 ألف إلى 80 ألف حالة إجهاض سنويا .

و أبرزت الدراسة أيضا ، أن الاجهاض العشوائي مسؤول عن حوالي 4.2% من مجموع وفيات الأمهات و عن 5.5% من الوفيات الناتجة عن المضاعفات المباشرة للولادة¹.

وبالمقابل نجد بعض الإحصائيات الصادرة عن النيابة العامة²:

السنوات	عدد القضايا المسجلة	عدد المتابعين
2007	26	41
2008	35	39
2009	46	54
2010	90	95
2011	29	36
2012	25	34
2013	56	82
2014	40	73
2015	35	58
2016	40	56
2017	40	60
2018	33	41

1 . دراسة تكشف عن عدد حالات الاجهاض سنويا بالمغرب، مقال منشور بمجلة أخبارنا، تاريخ الزيارة 2020/07/02، على الساعة 16.12 .
2 . إحصائيات محصل عليها من مقر النيابة العامة بالرباط، تاريخ الزيارة فبراير 2020.



من خلال المعطيات الإحصائية أعلاه يلاحظ ان هناك ارتفاعا و انخفاضا لجريمة الإجهاض ، حيث ارتفعت من 26 جريمة سنة 2007 إلى 90 جريمة سنة 2010 و ذلك بما يزيد عن 64 حالة، في حين لاحظنا انخفاضا في سنة 2011 إلى غاية سنة 2012 حيث بلغ عدد الجرائم 25 حالة أي بنسبة تناقص 4 جرائم ، بينما في السنوات الأخيرة عرفت تدبدا من حيث عدد القضايا إلى أن وصلت إلى 33 حالة سنة 2018 ، و الملاحظ أن هذه المعدلات تمثل نسبا لا بأس لها .

الفقرة الثانية : موقف المشرع المغربي من جريمة الإجهاض

يعتبر الحق في الحياة من بين الحقوق المقدسة و الأصلية ، فقد أقرته كل الشرائع السماوية باعتباره أساس وجود الإنسان، لذلك جرمت الشريعة الإسلامية¹ أي اعتداء على حياة الإنسان ، كما أكدت كل الاتفاقيات الدولية و التشريعات الجنائية على هذا الحق من خلال دعوة الدول إلى ضمان هذا الحق و تحصينه باتخاذ كل السبل الكفيلة لحماية الإنسان منذ أن يكون جنينا و كذا وليدا.

ومعظم التشريعات جرمت الإجهاض مع استثناءات تبيحه، فرضتها إما ضرورة إنقاذ حياة أم في خطر) المادة 453 من ق ج قبل التعديل) و إما ضرورة المحافظة عليها (القانون السويصري و القانون المغربي بعد تعديل المادة 453 من ق ج)، و إما ضرورة اتقاء العار و الفضيحة كأن تكون المرأة قد حملت بالجنين كرها إما من اغتصاب أو نتيجة علاقة جنسية مع أحد المحارم الذي يحرم التزوج به، و لهذه الاسباب و

1 . لقوله تعالى في سورة المائدة الآية 34 : " من أجل ذلك كتبنا على بني اسرائيل أنه من قتل نفس بغير نفس أو فساد في الأرض فكأن قتل الناس جميعا " .

غيرها حاولت أغلب القوانين معالجة الموقف الخطير و ذلك بفرض قوانين صارمة بغية الحد من تفاقم الظاهرة¹ و هذا ما سيظهر من خلال موقف المشرع المغربي .

و قد خصص المشرع المغربي الفصول من 499 إلى 458 من الفرع الثامن من مجموعة القانون الجنائي لجريمة الإجهاض، و توسع في تجريمه لكل الأفعال المؤدية له .

و التساؤل المطروح في هذا الصدد ، هل هذه النصوص المشار إليها أعلاه تضمن الفعالية لنجاعة السياسة التجريبية؟ و هذا ما سأحاول الإجابة عليه في المبحث الثاني.

المطلب الثاني : جريمة إهمال الأسرة

سوف أتطرق لجريمة إهمال الأسرة، من خلال إعطاء بعض المعطيات الإحصائية التي تعكس درجة انتشارها داخل مجتمعنا المغربي (الفقرة الأولى)، على أن أخصص (الفقرة الثانية) للتعرف عن موقف المشرع المغربي من جريمة إهمال الأسرة.

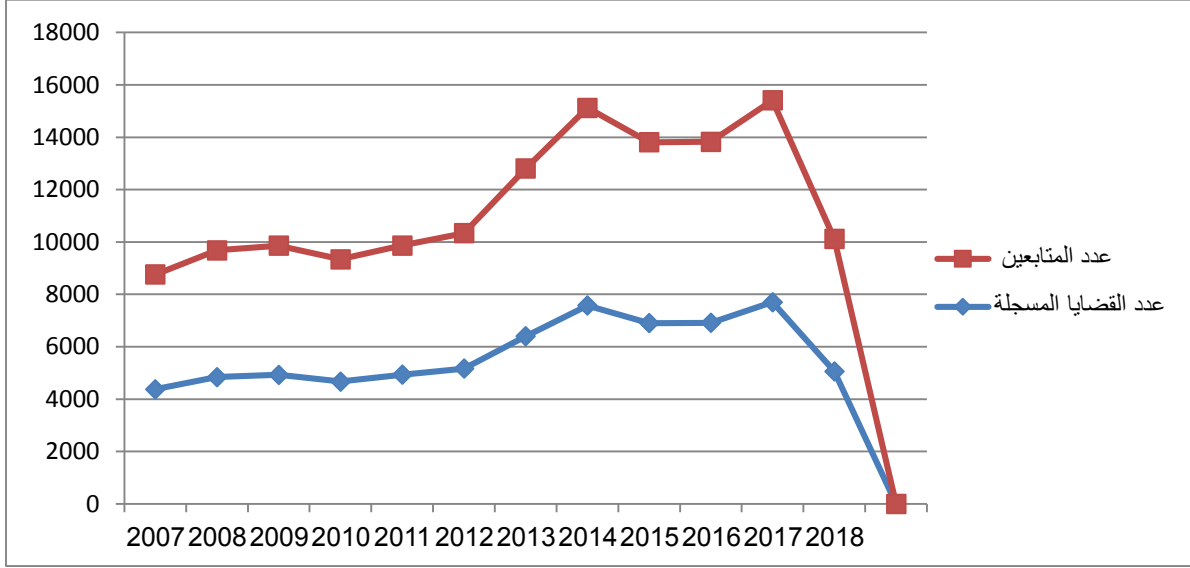
الفقرة الأولى: نطاق انتشار جريمة إهمال الأسرة

جريمة إهمال الأسرة تعد الأكثر خطورة من حيث جانب الانتشار، بالمقارنة مع الجرائم الأخرى الماسة بحقوق و مصالح الأسرة². و هذا ما تؤكدته الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل³ :

السنوات	عدد القضايا المسجلة	عدد المتابعين
2007	4379	4379
2008	4842	4842
2009	4930	4930
2010	4672	4672
2011	4935	4935
2012	5169	5169
2013	6404	6404
2014	7577	7544
2015	6904	6904
2016	6914	6914

1 . بوشعيب جوال ، موقف المشرع المغربي من جريمة الاجهاض للمحافظة على النسل، مجلة الفقه و القانون ، العدد 10 غشت 2013، ص 5
 2 . عبد اللطيف كرازي ، دراسة موجزة في القانون الجنائي الخاص المغربي ، المطبعة و الورقة الوطنية ، الطبعة الأولى، سنة 2017، ص 194
 3 . إحصائيات منشورة على موقع وزارة العدل

7705	7705	2017
5061	5061	2018



من خلال المعطيات الإحصائية أعلاه، يتضح أنها عرفت ارتفاعا كبيرا حيث انتقلت من 4379 قضية سنة 2007 إلى 7577 قضية سنة 2014 ، و يتضح أن هناك أيضا استقرارا من حيث عدد القضايا المعروضة على القضاء و عدد المتابعين أمامه . بينما من سنة 2015 إلى سنة 2018 شهدت انخفاضا بسيطا في عدد القضايا بالمقارنة مع سابقتها.

الفقرة الثانية : موقف المشرع المغربي من جريمة إهمال الأسرة

المشرع المغربي اعتبر إهمال الأسرة جريمة ، و تناولها في مجموعة القانون الجنائي في الكتاب الثالث من الباب الثامن المتعلق بالجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة و الأخلاق العامة ، و خص لها فرعا مستقلا و هو الفرع الخامس و الذي تناول هذه الجريمة في أربعة فصول و هي الفصول من 479 إلى 482 من القانون الجنائي .

و جريمة إهمال الأسرة تتمظهر في صور جرائم مختلفة ، و تتخذ شكل جريمة ترك بيت الأسرة مع التملص من كل أو بعض الواجبات و تطرق إليها المشرع من خلال الفقرة الثانية من الفصل 479 من القانون الجنائي ، و قد تتخذ صورة جريمة ترك الزوج زوجته و هي حامل و نص عليها في الفقرة الأخيرة من الفصل 479 من القانون الجنائي، و قد تتمظهر في صورة جريمة الامتناع عن أداء النفقة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 480 من القانون الجنائي .

المبحث الثاني : السياسة العقابية في الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة

سأبرز في (المطلب الأول) السياسة العقابية في جريمة الاجهاض، أما (المطلب الثاني) أخصه للسياسة العقابية في جريمة إهمال الأسرة.

المطلب الأول : السياسة العقابية في جريمة الإجهاض

عاقب المشرع المغربي في الفصلين 449 و 454 الشخص الذي يقوم بالإجهاض لمرأة حبلى أو يظنها كذلك ، من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، أما في حالة المرأة التي تجهض نفسها أو تحاول ذلك أو حاولت أو رضيت باستعمال ما أرشدت إليه من وسائل مؤدية إلى الإجهاض ، فإن العقوبة هي من ستة أشهر إلى سنتين و غرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم.

و قد شدد المشرع في عقوبة الإجهاض في ثلاث حالات و هي :

- **الإجهاض الذي ينجم عنه موت المرأة** : فإذا ترتب عن الإجهاض موت المرأة الحامل فإن العقوبة – بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 449 من ق ج – تكون هي السجن من عشر إلى عشرين سنة. و سواء تم الإجهاض بموافقة المرأة الحامل – المجنى عليها- أو بدون موافقتها، فالعقوبة المشددة تطبق في كلا الحالتين، مع ملاحظة ان الفصل 451 من القانون الجنائي أجاز للمحكمة الحكم على الفاعل بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من ق ج ، و بالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات إذا كانت المحكمة قد عاقبت إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصلين 449 و 450 من ق ج بعقوبة جنحية فقط¹.

- **ممارسة عملية الإجهاض على سبيل الاعتياد**: ورد التنصيص على هذه الحالة في الفصل 450 من ق ج التي جاء فيها : إذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس الأفعال المشار إليها في الفصل السابق بصفة معتادة، ترفع عقوبة الحبس إلى الضعف في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 449 من ق ج ، و بذلك تكون العقوبة هي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، و تنص الفقرة الثانية على أنه في الحالة التي تطبق فيها عقوبة جنحية فقط – حسب الفصل 450 أو الفصل 449- فإنه يجوز علاوة على ذلك أن يحكم عليه بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من ق ج و بالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

- **المساعدة و التحريض على الإجهاض**: إذا قام أحد من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى من الفصل 451 من ق ج ، بأعمال أو ممارسات لها علاقة بالإجهاض، أو قاموا بممارسات تنطوي على النصح أو الإرشاد إلى استعمال وسائل قد تؤدي إلى الإجهاض، فإنه يعاقب بإحدى العقوبات المنصوص عليها في الفصلين 449 و 450 من ق ج ، و ذلك حسب اختلاف الحالات².

¹ . جوال بوشعيب ، م س ، ص 10
² . انظر الفقرة الأولى من الفصل 451 من القانون الجنائي

و إضافة إلى ذلك ، يحكم عل الفاعل بالعقوبة المنصوص عليها في الفصل 87 من ق ج ، و هي الحرمان من مزاولة المهنة إما لمدة محددة ، و إما بشكل نهائي. و مدة المنع كما يتضح من الفصل 87 المذكور لا يمكن أن تتجاوز 10 سنوات.

وللإشارة، فإن الإرشاد أو النصح أو التحريض على الإجهاض من طرف الأشخاص المذكورين في الفقرة الأولى من الفصل 451 من ق ج ، لا يشكل مجرد المشاركة في جريمة الإجهاض ، و إنما يجسد جريمة مستقلة بذاتها¹.

أما بخصوص التحريض على الإجهاض ، طبقا الفقرة الأولى من الفصل 455 من ق ج فإن كل شخص يقوم بالتحريض على الإجهاض يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين ، و غرامة من 200 إلى 2000 درهم ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. و تطبق هذه العقوبات حتى و لو لم ينتج عن التحريض أية نتيجة.

إلا أن الإشكال المطروح هل هذه المقتضيات الزجرية تضمن حماية واقعية لحق الجنين في الحياة؟
يمكن القول على الرغم من العقوبات الزجرية و تشديدها إلا أنها لم تنجح في الحد من ظاهرة الإجهاض، و هذا ما يدعوا إلى تدخل المشرع و مواكبة تطور الجريمة و الإحاطة بجميع تفرعاتها و تجلياتها و كذلك معالجة القصور الذي يعتريه الفصل 453 دون تدقيق و تفصيل في مفهوم صحة الأم

المطلب الثاني : السياسة العقابية في جريمة إهمال الأسرة

جريمة إهمال الأسرة في شتى مظهراتها عاقب عليها المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من الفصل 474 من ق ج ، إذ يعاقب عليها بالحبس من شهر إلى سنة و بالغرامة من 200 إلى 2000 درهم ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. لكن في نطاق جناحة الامتناع عن دفع النفقة، فإنه في حالة العود ، يصير الحكم بالعقوبة الحبسية أمرا لازما.

و الواقع أنه بالتعمن في هذه الجزاءات التي تخص جريمة إهمال الأسرة في مجمل صورها، يتضح أن نوعية العقوبات المطبقة لا تتناسب أصلا مع خطورة الأفعال التي تنطوي عليها جريمة إهمال الأسرة، فهذه الجريمة علاوة على كونها تشكل اعتداء على كيان الأسرة، فهي تجسد مساسا بمصالح و حقوق تعود في أغلب الأحوال لفئات من الأشخاص هم في أمس الحاجة إلى الحماية ، و هم الأبناء باعتبارهم أطفالا، و الزوجة باعتبارها امرأة، و الأصول باعتبارهم من كبار السن.

ثم من ناحية أخرى، فإن التساهل مع مقترفي جريمة إهمال الأسرة من شأنه المساهمة في توسع نطاق انتشار هذه الجريمة مع ما ينجم عن ذلك من ظاهرة تفكك الأسر، و هذا من شأنه أيضا أن يساعد على توسيع نطاق جرائم أخرى لا تقل خطورة ، كجرائم تشرد الأطفال و استغلالهم الجنسي و استغلالهم في تجارة المخدرات و في البغاء و غيرها من الجرائم الخطيرة.

¹ . عبد اللطيف كرازي، م س ، ص 190

فالجزاء الجزرية التي حددها المشرع بخصوص جنحة إهمال الأسرة، تظل لا تنطوي على الفعالية اللازمة ، خصوصا مع إعطاء المحكمة هامشا واسعا بشأن السلطة التقديرية ، إلى درجة إمكانية الاقتصار على الحكم بالغرامة دون العقوبة السالبة للحرية ، و في غير الحالة المشار إليها سابقا المتعلقة بحالة العود. و من هنا تظهر الحاجة إلى نهج سياسة جنائية مغايرة بخصوص جريمة إهمال الأسرة، تلك السياسة الجنائية التي ينبغي ان تنتقل من اعتماد مقاربة التساهل مع مقترف هذه الجريمة بداعي منطلق الإبقاء على وحدة الأسرة، إلى اعتماد مقاربة تأخذ بعين الاعتبار الحفاظ على وحدة الاسرة من جهة، و مراعاة من جهة أخرى طبيعة المصالح و الحقوق المعتدى عليها في إطار هذه الجريمة بوصفها تشكل حقوقا و مصالح جوهرية و أساسية، ينبغي إحاطتها بالحماية الجنائية الكافية و الفعالية ضد كل السلوكات الإجرامية التي قد تمس بها ، بما في ذلك جريمة إهمال الأسرة¹.

خاتمة :

ختاما يمكن القول أن التوجهات السياسية الجنائية المغربية في الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة ، تبدو قاصرة عن استيعاب كافة الجوانب المرتبطة بالتجريم و العقاب في جريمتي الإجهاض و إهمال الأسرة. وذلك لمجموعة من الاعتبارات :

- أن المادة الجنائية المعتمدة في التجريم و العقاب لا تتم صياغتها بناء على الخصوصيات الدينية و الثقافية و الاجتماعية للمجتمع المغربي، لكون القانون المؤطر لنظام الأسرة هو قانون مستورد عاجز عن احتواء التغيرات الاجتماعية التي تتأثر بمجموعة من العوامل ينبغي أخذها بعين الاعتبار لضمان المرونة و الفعالية في تطبيق القانون الجنائي .

- هذا فضلا عن كون الكثير من مضامين النصوص الجنائية يشوبها نوع من اللبس و الغموض الشيء الذي يضرب في مبدأ الشرعية.

- المقتضيات المتعلقة بالعقاب لا تراعي الأغراض المنشودة المتوخاة من وراء التجريم في الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة .

عبد اللطيف كرازي ، م س ، 204 .¹

عقد الإستصناع

- دراسة في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والتشريع المغربي -

- مروان بوسيف: باحث في العلوم القانونية

- محمد الهبول: باحث في العلوم القانونية

المقدمة

تمول البنوك التشاركية¹ أنشطتها مع العملاء عن طريق مجموعة من المنتجات²، من بينها عقد الإستصناع الذي يعد أداة مهمة من أدوات التمويل المصرفي³ بل و اعتبره البعض بأنه يحتل المرتبة الثانية في الأهمية بعد عقد السلم في العقود التي يمكن أن تصاغ منها السندات المالية والمنتجات الإسلامية المبتكرة⁴، وقد عرّفه الإنسان منذ القدم عن طريق الحرف التي يصنع بها وسائل وأدوات حياته البسيطة لباساً وسكناً ومعاشاً⁵.

1- بدأ التفكير في بعض دول العالم الإسلامي لإنشاء البنوك التشاركية منذ الأربعينيات من القرن العشرين، حيث أنشئت في ماليزيا صناديق الادخار بدون فائدة، كما أخذت باكستان الفكرة سنة 1591 وذلك بإذشاء مؤسسة في الريف تقبل الودائع من المورسين بدون عائد، تم تعاود إقرارها إلى صغار المزارعين بلا فوائد، وعلى نفس النهج نشأت في الريف المصري بنوك ادخار محلية تعمل وفق مقتضيات الشريعة الإسلامية وبلا فوائد على الودائع لديها، لكن لم يكتب النجاح لتلك الفكرة لنقص الكوادر التي تعمل من أجل تسيير وأداء ال نشاط في مثل تلك المصارف الإسلامية فضلاً عن عدم وجود أساس واضح للعمل في البنوك الإسلامية، كما عملت العديد من الدول الإسلامية من إنشاء بنوك إسلامية من هذا النوع مثل دولة قطر وكذلك دولة الكويت والملكة العربية السعودية والجزائر والمملكة المغربية، بل وكذلك انتقلت رؤوس الأموال العربية والإسلامية من أجل إنشاء هذا النوع من البنوك في الدول الغربية مثل بنك قبرص الإسلامي، والمصرف الدولي الإسلامي في الدنمارك، بنك البركة في الولايات المتحدة الأمريكية، وعلى مستوى التعاون الدولي تم إنشاء البنك الإسلامي للتنمية في جدة بالمملكة العربية السعودية سنة 1599 برأس مال دول المؤتمر الإسلامي، ويهدف هذا البنك الإسلامي بصفة أساسية إلى دعم المشروعات التنموية في الدول الإسلامية و رفع الحركة الاقتصادية والتقدم الاجتماعي لشعوب الدول الأعضاء والمجتمعات الإسلامية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

- شعائنية لخضر: الجوانب القانونية لتأسيس البنوك الإسلامية، مجلة الباحث، العدد 5 لسنة 2007، ص: 96.
- ويجب التنبيه في هذا الصدد أن المشرع المغربي حدد الطبيعة القانونية لهذه البنوك وكذا الأنشطة المزاولة من قبلها، فجاء في المادة 54 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها ما يلي: " تعتبر بنوكا تشاركية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و58 من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقاً لمقتضيات المادة 62 أذناه. ويجب ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معاً".

2- كالمراجحة والمضاربة والسلم والإجارة، للتعلم أكثر في هذه العقود أنظر(ي):

هيئة المحاسبة والمرجعيات للمؤسسات المالية، المعايير الشرعية، مكتبة الملك فهد الوطنية، 2016/1437.

Ibrahim Zeyyad CEKICI : Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, Thèse pour obtenir le grade de docteur, Université de Strasbourg, 2012, p : 405 et suiv.

3- جعل المشرع المغربي التمويل من قبل البنوك التشاركية بواسطة ست منتجات على سبيل المثال لا الحصر (المادة 59 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها)، وهي: المراجحة، الإجارة، المشاركة، المضاربة، السلم والاستصناع (المادة 58 من نفس القانون)، وفي ذلك تنص الفقرة الأخيرة من المادة 58 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها على ما يلي: " يجوز للبنوك التشاركية أن تمول عملاءها بواسطة أي منتج آخر لا يتعارض مع الشروط الواردة في المادة 54 أعلاه، والذي تحدد مواصفاته التقنية وكذا كيفية تقديمه إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقاً لمقتضيات في المادة 62 من نفس القانون".

4- عبد السلام أحمد فيغو: العقود التشاركية، دار نشر المعرفة، 2016، ص: 83.

5- أحمد الخليلي: التمويل البديل هل تستحق وصفها بالإسلامية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.alislah.ma، تاريخ الزيارة 2019/12/29 على الساعة 18:11.

ويعرف الإستصناع بأنه: "عقد يشتري به في الحال بشيء مما يصنع، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصافٍ مخصوصة وبثمن محدد"¹، وهناك نوع آخر من الاستصناع وهو ما يطلق عليه بالإستصناع الموازي، هذا الأخير تبرمه المؤسسة البنكية مع مقاول لإنشاء الشيء محل الصنع في عقد الاستصناع الأولي المبرم بين المؤسسة البنكية والعميل².

وحسب بعض الباحثين أنه إذا اجتمع العقدان في عملية واحدة -أي عقد الاستصناع الأولي وعقد الاستصناع الموازي- أصبح العقد مركباً وثلاثي الأطراف ليضم البنك والعميل والمقاول، فإن هذه العملية التي تكون ثلاثية الأطراف تعتبر إحدى الصور الشائعة التي تتعامل بها البنوك الإسلامية في إطار صور التعامل بعقد الاستصناع³.

وبالنظر للأهمية البالغة التي يحظى بها عقد الإستصناع في التمويل المصرفي، ونظراً للدور المهم الذي يضطلع به في مجال الصناعة والاستثمار والتمويل العقاري فقد تنوعت مجالاته في الحياة المعاصرة⁴، وتتعدد تطبيقاته فهناك الإستصناع العقاري⁵ والإستصناع الصناعي⁶، وأضحى يشمل حتى الصناعات البيترو كيميائية⁷ وكذا مشاريع البنية التحتية⁸، بالإضافة إلى صكوك الإستصناع⁹.

لذلك فلا غرابة أن نجد اختلافاً حول تكييف هذا العقد -عقد الاستصناع-، بل الاختلاف انعكس كذلك على القانون الوضعي، وذلك تبعاً للتوجهات الاقتصادية التي تنهجها كل دولة، ومرجعيتها السياسية و الدينية،

1- رمزي محمود: الصكوك الإسلامية في ضوء المعاملات المصرفية في الرأسمالية والإسلام وأسرار الصكوك في مصر والعالم، دار النشر المعارف بالإسكندرية، طبعة 2014، ص 304.

- وجدير بالذكر، أن المشرع المغربي عرف عقد الاستصناع في البند (و) من المادة 58 من قانون مؤسسات الإنتمان والهيئات المعتمدة في حكمها بأنه: "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".

2- قد يحتاج شخص -طبيعي أو معنوي- لعملية إنشاء أو تعمير؛ كبناء مسكن أو مصنع أو مجمع تجاري، وليس لديه التمويل الكافي الذي يمكنه من التعاقد مع أحد المقاولين، فيلجأ إلى مؤسسة مالية تقوم بهذه العملية عن طريق تعاقدها مع من تتعامل معهم من المقاولين والمهندسين على أساس المواصفات والتوصيات المبينة في العقد المبرم بين المؤسسة المالية والمستفيد، وبعد إتمام العمل تتسلمه المؤسسة المالية، وتقوم بتسليمه إلى المستفيد، وخلال فترة العمل في المشروع يدفع المستفيد للمؤسسة المالية ثمن الإنشاءات وفق الاتفاق - غالباً ما يكون على هيئة أقساط دورية - تنتهي بتسليمه العمل كامل المواصفات، أما في العلاقة بين المؤسسة المالية والمقاول، فقد يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً، وفق شروط عقد الاستصناع الموازي المبرم بينهما.

- محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الجزء الأول، دار الفاناس - عمان: 1418 - 1998م، ص 240

3- Sofia BENNAMARA : Finance islamique et capital-risque, Recherche Présenté à Dr. Jacques SAINT-PIERRE, université Laval, faculté des sciences de l'administration, Sans mention année de publication et press d'édition, page 28.

Ibrahim Zeyyad CEKICI : op.cit, p : 446 et suiv.

4- عبد السلام أحمد فيغو: المرجع السابق، ص 83.

5- يتمثل في قيام المستصنع بالتعاقد مع الصناع بتنفيذ المشاريع العقارية والتي تعتمد أساساً على أنشطة المقاولات كإنشاء المباني بمختلف الأنواع وتنفيذ مشاريع البنية التحتية. أحمد عمر صوان: التحوط في عقود السلم والاستصناع وتأثيرها على الاقتصاد الحقيقي: المشاكل والحلول، مجلة ريادة الأعمال الإسلامية، المجلد 4 العدد 2، مايو/أيار 2019، ص: 127.

6- يستخدم هذا النوع من العقود في تمويل الأنشطة الصناعية بمختلف أنواعها، وذلك بقيام الصناع بتنفيذ عقود لاستصناع بعض المنتجات الصناعية. أحمد عمر صوان: المرجع السابق، ص: 128.

7- تشمل صناعات النفط والغاز ومشتقاتهما، وهي صناعات ذات أهمية استراتيجية بالنسبة للبلدان العربية المنتجة للنفط.

8- كالمشاريع السياحية العقارية الكبرى المقامة على الجزر.

9- تعتبر من أحدث المستجدات في مجال التمويل الإسلامي وتشكل واحدة من الأدوات التمويلية الأساسية في أسواق المال الإسلامية

- أحمد بلخير: عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، جامعة الحاج لخضر - باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، قسم الشريعة-فرع الاقتصاد الإسلامي، ص 22 وما بعدها.

ومن هذا المنطلق يثار إشكال جوهري نجسده في التالي: ما مدى توافق التشريع المغربي مع قواعد الفقه الإسلامي في تنظيم وضبط أحكام عقد الإستصناع ؟

هذا الإشكال الرئيسي تتفرع عنه مجموعة من التساؤلات الجزئية من قبيل:

ما هي القواعد الأصولية والفقهية المعتمدة من طرف الفقه الإسلامي كأساس لجواز عقد الإستصناع في مقابل الذين لم يجيزوا التعامل بهذا العقد ؟ هل يعتبر الإستصناع عقد أو وعد ؟ وهل يعتبر بيعاً أو إجارة أم عقداً مركباً يجمع بين أكثر من عقد ؟ هذا الذي يدفنا للتساؤل حول عقد الإستصناع، هل هو عقد لازم أم لا ؟ بل ويمتد التساؤل عن شروط قيام عقد الاستصناع والآثار المترتبة عنه ؟ وكيف نظم المشرع المغربي عقد الإستصناع ؟ وهل التنظيم الذي أتى به المشرع المغربي كافٍ لضبط عقد الإستصناع ضبطاً سليماً أم يعتبره القصور ؟ الشيء الذي تطرح معه فرضية مدى جواز إعمال قواعد قانون الإلتزامات والعقود¹ والقوانين الخاصة في تأطير وضبط عقد الإستصناع؟

هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عنها بشيءٍ من التفصيل وفق مقارنة تحليلية مقارنة، وذلك بتقسيم موضوع هذه الدراسة إلى مبحثين اثنين، على النحو التالي:

- المبحث الأول: أسس عقد الاستصناع وتكييفه من خلال القواعد الفقهية والقانونية المؤطرة له.
- المبحث الثاني: الضبط الفقهي والقانوني لأحكام عقد الاستصناع

المبحث الأول: أسس عقد الاستصناع وتكييفه من خلال القواعد الفقهية والقانونية المؤطرة له
يعتبر عقد الاستصناع من العقود التي خلقت نقاشاً فقهياً حاداً بخصوص مدى جواز أو عدم جواز التعامل به، لذلك ارتأينا طرح هذه النقاشات الفقهية مع محاولة الترجيح بينهما انطلاقاً من الحجج المستند عليها من قبل كل طرف (المطلب الأول)، ويسوقنا الحديث كذلك لعرض النقاش الفقهي حول التكييف الذي يوصف به عقد الاستصناع إلى جانب تبيان الإطار القانوني المنظم له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القواعد الأصولية والفقهية لعقد الاستصناع والمفارقات المتعلقة بها في ضوء الفقه الإسلامي

تعددت آراء الفقهاء المسلمون بخصوص جواز عقد الاستصناع من عدمه، ولم يأخذ به كعقد مستقل إلا الحنفية أما المالكية فقد جعلوا إحدى صور الاستصناع سلماً، وبقيت صورته الثلاث إما من باب البيع والإجارة

¹ - ظهر 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، نشرت وزارة العدل المغربية سنة 1965 في الأعداد 76-77-78 من مجلة القضاء والقانون، تعريباً غير رسمي للنص الكامل لقانون الإلتزامات والعقود، وهو نفس النص وبفلس الصيغة الذي أعيد نشره في شهر يناير 2009، بعد تحيينه من لدن مجموعة من القضاة والأساتذة الجامعيين والمنتدبين القضائيين بمبادرة من "جمعية نشر المعلومة القانونية" المحدثّة بوزارة العدل، ويحمل العدد 14 من سلسلة النصوص القانونية ضمن منشورات هذه الأخيرة.

وإما باطل¹، وبذلك فإن تناولنا لهذه الجزئية سنقتصره فيما يتعلق بالجواز عند الحنفية على اعتبار أنهم هم من أجازوه بمعناه الخاص (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك سنستعرض أدلة القائلين بمنعه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القواعد الفقهية والأصولية المعتمدة لجواز العمل بعقد الاستصناع

قبل الخوض في عرض الأدلة والحجج المستند عليها في إجازة عقد الاستصناع، فمن باب أولى أن نتعرض للتمييز بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية حتى لا يقع خلط بينهما، يعتبر "شهاب الدين القرافي" من الأوائل الذين ميزوا بينهما بحيث قال: "فإن الشريعة المعظمة اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان أحدهما المسمى بأصول الفقه والقسم الثاني القواعد الفقهية"².

وإذا ما قارنا بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية نجد عدة فوارق رئيسية تتمثل؛ في أن القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها، أما القواعد الفقهية فيكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات وتكون لها استثناءات، كما أن القواعد الأصولية هي ذريعة لاستنباط الأحكام الشرعية العملية³، حيث تكون هذه الأخيرة -أي الأحكام الشرعية- في مجموعها قواعد فقهية مستخرجة نتيجة اتباع قواعد أصولية.

كما أن الفقه علم مستقل، وأصول الفقه علم مستقل، ولكل منهما قواعده على الرغم من وجود الارتباط الوثيق بينهما بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر، وإن القواعد الفقهية تشبه أصول الفقه من ناحية وتخالفاها من ناحية أخرى، أما جهة المشابهة فهي أن كلا منهما قواعد تدرج تحتها جزئيات، وأما جهة الاختلاف فهي أن قواعد الأصول؛ هي عبارة عن المسائل التي تشملها أنواع من الأدلة التفصيلية التي يمكن استنباط التشريع منها، وأما قواعد الفقه؛ فهي عبارة عن المسائل التي تدرج تحتها أحكام الفقه نفسها، ليصل المجتهد إليها بناء على تلك القضايا - أي القواعد - المبينة في أصول الفقه، ثم إن الفقيه إن أوردتها أحكاماً جزئية فليست قواعد، وإن ذكرها في صور قضايا كلية تدرج تحتها الأحكام الجزئية فهي قواعد، وكل منهما القواعد الكلية والأحكام الجزئية تدخل في مدلول الفقه على وجه الحقيقة، وكل منهما متوقف عند المجتهد على دراسة الأصول التي يبني عليها كل ذلك⁴.

وعليه فإنه بالنسبة للقواعد الأصولية المعتمدة للقول بجواز عقد الاستصناع، فتتمثل في قاعدتين وهي الإجماع والاستحسان، وفي هذا يقول الكاساني: "أما جوازه فالقياس ألا يجوز، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، ويجوز استحساناً، لإجماع الناس على ذلك، وقد قال الرسول (صلى الله عليه وسلم) "لا

1- علي محيي الدين علي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 2011، ص: 122.
2- أبي العباس شهاب الدين القرافي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1998، ص: 6 و5.
3- علي أحمد النذوي: القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة 1998، ص: 68 و69.
4- عمر عبدالله كامل: القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه (العالمية)، جامعة الأزهر الشريف، كلية الدراسات العربية والإسلامية بالقاهرة -قسم الدراسات العليا-، دون ذكر السنة الجامعية، ص: 6.

تجتمع أمي على ضلالة"، وقال كذلك (عليه الصلاة والسلام): "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح"، والقياس يترك بالإجماع¹.

أماً بالنسبة للقواعد الفقهية فنجد الإمام الكاساني يقول: "ولأن الحاجة تدعوا إليه، لأن الإنسان قد يحتاج إلى خُفٍ من جنس مخصوصٍ ونوعٍ مخصوصٍ..."²، ومن هنا نستنبط قاعدةً جليلاً وهي أن "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"، وهذه القاعدة لطالما وجدناها مكرسةً في الفقه الإسلامي، لكن ينبغي أن تراعى قاعدةً أخرى وهي أن "الضرورات تقدر بقدرها"، وللإمام الشاطبي قوله جليلاً في هذا المعنى حيث يقول: "ومن هذا الأصل أيضاً تستمد قاعدة أخرى وهي: أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجية أو التكميلية إذا اكتفتها من خارج أمور لا تُرضى شرعاً، فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج..."³.

الفقرة الثانية: أدلة القائلين بمنع التعامل بعقد الاستصناع

بعد تبيان القواعد الفقهية والأصولية المعتمدة كأساسٍ لجواز التعامل بعقد الاستصناع، سنحاول في هذه الفقرة توضيح الاتجاهات الفقهية التي منعت ولم تجز التعامل به، وذلك من خلال بسط أدلتهم الفقهية وتحليلها منطقياً.

فكما هو معلوم أنّ عقد الاستصناع اختلف في مشروعيته بين مجيز ورافض له، وهذا الاختلاف راجع بالأساس إلى تكييف عقد الاستصناع، لأنه لو أُلْحِقَ عقد الاستصناع بعقد السلم⁴ لما نشأ فيه نزاعٌ فقهي، لأن

1- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 2003، ص: 85.

2- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص: 86.

3- أبي إسحاق الشاطبي: الموافقات، المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار الفضيحة، بدون ذكر سنة الطبع، ص: 230.

4- السلم في حقيقته بيع منضبط بشروط واستثناءات تخصه، وقد عرفه بعض الفقه بأنه: "شراء أجلٍ بعاجلٍ، والأجل هو المبيع المسلم فيه، وأما العاجل فثمنه". محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، الجزء 5، دون ذكر تاريخ الطبعة والمطبعة، ص: 209.

- وجدير بالذكر أن المشرع المغربي سبق وأن عرض لبيع السلم في الفصول من 613 إلى 618 من ظهير الالتزامات والعقود، حيث عرفه في الفصل 613 بأنه: "السلم -م عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغاً محددًا للمتعاقّد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه ولا يجوز إثبات بيع السلم إلا بالكتابة"، كما عرفه كذلك في البند (هـ) من المادة 58 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها بما يلي: "كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغاً محددًا للمتعاقّد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل". وما يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء عاماً، الشيء الذي دعا والي بنك المغرب إلى إعطاء تعريف تقني لعقد السلم، وذلك في المادة 54 من القانون رقم 1/و/2017 الصادر بتاريخ 27 يناير 2017 والمتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراقبة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء، التي جاءت على النحو التالي: "يقصد بعقد السلم كل عقد يعجل بمقتضاه أحد المتعاقدين: المؤسسة أو العميل بصفته مشترياً (رب السلم) مبلغاً محددًا يسمى الثمن (رأس مال السلم) للمتعاقّد الآخر الذي يلتزم بصفته بائعاً (مسلماً إليه) بتسليم مبيع مثبت في الذمة (مسلم فيه) مضبوط بخصائص محددة في أجل محدد متفق عليه".

- مما سبق، وباستقرارنا للمقتضيات الخاصة بعقد السلم يتضح أنه يختلف عن عقد الاستصناع في بعض النقاط الجوهرية، يمكن إدراج بعضها على النحو التالي:

1- يجب تعجيل الثمن في مجلس العقد في السلم، أما في الاستصناع فيجوز تأجيل دفع الثمن جزئياً أو كلياً إلى موعد تسليم المصنوع أو بعده حسب اتفاق الأطراف؛

2- يشترط أن يكون المبيع موضوع عقد السلم متوافراً ومتداولاً في الأسواق، وعام الوجود عند حلول أجل التسليم حتى يتمكن البائع من تسليمه للمشتري في الأجل المحدد، بينما لا يشترط في عقد الاستصناع أن يكون المصنوع موجود في الأسواق؛

3- لا يجوز أن ينص عقد الاستصناع على إمكانية استبدال المصنوع موضوع العقد في حالة عدم القدرة على التسليم، بينما في حالة تعذر تسليم البضاعة في عقد السلم في الأجل المحدد، يمكن للبائع تأجيل التسليم بعد قبول المشتري، دون مراجعة الثمن أو الزيادة في مقدار البضاعة موضوع العقد؛

4- يمكن لكلا الطرفين الصانع أو المستصنع في عقد الاستصناع الحصول على الضمانات (المضصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل) من أجل ضمان حقوقه لدى الطرف الآخر، بينما في عقد السلم تكون الضمانات لفائدة المشتري فقط، وذلك لضمان تسليم المبيع موضوع عقد السلم.

السلم شهدت لمشروعيتها نصوص شرعية ثابتة¹، قامت برسم حدوده وضبط شروطه، لكن إلحاق الإستصناع بالسلم في هذا العصر الاقتصادي الذي يشهد نهضة صناعية رائدة من شأنه أن يقيد حركته، ولا يلبي حاجة النهوض الصناعي في نظر الكثير من الفقهاء المعاصرين الذين يستندون على القواعد الفقهية والأصولية التي تمّ بيانها أعلاه².

وعُموماً، يتمثل اتجاه المانعين في جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وأحد فقهاء الحنفية وهو "زفر بين الهذيل"، ومآ قالوه في ذلك أنه: "لا يصحّ استصناع سلعةٍ، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"، ومفهوم العبارة أن الاستصناع الجائز عندهم هو الذي تتحقق فيه شروط عقد السلم وإلّا كان محظوراً³، وتبعاً لذلك يمكن إجمال أدلة القائلين بعدم جواز العمل أو الأخذ بعقد الاستصناع في ما يلي:

1- لا وجود لدليل شرعي لمشروعية عقد الاستصناع: إذ لو كان الاستصناع مشروعاً لفصلت السنة النبوية أحكامه كما فصلت أحكام السلم، كما أن القياس⁴ لا يجوز فيه وهو قول زفر الحنفي والشافعي، إذ لا يمكن إجارة، لأنه استتجار على العمل في ملك الأجير، وذلك لا يجوز، كما لو قال: احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا أو اصبغ ثوبك أحمرًا بكذا، لا يصح ولا يبيعاً لأنه بيع معدوم، ولو كان موجوداً لغير العاقد لم يجز، فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز، وهكذا لم يبق أمام الاستصناع إلا الخضوع لأحكام عقد السلم الثابتة بالنص الشرعي، وإلّا كان عقداً ليس له مستند شرعي تقوم به الحجة فهو إذاً باطل⁵.

وفي هذا الصدد، يقول ابن حزم الظاهري في ضوء المذهب الظاهري أنه: "يقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد... أما يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه وإنفاذه... فإن كان كذلك، فنحن لا نخالفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه، وأما أن يكون ليس في نص القرآن أو السنة إيجابه، ففي هذا نختلف، فإن كان هكذا فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً، وهي كما يلي: 1_ إما أن يكون العاقد

1- ففي السنة النبوية الشريفة، روى الشافعي بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه، ثم قال: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"، البقرة 282، والسلف جائز في سنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: "قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) المدينة، وهم يسلفون بالتمر السننتين والثلاث، فقال (صلى الله عليه وسلم): "من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم".

- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1990، ص: 94.

2- علي محيي الدين علي: المرجع السابق، ص: 156 وما بعدها.

3- كمال الدين جمعة بكرو: عقد الاستصناع وصوره المعاصرة، دراسة فقهية تحليلية، الطبعة الأولى 2017، بدون ذكر المطبعة أو دار النشر، ص: 99.

4- القياس في اللغة: عبارة عن التقدير، يقال: "ؤسْتُ النَّعْلَ بالنعل" إذا قدرته وسويته، وهو عبارة عن رد الشيء إلى نظيره، وفي الشريعة الإسلامية: عبارة عن المعنى المستنبط من النص لتعديده الحكم من المنصوص عليه إلى غيره وهو الجمع بين الأصل والفرع في الحكم.

محمد السيد الشريف الجرجاني: معجم التعريفات، دار الفضيلة، 1413/هـ 816م، ص: 150 و 151 و 152.

5- كمال الدين جمعة بكرو: المرجع السابق، ص: 102.

التزم بعقده أو بشرطه إباحة ما حرّم الله؛ 2_ إما أن يلتزم بعقده أو بشرطه تحريم ما أحله الله؛ 3_ إما أن يلتزم العاقد إسقاط ما أوجبه الله؛ 4_ إما أن يوجب العاقد على نفسه بعقده ما لم يوجبه الله عليه¹.

2- الاستصناع بيع المعدوم على غير وجه السلم، فهو باطل: جاء في كتاب "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف" ما قاله الفقيه "سليمان المرادوي" محتجاً على عدم جواز الاستصناع أنه: "لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"².

فاستصناع سلعة يعني؛ يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يضعها له، مثل أن يشتري منه ثوباً ليس عنده، وإنما يصنعه له بعد العقد، فهذا قد باع ما ليس عنده، لذلك استدلّ جمهور من المالكية والحنابلة والشافعية بأنه بيع معدوم، وبيع ما ليس عند البائع على غير وجه السلم³.

كما يعتمد أنصار هذا الاتجاه على قول حكيم حزام "رضي الله عنه" حيث قال: "أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقُلْتُ : يَا تَيْبِي الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي ، أَبْتَاغُ لَهُ مِنَ السُّوقِ ثُمَّ أْبِيعُهُ ؟ قَالَ : (لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)"⁴.

فالقهاء الذين لم يجيزوا العمل بعقد الاستصناع بناءً على انعدام محله، ويعتبر المذهب الظاهري من أنصار هذا الاتجاه، حيث ذهب ابن حزم إلى إنكار فكرة وجود عقد الاستصناع، على أساس أنها تقترب كثيراً من بيع المعدوم والتي يتسرب فيها الشك في غالب الحالات⁵، وأنصار هذا الاتجاه نجدهم متفقين على ضرورة أن يكون المبيع موجوداً وأن بيع المعدوم في أغلب صورته لا يصح وذلك بحجج وهي أنه بيع غررٍ والغرر يؤدي إلى المنازعة، وعدم استقرار التعامل، ولهذا ورد نهي رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الغرر للحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الحصة وبيع الغرر"، وقال الشيرازي في باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره، أنه لا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق لِمَا روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الغرر، والغرر ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته، والمعدوم انطوى وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه، وقال الشوكاني ومن جملة الغرر بيع السمك في الماء⁶.

1- أحمد بن سعيد بن حزم: الأحكام في أصول الأحكام، المجلد 5، دار الأفاق الجديدة بيروت، 1983، ص: 6 وما يليها.
2- علي سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 4، مطبعة السنة المحمدية، 1956، ص: 300.
3- علي السالوس: الاستصناع، جامعة قطر، دون ذكر الطبعة ودار النشر، ص: 96.
4- محي الدين اسطنبولي: عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، السنة الجامعية 2015/2016، ص: 40.
5- عبد القادر العرعاري: وجهة نظر خاصة في القانون المدني المعمق بين الفقه والقضاء، دار الأمان، الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص: 176.
6- كاسب بن عبد الكريم البدران: عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، جامعة الملك فيصل - كلية التربية، الطبعة الثانية 1984، ص: 40.

والمعدوم هو؛ "ما ليس موجوداً، وهو حقيقة: الذي ليس له صورة في الخارج، وحكما: الذي حكم الشرع بعدمه وإن كانت له صورة في الخارج"، وهذا ما تؤكدُه قاعدة "المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً"¹، وبيع المعدوم باطل شرعاً بلا خلاف بل إنه باطل عقلاً، فالعاقل لا يضحى بما له ثمناً لما ليس له وجود في الواقع، وتوجيه ذلك فقهاً أنه: "لا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم، كبيع نتاج النخلة، بأن قال: بعثك ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل، لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع لأنه له خطر المعدوم"².

3- الاستصناع هو بيع الدين بالدين وبذلك لا يجوز: استدلوا أصحاب هذا الاتجاه بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي (صلى الله عليه وسلم): "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"، وقال نافع؛ وذلك "بيع الدين بالدين"، وقال اللغويون؛ هو النسيئة بالنسيئة³، والنسيئة لغة تعني؛ "التأخير"⁴.

والكالئ في اللغة "من الكلاءة وهي التأخير، وكلاً الدين يكلاً كلوءاً، فهو كالأئ: إذا تأخر"، والدين في الاصطلاح: "معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً، والآخر في الذمة نسيئة"، وبيع الكالئ بالكالئ اصطلاحاً هو: "بيع ما في الذمة بشيء مؤخر" أو "بيع المؤخر الذي لم يقبض بالمؤخر الذي لم يقبض، وهذا كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة، وكلامها مؤخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالأئ بكالأئ"⁵، فالأصل في بيع الكالئ بالكالئ إذاً: "أن يكون الثمن والمثمن مؤجلين معاً"⁶.

إذا هذا ما يحصل غالباً في عقد الاستصناع، وهو وجه الدلالة عند المانعين لجواز التعامل بعقد الاستصناع، لأنه قد يكون فيه الثمن ومحل الصنع مؤجلين فيقع عليه وصف بيع كالأئ بالكالئ.

بعد بسط وتوضيح أدلة المجزين لعقد الاستصناع وأدلة المانعين له، يمكننا أن نرجح الاتجاه الأول المجيز للتعامل بعقد الاستصناع، لما في ذلك مصلحة للبلاد والعباد، سواء من الناحية الشرعية أو العقلية المنطقية، ونعزز قولنا بالحجج التالية:

1- أن الأصل في الأشياء الإباحة⁷؛ بمعنى أنه كل ما لم يوجد ما يمنع التعامل به في نص القرآن والسنة الصحيحة، فهو مباح شريطة مراعاة الحدود والمنافع.

1- كمال الدين جمعة بكرو: المرجع السابق، ص: 102.
 2- علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 5، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية 1986، ص: 138.
 3- علي عمر الدارقطني: سنن الدارقطني، الجزء الرابع، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2004، ص: 40.
 4- محمد الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، سنة 1986، ص: 273.
 5- كمال الدين جمعة بكرو: المرجع السابق، ص: 107.
 6- أبو عباس أحمد بن أحمد زروق: شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، الجزء 2، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، الطبعة الأولى 2006، ص: 762 وما يليها.
 7- لأخذ فكرة حول هذه القاعدة انظر (ي): أبو الكلام شفيق القاسمي المظاهري: قاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني www.alukah.net، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2020/02/12.

2- أينما تمت المصلحة فتمّ الشرعُ اللهُ¹؛ بمعنى أنه ما دام عقد الاستصناع فيه مصلحة للناس ولا يوجد ما يمنعه في الشرع فهو جائز.

3- نرد على القائلين بأن عقد الاستصناع هو بيع غرر وبيع معدوم، ونقول لهم أن العلة من عدم جواز بيع المعدوم هو انتفاء وصفه في الذمة، وذلك لما فيه من جهالة وفحش لا يقبلهما عقل أو منطق، لكن عقد الاستصناع تنتفي فيه علة العدم والجهالة لأنه يصبح محدداً تحديداً تاماً نافياً للجهالة ويصبح معلوماً ويخرج عن دائرة المعدوم، ومن هنا يصبح جائزاً طبقاً للقاعدة الأصولية التي تقول: "أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، فإذا انتفت العلة انتفى الحكم"²، لذلك فانتفاء علة العدم والغرر ينفي معه حكم منع التعامل به.

4- نتفق مع ما ذهب إليه العلامة الحنفي "علاء الدين الكاساني -رحمة الله عليه-" في الأدلة التي قال بها لجواز الاستصناع³، لكن لا نتفق مع القول الذي نقله عن أبي حنيفة أن الأجل لا يجوز في الاستصناع، لأنه إذا كان فيه أجل أتى بمعنى السلم ومن تم يصبح عقد الاستصناع لازماً وهو عكس ذلك عند الحنفية، لكن هذا الأمر فيه نظر حسب وجهة رأينا، لأن الصناعة الآن في عصرنا هذا تحتاج إلى إمهال في عقد الاستصناع سواء في مجال البناء أو صناعة الآلات وغيرها...، وليس هناك ما يضر في وضع الأجل في عقد الاستصناع تبعاً لتحديد المصنوع محل العقد، مما يسهل ذلك في وصفه وصفاً نافياً للجهالة والغرر.

وقبل ختم هذه الفقرة، نُذلي بكلامٍ رفيعٍ للفقيه "ابن تيمية" الذي قال أن: "إلزام الشرع لنا بلا مخالفة هو قول مقبول بالنسبة للعبادات، لأن الأصل فيها التوقيف أي لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع...، وغير مقبول بالنسبة للعبادات وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم، لأننا لو منعنا الناس من العقود والشروط إلا ما ورد به نصٌ خاص لأوقعناهم في الحرج المرفوع شرعاً، إذ قد يحتاجون إلى عقدٍ لم يرد به نصٌ خاص"⁴.

ونزكي موقفنا برأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية⁵ بالمجلس العلمي الأعلى⁶ الذي جاء فيه: "...في ضوء ما سبق بيانه، فإن اللجنة الشرعية، أخذت في الاعتبار برأيها رقم 1 السالف الذكر في شأن منشور والي

1- للتعقُّق حول هذا القاعدة، انظر(ي): مبارك حفيظة: المصلحة كأساس لتقرير الأحكام الشرعية -دراسة مقارنة بالقانون-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة وهران -السانيا-، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، السنة الجامعية 2012-2013.

2- للإطلاع أكثر على محتوى ومضمون هذه القاعدة انظر(ي): عمر نوح عمر باره: قاعدة الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، مشروع بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، في أصول الفقه، جامعة المدينة العالمية بماليزيا، كلية العلوم الإسلامية، قسم أصول الفقه، السنة الجامعية 2013/2014، ص: 9 و 10 وما بعدها.

3- كما تمّ بيانها أعلاه في الفقرة الأولى من المطلب الأول.

4- ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، دار ابن الجوزي للشحن والتوزيع، الطبعة الأولى 1422هـ/2004م، ص: 163 و 164 و 165 وما بعدها بالتصرف.

5- رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 39، الصادر بتاريخ 02 رجب 1440هـ، الموافق ل 09 مارس 2019، بشأن مشروع المنشور الصادر عن والي بنك المغرب، المتمم للمنشور رقم 1/و/2017، الصادر في 27 يناير 2017، المتعلق بالمواصفات التقنية الخاصة بمنتجات التمويل التشاركي وكيفية تقديمها إلى العملاء (عقد الاستصناع)، الجريدة الرسمية عدد: 6780، 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص: 3097-3103.

6- يجد هذا الرأي سنداً قانوني في الفقرة الثامنة من المادة 58 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها التي جاء فيها: "وتحدد المواصفات التقنية لهذه المنتجات وكيفية تقديمها إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقاً لمقتضيات المادة 62 من نفس القانون". وباطلاعنا على مقتضيات المادة 62 المحال عليها

بنك المغرب رقم 1/و/17، الصادر عنه بتاريخ 27 يناير 2017، المتعلق بتحديد المواصفات التقنية الخاصة بمنتجات التمويل التشاركي وكيفية تقديمها إلى العملاء، حيث أكدت أن مشروع المنشور المعروض عليها، في صيغته النهائية المرفقة بهذا الرأي، والمتضمنة للتعديلات المقترحة من قبلها مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وليس فيه ما يخالف هذه الأحكام".

المطلب الثاني: تكييف عقد الاستصناع والإطار القانوني المنظم له

تعددت التكييفات واختلفت التأويلات المُعطاة لعقد الاستصناع (الفقرة الأولى)، كما أن هناك مقتضيات قانونية متفرقة تشكل الإطار القانون لعقد الاستصناع في التشريع المغربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف كل من الفقه الإسلامي والتشريع المغربي بخصوص تكييف عقد الاستصناع

يقصد بالتكييف الفقهي لعقد الاستصناع الوصف الذي أضفاه الفقهاء على المعاملة في ضوء الآثار التي تترتب عليه¹، بمعنى هل عقد بداية أم مجرد وعد بين طرفين إلى حين إبرام العقد النهائي؟ وهل يعتبر من حيث التّوصيف الذي يمكن أي يوصف به عقد الاستصناع عقد إجارة أو بيع؟

ومردّ الاختلاف الفقهي حول عقد الاستصناع بين كونه عقداً أو وعداً يرتبط بالآثار التي تترتب عليه، فإن كان عقد الاستصناع عقداً فلا بد أن يكون داخلاً ضمن دائرة اللزوم، والعقد في الأصل لا بد أن يكون لازماً، وإذا كان لازماً يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توافرها عند كونه عقداً لازماً، وإن كان وعداً فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين إثم في عدم إتمام ما وعد به، ولا ضمان على كل واحدٍ منهما².

وقد تعددت آراء الفقهاء في تكييف عقد الاستصناع، فمن الفقه من اعتبره وعداً وليس بعقد، وهذا هو توجه بعض فقهاء الأحناف كما جاء في "المبسوط" لشمس الدين السرخسي "الاستصناع موعدة يثبت فيه الخيار لكلا العاقدين"³، في حين ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم ذكر عقد الاستصناع بتعريف مستقل، وإنما يكيّفونه بذكره في باب السلم في بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة، ويصرحون بعدم جوازه إذا لم تتوفر فيه شروط السلم⁴، كما تمّ بيان ذلك أعلاه.

فإنها تنص على ما يلي: " يصدر المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية، الآراء بالمطابقة المنصوص عليها في هذا القسم".
وتعزيزاً لرقابة المجلس العلمي الأعلى لمطابقة عمليات البنوك التشاركية للضوابط الشرعية، فقد ألزمتها المشرع المغربي عند نهاية كل سنة محاسبية بتقديم تقرير تقييمي حول مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى. بل الأكثر من ذلك فقد أوجب عليها المشرع بمقتضى المادة 63 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها بإحداث وظيفة للتقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى وفق المقتضيات المبينة في نفس المادة.

1- محمد فهد أحمد العموري: الوعد الملزم في صنع التمويل المصرفي الإسلامي، رسالة ماجستير في تخصص الاقتصاد والمصارف الإسلامية، جامعة اليرموك، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية، أربد، الأردن، السنة الجامعية 2004/2005، ص: 54.

2- كاسب بن عبد الكريم البدران: المرجع السابق، ص: 79.

3- شمس الدين السرخسي: المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى 1989، ص: 139.

4- ديبان بن محمد الديبان: المرجع السابق، ص: 273.

وعلى وجه العموم فإن السؤال الذي يطرحه الفقهاء حول تكييف الاستصناع، ألا وهو: هل الاستصناع عقداً أم وعداً؟ وتبعاً لذلك اختلف علماء الأحناف في ذلك على قولين:

✓ **الأول:** اعتبر أنّ الاستصناع وعداً وليس عقداً، وذهب إليه بعض من علماء الأحناف، ومنهم: الحاكم الشهيد، ومحمد بن مسلمة، وأبو القاسم الصفار¹، أدلتهم في ذلك: 1- أن الصانع له ألاّ يعمل، فلا يجبر عليه، فيكون ما بينهما وعد لا عقد، لأنه لو كان ما بينهما عقد للزم صانع العمل؛ 2- أن المستصنع له الحق في أن يرد المصنوع وله الرجوع فيما استصنعه قبل رؤيته وتسليمه، ولو كان عقداً لما كان بإمكانه الرجوع بل يلزمه القبول؛ 3- أنه لو كان عقداً لما بطل بموت أحد طرفي العقد، بينما نجد أنه يبطل بموت أحدهما؛ 4- أنه لو كان عقداً لما صحّ لأنه بيع معدوم².

✓ **والثاني:** يقول أن الاستصناع عقداً وليس وعداً، وهو رأي أكثر الأحناف، ورجحه أكثر المعاصرين³، وأدلتهم في ذلك: 1- أنه قد أجري في الاستصناع القياس والاستحسان، فلو كان وعداً لما احتاج إلى ذلك؛ 2- أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية والوعد لا يحتاج إلى خيار الرؤية لأنه لم يلزم أصلاً؛ 3- أن الاستصناع يجوز فيما فيه تعامل بين الناس لا فيما لا تعامل فيه؛ 4- أن الصانع يملك الدراهم بقبضها (أي قبض الثمن)، ولو كان وعداً لم يملكها؛ 5- أن الاستصناع يجري فيه التقاضي والتقاضي يكون في المعقود لا في الموعود؛ 6- أن الاستصناع لو كان وعداً لما صحّ أن يحكم فيه بعدم الصحة لأن الوعد لا يُوصف بالصحة أو عدمها، وإنما تختص العقود بذلك الوصف⁴.

ومن جهة نظرنا فإننا نرجح الرأي الثاني الذي يُكَيّف عقد الاستصناع بأنه عقد وليس وعد، نظراً لوجه الأدلة الفقهية المقدمة من طرفهم، كما نضيف أن ما قاله أصحاب الرأي الأول بخصوص الاستصناع بأنه بيع معدوم ولو كان عقداً لما صحّ، أنه كلام غير صحيح لأن الاستصناع ليس العقد على شيء معدوم بل العقد على شيء موصوف في الذمة كما تمّ بيان ذلك أعلاه⁵، وأنه يلزم كلاً من الصانع والمستصنع فلا يجوز رجوع أحدهما عن العقد تحت طائلة تحمل الضمان الملقى على عاتقه إذ لا ضرر ولا ضرار.

بعد أن حدّدنا تكييف عقد الاستصناع بين ما إذا كان وعداً أو عقداً، واعتبرناه إلى جانب ما أقره جمهور الأحناف أنه عقد وليس وعداً، فإن اعتباره عقداً يتعلّق به نقاش فقهي حول الوصف الذي يمكن أن يوصف به عقد الاستصناع، فهل هو عقد بيع أم عقد إجارة على الصنعة؟

1- كمال الدين السيواسي: شرح فتح القدير، الجز السابع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 2002، ص: 107 وما بعدها.

2- أبو زيد العراقي: بحث عقد الاستصناع، بدون ذكر المطبعة أو سنة الطبع، ص: 7.

3- شمس الدين السرخسي: المرجع السابق، الجزء 12، ص 139.

- كاسب بن عبد الكريم البدر: المرجع السابق ص 83 و 84.

4- أبو زيد العراقي: المرجع السابق، ص 9.

5- أنظر (ي) ما قيل في الصفحة 8 و 9 و 10 بخصوص أدلة المُجيزين للتعامل بعقد الاستصناع.

بعض الأحناف يرون أنّ الاستصناع إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً لكن قبل التسليم لا عند التسليم، بدليل قولهم: إذا مات الصانع يبطل، ولا يستوفى المصنوع من تركته، بالإضافة إلى أن أبي حنيفة كيف عقد الاستصناع قبل الصنع بأنه عقد غير لازم، فالصانع والمستصنع لهما حق الرجوع، إما بعد إتمام العمل ورؤية المشتري له، حيث ذهب أبي حنيفة إلى أنه يسقط خيار الصانع ويبقى الخيار للمستصنع باعتباره أنه مُشتر لما لم يره¹.

واعتبره الفقيه الحنفي "الكساني" بيعاً بقوله: "وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح"²، كما أنّ "السرخسي" ضمّنه وصف البيع بقوله: "اعلم بأن البيوع أنواع أربعة، بيع عين بثمن وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم، وبيع عمل العين فيه وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصنع بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع"³.

كما أنّ بعض الفقه المغربي⁴ يعتبر أن قانون الالتزامات والعقود قد حسم في تحديد طبيعة هذا العقد⁵، حيث اعتبره في الفصل 760⁶ على أنه عقد إجارة على الصنعة (مقاولة)، حيث نجد المشرع الفرنسي - حسب رأيه- نصّ على عقد المقاولة كمبدأ عام في الفصل 1710⁷ من القانون المدني الفرنسي ضمن عقود الإجارة، لكن حدّد المشرع الفرنسي شروط انعقاد عقد الإجارة على الصنعة وأثاره في الفصول من 1779 إلى الفصل 1799-1⁸ من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804⁹.

1- ديبان بن محمد الديبان: المرجع السابق، ص 286.
2- علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 5، ص 2.
3- شمس الدين السرخسي: المبسوط، الجزء 15، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى 1989، ص: 84.
4- عبد القادر العرعاري: المرجع السابق، ص 162.
5- وذلك قبل تنظيم المشرع المغربي لعقد الاستصناع بقواعد خاصة ضمن القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

6- وينص الفصل 760 على أنه: "مقاولة البناء وغيرها من العقود التي يقدم فيها العامل أو الصانع المادة تعتبر بمثابة إجارة على الصنع".
7- وينص الفصل 1710 على أنه: "إجارة الصنع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يعمل شيئاً للمتعاقّد الآخر لقاء ثمن يتفقان عليه". وقد جاءت الصيغة الفرنسية الرسمية لهذا المقتضى على النحو التالي:

Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre,"
"convenu entre elles moyennant un prix

8- نمثل لذلك بالفصل 1779 (**Modifié par loi n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 10**) الذي ينص على أنه: "توجد ثلاثة أنواع لإجارة العمل والصنعة:

1- إجارة الخدمة؛
2- إجارة سائقي مركبات في البر كما في البحر، يقومون بنقل الأشخاص أو البضائع؛
3- إجارة المهندسين المعماريين والمقاولين والفنيين جراء دراسات أو تصاميم أو أسواق".
وقد جاءت الصيغة الفرنسية لهذا المقتضى على النحو الآتي:

Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :

1° Le louage de service ;
2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ;

3° Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés
Le Code civil est alors voté sans difficulté, sous la forme de 36 projets de loi, entre 1803 et 1804. Il est⁹
promulgué par Bonaparte le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), dernière modification: 12/02/2020, édition :

27/03/2020.

ومن هذه النقول يتبين أنّ الراجح في الاستصناع أنه بيعٌ، لكنهم ذكروا في هذا البيع أموراً يختص بها عن بقية البيوع، أبرزها أمران: 1- اشتراط الخيار وهو خيار الرؤية؛ 2- واشتراط العمل في الاستصناع¹، ونرى من وجهة نظرنا أن الاستصناع عقد بيع وليس إجارةً، لأن الأصل فيه الصنع من أجل البيع أي أنّ الطرف الصانع وهو مالك الشيء المصنوع بدايةً يصنعه ثمّ يبيعه للمستصنع نهايةً، كما أنّ الصنع في الإجارة يكون لفائدة المالك -المستصنع- بدايةً ونهايةً عكس عقد الاستصناع الذي يكون الشيء المصنوع للصانع -وهو المالك- ويؤول بالبيع للعميل -المستصنع- نهايةً.

وبالرجوع إلى نص رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية بالمجلس العلمي الأعلى² رقم 39 بخصوص تكييف عقد الاستصناع، فقد اعتبرته عقداً وليس وعداً، حيث جاء فيه ما يلي: "وقد خلصت اللجنة من خلال المقترحات المذكورة إلى أن عقد الاستصناع كما ورد في مشروع المنشور المعروض على أنصار اللجنة الشرعية، عقد بيع خاص، يعتبر من حيث تكييفه الفقهي عقداً مستقلاً يخضع لأحكام وشروط خاصة، تميزه عن عقدي السلم والإجارة بالنظر لاشتراط الصنعة فيه"³.

وقبل صدور رأي اللجنة الشرعية رقم 39، نجد أن المشرع المغربي في القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، اعتبر الاستصناع عقد من خلال البند "و" من المادة 58 التي جاء فيه على أن الاستصناع هو: "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".

الفقرة الثانية: الإطار القانوني المنظم لعقد الاستصناع في التشريع المغربي

بعدما قمنا ببيان التكييف الفقهي والقانوني لعقد الاستصناع، سنعمل على توضيح الإطار القانوني لعقد الاستصناع، حيث خصّص له المشرع المغربي البند "و" من المادة 58 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها⁴، مكتفياً فقط بإعطاء تعريف له.

ويعتبر القانون رقم 103.12 الإطار العام لمنتجات البنوك التشاركية بما فيها عقد الاستصناع، وقد أحال من خلال الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 58 على الكيفية التي ينظّم بها عقد الاستصناع بقوله: "تحدد المواصفات التقنية لهذه المنتجات وكيفيات تقديمها إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد

1- أبو زيد العراقي: المرجع السابق، ص 10.

2- تمّ إحداث هذه اللجنة بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 20 يناير 2015، الجريدة الرسمية 6333-19 ربيع الآخر 1436 (9 فبراير 2015).

3- الجريدة الرسمية عدد: 6780، 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص: 3097-3103.

4- القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193، بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، الجريدة الرسمية عدد: 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص: 462 وما بعدها.

استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقاً لمقتضيات المادة 162¹ أدناه".

وبناء عليه، فقد صدر بتاريخ 30 أبريل 2019 قرار لوزير المالية والاقتصاد المتعلق بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 2 /و/ 2019² الصادر في 26 مارس 2019 بتتيم منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 2017 الصادر في 27 يناير 2017 والمتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء.

وبمقتضى هذا التعديل أضيفت عبارة "الاستصناع" إلى تسمية المنشور رقم 1 /و/ 2017 عملاً بنص المادة الأولى من المنشور رقم 2 /و/ 2019، بحيث أصبحت التسمية الحالية للمشور كالتالي: "منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 2017 المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع، وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء"، حيث خصص المنشور لعقد الاستصناع 13 مادة تبتدئ من المادة 1-69 إلى المادة 13-69.

وبالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة، كالمرشح الجزائري الذي أصدر مؤخراً بتاريخ 15 مارس 2020 القانون رقم 20-02 المتعلق بتحديد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية³، ونظم بموجبه عقد الاستصناع حيث عرّفه من خلال المادة 10 على أنه: " الاستصناع هو عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب الأمر، أو بشراء لدى مُصنّع سلعةً سُنُصَع وفقاً لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت ووفقاً لكفاءات تسديد متفق عليها مسبقاً بين الطرفين".

كما نجد أنّ المرشح التونسي من خلال قانون البنوك والمؤسسات المالية عدد 48 لسنة 2016⁴ الصادر بتاريخ 11 يوليو 2016، فد نظم الاستصناع كأحد العمليات المصرفية الإسلامية في المادة 11، منتهجا بذلك نفس نهج المرشح المغربي حيث ترك أمر ضَبْط عقد الاستصناع بموجب الفقرة الأخيرة من نفس المادة إلى محافظ البنك المركزي التونسي في أجل أقصاه شهران من دخول هذا القانون حيز النفاذ، وذلك بواسطة منشور يضبط صيغ وشروط ممارسة هذا العقد، وقد عرّفه من خلال المادة 14 من قانون البنوك والمؤسسات المالية عدد 48 لسنة 2016 التي جاء فيها أنه: " يعتبر استصناعاً على معنى هذا القانون كل عملية بيع

1- والتي تنص على أنه: " يصدر المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية، الآراء بالمطابقة المنصوص عليها في هذا القسم".

2- تمت الموافقة على هذا المنشور بمقتضى رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 39، الصادر بتاريخ 02 رجب 1440 هـ الموافق لـ 09 مارس 2019، وقد تم نشر هذا الرأي بالجريدة الرسمية عدد: 6780 بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص: 3097.

3- ونلاحظ على التشريع الجزائري أنّ موقفه من تسمية العمليات المصرفية الخاصة بالبنوك التشاركية غير ثابت، بحيث كان في ظل القانون رقم 18-02 يطلق على هذه العمليات إسم " العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية"، وبعد نسخ القانون الجزائري استعمل كلمة إلغاء- القانون رقم 18-02 بمقتضى المادة 23 من القانون 20-02 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 (15 مارس 2020)، أصبح يطلق عليها تسمية "العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة التشاركية"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد: 16، بتاريخ 29 رجب عام 1441 هـ، الموافق 24 مارس 2020، ص: 32-35.

4- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد: 58، 15 جويلية 2016، ص: 2516.

يتولى بمقتضاها بنك أو مؤسسة مالية بناء على طلب حريف بصفته مستنصعا تمويل صنع منقول أو عقار موصوف وصفا يحدّد نوعه وقدره وخاصياته. ولوفاء البنك أو المؤسسة المالية بالتزاماتها، تعقد مع من يتولى صنع ما التزمت به من منقول أو عقار موصوف وصفا يحدّد نوعه وقدره وخاصياته، ويسمّى المتعاقد معه صانعا. ويتولى البنك أو المؤسسة المالية قبض المصنوع منه وتمكينه من ثمنه، ثم يتولى تسليمه للمستنصع مقابل ثمن محدد يتم خلاصه في آجال محدودة ودون ربط بين العقدين".

وعليه، بعدما كان هناك فراغ يعتري التشريع المغربي بخصوص تنظيم عقد الاستصناع سنة 2017 أصبح يُعدّ منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 2017 كما عدل وتمم، هو الإطار القانوني الخاص لعقد الاستصناع، إلى جانب الإطار القانوني العام المتمثل في القانون 103.12 وقواعد قانون الالتزامات والعقود، إذ يطرح التساؤل حول مدى توفيق المشرع المغربي في ضبط أحكام عقد الاستصناع من خلال هذا المنشور؟ لكن قبل التصدي لهذا التساؤل لابد ولزاماً علينا التطرق للضبط الفقهي لعقد الاستصناع من خلال موقف الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الضبط الفقهي والقانوني لأحكام عقد الاستصناع

بعد التأصيل الفقهي والتأطير القانوني لعقد الاستصناع يتحتم علينا إذن الخوض في مناقشة أحكامه وضبطها سواء من حيث التكوين أو الآثار المترتبة عنه حسب آراء الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، أو من حيث إمكانية إعمال قواعد قانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة (المطلب الثاني) من أجل ضبط أحكامه ومناقشتها من الناحية القانونية.

المطلب الأول: الأحكام الفقهية والقانونية النازمة لعقد الاستصناع - من حيث الشروط والآثار-

إن نشوء عقد الاستصناع يستلزم بالضرورة توفر أركانه العامة شأنه في ذلك شأن سائر العقود، لكنه يتطلب بالإضافة إلى ذلك مجموعة من الشروط الخاصة به (الفقرة الأولى)، وتبعاً لذلك تترتب عنه مجموعة من الآثار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: من حيث شروط عقد الاستصناع

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، نجد أن لعقد الاستصناع مجموعة من الشروط الخاصة به، نوردتها

كما يلي:

1- أن يتضمن العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتكوين العلم به، حيث يقول العلامة الكاساني "وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلوماً بدونه"¹.

2- أن يكون الاستصناع في الأشياء التي جرى التعامل بها عرفاً، وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة أمثلة لذلك فقالوا؛ مثل استصناع "الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ونحو ذلك"².

غير أنه من الجدير التنويه، أنّ هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها الحصر بل أرادوا التمثيل بها فقط، ولذلك قد تختلف من عصر إلى عصر آخر كَثْرَةً وَتُلَّةً وَشُيُوعًا وَنُدْرَةً، ولذلك نصت مجلة الأحكام العدلية على أمثلة من قبيل: البنديقية والسفن الحربية والتجارية التي لم تكن موجودة في العصور السابقة³.

3- أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيراً أم طويلاً، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لا بد أن يذكر معها الأجل، غير أن الحنفية اختلفوا في هذه المسألة فاشتراط أبو حنيفة أن لا يكون في عقد الاستصناع أجل، فإذا وُجِدَ فيه أجل أصبح سَلْمًا، حيث قال الكاساني: "فإن ضُربَ للاستصناع أجلاً صار سَلْمًا حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البَدَلِ في المجلس، ولا خيار لو احد منهما إذا سَلَّم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه السَلْمُ، وهذا قول أبي حنيفة، لكن أبو يوسف ومحمد ذهبا إلى أن ليس بشرط بل هو استصناع على الحال، سواء ضرب له الأجل أم لا"⁴.

والذي يظهر رجحانه هو ضرورة وجود المدة، وذلك لأن عقد الاستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو من شأنه لا بد فيه من تحديد المدة حتى لا يؤدي ذلك إلى النزاع والخصام قياساً على الإجارة، وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنع يريد التعجيل، فإذا لم يكن في العقد تحديد للمدة أدى بلا شك إلى نزاع، وعلماؤنا اتفقوا على منع كل ما يؤدي في العقود إلى النزاع، ولذلك منعوا الجهالة الفاحشة في المعاوضات، لأنها تؤدي إلى النزاع⁵.

أم من الناحية القانونية، يجب لإبرام عقد الاستصناع وصحة الالتزامات المترتبة عليه ضرورة توفر الأركان اللازمة لإبرام العقود بجميع أحكامها، والمتمثلة في الأهلية والرضا والمحل والسبب، والتي نصّ

1- علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت_لبنان، الطبعة الأولى 1911، ص: 3.

2- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص: 3.

3- علي محيي الدين علي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 2011، ص: 141.

4- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص: 3.

5- علي محيي الدين علي: المرجع السابق، ص: 143.

عليها المشرع المغربي في الفصل الثاني من ق.ل.ع بقوله: " الأركان¹ 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".

أم بخصوص الشروط أو ما يصطلح عليها بالمواصفات التقنية، فقد حددها منشور والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 2017 كما عدل وتم بالمشور رقم 2 /و/ 2019²، حيث إذ نجده وضع مجموعة من الشروط التي يجب توفرها لإبرام عقد الإستصناع والتي تشكل في مجموعها قواعد تقنية تضبط عملية الإستصناع بين الصانع والمستصنع وبين الصانع وشخص ثالث، ويمكن إجمالها في التالي:

1- يشترط في الشيء المصنوع موضوع عقد الإستصناع ألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها طبقاً لنص المادة 69-2، ويجوز أن يكون المصنوع منقولاً أو عقاراً موصوفاً في الذمة عملاً بنص الفقرة الأخيرة من المادة 69-1.

2- ضرورة تحديد مواصفات المصنوع في عقد الإستصناع وصفاً نافياً للجهالة ويمكن من معرفته معرفة تامة بين الأطراف، بحيث لا يجوز أن يكون المصنوع معيناً بذاته عند إبرام عقد الاستصناع طبقاً لنص المادة 69-4.

3- لا يشترط عند إبرام عقد الاستصناع عملاً بمقتضيات المادتين 69-1 والفقرة الثانية من المادة 69-4 أن تكون مواد الصنع في ملكية الصانع، ولكن يمكن الاتفاق بين الصانع والمستصنع أن تكون مواد الصنع مملوكة لأحدهما.

4- تحديد الثمن في عقد الاستصناع بأن يكون ثابتاً ومعلومًا بين الأطراف، ويجوز فيه -أي في الثمن- أن يكون نقداً أو عيناً أو أن يكون عبارة عن منفعة أو استغلال للمصنوع من طرف الصانع لمدة محددة، شريطة أن لا تكون ديون الصانع التي على المستصنع هي ثمن المصنوع جزئياً كان أو كلياً، وبالاكتفاء على نص المادة 69-5 فيجوز تأجيل الثمن أو تعجيله، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يجوز تخفيض الثمن المتفق عليه، إذا لم يكن ذلك مشروطاً في العقد.

5- ومن بين أهم شروط عقد الاستصناع، ما نصت عليه المادة 69-6 بخصوص كيفية تحديد أجل أو آجال تسليم المصنوع، وكذا إمكانية مراجعة كفاءات التسليم أو استبدال مكونات المصنوع في حالة عدم توفرها في الأسواق، وارتباطاً بشرط التسليم قند نصت المادة 69-9 على أنه: " يمكن أن ينص عقد الاستصناع على أنه في حالة تخلف الصانع عن إتمام تسليم ما تعهد بصنعه كلياً أو جزئياً، دون عذر معتبر شرعاً، يمكن

1 - وردت في النص الفرنسي عبارة " les éléments " "العناصر" بدل الأركان كما جاء في الترجمة العربية؛ فالعناصر تستغرق الأركان وشروط الصحة، أما الأركان فهي أجزاء الماهية التي تختل باختلال بعضها. والملاحظ أن الأهلية من حيث المبدأ ليست ركناً، لأنها لا تعتبر من أجزاء الماهية وإنما من شروط الصحة.

وبذلك يمكن صياغة الفقرة 1 من الفصل 2 أعلاه كالتالي: العناصر اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: ...
2- انظر(ي): الفقرة التي خصصتها للإطار القانوني المنظم لعقد الاستصناع.

فسخ العقد مع استرداد ما دفعه المستصنع من الثمن، كما أن لهذا الأخير أن يطالب الصانع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به، غير أنه يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه إذا تعذر على الصانع تسليم ما تعهد بصنعه كلياً أو جزئياً بسبب معتبر شرعاً، بغير تقصير منه أو مطلقاً، جاز تمديد أجل التسليم دون تغيير في الثمن¹.

6- كما أن المنشور من خلال المادة 69-8 نصّ على عدم جواز أن يضمن في عقد الاستصناع إمكانية استبدال المصنوع موضوع العقد في حالة عدم القدرة على التسليم من طرف الصانع، كما لا يجوز إبرام أكثر من عقد استصناع واحد في شأن نفس المصنوع وبين نفس الأطراف عملاً بنص المادة 69-7.

الفقرة الثانية: من حيث آثار عقد الاستصناع

يترتب على عقد الاستصناع مجموعة من الآثار، لكن ما يتعين الإشارة إليه فيما يتعلق بآثار عقد الاستصناع أن هناك اختلافاً حول لزوم هذا العقد من عدمه، ولفه الإسلامي تفصيل في لزومه حسب مراحل وهي كالتالي:

- **المرحلة الأولى:** بعد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الأحناف، وفي هذا الصدد يقول العلامة الكاساني "وأما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين، لأن القياس يقتضي أن لا يجوز لما قلناه، وإنما عرفنا جوازه استحساناً لتعامل الناس به، فيبقى اللزوم على أصل القياس²".

- **المرحلة الثانية:** هي بعد إجراء العقد وبعد الفراغ من العمل لكن قبل أن يراه المستصنع، ففي هذه الحالة أيضاً غير لازم، حتى كان للصانع أن يبيعه ممن يشاء، هكذا ذكر في الأصل لأن العقد ما وقع على العين المعمول، بل على مثله في الذمة³.

- **المرحلة الثالثة:** هي إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره أمام المستصنع أو وكيله، وحينئذ إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا، فإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ على ضوء شروط العقد، وأما إذا كان فيه عيب يضر

1- حيث نجد أن هذه المادة حدّدت شروط التسليم وتقنياته بالنسبة للصانع، أم بالنسبة للتسديد من طرف المستصنع الذي يقابل التسليم بالنسبة للصانع، فقد نصت المادة 69-11 على أنه: "يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه حال توقف العميل بصفته المستصنع عن التسديد بعد تسلمه المصنوع كلياً، دون عذر معتبر شرعاً، يجب عليه: - دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط ثمن المصنوع في ذمته بعد إرسال إشعار من المؤسسة، بصفته الصانع أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائياً فور التوقف عن التسديد، - دفع تعويض للمؤسسة (بصفته صانعة) عن الأضرار الفعلية التي لحقتها بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته".

2- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص: 4.

3- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص: 3 و 4.

بالقيمة في عرف التجار، فإن المستصنع بالخيار¹، وقد نصت المادة 392 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة... كان المستصنع مخيراً".

والراجح هو التفرقة بين إتمام المصنوع ووجود عيب فيه حيث يكون له الخيار، وبين عدم إتمامه على صورته المطلوبة حيث يطالب بتنفيذه، أو بعبارة الفقهاء؛ "فوات الجنس وفوات الوصف"، حيث يؤدي فوات الجنس إلى بطلان العقد أو فساد، بينما يؤدي فوات الوصف إلى حق الخيار²، وإذا كان مطابقاً للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد فقط سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار، هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وروي عن أبي حنيفة أن لكل منهما الخيار، وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما³.

وبعدما وضحنا مسألة لزوم عقد الاستصناع من عدم لزومه بين الأطراف، سنحاول بسط مختلف الآثار التي تترتب عن قيام عقد صحيحاً، والمتمثلة في:

1- ثبوت التملك للمستصنع في الشيء المنصوع، وثبوت التملك للصانع في الثمن المتفق عليه، وما ينبغي التنبيه إليه أن ثبوت ما ذكرناه يعد غير لازم عند الأحناف، وقال الكاساني في ذلك: "وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم"⁴.

وبخصوص هذا الأثر نجد أن منشور والي بنك المغرب أشار إليه في المادة 69-1 التي تؤكد أن عقد الاستصناع يؤدي إلى تسليم المصنوع للمستصنع ودفع هذا الأخير الثمن للصانع، وفق آجال التسليم التي تم الاتفاق عليها في عقد الاستصناع⁵.

2- أن يقوم الصانع بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة، وهذا هو مقتضى عقد الاستصناع ولذلك ليس من حقه أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين، كما يكون للمستصنع حق الخيار بين تسلم الشيء المصنوع أو نقضه إذا كان غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، وإلا فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه⁶، في حالة المخالفة أي أن المصنوع أنجز طبقاً للمواصفات المتفق عليها في عقد الاستصناع.

1- وهذا الأثر ما هو إلا تجسيد لمبدأ الرضائية في العقود.

2- علي محيي الدين علي: المرجع السابق، ص 147.

3- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص 4.

4- علاء الدين الكاساني: المرجع السابق، ص: 3.

5- كأحد الشروط التي يجوز تضمينها في عقد الاستصناع، كما بين ذلك في الفقرة الأولى من هذا المطلب.

6- علي محي الدين القره داغي: عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، مقال منشور على الموقع الإلكتروني

www.qaradaghi.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 31/مارس/2020 على الساعة 22:21.

ونجد أن القانون المغربي انتبه إلى هذا الأمر، ونصّ على الضرورة أن يسلم المصنوع وفق المواصفات التي تمّ الاتفاق عليها بين الأطراف، تحت طائلة تحمل المسؤولية العدية المترتبة عن ذلك، وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 69-6 من المنشور التي جاء فيها على أنه: "إذا ثبت أن المصنوع لم يتم إنجازهُ وفق المواصفات المتفق عليها، حق للمصنوع في هذه الحالة إما قبول ما قدم له أو مراجعة ثمنه (باتفاق بينهما)، أو فسخ العقد مع ترتيب الآثار على ذلك بخصوص ثمن المصنوع...".

3- عدم بطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين ما دام التنفيذ ممكناً بل الورثة يحلون محلها، إلا إذا نصّ العقد خلاف ذلك¹، أما الحنفية فقد قاسوا الاستصناع في بطلانه بموت الصانع في الإجارة²، وبالرجوع لمنشور والي بنك المغرب نجد أنه لم يتطرق إلى هذه النقطة التي تعتبر من أهم الآثار المرتبطة بعقد الاستصناع، ولكنه بمقتضى المادة 69-1 يحيل على مقتضيات البابين الأول والثاني من عقد البيع المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وبالرجوع إلى هذه المقتضيات لا نجد نصاً صريحاً يحدد لنا الحكم الواجب اتباعه في حالة وفاة أحد طرفي عقد البيع سواء البائع أو المشتري، لذلك فلا يسعنا للخروج بحل قانوني لهذه الوضعية القانونية سوى الرجوع إلى المقتضيات العامة الواردة في الكتاب الأول وخاصة الأحكام المتعلقة بالفصل 229³ من قانون الالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: إعمال قواعد قانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة في ضبط عقد الاستصناع

إنّ طرحنا لفرضية إعمال قواعد قانون الالتزامات والعقود وباقي القوانين الخاصة، كان بناءً على القصور وضعف التنظيم الذي يعترى عقد الاستصناع سواء على مستوى القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها أو منشور والي بنك المغرب، الشيء الذي جعلنا نطرح تساؤلاً مؤداه هل يمكن الارتكان للقواعد المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود وباقي القوانين الخاصة لسد الفراغ الذي يعترى بعض جوانب التنظيم الخاصة بعقد الاستصناع؟ هذا التساؤل سنحاول الإجابة عنه من خلال فقرتين، بدايةً:-

الفقرة الأولى: سريان قواعد قانون الالتزامات والعقود على عقد الاستصناع

يعد عقد الاستصناع شأنه شأن باقي العقود في حالة المنازعة حول مقتضياته دائماً ما يرجع للإطار القانوني المنظم له، لكن الإطار القانوني لعقد الاستصناع يعتريه النقص وعدم التطرق لجميع المسائل المرتبطة به، لذلك فلا مناص سوى الرجوع وتطبيق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، بدايةً من تاريخ

1- علي محي الدين القره داغي: المرجع السابق.

2- أحمد ابن جزي الغراطي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 2013، ص 276.

3- وينص الفصل 229 على أنه: " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضاً بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحاً به أو ناتجاً عن طبيعة الالتزام أو عن القانون. ومع ذلك، فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم. وإذا رفض الورثة التركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم".

انعقاد الاستصناع إلى زواله من الوجود بين الأطراف، هاته المرحلة الواقعة بين الوجود والزوال بل حتى بعد نهاية عقد الاستصناع قد تعثر بها جملة من الصعوبات، التي يجب الفصل فيها، ونشير في هذا الصدد لبعض القواعد المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، والتي يمكنها إعمالها في عقد الاستصناع وذلك حسب الحالة، وهي كالتالي:

1- ضمان عيوب المصنوع: بعد تقديم البنك للشيء المصنوع للمستنصع قد تظهر به عيوب، حسب الشيء المصنوع هل هو عقار أم منقول؟، نجد أن منشور والي بنك المغرب تفتن لهذا الأمر ونص في الفقرة الثالثة من المادة 6-69 على أنه: "يضمن البائع عيوب الشيء المصنوع إذا كان ذلك ناتجا عن فعله أو تقصيره، وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بعيوب خفية، تحدد مدة الضمان بين الأطراف".

فبالقراءة الأولى لهذه المادة نجد أنها كرّست القاعدة المضمنة في الفصل 573 من قانون الالتزامات والعقود، والمتمثلة في منح الأطراف إمكانية تحديد مدة ضمان العيوب الخفية حسب اتفاقهم، والمشرع يحيل بموجب المادة 1-69 من المنشور على قواعد الضمان الخاصة بعقد البيع الواردة في قانون الالتزامات والعقود، وكما هو معلوم فمدة ضمان العيوب الخفية في قانون الالتزامات والعقود محدد في سنة بالنسبة للعقارات و شهر بالنسبة للمنقولات عملا بنص الفصل 573 الذي ينص على أنه: " كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال الآتية، وإلا سقطت: - بالنسبة إلى العقارات، خلال 365 يوما بعد التسليم؛ - بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553. ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 على سقوط دعوى ضمان العيب"¹، ونلاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع منح للأطراف إمكانية الاتفاق على تمديد أو تقصير آجال دعوى ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في نفس الفصل، وهو فقط ما كرّسته مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 6-69 من منشور والي بنك المغرب، لكن هذا المقتضى المكرّس في المادة 6-69 يطرح أكثر من تساؤل سيما إذا كان الطرف المستنصع في عقد الاستصناع يتصف بوصف المستهلك، فهل تسري في حقه مقتضيات منشور والي بنك المغرب أم مقتضيات القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك² ؟

1- وتجدر الإشارة أن الفقرة الثانية من المادة 65 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والتي تنص على ما يلي: "غير أن أحكام البند الثاني من الفصل 571 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود لا تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد".

- والقانون 31.08 منشور بالجريدة الرسمية عدد: 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص: 1072.

2- سنجد عن هذا التساؤل وسنحدث عن فرضية تطبيق قواعد القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

2- **الشرط الجزائي:** هو ذلك الشرط الذي يتم إدراجه في العقود يتم بموجبه تحديد مبلغ من التعويض يستحقه الطرف المتضرر جراء الإخلال بالالتزام التعاقدية الصادر من الطرف الآخر، وقد وقع اختلاف في الفقه الإسلامي بين من أجاز إدراج هذا الشرط في عقد الاستصناع وبين من لم يجز ذلك، إلا بشرط أن يقدر مبلغ التعويض عند وقوع الضرر وليس أثناء إبرام العقد، وإذا تمّ تحديد المبلغ في بداية العقد فسد الشرط دون العقد¹.

أم من الناحية القانونية، نلاحظ أن منشور والي بنك المغرب أجاز للأطراف اتخاذ جميع الضمانات القانونية لضمان حقوقه تجاه الطرف الآخر، حيث نصت في المادة 69-10 على أنه: "يجوز للصانع أو المستصنع في عقد الاستصناع الحصول على الضمانات المناسبة من أجل ضمان حقوقه لدى الطرف الآخر، من بين الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل..."، ومما لا شكّ فيه أنه من بين الضمانات القانونية لحماية الأطراف لحقوقهم في العقود المبرمة بينهم بما فيها عقد الاستصناع هي إدراج الشرط الجزائي في العقد، وبموجب الإحالة الواردة في المادة 69-10 فلا مناص من إعمال مقتضيات الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود سواء من قبل أطراف عقد الاستصناع أو من قِبَلِ القاضي عند وجود المنازعة بخصوص هذا الشرط، والذي ينص على أنه: "تنص الفقرات الثلاث الأخيرة من الفصل أعلاه على ما يلي: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه. يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً، ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي. يقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك".

3- **المسؤولية التعاقدية في عقد الاستصناع:** إن المسؤولية التعاقدية سواء من حيث تحملها أو الإعفاء منها فلا مناص من إعمال القواعد المتعلقة بمطل الدائن المنصوص عليها في الفصول 254² وما يليه من قانون الالتزامات والعقود، خاصة في الشقّ المتعلق بالإعفاء منها عن طريق القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وكذا التيسير في تنفيذه عن طريق اللجوء لمقتضيات الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بمنح مهلة الميسرة³، خاصة في ظل غموض منشور والي بنك المغرب الذي أشار بشكل عابر إلى بعض مقتضيات القانونية المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية للصانع⁴ والمستصنع⁵.

1- للتعمق أكثر حول موضوع إدراج الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، انظر(ي):
- عبد الكريم بن محمد اسماعيل: مدى استحقاق المستصنع مبلغ الشرط الجزائي عند إخلال الصانع بالالتزام في الفقه لإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 27، العدد 2، الرياض 2015، ص 137.
2- جاء في الفصل أعلاه ما يلي: " يكون المدين في حالة مَطْل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه، كلياً أو جزئياً، من غير سبب مقبول".
3- تنص الفقرة الأخيرة من الفصل أعلاه على ما يلي: " ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوا أجلاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".
4- بخصوص ما ضمن في المنشور حول المسؤولية التعاقدية للصانع أنظر(ي) الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 69-6 والمادة 69-9.
5- أم بخصوص مقتضيات المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية للمستصنع الواردة في المنشور والي بنك المغرب انظر(ي) المادة 69-11

هذه كانت فقط إشارات لبعض القواعد التي يمكن إعمالها في عقد الاستصناع لسدّ النقص والثغرات التي تعترى تنظيمه، لكن هذا التصدي لسد النقص لن يكتمل إلا بإعمال المقتضيات المنصوص عليها في جل القوانين الخاص ذات الصلة، وهذا ما سنعمل على بيانه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: سريان القواعد المنصوص عليها في قوانين خاصة على عقد الاستصناع

سنحاول من خلال هذه الفقرة تبيان الكيفية التي يمكن من خلالها إعمال بعض القواعد المنصوص عليها في قوانين خاصة على عقد الاستصناع، سيما أن هذا الأخير قد ينصبّ على علاقة يكون أحد أطرافها يتّصف بوصف المستهلك ومن تمّ تطرح مسألة استفادته من القواعد الحمائية التي جُلها من النظام العام المنصوص عليها في القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بالإضافة إلى أن عقد الاستصناع غالبا ما يستعمل كآلية للتمويل خاصة في مجال البناء، عن طريق إنجاز عقارات أو منشآت معمارية الشيء الذي تطرح معه فرضية وإمكانية تطبيق المقتضيات القانونية المنصوص عليها في القانون رقم 44.00 المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز¹، لذلك سنحاول توضيح بعض النقط بداية بـ:

1- تطبيق قواعد القانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك على عقد الاستصناع: إن نطاق إعمال قواعد القانون رقم 31.08 يقتضي بأن يكون العميل-المستصنع- الذي يتعامل مع البنك التشاركي في إطار عقد الاستصناع، يتصف بوصف المستهلك كما عرفه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل الثاني التي جاء فيها: " يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي..."، فالشخص العميل-المستصنع- الذي يبرم عقد استصناع مع البنك التشاركي ويدخل في نطاق مفهوم المستهلك أي غايته الاستعمال الشخصي أو العائلي للمصنوع، سيتمتع في نظرنا لا محالة بالقواعد الحمائية التي تكون سندا ودعامة له في مواجهة البنك التشاركي، من قبيل الحماية من الشروط التعسفية المنصوص عليها في الفصل 15² من القانون رقم 31.08، خاصة اشتراط الصانع البراءة من العيوب.

وبخصوص الضمان في العيوب الخفية في عقد الاستصناع كأحد النقط التي تحدثنا عنها أعلاه³، تثير إشكالا إذا كان المستصنع يتصف بوصف المستهلك، والذي يتمثل في وجود نوع من عدم الانسجام بين ما

¹ - الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 932.
² - ينص الفصل 15 على ما يلي: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك.
دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، تطبيق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد، وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذن الضمان والقوائم أو أذن التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا".
³ - انظر(ي): الفقرة الأولى من هذا المطلب، والمتعلقة بإعمال قواعد قانون الالتزامات والعقود.

نصّ عليه المنشور في الفقرة الثالثة من المادة 69-6 وما تنص عليه المادة 65¹ من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، لأن هذه الأخيرة اعتبرت أن أجال الضمان في دعوى العيوب الخفية من النظام العام ولا يجوز تقصيرها باتفاق المتعاقدين، عكس ما جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة 69-6 التي أعطت الحرية الكاملة للصانع والمستصنع في تحديد مدة ضمان العيوب الخفية حسب اتفاقهم، إذ يمكنهم حسب نص المادة 69-6 من المنشور أن يتفقوا على أجل أقل من الوارد في المادة 65 من القانون 31.08، وهذا الذي لا ينسجم مع فلسفة حماية المستهلك.

كذلك الاستفادة من الإمهال القضائي المنصوص عليه في الفصل 149² من القانون رقم 31.08 في حالة وجود صعوبات واقعية وقانونية في سداد ما بذمة المستصنع في عقد الاستصناع، كما أنه في حالة المنازعة فإن الاختصاص القضائي ينعقد لموطن أو محل إقامة المستصنع بالرغم من وجود أي شرط مخالف في العقد³، هذه كانت فقط بعض الإشارات للقواعد التي يمكن أن يستفيد منها المستصنع الذي ينطبق عليه الوصف المنصوص عليه في الفصل 2 من القانون رقم 31.08، في ظل الغموض الذي يعتري منشور والي بنك المغرب بخصوص المستصنع الذي يتصف بوصف المستهلك.

2- تطبيق قواعد القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز: لقد سبق لنا الإشارة على أن عقد الاستصناع ينصب في الغالب الأعم على عمليات التمويل التي تهتم ببناء المشاريع العقارية كوسيلة لتسهيل عملية البناء، وعليه كلما انصبَّ عقد الاستصناع على إنجاز عقار في المستقبل لصالح المستصنع، فلا ضير من إعمال القواعد المنصوص عليها في القانون رقم القانون 44.00 كما عدل وتمم بالقانون 107.12، كتفسيط الأداء حسب تقدم الأشغال وكذا التعويضات الملقاة على عاتق الطرفين في حالة الإخلال بالتزاماتها، وكذا الحق للمستصنع في الاستفادة من مكنة التقييد الاحتياطي لحقه المنصب على العقار في

1- والتي تنص على أنه: "تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والواردة في الفصول من 549 إلى 575 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. غير أن أحكام البند الثاني من الفصل 571 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود لا تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد.

خلافًا لأحكام المواد 573 و553 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية، وإلا سقطت:

- بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم؛

- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.

ولا يسوغ تقصير هذه الأجل باتفاق المتعاقدين".

2- ينص الفصل 149 على ما يلي: "بالرغم من أحكام الفقرة 2 من الفصل 243 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يمكن ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة. ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ المستحقة لا تترتب عليها فائدة طيلة مدة المهلة القضائية.

يجوز للقاضي، علاوة على ذلك أن يحدد في الأمر الصادر عنه كيفية أداء المبالغ المستحقة عند انتهاء أجل وقف التنفيذ، دون أن تتجاوز الدفعة الأخيرة الأجل الأصلي المقرر لتسديد القرض بأكثر من سنتين. غير أن له أن يؤجل البت في كيفية التسديد المذكورة إلى حين انتهاء أجل وقف التنفيذ".

3- وهذا ما نصّ عليه المشرع في الفصل 202 من القانون 31.08 الذي جاء فيه: "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".

طور الصنع -أي البناء- بشرط تجاوز 50% من التسبيقات من الثمن المتفق عليه، وذلك حسب مقتضيات المادة 618-10 من القانون 144.00¹.

كما يحق للمستصنع في عقد الاستصناع المنصب على بناء عقار في أعمال مقتضيات القانون 44.00 فيما يخص الحق في التراجع عن العقد المبرم بينه وبين الصانع أي المؤسسة البنكية، وذلك بموجب التراجع عن عقد التخصيص وطبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 618-3 مكرر ثلاث مرات².

الخاتمة:

لقد حاولنا من خلال هذا المقال استقراء تعامل الفقه الإسلامي مع عقد الاستصناع ومقارنته مع ما نص عليه المشرع المغربي، ومن الصعب الخروج بتصوير مكتمل حول مدى سداد تعامل المشرع المغربي مع عقد الاستصناع، نظراً لأن هذا الأخير لازال فتياً سواء على مستوى التشريع المغربي أو على مستوى تعامل البنوك التشاركية به كأحد المنتجات التي تقدمها لزبائنها.

لذلك حاولنا جاهدين المرور على أبرز القواعد والأحكام الفقهية والقانونية المرتبطة بعقد الاستصناع، تلك التي تمتد في السياق الزمني قبل تنظيم عقد الاستصناع في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها من خلال التعرض آراء الفقه الإسلامي، وما بعد تنظيم عن هذا العقد ضمن مقتضيات القانون رقم 103.12 ومنوشر والي بنك المغرب رقم 1 /و/ 2017 كما عدل وتم بالمنشور رقم 1 /و/ 2019.

ولكي لا نقف موقفاً سلبياً تجاه الموضوع، سنذلي ببعض الإقتراحات حول موضوع عقد الاستصناع، بناء على ما اطلعنا عليه وهي كالتالي:

1- وينص الفصل 618-10 من ق.ل.ع الذي تم إدخاله بمقتضى القانون 44.00 المعدل والمتمم بمقتضى القانون 107.12 على أنه: "يجوز للمشتري، إذا كان العقار محفظاً، أن يطلب إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي إذا تجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع. ويبقى التقييد الاحتياطي سارياً إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق المشتري. وكل شرط مخالف يعتبر باطلاً.

يبقى التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع. بمجرد إجراء التقييد الاحتياطي، يمنع على المحافظ على الأملاك العقارية تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع. يتم تعيين رتبة العقد النهائي بأثر رجعي بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي. يقوم المحافظ على الأملاك العقارية أثناء تقسيم الملك موضوع الرسم العقاري الأصلي، بنقل كل تقييد احتياطي مضمن بهذا الرسم إلى الرسم العقاري الفرعي المتعلق به".

2- وينص الفصل 618-3 مكرر ثلاث مرات على ما يلي: "يحق للمشتري التراجع عن عقد التخصيص داخل أجل لا يتعدى شهراً ابتداء من تاريخ إبرام عقد التخصيص. يجب على البائع في حالة تراجع المشتري عن عقد التخصيص، أن يرجع للمشتري المبلغ المدفوع كاملاً داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام ابتداء من تاريخ ممارسة هذا الحق. وتحدد صلاحية عقد التخصيص في مدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوماً إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة. يودع البائع المبالغ المالية المؤداة من طرف المشتري عند إبرام عقود التخصيص، وذلك في الحدود المقررة في الفصل 618-6 أذناه في حساب بنكي خاص في اسم البائع. وتكون هذه المبالغ المالية المودعة غير قابلة للتصرف أو الحجز إلى حين انقضاء أجل حق التراجع المتعلق بكل عقد. وفي المقابل يتسلم المشتري وصلاً بالإيداع".

- ❖ وجوب أعمال مبدأ التيسير وذلك عن طريق إعادة النظر فيما قاله منكري ومانعي التعامل بعقد الاستصناع، لأن النصوص متناهية والحوادث لا متناهية، وهو ما عبره عنه عمر بن عبد العزيز بقوله: " تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، فكذلك تحدث لهم مرغبات في الخير بقدر ما أحدثوا من الفتور"، حيث نرى بضرورة صياغة أحكام فقهية جديدة مستقاة من الأصول السمة العامة للشريعة الغراء على ضوء مستجدات العصر، سيما أن مصلحة الناس اقتضت العمل بعقد الاستصناع والمصلحة هي ضالة الإسلام وأينما وجدت فتم شرع الله.
- ❖ توضيح الطبيعة القانونية لعقد الاستصناع، لكي لا يكون هناك تعارض بين النصوص القانونية التي تتداخل خيوطها مع عقد الاستصناع، خاصة تبيان حكم انعقاد الاستصناع هل هو لازم أم لا؟، لأن عقد الاستصناع قد ينصب - كما سبق الذكر - على عمليات بناء العقارات والمنشآت المعمارية التي ينظمها القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز كما عدل وتمم بالقانون 107.12، وهذا الأخير يشترط إبرام عقدين أحدهما ابتدائي والآخر نهائي لنقل الملكية إلى المشتري، لأن المشرع أحال على مصادقة اللجنة الشرعية بالمجلس العلمي الأعلى، وهذا الأخير سيبيني رأيه لا محالة على آراء الفقه الإسلامي التي أجازت التعامل بعقد الاستصناع والتي جلتها أو معظمها تذهب إلى القول بأن الاستصناع عقد لازم منذ بداية ولا ضرورة لإبرام عقد آخر في نهاية عملية الصنع، وهذا الذي لا يستقيم مع رؤية المشرع المغربي في القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز.
- ❖ نقترح إعادة النظر في الصياغة التشريعية التي نظم بها عقد الاستصناع، لأننا نعيب على الطريقة التشريعية المشرع المغربي مع عقد الاستصناع، بداية من عدم تنظيمه مع باقي منتجات البنوك التشاركية سنة 2017، واستغرق الأمر قرابة سنتين لينظم سنة 2019، إلا أن هذا التنظيم رغم تأخره مقارنة مع باقي منتجات البنوك التشاركية، فقد جاء ناقصا من حيث تبيان العلاقة بين القواعد المضمنة به وباقي القوانين ذات الصلة، ويعتريه نوع من عدم الانسجام مع باقي النصوص القانونية الخاصة كما تم بيان ذلك في متن الموضوع.

عقد البيع العرفي في التشريع المغربي

فاطمة الزهراء الوجدي وهدى عدلي باحثتين في سلك الدكتوراه
مخبر الدراسات القانونية والاجتماعية قانون الاعمال والاستثمار
جامعة محمد الأول - وجدة

مقدمة

احتل عقد البيع ماضيا وحاضرا مركز الصدارة ضمن العقود المسماة، لذا خصته معظم التشريعات المدنية المعاصرة بأحكام وقواعد مستقلة تتناسب مع حجم الأهمية التي يمتاز بها¹. وقد عرف المشرع المغربي عقد البيع في الفصل 478 من ق.ل.ع بأنه: "عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له". وأركان البيع العامة هي التي تطبق على سائر العقود، لا فرق بين عقد وآخر، إلى جانب الأحكام الخاصة التي يطبقها المشرع عند تنظيمه لبعض أنواع العقود². وإذا كان بعض الفقه يرى أن الأصل هو سلامة الرضى إلى أن يثبت العكس فهذا المبدأ العام لا ينبغي الأخذ به على إطلاقه، لما فيه من خطورة تهدد استقرار المعاملات بين الناس، وتحمل الساهرين على الإهمال وعدم الحرص والاحتراز قبل تلقي اتفاقيات الأطراف وإقراراتهم ووصاياهم وتدوينها في أوراق معينة، كما تشجع ذوي النيات السيئة على التآمر والتحايل وأكل أموالهم بينهم بالباطل وبذلك ينعدم الاستقرار ويكثر النزاع وتضيع حقوق العباد³. من هنا تبرز أهمية كتابة عقد البيع في محرر سواء كان رسميا أو عرفيا، وقد اشترط المشرع المغربي الكتابة بالنسبة لعقود خاصة كبيع العقارات مثلا إلا أنه ورغم الأهمية القصوى التي يحتلها بيع العقارات، فقد أعطى إمكانية تحريرها في عقود عرفية غالبا ما تثار حولها مشاكل عويصة، وذلك رغم السرعة في تحريرها.

1 - الدكتور عبد القادر العرعاري، عقد البيع، الطبعة الثانية 2009، مكتبة دار الأمان، الرباط، ص 9.
2 - فيلزم أن تسلم إرادة كل من البائع والمشتري من أي عيب يفسد إرادتهما: الغلط والتدليس والإكراه والغبن، وإلا كان البيع قابلا للإبطال لمصلحته كما يلزم أن يكون الشخص أهلا للالتزام.
3 - محمد مترعم، عقد بيع العقار وصناعة التوثيق في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة 1999، ص 120.

فما المقصود بعقود البيع العرفية؟ وكيف يتم إبرامها؟ ثم ما هي الضمانات التي تقدمها؟ وإذا كانت العقود العرفية تعرف مجالا واسعا للتحايل فكيف يمكن للمشرع المغربي التصدي للهفوات التي يشملها نظام البيوع العرفية؟

المبحث الأول: إنشاء عقود البيع العرفية

إن المحررات العرفية هي المحررات التي يقوم بتحريرها الأفراد، وتصنف الى نوعين: أوراق معدة للإثبات، وأوراق غير معدة للإثبات¹. و التي يعمل على إنشائها مجموعة غير محددة من الأشخاص (المطلب الأول)، كما أن المشرع قد اشترط في كتابتها مجموعة من الشروط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية العقود العرفية

إن الذين يمارسون التوثيق العرفي فئات مختلفة بعضها تخضع كل فئة لقوانين تبين كيفية ممارسة المهنة والانخراط فيها، وبعضها الآخر لا يخضع لأي تنظيم أو مراقبة.

ومن المهن التي أعطاها القانون حق تحرير العقود العرفية مهنة المحاماة ومهنة وكلاء الأعمال محرري العقود ثابتة التاريخ²، ووكلاء الأعمال أشخاص ذاتيون أو معنويون يمارسون أعمالا عقارية وتجارية، فهم يمارسون عمليات السمسرة بقصد بيع العقارات أو الأصول التجارية مثلا³.

وبالتالي فإن المحررات العرفية هي التي يقوم بتحريرها الأطراف أنفسهم مباشرة أو عن طريق الكتاب العموميين أو من غيرهم ممن لا صفة لهم بتحرير أو تلقي المحررات الرسمية أو إذا لم تتوفر في هذه الأخيرة بعض الشروط الأساسية وتحمل في الوقت نفسه ما يكفي لاعتبارها أوراقا عرفية.

وقد نص المشرع المغربي في الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود على المحرر الثابت التاريخ والذي هو محرر عرفي، وذلك استنادا إلى إقرار المجلس الأعلى والذي جاء فيه: "تصحيح التوقيع من لدن السلطة المختصة لا يضفي على الورقة الحاملة لذلك لتوقيع صيغة الرسمية فالمصادقة على التوقيع من طرف المصالح المختصة لا يعدوا أن يكون إلا إجراءات إداريا، وهو لا يضيف إلى السند الموقع أي قوة على مديونية المدين⁴.

وتجب الإشارة إلى أن هذه المحررات الأخيرة لا يعمل على تحريرها جميع الأشخاص الذين سبقت الإشارة إليهم، وإنما يحررها فقط محررو العقود الثابتة التاريخ المنتمين إلى مهنة قانونية منظمة والتي يسمح قانونها الداخلي بتحرير العقود، وهو ما أجمعت عليه كل القوانين الجديدة⁵.

1 - محمد أحمد عابدين، حجة الأوراق الرسمية والعرفية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية السنة والطبعة غير مذكورين، ص 12.
2- تنص المادة الأولى من القانون رقم 12.88 المتعلق بتنظيم مهنة وكيل الاعمال محرر العقود ثابتة التاريخ على أنه " تمارس - وفقا لأحكام هذا القانون - مهنة وكيل أعمال محرر العقود ثابتة التاريخ بصفتها مهنة حرة، من طرف كل شخص ذاتي يتكلف بتحرير العقود ثابتة التاريخ ما لم ينص قانون على خلاف ذلك.

يشار في هذا القانون الى وكيل الاعمال محرر العقود ثابتة التاريخ بوكيل اعمال¹¹.

3 - الدكتور عبد السلام العسري، اتحاد الطالب والعدل الموثق بالصيغ وفق الوثائق، طبعة 2008، ص 14.

4 - قرار المجلس الأعلى عدد 1697-4-1987 ملف عدد 386-92 مجلة المحامي، عدد 15، سنة 1989، ص 132.

5 - الجبالي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في وحدة القانون المدني، السنة الجامعية 1998-1999، ص 15.

وفي اعتقادنا فإن هذا أمر جيد، رغم انه أغلق الباب أمام الكتاب العموميين وبعض محرري العقود الذين لا ينتمون إلى المهن القانونية المنظمة، حيث أنه يعمل على وضع حد للتداعيات السلبية التي تحدث في ميدان البيوع العقارية، والإشكال المطروح هو بالنسبة لكتابة عقد البيع، فهل الكتابة شرط صحة أم وسيلة إثبات؟

لقد تناقضت وتعارضت مواقف القضاء المغربي بين شكلية عقد البيع ورضائيته. وركزت الاجتهادات القائلة بشكلية عقد البيع على عبارات الفصل 489 من ق.ل.ع.م التي تتطلب لصحة البيع الكتابة وثبوت التاريخ والتسجيل.

وعلى عكسها، اتجهت الاجتهادات القائلة برضائية عقد البيع إلى تبرير موقفها بالفصل 488 الذي لا يمكن عزله عن الفصل 489 من نفس القانون السابق الذكر¹.

ومن بين هذه القوانين مهنة المحاماة المنظمة بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر في 20 شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتنفيذ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل مهنة المحاماة كما تم تعديله و تتميمه، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 ص 4044. وقد ميزت المهن القانونية بين المحامي المقبول للترافع أمام المجلس الأعلى حيث يعتبر مؤهلا لتحرير هذه العقود بقوة القانون دون حاجة إلى ترخيص، وبقية المحامون ووكلاء الأعمال، وتعتبر العقود التي تنجزها المؤسسات العامة مثل مديريات المؤسسات الجهوية للتجهيز والبناء ذات الصلة بالمعاملات العقارية عقودا عرفية.

وقد تولد عن هذين الموقفين اتجاه يرجح بينهما وقد اعتبر أن النص العام الذي جاءت به المادة 488 لا تطبق على البيوع العقارية لكون المادة 489 قد جاءت لتخصيص الكتابة بالبيوع العقارية فقط. ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نثير نقطة جد مهمة، بالنسبة لعقد البيع العرفي، وهي البيانات التي يجب أن تتوفر عليها الوثيقة العرفية.

وهذه البيانات متعلقة بكل من أطراف التعاقد وبالشيء محل التعاقد.

فبالنسبة للأطراف، يجب إدراج هوية كل من المتصرف والمتصرف إليه².

كما يجب بيان الحالة المدنية للمستفيد، ووجوب تحقق المحافظ من هوية المفوت وأهليته، وكذا صحة الوثائق المدلى بها تأييدا للمطلب شكلا وجوهرا لإتمام بيع العقار، لهذا فإن للبيانات المتعلقة بالأطراف أهمية قصوى خصوصا من حيث ثبوت النسب وتحديد تاريخ الازدياد لضمان صحة التصرف، وهكذا فإن كان البيع حاصلًا مثلا لشخص في مرض الموت لأحد الورثة بغرض المحاباة فإنه لا يصح إلا بالنسبة

¹ - وأكد المجلس الأعلى نفس القاعدة بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 1986/04/02، حيث أكد خضوع البيع العقاري لمقتضيات الفصل 488 من ق.ل.ع.م وبأن عدم احترام الشكليات المنصوص عليها في الفصل 489 من ق.ل.ع.م لا تؤدي حتما إلى بطلان عقد البيع.

² - الجبالي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، م.س، ص 22.

للورثة الرشداً وبعد إجازتهم، ولغير الوارث لا يصح إلا كوصية في حدود الثلث طبقاً لمقتضيات الفصل 1479 من ق.ل.ع.

أما بالنسبة للمحل في عقد البيع، فيجب تحديده تحديداً جامعاً لمشتملاته مانعاً لما سواه، وذلك ما لن يتأتى إلا بمعرفة المحل معرفة كافية².

ومع الأسف الشديد فإن العقود العرفية تنعت بعدم الثقة في تحديد بياناتها، فهي إما ناقصة أو غامضة، وهو ما يفسر ارتفاع نسبة رفض تسجيل هذه العقود في المحافظات العقارية والتي تطلب تعزيز هذه العقود بملاحق لها، وهو ما يخلق إشكالية صياغة العقود العرفية خاصة في الميدان العقاري³.

يبقى أن نشير إلى أن العقود العرفية سواء في مجال البيع أو في مجال آخر، هي عقود يشوبها نقص من حيث الصياغة، كما أن كونها تحرر بأي لغة كانت حتى ولو كانت اصطلاحات محلية بالحبر أو بالقلم الرصاص أو بالآلة الكاتبة أو مطبوعاً⁴.

كما يرجع سبب ضعف صياغة العقود العرفية أنها غير خاضعة لشكل من الأشكال أو قيد من القيود⁵. وما يلاحظ من هذا، هو أن الأوراق العرفية خاصة في مجال البيع والشراء تعرف إقبال المتعاقدين على إبرامها، وذلك راجع لأسباب تتعلق بانخفاض تكلفتها وهزالة الأجور التي يتلقاها محرروها، إضافة إلى اعتقاد أكثر الناس المتعاملين بها بأن المحررون هو أشخاص محلفون.

وقد زكى ق.ل.ع.م اعتبار العقود العرفية دليلاً بين الأطراف حسب ما جاء في المادة 417 من نفس القانون⁶.

المطلب الثاني: توقيع وتصحيح عقود البيع العرفية

إنه من بين شروط المحررات العرفية التوقيع والتصحيح.

ويأتي التوقيع على عقود البيع عادة بعد عبارة "قرأ وتمت المصادقة عليه"، أو ما يرادفها، وهي تفيد قبول المقتضيات الواردة في عقد البيع⁷.

وحسب المادة 426 من ق.ل.ع.م: "يلزم أن يكون التوقيع بيد المستلزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، ويعتبر وجوده كعدمه".

1 - ونص هذا الفصل على أنه: "البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344، إذا اجري لأحد ورثته بقصد المحاباة، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية، أو اشترى منه شيء بثمن يجاوز قيمته.

2 - وذلك لأنه المعرفة تحقق هدفاً سامياً يتفادى ما قد يقع الأطراف فيه من خلال تصريح تم من خطأ أو سهو أو تدهور أو اندفاع أو شرع في الوصف، حيث لا يخلو هنا الأمر من صورتين إما أن ترجع المخالفة لمجرد خطأ مادي أو غفلة.

د.د عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديد، الدار البيضاء، 1995 ص 132 وكذلك:

3 - الجليلي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، م.س، ص 25.

4 - الدكتور احمد نشأت، رسالة الإثبات الجزء الأول، أركان الإثبات على الإثبات طرق الإثبات بالكتابة، شهادة الشهود، ص 263 وكذلك الجليلي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، مرجع سابق، ص 26.

5 - الجليلي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، مرجع سابق، ص 26.

6 - جاء غفي المادة 417 من ق.ل.ع.م ما يلي: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية".

7 - جيهان بونبات، الكتابة في عقد البيع العقاري، مقال منشور بندوة توثيق التصرفات العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمرآش يومي 11 و 12 فبراير 2005 المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص 441.

هذا النص أثار جدلا كبيرا يتعلق بالأشخاص الأميين الذين يتجهون إلى إبرام هذا النوع من العقود¹. كما أنه، ومن بين الإشكالات التي تثار بالنسبة للتوقيع هي التوقيع على بياض فإذا تمت كتابة البيانات بعد التوقيع وكانت مخالفة لما تم الاتفاق عليه، فإن ذلك يعتبر خيانة للأمانة بينما إذا تم الحصول على ورقة بطرق غير مشروعة وتمت كتابة بيانات مزورة تبطل الورقة لكل ذلك تزوير. أما إذا تعددت أوراق المحرر فإن يتم عند نهاية بنودها كما جرى به العمل، وبالتالي فلا لزام لتوقيع جميع الأوراق².

وتجدر الإشارة إلى أن تصحيح الإمضاءات العرفية في مجال البيع، هي الإشهاد أو شهادة الموظف العمومي على صحة التوقيع بعد الإدلاء بوثيقة رسمية تثبت هوية صاحب التوقيع درءا لكل تزوير أو غلط أو تدليس³.

وتتم عملية المصادقة على الإمضاءات من طرف المصالح المكلفة بالتأكد من مطابقة التوقيعات الموضوعه أسفل العقود المبرزة لما يوجد في بطاقة التعريف عامة أو أية وثيقة أخرى معترف بها رسميا⁴.

ويطرح الإشكال في هذا الصدد حول البصمة في العقود العرفية، فهل هذه العقود محل تصحيح بالبصمة وهل تعتبر صحيحة أو العكس؟ في هذا الإطار، نتفق مع الدكتور عبد الرحمان بلعكيد الذي قال: "يمنع على هذه السلطات تصحيح العقود المدلية بالبصمة"⁵.

المبحث الثاني: حجية المحررات العرفية في عقد البيع

إن المحررات العرفية تختلف وبطبيعة الحال عن المحررات الرسمية من حيث حجيتها. وحسب المادتين 424 و 425 فإن عقد البيع العرفي يثبت في مواجهة أطرافه أو الغير إذا اعترف به الشخص المنسوب إليه أو تبين بصفة قانونية في مواجهة الغير إلا إذا تحققت أمور معينة. وبذلك فإننا قسمنا هذا المطلب إلى فقرتين تناولنا في الأولى حجية عقد البيع العرفي بالنسبة لمضمونه، ثم في الفقرة الثانية حجيته بالنسبة لتاريخه.

المطلب الأول: حجية عقد البيع بالنسبة لمضمونه

ينص الفصل 431 من ق.ل.ع.م على أنه: "يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه، أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفا بها".

1 - المادة 427 تنص على أنه: «المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لقيمة إلا إذا تلقاها هو تعود أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك».

2 - وذلك تماثيا مع المشرع المغربي بقوله: "«au bas de l'acte»".

3 - محمد الربيعي، محررات الموثقين وحجيتها في الإثبات في التشريع المغربي، ص 96.

4 - الجبالي عكبي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، م.س، ص 38.

5 - الدكتور عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والتطبيق، ص 285.

وبالتالي فإن عقد البيع العرفي - وطبقا لهذا النص - تتوقف حجيته على عدم إنكاره وإلا تعين على من يحتج به أن يثبت صدوره ممن ينسب إليه التوقيع بطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط، فإذا ثبت من التحقيق صدور المحرر ممن وقعه عادت إليه حجيته¹.

وقد أكد هذا الفصل 89 من ق.م.م والذي أعطى للقاضي إمكانية صرف النظر عن نكران الخصم أو عدم اعترافه بما نسب إلى الغير، وإلا فيؤشر على المستند ويأمر بتحقيق الخطوط².

كما أنه إذا ادعى أحد الأطراف عدم صحة واقعة البيع المذكورة في المحرر وجب المدعي الإثبات بالكتابة فيثبت مثلا أن ما جاء به حصول بيع ليس صحيحا فإن حقيقة العقد أنه هبة وذلك بواسطة جميع وسائل الإثبات وحتى بالنسبة للأطراف في حال كون الصورة تخفي غشا نحو القانون³، هذا ويجوز الطعن في التصرف الثابت في المحرر بكافة طرق الطعن المحررة في القانون⁴.

وما يجب على محرر العقد وحتى يتفادى المشاكل التي تخلفها المحررات العرفية في هذا المجال فإن محرري العقود عليهم التأكد من سلامة إرادة المتعاقدين وكمال أهليتهما ليحول دون أساليب الحيل التي يلجأ إليها البعض لتمرير تصرفات باطلة.

ولأجل ذلك فقد أقر المشرع المغربي في المادة 419 لجواز الطعن في الوثيقة بسبب الإكراه أو الاحتمال أو التدليس أو الصورة أو الخطأ المادي⁵.

وفيما يتعلق بحجية صور أو نسخ محرر البيع العرفي، فإنه وطبقا للفصل 440 من ق.ل.ع.م فإن النسخ التي لم يشهد بمطابقتها للأصول الموظفون الرسميون المختصون، وكذلك تلك التي لا تحمل توقيع من صدرت عنه، لا سبيل للاحتجاج بها إذا أنكرها الخصم لأنها ليست لها دلالة قانونية ملزمة، وإنما تخضع كقرينة لمطلق سلطة محكمة الموضوع⁶ ولكن هناك حالات تكون فيها صور المحررات العرفية ذات قيمة في الإثبات⁷.

المطلب الثاني: حجية المحرر العرفي بالنسبة لتاريخه

إن عقد البيع العرفي له حجيته من حيث صحة التاريخ الذي يحمله فهو أهم مسألة الاحتجاج به، سواء أمام الغير والدائنين، أن بالنسبة للمتعاقدين وخلفهم.

1 - الدكتور محمد يحي مطر، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الدار الجامعية، 1989، ص 173.

2 - وتحقيق الخطوط يكون إما بصفة أصلية وإما بصفة فرعية.

3 - كالطعن بالإبطال لنقص الأهلية أو لتغيب الإرادة.

4 - الجبالي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، م.س، ص 47.

5 - وأطلق الإثبات فيها بالشهادة والقرائن القوية المنضبطة المتلائمة ولو يوقف المتضرر على ضرورة إقامة دعوى الزور في الوثيقة الرسمية كما أجاز حتى للغير الذي له مصلحة مشروعة إثبات ذلك.

6 - الدكتور محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، ص 94.

7 - الدكتور محمد حسين منصور، قانون الإثبات، م.س، ص 94.

فبالنسبة للمتعاقدين أو طرفي المحرر العرفي، فإن الحجية تشمل البيانات المدونة فيه، بما في ذلك التاريخ وإذا تنازع فيه الطرفان كان له نقضه وفقا للمبادئ العامة التي تقضي بأنه لا يمكن مخالفة دليل كتابي إلا بدليل كتابي، وفي حالة الغش، يصح الاعتماد على جميع وسائل الإثبات الممكنة¹.

ومتى كانت ورقة البيع العرفية موقعة من الوكيل، فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل، كما قضى ذلك المشرع في الفصل 925 من ق.ل.ع.م².

إلا أنه ليس للأصيل أن يحتج على المتعاقد الآخر بالاتفاقيات السرية بينه وبين نائبه ما لم ينهض الدليل على علم هذا المتعاقد بما عند البيع³، وذلك حسب الفصل 426 من ق.ل.ع.م.

وبالنسبة للخلف الذي تمت الإشارة إليه في مطلع الفقرة فيقصد به الخلف العام⁵ والخلف الخاص. فالخلف العام يسري في حقهم التاريخ الموضوع على هذا العقد العرفي، كما أنه يعتبر ممثلا بجانب سلفه في كل العقود التي يبرمها هذا الأخير⁶.

بينما بالنسبة للخلف الخاص، فإن تاريخ الاستحقاق يجب أن يكون سابقا في تاريخه عن انتقال الحث شرط أن يكون المشتري عالما بهذا الحق⁷.

والإشكال العملي يثار غالبا حول مسألة غياب تحديد تاريخ عقد البيع، مما يثير مشكل إثبات التاريخ، وتزداد صعوبة هذه المحررات في الميدان العقاري.

وفي نفس الإطار فإن الورقة العرفية تمتد آثارها كذلك بالنسبة للدائنين والأغيار.

والقاعدة العامة أن الدائن لا يعتبر خلفا عاما أو خاصا لمدينه، غير أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه⁸.

وهكذا مثلا إذا اشترى المدين عقارا، تقوى الضمان العام للدائنين، وإذا باع المدين عقارا ضعف ذلك الضمان، والتاريخ الموجود في عقد البيع يسري في حق الدائنين العاديين ولو لم يكن تاريخا ثابتا⁹.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، ص 185.

2 - نص الفصل 925 من ق.ل.ع.م على أن: «التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه، كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه».

3 - الجبلاي عكي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، م.س، ص 52.

4 - جاء في المادة 426 من ق.ل.ع.م أنه: "يلتزم الموكل مباشرة بتنفيذ المعتمديات المعقودة لحسابه من الوكيل في حدود وكالته. فالتحفظات والعقود السرية المبرمة بين الموكل والوكيل والتي لا تظهر من الوكالة نفسها لا يجوز الاحتجاج بها على الغير، ما لم يتم الدليل على أنهم كانوا يعملون بها عند العقد".

5 - الخلف العام المتعاقد: وهو الوارث والموصى إليه بحصة من التركة.

الخلف الخاص: وهو من يتلقى حقا عينا من المتصرف.

6 - لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا عدم صحته وان التصرف صدر في تاريخ آخر توصل منهم إلى إثبات أن صدره كان في مرض الموت، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلف لمورثهم "الطعن رقم 45 سنة 34 ق جلسة 1767/05/11 السنة 18، ص 974.

7 - الدكتور محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، م.س، ص 99.

8 - نص الفصل 1241 من ق.ل.ع.م: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

9 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، م.س، ص 212.

وتجدر الإشارة إلى أن الدائن يعتبر من الغير عند إعدار المدين وذلك بالنسبة لتصرفاته التي قد تنقص حقوقه أو تزيد التزاماته، فلا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على شهر الإعدار¹.

وفيما يتعلق بالأغيار² فإن تاريخ الورقة العرفية يسري في حقهم إلا إذا كان ثابتا³. وقد توافق المشرع المصري مع رأي المشرع المغربي حينما أقر في المادة 395 من القانون المدني المصري على عدم كون الورقة العرفية "حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت".

خاتمة

إن الملاحظ من خلال هذه الدراسة، أن المشرع المغربي اتخذ موقفا مرنا إزاء عقود البيع وخاصة بالنسبة لعقد بيع العقارات، فاشتراط ضرورة الكتابة سواء في شكل رسمي أو عرفي. وهذا يجعلنا نتساءل عن الضمانات المخولة للمتعاقدين في إطار إباحته للبيوع العرفية، والتي لا تخضع لأي قيد أو شرط مهما كانت أهمية هذا البيع. مما يجعله يشكل خطرا كبيرا تنتج عنه عواقب وخيمة قد تصل أحيانا إلى ضياع أو إهدار حق الملكية، حيث أن السهولة والسرعة في إنشائها يساهمان، بدون شك في تشجيع بعض الأشخاص ذوي النية السيئة إلى تزوير الإمضاءات وتمير عمليات عقارية غير مشروعة في بعض الأحيان. وبذلك فإنه يجب على المشرع المغربي الأخذ بعين الاعتبار هذه النقطة، ومسارعتة لتكريس إجبارية رسمية عقد البيع خاصة بالنسبة للمعاملات ذات الأهمية الكبرى كالبيوع العقارية مثلا. وقد كان تدخل المشرع المغربي لتنظيم مهنة الوكلاء محرري العقود ثابتة التاريخ أمرا إيجابيا ومنسجما مع الأوضاع الراهنة، إذ يساعد على توفير المرونة في وجه النشاط الاقتصادي والتجاري الذي تعتبر فيه السرعة إحدى مميزاته الأساسية.

1 - الدكتور محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، ص 100.
2 - يعتبر من الغير بخصوص ثبوت التاريخ كل شخص ليس طرفا أو ممثلا في التصرف الذي يتضمنه المحرر، وأن يكون له حق متعلق بمال معين من أموال الملتزم بالمحرر، وأن حقه يتأثر بالتصرف الذي أعد المحرر لإثباته إذا كان تاريخه سابقا على هذا الحق".
3 - محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، ص 97.
3 - الجيلالي عكبي، وضعية المحررات العرفية في مجال العقارات المحفوظة، م.س، ص 56.

المقاربة القانونية لإعلان حالة الطوارئ الصحية

عبد المغيث الحاكمي

باحث بسلك الدكتوراه-جامعة القاضي عياض-مراكش

يعتبر المغرب من الدول القلائل التي راهنت منذ البداية على حالة الطوارئ الصحية من خلال بلاغ وزير الداخلية، وكذا إصدار كل من المرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها¹، والمرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد²19، وبناء على ذلك تكون الحكومة قد خطت خطوة مهمة في تنزيل مقتضيات الدستور³، وذلك من خلال تأكيدها على أهمية تنزيل حالة الطوارئ الصحية على أرض الواقع بشكل قانوني يستجيب لتطلعات المجتمع المغربي بعيدا عن كل تعسف أو شطط في استعمال السلطة، وكذا الدور المحوري الذي يجب أن تلعبه حالة الطوارئ الصحية في إطار الحد من انتشار فيروس كورونا وحماية المواطنين والمواطنات، وتعتبر مسألة تنزيل الحكومة المغربية للمقتضيات القانونية المتعلقة بحالة الطوارئ الصحية بموجب مرسومين مكسبا يعبر عن مدى الجدية المتبعة من أجل حماية جميع فئات المجتمع، على اعتبار أن ما يطمح إليه الإنسان ويريده، هو أن ينعم بالأمن والطمأنينة والسلامة على حياته.

وكما هو معلوم فلإنسان حقوق ترقى إلى درجة القداسة فلا يجوز المس بها، والاعتداء عليها من طرف الدولة أو الأفراد أو المجتمع، فالفرد له مجاله الخاص المحمي بالدستور لكن مع إعلان حالة الطوارئ الصحية تم الحد والقيود من الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تفاديا للأخطار التي قد تهدد حياة الأشخاص وسلامتهم بسبب انتشار فيروس كورونا كوفيد 19.

¹ مرسوم بقانون رقم 2.20.292 صادر بتاريخ 28 رجب 1441 (23 مارس 2020) يتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، الصفحة 1782.

² مرسوم بقانون رقم 2.20.293 صادر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020) يتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد 19، الجريدة الرسمية عدد 6867 مكرر بتاريخ 29 رجب 1441 (24 مارس 2020)، الصفحة 1783.

³ ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، الصفحة 3600.

أولاً : الأساس القانوني لإعلان حالة الطوارئ الصحية

عملاً بمفهوم الحق والقانون ودولة المؤسسات المصرح به في مضمون الدستور المغربي، فقد خول الدستور للحكومة أن تصدر خلال الفترة الفاصلة بين الدورات وبتوافق اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، والتي يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان¹ ويجد ذلك أساسه في ضرورة استمرار نشاط السلطات العمومية في ظل الظرفية الحالية لحماية للتراب الوطني من خلال إعلان حالة الطوارئ الصحية بموجب مرسومين بسبب انتشار وباء كورونا كوفيد-19 الذي تسبب في اتخاذ مجموعة من التدابير العاجلة اللازم اتخاذها لمواجهة تبعات وباء فيروس كورونا، وكذا بالموازاة مع الإجراءات الاحترازية والوقائية التي اتخذتها المملكة للحفاظ على سلامة وأمن المواطنين والمواطنات. وإن حالة الطوارئ الصحية من الناحية القانونية، لا يتم الإعلان عنها إلا بموجب مرسوم يتخذ باقتراح مشترك للسلطتين الحكوميتين المكلفتين بالداخلية والصحة يحدد النطاق الترابي لتطبيقهما، ومدة سريان مفعولهما، والإجراءات الواجب اتخاذها كما يمكن تمديد مدة سريانها.

مما لا شك فيه أن المرسوم المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية قد حدد على سبيل الحصر الحالات التي توجب إعلان حالة الطوارئ الصحية على سبيل الحصر وهي كالتالي:

- كلما كانت حياة الأشخاص مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية.
- كلما كانت سلامة الأشخاص مهددة من جراء انتشار أمراض معدية أو وبائية.
- تفادي الأخطار التي يمكن أن تنتج عن انتشار أمراض معدية أو وبائية.

لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد19 نجدها حددت مجال سريان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني إلى غاية يوم 20 أبريل 2020 في الساعة السادسة وذلك من أجل مواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد 19 وبالتالي تكون هذه المادة حددت نطاق التطبيق بشكل واضح لكنها أغفلت نقطة مهمة تتعلق بمدة السريان بحيث إنه يعاب على الحكومة أنها خالفت مقتضيات المرسوم رقم 2.20.292 ولاسيما المادة الثانية وعلى اعتبار أن هذه المادة كانت صريحة من خلال تنصيصها على مدة سريان حالة الطوارئ الصحية وهو ما أغفلته الحكومة في المادة الأولى من مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد19، بحيث أنها حددت تاريخ نهاية سريان حالة الطوارئ الصحية دون أن تحدد

¹ ينص الفصل 81 من الدستور على مايلي: "يمكن للحكومة أن تصدر، خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وبتوافق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، خلال دورته العادية الموالية. يودع مشروع المرسوم بقانون لدى مكتب مجلس النواب، وتناقشه بالنتابة اللجان المعنية في كلا المجلسين، بغية التوصل داخل أجل ستة أيام، إلى قرار مشترك بينهما في شأنه. وإذا لم يحصل هذا الاتفاق، فإن القرار يرجع إلى اللجنة المعنية في مجلس النواب."

تاريخ بدء السريان وهو أمر مهم أغفله والذي قد تكون له تبعاته بالمستقبل وبالتالي التأثير على مجموعة من الالتزامات والأجالات القانونية، وتأسيسا على ذلك فما هو أجل سريان حالة الطوارئ الصحية في هذه الحالة؟ هل هو تاريخ نشر المرسوم بالجريدة الرسمية أي يوم 24 مارس 2020 أم أنه تاريخ صدور بلاغ وزير الداخلية يوم 20 مارس 2020، لأن فرق المدة بينهما سيأثر لا محال على مجموعة من الالتزامات وكذا مقتضيات المنصوص عليها بالمرسومين.

وعلاقة بالموضوع لا يمكن تكيف بلاغ وزير الداخلية المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية سواء بمسألة الحصار المنصوص عليها بالفصل 74 من الدستور أو بمسألة الاستثناء المنصوص عليها بالفصل 59 من الدستور على اعتبار أنه في الحالة الأولى يتم إعلان ذلك بمقتضى ظهير يوقعه بالعطف رئيس الحكومة، أما الحالة الثانية فيتم إعلان ذلك من طرف الملك بموجب ظهير بعد استشارة كل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستورية، وتوجيه خطاب إلى الأمة.

وانطلاقا مما سبق ما هي القيمة القانونية للبلاغ الصادر عن وزير الداخلية في ظل غياب سند قانوني يزيهه، وللإجابة عن ذلك حاولت الحكومة من خلال مقتضيات المادة الثالثة من المرسوم رقم 2.20.292 تدارك البلاغ الصادر عن وزير الداخلية لعدم إعلانه عن السند القانوني لإعلان حالة الطوارئ الصحية من خلال تنصيصها على أنه خلال فترة إعلان حالة الطوارئ الصحية يمكن أن تتخذ جميع التدابير اللازمة التي تفتضيها هذه الحالة بموجب مراسيم ومقررات تنظيمية وإدارية، أو بواسطة مناشير وبلاغات، من أجل التدخل الفوري والعاجل للحيلولة دون تفاقم الحالة الوبائية للمرض وتعبئة الوسائل المتاحة لحماية الأشخاص وضمان سلامتهم.

ثانيا: التدابير اللازمة التي تفرضها حالة إعلان الطوارئ الصحية

يترتب عن إعلان حالة الطوارئ الصحية اتخاذ مجموعة من التدابير اللازمة من طرف السلطات العمومية للمحافظة على سلامة وأمن المواطنين والمواطنات، وهذا بدوره يؤدي إلى فرض العديد من القيود على الحريات والحقوق الشخصية المكفولة بالدستور وذلك بغية الحد من انتشار فيروس كورونا كوفيد-19، ومن أجل ذلك تم اتخاذ مجموعة من التدابير بموجب المادة الثانية والمادة الرابعة من مرسوم رقم 2.20.293 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني:

1- عدم مغادرة الأشخاص لمحل سكنهم مع اتخاذ الاحتياطات الوقائية اللازمة، طبقا لتوجيهات السلطات الصحية؛

2- منع أي تنقل لكل شخص خارج محل سكنه، إلا في حالات الضرورة القصوى التالية:

- التنقل من محل السكنى إلى مقرات العمل، ولاسيما في المرافق العمومية الحيوية والمقاولات الخاصة والمهن الحرة في القطاعات والمؤسسات الأساسية المحددة بقرارات للسلطات الحكومية المعنية، مع مراعاة الضوابط التي تحددها السلطات الإدارية المعنية من أجل ذلك؛

- التنقل من أجل اقتناء المنتجات والسلع الضرورية للمعيشة، بما في ذلك اقتناء الأدوية من الصيدليات؛

- التنقل من أجل الذهاب إلى العيادات والمصحات والمستشفيات ومختبرات التحليلات الطبية ومراكز الفحص بالأشعة وغيرها من المؤسسات الصحية، لأغراض التشخيص والاستشفاء والعلاج؛

- التنقل لأسباب عائلية ملحة من أجل مساعدة الأشخاص الموجودين في وضعية صعبة، أو حاجة إلى الإغاثة.

3- إغلاق المحلات التجارية وغيرها من المؤسسات التي تستقبل العموم خلال فترة الطوارئ

الصحية المعلنة، ولا يمكن فتح هذه المحلات والمؤسسات من قبل أصحابها إلا لأغراضهم الشخصية فقط.

4- يتعين على رؤساء الإدارات بمرافق الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية والمقاولات

العمومية وكل مقولة أو مؤسسة خاصة، تمكين الموظفين والأعوان المأجورين التابعين لهم من رخص استثنائية للعمل تحمل أسماءهم، قصد الإدلاء بها عند الاقتضاء لدى السلطات العمومية المكلفة بالمراقبة.

ويستفاد من مقتضيات المادة الثانية والمادة الرابعة من المرسوم أعلاه أنها حصرت حالات الخروج

المحددة في 5 حالات (-) الاقتناء- التطبيب- التنقلات العائلية الملحة- حالة الإغاثة- العمل)، منحت

الحالات الأربع للأشخاص القاطنين بمساكنهم من أجل التنقل للحالات الضرورية القصوى، بينما الحالة

الخامسة فقد منحها للموظفين والأعوان والمأجورين من أجل التنقل للعمل.

وتماشيا مع مقتضيات المادة الثالثة من مرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة

الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، فقد تدخل رئيس الحكومة بموجب منشور رقم 03/2020

بتاريخ 25 مارس 2020 والذي يتعلق موضوعه بتأجيل الترقيات وإلغاء مباريات التوظيف وذلك بغية

تخفيف العبء عن ميزانية الدولة وتمكينها من توجيه الموارد المتاحة نحو مواجهة التحديات المطروحة،

ويتعلق الأمر بما يلي:

1- تأجيل تسوية جميع الترقيات المبرمجة في ميزانية السنة الجارية، غير المنجزة لحد الآن، حيث

يتعين على الأمرين بالصرف عدم عرض مشاريع القرارات المجسدة لهذه الترقيات على مصالح المراقبة

المالية المعنية؛

2- تأجيل جميع مباريات التوظيف، ما عدا تلك التي سبق الإعلان عن نتائجها، علماً أنه سيتم العمل على الاستجابة لحاجيات الإدارات العمومية من التوظيفات، بعد تجاوز هذه الأزمة بحول الله وفي حدود الإمكانيات المتاحة.

ويأتي هذا المنشور في ظرفية تعرف انتشار فيروس كورونا كوفيد-19 لمواجهة انعكاساته السلبية والتي تقتضي تظافر جهود الجميع، وتعبئة كل الموارد المتاحة لتجاوز هذه الظرفية الصعبة، ويمكن أن نثير بهذا الخصوص نقطة تناولها منشور رئيس الحكومة المتعلقة بتأجيل الترقيات ولما يمكن أن يثيره هذا المقتضى من طعون أمام المحاكم الإدارية بغية إلغائه أو المطالبة بالتعويض عن التأخير.

وتجد أن هذا المنشور جاء تفعيلاً للمادة الخامسة من مرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والتي تمنح للحكومة إذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك أن تتخذ بصفة استثنائية، أي إجراء ذي طابع اقتصادي أو مالي أو اجتماعي أو بيئي يكتسي صبغة استعجالية، والذي من شأنه الإسهام، بكيفية مباشرة، في مواجهة الآثار السلبية المترتبة عن إعلان حالة الطوارئ الصحية المذكورة.

وعلاوة على ذلك فالآجال القانوني يقوم بضبط أمور الناس وانشغالاتهم بداية ونهاية، وعن طريقه يتم إلزامهم بضبط شؤونهم مع الآجال المحددة لذلك ومن منطلق الضبط والانضباط سعت المادة السادسة من المرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، إلى التمييز بين المبدأ والاستثناء بخصوص توقيف الآجال واستمرارها، ويتمثل المبدأ في توقيف سريان مفعول جميع الآجال المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة الطوارئ الصحية المعلن عنها، ويستأنف احتسابها ابتداء من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة، ومن هذا المنطلق هل تاريخ احتساب وقف سريان مفعول هل يحتسب على أساس صدور بلاغ وزير الداخلية وإعلان حالة الطوارئ أم من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية للمرسوم رقم 2.20.293 بالمتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية بسائر أرجاء التراب الوطني لمواجهة تفشي فيروس كورونا-كوفيد 19، أما الاستثناء فيتمثل في عدم سريان مقتضيات الفقرة الأولى على الطعن بالاستئناف الخاصة بقضايا الأشخاص المتابعين في حالة اعتقال، وكذا مدد الوضع تحت الحراسة النظرية والاعتقال الاحتياطي.

وتفاعلاً مع هذا المستجد المتعلق بتوقيف مفعول الآجال أصدر المحافظ العام مذكرة عدد 2020/06 بتاريخ 25 مارس 2020 إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية ورؤساء مصالح المسح العقاري والتي تتعلق موضوعها بوقف الآجال التشريعية والتنظيمية المرتبطة بمختلف المساطر والإجراءات المتعلقة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري، ولا سيما الآجال التالية بسبب حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها:

- آجال تطبيق غرامة التأخير بشأن طلبات التقييد بالرسوم العقارية المنصوص عليها في الفصل 65 مكرر من الظهير المتعلق بالتحفيظ؛
- مختلف الآجال المتعلقة بمسطرة التحفيظ العادية (إنجاز التحديد، تعليق وثائق المسطرة لدى الجهات المختصة، إلغاء مطالب التحفيظ، التعرضات...)
- مختلف الآجال المتعلقة بمساطر التحفيظ الخاصة، كمسطرة التحفيظ الجماعي (إيداع المطالب والاستفادة من المجانية، قبول التعرضات...) ومسطرة ضم الأراضي بعضها إلى بعض ومساطر التحفيظ الخاصة الأخرى؛
- آجال تقديم مطالب التحفيظ التأكيدية للتعرضات المقدمة ضد مساطر التحديد الإداري؛
- الآجال المتعلقة بالتقييدات بالرسوم العقارية بما فيها التقييدات الاحتياطية؛
- مختلف الآجال القضائية سواء في إطار مساطر التحفيظ العقاري أو في إطار التقييدات بالرسوم العقارية؛
- وعموما كافة الآجال الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية والمتعلقة بمختلف مساطر واجراءات تطبيق نظام التحفيظ العقاري، وكذا آجال تنفيذ هذه المساطر والاجراءات، ولاسيما تلك المنصوص عليها في العقود والصفقات التي تبرمها الوكالة.
- وبذلك يكون المحافظ العام موفق من خلال تنبيهه لهذا المستجد التشريعي وتناوله لجميع الآجال سواء بمسطرة التحفيظ العادية أو مساطير الخاصة للتحفيظ وكذا التقييدات والتقييدات المؤقتة وفي مقابل ذلك تناول الآجال القضائية وكذا الآجال التي تتعلق بالصفقات التي تبرمها الوكالة.
- ولتحقيق هذه الأهداف التي جاء بها المرسومين، وبغية حماية سلامة المواطنين والمواطنات من تفشي فيروس كورونا كوفيد 19، وعملا بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وضمنا لاستمرار حالة الطوارئ الصحية وفق الأهداف المسطرة، تم توظيف قواعد القانون الجنائي لخدمة حالة الطوارئ الصحية، إضافة إلى العقوبة المنصوص عليها بالمادة الرابعة من المرسوم رقم 2.20.292 المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، والتي ميزت بين مسألة الجمع بين العقوبة الحبسية (من شهر إلى ثلاثة أشهر) والغرامة (التي تتراوح بين 300 إلى 1300 درهم)، وبين مسألة الحكم بإحدى هاتين العقوبتين، مع إمكانية الانفتاح على العقوبات الأشد المنصوص عليها سواء بمجموعة القانون الجنائي أو باقي القوانين الأخرى التي تجرم مثل هذه الأفعال بعقوبات أشد، وتفاعلا مع ذلك أصدر رئيس النيابة العامة دورية عدد 13 دعا فيها جميع قضاة النيابة العامة بمحاكم المملكة، إلى التطبيق الصارم والحازم للمرسوم رقم 2.20.292 فيما يخص المقترضات الراجعة إلى اختصاصهم.

وفي الختام يمكن القول أنه بالرغم من المجهودات الذي بذلتها الدولة للحد من تفشي فيروس كوفيد 19، سواء من خلال الاجراءات الاحترازية أو الوقائية أو احداث الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا¹ كوفيد-19 لمواجهة تداعياته بالمغرب أو إصدار المرسومين، تبقى مجهودات مرتبطة بمدى استجابة المواطنين والمواطنات ووعيهم بما لهم وما عليهم وبأن سلامتهم في سلامة الآخرين.

¹ مرسوم رقم 2.20.269 بإحداث حساب مرصد لأمر خصوصية يحمل اسم الصندوق الخاص بتدبير جائحة فيروس كورونا كوفيد-19، صادر في 21 رجب 1441 (16 مارس 2020)، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، العدد 6865 مكرر، الصفحة 1540.

العمل القضائي وتحديد طبيعة القرارات الصادرة عن النيابة العامة

هشام العقراوي: باحث بسلك الدكتوراه كلية الحقوق المحمدية

مختبر الحكامة الأمنية والفعل العمومي وحقوق الانسان

تعتبر النيابة العامة الجهاز القضائي الزجري تتمتع بصلاحيات واسعة و سلطة تكييف المتابعة، وتعد جهازا قضائيا مستقلا بذاته داخل المنظومة القضائية، وإن استقلاليته تنبعث من الخصوصيات التي تميز هذا الجهاز سواء على مستوى هيكلته أو على مستوى وظيفته أو على مستوى الدور الذي يتولاه في العمل القضائي والحقوق، وهذه الخصوصيات ينفرد بها الجهاز وحده إذ لا يمكن أن تلحق بغيره من الأجهزة القضائية، والسبب في ذلك يرجع إلى الموقع المتميز الذي يحتله الجهاز في النسق القضائي وينبثق من كونه الجهة المخول لها قانونا صلاحية تمثيل المجتمع والدفاع عن الحق العام والسهر على احترام القانون¹. وقد أثار سؤال تحديد طبيعة القرارات الصادرة عن النيابة العامة بتسخير القوة العمومية، اختلاف مواقف الفقه والقضاء، مما أدى إلى بروز توجهين، وقد عمل القضاء على التمييز بين الأعمال التي تتخذ طبيعة قضائية للنيابة العامة والتي لا تعتبر قرارات إدارية وتخرج عن اختصاص القضاء الإداري وتكون محل مخاصمة أمام محكمة النقض، وبين الأعمال التي تكتسي طبيعة قرار إداري وتعتبر معه النيابة العامة سلطة إدارية مما يجعل الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري وفق مقتضيات المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية²، سنعمل على محاولة إبراز المواقف والتصورات الراضية لاعتبار النيابة العامة سلطة إدارية والرأي الذي يعتبر القرارات الصادرة عنها قرارات إدارية.

أولا: الرأي المعبر لقرارات النيابة العامة قرارات إدارية وانعقاد الاختصاص للقضاء الإداري.

يميز هذا التوجه بين أعمال النيابة العامة التي تتخذ طبيعة قضائية وتكون محل مساءلة وفق مسطرة مخاصمة القضاة وبين تلك التي تتخذ طبيعة إدارية مما يجعل الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري.

¹: النيابة العامة كجهاز يرجع نشأتها إلى القرن الرابع عشر ميلادي حيث هناك من ارجعه إلى الملك فليب الخامس والتي وجهها لوكلائه لتمثيلية في المحاكم الفرنسية والانتصاب نيابة عنه كأطراف في قضايا، وتم تسميتهم بالقضاة الواقفون، وبالنسبة للمغرب تطور نظام النيابة العامة كمؤسسة قائمة الات عبر ثلاثة مراحل: مرحلة قبل الحماية ومرحلة الحماية ومرحلة الاستقلال، والتشريع المغربي لم يعرف النيابة العامة كمؤسسة قائمة الدات الا عندما احتك بأوروبا عن طريق فرض الحماية، وهي تعد من التراث القانوني الذي حملته فرنسا للمغرب، ذلك أن القضاء الإسلامي ضل يجهل هذه المؤسسة الى أن دخلت الى المغرب بموجب ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتنظيم القضائي، وكان في الحماية الباشوات والقياد يلعبوا تقريبا ور النيابة العامة، وبعد حصول المغرب على الاستقلال سن المسطرة الجنائية بتاريخ 10 فبراير 1959 الذي جاء نقلا حرفيا عن التشريع الفرنسي، ونسخ معه مهام النيابة العامة، وعرف مجموعة من التعديلات تتجلى في القانون رقم 01.22 المتعلق بالمسطرة الجنائية وتم تعديله بمقتضى القانون رقم 23.05 والقانون رقم 24.05. وأهم مميزات النيابة العامة الاستقلالية حيث أصبحت سلطة مستقلة والوحدة ومبدأ التسلسل الرئاسي، وتصدر النيابة العامة في المغرب قرارات شفوية للسرعة والأنية في اتخاذ القرار رغم كون أن الفصل 110 من دستور 2011 ألزم أعضاء النيابة العامة بتنفيذ التعليمات الكتابية القانونية الصارة عن السلطة التي يتبعون لها.

²: نجاة خلدون، المكي السراجي: دعوى التعويض أمام القضاء الإداري، منشورات مطبعة دعاية سلا، الطبعة الأولى 2016، ص 82.

في هذا الإطار ذهبت محكمة النقض في قرار لها عدد 1/74 الصادر بتاريخ 2014/1/1 في الملف عدد 2013/1/4/3020 إلى اعتبار أن الإجراءات المتعلقة بتسخير القوة العمومية بمساعدة كتابة الضبط على تنفيذ الأحكام المدنية ليست إجراءات قضائية وإنما هي إجراءات إدارية ترتبط بميدان الشرطة الإدارية، وبالتالي ما تصدره النيابة العامة في هذا المجال يشكل قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء مما يجعل الاختصاص ينعقد للمحكمة الإدارية¹، ونفس التوجه أكدته محكمة النقض في قرار لها عدد 59 الصادر بتاريخ 16 أبريل 2014 في الملف الإداري عدد 2013/4/3398، وأكدت على أن تسخير القوة العمومية لتنفيذ الأحكام المدنية ليست إجراءات قضائية، وإنما هي إجراءات إدارية ترتبط بميدان الشرطة الإدارية وإن ما تصدره النيابة العامة في هذا المجال عملاً بالفصل 433 من قانون المسطرة المدنية يشكل قرارات قابلة للطعن بالإلغاء وللشط وتختص بالنظر في مشروعيتها المحكمة الإدارية². وأضافت الغرفة الإدارية لمحكمة النقض في قرار لها صادر 6 أبريل 2014 ملف عدد 2013 1/4/3398، أن القرارات الصادرة عن النيابة العامة لتسخير القوة العمومية لتنفيذ الأحكام المدنية تعتبر قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء³.

وأقرت محكمة النقض بانعقاد الاختصاص للمحاكم الإدارية للنظر في طلبات التعويض عن الضرر الناتج عن الاعتقال الاحتياطي في قرار لها عدد 755 بتاريخ 2007/10/17 في الملف الإداري عدد 2007/1/4/392⁴، وحافظت المحكمة الإدارية بالرباط على نفس التوجه في حكم لها رقم 3020 الصادر بتاريخ 2014/5/27 في الملف رقم 2012/12/301، نفس توجه محكمة النقض، وأشارت أن وكيل الملك يسهر على تنفيذ الأحكام القضائية ويملك الحق في تسخير القوة العمومية مباشرة استناداً إلى مقتضيات المادتين 30 و31 من قانون المسطرة الجنائية، وعدم اقدام وكيل الملك على تسخير القوة العمومية الكافية واللازمة لإتمام عملية الإفراغ رغم تبليغه من قبل مأمور إجراءات التنفيذ بمحاضر إخبارية ومحاضر عصيان وتمرد يشكل خطأ مرفقياً موجبا لتعويض عن الضرر تحدده المحكمة في إطار سلطتها التقديرية⁵.

كما قررت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها مسؤولية النيابة العامة عن القرارات الإدارية التي تصدرها حيث قضت بأن النيابة العامة وإن كانت مهمتها تنحصر في القيام بإجراءات الدعوى العمومية وغيرها من الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية، فإنها تصدر قرارات إدارية تخضع

1: قرار محكمة النقض عدد 1/74 الصادر بتاريخ 2014/1/1.

2: قرار محكمة النقض عدد 1/74 الصادر بتاريخ 2014/1/1 في الملف عدد 2013/1/4/3020

3: نشرة قرارات محكمة النقض-الغرفة الإدارية - العدد 18 سنة 2014.

4: قرار محكمة النقض عدد 755 بتاريخ 2007/10/17 في الملف الإداري عدد 2007/1/4/392. أشار له نجاة خلدون، المكي السراجي: دعوى

التعويض أمام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 82.

5: المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها رقم 3020 الصادر بتاريخ 2014/5/27 في الملف رقم 2012/12/301

في ذلك لرقابة القضاء الإداري، وبالتالي فإن القرارات المتخذة من طرف وكيل الملك لتسخير القوة العمومية وخارجا عن وظيفته الأساسية تدخل في الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية¹.

ومن أثار اعتبار القرارات الصارة عن النيابة العامة قرارات إدارية وانعقاد الاختصاص للنظر في مشروعيتها للقضاء الإداري ثم ترتيب عنها التعويض، في هذا السياق حكمت المحكمة الإدارية بالرباط على النيابة العامة بالتعويض عن قرار الاعتقال الاحتياطي الصادر عن النيابة العامة بمناسبة حكم عدد 188 بتاريخ 2013/1/23 وصرحت بأنه من شروط التعويض عن قرار الاعتقال الاحتياطي كصورة من صور الخطأ القضائي أن يكون خاطئا أو تعسفيا ونتج عنه ضرر مادي أو معنوي، واكتساب قرار الاعتقال صيغة الخطأ أو التعسف المرتب للمسؤولية القانونية².

ونفس التوجه المعتبر لعمل النيابة العامة قرارات إدارية قابلة للطعن بالإلغاء ذهبت المحكمة الإدارية بمكناس بأن تجاوز ضباط الشرطة القضائية لاختصاصاتهم المحددة قانونا يعتبر من قبيل العمل الإداري القابل للطعن فيه أمام المحاكم الإدارية³، كما صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها بأن النيابة العامة، وإن كانت مهمتها تنحصر في القيام بإجراءات الدعوى العمومية، وغيرها من الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية، فإنها تصدر قرارات تخضع لرقابة القضاء الإداري، وبالتالي فإن القرارات المتخذة من طرف وكيل الملك بتسخير القوة العمومية، وخارجا عن وظيفته الأساسية تدخل في الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية⁴.

ومقابل هذا التوجه هناك موقف آخر إلى رفض اعتبار الأعمال الصارة عن النيابة العامة قرارات إدارية وبكونها سلطة إدارية بل تعتبر سلطة قضائية سنعمل الوقوف على ذلك في النقطة التالية.

ثانيا: التوجه الرفض لاعتبار النيابة العامة سلطة إدارية.

أخذ هذا التوجه بمعيار التمييز بين العمل الإداري والعمل القضائي في القرارات الصارة عن النيابة العامة، فالعمل القضائي هو العمل الذي يؤدي من قبلهما في نطاق الاختصاصات المحددة من قبل قانون المسطرة الجنائية، وكل عمل تمارسه النيابة العامة خارج ما هو محدد في قانون المسطرة الجنائية يعتبر عملا إداريا يخضع لاختصاص القضاء الإداري إلغاء وتعويض، تأكيدا لما سبق قوله صرحت المحكمة الإدارية بفاس في حكمها عدد 3754 بتاريخ 1999/9/28 بأن صفة قاضي التحقيق القضائية تدور مع

1: نجاة خلدون، المكي السراجي: دعوى التعويض أمام القضاء الإداري، منشورات مطبعة دعابة سلا، الطبعة الأولى 2016، ص 80.
2: أشار إلى الحكم محمد الأعراج: مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق، ص 104.
3: حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد 545 بتاريخ 2007/12/26 إدريس سليكي ضد القائد العام للدرك الملكي حكم منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 82/81 سنة 2008، ص 315.
4: أشار إلى هذا الحكم محمد الأعراج، القانون الإداري المغربي، الجزء الثاني، منشورات المجلة للآراء المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 66 / 2010، ص 241.

مهامه كلها، وحيث إنه بالترتيب على ذلك ولما كان عمل قاضي التحقيق عملا قضائيا وليس عملا إداريا ولا نشاطا من نشاطات أشخاص القانون العام طبقا للمادة 8 من قانون 41/90، مما يبقى معه الاختصاص المحكمة الإدارية بالتعويض غير منعقد للبت في دعوى التعويض عن عمل قضائي¹.

وذهبت المحكمة الإدارية بفاس في حكمها عدد 1085 بتاريخ 1998/1/15 إلى اعتبار أن عمل النيابة العامة عمل قضائي لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيه استنادا على الحيثية التالية: وحيث أن حجز الحافلات قد صدر عن الشرطة القضائية بأمر من النيابة العامة التي تتوفر على صفة سلطة قضائية، حيث إن أعمالها وقراراتها تندرج تبعا لذلك في إطار تسيير مرفق القضاء لا في الأعمال الإدارية الموكول جانب منها للنيابة العامة، وعلى هذا الأساس لا يمكن مساءلتها في نطاق الفصل 8 من قانون 41/90 الذي يعتبر الإطار العام لمسؤولية أشخاص القانون العام عن الأضرار الناتجة للغير من التصرفات التي أضرت بهم، ومن جهة أخرى فإن القرارات الصادرة عن النيابة العامة وهي بصدد مباشرة سلطتها بوصفها مسؤولة عن إقامة الدعوى العمومية تعتبر قرارات قضائية لا تخضع لولاية القضاء الإداري على غرار الأحكام الصادرة عن الجهة القضائية².

كما قضت المحكمة الإدارية بأكادير في حكم لها بتاريخ 2009/11/24 بأنه من صميم عمل النيابة العامة تلقي الشكايات المتعلقة بالدعوى العمومية ومتابعتها أو حفظها في إطار السلطة التقديرية المخولة لها، ومادام القرار المطعون فيه مرتبط باختصاص وكيل الملك في مدى تحريك الدعوى العمومية فهو عمل قضائي بطبيعته يخرج عن ولاية القضاء الإداري³.

كما قضت المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها عدد 25 بتاريخ 2007/2/6 بأنه تعتبر القرارات التي تتخذها النيابة العامة بمناسبة القيام بإجراءات الدعوى العمومية من تحقيق واتهام وإصدار أوامر بالإيداع بالسجن كما هي منصوص عليها بقانون المسطرة الجنائية من قبيل الأعمال القضائية التي لا تختص المحاكم الإدارية بمراقبة مشروعيتها سواء في إطار دعوى الإلغاء أو في إطار المسؤولية عن الأضرار الناتجة⁴.

وزكى هذا الطرح توجه قرار لمجلس الدولة الفرنسي صدر بتاريخ 15 دجنبر 2019 عن الغرفة الجنائية والقاضي في منطوقه بعدم اعتبار قضاة النيابة العامة سلطة قضائية لانتفاء عنصري الحياد والاستقلالية مع اعتبارهم جهة إدارية، مما أثار نقاشا واسعا داخل الأوساط القضائية والحقوقية، وأدى إلى

¹: حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 3754 بتاريخ 1999/9/28، منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، أحمد بوعشيق الجزء الثاني منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ص 345.

²: حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 1085 بتاريخ 1998/1/15، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 2004/16، ص 76.

³: حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 185 بتاريخ 2009 /11/24، منشور ضمن مؤلف محمد الأعراج: مسؤولية الدولة والجماعات الترابية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 2013/99، ص 90.

⁴: حكم المحكمة الإدارية بوجدة رقم 25 بتاريخ 2007/2/6، أشار للحكم محمد الأعراج: مسؤولية الدولة والجماعات الترابية، مرجع سابق، ص 90.

إعادة فتح نقاش محسوم بنص القانون وحسب ما نص عليه الدستور (الفصل 110 – 128 منه) وكذا القوانين الداخلية الجاري بها العمل، حول استقلال السلطة القضائية¹.

وبالتالي يمكننا اعتبار أن طبيعة الأعمال الصادرة عن النيابة العامة تجمع بين اعتبارها قضائية وأخرى ذات طبيعة إدارية.

¹: مقابل هذا التوجه اعتبر الباحث وأستاذ زائر المحامي بطنجة شريف الغيام في تعليقه على القرار أنه لا يتفق مع توجه القرار وما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بهذا الشأن مع الاحترام الواجب لما جادت به بمضمون مقررهما، لأن خصوصية جهاز النيابة العامة بالمغرب جزء لا يتجزأ من السلطة القضائية طالما أنها تتمتع بكافة الضمانات التي تجعلها جهازا مستقلا تمام الاستقلال عن السلطة التنفيذية وبعيدة كل البعد عن أي مؤثرات ماسة بمبدأ الحياد طالما أن رئاستها مسندة لجهة قضائية ممثلة في السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض والذي يعد انتصارا حقيقيا لمبادئ السلطة القضائية، مما جعله يعتبرها سلطة قضائية.

دراسات في القانون العام

المحور
الثاني

الفاعل المدني وإشكالية الديمقراطية التشاركية المحلية

د. محمد الحسناوي التقال

أستاذ القانون العام كلية الحقوق - طنجة -

يجد الحديث عن الفاعل المدني وإشكالية الديمقراطية التشاركية صعوبته، في كثرة المتحدثين عن المجتمع المدني وعن الديمقراطية عموماً، وفي تعدد الرؤى حول هذه المفاهيم الرئيسية في حقل الممارسة السياسية والمدنية على حد سواء، بدءاً بالمدارس الأكاديمية والإيديولوجية التي تناولت هاته المفاهيم، ثم المجتمعات التي قعدت للممارسة الديمقراطية وللفاعل المدني. ولحصر هذه الدراسة، ارتأيت تناول الفاعل المدني وإشكالية الديمقراطية التشاركية، من خلال إلقاء الضوء على تجربة الفاعل المدني في المغرب على المستوى المحلي من خلال علاقته بآليات الديمقراطية التشاركية، وكذلك مساهمة المشرع المغربي في إيجاد أجوبة لتساؤلات المشاركة المدنية على المستوى المحلي، في ظل سياق وطني ودولي تصاعد فيه النقاش حول الممارسة الديمقراطية وموقع الفعل المدني.

ولتناول هذا الموضوع ارتأيت طرح إشكالية رئيسية، تتمثل في مدى تجاوب الفاعل المدني مع آليات الديمقراطية التشاركية؟

وتجاوبا مع هذه الإشكالية تم طرح فرضيتين :

- أولاً، أن المشرع المغربي أتاح للفاعل المدني ما يحتاجه من نصوص قانونية، تساعده في المساهمة في صناعة سياسة عمومية محلية وتتبعها وتقييمها.
- الثانية، تتمثل في نضج المجتمع المدني وتطوره، بشكل أدى إلى وجود فاعل مدني قادر على المشاركة في الفعل العمومي.

المبحث الأول : مفهوم المجتمع المدني وعلاقته بالديمقراطية التشاركية

لقد عرفت الديمقراطية ولا تزال تطورات هامة منذ نشأتها، بدءاً بالديمقراطية المباشرة، التي لاقت نجاحاً عند اليونان قديماً، حيث قامت حينئذ على ممارسة الشعب وبشكل مباشر للوظائف العامة التي تناط به، وهذا ما تجسد في دولة المدينة، حيث تمثلت الديمقراطية المباشرة في اجتماع الشعب في ساحة " أغورا " لسن القوانين واتخاذ القرارات بشكل مباشر وليس عن طريق اختيار ممثلين عنه لممارسة الحكم¹،

¹ www.millenaire.com/php/index/66546.htm

فمنذ العصور القديمة الكلاسيكية إلى القرن السابع عشر، ظلت الديمقراطية مقترنة، إلى حد كبير بجمع المواطنين في جمعيات أو أمكنة اجتماعات عامة¹. فالأصل في الديمقراطية، هي الديمقراطية المباشرة والتي أعقبتها الديمقراطية التمثيلية، والتي ازدهرت مع فكرة التمثيل إبان الثورة الفرنسية، وانبتت على أفكار "شارل مونتسكيو" و "ستيوارت ميل". وحيث يقوم التمثيل على فكرة "الثقة التي يمنحها المواطنون إلى البعض الآخر الأكثر قدرة منهم على إدراك المصلحة العامة، وذلك من أجل تحقيق المنفعة العامة"². فمع حلول أواخر القرن الثامن عشر كان التفكير به، بوصفها حق المواطنين في المشاركة بتقرير مصير الإرادة الجماعية عن طريق ممثلين منتخبين. ثم بعد ذلك ظهرت الديمقراطية التشاركية في النصف الثاني من القرن العشرين، باعتبارها مجموعة من المؤسسات والآليات المكملة للديمقراطية التمثيلية. وقد ارتكزت فكرة الديمقراطية التشاركية، على الأنموذج الذي رسخته الديمقراطية المباشرة، كما يمكن اعتبارها صياغة جديدة لنظرية العقد الاجتماعي، بحيث أصبح المواطن شريكا للإدارة في صنع القرار بعدما كانت الإدارة تتخذ القرار بصفة انفرادية.

لقد احتفظت آلية الديمقراطية بالشكل الانتخابي كشكل أساسي في الفعل الديمقراطي، وإن كان الشكل الانتخابي يعني عملية التفويض الممنوحة للممثلين، فإن الهيئات المنتخبة في إطار الديمقراطية التمثيلية تبقى خارج إطار النقد والرقابة، إلا من خلال صناديق الاقتراع. هذا الأمر جعل الديمقراطية تعمل على تكيف نفسها مع الواقع الجديد، وإعادة تجديد مبادئها وأولوياتها من أجل إعادة الثقة في نفوس الشعوب، والتجاوب مع عدد من التساؤلات حول مدى قدرة الأنظمة السياسية على ضمان مشاركة فعّالة للمواطنين في العملية السياسية، ومدى التفاعل مع مظاهر الفجوة بين الناخب والمنتخب.

كما أنّ التوجهات الحديثة للتنمية السياسية هي الأخرى، تفترض أن السياسة في المجتمعات التقليدية، هي محتكرة من طرف عدد قليل من الناس وتخضع لها غالبية الجماهير خضوعاً لا طوعاً، وفي هذه الحالة، فإن المجتمع الحديث يقتضي إشراك أكبر عدد ممكن من الأفراد في عملية صنع القرار العمومي، بمعنى خلق مواطن فعّال ومشارك، هذا من خلال عملية التعبئة السياسية، التي من شأنها أن تدفع بالأفراد إلى المشاركة في العملية السياسية، وخلق التنظيمات السياسية والمدنية الملائمة لهذه المشاركة³.

¹ ديفيد هيلد : نماذج الديمقراطية ترجمة فاضل جتكر معهد الدراسات الاستراتيجية الطبعة الأولى 2006 بغداد – بيروت ص 209
² يونس الشامي الأشهب : " تدبير الإصلاح الدستوري لصور ممارسة الديمقراطية : حول التكيف القانوني – الفقهي للديمقراطية التشاركية " مجلة أنفاس حقوقية 2014 ص 96
³ محمد رضا مقتدر، الحق في تقديم العرائض بين التجربة المغربية و التجارب الدولية ، طبعة 2018، ص 9

فأفرزت الديمقراطية قنوات جديدة للتواصل بين المؤسسات النيابية والمواطنين والمجتمع المدني، من خارج اللحظة الانتخابية، التي يؤدي فيها المواطن الدور الأساسي في تشكيل المؤسسة التشريعية التي تتشعب بمشروعيتها الديمقراطية طوال مدة ولايتها.

وفي هذا السياق كان للتحويلات التي شهدتها المجتمعات الحديثة، انعكاسات هامة على ضرورة انخراط كل المكونات الفاعلة في المجتمع وذلك من أجل القيام بعمل تشاركي وتكاملي بين جميع الفاعلين لاستيعاب وكسب رهان التنمية الشاملة المستدامة، وأصبح من المؤكد أنه لا تنمية بدون ديمقراطية تشاركية، تجعل الفعل التنموي فعلا تشاركيا بامتياز، وتقطع مع كل أسلوب انفرادي في تدبير الشأن العام¹.

تتحدّد الديمقراطية التشاركية كما سنرى لاحقا، في إشراك أكبر عدد من الناس في عملية صنع القرار العمومي، كما يرتبط الفعل التشاركي ارتباطا وثيقا بمؤسسات المجتمع المدني ومختلف الفعاليات المدنية، التي تتولى بدورها عملية التعبير الفعلي عن المصالح وبلورتها وتقديمها إلى مختلف المؤسسات الحكومية التي تتولى بدورها عملية تحويلها وإنتاجها بصيغة قرارات وسياسات عامة. إلا أنّ المجتمع المدني كما يعلم الجميع من الصعب حصره، أو الإحاطة به، لأن الحديث عنه " المجتمع المدني " هو حديث متشعب رغم ما يبدو عليه من حصر للمفهوم. ودون الخوض في التطور التاريخي أو التجاذبات الإيديولوجية لمفهوم المجتمع المدني نشير فقط إلا أنّ بعض الباحثين يعتبرون أنّ :

" المجتمع المدني عبارة عن شبكة من التنظيمات التطوعية التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة وتعمل على تحقيق المصالح المادية والمعنوية لأفرادها والدفاع عن هذه المصالح في اطار الالتزام بقيم و معايير المجتمع ". كما أنّ البعض الآخر، يعتبر أنّ النقابات والأحزاب السياسية والجمعيات الثقافية والحقوقية تشكل أهم مقومات المجتمع المدني .

إلا أنّ البعض يرى على أنه لا وجود للأحزاب السياسية ودواعي إخراج الأحزاب من ضمن فئة المجتمع المدني، هو أنها تسعى بالضرورة إلى الوصول إلى السلطة، بينما المجتمع المدني أقصى ما يسعى إليه هو التأثير والمراقبة على السلطة.

ورغم تعدد المقاربات التي سعت إلى تعريف المجتمع المدني ، يمكن اختزالها في مقاربتين:

المقاربة الأولى : ليبرالية (جون لوك) والمقاربة الثانية : اشتراكية (غرامشي)

¹ مولاي محمد بنشريف : " الديمقراطية التشاركية بين الإطار النظري والممارسة الواقعية "، الطبعة الاولى 2015، ص 9

هاتين المقاربتين تشتركان في القول بأن مفهوم المجتمع المدني لا يتحدد بذاته وإنما يتحدد بارتباطه بمفهوم آخر ويختلفان في هذا الربط.

فجون لوك يربط مفهوم المجتمع المدني بمفهوم الحكومة المدنية فلا وجود للأول في غياب الثاني . بينما غرامشي يربط مفهوم المجتمع المدني بالمجتمع السياسي.

والمقاربتين تطرحان مفهوم المجتمع المدني في إطار التكامل مع السلطة السياسية وليس في إطار تناقض معها. وهذا ما لا نجده عند البعض في تعامله مع المجتمع المدني بالمغرب، حيث لاتزال مقارنة المجتمع المدني تتم في تعارض مع السلطة السياسية القائمة.

وبإطلاء أولية على التطور الكمي لجمعيات المجتمع المدني بالمغرب نسجل أن عدد الجمعيات بالمغرب انتقل إلى 195 جمعية بعدما كان شبه منعدما بداية القرن العشرين، هذا بدون الحديث عن النشاطات الأهلية التي كانت سائدة خلال تلك الفترة مثل تويزا أو الجماعة. وقد عرف العدد نموا مضطربا إلى غاية منتصف الثمانينيات، وبدعم من السلطة تزايد عدد الجمعيات ليرتفع العدد إلى 4000 جمعية بعدما عُرف خلال هذه الفترة من انتشار ودعم لجمعيات (السهول - الجبال - الوديان ..). وسيرتفع العدد أيضا التسعينيات حيث ربطت الأحزاب السياسية فعالية أعضائها بإشرافهم على بعض الإطارات الجمعوية. مع مطلع القرن الواحد والعشرين، كانت المبادرة الوطنية للتنمية البشرية، والتي ضخّت دماء جديدة في الحقل الجمعوي وهذا ما سيؤدي إلى ارتفاع عددها سنة 2010 ووصل عدد الجمعيات إلى 50000. لتأتي مرحلة ما بعد حراك 20 فبراير ودستور 2011 ليصل عدد الجمعيات سنة 2014 إلى 116.000 جمعية وتواصل منحنى النمو التصاعدي خاصة بعد إقرار القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، ليصل العدد سنة 2018 إلى 160.000 جمعية.

هذا عن التطور الكمي، أما القانوني فالتأطير بدأ مبكرا مع بداية الاستقلال، مع ظهور 1958 المنظم لحق تأسيس الجمعيات والذي ظل جامدا .

ومع دستور 2011 سيعرف المجتمع المدني انتعاشة قانونية جسدتها بعض الفصول الدستورية، مما جعل المتابعون يصنفون الوثيقة الدستورية الجديدة ضمن الجيل الجديد من الدساتير، حيث ينبغي على أساس تجويد الديمقراطية ، وكذا على أساس الرهان على المجتمع المدني كفاعل في التأسيس لبراديجم الديمقراطية التشاركية¹.

¹ يونس الشامي الأشهب : " المجتمع المدني وإشكالية التنمية السياسية بالمغرب : حول لمداخل السوسي سياسية لفاعلية المجتمع المدني في التنمية الديمقراطية " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط 2013 / 2014 ص

ففي إطار مقتضى البحث عن ديمقراطية أفضل وتجويد الممارسة الديمقراطية كتوجه ضمن توجهات الدستورية الحديثة تم تبني مجموعة من الآليات واعتمادها دستوريا. ومن ضمن الاعتمادات نحد مفهوم المجتمع المدني فهذا الأخير ورد في الفصل الثاني عشر من الوثيقة الدستورية بوصفه كلا يحتوي على جزء تمثله "الجمعيات" و"المنظمات غير الحكومية" الخاضعة في تأسيسها وتسييرها للمبادئ الديمقراطية ومقتضيات القانون.

هذا التنصيص الدستوري رافقته فصول أخرى في أهمية ودور الديمقراطية التشاركية حيث نجد الديمقراطية التشاركية، هي إحدى الأسس الأربعة التي يستند إليها النظام الدستوري للمملكة، وقد وردت في مقام ثان في الفصل الأول من الدستور مقرونة بالمواطنة بعد "فصل السلط"، ومتبوعة بـ "مبادئ الحكامة الجيدة" و"ربط المسؤولية بالمحاسبة".

كما أنّ الفصل 13 من الدستور المغربي أحال على مكون ثان بجانب الأحزاب السياسية على مستوى المساهمة في ممارسة السلطة وكذا في إعداد القرارات والمشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية كذلك، والعمل على تقييمها وتفعيلها في إطار الديمقراطية التشاركية وهو مكون جمعيات المجتمع المدني، إضافة إلى ذلك فالسلطات العمومية تعمل على خلق هيئات للتشاور قصد ضمان مشاركة وإشراك كافة الفاعلين الاجتماعيين في إعداد السياسات العمومية وتتبعها وتقييمها، وبالتالي فإن المقاربة التشاركية في إعداد وتفعيل وتتبع وتقييم السياسات العمومية تعتبر العنصر المحوري والمفصلي في الديمقراطية التشاركية.

ثم إن الدستور المغربي حبل بمقتضيات عدة لتفعيل الديمقراطية التشاركية فنجد الدستور أشار إلى آلية أخرى تساهم في تبيان التصور العام للممارسة الديمقراطية، وهي آلية العرائض والملتمسات التي أتاحت للمواطنين والمواطنات في إطار قالب الديمقراطية شبه المباشرة التي من حق المواطنين ممارستها.

فالديمقراطية التشاركية تعني مجموعة من الآليات والإجراءات التي تسمح بإشراك المجتمع المدني

فهي :

آلية أو نظام يمكن المواطنات والمواطنين سواء داخل أو خارج الوطن، وكذا هيئات المجتمع المدني، من المشاركة في صنع القرارات والسياسات العمومية سواء المحلية أو الوطنية، ذات الأولوية بالنسبة اليهم، وتمكنهم أيضا من المشاركة في تدبير الشأن العام. وهي تتسم بالتفاعل المباشر مع السلطات القائمة والمشكلات المطروحة.

وقد استعمل " ROBERT A DAHL " للدلالة على الديمقراطية التشاركية كـ " الديمقراطية

بالمشاركة " و " ديمقراطية الجمعية " ويمكن أن نضيف لهذه التسميات " ديمقراطية القرب " و "

الديمقراطية الشبه المباشرة " وهي وإن اختلفت كلها في الصياغة فإنها تتفق في المدلول وهو إشراك المواطن العادي في الحياة السياسية.

فالديمقراطية التشاركية قد تشكل أمالا في إيجاد علاج ملائم لأعطاب الديمقراطية التمثيلية، وتشكل أداة لزرع الحيوية في الديمقراطية، عبر توسيع المشاركة السياسية.

و يمكن القول أنّ خصائص الديمقراطية التشاركية هي أنها :

- تتبنى مفهوم الديمقراطية من الاسفل.
- مكملة للديمقراطية التمثيلية وليست بديلا لها.
- تتسم بالتفاعل المباشر بين المواطنين ونوابهم (السلطات العمومية)، وبين المواطنين ومشاكلهم.
- تعيد بناء التضامن الاجتماعي.

لقد أضحت الديمقراطية التشاركية، محط اهتمام بالغ الأهمية من لدن مكونات المجتمع المدني والمواطنين عموما، ليعكس مدى قدرة واستمرارية الديمقراطية التشاركية على تطوير المجتمع المحلي وترسيخ مبدأ المواطنة في التقييم والمتابعة، في إطار الحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة، في ظل إشكالية الديمقراطية التمثيلية، وباعتبار أن المواطن هو أساس التنمية من جميع المنطلقات والأقرب من صنع القرار، لكونه الكفيل لإعادة الثقة في المشهد السياسي ورسم السياسات العمومية، وأصبحت تهدف إلى تعبئة الطاقات والقدرات المحلية والتواصل الداخلي ومسايرة التغيير وعقلنة الوسائل.

وفي هذا الصدد تعتبر الديمقراطية التشاركية، عملية لصنع القرار العمومي من خلال الجمع بين عناصر الديمقراطية التشاركية والديمقراطية النيابية، بحيث يبقى للمواطن حق تقرير السياسات و يختص السياسيين بدور تنفيذ هذه السياسات، إذ أن الناخبين يقومون برصد مقترحاتهم مع السياسة المطبقة على أرض الواقع، وفي هذا النظام يمكن للمواطن التأثير في السياسات وتحديد الأولويات الاجتماعية، ارتباطا بذلك، فإن الديمقراطية التشاركية لا تستهدف تغيير ميكانيزمات الحكم، ولا تقترح هذه الآليات بشكل يتقاطع مع الديمقراطية التمثيلية أو يقصبيها، ولكنها آليات مكملة و مساعدة، لكونها تعمل على تقوية الديمقراطية غير المباشرة، و تحيين مضامينها لكي تصبح أكثر فعالية.

وتتحقق مشاركة المجتمع المدني، بالتعاون والتضامن والحوار والاستشارة والتشاور مع المؤسسات المنتخبة، والسلطات العمومية بخصوص إعداد السياسات العمومية، وبرامج التنمية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها، واقتراح قرارات ومشاريع، وتقديم ملتمسات في مجال التشريع وعرائض تهم مناحي الحياة العامة.

فالفاعل المدني له أدوار في رسم السياسة العمومية، كما للفاعل العمومي (نقصد بالفاعل العمومي الدولة بقطاعاتها الحكومية ومؤسساتها ومقاولاتها العمومية والجماعات الترابية بمختلف أصنافها) دوره في رسم هذه السياسة.

إلا أن هذا الدور يصطدم بمجموعة من العراقيل والعقبات أهمها:

محدودية الدعم العمومي ، الذي لا يتجاوز 0.4% من الميزانية السنوية. ما يمثل 6.1% فقط من موارد الجمعيات، مع العلم أن هذا الدعم هو من أهم مصادر تمويل الجمعيات¹. ثم نجد أيضا ضعف التزامات الدولة اتجاه فعاليات المجتمع المدني .

كما أنّ أغلب الجمعيات المنخرطة في المبادرة الوطنية للتنمية البشرية جعلت من نفسها جمعيات ذات طبيعة خدماتية تنموية الأمر الذي غير من طبيعتها وجعلها أقرب إلى طبيعة الدولة.

هذا التداخل بين أدوار الدولة وأدوار المجتمع المدني يرى فيه " آلان تورين " تهديدا للديمقراطية لأنه يقضي على التعددية وينحو نحو التوحيدية ، إذ لتأسيس الديمقراطية لا مناص من التمييز بين الدولة والمجتمعين السياسي والمدني ، و إلا أدى ذلك إلى إعادة إنتاج نفس المصالح الاقتصادية المسيطرة، وإلى تفويض المسؤولية في تسيير المجتمع إلى الدولة وحدها².

المبحث الثاني : آليات الديمقراطية التشاركية من التنصيص القانوني إلى الممارسة العملية

تقوم الديمقراطية التشاركية على أن المشاركة السياسية، هي مفهوم وممارسة أوسع من المشاركة الانتخابية، وتحيل بالتالي على التدخل والفعل المتزايد للمجتمع في اتخاذ القرارات، والانخراط في السياسات بخصوص القضايا العامة، كالمشاركة في السياسات العمومية والانخراط في المشاريع وتدبيرها وكذا إدارتها. فولادة الديمقراطية التشاركية لم تكن منعزلة عن الفلسفة الجديدة التي رامت تدبير الفعل العمومي، والجنوح إلى الاهتمام بالبعد المحلي وإعطائه مكانة أساسية في العملية التدييرية، وذلك كرد منطقي على تركيز إعداد وتنفيذ السياسات العمومية في يد الدولة المركزية، وبالمقابل المناداة بالتعدد على مستوى الفاعلين واعتبار البعد المحلي الانطلاقة الأساسية للسياسات العمومية والتدخلات العمومية كذلك³. وقد جاء دستور 2011 كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وقوانين الجماعات الترابية جاءت بمقتضيات تبرز دور المقاربة التشاركية في تدبير الشأن العام الوطني والمحلي، لتصبح تلك المفاهيم تعمل على تعزيز إدماج جميع الفاعلين، خاصة على مستوى القرار المحلي في إطار رؤية منسجمة وواضحة. وأصبح

¹ رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول وضع ودينامية الحياة الجمعوية بتاريخ 2016/12/22 إحالة ذاتية رقم 28 / 2016 ص 10
² آلان تورين : " ما هي الديمقراطية؟ حكم الأكثرية أم ضمانات الأقلية " ترجمة حسن قببسي ، دار الساقى بيروت الطبعة الثالثة 2016 ص 24
³ عبد المالك ورد : " الفاعل المحلي وسياسة المدينة بالمغرب " سلسلة دراسات وأبحاث رقم 20 جامعة مولاي إسماعيل كلية الآداب والعلوم الانسانية ، الطبعة الأولى 2006 ص 14

الفاعل المدني المحلي في علاقته بالديمقراطية التشاركية يحتكم إلى عدد من الآليات، ساهمت بشكل أو بآخر في مشاركة هذا الفاعل في صناعة القرار.

- فما هي أهم الآليات التي تم التنصيص عليها قانونا وتم تداولها في ممارسة الفاعل المدني في مشاركته في تدبير الشأن العام المحلي؟

أولا : الحق في الحصول على المعلومة

يتم تعريف هذا الأمر، بالحق الذي يتيح للمواطن حرية السؤال عن كل معلومة توجد بالإدارة العمومية، وتلقي الإجابة عنها بصورة أو بأخرى، وهو حق إنساني، طبيعي، أساسي للفرد والجماعة، وهو أيضا حاجة بيولوجية ونفسية، واجتماعية، واقتصادية، وسياسية يعبر عن مدينة المجتمعات، وحضاريتها واحترام عقلية الفرد، ومنهجية تفكيره، وإشراكه في الأدوار والمسؤوليات، وتحمله لمسؤولياته اتجاه مجتمعه وقضاياه المختلفة.

وقد ورد هذا الحق ضمن موثيق دولية فنجد، في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال المادة 19 : " لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقييد بالحدود الجغرافية. "

كما نجد في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة 19 : " لكل فرد الحق في حرية التعبير. وهذا الحق يشمل حرية البحث عن المعلومات أو الأفكار من أي نوع واستلامها » ونقلها بغض النظر عن الحدود وذلك إما شفاهة أو كتابة أو طباعة وسواء كان ذلك في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها. "

والمادتان 13 و 10 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد " تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي ومع مراعاة ضرورة مكافحة الفساد، ما قد يلزم بما في ذلك... اعتماد إجراءات أو لوائح تمكن عامة الناس من تدابير لتعزيز الشفافية في إدارتها العمومية الحصول على معلومات عن كيفية تنظيم إدارتها العمومية واشتغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، وعن القرارات والصكوك القانونية التي تهم عامة الناس، مع إيلاء المراعاة الواجبة لصون حرمتهم وبياناتهم الشخصية. "

كما يمكن الحديث عن أقدم تشريع بالعالم بخصوص هذا الأمر، وُجد بدولة السويد إذ تعترف دولة السويد بحق النفاذ إلى الوثائق الإدارية منذ العام 1776، وهو حق أعيد تأكيده عبر القانون الدستوري لعام 1974. وكرست هذا الأمر مجموعة من الدول من بينها إسبانيا وإيطاليا وألمانيا وفرنسا.

ويعتبر هذا الحق من صميم الديمقراطية التشاركية، فهو يشكل المدخل الأساسي لتحقيق وضمان مشاركة الشعب في الحياة العامة، والمساهمة في صناعة القرار وتتبعه وتقييمه. كما أن ضمان ممارسة هذا الحق ينعكس إيجابا على ممارسة مجموعة من الحقوق الأخرى. في هذا السياق يمكن التساؤل عن

كيفية مشاركة الفاعل المدني في صناعة القرار في غياب الحق في المعرفة والاطلاع على كل السياسات والقرارات العمومية.

وقد عمل المشرع المغربي على دسترة هذا الحق في دستور 2011. واعتبر حق الحصول على المعلومة حقا من الحقوق والحريات الأساسية وهذا ما أكدته الفصل 27 من الدستور، الذي جاء فيه : " للمواطنين والمواطنات حق الحصول على المعلومات، الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام. لا يمكن تقييد الحق في المعلومة إلا بمقتضى القانون". وانسجاما مع المقتضى الدستوري جاء القانون رقم 31.13 ليكرس هذا الحق حق الحصول على المعلومة¹.

ثانيا : الاستقصاء العمومي

تمثل الاستقصاءات العمومية آليات استشارية واسعة الانتشار وتطبق بشكل خاص في المادة العمرانية ومجال البيئية. ففي بلجيكا، وتحديدًا في إقليم والون، تخضع مشاريع المخططات القطاعية وجوبا للاستقصاء العمومي. وتنص على ذلك أيضا قوانين الأقاليم الاتحادية الألمانية المتعلقة بالتهيئة الترابية. وفي فرنسا نجد أن المدونة العامة للجماعات الترابية تنص على أنه يمكن لناخبي الجماعة أن يستشاروا حول القرارات التي تهم السلطات الجماعية باتخاذها من أجل تنظيم اختصاصات الجماعة، كما تنص على أن هذه الاستشارة بإمكانها ألا تعني إلا ناخبي منطقة معينة من تراب الجماعة من أجل شؤون تهم هذه المنطقة منها بالذات².

فيما يتعلق بحق اختصاص الجهة المخولة بالاستفتاء المحلي، فبالإضافة إلى أن قرار الاستشارة يرجع إلى إلى المجالس الجماعية التداولية للجماعات الترابية، التي يمكن أن تضع للاستفتاء المحلي كل مشروع للتداول يتجه نحو تنظيم شأن من اختصاصات هذه الجماعة، كما أن السلطة التنفيذية للجماعة الترابية يمكن لها اقتراح على المجلس التداولي لهذه الجماعة، كل مشروع عمل صادر عن صلاحيتها التنفيذية باسم الجماعة بإخضاعه للاستفتاء المحلي، مع استثناء مشاريع الأعمال الفردية³.

هكذا، فإنه تم التنصيص صراحة على أنه يمكن بخمس الناخبين لمسجلين في لائحة الانتخاب، أن يدفعوا بالمجلس الجماعي من أجل تنظيم استشارة حول عملية تتعلق بالتهيئة صادرة عن قرار للسلطات الجماعية⁴.

¹ظهير شريف رقم 1.18.15 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)

² L'article n (L1112-15) du code général des collectivités territoriales Français , modifié par Loi n 2004-809 du 13 Aout 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ; version consolidée au 27 mai 2008

³ L'article n (L1112-1) et L'article n (L1112-2) du C.G.C.T , Ibid
⁴ L'article n (L1112-15) du C.G.C.T , Ibid , cité par l'ordonnance n 2007 - 1434 du 5 octobre 2007 .

ثالثا : الحق في تقديم العرائض

تعترف دساتير مجموعة من الدول بهذا الحق منها فرنسا والبرتغال وذلك بحق تقديم العرائض على المستويين المحلي والوطني. وفي جنوب إفريقيا، أنشأت مدينة جوهانسبرغ " لجنة للمشاركة والعرائض" لتلقي العرائض.

وقد نص على هذا الحق في دستور 2011 من خلال الفصل 14: " للمواطنين والمواطنات، ضمن شروط وكيفيات يحددها قانون تنظيمي، الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع." .
وأیضا الفصل 15: " للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية. ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق".

كما تم إصدار القوانين التنظيمية المرتبطة بهذا الأمر من خلال القانون التنظيمي 64.14 : المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تقديم الملتمسات في مجال التشريع. والقانون التنظيمي 44.14 : المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم العرائض لدى السلطات العمومية.

وتجاوبا مع هذه الآليات تم إعداد صفحة إلكترونية مهمة في هذا الأمر تحت عنوان البوابة الوطنية للمشاركة المواطنة¹. تمكّن من الاطلاع على نوع العرائض المقدمة و عددها ومعلومات أخرى مرتبطة بالعرائض والملتمسات.

وبالعودة لهذا الموقع نجد أن عدد العرائض على المستوى الوطني المقدمة لرئيس الحكومة هناك 5 عرائض إلى حدود كتابة هذه الأسطر تمثلت في :

- عريضة من أجل إقامة منشأة مائية على واد " شق الأرض " بدائرة أوطاط الحاج، إقليم بولمان.
- عريضة من أجل مراجعة كيفية تنزيل مشروع تهيئة ضفتي واد مرتيل بولاية جهة طنجة تطوان الحسيمة.

- عريضة متعلقة بتفعيل الطابع الرسمي والسيادي للغة العربية.
- عريضة متعلقة بطلب تكييف الساعة الإضافية (GMT+1) في قطاع التعليم وفي جميع الإدارات والمصالح العمومية.

- عريضة ساكنة مدينة طرفاية متعلقة بطلب إلزام شركة أرماس بإزالة حطام سفينة (الخردة) جنحت بسواحل طرفاية منذ 30 أبريل 2008.

وقد تم رفض العرائض الوطنية الأربع الأولى، ولم ترفع إلا العريضة الخامسة إلى السلطات العمومية المعنية.

¹ www.eparticipation.ma

في نفس الوقت لم يتجاوز عدد العرائض على المستوى المحلي 100 عريضة وهو رقم يبقى بعيد عن التوقعات خاصة عند وضع هذا العدد مقابل أكثر من 1500 جماعة ترابية (12 جهة 13 عمالة 62 إقليم 221 جماعة حضرية 1282 جماعة قروية).

وقد توزعت هذه العرائض سنة 2018 (71 عريضة) على الشكل التالي (4 منها على مستوى الجهات و 5 على مستوى العمالات والأقاليم، و 62 على مستوى الجماعات، وذلك حسب تقرير للمديرية العامة للجماعات المحلية) .

وبالحديث عن العرائض على المستوى المحلي يمكننا الحديث عن الفاعل المحلي بمدينة طنجة على سبيل المثال حيث استطاع، بعد المصادقة و تفعيل القانون التنظيمي المتعلق بالعرائض، تقديم عدد من العرائض وقام المجلس الجماعي لطنجة بالتفاعل إيجابا مع 3 عرائض. مقدمة من طرف كل من مرصد حماية البيئة و المآثر التاريخية بطنجة و المتعلقة بموضوع " حدائق المندوبية "، وجمعية التكتل الجمعي بطنجة الكبرى و المتعلقة ب " المعالجة الثلاثية للمياه العادمة "، بالإضافة إلى عريضة مركز ابن بطوطة للدراسات و أبحاث التنمية المحلة المرتبطة بمأسسة مشاركة ساكنة طنجة في إعداد ميزانية المدينة. وانطلاقا مما سبق عمد المكتب الجماعي إلى اتخاذ قرار إدراج العرائض ضمن جدول أعمال دورته المقبلة.

كما هناك عريضتين، لم تتم مدارستهما بعد الأولى تتعلق بتمكين ذوي الإعاقة من الاستفادة من خدمات النقل العمومي الحضري (حافلات ألزا)، وتطالب الثانية بتحويل مجزرة الدجاج المتواجدة بحي المجد إلى وجهة أخرى مخصصة لذلك من أجل رفع الضرر الذي تلحقه هذه المجزرة بالساكنة. وبلغ مجموع العرائض المقدمة هذه السنة (2019) 12 عريضة وتعد هذه العرائض نموذجا للفاعل الحيوي للفاعل المدني وتفاعله المباشر مع آليات الديمقراطية التشاركية، مع ما لاقتنه التجربة من صعوبات في البداية ارتبطت بالشروط الشكلية لتقديم هذه العرائض وقبولها، وتجدر الإشارة هنا إلى أن عدد من العرائض قدمت في جماعات ترابية أخرى كان مآلها الرفض ، وهو شئ طبيعي بعد الإخلال بالشروط الشكلية لتقديم العريضة. هذا الأمر يستلزم إعداد العدة والتأسيس لأشكال تنظيمية تساعد الفاعل المدني في تجاوبه مع الآليات القانونية، هنا نشير على سبيل المثال إلى ما قامت به إحدى الجمعيات من تأسيس لفكرة " العيادة القانونية أو عيادة العرائض " وقد ضمت عدة فضاءات متخصصة في التوجيه، التشاور، الاستشارة القانونية و صياغة العريضة و مناقشتها من طرف خبراء في مجال الديمقراطية التشاركية ، فيما سمي بمشروع " تعزيز الديمقراطية المحلية عبر وسائل تواصل جديدة ". فضعف التوجيه القانوني من بين أهم العوامل التي تحد من تفعيل وممارسة الديمقراطية التشاركية من طرف فعاليات المجتمع المدني خاصة على مستوى تقديم العرائض.

رابعاً : المجالس التشاركية

تتجسد الديمقراطية التشاركية المحلية بشكل فعلي داخل البنيات تحت جماعية المتمثلة في الأحياء الشعبية التي تعد القاعدة الأساسية لكل تشخيص تشاركي للواقع المعيشي للسكان، ومنطلق لكل تنمية محلية ، التي لا يمكن تصورها من خلال المقرب الشمولي لتدبير المدينة، على اعتبار أن الأحياء ضمن الفضاء المحلي لا تشكل كتلة متجانسة، بفعل التفاوتات الاجتماعية، والاختلالات المجالية والمطالب والاحتياجات المختلفة بين السكان، الأمر الذي يتطلب من المجالس الجماعية أن تراعي هذه التباينات داخل مجالها الترابي أثناء التحضير لسياستها التنموية المحلية، عبر الإشراف الحقيقي لكافة مكونات المجتمع المحلي في تحديد أولويات الأحياء السكنية¹.

من هذا المنطلق ظهرت فكرة المجالس التشاركية، حيث تعتبر مجالس الأحياء الشعبية إحدى الآليات الإجرائية المتميزة للديمقراطية التشاركية المحلية، تمكن من ربط علاقة مباشرة بين المجالس الجماعية والسكان المحلية عبر إحداث تمثيلات موازية للمجالس الجماعية تتشكل من ممثلين عن قاطني الأحياء، من أجل المساهمة في بلورة سياسة تنمية نابذة من المشاكل الحقيقية للسكان، وفي هذا الإطار تعددت التجارب الدولية التي اهتمت بالمشاركة الشعبية عن طريق مجالس الأحياء.

وقد نصّ القانون الإيطالي لسنة 1990 بإنشاء مجالس منتخبة للأحياء في المدن عندما يزيد عدد سكانها عن 100 000 نسمة، أما في المدن التي يزيد عدد سكانها عن 30 000 نسمة يظل ذلك اختيارياً. وفي ألمانيا، توجد المجالس العامة للسكان (Bürgerversammlung)، خاصة في بلديات إقليم بافاريا. وتتعقد إما بمبادرة من رئيس البلدية أو من جزء من السكان (3 إلى 10 في المائة من مستخدمي الإدارة) وتسمح للسكان بمساءلة المسؤولين المنتخبين حول سير السياسات العامة.

وفي سويسرا، للمجالس الشعبية دور تقريبي على مستوى البلديات التي لا توجد بها مجالس تداولية منتخبة (حوالي 2000 بلدية، وهي من بين أصغر البلديات)، يمارس المواطنون حقوقهم السياسية في مجالس البلدية (Gemeindeversammlung) تجتمع عدة مرات في السنة. ويشاركون بذلك مباشرة، في صياغة قرارات البلدية مع أعضاء المجلس التنفيذي.

وفي إسبانيا، تم إرساء مجالس المناطق (وهي تقسيمات داخل البلديات) تجمع ممثلاً عن المجلس البلدي وأعضاء مختارين وفقاً لمعايير قطاعية (جمعيات متخصصة) أو ترابية (جمعيات الأحياء على سبيل المثال).

¹ محمد سدقاوي : " الديمقراطية التشاركية المحلية في المغرب - مقارنة في آليات إشراك المواطن في تدبير الشأن العام المحلي " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة الحسن الأول كلية الحقوق سطات 2015/2014 ص 284-285

إلا أنّ تجربة مجالس الأحياء بفرنسا تعدّ نموذجاً رائداً في تدبير الشأن المحلي الذي يتجه نحو الأحياء لملامسة الاحتياجات الأساسية للسكان، إذ تبني المشرع الفرنسي هذه الآلية الإشرافية بموجب قانون 18 يوليو 1985 إلى جانب هيكل أخرى للتداول والاستشارة ، والتي ستتقوى أكثر من خلال قانون رقم 2002.76 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2002 المتعلق بديمقراطية القرب كهدف أساسي للسياسة الجماعية.

وفي هذا الإطار ، نصت المادة الأولى من القانون الأخير المذكور : " أن هذه المجالس تتشكل من الجماعات التي يساوي أو يفوق عدد سكانها 20.000 عشرون ألف نسمة ، وتجتمع على الأقل مرتين في السنة ، وتعرض على العمدة كل المقترحات المتعلقة بالحي، وتتكون من مستشارين يعينهم الرئيس على أساس قاعدة التمثيل النسبي، ومن أشخاص لا ينتمون للمجلس "، حيث يتم استشارتها من طرف عمدة المدينة ، الذي يتلقى اقتراحاتها في الشؤون المتعلقة بالحي والمدينة، عبر مختلف مراحل مسلسل إعداد القرار : اعتماده، تنفيذه وتقييمه، في إطار منظور وتصور شموليين لسياسة المدينة¹.

تجدر الإشارة إلى أن تحديد هيكله واختصاصات مجالس الأحياء يتم تقنينها بواسطة قانون داخلي صادر عن المجلس الجماعي، وفي هذا الإطار نأخذ نموذجاً لمجلس الأحياء ببلدية ليل الفرنسية لتبيان طريقة اشتغالها وتشكيلها ودورها على صعيد الوحدات تحت جماعية.

يتشكل مجلس الحي لمدينة ليل وفقاً للقانون الداخلي من فئتين من الأعضاء :

- النصف الأول معين من طرف المجموعات السياسية المكونة للمجلس الجماعي، بالنظر لأهمية تواجدها داخل المجلس.

- النصف الثاني يتحدد وفق مبدأ الثلثين، الأول يتشكل من الأعضاء الذين يمثلون وظيفة اجتماعية داخل الحي، أي يمارسون بشكل مباشر أو غير مباشر نشاطاً اقتصادياً أو اجتماعياً، أو نقابياً، والثلث الثاني يتكون من الأعضاء الذين يقطنون في الحي وسبق لهم الترشح.

حيث يصل العدد الإجمالي لأعضاء مجلس مدينة ليل 280 عضواً، بمعنى ما بين 32 و 34 عضواً لكل حي، ومدة الانتداب محددة في ثلاث سنوات²، حيث يجتمع بشكل دوري قبل كل دورة عادية للمجلس الجماعي، ويحدد الرئيس جدول الأعمال ، كما يتم إحداث لجن وفرق عمل بداخله، وتثبت مداولاته في محضر كتابي يقدم ويصادق عليه المجلس الجماعي.

وفي المغرب ، وإن كان النص القانوني لم يتحدث عن هذه المجالس الموازية لعمل المجالس المنتخبة، إلا أن بعض المبادرات يمكن حسابها على هذا الاتجاه، وذلك من قبيل مجلس المجتمع المدني للمقاطعات

¹ محمد غالي : " سياسة القرب مؤشر على أزمة الديمقراطية التمثيلية " منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، سلسلة مواضيع الساعة العدد 53 سنة 2006 ص 27
² Chrls Maccio : Penser le devenir de la démocratie , chronique sociale , construire une démocratie participative , Lyon 2004 , P 109

والذي يُعدّ تجربة جنينية في هذا الاتجاه، فعلى سبيل المثال أخذت المقاطعات الأربع المشكلة لوحدة المدينة بمدينة طنجة على عاتقها هذه المبادرة في تأسيس مجلس المجتمع المدني للمقاطعة. والذي يعتبر نفسه آلية تشاورية ومساهم في نشر ثقافة الديمقراطية التشاركية من خلال عقد دورات تكوينية حول استراتيجية الترافع وتقديم العرائض¹.

خامسا : هيئات التشاور

تماشيا مع الوثيقة الدستورية نصّت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية على إحداث هيئات استشارية. فعلى المستوى الجهوي تم إحداث هيئات الاستشارية بموجب الفصلين 116 و 117 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات ويتعلق الأمر ب :

- هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع

- الهيئة الاستشارية مع الشباب

- الهيئة الاستشارية مع الفاعلين الاقتصاديين

كما أحدث القانون التنظيمي المتعلق بالعمالات والأقاليم هيئة الاستشارية على صعيد العمالة أو الإقليم بموجب الفصلين 110 و 111 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم وهي :

- هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع بالعمالة

أما على مستوى الجماعات فالفصلين 119 و 120 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات تحدث عن إحداث هيئة استشارية هي :

- هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع بالجماعة

وتعتبر هذه الهيئات من صميم الآليات المعتمدة في ممارسة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ مشاركة هذه الهيئات التشاورية، تظل دون مستوى التطلعات لأسباب متعددة، يتعلق بعضها بطريقة إحداثها التي تحكمت في أغلب تجاربه معايير مصلحة أو علائقية أو حزبية، ويتعلق بعضها الآخر باختصاصات هذه الهيئات التي تم تقزيمها وحصرها بكيفية تجعلها أبعد أن تكون هيئات

¹ شارك في الجمع العام التأسيسي لمجلس مقاطعة بني مكادة بطنجة قرابة 165 جمعية تشتغل بتراب المقاطعة، تم انتخاب مجلس اداري يتكون من نفس عدد اعضاء مجلس مقاطعة بني مكادة اي 45 فرد بالإضافة الى ممثل المقاطعة بمجلس المجتمع المدني، هذا الاخير افرز مكتب تنفيذي يتكون من 14 فرد بالإضافة الى مندوب المقاطعة.

للمراقبة والنزاهة والشفافية. وظل الفاعل المدني في معظم هذه الهيئات عاجزا عن تطوير قدراته من أجل ممارسة اختصاصاته.

سادسا : الميزانية التشاركية

أحدثت الميزانية التشاركية لأول مرة في مدينة بورتو أليغري بالبرازيل في أواخر الثمانينات، وعرفت نجاحا كبيرا منذ ذلك الحين. وطبقت أكثر من 200 مدينة برازيلية تجربة بورتو أليغري انطلاقا من بداية القرن الواحد والعشرين،

وقد سنت البرازيل تشريعات حول المشاركة والمشاوره من خلال النص الدستوري لسنة 1998 المعدل في 1994، الذي سمح بتطوير وتوسيع أشكال وأماكن المشاركة المواطنة. حيث نصّ الفصل 14 من الدستور البرازيلي على أن: " السيادة الشعبية يمكنها أن تمارس ليس فقط عن طريق الانتخاب ، ولكن عن طريق المبادرة الشعبية "، كما أنّ الفصل 26 المتعلق بالبلديات حتّ على مشاركة ممثلي الجمعيات في صياغة السياسات المحلية في الصحة والضمان الاجتماعي، بالإضافة إلى أن الفصلين 204 و 227 يحتم مشاركة السكان في صياغة ومراقبة السياسات العمومية¹.

كما انتشر اشعاعها في الأرجنتين والبيرو والإكوادور. وقد أطلقت بلدية روزاريو (الأرجنتين) تجربة متميزة، حيث وضعت منذ عام 2003 ميزانية تشاركية خاصة بالمرأة مكنت من تمويل مشاريع تهدف إلى تحسين وضعيتها.

وفي فرنسا، أطلقت العديد من المدن (غرونوبل وغريغني وباريس وميتز ومونتروي ورين) مثل هذه التجارب فأتاحت الفرصة لسكانها لصياغة مشاريعهم والتصرف في ميزانية بلدية كبيرة، فعلى سبيل المثال تخصص مدينتنا باريس ورين حوالي 5% من ميزانيتها الاستثمارية لهذا الغرض.

وفي إسبانيا، بدأ تطبيق الميزانيات التشاركية في البلديات في أوائل القرن الحادي والعشرين (لا سيما في بلديتي قرطبة ومالقة)، وتطبق حاليا أكثر من 20 بلدية هاته الآلية.

سابعا : تقييم السياسات العمومية المحلية

يمكن تطبيق المسار التشاركي على مستوى تقييم التصرف البلدي. ويمكن بذلك للمواطنين أن يحكموا بأنفسهم على فعالية التدابير المتخذة والصعوبات التي تواجهها السلطات البلدية وأن يساعدوها على إيجاد تدابير صحيحة. فعلى سبيل المثال، انضمت العديد من الجماعات المحلية السنغالية، بما في ذلك بلدية سانت لويس، إلى برنامج الإسهاد المواطني (Certification Citoyenne) الذي ينفذه المنتدى المدني، وهو القسم السنغالي من منظمة الشفافية الدولية. وفي كل جماعة محلية شريكة في هذا البرنامج،

¹ Leonardo Avritzer : « nouvelles sphères publiques au Brésil-démocratie locale et délibération politique ; in gestion de proximité et démocratie participative »; P 232

تم تركيز لجنة محلية للإشهاد تتألف من متطوعين وممثلين عن الجمعيات المسؤولة عن تقييم أعمال التصرف العمومي المحلي عن طريق جمع المعلومات ذات الصلة بهذا التصرف.

وفي تونس، فإن القانون الأساسي المتعلق بمجلة الجماعات المحلية هو الذي يحدد تطبيق فصول الدستور في كيفية مشاركة المواطنين والمجتمع المدني في إعداد ومشاريع التنمية والتهيئة الترابية، ومتابعة تنفيذها

في الختام : تبدو العلاقة بين الديمقراطية التشاركية والمجتمع المدني علاقة وطيدة ومتلازمة، ولكن رغم تعدد الآليات التي منحها دستور 2011 للفاعل المدني، كمدخل لممارسة الديمقراطية التشاركية، فإن النص القانوني في كثير من الأحيان، وقف حاجزا دون ممارسة واستعمال جدي لهذه الآليات. فاعتماد التعيين في الهيئات التشاورية التي تم إحداثها، سواء على المستوى المحلي أو الوطني، أفرغها من الفاعلين المدنيين المستقلين سياسيا، بعد ضمان كوتا للأحزاب المسيرة للمجالس، مما جعل العمل التشاركي مرتها للمعطي السياسي أقرب منه للفعل المدني. كما توجه المشرع المغربي إلى الاهتمام بالشكل عوض المضمون، حيث تم تعطيل العديد من هذه الآليات التشاركية بسبب التشدد في الشكليات والشروط من قبيل الإحالة غير المبررة على القانون 57.11 المنظم للشروط التسجيل في اللوائح الانتخابية بالنسبة للعرائض المرفوعة من المواطنين والمواطنات، وفرض عدد مبالغ فيه من الموقعين على الملتزمات، فكانت النتيجة أن لا ملتزم تم تقديمه إلى الآن.

من جهة أخرى لا يمكن الحديث عن ديمقراطية تشاركية في غياب مجتمع مدني فعال وناضج. وفي هذا السياق يحق التساؤل عن طبيعة المجتمع المدني بالمغرب ومآلات الديمقراطية التشاركية، خاصة مع تعدد التقارير التي تتحدث عن مستويات معرفية وثقافية منخفضة في صفوف الشباب عموما، حيث يشير تقرير اليونسكو لسنة 2016 إلى وجود 10 ملايين شخص يعانون من الأمية بالمغرب، ما يعني أن قرابة ثلث السكان أميون¹. وتعاني نصف المغريبات فوق سن 15 عاما من الأمية. الأمر الذي انعكس سلبا على ثقافتهم المدنية والجموعية، فنسبة الشباب الذين يعرفون كلمة جمعية مثلا لا يتجاوز 18% في الوسط الحضري و 10% في الوسط القروي.

إن الأمية تعيق قدرة المواطنين على تتبع قضايا الشأن العام وعلى قدرتهم على المراقبة والمحاسبة وإدراك الاختيارات والمشاريع والسياسات العمومية التي تتم بلورتها من طرف الإدارة².

فإذا كانت الديمقراطية التشاركية تتطلب قدرا كافيا من الوعي السياسي والحقوق، فكيف يمكن أن نتوقع نجاحها في ظل هذه النسب المخيفة من الأمية والجهل بالثقافة الجموعية والمدنية؟

¹ تقرير اليونسكو لعام 2016 عن وضع التعليم بالدول العربية بموقع المنظمة على الرابط :

http://en.unesco.org/gem-report/sites/gem-report/files/regional_overview_AS_ar.pdf

² إدريس فخور : " آلية مشاركة المواطنين في تحديث المرفق العمومي في ضوء مضمين الدستور الجديد " ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 120 يناير - فبراير 2015 ص 95

الحكامة المالية للجماعات الترابية: نموذج الميزانية التشاركية

د. صباح ياسين

أستاذة مساعدة، كلية الحقوق - طنجة،

جامعة عبد المالك السعدي، المغرب.

مقدمة:

تزايد الاهتمام في السنوات الأخيرة بتحديث وتطوير مالية الجماعات الترابية وبصفة خاصة الميزانية، وذلك بغرض رفع كفاءة تدخلاتها وزيادة فاعليتها لتحقيق الأهداف المتوخاة منها. ومع تعاضد الدور الذي تلعبه الجماعات الترابية في تحقيق التنمية المحلية، وتزايد اكرهات ندرة الموارد، أصبحت مهمة الجماعات الترابية أكثر تعقيدا، وأصبح التطوير في حد ذاته أمرا صعبا وشاقا، يحتاج إلى مزيد من المدايل العلمية والعملية حتى يؤتى ثماره.

وفي إطار البحث عن نموذج تنموي جديد لمعالجة إشكالية التنمية الترابية المستدامة¹، أصبح هاجس تطوير وتحديث ميزانية الجماعات الترابية حاضر بقوة، باعتبارها ركيزة أساسية للرفع من تدخلات الجماعات الترابية.

ومن هنا برزت أهمية تبني الميزانية التشاركية، باعتبارها دعامة قوية لتعزيز التنمية المحلية وتفعيل سياسة القرب.

وعليه، سنحاول في هذا المقال تسليط الضوء على الميزانية التشاركية باعتبارها من أكثر الآليات استعمالا في الوقت الحاضر، لتكريس الديمقراطية المباشرة، فضلا عن دورها في معالجة إشكالية التنمية المحلية.

المبحث الأول: الميزانية التشاركية رافعة أساسية لإرساء نموذج تنموي جديد للجماعات الترابية

يعد نموذج الميزانية التشاركية نموذجا فريدا من نوعه في العالم، حيث يقوم على مبدأ مشاركة المواطنين في صنع السياسة العامة التي يتحدد بموجبها النفقات العامة.

1- ترتكز التنمية المستدامة على إدماج ثلاثة مرتكزات:
- مرتكز اقتصادي يرمي إلى تحقيق أهداف النماء والفعالية الاقتصادية؛
- مرتكز اجتماعي يستهدف تلبية الحاجيات الإنسانية والاستجابة لأهداف الإنصاف والتماسك الاجتماعي، بما في ذلك قضايا الولوج إلى الخدمات والمرافق الأساسية والشغل والثقافة؛
- مرتكز بيئي يرمي إلى الحفاظ على البيئة و الموارد الطبيعية و تحسينها واستثمارها على مدى الطويل.
- دليل المخطط الجماعي للتنمية: حسب مقارنة التخطيط الاستراتيجي التشاركي، المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، منشورات مركز الاتصال والنشر، 2010، ص: 18.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للميزانية التشاركية وأهميتها

بدأت تجربة الميزانية التشاركية لأول مرة عام 1989 في البرازيل، بمدينة بورتو أليغري (ALEGRE PORTO) بولاية ريو جراندي دي سول¹ (تُعد من المدن الغنية نسبياً في البرازيل) حين نجح حزب العمال في انتخابات عمدة المدينة آنذاك²، وتعهّد بتفعيل المشاركة الديمقراطية وقلب أولويات الإنفاق التي طالما اهتمت بالأحياء الغنية والمتوسطة وتجاهلت الفقراء، في مدينة عُرفت بفسادها وغياب النظام لدى مؤسساتها، لتبدأ محاولات مختلفة لحل الأزمات المالية وتشجيع قاطني المدينة على المساهمة في إدارة المدينة، وهي تجربة تمخضت عنها فكرة الميزانية التشاركية.

وبحلول عام 1992³، كان هناك حوالي 8.000 مشارك في التجربة، وبعد إعادة انتخاب الحزب في نفس السنة، أصبحت الميزانية التشاركية مشروعاً منفصلاً عن بقية إصلاحات الحزب، وتوسّعت لتشمل 20.000 مواطن بعد الأثر الذي أحدثته على الأرض، حيث أصبح للمواطنين دور في توجيه الإنفاق على مشاريع الإسكان والمدارس بشكل مباشر بدلاً من انتظار تحرك السلطات، وهو انتظار لم يُفضي إلى شيء في أحيان كثيرة في البرازيل التي عانت من انعدام الكفاءة، البيروقراطية والفساد في ذلك الوقت، وكان فقراء بورتو أليغري تحديداً يعانون حينئذ من غياب الخدمات الأساسية.

بالإضافة إلى توجيه السلطات نحو تفعيل المشاريع التي يريدونها، أدت تجربة الميزانية التشاركية⁴ إلى توسيع إدراك الكثيرين عن كيفية الإدارة وتطبيق السياسات، على الأقل في الحي الذي يسكنون فيه، حيث أتيح لقاطني بورتو أليغري أن يعملوا جنباً إلى جنب مع ذوي الخبرة لوضع مقترحات واقعية، والعمل على تحقيق الأهداف التي رصدها، وهو ما عمّق من الممارسة السياسية والتشريعية والمالية بشكل كبير، وحمّس الآلاف ممن رأوا كيف تغيّرت مدينتهم بأيديهم.

1- أحمد قبادرة، الميزانية التشاركية كتكريس للديمقراطية المباشرة: مجالات التطبيق ببلدان الوطن العربي، مجلة المستقبل العربي، العدد 39، 2016، ص: 76-89.

2- عصام فاهم العامري، المأزق العالمي للديمقراطية: بلوغ نقطة التحول، منشورات المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الأولى، 2016.

3- طبقت الميزانية التشاركية أول مرة على مستوى المدينة وبشكل أدق على مستوى البلدية.

4- هناك ثلاث مراحل لانتشار الميزانية التشاركية يمكن تحديدها كما يلي:

- المرحلة الأولى: من 1989 إلى 1997، تميزت بإجراء تجارب محدودة في عدد من المدن؛
- المرحلة الثانية: من 1997 إلى 2000، مرحلة الاندماج في البرازيل، حيث تم تبني الميزانية في أكثر من 130 مدينة؛
- المرحلة الثالثة: من 2000 إلى الآن، انتشرت الميزانية خارج البرازيل، وحالياً هناك 300 مدينة تبنت تطبيق هذه الميزانية في العالم.

- المشاركة الشعبية في إعداد الموازنة العامة للدولة، إصدارات وزارة المالية الأردنية، بدون سنة نشر، ص: 62.

4- تقوم الميزانية التشاركية على عدة مبادئ أبرزها:

- الإصاف: المشاركة العادلة للجميع في مسار اتخاذ القرار، وانتفاعهم بالموارد والخدمات الأساسية المعتمدة.
- المساواة: يقوم المنتخبون ممثلي السكان في المجالس المحلية بإعلام المواطنين بقراراتهم وأنشطتهم، فالمواطنون الحق في المساءلة والمتابعة والحصول على المعلومة، بشأن القرارات التي يتم اتخاذها من قبل المنتخبين، ويجب عليهم في المقابل مساعدتهم على القيام بمهامهم على أحسن وجه.
- الشفافية: يجب على المجلس المحلي وضع آليات ومنظومات تمكن من إعطاء المعلومة التي يسهل على المواطن قراءتها وفهمها، كما أنه يجب أن تكون لدى المواطنين المقدرة و الأدوات اللازمة التي تمكنهم من قراءة المعطيات ومراقبة عمل المنتخبين.
- الاستمرارية: يتم إعداد الميزانية التشاركية سنوياً مع الأخذ بعين الاعتبار الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية والبيئية الحاضرة والمستقبلية.
- النجاعة: يتعاون المنتخبون والمواطنون والمجتمع المدني، من أجل دراسة الإمكانيات والموارد القابلة للاستخلاص من أجل تلبية احتياجات الساكنة.
- الالتزام المدني: تركز جميع مراحل الميزانية التشاركية على علاقة تتميز بالثقة المتبادلة وبالتضامن بين المنتخبين والمواطنين، وتستوجب مشاورات واسعة النطاق على مستوى الجماعة.

تباعاً، وعلى مدار عقد التسعينيات، شهدت المدينة تصاعداً في المساهمين بالميزانية التشاركية¹ حتى وصلت أعدادهم إلى واحدٍ من كل خمسة من مليون ونصف يسكنون هناك تقريباً، وهي مساهمة شملت حضوراً كبيراً من النساء والمجموعات المحدودة الدخل، والتي ساهمت بنسبة أكبر، في حين تجري هذه الأيام محاولة لتفعيل دور الشباب والمتخصصين من الطبقات الوسطى عن طريق الإنترنت، والذين لم يتشجعوا على المشاركة بها في بدايتها إما لعزوفهم عن السياسة (في حالة الشباب)، أو اعتقادهم أنها عملية غير ذات جدوى أو غير مهنية (المتخصصين).

وقد أدت النتائج الايجابية لهذه التجربة إلى تعميم هذه الآلية في العديد من مدن أمريكا اللاتينية في مرحلة أولى²، قبل أن تنتشر في بلدان أخرى، بما في ذلك دول الشمال، ليصل عدد المدن التي تعتمد هذه الآلية اليوم إلى حوالي الألف. ورغم تنوع تجارب الميزانية التشاركية حول العالم، تبقى التجربة البرازيلية الأهم والمعياري الأساسي للمقارنة.

وهكذا نجد، بأن الميزانية التشاركية تعد ممارسة ابتكارية للحكامة الجيدة في ظل الطلبات المتزايدة بتطبيق الديمقراطية، والحاجة إلى مزيد من الإفصاح والشفافية لنشر المعلومات بشكل يتسم بالمصداقية، ويجعلها تظهر بالشكل المناسب وفي الوقت المناسب، لتحقيق الفائدة المرجوة منها³، مما يساعد في معالجة إشكالية التنمية، ومحاربة الفساد ويولد إمكانيات متميزة تساهم في تطبيق مبادئ الحكامة الجيدة.

وانطلاقاً مما سبق، يمكن لنا تعريف الميزانية التشاركية⁴ بأنها "آلية يتم من خلالها مشاركة المواطنين في حي أو منطقة جغرافية محددة في صناعة قرار، وتخصيص كل أو جزء من الموارد العامة المتاحة والمخصصة لهم في الميزانية"⁵. وبعبارة أخرى فهي تلك "الآلية التي يساهم من خلالها المواطنون

¹ - وحسب الباحثين Rocke , Herzberg, Sintomer تحدد الميزانية التشاركية بست معايير وهي كالتالي:

1. مناقشة الميزانية والتركيب المالية؛
 2. تحديد نطاق جغرافي على مستوى الحي أو المدينة؛
 3. عدم حصر الميزانية التشاركية في حدث آني، وتكرار العملية في الأعوام المقبلة؛
 4. بناء مسلسل يركز على عملية التداول، في إطار لقاءات وفضاءات مخصصة للموضوع؛
 5. يتعين على مختلف الفاعلين القيام بعملية المساءلة أمام الساكنة، لكي تعكس الميزانية التشاركية بشكل فعلي الإرادة العامة؛
 6. إجبارية إخبار المعنيين بعملية إنجاز المشاريع المقترحة عن طريق الاجتماعات والمنشورات.
- دليل الميزانية التشاركية أداة للشفافية في تدبير الشأن العام المحلي، مشروع النهوض بثقافة المساءلة والمحاسبة بالجماعات الحضرية لجهة طنجة- تطوان، 2015-2016، ص: 6.
- ² - ريبكا وارنر، الموازنة التشاركية: الديمقراطية في العمل، تاريخ النشر على الموقع الإلكتروني الرسمي لشراكة الدولية للموازنة 3 غشت 2017، تاريخ التصفح للموقع 8 ماي 2018.

- Rebecca Warner, participatory budgeting: democracy in action, AUG 03; 2017.

-WWW.internationalbudget.org.

³ - سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، استخدام الموازنة بالمشاركة لتحسين كفاءة وفاعلية الأداء المحاسبي لوحدات الحكم المحلي (دراسة مقارنة)، مجلة المحاسبة والمراجعة (AUJAA)، المجلد الخامس، العدد الأول، يناير 2017، ص: 242.

⁴ - تزامن ظهور مفهوم الميزانية التشاركية بمفهوم الحكامة الجيدة والذي أطلقته مجموعة من المانحين الدوليين في أواسط الثمانينات للقرن الماضي في ظل حرصها على إحكام التصرف في الاعتمادات والمساعدات التنموية.

⁵ - Schugurensky Daniel, The fourth dimension of civic engagement: participatory budgeting from Brazil to the USA, PA Times, Jan 2012, p: 5-6.

- واردة عند: سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص: 242.

في مسار أخذ القرار المتعلق بكيفية صرف جزء أو كلّ الميزانية المتاحة لعملية المشاركة. وهي بذلك التجسيم الأصيل للديمقراطية المباشرة، حيث تتاح للاسكان من خلالها أن يقرروا مآل الأموال المرصودة وفق حاجاتهم وتطلعاتهم مع التزام الهيئات المنتخبة بتنفيذ ما تم إقراره من طرفهم.¹

من خلال هذا التعريف يتبين لنا، على أن الميزانية التشاركية تعد أداة تشاركية ديمقراطية تصل بين الناس والسلطات، وتمكن المواطنين من التأثير واتخاذ القرارات المرتبطة بالميزانية، بهدف وضع أولويات الاستثمار في منطقتهم. فهي أداة متقدمة جدا للقرار المشترك²، وعبرة عن مسلسل ديمقراطي تضميني ومستمر، يشرك السكان في تحديد جزء من الاستثمارات العمومية³، ويمتد على أساس الدورة الزمنية لميزانية الجماعة⁴ ويسمح للسكان بالمشاركة الملموسة في الشؤون العامة (تحديد أشكال المشاركة، اقتراح مشاريع، التصويت، تنفيذ المشاريع، تتبعها وتقييمها، تقييم المسلسل برمته).

كما أن الميزانية التشاركية لا تمس مجموع ميزانية الجماعة الترابية⁵، فهي تتعلق فقط بنسبة من ميزانية التجهيز⁶، حيث يختار مجلس الجماعة إخضاع نسبة منها لمسلسل القرار المشترك، ولا يطرأ على ميزانية التسيير أي تغيير (الأجور، نفقات التسيير..الخ). ويمكن أن تكون هذه النسبة من 1 إلى 100% من ميزانية التجهيز، كما يفتح مجلس الجماعة سطورا خاصا في الميزانية⁷ يتطابق مع مبلغ يكفي بالسماح بإنجاز مشاريع واضحة⁸، تسمح للسكان بقياس تأثير انخراطهم في تدبير الشؤون العامة.

1- أحمد قيادارة، مرجع سابق، ص: 76-89.

2- يعد القرار المشترك أحد أعلى مستويات مشاركة المواطنين في تدبير الشؤون العامة. ويتجلى في مساهمة المواطنين في مسلسل اتخاذ القرار المتعلق بالتخطيط وتنفيذ السياسات والمشاريع العامة حيث أن صوتهم لا يبقى فقط استشاريا بل يصبح ملزما. بحيث يتعين على المسؤولين السياسيين الذين اختاروا هذا الأسلوب من المشاركة أن يحترموا ويلتزموا بالاختيارات المعبر عنها من طرف المواطنين. وتتضمن المعايير الدولية الكثير من المبادئ التي تؤكد على ضرورة مشاركة المواطن في مسارات صياغة القرار الحكومي ورسم السياسات العامة في مختلف القطاعات، ولقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتحديدًا في الفصل 21، حق كل فرد في المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلاده مباشرة أم عن طريق الاختيار الحر لممثليه، وأن لكل شخص الحقوق ذاتها التي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد، وأن إرادة الشعب هي مصدر السلطات يعبر عنها بانتخابات نزيهة ودورية.

كما أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1976 في المادة الأولى أن " لجميع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها. وهي بمقتضى هذا الحق حرة في تقرير مركزها السياسي وحرية في السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي. ولجميع الشعوب، سعيا وراء أهدافها الخاصة، التصرف الحر بثرواتها ومواردها الطبيعية دونما إخلال بأية التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة".

3- الحكامة التشاركية المحلية، مؤلف صادر عن الشبكة المغربية للحكامة التشاركية لبرنامج "كومان"، لقاء أكادير، ماي 2016، ص: 9. أنظر:

- Tarso GENRO, Ubitaran SOUZA, quand les habitants gèrent vraiment leur ville. Le budget participatif : l'expérience de Porto Alegre au Brésil, Editions Charles Léopold Mayer, Paris, 1998, cité in CABANNES, Yves, « les budgets participatifs en Amérique latine. De Porto Alegre à l'Amérique centrale, en passant par la zone andine : tendances, défis et limites », pp : 128-138, Mouvements 5/2006 ; n° 47-48, p : 128.

- Yves SINTOMER, Carsten HERZBERG, Giovanni ALLEGRETTI, les budgets participatifs dans le monde, une étude transnationale, Dialog Global, n° 25, 2014.

4- تبدأ الدورة الزمنية (السنة المالية) لميزانية الجماعة في فاتح يناير وتنتهي في 31 ديسمبر من السنة نفسها.

5- تعد البيرو من أوائل الدول التي طبقت الميزانية التشاركية على المستوى الوطني.

6- تنص المادة 154 من القانون التنظيمي رقم 113-14 على أنه: " تشتمل الميزانية على جزأين:

- الجزء الأول تدرج فيه عمليات التسيير سواء فيما يخص المداخيل أو النفقات؛

- الجزء الثاني يتعلق بعمليات التجهيز ويشمل جميع الموارد المرصودة للتجهيز والاستعمال الذي خصصت لأجله".

7- الحكامة التشاركية المحلية، مرجع سابق، ص: 22.

8- ويتم توزيع وتخصيص الموارد بطريقتين:

الطريقة الأولى: حسب الضواحي والأحياء، مع التركيز على المناطق الفقيرة.

وتظهر أهمية تطبيق الميزانية التشاركية من خلال:

- تحقيق النجاعة الاقتصادية : حيث تعمل المشاركة على ترشيد القرارات وترتيب الأولويات حسب حاجات السكان، مما يحقق النجاعة في الاستخدام الأمثل للموارد المحلية المتاحة. كما تتيح المشاركة توفير المعلومات المتعلقة بواقع عيش السكان بما يضمن اتخاذ القرارات الصائبة.
- ضمان التأييد الشعبي للمشاريع المنجزة: تعتبر المشاركة وسيلة لتقريب حاجات السكان ومطالبهم من دوائر القرار مما يحقق رضا السكان المحليين ودعمهم للمشاريع التنموية.
- ترسيخ قيم المسائلة الاجتماعية : يستلزم تطبيق الميزانية التشاركية تكريس الشفافية في مختلف تعاملات السلط العمومية بما يخلق الثقة في طرق التصرف في الأموال العمومية، وهو ما يحفز المواطنين على أداء واجباتهم الضريبية، وبذلك زيادة الإيرادات التي ستخصص حتما لتحسين ظروف عيش المواطنين.¹

وفي نفس السياق، تعتبر الميزانية التشاركية أداة لإعادة ترتيب الأولويات الاجتماعية، إذ أنها تحدث ديناميكية تفاعلية محلية بين مختلف الفاعلين (الاجتماعيين،الاقتصاديين، السياسيين) لأنها تمكن من بلورة تصور مشترك لهؤلاء الفاعلين حول الوضع الحالي للجماعة الترابية وحول التكامل الممكن تفعيله. وبالتالي، خلق نموذج تنموي يراعي حاجيات الساكنة المحلية، مما يساهم في تحسين الحياة العامة للمواطنين.

المطلب الثاني: آليات تطبيق الميزانية التشاركية

لا يمكن الحديث عن نموذج واحد للميزانية التشاركية، بسبب اختلاف خصائص الجماعات الترابية (اختلاف بيئة تطبيقها)، مما يجعل من الصعوبة تطبيق نموذج واحد، كما أن تطبيقها يختلف بحسب الأهداف التي تم تحديدها من قبل الجماعة خلال مرحلة التفكير التي تسبق إطلاق هذا المسلسل، ولكن أيضا بحسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية.

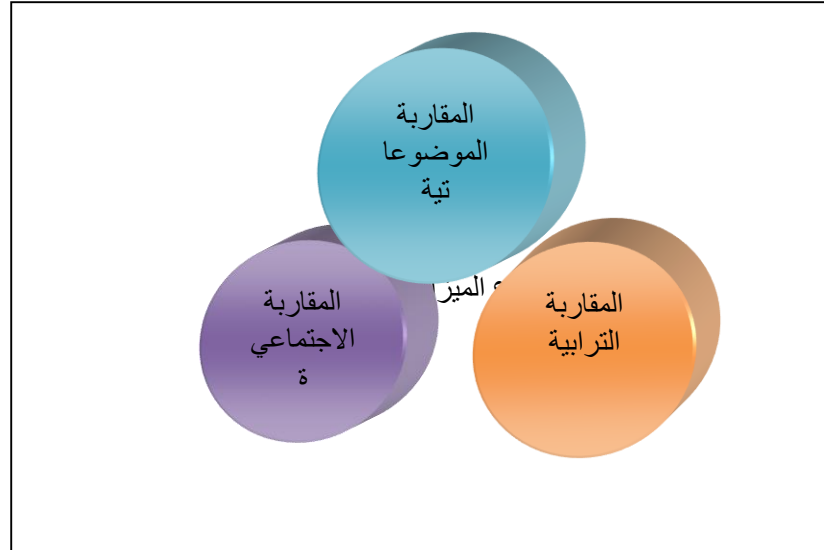
الطريقة الثانية: التخصيص قطاعيا، فالأولويات القطاعية هنا تعكس أولويات الجماعة (الصحة، النقل، التعليم...) ويمكن إعادة النظر فيها سنويا . ويمكن استخدام نظام التخصيص المزدوج المرتكز على البعدين القطاعي والمحلي لتوزيع وتخصيص الموارد، ويجب أن تراعى معايير التخصيص وجود اختلافات بين الأحياء والمناطق الجغرافية المختلفة، فكل جماعة ترابية إمكانياتها واحتياجاتها.

- سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص: 249.

1- أحمد قيدارة، مرجع سابق، ص: 76-89.

إلا أن كل أنواع الميزانيات التشاركية لا تعدو أن تنبثق عن إحدى المقاربات الثلاثة التي سيتم

عرضها أسفله:



نلاحظ من خلال الخطاطة أن كل نوع من الميزانية التشاركية يختلف عن الآخر، فالميزانية التشاركية التي تعتمد **المقاربة الترابية**، تنصب على بعض المناطق ذات الأولوية دون أن تمتد إلى مجموع تراب الجماعة، ويتم تحديد مشاريع خاصة بهذه المناطق. ويسمح هذا النوع من الميزانية بتوجيه الأموال العمومية ومجهودات الجماعة نحو هذه المناطق ذات الأولوية مثلا: المدن العتيقة، الأسواق، مناطق السكن العشوائي..... الخ.

أما الميزانية التشاركية التي تقوم على **المقاربة الاجتماعية**¹، فهي تهدف بصفة خاصة إلى إدماج بعض الفئات السكانية² أو بعض الأفاعلين في الحياة الديمقراطية المحلية، وفي هذه الحالة، تحدد المجموعات المستهدفة مشاريع تستجيب لحاجياتها الخاصة: الشباب، النساء، الأشخاص في وضعية إعاقة... الخ. في حين نجد بان الميزانية التشاركية التي تعتمد **المقاربة الموضوعية**، يتم خلالها تحديد المواضيع مسبقا، ومن ثم يجب أن تندرج اقتراحات المشاريع من طرف المشاركين ضمن هذه المواضيع.

1- تجد هذه المقاربة سندها القانوني في المادة 120 من القانون التنظيمي رقم 113-14 والتي تنص على أنه: " تحدث لدى مجلس الجماعة هيئة استشارية بشراكة مع فعاليات المجتمع المدني تختص بدراسة القضايا المتعلقة بتفعيل مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع تسمى (هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع). "

2- عند اعتماد المقاربة الاجتماعية، يمكن تطبيق ميزانية النوع والميزانية التشاركية في نفس الوقت، فكلهما تركز على البحث عن الفعالية والنجاعة المثلى للسياسات العمومية، لتحقيق نتائج أكثر تنسيقا واستهدافا، بالنظر إلى الحاجيات المتباينة لمختلف شرائح الساكنة. وفي هذا الصدد، نجد بأن بلدية روزاريو بالأرجنتين تبنت منذ عام 2003 ميزانية تشاركية خاصة بالمرأة، مكنت من تمويل مشاريع تهدف إلى تحسين وضعيتها: حملات الوقاية من فيروس نقص المناعة المكتسبة، وحملات ضد العنف الزوجي، وحملات لتحسين الظروف الصحية.

- تقرير الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، منشورات المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية (DRI)، بدون سنة النشر، ص: 18.

وعليه، يتعين على الجماعة التي تبنت نظام الميزانية التشاركية إتباع مجموعة من الخطوات عند إعدادها، ولكن قبل إتباع هذه الخطوات يجب على أي جماعة ترابية طرح التساؤلات التالية: هل تمتلك الجماعة المرونة المطلوبة لتشريك المواطن العادي؟ وما هي الإمكانيات المحلية المتاحة (الاجتماعية والسياسية والاقتصادية) لتكريس مشاركة المواطنين؟ ومن هي الأطراف العمومية والخاصة الفاعلة في المجتمع التي يمكن تشريكها؟ وما هي الخبرة اللازمة لتطبيق هذه الآلية؟ وما هو حجم الموارد المالية المطلوبة لتطبيق هذه الآلية؟ وكيف يحقق تطبيق هذه الآلية أفضل مردود للمصلحة العامة؟ وهل تبقى هذه الآلية صالحة للتطبيق على الدوام؟

بعد طرح هذه التساؤلات والاستعداد الجيد والجاد لتطبيق نظام الميزانية التشاركية، يتم إتباع مجموعة من الخطوات وهي على النحو التالي:

- **الخطوة الأولى:** خلق خارطة لتقييم الفاعلين المحليين المهتمين بالعملية، وأولئك المتوقع معارضتهم.

- **الخطوة الثانية:** تكييف الميزانية التشاركية مع واقع الجماعة أي إجراء تحليل للوضع الحالي (الأخذ بعين الاعتبار الخصائص الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للجماعة)، وتبني رئيس مجلس الجماعة الترابية¹ سياسة واضحة، وكذلك صناع القرار تتعلق بمدى ضرورة هذه الميزانية. كما ينبغي على الجماعة تحديد إطار واضح منذ البداية، وبيان كيفية المشاركة ودور المواطنين في عملية اتخاذ القرار.

وخلال هذه المرحلة يتم تعيين فريق للميزانية التشاركية من طرف مجلس الجماعة، يتكون من المنتخبين، اطر وموظفي الجماعة لتتبع حسن سير المسلسل، ويشكل هذا الفريق النقطة الثابتة المؤسساتية للميزانية التشاركية داخل الجهاز الإداري. وتكمن الوظيفة الأساسية لفريق الميزانية التشاركية في وضع هندسة سريان كل هذا المسلسل، والتي يتعين المصادقة عليها من قبل مجلس الجماعة، والقيام بعد ذلك بحملة إخبارية حول المنهجية المعتمدة، من أجل الوصول إلى أكبر قسم من الجمهور ويستحسن تنويع وسائل التواصل.²

قيام الجماعة بدعوة المواطنين إلى اجتماع عمومي إخباري، يتم خلاله تقديم المنهجية التشاركية ومشروع الجماعة، والجدول الزمني للميزانية التشاركية ومراحلها. وينبغي على فريق الميزانية التشاركية للجماعة أن يعد وسيلة تواصلية من أجل وضع كل المعلومات الأساسية المتعلقة بميزانية الجماعة رهن إشارة الجمهور. وذلك عن طريق تعريف واضح لقواعد العملية التشاركية والتي تشمل المبالغ المالية

¹ - ترجع المبادرة بشأن الميزانية التشاركية إلى رئيس مجلس الجماعة الذي يقرر، بعد استشارة المجلس تنفيذ مسلسل الميزانية التشاركية. ويطلق المجلس المسلسل مع التزامه رسميا بإخضاع نسبة من ميزانية التجهيز للمشاركة المواطنة.
- الحكامة التشاركية المحلية، منشورات المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، المملكة المغربية، يوليو 2017، ص: 24.
² - نفس المرجع، ص: 25.

الخاضعة للمناقشة، وأيضا المراحل الزمنية للميزانية، بالإضافة إلى قواعد صناعة القرار (في حالات الاتفاق، عدم الاتفاق، سلطة اتخاذ القرار، طريقة توزيع المسؤوليات، الموارد المتداخلة بين المقاطعات و الأحياء).

وخلال هذه المرحلة يتم عقد اجتماعات تحضيرية في كل مناطق وأحياء الجماعة¹، وذلك بهدف تمكين المواطنين من التعبير عن آرائهم واهتماماتهم المتعلقة بمنطقتهم. وفي أعقاب تلك الاجتماعات التحضيرية يتم تعيين أو انتخاب مندوب أو عدة مندوبين للحي²، والذين يمثلون السكان لدى الجماعة خلال المراحل المقبلة للمسلسل. ويجتمع كافة المندوبين في إطار منتدى خاص بهم ويبتون في المشاريع ذات الأولوية وفقا للمصلحة العامة للجماعة. ويلتزم المندوبون كتابيا بالتعهد بمهامهم وأداء أدوارهم واحترام القواعد والإجراءات.

كما يتم أيضا تكوين لجنة الميزانية التشاركية، ويضم هذا الجهاز مندوبو الأحياء، فريق الميزانية التشاركية للجماعة، المصالح التقنية والمالية للجماعة، الهيئات الدائمة (مجلس الشباب، هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع)، فاعلين آخرين.

- **الخطوة الثالثة:** القيام بتحليل واضح وكذلك تعريف واضح من قبل المجلس الجماعي، حول كمية ومصدر الموارد التي ستأخذ بالاعتبار في عملية إعداد الميزانية التشاركية، وكذلك الموارد الضرورية لتمكين الجماعة من تطبيق هذا النموذج، وعند هذه النقطة فإنه يوصى بان تقوم الجماعة باستخدام أسلوب تحليل الكلفة-المنفعة³.

- **الخطوة الرابعة:** تصميم أنظمة داخلية للميزانية التشاركية التي ستمكن من معرفة قواعد العمل في السنة الأولى للميزانية، ومن المهم الأخذ بعين الاعتبار مبادئ العمليات التشغيلية التالية:

- المشاركة الواسعة لجميع المواطنين بغض النظر عن مواقعهم الاجتماعية والاقتصادية: تتم مشاركة السكان عن طريق ما يسمى بمنتديات المواطنين وهو فضاء يتم تهيئته لتيسير عملية التواصل بين المواطنين

1- دليل المشاركة المجتمعية عبر المجالس المحلية في مصر، دراسة من إعداد الفريق البحثي لمنتدى البدائل العربي، بدعم من المعهد الدنمركي المصري للحوار، يناير 2011، ص: 53.

2- يتم تكليف مندوب الحي بما يلي:

- تقديم اقتراحات المشاريع لمجلس الجماعة؛

- المشاركة في اختيار المشاريع ذات الأولوية؛

- المشاركة في متابعة تنفيذ المشاريع وتقييم المسلسل برمته؛

- إخبار السكان عند مختلف مراحل المسلسل.

- الحكامة التشاركية المحلية، مرجع سابق، ص: 28.

3- سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص: 11.

من ناحية والجماعة من ناحية أخرى. ويسمح هذا الفضاء بتمرير كل الاتصالات بين المواطن والجماعة من خلال قناة اتصال موحدة¹، كما يؤمن تفاعلاً حقيقياً بين الجماعة والمواطنين ويشجع على المشاركة.

ويقدم ممثلو السلطات خلال منتدى المواطنة الوضعية المالية للجماعة بطريقة شفافة ومسؤولة ويقدمون الموارد المالية المخصصة للميزانية التشاركية. ويقترح المواطنون بطريقة مستقلة وذات سيادة المشاريع² التي يرغبون في إنجازها في إطار الميزانية التشاركية³ ويعينون مندوبيهم في المنطقة. ويجب على المنتخبين والموظفين أن يتقاسموا مع المواطنين المشاركين في عملية إعداد الميزانية التشاركية، المعلومات المتعلقة بالبرامج السياسية، بشراكات الجماعة، وبالميزانية، وكل العناصر الأخرى المتعلقة بالأموال العامة.

- التركيز على النوع الاجتماعي: يجب أن تكون هناك مشاركة متساوية للرجال والنساء في العملية، وفي هذا المجال، فإنه من الضروري وجود بيانات عن مشاركة النوع في الميزانية التشاركية.

- التركيز على التعدد الثقافي والعرقي عند اختيار فريق العمل: من المهم محاربة التمييز في جميع الأنشطة لتأمين قوة المشاركة وقوة صناعة القرار.⁴

- المرونة في عملية التطبيق: يجب أن تكون العملية مرنة بشكل كافٍ لإتاحة استمرارية التقييم والتصحيح.⁵

بعد إتباع هذه الخطوات، يتم الانتقال إلى مرحلة التصويت والمصادقة على الميزانية التشاركية⁶، وتخضع لنفس قواعد الميزانية المحلية العادية، ومن ثم تبدأ مرحلة تنفيذ الميزانية التشاركية، وخلال هذه المرحلة يعد أعضاء المجلس الجماعي والمصالح المالية للجماعة والمندوبون منهجية الميزانية التشاركية، ويضمونها في دليل لمتابعة وتقييم المشاريع والأشغال التي تم تنفيذها في إطار هذه الميزانية. ويقوم مندوبو

1- دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، منشورات برنامج التعاون للمدن والبلديات بالمغرب العربي (CoMun)، والذي تشرف على تنفيذه المؤسسة الألمانية للتعاون الدولي (GIZ)، تونس 2014، ص: 46.

2- يتم اختيار المشاريع على أساس بعض المعايير الواضحة أبرزها:

- احترام مجالات اختصاصات الجماعة؛

- تكلفة المشروع التي يجب ألا تتعدى المبلغ المخصص من طرف الجماعة؛

- مدة الإنجاز التي تساوي دورة الميزانية التشاركية، حتى تظهر نتائج ملموسة ابتداء من الدورة الأولى.

ويمكن أن توضع لائحة نهائية للمشاريع بناء على معايير أخرى مكملة منها:

- المناطق أو الساكنة التي تحظى بالأولوية؛

- تحقيق الاستمرارية مع برنامج عمل الجماعة.

- الحكامة التشاركية المحلية، مرجع سابق، ص: 30.

3- دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، مرجع سابق، ص: 73.

4- المشاركة الشعبية في إعداد الموازنة العامة للدولة، إصدارات وزارة المالية الأردنية، بدون سنة نشر، ص: 65.

5- سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص: 247.

6- يجب الأخذ بعين الاعتبار تاريخ المصادقة على الميزانية عند إعداد الجدولة الزمنية للميزانية التشاركية، وفي المغرب نجد بأن دورة شهر أكتوبر التي يعقدها مجلس الجماعة، هي الفترة التي يتم فيها التصويت على ميزانية السنة الموالية (المادة 185)، لذلك يتعين إطلاق مختلف مراحل الميزانية التشاركية قبل هذا التاريخ.

- الحكامة التشاركية المحلية، مرجع سابق، ص: 31.

الميزانية التشاركية بمتابعة وملاحظة وتقييم تنفيذ أشغال الميزانية التشاركية، ويقدمون تقريرهم النهائي عن كيفية تنفيذ المشاريع المتفق عليها على أرض الواقع.

إذن، تُمكننا هذه الخطوات عند تطبيق الميزانية التشاركية، من إشراك كافة الفعاليات السياسية المحلية، والفاعلين الاجتماعيين والاقتصاديين، والنسيج الجمعي المحلي من أجل معرفة الوضعية الحالية للجماعة، وتقديم تصور للوضع المستقبلي المرغوب فيه، كما تعمل على أن يكونوا عناصر فاعلة في إنجاز هذه الرؤيا وتتبعها وتقييمها. ويتطلب إطلاق مسلسل الميزانية التشاركية توفر عدد من الشروط، أبرزها:

- وجود منظمات مجتمع مدني متبعة باستمرار للميزانية المحلية، إذ يمكن للجمعيات ومكونات المجتمع المدني¹ أن تساعد على توفير المعلومات المتعلقة بواقع وآفاق تطبيق الميزانية التشاركية.

- خلق دورات تكوينية لبناء قدرات المواطنين المشاركين والموظفين في مجال الميزانية بشكل عام، والتشاركية على وجه الخصوص؛²

- تحديد حاجيات المجتمع، وترتيب أولوياته على أسس ومعايير فنية، مما يساهم في عدالة توزيع الموارد.

وعليه، لا يمكن تطبيق الميزانية التشاركية في حالة غياب هذه الشروط، كما ينصح بعدم تطبيقها إذا كانت الثقة والشفافية ضعيفة على مستوى الجماعة، وهذا لا يعني التخلي عنها بل القيام بمبادرات محدودة جدا. كما أن غياب أحد هذه الشروط قد يعرقل عمليات تطبيق الميزانية التشاركية، ويؤثر على ما يمكن أن تحققه من مزايا.

انطلاقا مما سبق، نجد بان الميزانية التشاركية تساهم في بناء رؤية مشتركة حول مستقبل الجماعة³، في اتجاه ضبط التناقضات بين مختلف أبعاد التنمية المستدامة، ونخص بالذكر التنمية الاقتصادية ومتطلباتها، وضرورة الإنصاف المجتمعي وإدماج الفئات الاجتماعية الهشة (المرأة، الطفل، المسنون والمعوزون)، والمستلزمات المتعلقة بالمحافظة على الموارد الطبيعية والإرث الثقافي.

1- دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، مرجع سابق، ص: 21.

2- المشاركة الشعبية في إعداد الموازنة العامة للدولة، مرجع سابق، ص: 64.

3- إن إعداد رؤية مستقبلية مشتركة بين مختلف الفاعلين بالنسبة للجماعة ليست بالعمل السهل، ويتطلب بناؤها الوقت الكافي.

المبحث الثاني: الميزانية التشاركية على ضوء القوانين التنظيمية للجماعات الترابية

كرس الإصلاح الدستوري لسنة 2011، متبوعاً بالقوانين التنظيمية المتعلقة بالجماعات الترابية، مبدأ المشاركة، والتي أعطت هامشاً مهماً للمجالس الترابية المنتخبة في وضع وتطبيق آليات تشاركية للحوار والتشاور.

المطلب الأول: تبني الميزانية التشاركية تفعيل لسياسة القرب

تعد الميزانية التشاركية من أسس الحكامة المالية الجيدة التي تقوم على مشاركة المواطنين في تحديد الأهداف وفي تحديد الأولويات، وقد أكد على ذلك الدستور من خلال الفصل 139 الذي نص على أن: "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية¹ للحوار والتشاور²، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها". وأيضاً الفصل 136 من الدستور الذي أكد على أن التنظيم الجهوي والترابي من شأنه تأمين مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة.

كما يمنح القانون التنظيمي رقم 113-14 عدة اختصاصات للجماعات الترابية (ذاتية ومشاركة ومنقولة)، التي يمكن من خلالها تبني الميزانية التشاركية، وتدخل هذه المنهجية في إطار التدبير الحر للجماعات الترابية، بحيث تنص المادة 3 من هذا القانون على أنه: "يرتكز تدبير الجماعة لشؤونها على مبدأ التدبير الحر الذي يخول بمقتضاه لكل جماعة، في حدود اختصاصاتها المنصوص عليها في القسم الثاني من هذا القانون التنظيمي، سلطة التداول بكيفية ديمقراطية، وسلطة تنفيذ مداولاتها ومقرراتها".

1- آليات المشاركة متعددة، ويتم الاختيار فيما بينها بحسب الأهداف. المهم هو اختيار ما يستجيب للأهداف المرسومة.
- دليل الممارسات الجيدة في الحكامة الاقتصادية والمالية للجماعات الترابية بالمغرب، إصدارات مجموعة الديمقراطية والحداثة، الطبعة الأولى، شنتبر 2013، ص: 15.

2- هناك خلط بين مفهوم المشاركة والتشاور، فالمشاركة تعني إفصاح المجال للمواطنين بكل شرائحهم، للمشاركة بشكل مباشر أو غير مباشر، في صنع القرار وإعداد السياسات والبرامج العمومية. أما التشاور فهو وسيلة لإقامة الحوار بين السلطات العمومية والمواطنين. فهو عبارة عن عملية تواصل بين السلطات العمومية والمجتمع تعتمد على تبادل المعلومات، وتقديم مدخلات من المواطنين بشأن قضية ما، قبل اتخاذ السلطات العمومية قراراً بشأن تلك القضية أو وضع السياسات أو تحديد اتجاه لأخذ القرار.

انطلاق من هذه المادة يمكن لمجلس الجماعة أن يحدد مجالات الاختصاص التي يرغب في إطارها تطبيق ميزانية تشاركية¹، ويمكن لهذا الاختيار أن يتعلق بالاختصاصات التي تؤثر بالأولوية على بعض المناطق، أو الفئات السكانية، أو بعض الأولويات القطاعية.²

أما المادة 78 من هذا القانون فتتص على أنه: "تضع الجماعة، تحت إشراف رئيس مجلسها، برنامج عمل الجماعة وتعمل على تتبعه وتحيينه وتقييمه. يحدد هذا البرنامج الأعمال التنموية المقرر إنجازها أو المساهمة فيها بتراب الجماعة خلال مدة ست (6) سنوات.

يتم إعداد برنامج عمل الجماعة في السنة الأولى من مدة انتداب المجلس على أبعد تقدير بانسجام مع توجهات برنامج التنمية الجهوية ووفق منهج تشاركي وبتنسيق مع عامل العمالة أو الإقليم، أو من ينوب عنه، بصفته مكلفا بتنسيق أنشطة المصالح اللامركزية للإدارة المركزية.

يجب أن يتضمن برنامج عمل الجماعة تشخيصا لحاجيات وإمكانيات الجماعة وتحديد الأولوياتها وتقييما لمواردها ونفقاتها التقديرية الخاصة بالسنوات الثلاث الأولى وأن يأخذ بعين الاعتبار مقارنة النوع."

وبناء على هذه المواد، فإن وجود إلزام قانوني بنهج تخطيط تشاركي (من خلال برنامج عمل الجماعة) لا يمنع من تنفيذ مسلسل مثل ذلك المتعلق بالميزانية التشاركية، إذ يمكن للجماعة أن تختار وضع ميزانية تشاركية بموازاة مع برنامج عمل الجماعة، أو ربطهما معا. وعلى سبيل المثال، يمكن للجماعة أن تدرج بعض عناصر الميزانية التشاركية داخل برنامج العمل من أجل تقوية المقاربة التشاركية لهذا البرنامج.³

ومن تم، فإن الميزانية التشاركية ليست هدفا في حد ذاتها، ولكنها إستراتيجية من أجل تمكين المواطنين للمشاركة في عملية صنع القرار لتحديد أولويات الإنفاق من الاعتمادات المالية المحددة لهم، عن طريق إنشاء قناة للمواطنين للتعبير عن مقترحاتهم، وهو ما يساعد على جعل تخصيص الموارد العامة أكثر شمولاً وإنصافاً، من خلال تشجيع وصول المواطنين إلى المعلومات المتعلقة بالإيرادات ومصادرها

¹ - يمكن تطبيق الميزانية التشاركية في بعض المجالات التي يرجح فيها الاختصاص للجماعات الترابية، وحسب المادة 83 من القانون التنظيمي رقم 14-113 "تقوم الجماعة بإحداث وتدبير المرافق والتجهيزات العمومية اللازمة لتقديم خدمات القرب في الميادين التالية:

- توزيع الماء الصالح للشرب والكهرباء؛

- النقل العمومي الحضري؛

- الإنارة العمومية؛

- التطهير السائل والصلب ومحطات معالجة المياه العادمة؛

- تنظيف الطرقات والساحات العمومية وجمع النفايات المنزلية والمماثلة لها ونقلها إلى المطارح ومعالجتها وتثمينها؛

- السير والجولان وتشوير الطرق العمومية ووقوف العربات؛

- (.....)";

² - الحكامة التشاركية المحلية، مرجع سابق، ص: 21.

³ - نفس المرجع، ص: 18.

وأوجه إنفاقها، مما يزيد بشكل فعال من الشفافية لبيان السياسة المالية المطبقة وكيفية إدارة النفقات العامة، والحد من نطاق الممارسات الغير المشروعة.¹

ومن شأن تطبيق نظام الميزانية التشاركية، أن يساهم في إعادة بناء الثقة بين المواطنين والجماعة، ولن تقتصر فائدة إشراك المواطنين في اتخاذ القرارات الخاصة بمواردهم المحلية في أن تستجيب هذه القرارات لأولوياتهم فقط، ولكن ستمتد تلك الفائدة إلى تغيير رأي المواطنين عن المنتخبين، وهو ما حدث في مدينة بورتو أليجري وفي الكثير من المدن البرازيلية الأخرى.²

وبالتالي تعزيز مصداقية الجماعات الترابية وثقة المواطنين، وتحسين تقديم الخدمات من خلال الربط بين الاحتياجات والتخطيط التشاركي، فالميزانية التشاركية منهجية متكاملة لتعزيز المساءلة الاجتماعية والمواطنة الفعالة، وفتح طرق جديدة للمشاركة المباشرة للمواطنين ليكون لهم دور ايجابي في الحياة الاقتصادية والمالية للجماعات الترابية.

في الحقيقية، يمكن لمجال تطبيق الميزانية التشاركية أن يتطور من سنة لأخرى، حيث يقرر المجلس الرفع من نسبة ميزانية التجهيز وكذا من عدد الاختصاصات الخاضعة للقرار المشترك. بحيث يمكن لمجلس الجماعة أن يحدد مجالات الاختصاص التي يرغب في إطارها تطبيق الميزانية التشاركية، ويمكن لهذا الاختيار أن يتعلق بالاختصاصات التي تؤثر بالأولوية³ على بعض المناطق، أو الفئات السكانية، أو بعض الأولويات القطاعية.

وتماشيا مع مبدأ الديمقراطية التشاركية، تبنت بعض الجماعات الترابية المغربية (شفشاون، العرائش، تطوان⁴)، قرار العمل بالميزانية التشاركية وهي التجربة الأولى على مستوى المغرب، فالميزانية التشاركية تفتح المجال أمام المواطنين لاختيار المشاريع والتعبير عن أولوياتهم، والمساهمة في اتخاذ القرار بصفة مباشرة فيما يتعلق بكيفية صرف جزء من ميزانية الجماعة.

فمن خلال تبني نظام الميزانية التشاركية، نجد بأن مكانة المواطن في إدارة شؤون جماعته أصبحت ذات أهمية كبرى، إذ لم يعد المواطن مجرد ناخب فحسب بل سيصبح طرفا فاعلا بين الفترات الانتخابية، بإعلامه حول شؤون جماعته والمشاركة في قراراتها. بحيث يمنح نظام الميزانية التشاركية السلطة للمواطنين في صياغة مطالبهم، والرقابة المباشرة على أعمال الجماعة الترابية ومدى تنفيذها لها،

1- سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص: 239.

2- نفس المرجع، ص: 240.

3- الحكامة التشاركية المحلية، منشورات المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، المملكة المغربية، يوليو 2017، ص: 21.

4- منذ سنة 2014، انخرطت مدينة شفشاون في تنفيذ الميزانية التشاركية وذلك في إطار مشروع "تعزيز ثقافة المساءلة" والذي تم تنفيذه بالتوازي في ثلاث مدن أعضاء تنتمي لشبكة المدن المتوسطية: شفشاون، العرائش وتطوان. تم تمويل هذا المشروع من قبل الاتحاد الأوروبي بنسبة 80% وبنسبة 20% من قبل الصندوق الأندلسي للبلديات.

مما يساهم في بناء مواطنة¹ أكثر فعالية، تهتم بوضع أولوياتها مباشرة، واختيار ممثليها، وتحاسبهم بشكل مباشر إذا أخطئوا أو قصرُوا في أعمالهم.²

وعليه، تساهم الميزانية التشاركية إلى حد كبير في بناء روح المواطنة الفعالة، وخاصة لدى الشرائح الفقيرة أو المهمشة من سكان الجماعة الترابية، فعن طريق هذه الآلية تُعبر هذه الشرائح من المجتمع بحرية عن مطالبها³، كما تمكنها من الإطلاع على مدى التقدم الحاصل في تنفيذ المشروعات المتفق عليها مع الجماعة الترابية خلال السنة السابقة.

وفي هذا الصدد، ينبغي أن لا تقتصر المشاركة على توفير فضاء تشاركي للمواطنين، بل ينبغي أن يكون للمواطنين قوة تأثير حقيقية⁴، يتم أخذها بعين الاعتبار من قبل السلطات العمومية، وتتجسد في إنجازات سياسية وتكون أيضا مدعومة من طرف الجمعيات التي تدفع المواطنين لممارسة نفوذهم والمشاركة الحقيقية تتطلب وقتا ومثابرة، واستثمارا سياسيا ومدنيا فعليا.⁵

ومن تم، يجب على الجماعات الترابية التي تبنت نظام الميزانية التشاركية أن تأخذ بعين الاعتبار، بان المواطنون يعلقون آمالا عريضة على هذه العملية التشاركية، كما يرغب المواطنون في رؤية نتائج ملموسة⁶. لذلك ينبغي على الجماعات تحديد إطار واضح منذ البداية وبيان كيفية المشاركة⁷ ودور

¹ - تعتبر المواطنة الرابط الاجتماعي والسياسي التي يجمع الفرد بالدولة، ويجعله قادرا على ممارسة جميع حرياته والتزاماته المدنية والسياسية. ومع ذلك لا تقتصر المواطنة على كونها مجموعة من القواعد القانونية، ولكن تعتبر أيضا إجراءات وعمليات فعلية يمارسها المواطنون. في الديمقراطية التمثيلية، تمارس المواطنة بشكل سلبي وذلك بقبول القواعد والوفاء بالالتزامات والمشاركة السياسية من خلال التصويت. خلافا لذلك، تستند المواطنة في الديمقراطية التشاركية على سلوك نشيط للمواطنين، يعبرون من خلالها على آرائهم بشأن القرارات المتعلقة بالسياسة المحلية ويساهمون في الحياة المحلية وإدارة المدينة.

- دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، مرجع سابق، ص: 20.

² - دراسة حول المشاركة المجتمعية عبر المجالس المحلية في مصر، مرجع سابق، ص: 60.

³ - نفس المرجع، ص: 56.

⁴ - (La participation ne doit pas se limiter à un espace de participation mis à disposition des citoyens, il faut qu'il y ait un véritable pouvoir d'influence, qui soit pris en considération par les autorités publiques, et qui se concrétise par des réalisations politiques, mais aussi qui soit supporté « d'en bas » par les associations qui poussent les citoyens à exercer leur pouvoir. La participation authentique demande du temps, de la persistance, un véritable investissement politique et citoyen).

- Marine Hurarde, la participation citoyenne au développement durable à l'échelle locale en Europe, Collection Working Paper, Think Tank Européen la solidarité, 2011, p 5.

⁵ - دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، مرجع سابق، ص: 13.

⁶ - تجدر الإشارة هنا، بأن الجماعات الترابية بالمغرب بقيت لسنوات بعيدة عن المواطنين، فصار المواطنون لا يولون أهمية للالتزام نحو جماعتهم، لذلك ينبغي تحقيق نتائج ملموسة وواضحة.

⁷ - تركز المشاركة على أربعة مستويات:

- الإعلام: توفر الجماعة وتنشر المعلومات المتعلقة بإدارة الشؤون المحلية وبالمصلحة العامة. ويعتبر الإعلام مرحلة مهمة وسابقة لأي عملية تشاركية. ولا يشارك المواطنون مباشرة في عملية اتخاذ القرار، وإنما يتم إعلامهم بالقرارات المتخذة فحسب، وهذا لا يسمح لهم بصفة آلية من المساهمة في إدارة الشؤون المحلية.

- الاستشارة: تعلم الجماعة الترابية المواطنين بشأن مواضيع ومشاريع محددة، وتطلب منهم آراءهم حولها. ويتمتع المواطنون بصفة مراقبين. وتمكن الاستشارة الجماعة من التعرف على جودة الخدمات المقدمة، والنتائج المترتبة على القرارات السياسية المتخذة وتتيح لها توجيه خياراتها حسب آراء المواطنين. يمكن أن تكون الاستشارة مسبقة، فتساعد الجماعات الترابية على توضيح جوانب معينة، لكنها ليست ملزمة بالأخذ بآراء المواطنين وملاحظاتهم عند اتخاذ القرار.

- التشاور: تقترح الجماعة القيام بحوار مع المواطنين داخل فضاءات ملائمة لذلك. ويتم إعلام المواطنين بمشروع أو بقرار معين وتتاح لهم الفرصة لتقديم مقترحاتهم وطرح أفكارهم وآرائهم. وينبغي على الجماعة أخذ مقترحات المواطنين بعين الاعتبار عند اتخاذ القرار.

- القرار المشترك: تتخذ الجماعة مع المواطنين قرارات مشتركة بشأن قضايا أو تحديات تتعلق بإدارة الشؤون المحلية، وبحيل هذا المستوى من المشاركة إلى آليات الديمقراطية المباشرة. ولا يمكن أن يتم اتخاذ القرار المشترك إلا بوجود علاقة ثقة متبادلة بين المواطنين والجماعات الترابية.

المواطنين في عملية اتخاذ القرار (استشاري، تشاوري، أو قرار مشترك)¹. ويساهم هذا العمل التاطيري في ترشيد انتظارات المواطنين من الجماعة، وكذلك الحد من خيبة أملهم أو عدم رضاهم بشأن القرار النهائي الذي يتخذه مجلس الجماعة.

وعليه، أصبحت الجماعات الترابية المغربية مطالبة اليوم، بوضع آليات لتسهيل مشاركة المواطنين في الشأن المحلي تماشياً مع روح الدستور، وأيضاً تكريس الحوار بين المسؤولين المحليين المنتخبين والمواطنين والمجتمع المدني، وكل الأطراف المعنية بالقرارات والشؤون المحلية، وذلك من أجل تعزيز الحكامة الجيدة وترسيخ الديمقراطية التشاركية المحلية.

المطلب الثاني: تحديات وأفاق تطبيق الميزانية التشاركية

يتطلب تطبيق الميزانية التشاركية من طرف الجماعات الترابية، القيام بمبادرات متعددة ومتوازية على مختلف المستويات، وينبغي أن تكون هذه المبادرات مترابطة ومتكاملة، وذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المندمجة المستدامة.

فأمام التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي ميزت السنوات الأخيرة، وأمام حجم التحديات والرهانات الجديدة، وجدت الجماعات الترابية نفسها مدعوة ليس فقط لمتابعة جهودها في مجال التنمية وتطوير التجهيزات الأساسية، بل أيضاً للقيام بمهام أخرى ذات أهمية خاصة كتهيئة الظروف الملائمة لأجل تشجيع القطاع الخاص وإقامة علاقات جديدة مع شركاء وفاعلين آخرين وخصوصاً المجتمع المدني.

ذلك أن عدم إشراك السكان واستشارتهم في المشاريع التنموية التي تعينهم بالدرجة الأولى جعل كثيراً من هذه المشاريع إنجازات غير مكتملة، أو اتضح فيما بعد أنها لا تناسب الحاجيات الحقيقية للمعنيين بها. كما أن التدبير الجيد للسياسات العمومية ينبغي أن يركز أساساً على الدعم، الذي يمكن أن تحظى به من طرف الفئات الاجتماعية المعنية بها، ومدى قابليتها للمساهمة في تنفيذها.

ولهذا، فإن نجاح آلية الميزانية التشاركية يتطلب توفر عدد من المقومات والشروط، والتي يمكن تلخيصها في:

- وجود الإرادة السياسية من طرف المجلس المنتخب: والتي يمكن استخلاصها من خلال اقتناع صنّاع القرار بقواعد هذه الآلية وما يترتب عنها من تخلي عن بعض الصلاحيات لفائدة المواطنين مع الانصياع

وتجدر الإشارة، بأن هذه المستويات الأربعة للمشاركة ليست بالضرورة اقصائية لبعضها البعض، بل يمكن أن يكمل بعضها البعض. إضافة إلى ذلك، لا تهدف هذه الأدوات إلى تعويض قرارات مجلس الجماعة (الذي يحتفظ بسلطته السيادية)، ولكن تسمح بتقديم الدعم له من أجل إدارة الجماعة بطريقة أكثر شمولية وضمن تكريس الديمقراطية وتحسين مصداقية الجماعات الترابية.
- دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، مرجع سابق، ص: 24.

¹ - Marine Hurarde, op cit, p : 11.

التمام لقراراتهم فيما بعد. هذه الإرادة لا بد أن تترجم بإصدار قرار اعتماد الميزانية التشاركية، بعد التداول في الموضوع من الطرف المجلس. ويترتب على ذلك أن هذا المسار غير ذي رجعة ومتواصل، باعتبار أن القبول الانخراط فيه يقتضي موافقة ضمنية على استدامة المسار وتقويته من سنة إلى أخرى، وإتباع منهج الشفافية وقبول المسائلة في جميع الأعمال المتخذة من طرف المواطنين¹.

وفي نفس السياق لا يمكن الجزم بأن سن قوانين خاصة بعمليات إعداد الميزانيات التشاركية، على غرار ما هو معمول به في البيرو والمملكة المتحدة من مقتضيات نجاح هذه الآلية، حيث أن عملية إعداد الميزانية التشاركية في معظم المدن البرازيلية ليست مؤسسية ولا تشريعية. بل تعتمد على إرادة المجالس الترابية المنتخبة أو الإدارة المحلية، من خلال حثها للمواطنين على المشاركة والتفاهم على قواعده وإجراءاته لخوض تجربة الميزانية التشاركية.

ويكمن السبب في عدم إضفاء الصفة المؤسسية على عملية إعداد الميزانيات التشاركية، هو الحرص على حفظ ديناميكية العملية وتجنب البيروقراطية والروتين الإداري. وتسمح المناقشات السنوية (بهدف تعديل قواعد الإجراءات بما يتناسب مع الواقع المحلي) بالتنظيم التلقائي للعملية والمحافظة على طبيعتها الإبداعية.

وعليه، فإن درجة انخراط المواطنين في تدبير الشؤون العامة، رهين بالإرادة السياسية لمجلس الجماعة واستعداده²، لأخذ مبادرة إطلاق دينامية للمشاركة المباشرة، بما يتطابق مع خصوصيات السياق المحلي.

-اهتمام المجتمع المدني: يلعب المجتمع المدني دورا بارزا في مسار الميزانية التشاركية خاصة من خلال تعبئة الرأي العام للانخراط في الآلية مع بيان أهميتها في تحسين تدبير شؤون الجماعة. ويقوم من أجل ذلك بالقيام بحملات المناصرة والمرافعة من أجل فرض اعتماد هذه الآلية من طرف الجماعة التي لم تبادر من تلقاء نفسها بذلك.

وبالمقابل، يجب على الجماعة الترابية فتح بياناتها³ للعموم، وتقديم المعلومات المتعلقة بالتنسيق العمومي للمواطنين بشكل مفهوم ومبسط يحفز المواطن للمشاركة، مع وجوب إلغاء كل القيود الموجودة أمام المواطن للنفاد إلى المعلومة ومعاقبة المخالفين في حال تعمدهم ذلك. ويعزى ذلك، إلى كون تطبيق

1- أحمد قيادرة، مرجع سابق، ص: 80.

2- الحكامة التشاركية المحلية، منشورات المديرية العامة للجماعات المحلية، وزارة الداخلية، المملكة المغربية، يوليو 2017، ص: 6.

3- من الاكراهات التي تعاني منها الجماعات الترابية غياب منظومة معلوماتية مندمجة تستجيب للمتطلبات العديدة التي تفرضها الحاجة الماسة إلى توفر معطيات إحصائية تساعد في استراتيجيات التنمية المحلية. فضرورة وضع نظام للمعلومات الإحصائية تفرضها الحاجة الملحة لإحداث آلية معلوماتية لتجميع ومعالجة المعطيات الترابية، كما يقتضي إعداد معطيات دقيقة ومندمجة من شأنها مواكبة السياسات الجهوية والمحلية وترسيخ تطور الاقتصاديات المحلية ضمن ديناميكية اقتصاد المعرفة، من خلال الاعتماد على التكنولوجيات الجديدة للإعلام والاتصال. وتلعب نظم المعلومات الجغرافية دورا رئيسيا في عملية التنمية لأنها توفر معلومات دقيقة وبسرعة عالية، لا يمكن الحصول عليها بواسطة الأساليب التقليدية، غير أن الإشكالية تكمن في ضرورة التنسيق بين كافة المتدخلين.

الميزانية التشاركية يتطلب من المواطنين معرفة ودراسة بالعديد من الأمور، والحصول على معلومات تساعدهم على المشاركة في عملية التطبيق بشكل فعال¹، فعلى سبيل المثال يجب أن يكون لدى كل مشارك كحد أدنى دراية ومعرفة بما هي الميزانية التشاركية؟ وما هي مواردها واستخداماتها؟ في ضوء ما خصص لأحيائهم من اعتمادات، وما هي الاستثمارات والمشاريع التنموية والخطوات الإصلاحية التي يمكن أن تتبناها الميزانية التشاركية؟ بهدف تلبية الاحتياجات المحلية الأكثر إلحاحاً وضغطاً.

- اعتماد إستراتيجية الاتصال² تستهدف الجميع: يعتبر هذا الجانب من أكثر الجوانب أهمية في نجاح التجربة من عدمها. وقد أثبتت التجارب الأجنبية في المجال أنّ إعداد خطة اتصالية مدروسة تضمن حظوظاً وافرة في النجاح. وتشمل هذه الخطة تحديد الفئات المستهدفة بالخطاب، واستعمال جميع الوسائل والوسائط المتاحة على غرار البلاغات الكتابية والمطويات والمعلقات ومضخات الصوت المحمولة على السيارات، ووسائل الاتصال الاجتماعي ومواقع الويب والبريد الإلكتروني، ومقاطع الفيديو والأفلام والبرامج الإذاعية والتلفزيونية والاجتماعات العامة، والتعليق في المقرات والأسواق الأسبوعية واليومية، والمقاهي وكل الأماكن كثيرة الارتياح.

وتعتبر استطلاعات الرأي العام وسبر الآراء وبطاقات التقييم المجتمعي أدوات مناسبة أخرى، يمكن أن تستخدم للتحقق من مستوى الإدراك العملية وشرعيتها بين المواطنين، فضلاً عن الاستفتاءات الشعبية بما يسمح بالتصويت على قرارات مهمة معينة، والتي تعرفها العديد من الدول على غرار سويسرا وأضحت تقليداً في تدبير شؤون المدينة. والهدف المهم الآخر هو أن تشمل المشاركة برغم محدوديتها المواطنين من كل فئات المجتمع ولا تستثنى أحداً من العملية. ولهذا السبب يجب أن توجه عناية خاصة لإشراك النساء والشباب والفقراء والأقليات وأصحاب الحاجيات الخاصة.

- الإعداد الجيد للمسار: ويكون ذلك بالأساس من خلال الإلمام بكافة التفاصيل، وخاصة من خلال إحداث هيئة قيادة مكلفة بالموضوع، تعهد إليها عملية التنسيق بين مختلف الأطراف الفاعلة في الموضوع، وخاصة الإعداد اللوجستيكي للاجتماعات، من حيث توفر المقرات والكراسي وأدوات العرض وتوفير مسيرين محترفين لإدارة منديات الأحياء وضمان حياد المسار في كافة مراحله³.

يقتضي التطبيق المحكم لآلية الميزانية التشاركية توفير عدد من المتطلبات منها: وجود فريق عمل محلي مدرب على تنفيذ العملية ويقبل العمل ليلاً وفي عطلات نهاية الأسبوع، وأيضاً وجود وسيلة نقل

1- سحر مصطفى محمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص: 250.

2- تعتبر إستراتيجية الاتصال منهجية معتمدة من قبل مؤسسة ما، من أجل إيصال رسالة دقيقة ومدروسة حول موضوع أو قضية أو قرار أو مشروع. وتمكن إستراتيجية الاتصال من إنشاء رابط بين الجماعة والمواطنين، مما يساهم في تشجيع المواطنين على التواصل معها وتبليغ ردود أفعالهم لها بما يمكن من تيسير معرفة احتياجاتهم.

- دليل الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في العمل البلدي، منشورات برنامج التعاون للمدن والبلديات بالمغرب العربي (CoMun)، والذي تشرف على تنفيذه المؤسسة الألمانية للتعاون الدولي (GIZ)، تونس 2014، ص: 30.

3- أحمد قيادرة، مرجع سابق، ص: 87.

للسماح بالتجول بين الأحياء وانتقال فريق العمل. وخلق شبكة اتصال موسعة تسمح بتشارك المعلومات مع المواطنين، وإدارة محلية تقوم بإعداد دراسات فنية واقتصادية ودراسات جدوى لأولوية الطلبات، كما يقومون بتسريع العملية وضمان جودتها.

ومن الضروري توفير وسائل مواصلات لنقل الأشخاص الذين يسكنون في مناطق بعيدة إلى مناطق الاجتماعات، وكذلك لتدريب الموظفين والمواطنين والنواب بصفة خاصة على عملية إعداد الميزانيات التشاركية. وبوجه عام واجهت المدن التي لم تخطط لهذه التكاليف صعوبات، وفي بعض الحالات وصل الأمر إلى إيقاف العمل. ومن ثم، فإنه من الضروري إجراء تحليل للنفقات والعوائد قبل اتخاذ قرار بتنفيذ عملية إعداد الميزانية التشاركية.

إن الميزانية التشاركية تجعل من المواطن في قلب السياسات العمومية، حيث أن إشراك المواطنين في تحديد جزء من النفقات العامة المحلية يسمح بترتيب جديد للأولويات، ومن ثم فإن الأموال العامة تصبح موجهة نحو الحاجيات الحقيقية للمواطنين، وتصبح السياسات العمومية أكثر فعالية لأنها تحدد من قبل المستفيدين منها.

وهكذا، وفي وقت تتطلب فيه السياسات التنموية الاعتماد على منطق القرب، في التعاطي مع الاحتياجات المتباينة للسكان، فإن الجماعات الترابية مدعوة أكثر من أي وقت مضى إلى تبني الميزانية التشاركية، وذلك من أجل إرساء نموذج تنموي أكثر شمولية وأكثر إنصافاً ومساواة. وأيضاً من أجل الحصول على أثر إيجابي أكثر تركيزاً وتنسيقاً فيما يتعلق بالاحتياجات المتباينة للشرائح المتعددة من السكان المستهدفين.

كما تمكن الميزانية التشاركية من وضع المواطنين في موقع يتمكنون من خلاله من فهم وتبادل الآراء والتصرف بمسؤولية، في صنع القرارات السياسية ورسم السياسات العمومية المحلية¹. وتمكن هذه المشاركة الفعالة من جعل القرار الذي يصدر معبراً عن الإرادة العامة، وليس بناء على رغبات نخبة معينة. ولا يعتبر القرار الذي يصاغ وفق هذه الطريقة لا قرار أغلبية أو أقلية، وإنما قرار كامل أفراد المجتمع الذين شاركوا في الصياغة.

وبالتالي، فإن الميزانية التشاركية عندما تمتد في الزمان تحقق كل آثارها، وتصبح مسلسلاً سياسياً مستمراً ومتدرجاً. كما أن تتبع وتقييم هذا المسلسل وتجديده الدوري يسمحان بتكييف الآليات مع تطور

¹ - نفس المرجع، ص: 78.

السياقات المحلية. فخلال انجاز هذه الميزانية يسمح التتبع بالحكم على حالة ومدى انجاز المشاريع المدرجة وكذا تقدير مدى الوصول إلى النتائج والأهداف المتوقعة.

خاتمة:

لاشك في أن ترسيخ آلية الميزانية التشاركية تعد خطوة هامة على طريق الديمقراطية المحلية التشاركية، إلا أنه لا معنى لمثل هذه الآلية إذا اقتصرنا على الجانب التقني والشكلي. كما أنه لا جدوى من مشاركة المواطنين في تقرير ميزانية شحيحة الموارد. وهذا ما يدعونا إلى التنبيه للجدل الحاصل حول معايير تمويل الجماعات الترابية مستقبلاً، والتي تصب في مصلحة الجماعات الترابية الكبيرة على حساب الصغيرة منها. كما أنه لا معنى للحكومة المحلية في ظل غياب مشاريع قوية تساعد الجماعات على تنمية مواردها.

أهمية مخرجات المحاكم المالية وأثرها في تحريك الرأي العام الوطني

د. عبد الودود الزباج

دكتور في القانون العام باحث في المالية العامة

مقدمة

تعتبر نتائج مراقبات المحاكم المالية بمثابة المادة الخام، التي تثير اهتمام مختلف الفاعلين الجمعيين والسياسيين والرأي العام عموماً، وقد تمت مطالبة المحاكم المالية والمجلس الأعلى للحسابات بوجه خاص، لكونه صاحب الاختصاص، لمرات عدة، نشر نتائج مهامه الرقابية، باعتبار أن هذا الأمر يعتبر ذو أهمية قصوى، حيث تتجلى إيجابياته في المساهمة في خلق النقاشات بطريقة موضوعية،¹ كما أن نشر هذه التقارير أو النتائج ينير الرأي العام حول مستوى التدبير الجاري به العمل حالياً، وأيضاً يميظ اللثام حول هفواته وإشكالياته.

ولقد ظل المجلس الأعلى للحسابات إلى حد قريب، مؤسسة غير معروفة لدى شريحة واسعة من الرأي العام الوطني، بصفته مؤسسة قضائية مكلفة بممارسة الرقابة العليا على المالية العامة، إذ ظل يتصف من طرف البعض بغموض عمله وعدم وضوح آليات مراقبته، ويمكن القول أن المجلس بقي حبيس نفسه على إيقاع تعاملات خطها دون مراعاة شروط الشفافية الإدارية والحق في الإعلام والتواصل.² ولهذا السبب تميز المجلس خلال فترة سابقة بالعزلة التامة عن الرأي العام، وذلك في ظل غياب قنوات التواصل بينهما، وقد كرست هذه العزلة اختيار المجلس لعدم نشر تقاريره السنوية، رغم اعتبار ذلك أحد المقومات الأساسية، لتقييم أهمية الرقابة العليا على المالية العمومية، وتقييم أنشطة وأعمال المجلس من طرف الباحثين والمهتمين. ومن خلال هذا الوضع، فقد أكدت العديد من الدراسات استناداً على بحوث ميدانية، جهل قطاعات واسعة من بينها فئات مثقفة، لوجود المجلس.³

¹ Collinet (J.-F.), « Le bon emploi de l'argent public et la réforme de l'Etat », Revue des deux mondes, Janvier 2007, p : 22.

² نور الدين قهوي، "المالية العامة والحياة السياسية بالمغرب، تمويل الأحزاب السياسية"، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة الحسن الثاني-عين الشق، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 2003-2004، ص: 311.

³ "في إطار بحث ميداني، قام به الباحث عبد الحفيظ عفيف، توصل إلى أن نسبة 20% من العينة المستجوبة من فئة المثقفين تجهل المجلس كمؤسسة من حيث المفهوم، ومن حيث التواجد أيضاً"، يراجع عبد الحفيظ عفيف: "المجلس الأعلى للحسابات ضمانة رقابية بآية وسائل"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط-أكادال، 1997-1998، ص: 97.

فعلماء الاجتماع يؤكدون أن الإعلام يلعب دورا مهما في تحديد توجهات الأشخاص، كذلك الأمر بالنسبة للتعريف بمهام الأجهزة العليا للرقابة المالية وبنائها، فقد أكد بعض الباحثين أن وسائل الإعلام تشكل محركا رئيسيا لبلورة آراء المجتمع بخصوص مؤسسات الرقابة العليا على المالية العمومية،¹ مما جعل هذه المؤسسات تهتم أكثر بعلاقتها بوسائل الإعلام،² وذلك لكون المعلومات التي تقدمها هذه الهيئات ذات طابع تقني، وبالتالي فالتوجه إلى اتخاذ ناطق باسمها، من أجل بسط المعلومة للصحفيين، يقلل من مخاطر سوء التفاهم أو تقديم معلومات ناقصة،³ وهذا الأمر يتوجب أيضا على المحاكم المالية أخذه بعين الاعتبار.

وقد ساهم نشر التقارير السنوية للمجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات، وكذا الأحكام الصادرة من طرفها، في ربط خيوط التواصل بينها وبين محيطها المجتمعي، كما أن هذه المبادرة المتمثلة في إخبار الرأي العام بما جاء في مهماتها الرقابية، له دور في إشراك الرأي العام في كل ما له علاقة بالتدبير العمومي واستخدام الأموال العامة، من بين آثاره خلق تفاعل إيجابي واهتمام مستمر بالشأن العام، وهذا يعتبر من أهم أشكال الشفافية والديمقراطية، التي أكد عليها الدستور الجديد، والذي نص على حق كل مواطن في الحصول على المعلومة التي يتوفر عليها أي مرفق عمومي، ولا يمكن تقييد الحق في الحصول عليها إلا بمقتضى القانون. (المبحث الأول)

ويعتبر نشر التقرير السنوي، أداة هامة لتتوير الرأي العام، ولإخبار رئيس الدولة وأعضاء البرلمان وأعضاء الحكومة حول واقع التدبير العمومي، فمن خلال كشفه عن أبرز الملاحظات الموضوعية والانتقادات التي تمس طرق وأشكال التدبير، ومنح التوصيات وسبل تصحيح المسار، والاقتراحات والحلول الممكنة لمعالجة الأخطاء والاختلالات، يمكن للجهات المعنية من اتخاذ التدابير اللازمة، والإصلاحات الممكنة، لتجاوز الإشكاليات المستخرجة والمعلن عنها، في التدبير العمومي. (المبحث الثاني)

المبحث الأول: ضرورة انفتاح المحاكم المالية على المواطن في ظل حقه في الحصول على

المعلومة

لكي تؤدي التقارير وظيفتها الكاملة، يشترط فيها بشكل أساسي مبدأ العلنية والنشر، وتعد خطوة نشر التقارير وكذلك مقررات المحاكم المالية في الجريدة الرسمية، من أهم المراحل في تاريخ تطور عمل

¹ (Dye et Stanpenhurst, 1997, 12) ; « Les institutions supérieures de contrôle des finances publiques et leur stratégies de communication », Belén Gonzale, Antonio Lopez et Roberto Garcia, Revue Internationale des Sciences Administratives, 2008/3, (Vol. 74).

² « Pour la cour des compte, c'est contribuer à l'information des citoyens. Pour moi, c'est un levier de transformation de l'action collective au nom de l'intérêt général, à moyen optimisés » ; Ted Max, Directeur de la communication de la cour des compte, « La cour Compte sur lui », Article de Antoine Gazeau, communication publique, publié le 03 octobre 2017.

³ (Bourn, 2005, 52) ; (Ebriti, 2003, 33-5).

الأجهزة العليا للرقابة، حيث لم تعد نتائج أعمالها محصورة بإطلاع أعضاء البرلمان ورئيس الدولة، بل أصبحت في متناول الرأي العام، وقد أكد على هذا اعتراف الدستور المغربي، بحق المواطن في الاطلاع على مخرجات المحاكم المالية من نتائج تم التوصل إليها، تفيد المواطن وتجعله على علم واطلاع بكل ما يخص تدبير المال العام، كما نص على حقه في الحصول على أي معلومة وتوفيرها له، مما يمكنه من التفاعل مع مضمونها وممارسة حقه الطبيعي كمواطن مغربي. (الفرع الأولي)

وفي اتجاه آخر، فإن نشر هذه التقارير والأحكام من طرف المجلس الأعلى للحسابات، قد أثار ردود فعل عديدة من طرف الرأي العام والمجتمع المدني، بين مؤيد لعمل المحاكم المالية ومساند لها، وبين من هو مبخس لعملها، واعتبار إنجازاتها مجرد تقارير، مآلها الأرشيف فقط. (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور منشورات المحاكم المالية في خلق رأي عام مشترك

تعد الشفافية في تدبير الشأن العمومي مطلباً لا مناص عنه من طرف شريحة هامة من المجتمع المغربي، لهذا الغرض، فمن الضروري العمل على تنوير رأيه من خلال إشراكه في مختلف المهام التدييرية للقطاع العمومي والبرامج الوطنية (الفقرة الأولى)، وهذا الأمر في الوقت الراهن أصبح ضرورة حتمية للمساهمة في تكوين فكر موحد وخلق التزامات وأهداف مجتمعية مشتركة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مساهمة نشر مخرجات المحاكم المالية في بلورة رأي عام فاعل

تقوم المؤسسات العليا للرقابة المالية، بدور محوري في الحياة السياسية والحياة الإدارية لكل بلد،¹ لهذا السبب فهي تعمل على خلق تفاعل طبيعي مع فئات من الملاحظين المحايدين، الذين يقومون بتتبع مسؤوليات الدولة اتجاه المواطنين،² وتلعب هذه المؤسسات دوراً أساسياً عن طريق التأكد من أن المدبرين العموميين من خلال الإجراءات المتخذة من لدنهم، يقومون بتنفيذ ميزانية الدولة في إطارها القانوني لتغطية حاجيات وانتظارات المواطنين. وقد تم توسيع اختصاصات المؤسسات العليا للرقابة المالية من خلال إضافة رقابة الاقتصاد والنجاعة والفعالية في التدبير العمومي،³ وتطورت مسؤولياتها بعد ذلك، حيث أصبحت ملزمة بتوفير معلومات معمقة حول سياسات وبرامج السلطات العمومية، وتقديم صورة حول الإشكاليات المحتملة بهذا الخصوص،⁴ وتعتبر التقارير والنتائج المتوصل إليها الوسيلة الأساسية للتواصل مع المواطن، وأيضاً مع ممثليه من المنتخبين.⁵

¹ (Pollitt et Summa, 1997, 1) ; « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

² (Pollitt et Summa, 1998, 71) ; « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

³ Schawartz, 2000, 407. ; « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

⁴ Walker, 2007, 3-4; « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

⁵ Public Audit Forum, 1999, 2.

ويقصد بالرأي العام، "مختلف المواقف التي يعبر فيها الأفراد عن آراءهم، إما من تلقاء أنفسهم أو بناء على دعوة توجه إليهم، تعبيراً مؤيداً أو معارضاً لحالة معينة أو شخص معين، أو اقتراح ذي أهمية واسعة، بنسبة وكثافة وثبات معين، مما يترتب عليه احتمال القيام بعمل ما بشكل مباشر أو غير مباشر".¹ ويشارك في خلق الرأي العام مختلف المؤسسات السياسية والاجتماعية الموجودة بالدولة، وإلى جانبها يمكن الإشارة إلى الدور الذي يمكن أن تقوم به الصحافة في خلق وتطوير وتوجيه الرأي العام، هذا بالإضافة، إلى أن تلك المؤسسات يمكن لها أن تستعين بالصحافة لتحقيق أغراضها.

مجموعة من الأمور التي تفسر ضرورة نهج الأجهزة العليا للرقابة المالية سياسة تواصل مع الرأي العام والمواطن، فتقديم نتائج المراقبة المتوصل إليها من طرف المحاكم المالية، تضيء دورة تامة لمهمة المسؤولية،² كما أن إمكانية تقديم أنشطة المحاكم المالية يمنحها أحقية إثبات سبب وجودها،³ كما أن نشر هذه الأنشطة يعطيها مصداقية، وهذه المصداقية تصبح هامة وضرورية مع مستعملي هذه المعلومات وتعاملها معهم في المستقبل،⁴ فغياب سياسة تواصل تعطي صورة لمؤسسة مملدة، قاتمة، مجردة من الشفافية ومن الاحترام، مما تجعل من تواجدها محط تساؤل، هذه الوضعية من شأنها أن تخلق سوء التفاهم، مع إمكانية تسريب معلومات غير صحيحة بسبب غياب التواصل التي تربط بين المحاكم المالية وبين الصحافة، التي بدورها تيسر وصول المعلومة إلى المواطن.⁵

الفقرة الثانية: حتمية انفتاح المحاكم المالية على محيطها الخارجي

إن غياب نشر منتجات الأجهزة العليا للرقابة المالية هي مشكلة دولية، فانطلاقاً من البحث الذي قام به مجموعة من الباحثين المهتمين، تبين أن الأجهزة العليا للرقابة المالية لأهم خمس دول أوروبية، لم يتم بها أي نوع من التواصل مع محيطها الخارجي إلا ابتداء من سنة 1990، حيث أصبحت بسبب ضغوطات الشارع، تنشر بعض الكتيبات وترتبط بالاتصال ببعض الوسائل الإعلامية،⁶ وتطورت الوسائل المستعملة لتصبح هذه الأجهزة تروج لمنتجاتها باستعمال الإنترنت والأقراص المدمجة. وقد أصبحت البرامج الاستراتيجية لهذه الأجهزة تهتم مع مرور الوقت بوسائل التواصل، حيث أصبح بعضها يعتبر أن التواصل

¹ حسن محمد خير الدين، "دراسة تحليلية للرأي العام وطرق قياسه"، المجلة المصرية للعلوم السياسية، العدد 56، نونبر- دجنبر، 1956، ص: 70.

² Public Audit Forum, 1999,

³ Waerness, 1999, 150. « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

⁴ Barrett, 2000, 2-3. « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

⁵ (Erbiti, 2003, 32-3) ; « Les institutions supérieures de contrôle », op, cit.

⁶ (Politt et Summa, 1999, 3) et (Waerness, 1999, 167-8), a analysé les procédures de communications de 5 ISC (Finlande, France, Suède, Pays-Bas, Royaume-Unis). « Les institutions supérieures de contrôle .. », op,cit.

هو في حد ذاته قيمة،¹ البعض الآخر يعتبرها استراتيجية،² وأجهزة أخرى تعتبرها وسيلة من أجل تجسيد استراتيجيتها،³ أو من أجل تطوير نجاعة استراتيجيتها.⁴

وأسوة بباقي الأجهزة العليا للرقابة المالية على المستوى الدولي، حاولت المحاكم المالية تجاوز عائق التواصل والانفتاح على الرأي العام بالإقرار بمبدأ علنية مختلف أنشطتها، فبمقتضى المادة 100 من القانون 62.99 نصت على نشر التقرير السنوي للمحاكم المالية، وذلك بعد رفعه إلى الملك من طرف الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات قبل نهاية السنة المالية الموالية لسنة التسيير المقصودة، ويذكر هذا التقرير بالجريدة الرسمية. وهذا كان بمثابة القطيعة مع ما كان معمول به في ظل القانون السابق 12.79، الذي كان يعتبر بمثابة إقرار واضح للمشروع المغربي بعدم انفتاح هذه المؤسسة على الرأي العام المغربي، وقد تم التأكيد على هذا الانفتاح من خلال المستجدات التي وردت في دستور المملكة لسنة 2011، حيث أنه بالإضافة إلى التقرير السنوي، يتولى المجلس الأعلى للحسابات بمقتضى الفقرة الرابعة من الفصل 148 من الدستور، نشر جميع أعماله، بما فيها التقارير الخاصة والمقررات القضائية.

لذلك، فضرورة المسؤولية التي تفرض على مدبري الأموال العمومية، وانتظارات المواطنين الأكثر فالأكثر يقظة، وانتباهها للنظامية والاستخدام الجيد للأموال العمومية، يدعو الأجهزة العليا للمراقبة إلى المشاركة في مسعى تحقيق الشفافية، لذا تتحمل المحكمة المالية مهمة أولى وهامة، تتجلى في المساهمة في خلق النقاشات بطريقة موضوعية، كما أن نشر المعلومات يفيد الجسم الاجتماعي، وينير الرأي العام حول الرهانات الحاسمة للفعل العمومي، فالمؤسسات العليا للرقابة تملك ثقة الرأي العام عند تقديمها لتقارير نقدية وموضوعية حول صرف المال العام، وبالتالي يمكن القول، أن شرعية القاضي المالي تستند على الثقة التي يمكن أن يمنحها إياه الرأي العام.⁵

وهكذا، أصبحت التقارير السنوية للمجلس بعد الإقرار بضرورة نشرها بالجريدة الرسمية، بمثابة موعد سنوي ينتظره الجميع بفارغ الصبر، بما فيهم الصحافة والرأي العام، وتبعاً لما تضمنه الدستور الجديد من مستجدات، أصبح المجلس ملزماً بنشر التقارير الخاصة وكذلك نشر مختلف نتائج مهمات التدقيق والتأديب المالي في التقرير السنوي، كما أصبح المجلس يقدم عرضاً حول أعمال المحاكم المالية

¹ (UK NAO, 2007, 7).

² (INTOSAI, 2006, 4) ; (Bureau de contrôle d'Etat de Hongrie, 2006, 5).

³ (Bureau de contrôle d'Etat d'Estonie, 2005, 10).

⁴ (Cour des Comptes des Pays-Bas, 2003, 27).

⁵ Delpérée (F.), « La légitimité du juge », in la convergence des systèmes juridiques, au 21ème siècle, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2006, p : 261.

أمام البرلمان، وكان أول عرض قدمه الرئيس الأول في 21 مايو 2014، إضافة إلى ذلك، أصبح ينشر جزئياً القرارات الصادرة عن المجلس في ميدان التدقيق والتأديب المالي.¹

الفرع الثاني: نشر مخرجات المحاكم المالية تدرج في إطار حق المواطن في الحصول على المعلومة

يمثل المواطن في المجتمع الحديث، النواة الأساسية الذي يركز عليها أي برنامج مجتمعي، ولإنجاح التجربة الديمقراطية فمن الضروري اطلاع المواطن على الرؤية الاستراتيجية للتدبير الحكومي، مما دفع المشرع لتعزيز هذا المبدأ بعد أن زكته موثيق دولية (الفقرة الأولى)، لكن يبقى هذا المبدأ غير قطعي، حيث يعرف حالات استثنائية لا تسمح للإدارات العمومية بالالتزام المطلق به (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: توجه المشرع المغربي نحو تعزيز الدور الرقابي الذي يمارسه المواطن والمجتمع

المدني

أصبح امتلاك المعلومة من طرف المواطن المغربي أمر ضروري لا غنى عنه، لأن توفير المعلومة للمواطن تعزز الشفافية وتمهد الطريق للمساءلة في المجتمع بأسره، كما أن هذه الفكرة تستند إلى مبدأ أن الفساد يدمر الحياة، وأن بإمكان الناس أن تصبح لديهم القدرة على التغيير في مكافحته من خلال حصولهم على المعلومات،² فيفضل جهود المجتمع المدني وتماشيا مع التطور التكنولوجي، تمكن الحق في الولوج إلى المعلومة من شق طريق له، في إطار نقاش ما فتئت تتسع دائرته، وفي إطار ترسيخ قيم الشفافية في الشؤون الإدارية، وتعزيز ثقة المواطنين في مؤسسات الدولة، ومحاربة ثقافة الكتمان والسرية في الممارسات الإدارية، خصوصا تلك المتعلقة بالاختلاسات والاختلالات الإدارية.

ونظرا لضرورة ملائمة التشريعات الوطنية مع المواثيق والاتفاقيات الدولية، نص الفصل 27 من الدستور المغربي، على أن "للمواطنات والمواطنين الحق في الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارات العمومية والمؤسسات المنتخبة والهيئات المكلفة بمهام المرفق العمومي"، على اعتبار أن هذا الحق سيساهم في تحفيز المواطن المغربي على المشاركة في مسلسل اتخاذ وتتبع القرارات الحكومية، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحق، جاء ليكرس الالتزام الدائم للمملكة المغربية بحقوق الإنسان، كما هو متعارف عليها عالميا، خصوصا المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،³ والمادة 19 من العهد

¹ تم إصدار أول نشرة لقرارات المجلس الأعلى للحسابات في ميدان التأديب المتعلقة بالميزانية والشؤون المالية، بناء على مقرر اتخذته الرئيس الأول بالنشر الجزئي لمجموعة من القرارات في ميدان التأديب المالي، بعد استشارة هيئة الغرف المجتمعة في اجتماعها المنعقد بتاريخ 18 مايو 2015.

² www.transparency.org, ISBN : 1-44-943497-3-987, 2013.

³ "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأخبار وتلقيها وإذاعتها، بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية"، المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في 10 دجنبر 1948.

الدولي للحقوق المدنية والسياسية،¹ وكذا المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،² التي ألزمت الإدارات العمومية بضرورة تمكين المواطنين من الحصول على المعلومات، واتخاذ التدابير الكفيلة بممارستهم هذا الحق، تعزيزا للشفافية وترسيخا لثقافة الحكامة الجيدة.

من ناحية أخرى، وبخصوص حق المواطن في الحصول على الوثائق الإدارية (La liberté d'accès aux documents administratifs)، فقد تم الاعتراف بهذا الحق في أمريكا في 1976 (Sunshine laws)، وحاليا هناك 70 دولة تتوفر على مساطر متشابهة تخص حرية الحصول على الوثائق الإدارية،³ أما بالنسبة لفرنسا فهي تتوفر منذ 1978 على قانون يسمح بالحصول على الوثائق الإدارية المرغوب فيها، بواسطة لجنة مختصة تكلف بالموافقة أو رفض طلبات الاطلاع على الوثائق المطلوبة،⁴ فمجموعة من الطلبات التي لها علاقة بأمن الدولة أو بالحياة الخاصة تم رفضها، كما أن اللجنة الفرنسية المختصة بالنظر في طلبات الاطلاع على الوثائق الإدارية، ترفض كذلك طلبات الاطلاع على المراسلات الدبلوماسية.⁵

والمغرب من جهته، أصدر القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات،⁶ الذي يعطي الحق للمواطنين والمواطنات الحصول على المعلومات من المرافق العمومية،⁷ مع النص على استثناءات لا يمكن عندها الحصول على المعلومات الخاصة بها رغم طلبها،⁸ وتتنظر في هذه الطلبات لجنة

¹ " لكل إنسان الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها للآخرين، دون اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأي وسيلة أخرى يختارها"، المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، الصادر في 1966.

² " تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمواد الأساسية لقانونها الداخلي، ومع مراعاة ضرورة مكافحة الفساد، ما قد يلزم من تدابير لتعزيز الشفافية في إدارتها العمومية، بما في ذلك... اعتماد إجراءات أو لوائح تمكن عامة الناس من الحصول على معلومات عن كيفية تنظيم إدارتها العمومية واشتغالها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، وعن القرارات والصكوك القانونية التي تهم عامة الناس، مع إيلاء المراعاة الواجبة لصون حرمتهم وبياناتهم الشخصية"، المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المصادق عليه بتاريخ 09 مايو 2007.

³ David Servenay, « Et si on pouvait accéder aux informations de l'administrations », Archive sur wikiwix, Rue 89, 4 octobre 2007.

⁴ CADA (Commission d'accès aux documents administratifs).

⁵ Un tel document qui a permis à l'ONG (National Security Archive), de prouver l'implication des Etas-Unis dans (l'opération Condor), via une base d'information situé au Panama ; « Opération Condor, Cable Suggests U.S Role », The National Security Archive, March 6, 2001.

⁶ ظهير شريف رقم 1.18.15 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، بتنفيذ القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات، ج ر 6655.

وقد مثلت مسودة مشروع هذا القانون، موضوع تدخلات وانتقادات عديدة من بعض الهيئات الدستورية وهيئات المجتمع المدني: وخصوصا رأي المجلس الوطني لحقوق الإنسان، الصادر في يناير 2016، التي تضمنت ملاحظات على عدة مواد من مشروع القانون المتوصل به من طرفها، بعد توجيهها إليها من طرف مجلس المستشارين بتاريخ 29 يوليو 2016، وفقا لأحكام المادة 16 من الظهير الشريف رقم 1.11.19 المتعلق بإحداث المجلس الوطني لحقوق الإنسان والمادة 282 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين، والذي يبدو أن رأيها كان له الأثر الواضح على تغيير وتعديل مجموعة من المقترحات مشروع القانون بعد اعتماده من طرف مجلس الوزراء.

⁷ المادة الثانية من القانون 31.13، "يقصد بما يلي في مدلول هذا القانون:

- المعلومات: المعطيات والإحصائيات المعبر عنها في شكل أرقام أو أحرف أو رسوم أو صور أو تسجيل سمعي بصري أو أي شكل آخر، والمضمنة في وثائق ومستندات وتقارير ودراسات وقرارات ودوريات ومناشير ومذكرات وقواعد البيانات وغيرها من الوثائق ذات الطابع العام، التي تنتجها أو تتوصل بها المؤسسات أو الهيئات المعنية في إطار مهام المرفق العام، কিفما كانت الداعمة الموجودة فيها، ورقية أو إلكترونية أو غيرها؛

- المؤسسات والهيئات المعنية هي: "مجلس النواب، مجلس المستشارين، الإدارات العمومية، المحاكم، الجماعات الترابية، المؤسسات العمومية وكل شخص اعتباري من أشخاص القانون العام، كل مؤسسة أو هيئة أخرى عامة أو خاصة مكلفة بمهام المرفق العام، المؤسسات والهيئات المنصوص عليها في الباب 12 من الدستور".

⁸ المادة 7 من القانون 31.13 : "يهدف حماية المصالح العليا للوطن، وطبقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 27 من الدستور، ومع مراعاة الأجل المحددة في المادتين 16 و 17 من القانون رقم 69.99 المتعلق بالأرشيف، تستثنى من الحق في الحصول على المعلومات، كل المعلومات المتعلقة

مختصة على غرار ما هو معمول به على المستوى الدولي، كما تم التنصيص على نشر المؤسسات المعنية للحد الأقصى من المعلومات المتوفرة لديها في إطار تدابير النشر الاستباقي، بواسطة جميع وسائل النشر المتاحة.¹ هذا وتجدر الإشارة، إلى أن المغرب انضم إلى مبادرة "شراكة الحكومات الشفافة"، التي تستلزم تقديم خطة عمل مبنية على مبادئ وأهداف إعلان الحكومات الشفافة المتبنى في شتنبير 2011، من قبل الدول الأطراف في هذه المبادرة، وهي الدول التي التزمت بتوسيع مجال سهولة وحرية وصول العامة إلى المعلومات حول النشاطات الحكومية وتشجيع المجتمع المدني، وتمكين المواطنين من الوصول إلى التكنولوجيا الحديثة قصد التفتح والمساءلة.

الفقرة الثانية: تساؤلات حول مدى استجابة المحاكم المالية لطلبات الحصول على المعلومة

من هذا المنطلق، فإن المجلس الأعلى للحسابات رغبة منه في ترسيخ مبادئ الشفافية، ولحق المواطن في الحصول على المعلومة، فإن المجلس كان سابقا إلى نشر مخرجاته ابتداء من السنة المالية 2003، التي توافق فترة بداية العمل بمدونة المحاكم المالية 62.99، وقد دأب المجلس منذ ذلك الوقت على تقديم توصياته في مجال مراقبة التسيير ومراقبة استخدام الأموال العمومية، إضافة إلى تقديم معطيات حول منجزاته في ميدان البت في الحسابات وميدان التأديب المالي، وتقديم خلاصة عن باقي أنشطة المجلس في إطار التعاون والتنسيق مع أجهزة الرقابة داخليا وخارجيا، ويقدمه سنويا في تقرير وينشر بالجريدة الرسمية، وينشر كذلك بالموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس.²

ويقدم التقرير السنوي تشخيصا للوضعية المالية العمومية، كما يشكل موردا حقيقيا للمعلومات بالنسبة للذسيح المجتمعي، ويسمح للرأي العام بتتبع كيفية تدبير الأموال العمومية داخل الهيئات الخاضعة لمراقبة المحاكم المالية، ولا شك أن التوزيع الواسع الذي يعرفه التقرير لدى وسائل الإعلام والمنتخبين والباحثين الجامعيين وغيرهم، والمناقشات التي من الممكن أن يترتب عنها، سيدفع لا محالة المسؤولين إلى أخذ ملاحظات المجلس بعين الاعتبار، وتطبيق توصياته من خلال اعتماد التدابير التصحيحية اللازمة، والإجراءات الزجرية الضرورية.³

بالدفاع الوطني وبأمن الدولة الداخلي والخارجي، وتلك المتعلقة بالحياة الخاصة للأفراد أو التي تكسب طابع معطيات شخصية، والمعلومات التي من شأن الكشف عنها المس بالحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في الدستور، وحماية مصادر المعلومات...."¹ المادة 10 من القانون رقم 31.13، "يجب على المؤسسات والهيئات المعنية، كل واحدة في حدود اختصاصاتها، أن تقوم في حدود الإمكان، بنشر الحد الأقصى من المعلومات التي في حوزتها، والتي لا تندرج ضمن الاستثناءات الواردة في هذا القانون، بواسطة جميع وسائل النشر المتاحة خاصة الإلكترونية منها، بما فيها البوابات الوطنية للبيانات العمومية، ولا سيما المعلومات المتعلقة ب:

-
-
- التقارير والبرامج والبلاغات والدراسات المتوفرة لدى المؤسسة أو الهيئة؛
-
-

² Site de la cour des comptes, (www.courdescomptes.ma).

³ "المغرب: استقلالية المؤسسات العليا للمراقبة من وجهة نظر مؤسسة عربية عليا للمراقبة"، ورد هذا في التقرير حول المناظرة 17 للأمم المتحدة والإنتوساي حول المراقبة العليا على المالية العامة، فيينا 19-23 أبريل 2004.

وتطبيقاً لمقتضيات الدستور الجديد في هذا المجال، أصبح المجلس مطالبا بذشر جميع أعماله بما في ذلك التقارير الخاصة والمقررات القضائية، وحسب ما هو معمول به حالياً من طرف المجلس، فإن التقارير السنوية التي يتم نشرها، تتضمن فقط ملخصات للملاحظات والتوصيات التي تبرز واقع التدبير العمومي وإكراهاته،¹ كما أن مقررات المجلس تنشر بشكل جزئي،² مما يعني أن مخرجات المجلس لا يتم نشرها كلياً وإنما يقتضب منه ملخصات أو أجزاء، ويبدو أن هذا لا يوافق ومقتضيات الدستور وكذلك القانون 31.13، الذي يستشف منه أنه يلزم بذشر جميع مخرجات المجلس دون معالجة، كما أنه يمكن أن يطرح التساؤل حول مدى استجابة المجلس لطلبات المواطنين والمجتمع المدني والهيئات الأخرى، عند مطالبتها الحصول على جميع المعلومات والوثائق المتعلقة بالتقارير والقرارات أو الأحكام الصادرة، هل سيتم الاستجابة لهذه الطلبات أو سيتم رفضها؟ وفي حالة رفضها، ماذا سيكون الموقف، عند تقديم شكاية في الموضوع إلى لجنة الحق في الحصول على المعلومات؟³

المبحث الثاني: دور مخرجات المحاكم المالية كآلية إعلام وإشراك الرأي العام للحفاظ على الأموال

العامّة

تكتسي مسألة نشر التقارير المنجزة من طرف الأجهزة العليا للرقابة على المال العام، أهمية بالغة في إرساء ونشر دعائم ثقافة الرقابة والمساءلة، والإقرار بعلاقتها، ما يعني أن يطلع على محتوياتها الرأي العام والصحافة، ومختلف فعاليات ومكونات المجتمعين السياسي والمدني (الفرع الأول)، وقد ساهمت وسائل الاتصال الحديثة في تسهيل طرق امتلاك المعلومة إضافة إلى تحفيز الرأي العام على المساءلة والمحاسبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشر مخرجات المجلس ضماناً لتقديم صورة شفافة عن التدبير العمومي

في ظل تعالي مطالب مجتمعية بشفافية الإنفاق العمومي، حيث تم اعتبار هذه الإشكالية ظاهرة مجتمعية في عصرنا الحديث، يتحتم على الدول النزول لمطالب الشعب، عبر توفير مؤسسات مستقلة لمراقبة التدبير العمومي، وإعلام المواطن والرأي العام بالنتائج المتوصل إليها، وتلك أولوية تسعى إليها هذه المؤسسات بشكل عام (الفقرة الأولى)، ونفس هذا المسعى، ذهبت إليه بعض التجارب الأجنبية، مع الحفاظ على خصوصية الإطار القانوني والسياسي الذي يميزها (الفقرة الثانية).

¹ مأخوذ من عرض الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات حول أعمال المحاكم المالية أمام البرلمان، 21 مايو 2014، ص: 3.

² قرار هيئة الغرف المجتمعة في اجتماعها المنعقد بتاريخ 18 مايو 2015.

³ المادة 22 من القانون 31.13، "تحدث لدى رئيس الحكومة، لجنة الحق في الحصول على المعلومات، والسهر على تفعيله، تناط بها المهام التالية: - السهر على ضمان حسن ممارسة الحق في الحصول على المعلومات،

- تلقي الشكايات المقدمة من طالبي الحصول على المعلومات، والقيام بكل ما يلزم للبت فيها، بما في ذلك البحث والتحري، وإصدار توصيات بشأنها،

-
-"

الفقرة الأولى: أولويات المجلس الأعلى للحسابات من نشر تقاريره السنوية

عند انتهاء كل سنة مالية من التدبير العمومي، أصبحت مجموعة من الجهات الإدارية المعنية بالتدبير العمومي، إضافة إلى مختلف شرائح الرأي العام، من مهتمين وباحثين وصحفيين، ينتظرون بفارغ الصبر الاطلاع على التقارير التي انتهت إليها المحاكم المالية، والتي تتضمن جملة من الملاحظات والتوصيات والمعلومات، التي تنير المجتمع ودافعي الضرائب وتمكنهم من معرفة مستوى تدبير المال العام خلال تلك السنة. وهكذا، فإن الهدف الحقيقي من نشر التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات، هو تقديم تشخيص دقيق لوضعية المالية العمومية، وإعطاء صورة حول طريقة تدبيرها، كما يشكل موردا مهما للمعلومات التي يستفيد منها النسيج المجتمعي، مما يساعده على تتبع كيفية تدبير الأموال العامة.

وبغض النظر عن الهدف المبدئي الذي يسعى إليه المجلس الأعلى للحسابات، من خلال نشره لتقريره في الجريدة الرسمية، والاطلاع عليه من طرف العموم، فمن الأكيد على أنه يسعى إلى التعريف أخطاء التسيير الأكثر جسامة، وذلك بجعلها تخرج من السرية إلى العلنية، إضافة إلى محاولته إثارة ردود فعل الرأي العام والمهتمين من مختلف الشرائح، حول الاختلالات ومظاهر سوء التدبير، وفي حالات أخرى، فهو يهدف أيضا إلى الإعلان عن أشكال الاختلالات التي تم اكتشافها في تدبير المرافق العمومية، لدفع المسؤولين العموميين وأعضاء الحكومة، لاتخاذ التدابير العاجلة لإنجاز التحسينات الذي يتطلبها الأمر، ومعرفة وضعية تقدم الإصلاحات.¹

وتجدر الإشارة، إلى أن التقرير السنوي الذي يقدمه المجلس الأعلى للحسابات، يتضمن أنشطته وأنشطة المجالس الجهوية للحسابات بالنسبة لمختلف اختصاصاتهما، فهو لا يقتصر فقط على عرض المهام الرقابية ذات الطابع شبه القضائي، أو على المعطيات الإحصائية المتعلقة بمهام المحاكم المالية القضائية، بل يقدم تشكيلة من الاختصاصات والمعلومات التي تضيف أهمية كبيرة حول شكل التدبير العمومي في أغلب أوجهه.

وبالتالي فإن هذا التقرير السنوي، يعطي كذلك فكرة حول الجوانب الأساسية لتطور المالية العمومية، ومالية الجماعات الترابية المقدمة من طرف المجالس الجهوية للحسابات، إضافة إلى أهم مؤشرات الظرفية المالية والاقتصادية خلال تلك السنة، ويقدم كذلك إنجازاته بخصوص التقارير الموضوعاتية والتقارير الخاصة، إضافة إلى المذكرات الاستعجالية التي يوجهها الرئيس الأول إلى الجهات المعنية، ويقدم أيضا تلخيصا حول مراقبته للمصاريف الانتخابية وتدقيق حسابات الأحزاب السياسية والتصريح الإجمالي للممتلكات،... إلخ.

¹ Collinet (Jean-Francois), « Le bon emploi de l'argent public et la reforme de l'Etat », op, cit, p : 122.

ولتقديم صورة واضحة أكثر للرأي العام وللمسؤولين الحكوميين، ارتأى المجلس من خلال تقريره السنوي، تقديم معطيات إحصائية حول مستوى استجابة المديرين العموميين لتوصيات المحاكم المالية، لاتخاذ الإجراءات التصحيحية وتفعيلها على أرض الواقع، بعد التعقيب عليها والاعتراف بصحتها وموضوعيتها، وذلك باللجوء إلى وضع منظومة خاصة، قصد تتبع التوصيات الموجهة إلى الأجهزة المعنية والبحث في مآل تنفيذ هذه التوصيات، ويعتمد في ذلك المجلس على تصريحات الأجهزة العمومية المعنية. ويتوخى عبر ذلك، التقصي حول الإجراءات التي تم اتخاذها من طرف هذه الأجهزة، والتأكد من وثوقية المعلومات المتوصل بها، خصوصا بالنسبة للأجهزة التي لم تقدم وثائق مثبتة.¹

الفقرة الثانية: تجارب بعض الدول الأجنبية بخصوص نشر التقارير السنوية لأجهزتها الرقابية

تحظى التقارير المنشورة من طرف الأجهزة العليا للرقابة المالية في الدول الغربية، باهتمام وثقة الرأي العام، لكونها تكرس ثقافة المساءلة والمسؤولية والمحاسبة والشفافية لدى المواطن، وتمكنه من الاطلاع على قضايا التدبير المالي العمومي، كما تقدم التقارير المنشورة تقييما نقديا وموضوعيا حول كفاءات صرف الأموال العمومية عند دراستها لقضية معينة. من جهة أخرى، فإن الصدى الآني الذي يتركه التقرير المتعلق بتنفيذ قانون المالية يبقى ضعيفا، بالمقارنة بالتأثير الذي يمثله التقرير السنوي والذي يوجه لرئيس الدولة، ففي فرنسا على سبيل المثال، فإن التقرير السنوي يشكل أكثر صدى وأهمية بالنسبة للصحافة الفرنسية، لكن هذا الصدى يبقى مرتبطا بأهمية ملخصات الملاحظات والتوصيات المستخرجة، وأهمية الأجهزة التي تمت مراقبتها.²

نفس الأمر بالنسبة لمحكمة الحسابات الفيدرالية الألمانية، التي تقدم تقريرا سنويا حول مختلف أنشطتها إلى البرلمان، وإلى الحكومة الفيدرالية، ويتم نشره لكي يطلع الرأي العام على محتوياته في ندوة صحفية، يعقدها رئيس المحكمة خصيصا لهذا الغرض.³ كما أنه بالانتقال إلى التجربة الإيطالية، فقد قادت التعديلات التي خصت مجال الرقابة المالية العليا إلى التنصيص على إلزامية تقديم المحكمة المالية تقريرا إلى البرلمان كل أربعة أشهر، حول ما يهم تنفيذ وتدبير الميزانية والتغطية المالية للدولة.⁴

وقد أقر مجلس الحسابات الفرنسي على أن علاقته بالصحافة تتميز بنوع من التعقيد، بسبب رغبة الصحافة امتلاك المعلومات حول ملخصات الملاحظات، من أجل العمل على تسريبها قبل نشرها من طرف مجلس الحسابات، لذلك يخشى المجلس من حدوث هذه التسريبات التي تضع مصداقيته أمام الأجهزة

¹ أول تقرير سنوي قام بنشر معطيات حول مدى استجابة تتبع توصيات المجلس، أدرج في تقرير 2009، ويتعلق بالملاحظات والتوصيات التي تم نشرها بقري 2006-2007.

² Christian Descheemaeker, « La Cour des Comptes », Les études de la documentation Française, édition 2005.

³ Moinot (M.-P), « La cour des comptes », Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1984, p : 849.

⁴ Clemente (G.) et Rucireta (M. A), « La cour des comptes italienne, réalité et perspective », R.F.F.P, n°36, 1991, p : 27.

المراقبة في المحك، حيث أنها لا زالت تحتفظ لنفسها بحق التعقيب على هذه الملاحظات قبل نشرها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى خلق احتجاجات ضد المحكمة المالية الفرنسية، خصوصا إذا تم التسريب خلال مرحلة مناقشة الميزانية. وفي نفس الاتجاه، فإن مجلس الحسابات رغم رغبته في تقديم أشغاله بشكل كامل، لدراستها ومناقشتها من طرف الأكاديميين والمهتمين، إلا أنه يبقى متحفزا بسبب سرية أبحاثه وتحرياته التي ينص عليها القانون.¹

وقد سبق لمحكمة الحسابات الفرنسية، أن تحفظت عن تقديم وثائق تتعلق بإجراءات تخص اختصاصا غير قضائيا، في إطار حقوق المواطن وعلاقته بالإدارة،² عند تقديمه طلبا من أجل الحصول على تقارير ملاحظات مجلس الحسابات، حيث تم اعتبار أن الوثائق التي يتوفر عليها مجلس الحسابات والغرف الجهوية للحسابات، لا تدخل ضمن خانة الوثائق الإدارية التي يمكن طلبها في إطار حق المواطن في الحصول على الوثائق من الإدارة.³

الفرع الثاني: تطلعات الرأي العام والمجتمع المدني من مراقبات المحاكم المالية

لا يختلف إثنان حول أهمية تفاعل الإعلام الموجه والناقد البناء، لتكوين رأي عام مجتمعي فاعل ومشارك، خصوصا في ظل تطور وسائل الاتصال التكنولوجي (الفقرة الأولى)، لكن وفي خضم المساعي للوصول إلى هذا المبتغى، يطال عملها نوع من التحريف في القصد والهدف المأمول منه، حيث يتم استغلال هذه الوسيلة من طرف بعض الجهات في أغراض سياسية ضيقة، متجاوزين بذلك المصلحة العامة للفرد والمجتمع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأثر الإيجابي الذي يشكله الإعلام المتطور في تفعيل المساءلة والمحاسبة

تقوم وسائل الإعلام بدور هام، في تفعيل ودعم أنظمة المساءلة والمحاسبة في ظل التطور التكنولوجي، والذي يؤدي بدوره إلى زيادة تأثير هذه الوسائل على مجريات الحياة السياسية، فوسائل الاتصال الحديثة ألغت القيود والحوجز، التي كانت تفرض سابقا من قبل الحكومات في تداول المعلومات، فهذا التطور أدى إلى إضعاف سيطرة الدولة وتحكمها. وهكذا، شكلت وسائل الإعلام الحرة، أداة رئيسية وفعالة في عملية المحاسبة والمساءلة، سواء بشكل مباشر أو من خلال ما تقدمه من دعم ومساندة لعمل أجهزة الرقابة، وذلك من خلال كشفها لحالات الفساد وجمع المعلومات، ورصد الانتهاكات المتعلقة بالفساد التي تهدد مستقبل التنمية الوطنية، وكذا من خلال شرح مضامين التقارير المالية، والكشف عن الاختلالات

¹ Instruction de Mr le premier président de la cour des comptes Française du 16 novembre 2006.

² La loi n° 200-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

³ L'article 7 modifiant l'article 1er de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, stipule que «ne sont pas considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre (...) les documents de la cour des comptes mentionnés à l'article L.140-9 du code des juridictions financières», « et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L.214-6 du même code ».

في التسيير العمومي،¹ فالإعلام بطبيعته قائم على فكرتي الإخبار والتوجيه، وهما عنصران فاعلان في إرساء ثقافة الشفافية في تدبير الأموال العمومية.²

وهكذا أضحت وسائل الإعلام في عصرنا الراهن، قوة لها أبعادها الاجتماعية بمقدار ما لها من قوة سياسية واقتصادية وثقافية، فوسائل الإعلام تناضل ضد التعتيم ومكافحة الفساد، سواء كان إداريا أو ماليا، وتقوم بتسهيل التداول الحر للمعلومات، بقصد تثقيف الجماهير وتوعيته، وإشاعة القيم الأصيلة في المجتمع، ومتابعة أعمال الحكومة وتمحيصها، والكشف عن سوء استعمال السلطة، وذلك عن طريق آليات العمل الاستقصائي الإعلامي، بعمل التحقيقات المعمقة، التي تفضح الفساد وتساعد على تحفيز الرأي العام للمساءلة والمحاسبة.³

ويعد الإعلام شريكا حيويا لمنظمات المجتمع المدني في التثقيف والإرشاد، والدفع باتجاه إحداث تقدم نحو ترسيخ نظام حكم صالح، ومن أجل تعزيز ثقافة ترفض الفساد وتدعم أنظمة حكم خاضعة للمساءلة، لذلك ينبغي على إدارة الإعلام في أية مؤسسة، عندما تضع سياسة اتصالية وإعلامية، أن تتكامل هذه السياسة مع المؤسسات الإعلامية التي تعد جزءا لا يتجزأ من مؤسسات الدولة والمجتمع في آن واحد، فلا يمكن إعداد السياسات الاتصالية والإعلامية ورسمها وتنفيذها، بمعزل عن الإطار العام الذي يتحكم بهذا المجتمع وتلك الدولة.

ولوسائل الإعلام الأثر الكبير في نشر التوعية والتأثير في قناعات الناس وسلوكياتهم، لذلك فقد أكد الخبراء على أن وسائل الإعلام تمتلك قوة هائلة تمكن من مستعمليها التأثير في المجتمع، ويكون ذلك عن طريق مجموعة من الأفكار ينتظر منها أن تنتج سلوكا معيناً،⁴ كما أن وسائله المختلفة يمكن أن تجعل منه سلاحا ذو حدين، لما له من قدرة على التفاعل والحركة وتأثيره في الثقافة المعاصرة ونماذج السلوك التي يتبناها الأفراد.⁵

وتجدر الإشارة، إلى أن التقارير السنوية للمجلس، شكلت مادة دسمة لكبريات الأعلام الصحفية، كما دشنت عهدا جديدا من الانفتاح على العالم الخارجي، وذلك بالمقارنة مع الفترة السابقة، حيث تميز بانفتاح متحفظ يغطيه سيكولوجية الاحتراس. وقد تفاعلت وسائل الإعلام المغربي بشكل مكثف، مع مضمون هذه التقارير وأسهمت فيها النقاش والتحليل، ولعبت دورها الإعلامي في فضح التجاوزات والكشف عن

¹ أحمد أبو دية، "دور وسائل الإعلام في دعم أنظمة المساءلة والرقابة والمحاسبة في الأقطار العربية"، ضمن ندوة، "المساءلة والمحاسبة، تشريعاتها وآلياتها في الأقطار العربية"، المنظمة العربية لمكافحة الفساد، توزيع الدار العربية لعلوم ناشرون، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2007، ص: 545.

² حاسون أحمد، "المجلس الأعلى للحسابات بالمغرب، دراسة سوسيوقانونية"، منشورات حوارات، مجلة الدراسات السياسية والاجتماعية، 2013، صص: 254-255.

³ د. عمر إسماعيل حسين، "دور وسائل الإعلام في كشف الفساد الإداري والمالي"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السابع لهيئة النزاهة، 2013، ص: 1.

⁴ هاشم: عامر نعمة، "دور الإعلام والإعلام التربوي في مكافحة الفساد"، 2008، ص: 144.

⁵ الحجار عدي جواد، "الأسس المنهجية لتوظيف الإعلام التربوي في نشر ثقافة النزاهة"، 2008، ص: 4.

الاختلالات التدبيرية، وبالتالي تم خلق رأي عام جديد داعم لأنشطة المحاكم المالية، ومساند لدورها الرقابي المستقل، ومناهض للتغطية عن الفساد الإداري والمالي.

الفقرة الثانية: مخاطر استعمال تقارير المجلس في تسييس عمله الرقابي

لكن ومن جهة أخرى، كان لهذه التقارير دورا آخر لم يكن للمجلس يد فيه، حيث تم استغلال هذه التقارير من بعض الصحف والجرائد الحزبية، وتم توظيف التقرير السنوي للمجلس، باعتباره وثيقة رسمية صادرة عن مؤسسة قضائية ومستقلة، وباعتباره دليلا محايدا وموضوعيا عن سوء التدبير العمومي، سواء المحلي أو الوطني، فتم توظيفه في اتجاهات وأهداف سياسية، في إطار التسويق السياسي، وخصوصا في المرحلة التي تسبق الانتخابات الجماعية أو البرلمانية، الذي يتزامن صدور التقرير السنوي فيها مع اقتراب الانتخابات، والتي تشكل لحظة سياسية بامتياز.

ولأجل ذلك، يتم التعاطي السياسي مع التقارير السنوية، ومع ملخصات الملاحظات المستنتجة من التدبير العمومي، من منظور سياسي، أي أنه يتم توظيف مجهود القاضي المالي، من باب التفكير ذو الأبعاد السياسية وبداية الحملة الدعائية المبكرة للانتخابات، ويتم الربط بين انتقادات القضاة الماليين والتنافسية الانتخابية، فيتم استغلال هذه التقارير في الدعاية السياسية والانتخابية، خصوصا بالنسبة لأحزاب المعارضة¹ وفي المقابل، تحاول جرائد الأحزاب المشاركة في الحكومة، الرد على اتهامات الصحف المناوئة للحكومة، وتحاول إعادة ما جاء في أجوبة الوزراء عن ملاحظات المجلس².

ومن جانب آخر، يكشف النقاش العمومي حول نتائج عمل المجلس من خلال تقاريره السنوية، اختلاف رهانات قطاعات واسعة من النسيج المجتمعي عن رهان المجلس، فهناك فجوة إذن بين عمل المجلس ومكانته وهامش استقلالته، وبين المأمول والمنتظر منه، وبين الطلب المتمثل في تكريس عدم الإفلات من العقاب على أرض الواقع، والمسؤولية والمحاسبة والزرع والعقاب والمساءلة، والعرض المتعلق بالتركيز فقط على مراقبة التدبير والجوانب الخاصة بالاستشارة³.

من هنا، فإن تفاعلات الرأي العام مع تقارير المجلس، تكشف عن وجود مفارقة في علاقة الرأي العام بالمجلس، بدأت تتبلور من خلال التأكيد على أهمية دور المجلس في مجال الحكامة والشفافية والمساءلة والمحاسبة، من جهة، لكن بالمقابل، هناك توجس حول مآل تقارير المجلس فيما يتعلق بوظيفته العقابية

¹ حسب ما جاء في جريدة تابعة للاتحاد الدستوري، "ما لم يرد في تقرير المجلس الجهوي للحسابات"، جريدة رسالة الأمة، عدد 8029، 02 دجنبر 2008، ص: 9.

في نفس الوقت، وظف برلمانيو الأصالة والمعاصرة التقرير كآلية لمساءلة الحكومة، مغرب اليوم، 23-29 أبريل 2010، صص: 6-7.

² أعادت جريدة الاتحاد الاشتراكي نشر جواب الوزير المكلف بالتجهيز والنقل بعنوان: "كريم غلاب يرد على تقرير المجلس"، العدد 9030، 22-23 نونبر 2008، ص: 8.

³ د. أحمد حسون، "المجلس الأعلى للحسابات"، مرجع سابق، ص: 257.

وصفته القضائية الزجرية،¹ خاصة في ظل الطابع الانتقائي الذي تكتسيه المتابعات القضائية، بخصيص أعمال الاختلاس وتبديد المال العام.²

وقد لامست المهمات المتعددة للمحاكم المالية، مختلف مظاهر التدبير المالي والإداري، لمجموعة من الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، وأبانت عن اختلالات ومخالفات بالجملة، تقدر بملايين الدراهم، بالرغم من أن ملاحظات وتوصيات المحاكم المالية، تبرز في نفس الوقت أوجه مخاطر الفعالية والنجاعة والاقتصاد في التسيير التي لا تقدر بثمن، وهذا ما جعل مجموعة من ممثلي الرأي العام والمجتمع المدني، يثمنون عمل المجلس الأعلى والمجالس الجهوية للحسابات، إضافة إلى الاعتراف لها بالموضوعية والجدية والحيادية في مختلف المحافل والندوات، ولمساهمتها في فضح أوجه الاختلالات الإدارية والمالية،³ رغم عائق ضعف إمكانياته البشرية والمالية.

لكن في المقابل، لم يسلم المجلس والمجالس الجهوية للحسابات من انتقادات من بعض ممثلي الرأي العام، حيث تمت مطالبته بتوضيح منهجية المحاكم المالية في تحديد برنامجها السنوي، وتم اتهامها باعتمادها لمبدأ الانتقائية في تحديد المراقبات، على سبيل المثال، فقد سبق أن تم اتهام المجالس الجهوية للحسابات، على أنها لم تقم ببرمجة أي مراقبة لتدبير العمالات والأقاليم،⁴ كما أن خبراء قانونيين اعتبروا أن مسطرة المتابعة لدى المحاكم المالية تبقى منقوصة، لكونها تستثني من مهامها رقابة ومتابعة أهم فئة من الأمرين بالصرف، وهم الوزراء الذين يديرون المالية العامة في منبعاها، وهو ما يؤثر حسبهم على نجاعة رقابة المحاكم المالية، كما تمت إثارة محدودية الرقابة التي يمارسها القضاة الماليون، بسبب قصور النصوص القانونية المتعلقة بإحالة هذه الملفات على القضاء، والتي أثارت جدلا حول مآل بعض الملفات التي تتطلب متابعة جنائية، بالإضافة إلى محدودية العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في التعامل مع تقارير المجلس الأعلى للحسابات.⁵

إضافة إلى ذلك، انتقد محمد المسكاوي رئيس الشبكة المغربية لحماية المال العام، الإرادة الحقيقية للحكومات المتعاقبة، وأجهزة الدولة ككل في جديتها لمحاربة الفساد، واعتبر أن تقارير المجلس الأعلى للحسابات في ظل هذا الوضع ستصبح وثائق بدون معنى، ويصبح المجهود القضائي للقاضي المالي مجرد عمل للأرشيف، وهو ما يشجع البعض على التماهي في نهب وتبذير المال العام. ولهذا فهو يرى أن الوقت

¹ يمكن الاطلاع على مواقف شريحة من الرأي العام، في جريدة الصباح، العدد 3208، 3-08-2010، صص: 9-11، والعدد 3105، 5-04-2010، صص: 5-7.

² التحول الديمقراطي بالمغرب، التقرير السنوي 2004، مرصد الانتقال الديمقراطي بالمغرب، منشورات منتدى المواطنة، الدار البيضاء، 2005، ص: 54.

³ على سبيل المثال لا الحصر، تدخل عبد اللطيف أبودوح، عضو الفريق الاستقلالي بمجلس المستشارين، بمناسبة مناقشة عرض الرئيس الأول للمجلس الأعلى للحسابات، المتعلق بتقرير المجلس برسم سنتي 2016-2017.

⁴ عبد العزيز النويضي، أستاذ جامعي ومحامي بهيأة الرباط، نشر في 30 مارس 2012، كريمة المصلي، جريدة الصباح.

⁵ حول موضوع: "ما مصير تقارير المجلس الأعلى للحسابات؟"، جريدة الأخبار، 04 أبريل 2016، من إعداد: محمد اليوبي، نعمان اليعلاوي، كريم أمزيان.

قد حان، لتحويل المجلس الأعلى للحسابات لقضاء قائم بذاته، ومتخصص بالنظر في الجرائم الاقتصادية، وإلى ضرورة التنسيق التام مع الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة، وإعادة النظر في قانون المحاكم المالية، خاصة الشرط المتعلق بإحالة أفعال ذات الطبيعة الجنائية،¹ وجعل المتابعة القانونية عادية ومسطرية بدون الحاجة إلى رسائل إحالة.²

خاتمة

يبدو أنه من الصعب تقييم نجاعة التقارير المنشورة من طرف المجلس، وتقدير مدى اكتفاء الشارع من مختلف مخرجات المحاكم المالية، واحتساب ذلك باستعمال نسبة مئوية تقديرية، تحتسب على مدى سنة أو سنتين أو أكثر من صدور هذه المخرجات، لكن من الممكن أن يستشف هذا الأمر على الأقل، انطلاقاً من مدى استجابة المدبرين العموميين لتطبيق توصيات المجلس، وعدم تكرار نفس المخالفات بعد أخذ جميع الإجراءات الكفيلة بذلك.³

وفي جميع الأحوال، يتبين أن المجلس الأعلى للحسابات استطاع خلال الفترة الأخيرة، أن يكسب انتباه الرأي العام والمهتمين، وباقي مختلف الجهات من مسؤولين ومدبرين عموميين، من خلال انفتاحه على العموم، رغم أنه كان ينتقد بضعف تواصله الخارجي، لكن ومن خلال تقاريره السنوية استطاع أن يكسر هذا الطابو، المتمثل في عدم قدرته على التواصل مع المجتمع المدني.

كما أن إطلاق تقاريره في الجريدة الرسمية، وإحداث موقع إلكتروني يسهل الولوج إلى المعلومة، مكن المواطن المغربي من الاطلاع على مختلف مخرجات المجلس، والاطلاع على محتويات المخرجات المنشورة، وإن كانت تمثل وثائقاً تشتمل على حقيقة غير مكتملة، باعتبار أن جل مخرجات المحاكم المالية تمثل ملخصات أو جزئيات من الأصل، لكن ذلك مكن الساحة العمومية من خلق نقاش سواء من طرف وسائل الإعلام أو الباحثين أو قوى المجتمع المدني المختلفة، أو الأحزاب السياسية، أو المسؤولين عن التدبير العمومي أنفسهم، حول محتوياته وعلاقته بالإشكالات المستخرجة، من الطرق المستخدمة في التدبير العمومي.

¹ حول موضوع: "ما مصير تقارير المجلس الأعلى للحسابات؟"، جريدة الأخبار، 04 أبريل 2016، من إعداد: محمد اليوبي، نعمان اليعلاوي، كريم أمزيان.

² المسكاوي، "تقارير جطو تصبح وثائق بدون معنى ومجرد عمل للأرشيف"، جريدة الأخبار، 04 أبريل 2016، من إعداد: محمد اليوبي، نعمان اليعلاوي، كريم أمزيان.

وبذلك، أصبحت التقارير السنوية على الخصوص تحظى باهتمام وثقة كبيرين من طرف الرأي العام، كوثيقة توفر شروط الشفافية والموضوعية، كما أنها تركز لثقافة المساءلة لدى المواطن، وتمكنه من الاطلاع على قضايا التدبير العمومي، وكذلك الأمر أيضا بالنسبة لمحكمة الحسابات الفرنسية، فباستحضارنا لتجربتها في هذا المجال، فقد حضيت تقاريرها بمكانة هامة في الساحة الإعلامية الفرنسية، إذ ظلت كل ملاحظاتها تناقش في كبريات الصحف الفرنسية، وتساهم في توجيه الرأي العام الفرنسي وتنويره.¹

ومن ناحية ثانية، فإن المجلس يتلقى وبشكل مستمر، نقدا واسعا من طرف الرأي العام، الذي يعتبر أن التقرير الوحيد الذي يضطلع به هو التقرير السنوي، لكن ابتداء من نشر التقارير الموضوعاتية وباقي المخرجات الأخرى للمجلس، أعطى هذا الأمر أهمية لدى الرأي العام واستمرارية لعمل المجلس، لكن في نفس الوقت وسع من مجال النقد ليشمل أكثر من تقرير واحد. انتقادات أخرى مست صلب عمل مجلس الحسابات، ويتعلق الأمر، بانتقاد الملاحظات والتوصيات المتكررة التي تقدم للأجهزة المراقبة، التي تعطي انطباعا على أن الأجهزة المراقبة لا زالت ترتكب نفس المخالفات، رغم استمرار التوصيات الموجهة لها على مدى سنوات.

¹ Dubrulle (L.), « La cour des comptes et la préservation de l'argent public, la cour des comptes vue par les médias », Mémoire pour l'obtention du master, Université de Lille 2, F.S.J.P.S, 2005-2006, www.edoctorale74.univ-Lille2.fr.

المعارضة البرلمانية في النظام الدستوري المغربي

عبد الغني السرار

دكتور في القانون العام والعلوم السياسية.

ارتبط ظهور المعارضة، بحسب ماكس فيبر، بتطور نظام الاقتراع والمعارضة بمفهومها الحديث كما ترتبط على نحو محدد بتطور النظام الحزبي التنافسي، أو هي مصطلح يستخدم للدلالة على الأحزاب التي لم تحصل على الأغلبية في الانتخابات، ولكن تمارس عملها بشكل طبيعي داخل المؤسسة التشريعية، وأحياناً تنمو خارج النظام السياسي وترفض المشاركة في الانتخابات لتؤسس معارضة من خارج البرلمان، كما أن مفهوم المعارضة يقصد به الأحزاب التي تكون على خلاف جزئي أو كلي مع الحزب أو الأحزاب "الحاكمة" وتشير أحياناً للأحزاب التي تختلف مع سياسات الأغلبية الحكومية إزاء موضوع محدد أو مع توجهاتها بالكل، حيث تتكئل بعض الأحزاب وتتحالف لتشكل قوة ضغط على الأغلبية الحكومية.

هذا، ويمثل البرلمان بالنسبة للمعارضة الإطار والفضاء المؤسسي الذي يمكنها من لعب دورها على أحسن وجه، بحيث يسمح لها بالتواصل مع الحكومة والمواطنين معاً، فتمثيل المعارضة في البرلمان عن طريق أحد أحزابها أو أية مجموعة أخرى يضيفي الصفة المؤسسية على عملها لأن البرلمان هو القناة الرسمية التي تسمح لها بمراقبة الأغلبية الحكومية، والمشاركة في عمل اللجان البرلمانية ومناقشة التشريعات وصياغتها، وتقديم بدائل سياسية من خلال اقتراح خيارات وآراء إزاء السياسات التي تتبناها الأغلبية ومناقشة القوانين¹.

وتكتسي المعارضة في النظم الديمقراطية أهمية كبرى من حيث ضرورة وجود الرأي والرأي المخالف وما تمتلكه المعارضة المشروعة من وسائل قانونية تمكنها من التعبير عن رأيها علاوة على ذلك، فإن المعارضة في هذه النظم تعد جزءاً لا يتجزأ من النظام السياسي كله، فالحزب السياسي المعارض يتعين عليه أن يتوجه بسهام النقد للسلطة التنفيذية التي يقودها المتصدر نتائج الاستحقاقات الانتخابية، وما يجب التأكيد عليه، هو أن هذا النقد يجب أن يتناسب والظروف والسياقات السياسية وبما لا يؤدي للإخلال بقواعد الشرعية الدستورية هذا من جهة،

¹ - ناجي عبد النور: دور المعارضة البرلمانية في مجال اقتراح التشريعات وتطويرها، التجربة الجزائرية أنموذجاً، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الخامسة - مايو 2017، الصفحة 293. 294.

ومن جهة أخرى، يتوجب على المعارضة تقديم البدائل للاختلالات التي أمارت عنها الستار مما يدل على توفرها على برنامج قابل للتنفيذ، كما يجب عليها أن تكون قادرة، إن هي نجحت في الوصول إلى السلطة، على تحمل مسؤوليتها في استمرارية المؤسسات الدستورية والمحافظة على استمرارية المرافق العامة دون اضطراب أو توقف أو تعطل¹.

وقد أثبتت تجارب الدول الديمقراطية نجاح المعارضة وقدرتها على ممارسة هذا الدور عند وصولها إلى سدة الحكم، الشيء الذي يؤكد بأن الأحزاب المعارضة هي أحزاب لا تقل أهميتها عن الأحزاب التي تمارس السلطة. وهكذا، وبالرجوع إلى الدول التي تأخذ بنظام الثنائية الحزبية، يلاحظ أن المعارضة تؤدي دورها بشكل فعال وواضح المعالم، وذلك بفضل كفاءتها ووضوحها الإيديولوجي هذا من ناحية، وكذا لوجود علاقة ترابطية بين نتائج الاقتراع وممارسة السلطة، حيث نجد أن الحزب الذي يفوز بغالبية المقاعد في الانتخابات هو الذي يشكل الحكومة وعادة ما يتم تعيين رئيس الوزراء أو رئيس الحكومة منه وبتزكية من رئيس الدولة².

أما حزب الأقلية فيشكل المعارضة البرلمانية، والتي مفادها أن يكون الحزب المعارض يتابع نشاط الحكومة ويكون على أهبة لتولي منصب رئيس الوزراء أو رئيس الحكومة في حالة سقوط حكومة الأغلبية أو تقديم استقالتها، وبالتالي نستطيع والحالة هذه تسمية المعارضة بالحكومة البديلة³، فمن واجب المعارضة في النظام البريطاني، مثلاً، أو غيره من الأنظمة الديمقراطية، ليس التربص وانتظار سقوط الحزب الأغلب للسيطرة على البرلمان وتشكيل الحكومة من بين أعضائه وإنما من واجبها معارضة الحكومة ومراقبتها ومساءلتها.

فالتقاليد الدستورية بإنجلترا، على سبيل المثال، تملّي دائماً أن تكون هناك معارضة قوية وبناءة ومسؤولة لأنها تدرك أنه فيما لو تغيرت الظروف ودعي حزب الأقلية المعارض لتشكيل الحكومة في المستقبل، فإن الوعود والنقد المنسوب له سيحسب عليه، لذلك فعلى المعارضة في بريطانيا كما يقول الدكتور سكوت والدكتور كوبرين أن تفكر مرتين في سياستها التي تتبعها في كشف العيوب وتسليط الأضواء عليها عن طريق النقد الموجه للحكومة، سواء من خلال الأسئلة أو الاستجابات الموجهة للوزراء أو عن طريق الرد على خطاب العرش⁴.

1- نبيلة عبد الحليم كامل: الأحزاب السياسية في العالم المعاصر، دار الفكر العربي طبعة 1981 ص 87 .
2- عبد اللطيف بكور: محاضرات في مادة الأنظمة الدستورية الكبرى، أقيمت على طلبة الفصل الثالث قانون عام 2007 بالكلية المتعددة التخصصات بأسفي 2007 - 2008، ص 17، غير منشور.
3- لغمان الخطيب: الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1983، ص 571.
4- لغمان الخطيب: نفس المرجع السابق، ص 574.

ويرى "هوريو" أن التفاوت والامتيازات بين الحكام والمحكومين هو الذي يغذي أساسا ما يسمى بالمعارضة¹، فالمعارضة في معناها السياسي هي المراقبة ومراجعة الأغلبية، ويتضمن مصطلح المعارضة في الفكر السياسي الغربي الحق في نقد سياسة الحكومة ومخالفتها، والعمل على الحل محلها بطرق سلمية وقانونية في ممارسة السلطة إن هي فشلت في ترجمة برامجها السياسية إلى مشاريع على أرض الواقع، فوظيفة المعارضة إذن هي وظيفة نقدية تتمثل في مراقبة ومراجعة الأغلبية التي تمارس السلطة، وتعمل على إعداد بدائل للاقتراحات التي تبني عليها الأغلبية استراتيجيتها في تسيير شؤون الدولة إن هي أخفقت.

وهذا لا يتم إلا عن طريق ما يعرف بالتناوب والتداول القائم على نقل السلطة من فريق سياسي إلى آخر أو من تحالف سياسي لآخر في إطار التنافس بطرق سلمية مؤطرة بألية الانتخاب من أجل الحسم بين الأحزاب. وبالتالي، فإن الحزب الذي يحصل على غالبية الأصوات يتولى مهمة تشكيل الحكومة، والحزب أو الأحزاب المنهزمة في الانتخابات يعترف لها بحق الأقلية الذي يضعها في الواجهة مع الأغلبية وهذا الحق هو حق المعارضة والسعي لكسب دعم الشعب للفوز بالانتخابات المقبلة والانتقال إلى الأغلبية لممارسة السلطة.

وإذا كان هذا هو المتعارف عليه في التجارب المقارنة وفي أدبيات القانون الدستوري والعلوم السياسية، فإن الأمر في المغرب دائما وفي جميع نواحي الحياة السياسية يبقى مؤطرا ببعض الخصوصيات التي تحدد وظيفة العمل الحزبي عامة ووظيفة المعارضة خاصة، وبالرغم من كون دستور 2011، أفرد فصلا خاصا (الفصل 10) تضمن مجموعة من المبادئ والأحكام التي من شأنها أن تساعد المعارضة البرلمانية على النهوض بمهامها على أحسن وجه والمساهمة في تقويم العمل البرلماني والحياة السياسية برمتها، خاصة وأنه طالما افتقدت الأخيرة لإطار دستوري يوضح حقوقها وصلاحياتها، فضلا عن الفصل 60 من الذي نص على أن: "المعارضة مكون أساسي في المجلسين، وتشارك في وظيفتي التشريع والمراقبة...". لكنه، في مقابل ذلك تم ربطها بنتيجة بأن فرض عليها التزاما يتجلى في المساهمة البناءة في العمل البرلماني والدبلوماسية، بالشكل الذي يعطي ثمارا وتحصل على نتائج إيجابية.

وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤلات التالية، كيف انتقلت المعارضة إلى ممارسة السلطة في التجربة المغربية؟، وكيف انتقلت الأغلبية إلى المعارضة؟، الشيء الذي يجعلنا نتناول تجربتين مختلفتين في تاريخ البرلمان المغربي، التجربة الأولى، تتطرق لكيفيات قيادة المعارضة

¹ - العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003، ص 175.

البرلمانية لأول حكومة في تاريخ المغرب؟، والتجربة الثانية تتناول بالدراسة والتحليل التقلب في مواقف بعض الأحزاب المغربية التي اختارت في الأول الاصطفاف بجانب الأغلبية لتتراجع فيما بعد عن هذا القرار وتقرر من جديد إعادة التوقيع في صف المعارضة وهنا سنقتصر عن تجربة حزبي الأصالة والمعاصرة في التجربة الانتخابية لسنة 2007 والاستقلال الذي قرر الاصطفاف في صف المعارضة عقب الانتخابات التشريعية لسنة 2011، لنعرج في النهاية عن صعوبة المعارضة البرلمانية في تفعيل بعض الآليات الرقابية، وكذا البحث في أسباب الموضوعية والذاتية التي كانت وراء محدودية أداء المعارضة بالمغرب.

1. أداء المعارضة البرلمانية في الولاية التشريعية السادسة (1997-2002)

عرف المغرب منذ الاستقلال حتى يومنا هذا تسع ولايات تشريعية، تميزت الخمس ولايات التشريعية من (1963-1997)، باحتكار بعض الأحزاب للأغلبية بالبرلمان وقيادة الحكومة، وظلت العديد من الأحزاب مصطفة في موقع المعارضة، وهذا الوضع دفع بالسلطة إلى التفكير في آليات إدماج المعارضة البرلمانية في تدبير الشأن العام للبلاد، وبالفعل فقد تحقق هذا الأمر خلال الولاية التشريعية السادسة (1997-2002)، حيث انتقل جزء مهم من المعارضة البرلمانية، عبر تجربة التناوب التوافقي، إلى الأغلبية مقابل انتقال جزء من الأغلبية إلى المعارضة، وذلك بإرادة ملكية من أجل تحقيق التناوب السياسي¹، الذي لم يشأ له أن يحقق عن طريق آلية الانتخابات التشريعية التي شهدها المغرب منذ 1963.

وهكذا، فقد أفرزت الانتخابات التشريعية لسنة 1997 الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس النواب الـ 325 على مستوى التحالفات السياسية النتائج التالية: حصلت أحزاب الكتلة على الرتبة الأولى ب 102 مقعدا أي بنسبة 31.38 %، أحزاب الوفاق حصلت على 100 مقعد أي نسبة 30.77 %، أحزاب الوسط حصلت 97 مقعد أي بنسبة 29.85 %، في حين حصلت باقي الأحزاب مجتمعة على 26 مقعد أي بنسبة 8 %²، كما تميزت بتراجع أحزاب كل من الاتحاد الدستوري الذي فقد حوالي 4 مقاعد وحزب الحركة الشعبية الذي فقد 11 مقعدا أما

1- تعود الإرادة الملكية الأولى لتحقيق تناوب سياسي، لسنة 1992، حيث سبق وصرح الملك الحسن الثاني في حديث صحفي لجريدة لوموند الفرنسية في صيف 1992 بما يلي: "أعتقد أنه من المستحب أن يشارك اليوم في الحكم أولئك الذين لم يسبق لهم أن شاركوا في تسيير البلاد لسنوات، فموقعي كملك لجميع المغاربة وأمير المؤمنين يعطي ضمانا لأولئك الذين لم يشاركوا في الحكومة، فإذا اقترحت عليهم المشاركة في الحكومة، فذلك ليس لتوريثهم أو تحييدهم، فليس ذلك من شيمي، فانا لا أتخلى عن طلبت منهم المشاركة في الحكم حتى في أصعب اللحظات". أورده العربي بلا: المعارضة البرلمانية، م، س، ص 179.

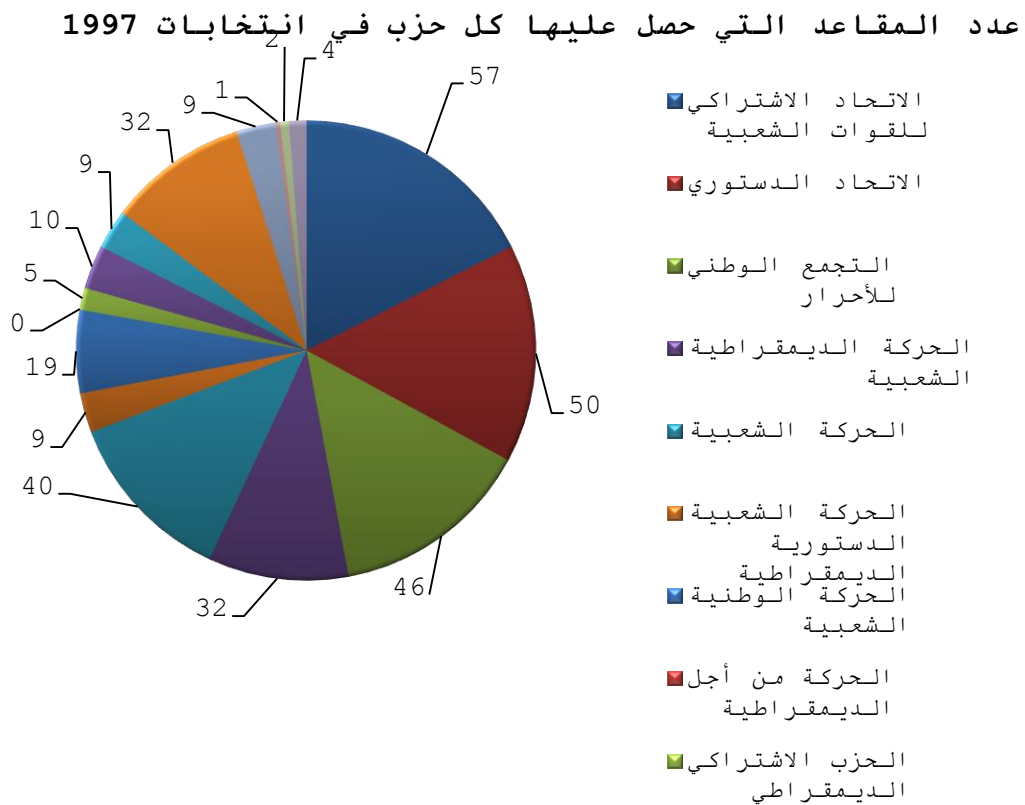
2- كل شيء عن الانتخابات التشريعية لـ 1997، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة نصوص ووثائق 18 الطبعة الأولى 1998 ص 245.

الخاسر الأكبر فقد كان هو حزب الاستقلال الذي فقد 20 مقعداً، أما الراجح فهو حزب الاتحاد الاشتراكي الذي حل في المرتبة الأولى متقدماً بأربعة مقاعد مقارنة بانتخابات 1993.

الأحزاب السياسية وعدد مرشحيها ومقاعدتها في انتخابات 1997¹

عدد المقاعد	عدد المرشحين	الحزب
57	315	الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية
50	206	الاتحاد الدستوري
46	261	التجمع الوطني للأحرار
40	218	الحركة الشعبية
32	245	الحركة الديمقراطية الشعبية
32	321	حزب الاستقلال
19	220	الحركة الوطنية الشعبية
10	180	الحزب الوطني الديمقراطي
9	140	الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية
9	289	حزب التقدم والاشتراكية
9	217	جبهة القوى الديمقراطية
5	231	الحزب الاشتراكي الديمقراطي
4	261	منظمة العمل الديمقراطي والشعبي
2	92	حزب العمل
1	78	حزب الشورى والاستقلال
0	14	الحركة من أجل الديمقراطية
325	3288	المجموع

1- مجهود شخصي.

مقارنة بين انتخابات نوفمبر 1993 وانتخابات 1997¹

نسبة التقدم	عدد المقاعد المحصل عليها في انتخابات 1997	عدد المقاعد المحصل عليها في انتخابات 1993	الحزب
+5	57	5	الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية
-4	50	54	الاتحاد الدستوري
+6	46	41	التجمع الوطني للأحرار
-11	40	51	الحركة الشعبية
جديد	32	--	الحركة الديمقراطية الشعبية

1- مجهود شخصي.

-20	32	52	حزب الاستقلال
-6	19	25	الحركة الوطنية الشعبية
-14	10	24	الحزب الوطني الديمقراطي
جديد	9	--	الحركة الشعبية الدستورية الديمقراطية
-1	9	10	حزب التقدم والاشتراكية
جديد	9	--	جبهة القوى الديمقراطية
جديد	5	--	الحزب الاشتراكي الديمقراطي
+2	4	2	منظمة العمل الديمقراطي الشعبي
0	2	2	حزب العمل
-8	1	9	حزب الشورى والاستقلال
جديد	0	--	الحركة من أجل الديمقراطية
-----	² 325	¹ 322	المجموع

من خلال التأمل في هذه الحصيلة يتبين لنا كيف أن الخريطة السياسية التي تمخضت عن المسلسل الانتخابي لسنة 1997 كانت مبلقنة وأن هذه الانتخابات التشريعية لم تفرز تناوب طبيعي، لأن أحزاب الكتلة المكونة (من الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، الاستقلال، التقدم والاشتراكية ومنظمة العمل الديمقراطي الشعبي)، جاءت متقاربة من حيث النتائج (102) مع

1- استثنينا من هذه النتيجة عدد المقاعد التي تحصل عليها بعض الهيئات الأخرى في الاقتراع غير المباشر ويتعلق الأمر هنا بكل من: اللامنتومون 4 مقاعد، الكونغرس الديمقراطية للشغل 4 مقاعد والاتحاد المغربي للشغل 3 مقاعد.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، هو أن البرلمان كان في الولاية التشريعية الخامسة 1993-1997، مكونا من غرفة واحدة، فتكون مجلس النواب من 333 عضوا، 222 انتخبوا بالاقتراع العام المباشر و111 عضوا بالاقتراع الغير المباشر من لدن هيئة ناخبة تألفت من أعضاء المجالس الحضرية والقروية ومن لدن هيئات ناخبة تألفت من المنتخبين في الغرف المهنية وممثلي المأجورين.

2- كان البرلمان في الولاية التشريعية السادسة 1997-2002، مكون من غرفتين، تكون مجلس النواب من 325 عضوا تم انتخابهم بالاقتراع العام المباشر لمدة خمس سنوات، 295 عضوا منهم انتخبوا على صعيد الدوائر الانتخابية المحلية و 30 عضوا على الصعيد الوطني.

أحزاب الوفاق (100)¹، وبالتالي لم تتمكن من الحصول على أغلبية مريحة داخل الغرفة الأولى وهي 163 عضواً من أصل 325، وذلك من أجل تشكيل الحكومة².

وفي سنة 1998 تم تعيين حكومة التناوب التوافقي برئاسة السيد عبد الرحمان اليوسفي، وتشكلت هذه الحكومة من ثلاثة أحزاب كانت في المعارضة لمدة طويلة وهي: الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية ب 13 حقيبة وزارية، حزب الاستقلال ب 6 حقائب وزارية، حزب التقدم والاشتراكية ب 3 حقائب، بالإضافة إلى تحالف يتكون من أربعة أحزاب هي، التجمع الوطني للأحرار ب 6 حقائب، الحركة الوطنية الشعبية ب 3 حقائب، جبهة القوى الديمقراطية ب 2 حقائب ثم الحزب الاشتراكي الديمقراطي بحقيبة واحدة، وتحولت الأحزاب المتبقية للقيام بدور المعارضة ويتعلق الأمر بكل من أحزاب، الاتحاد الدستوري، الحركة الشعبية، الحزب الوطني الديمقراطي، الحركة الديمقراطية الاجتماعية، حزب العمل، منظمة العمل الديمقراطي الشعبي، حزب الشورى والاستقلال، إضافة لحزب جديد دخل البرلمان لأول مرة هو حزب العدالة والتنمية، (حزب الحركة الدستورية الديمقراطية سابقاً)، وهذه التجربة البرلمانية أبانت عن مجموعة من الإكراهات ما يهمنها فيها تلك المتعلقة بدور المعارضة.

فالتناوب السياسي أماط اللثام عن ضعف وتناقض المعارضة البرلمانية، خاصة وأن الأحزاب السياسية التي اعتادت قيادة الأغلبية لم تكن مهياًة للقيام بالدور الجديد الذي أنيط بها (أي دور المعارضة)، لذلك ظل دورها كمعارضة محدوداً وشاحباً، خصوصاً فيما يتعلق بمراقبة الحكومة، فإذا أخذنا، على سبيل المثال، عدد الأسئلة الشفهية التي طرحتها أحزاب المعارضة فنجده ضعيف جداً، مقارنة مع الأسئلة الشفهية التي طرحتها الأغلبية، وهذا وضع غير طبيعي لأن الأسئلة أداة يخولها الدستور للمعارضة من أجل مراقبة الأغلبية الحكومية.

جدول يوضح مجموع الأسئلة التي تقدمت بها الفرق البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة (1997-2002)³

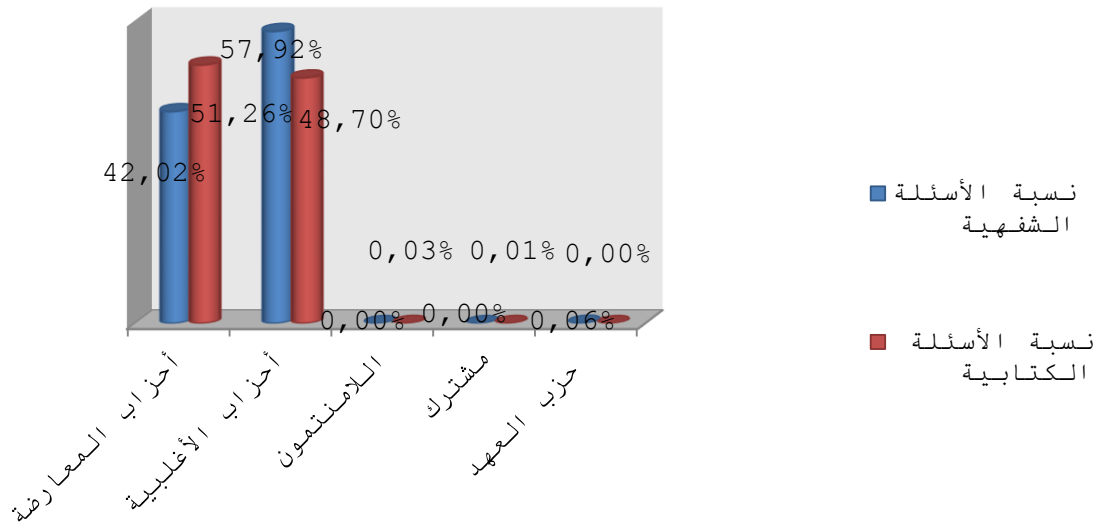
الفرق	الأسئلة الكتابية	الأسئلة الشفهية
مكونات الأغلبية الحكومية		
الاشتراكي	575	608
التجمع الوطني للأحرار	246	534

1- يضم أحزاب الحركة الشعبية (46)، الاتحاد الدستوري (50)، والحزب الوطني الديمقراطي المغربي (10)، الحركة الديمقراطية الشعبية (32).
 2- العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، مرجع سابق الصفحة 177.
 3- مجهود شخصي.

751	1825	الاستقلالي
362	446	التجديد والتقدم الديمقراطي
256	460	جبهة القوى الديمقراطية
246	5	الحركة الوطنية الشعبية
2757	3557	المجموع
مكونات المعارضة البرلمانية		
548	321	الاتحاد الدستوري
499	330	الأصالة المغربية
181	165	الاتحاد الديمقراطي
493	250	الديمقراطي الاجتماعي
183	2077	العدالة والتنمية
89	598	منظمة العمل الديمقراطي الشعبي
7	3	المؤتمر الوطني الاتحادي
2000	3744	المجموع
-	1	مشترك
-	2	اللا منتمون
3	-	العهد
4760	7304	المجموع
12064		

النسبة المئوية للأسئلة التي تم طرحها على الحكومة خلال الولاية التشريعية السادسة

2002- 1997



يلاحظ أن أعلى نسبة من الأسئلة الشفهية التي توصلت بها الحكومة منذ بداية الولاية التشريعية كان مصدرها الأغلبية 2757 سؤال أي بنسبة مئوية تقدر بـ (57.92 في المائة)¹، مقابل 2000 سؤال شفهي موجه من قبل المعارضة أي بنسبة (42.02 في المائة)، وهو نفس الأمر الذي ينطبق على الأسئلة الكتابية، بحيث يلاحظ بأن الأسئلة الكتابية التي تقدمت بها المعارضة البرلمانية والأغلبية الحكومية تبقى متقاربة إلى حد ما، بحيث بلغت حوالي 3557 سؤالاً كتابياً تقدمت بها الأغلبية بمعدل (48.70 في المائة)² مقابل حوالي 3744 سؤالاً كتابياً تقدمت بها فرق المعارضة البرلمانية أي بنسبة (51.26 في المائة)³.

من خلال المعطيات أعلاه يتبين بأن توظيف الأغلبية والمعارضة لتقنية الأسئلة البرلمانية، التي هي في الأصل وسيلة قانونية ودستورية لمراقبة الأداء الحكومي غير منسجم مع واقعها

1- حيث وجه الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية 751 سؤالاً شفهيًا يليه الفريق الاشتراكي بـ 608 سؤالاً شفهيًا ثم فريق التجمع الوطني للأحرار بـ 534 سؤالاً، ثم فريق التجديد والتقدم الديمقراطي بـ 362 سؤالاً شفهيًا، ثم فريق جبهة القوى الديمقراطية 256 سؤالاً شفهيًا، بينما طرح كل من فريق الحركة الوطنية الشعبية 246 سؤالاً شفهيًا، مقابل حوالي 2000 سؤالاً شفهيًا تقدمت بها المعارضة ممثلة في الاتحاد الدستوري 548 سؤالاً شفهيًا فريق الأصالة المغربية 499 سؤالاً شفهيًا، الاتحاد الديمقراطي 181، الديمقراطي الاجتماعي 493، ومنظمة العمل الديمقراطي الشعبي 89، فريق العدالة والتنمية 183، أما حزب المؤتمر الوطني الاتحادي فقد طرح 7 أسئلة شفهيًا.

2- موزعة بين الفرق التالية: الاشتراكي 575، التجمع الوطني للأحرار 246، الاستقلالي 1825، التجديد والتقدم الديمقراطي 446، الحركة الوطنية الشعبية 5، جبهة القوى الديمقراطية 460.

3- ممثلة أساساً في الاتحاد الدستوري 321، الأصالة المغربية 330، الاتحاد الديمقراطي 165، الديمقراطي الاجتماعي 250، ومنظمة العمل الديمقراطي الشعبي 598، فريق العدالة والتنمية 2077، المؤتمر الوطني الاتحادي 3، بالإضافة إلى 3 أسئلة واحد منها مشترك واثنين لا منتمون.

في النظام السياسي والدستوري، فالأغلبية البرلمانية أكثر من طرح الأسئلة 6314 سؤال شفهي وكتابي من أصل 12064، مقابل 5744 سؤال شفهي وكتابي للمعارضة البرلمانية من أصل نفس العدد، فالأغلبية طرحت العديد من الأسئلة في الوقت الذي كان من المفترض أن تساند الحكومة المنبثقة عنها، حيث فضل العديد من النواب إرضاء الرأي العام الوطني من خلال الظهور بمظهر المدافع عن مصالحه وأولوياته، ويظهر ذلك مثلا من خلال الأسئلة الكتابية التي تم طرحها على وزارات اجتماعية، من قبيل، الداخلية 1505، التجهيز 516، التربية الوطنية 929، الصحة 418، ولكن ما يلاحظ بخصوص الأسئلة بالرغم من كثرتها إلا أنها لم تلامس بالفعل القضايا الأساسية للمواطن العادي، ولم تجب عن تساؤلاته وانتظاراته، بل كانت تعبر عن صراع خفي بين الأغلبية والمعارضة وتبادل الاتهامات بخصوص المسؤولية عن الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعيشها المغرب وهو صراع امتد حتى داخل مكونات الأغلبية¹.

أما بالنسبة لحزب العدالة والتنمية الذي يمثل ما سمي بالمعارضة الجديدة فإنه اكتفى بلعب دور المساندة النقدية إزاء العمل الحكومي والتي كان يعني بها سلوك سياسي حضاري يتمثل في تمكين الأغلبية الحكومية من أجواء مناسبة للعمل والإنجاز بالرغم من أنه اعتذر ولم يشارك فيها مع الاحتفاظ بحق المراقبة والمحاسبة عند الضرورة توخيا للترشيد والتسديد إن لم تحسن التدبير²، ولم ينتقل هذا الحزب إلى ما أسماه بالمعارضة الناصحة إلا بعد سنتين ونصف³ وذلك بعد أن تخلى عن موقف المساندة النقدية، وقد برزت بالضبط أولى تجليات هذا الموقف انطلاقا من الدورة التشريعية لأكتوبر 2000، حيث سيغادر فريقه النيابي موقع العمل من داخل فرق الأغلبية ليصوت في دجنبر 2000 ضد مشروع القانون المالي لسنة 2001 واستمر في هذا الموقف حتى نهاية الولاية التشريعية، ولكن هذا الموقف الجديد، المتمثل في معارضة الحكومة، سيبلغ أوجه منذ أن قرر فريق الحزب توجيه عريضة طعن لدى المجلس الدستوري بخصوص بعض مقتضيات القانون المالي لسنة 2002⁴.

أما باقي الأحزاب التي لم تشكل الأغلبية والمتمثلة أساسا في أحزاب (الاتحاد الدستوري، الحركة الشعبية، الحزب الوطني الديمقراطي، حزب العمل، منظمة العمل الديمقراطي الشعبي،

1- العربي بلا: المعارضة البرلمانية خلال الولاية التشريعية السادسة، مرجع سابق الصفحة 185-186.

2- العربي بلا: نفس المرجع السابق ص 180.

3- سعد الدين العثماني: الإسلام السياسي وتحديات الإصلاح وتداول السلطة، المغرب نموذجا، ورقة مقدمة لمركز الدراسات السياسية بالأردن يومي 13/12 يونيو 2004، الصفحة 4.

4- عبد الحكيم أبو اللوز: جدل الهوية والتنمية بصدد دخول الإسلاميين إلى البرلمان - الولاية التشريعية السادسة - ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات الدستورية والسياسية كلية الحقوق مراكش 2003، ص : 218.

حزب الشورى والاستقلال، الحركة الديمقراطية الاجتماعية)، فساندت التجربة الحكومية بقيادة حزب الاتحاد الاشتراكي ولم يكن لها موقف محدد كمعارضة لأنها كانت تفتقر للمرجعية التي تسمح لها للعب هذا الدور، ونعني بها هنا بعض أحزاب اليمين التي لا تملك برامج سياسية مبنية على فلسفة وإيديولوجية واضحة المعالم ولا تدافع عن أي مشروع مجتمعي محدد¹ بقدر ما وجدت للحفاظ على التوازنات السياسية التي ترسمها المؤسسة الملكية لا الأحزاب الإدارية، لأنها أحزاب بلا ذاكرة سياسية ولا تتوفر على مواقف سياسية تساعد الباحث على دراسة ومعرفة مواقفها وتوجهاتها الاستراتيجية تجاه المشهد السياسي المغربي.

ولما ظهر عجز الأغلبية التي كانت تمثل معارضة ثورية في التجارب السابقة عن تحقيق الوعود التي كانت تعد بها في السابق، بدأت تبحث عن مبررات عديدة لهذا العجز والفشل، فانتشرت بشكل كبير مفاهيم جديدة لم سبق أن تم تسجيلها في التاريخ البرلماني المغربي، وهذه المفاهيم من قبيل: (الإرث السياسي الثقيل، خصوم وأعداء الديمقراطية....)، وهي مفاهيم كان يستعملها أي وزير في حكومة التناوب في حالة ما تعرض قطاعه لمشكل ما²، غير أن الواقع أظهر بأن العمل الحكومي في الحقيقة واجهته تحديات واختلالات وصعوبات من نوع آخر، وبالتالي انعكست عليه بشكل سلبي، وهذه الإكراهات من قبيل:

أولاً: صعوبة استيعاب الانتقال من المعارضة إلى الأغلبية، خاصة وأن الأغلبية الحكومية بقيادة الاتحاد الاشتراكي قضت سابقا معظم أوقاتها في انتقاد الطابع المخزني للدولة المغربية.

ثانياً: صعوبة نابعة من طبيعة التشكيلية الحكومية نفسها، حيث لوحظ عنها عدم الانسجام والتفاهم بين جميع أعضائها، حيث كان يتعرض الأداء الحكومي للانتقاد الدائم من طرف حزب الإستقلال وكان هذا الأخير يوجد في موقع المعارضة وليس الأغلبية ولم يستوعب تموقعه³. كل هذه المعطيات كان لها تأثير كبير على حصيلة العمل الحكومي بشكل عام وعلى حصيلة المعارضة بشكل خاص في مراقبة العمل الحكومي، كان من أهم مسبباته:

1: التقاطع بين الإرادتين الملكية والحزبية وهو تقاطع يتجسد في تعاقد حول برنامج الحكومة، وهذا البرنامج هو الذي يتضمن محتويات العقد بين طرفين متكافئين سياسيا هو الذي يتم بمسطرة التوافق ويرتبط هذا العنصر الأساسي بأخر يتمثل في أن التوافق يبدو وكأنه يأتي

¹ - محمد كلاوي: المجتمع والسلطة، دراسة في إشكالية التكوين التاريخي والسياسي للمؤسسات والوقائع الاجتماعية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1 / 1995، ص 173 .

² - العربي بلا : مرجع سابق، ص 181.

³ - العربي بلا : مرجع سابق، ص 181.

لتصحيح وضعية انتقالية مؤقتة واستثنائية بواسطة حكومة انتقالية، في حين نجد أن حكومة عبد الرحمان اليوسفي جاءت في ظرفية عادية وطبيعية، وهذا يعني أنه إذا كانت هناك ظرفية حتمت على الملكية وأحزاب الحركة الوطنية البحث عن حلول سياسية للتناوب منذ بداية التسعينيات¹، فإن التنازلات التي قدمتها المؤسسة الملكية لم ترق إلى مستوى التنازلات التي قدمتها أحزاب الحركة الوطنية، حيث نجد أن تنازلات أحزاب الحركة الوطنية بلغت مداها، وذلك بالعدول عن مطالبها بتعديل الدستور والمتمثلة أساساً في إقامة برلمان منتخب برمته عن الانتخابات المباشرة، وإقامة هيئة دستورية تتولى مهمة الإشراف على تنظيم الانتخابات في حين نجد أن تنازلات الملكية تمثلت في الانتقال من عرقلة التناوب إلى البحث عن حلول إرادية له ظل يتحكم فيها هاجس مراقبة التناوب في حالة تحققه².

2: الخطاب السياسي للمعارضة البرلمانية، سجل تراجع كبير عن مطلبها الخاص بالتعديل الدستوري بصفته سياسة مؤسساتية سامية وكمدخل أساسي وكأولوية لتحقيق الإصلاح الدستوري والسياسي الذي يكمن مغزاه في التداول الديمقراطي للسلطة ليتم تعويضه بالسياسات المؤسساتية العادية أو الضابطة، وذلك من خلال تعديل مجموعة من القوانين التي تضبط الفعل العام³ والتي في منظورها كفيلة بتحقيق النظام الديمقراطي، حيث عملت الأغلبية الحكومية بقيادة الاتحاد الاشتراكي على تعديل بعض الظواهر التي لها صلة بالحقوق والحريات العامة للمواطنين⁴ واعتماد بعض الاتفاقيات التي لها صلة بحقوق الإنسان.

أما فيما يتعلق بالحصيلة التشريعية لحكومة التناوب التوافقي، فقد لوحظ عنها غلبة مشاريع القوانين التي تقدمت بها الحكومة، والتي حددت في 185 مشروع قانون، غطت العديد من القطاعات والمجالات، فتمت الموافقة على 176 مشروع قانون، 117 منها بالإجماع، و59 بالأغلبية أما فيما يتعلق بمقترحات القوانين التي تقدم بها النواب فلم ترق للمستوى المطلوب، حيث لم يتجاوز عددها سوى 143 مقترح، 79 مقترح منها بمبادرة النواب، و64 مقترح تقدم

¹ - إن المبادرة الملكية الأولى بالتناوب الإداري الممنوح يعود تاريخها إلى 22 أكتوبر 1993 .
² - رقية المصدق: لماذا لم يكن التناوب تعاقدياً توافقياً بل إرادية ممنوحاً؟، ضمن التجربة البرلمانية المغربية السادسة 1997 - 2002، مرجع سابق ص 72.

³ - محمد الغالي: الإصلاح ورهان الانتقال الديمقراطي في المملكة المغربية، مجلة أبحاث العدد: 57 / 2007، ص 15- 16.
⁴ - قانون رقم 77-00 يغير ويتم بموجبه الظهير الشريف رقم 378- 58- 1 الصادر في 1958 بشأن قانون الصحافة، قانون رقم 75-00 يغير ويتم بموجبه الظهير الشريف رقم 376- 58- 1 الصادر في 1958 بشأن تنظيم حق تأسيس الجمعيات، قانون رقم 76-00 يغير ويتم بموجبه الظهير الشريف رقم 377- 58- 1 الصادر في 1958 بشأن التجمعات العمومية، ثم قانون رقم 02.06 يتعلق بتغيير وتنظيم القانون التنظيمي رقم 31.97 المتعلق بمجلس النواب والذي جاء بهدف تحقيق نزاهة الانتخابات التي تشكل المدخل الأساسي لمصادقية المؤسسات التشريعية وضمان التمثيلية الحقيقية للأحزاب السياسية عن طريق احترام الإرادة الحقيقية للناخبين، وكذا القانون رقم 03.01 بشأن إلزام الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية، ومرسوم بقانون رقم 2.02.663 بشأن إنهاء احتكار الدولة في ميدان البث الإذاعي والتلفزيوني والقانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين أو مشروعات القانون المتعلق بالتغطية الصحية وغيرها من القوانين المرتبطة بالمجال الحقوق والاجتماعي. لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على حصيلة النشاط الحكومي بالبرلمان بحسب الولاية التشريعية السادسة منشورات الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان.

بها المستشارون، ولم يوافق البرلمان بصفة نهائية سوى على 20 وبقي 100 مقترح قيد الدرس، 58 للنواب، و42 للمستشارين، بينما تم رفض 5، 4 بموجب الفصل 51 من الدستور وواحد بالأغلبية، وتم سحب 18 مقترح قانون، 6 منها للنواب و12 للمستشارين¹.

تأسيسا على هذه الحصيلة التشريعية والرقابية للمعارضة البرلمانية، فإنه يتبين بأن الرهان على المعارضة البرلمانية السادسة لم تنجح في عقلنة العمل البرلماني وتطويره بالشكل الذي كان ينتظر منها خصوصا وأنه تم اعتمادها بألية التناوب التوافقي وكان مرجوا منها ترشيد العمل البرلماني ومراقبة النشاط الحكومي، خاصة إن علمان بأن هذه المعارضة وجدت أصلا إما لمساندة الحكومة بشكل مطلق أو معارضة ميكانيكية، وبالتالي فحصيلة المعارضة خلال الولاية التشريعية السادسة 1997-2002، والسياق الذي جاءت فيه هذه يستنتج منه ملاحظة أساسية وهي أن أداءها كان محدودا، خاصة وان السياق الذي تمخضت عنه لم يكن سليما، الأمر الذي يؤكد بأن الحلول الفوقية لبعض الإشكاليات السياسية ليست دائمة مجدية إن لم تواكبها إرادة سياسية بعيدا عن الحلول السطحية المتمثلة في تغيير المواقع، لأن من انتقلوا للمعارضة لم تتوفر فيهم المقومات المطلوبة للقيام بالدور الجديد، لذلك جاءت فاقدة للفعالية ولم تحدث أي تحول نوعي أو ممارسة برلمانية يمكن الاستفادة منها لاحقا.

2. حزب الأصالة والمعاصرة: إكراهات التموقع وضعف

في الأداء البرلماني

أفرزت نتائج الانتخابات التشريعية المجراة بتاريخ 7 شتنبر 2007، عن فوز حزب الاستقلال بـ 52 مقعدا متبوعا بحزب العدالة والتنمية 46 مقعدا، الحركة الشعبية 41 مقعدا، فيما حصل التجمع الوطني للأحرار عن 39 مقعد، أما الاتحاد الاشتراكي فقد حصل على 38 مقعدا، بينما حصل التقدم والاشتراكية على 17 مقعدا، وفي 15 أكتوبر 2007 عين الملك الحكومة التي ضمت 34 عضوا ينتمون سياسيا لأربعة أحزاب هي: الاستقلال، التجمع الوطني للأحرار، الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية، وحزب التقدم والاشتراكية، إضافة إلى مستقلين²، ومن خلال التركيبة السياسية للحكومة التي يقودها حزب الإستقلال تبين بأنها تتوفر على أغلبية هيجنة وغير قارة على مستوى الغرفة التشريعية، وبمناسبة انتخاب هياكل مجلس النواب في بداية الولاية التشريعية الأولى (2007-2008) تم تشكيل فريق الأصالة والمعاصرة والذي

¹ - للمزيد من التفصيل، يرجى الاطلاع على حصيلة النشاط الحكومي بالبرلمان بحسب الولاية التشريعية السادسة ال (1997-2002)، منشورات الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني، متوفر على الموقع الإلكتروني للوزارة على الرابط التالي:

<http://www.mcpr.gov.ma/Bilan.aspx>

² - الجريدة الرسمية عدد 5570-6 شوال 1428 (18 أكتوبر 2007)، الصفحة 3408.

تكون من 36 عضواً، حيث حددت مهمته في ضمان الأغلبية لحكومة الأقلية التي ترأسها عباس الفاسي، من 19 شتنبر 2007 إلى 3 يناير 2012¹، وبالفعل فقد وفر لها دعماً داخل الغرفة الأولى²، فيما اكتفت باقي الأحزاب بالاصطفاف في صف المعارضة، خاصة حزب العدالة والتنمية الذي حل في المرتبة الثانية بـ 46 مقعداً وكذا حزب الحركة الشعبية الذي جاء في المرتبة الثالثة بـ 41 مقعداً، لكن ما الذي سيقع؟.

قبيل الانتخابات الجماعية 12 يونيو 2009 فوجئت الحكومة بقرار حزب الأصالة والمعاصرة المتمثل في سحب دعمه عن الأغلبية الحكومية والانضمام إلى المعارضة، وقرار الحزب هذا أعلن عنه أمينه العام آنذاك محمد الشيخ بيد الله الذي أكد بأنه الحزب سيتموضع في المعارضة، وأن سحب تأييده عن الحكومة اتخذ على إثر الأزمة المفتعلة حول الترشيحات الجماعية 12 يونيو 2009، والتي استهدفت على وجه الخصوص مرشحي حزب الأصالة والمعاصرة³، مع التأكيد على ممارسة معارضة تحدث قطيعة مع الماضي⁴.

وبالعودة لتداعيات قرار الأصالة والمعاصرة المتمثل في سحب التأييد عن الحكومة والاصطفاف في المعارضة نجده ما لبث أن تطور لتبادل الاتهامات بين الطرفين، بحيث اتهم الوزير الأول آنذاك عباس الفاسي الحزب بممارسة "التشويش" على الحكومة، وأبدى استغرابه من انتقال حزب كان يشتغل في إطار الأغلبية البرلمانية إلى المعارضة رغم ترضيته سياسياً، في إشارة إلى طي قضية المادة الخامسة من قانون الأحزاب التي كانت موضع جدل قبل أن يحسم فيها القضاء لصالح الأصالة والمعاصرة، وأكد الوزير الأول في إحدى تصريحاته بأنه لم يشهد سابقة لا في المغرب ولا في الخارج أن يكون حزب في الأغلبية ويلتحق بالمعارضة⁵ الأمر الذي دفع بأحد القياديين الاستقلاليين (حميد شباط) للقول بأنه أنه لأول مرة يتأسس حزب

1- لأن حزب العدالة والتنمية حصل فيها على أول درجة من حيث عدد الأصوات (9.10 من المائة في اللانحة المحلية و4.13 في المائة بالنسبة للانحة الوطنية) وبذلك حصل على 46 مقعداً = 40 بالنسبة للانحة المحلية و6 بالنسبة للانحة الوطنية)، فيما حصل حزب الإستقلال على الدرجة الثانية (7.10 في المائة بالنسبة للانحة المحلية و8.11 في المائة بالنسبة للانحة الوطنية)، ولكنه حصل على عدد من المقاعد (52 = 46 بالنسبة للانحة المحلية و6 بالنسبة للانحة الوطنية).

تقرير المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية، حول الانتخابات التشريعية المغربية لـ 7 شتنبر 2007، منشورات 2008، الصفحة 18.
2- استطاع فواد عالي الهمة الذي ترشح للانتخابات التشريعية بدون انتماء سياسي في تشكيل كتلة فريق نيابي ضم نواب عن أحزاب صغيرة لم تستطع الحصول على عدد المقاعد التي توّهلها لتشكيل فريق برلماني، وتكون هذا الفريق من يضم الحزب الوطني الديمقراطي، وأحزاب العهد، ومبادرة المواطنة والتنمية، والاتحاد المغربي للديمقراطية ورابطة الحريات، والقوات المواطنة، إضافة إلى النواب الذين فازوا في لوائح مستقلة.

3- خاصة لما تبين عزم الحكومة تفعيل المادة 5 من القانون رقم 36.04 المتعلق بالأحزاب السياسية، بهدف منع البرلمانين من الترشح في الانتخابات الجماعية القادمة بأحزاب غير الأحزاب التي فازوا باسمها خلال الانتخابات التشريعية لـ 2007.

4- مصطفى الفن: الهمة يهدد بإسقاط حكومة عباس الفاسي، جريدة المساء بتاريخ 2009/05/15.
5- رئيس وزراء المغرب يتهم الأصالة والمعاصرة بـ "التشويش رغم ترضيته"، جريدة الشرق الأوسط عدد 11144 بتاريخ 2 يونيو 2009.

إداري لمعاكسة العمل الحكومي، واصفا حزب الأصالة والمعاصرة بأنه تجسيدا للحكومة الإدارية التي تتحكم في كل شيء وليس فقط في الحكومة¹.

ومن معالم المعارضة التي مارسها حزب الأصالة والمعاصرة في وجه الحكومة التي ترأسها حزب الإستقلال خلال الولاية التشريعية الثامنة 2007-2012، نجد على سبيل المثال إعلانه تشكيل خلية أزمة، مهمتها تتبع الأوضاع ورصد تطوراتها مع مختلف هيئاته الجهوية، وذلك على خلفية الفيضانات التي شهدتها عدة مناطق في المغرب نهاية سنة 2010، منتقدا تعامل الحكومة معها ومبرزا غياب استراتيجية حكومية لتدبير الكوارث سواء في الشق المتعلق بالتدابير الاحترازية والاستباقية، أو في الجانب المرتبط بالقدرة على المعالجة الفعالة.

ويندرج في المعارضة الحكومية لحزب الأصالة والمعاصرة، كذلك ما صدر على لسان رئيس فريق حزب الأصالة والمعاصرة بمجلس المستشارين، كون الحكومة لم تف بالالتزامات التي سبق وقطعتها في بداية ولايتها، وعبر حكيم بن شماس من خلال الجلسة العمومية المخصصة لمناقشة التصريح الحكومي الذي أدلى به الوزير الأول عن الخشية من أن لا "تؤهلنا حصيلة عملكم النهائي لمواعيد استراتيجية حاسمة، من قبيل تطبيق اتفاقيات التبادل الحر، بما تفرضه من ضرورة ربح رهان التنافسية، أو موعد انتخابات 2012"².

وما يمكن ملاحظته على المعارضة التي مارسها الأصالة والمعاصرة تجاه حكومة 2007، أنها لا مضبوطة أو معارضة من أجل المعارضة، بحيث لا تختلف عن المعارضة السابقة لها، وهكذا، وجد هذا الأخير نفسه بجانب خصمه في المعارضة الذي هو حزب العدالة والتنمية، والاتحاد الدستوري، وأحزاب اليسار ممثلة في الحزب الاشتراكي الموحد والحزب العمالي، بعد أن عاد حزب الحركة الشعبية أحد مكونات المعارضة التي تشكلت عقب تشكيل حكومة الفاسي في نسختها الأولى لموقعه الطبيعي الأغلبية في النسخة الثانية، لأنه حزب ارتبط ظهوره بالأحزاب التي تتم المناداة عليها في كل أزمة لمساندة الأغلبية الحكومية.

وعلى الرغم من تواجد حزب الأصالة والمعاصرة بجانب أطراف سياسية مختلفة في المعارضة، فإنه لم ينجح في جعلها معارضة موحدة وملتزمة، بل أصبحنا أمام معارضة تناقضاتها أعمق بكثير من التناقضات الموجودة بين أحزاب الأغلبية، بمعنى أن المعارضة البرلمانية في الولاية التشريعية الثامنة لم تجمعها قواسم مشتركة على مستوى تحديد المواقف

1- منتصر حمادة: في الأداء السياسي للأحزاب المغربية خلال العام 2010، حالة المغرب 2010/2011 منشورات وجهة نظر مرجع سابق ص68.
2- منتصر حمادة: في الأداء السياسي للأحزاب المغربية خلال العام 2010، حالة المغرب 2010/2011 منشورات وجهة نظر، مرجع سابق ص57،56.

السياسية من الأغلبية، بل إن ما وحدها هو كونها توجد في موقع المعارضة، حيث سيادة عنصر التباعد في المواقف وعدم الانسجام وعدم التنسيق فيما بينها، فبالنسبة لحزب العدالة والتنمية الذي سبق واحترف المعارضة منذ تخليه عن مساندة حكومة اليوسفي انطلاقا من الدورة التشريعية لـ 2000، فإن حزب الأصالة والمعاصرة استبعد التنسيق مع "خصمه" في المعارضة، وهو ما صدر على لسان أحد أعضاء المكتب الوطني لحزب الأصالة والمعاصرة، الذي صرح "بأنهم لا يعتبرون تواجدهم في صف المعارضة فضاء للالتقاء مع حزب العدالة والتنمية، ومن ثمة لا يمكن على الإطلاق تصور أي تنسيق بين المعارضة، فكل حزب معارضة نحن نعارض سياسة الحكومة ونعارض كذلك مشاريع سياسية بعينها"¹.

يمكن القول، بأن الحدود الفاصلة بشكل واضح بين الأغلبية والمعارضة، في الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012) لم تكن موجودة بشكل واضح، لأنه هناك أحزاب تساند الحكومة، ولكن دون أن تشارك فيها، كما وقع مع حزب العدالة والتنمية باسم المساندة النقدية، فقد كان حزبا مساندا ومعارضا في الوقت ذاته، وتكرر الأمر نفسه مع حكومة إدريس جطو من خلال الاتحاد الاشتراكي والعدالة والتنمية والمعارضة النقدية²، وهو ما تكرر أيضا مع تجربة المعارضة التي مارسها حزب الأصالة والمعاصرة الذي تحول من موقع الأغلبية إلى المعارضة بسهولة، بل الأغرب من هذا كيف لحزب يعارض حكومة كان مشاركا فيها بأحد الوزراء³، بعد أن أعلن عن تجميد عضويته، داخل الأجهزة المسيرة للحزب مبررا هذا الإجراء بكونه "ينسجم مع مبادئ الحزب الهادفة إلى إرساء الوضع في العمل السياسي".

وعموما فالأحزاب المغربية خاصة في المعارضة لا تلتزم بمفهوم المعارضة الواضح والمتمثل في معارضة السياسات العمومية المتبعة من قبل الأغلبية المشكلة للحكومة، وهذا الوضع استفادت منه مثلا الأغلبية الحكومية التي تكونت منها حكومة 2007، بحيث استطاعت ولو مبدئيا الحفاظ على انسجامها وأغلبيتها العددية على مستوى الغرفة الأولى، وإجراء تعديل وزارى وتجديد الثقة الملكية في الحكومة من أجل مواصلة عملها السياسي والإداري.

وفيما يتعلق بمراقبة العمل الحكومي خلال الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012)، لوحظ بأن الحكومة تجاوبت مع البرلمان، في نطاق تفعيل مختلف آليات المراقبة والتتبع، وقد احتلت الأسئلة بمختلف أصنافها الكتابية والشفهية، باعتبارها آلية للمراقبة ووسيلة لتتبع أعمال

1- أحزاب المعارضة تستبعد التنسيق في مواجهة حكومة الفاسي في طبعها الثانية، جريدة المساء بتاريخ 2009/08/03.
2- محمد ضريف: الوضع الذي تعيشه المعارضة الحالية قد تستفيد منه الأغلبية الحكومية، جريدة المساء بتاريخ 2009/08/03.
3- يتعلق الأمر بالسيد أحمد أخشيش وزير التربية الوطنية والتعليم العالي وتكوين الأطر في حكومة السيد عباس الفاسي.

الحكومة على مختلف المستويات، موقعا متقدما في مجال الرقابة البرلمانية، ويتضح من الأرقام المسجلة خلال السنوات التشريعية من الولاية التشريعية الثامنة مدى التجاوب الذي أبان عنه أعضاء الحكومة في الجواب عن الأسئلة الموجهة إليهم من طرف النواب والمستشارين.

مجموع الأسئلة المطروحة والمجاب عنها في الولاية التشريعية الثامنة (2012-2007)¹

السنة التشريعية الأولى 2008-2007		
المجلس	الأسئلة المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	1967	707
المستشارين	173	404
المجموع	2140	1111
السنة التشريعية الثانية 2009-2008		
المجلس	الأسئلة المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	1916	625
المستشارين	104	397
المجموع	2020	1022
السنة التشريعية الثالثة 2010-2009 ²		
المجلس	الأسئلة المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	2529	708
المستشارين	153	518
المجموع	2682	1226
السنة التشريعية الرابعة 2011-2010		
المجلس	الأسئلة المطروحة	الأسئلة الشفوية المجاب عنها
النواب	2396	690

¹- مجهود شخصي.
²- إلى غاية 08 شتنبر 2010.

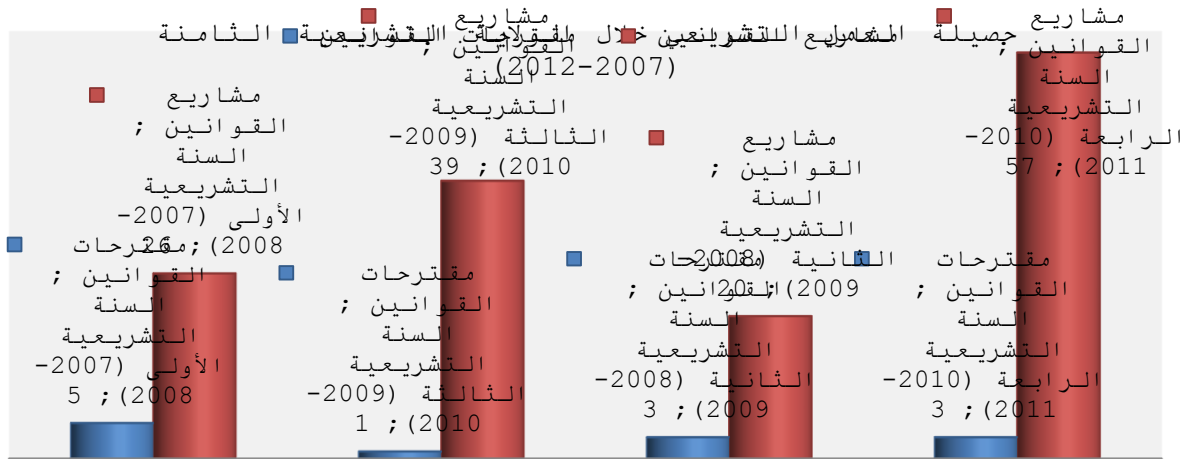
المستشارين	129	420
المجموع	2525	1110

أما فيما يتعلق بالإنتاج التشريعي، فقد أبانت الحصيلة عن هيمنة الحكومة على العملية التشريعية، حيث أغلب النصوص القانونية المصادق عليها مصدرها هو الحكومة، علما بأن الانتاج التشريعي للمؤسسة البرلمانية تراجع بشكل ملحوظ مقارنة مع الولاية التشريعية السابعة (2002-2007)، حيث انتقل عدد القوانين المصادق عليها من 215، إلى 1142¹، في حين ظلت العديد من النصوص التشريعية قيد الدرس بعد اختتام كل سنة تشريعية، 12 مشروع بعد اختتام السنة التشريعية الأولى و 37 مشروع بعد اختتام السنة التشريعية الثانية 2008 – 2009، 23 مشروع بعد اختتام السنة التشريعية الثالثة 2009-2010.

حصيلة العمل التشريعي خلال الولاية التشريعية الثامنة (2007-2012)²

السنة التشريعية	مشـارـيـع القوانين المصادق عليها	مقترحات القوانين المصادق عليها	المجموع
السنة التشريعية الأولى (2007-2008)	26	5	31
السنة التشريعية الثانية (2008-2009)	20	3	23
السنة التشريعية الثالثة (2009-2010)	39	1	40
السنة التشريعية الرابعة (2010-2011)	57	3	60

¹- استثنينا من هذا الرقم القوانين التي جاءت بمبادرة برلمانية (مقترحات القوانين).
²- مجهود شخصي.



بالإضافة إلى ما سبق، نجد إشكالية خروج العديد من الأحزاب من نطاق الأغلبية والتموضع في صف المعارضة والتأسيس لممارسة سياسية دخيلة إلى حد ما على الحياة البرلمانية، وعلى سبيل المثال، فقد أفرزت الاستحقاقات التشريعية لـ 25 نونبر 2011، لانتخاب مجلس النواب (395 عضوا) عن فوز حزب العدالة والتنمية بـ 107 مقعدا، حزب العدالة والتنمية، حزب الاستقلال 60 مقعدا، حزب التجمع الوطني للأحرار 52 مقعدا، حزب الأصالة والمعاصرة 47 مقعدا، حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية 39 مقعدا، حزب الحركة الشعبية 32 مقعدا، حزب الاتحاد الدستوري 23 مقعدا، حزب التقدم والاشتراكية 18 مقعدا، الحزب العمالي 4 مقاعد، فيما حصلت باقي الأحزاب مجتمعة على ما مجموعه 13 مقعدا¹.

وبتاريخ 16 دجنبر 2011 وبعد المفاوضات التي أجراها الأمين العام لحزب العدالة والتنمية مع قادة الأحزاب، تم التوقيع على ميثاق الأغلبية الحكومية التي ستتشكل من أحزاب أحزاب العدالة والتنمية والاستقلال والحركة الشعبية والتقدم والاشتراكية، وتم التأكيد في هذا الميثاق الموقع من لدن الأمناء العاميين للأحزاب الأربعة بأن هذا الميثاق يشكل وثيقة تعاقدية ومرجعا للعمل المشترك للأحزاب الأربعة وأساسا للالتزامها الواضح أمام المواطنين²، ولكن هذا التحالف الذي كان حزب الإستقلال أحد مكوناته لم يعمر طويلا إذ سرعان ما قرر الأخير سحب دعمه عن الحكومة التي يترأسها عبد الإله بنكيران وقرر الانسحاب منها مع توجيه دعوة لوزرائه للاستقالة ومطالبة فريقه البرلماني للانتقال من إلى المعارضة، وقد جاء موقف حزب

¹ يتعلق الأمر بكل من حزب الحركة الديمقراطية الاجتماعية: مقعدان، حزب التجديد والإنصاف: مقعدان، حزب البيئة والتنمية المستدامة: مقعدان، حزب العهد الديمقراطي: مقعدان، حزب اليسار الأخضر المغربي: مقعد واحد، حزب الحرية والعدالة الاجتماعية: مقعد واحد، حزب جبهة القوى الديمقراطية: مقعد واحد، حزب العمل: مقعد واحد، حزب الوحدة والديمقراطية: مقعد واحد.

² ميثاق الأغلبية الحكومية الذي تم التوقيع يوم الجمعة 16 دجنبر 2011.

الإستقلال بعد سلسلة من الحملات الإعلامية والتراشق بين قيادات حزبي الاستقلال والعدالة والتنمية، وذلك بعدما قرر المجلس الوطني لحزب الاستقلال، المجتمع بتاريخ 11 ماي 2013 الانسحاب من التحالف الحكومي الذي يقوده بنكيران، بتصويت 870 من أعضاء المجلس الوطني، البالغ عددهم 976 عن موافقتهم تجاه الخطوة، باعتبارها نتيجة طبيعية لغياب الحوار داخل الأغلبية التي يقودها حزب العدالة والتنمية¹.

والغريب هو أن اللجنة التنفيذية للحزب وجهت، بتاريخ 9 يوليو 2013، دعوة لوزراء الحزب إلى تقديم استقالاتهم إلى رئيس الحكومة انسجاماً مع قرار الانسحاب، إلا أن أحد وزراء الحزب رفض، حيث قررت اللجنة الوطنية للتحكيم والتأديب التابعة للحزب مؤاخذه محمد الوفا عضو المجلس الوطني لحزب الإستقلال، ووزير التربية الوطنية، بارتكابه مخالفة قوانين الحزب وأنظمتها والإضرار بمصالح الحزب وعصيان مقرراته ومعاقبته تأديبياً باتخاذ في حقه قراراً بالطرده من صفوف حزب الاستقلال مع كل ما يترتب عن ذلك من أثر قانوني².

نفس الأمر تكرر مع حزب التقدم والاشتراكية الذي قرر مكتبه السياسي، يوم فاتح أكتوبر 2019، الانسحاب من الحكومة التي يقودها حزب العدالة والتنمية، وهذه الخطوة جعلت الحزب خارج الحكومة، وأعادته إلى المعارضة التي غاب عنها لأكثر من عشرين سنة، ومن أبرز الأصوات التي عارضت خيار الانسحاب من الحكومة، وزير الصحة السيد أنس الدكالي، الذي غادر اجتماع اللجنة المركزية، ليؤكد في تصريح لاحق بأن الحزب لم يتخلى عن الحكومة فقط، "بل عن مرحلة تاريخية دخل إليها ببناء فكري وسياسي اشتغل عليه لسنوات".

وصرح نبيل بن عبد الله، الأمين العام لحزب التقدم والاشتراكية، الذي اختار الانضمام إلى المعارضة إن "قرار خروج الحزب من الحكومة" لم تمليه مصالح وزارية وأن الحزب قد يقبل بأن يكون بنصف مقعد، إذا كانت الحكومة حكومة إصلاح وذات توجهات قوية تعمل على بلورة مضامين الدستور، وأضاف قبيل الإعلان عن نتائج التصويت إن انضمام حزبه في المعارضة سيقوي الحزب أكثر وسيجعله أكثر استعداداً لانتخابات 2021، ولكن انسحاب التقدم والاشتراكية من الحكومة لم يضع رئيس الحكومة، في إيجاد حلفاء جديد، في وضع صعب مثل ما حدث مع حكومة عبدالإله بنكيران في سنة 2013 بحيث لم يتوقف في تشكيل الائتلاف

¹- بيان حزب الإستقلال بتاريخ 30 جمادى الثانية 1431 الموافق ل 11 ماي 2013.

²- اللجنة الوطنية للتحكيم والتأديب الصادر بتاريخ 29 يوليو 2013.

الحكومي بسبب عدم اتفاق بعض الأحزاب، واستمرت حكومة العثماني في قيادة الأغلبية الحكومية والبرلمانية بعد خروج حزب التقدم والاشتراكية من التحالف الحكومي.

3. صعوبة تفعيل بعض الآليات الرقابية (ملتصم الرقابة)

ينص الفصل 105 من دستور 2011، على أنه لمجلس النواب أن يعارض في مواصلة الحكومة تحمل مسؤوليتها، بالتصويت على ملتصم الرقابة، الذي يعد من الآليات التي يملكها مجلس النواب بمكونيه (أغلبية ومعارضة) لمراقبة الحكومة وإثارة مسؤوليتها السياسية، بل قد يؤدي لإسقاطها في حالة ما توافر فيه النصاب المنصوص عليها دستوريا. وبالرجوع للتاريخ الدستوري والسياسي، نجد بأن المعارضة البرلمانية سبق لها وفعلت هذا المقتضى الرقابي مرتين، الأولى كانت حينما تقدمت أحزاب المعارضة البرلمانية بملتصم رقابة في يونيو سنة 1964، وكانت تهدف منه في الأصل إلى الضغط على نظام الحكم قصد إطلاق سراح المعتقلين اليساريين المنتمين لحزب الاتحاد الوطني للقوات الشعبية، وخاصة المحكوم عليهم بعقوبة بالإعدام، أمثال: محمد البصري، عمر بنجلون، ومومن الديوري، الذين توبعوا بتهمة محاولة الإطاحة بالنظام في يوليو 1961¹، ولكن لم تنجح في ذلك²، رغم أنه حصول الملتصم على توقيع 24 نائبا برلمانيا، ولكن بالرغم من ذلك لم تستطع المعارضة إسقاط الحكومة، وفي مقابل ذلك كانته تداعيات سياسية، تمثلت بالأساس في إقدام الملك الراحل الحسن الثاني على تفعيل مقتضيات الفصل 35 من دستور 1962³ وإعلانه عن حالة في 1965⁴، وكان من أسبابها أن رأى الملك بأن البرلمان أصبح يمضي وقته في سجلات سياسية بسبب الحسابات السياسية بين الأغلبية والمعارضة.

انعكس ملتصم الرقابة الذي تقدمت به المعارضة البرلمانية على أداء المؤسسة البرلمانية، وكنتيجة لذلك لم تتعد حصيلة برلمان 1965 سوى التصويت على ستة قوانين⁵، وهذا الأمر جعل الملك يقوم بحل البرلمان وتفعيل صلاحياتها الدستورية، بحيث أصبح الملك الحسن الثاني يشرع، في تلك الفترة، بموجب ظهائر ومراسيم ملكية في مجموعة من المجالات هي في

¹ سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، منشورات دفاتر سياسية/ سلسلة نقد السياسة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2012 ص 60.

² بحيث لم يحصل هذا الملتصم على تصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب، كما كان ينص على ذلك الفصل 81 في فقرته الثانية.

³ الذي كان ينص على أنه: "إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة أو إذا وقع من الأحداث ما من شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية فيمكن للملك أن يعلن حالة الاستثناء بمرسوم ملكي بعد استشارة رئيسي المجلسين وتوجيه خطاب للأمة. وبسبب ذلك فإن له الصلاحية رغم جميع النصوص المخالفة في اتخاذ التدابير التي يفرضها الدفاع عن حوزة التراب ورجوع المؤسسات الدستورية إلى سيرها العادي".

⁴ مرسوم ملكي رقم 65.136، صادر بتاريخ 7 صفر 1385 (7 يونيو 1965)، بإعلان حالة الاستثناء، الجريدة الرسمية عدد 2745، بتاريخ 9 صفر 1385 (9 يونيو 1965)، الصفحة 1080.

⁵ سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، مرجع سابق، الصفحة 61.

الأصل من اختصاص المؤسسة التشريعية، بالإضافة إلى أنه أصبح يدعو إلى عقد مجالس وزارية ويقوم بصفة شخصية بترأس لجان وزارية كما أن القانون المالي أصبحت تتم المصادقة عليه بسرعة ودون حاجة إلى عرضه على أنظار مجلس النواب¹.

أما الحالة الثانية، فكانت حينما لجأت أحزاب المعارضة لطلب الرقابة، سنة 1990، وتقدمت به مجتمعة لدى مجلس النواب، والذي عكس تصور هذه الأحزاب للحالة والوضع السياسي في تلك الفترة والتي رأت أن الإصلاح الدستوري والسياسي أصبحا يفرضان نفسيهما بإلحاح بالنظر لنتائج الأزمة المالية على الوضع الداخلي للبلاد، وكان من نتائجه، رغم فشله، أن قامت أحزاب المعارضة برفع مجموعة من المطالب السياسية إلى الملك في مقدمتها المطالبة بإصلاحات دستورية، تنعياً لترسيخ دولة المؤسسات وتعزيز سلطة القانون ودمقرطة الشأن العام وتحديث أجهزة ومؤسسات الدولة، وقد شككت المسألة الحقوقية أحد أولويات مطالب الإصلاح السياسي والدستوري للمعارضة²، حيث طالبت في مذكرتها المرفوعة إلى الملك، بتاريخ 19 يونيو 1992، بإصلاح دستوري يضمن ترسيخ سلطة المؤسسات وتعزيز سيادة القانون وصيانة حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وضبط العلاقات بين السلطات، وتعزيز سيادة القانون ودمقرطة أجهزة الدولة،...³، الأمر الذي دفع المؤسسة الملكية لتعديل دستوري تم إجراؤه في سنة 1992 وتعبير المؤسسة الملكية عن رغبتها في التناوب، بتاريخ 22 أكتوبر 1993، الذي لم يكتب له النجاح إلا في سنة 1998 بقيادة المعارضة البرلمانية ممثلة في حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية للحكومة.

وبعد تحليل الشروط اللازمة لتفعيل ملتمس الرقابة، نجد بأن المشرع الدستوري حصرها في شرطين أساسيين، ضرورة توقيعه على الأقل من قبل خمس الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا تصح الموافقة عليه من قبل مجلس النواب، إلا بتصويت الأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم، فهذه القيود الموضوعية التي وضعها المشرع الدستوري، تجعل من تفعيل هذه الآلية الرقابية من لدن المعارضة البرلمانية جد صعبة إن لم نقل مستحيلة، لأنه من الصعب جدا الحصول على تصويت بالأغلبية المطلقة أي من غير المنطقي أن تصوت الأغلبية الحكومية لصالح مبادرة رقابية مصدرها المعارضة.

1- عبد الهادي بوطالب: نصف قرن في السياسة، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، طبعة 2001، الصفحات 169-173.
2- عبد اللطيف مستكفي: طبعة الإصلاح السياسي والدستوري بالمغرب، مرحلة التسعينات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء 2002-2003، الصفحة 51.
3- سعيد خمري: روح الدستور، الإصلاح: السلطة والشرعية بالمغرب، منشورات دفاتر سياسية/ سلسلة نقد السياسة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2012- الصفحة 189.

إن الهدف من هذه القيود التي وضعها المشرع على هذه الآلية الرقابية هو تجنب دخول البلاد في أزمة سياسية ومؤسسية يكون من نتائجها حل البرلمان وإعادة الانتخابات، خصوصا أن هذه الأخيرة تكلف ميزانية الدولة أموالا كثيرة، وإذا كان هذا التخوف مشروع وله مبرراته، فإنه في مقابل ذلك لا يعقل أن يبقى البرلمان تابعا لسلطة تنفيذية تنفذ سياسات دون أن تتم إثارة مسؤوليتها أمام البرلمان، عن طريق تفعيل ملتزم الرقابة الذي يعد تقنية دستورية بيد المعارضة بغية إسقاط الحكومة بمبادرة برلمانية في حالة توفر شروطها.

4: في أسباب ضعف المعارضة البرلمانية

إن ضعف المعارضة أملتته العديد من الأسباب المتداخلة، منها ما هو موضوعي ومنها ما هو ذاتي.

أ: العوامل الموضوعية

حصر الأستاذ محمد معتصم، في أطروحته الجامعية، العوامل الموضوعية لضعف المعارضة البرلمانية المغربية، في بعض الإكراهات منها الداخلية النابعة من طبيعة النظام السياسي المغربي نفسه، ومنها ضغوط المحيط الاجتماعي فضلا عن أخرى خارجية دولية وإقليمية، وفيما يلي ذلك:

○ طبيعة النظام السياسي المغربي: في ظل نظام سياسي يعتبر فيه الملك

امتدادا عصريا لأمير المؤمنين¹، وكذلك انطلاقا من المفهوم الخصوصي للملكية الدستورية بالمغرب التي تنهل من المرجعية الدينية القائمة على إمارة المؤمنين، فإن هذه الخصوصية تحصن رئيس الدولة من كل معارضة، حيث تم وضع حد لمفهوم المعارضة البرلمانية التي تعتبر من وجهة الإسلام السياسي فتنة وتمرد، ففي نظام سياسي دينه الإسلام، وكل سكانه مسلمين ورئيسه يعتبر سبطا للرسول، فإن معارضته تعتبر معارضة للدين وخروجاً عن طاعة ولي الأمر²، ذلك أن الملكية الدستورية لا تعني تقييدا لصلاحيات الملك في إطار نظام برلماني يتضمن تمثيل مختلف المصالح عن طريق الأحزاب السياسية، بل إن الملك يسود ويحكم وهو المقرر الأصلي، في إطار ملكية وراثية رئاسية غير متوازنة، وباجتماع هذه الصفة مع صفة

¹ - حسب منطوق الفصل 41 من دستور 2011.

² - محمد معتصم: التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق الدار البيضاء، مارس 1988، الجزء الثاني، ص 299-300.

أمير المؤمنين التي تحول دون ظهور معارضة لرئاسة الدولة أو بروز أحزاب دينية¹، وبموازاة مع سيطرة المؤسسة الملكية على الحقل السياسي والديني وتهميش الفاعلين الآخرين في هذا الحقل من أحزاب سياسية وزاويات وجمعيات دينية، ومعه غدت الملكية الفاعل الدستوري الأول في الحقل الديني².

إضافة إلى أن استراتيجية الملكية في الحكم مبنية على التحالف مع العالم القروي من خلال الإبقاء على "الفلاح المغربي مدافعا عن العرش"³، وهكذا، عملت الملكية على الحيلولة دون اكتساح الأحزاب للبوادي وتمنع تطيرها للسكان، ما دام أن الجماعات المحلية كانت هي الأخرى تساهم بجانب الأحزاب في تطير المواطنين من خلال نشر إيديولوجية المؤسسة الملكية⁴، التي تتوفر على مشروع ثلاثية الأبعاد، دينية وتاريخية وشعبية، وبالتالي منعت الأحزاب من بناء قوتها ونفوذها بالعالم القروي، كما أن التاريخ السياسي يبين كيف أن بعض السلاطين قاموا بما يسمى "بالحرّكات" ضد القبائل السائبة أو الثائرة للحد من إمكانية ظهور معارضة قوية، وبدسترة الملكية في المغرب، استمر نظام الحكم على رفض أية معارضة للملكية التي ارتضاها عموم المغاربة حيث تتميز هذه الأخيرة بكونها، وخلافا لبعض أنظمة العالم الثالث، تسمح بالتعددية الحزبية وأن المعارضة البرلمانية هي معارضة جلالة الملك لا معارضة لجلالة الملك بصفته أميرا للمؤمنين يتموقع فوق باقي الأحزاب⁵.

○ ضغوط المحيط الاجتماعي: لا يمكن اعتبار استراتيجية المؤسسة الملكية

في الحكم هي العامل الوحيد في إضعاف المعارضة البرلمانية بالمغرب، بل إن ضغوط المحيط الاجتماعي هي الأخرى، تضاف إليها لمحاصرة المعارضة في العالم القروي وإضعافها في المجال الحضري أيضا، ففي البادية يسجل ضعف الوعي السياسي لحد الشعور بالمواطنة، فإن القرويين ينظرون للأحزاب على أنها آليات لتقوية نفوذها على السلطة ولا يعتبرون أنفسهم ملزمين بمبادئ الأحزاب السياسية وقد كانت نتيجة ذلك فشل أحزاب المعارضة في التغلغل

1- تنص المادة 4 من القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية على ما يلي: "يعتبر باطلا كل تأسيس لحزب سياسي يرتكز على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جهوي، أو بصفة عامة على أي أساس من التمييز أو المخالفة لحقوق الإنسان. يعتبر أيضا باطلا كل تأسيس لحزب سياسي يهدف إلى المساس بالدين الإسلامي أو بالنظام الملكي أو بالمبادئ الدستورية أو الأسس الديمقراطية أو الوحدة الوطنية أو الترابية للمملكة"، الجريدة الرسمية عدد 5989 الصادرة بتاريخ 26 ذو القعدة 1432 الموافق لـ 24 أكتوبر 2011.

2- محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، 1962 - 1991، مؤسسة إيزيس للنشر، الدار البيضاء الطبعة الأولى ماي 1992 ص 90.

3- ريمي لوفو: الفلاح المغربي المدافع عن العرش، ترجمة محمد بن الشيخ، منشورات وجهة نظر سلسلة أطروحات وبحوث جامعية (2)، الطبعة الأولى 2011.

4- لقد ميز المفكر والفيلسوف الإيطالي أنطونيو غرامشي الماركسيون الجدد بين نوعين من المجتمعات: المجتمع السياسي وهو الدولة التي تملك سلطة الإكراه والقوة، والمجتمع المدني الذي هو المدرسة، الكنائس... وكل المؤسسات التابعة للدولة.

والطبقة الحاكمة لكي تؤمن استمراريتها في ممارسة السلطة تقوم بنشر إيديولوجيتها من خلال مؤسسات المجتمع المدني، وربما هو نفس التكتيك أو الاستراتيجية التي توظفها المؤسسة الملكية بالمغرب عبر النخب المحلية والإدارية من أجل تسييج التغلغل الحزبي خاصة أحزاب المعارضة في العالم القروي وبالتالي منعها من بناء معارضة قوية.

5- محمد معتصم: التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، الجزء الثاني ص 300-301.

بالعالم القروي¹، أما في الوسط الحضري، حيث ارتفع نسبة العاطلين عن العمل من سكان دور الصفيح، جعلت من يملكون عملاً قاراً يفكرون أساساً في الحفاظ عليه أكثر من اهتمامهم بالعمل السياسي المعارض، وبالتالي فإن سكان العالم الحضري من قاطني الأحياء الهامشية لا يشكلون بروليتارياً حقيقية²، وهذا مؤشر آخر على صعوبة عمل المعارضة في وسط اجتماعي يتسم بالبطالة وغلبة الطابع التقليدي لقاطني الأحياء الهامشية الذين لا يعيرون اهتماماً للعمل الحزبي. أما العوامل الخارجية التي كان لها تأثير على ضعف المعارضة فهي تنحصر في سببين، الأول يخص مسألة الديمقراطية نفسها، حيث أنه بعد طول تأرجح ما بين خطاب الشرعية والبلانكية³ الساعية لإقامة حزب وحيد ساد الخط الشرعي منذ سنة 1975، سنة إعلان قيام الإتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية المتمسك بالخيار الديمقراطي وهذا رغماً من مشروعية التساؤل حول: "هل ديمقراطية الإتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية فعلاً جماهيرية أم أنها فقط مواجهة شكلية لديمقراطية الحكم؟"، وهل يمكن أن تختلف عن شقيقتها الناصرية والبعثية؟.

أما الثاني، فيتمثل من جهة في انهيار نموذجها الناصري بعد تراجعها عقب هزيمة 1967 ووفاء جمال عبد الناصر سنة 1970 وحلول أنور السادات محله، والقطيعة مع نموذجها الجزائري التي فضلها الجناح المعتدل في الحزب على الخروج على الوحدة الوطنية في حرب الحدود سنة 1963، وهذا قبل أن تكشف مسألة الصحراء منذ 1975، عن الاستراتيجية الجزائرية المعادية للوحدة الترابية المغربية، وظهر في مواجهتها موقف مغربي موحد لم يكتف الإتحاد الاشتراكي في الانضمام إليه فقط، بل كان في بعض الأحيان أشد تصلباً في مواجهة الجزائر، التي شكلت في الستينيات نموذج التنامي قبل أن تقطعه عنها فيما بعد مسألة الوحدة الترابية للمغرب في السبعينيات والثمانينيات، وانهيار النموذج الجزائري في التنمية سنة 1983 وصعود الإسلاميين للحكم وأقول نجم جبهة التحرير الجزائرية⁴.

1- محمد معتصم الحياة السياسية المغربية، مرجع سابق ص 10 .
 2- جون واتربروري: أمير المؤمنين الملكية والنخبة السياسية المغربية، ترجمة عبد الغني أبو العزم، عبد الأحد السبتي، عبد اللطيف الفلق، مؤسسة الغني، الطبعة الثانية 2004/2، الصفحة 268-269.
 3- في الخطاب اليساري، يشير مصطلح البلانكية إلى مفهوم الثورة الذي يُنسب بصفة عامة إلى لويس أوغست بلانكي، الذي اعتقد بأن الثورة الاشتراكية كان يجب أن يقوم بها مجموعة صغيرة نسبياً من الثوار الذين هم على درجة عالية من التنظيم والسرية، وبعد استيلائهم على السلطة، فإنه عليهم أن يستخدموا سلطة الدولة لتقديم الاشتراكية، فهي تعد نوعاً خاصاً من "الثورة" الذي يؤمن بالرأي القائل أن الثورة السياسية يجب أن تأخذ شكل التمرد المسلح أو الانقلاب، وتتميز البلانكية عن غيرها من التيارات الاشتراكية (وخاصة الماركسية) في العديد من الطرق، فمن جانب لم يؤمن أوغست بلانكي، على النقيض من ماركس، بالدور المهيمن للطبقة العاملة، كما أنه لم يكن يؤمن بالحركات الشعبية، وبدلاً من ذلك، فإنه كان يؤمن أن الثورة يجب أن يقوم بها مجموعة صغيرة من الثوار المحترفين المخلصين، الذين سوف يقيمون دكتاتورية مؤقتة بالقوة، وهذه الديكتاتورية سوف تسمح بتنفيذ أساس النظام الجديد، وبعد ذلك، تسلم السلطة إلى الشعب، ومن جانب آخر، كان بلانكي أكثر اهتماماً بالثورة نفسها وليس المجتمع المستقبلي الذي سينجم عنها، وإن استند فكره على المبادئ الاشتراكية بحذافيرها، فإنه نادراً ما يذهب إلى حد تصور مجتمع اشتراكي بحت، وبالنسبة للبلانكيين، فإن النظام الاجتماعي للبرجوازيين والثورة يعد أهدافاً كافية في حد ذاتها، على الأقل نظراً لأغراضها الفورية والسريعة.
 4- محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، نفس المرجع السابق ص 94.

هذا بالإضافة إلى انهيار الأنظمة الشيوعية في نهاية الثمانينيات مما أدى إلى وضع حد للمعارضة اليسارية وهو الأمر الذي دفعها لتعدل عن مطالبها الاشتراكية لصالح الإقرار بشرعية النظام السياسي والتركيز على الديمقراطية وحقوق الإنسان...، بل إن خطاب حزب التقدم والاشتراكية قد تحول في خطابه السياسي وفي صحافته إلى نوع من الحزب الليبرالي المفتوح لكل الاتجاهات، كما أن حزب الإتحاد الاشتراكي قد سعى لإيجاد ثقافة سياسية جديدة¹.

ب: العوامل الذاتية

بالإضافة العوامل الموضوعية، فإن ضعف المعارضة المغربية كان نتيجة لعوامل ذاتية لصيقة بها ونابعة منها، ورغم صعوبة حصر كل العوامل الذاتية، فإنه يمكن إجمالها في ضعف التنسيق، والصعوبات التي تواجهها بعض الأحزاب من أجل التوقيع في صف المعارضة، فضلا عن الانشقاقات التي تعرضت لها أحزاب الحركة الوطنية وكذا عدم الوضوح الإيديولوجي.

○ **ضعف التنسيق:** أثر ضعف التنسيق بين مكونات المعارضة البرلمانية على أداء جميع مكوناتها، وذلك بالرغم من كون الدستور يمنحها بعض الحقوق، بحيث يلاحظ ضعف التنسيق بين مكوناتها، فضلا عن الخليط الهجين للأحزاب التي تتشكل منها هذه المعارضة، فقوة المعارضة تنبع من قدراتها على التنسيق بين كافة مكوناتها بغض النظر عن الاختلافات الإيديولوجية والسياسية لمكوناتها، لأن التنسيق أحد عوامل قوتها تجاه الأغلبية الحكومية التي تستفيد من الامتياز الحكومي لتهميش المعارضة وإضعاف شوكتها وجعلها غير قادرة على مجارة العمل الحكومي².

○ **صعوبة التوقيع:** تشكلت المعارضة في الولاية التشريعية التاسعة (2011-2016)، من أحزاب اعتادت أصلا المشاركة في تدبير الشأن العام أكثر من ممارسة المعارضة، وبالتالي فهي أحزاب لا تتوفر على تجربة في مجال المعارضة، وهذا حال حزب الإستقلال الذي اعتاد التواجد في الأغلبية، أما حزب الأصالة والمعاصرة فتاريخه ليس سوى تاريخ حزب وجد من أجل محاصرة حزب العدالة والتنمية، وإن كان نجاح نسبيا في هذه المهمة على المستوى القروي بالاعتماد على الأعيان وباستعماله رمز الجرار وما يمثله من دلالات في ذهن المواطن القروي، إلا أنه في مقابل ذلك لم ينجح في هذه المهمة على المستوى الحضري،

1 - محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، المرجع نفسه ص 94.
2- هذا الأمر جعل بعض زعماء الأحزاب المعارضة يتجه بساومه نقده لرئيس الحزب الذي يقود الأغلبية الحكومية عوض معارضة السياسة العامة للحكومة وهو الأمر الذي أثار موجة سخيرية عارمة داخل الوسط السياسي المغربي.

حيث نسبة الوعي السياسي مرتفعة نسبيا مقارنة بالمجال القروي، وبالتالي فحزب الأصالة والمعاصرة لم يوجد من أجل ممارسة العمل السياسي بقدر ما كان الهدف منه محاصرة حزب معين ميدانيا وانتخابيا.

○ **الانشقاقات:** تعتبر الانشقاقات الحزبية إحدى الأمراض المزمنة لأحزاب سليلة الحركة الوطنية، فهي إحدى العوامل الرئيسية التي أدت إلى ضعف المعارضة، سواء أكان انشقاق كتلة العمل الوطني كأول حزب مغربي، الذي كان مبعثه التنافس الشخصي بين علال الفاسي ومحمد بلحسن الوزاني أو خلافها في الطبع والمزاج أو ائتلاف في المرجعية الإيديولوجية لهذا الحزب بين الجناح الذي يدعو إلى التحديث والعصرنة والنجاح الذي يتمسك بالمرجعية التقليدية المحافظة.

○ **غياب الحكامة الحزبية:** إن سعي الأحزاب السياسية سليلة الحركة الوطنية المعارضة لإقامة دولة ديمقراطية كغاية استراتيجية لعملها السياسي والنضالي، لم يواكبه مبدأ التنظيم الديمقراطي داخلها وفيما بينها وكان لغياب الحكامة الحزبية التي داخل بنية الأحزاب أثر بالغ الأهمية في ضعفها وبالتالي جعل من ظاهرة الانشقاق السبيل الوحيد لحل الخلافات الداخلية وذلك عوضا عن تداول القيادة بين مكونات المنظومة الحزبية وهو ما ساهم في إضعاف المعارضة بشكل عام.

○ **عدم الوضوح الإيديولوجي:** يمكن اعتبار أن أهمية عدم الوضوح السياسي والإيديولوجي عامل ذاتي آخر لضعف المعارضة المغربية ذلك أن عدم الوضوح الإيديولوجي والسياسي لهيئة سياسية ما يمكن أن يكون سببا في انشقاقها لأنها تضم تيارات متناقضة ومتنافرة وذلك بخلاف الهيئة الواضحة المرجعية والخط السياسي¹، فعلى خلاف الأحزاب السياسية الأوروبية، فإن الأحزاب المغربية لا يمكن تصنيفها إلى أحزاب يمين و أحزاب يسار، ذلك أن هذين المفهومين يفترضان أن يكون هناك برنامج حكومي يرمي إلى تحقيق أهداف شعبية أو أهداف أوليغارشية برجوازية²، وبالتالي فإن الأحزاب المغربية لا تتوفر عامة على برامج حكومية وفي حالة ما وجدت فإنها تتشابه.

خاتمة:

تأسيسا على ما سبق يتضح جليا بأن المعارضة البرلمانية المغربية ما زالت تعترتها مجموعة من الإكراهات والتحديات التي تعتبر بمثابة حجر عثرة أمام أدائها لمهامها الرقابية،

¹ - محمد معتصم: الحياة السياسية المغربية، مرجع سابق ص 102.
² - ر. ريزيت: الأحزاب السياسية في المغرب، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، الطبعة الأولى 1992 ص 229.

حيث أثبتت هذه الأخيرة عجزها في مراقبة الأغلبية الحكومية بالاعتماد على الآليات الرقابية التي يتيحها لها الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب، وهذا راجع لعدة أسباب منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي وإن كانت الغلبة للذاتي، فأبرز تحديات المعارضة البرلمانية بالمغرب يعود لإنعدام الثقافة الديمقراطية داخل المنظومة الحزبية بصفة عامة، حيث سيادة منطق الحساسيات السياسية الذي ينحصر فقط في السجلات السياسية الفارغة المضمون، دون الأخذ بعين الاعتبار العامل الإيديولوجي الذي يقتضي تبني مواقف واضحة.

ورغم غياب الوضوح السياسي والإيديولوجي داخل الهياكل الحزبية بصفة عامة، والمعارضة خاصة، فإن الخطاب السياسي لدى هذه الأخيرة لم يبرح من توجيه سهام نقده اللادغ للدولة ومطالبتها باحترام المنهجية الديمقراطية في حين تتعاضى هي نفسها عن تطبيق هذا المبدأ، بحيث هناك تناقض ما بين الخطاب السياسي والممارسة عند المعارضة يجد أبرز تجلياته في تغليب المصلحة السياسية عوض الالتزام بقواعد المنهجية الديمقراطية التي تسمح بتجديد النخب والتداول على السلطة كما هي محددة في الدستور، مما نتج عنه مجموعة من التوترات بين الأغلبية الحكومية نفسها من جهة، وبين الأغلبية والمعارضة نفسها في الوقت الذي كان من المفترض أن تستمر المعارضة البرلمانية الآليات الديمقراطية التي من شأنها أن تجنبها العديد من الممارسات التي قادت في غالب الأحيان بعض الأحزاب إلى الاصطفاف إلى جانب الأغلبية تارة والخروج من الأغلبية للمعارضة تارة أخرى.

يعيش الفضاء السياسي المغربي منذ سنة 2011 على إيقاع مجموعة من التحولات السياسية والدستورية المتمثلة في التأسيس لمرحلة سياسية وحياة دستورية جديدة تضع حدا للممارسات والسلوكيات السياسية السابقة، التي أفرزت لنا أزمة (حكامة سياسية)، وذلك بتأهيل وتخليق العمل السياسي والممارسة الحزبية، ومن أجل إنجاز التطور الدستوري والسياسي وتحقيق الانتقال الديمقراطي المأمول في المغرب فإن ذلك يظل رهينا بقدرة الأحزاب السياسية برمتها بما في ذلك المعارضة البرلمانية على تجاوز الأزمة التي يتخبط فيها مكونات المشهد الحزبي المغربي، والمطلوب هو تكريس مبادئ جديدة داخل الأحزاب، وتقديم الأفضل لتكون في مستوى الرهانات والتحديات التي يفترضها الانتقال الديمقراطي بالمغرب.

فالديمقراطية في نهاية المطاف هي دولة الأحزاب، لكن مرحلة ما بعد دستور 2011 إذا لم تصاحب بتغيير عميق في الثقافة السياسية السائدة داخل الأحزاب المغربية بصفة عامة، لن تنتج ممارسة سياسية جديدة تعيد الأمل والثقة للمواطن في المشاركة السياسية، وهذا الانتقال في طبيعة

الثقافة السياسية لا يمكن تحقيقه بدون هيكلة البنيات الحزبية من جديد، لأن اللحظة السياسية الراهنة تتجاوز قدرات ، كما أن المرحلة القادمة تتطلب أحزابا سياسية قادرة على المشاركة في ممارسة السلطة وعلى تحمل أعبائها كاملة غير منقوصة ومقرونة بالمحاسبة والمساءلة السياسية والمالية وحتى الإدارية، وبالتالي، فإن الأحزاب المغربية محتاجة أكثر من أي وقت مضى إلى تأهيل وتقوية قدراتها، فلم يعد مقبولا الاستمرار في مشهد حزبي فاقد لأدنى صفات ودلالات الديمقراطية كما هي متعارف عليها في التجارب المقارنة.

وصفوة القول هو أن مشروع دستور 2011 جاء بالعديد من المقتضيات التي من شأنها أن تؤهل المشهد الحزبي، و تخلق العمل الحزبي والممارسة السياسية عامة، ومن هذه المقتضيات أولا وقبل كل شيء نجد إعادة النظر في مفهوم الحزب السياسي بالمغرب، بحيث أصبح هذا الأخير بالإضافة إلى تأطير المواطنين والمواطنات المشاركة في ممارسة السلطة عبر آلية التناوب، ومن بين المقتضيات الإيجابية التي تضمنها دستور 2011 أيضا نجد النص على ضرورة أن يسير ويدبر الحزب وفق أحكام ديمقراطية تصون للأعضاء حقوقهم السياسية، وتخليق العمل الحزبي الذي عانت منه جميع الأحزاب السياسية، وبذلك يكون الدستور الجديد قد وضع حدا للإشكالية القانونية والدستورية وهنا يطرح تساؤل حول مدى قدرة الأحزاب السياسية المغربية على مسايرة التطورات التي تشهدها الساحة السياسية المغربية؟، وهل ستستمر الأحزاب في تدبير أمورها بنفس الطريقة التي ألفتها منذ زمن بعيد؟، وهل مستعدة لمشاركة ممارسة السلطة وتفعيل الآليات الرقابية الدستورية؟.

حكمة تدبير الشأن الترابي في ضوء القانون التنظيمي للجماعات

عبد الاله طلوع: باحث في سلك الدكتوراه،

كلية الحقوق ، جامعة الحسن الأول سطات

يقتضي فعل الحكامة في المجال الترابي ، سلسلة متكاملة من البرامج والمبادرات والآليات التي تهدف إلى التأهيل المندمج لأجهزة تدبير الشأن العام والجماعي، في علاقتها بالأفراد والمؤسسات، والتي تستند بالضرورة على سياسات عمومية ترابية مندمجة ودائمة، ونمو اقتصادي منصف يمكن الجميع من الاستفادة من خيارات وإمكانيات الجماعة، وهذا طبعا يعتمد بالأساس على نظام تدبيري فعال وانفتاح مسؤول ومتوازن، يرتكزان على العمل التشاركي الفاعل.

وإذا كان فعل الحكامة يرتكز بالاساس على مقومات ضابطة له، فهو لايمكن أن يحيد عن ضمانات ومبادئ بمثابة مدخل إلى التدبير الترابي، منها النظام الجبائي المحلي، الأمر الذي يفرض الوقوف بداية على دسترة مبادئ و ضمانات حكمة تدبير الشأن المحلي (المطلب الأول) ثم الضمانات الدستورية لتفعيل مبادئ الحكامة الإدارية بالجماعات (المطلب الثاني).

وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الورقة.

المطلب الأول: دسترة مبادئ و ضمانات حكمة تدبير الشأن المحلي.

نص المشرع الدستوري، في الباب التاسع المتعلق بتدبير الجماعات الترابية، على مجموعة من المبادئ والتي تعكس حضور فلسفة الحكامة الإدارية بالجماعات الترابية، ومنه سنحاول إبراز مظاهر الحكامة في تدبير الجماعات الترابية في (الفقرة الأولى) ثم الضمانات التي سطرها دستور 2011 لتفعيل مبادئ الحكامة الادارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمظهرات حكمة تدبير الشأن المحلي.

أولاً: التنصيص الدستوري لمبادئ حكمة تدبير الجماعات.

تضمن دستور 2011 العديد من المقترحات والمبادئ الدستورية المؤسسة لحكمة الجماعات الترابية، فمنها تمتع الجماعات بالاستقلال الإداري والمالي في تدبير شؤونها، وهذا ما نص عليه في الفصل 135 من دستور¹، وتنتخب مجالسها بالاقتراع العام المباشر .

¹: الفصل 135 من دستور 2011. (... الجماعات الترابية أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام، تسيير شؤونها بكيفية ديمقراطية...)

ومن المقترحات الدستورية الأساسية المتعلقة بالحكومة الإدارية، تلك المنصوص عليه في الفصل 136 من الدستور والتي جاء فيها بأن (..يرتكز التنظيم الجهوي والترابي على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، ويؤمن مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة..¹)، وقد أنط المشرع الدستوري بالجماعات الترابية، ممارسة العديد من الصلاحيات، منها ما ورد في الفصل 137 من أن (..تساهم الجهات والجماعات الترابية الأخرى في تفعيل السياسية العامة للدولة، وفي إعداد السياسات الترابية، من خلال ممثلها في مجلس المستشارين²).

ومن مقومات وشروط الحكومة ما جاء في الفصل 139 من الدستور 2011، والذي نص على أن) تضع مجالس الجهات والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنين والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها.

يمكن للمواطنين والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله³

كما أن تخصيص المشرع الدستوري الباب التاسع للجماعات الترابية يعد مكسبا كبيرا لتوطيد دعائم الحكومة الادارية بالجماعات الترابية، حيث نص على عدة مبادئ تعد ترجمة للحكومة الإدارية، ومنها التدبير الحر للشأن المحلي، ثم مبدأ التفريع و مبدأ التضامن الترابي ومبدأ التعاضد في الوسائل وفق الفصل 144 من الدستور.⁴

ثانيا: الضمانات الدستورية لتفعيل مبادئ الحكومة الإدارية بالجماعات.

يتضمن الدستور الجديد هندسة مؤسسية منسجمة ومتناسقة في تعزيز منظومة وآليات الحكومة الديمقراطية الرشيدة، قوامها نظام للرقابة والمحاسبة و النزاهة (مكافحة الفساد).

المبادئ المترجمة للحكومة الادارية بالجماعات في دستور 2011.

- ✓ الحق في الولوج إلى المعلومات التي تمتلكها الإدارات العمومية والمؤسسات المنتخبة.
- ✓ تيسير الولوج على الوظائف العمومية حسب الاستحقاق.
- ✓ منع تضارب المصالح الشخصية مع المسؤوليات والوظائف العمومية وزجر هذه الظاهرة.
- ✓ التوزيع المنصف للمرافق العمومية على عموم التراب الوطني.

¹ : الفصل 136 من دستور 2011.
² . الفصل 137 من دستور 2011: (.. تساهم الجهات والجماعات الترابية الأخرى في تفعيل السياسة العامة للدولة، وفي إعداد السياسات الترابية، من خلال ممثلها في مجلس المستشارين...)
³ . الفصل 139 من دستور 2011.
⁴ . أحمد مفيد: الحكومة الجيدة على ضوء دستور 2011 مقال منشور بالمجلة المغربية للسياسات العمومية العدد 14 سنة 2014 حول موضوع حكومة السياسات العمومية، ص 15.

✓ المساواة بين المواطنين في الاستفادة من خدمات المرافق العمومية.
✓ الشفافية والمحاسبة وحكم القانون والنزاهة وخدمة المصلحة العامة.
✓ التصريح بممتلكات ذوي المسؤوليات قبل تسلم المهام وخلال ممارستها وبعد الانقطاع عن ممارستها.

✓ ضمان حرية القضاة بمن فهم قضاة المحاكم المالية في التعبير عن آرائهم وتأسيس أو الانخراط في جمعيات مهنية.

الفقرة الثانية: دسترة المقاربة التشاركية وضرورة التنمية المحلية.

يعتبر التدبير التشاركي إحدى مبادئ الحكامة الترابية، والذي يروم إشراك المجتمع المدني في تدبير الشأن المحلي، وقد عمل المشرع الدستوري على التنصيص على المقاربة التشاركية بموجب المواد 14/13/12 ثم أفرد لها قانون تنظيمي يحدد شروط وحالات اللجوء إلى الديمقراطية التشاركية، التي تتعدد دلالاتها (أولا) ثم ما هي الآليات القانونية لممارسة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات (ثانيا).

أولا: مفهوم المقاربة التشاركية.

المقاربة التشاركية مجموعة من الطرق والأساليب التي تساعد الجماعات على التدبير الذاتي بحصولها على الثقة في النفس وعلى الفهم والشعور بامتلاك مشاريع التنمية التي ستحدث تغييرات دائمة، هذه الطرق والأساليب تستهدف احترام كرامة الأفراد وتحسين ظروف عيشهم، كما أن إشراكهم مقرون بالتزامهم وبموافقتهم على تحمل المسؤولية وعلى التحسينات المقترحة هذه الطرق والأساليب تهدف إلى:

- تشجيع مشاركة الأفراد في أنشطة المجموعة دون الأخذ بعين الاعتبار السن والجنس والطبقة الاجتماعية أو المستوى التعليمي .
- تنمية الثقة في النفس والشعور بالمسؤولية من أجل اتخاذ القرارات .
- تيسير عملية التخطيط الجماعي والمساعدة على إغناء التعاون والتعاضد، والعمل على احترام معارف وقدرات الجميع .

¹ سليمان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية مقال منشور بمجلة العلوم القانونية سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية عدد خاص حول موضوع الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب- التجليات- الوظائف- البناء الديمقراطي العدد الثالث ص 28 .

● إحداث شراكات بين الجماعات فيما بينها والمنظمات غير الحكومية والقطاع الخاص والمنظمات المتخصصة في التنمية¹.

في هذه الحالة تعتمد التنمية على القدرات والموارد المحلية من أجل إنجاح الحلول المقترحة محليا لمشاكل السكان عبر المساعدات الخارجية التي تقوم بإنجاز المخططات والبرامج الوطنية، وليس اعتمادا على أولويات المانحين.

تؤدي المقاربة التشاركية إلى حدوث نوع من الاستقلالية الفكرية للجماعات بدل التبعية والخنوع للآخر، سواء كان القطاع العام أم المنظمات الدولية المانحة، بحيث يصبح المواطن فاعلا ومتفاعلا و مسؤولا، يمكنه اتخاذ القرار بنفسه والتحكم في مصيره واختيار الحلول لمشاكله وبالتالي تنمية نفسه بنفسه²، ويمكن اختصار مفهوم المقاربة التشاركية في عبارة "العمل مع" عوض "العمل من أجل"، بمعنى عمل في اتجاه أفقي عوض الاتجاه العمودي من أعلى إلى أسفل، كما تعمل أغلب الحكومات والمؤسسات العمومية في الأنظمة المركزية التي تفرض على شعوبها سياسات فوقية دون استشارتها ودون إشراكها في التنفيذ والتتبع والتقييم، وهذا ما يفسر فشل هذه السياسات بالرغم من صرف أموال طائلة على الدراسات القبيلية التي ينجزها أحسن الخبراء.

بعبارة أخرى المقاربة التشاركية جاءت لتصحيح المنهجية المعتمدة في العمل العمومي والمتمثلة في الاعتماد على الخبير وعلى القطاع العام في إنجاز مشاريع وبرامج التنمية دون إشراك المواطنين المستفيدين من هذه التنمية³، كما جاءت لتصحيح أيضا المنهجية المعاكسة التي التجأ إليها المجتمع المدني والمتمثلة في استشارة وإشراك المستفيدين دون الرجوع إلى الخبير ودون الاعتماد على إمكانيات وقدرات القطاع العام، تطبيقا للمثل الشعبي "اسأل المجرب ولا تسأل الطبيب" وهو عكس ما تعمل به السياسات الحكومية أي "اسأل الطبيب و لا تسأل المجرب"، والمطلوب وفق المقاربة التشاركية : "اسأل الطبيب والمجرب معا". ولقد أصبحت كل المنظمات التنموية الدولية تعتمد هذه المقاربة وتفرضها على البرامج والمشاريع التي تقوم بتمويلها، كما بدأ العمل بها من طرف بعض المؤسسات العمومية المغربية المانحة كوكالة التنمية الاجتماعية، إذ نجدها هي أيضا تشترط تطبيق هذه المقاربة في المشاريع التي تمولها، وهذا نموذج من النصوص الخاصة بتعريف المقاربة التشاركية المنشورة في بعض وثائقها : "مقاربة تهدف إلى تنمية يشارك فيها السكان المعنيون مشاركة فعالة، تهدف هذه المقاربة إلى تأهيل الأشخاص والجماعات

1 . سليمان التجريبي: الآليات الدستورية لمساهمة المجتمع المدني والمواطنين في العملية التشريعية مرجع سابق ص 30 .
2. وتعد المقاربة التشاركية عملية تنقل الناس من وضعية الانتظار التي ينتجها الفهم غير السليم والممارسة الخاطئة للمقاربة الحقوقية، إلى المبادرة والفعل، وتكون المساعدات الخارجية في هذه الحالة (المساعدات المالية والتقنية) للتغلب على المعوقات.
3 . أحمد الحجاجي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية لسلسلة الدراسات الدستورية والسياسية العدد الثالث، ص 55.

وجعلهم قادرين على تبني حلول يتحملون مسؤولية اختيارها وإنجازها.. وهو أسلوب للتعلم من ومع أعضاء المجتمع لتشخيص، وتحليل، وتقييم الاكراهات، والمؤهلات واتخاذ قرارات أو اختيار حلول معينة تجاه المشروعات التنموية.

ثانيا: الآليات القانونية لممارسة التدبير التشاركي.

منح القانون التنظيمي للجماعات اختصاص إعداد برامجها التنموية والتي على أساسها يتم تحديد الأعمال التنموية المزمع إنجازها أو المساهمة فيها بتراب الجماعة خلال مدة ست سنوات، وذلك في انسجام مع البرامج الوطنية وبرنامج الجماعة وفق منهج تشاركي وبتنسيق مع السلطة الإدارية بحيث يجب أن يتضمن البرنامج تشخيصا لحاجيات وإمكانيات الجماعة وتحديد أولوياتها وتقييما لمواردها ونفقاتها التقديرية الخاصة بالسنوات الثلاث الأولى مع أخذ مقاربة النوع بعين الاعتبار¹.

ومن الآليات التشاركية الحديثة والمتقدمة من حيث مستوى المشاركة نخص بشيء من التفصيل البعض منها

أ - ضمان حق المعارضة في رئاسة إحدى اللجان الدائمة:

بناء على المادة 25 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات يحدث مجلس الجماعة خلال أول دورة يعقدها بعد المصادقة على النظام الداخلي لجنتين دائمتين على الأقل وخمسة² على الأكثر يعهد إليها بدراسة القضايا التالية:

• الميزانية والشؤون المالية والبرمجة.

• المرافق العمومية والخدمات

ويحدد النظام الداخلي عدد اللجان الدائمة وتسميتها والهدف منها وكيفية تأليفها بحيث تخصص رئاسة إحدى هذه اللجان للمعارضة يتولى النظام الداخلي تحديد كيفية ممارسة هذا الحق³.

ب - تقديم العرائض:

منح الدستور المغربي 2011 إمكانية تقديم عرائض يكون الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله و بناء على الفقرة الثانية من الفصل 139 من الدستور يتم التمييز بين نوعين من العرائض العريضة المقدمة من طرف المواطنين وتلك المقدمة من طرف الجمعيات مع ضرورة استقاء جملة من الشروط حيث تنص المادة 123 من القانون التنظيمي على أن المواطنين

¹: المادة 78 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات.

²: المادة 25 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات.

³: المادة 27 من القانون التنظيمي المتعلق بالجماعات.

والمواطنين الراغبين في تقديم العريضة يجب أن يكونوا من ساكنة الجماعة أو يمارسوا بها نشاطا اقتصاديا أو تجاريا أو مهنيا، أن تتوفر فيهم شروط التسجيل في اللوائح الانتخابية العامة ولهم مصلحة مباشرة مشتركة في تقديم العريضة ، على أن لا يقل عدد التوقيعات عن 100 توقيع بالنسبة للجماعات التي يقل عدد سكانها عن 35.000 نسمة و200 توقيع بالنسبة لغيرها من الجماعات أما الجماعات ذات نظام المقاطعات فيجب ألا يقل عدد الموقعين على 400 مواطنة ومواطن¹.

ومن جملة الشروط التي يجب أن تستوفيها الجمعيات بناء على المادة 124 من نفس القانون التنظيمي أن تكون الجمعية معترفا بها ومؤسسة في المغرب لمدة تزيد على ثلاث سنوات وأن تكون في وضعية سليمة إزاء القوانين والأنظمة الجاري بها العمل وأن يكون مقرها أو أحد فروعها واقعا بتراب الجماعة المعنية بالعريضة وأخيرا أن يكون نشاطها مرتبطا بموضوع العريضة.

أما مسطرة وكيفية إيداع العرائض فذلك ما توضحه المادة 125 من نفس القانون حيث توضع العرائض بادئ ذي بدء لدى رئيس الجماعة الذي يحيلها على مكتب المجلس للتحقق من توفرها على الشروط الضرورية وفي حالة قبولها يخبر رئيس المجلس بذلك وكيل العريضة أو الممثل القانوني للجمعية حسب الحالة، ثم تسجل في جدول أعمال المجلس في الدورة العادية الموالية وتحال إلى اللجنة أو اللجان الدائمة المتخصصة لدراستها قبل عرضها على المجلس للتداول في شأنها.

وفي حالة رفض العريضة يتعين تبليغ المعنيين بالأمر بقرار الرفض وبأسبابه وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ التوصل بالعريضة وبمقتضى نص تنظيمي يتم تحديد شكل العريضة والوثائق التي يتعين إرفاقها بها.

المطلب الثاني: إصلاح النظام الجبائي المحلي كمدخل لحكامته.

إن تحديد النظام الجبائي المحلي يجب ألا يتم في معزل عن الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، التي تتحكم في تحديد مضمونها وأهدافها، والتي تتحدد على المستوى المركزي من خلال السلطات العمومية المختصة، كما لا يجب أن يكون خارج سياق هذا التحول الذي تشهده الدولة على مستوى أدوارها ووظائفها².

فدواعي المطالبة بإصلاح قانون الجبايات المحلية 47.06 ترجع لوجود عدة ثغرات من طبيعة التي حملها هذا القانون، وتلك التي أبان عنها تطبيقه على أرض الواقع منذ أربع سنوات، كما ينطلق أيضا من ضرورة مواكبته للسياسة الجهوية وإعادة توزيع الأدوار بين الدولة والجماعات الترابية، وتعميق

¹: أحمد أحمادي: مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية العدد الثالث، ص 55.

²: هشام مليح: الدولة والجبايات المحلية ، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد الرابع، مطبعة الأمنية - الرباط ص 3

الديمقراطية المحلية، تنزيلاً لمستجدات الدستور الجديد في مجال التنظيم الترابي للمملكة، و حكمة تدبير المرافق العمومية.¹، لذلك فالعديد من المهتمين بالحقل الجبائي ينادون اليوم بضرورة إصدار قانون جديد للجبايات المحلية يساهم في تحقيق المبادئ الترابية الكبرى التي جاءت في الوثيقة الدستورية الجديدة المغربية، ولهذا سنحاول في هذا المطلب إبراز وتقديم المبادئ الجديدة لإصلاح نظام الجبايات المحلية (الفقرة الأولى)، ثم ضرورة عقلانية وعاء وتحصيل الموارد الجبائية المحلية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المبادئ المحددة لحكمة تدبير مداخل الجماعات.

إن إصلاح النظام الجبائي المحلي، يجب أن يواكب ويجسد المبادئ الدستورية، والتي عملت على إعادة هندسة العلاقة بين الدولة والجماعات الترابية إن وضعت بالشكل المطلوب وبالشكل الذي خطط له، فالإصلاح لا يمكن له أن يتم إلا إذا وضعت المبادئ الدستورية، فبغيا التفعيل الحقيقي لها، وغياب الوعي الديمقراطي لدى الفاعلين في هذا الإطار، لا يمكن الحديث عن أي إصلاح للنظام الجبائي المحلي. إلا وفق مبادئ الحكامة.

أولاً: مبدأ المشاركة والشفافية.

شكلت الجبايات ولا تزال منظومة لها حساسية خاصة كواقعة سياسية، تعكس جدلية العلاقة بين الدولة كسلطة عامة تتمتع بشرعية الفرض الجبائي والمواطن كمعنى مباشر بالتضريب الجبائي، هذه العلاقة انطبعت في جانب كبير من مساحتها التاريخية باتجاه أحادي غلب على الدوام منطق الجباية كواجب مفروض، ولم يكن يهتم بشروط التفاعل الايجابي بين منطق الواجب هذا ومنطق الحق الذي يجعل "المواطن" في كل الأحوال "راض" عن أداء واجبه الجبائي².

وقد عمل الدستور المغربي الجديد على إقرار المقاربة التشاركية للمساهمة في اتخاذ القرار العام الوطني والمحلي بواسطة المواطنين والجمعيات والفاعلين الاجتماعيين، ومن خلال عدة صور، بدءاً من تلقي المرافق العمومية لملاحظات مرتفقيها، واقتراحاتهم وتظلماتهم، وتأمين تتبعها (الفصل 156)، ولا يقتصر الأمر فقط على إبداء الملاحظات، بل يتعداها، وفي إطار الديمقراطية التشاركية، إلى إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها من طرف الجمعيات المهمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية (الفصل 12)، أو مباشرة من لدن السكان الذين سيشاركون في تدبير شؤونهم المحلية المؤمنة بواسطة الجماعات الترابية، والرفع بالتالي من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة (الفصل 136).

¹: كريم لحرش: تدبير مالية الجماعات المحلية بالمغرب، سلسلة اللامركزية والإدارة المحلية، مطبعة طوب بريس، ط 2011 ص 20.
²: سعيد جفري: الحكامة وأخواتها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة أولى 2010، ص 213.

وقد عمل الدستور على إيلاء مبدأ المشاركة مكانة متميزة داخل الهندسة الدستورية الجديدة، حيث نص في الفصل 139 على أن مجالس الجهات والجماعات الترابية تضع آليات تشاركية للحوار والتشاور لتسيير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها، أو من خلال الفصل 136 الذي أكد على أن من بين مرتكزات التنظيم الترابي تأمين مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية والمندمجة والمستدامة. أما في فصله 137 فقد أكد الدستور الجديد على أن الجهات والجماعات الترابية تساهم في إعداد السياسات الترابية من خلال ممثليها في مجلس المستشارين.

إذن فالمشاركة الجبائية بالتوجه السابق، بالإمكان أجرأتها وتفعيلها انطلاقاً من الإمكانيات التي توفرها آلية المقاربة التشاركية، هذه الأخيرة يمكن اعتبارها أسلوباً للتدبير يسمح باستغلال القدرات الإبداعية التشاركية (عن طريق الإشارك والتشارك)، لمختلف الهيئات والفاعلين (القطاع الخاص والمجتمع المدني)، وذلك لأجل المساهمة وتتبع مجمل مراحل اتخاذ القرار بهدف الوصول إلى النتائج المنتظرة، والمقاربة التشاركية بهذا التحديد المفاهيمي، ليست أسلوباً مجرداً بل إنه مثل أي هندسة لا بد له من تخطيط وبرمجة وتتبع ومراقبة من خلال صيرورة تنبني على تحديد الأهداف التي يروم إليها الأداء الجبائي، ووضع المؤشرات التي يلزم أن تحكم هذا الأداء ثم تنفيذ وإنجاز العمليات المنشودة، تلي ذلك مرحلة تتبع وتقييم الفعل والأداء الجبائين عن طريق الحكامة التشاركية¹.

لقد كانت نقطة التحول نحو الشفافية في المغرب، عندما طالب الملك الراحل الحسن الثاني، من البنك الدولي إنجاز تقرير موضوعي حول حالة المغرب الاقتصادية والاجتماعية، والتي توجت بنشر تقرير على العموم سنة 1995، حيث عبر الملك الراحل لعبارته الشهيرة (إن المغرب يوجد على أبواب السكينة القلبية)، إثر ذلك أعطى تعليماته ببدء مسار جديد يستلهم مبادئ وآليات الحكامة، فأشرف على تداول السلطة سنة 1998.

كما تفيد الشفافية في المجال الجبائي الترابي بالأساس الحق في الاطلاع على الوثائق الإدارية والمالية المرتبطة بالشأن الجبائي، ووضعها رهن إشارة العموم للاطلاع عليها، بما يضمن شفافية المساطر والإجراءات الجبائية الخاصة بعمليات الفرض والتصفية والتحصيل الجبائي، ومعيار الشفافية في المجال الجبائي يثير أكثر من إشكال سواء في الجانب العلني الذي من المفترض أن يحكم طبيعة العلاقة بين كل من الإدارة الجبائية والملمزم، أو في الجانب التدبيري للمنظومة الجبائية نفسها عن طريق آلية الإعلام

¹: المقاربة التشاركية تتضمن في أدبياتها المرجعية الطرق والأساليب التي تساعد الجماعات على التدبير الذاتي، بحصولها على الثقة في النفس وعلى الفهم والشعور بامتلاك مشاريع التنمية التي ستحدث تغييرات دائمة، هذه الطرق والأساليب تستهدف احترام كرامة الناس وتحسين ظروف عيشهم، كما أن إشراكهم مقرون بالتزامهم وبموافقتهم على تحمل المسؤولية وعلى التحسينات المقترحة. ويمكن اختصار مفهوم المقاربة التشاركية في عبارة "العمل مع" عوض "العمل من أجل"، بمعنى العمل في الاتجاه الأفقي عوض الاتجاه العمودي من أعلى إلى أسفل، كما تعمل أغلب الحكومات والمؤسسات العمومية في الأنظمة المركزية التي تفرض على شعوبها سياسات فوقية دون استشارتها ودون إشراكها في التنفيذ والتتبع والتقييم، وهذا ما يفسر فشل هذه السياسات بالرغم من صرف أموال طائلة على الدراسات القلبية التي ينجزها الخبراء.

الجبائي، وما يعنيه ذلك من إشاعة للثقافة الجبائية وللتوعية الجبائية بل وللتربية الجبائية بين عموم المواطنين والملزمين¹، ذلك أن ضعف التوعية الجبائية بالإمكان اعتباره سببا مباشرا في ضعف المردودية الجبائية.

وقد عمل الدستور في باب الحكامة الجيدة على التذويص على أن المرافق العمومية تخضع لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية، كما أكد في الفصل 155 على أن أعوان المرافق العمومية يمارسون وظائفهم وفق مبادئ احترام القانون والشفافية.

ثانيا: مبدأ التضامن المالي بين الجماعات الترابية.

يعد إحداث صندوق للتأهيل الاجتماعي خطوة جديد في مجال تقليص التفاوتات بين الجماعات و الجماعات الترابية الأخرى، حيث تلتزم الدولة بإحداثه وتكريسه قانونا لمعالجة العجز الملحوظ في قطاعات حيوية من البنيات التحتية والخدمات الاجتماعية، وذلك على مدى 12 سنة².

ثالثا: تحقيق مبدأ العدالة الجبائية المحلية.

يعكس إصلاح النظام الجبائي المحلي عدالة جميع الملزمين أمام الجبايات المحلية، و مراعاة مقدرتهم التكلفية، و عدالة توزيع هذه الموارد الجبائية بشكل يتناسب مع الجماعات، فمبدأ العدالة الجبائية³، يقتضي بأن يكون توزيع الواجب الجبائي بين مختلف الخاضعين حسب مقدرتهم على الدفع⁴، أي ما يحصلون عليه من دخل وما يمتلكونه من مال، ويقوى هذا المبدأ لارتباطه الوثيق مع مبدأ المساواة أمام القانون، لكونه يسمح بتوزيع العبء الضريبي بين جميع الأفراد بكيفية متساوية⁵، وذلك سعيا وراء تحقيق عدالة جبائية تلائم وضعية الخاضع وأن تأخذ بعين الاعتبار حالته الشخصية والخاصة، لذا يجب التأكد من أن العدالة الجبائية قد تمت مراعاتها في أي نظام جبائي⁶، لكن هذا الهدف لن يتأتى من خلال التدقيق بالنصوص القانونية فحسب، لأن المكتسبات القانونية لا يجب أن تحجب عدة نقائص على المستوى الواقعي، كغياب

¹: حميد أبولاس: "قراءة عملية للجباية المحلية على ضوء القانون الجديد رقم 47.06"، أنظر الرابط: <http://www.droitplus.ma/images/aboulas-art.pdf>

²: دراسة حول اللامركزية الإدارية والسياسية في المغرب وإسبانيا، من إنجاز مجموعة الكتاب، مطبعة سبارطيل، سنة 2010.
³: حاول بعض الفقهاء القانونيين تعريف العدالة الجبائية من قبيل jacqueperecebois والذي يقول على "أن العدالة الضريبية هي التي تعمل على أن تكون منصفة equitable وذلك بتوزيعها للعبء الضريبي بحيث يتحمل كل واحد جزؤه العادل" وهي بالتالي أداة يتم من خلالها تقسيم عبء النفقات العامة على كل الملزمين وتعمل على التخفيف من التفاوت الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع، وبذلك فهذا الفقيه يحاول تحديد مفهوم العدالة الضريبية وذلك من خلال الغاية التي تسعى لتحقيقها.

أما جون رولز فيعتبر العدالة الضريبية هي تلك العدالة التوزيعية التي تعتمد على فكرة أن المجتمع يجب أن ينظم بمقتضى بنیان توزيعي ولا يسمح بالتضحية ببعض أفراده باسم تحقيق المنفعة لعدد أكبر من أفرادهم، كما يؤكد على أن العدالة الضريبية لا تشكل هدفا في حد ذاتها بل هي عبارة عن محاولة إيجاد مؤسسات تركز على منطق تعاقدية يتسم بالتفاوض شبه الدائم بين أفرادهم عقلانيين إلى درجة تجاهلهم لأحكامهم المسبقة وكذلك لمصالحهم.

أما بيرنارد ديفيناى فقد ذهب لربط العدالة الضريبية بدخول المكلفين حيث يرى أن هذا المفهوم يتحقق عندما يسهم كل الخاضعين للضريبة في تغطية النفقات العامة بما يتناسب مع دخل كل منهم، وقد وضع برينارد ديفيناى عدة شروط لتحقيق العدالة من وجهة نظره

⁴: ينص الفصل 39 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على أنه "على الجميع أن يتحمل كل قدر استطاعته، التكاليف العمومية التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور".

⁵: مصطفى منار: "الانقطاع الضريبي والعدالة الاجتماعية"، بدون دار نشر، مؤلف جامعي، السنة الجامعية 2007 ص 18.

⁶: مصطفى منار، نفس المرجع ص 19.

شفافية جبائية تركز لنزعة التباعد والتناظر بين طرفي العدالة الجبائية، وتجعل الكثير من الخاضعين يشعرون بعبء جبائي، خاصة إذا كانت الأداة الاتفاقية الترايبية لا تلعب أي دور في إقامة هذه العدالة، الأمر الذي يقابل بردود أفعال سلبية من طرف الخاضعين في مختلف الممارسات (كالتهرب، الغش الضريبي...).

أيضا غموض المساطر والتدابير الخاصة بالجباية المحلية، وعدم وضوحها أمام المعنيين، بما يمنع من التحقق من التوزيع العادل للأعباء الجبائية على كافة الشرائح الاجتماعية، يترك مجالا لانتشار ظاهرة الزبونة والمحسوبية، التي تعبر عن ممارسة منافية لأهداف الشفافية، فهي تقدم فئة على حساب فئة أخرى، وتعتمد على روابط وعلاقات شخصية، هدفها عدم تحمل العبء الجبائي، وهي بهذا تفوت مداخل مهمة على خزينة المستويات الترايبية والتي هي في أمس الحاجة إليها.

الفقرة الثانية: عقلانية وعاء وتحصيل الجبايات المحلية.

أولاً: ضرورة تبسيط مساطر الوعاء والتحصيل الجبائي المحلي.

لكل مرحلة ميكانيزماتها وآلياتها واستراتيجياتها، لذلك وجب على المشرع المغربي، العمل على تبسيط الإجراءات المسطرية الناظمة للجبايات المحلية، وذلك في اتجاه خلق جو من الثقة المتبادلة بين كل من الملزم والإدارة الجبائية المحلية.

ثانياً: توسيع السلطة الجبائية للجماعات وإعادة توزيع جباياتها المالية.

وذلك بتمكينها من سلطة اختيار الأوعية الجبائية التي تناسبها، ومنحها إمكانية الاقتراح والمساهمة في تحديد الإعفاءات والتخفيضات التي تندرج مع واقعها الترايبية وخصائصها، بالإضافة إلى منحها سلطة واسعة في إحصاء وتحصيل أوعيتها، والقيام بعملية المراقبة والتفتيش، وذلك من أجل تمكينها فعلاً من حرية إدارة شؤونها، واتخاذ المبادرة وتحقيق فعالية التدبير ووضوح الفعل العمومي والمسؤولية والديمقراطية المحلية¹.

تعتمد إعادة توزيع جبايات الجماعات و عائداتها المالية على اعتماد مفاتيح جديد لتوزيع الموارد الجبائية بين الدولة والجهات من جهة، وما بين الجهة وباقي الجماعات الترايبية الأخرى، وما بين هذه الأخيرة فيما بينها، وذلك على أساس حجم الاختصاصات الموكولة لكل مستوى من مستويات اللامركزية الترايبية، وإقرار آليات جديدة للتعاون والتضامن الجبائي، داخل الهندسة اللامركزية المتعددة المستويات،

¹ Abdellatif ouerdighi : vers une réforme de la fiscalité des collectivités locales au Maroc mémoire de fin d'étude pour l'obtention du diplôme du cycle supérieur en gestion administrative , école nationale d'administration, 2003-2005p, 87.

بحيث يتم توزيع المادة الجبائية عمودا وأفقيا بشكل جيد، وذلك وفق منطق جديد لعلاقات الدولة بالجماعات الترابية¹.

ثالثا: عقلنة عملية التحصيل ومواكبة الإصلاح بإجراءات وإمكانات بشرية ومادية لإنجاحه.

وذلك بتعزيز أساليب التحصيل الرضائي، وتيسير عملية الأداء عن طريق تمديد الآجال، والرفع من قيمة الجزاءات بحيث تتناسب تصاعديا مع طول مدة التأخر عن الأداء، مع إقرار إمكانية الأداء عن طريق أقساط في حالة ثبوت حسن النية لدى الملزمين المحليين، وإصدار الرسوم بأسماء الأشخاص الطبيعيين وليس بإسم الأشخاص المعنويين، بالنسبة للمقاولات والشركات، تفاديا لكل تملص ضريبي.

ومواكبة الإصلاح بالإجراءات والإمكانات البشرية والمادية الضرورية لإنجاحه، وذلك عن طريق اعتماد استراتيجية جديدة لتكوين الموظفين الجماعيين، وتعزيز الإدارة الجبائية المحلية بالأطر الكافية وذات التكوين العالي والمتخصص²، وتوفير الوسائل المادية والمعلوماتية اللازمة لقيامها بمهامها، وخلق آليات للتنسيق والتعاون بين مختلف المتدخلين في تدبير الجبايات المحلية، تعتمد على قاعدة مشتركة للبيانات.

الخاتمة

تعتبر الجماعات فاعلا ترابيا أساسيا ومهما في تدبير الشأن المحلي و تحقيق التنمية المحلية في مختلف المجالات (الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، إلا أن الممارسة العملية أبانت عن عدة مظاهر القصور في أداء الجماعات للأدوار المنوطة بها في تحقيق التنمية، وإن كان البعض يرد ذلك إلى غياب سياسة معقنة في مجال تدبير شأن المحلي، فإن قصور القوانين المنظمة لاختصاصات المجالس الجماعية يبقى العائق الأكبر في تحقيق هذا الدور، ثم إن محدودية الموارد المالية لبعض الجماعات تقف حجر عثرة في سبيل التنمية، إضافة إلى المعوقات المرتبطة بالعنصر البشري كأهم دعامة في التنمية. وبالتالي حاولنا خلال هذا الفصل تحليل ومقاربة مظاهر محدودية آليات تدبير الشأن المحلي على المستوى النص القانوني ثم الاختلالات المرتبطة بتدبير منظومة الجبائية المحلية مع تركيزنا على الاكراهات التي يعرفها تدبير العنصر البشري بالجماعات، وقد حاولنا تقديم مداخل تحقيق حكمة تدبير الشأن الترابي المحلي، على مستوى تكريس مبادئ الحكامة في تدبير مداخل الجماعات وفق مبدأ المشاركة والشفافية ومبدأ التضامن المالي بين الجماعات الترابية، و تحقيق مبدأ العدالة الجبائية المحلية.

¹: Guy Gilbert Alain guengaunt : la fiscalité locale en questions , 2^{ème} édition , Montchrestien, 1998, p : 91.
²: محمد شكيري: إصلاح المنظومة الجبائية المحلية بين أهداف الإصلاح وإكراهات الواقع، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 79-78، يناير - أبريل 2008، ص 180.

حدود السلطة المالية للبرلمان بالمغرب بعد دستور 2011

د. عبد الرفيع زعنون

باحث في القانون العام والعلوم السياسية.

جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة

مقدمة

ظل البرلمان طيلة التطور الدستوري والسياسي للمغرب حبيس أدوار تقليدية لا تتجاوز إسناد العمل الحكومي، في ظل قيود ذاتية وموضوعية تحد من دوره التمثيلي وتحط من موقعه ضمن النظام السياسي، مما جعله الحلقة الأضعف سواء فيما يخص دوره الرقابي على الحكومة الذي لم يتجاوز الآليات البسيطة كالأسئلة الشفوية والكتابية مقابل عدم تفعيل الآليات المرتبة للمسؤولية السياسية، أو فيما يتعلق بدوره التشريعي الذي اتسم بالمحدودية كما ونوعاً، ومن بين المجالات التي شكلت إطاراً معيارياً لقياس التقدم الحاصل في الوعاء القانوني للبرلمان ولحقيقة التحول نحو التوازن بين السلط، نذكر المجال المالي سواء عبر إقرار القوانين المتعلقة بالمجال الاقتصادي والنقدي أو فيما يخص التأثير في مشروع القانون المالي.

وقد عمل دستور 2011 على ترسيم وتعميق الصفة التمثيلية للنظام الأساسي بالمغرب كملكية دستورية برلمانية اجتماعية، وهو ما حتم تمتيعه بوظائف جديدة تتعلق بالدبلوماسية البرلمانية وتقييم السياسات العمومية إلى جانب توسيع أدواره التقليدية الخاصة بالرقابة والتشريع، وخاصة في المجال المالي، مثل النصوص المتعلقة بتوسيع أو تعديل الأوعية الضريبية ووضع نظام الجمارك والنظام الجبائي، إلى جانب إبداء الرأي في المخططات التنموية والبرامج متعددة السنوات والمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي ترتب أعباء على المالية العمومية.

وضمن هذا التحول تم سن مقتضيات مسطرية جديدة حول كيفية وضع ودراسة مشروع القانون المالي والمصادقة عليه، حيث تم التأكيد على أن قانون المالية يصدر بالتصويت من قبل البرلمان، وهذا يعني أن لهذا الأخير الدور الحاسم في إقراره على اعتبار أن مصادقته تعد بمثابة إذن للحكومة بتحصيل الموارد وصرف النفقات العمومية.

لكن في المقابل فقد تم تمتيع الحكومة بآليات عدة للحد من السلطة المالية للبرلمان، سواء في وضع التشريعات المالية أو بتقييد دوره في مناقشة مشروع قانون المالية والتصويت عليه، بموجب مساطر استثنائية قد تبطل مفعول الضمانات الدستورية الجديدة في ظل استمرار منطق العقلة البرلمانية بصيغ

ضمنية وأخرى صريحة تُطلق يد الحكومة في مجالات من صميم العمل البرلماني.

غير أن استمرار هذا المنطق في تحجيم موقع ودور المؤسسة التشريعية في المجالات الحساسة للتدبير العمومي وبالأخص الجوانب التشريعية والرقابية المتعلقة بالمالية العمومية، لا يرتبط فقط بتكثيف التأويل الرئاسي للمقتضيات الدستورية والتنظيمية من قبل الحكومة، بل له جذور سياسية يمنح منها ترتبط أساساً بطبيعة النظام الحزبي وآليات ومسارات إنتاج النخب البرلمانية، التي لا تمتلك في الغالب الحد الأدنى من المهارات والقدرات التي تجعلها تمارس مهامها دقيقة كالتشريع المالي والتأثير الجدي على التدابير المالية التي تعتمدها الحكومة تنفيذها من خلال اقتراح تعديلات وجبهة على مشروع قانون المالية، إلى جانب ضعف الإمكانيات الموضوعية رهن اللجان الدائمة.

وفي ظل هذه الشروط والإكراهات التي تقلص بشكل عملي من فرص العمل البرلماني، تعززت مجالات وأدوات تدخل السلطة التنفيذية إلى درجة استحوادها على اختصاصات هي من صميم عمل المؤسسة التشريعية، وخاصة في بعض الميادين الاقتصادية والاجتماعية التي بحكم طبيعتها يجب أن تظل مرتبطة بالتأثير البرلماني، بكيفية تخل بمبدأ التوازن بين السلط وتكاد تنفي الصفة البرلمانية التي أصبحت لازمة في توصيف النظام السياسي بالمغرب.

إن استمرار هذا المنطق يدفعنا إلى التساؤل عن حقيقة وجود السلطة المالية للبرلمان بالمغرب وعن مجالات وحدود مساهمته في تأطير المالية العمومية سواء من خلال مهامه التشريعية المتعلقة بوضع القوانين ذات الأثر الاقتصادي أو عبر دوره في مناقشة القانون المالي السنوي والتصويت عليه، وفي ضوء هذا السؤال المركزي نتساءل عن المستجدات التي جاء بها دستور 2011 والقانون التنظيمي للمالية ومدى إسهامها في تقوية الاختصاص المالي للبرلمان؟ وما هي المداخل الممكنة للتخفيف من القيود التي تحد من دور السلطة التشريعية في التأثير في قانون مالية السنة؟

ولمعالجة هذه الإشكاليات، سنرصد بداية التطور القانوني لدور المؤسسة التشريعية في المجال المالي منذ الاستقلال وصولاً إلى دستور 2011 والقانون التنظيمي الجديد للمالية، مع التركيز على المقتضيات الموضوعية والمسطرية المرتبطة بمشروع قانون مالية السنة (المبحث الأول)، وعلى الممارسة الحكومية والبرلمانية التي أعقبت التغييرات الدستورية والتنظيمية، في محاولة لرصد القيود التي لازالت تكبل الدور المالي للبرلمان مع التركيز بشكل خاص على مسطرة وضع وإقرار قانون المالية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التشريع المالي بين الحكومة والبرلمان في ضوء دستور 2011

تضمن دستور 2011 وما تبعه من إصلاحات قانونية وتنظيمية العديد من المقتضيات الجديدة المتعلقة بالدور التشريعي للبرلمان في مجالات أساسية للتدبير العمومي كالمجال المالي، سواء من الناحية الموضوعية عبر توسيع نطاق الاختصاصات المالية للبرلمان (المطلب الأول)، أو من الناحية المسطرية

من خلال مراجعة الإجراءات المتبعة في اعتماد قوانين المالية كمدخل لتعزيز السلطة المالية للمؤسسة التشريعية، إذا ما توفرت الشروط الذاتية والموضوعية وفي حال إعمال التأويل الديمقراطي للمستجدات الدستورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطور التأطير الدستوري والتنظيمي للاختصاص المالي للبرلمان

يستمد البرلمان شرعيته من تمثيل المواطنين والدفاع عن مصالحهم عبر العديد من الآليات والمداخل القانونية، وهذه الصفة التمثيلية تعني في المقام الأول النيابة عن الأمة في تنظيم شؤونها عن طريق وضع القوانين الكفيلة بتحقيق التوازن بين المصالح الخاصة وبين المصلحة العامة، وبين متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ولعل الجانب المالي يمثل المحدد الأساسي في دور المؤسسة البرلمانية سواء تعلق الأمر بسن التشريعات المالية أو بالرقابة على كيفية صرف وتوزيع الأموال العمومية.

ويمكن القول أن الوظيفة المالية -من الناحية التاريخية- تعد من أسبق الوظائف البرلمانية وبمقتضاها يكون للبرلمان سلطة الرقابة على المالية العامة للدولة¹، مما يحتم الارتباط القوي للسلطة التشريعية بالتقرير في الجوانب المالية بموجب تعديلات جبائية تروم تصحيح عملية توزيع وإعادة توزيع الثروات والموارد بين مختلف الفئات والمناطق، ولذلك سيكون أي تهميش للدور المالي للبرلمان تناقضا مع أصول نشأته وهويته التاريخية، ومع فلسفة القانون المالي باعتباره أداة إذن وترخيص فمن خلاله يرخص البرلمان للحكومة للقيام بالعمليات المالية للدولة².

وعرف الدور المالي للبرلمان بالمغرب تطورات متباينة منذ وضع أول ميزانية عامة سنة 1958، حيث كانت تصاغ الميزانية العامة والميزانيات الملحقة قبل المرحلة الدستورية وفق منهجية يتدخل فيها كل من مجلس الوزراء و المجلس الوطني الاستشاري، ليتم العدول عن هذا الأسلوب مع إقرار أول دستور للمملكة سنة 1962 بمنح حق المبادرة للحكومة³، في ظل تحولات سياسية واقتصادية أصبحت تفرض ضرورة تأطير مساطر وضع مشاريع قوانين المالية وأجال إيداعها ومناقشتها والمصادقة عليها، وقد درجت الدساتير السابقة منذ دستور 1962 على منح البرلمان سلطة التصويت على القانون السنوي للمالية وما يتبعه من قوانين كالقانون المالي المعدل وقانون التصفية، إلى جانب نصوص قانونية أخرى تبرز دور البرلمانين في وضع المادة المالية، ارتباطا بدور ممثلي الأمة في حماية المال العام والرقابة على التدبير الحكومي فيما يتعلق بصرف وتوزيع الاعتمادات المالية وتقدير مدى ملاءمتها للأولويات الاقتصادية

¹ علي هادي حميدي الشكراوي، رافع خضر صالح شبر، الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء الدستوري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 61.

² رشيد الموسوي، المالية العامة، الطبعة الأولى، مطبعة سبارطيل، 2013، طنجة، ص 110.

³ أحمد أعراب، العقلنة البرلمانية في مجال المالية العمومية: نحو تطور قانوني ومؤسسي في منهجية الصياغة والإقرار، المجلة المغربية للسياسات العمومية، عدد خاص (24)، شتاء 2018، ص 31.

والاجتماعية للبلاد.

ومن أجل التحديد المسطري للاختصاص المالي للبرلمان تم العمل على وضع القواعد والشروط المتعلقة بإيداع ومناقشة القانون المالي والتصويت عليه، بموجب قانون تنظيمي للمالية تعرض لتعديلات متتالية في اتجاه ملاءمته مع المستجدات الدستورية والسياسية، حيث صدر أول قانون تنظيمي للمالية سنة 1963 تم بموجبه توحيد عملة احتساب الموارد والنفقات العمومية بالدرهم بدل البسيطة في المنطقة الخلفية والفرنك في منطقة الحماية الفرنسية، والذي حل محله القانون التنظيمي للمالية الصادر في أكتوبر 1970 قبل تعويضه بقانون تنظيمي آخر سنة 1972²، الذي أشار في فصله الثاني إلى أنه يعتبر في حكم قانون المالية كل من قانون مالية السنة والقوانين المالية المعدلة له وقانون التصفية.

وفي سياق تكييف المساطر المتعلقة بالقانون المالي مع مقتضيات المراجعة الدستورية لسنة 1996 فقد صدر القانون التنظيمي رقم 7.98 سنة 1998³ الذي رغم تكريسه لمبدأ شمولية الاعتمادات من حيث المضمون، فقد سار في اتجاه ضيق يُرجح أولوية التوازن المالي والاقتصادي عند وضع القانون المالي السنوي، حيث أعطى بشكل واضح الحق للحكومة بمفردها في تحضير مشاريع قوانين المالية⁴، مقابل تحجيم مساهمة البرلمان في إعدادها ومناقشتها وحتى في المصادقة عليها في ظل إفراغ الترخيص البرلماني من مضمونه بالنظر للصلاحيات الواسعة التي يملكها الجهاز التنفيذي على حساب الجهاز التشريعي⁵، ليتم تغييره وتنميته بموجب القانون التنظيمي رقم 14.00 سنة 2000⁶، والذي تميز بجرد نوع الوثائق والمعلومات الواجب إرفاقها بالمشروع قصد مد البرلمانين بالمعطيات اللازمة لتحليله ومناقشته.

وشكل ربط قانون المالية بالسياسات العمومية باعثا على مراجعة القانون التنظيمي للمالية منذ اعتماد فرنسا لإصلاح جوهرى للمساطر المالية، إثر صدور قانون تنظيمي للمالية سنة 2001⁷ يتمحور حول تحديث التدبير العمومي وتوازن الحكومة والبرلمان في المجال المالي⁸، والذي عمل على الانتقال

¹ظهير شريف رقم 1.70.207 بتاريخ فاتح شعبان 1390 (3 أكتوبر 1970) بمثابة القانون التنظيمي للمالية، الجريدة الرسمية عدد 3022-مكرر بتاريخ 1970/10/05 الصفحة 2415

²ظهير شريف رقم 1.72.260 بتاريخ 9 شعبان 1392 (18 شتنبر 1972) بمثابة القانون التنظيمي للمالية، الجريدة الرسمية عدد 3125 بتاريخ 1972/09/20 الصفحة 2379

³ظهير شريف رقم 1.98.138 صادر في 7 شعبان 1419 (26 نوفمبر 1998) بتنفيذ القانون التنظيمي للمالية رقم 7.98، الجريدة الرسمية عدد 4644 بتاريخ 1998/12/03 الصفحة 3297

⁴محمد بوعزيز، القانون البرلماني المغربي، مسطرة التشريع دراسة نظرية وتطبيقية، دار القلم، الرباط، 2005، ص 27.

⁵محمد حيمود، تقييم السياسات العمومية على ضوء القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 13.13، مجلة دفاتر الحكامة، العدد 2، مطبعة إماليف، سلا، 2015، ص 28.

⁶ظهير شريف رقم 1.00.195 صادر في 14 من محرم 1421 (19 أبريل 2000) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14.00 القاضي بتغيير وتنظيم القانون التنظيمي رقم 7.98 لقانون المالية، الجريدة الرسمية عدد 4788 بتاريخ 2000/04/20 الصفحة 903.

⁷Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, JORF n°177 du 2 août 2001.

⁸محمد حنين، المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية، الطبعة الأولى، دار القلم، الرباط، 2007، ص 2.

من الميزانية حسب الوسائل إلى ميزانية الأهداف والنتائج وفعالية الاستثمارات العمومية¹. وبدت البوادر الأولى لاستلهم هذا النموذج بتبني المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية سنة 2001، والتي عملت على تحديث التدبير المالي وتقوية فعالية الإنفاق العمومي والانتقال إلى منهجية حديثة تهتم بالنتائج ومؤشرات النجاعة². وفي سياق تحديث المساطر الإجرائية المرتبطة بإعداد قانون المالية وتنفيذه فقد أصبحت وزارة المالية ملزمة منذ 2002 علاوة على تقديم مشروع قانون المالية بالإدلاء ببيانات عن الوضع المالي وتقرير اقتصادي عن العام السابق للمشروع وتقرير عن الحسابات الحكومية للميزانية ومصالح الدولة المسيرة بشكل مستقل³.

وفي ظل مناخ سياسي مطبوع بتزايد المطالب الداعية إلى تجديد النظام السياسي وتجاوز مخلفات المراحل السابقة التي اتسمت بضعف تأثير المؤسسات التمثيلية، فقد تمحورت المستجدات الدستورية على مراجعة الهندسة العامة لممارسة السلطة وللعلاقة بين المسؤوليات العمومية، وفق خطاطة جديدة احتلت فيها هواجس الديمقراطية الحيز الأكبر بحيث كرس الفصل الأول البعد الديموقراطي والبرلماني في توصيف نظام الملكية الدستورية بالمغرب، وهو ما اقتضى توسيع صلاحيات البرلمان ليشمل المجال الدبلوماسي وتقييم السياسات العمومية بجانب تقوية أدواره التقليدية المتمثلة في الرقابة والتشريع.

وعمل الدستور الجديد على تعزيز الاختصاص التشريعي للبرلمان وفق منطقتين أكثر وضوحاً من ذي قبل، فعوض الاختصاصات المحدودة والضيقة التي كانت تمنحها الدساتير السابقة للبرلمان، فقد خوله دستور 2011 اختصاصات تشريعية حصرية، وهذا ما يستشف من خلال مقتضيات الباب الرابع من الدستور⁴، الذي اعترف بشكل واضح - انطلاقاً من الفصل 70 - بالسلطة التشريعية للبرلمان كوظيفة أساسية تصدر باقي الوظائف، وعزز بشكل نسبي في الفصل 71 من مجالات الاختصاص التشريعي للبرلمان بربط تفعيل العديد من الحقوق بمجال القانون⁵، ومن حيث الكم وبالتأمل في الدور التشريعي للبرلمان كما حدده الفصل 71 يُلاحظ توسيع مجال القانون، حيث إن الميادين التي يختص فيها القانون بالتشريع والمذكورة في هذا الفصل قد تضاعف عددها ثلاث مرات مقارنة بتلك التي حددها دستور 1996 مما يقوي مكانة مؤسسة البرلمان⁶.

¹Arwright Edward, *La réforme Budgétaire, Quels Changement Pour La Gestion Des Dépenses Publiques, Cahiers français N°329-2005, P.19.*

²طارق لباخ، التدبير اللامتمركز لاعتمادات الميزانية العامة بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 116، ماي - يونيو 2014، ص 188.

³محمد المالكي وآخرون، البرلمان في المغرب، في، البرلمان في الدول العربية رصد وتحليل، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت 2007، ص 40.

⁴أحمد مفيد، الممارسة البرلمانية بالمغرب وإشكالية الفعالية، في: الفكر السياسي... أسئلة وقضايا في مدارات الحرية والإصلاح والدستور، (تنسيق حسن طارق)، منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، 2018، ص 148.

⁵أمين السعيد، التوازن بين السلطات في النظام الدستوري المغربي بين الوثيقة الدستورية لسنة 2011 والممارسة السياسية، الطبعة الأولى، مطبعة شمس برنت، سلا، 2019، ص 289.

⁶كريستوفر شارل، الدستور المغربي الجديد، ضمن الدليل المغربي للاستراتيجية والعلاقات الدولية (إشراف عبد الحق عزوزي)، المركز المغربي متعدد التخصصات للدراسات الاستراتيجية والدولية 2012، دار النشر لارماتان (Éditions L'Harmattan)، باريس-الرباط، 2012، ص 1022.

ومن بين هذه المجالات نذكر الدور الحاسم للبرلمان في وضع القوانين ذات الطابع أو الأثر المالي والجبائي من خلال دوره في وضع النظام القانوني لإصدار العملة ونظام البنك المركزي ونظام الجمارك والنظام الضريبي ووعاء الضرائب ومقدارها وطرق تحصيلها¹، ومن الطبيعي أن يُربط تأطير هذه المجالات بالبرلمانيين فهُم من يمثل الملزمين بالاقتطاع الضريبي الذي يشكل الوعاء الأساسي للمالية العمومية التي يناط أمر مراقبتها بالبرلمان، وبجانب تأطير الجوانب الضريبية والجبائية بموجب قوانين عادية يمكن القول أن الاختصاص البرلماني في المجال الضريبي يظهر من خلال المناقشة والتصويت على قوانين المالية التي تتضمن إجراءات جبائية جديدة أو تعديلات تلحق الضرائب الجارية المفعول².

وأضاف دستور 2011 اختصاصات مالية أخرى للبرلمان كإقرار قوانين تضع إطاراً للأهداف الأساسية لنشاط الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية، والتصويت على نفقات التجهيز التي يتطلبها إنجاز المخططات التنموية الاستراتيجية والبرامج متعددة السنوات طبقاً للفصل 75 من الدستور، التي تستهدف تحديد تطور مجموع موارد وتكاليف الدولة على مدى ثلاث سنوات اعتماداً على فرضيات اقتصادية ومالية واقعية ومبررة³، وتعد هذه البرمجة مرجعاً لإعداد مشاريع قوانين المالية وبالتالي فمن شأن هذا الإجراء تمكين البرلمان وخصوصاً لجنتي المالية من الاطلاع على تصور الحكومة وتوجه سياستها في الميادين الاقتصادية والمالية والجبائية في المدى المتوسط⁴.

ومن التعديلات التي شملت الاختصاص المالي نشير إلى إجراء بعض التعديلات حول هامش وكيفية مساهمة البرلمان في مسلسل اعتماد قانون المالية، حيث اعترف الدستور بشكل واضح بالسلطة المالية للبرلمان بالتنصيص على أن قانون المالية يصدر بالتصويت من قبل البرلمان طبقاً للفصل 75 من الدستور، وبالتأكيد على ضرورة مد اللجان البرلمانية بكافة الوثائق التي توضح الوضعية المالية والاقتصادية للبلاد، ومنحها إمكانية طلب استجواب مسؤولي الإدارات والمؤسسات العمومية بحضور الوزير المعني وتحت مسؤوليته مما يعني ترتيب مسؤولية الحكومة أمام البرلمان⁵.

ولتأطير المقترضات الدستورية المرتبطة بمسطرة الميزانية فقد تم العمل على بلورة إطار تشريعي يكرس مختلف الإصلاحات المعتمدة خلال السنوات الأخيرة ويوسع من حق البرلمان في التعديل ويساهم في تعزيز الشفافية الموازناية⁶، حيث لم يعد القانون التنظيمي رقم 98-7 ملانما للنص الدستوري في تأطير مناقشة والتصويت على مشروع قانون مالية السنة كما أنه لم يعد يواكب الاتجاه العام لإصلاح

¹الفصل 71 من دستور 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، بتاريخ 27 شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليو 2011.

²منار المصطفى، الاقتطاع الضريبي والعدالة الاجتماعية، بدون دار نشر، طبعة 2007، ص 56.

³دليل مساطر دراسة قوانين المالية والتصويت عليها، الطبعة الأولى، مجلس النواب، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2017، ص 14.

⁴عصام القرني، السلطة المالية للبرلمان بين الثابت والمتغير على ضوء القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية، مجلة دفاتر الحكامة، العدد الثاني، دجنبر 2015، ص 59.

⁵ Hassan Zouaoui, *ce que les réformes constitutionnelles font au parlement Marocain, cahiers politique et droit*, n° p 9. 10, janvier 2014,

⁶دليل مساطر دراسة قوانين المالية والتصويت عليها، مرجع سابق، ص 9.

المالية العامة القائم على تغيير مناهج ومضامين تدبير مالية الدولة¹، ولذلك تم إعداد مشروع أولي من قبل وزارة الاقتصاد والمالية سنة 2011 ساهم البرلمان في إثرائه وتطويره من خلال لجنتين مشتركتين لتتم المصادقة على النص النهائي للقانون التنظيمي للمالية رقم 130.13²، على أن يتم تنزيله على مدى خمس سنوات تنتهي في يناير 2020، في سياق تحسين شفافية المالية العامة وتعزيز دور البرلمان في مناقشة الميزانية³.

المطلب الثاني: دور البرلمان في اعتماد قوانين المالية في ضوء المستجدات الدستورية والتنظيمية.

أنط الدستور بالسلطة التنفيذية بإعداد مشروع قانون المالية، حيث يستشف من الفصل 92 أن الحكومة هي المكلفة بوضع المشروع، وهذا الإسناد يجد أساسه في عدة مبررات ذات طبيعة دستورية وسياسية وتقنية⁴، فهي التي يقع على عاتقها إعداد قانون مالية يعكس سياستها التي عرضتها على البرلمان وتحمل مسؤولية الدفاع عنها أمامه⁵، وبما أنها هي المكلفة بتنفيذ القانون المالي السنوي فمن الطبيعي تخويل السلطة التنفيذية صلاحية تحضير الميزانية⁶.

وإن كان من الضروري إقرار إسناد مهمة إعداد مشروع قانون المالية للحكومة فإنه لا بد من اعتماد المقاربة التشاركية والانفتاح على تصورات ممثلي الأمة ومنظمات المجتمع المدني وعدم الاكتفاء بنقل تصور أرباب العمل لوحدهم كما كان يجري سابقا⁷، وقد عمل القانون التنظيمي رقم 130.13 على تعزيز درجة إشراك البرلمان في مسلسل تحضير مشروع قانون مالية السنة⁸، من خلال تكليف وزير المالية بتقديم عرض أمام اللجنتين المكلفتين بالمالية حول الإطار العام لإعداد المشروع يتضمن المعطيات المتعلقة بالوضع الاقتصادية وبتقدم تنفيذ قانون المالية للسنة الجارية والملاح العامة للبرمجة الإجمالية لثلاث سنوات⁹، على الرغم من كون هذا العرض ذو طابع إخباري إذ يقتصر على مجرد إشعار البرلمانين بالتوجهات العامة للحكومة ومناقشة مضامينه دون أن يتبع هذه المناقشة أي تصويت أو إمكانية تعديل.

وبمجرد المصادقة على مشروع قانون المالية من قبل المجلس الوزاري يحيله رئيس الحكومة

¹ تقرير حول أداء البرلمان المغربي خلال الولاية التشريعية التاسعة 2012-2016، المرصد الوطني لحقوق الناخب بشراكة مع مؤسسة كونراد أديناور، 2017، ص 45.

² ظهير شريف رقم 1.15.62 صادر بتاريخ 14 شعبان 1436 الموافق ل 2 يونيو 2015، المتعلق بتنفيذ القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13 منشور بالجريدة الرسمية عدد 6370 بتاريخ 18 يونيو 2015.

³ القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13 : المبادئ والمفاهيم والركائز، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، العدد 35، غشت 2019، ص 8.

⁴ عصام القرني، السلطة المالية للبرلمان بين الثابت والمتغير على ضوء القانون التنظيمي رقم 130-13 لقانون المالية، مرجع سابق، ص 53.

⁵ الحبيب الدفاق، العمل التشريعي للبرلمان، أية حكمة؟ مقارنة نقدية في القانون البرلماني والممارسة التشريعية بالمغرب، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص 364.

⁶ محمد الغواطي، الاختصاصات المالية للحكومة والبرلمان على ضوء القانون التنظيمي لمالية رقم 130.13، مجلة المالية والمالية الدولية، المدرسة

العليا للتكنولوجيا بمكناس، عدد خاص 2017، ص 39.

⁷ محمد حيمود، تقييم السياسات العمومية على ضوء القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13، مرجع سابق، ص 29.

⁸ المادة 47 من القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13.

على مجلسي البرلمان قبل نهاية السنة المالية الجارية بسبعين يوما على أبعد تقدير من أجل ترك الوقت الكافي للبرلمان لدراسة المشروع والمصادقة عليه ضمن الآجال المحددة، حتى لا يشكل التأخر مسوغا للمرور إلى المسطرة الاستثنائية عبر استصدار مراسيم لفتح الاعتمادات واستخلاص المداخيل، لكن من الناحية القانونية ليس هناك ما يلزم الحكومة بضرورة إيداع المشروع في أجله المحدد لا في الدستور ولا في القانون التنظيمي للمالية لعدم ترتيب أي جزاء عن الإيداع المتأخر، ومن خلال تتبع تاريخ إيداع مشاريع قوانين المالية بعد 2011 يظهر الحرص المتزايد للحكومة على إيداعها ضمن الأجل المحدد عدا مشروع قانون المالية لسنة 2012 الذي لم يتم إيداعه إلا في 14 مارس 2011 بدل السقف الزمني المحدد في 20 أكتوبر 2011.

ويلاحظ هيمنة البعد التقني على مرحلة تقديم مضامين مشروع قانون مالية السنة أمام ممثلي الأمة، حيث يتقدم الوزير المكلف بالمالية - في إطار جلسة عامة مشتركة بين مجلس النواب ومجلس المستشارين-¹ بعرض مستفيض ييسر فيه حصيلة تنفيذ قانون المالية الحالي والبرمجة متعددة السنوات وعلاقة ذلك بأفاق التنمية، مع استعراض المحاور الكبرى للمشروع الجديد بالتركيز على أولويات الحكومة في ضوء الإكراهات العامة للوضع الاقتصادي والنقدي للمغرب ولشركائه كمعدل نمو منطقة الأورو وتحول المؤشرات الماكرواقتصادية مثل معدلات النمو والتضخم والبطالة ونسبة العجز، مع الإشارة إلى مقترحات المؤسسات المالية ومنظمات التنقيط الدولية.

وعلى الرغم من الطابع البيداغوجي لهذا العرض لكونه لا يتبع بأي نقاش سياسي، فإنه يشكل فرصة للتأثير في البرلمانين وحملهم على تبني مقاربة الحكومة وتقبل التدابير غير الاجتماعية التي تفرضها الظرفية الاقتصادية كتجميد الاستثمارات والتخفيض من ميزانية بعض القطاعات الاجتماعية للحفاظ على التوازنات المالية، كما يشكل هذا العرض فرصة لتوجيه الدور التشريعي للبرلمان نحو الأولويات المرتبطة بتنفيذ قانون المالية عبر الدعوة إلى التسريع بإخراج بعض النصوص القانونية²، بينما يقتصر دور البرلمانين على الحضور والاستماع حيث لا يترتب على هذا العرض ولا تتلوه أية مناقشة التي يكون مجالها اللجان الدائمة والجلسات العامة المتعلقة بمناقشة المشروع والتصويت عليه.

وتشكل اللجان الدائمة آلية مهمة للتأثير في التصور الحكومي، فإذا كان الاختصاص المالي أهم اختصاص يضطلع به البرلمان في المجال التشريعي فإن حقيقة العمل البرلماني في مباشرة هذا الاختصاص لا يمكن إدراكها أو الوقوف عليها إلا من خلال التعرف على ما تبذله لجنتي المالية من جهد

¹ الفصل 68 من دستور 2011.

² مثل تأكيد وزير الاقتصاد المالية وإصلاح الإدارة أمام مجلسي البرلمان بمناسبة تقديم مشروع قانون المالية لسنة 2020 على ضرورة إصدار ميثاق المرافق العمومية وقانون تبسيط المساطر والإجراءات الإدارية وقانون عقود الشراكة بين العام والخاص.

كمي وكيفي أثناء مناقشة ودراسة معطيات مشروع قانون المالية¹، والمقصود بذلك لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب، ولجنة المالية والتجهيزات والتخطيط والتنمية الجهوية بمجلس المستشارين، فهما المكلفتان بدراسة مشروع القانون المالي السنوي وتعديله، فيما تتولى باقي اللجان دراسة مشاريع الميزانيات الفرعية.

ويتحدد عمل لجنتي المالية بجدولة زمنية مضبوطة تنطلق من عرض المشروع من قبل الوزير المكلف بالمالية تليه مناقشة وتعقيب وطلب المعلومات والوثائق الضرورية، فمن أجل تمكين اللجنتين من الدراسة المعمقة للمشروع فقد تم التنصيص على حق الأعضاء في الاستفسار عن كل مقتضى في مشروع قانون المالية ولهم أن يطلبوا من الحكومة كل وثيقة لها صلة ببنود المشروع لم يتم إيداعها ضمن المرفقات².

وتجري المناقشة التفصيلية للمشروع داخل اللجان عبر سلسلة من الاجتماعات يتم فيها إبداء الرأي حول مواده وتوجهاته، وتنتهي بحصر التعديلات والاقتراحات والتحفظات التي يدلي بها الأعضاء في انتظار التوصل برد وزير المالية، وإثر ذلك يتم تجميع التعديلات التي طرحها أعضاء لجنة المالية وأعضاء باقي اللجان بمناسبة مناقشة الميزانيات الفرعية القطاعية ضمن تقرير شامل يضم جميع محاضر الاجتماعات ورفعها إلى المجلس مشتملا على التعديلات والتوصيات المقترحة لتحسين قانون المالية، يتم البث فيها في الجلسات الخاصة بمناقشة المشروع والتصويت عليه، إلا أن هذه المناقشة لا تعدو كونها مجرد آلية للإخبار وإطلاع البرلمان على الوضعية العامة للمالية العمومية في حدود ما ترتئيه الحكومة وتقرره، وليس هناك ما يلزمها بالأخذ بعين الاعتبار ملاحظات ومقترحات أعضاء اللجنتين³.

وتتيح المناقشة العامة للميزانية لأعضاء البرلمان الإدلاء بوجهات نظرهم حول المعطيات الهامة للميزانية⁴، وتمر بمرحلتين، الأولى ذات طابع سياسي تبدأ بعرض رئيس المجلس لتقرير اللجنة يتم فيها التطرق للتوجهات العامة للمشروع، يليه عرض لوزير المالية يذكر بالخطوط العريضة للمشروع ثم عرض لمقرر لجنة المالية يشير لأهمية التعديلات وسياقات اقتراحها ثم مداخلات رئيس لجنة المالية وممثلي الفرق ليفسح المجال من جديد لوزير المالية في إطار الرد والتعقيب، أما المرحلة الثانية للمناقشة العامة فهي ذات طابع تقني يناقش فيها المشروع بتفصيل من الجزء الأول إلى الجزء الثاني⁵.

ويلاحظ تكريس نوع من التمييز بخصوص إدخال تعديلات جديدة على مشروع قانون مالية

¹ عبد الإله فوتنير، العمل التشريعي بالمغرب، أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية: دراسة تأصيلية وتطبيقية، الجزء الثالث: تطبيقات العمل التشريعي وقواعد المسطرة التشريعية، الطبعة الأولى، سلسلة دراسات وأبحاث جامعية، العدد الرابع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2002، ص 167.

² المادة 216 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين

³ عصام القرني، السلطة المالية للبرلمان بين الثابت والمتغير على ضوء القانون التنظيمي رقم 130-13 لقانون المالية، مرجع سابق، ص 61.

⁴ عبد الإله فوتنير، العمل التشريعي بالمغرب، أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية: دراسة تأصيلية وتطبيقية، مرجع سابق، ص 167.

⁵ المادة 36 من القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13

خارج ماهو مُضمَّن في تقرير لجنتي المالية، حيث يمكن للحكومة أن تقترح ما تراه مناسباً من تعديلات داخل الجلسات العامة المخصصة للمناقشة والمصادقة على المشروع المذكور بما يمكنها من التفاعل مع المستجدات الاقتصادية، لكن في المقابل تم حرمان البرلمان من هذه الإمكانية، حيث يمكن للحكومة أن تعارض في بحث كل تعديل لم يُعرض من قبل على اللجنة التي يعينها الأمر وفقاً للفصل 83 من الدستور، ومن ثم يتبين أن الحكومة وحدها هي التي تملك صلاحية تقديم تعديلات جديدة على مستوى مشروع قانون مالية السنة خلال الجلسات العامة¹.

وشكلت الآجال المرتبطة بمشروع قانون المالية أولى بؤر التوتر بين الحكومة الأولى المنبثقة عن دستور 2011 وبين المعارضة التي اعتبرت التأخير في المناقشة والتصويت على مشروع قانون المالية لسنة 2012 تجاوزاً للنصوص القانونية وهدرًا للزمن البرلماني²، وإذا كان قانون المالية لسنة 2013 قد صودق عليه ضمن الآجال المحددة، فإن القانون المالي لسنة 2014 واكمه نقاش كبير ارتبط بالتنازع حول شرعية الحكومة، حيث دفعت المعارضة بكون التعديل الذي طرأ على تشكيلة الحكومة يجعلها حكومة تصريف أعمال غير مؤهلة لمباشرة أعمالها بكيفية دستورية ومنها إعداد مشروع المالية إلا بعد تنصيبها من جديد وفق منطوق الفصل 88 من الدستور، وإذا استثنينا تجدد النقاش حول الإطار القانوني لضوابط إعداد مشروع القانون المالي، فإن باقي مشاريع قوانين المالية المتبقية تمت المصادقة عليها داخل الأجل المحدد.

إن الدراسة المتأنية للقواعد المنظمة لمسطرة الموازنة تبين الطابع الصوري لسلطة ممثلي الأمة وتبعيتهم للحكومة، التي تتمتع بآليات قانونية تجعلها تتحكم في مسار المناقشة البرلمانية والتصويت بشكل يجعل من تعديل مشروع القانون المالي أمراً مستحيلاً أو هامشياً³، ومن خلال المقارنة بين النسخة المودعة والنسخة المصادق عليها لمشاريع قوانين المالية يتجلى بوضوح استمرار ضعف تأثير المؤسسة التشريعية على مضامين قانون المالية، ويتجلى ذلك في محدودية عدد التعديلات المقبولة، وكأمثلة على ذلك نشير إلى حصيلة مناقشة مشروع قانون المالية لسنة 2015 في إطار لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب، حيث بلغ عدد التعديلات في إطار القراءة الأولى 129 تعديلاً قبل منها فقط 28، وفي القراءة الثانية تم تقديم 76 تعديلاً تمت الموافقة على 16 منها فقط.

وخلال مناقشة مشروع قانون المالية لسنة 2016 تم اقتراح 240 تعديلاً قبل منها فقط 51 تعديلاً فيما تم رفض مائة تعديل وسحب الباقي، وفي القراءة الثانية للمشروع تم تقديم 32 تعديلاً على النص الذي أُحيل من مجلس المستشارين فتم قبول 17 تعديلاً فيما رُفض الباقي⁴. ونفس الأمر ينطبق على

¹منصور عسو، قانون الميزانية العامة وهران الحكامة المالية الجيدة، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017، ص 137.

²تقرير حول أداء البرلمان المغربي خلال الولاية التشريعية التاسعة 2012-2016، مرجع سابق، ص 35.

³رشيد الموساوي، المالية العامة، مرجع سابق، ص 145.

⁴تقرير حول أداء البرلمان المغربي خلال الولاية التشريعية التاسعة 2012-2016، مرجع سابق، ص 39.

مشروع القانون المالي لسنة 2020 فمن أصل 271 قبلت الحكومة منها 74 تعديلا فقط، حيث تم رفض أبرز التعديلات ذات الأثر الاجتماعي مقابل قبول المقترحات التي لا تتجاوز في الغالب تغيير بعض النسب وتصحيح بعض الأخطاء المادية وإضافة عبارات توضيحية وتمديد أجل العمل ببعض المقترحات.

المبحث الثاني: حدود إسهام البرلمان في مسار قانون مالية السنة بين النص والواقع

لم تفلح المستجدات الدستورية والتنظيمية في التخفيف من ثقل العقلة البرلمانية التي مازالت تحد من الأدوار التشريعية للبرلمان، عبر العديد من القيود التي توسع من مجال تدخل الحكومة وخاصة في المجالات الحاسمة للتدبير العمومي وفي مقدمتها المجال المالي، مقابل تقليص الاختصاص المالي لممثلي الأمة وتحجيم دورهم في مختلف المراحل التي يمر منها مشروع قانون المالية، وهي قيود لا تقتصر فقط على الجوانب القانونية والتنظيمية (المطلب الأول)، بل لها أبعاد أخرى ترتبط بنوعية النخب البرلمانية ومسؤولية الأحزاب السياسية في إفراز وتأهيل منتخبها وبضعف الإمكانيات والوسائل المادية والبشرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القيود والشروط القانونية لدور البرلمان في مسطرة قانون مالية السنة

لقد قوى الدستور المغربي لسنة 2011 من مركز الحكومة في صياغة مشروع قانون المالية وعضد من تواجدها أثناء مختلف مراحل إعداد ومناقشة مشروع هذا القانون¹، وتُظهر الممارسة نزوع السلطة التنفيذية نحو الإفراط في أعمال التأويل الرئاسي للمقتضيات الخاصة بمساطر التشريع المالي، حيث يتبين من إعداد مشاريع قوانين المالية الاستئثار الحكومي مع تهميش دور البرلمان²، إذ تقتصر المشاورات على المديرية المركزية لوزارة المالية، دون اللجوء إلى طلب رأي أعضاء البرلمان في الخطوط العريضة للمشروع الذي يكاد يعتبر شأنا خاصا بالحكومة، مستغلة في ذلك ترسانة من النصوص الدستورية والتنظيمية التي تصب في اتجاه تكريس الواقع اللامتوازن بين الحكومة والبرلمان كسلطة تشريعية أصلية في المجال المالي³، فيما يقتصر دور ممثلي الأمة على شرعنته بعد إدخال تعديلات طفيفة لا تغير من جوهره في شيء، ويرجع هذا الوضع إلى وجود عدة قيود مسطرية توظفها السلطة التنفيذية في مساعيها لفرض رؤيتها الاقتصادية وتقليص دور المؤسسة البرلمانية في التشريع المالي.

وبالتأمل في المقتضيات المؤطرة للاختصاص المالي نجد أن منطوق العقلة البرلمانية لازال مهيمنا في تأطير علاقة الحكومة بالبرلمان خاصة في مسطرة مناقشة ودراسة مشروع القانون السنوي للمالية، الذي يخضع لإجراءات استثنائية توسع هوامش تملص السلطة التنفيذية من سلطة الترخيص

¹ أحمد أعراب، العقلة البرلمانية في مجال المالية العمومية: نحو تطور قانوني ومؤسسي في منهجية الصياغة والإقرار، مرجع سابق، ص 40.
² عثمان الزباني، الرقابة المالية للبرلمان المغربي: بحث في سبل التطوير والتفعيل في أفق إصلاح القانون التنظيمي للمالية، مجلة الحقوق، العدد السادس، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، مارس 2013، ص 21.
³ عصام القرني، السلطة المالية للبرلمان بين الثابت والمتغير على ضوء القانون التنظيمي رقم 130-13 لقانون المالية، مرجع سابق، ص 61.

البرلماني مقابل تقليص الأجل المتعلقة بتدخل المؤسسة التشريعية في مسار مشروع قانون المالية.

إن أهمية قانون المالية ودوره الحاسم في رسم السياسات العمومية يتطلب تخصيص حيز زمني كاف لدراسته ومناقشته، وبدل الزيادة في الأجل المخصصة لذلك فقد تم تقليصها إلى 58 يوما بدل 60 كما كانت في القانون التنظيمي السابق للمالية¹، وهو أجل غير كاف لدراسته ومناقشته والتصويت عليه من قبل البرلمان، نظرا لتشعب مقترحاته، وصعوبة مقروئته²، وبحكم طول المسطرة التي يستغرقها لمروره من مراحل متعاقبة ينتقل فيها المشروع من اللجان إلى الجلسة العامة قصد المناقشة أو التصويت مع الإحالة على المستشارين حيث يمر بنفس المراحل³، ناهيك عن تضخيم وعاء المشروع الذي أصبح يُرفق بعدد كبير من الوثائق التي تحتاج بحكم دقتها وطابعها التقني إلى وقت كاف لاستيعابها وتحليلها.

ولعل أبرز قيد دستوري يرتبط بتكريس هاجس الحفاظ على توازن المالية العمومية حيث يلزم الفصل 77 من الدستور الحكومة والبرلمان بالسهر على هذا التوازن⁴، وهو ما يمنح للحكومة الحق في رفض المقترحات والتعديلات التي يتقدم بها أعضاء البرلمان إذا كان قبولها سيؤدي إلى تخفيض الموارد العمومية أو إلى إحداث تكليف عمومي أو الزيادة في تكليف موجود، وهي الإمكانية التي طالما وظفتها الحكومة للتصدي للمبادرة البرلمانية في المجال المالي، حيث كانت تتمتع بموجب الفصل 51 من دستور سنة 1996 بصلاحيات مطلقة في رفض التعديلات الجوهرية على مشروع قانون المالية التي تؤهلها وفق منظورها الخاص أنها تخل بالتوازن المالي دون حتى الإدلاء بمسوغات هذا الرفض.

ويترتب عن ذلك عدة آثار، ففي مجال المداخل لا يمكن لأي تعديل برلماني أن يؤدي إلى خفض منتج ضريبي أو رسم من خلال تعديل النسبة أو الوعاء أو الأشخاص الخاضعين للضريبة، وفي مجال النفقات لا يمكن للتعديل البرلماني أن يرفع من الاعتمادات المفتوحة على مستوى كل فصل⁵، ورغم اشتراط دستور 2011 بيان أسباب هذا الرفض ففي غياب الطابع الإلزامي لهذا المقتضى يمكن اعتبار أي تبرير مقبول، لعدم وجود أي إجراءات أو تبعات قانونية تلزم الحكومة بضرورة الأخذ بعين الاعتبار بتعديلات اللجان البرلمانية، ولصعوبة تحديد الآثار المالية للتعديلات المقدمة من لدن نواب الأمة⁶.

وتُظهر الممارسة العملية مغالاة السلطة التنفيذية في توظيف الدفع بعدم القبول، وهو ما من

¹ القانون التنظيمي رقم 14:00 القاضي بتغيير وتتميم القانون التنظيمي رقم 7.98 لقانون المالية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.195، بتاريخ 14 محرم 1421، الموافق ل 19 أبريل 2000.

² عبد النبي اضرير، صدقية الميزانية على ضوء القانون التنظيمي للمالية الجديد، مجلة دفاتر الحكامة، العدد الثاني، دجنبر 2015، ص 99.

³ المادة 51 من القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13.

⁴ أحمد بوز، الاختيار الديمقراطي في الدستور المغربي الجديد، ضمن "الدستور المغربي الجديد على محك الممارسة"، تنسيق عمر بندورو، رقية المصدق، محمد مدني، منشورات la croisée des chemins، الدار البيضاء، 2014، ص 122.

⁵ دليل مساطر دراسة قوانين المالية والتصويت عليها، مرجع سابق، ص 32.

⁶ عبد الحميد الزويج، علاقة الحكومة بالبرلمان في النظام الدستوري المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص 386.

شأنه أن يؤثر على توازن السلط، ويرجح كفة الحكومة على حساب البرلمان¹، ومما يوضح خطورة هذا الموضوع وحساسيته أننا لا نجد حكومة لم تستعمل هذا الحق في كل قانون مالية²، إلى حد اعتباره تقييدا لدور ممثلي الأمة في مباشرة وظيفتهم التشريعية، فعلى سبيل المثال سجل دفع الحكومة 35 مرة بالفصل 77 من الدستور في مواجهة تعديلات أعضاء البرلمان خلال مناقشة مشروع قانون المالية لسنة 2014³.

واستمر نفس الأمر في المشاريع الموالية ومن ضمنها قانون المالية لسنة 2020، حيث لجأت الحكومة إلى هذا الفصل ثلاث مرات في مواجهة تعديلات ذات تأثير اجتماعي تتعلق بإعفاء المعاشات من قائمة الدخل الخاضعة للضريبة وإعفاء تعويضات الأساتذة الباحثين من الضريبة على الدخل وبالإضافة في المناصب المالية لوزارة الصحة والذي اعتبرته الحكومة عبئا ماليا إضافيا على الميزانية العامة⁴، وهو ما يعني استمرار التعامل مع هذا الأمر كفيتو تشهده الحكومة في وجه كل محاولة من ممثلي الأمة بمجرد الإعلان عن مقترح لهؤلاء قد يزيد في تكاليف عمومية أو يخفضه من موارد أخرى⁵، في حين أن تأويلا واسعا لمفهوم التكاليف العمومي يتيح تصور إمكانية التخفيض أو حذف مورد معين مع اقتراح خلق أو زيادة في مورد آخر دون التأثير في الحجم العام للموارد ومن شأن هذا التأويل الواسع أن ينشط المبادرة البرلمانية في مجال اقتراح تعديلات على قانون المالية⁶، ولذلك يبقى من الضروري التوجه نحو تبسيط هذه المسألة وجعلها تتلاءم مع حق نواب الأمة في اقتراح التعديلات حول مشروع قانون المالية⁷.

ومن القيود المسطرية الأخرى منح الحكومة إمكانيات تجاوز الترخيص البرلماني، بموجب الفصل 75 الذي يمنحها صلاحيات واسعة باستصدار مراسيم لاستخلاص المداخل وفتح الاعتمادات، بالتصديق على أنه إذا لم يتم في نهاية السنة المالية التصويت على قانون المالية أو لم يصدر الأمر، فإن الحكومة تفتح بمرسوم الاعتمادات اللازمة لسير المرافق العمومية، والقيام بالمهام المنوطة بها، على أساس ما هو مقترح في الميزانية المعروضة على الموافقة.

إن مسؤولية الحكومة تحتم اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستمرار المرافق العمومية وتفادي تأثرها بحسابات الزمن السياسي، لكن يبدو أن هذه المسطرة الاستثنائية ذات دور وقائي ضاغط على البرلمان قصد دفعه إلى التسريع بمناقشة المشروع والتصويت عليه ضمن الأجل المحددة، حيث يجد البرلمان نفسه مضطرا لإنهاء دوره بهذا الخصوص بغض النظر عن عدم كفاية المدة المحددة للدراسة

¹ هشام الحسكة، مظاهر القصور في الأداء التشريعي المالي للبرلمان المغربي على ضوء مخرجات حصيلة الولاية التشريعية التاسعة 2011-2016، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 136، شتنبر-أكتوبر 2017، ص 149.

² الحبيب الدفاق، العمل التشريعي للبرلمان، أية حكمة؟: مقارنة نقدية في القانون البرلماني والممارسة التشريعية بالمغرب، مرجع سابق، ص 356.

³ تقرير حول أداء البرلمان المغربي خلال الولاية التشريعية التاسعة 2012-2016، مرجع سابق، ص 39.

⁴ تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020 في قراءة ثانية، مجلس النواب، أكتوبر 2019، ص 178.

⁵ المنتصر السوني، البرلمان المغربي والرقابة على المال العام، مجلة وجهة نظر، عدد مزدوج 25-26، صيف 2005، ص 43.

⁶ محمد المالكى وآخرون، البرلمان في المغرب، مرجع سابق، ص 478.

⁷ محمد الشطون، إشكالية تقوية الرقابة البرلمانية على المالية العامة في الدستور المغربي الجديد، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، العدد 25، يناير 2015، ص 39.

والمصادقة، في ظل توفر الحكومة على مخرج للتملص من الترخيص البرلماني، كاستثناء عن المقتضى الدستوري الذي ينص على كون قانون المالية يصدر بالتصويت من قبل البرلمان، الأمر الذي يستوجب ضرورة طلب الحكومة الإذن من البرلمان قبل الشروع في تحصيل الضرائب وفتح الاعتمادات التي لها ارتباط بالمصالح التي تم التصويت عليها كما هو الحال في النموذج الفرنسي.

ويعتبر منع التصويت الإجمالي من أهم القيود المؤثرة في مسار المصادقة على المشروع، حيث تعطى الأولوية للجزء الأول المتعلق بالمعطيات العامة للتوازن المالي قبل عرض الجزء الثاني الخاص بالنفقات¹، وفي حالة التصويت بالرفض على الجزء الأول لا يمكن عرض الجزء الثاني على التصويت، ويعتبر رفض الجزء الأول من قبل أحد مجلسي البرلمان رفضاً للمشروع برمته من قبل نفس المجلس²، وواضح أن الغرض من هذا الإجراء يكمن في دفع أعضاء البرلمان إلى المصادقة التلقائية على الجزء المهم من مشروع قانون المالية، لأن كل تعديل في النفقات سيقابل بالرفض لكونه يتجاوز سقف الموارد المصادق عليها سلفاً، كما أنه من الناحية السياسية فالمصادقة على الموارد تعني المصادقة على القانون برمته.

ومن ضمن الآليات الأخرى التي تتيح للحكومة تمرير مشروع القانون المالي خارج المساطر الاعتيادية نشير إلى إمكانية طرح رئيس الحكومة لطلب الثقة لدى مجلس النواب، الذي يعني جعل ربط مواصلة الحكومة تحمل مسؤوليتها بتصويت يمنح الثقة بشأن تصريح يدلي به في موضوع السياسة العامة، أو بشأن نص يطلب الموافقة عليه³، ومن شأن أعمال هذه الآلية في المجال المالي نقل النقاش من المجال القانوني إلى الميدان السياسي، فعندما تطرح الحكومة مسألة الثقة، فمركز الاهتمام بالنسبة للمناقشة البرلمانية ليس هو مشروع القانون المالي بقدر ما يكون تجديد أو سحب الثقة من الحكومة، فنتمكن هذه الأخيرة من ضبط أغليبيتها وربح الوقت وتحييد المجلس وتمرير المقتضيات التي تشاء⁴.

وإذا تجاوزنا تهميش دور البرلمان في التحضير لقانون المالية وفي مختلف مراحل إعداده، وبمناسبة مناقشته في اللجان عبر إشهار الفصل 77، وعند التصويت عليه، فإن الحكومة تتمتع بسلطة مطلقة في تعديله بموجب مراسيم حتى بعد المصادقة عليه ودخوله حيز التنفيذ، حيث يجوز لها أثناء السنة المالية وقف تنفيذ بعض نفقات الاستثمار إذا استلزمت ذلك الظروف الاقتصادية والمالية، وهو شرط هام وفضفاض يفتح الباب للغلو خاصة وأن البرلمان ليس له سلطة رفض هذه الممارسة ولا حتى مناقشتها مع الحكومة⁵، كما يحق لها بموجب مرسوم فتح اعتمادات جديدة أثناء السنة في حالة وجود ضرورة ملحة

¹ رشيد الموسوي، المالية العامة، مرجع سابق، ص 141.

² المادة 52 من القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13.

³ الفقرة الأولى من الفصل 103 من الدستور.

⁴ رشيد الموسوي، المالية العامة، مرجع سابق، ص 151.

⁵ المرجع السابق، ص 153.

وغير متوقعة ذات مصلحة وطنية بعد إخبار اللجنتين المكلفتين بالمالية بالبرلمان مسبقاً¹، ويُلاحظ تمتع الحكومة بسلطة واسعة في تقدير مؤشرات الضرورة والمصلحة الوطنية دون أية مؤشرات موضوعية أو إشراك للبرلمان في هذا التقدير لا سيما وأن النص لا يلزمها إلا بإخبار لجنتي المالية².

وإذا كانت المادة 58 من القانون التنظيمي للمالية تؤكد على ربط الالتزام بالنفقات والأمر بصرفها وأدائها في حدود الاعتمادات المفتوحة، فإن هناك استثناءات تتجاوز الترخيص البرلماني بالنظر للطابع التقديري لبعض النفقات التي يمكن أن تتجاوز الاعتمادات المخصصة لها كما هو الحال بالنسبة للنفقات المرتبطة بالدين العمومي والإرجاعات الضريبية وغيرها، ويحق للحكومة كذلك بموجب مرسوم فرض رسوم شبه ضريبية مقبوضة لأجل مصلحة اقتصادية أو اجتماعية لفائدة شخص اعتباري خاضع للقانون العام غير الدولة والجماعات الترابية أو شخص اعتباري خاضع للقانون الخاص مكلف بمهام المرفق العام³، مما يشكل انتقاصاً من الاختصاص الحصري للبرلمان الذي يختص بالتشريع في ميدان النظام الضريبي ووعاء الضرائب ومقدارها وطرق تحصيلها حسب الفصل 71 من الدستور.

وإذا كانت الإجراءات الاستثنائية تمكن الحكومة من التفاعل مع المستجدات التي تقتضيها المصلحة العامة واستمرار المرفق العام، فإن التوظيف المكثف لها يطرح على المحك السؤال حول حقيقة السلطة المالية للبرلمان وحول صدقية الميزانية، فلا فائدة تُرجى من وجود سلطة البرلمان مادام للسلطة التنفيذية كامل الصلاحية في التراجع عن مقتضيات المنظومة المالية المصادق عليها⁴.

ويعكس ضعف تأثير البرلمان في التشريع المالي على وظيفته الرقابية، وبهذا الصدد نشير إلى أن الترخيص البرلماني فيما يتعلق بالبرمجة متعددة السنوات يقود من الناحية العملية إلى تكريس منطق العقلنة البرلمانية في المجال المالي، حيث بمجرد تصويت البرلمان على المخططات التنموية يصبح ممنوعاً عليه مناقشة سياسة الإنفاق في مجال التشريع بينما يحق للحكومة دائماً أن تتدخل في هذا المجال⁵، وما لذلك من انعكاس محتمل على الدور الرقابي للبرلمان، على اعتبار أن البرمجة متعددة السنوات عملية تقنية معقدة كاستثناء عن مبدأ سنوية الميزانية قد تصعب عملية تقدير الموارد والنفقات ونتيجة لذلك ستضعف مراقبة البرلمان على العمل الحكومي⁶، ونفس الأمر ينطبق على مفعول الفصل 77 لأن اللجوء إلى تنفيذ الميزانية قبل الترخيص، سيقود بالضرورة إلى إضعاف سلطة البرلمان في مراقبة سياساتها

¹ المادة 60 من القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13.

² عبد النبي اضرريف، صدقية الميزانية على ضوء القانون التنظيمي للمالية الجديد، مرجع سابق، ص 101.

³ المادة 67 من القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13.

⁴ سعيد رحو، الأداء التشريعي للبرلمان في المجال المالي بالمغرب وآليات تطويره خلال الولاية التشريعية التاسعة 2011-2016، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الأول، برلين، 2018، ص 235.

⁵ عبد الإله الأسطي، صناعة القرار السياسي: بحث في المؤسسة والمؤسسية بالنظام السياسي المغربي، بحث في المؤسسة والمؤسسية بالنظام السياسي المغربي، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، دار نشر المعرفة، الرباط، 2017، ص 98.

⁶ رشيد قاعدة، المحاكم المالية وتحديث التدبير العمومي أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي الرباط، السنة الجامعية 2015-2016، ص 15-16.

وأعمالها¹.

وفي المجلد ومن خلال تتبع هذه التقييدات وباستحضار الجانب المالي ودوره الحاسم في إنجاز السياسات العمومية نجد أن الدستور كرس وضعية التبعية البرلمانية لتصور الحكومة، وذلك عبر مجموعة من الضوابط والمعايير التي تجعل من البرلمان لاعبا ثانويا في صناعة القرار المالي وفي إعداد قانون المالية²، مقابل تكريس ترسيخ فعلي لاحتكار التشريع المالي من قبل السلطة التنفيذية بطريقة منفردة ودون حاجة إلى إشراك أي جهة كيفما كان نوعها في مرحلة الإعداد³، الذي هو بمثابة فرصة سانحة لإغناء مضمون مشروع القانون المالي يتحول خلاله البرلمان بغرفتيه إلى جهاز للتسجيل لا أقل ولا أكثر، فيما تكون مرحلة التنفيذ فرصة لتجاوز الترخيص البرلماني وإعمال سلطات الجهاز التنفيذي في المادة المالية⁴.

المطلب الثاني: مداخل تعزيز التأثير البرلماني على قانون المالية في ضوء الإكراهات العملية

منح الدستور الجديد مداخل جديدة للبرلمان قصد تطوير عمله الرقابي على السلطة الحكومية في مجال مراقبة القانون المالي سواء خلال التشريع أو إبان تنفيذ الميزانية، لكن الممارسة البرلمانية ظلت مقيدة بفعل آليات العقلنة البرلمانية⁵، بمعنى أن المحددات المؤسساتية لا تكفي لوحدها لتفسير قصور أو ضعف مردودية حصيلة العمل البرلماني، فالقصور الكمي والنوعي لا يندصر فيما هو تقني أو معياري يتعلق بمختلف الإجراءات والمساطر الشكلية أو الموضوعية التي تقيد اختصاصات البرلمان سواء من حيث المبادرة أو المناقشة، بل يرجع كذلك إلى الموارد البشرية السياسية التي تبقى لها صلاحية حسن أو سوء تدبير واستثمار الصلاحيات المخولة لها⁶.

وهذا يعني وجود قيود غير قانونية تحد من العمل البرلماني مرتبطة بالمشهد الحزبي واللعبة الانتخابية كمحدودية دور التخبين وتفانم ظاهرة البلقنة⁷، ونشير بهذا الصدء إلى العوامل المصاحبة للقيود البشرية والمرتبطة أساسا بطبيعة النخبة البرلمانية والسياقات الاجتماعية والثقافية المفرزة لها⁸، في ظل محدودية الوسائل المادية والبشرية المتاحة للبرلمان وضعف تكوين البرلمانيين وصعوبة الإحاطة بالمعطيات المالية التي يغلب عليها الطابع التقني⁹، مما يجعلهم عاجزين عن فهم كنه قوانين المالية فبالأحرى تفنيده وتعديلها، وما يصعب من مهمة البرلمانيين الكم الكبير للوثائق المرفقة بمشروع قانون

¹ المصطفى منار، واقع الأموال العمومية بين ضعف البرلمان وهيمنة الحكومة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، ماي — يونيو، 2008، ص 76.

² عبد الإله السطفي، صناعة القرار السياسي: بحث في المؤسسة والمؤسساتية بالنظام السياسي المغربي، مرجع سابق، ص 98.

³ محمد الغواطي، الاختصاصات المالية للحكومة والبرلمان على ضوء القانون التنظيمي لمالية رقم 130.13، مرجع سابق، ص 38.

⁴ محمد حيمود، تقييم السياسات العمومية على ضوء القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13، مرجع سابق، ص 26.

⁵ محمد الشطون، إشكالية تقوية الرقابة البرلمانية على المالية العامة في الدستور المغربي الجديد، مرجع سابق، ص 44.

⁶ حسن طارق، السياسات العمومية في الدستور المغربي الجديد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، العدد 92 سنة 2012، ص 68.

⁷ محمد منار، الانتخابات بالمغرب، ثبات في الوظائف وتغير في السمات، أبي رفرق للطباعة والنشر 2011، ص 378.

⁸ محمد المالكي وآخرون، البرلمان في المغرب، مرجع سابق، ص 34.

⁹ محمد حنين، تدبير المالية العمومية: الرهانات والإكراهات، الطبعة الأولى، دار القلم، 2005، ص 273.

المالية التي تحتاج إلى خبرة وتخصص للإلمام بها، الأمر الذي يستلزم أهمية الانفتاح على الخبراء سيما في المجالات ذات الطبيعة التقنية والفنية مثل قوانين المالية¹.

ونشير بهذا الخصوص إلى الدور الحاسم للجنة المالية في مناقشة وتعديل مشروع القانون المالي، وهي مهمة جسيمة من المفروض أن تنتدب لها الأحزاب برلمانيين يتوفرون على دراية واسعة بالمجال الاقتصادي حتى يكونوا قادرين على الإحاطة بالتفاصيل التقنية للمشروع، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار المستوى العالي للفريق الحكومي، حيث يواكب الوزير المكلف بالمالية فريق عمل مؤهل تقنيا وسياسيا ويمده بالأرقام وهو أمر يؤهله في غالب الأحيان لكسب رهاناته² في الدفاع عن وجهة وصدقية توقعات مشروع قانون المالية والتصدي لتعديلات النواب والمستشارين التي غالبا لا تصمد تعديلاتها أمام طروحات وردود ممثلي الحكومة داخل اللجنة المختصة، في ظل عدم توفر البرلمان على الإمكانيات البشرية ذات الاختصاص المالي والمحاسبي في مقابل عدم انفتاحه على الخبرة الخارجية، فضلا عن عدم قيام المجلس الأعلى للحسابات بدور المستشار التقني والمحاسبي للبرلمان نتاج افتقاره للإمكانيات المادية والبشرية³.

إن إعداد وتقديم الميزانية تهيمن عليه المواصفات التقنية على حساب النقاش والمداولة السياسية⁴، فالشكل الذي تقدم به الميزانية العامة أمام البرلمان يخضع مؤسساتيا لمقاربة عمودية، حيث تظهر الاعتمادات حسب الأبواب وحسب الواردات مما يصعب بالنسبة حتى للمتخصص تحديد المبالغ الإجمالية الموجهة لكل برنامج وسياسة عمومية بشكل أفقي بغض النظر عن المقاربة القطاعية⁵. وهذا يعني أن انعدام التخصص لدى أغلب النواب وتنامي صعود التكنوقراط في التدبير المالي وتحكمهم في المعلومات وعدم الكشف عنها كلها عوامل تساهم في الحد من دور البرلمان في هذا الميدان⁶.

وللتخفيف من هذا التباين يتوجب اتخاذ العديد من التدابير المواكبة من أجل تطوير قدرات النائب البرلماني في فهم القانون المالي وإكسابه الدراية التامة بمختلف الشؤون المالية، إلى جانب تجنيد الأطر الإدارية الكفأة والاستعانة بخبراء في المجال المالي ومتخصصين في المالية العامة قصد تحليل المعطيات والأرقام المتعلقة بالميزانية⁷، مع توحيد وتبسيط المعلومات المالية عبر تقارير واضحة منشورة وتوفير الإمكانيات اللازمة، لأنه في غياب الوسائل والموارد البشرية والمالية وإضعاف مسار الانتخاب

¹ محمد المالكي وآخرون، البرلمان في المغرب، مرجع سابق، ص 38.

² محمد الغواطي، الاختصاصات المالية للحكومة والبرلمان على ضوء القانون التنظيمي لمالية رقم 130.13، مرجع سابق، ص 38.

³ محمد حيمود، تقييم السياسات العمومية على ضوء القانون التنظيمي لقانون المالية رقم 130.13، مرجع سابق، ص 28.

⁴ حسن طارق، السياسات العمومية بين السياسة والإدارة: ملاحظات حول الحالة المغربية، ضمن "الانتقال الديمقراطي وإصلاح الإدارة العمومية بالدول المغاربية: التفاعلات الرهانات والأفاق" (إشراف نجيب الحجيوي)، منشورات حوارات، سلسلة ندوات ومنتديات العدد الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2010، ص 89.

⁵ حسن طارق، السياسات العمومية في الدستور المغربي الجديد، مرجع سابق، ص 68.

⁶ توفيق الطاهري، اتخاذ القرار الجبائي والعدالة الجبائية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال، الرباط السنة الجامعية 2008-2009، ص 122.

⁷ محمد الشطون، إشكالية تقوية الرقابة البرلمانية على المالية العامة في الدستور المغربي الجديد، مرجع سابق، ص 43.

يتحول إلى غرفة للتسجيل¹، إضافة إلى إحداث هياكل موازية تدعم عمل النواب والمستشارين في تجويد التشريع المالي والنصوص القانونية بشكل عام كإحداث مراكز مكلفة بالتوثيق والبحث القانوني².

غير أن استثمار مثل هذه الآليات لا يجب أن يكون على حساب دور اللجان البرلمانية التي يتوجب تقوية كفاءة اشتغالها، لكونها بمثابة المخابر التشريعية المختصة بدراسة وفحص وتقييم مشاريع أو اقتراحات قوانين³، ولذلك يتوجب إسناد دورها وتمكينها من مختلف آليات العمل لضمان نصوص مصاغة بشكل جيد، على اعتبار أنها المعبر الضروري لكل النصوص القانونية التي تُعرض على البرلمان⁴، ولذلك يتعين توفير مختصين وخبراء في مجال القانون يرافقون اللجان في دراستها لمشاريع ومقترحات القوانين ويقدمون لها الخبرة التشريعية اللازمة لحسن قيامها بمهمتها⁵.

وفضلا عن هذا الضغط التقني، ونشير بخصوص هذه المسألة إلى التجييش الذي تمارسه السلطة التنفيذية لضمان تمرير مشروع قانون المالية وفقا للصيغة التي قدمتها، والتي غالبا ما تصادق عليها اللجان بدون تعديلات ذات قيمة، حيث أن فرق الأغلبية لا تصوت داخل هذه اللجان على أي مقتضى مالي أو ضريبي إلا إذا كان يتماشى مع التوجهات المسطرة من طرف الحكومة المكونة من التوافقات السياسية والحزبية⁶، وإضافة إلى ضمان اصطفاغ الأغلبية تعتمد الحكومة إلى ممارسة حملات علاقات عامة للتأثير على ممثلي الفرق والمجموعات البرلمانية، ليس لضمان الأغلبية فهي تتوفر عليها ولكن لكسب حالة من التوافق أو الإجماع حول مشروعها بما يخدم حساباتها السياسية وصورتها أمام الرأي العام.

وما يخدم استراتيجية الحكومة ضمور الإحساس بالمسؤولية لدى العديد من النواب، ويتجلى ذلك بشكل خاص في ضعف المشاركة الجادة لصنف من أعضاء البرلمان في الاضطلاع بمسؤولياتهم النيابية ومهامهم الدستورية ولاسيما في مجال العمل التشريعي، ومنها الغياب عن الحضور والمشاركة في أشغال المجلس وأجهزته دون حسيب أو رقيب⁷، وخاصة في اجتماعات اللجان والجلسات العامة المخصصة لمناقشة قوانين في غاية الأهمية كمشروع قانون المالية والتصويت عليه حيث يتم التصويت عليه بأعداد ضعيفة تطرح السؤال ليس فقط حول شرعيته بل حول وجوده من الأصل⁸، ونشير كذلك إلى

¹ Mohamed Tozy Et autres, *Régulation et Etat de Droit, fondation Abderrahim Bouabid, Les cahiers bleus, n° 4, p 19 2005,*

² محمد حركات، الاقتصاد السياسي والحكامة الشاملة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2010، ص 139.
³ خالد بالجيلالي، محمد بالجيلالي، العوامل المؤثرة على عمل البرلمان بين القيود القانونية والاعتبارات السياسية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، 2017، ص 149.

⁴ عبد الرحيم المصلوحي، البرلمان المغربي في ظل دستور 29 يوليو، دراسة في التأليف والوظائف، في، تجربة الإصلاح الدستوري في المغرب، مجموعة باحثين، منتدى العلاقات العربية والدولية، الدوحة، 2015، ص 79.

⁵ المقاربة النيابية للنموذج التنموي الجديد للمملكة المغربية، تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، إحالة رقم 2019/14، ص 52.

⁶ عصام القرني، السلطة المالية للبرلمان بين الثابت والمتغير على ضوء القانون التنظيمي رقم 130-13 لقانون المالية، مرجع سابق، ص 63

⁷ عبد الإله فوتنير، العمل التشريعي بالمغرب، أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية: دراسة تأصيلية وتطبيقية، مرجع سابق، ص 74.

⁸ Mohammed Fahd Berrada & Redouane Elanbi, *la gouvernance des finances publiques dans la constitution de 2011, finance & finance internationale spécial numéro 2017, p 60*

عدم تحمل الأحزاب السياسية للمسؤوليات الملقاة على عاتقها في التأطير والتكوين وترشيحها للعديد من الأشخاص الفاقدين للمؤهلات والمقدرات اللازم توفرها فيمن يفترض أنه صانع للتشريع¹.

وللحد من هذه الظاهرة يتوجب تنفيذ التدابير الضرورية كإصدار تقارير إحصائية بنسب حضور البرلمانين وغيابهم، ومن يعيد ترشيحه منهم يكون ملزماً أمام ناخبيه بالتصريح في أوراق دعايته الانتخابية بنسبة حضوره في البرلمان²، وبدون فرض إلزامية حضور البرلمانين سواء في الجلسات العامة أو اللجان، يصعب الحديث عن أي دور جدي للنواب في مواكبة العمل الحكومي والقيام بالمهام الانتدابية على أكمل وجه وخاصة في المجال التشريعي سواء بالمبادرة أو التقدم بالتعديلات، مع الحرص على شفافية عمل اللجان بانفتاحها على الجمهور ووسائل الإعلام، لأن الطابع المغلق لأعمالها لا يسمح بمعرفة المجهود المبذول خلال دراسة ومناقشة مشاريع القوانين، ومن شأن انفتاح اللجان على عموم المواطنين أن يساهم في تنمية الثقافة البرلمانية، الأمر الذي سيكون حافزاً على الرفع من مستوى حضور والتزام البرلمانين.

لقد أصبح مشروع قانون المالية يُرفق بعدة وثائق تفصيلية موزعة على عشرة تقارير³ وثلاث مذكرات⁴، والواقع أن هاته الوثائق من الممكن أن تساهم في تطوير الأداء التشريعي والعمل البرلماني وتكريس توجهات جديدة في قراءة الميزانية وتكريس شفافية ومصادقية أكثر⁵، تمكن من أخذ صورة شاملة عن الوضع الاقتصادي للدولة ومن استكناه توجهات المشروع وتقدير جدية التوازنات المالية، لكن الممارسة تظهر أن غالبية أعضاء البرلمان لا يستفيدون من معطياتها فيما تقدمه أرقام ومعلومات وما يقترح في إطارها من تدابير وبرامج ومشاريع حتى يتمكنوا من اتخاذ القرار عند التصويت على بيعة وبصيرة⁶، ولذلك لا يكفي تضمين كل النفقات والموارد المتعلقة بالميزانية بل يجب أن تقدم بطريقة مقنعة ووثائق توضيحية غير معقدة⁷.

وفي ظل غياب آلية محددة للتأكد من الأرقام الواردة في مشروع الميزانية⁸، غالباً ما تعتمد الحكومة إلى توظيف التوقعات الخاصة بمؤشرات النمو والعجز والتضخم وخدمة الدين وفق منظور سياسي، يدفع نحو خلق حالة من التضامن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في ترجيح التوازنات

¹ أحمد مفيد، الممارسة البرلمانية بالمغرب وإشكالية الفعالية، مرجع سابق، ص 154.

² رشيد المدور، العمل البرلماني في المغرب قضايا وإشكالات، الطبعة الأولى، طوب بريس، الرباط، 2006، ص 114.

³ التقرير الاقتصادي والمالي، تقرير حول المؤسسات والمقاولات العمومية، تقرير حول مرافق الدولة المسيرة بصورة مستقلة، تقرير حول الحسابات الخصوصية للخزينة، تقرير حول النفقات الجبائية، تقرير حول الدين العمومي، تقرير حول الميزانية القائمة على النتائج من منظور النوع، تقرير حول الموارد البشرية، تقرير حول المقاصة، تقرير حول العقار العمومي المعبأ للاستثمار

⁴ مذكرة تقديم لمشروع قانون المالية، مذكرة حول النفقات المتعلقة بالتكاليف المشتركة، مذكرة حول التوزيع الجهوي للاستثمار

⁵ محمد الشطون، إشكالية تقوية الرقابة البرلمانية على المالية العامة في الدستور المغربي الجديد، مرجع سابق، ص 39.

⁶ عبد الإله فوتنير، العمل التشريعي بالمغرب، أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية: دراسة تأصيلية وتطبيقية، مرجع سابق، ص 168.

⁷ Mohammed Fahd Berrada & Redouane Elanbi, *la gouvernance des finances publiques dans la constitution de* 2011, *op,cit*, p 60

⁸ محمد المالكي وآخرون، البرلمان في المغرب، مرجع سابق، ص 39.

الماكرواقتصادية على متطلبات التنمية الاجتماعية، وحتى الإمكانية المتاحة لدى اللجان في الاستماع لمسؤولي الإدارات والمؤسسات والمقاولات العمومية والقطاعات الوزارية¹، غالباً ما تظل بدون تفعيل نظراً لقصر المدة المخصصة لدراسة المشروع والتي لا تسمح بتبادل المعلومات في الأجل المحددة لأجندة اجتماعات اللجان.

ومن أجل تمكين اللجان من دراسة موضوعية لقانون المالية يتوجب مدها بكافة الأرقام والمعلومات المتعلقة بحقيقة النفقات العمومية والحسابات الخصوصية ومعطيات التوازن المالي، مع تمديد الأجل الخاصة بالقانون المالي لإتاحة الفرصة لدراسته بشكل معمق، على غرار بعض التجارب المقارنة حيث نجد المدة قد تصل إلى ثمانية أشهر لاعتماد قوانين المالية على غرار التجربة الأمريكية، فكلما خُصص للبرلمان وقت كاف لدراسة مشروع الموازنة كلما ازداد حجمه وتأثيره².

وما يزيد رجحان كفة الحكومة في الاستئثار بالمجال المالي واعتماد قوانين المالية بالكيفية التي تريد عدم استغلال البرلمان لآلية القضاء الدستوري في التصدي لتعمد السلطة التنفيذية إلى تمرير القانون المالي بكيفية تناقض المقتضيات الدستورية وخاصة عبر اللجوء لبعض المساطر التي تحول دون قيام البرلمان بدوره كاملاً في مناقشة قانون المالية والتصويت عليه، بل تُظهر المفارقة أن المحاولات القليلة للجوء المعارضة إلى القضاء الدستوري لم تحترم الشروط المسطرية، مثل الطعن المتأخر في مشروع قانون المالية لسنة 2013 بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ وصدور الأمر بتنفيذه.

ورغم تواتر التنصيص على عدم جواز عرض الجزء الثاني من مشروع قانون المالية للسنة قبل التصويت على الجزء الأول، فإن السلطة التنظيمية درجت على عدم احترام هذا المقتضى في مختلف الولايات التشريعية المتعاقبة، بحيث تعرض دائماً الجزء الثاني من مشروع قانون المالية لمناقشته قبل التصويت على الجزء الأول، الأمر الذي يؤثر سلباً على الدور الرقابي للبرلمان على الحكومة في المجال المالي، ويسجل في هذا الإطار أن البرلمان لم يسبق له أن أحال على القضاء الدستوري قانون المالية للنظر في مدى دستوريته نتيجة للخرق الواضح والمستمر لهذا المقتضى³.

إن التسليم بمبدأ سيادة القانون في الشؤون المالية يُحتم تمتيع البرلمان بصلاحيات تشريعية أكثر في تنظيم الشؤون المالية⁴، كما أن تحقيق التوازن بين مختلف السلطات وإسناد التحول الديمقراطي أصبح يفرض بالضرورة منح البرلمان موقعا متقدما في المجال المالي سواء في إطاره التشريعي الصرف بالكف عن الاستحواذ على دوره في إقرار النصوص القانونية ذات الارتباط بالمادة المالية أو في نطاق إشراكه

¹الفصل 102 من دستور 2011.

²عثمان الزباني الرقابة المالية للبرلمان المغربي: بحث في سبل التطوير والتفعيل في أفق إصلاح القانون التنظيمي للمالية، مرجع سابق، ص 23

³عصام القرني، السلطة المالية للبرلمان بين الثابت والمتغير على ضوء القانون التنظيمي رقم 130-13 لقانون المالية، مرجع سابق، ص 57.

⁴علي هادي حميدي الشكراوي، رافع خضر صالح شبر، الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 61.

في مسار اعتماد قانون المالية على اعتبار أن الديمقراطية تفرض وجوب تأشير البرلمان على ميزانية الدولة بشكل عام¹، وبالنظر لكون الميزانية أداة لتفعيل اختيارات تنموية، فإن قرب البرلمان من حاجيات السكان يزيد من فعالية تدخله وذلك بالمساهمة في جعل السياسات التي توطن الميزانية مهيكله ومصاغة بطريقة تضمن الاستجابة لتلك الحاجيات².

صحيح أن منطق الديمقراطية التمثيلية يفرض منح الحكومة مسؤولية إعداد قانون المالية والتحكم في مساره من الوضع إلى التنفيذ، لكن ذلك لا يعني التعالي على دور باقي المؤسسات التي يمكن أن تُشكل قيمة مضافة لهذا القانون في اتجاه تجويده وتطويره وأيضا لضمان عدم تجاوزه للحدود المرسومة له، ولذلك فتوسيع الدور المالي للبرلمان من شأنه ترسيخ المنهجية الديمقراطية، لأن إطلاق يد الحكومة في هذا الملف بشكل مطلق يكرس هيمنة متدخلين من خارج الزمن السياسي، عبر التأثير القوي لتقنيي المؤسسات المالية ولجماعات المصالح على القرار الحكومي ودفعهم المستمر في اتجاه تحقيق مكاسب مالية جديدة من قبيل تثبيت الامتيازات الضريبية وتعزيزها، حتى ولو قضى البرلمان ومؤسسات التدقيق بمحدودية أثرها الاقتصادي والاجتماعي، دون أن ننسى الطرف الآخر من المعادلة الذي يتعلق بلجوء اللوبيات الاقتصادية إلى الفرق والمجموعات البرلمانية لفرض أجندتها المالية في إطار اقتراح التعديلات على قانون المالية.

ووفقا لهذا التصور، فتوسيع دور البرلمان في إعداد المالية فيه إسناد لدور الحكومة بتوخي التوازن بين البعدين الاقتصادي والاجتماعي، وبدون التكامل بينهما فإن العصب الحقيقي للتدبير العمومي أي قانون المالية سيظل تمسك به أطراف أخرى، تسلب عبره ما ترغب من امتيازات على حساب انتظارات الفئات العريضة من المجتمع، التي قد تزداد وضعيتها ضعفا بسبب الاقتطاعات والضرائب بشكل يجدد التساؤل حول تكلفة المسار الديمقراطي والجدوى منه. ويفترض هذا المنطق تجاوز التصور التقليدي الذي يجعل دور البرلمان منحصر في معيارية وفروض البرلمانية الكلاسيكية، التي تختزل البعد الوظيفي للبرلمان في ممارسة الرقابة التقليدية وإنما جعل البرلمان فاعلا مركزيا إلى جانب الحكومة في إنتاج التشريع المالي³.

خاتمة

يظهر التحليل السابق نوعا من التمايز في التعامل مع الاختصاص المالي للبرلمان ما بين مسار دستوري يمنحه موقعا متقدما في وضع التشريعات المالية، وبين مسار تنظيمي يذهب في اتجاه توسيع دور

¹ أمين السعيد، التوازن بين السلطات في النظام الدستوري المغربي، مرجع سابق، ص 123.
² دليل إصلاح الميزانية المقاربة الجديدة لتدبير الميزانية المرتكزة على النتائج والمدمجة لمقاربة النوع الاجتماعي، وزارة المالية والخصوصية وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، 2005، ص 59.
³ عثمان الزياني الرقابة المالية للبرلمان المغربي: بحث في سبل التطوير والتفعيل في أفق إصلاح القانون التنظيمي للمالية، مرجع سابق، 49

الحكومة عبر عدة مساطر استثنائية يتم توظيفها في خلق أية إمكانية لتبلور السلطة المالية للبرلمان، وبين مسار سياسي يرتبط بضعف الممارسة البرلمانية نتاج الأعطاب الموجودة في سيرورة الانتخاب البرلماني، التي تفرز عددا مهما من ممثلي الأمة لا يتوفرون على المستوى التعليمي والقدرات التقنية الكفيلة بفهم المقتضيات الدقيقة للمالية العامة التي تتطلب دراية بالجوانب الاقتصادية والقانونية، ناهيك عن إكراهات أخرى تتعلق بضعف الإمكانيات الموضوعية رهن إشارة الفرق والمجموعات البرلمانية لتسريع وتجويد التدخل البرلماني بشكل عام وفي المجال المالي بشكل أخص، لكونه يرتبط بأجال محددة تتطلب كفاءات وإمكانات عالية في دراسة مشروع قانون المالية في الوقت المناسب وبالجودة والفعالية المطلوبة.

إن مصداقية ما يقوم به البرلمان من أدوار تفرزها صفته التمثيلية ترتبط بالدرجة الأولى بمدى تمتيعه بإمكانات فعلية للتأثير في مسار الأموال العمومية تشريعا وتقييما، وكل انتقاص من هذا الدور يندرج لامحالة ضمن مساعي تبخيس دور المؤسسة التشريعية ونزع أية مصداقية عن أدائها، الذي يجب أن ينصب بالضرورة على توزيع الثروة وتنظيم وتأطير الأعباء العمومية وتقييم أوجه صرف المال العام، في ارتباط بالخلفية التاريخية لنشأة البرلمان كمؤسسة تحفظ التوازن وتوصل تطلعات الشعب وتتصدى لأية انحرافات محتملة للسلطة التنفيذية، التي تجد نفسها منغمسة في حسابات اقتصادية لمجموعات المصالح والمؤسسات المالية على حساب الأولويات الاجتماعية.

صحيح أن الحكومة هي المكلفة بوضع قانون المالية باعتباره الأداة الأساسية لترجمة الاختيارات التي على أساسها نالت ثقة المواطنين ولأجراً البرنامج الحكومي الذي على أساسه حظيت بثقة الأغلبية البرلمانية، لكن ذلك لا يمنحها تفويضا مطلقا للتصرف في الموارد العمومية بدون سلطة مضادة تراقب وتعديل، ومن هذه الزاوية تبرز أهمية السلطة المالية للبرلمان كضمانة أساسية لترسيخ النظام الديموقراطي، الذي لا يمكن أن يتجسد إلا بالتخطيط المحكم والمتوازن للموارد والنفقات العمومية في إطار من التنسيق بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.

إن الدفاع عن توسيع الاختصاصات المالية للبرلمان لا يعني تحجيم دور الحكومة بل عقلنته في اتجاه حفظ التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في تدبير الأموال العمومية، ومن الشروط الأساسية لهذه العقلنة التخلي عن منطق الفيتو الحكومي الذي يتوسع في تأويل تعسفي لفصل 77 الذي يتم تسليطه لوأد كل مبادرة جديّة من قبلي ممثلي الأمة، وللتهرب من مناقشة كل تعديل قد يؤثر على التوازن الاقتصادي للدولة، إلى جانب القيود الأخرى المرتبطة بقصر الأجال وضعف الضمانات المتعلقة بإيداع مشروع قانون المالية ودراسته والتصويت عليه، مقابل تعزيز سلطة الحكومة وتمتعها بمساطر استثنائية تجعلها غير ملزمة بقبول التعديلات التي أقرتها اللجن الدائمة، وفي حِلٍّ من الترخيص البرلماني في حالة عدم التصويت على مشروع القانون المالي داخل الأجل المحدد.

إن هذه الوسائل القانونية في تعددها وغموضها تطرح سؤالاً عريضاً عن حقيقة السلطة المالية للبرلمان، والحال أن دوره لا يتجاوز المستوى الاستشاري فحتى سلطة الاقتراح والتعديل مُكبلة بقيود لا حصر لها تجعل الحكومة صاحبة اليد الطولى في التشريع المالي، حيث لم تعد هيمنتها تقتصر على التحكم في مسار القانون المالي بل أصبحت تعتمد إلى توسيع وعاء هذا الأخير بتضمين مقتضيات تشريعية في مجالات محفوظة للبرلمان، مثل إدخال تعديلات على النصوص الجمركية والضريبية كما حصل بخصوص منع الحجز على أموال وأملاك الإدارة بموجب المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2020.

وبجانب تفكيك القيود التشريعية التي تحد من الدور المالي للبرلمان، يتعين معالجة الإشكالات الأخرى التي تتركس الدور الحاسم للحكومة في إقرار قانون المالية الذي لا يمارس فيه سوى دور بروتوكولي، إذا أخذنا بالحسبان طبيعة الممارسة السياسية بالمغرب النزاعاً نحو التوافق والإجماع ومحدودية المؤهلات لدى النخبة البرلمانية، التي تجد نفسها بحكم ضعف الإلمام بالمجالات الاقتصادية عاجزة عن الدخول في سجالات مع بيروقراطي وزارة المالية وعن بلورة تعديلات عميقة ووجيهة لمقترحات الحكومة.

إن إسناد التحول الديمقراطي وترسيخ مقومات النظام التمثيلي يجب أن يُصاحب بتجسيد فعلي للصفة البرلمانية المنصوص عليها في الفصل الأول من الدستور، وهو رهان دونه منح اختصاصات حاسمة للبرلمان في المجال التشريعي الذي يجب توسيعه ليشمل الميادين ذات التأثير في السياسة العامة وخاصة الميدان المالي، حتى يغدو البرلمان يعكس تطلعات المواطنين وكابح لنزوعات السلطة التنفيذية متى انحرفت عن المطالب الشعبية، ويفترض هذا التحول منح المؤسسة التشريعية دوراً أكبر في مسار وضع وتقييم القوانين المالية.

الآليات البديلة لتسوية المنازعات الضريبية

واقع المنع وآفاق الجواز - دراسة مقارنة -

ذ. عبد الإله كيلاي

محكم معتمد، مستشار عقاري وجبائي.

خريج الماستر المتخصص في قانون العقار والتعمير

بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور.

مقدمة:

شكل كل من التحكيم والوساطة أبرز الوسائل البديلة والأكثر إعمالا وتداولاً في عصرنا الحاضر، فأمام تراجع الثقة في الإدارة وتردد المواطنين في اللجوء للقضاء بالنظر لتعدد الإجراءات وبطئها وعدم وجود ضمانات للحصول على حكم أو قرار يخدم مصالحهم، سعت الأنظمة القانونية الوضعية إلى إيجاد آليات بديلة لتسوية المنازعات.

وإذا كان التشريع المغربي والمقارن يزخران في العديد من النصوص القانونية بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات، فإن العقد الأول من القرن 21 تميز بإدراج المشرع المغربي لآلية جديدة لحل النزاعات لأول مرة هي الوساطة الاتفاقية، وذلك من خلال القانون 08.05 المعدل والمتمم لقانون المسطرة المدنية لسنة 2007.

وفي ظل التسارع الذي تشهده التجارة الوطنية والدولية، وأمام التطور التكنولوجي الذي يشهده عالم المال والأعمال، أصبحت الآليات البديلة لفض المنازعات وتسويتها هي الخيار الأمثل للحد من تنامي منازعات التجارة الدولية والحسم فيها، وخصوصاً تلك المتعلقة بالازدواج الضريبي ومنازعات الاستثمار، وأبرز هذه الآليات التحكيم والوساطة.

إن إمكانية إعمال الآليات البديلة كالتحكيم والوساطة لتسوية هذه المنازعات أضحى من متطلبات عصر التحول التكنولوجي والاقتصادي لما توفره من ليونة وسهولة وسرية في فض وتسوية المنازعات التجارية والمدنية والإدارية وخصوصاً الضريبية منها.

كما أن طبيعة النزاع القائم بين الملزم والإدارة الضريبية يقتضي تدخل طرف أو أطراف محايدة وأكثر استقلالية لضمان نجاح أكبر لمسطرة فض المنازعة الضريبية، وهو ما يقتضي القول بضرورة إعمال الوسائل البديلة الكفيلة بتسوية المنازعات الضريبية بعيداً عن الإطار الإداري المحض.

وتبرز أهمية هذه الوسائل في إيجاد حلول ودية وتوافقية بين الإدارة الضريبية والملزم، خصوصا وأن التوجه الاقتصادي العالمي المعاصر أصبح ينحو إلى اعتماد هذه الآليات لفض المنازعات في شتى أشكالها وأنواعها، وأن بعض التشريعات المقارنة أضحت تعتمد التحكيم والوساطة وغيرها من الآليات كبديل للتسوية الودية للمنازعات الجبائية بدل اللجوء إلى القضاء وتعقيده، وذلك رغم أن المشرع المغربي قد حسم في هذا الأمر نهائيا، وقرر أنه لا تحكيم في المادة الجبائية.

فهل استطاع كل من التحكيم والوساطة إبراز فعالتهما في تسوية المنازعات الضريبية بالرغم من المنع التشريعي الصريح؟ وما هي مؤشرات نجاحهما عمليا في أفق التكريس القانوني لهما وذلك في ضوء المعطيات الوطنية والتجارب المقارنة؟

المطلب الأول: التحكيم في النزاع الضريبي.. القيود والمبررات.

إن التدخل المستمر للإدارة الضريبية وهي تفحص مدى التزام الملزم بواجباته الضريبية والمالية، من شأنه أن يؤدي إلى نزاعات بينهما بشأن تصحيح الأسس الضريبية، هذه النزاعات التي ستظل تطبع النظام الضريبي مادامت مصالح الطرفين متضاربة¹.

ولقد جاء القانون 2008.05² منسجما مع مقتضيات المدونة العامة للضرائب³، ذلك أن المادة 224 من المدونة نصت في فقرتها الأخيرة على أنه لا يمكن للنزاعات المتعلقة بتطبيق القانون الجبائي أن تكون موضوع تحكيم، هذا التوجه التشريعي جاء نتيجة التأثير ببعض الاتجاهات الفقهية في فرنسا التي تعتبر أن التحكيم في المنازعات الضريبية هو مساس بالنظام العام، واعتداء على الاختصاص الحصري للقاضي الإداري⁴.

إلا أنه بالرغم من التنصيص صراحة على عدم جواز التحكيم في المادة الضريبية، ولأجل مواكبة التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك تشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية، كان لا بد من القول بإجازة التحكيم في المنازعات الضريبية خصوصا في ظل نجاح هذه الآلية في فض الكثير من المنازعات في التشريعات المقارنة.

الفقرة الأولى: حدود أعمال التحكيم في الميدان الضريبي.

¹ - مصطفى الفوركي، "التأصيل النظري للتحكيم في النزاع الضريبي"، مقال منشور بموقع: www.droitentreprise.com، تاريخ الولوج: 2020/03/31.

² - القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169، المؤرخ في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق لـ 30 نوفمبر 2007، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584، الصادرة في 25 ذو القعدة 1428 الموافق لـ 06 ديسمبر 2007، صفحة: 3894.

³ - المدونة العامة للضرائب، المحدثه بموجب المادة 5 من قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232، المؤرخ في 10 ذي الحجة 1427 الموافق لـ 31 دجنبر 2006، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5487، الصادرة بتاريخ 11 ذي الحجة 1427 الموافق لـ فاتح يناير 2007، صفحة: 3.

⁴ - مصطفى بونجة ونهال اللوح، التحكيم في المواد التجارية، الإدارية والمدنية: دراسة لأهم الإشكالات العملية والنظرية وفقا للقانون المغربي والقوانين المقارنة، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2015، صفحة: 150.

يعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص أو القضاء البديل القائم على مبدأ سلطان الإرادة المتمثل في حرية الأفراد في اختيار المحكم والاتفاق على حكم يرتضونه¹.

وعلى هذا الأساس، فالتحكيم بعكس جميع الآليات البديلة الأخرى لفض المنازعات، يبقى وسيلة ذات طبيعة قضائية وليست إدارية، فالمحكم يملك سلطة إصدار حكم تحكيمي يكون الأطراف ملزمين بقبوله وتنفيذه لاكتسابه حجية الشيء المقضي به²، وهو ما يجعله لا يرقى ولا يستجيب لتطلعات الأطراف بالشكل المنشود، مادامت تطبعه النزعة القضائية إلى أبعد الحدود³.

هذا ما جعل الكثير يتساءل، هل التحكيم آلية بديلة أم وسيلة أصيلة لفض المنازعات؟ مما لا شك فيه أن التحكيم هو آلية بديلة لتسوية المنازعات، فإن كان فعلاً وسيلة أصيلة لفض النزاع لكان مثله مثل القضاء المختص، وكان سيستمد شرعيته من القانون، بيد أن التحكيم يستمد هذه الشرعية من إرادة الأطراف وبدون تدخل الدولة.

أولاً: مشروعية اللجوء للتحكيم في المجال الضريبي.

لقد منع المشرع المغربي التحكيم في المادة الجبائية بمقتضى المادة 310 من القانون 08.05، وأكد في المادة 244 من المدونة العامة للضرائب والمادة 164 من القانون 47.06⁴ المتعلق بالجبائيات المحلية.

هذا الموقف الذي اتخذته المشرع المغربي من التحكيم في المنازعات الجبائية لا يجد تفسيره إلا في كون المغرب دولة تعتمد في مواردها المالية على التحصيل الضريبي بنسبة عالية جداً بالنظر لغياب أي موارد أخرى، وبالتالي لا تريد - الدولة - أن يكون موردها الرئيسي عرضةً لتحكيم من لا يهمه سوى العدالة القانونية دون أية اعتبارات أخرى، بشكل قد يعصف بقدراتها المالية⁵ ويحرم خزينتها من مداخيل هامة قد أسست عليها نظرتها المستقبلية بخصوص النفقات.

وباعتبار أن القانون الضريبي منبثق عن قانون المالية والذي يعبر عن سيادة الدولة⁶، فلا غرابة أن جل المحاكم الوطنية تسعى دائماً لاحتكار الاختصاص القضائي للبت في المنازعات المالية وعلى رأسها

¹ - مصطفى الفوركي، "التأصيل النظري للتحكيم في النزاع الضريبي"، المرجع السابق.

² - Kaline SANTOS FERREIRA, Le contentieux administratif en dehors du juge (Etude comparée des droits Français et Brésilien), Thèse de Doctorat en droit, Ecole Doctorale de droit (E.D 41), Université Montesquieu- Bordeaux, France, Année universitaire : 2011- 2012, page : 185.

³ - Charles JARROSSON, Introduction générale, Revue "Les modes alternatifs de règlement des conflits" internationale de droit comparé, volume 49, N°2, Avril – Juin 1997, France, page : 329.

⁴ - القانون رقم 47.06 المتعلق بـجبائيات الجماعات المحلية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.195، المؤرخ في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق لـ 30 نوفمبر 2007، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5583، الصادرة في 22 ذو القعدة 1428 الموافق لـ 03 ديسمبر 2007.

⁵ - رياض فخري، "المنازعات الضريبية والنطاق الموضوعي لخصومة التحكيم"، سلسلة إصدارات مجلة القانون والأعمال، الإصدار الأول "التحكيم دراسات وتوجهات"، مطبعة دار السلام، الرباط، طبعة 2017، صفحة: 155.

⁶ - Alexander MAITROT DE LA MOTTE, "Contrôle fiscal et souveraineté fiscale", 1ère partie, Revue Gestion et Finances Publiques, N° 12, Décembre 2011, page : 905.

تلك المتعلقة بالضرائب. هذا الاحتكار نابع بالضرورة من حرص الدول على عدم تمكين خواص من البت في نزاعات تتعلق بمظاهر سيادتها وتمس بالنظام العام¹.

إلا أنه نظرا لتمييز قوانين الضرائب بالتعديل والتغيير المستمرين، مما يؤدي إلى بروز مستجدات قانونية تكون غالبا محل نزاع بين المكلفين وإدارة الضرائب، وأمام كثرة الملفات المعروضة أمام المحاكم الإدارية، كان لابد من التفكير في وسيلة أو وسائل بديلة لتخفيف العبء عن المحاكم وتسريع وتيرة التقاضي.

إن المشرع المغربي والاجتهاد القضائي يقران بالتحكيم في المنازعة الضريبية وذلك من خلال لجان التحكيم الضريبية، أي اللجنة المحلية لتقدير الضريبة واللجنة الوطنية للنظر في الطعون المتعلقة بالضريبة، واللجان يمكن الطعن أمامهما في القرارات التي تتخذها الإدارة الضريبية تجاه الملمزم، حيث يمكن القول بأن هاتين اللجنتين تمارسان نوعا من التحكيم بين الطرفين لولا تشكيلتهما التي تضم قضاة، ومساطرهما وطرق اشتغالهما المحددة مسبقا في النصوص المنظمة لها²، وهو ما لا يسمح بالقول أن الأمر يتعلق بتحكيم يخضع لإرادة الأطراف، هذا بالإضافة إلى إجبارية اللجوء إلى هاتين اللجنتين قبل الطعن أمام القضاء وتقييد اختصاصهما بالنظر في المسائل الواقعية دون القانونية، وهو الأمر الذي يتنافى وآلية التحكيم.

وبما أن التحكيم قد أثبت جدارته في فض منازعات التجارة الدولية وخصوصا تلك المتعلقة بالازدواج الضريبي ومنازعات الاستثمار، ورغبة من المشرع المغربي في تشجيع الاستثمارات الخارجية، فقد نص من خلال المادة 17 من ميثاق الاستثمار³ على جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي تكون في كثير من الأحيان متعلقة بشق ضريبي.

والجدير بالذكر، أنه رغم استقرار التشريع المغربي وبعض التشريعات المقارنة على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح من الحقوق، يمكن القول أن نظام التحكيم يكون مشروعا في المجال الضريبي فيما لو أمكن تطبيقه شرط الحفاظ على ضمانتين:

الأولى: أن يكفل هذا النظام تطبيق القانون الضريبي على المنازعات التي ينظر فيها طبقا لإجراءاته؛

الثانية: الحرص على عدم التنافي بين تطبيق نظام التحكيم وطبيعة محل المنازعة الضريبية⁴.

¹ - Xu CHEN, La jurisprudence arbitrale relative à la fiscalité en droit des investissements, Mémoire présenté pour l'obtention du diplôme Master juriste d'affaires internationales, Faculté de droit, Université de Bourgogne, Année universitaire : 2013- 2014, pages : 1 et 2.

² - رياض فخري، مرجع سابق، صفحة: 155.

³ - القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.213، المؤرخ في 14 من جمادى الآخرة 1416 الموافق لـ 8 نوفمبر 1995، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4335، الصادرة في 06 رجب 1416 الموافق لـ 29 نوفمبر 1995، صفحة: 3030.

⁴ - إبراهيم عبد العزيز النجار، "التحكيم في المجال الضريبي وجدواه للاستثمار"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثاني "القانون والاستثمار"، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، يومي 29 و30 أبريل 2015، صفحة: 4.

وهو ما يحيلنا إلى القول أنه رغم عدم جواز الاتفاق على تعديل سعر الضريبة لأنه لا يمكن تعديل الضريبة إلا بقانون، فلا ضريبة ولا إلغاء إلا بقانون، فإنه في حالة إذا ما بادرت الإدارة الضريبية إلى فحص الدفاتر والسجلات خلال الفحص الضريبي مثلا، وتبين لها أن وعاء الضريبة يفوق ما أقر به الملمزم، أو كان هذا الأخير غير ملتزم بمسك المحاسبة المنتظمة، وتوصلت- الإدارة- إلى تحديد أسس ضريبية أكثر من تلك التي تم التصريح بها، وظهرت بوادر النزاع بين الإدارة والمكلف، يمكن الاتفاق بين هذين الأخيرين على قيمة الوعاء الخاضع للضريبة، باعتبار أن الاتفاق في هذه الحالة ليس وسيلة لتقدير الضريبة في حد ذاتها، وإنما وسيلة لتقدير محلها ووعائها فحسب¹.

والرأي فيما نعتقد، أنه مادام الاتفاق قائما فهذا دليل على الصلح بين الطرفين، وما دامت القاعدة تقول "ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم"، فبمفهوم المخالفة "ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم".

ثانيا: التحكيم الضريبي وإشكالية النظام العام.

يرتبط نظام التحكيم في المنازعات الجبائية بنظرية النظام العام، وذلك على غرار العديد من المنازعات المدنية والتجارية، ما يحيلنا إلى التساؤل عن مدى تأثير النظام العام إلى حد منع التحكيم؟ وهل المساس بالنظام العام يحول دون إمكانية التحكيم؟

إن قواعد النظام العام هي تلك القواعد التي يعتبر قيامها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وعدم قابلية المسائل التي لها اتصال بالنظام العام للتحكيم لا تعتبر محل خلاف، لكن التنصيص على ذلك قانونا يدخل نوعا من التشكيك في مصداقية التحكيم.

فالمقتضيات الحالية تحمل على الاعتقاد بأن التحكيم هو الذي يعتبر ممنوعا باسم النظام العام، والحال أن الاتفاق الذي ينص على التحكيم بخصوص مسألة لها ارتباط بالنظام العام هو الذي يعتبر غير مشروع²، ومن ثم فإن التنصيص على كون المسائل التي لها اتصال بالنظام العام لا يمكن أن تخضع للتحكيم يعتبر من باب الحشو، والذي من شأنه إدخال الشك في آلية التحكيم³.

نفس الإشكال تعرض له التشريع الفرنسي، ذلك أن المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي تنص على منع التحكيم في جميع القضايا التي تمس بالنظام العام⁴، وقراءة هذه المادة تقتضي عدم جواز التحكيم لمجرد وجود مقتضى يخص النظام العام.

1- إبراهيم عبد العزيز النجار مرجع سابق، صفحة: 12.
2- وهو نفس ما أكدته المادة 62 من قانون الالتزامات والعقود المغربي حين نصت على أن: "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن."
3- عبد الصادق ربيع، "التحكيم التجاري: من التشكيك إلى المصادقية"، مداخلة بالندوة المنظمة من طرف وزارة العدل والإتحاد العام لمقاولات المغرب، بإشراف وإعداد من المجلس الأعلى، يومي 3 و4 مارس 2004، دفاتر المجلس الأعلى، العدد 6، سنة 2005، صفحة: 24 و25.
4- L'article 2060 du Code Civil Français stipule que : "on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité = intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public...".

لكن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي آخر في قرار **Tissot** بتاريخ 1950/11/28، حين اعتبرت أن توافر قواعد النظام العام في المنازعة أيا كان نوعها لا يمنع المحكم من التدخل في المنازعة ولا يقصيه من التحكيم فيها¹.

فحسب هذا المبدأ الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية، فإن النظام العام يمكنه أن يحول دون التحكيم في المنازعة إذا تعلق الأمر ببعض القضايا والإشكالات الصعبة التي تدخل في إطار "النظام العام الإستثنائي"، ويعهد الاختصاص فيها لمحاكم الدولة، ولا يجوز تحويلها للمحكمن، هذا ما يعني أن مجرد حضور قواعد النظام العام ليس كافيا للقول بعدم إمكانية التحكيم.

سيراً على التوجه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية، برزت نظرية تنادي بإمكانية التحكيم في الميدان الجبائي، ويميز أنصارها بين "النظام العام الحمائي" و"النظام العام التنظيمي".

فالنظام العام الحمائي يحمي المنافع الخاصة، وخصوصاً تلك المتعلقة بعلاقة تشمل طرفاً ضعيفاً، كحماية المستهلك تجاه المهني، أو المكثري في مواجهة المكري، أما النظام العام التنظيمي فيحمي المنفعة العامة للجماعة، والنظام الجبائي يدخل في زمرة هذه الفئة، بحيث لا يمنح أي حقوق شخصية سواء للملزم أم للإدارة الضريبية، وبالتالي فإن المنازعات الجبائية التي تمس هذه القواعد التنظيمية تكون مستبعدة عن أي تحكيم خاص مادام أن الأمر يتعلق بمظهر من مظاهر سيادة الدولة، واستثناء من هذه النظرية، يمكن للتحكيم أن يهتم منازعات التحصيل والمنازعات المتعلقة بقوانين الاستثمار، أما منازعات الوعاء فهي غير قابلة للنقاش ومسألة التحكيم فيها مستحيلة².

حقيقة أن النظام العام يشكل قيوداً على حرية التحكيم، لكن في المقابل ظهرت علاقة تأثير وتأثر بين كل من النظام العام والتحكيم، خاصة من خلال الدور الإيجابي للنظام العام في تحقيق فاعلية التحكيم، هذا الدور أدى إلى مساهمة النظام العام في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم الذي أضحي قاعدة مادية في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى تراجع العديد من المفاهيم الوطنية أمام الأفكار والحلول الدولية³.

وأمام كل هذا النقاش القائم والإشكالات المثارة، نعتقد أن أسباب منع التحكيم في المنازعات الضريبية لم تعد قائمة، مادام أن المشرع قد أقر إمكانية التحكيم في العقود الإدارية والمنازعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية بمقتضى الفصل 310 من القانون 08.05، ذلك أنه في جميع الأحوال فإن الأمر يتعلق بالمال العام، وبالتالي لا داعي للتمييز بين المجالات التي يمكن أن يشملها التحكيم.

الفقرة الثانية: مبررات اللجوء للتحكيم الضريبي.

¹ - Xu CHEN, op.cit, page : 7.

² - Ibid, page : 9.

³ - السالك كروم، "حدود أعمال المحكم لقواعد النظام العام كمظهر من مظاهر الاستقلالية"، منازعات الأعمال بين القانون والممارسة، منشورات المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، العدد 2، دجنبر 2016، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2016، صفحة: 33.

بالرغم من التنصيص القانوني الصريح على عدم جواز التحكيم في المادة الضريبية بمقتضى المادة 244 من المدونة العامة للضرائب، إلا أنه من أجل مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وكذلك تحقيق التنمية من خلال تشجيع الاستثمار، كان لابد من القول بإمكانية التحكيم في المادة الضريبية، خصوصا وأن المغرب قد عرف التحكيم الملكي في محطات عدة بخصوص المنازعات الجبائية ذات الطابع السياسي، كما أن التجارب المقارنة في مجال التحكيم الضريبي قد لاقت نجاحا كبيرا، مما يدعونا إلى المناداة بضرورة الإقتداء بها والسير على نهجها.

أولا: التحكيم الملكي في المجال الضريبي.

نظرا لحجم المركزية والمحورية التي يضطلع بها الملك في النسق السياسي المغربي، فإن ذلك يجعله المؤهل الوحيد للتدخل ما بين المكونات الاجتماعية في حالة نشوب خلافات بينها، ويبقى للمنازعات الجبائية نصيبها من التحكيم الملكي. وتتدخل المؤسسة الملكية التي تستند في سلطاتها التحكيمية على عنصرى الهبة والاحترام اللذان تحظى بهما، بتقديم حلول عبر آلية التحكيم الجبائي.

وأول مثال بارز للتحكيم هو واقعة الإضراب عن البناء الذي خاضه اللوبي العقاري في نهاية السبعينات، والذي خلق أزمة سكنية حادة جاءت نتيجة رفض هذه الفئة لمحاولات الإصلاح الجبائي، والذي كان يهدف آنذاك إخضاع هذه الفئة لتضريب يتناسب مع حصيلة المداخيل المحققة. هذا الإضراب نتج عنه ارتفاع خيالي في أثمان العقار لاختلال ميزان العرض والطلب في السوق العقارية، مما أدى إلى أزمة اجتماعية في مجال السكن، واقتصادية نظرا لحيوية القطاع.

وأمام هذا الوضع، برز التحكيم الملكي كحل، ليتدخل المغفور له الحسن الثاني في 20 غشت 1980 في خطاب رسمي بمناسبة ثورة الملك والشعب، ويعلن عن ضرورة تقديم مجموعة من الامتيازات الجبائية للقطاع العقاري¹.

والمثال الثاني الذي نسوقه يرجع لسنة 1995، أي قبل صدور ميثاق الاستثمار، حيث دارت معركة سياسية ما بين الخواص والحكومة حول إخراج هذا الميثاق إلى حيز الوجود، ولم يحل هذا الإشكال سوى طلب التدخل الملكي، وتم ذلك بالفعل عبر الرسائل الملكية الموجهة للوزير الأول المتعلقة بالاستثمار والتي توطر التوجهات العامة التي ينبغي إتباعها، هذا بالإضافة إلى الخطاب الملكي ليوم 16 ماي 1995، الذي أمر من خلاله الملك الراحل الحسن الثاني بتقديم ميثاق الاستثمار من طرف الحكومة لكي ينظر فيه البرلمان².

أما المثال الثالث للتحكيم الملكي، فيتعلق بالنزاع الذي نشب بين الفيدرالية الوطنية للمنعشين العقاريين والحكومة حول قرار إلغاء الفصل 19 من قانون المالية لسنة 2000/1999، والذي يقضي بإعفاء

1- هشام لحرش، النظم الجبائية التفصيلية وإشكالية العدالة الضريبية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المنازعات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، السنة الجامعية: 2007-2008، صفحة: 94.

2- هشام لحرش، مرجع سابق، صفحة: 95.

المنعشين العقاريين الذين يشيدون 2500 سكن من جميع الضرائب، وحذفه من قانون المالية لسنة 2007. وقد تقرر في المجلس الوزاري المنعقد في نونبر 2007 برئاسة جلالة الملك محمد السادس التراجع عن إلغاء هذا الفصل، خاصة وأن الصراع قد أدى إلى نقاش داخلي حاد بين وزير المالية ووزير الإسكان والتعمير، هذا الأخير الذي دافع عن ضرورة الإبقاء على الامتيازات الضريبية الواردة في هذا الفصل¹. إن القوة السياسية والاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة الملكية، تجعلها رمزا لوحدة الدولة، وتؤهلها لتولي دور الحكم بين المكونات المجتمعية في جل المجالات بما في ذلك المجال الجبائي، هذا الأخير الذي يتميز بتواجد نزاع لا تستطيع لا المؤسسات السياسية ولا الفعاليات الاقتصادية والاجتماعية التحكم فيه، آنذاك تعود سلطة التقرير إلى المؤسسة الملكية التي تقوم بتدبير مختلف المطالب الجبائية بهدف الحفاظ على استقرار النسق السياسي².

ثانيا: التجارب المقارنة في التحكيم الضريبي.

تتعدد الأنظمة المقارنة التي تبنت التحكيم في حل المنازعات الضريبية، ومن بينها نجد:

* **قانون الولايات المتحدة الأمريكية:** يعتبر التحكيم في المنازعات الجبائية خصوصية من خصوصيات النظام الجبائي الأمريكي³. ففي سنة 1996 صدر قانون فض المنازعات الإدارية والذي نص على اعتماد أسلوب الوساطة والتحكيم كوسائل بديلة لفض المنازعات بدلا من اللجوء إلى القضاء، وخاطب هذا القانون العديد من المصالح الحكومية من بينها مصلحة الضرائب، والتي وضعت على إثر هذا القانون طريقتين لفض المنازعات الضريبية وهما: الوساطة والتحكيم.

هذا القانون كان له أثر بارز على الحصيلة الضريبية في الولايات المتحدة الأمريكية، فضلا عن فض العديد من المنازعات الضريبية.

* **القانون الياباني:** يفضل الشعب الياباني الطرق غير القضائية وغير الرسمية من أجل تسوية المنازعات، فهو شعب يؤمن بأن أي خلاف يجب أن لا ينشأ، وإذا نشأ خلاف فيجب تسويته بالتفاهم المتبادل⁴.

وبموجب الدستور الياباني يخضع كل مواطن للضرائب التي يفرضها القانون، وفي المقابل يحق لكل مواطن الاعتراض على أسعار الفرض إذا رأى أنه غير عادل، على الرغم من أن الدستور الياباني يمنع أي مفاوضات بين المكلف والسلطات الضريبية، أما من الناحية العملية، فتجري مثل هذه المفاوضات

¹ محمد البرانصي، لجان التحكيم الضريبية ودورها في تسوية المنازعات الضريبية وتشجيع الاستثمار، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، جامعة محمد الخامس-السويس- بالرباط، السنة الجامعية: 2013-2014، صفحة: 102.

² البازل بدر، السياسة الضريبية في المغرب: دراسة سوسيو سياسية للنقطة الجبائية العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية: 2006-2007، صفحة: 75.

³ Kevin JESTIN, "Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal?" *Analise comparée France-Etats-Unis*, Jurisdoctoria, N° 2, 2009, page : 77.

⁴ محمد الحلاق، "الأساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، دون ذكر المطبعة، سنة 2006، صفحة: 20.

بشكل غير رسمي في معظم الأحيان¹، والأکید أن التحکیم هو آلية فعالة للخروج بهذه المفاوضات إلى نتيجة ترضي الطرفين.

* **التشريع الأسترالي:** مرت السياسة الضريبية بأستراليا بعدة مراحل، وكان أولها إنشاء مكتب الضرائب الأسترالي (A.T.O)، الذي عارض فكرة اللجوء إلى التحکیم كوسيلة لتسوية المنازعات الضريبية باعتباره يهدد سياسة الدولة ويضيع حقوقها المالية، لكن ما لبثت أن تغيرت هذه النظرة في ظل التحولات الاقتصادية والتجارية الدولية، وأصبحت أستراليا تقر باللجوء إلى التحکیم الضريبي في الاتفاقيات الاستثمارية بإبرام معاهدات تفادي الازدواج الضريبي، الشيء الذي انعكس إيجابيا على المنازعات الضريبية الداخلية، وبدأ مكتب الضرائب الأسترالي يلجأ إلى فض المنازعات الضريبية مع المستثمرين عن طريق التحکیم لما يوفره من سرعة وفعالية في حسم النزاعات².

* **التشريع الكويتي:** الكويت من بين الدول العربية التي ينص تشريعها صراحة على إمكانية اللجوء إلى التحکیم، وذلك بموجب المادة 13 من المرسوم الملكي رقم 3 لسنة 1955 بشأن ضريبة الدخل الكويتية³، والتي جاءت واضحة بجعل اللجوء إلى التحکیم خيارا متاحا أمام الملزم والإدارة الضريبية.

المطلب الثاني: الوساطة الضريبية.. التجليات والفعالية.

لم تعد العدالة القضائية قادرة على مسايرة سرعة التطور في عصرنا الحاضر، وأضحت الدولة مطالبة بالرقى بها إلى مستويات تواكب زمن العولمة، وتكرس ديمقراطية العدالة، وتحافظ على حقوق الإنسان، وبهذا شكلت العدالة التصالحية الجواب والحل لتحقيق الغايات المنشودة، فبرزت الوسائل البديلة لفض المنازعات كآليات فعالة وناجعة للرقى بمستوى العدالة.

وتعتبر الوساطة أحد الوسائل المعول عليها في هذا الإطار، بل وتوجد في صميم هذه المتغيرات بالنظر إلى نزعتها الإنسانية وقدرتها الفريدة على تصريف العدالة.

وقد عرفت الوساطة في الآونة الأخيرة انتشارا واسعا واهتماما متزايدا لدى جل المجتمعات، وحققت نجاحا متميزا، وأضحت بديلا عن التحکیم، مما يستدعي القول بأن نجاحها في المغرب ليس بالأمر الهين، بل هو رهين بزيادة وعي الأشخاص بأهميتها، وتفعيل دور جميع أجهزة الدولة والإعداد الجيد للأطر المسؤولة عن تطبيقها.

الفقرة الأولى: الوساطة آلية لتسوية المنازعات الجبائية في التشريعات المقارنة.

1- نفس المرجع، صفحة: 21.
2- مصطفى الفوركي، "التحكيم الضريبي الداخلي: دراسة في تجارب مختلف الدول العربية والأجنبية"، سلسلة إصدارات مجلة القانون والأعمال، الإصدار الأول "التحكيم دراسات وتوجهات"، مطبعة دار السلام، الرباط، طبعة 2017، صفحة: 171.
3- جاء في المادة 13 من المرسوم رقم 3 بشأن ضريبة الدخل الكويتية ما يلي: "إن أي نزاع بين المدير ودافع الضريبة ينشأ فيما يتعلق بإدارة هذا المرسوم أو بمقدار ضريبة الدخل المستحقة بموجبه يجوز إحالته من قبل أي الفريقين إلى المحاكم للحكم به، إلا إذا اتفق كلا الفريقين على عرض النزاع للتحكيم".

عرفت الوساطة منذ القرن 18 ميلادي كآلية لإحقاق السلم والسلام ونشره بين الدول، وتم إقرارها بمقتضى "معاهدة لاهاي" المؤرخة في 29 يوليو 1899 بشأن التسوية الودية للمنازعات الدولية، ومنذ هذا التاريخ تطورت الوساطة في ميدان العلاقات الدولية.

أولاً: الوساطة الجبائية في التشريع الفرنسي.

برز مصطلح الوساطة لأول مرة في القانون الإداري الفرنسي بموجب القانون رقم 6.73 المؤرخ في 1973/01/03، والمتعلق بإحداث مؤسسة الوسيط للجمهورية الفرنسية، ولم تحظ بتعريف قانوني أو فقهي بالرغم من محاولة الفقه سد هذا الفراغ، إلا أنه بدلا من أن يحدد تعريفا دقيقا لها سقط في إشكالية الخلط بينها وبين "التوفيق"، ويلاحظ هذا الخلط حتى عند بعض فقهاء القانون الفرنسي الذين يستعملون المصطلحين كمترادفين¹، أو يعمدون إلى استعمالهما في آن واحد على شكل "الوساطة التوفيقية"².

تقوم الوساطة على مبدأ التفاوض بين الأطراف بوجود طرف ثالث يسعى للتوفيق بينها والتقريب بين وجهات نظرهما³ يطلق عليه اسم "الوسيط"، والذي يستمد شرعية تدخله في المنازعة من خلال القانون نفسه المنظم لاختصاصاته، فما دامت الوساطة آلية بديلة لفض المنازعات، فمن الطبيعي والمنطقي أن يتدخل الوسيط وديا في محاولة رفع بعض مظاهر التعسف واللاعادلة التي تطبع العلاقة بين المواطنين والإدارة⁴.

غير أن المنازعات الجبائية باعتبارها ذات صبغة إدارية لا تدخل من حيث المبدأ في خانة المنازعات التي يمكن تسويتها بالوساطة، شأنها في ذلك شأن ما قيل بخصوص التحكيم⁵، إلا أنه مع إحداث مؤسسة "وسيط الجمهورية الفرنسية" عرفت تسوية المنازعات الجبائية تحولا جذريا.

- مؤسسة وسيط الجمهورية الفرنسية: **Le médiateur de la République**: خلق

إحداث مؤسسة وسيط الجمهورية أو ما اصطلح عليه بـ "حامي الحقوق" جدلا واسعا بخصوص مكانة القاضي في ظل وجود هذه المؤسسة، على اعتبار أن القاضي هو الحامي الأول والمدافع الأصيل عن

¹- Christian HUGLO et David POLLET, La médiation et le juge dans l'ordre administratif, LPA, 23 Avril 1999, page : 7.

²- Jean pierre JOUGUELET, Juriclasseur Administratif, 5ème conciliation, Transaction et arbitrage, 2008, FASC.1005, N° 42, page : 6.

³- Ali BEN CHENEB, "La conciliation et la médiation en droit des affaires internationales"³, colloque international organisé en Alger, 6 et 7 Mai 2014, Sous le thème : « Les modes alternatifs de règlement des conflits », Les annales de l'Université Alger 1, Série spéciale colloques et séminaires, N°3 /2014, pages : 301 et suivantes.

⁴- Abdelhadi ATTOBI, Intervention à la 8ème session de formation de collaborateurs des médiateurs membres de l'AOMF, sous le thème : « L'accès aux services et la protection des droits économiques et sociaux : quel rôle pour le médiateur? », Centre de formation et d'échange en médiation, Institution le médiateur, royaume du Maroc, Le 11, 12 et 13 Octobre 2011, Rabat, page : 67.

⁵- Muriel VRIGNAUD, Les modes non juridictionnels de règlement des litiges administratifs, Thèse présentée en vue de l'obtention du grade Docteur en droit public, Université de Nantes sous le sceau de l'Université de Bretagne Loire, Soutenue le 14/12/2016, pages : 22 et suivantes.

إقرار الحقوق. والحقيقة أن مكانة القضاء في حماية الحقوق وإقرار القانون لم يكن أبدا محل نقاش، وأن إحداث وسيط الجمهورية ما هو إلا تكريس لهذه الحماية وزيادة في فعاليتها من خلال آلية بديلة لفض المنازعات التي تشوب غالبا العلاقة بين المواطنين والإدارة، وذلك عبر إمكانية اللجوء إليه - الوسيط - والطعن أمامه مباشرة ومجانا دون أية تكاليف أو مصاريف¹.

هذه المؤسسة التي أحدثت بموجب القانون رقم 6.73 الصادر في يناير 1973، وتم تكريسها في الدستور الفرنسي سنة 2008، عرفت تطبيقات للوساطة الجبائية بفضل المكانة البارزة التي يضطلع بها وسيط الجمهورية في فض المنازعات الجبائية كهيئة مستقلة.

يحتل وسيط الجمهورية مكانة بارزة باعتباره المدافع عن مصالح الملزمين من تعسف الإدارة الضريبية، وفي نفس الوقت يتدخل لحماية الإدارة نفسها من بعض التجاوزات والمخالفات الصادرة عن الملزمين، وذلك بشكل يضمن استقرار وتوطيد أواصر الثقة بين الطرفين. وقد استطاع وسيط الجمهورية الفرنسية بفضل استقلاله أن يبدى سيادته وسلطته التقريرية في إيجاد حلول ناجعة لمختلف المنازعات الجبائية، والتي لاقت استحسانا وقبولا من طرف المتعاملين مع الإدارة الضريبية، وذلك بفضل تكريس مبادئ الحوار والإنصات والإقناع والتي بوأته اليوم في فرنسا مركز "النموذج الأخلاقي للمواطنة الجبائية"².

ثانيا: الوساطة الجبائية في باقي التشريعات المقارنة.

يمكن سرد بعض التجارب للوساطة الجبائية في ظل التشريعات المقارنة من خلال:

* **مؤسسة وسيط الجمهورية الجزائرية:** أحدثت مؤسسة وسيط الجمهورية الجزائرية لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 23 مارس 1996³، لكن سرعان ما ألغي العمل بهذه المؤسسة بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 170.99 المنشور بالجريدة الرسمية الجزائرية عدد 52 سنة 1999. وخلال هذه السنوات الثلاث، أثبتت مؤسسة الوسيط فعاليتها في تحقيق التوفيق وحل النزاعات المعروضة عليها من طرف الأشخاص المعنوية، رغم أن المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 113.96 لسنة 1996 تقصر حق اللجوء إلى هذه المؤسسة على الأشخاص الذاتيين فقط. وقد استقبلت هذه المؤسسة خلال السنة الأولى من إحداثها ما يقارب 36.637 تظلما من بينها 357 تخص الاستثمار والمنازعات الجبائية المرتبطة به، وتم البت في 222 منها⁴.

¹- Anne TRECASSES, Intervention au colloque "Le défenseur des droits : le nouveau médiateur miracle(?)", international organisé en Alger le 6 et 7 Mai 2014, Op.cit, pages : 233 et suivantes.

²- "Litiges fiscaux : le rôle à part du Médiateur de la République" - Médiateur Actualités, Médiateur de la République, N° 33, Janvier 2008, Edition : le Médiateur de la République, Publié sur le site officiel : www.mediateur-republique.fr

³- المرسوم الرئاسي رقم 113.96، الصادر بتاريخ 23/03/1996، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 20، الصادرة سنة 1996.

⁴- Souad GHAOUTI, Intervention "Le Médiateur de la République : l'expérience Algérienne de 1996 à 1999" - au colloque organisé en Alger le 6 et 7 Mai 2014, Op.cit, pages : 262 et suivantes.

* **مصلحة التوفيق الجبائي البلجيكية (SCF):** على غرار فرنسا والكيك، أضحت الوساطة التوفيقية ممثلة في الميدان الجبائي ببلجيكا وذلك بمقتضى القانون الصادر في 25 أبريل 2007، الذي أحدث "مصلحة التوفيق الجبائي"، والتي عهد إليها القيام بالمهم التالية:

✓ إبرام التسويات الودية المتعلقة بالمنازعات المرتبطة بالقوانين الجبائية؛

✓ تسريع وتيرة تحصيل الديون العمومية؛

✓ توجيه توصيات لرئيس المصلحة بشأن المشاكل التي يتم معابنتها لأجل إيجاد حلول لها؛

✓ رفع تقارير إلى وزارة المالية ومجلس النواب بشأن الملاحظات التي يتم تسجيلها¹.

بتاريخ 13 دجنبر 2013، وقعت "مصلحة التوفيق الجبائي" بروتوكولا للتعاون مع مؤسسة "الوسيط الفيدرالي البلجيكي"، بمقتضاه تم منح مصلحة التوفيق صفة "مصلحة درجة أولى" في المنازعات الجبائية، واحتفظ الوسيط الفيدرالي بصفة "مصلحة درجة ثانية"، والتي يعهد إليها بالنظر في المنازعات الجبائية التي لم تستطع مصلحة التوفيق الوصول إلى حل بشأنها².

الفقرة الثانية: مكانة الوساطة الجبائية في التشريع المغربي.

إن المغرب بحكم موقعه الجغرافي وارتباطه الإقليمي والدولي، وبالنظر إلى مختلف التحولات التي يعرفها العالم، كان مضطرا إلى إعادة النظر في ترسانته القانونية لمسايرة ركب التطور الذي يعرفه العالم وليستجيب لتطلعات جميع الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين سعيا منه لتحقيق التنمية الشاملة، فكانت الوسائل البديلة في قلب المتغيرات والمستجدات التي عرفها التشريع المغربي في الآونة الأخيرة.

أولا: أهمية الوساطة كآلية بديلة لتسوية المنازعات الجبائية.

إذا كان التشريع المغربي يزخر في العديد من النصوص القانونية بالوسائل البديلة لتسوية النزاعات وخاصة الصلح والتحكيم، فإن العقد الأول من القرن 21 ميلادي تميز بإدراج المشرع لوسيلة جديدة لحل النزاعات لأول مرة هي الوساطة، وذلك من خلال القانون 08.05 المعدل والمتمم لقانون المسطرة المدنية لسنة 2007، والذي نظم الوساطة الاتفاقية من الفصل 327-55 إلى الفصل 327-369³.

والوساطة إلى جانب التحكيم تعتبران الآليتان الأكثر انتشارا ونجاحا، والبديلان الناجعان عن القضاء الرسمي في تسوية المنازعات، وكلا منهما يعتبر نظاما اتفاقيا ابتداء وانتهاء، لهما نفس المزايا ويحتاجان إلى طرف ثالث محايد ومستقل عن الأطراف المتنازعة يسمى "الوسيط" أو "المحكم".

Un litige avec l'administration fédérale des impôts? Le service de conciliation fiscale ¹- Roland ROUSOUX, Forum financier - BNB, Liège, 09 Juin 2015, Service Public Fédéral Finances, Belgique. "vous aide

²- Rapport annuel 2017, Service de conciliation fiscale, Service public Fédéral Finances, Bruxelles, Belgique, 2017, page : 6.

³- محمد المكي، دور الوساطة في تسوية النزاعات "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، السنة الجامعية: 2016-2017، صفحة: 11.

ورغم هذه القواسم المشتركة، فإن الفرق بين الوساطة والتحكيم كبير وواضح، فالوساطة تعتبر وسيلة بديلة لتفاوضية تقوم على الحوار المباشر والتسوية المتوافق عليها، غايتها في ذلك الوصول إلى تحقيق نتيجة "رابح/رابح"، في حين أن التحكيم وسيلة بديلة قوامها حكم فاصل في النزاع لا يمكن للأطراف مناقشته، وهو بذلك قضاء غير رسمي¹.

إذن، فإذا كانت الوساطة عموماً تقوم على أساس التفاوض والتوافق بين الأطراف مع الحفاظ على حقوقهم ودون إحداث أي ضرر بأحدهم، فهل يمكن الحديث عن الوساطة في المنازعات الجبائية والضريبية؟

إن الوساطة الجبائية هي مجموعة من التدابير الوقائية وآليات التسوية للمنازعات الجبائية، والتي تستدعي تدخل وسيط من أجل التوفيق بين الأطراف ومساعدتهم على فهم طبيعة المشاكل التي تعترضهم، ومحاولة إيجاد تسوية للنزاع القائم بينهم في شكل توافقي ورضائي ومنسجم مع مقتضيات التشريع الجبائي. وعلى هذا الأساس، فالوسيط الجبائي هو أحد الأغيار، يتمتع بالحياد والاستقلالية، مهمته تتجلى في توجيه الحوار بين الأطراف المتنازعة بخصوص مسألة مالية، والمفترض فيه أن يكون مهنيًا، معتمداً ومتخصصاً في المالية وتسوية المنازعات المتعلقة بها عبر أعمال تقنية الحوار والتفاوض، ولا يجدر بالوسيط الجبائي فرض الحلول على الأطراف المتنازعة بقدر ما هو مطالب بمساعدتهم على تجاوز النزاع المثار بينهم من خلال التقريب بين آرائهم ومواقفهم².

ومما لا شك فيه، أن هذه المواصفات تنطبق إلى حد كبير على "الخبير المحاسبي"، والذي يضطلع بدور بارز خلال مسطرة المنازعة الضريبية سواء في المرحلة الإدارية أو أثناء المنازعة القضائية، ومادامت المهام المنوطة بالخبير المحاسبي لها ارتباط وطيد ووثيق بالوضعية المالية للشركات التجارية كما حددها القانون 15.89 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية وإنشاء هيئة الخبراء المحاسبين، فإن موقعه هذا يجعله صاحب الرأي والمشورة في الأعمال ذات الطابع الجبائي والضريبي والمرتبطة بنشاط المؤسسات المهنية، وبيئته مركزاً قانونياً يمكنه من الاضطلاع بدور بارز في تفعيل الوساطة وممارستها، والترويج لها، وتوجيه المتعاملين نحوها باعتبارها وسيلة بديلة وناجعة لتسوية النزاعات التجارية عموماً، وتلك ذات الطابع المالي خصوصاً³.

ثانياً: تجسيد الوساطة الجبائية في التشريع المغربي (مؤسسة وسيط المملكة نموذجاً).

¹ - إسماعيل أوبلعيد، الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس بأكادال، الرباط، السنة الجامعية: 2014-2015، صفحة: 42.

² - La Médiation fiscale : une innovation au Québec pour des échanges transparents entre les administrations fiscales et les contribuables-mandataires, Mémoire de l'association de Médiation fiscale, Présenté à la commission d'examen sur la fiscalité Québécoise, Le Mercredi 22 octobre 2014, page : 1.

³ - محمد المكي، مرجع سابق، صفحة: 213 و214.

في إطار مواصلة سياسة بناء دولة الحق والقانون وتقويتها، وتجسيدا للإرادة الملكية السامية في توطيد ما تحقق من مكتسبات في مجال حقوق الإنسان، وجعل التواصل مع المواطنين وحماية حقوقهم وصيانتها أساس المفهوم الجديد للسلطة، تم إحداث مؤسسة "ديوان المظالم" بمقتضى ظهير مؤرخ في 2001/12/29، الذي نصت المادة 10 منه على أن والي المظالم يقوم بكل مساعي الوساطة، خاصة التوفيقية التي يرى أن من شأنها أن ترفع ما ثبت لديه من حيف، وذلك بالاستناد إلى سيادة القانون والإنصاف، كما يوجه اقتراحاته وتوصياته وملاحظاته إلى الإدارات والمؤسسات¹.

هذه المؤسسة شكلت قيمة مضافة في مجال التطور المؤسساتي في بلادنا، وأرضية صلبة لتقوية التواصل بين الملزم والإدارة الجبائية على اعتبار أنها تقوم بدور توفيق، وتسعى لتقريب وجهات النظر وتسهيل الحوار، والضغط على الإدارة عبر توصياتها ومقترحاتها لاحترام القانون وإعادة تكييفه وتطويره والنظر في أساليب التسيير والتدبير².

في سنة 2011 أحدثت مؤسسة "وسيط المملكة"³ التي حلت مكان "ديوان المظالم"، وتم التنصيب عليها في الفصل 162 من دستور فاتح يوليو 4 من نفس السنة، هذه المؤسسة شهدت في سنة 2019 إعادة تنظيمها بموجب القانون رقم 14.16 المتعلق بمؤسسة الوسيط⁵.

تعتبر مؤسسة الوسيط هيئة وطنية مستقلة، تسعى إلى إحقاق الحقوق ورفع المظالم وصيانة حقوق المواطنين في علاقتهم مع الإدارة⁶، والعمل على إنصافهم من أي تجاوزات، وذلك في نطاق سيادة القانون وتوطيد مبادئ العدل والإنصاف من خلال الصلاحيات المخولة لها⁷ سواء في مجال القيام بمساعي الوساطة والتوفيق واقتراح المتابعات القانونية، أو فيما يتعلق بالتعريف بدورها واختصاصاتها والتعامل مع المواطنين المتضررين⁸.

وحسب التقرير الصادر عن مؤسسة الوسيط لسنة 2018، فإن هذه السنة تميزت بزيادة في عدد الشكايات والتظلمات بنسبة 5,19% عن سنة 2017 أي بما قدره 9865 شكاية، وهو ما يمكن اعتباره

1- ليلي لمريني وعبد الإله بناني، تقرير حول تدخل وفد المملكة المغربية في المناظرة الدولية المنظمة من طرف معهد ISDLS حول "الوسائل البديلة لحل المنازعات"، من 2003/06/30 إلى غاية 2003/07/02 بإسطنبول- تركيا، 2003، منشور بالموقع الرسمي لوزارة العدل: www.justice.gov.ma

2- عبد الصادق النصاري، أزمة التواصل بين الملزم والإدارة الجبائية: محاولة نقدية لفهم وتطوير علاقة الملزم بالإدارة الجبائية في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بعين الشق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2003-2004، صفحة: 260 وما بعدها.

3- الظهير الشريف رقم 1.11.25، المحدث بموجبه مؤسسة الوسيط، الصادر في 12 من ربيع الثاني 1432 الموافق لـ 17 مارس 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5926، المؤرخة في 12 من ربيع الثاني 1432 الموافق لـ 17 مارس 2011، صفحة: 802.

4- الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر بتنفيذ نص الدستور، المؤرخ في 27 شعبان 1432 الموافق لـ 29 يوليو 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق لـ 30 يوليو 2011، صفحة: 3600.

5- القانون 14.16 المتعلق بمؤسسة الوسيط، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.43، المؤرخ في 4 رجب 1440 الموافق لـ 11 مارس 2019، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6765، الصادر بتاريخ 25 رجب 1440 الموافق لفتح أبريل 2019، صفحة: 1722.

6- التوصية الصادرة عن مؤسسة وسيط المملكة، بتاريخ 24 يوليو 2018، في الملف عدد 15/7630، الواردة بتقرير مؤسسة الوسيط لسنة 2018، المرفوع إلى صاحب الجلالة الملك محمد السادس، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6840 بتاريخ 22 ربيع الآخر 1441 الموافق لـ 19 ديسمبر 2019، الموقع الرسمي لمؤسسة وسيط المملكة: www.mediateur.ma

7- يوسف الزوجال، "الوسائل البديلة لفض المنازعات في القانون الإداري المغربي: الإشكاليات والحلول"، أصول المنازعات الإدارية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2015، صفحة: 110.

8- الموقع الرسمي لمؤسسة وسيط المملكة: www.mediateur.ma، المرجع السابق.

زيادة في الثقة في المؤسسات¹. وتأتي القضايا ذات الطبيعة المالية في المرتبة الثانية بنسبة 15,6% من مجموع الشكايات والتظلمات بعد القضايا الإدارية، ويندرج في زمرة هذا الصنف من القضايا المنازعات الجبائية والضريبية².

وقد أشار تقرير المديرية العامة للضرائب المقدم لمؤسسة الوسيط برسم سنة 2018، إلى أن ما توصلت به المديرية من شكايات وتظلمات محالة عليها من المؤسسة وعددها 24 شكاية، تمت الإجابة عن معظمها في آجال معقولة، وتتمحور مواضيعها حول طلبات التخفيض أو الإعفاء من الضرائب المفروضة على بعض الملمزمين، كما ضمنت تقريرها الإجراءات التي اتخذتها من أجل تحسين جودة الخدمات المقدمة لفائدة المرفقين، ومن بينها مواصلة تعميم جدول مرجعية الأثمان في كل المدن بخصوص المعاملات العقارية والخدمات الإلكترونية للتصاريح والأداء، واعتماد مبدأ الاستشارة الضريبية المسبقة للمقاولات³.

خاتمة:

نستنتج مما تقدم أن الأساليب البديلة لتسوية المنازعات الضريبية أساليب شائعة في مختلف دول العالم أيا كانت مشاربها السياسية أو الإيديولوجية التي تتبناها، وإن كانت الدول تختلف فيما بينها بالنسبة لدرجة اعتمادها هذه الأساليب أو نطاقها.

كما خلصنا من خلال هذه الدراسة للأهمية الاقتصادية للآليات والوسائل البديلة في تسوية المنازعات الضريبية، وعلى رأسها التسوية الودية الناجزة للمنازعات والتي يصبو إليها المستثمرون ويعجز القضاء عن تحقيقها بسبب بطء إجراءاته؛ وكثرة المنازعات المعروضة على أنظاره؛ بالإضافة لتعدد مساطر المنازعة أمامه خاصة في المجال الضريبي، بسبب حاجة هذا النوع من المنازعات إلى خبرات خاصة لا تتوفر لدى القضاء، بما يحقق مصالح المستثمرين من جهة، وبما يضمن في نفس الوقت تحقيق الاقتصاد في نفقات التحصيل بالنسبة للضرائب المتنازع عليها بين الإدارة الضريبية والملمزمين.

ورغم الإشكالات التي أثارها ولا زال يثيرها القانون 08.05 منذ دخوله حيز التنفيذ على مستوى التطبيق، وذلك بسبب التعارض أو الغموض الذي يكتنف صياغته، فإن نجاعة وفعالية التحكيم والوساطة الاتفاقية كعدالة مكملة لا يمكن إنكارها، فهذه الآليات البديلة لا تنقص شيئاً من سلطة الدولة ولا من هيبة القضاء الرسمي بقدر ما ساهمت وساعدت في التخفيف من العبء والضغط الذي تعرفه المحاكم بسبب القضايا العالقة والمتراكمة، وذلك من خلال التسريع في تسوية المنازعات بشتى أنواعها، مما يشجع نمو المبادلات ويعزز ثقة المستثمرين والشركات.

1- تقرير مؤسسة وسيط المملكة برسم سنة 2018، المرجع السابق.

2- نفس المرجع.

3- تقرير مؤسسة وسيط المملكة برسم سنة 2018، مرجع سابق.

واستجابة للريفة للمحة للمسثمرين في تبسيط وتسريع المساطر الإدارية والقضائية في عملية الاستثمار، ومنها مسطرة التحكيم والوساطة، وسعيًا إلى تأهيل القضاء لمواكبة التحكيم من خلال مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية والاعتراف بأحكام المحكمين، وتنفيذًا للتعليمات الملكية السامية الواردة في الخطاب الملكي ليوم 20 غشت 2009، والذي أكد فيه جلالته على "ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة"، وهو ما أعاد تأكيده في رسالته للمشاركين في مؤتمر العدالة المنعقد بمراكش أيام 21 و22 أكتوبر من سنة 2019، وتنزيلًا لأهداف وتوصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة الصادر في يوليو 2013، وخاصة التوصية 137 الرامية إلى تشجيع اللجوء للوساطة والصلح والتحكيم لحل المنازعات، تم إعداد مشروع قانون رقم 95.17 ينظم هذه الآليات البديلة وفق مقاربة تشاركية تهدف إلى فصل مقتضيات الفصول المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن قانون المسطرة المدنية، مع تحيينها وإدخال التعديلات اللازمة عليها لتساير وتواكب مستجدات الترسانة الاقتصادية للتجارة الدولية.

وبتاريخ 05 مارس 2020، انعقد المجلس الحكومي برئاسة سعد الدين العثماني رئيس الحكومة، حيث تم تدارس مشروع القانون 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية والمصادقة عليه. هذا القانون الذي جاء بفلسفة جديدة أخذت بعين الاعتبار المتغيرات والتطورات التي شهدتها الساحة الدولية والوطنية، كما شملت المستجدات التي جاء بها التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

دراسات في القانون المقارن

المحور
الثالث

النظام القانوني لحماية الشهود في قضايا الفساد – دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة.

The Legal Regulation for Witness Protection in Corruption Cases: an analytical, foundational and comparative study

**Counsellor Dr. Ahmad AL-
Professor of Criminal Barak
Law**

**Cimmissioner of Palestinian
Anti – Corruption
Commission (PACC)**

**Email address :
(barak105@hotmail.com)**

المستشار د. أحمد محمد براك حمد
أستاذ القانون الجنائي المشارك
رئيس هيئة مكافحة الفساد الفلسطينية

مقدمة

مما لا شك فيه بأن جرائم الفساد تنطوي على أفعال جرمية تندسم بالسرية والخفاء، ولعل ما يزيد مقدار تلك السرية؛ أن الجرائم المذكورة تقترب من قبل أشخاص يحوزون نفوذاً وظيفياً كبيراً في أغلب الأحيان، أو من قبل الجماعات الإجرامية المنظمة، وفي كلتا الحالتين، فإنه يسهل على مرتكبي جرائم الفساد موازاة الأدلة عن أعين السلطات العامة المختصة، بحيث يصعب على هذه الأخيرة مسألة الكشف عن الجرائم المذكورة، ومتابعة مرتكبيها¹.

وتعرف منظومة المواجهة الجزائية لظاهرة الفساد على أنها مجموعة القواعد العقابية المتعلقة بالتأثير الجنائي لواقعة الفساد، وملاحقة مرتكبيها، وصولاً إلى إنزال العقاب المقرر قانوناً بحقهم، على نحو يؤدي إلى تحقيق أهداف العقوبة الجزائية، وبقي المجتمع من مخاطر الفساد، ويظهر مكونات الدولة من الآثار السلبية لهذا الأخير².

وتتطلب مسألة تفعيل المنظومة المذكورة أعلاه ضرورة تضافر الجهود في سبيل تحقيق ذلك، وحيث إن واقعة الفساد تتصف بالسرية والغموض، فإنه لا بد من تكريس القواعد والأحكام المعززة للتعاون مع أجهزة العدالة³، ولا يكون ذلك ممكناً إلا من خلال تجسيد منظومة حماية فعالة، بحيث تستهدف هذه الأخيرة توفير الحماية – على اختلاف أشكالها – للشهود والمبلغين والخبراء والمخبرين في قضايا الفساد، وذلك تبعاً للمخاوف المنصبة على الانتقام والتخويف، والتي يمكن أن يتعرض لها الأشخاص المشمولين بالحماية إثر تعاونهم مع أجهزة العدالة في مجال محاربة آفة الفساد، لا بل إن تدعيم القواعد

¹ Wodage, W. Criminalization of possession of unexplained property and the fight against public corruption. *Mizan Law Review*, 8(1), (2014), p.53.

² Carr, I. Fighting corruption through regional and international conventions: satisfactory solution. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 15(2), (2007), p. 128.

³ مريم لوكال : الآليات القانونية المستحدثة لحماية الشهود والخبراء والضحايا بموجب الأمر 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية – دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر، ج. 2، ع. 31، 2017، ص. 99.

المعززة لمنظومة حماية الشهود والمبلغين سيسهم في تحقيق أهداف ورؤية المشرع الجزائري الإجرائي، وصولاً إلى عدالة جزائية ناجزة، وحقيقية، على نحو يؤدي إلى الوقوف على الحقيقة الواقعية لجرائم الفساد، دونما أن يكون هناك تضليل للعدالة من قبل الشهود والمبلغين، نتيجةً للمخاوف والمخاطر التي يمكن أن تلحق بهم، بفعل البلاغات أو الشهادات المقدمة من قبلهم.

مفاهيم الدراسة :

تبعاً لما سبق ذكره، فقد إهتم المشرع الدولي والاقليمي – وكذا التشريعات الداخلية للدول – بتكريس وتعزيز النظام القانوني لحماية الشهود، ويعرف هذا الأخير على انه مجموعة القواعد القانونية التي تهدف لتحقيق غايتين، الأولى، توفير الحماية للأشخاص الذين يقعون محلاً للتهديد والتخويف، بفعل تعاونهم مع سلطات العدالة لغايات كشف جرائم الفساد. والثانية، تجسيد قواعد الحماية للإجراءات الجزائية، بغية التحقق من حقيقة وصدق الشهادة المقدمة امام المرجع المختص¹.

ويلاحظ المتفحص للنظام القانوني الخاص بحماية الشهود بأن محور هذا الأخير هو الشاهد، على اعتبار أن مفهوم الشاهد يتسع ليشمل كافة الأشخاص المتمتعين بالحماية المقررة في التشريعات المقارنة. وعلى الرغم من أنه لم يتم تعريف مصطلح الشاهد في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، إلا أن نطاق التشريع الخاص بحماية الشهود ينطبق عادةً على الأشخاص الذين يقدمون أدلة على الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية المذكورة، على نحو يشمل الخبراء والضحايا، وحسب الاقتضاء أقرابهم أو المقربين منهم، وفي بعض التشريعات، يمكن أن تمتد الحماية إلى القضاة والمدعين العامين والشرطة والمخبرين السريين، وحتى الصحفيين، وتحديدًا أولئك الذين قد تتعرض حياتهم للخطر جراء تناولهم لوقائع تتصل بجرائم الفساد المنصوص عليها في الاتفاقية المذكورة أعلاه².

ويُعرّف مجلس أوروبا مصطلح "الشاهد" على أنه "أي شخص، بصرف النظر عن وضعه بموجب قانون الإجراءات الوطني، يمتلك معلومات ذات صلة بالإجراءات الجزائية، بما في ذلك الخبراء والمترجمين"، أما الشاهد المعرض للخطر؛ فيعرف بأنه " ذلك الشخص الذي من المحتمل أن يعرض نفسه للخطر من خلال التعاون مع السلطات، أو الشاهد الذي لديه أسباب للخوف على حياته أو سلامته، أو الشاهد الذي يتعرض فعلاً للتهديد أو الترهيب"³.

¹ Gong, W. L. A Study on the Witness-Protection System in the Process of Investigating Crimes : In a Perspective of the Legalized Witness-Protection System in Taiwan. Canadian Social Science, 11 (3), (2015), p. 111.

² Marie Chêne. Good practice in witness protection legislation, Transparency International, 2013, p. 3. Available at :

https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Helpdesk_good_practice_in_witness_protection_legislation-2020, At 6:10 Am5-17ion.pdf, Viewed on

³ Yvon Dandurand & Kristin Farr. A Review of Selected Witness Protection Programs, Report prepared for Research and National Coordination, Organized Crime Division, Law Enforcement and Policy Branch, Public Safety Canada, Report No. 001, 2010, p. 7. Available at:file:///C:/Users/smart/Downloads/A Review of Selected Witness Protection Programs%20(1).pdf,viewed on 15-5-2020, 2:10 Pm.

لمحة تاريخية : تتمحور دراستنا حول النظام القانوني الخاص بحماية الشهود، ومن الجدير بالذكر أن هذا الأخير ليس وليد اليوم، وإنما له أصول تاريخية في نطاق بعض التشريعات، ولعله من المفيد في هذا المقام أن نشير إلى التجربة الإيطالية والأمريكية في مجال حماية الشهود والمبلغين.

ففي إيطاليا، ومنذ عام 1930، نص القانون الجنائي الإيطالي على الاعفاء الكلي أو الجزئي من العقوبة في حال قام الجاني بتقديم التعويض عن الضرر الإجرامي أو تعاون مع السلطات، وتحديدًا في حالات التآمر السياسي أو الأنشطة ذات الصلة بالعصابات. وفي السبعينيات من القرن الماضي، أدى الظهور العنيف للألوية الحمراء - وهي جماعة إرهابية ماركسية لينينية - إلى سن جملة من القوانين، لغايات تشجيع الانفصال عن الجماعات الإرهابية والتعاون مع السلطات، وعلى الرغم من أن هذه التدابير قد كانت مفيدة لغايات تفكيك الألوية الحمراء، إلا أن أياً من هذه القوانين لم يكرس حماية رسمية للشهود المتعاونين مع العدالة، وقد بقي الوضع على ما هو عليه حتى عام 1984، وتحديدًا عندما انشق عضو المافيا الصقلية (Tommaso Buscetta) عن الجماعات المنتمية للمافيا الإيطالية، حيث أصبح Buscetta متعاوناً مع العدالة، ومن هنا جاءت الحماية الرسمية والقانونية للشهود في التشريع الإيطالي، ويذكر أن Buscetta قد لعب دوراً هاماً في ما يسمى بمحاكمة ماكسي، والتي على إثرها تم القبض على ما يقارب 350 شخص من أعضاء المافيا، وقد دفعت هذه الأحداث المزيد من أعضاء المافيا إلى التعاون مع السلطات، وأدت مسألة تكريس الحماية القانونية للمتعاونين مع العدالة إلى استفادة السلطات الإيطالية بحلول نهاية التسعينات من خدمات أكثر من 1000 شخص متعاون مع العدالة¹.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن الشواهد التاريخية تشير إلى أن المجرمين في أمريكا لم يكن لهم، حتى نهاية عام 1970، إلا خيار واحد فقط، ألا وهو السجن. ومع بداية عام 1971، ظهر برنامج حماية الشهود كبديل للعقوبات المقيدة للحرية²، وتحديدًا بالنسبة للمجرمين الذين كانوا على استعداد للكشف عن معلومات مفيدة بخصوص الجرائم المقترفة في ذلك الوقت، وقد تم تكريس برنامج حماية الشهود الأمريكي في أوائل السبعينيات من خلال الاعتماد على ما يسمى بقانون كلو كلوكس كلان، وتعتبر Klu Klux Klan عصابة أمريكية تتولى عمليات إرهابية ضد الأمريكيين المنحدرين من أصول أفريقية، وقد تم اعتماد برنامج حماية الشهود المذكور أعلاه بغية توفير الحماية للأشخاص الذين يرغبون في الإدلاء بشهادتهم في المحكمة ضد العصابة المذكورة، ولم يكن معظم هؤلاء الشهود مجرمين، وإنما كانوا ببساطة شهودًا يخشون على حياتهم من العصابة سابقة الذكر، حيث كان خطر عنف العصابات

¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, New York, 2008, p.13-14. Available at: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Witness-protection-manual-Feb08.pdf>, viewed on 16-5-2020, 2:10 Pm.

² ماينو جبالي : الحماية القانونية لأمن الشهود في التشريعات المغربية - دراسة في التشريع الجزائري والمغربي والتونسي، مجلة دفاتر السياسة والقانون - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع.14، جانفي 2016، ص. 264.

منتشرًا للغاية في تلك الفترة، ولعل هذا ما دفع المشرع الأمريكي إلى تكريس الحماية للشهود، بغية إبعادهم عن الخطر الذي يمكن أن يطال حياتهم من قبل العصابات المنظمة، وبنفس الوقت الاستفادة منهم لغايات الكشف عن أفراد العصابات، وعن الجرائم المقترفة من قبلهم، وذلك تحت مظلة منظومة حماية الأشخاص المتعاونين مع العدالة¹.

إشكالية الدراسة: تتمثل إشكالية الدراسة في وضع تساؤل جامع؛ مانع؛ غير مركب، ألا وهو: إلى مدى استطاع التشريع الدولي والاقليمي - وكذلك التشريع المقارن - أن يكرس قواعد فعالة في مجال حماية الشهود والمبلغين والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد؟

وينبثق عن هذا التساؤل الرئيسي عدة تساؤلات فرعية تتمثل بالآتي ذكره:

- هل نظم قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني موضوع الحماية للشهود والمبلغين؟
 - ما مدى نجاعة القواعد القانونية المُكرسة لحماية الشهود والمبلغين في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني والأنظمة الملحقة به؟
 - كيف نظمت تشريعات الدول العربية والأجنبية القواعد الخاصة بحماية الشهود والمبلغين في نطاق قضايا الفساد؟
 - ما هي ملامح القواعد المجسدة في مجال حماية الشهود والمبلغين والواردة في الاتفاقيات الدولية والاقليمية الخاصة بمكافحة الفساد؟
 - كيف يساهم التعاون الدولي على صعيد حماية الشهود والمبلغين في تحقيق الرؤية والسياسة التشريعية المنصبة على الوقاية من آفة الفساد ومحاربتها؟
- أهمية الدراسة:

● الأهمية النظرية (العلمية): تبرز الأهمية النظرية لموضوع البحث بالنظر لأكثر من جانب، حيث يشكل موضوع النظام القانوني لحماية الشهود انعكاساً للتطور الواقع في الميدان السياسي، وذلك من جانبين، ألا وهما: الأول، أن الموضوع المذكور يتصل اتصالاً وثيقاً بالإجراءات الجزائية المتعلقة بقضايا الفساد، وتعد القوانين النازمة للإجراءات الجزائية بمثابة قوانين سياسية بامتياز، ويعني ذلك أن قانون الإجراءات يعبر عن مدى الديمقراطية في الدولة، إذ أن هذه الأخيرة - أي الدولة - تعكس آفاق الديمقراطية البهية في أوساطها الاجتماعية من خلال القواعد القانونية النازمة للإجراءات الجزائية فيها، فمتى كانت قواعد الإجراءات المذكورة متفكّقة مع أصول النظام الديمقراطي، فإنها ستلقى القبول والرضا من قبل أفراد

¹ Michael Leader, Witness Protection: The Pros, Cons and Conspiracy Theories, An article, Available at: <https://lerablog.org/business/law/witness-protection-the-pros-cons-and-conspiracy-theories/>, viewed on 17-5-2020, 3:21 Pm. & Raneta Lawson Mack. The Federal Witness Protection Program Revisited and Compared: Reshaping an Old Weapon to Meet New Challenges in the Global Crime Fighting Effort, 21 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. (2014), p. 196 et seq.

المجتمع، ولا يكون ذلك ممكناً إلا من خلال تكريس منظومة قانونية فاعلة لحماية الشهود في قضايا الفساد، تبعاً لما تقتضيه متطلبات حقوق الإنسان وحرياته. أما الجانب الثاني، فيتبلور نتيجة ارتباط موضوع النظام القانوني لحماية الشهود بمنظومة حقوق الانسان¹، على اعتبار أن تكريس القواعد الفعالة الخاصة بحماية الشهود يسهم في كفاءة جملة من الحقوق المجسدة في نطاق الوثيقة الدستورية، والمتصلة بالنظام السياسي للدولة في ذات الوقت، والحديث هنا عن الحق في الحياة، والحق في السلامة الجسدية والنفسية، وكذلك الحق في الأمان الوظيفي، والحق الذي يتضمن عدم توجيه الاتهامات الجزائية الكيدية أو الملفقة، وغير ذلك من الميزات التي يوفرها نظام الحماية، وهذه الحقوق والميزات في مجموعها لا يمكن أن يتم تعزيزها أو كفاءتها بغير نظام قانوني فاعل يستهدف توفير الحماية للشهود في إطار القضايا المتصلة بالفساد.

● الأهمية العملية : ترجع الأهمية العملية للبحث في موضوع الدراسة إلى سببين رئيسيين، وهما: السبب الأول، أن التكريس التشريعي السليم للنظام القانوني الخاص بحماية الشهود والمبلغين يساهم مساهمة أصيلة في تجسيد أصول السياسة الجزائية الإجرائية الرشيدة في مكافحة الفساد؛ على نحو يحقق أهداف التشريع العقابي، ويكرس الاستقرار السياسي في إطار الدولة، ويضمن الديمومة لمقومات التنمية الاقتصادية على المدى البعيد؛ أما على المدى القريب، فإن تجسيد قواعد قانونية فعالة في مجال حماية الشهود يؤدي إلى صون التحقيقات والمحاكمات الخاصة بدعوى الفساد، على نحو يؤدي إلى النأي بهذه الأخيرة عن مظنة التضليل والخداع، والتي يمكن أن تقع من جانب الشهود أو المبلغين، نتيجةً للمخاوف والمخاطر التي قد تواجههم بفعل الشهادة أو الإبلاغ². أما السبب الثاني، وهو الأكثر أهمية، إذ كشف الواقع العملي عن الأثر السلبي الذي يتولد نتيجة افتقار التشريع للقواعد القانونية الخاصة بحماية الشهود والمبلغين، وهذا ما يعد بمثابة عائق حقيقي يحد من إمكانية تفعيل منظومة المواجهة الجزائية لظاهرة الفساد، نتيجة بقاء جرائم الفساد طي الكتمان، إثر شعور الشهود والمبلغين بالخوف من الترهيب والانتقام، على نحو يمنعهم من الإبلاغ عن جرائم الفساد، أو الشهادة على وقائعها. وتجدر الإشارة هنا إلى أنه وفقاً لمسح تأثير التخويف على الإبلاغ عن الجرائم في المملكة المتحدة لعام 1998، فإنه يبدو بأن الخوف من الترهيب أو الانتقام يمنع عدداً كبيراً من الشهود والمبلغين من التعاون مع أجهزة العدالة، في حين أنه يتم الإبلاغ عن الترهيب أو التخويف الفعلي - في كثيرٍ من الأحيان - من قبل ضحايا الجريمة أكثر من شهود الجريمة أو المبلغين عنها³.

● الأهمية الأنية : تبرز أهمية الدراسة في الوقت الحالي نتيجة تبني قانون مكافحة الفساد الفلسطيني للأحكام الخاصة بحماية الشهود والمبلغين، ويتضح ذلك جلياً عند النظر في النصوص ذات العلاقة، والتي

¹ Gong, W. L. A Study on the Witness-Protection System in the Process of Investigating Crimes : In a Perspective of the Legalized Witness-Protection System in Taiwan, supra note, p. 110.

² Pamela E. Hart, Falling Through the Cracks: The Shortcomings of Victim and Witness Protection Under § 1512 of the Federal Victim and Witness Protection Act, 43 Val. U. L. Rev, (2009), p. 771.

³ Yvon Dandurand & Kristin Farr. A Review of Selected Witness Protection Programs, supra note, p. 11.

وردت في القانون المذكور أعلاه، إضافةً للقواعد المكرسة في نطاق نظام حماية الشهود والمبلغين والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد، وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم، حيث تم إقرار هذا النظام في العام 2019¹، وقد شكل هذا الأخير فقرة نوعية في مجال حماية الشهود والمبلغين على صعيد التشريع الفلسطيني، ولعل هذا ما يجعل البحث في موضوع حماية الشهود والمبلغين مهماً من الناحية الآنية (الحالية).

أهداف الدراسة : تهدف الدراسة إلى محاولة ترسيخ الأسس السليمة للنظام القانوني الخاص بحماية الشهود، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الآتي ذكره :

1-الوقوف على النصوص الناظمة لحماية الشهود في التشريع الفلسطيني، على نحو يشمل قواعد قانون الإجراءات الجزائية، إضافةً لقانون مكافحة الفساد والأنظمة الملحقة به.

2-البحث في نصوص تشريعات الدول العربية والأجنبية الخاصة بحماية الشهود والمبلغين في نطاق قضايا الفساد.

3-التطرق للقواعد المكرسة للأحكام الخاصة بحماية الشهود والمبلغين في الاتفاقيات الدولية والاقليمية المتعلقة بمكافحة الفساد، إضافةً للبحث في الدور الفعال للتعاون الدولي في مجال حماية الشهود والمبلغين، وانعكاسات ذلك على بلورة السياسة التشريعية المنصبة على الوقاية من الفساد ومكافحته.

منهج الدراسة : تعتمد الدراسة - في مجال معالجتها لموضوع البحث - على أكثر من منهج في آن واحد، حيث تعول الأولى على المنهج التأصيلي، وكذلك المنهج التحليلي، وأخيراً المنهج المقارن، وتحديداً المقارنة الأفقية؛ تجنباً للتكرار.

خطة الدراسة : في ظل الإمعان إشكالية الدراسة وأهميتها وأهدافها، فقد قمنا بتقسيم الدراسة وفق الترتيب المنهجي إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول : حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في النظام القانوني الفلسطيني.

- المبحث الثاني : حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء على المستوى الدولي والاقليمي.

المبحث الأول

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في النظام القانوني الفلسطيني

إن مهمة الوقوف على فحوى هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى مطلبين، بحيث نقوم بالتطرق إلى ملامح منظومة حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني (المطلب الأول)، هذا من جانب. ومن جانب آخر، سوف نبحت في الإطار الإجرائي لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني (المطلب الثاني).

¹ قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (7) لسنة 2019 بشأن نظام حماية الشهود والمبلغين والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد، وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، ع. 161، بتاريخ 2019/11/28، ص. 35 وما بعدها.

المطلب الأول

ملاحظ منظومة حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني إن القول بأن هناك حاجة ملحة من جراء المطالبة بوجود حماية للمبلغين والشهود لم يكن اعتبارياً أو عشوائياً، بل كان ممنهجاً ومدروساً على نحو يدعم مكافحة الفساد بكافة أشكاله¹، الأمر الذي تتمشى معه فلسطين على خطى بعض من الدول العربية والدولية، وإن هذه الحماية لها طابعها وقالبها الذي شكل ليكون درع حامى للمبلغين ممن تجاوزوا كل المعوقات وتوجهوا لهيئة مكافحة الفساد ببلاغات تحمل في مضمونها شبهات فساد.

ولتحقيق الغاية المرجوة من هذا المطلب فإنه ينبغي تقسيمه إلى فرعين، بحيث نتناول من خلالهما الأطر القانونية لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني (الفرع الأول). ولغايات الوقوف على أسس السياسة التشريعية في تقرير منظومة الحماية المذكورة أعلاه، فإنه من الضروري بمكان أن نعرض على رؤية المشرع الفلسطيني المنصبة على العلة التشريعية من تكريس منظومة حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأطر القانونية لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني إن مهمة الوقوف على فحوى هذا الفرع تتطلب تقسيمه إلى غصنين، بحيث نتولى من خلالهما البحث في الإطار القانوني للحماية في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (الغصن الأول)، وكذلك الإطار القانوني للحماية في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني والأنظمة الملحقة به (الغصن الثاني).

الغصن الأول

الإطار القانوني للحماية في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني

لم يتناول قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 في طياته موضوع حماية المبلغين والشهود، الأمر الذي يعد عيباً تشريعياً جسيماً، ونرى بالإطلاع على القانون ذاته أن هناك نصوص عديدة تناولت موضوع الشهود بشكل عام، وبالنظر إلى تلك النصوص نرى أن قانون الإجراءات ليس فقط لم ينظم موضوع حماية المبلغين، بل أنه قد يحول دون تطبيق بعض صور الحماية الممنوحة قانوناً، حيث أنه في حال تم منح حماية شخصية للشاهد على سبيل المثال وتضمنت الحماية عدم ذكر اسم هذا الشاهد، فإن ذلك يتناقض مع نص المادة 79 من قانون الإجراءات المذكور، حيث جاء في تلك المادة أنه "يقوم وكيل

¹ Paul Latimer & A J Brown. Whistleblower Laws : International Best Practices, UNSW Law Journal, Volume 31(3), 2008, p. 767.

النيابة بالثبوت من هوية الشاهد واسمه وعمره ومهنته وموطنه وعنوانه ومدة صلته بأحد الخصوم ويثبت ذلك في المحضر، قبل الاستماع إلى أقوال الشاهد وتدوينها¹. وكذلك نص المادة 1/256 التي جاء فيها "تسأل المحكمة الشاهد عن اسمه وشهرته وعمره ومهنته ومحل إقامته أو سكنه، وما صلة بالمجني عليه ويحلف الشاهد اليمين، ثم يؤدي شهادته شفاهه"².

ويتبين هنا أن هذان الذنان قد يكونان عائق أمام بعض صور الحماية، رغم أن هذان الذنان ما هما إلا تجسيداً لحق الدفاع.

لذا فإن موضوع الحماية إذا ما تم النظر إليه من زاوية قانون الإجراءات الجزائية –الأصل أن يكون كذلك كونه الشريعة العامة- فنجد أن هذه الزاوية ليست ضعيفة بل منعدمة، ومن هنا جاءت مقترحات لتكريس موضوع الحماية للشهود في قانون الإجراءات الجزائية³، ولكن قبل ذكر تلك المقترحات لا بد من التطرق لنص المادة 229 من قانون الإجراءات، والتي جاء فيها : 1. للمحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة التي أعطيت بعد حلف اليمين في التحقيق الابتدائي، إذا تعذر إحضار الشاهد أمامها لأي سبب من الأسباب، أو إذا قبل المتهم أو وكيله ذلك. 2. إذا تعذر إحضار الشاهد أمام المحكمة لعجزه أو مرضه، فللمحكمة أن تنتقل إليه لسماع أقواله. 3. إذا كان الشاهد المذكور في الفقرة السابقة مقيماً ضمن دائرة اختصاص محكمة أخرى فللمحكمة المختصة إنابة تلك المحكمة لسماع شهادته"⁴.

ويلاحظ من خلال تفحص النص سابق الذك أنه الممكن الاستفادة من هذا النص في موضع حماية الشاهد بطريقة غير مباشرة، حيث نصت المادة عن تعذر حضور الشاهد لأي سبب دون حصرها بإسباب معينة، فقد يكون من ضمن هذه الأسباب هو موضوع الحماية؛ أي خشية الشاهد من مخاطر التخويف والانتقام التي قد تحيط به.

أما عن المقترح الخاص بتعديل قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص حماية الشهود بشكل عام⁵، فهناك نصوص مقترحة تضمن العديد من سبل الحماية للشاهد والمبلغ والخبير ولاسرته، حيث جاءت النصوص المذكورة على النحو الآتي : "يلغى نص المادة (90) من القانون الأصلي ويستعاض عنه

¹ المادة (79) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، ع. 38، في شهر سبتمبر من العام 2001، ص. 94 وما بعدها.

² المادة (1/265) من نفس القانون.

³ استقرت التشريعات المقارنة على تكريس الحماية للشهود في نطاق قوانين الإجراءات الجزائية الخاصة بها، ومن ضمن تلك التشريعات قانون الإجراءات الجزائية في فرنسا، والمغرب، والجزائر، وكذلك قانون الإجراءات الجزائية في تايوان، حيث جاء هذا الأخير بمجموعة نصوص تجسد الخصائص العامة لنظام حماية الشهود على صعيد الإجراءات الجزائية، ويمتاز النظام المذكور بأنه قد حدد السلطة المختصة بتقرير الحماية، وجعل نطاق حماية الشهود واسع جداً، وكذلك بالنسبة لوسائل الحماية، حيث تمتاز هذه الأخيرة بأنها عديدة ومتنوعة، ويتصف نظام الحماية بأنه متكامل، وفعال، حيث يتم اتخاذ تدابير عقابية شديدة ضد الأفعال التي تنتهك الحقوق والمصالح المشروعة للشاهد المحمي، وأخيراً، فقد كرس قانون الإجراءات الجزائية التبانة نظام الاعفاء من العقوبة، كتشجيع وتحفيز للأشخاص المنخرطين في أفعال الفساد، من أجل الإبلاغ عن تلك الأفعال، والتعاون مع أجهزة العدالة المختصة، بغية الكشف عن مرتكبي تلك الجرائم، وعن الأموال المتحصلة منها. للمزيد ينظر :

Gong, W. L. A Study on the Witness-Protection System in the Process of Investigating Crimes : In a Perspective of the Legalized Witness-Protection System in Taiwan, supra note, p. 112 et seq.

⁴ المادة (229) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

⁵ مشروع قانون معدل لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، منشورات المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مسواة)، رام الله – فلسطين، 2012.

بالنص التالي : 1. على النيابة العامة إصدار أمر الحماية للشرطة القضائية لحماية الشهود والمبلغين والخبراء والمجني عليهم, وكذلك حماية أقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم, واتخاذ التدابير الكافية لحمايتهم من أي انتقام أو ترهيب محتمل, إذا ما كانت هناك أسباب جدية من شأنها أن تعرض حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو مصالحهم الأساسية أو حياة أفراد أسرهم وأقاربهم أو سلامتهم الجسدية أو مصالحهم الأساسية للخطر أو لضرر مادي أو معنوي إذا ما أدلوا بشهادتهم, أو إفادتهم, شريطة ألا يكونوا مشتبهاً في ارتكابهم الجريمة, أو الشروع فيها, وتتوافر لديهم عناصر اثبات مهمة في جناية أو جنحة جسيمة سواء من تلقاء النيابة العامة, أو بناء على طلب الشاهد, أو الشخص طالب الحماية. 2. للنيابة العامة اتخاذ أحد أو أكثر من تدبير مسبب من تدابير الحماية التالية بعد سماع طالب الحماية: أ- توفير الحماية للشاهد, أو للشخص الخاضع للحماية في أماكن إقامتهم أو عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بأماكن تواجدهم. ب- إخفاء هوية الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية في المحاضر والوثائق التي تتعلق بالدعوى المطلوب فيها شهادة الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية, وذلك بشكل يحول دون التعرف على هويته الحقيقية. ت- تضمين هوية مستعارة أو غير صحيحة للشاهد, أو للشخص الخاضع للحماية في المحاضر, والوثائق التي ستقدم أمام المحكمة بشكل يحول دون تعرف الآخرين على هويته الحقيقية. ث- عدم الإشارة إلى العنوان الحقيقي للشاهد أو للشخص الخاضع للحماية ضمن المحاضر والوثائق التي تودع في ملف الدعوى المطلوب فيها شهادة الشاهد, أو الأشخاص الخاضع للحماية, وذلك بشكل يحول دون التعرف على عنوانه, والإشارة في عنوان إقامة الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية إلى مقر الشرطة القضائية التي تم فيه الاستماع إليه أو المحكمة المختصة للنظر في دعاوى إذا ما كان قد استدعى أول مرة أمام النيابة العامة أو المحكمة. ج- وضع رهن إشارة الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية الذي يكون قد أدلى بشهادته رقم هاتف خاص بالشرطة القضائية حتى يتمكن من اشعاره بالسرعة اللازمة إزاء أي فعل قد يهدد سلامته أو سلامة أسرته أو أقاربه. ح- إخضاع الهواتف التي يستخدمها الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية لرقابة السلطات المختصة بعد موافقة المعني بالأمر كتابة ضماناً لحمايته. خ- توفير حماية جسدية للشاهد أو للشخص الخاضع للحماية من قبل الشرطة القضائية بشكل يحول دون تعرض الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية أو أحد أفراد أسرته أو أقاربه للخطر. د- جعل جلسة تحقيق النيابة العامة أو المحكمة سرية حين سماع إفادة الشاهد أو الشخص الخاضع للحماية والادلاء بالشهادة عبر استخدام تقنية الاتصالات أو بواسطة شبكة تلفزيونية داخلية وحظر نشر أية معلومات تتعلق بهويتهم أو معلومات يمكن بواسطتها التعرف عليهم, وذلك بعدم الإفصاح عن شخصيتهم. هـ- إذا كانت تدابير الحماية المذكورة غير كافية فيمكن بقرار معلل اتخاذ أي تدبير آخر يعد ضمانه فعليه لفائدة مستحق الحماية, ويمكن للنيابة العامة أو المحكمة, كل فيما يخصه, تغيير تدابير الحماية المتخذة لفائدة المجني عليهم, أو الشهود أو الخبراء أو المبلغين أو إضافة تدابير آخر أو أكثر إليها, أو إلغاؤها تلقائياً أو بناءً على طلب, وتستمر تدابير الحماية للمأمور بها حتى بعد

صدور الحكم إذا أقتضت الضرورة ذلك، وفي كل الأحوال، يتعين إخبار المعني بالأمر بالتدابير المتخذة لضمان حمايته . 3. يتعين الاحتفاظ بالهوية الحقيقية للشاهد أو للشخص الخاضع للحماية في ملف خاص يوضع رهن إشارة المحكمة المختصة لتطلع عليه وحدها عند الاقتضاء. 4. غير أنه إذا كان الكشف عن هوية الشخص ضرورياً لممارسة حق الدفاع، جاز للمحكمة إذا عدت أن شهادة الشاهد أو إفادة الخبير، أو المبلغ هي وسيلة الإثبات الوحيدة في القضية، السماح بالكشف عن هويته الحقيقية شريطة توفير تدابير الحماية الكافية له. 5. إذا قررت المحكمة عدم الكشف عن هوية الشخص الخاضع للحماية تحدد طريقة سماعه ومناقشته وتؤخذ أوأله على سبيل الاستئناس. 6. يعاقب كل من يفصح عن هوية الشاهد، أو الشخص الخاضع للحماية، أو بأية معلومات بالمخالفة لأوامر النيابة أو المحكمة بالسجنة مدة لا تقل عن خمسة سنوات والغرامة بما لا تتجاوز خمسة آلاف دينار أردني، أو بما يعادلها في العملة المتداولة قانوناً¹.

ويلاحظ المتفحص لنصوص سابقة الذكر أن مبرراتها تتعلق بما ذكرناه آنفاً، وتحديداً مسألة خلو قانون الاجراءات الجزائية من أي نوع من أنواع الحماية للشهود والمبلغين، وإن هذا النص في حال تطبيقه هو نص عصري ومتكامل، يحاكي حماية الشاهد بصورة تشكل سابقة في القانون الفلسطيني، وبإسلوب لا يمس بأي من حقوق الدفاع.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن الإطار القانوني للحماية في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني والأنظمة المحلقة به (العصن الثاني).

العصن الثاني

الإطار القانوني للحماية في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني والأنظمة الملحقة به

أكد قانون مكافحة الفساد الفلسطيني على حيثية حماية الشهود والمبلغين، حيث نص على أن " تتولى الهيئة توفير الحماية القانونية والوظيفية والشخصية اللازمة للمبلغين، والشهود، والمخبرين، والخبراء، وأقاربهم، والأشخاص وثيقي الصلة بهم، في دعوى الفساد، من أي اعتداء أو انتقام أو تهريب محتمل..."².

ولم يذهب قانون مكافحة الفساد باتجاه وضع تعريف واضح لموضوع حماية المبلغين والشهود، وهذا الأمر لا يمكن إعتباره بالأمر المعيب، لأن ليس من مهام المشرع وضع مفاهيم وتعريفات في القانون، لكن ما يهم هو إمكانية إستنباط مفهوم محدد للحماية المذكورة، ونضيف هنا أنه وبالرغم من تعاقب

¹ مقترح بشأن تكريس أحكام حماية الشهود والمبلغين والخبراء والمجني عليهم، وكذلك حماية أقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم، ضمن نصوص قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001. للمزيد ينظر في: مشروع قانون معدل لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، المرجع السابق.

² المادة (2/18) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل رقم (1) لسنة 2005.

التعديلات التي مر بها قانون مكافحة الفساد والتي حتماً مست مواد الحماية، إلا أن هذه التعديلات لم تؤثر على جوهر الحماية، وإن كانت التعديلات الأخيرة قد جاءت على نحو أكثر تفصيلاً.

إن الوقوف على مفهوم الحماية يتطلب التطرق لمعنى هذه الأخيرة في اللغة، حيث يرجع أصل الحماية إلى الفعل الثلاثي حمى، فيقال: حمى الشيء يحميه حماية بالكسر: أي منعه، وحمى المريض ما يضره: منعه إياه، واحتمى هو من ذلك وتحمى: امتنع، والحمي: المريض الممنوع من الطعام والشراب¹.

أما المعنى القانوني للحماية هنا فيتمحور حول الحماية القانونية والوظيفية والشخصية التي يتم منحها من قبل الهيئة، ضمن شروط واجراءات معينة، أي أن الهيئة تقوم بإتخاذ ما يلزم من إجراءات لتوفير تلك الحماية اللازمة بحسب كل حالة على حدة. وتعرف الحماية كذلك على أنها "النهوض لحماية شخص حيث تعوزه هذه الحماية ضد شخص آخر لمنع الاعتداء عليه أو وقفه وتتناول الحماية بهذا المعنى العام، الحماية في مرحلتها السابقة على وقوع الإعتداء واللاحقة على وقوعه دون قصرها على مرحلة دون أخرى"².

ويجد المتفحص لنصوص قانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة 2005 أنه لم يتطرق للحماية القانونية، وذلك على الرغم من أنه قد نص على ثلاثة أنواع من الحماية، حيث أن قيام الهيئة بتوفير الحماية لطالبا في مكان إقامته، والحيلولة دون المساس به، وكذلك عدم الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بهويته وبمكان وجوده، بل واتخاذ كل ما يلزم لضمان سلامته، حتى لو كان ذلك من خلال استخدام التقنيات الحديثة أثناء الإدلاء بالشهادة، فهذه الحالات جميعها والتي ورد ذكرها صراحة في القانون هي تتعلق بالحماية الشخصية لطالب الحماية³.

وتجدر الإشارة أن طلبات الحماية الشخصية هي قليلة جداً من حيث الكم، إلا أنها ومع قلتها تستلزم إن منحت إجراءات ليست عادية، بل وتتطلب مبالغ مالية عالية لحسن إتمامها.

أما عن الحماية الوظيفية، والتي تعد الموضوع الأكثر طلباً في مجال الحماية، فإن قانون مكافحة الفساد بينها في الفقرة د من المادة 2/18، حيث جاء فيها بأنه "تتولى الهيئة توفير الحماية ... من خلال الآتي ذكره: د- حمايتهم في أماكن عملهم، وتحصينهم من أي تمييز أو سوء معاملة أو أي إجراء تعسفي، أو قرار إداري يغيير من المركز القانوني أو الإداري لهم أو ينتقص من حقوقهم بسبب شهاداتهم أو إبلاغهم أو ما قاموا به من أعمال لكشف جرائم الفساد"⁴.

¹ لسان العرب: ابن منظور، الطبعة الأولى، الجزء 14، دار صادر للنشر، بيروت، 1968، ص. 197.

² يوسف مرين وطاهر عباس: حماية الشهود في ضوء التشريعات الوطنية والدولية، مجلة الاجتهاد القضائي - جامعة محمد خيصر بسكرة، ع. 17، 2018، ص. 200.

³ المادة (2/18) من قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005 على توفير الحماية الشخصية للشهود والمبلغين، على نحو يشمل: "أ. توفير الحماية لهم في أماكن إقامتهم. ب. عدم الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بهويتهم، وأماكن وجودهم. ج. الإدلاء بأقوالهم وشهاداتهم من خلال استخدام تقنيات الاتصال الحديثة، وبما يكفل سلامتهم. ه. توفير أماكن لإيوائهم عند الضرورة. و. اتخاذ أي إجراء أو القيام بأي عمل ضروري يضمن سلامتهم".

⁴ المادة (2/18 - د) من نفس القانون.

ويتضح هنا قبل الخوض في صور الحماية الوظيفية، أنه في ذات الفقرة تم التطرق لحماية طالب الحماية في مكان عمله، وهي بمثابة حماية شخصية، أما عن سائر الفقرة فقد أوردت صور عديدة للحماية الوظيفية، حيث أن حماية طالب الحماية من أي تمييز بينه وبين باقي الموظفين يعد محلاً لتدخل الهيئة بوقف هذا التمييز في حال ثبوته، وهذا ينطبق على أي إجراء تعسفي يصدر بحق الموظف أو أي قرار إداري يغير المركز القانوني. لكن ليس كل تمييز أو قرار أو إجراء هو في الحقيقة محل تدخل من قبل الهيئة طالما كان بعيد كل البعد عن ما قدم للهيئة من ملفات أو بلاغات أو معلومات، وهذا ما يتعلق ويرتبط بشكل مباشر بشروط قبول الحماية المستقر عليها قانوناً.

وفي إضافة أخرى للحماية الوظيفية نصت المادة 2/19 من قانون مكافحة الفساد المعدل على أنه " لا يجوز أن يكون البلاغ الذي تقدم به الموظف حسب المادة (1) أعلاه سبباً لاتخاذ أي من الإجراءات التأديبية بحقه أو اتخاذ أية إجراءات تخل بمكانته الوظيفية"¹.

كما تضمن قانون مكافحة الفساد نصاً في غاية من الأهمية، وهو نص المادة 6/25 حيث جاء فيه " دون الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب كل من اعتدى على أحد المبلغين أو الشهود أو الخبراء، بسبب ما قاموا به للكشف عن الفساد أو أساء معاملتهم أو ميز في التعامل بينهم أو منعهم من الإدلاء بشهادتهم أو من الإبلاغ عن الفساد بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، وفي حال استخدام القوة أو التهديد بإشهار السلاح أو أي وسيلة إكراه مادية أخرى تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني"².

وبقراءة النص السابق مع نص المادة 1 من ذات القانون والتي جرمت إعاقة سير العدالة، حيث عرفتها على أنها " استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو للتدخل في الإدلاء بالشهادة أو تقديم الأدلة في إجراءات تتعلق بارتكاب أفعال مجرّمة وفق أحكام هذا القرار بقانون، أو استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب لعرقلة سير التحريات والتحقيقات الجارية بشأن الأفعال المجرمة وفق لأحكام هذا القرار بقانون"³.

ومن هنا نرى أن هذه النصوص اعتبرت الاعتداء أو التهديد أو الترهيب أو الترغيب أو التحريض على الشهادة أو التدخل بها من قبيل جرائم إعاقة سير العدالة المؤثمة بصريح نصوص قانون مكافحة الفساد الساري.

ويبقى التساؤل الأهم مطروحاً، والمتمثل بـ : من هم الأشخاص المشمولين في الحماية بموجب

قانون مكافحة الفساد ؟

¹ نصت المادة (1/19) من قانون مكافحة الفساد المعدل رقم (1) لسنة 2005 على أن " على كل موظف عام علم بجريمة فساد أن يبلغ الهيئة بذلك".

² المادة (6/25) من نفس القانون.

³ المادة (1) من القانون نفسه.

بين قانون مكافحة الفساد في مادته 2/18 أن المشمول بالحماية هو المبلغ والشاهد والمخبر والخبير والاقارب والاشخاص وثيقي الصلة، ولم يحدد القانون أي تفسيرات أو توضيحات لهؤلاء المشمولية في الحماية، حتى أن الهيئة آنذاك كانت تجتهد في العديد من الأمور في أثناء تعاملها مع طلبات الحماية، ومن هنا باتت الحاجة ملحة لوجود تشريع يوضح التفاصيل التي تحتاجها عملية حماية المبلغين والشهود، حيث سعت الهيئة على قدم وساق لإعداد وتنسيب نظام لحماية المبلغين والشهود إلى مجلس الوزراء، بحسب نص المادة 4/18 والتي جاء فيها "تنظم جميع الأمور المتعلقة بتوفير الحماية المطلوبة للمبلغين، والشهود، والخبراء، وأقاربهم، والأشخاص وثيقي الصلة بهم، بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية من مجلس الوزراء، بناءً على تنسيب من رئيس الهيئة"¹.

وبالفعل فقد صدر نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019²، ومن هنا جاء هذا النظام ليجب على العديد من التساؤلات في مجال مفهوم الحماية، حيث أورد تعريفاً للحماية بأنواعها³، وقام بتحديد الأشخاص المشمولية بالحماية، ولعله من المفيد في هذا المقام أن نشير إلى أنواع الحماية التي كرسها النظام المذكور، إضافة للأشخاص المشمولين بالحماية بموجبه، وذلك على النحو الآتي:-

أولاً: أنواع الحماية

الحماية الوظيفية : هي الإجراءات المتخذة بهدف ضمان عدم وقوع أي ضرر لطالب الحماية على المستوى الوظيفي أو العمل نتيجة إبلاغه عن واقعة الفساد، وذلك من خلال حمايته من أي قرار إداري يغير المركز القانوني أو الإداري أو ينقص من الحقوق، أو أي إجراء يؤدي إلى الإساءة في المعاملة أو المكانة أو السمعة أو التمييز، وهذا النوع من الحماية هو الأكثر تقديماً للهيئة كما ذكرنا⁴.

إن الحالات الوارد ذكرها فيما يخص هذا النوع من الحماية هي حالات قابلة للتطبيق من حيث الآليات، ولعل الصعوبة تكمن ليس في تطبيق الحماية، بل في إمكانية تحديد العلاقة السببية بين الضرر أو القرار المتخذ من قبل الإدارة وبين البلاغ أو الشهادة التي تم الإدلاء بها، وهنا تجدر الإشارة إلى ضرورة تحديد معايير دقيقة في هذا المضمار حتى لا تقع الهيئة في فخ مستغلين الحماية.

الحماية الشخصية : هي الإجراءات المتخذة بهدف ضمان عدم تعرض طالب الحماية لأي ضرر معنوي أو جسدي أو مالي، وذلك من خلال حمايته في أماكن السكن أو الإقامة وضمان سلامة تنقله، أو تغيير محل الإقامة أو العمل، وتغيير أرقام الهواتف ومراقبتها إن تطلب الأمر، استخدام تقنيات الاتصال الحديث، إخفاء المعلومات الشخصية، واستبدالها برموز بحسب كل حالة على حدة .

¹ المادة (4/18) من قانون مكافحة الفساد المعدل رقم (1) لسنة 2005.

² صدر هذا النظام بتاريخ 2019/11/28، ونشر في الوقائع الفلسطينية، عدد 161 .

³ عرف نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019 الحماية وفق المادة (1) منه على أنها " الحماية الوظيفية والشخصية والقانونية المقدمة من طالب الحماية وفق مقتضى الحال".

⁴ المادة (1) + المادة (9) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019 .

أما هذا النوع من الحماية وتحديدًا في الصورة التي تتعلق بإخفاء المعلومات الشخصية واستبدالها برموز، فإننا نجد إرتجافين متضادين في إمكانية المساس بحق الدفاع من عدمه، حيث يتذرع الفريق الأول، وهو الذي يرى أن هذه الصورة تجسد خرق كبير لحق الدفاع في كون عدم إمكانية المتهم في الطعن في شهادة الشاهد في حال كان مجهول، فماذا لو كان هذا الشاهد المتخفي هو شريك في الفعل؟ كما أن الدفاع ليس من السهولة معرفته بالظروف المحيطة بالشهادة وكيفية الحصول عليها، بينما يرى الرأي الآخر بأنه لا ضير من قبول شهادته مع إمكانية مناقشة الشاهد من ناحية موضوعية في شهادته¹.

وبعيداً عن موقف الفقه إلا أننا نجد تعارض من قبل المشرع الفلسطيني، فقد جاء نص المادة 79 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001² بأنه "يقوم وكيل النيابة بالثبوت من هوية الشاهد واسمه وعمره ومهنته وموطنه وعنوانه ومدة صلته بأحد الخصوم ويثبت ذلك في المحضر، قبل الاستماع إلى أقوال الشاهد وتدوينها"³.

وإننا نرى أن الملاذ من هذا الموضوع يكون من خلال ما جاء في القانون الجنائي البلجيكي للعام 2002 بوضعه للجنة مكونة من أربعة ممثلين عن النيابة والشرطة ووزارة العدل والداخلية، وأن تتم الموازنة بين كل من حماية الشاهد وحق الدفاع بوضع قيود على منح الحماية دون المساس بحق الدفاع، كأن تكون الحماية منصبّةً ومتركزة على الحالة التي يكون هناك خطر واضح وجسيم للشاهد، وأن يكون هذا الشاهد معلوم لدى جهة محددة، وأخيراً أن تكون هذه الشهادة جوهرية، لكن ليست الدليل الوحيد على الإدانة⁴.

الحماية القانونية: هي الإجراءات المتخذة بهدف ضمان عدم ملاحقة طالب الحماية جزائياً نتيجة إبلاغه أو شهادته عن واقعة فساد، لكن هناك العديد من القوانين التي تتعارض مع هذا الموضوع مثل قانون مهنة المحاماة رقم 3 لسنة 1999 لا سيما المادة 4/28 التي تحظر على المحامي الشهادة في بعض الحالات، لكن نرى أن هذا القانون وإن كان خاص بطبيعته إلا أن موضع الحماية أكثر خصوصية في نظام الحماية، وبالتالي فإن الأولى بتطبيق هو الحماية القانونية لهذا الشخص، ناهيك أن الحظر الواقع على أي شخص بالإفشاء فإنه يزول طالما كنا أمام جريمة فساد، لا سيما في ظل وجود نص المادة 1/18 من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني التي ألزمت كل من يملك معلومة ضرورة تقديمها للهيئة.

¹ كمال العساف: الإطار القانوني لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص. 88.

² المنشور بالوقائع الفلسطينية في العدد 38 بتاريخ 2001/9/5.

³ المادة (79) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

⁴ أحمد براك: قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، مقالة منشورة على الموقع الرسمي للدكتور أحمد براك، من خلال الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.ahmadbarak.ps/Category/ArticleDetails/1050>، تمت الزيارة يوم 2020/03/25، الساعة 12:12 صباحاً.

لكن في ذات الوقت لا يجوز التماذي في موضوع الحماية من أي طرف كان سواء منح الحماية أو الشخص الممنوحة له الحماية بأي نوع من أنواعها، فيجب أن نكون وسطين محايدين في هذا الموضوع، حيث يتوجب بداية على الشخص المبلغ إدراك حجم وطبيعة وقيمة المعلومات التي يمتلكها – بالقدر المستطاع- مع عدم التسليم المطلق بقدرته على التقييم. بالإضافة إلى لتنبه الجهة المانحة بمدى أحقية طالب الحماية للحماية، فعليها الدراسة والتقييم جدياً بهذا الموضوع.

ثانياً : المشمولين بالحماية:

إنه بالنظر لعنوان النظام رقم 7 لسنة 2019، فإننا نجد أن المشمولين بالحماية يمكن تقسيمهم لنوعين، حيث يتعلق النوع الأول بطالب الحماية وهو الذي قد يتعرض لخطر بنتيجة مباشرة تتعلق به على وجه التحديد، والنوع الثاني هم الأشخاص الذين قد يتعرضوا لخطر بنتيجة غير مباشرة لا تربطهم بها على وجه التحديد.

1. النوع الأول¹ : وهم من يتعرضون لخطر كنتيجة مباشرة ترتبط بهم على وجه التحديد، وهم:

- المبلغ : الشخص الذي يبلغ أي من الجهات المختصة بواقعة فساد.
- المخبر: الشخص الذي يقوم بإخبار الهيئة أو أي من الجهات المختصة ذات العلاقة بمعلومات تتعلق بواقعة الفساد.
- الشاهد : الشخص الطبيعي الذي يدلي بشهادته في واقعة فساد أمام الهيئة أو النيابة العامة أو القضاء .

• الخبير: الشخص المكلف من قبل الهيئة أو أي جهة مختصة بتقديم تقرير خبرة في واقعة فساد .

2. النوع الثاني² : هم الأشخاص الذين قد يتعرضوا لخطر بنتيجة غير مباشرة لا ترتبط بهم على وجه التحديد، وهم:

- الأقارب حتى الدرجة الرابعة، ويتضح هنا حجم الحماية التي تصل إلى الدرجة الرابعة وهي حتى أولاد العم على سبيل المثال.
- الأشخاص وثيقو الصلة بطالب الحماية ويتضح أن هذه الفئة غير محصورة.

ويتبين أن إرادة المشرع إتجهت لشمولية نطاق الحماية وهذا من منطلق الأهمية الكبيرة التي ترتبط بموضوع حماية المبلغين والشهود في قضايا الفساد. وبعدها فرعنا من هذه الجزئية ننتقل للحديث عن العلة التشريعية من تكريس منظومة حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

العلة التشريعية من تكريس منظومة حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء

¹ المادة (1) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019.
² المادة (3) من نفس النظام.

نصت المادة 1/18 من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني على أن "1- على كل من يملك معلومات جدية أو وثائق بشأن جريمة فساد مرتكبة من أحد الخاضعين لأحكام هذا القرار بقانون، أن يقدمها إلى الهيئة أو أن يتقدم بشكوى مكتوبة ضد مرتكبها 2- تتولى الهيئة توفير الحماية القانونية والوظيفية والشخصية اللازمة للمبلغين، والشهود، والمخبرين، والخبراء، وأقاربهم، والأشخاص وثيقي الصلة بهم، في دعاوى الفساد، من أي اعتداء أو انتقام أو تهريب محتمل من خلال". ونصت المادة 19 من نفس القانون على أنه "1. على كل موظف عام علم بجريمة فساد أن يبلغ الهيئة بذلك 2. لا يجوز أن يكون البلاغ الذي تقدم به الموظف حسب المادة (1) أعلاه سبباً لاتخاذ أي من الإجراءات التأديبية بحقه أو اتخاذ أية إجراءات تخل بمكانته الوظيفية".

نرى من النصوص أعلاه أنه حيثما ورد الحث أو الإلزام بالتبليغ عن جرائم فساد، ورد تبعاً له حماية، وكأن المشرع أراد أن يقول لكل شخص يبلغ عن جريمة فساد وتعرض لتهديد أو لخطر أنه هو محمي بموجب ذات النص وذات القانون الذي يوصي بالتبليغ، ومن هنا تكمن أهمية حماية المبلغين والشهود.

ونلاحظ أن ربط حماية المبلغين والشهود بقضايا الفساد هو أمر هام، لا بل لأنه غاية في الأهمية، لأننا في قضايا الفساد نواجه أشخاص متنفيذين وعلى مستوى عالٍ من السلطة، الأمر الذي قد يحتاج معه المبلغ تلك الحماية، هذا من ناحية¹، أما من ناحية أخرى، فإن أهم القطاعات التي قد تكون مرتع خصب للفساد هي قطاعات الوظيفة العامة، وإن أي بلاغ في هذه القطاعات قد يعكس آثاره على المستقبل الوظيفي للمبلغ.

ولخص نظام حماية المبلغين والشهود في المادة 2 منه هدف الحماية من حيث تشجيع الأشخاص على القيام بالإبلاغ عن جرائم الفساد، والكشف عن تلك الجرائم، إضافة لحماية حقوق الإنسان بالنسبة للأشخاص المشمولين بالحماية على الصعيد الواقعي².

وهناك مسألة مهمة جداً لا بد من الإشارة لها، إذ أن الحماية تهدف كذلك إلى ضمان عدم عرقلة سير الإجراءات والتحقيقات الجارية، وصون التحقيقات والمحاكمات من التضليل والخداع، وتحديداً من حيث الشهادات أو البلاغات المضللة، والتي يمكن أن يقوم الشاهد أو المبلغ بتقديمها نتيجة الضغوط

¹ أحمد براك: قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، المرجع الإلكتروني السابق. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 24 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000 تدعو الدول الأطراف لتقديم حماية فعالة ضد الانتقام المحتمل أو تخويف الشهود في الدعوى الجنائية الخاصة بالجرائم المشمولة بالاتفاقية، وذلك على نحو يتضمن جرائم غسل الأموال والفساد. وتعتبر مسألة تكريس الحماية للشهود والمبلغين في مجال الجريمة المنظمة من المسائل الهامة على الصعيد العملي، إذ أن الشاهد سيقدّم شهادته ضد الجماعات الإجرامية المنظمة، وهذه الأخيرة تمتلك من القوة والنفوذ ما يمكنها من إيقاع الخطر أو التهديد في جانب الشاهد أو الشخص المشمول بالحماية، وهذا التهديد الذي يقع من جانب الجماعات المنظمة يفوق من حيث الخطورة ذلك التهديد الذي يتم من قبل كبار المسؤولين أو الموظفين الفاسدين العاملين في الدولة، ويعد ذلك تبريره نظراً للتنظيم الذي تتمتع به الجماعات المنظمة، وهذا ما يزيد من حدة الخطورة التي تتمحور حول الانتقام أو التخويف الذي يمكن أن يقع في جانب الشخص المشمول بالحماية. للمزيد ينظر في:

Marie Chêne. Good practice in witness protection legislation, supra note, p. 2.

² المادة (2) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019.

الممارسة من قبل الجناة، أو الجماعات الإجرامية المنظمة، والتي تبعث الخوف في نفس الشخص المشمول بالحماية، سواء كان هذا الأخير شاهداً، أو مبلغاً، أو خبيراً، أو مخبراً أو غير ذلك¹، ولعل هذا ما تنبه إليه المشرع الفلسطيني، وتحديداً عند النظر في المصلحة المحمية المكرسة في المادة (6/25) من قانون مكافحة الفساد²، وكذلك بالنسبة للمصلحة المحمية على صعيد تشريع نص خاص بجريمة إعاقة سير العدالة³، حيث لا مفر من الإقرار بأن المشرع قد وضع نصب عينه عدة أهداف عند تكريس هذه النصوص، ومن ضمن تلك الأهداف حماية إجراءات العدالة⁴، لضمان الوصول على شهادات وبلاغات حقيقية، وصادقة، بعيداً عن التضليل والخداع والتدخل في مضمون الشهادة أو البلاغ، وصولاً إلى تحقيق الغاية الرئيسية من المحاكمة الجزائية، ألا وهي الوقوف على الحقيقة الواقعية لجرم الفساد، بما يبلور أهداف السياسة التشريعية الرشيدة في الوقاية من آفة الفساد ومحاربتها.

مما لا شك فيه بأن نصوص النظام القانوني لحماية الشهود والمبلغين يجب أن تفعل بموجب آليات محددة وواضحة، ولعل هذا ما يوجب علينا ضرورة التطرق للإطار الإجرائي لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

الإطار الإجرائي لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في التشريع الفلسطيني

ذكرنا سابقاً أن الهيئة كانت توفر الحماية القانونية للمبلغين والشهود بموجب قانون مكافحة الفساد الفلسطيني رقم 1 لسنة 2005 وتعديلاته، وذلك قبل صدور نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019، حيث كانت الهيئة تقوم بدراسة طلب الحماية وتقييمه والرد بالرفض أو بالقبول مع التسبب، لكن لم يكن هناك إطار تنظيمي واضح لهذا الموضوع، حيث لم تكن هناك مدد مناهة بالحماية، ولم تكن هناك جهة مختصة بعينها في الهيئة تتولى مهمة النظر بطلبات الحماية. أما الآن وبعد صيرورة النظام نافذاً أصبحت هناك آلية ومنهجية واضحة لحماية المبلغين والشهود، وإن هذه الآلية تكمن في أمرين مهمين، وهما: آلية تقديم طلبات الحماية (الفرع الأول)، وآلية إعادة تقييم طلبات الحماية (الفرع الثاني).

¹ Gong, W. L. A Study on the Witness-Protection System in the Process of Investigating Crimes : In a Perspective of the Legalized Witness-Protection System in Taiwan, supra note, p. 111.

² تنص المادة (6/25) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل رقم (1) لسنة 2005 على أن "دون الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب كل من اعتدى على أحد المبلغين أو الشهود أو الخبراء، بسبب ما قاموا به للكشف عن الفساد أو إساءة معاملتهم أو ميز في التعامل بينهم أو منعهم من الإدلاء بشهادتهم أو من الإبلاغ عن الفساد بالحسب مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، وفي حال استخدام القوة أو التهديد بإشهار السلاح أو أي وسيلة إكراه مادية أخرى تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني

³ تنص المادة (1) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل رقم (1) لسنة 2005 على أن "... إعاقة سير العدالة: استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو للتدخل في الإدلاء بالشهادة أو تقديم الأدلة في إجراءات تتعلق بارتكاب أفعال مجرمة وفق أحكام هذا القرار بقانون، أو استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب لعرقلة سير التحريات والتحقيقات الجارية بشأن الأفعال المجرمة وفق لأحكام هذا القرار بقانون".

⁴ للمزيد ينظر في: نبيلة أحمد أبو معزة: الحماية الجزائية للشاهد في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية - جامعة الوادي، م. 10، ع. 2، سبتمبر 2019، ص. 85.

الفرع الأول

آلية تقديم طلبات الحماية

بموجب المادة 4 من نظام حماية المبلغين والشهود تم إنشاء وحدة حماية المبلغين والشهود وتتولى هذه الوحدة العديد من المهام¹، ومن ضمن تلك المهام إستقبال طلبات الحماية على النحو الوارد في نص المادة 5 من النظام، حيث نصت هذه الأخيرة على أن "1. يقدم طلب توفير الحماية إلى الرئيس وفقاً للنموذج المعتمد، ويحيله إلى المدير. 2. تقوم وحدة الحماية بدراسة طلب الحماية بصفة الاستعجال خلال (7) أيام من تاريخ تقديم الطلب. 3. توصي وحدة الحماية إلى الرئيس بقبول طلب الحماية أو رفضه مع بيان الأسباب، معزراً بالآتي: أ. الوثائق التي تقرر وحدة الحماية إرفاقها بالطلب بموجب التعليمات الصادرة عن الرئيس. ب. المعلومات والأدلة التي تحدد مدى جدية طلب توفير الحماية، وارتباطه بإثبات ارتكاب واقعة فساد. ج. إجراءات الحماية المقترحة، والتكاليف اللازمة لتنفيذها في حال قبول طلب الحماية. 4. يصدر الرئيس قراره بشأن طلب توفير الحماية بناءً على التوصية خلال مدة لا تتجاوز (24) ساعة، على أن يكون قراره مسبباً. 5. يتم البدء بإجراءات توفير الحماية المقترحة من قبل وحدة الحماية، ويبلغ مقدم طلب الحماية بها بموجب محضر يوقع عليه، ويتعهد بالالتزام بما ورد فيه، وذلك في حال قبول طلب الحماية"².

ومن خلال النص السابق وما أضافه من تفاصيل ومدد جديرة بالتطبيق تبين أن طلب الحماية يقدم لرئيس الهيئة بموجب نموذج معد خصيصاً لذلك، حيث يقوم رئيس الهيئة بعد التأشير عليه بإحالاته لمدير الوحدة، وتقوم الوحدة بدراسة الطلب خلال مدة لا تزيد على إسبوع من تاريخ تقديم الطلب، ومن ثم توصي بقبوله أو رفضه مع ذكر الأسباب، وترفعه لرئيس الهيئة ليتخذ قراره أصولاً³، وفي حال كان الطلب محل

¹ حيث نصت المادة (4) من النظام على أن تنشأ في الهيئة وحدة تسمى " وحدة الحماية " تتبع الرئيس ويرأسها مدير، ولها موازنة خاصة ضمن موازنة الهيئة، وتتولى المهام الآتية:

- 1- استلام طلبات توفير الحماية المحالة من الرئيس لدراستها، وتقييم المخاطر والتهديدات ذات الصلة.
- 2- تحديد آليات وإجراءات الحماية التي سيتم توفيرها لطالب الحماية الذي تم قبول طلبه وفق تقييم المخاطر لكل حالة.
- 3- تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في عدم الكشف عن هوياتهم من المبلغين والمخبرين، ودراستها.
- 4- إعادة تقييم قرارات منح الحماية دورياً للأشخاص الذين صدر قرار بمنحها لهم.
- 5- إخفاء بيانات طلبات توفير الحماية التي قد تؤدي إلى الكشف عن هوية طالب الحماية، واستبدالها برموز خاصة.
- 6- رفع توصية للرئيس بقبول أو رفض طلب الحماية أو طلبات عدم الكشف عن الهويات للبت فيها.
- 7- إبلاغ الرئيس فور وقوع أي اعتداء على أي من الأشخاص المشمولين بالحماية أو تعرض أي منهم لتهديد، وإحالة الأمر لنيابة جرائم الفساد المتخصصة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان أمنهم وسلامتهم.
- 8- إجراء الدراسات والبحوث اللازمة لتطوير وسائل توفير الحماية وإجراءاتها.
- 9- إعداد النماذج اللازمة لعمل وحدة الحماية، ورفعها للرئيس لاعتمادها.
- 10- إعداد موازنة تقديرية لوحدة الحماية، ورفعها للرئيس لاعتمادها.

² المادة (5) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم (7) لسنة 2019.

³ تنص مسألة دراسة طلب الحماية على حيثية تقييم التهديد المستوجب لقبول ذلك الطلب، حيث يتمحور التقييم حول مجموعة من الأنشطة الاستقصائية والتنفيذية المصممة لتحديد وتقييم وإدارة الأشخاص الذين قد يشكلون تهديداً على الأشخاص المشمولين بالحماية. ويمكن الاعتماد في هذا المجال على جملة من المعايير، ألا وهي: (1) تحديد الجاني المحتمل؛ أي أصل التهديد (شخص أو جماعة). (2) تقييم خطر التهديد الذي يشكله الجاني في وقت معين، وكذلك مستوى تنظيم الشخص أو الجماعة التي تقوم بالتهديد، ومدى القدرة على تنفيذ هذا الأخير. (3) دراسة موضوع القضية، وكذلك التهديد، على نحو يشمل كافة الجوانب المتصلة بهما. وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات يكون فيها التقييم واضح نسبياً، كما هو الحال فيما تعرض

قبول بحسب موقف الوحدة، فإنه يجب إرفاق ما يلزم من معززات لثبوت جدية الطلب، وإرفاق خطة توضح إجراءات الحماية المقترحة.

وبعد قبول الطلب، والذي يتوجب أن يعامل بسرية تامة وعدم نشر أي معلومات تؤدي بالكشف عن الشخص الخاضع للحماية¹، يتم البدء بتنفيذ إجراءات الحماية بعد إبلاغ طالب الحماية بذلك، ويتم توقيعه على تعهد بالالتزام ببعض البنود التي تدرج بكل حالة على حدة، وإن كانت هناك بنود مشتركة في مجمل طلبات الحماية، كأن يتعهد طالب الحماية بعدم استغلال الحماية، أو أن تكون متعلقة بنوع الحماية، كأن يتعهد باحترام مدونة السلوك الوظيفي وعدم تجاوز المسؤول المباشر في طلب الحماية الوظيفية، أو كأن يشترط على طالب الحماية الشخصية بعد الاقتراب من منطقة سكن المبلغ ضده، أو الطلب من طالب الحماية القانونية بعد الإدلاء بأي معلومات لاي جهة عدا الهيئة.

ومن الجدير بالذكر أنه لم يرد في هذا النظام أي عقوبة لأي شخص يمس بالشخص المشمول بالحماية، علماً أن قانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة 2005 وتعديلاته نص في المادة (6+5/25) على أن "5- يعاقب كل من أفشى معلومات متعلقة بهوية أو بأماكن وجود المبلغين أو الشهود أو الخبراء بالحسب مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، ولا تتجاوز عشرة آلاف دينار أردني.6. دون الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب كل من اعتدى على أحد المبلغين أو الشهود أو الخبراء، بسبب ما قاموا به للكشف عن الفساد أو أساء معاملتهم أو ميز في التعامل بينهم أو منعهم من الإدلاء بشهادتهم أو من الإبلاغ عن الفساد بالحسب مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، وفي حال استخدام القوة أو التهديد بإشهار السلاح أو أي وسيلة إكراه مادية أخرى تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني، ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أردني"².

أما في حال عدم قبول طلب الحماية فيتم تبليغ طالب الحماية بقرار الرفض مع التسيب، ويحق له التظلم أمام رئيس الهيئة خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار الرفض، وفي حال رفض التظلم يحق للمتضرر التوجه للمحكمة للطعن بقرار الرفض³.

الشاهد لمحاولة فاشلة للاعتداء عليه مثلاً، إلا أن ذلك لا يعني بتاتاً بأن كافة التقييمات المتعلقة بالتهديد ستكون بهذه البساطة، لأن الموضوع لا يعتمد بأي حال من الأحوال على عملية بسيطة أو قابلة للقياس باستخدام معايير محددة. للمزيد حول هذه الجزئية ينظر في :

Yvon Dandurand & Kristin Farr. A Review of Selected Witness Protection Programs, supra note, p. 34. & United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) , Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, supra note, p. 62.

¹ المادة (7) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم (7) لسنة 2019. وتجدر الإشارة كذلك إلى أن المادة (8) من ذات النظام قد أكدت على سرية سجلات طلبات الحماية، وحظر الاطلاع عليها إلا من خلال قرار يصدر عن رئيس هيئة مكافحة الفساد أو عن القاضي المختص، وتطبيقاً لذلك، فقد نصت المادة (8) المذكورة على أن " I يجب على الهيئة أن تحفظ سجلات طالبي الحماية بسرية تامة. 2. تحتفظ الهيئة بسجلات البيانات الأصلية لكل من تقرر إخفاء هويته أو توفير الحماية له في خزنة حديدية خاصة لهذا الغرض، يتم تثبيتها في مكان آمن داخل وحدة الحماية. 3. لا يجوز الاطلاع على السجلات إلا بقرار من الرئيس أو القاضي المختص".

² المادة (6 – 5/25) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل رقم (1) لسنة 2005.

³ المادة (6) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019.

وهنا نتساءل عن المحكمة المختصة في النظر برفض التظلمات في ظل عدم النص صراحة عليها في نظام حماية المبلغين والشهود، فهل قصد المشرع محكمة العدل العليا بإعتباره قرار إداري؟ أم محكمة جرائم الفساد؟ لكن بالنظر إلى إختصاص محكمة جرائم الفساد فإنه واضح وصريح كونه يتعلق فقط بجريمة فساد، بينما نرى أن لهذا التظلم من قرار الرفض مكان في إختصاص محكمة العدل العليا بموجب نص المادة 33 من قانون تشكيل المحاكمات النظامية رقم 5 لسنة 2000¹، وذلك على اعتبار أن حقيقة هذا القرار إنما تدخله في نطاق القرارات الإدارية المؤثرة، والتي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا، خلال الأجل المحدد قانوناً، وفق الإجراءات المستقرة عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، والقوانين ذات العلاقة.

وأخيراً وقبل الختام لا بد من التأكيد على أن الحماية الممنوحة هي حماية بطبيعتها مؤقتة، ولا تمنح على الدوام، حيث يتم إعادة تقييمها من حين لآخر، وهذا ما سنتولى بحثه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

إعادة تقييم طلبات الحماية

إن من المهام الملقى على عاتق وحدة الحماية، وتحديدًا ما ذكر في نص المادة 4/4 هو ما يتعلق بإعادة تقييم منح الحماية بشكل دوري، وإن المقصود بإعادة تقييم الحماية هو دراسة الحاجة والجدوى من بقاء الحماية من عدمه، ففي كثير من الحالات يزول الخطر محل الحماية، فهنا ليس من المعقول إبقاء الشخص خاضعاً للحماية دون جدوى².

ومن الممكن إعادة تقييم الحماية من حيث شدة وتخفيف الحماية بحسب مقتضى الحال، كأن يقدم طالب الحماية طلب خطي بتشديد الحماية أو تخفيفها أو حتى إلغاؤها أو إعادتها بعد الإلغاء، ويتم دراسة الموضوع من قبل الوحدة ومن ثم ترفع توصية لرئيس الهيئة للقرار³.

¹ ينظر في : المادة 33 قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2000، والتي تنص على أن " تختص محكمة العدل العليا في :

- الطعون الخاصة بالانتخابات
- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.
- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
- سائر المنازعات الإدارية.
- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون".

² تنتهي مفاعيل حماية الشهود في القانون الأمريكي في إحدى الحالات التالية : 1- زوال الخطر المستوجب للحماية. 2- مخالفة شروط الحماية الممنوحة للشاهد. 3- إذا كانت الحماية المفروضة قد تم منحها بناءً على معلومات أو وقائع أو ظروف غير حقيقية. للمزيد ينظر في :

Raneta Lawson Mack. The Federal Witness Protection Program Revisited and Compared: Reshaping an Old Weapon to Meet New Challenges in the Global Crime Fighting Effort, supra note, p. 233 – 234.

³ المادة (12) من نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019.

كما أنه يمكن أن تنقضي الحماية في حال خالف الشخص شروط منحها أو الإخلال في التعهد الذي تم توقيعه من قبله¹.

ويمثل ما سبق ذكره جل الأحكام المتعلقة بحماية المبلغين والشهود في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني رقم 1 لسنة 2005 وتعديلاته، ونظام حماية المبلغين والشهود الفلسطيني رقم 7 لسنة 2019²، لكن ولكي تكون صورة حماية المبلغين والشهود كاملة ومتكاملة في هذا البحث، فلا بد من التطرق لهذا الموضوع على الصعيد الدولي والأقليمي (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء على المستوى الدولي والإقليمي

يعد موضوع حماية المبلغين والشهود من المواضيع التي لاقت أهمية بالغة على المستويين الدولي والإقليمي، رغم أن المستوى الدولي فرض ذاته واقعياً في هذا الموضوع، حيث بسط ظلاله على العديد من دول الجوار لتحذو حذوه وتتبع منهجه، إذ كرست الإتفاقية الأممية لمكافحة الفساد أحكام الحماية للمبلغين والشهود، ولا سيما نص المادة 32 والمادة 33 منها، والتي كانت البوصلة في إعداد أي تشريع ذي صلة، سواء أن كان ذلك على المستوى المحلي أم الإقليمي أم الدولي. وعليه، فإنه لزاماً علينا أن نبحث حيثية حماية المبلغين والشهود والخبراء والمخبرين على الصعيد الإقليمي (المطلب الأول)، وكذلك على الصعيد الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء على الصعيد الإقليمي

إن هناك العديد من الإتفاقيات التي نصت في متنها على موضوع حماية المبلغين والشهود على المستوى الإقليمي، إلا أننا نجد بعض من الدول المتأخرة والتي لم تلحق ركب حماية المبلغين والشهود، رغم أن هناك عدد منها في الأونة الأخير نظم تشريعات أولت الاهتمام بموضوع حماية المبلغين والشهود، ومن هنا فإنه حريٌّ بنا أن نتطرق جزئية حماية المبلغين والشهود والخبراء والمخبرين في الإتفاقيات

1. المادة (13) من نفس النظام.

2. تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المادة (5/18) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل قد نصت على أن " على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، للهيئة صرف مساعدات مالية للمبلغين والشهود بموجب نظام يصدر لهذه الغاية". وبالفعل فقد جاء نظام حماية المبلغين والشهود رقم (7) لسنة 2019 متسقاً مع النص السابق، حيث نصت المادة (14) من النظام على أن " 1. يجوز للرئيس القيام بالآتي: أ. صرف المساعدات المالية للمبلغين والشهود، بناءً على ظروف ومقتضيات كل طلب. ب. التأمين على حياة الأشخاص المشمولين بالحماية، وذلك من خلال التعاقد مع شركات التأمين، على أن تنظم بموجب تعليمات تصدر عن الرئيس. 2. تصرف الهيئة النفقات المترتبة على توفير الحماية لمستحقيها من خلال الموازنة المخصصة لوحدة الحماية". وباستقراء النص السابق يتضح أنه يتضمن مسألتين هامتين، ألا وهما: أولاً، صرف المساعدات المالية للمبلغين والشهود، وذلك متى كان ذلك ضرورياً. ثانياً، إمكانية التأمين على حياة الأشخاص المشمولين بالحماية، وفقاً للتعليمات الصادرة عن رئيس الهيئة، وفقاً للصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة (16) من نظام حماية المبلغين والشهود، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فقد اشتمل نظام حماية المبلغين والشهود المذكور أعلاه على نص آخر غاية في الأهمية، ألا وهو نص المادة (15) من النظام، والذي كرس أحكام المسؤولية المدنية المنبقة عن حالات العجز أو الوقاة المرتبطة بالحماية، حيث جاء في ذلك النص بأنه " 1. يحق للشخص المشمول بالحماية في حال تعرضه لاعتداء جسدي أو مادي، ونتج عنه عجزاً وظيفياً، طلب التعويض من الهيئة. 2. يحق لورثة الشخص المشمول بالحماية طلب التعويض والمساعدات والنفقات، وذلك في حال نتج عن الاعتداء وفاة المشمول بالحماية".

العربية لمكافحة الفساد (الفرع الأول)، وكذلك أن نبحث في أوجه الحماية المذكورة أعلاه، وتحديدًا تلك المكرسة في نطاق بعض تشريعات الدول العربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في الإتفاقيات العربية لمكافحة الفساد

ذكرنا أعلاه أن هناك العديد من الإتفاقيات العربية التي ذكرت في طيها موضع حماية المبلغين

والشهود¹، وإن هذه الإتفاقيات قد صادقت عليها دولة فلسطين، وهي على النحو الآتي:

1- الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد للعام 2010²

وقعت فلسطين على هذه الإتفاقية بتاريخ 2010/12/21 وصادقت عليها بالإنضمام بتاريخ

2013/05/21³، وبالتالي أصبحت واجبة التطبيق لدينا، وإن ما يخدم بحثنا في هذه الإتفاقية هي المادة

14 منها، والتي نصت على " توفر الدولة الطرف الحماية القانونية اللازمة للمبلغين والشهود والخبراء

والضحايا الذين يدلون بشهادة تتعلق بأفعال تجرمها هذه الاتفاقية وتشمل هذه الحماية أقاربهم والأشخاص

وثيقة الصلة بهم، من أي انتقام أو تهيب محتمل، ومن وسائل هذه الحماية: أ- توفير الحماية لهم في أماكن

إقامتهم. ب- عدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن تواجدهم. ت- أن يدلي المبلغون والشهود

والخبراء والضحايا بأقوالهم على نحو يكفل سلامتهم مثل الإدلاء بالشهادة عبر استخدام تقنية الاتصالات.

ث- اتخاذ الإجراءات العقابية بحق كل من افشى معلومات متعلقة بهوية أو بأماكن تواجد المبلغين أو

الشهود أو الخبراء أو الضحايا"⁴.

¹ تجدر الإشارة إلى بعض الإتفاقيات الإقليمية غير العربية التي كرسّت مسألة حماية الشهود والمبلغين ضمن نصوصها، وهي على النحو الآتي :

- إتفاقية مجلس أوروبا للقانون الجنائي بشأن الفساد لعام 1999 : اعتمدت هذه الإتفاقية من قبل مجلس أوروبا بتاريخ 27 يناير من العام 1999، وذلك في مدينة ستراسبورغ، وتشتمل الإتفاقية المذكورة على ما يقارب 42 مادة. وقد جسدت المادة (22) من هذه الإتفاقية أحكام حماية المتعاونين مع العدالة والشهود، حيث نصت تلك المادة على أن " يعتمد كل طرف ما قد يلزم من تدابير لتوفير حماية فعالة وملائمة لما يلي: أ- أولئك الذين يبلغون عن الجرائم الجنائية المنصوص عليها في المواد من 2 إلى 14 أو يتعاونون بطريقة أخرى مع سلطات التحقيق أو المحاكمة؛ ب- الشهود الذين قدموا شهادتهم بخصوص الجرائم المذكورة أعلاه". للمزيد حول نصوص هذه الإتفاقية ينظر في :

Criminal Law Convention on Corruption, The Council of Europe, ETS 173, Strasbourg, 27.1.1999, Available at : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f5>,

Viewed on 17-5-2020, At 1:24 Am.

- لم يتم الإشارة لحماية الشهود والمبلغين والخبراء ضمن نصوص إتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2006، وكذلك إتفاقية الدول الأمريكية لمكافحة الفساد لعام 1996. للمزيد حول نصوص هاتين الإتفاقيتين ينظر في :

Inter-American Convention against Corruption, (B-58), Adopted at the third plenary session, held on March 29, 1996, Available at :

http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf, Viewed on -2020, 5-17

At 6:10 Am.

وكذلك ينظر في : إتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، المعتمدة في الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي في مابوتو (11 يوليو 2003)، منشورات المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية - جامعة الدول العربية، 2016.

² تمت الموافقة على هذه الإتفاقية من قبل مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب، وذلك في اجتماعهما المنعقد في مقر الأمانة العامة لجامعة الدول العربية بالقاهرة، بتاريخ 12-12-2010، ودخلت الإتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 29-6-2013، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 35 مادة. للمزيد حول تلك الإتفاقية ينظر في : الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 2:22 صباحاً.

³ ينظر في : قائمة الدول العربية الموقعة والمصدقة على الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد، متوفرة الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 2:23 صباحاً.

⁴ المادة (14) من الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010.

ويتضح من النص أعلاه أن الحماية طالت كل من المبلغ والشاهد والخبير وأضافت مصطلح الضحايا وهم المتضررين من شهادتهم¹، وأرى أن لا فرق بين المبلغين والشهود والخبراء في الحماية وبين الضحايا في هذا النص، لكن الفرق يكمن في أن المجموعة الأولى هي لأشخاص من المحتمل تعرضهم لأذى، بينما الضحايا هم فعلاً قد تعرضوا لذلك. لكن بالنظر إلى نص المادة 15 والتي جعلت التعويض والجبر للضحايا، ومن هنا يتبين أن مظلة الحماية الشخصية تشمل المتضررين والمحتمل تضررهم، بينما التعويض كان فقط لمن ثبت تضرره. وهذا الأمر رغم أنه تجسيد للقواعد العامة في أن التعويض يكون مقابل ضرر إلا أنه من المقبول بمكان النص عليه صراحة هنا .

ونلاحظ أن الإتفاقية نصت على مصطلح الحماية القانونية اللازمة والتي قصد بها الحماية الشخصية بحسب الصور التي جاءت في ذيل المادة .

2- الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب للعام 2010²

وقعت فلسطين على هذه الإتفاقية بتاريخ 2010/12/21 وصادقت عليها بالإنضمام بتاريخ 2013/05/21³، وبالتالي أصبحت واجبة التطبيق لدينا، وما يهمننا في هذا المجال هي نصوص المواد التي تناولت موضع حماية المبلغين والشهود، وتحديدًا المواد 37-40، حيث وضحت هذه النصوص أربعة مواضيع، وهي حصانة الشهود والخبراء، وحمايتهم، ونقلهم، وأخيراً نفقات سفرهم وإقامتهم، وهنا يتضح أن هذه النصوص واسعة جداً، فنجد أن نص المادة 37 فرض حصانة للشهود والخبراء من أي أمر يؤدي إلى إكراههم على الإدلاء بأقوالهم بعد رفضهم ذلك، بل ولا يجوز في حال حضور الشاهد أو الخبير طواعية أن يخضع للمحاكمة أو للحبس أو لأي قيد على حريته، أما عن نص المادة 38، فقد وضح الحماية الشخصية والأمنية الممنوحة للشاهد والخبير ولأسرته .

3- الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية 2010⁴

وقعت فلسطين على هذه الإتفاقية بتاريخ 2010/12/21 وصادقت عليها بالإنضمام بتاريخ 2013/05/21⁵، وبالتالي أصبحت واجبة التطبيق لدينا، حيث تحدثت نصوص المواد 33-36 من الاتفاقية المذكورة عن موضوع حماية الشهود، وهي تناولت ذات المعطيات بشكل عام الواردة في الاتفاقية

¹ عبد المجيد لخذاري : حماية الشهود في ظل الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي – جامعة محمد خيضر بسكرة، ع. 2، مارس 2016، ص. 142 وما بعدها.

² تمت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك المنعقد بتاريخ 2010/12/21، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 2013/10/5، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 41 مادة. للمزيد حول نصوص الاتفاقية المذكورة ينظر في : الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 1:55 مساءً.

³ ينظر في : قائمة الدول العربية الموقعة والمصدقة على الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب، متوفرة الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 2:23 صباحاً.

⁴ تمت الموافقة على هذه الاتفاقية من قبل مجلسي وزراء الداخلية والعدل العرب في اجتماعهما المشترك المنعقد بتاريخ 2010/12/21، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 2013/10/5، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 40 مادة. للمزيد حول هذه الاتفاقية ينظر في : الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 1:55 مساءً.

⁵ ينظر في : قائمة الدول العربية الموقعة والمصدقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، متوفرة الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 2:23 صباحاً.

العربية لمكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب سالفه الذكر، من حيث الحصانة والتنقل والحماية والمصاريف.

وأخيراً في هذا السياق إن التصديق على الاتفاقيات المذكورة يؤكد من الناحية القانونية أنها أصبحت جزءاً من تشريعاتنا الوطنية¹، وكان في السابق؛ أي قبل أن إهتدى مشرنا الفلسطيني للسعي قدماً لإقرار نظام حماية المبلغين والشهود حاجة ملحة للتمسك بمثل هذه النصوص². ونعتقد أن ذات الحاجة كانت حاضرة في بعض الدول العربية آنذاك وهذا ما سنسلط عليه الضوء من خلال بحثنا في جزئية حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في تشريعات بعض الدول العربية (الفرع الثاني)³.

الفرع الثاني

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في تشريعات بعض الدول العربية

إن موضوع حماية المبلغين والشهود غالباً ما يذكر بالتشريعات الجنائية العامة في الدول، إلا أننا نرى ضرورة إيجاد تشريع منفرد ينظم عملية حماية المبلغين والشهود برمتها، على نحو يكون أكثر تكاملاً، وفقاً للمعايير الدولية، ومن هنا فإننا نجد في الأعوام القليلة المنصرمة بعض من الدول العربية التي إتبعَت منهاجاً واضحاً بوضع تشريع خاص بحماية المبلغين والشهود وأخرى إكتفت بحمايتهم بنصوص عامة، ولعله من المفيد في هذا المقام أن نتطرق لبعض تشريعات الدول العربية الخاصة بحماية الشهود والمبلغين، وهي على النحو الآتي :

1- حماية المبلغين والشهود في القانون الأردني :

تطرق النظام القانوني الأردني في نصوص عديدة إلى موضوع حماية الشهود والمبلغين، وكان ذلك قبل صيرورة نظام حماية المبلغين والشهود الأردني نافذاً وسارياً، حيث نص قانون العقوبات الأردني

¹ أحمد براك : قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، المرجع الالكتروني السابق.
² تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 قد نظمت مسألة حماية الشهود والخبراء ضمن الباب الرابع منها، وتحديداً المواد (22 - 24) من الاتفاقية المذكورة، وهذه الاتفاقية قد تمت الموافقة عليها من قبل مجلس العدل العرب، وذلك بموجب قراره رقم (1)، والصادر بتاريخ 1983/4/6، ودخلت الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ بتاريخ 1985/10/30، وقد اشتملت الأولى على ما يقارب 72 مادة. للمزيد حول هذه الاتفاقية ينظر في : الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الالكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 1:55 مساءً.

³ كرست جامعة الدول العربية بعض القوانين النموذجية في مجال مكافحة الفساد، ومنها ما يتصل بشكل مباشر بموضوع حماية الشهود والمبلغين، وهذه القوانين على النحو الآتي :

- القانون العربي الاسترشادي للتعاون القضائي الدولي في المسائل الجنائية لعام 2006 : اعتمد هذا القانون من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثانية والعشرين، وذلك بموجب القرار رقم (653-22)، الصادر بتاريخ 2006/11/29، ويشتمل القانون المذكور على ما يقارب 49 مادة، ومذكرة إيضاحية. وقد أشار هذا القانون إلى حماية الشهود والخبراء في القضايا الجزائية، في الباب الرابع منه، وتحديداً في المواد (32-34).

- القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الفساد لعام 2011 : تم إعداد هذا القانون في الفترة ما بين 2011/9/20-18، فيما تم اعتماده من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الرابعة والثلاثين، وذلك بموجب القرار رقم (1150-34)، الصادر بتاريخ 2018/1/22، ويشتمل القانون المذكور على ما يقارب 69 مادة. وقد أشار هذا القانون إلى الأحكام الخاصة بحماية الشهود والمبلغين والخبراء والضحايا، وتحديداً في المواد (42-46) منه.

للمزيد حول هذين القانونين ينظر في : الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، بواسطة الرابط الالكتروني التالي : <http://www.lasportal.org/> ، تمت الزيارة بتاريخ 2020/5/16، الساعة 2:10 مساءً.

رقم 16 لسنة 1960 على موضوع حماية الشاهد بصورة أو بأخرى، حيث جاءت هذه الحماية في فصل الجرائم المخلة بسير العدالة، وتحديداً في شهادة الزور، حيث أن هناك حماية قانونية للشاهد من العقوبة في حال كانت شهادته تسبب له ضرر وفقاً لنص المواد 216+1217¹، وإني أرى أن هذا النوع من الحماية لا يرتبط بموضوع التبليغ عن جرم، بل أن هذه الحماية -إن صح تسميتها- هي حماية تحيط بظروف الشاهد الشخصية.

كما نصت المادة 158 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961 وتعديلاته على حماية الشاهد القاصر، حيث جاء فيها "ج- مع مراعاة أحكام المادة (74) من هذا القانون والبندين (أ) و (ب) من هذه الفقرة، يستخدم المدعي العام والمحكمة التقنية الحديثة بحسب ما يقضي به البند (د) من هذه الفقرة وذلك حماية للشهود الذين لم يكملوا الثامنة عشرة من العمر عند الإدلاء بشهاداتهم وعلى ان تتيح هذه الوسائل لأي خصم مناقشة الشاهد أثناء المحاكمة، وتعد هذه الشهادة بينة مقبولة في القضية. د- لغايات البند (ج) من هذه الفقرة، يكون استخدام التقنية الحديثة وجوبياً في حالة سماع أقوال المجني عليه في جرائم الاعتداء على العرض إلا اذا تعذر ذلك وجوازيماً في جميع الحالات الأخرى. 2- يجوز للمدعي العام أو المحكمة استخدام التقنيات الحديثة في إجراءات التحقيق والمحاكمة دون المساس بحق المناقشة، وبما في ذلك محاكمة النزير عن بعد من مركز الإصلاح والتأهيل المودع به على النحو المبين في النظام الذي يصدر لهذه الغاية. 3- تخضع الأدوات المستخدمة في التقنية الحديثة بما في ذلك الأشرطة والأقراص المدمجة لإجراءات الحماية المقررة للحفاظ على سريتها وخصوصية الشاهد أو النزير"².

وبصورة متخصصة أكثر لموضوع الحماية للشهود والمبلغين في جرائم الفساد فقد تضمن قانون مكافحة الفساد الأردني رقم 13 لسنة 2016 وتحديداً في مواده من 24-27 لموضوع حماية المبلغين والشهود، حيث نصت تلك المواد على توفير الحماية من قبل الهيئة للمبلغين والشهود والخبراء في قضايا الفساد والأقارب والأشخاص وثيقي الصلة، حيث وبإمعان النظر في تلك المواد يتبين أنه شبه مطابقة للنصوص الواردة في قانون مكافحة الفساد الفلسطيني رقم 1 لسنة 2005 وتعديلاته إلا في أمور بسيطة، كالتى تتعلق بسقوط الحماية في حال خالف الشخص الممنوح للحماية شروط منحها أو ارتكب الشخص

¹ حيث نصت المادة 216 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 على أن " 1- يعفى من العقوبة: أ- الشاهد الذي يحتمل أن يتعرض - إذا قال الحقيقة - لضرر فاحش له مساس بحريته أو شرفه أو يعرض لهذا الضرر الفاحش زوجه ولو طالقاً، أو أحد أصوله أو فروعه أو إخوته أو إخوانه أو أصحابه من الدرجات ذاتها. ب- الشخص الذي أفضى أمام المحكمة باسمه وكنيته وشهرته ولم يكن من الواجب استماعه كشاهد أو كان من الواجب أن ينبه إلى أن له أن يتمتع عن أداء الشهادة إذا شاء. 2- وفي الحالتين السابقتين إذا عرضت شهادة الزور شخصاً آخر لملاحقة قانونية أو لحكم خفضت العقوبة من النصف إلى الثلثين." وكذلك نصت المادة 217 على " يخفض نصف العقوبة عن الشخص الذي أدبت شهادة الزور بتحريض منه إذا كان الشاهد يعرضه حتماً، لو قال الحقيقة أو يعرض أحد أقاربه لضرر كالذي أوضحتها الفقرة الأولى من المادة السابقة."

² خضعت المادة (158) لعدة تعديلات، وذلك في العام 2001، 2003، 2006، وكان آخر تلك التعديلات الصادر بالقانون رقم (32) لسنة 2017، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية، والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، ع. 5479، بتاريخ 2017/8/30، ص. 5412 وما بعدها.

الممنوح للحماية جنائية أو جنحة تخل بالشرف في المادة 25 من القانون الأردني في الوقت الذي لم يذكر في القانون الفلسطيني إلى حالة مخالفة شروط الحماية كسبب لسقوط الحماية¹.

ونرى أنه بالنظر للطبيعة الخاصة بموضوع جرائم الفساد وفي الغاية من وراء منح الحماية فلا أعتقد أن ما سار عليه القانون الأردني بالتشدد في إسقاط الحماية في حال ارتكاب الشخص الممنوح جنائية أو جنحة مخلة بالشرف بالأمر المنطقي، فإننا في منح الحماية لا نقوم بتكريم أو مكافئة طالب الحماية بقدر ما إننا نقوم بالتشجيع على التبليغ والتعاون مع الهيئة، وإن قيام الشخص بارتكاب جنحة أو حتى جنائية ليست لها علاقة بأي مما يحيط في البلاغ فلا نعتقد من الصواب إسقاط الحماية عنه.

وفي إختلاف آخر نجد أن القانون الأردني في المادة 1/26 موضوع معاقبة الشخص الذي أفشى المعلومات الخاصة في المبلغين، حيث حدد القانون الأردني العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز العشرة آلاف دينار، في الوقت الذي حدده القانون الفلسطيني في المادة 5/25 بالحد الأدنى دون ذكر للحد الأعلى فيما يخص الحبس، وتم تحديد الحدين الأدنى والأعلى بما يتعلق بالغرامة من خمسمائة دينار ولا تتجاوز العشرة الاف دينار.

كما شدد أيضاً القانون الفلسطيني بالعقوبة على من اعتدى على المبلغين والشهود، حيث نص في المادة 6/25 على الحبس لمدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة دينار، في الوقت الذي اكتفى في القانون الاردني بالنص على عقوبة الحبس وحدها، وفي حالة تم الاعتداء باستخدام القوى والتهديد بالسلاح فإن العقوبة في القانون الفلسطيني هي الحبس مدة لا تقل عن سنتين والغرامة التي لا تقل على خمسمائة دينار ولا تزيد عن عشرة الاف، بينما اكتفى القانون الاردني بذكر الحد الاعلى دون الأدنى وهو عشرة الاف دينار للغرامة، وذات مدة الحبس؛ أي الحبس مدة لا تقل عن سنتين². وعليه يتبين هنا أن نهج المشرع الفلسطيني كان موفق أكثر في حماية المبلغين والشهود، لكن هذا مختلف في النص الذي أضافه القانون الأردني وهو نص المادة 26/ب الذي بين أنه في حال كان تعرض المبلغين أو الشهود لجرم نتيجة الإفشاء فإن المفشي يعتبر شريكاً بالجريمة ويعاقب بعقوبة الفاعل الأصلي³.

¹ تنص المادة (25) من قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني رقم (13) لسنة 2016، والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، ع. 5397، بتاريخ 2016/5/16، ص. 2578 وما بعدها، على أن " تسقط الحماية الممنوحة بقرار من المجلس في حال مخالفة شروط منحها او في حال ارتكاب الشخص الممنوحة له الحماية لأي جنائية او جنحة مخلة بالشرف".

² تنص المادة (27) من قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني رقم (13) لسنة 2016 على أن " دون الاخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر، يعاقب كل من اعتدى على احد المبلغين او الشهود او المخبرين او الخبراء، بسبب ما قاموا به للكشف عن الفساد او اساء معاملتهم او ميّز في التعامل بينهم او تعسف في استعمال السلطة ضدهم او منعهم من الادلاء بشهادتهم او من الابلاغ عن الفساد بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وفي حال استخدام القوة او التهديد بإشهار السلاح او أي وسيلة اكراه مادية اخرى فتكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تزيد على عشرة الاف دينار".

³ تنص المادة (26/ب) من قانون النزاهة ومكافحة الفساد الأردني رقم (13) لسنة 2016 على أن " ب- اذا أدى الإفشاء المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة إلى إلحاق جرم بأي من الأشخاص المنصوص عليهم في الفقرة ذاتها فيعتبر المفشي شريكاً في هذه الجريمة ويعاقب بالعقوبة المقررة للفاعل الأصلي".

وأخيراً، والأهم في موقف القانون الأردني وتحديدًا نظام حماية المبلغين والشهود رقم 62 لسنة 2014 وإذا ما تمت مقارنته مع نظام حماية المبلغين والشهود الفلسطيني رقم 7 لسنة 2019، يتبين أن كلا المشرعان إتبعوا ذات المنهج فيما يتعلق بالأشخاص المشمولين بالحماية، ولكن فيما يتعلق بطبيعة الحماية الممنوحة، فقد كان المشرع الفلسطيني واضحاً تبنيه للحماية بأنواعها الثلاث، بينما في النظام الأردني جاء واضحاً في تبنيه الحماية الشخصية، أما عن الحماية الوظيفية، فنعتقد أنها قائمة بحسب ما نصت عليه المادة 9 منه، والتي جاء فيها:

" يتم توفير الحماية القانونية ضد أي إجراء تعسفي بحق الأشخاص المشمولين بقرار توفير الحماية بما في ذلك :- أ- أي قرار إداري يغير من المركز القانوني أو الإداري لهم أو ينتقص من حقوقهم أو يجرمهم منها. ب- أي إجراء يؤدي إلى إساءة معاملتهم أو الإساءة لمكانتهم أو لسمعتهم"¹، وهذه الحماية المذكورة في النص السابق هي ليست حماية قانونية، وإنما هي حماية وظيفية، وهي تقابل المادة 9 من النظام الفلسطيني والمعونة بالحماية الوظيفية، حيث جاء فيها: " توفر الهيئة الحماية الوظيفية للأشخاص المشمولين بقرار الحماية في أي من الحالات الآتية: 1. صدور قرار إداري يغير من المركز القانوني أو الإداري أو ينتقص من الحقوق. 2. اتخاذ أي إجراء يؤدي إلى إساءة المعاملة أو المكانة أو السمعة أو التمييز"².

أما عن الحماية القانونية التي تعني حماية الشخص من أي ملاحقة جزائية جراء الإبلاغ أو الشهادة، فقد جرى تكريسها في المادة 11 من النظام الفلسطيني، وهنا أيضاً تفوق نظام حماية المبلغين والشهود الفلسطيني على القانون الأردني.

2- حماية المبلغين والشهود في القانون التونسي :

إن القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين التونسي هو المظلة التشريعية الخاصة بحماية المبلغين والشهود³، لكن هذا القانون لا يعنى فقط بموضوع الحماية كما التشريع الفلسطيني والأردني، بل أنه إهتم بتنظيم وضبط عملية الإبلاغ عن جرائم الفساد⁴، لكن قبل هذا القانون نجد في التشريع التونسي أن هناك المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011⁵، حيث أشار هذا

¹ المادة (9) من النظام الأردني رقم 62 لسنة 2014، بشأن نظام حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم لسنة 2014، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، ع. 5286، بتاريخ 2014/5/15، ص. 3100 وما بعدها. وقد جرى تعديل النظام المذكور أعلاه، بموجب النظام المعدل رقم 46 لسنة 2019، المنشور في الجريدة الرسمية، ع. 5572، بتاريخ 2019/5/1، ص. 2552 وما بعدها.

² المادة (9) من نظام حماية المبلغين والشهود الفلسطيني رقم 7 لسنة 2019.

³ ينظر في : القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017، المؤرخ في 7 مارس 2017، بشأن الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين، المنشور في الرائد الرسمي التونسي، ع. 20، بتاريخ 2017/3/10، ص. 765 وما بعدها.

⁴ نص الفصل الأول من قانون الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين التونسي على أنه " يهدف هذا القانون إلى ضبط صيغ وإجراءات الإبلاغ عن الفساد وآليات حماية المبلغين بما يساهم في تكريس مبادئ الشفافية والنزاهة والمساءلة والحوكمة الرشيدة ومنع الفساد ومكافحته في القطاعين العام والخاص".

⁵ ينظر في : المرسوم الإطاري عدد 120 لسنة 2011، المؤرخ في 14 نوفمبر 2011، بشأن مكافحة الفساد، المنشور في الرائد الرسمي التونسي، ع. 88، بتاريخ 2011/11/18، ص. 2746 وما بعدها، حيث نصت المادة الأولى منه على " يهدف هذا المرسوم الإطاري إلى مكافحة الفساد في القطاعين العام والخاص وذلك خاصة بتطوير جهود الوقاية منه وتيسير كشفه وضمان تتبّع مرتكبيه وردعهم ودعم المجهود الدولي للحد منه وتقليص آثاره والعمل على استرجاع عائداته".

المرسوم إلى بعض النصوص التي توفر الحماية للشهود والمبلغين¹، إذ تنص المادة 11 من ذلك المرسوم على أن " تضمن الدولة في إطار سياستها لمكافحة الفساد التشجيع على التبليغ عن حالات الفساد بذشر الوعي الاجتماعي بخطرته والتقليص من العراقيل القانونية والعملية التي تمنع كشفه وإثباته وإقرار تدابير لحماية الضحايا والشهود والمبلغين"². ونصت المادة 15 من نفس المرسوم أيضاً على أنه " على المصالح والهيكل العمومية المختصة أن تساعد الهيئة على جمع المعلومات والإحصائيات حول المسائل المرتبطة بمهامها وتنفيذ إجراءات حماية الضحايا والشهود والمبلغين"³.

ونجد أن القانون التونسي عدد 10 لسنة 2017 جاء بصورة مفصلة جداً عن آليات الحماية، كما أن هذا القانون لم يلجأ لتحديد أنواع الحماية كما فعل كل من القانون الفلسطيني والقانون الأردني، حيث قام بتعريف الحماية تعريفاً واسعاً ليشمل أنواع الحماية، إذ نصت المادة 1/ت منه على أن " الحماية : جملة الإجراءات الهادفة إلى حماية المبلغ عن الفساد سواء كان ذات طبيعية أو معنوية ضد مختلف أشكال الانتقام أو التمييز التي قد تسلط عليه بسبب تبليغه عن حالات الفساد، سواء اتَّخَذَ الانتقام من المبلغ شكل مضايقات مستمرة أو عقوبات مقنّعة وبصفة عامة كل إجراء تعسفي في حقه بما في ذلك الإجراءات التأديبية كالعزل أو الإغفاء أو رفض الترقية أو رفض طلب النقلة أو النقلة التعسفية أو شكل اعتداء جسدي أو معنوي أو التهديد بهما يسلط ضد المبلغ أو ضد كل شخص وثيق الصلة به على معنى الفصل 26 من هذا القانون"⁴.

ونجد أيضاً أن القانون التونسي قد اشتمل على الحماية القانونية كما هو الحال في القانون الفلسطيني⁵، وذلك بخلاف ما جاء به القانون الأردني.

وبالنظر إلى نص 26 من ذات القانون التونسي، فإنها تنص على " تنسحب الأحكام المتعلقة بالحماية المشار إليها بهذا الباب وفقاً لما تقدّر الهيئة، على المبلغ وقرينه وأصوله وفروعه إلى الدرجة الأولى والشهود والخبراء وأي شخص آخر تقدّر الهيئة أنه عرضة للضرر بمناسبة الإبلاغ أو تبعاً له"⁶.

¹ ماينو جيلالي : الحماية القانونية لأمن الشهود في التشريعات المغاربية – دراسة في التشريع الجزائري والمغربي والتونسي، المرجع السابق، ص. 270.

² المادة (11) من نفس المرسوم الإطاري.

³ المادة (15) من نفس المرسوم الإطاري.

⁴ الفصل (2/ت) من قانون الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين التونسي.

⁵ تجدر الإشارة إلى أن قانون الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين التونسي قد كرس حماية قانونية ووظيفية للمبلغ ومن في حكمه، وذلك في حال كانت العقوبات التأديبية أو الجزائية قد فرضت على المشمول بالحماية على أساس مخالفة أحكام الدسر المهني، شريطة أن يكون ذلك مرتبطاً بعملية الإبلاغ، وفي هذا فقد نص الفصل (23) من القانون المذكور على أن " لا تسلط على المبلغ أية عقوبات تأديبية أو جزائية على أساس مخالفته للدسر المهني أو لواجب التحفظ إذا

اتخذت تلك العقوبات بمناسبة الإبلاغ أو تبعاً له".

وفي نص أوضح مما سبق ذكره، نجد أن الفصل (19) من قانون الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين قد كرس الحماية القانونية للمبلغ ومن في حكمه، على نحو يشمل الحماية الجزائية، وكذلك الحماية من الملاحقة المدنية، وأيضاً الحماية الوظيفية، فنجد أن الفصل المذكور ينص على أن " ينتفع المبلغ بناء على طلب منه أو بمبادرة من الهيئة وبشرط موافقته بالحماية من أي شكل من أشكال الانتقام أو التمييز أو التهريب أو القمع. كما تتم حمايته من أي ملاحقة جزائية أو مدنية أو إدارية أو أي إجراء آخر يلحق به ضرراً مادياً أو معنوياً إذا كان كل ذلك بمناسبة الإبلاغ أو تبعاً له".

⁶ الفصل (26) من ن قانون الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين التونسي.

وفي هذا المجال، وتحديدًا من حيث الشمولية، فإننا نرى أن الحماية في القانون الاردني والفالسطيني قد شملت الأقارب حتى الدرجة الرابعة، أما عن القانون التونسي فحددها للدرجة الأولى فقط، إلا أنه ترك هامش للهيئة بالتقدير بإمكانية إضافة أي شخص قد يتعرض للخطر لتشمله الحماية، ونرى أن موقف المشرع التونسي يلامس المنطق أكثر من التشريع الفلسطيني والأردني الذي شمل وجوباً شريحة كبيرة من الأقارب.

كما أن القانون التونسي كان أكثر صرامة فيما يتعلق بالعقوبات المقترنة بنظام حماية المبلغين والشهود¹، حيث عاقب بالسجن من سنة لخمسة سنوات على الفعل الذي يتضمن كشف المعلومات التي تتعلق بالشهود، رغم أن الغرامة أقل بكثير والتي تتراوح ما بين 1000 دينار إلى 5000 دينار تونسي؛ أي ما يعادل 250 دينار اردني - إلى 1250 دينار أردني تقريباً، واعتقد أن هذا يتعلق بالوضع الاقتصادي لتونس ومعدل دخل الفرد فيها، ورغم ذلك نرى أن القانون التونسي أنجع في حماية المبلغين والشهود في العديد من النواحي التي اثرت أعلاه².

3- حماية المبلغين والشهود في القانون المغربي :

يعد القانون المغربي من أوائل القوانين العربية التي إهتمت بموضوع حماية المبلغين والشهود في إطار خاص، ويتضح ذلك جلياً عند النظر في القانون رقم 10. 37 بشأن حماية المبلغين والشهود³. ونلاحظ بدايةً أن عنوان القانون المغربي هو حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها⁴، حيث يتضح للوهلة الأولى أن الحماية تتعلق

¹ انتهج التشريع التونسي ذات النهج الذي سار عليه كل من التشريع الفلسطيني والأردني، حيث أتم الأول واقعة الاعتداء على الأشخاص المشمولين بالحماية المقررة قانوناً، حيث نجده في الفصل 35 منه ينص على أن "يعاقب بالسجن من ستة أشهر إلى سنتين كل من يلجأ إلى اتخاذ تدابير انتقامية أو التهديد أو التهديد مباشرة أو بواسطة وبأي شكل من الأشكال ضد شخص المبلغ أو أي شخص من الأشخاص المشار إليهم بالفصل 26 من هذا القانون.

وفي صورة إلحاق ضرر جسدي أو معنوي جسيم يعاقب الفاعل بالسجن من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات".
² ونجد أيضاً أن هناك نص متفرد في القانون التونسي، يتعلق بمنح مكافأة مالية للمبلغ، وهذا من شأنه أن يشجع بحق المواطنين على التبليغ عن جرائم الفساد، حيث ينص الفصل (28) من قانون الإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين التونسي على أن " تمنح الدولة مكافأة مالية للمبلغين الذين أدى إبلاغهم إلى الحيلولة دون ارتكاب أي من جرائم الفساد في القطاع العام أو إلى اكتشافها أو اكتشاف مرتكبها أو البعض منهم أو استرداد الأموال المتأتية منها. تقترح الهيئة إسناد المكافأة بعد التأكد من مال الإبلاغ".

وبالمقابل، فقد أورد القانون التونسي نص غاية في الأهمية، ألا وهو نص الفصل 19، حيث جاء فيه بأنه "... وتُسحب الحماية على الأشخاص وثيقة الصلة بالمبلغ المشار إليهم بالفصل 26 من هذا القانون. ويستثنى من الحماية من يقدم عمداً، تبليغاً بقصد الإضرار بالغير دون وجه حق". ويتعلق النص المذكور أعلاه بالتبليغ الكيدي، أو ذلك الذي يقصد منه الإضرار بالغير، وقد رتب المشرع التونسي إثر هذا النوع من التبليغ عقوبة جزائية، حيث جرى النص على هذه الأخيرة ضمن الفصل (38) من نفس القانون، والذي جاء فيه بأنه " في حالات الإبلاغ على معنى الفقرة الأخيرة من الفصل 19 من هذا القانون، تسلط على المبلغ عقوبة بالسجن تتراوح من سنة إلى خمس (5) سنوات وخطية مالية تتراوح بين ألف دينار وخمسة (5) آلاف دينار ويحرم آلباً من التمتع بالحقوق المنصوص عليها بهذا القانون. ولا يحول ذلك دون تسليط عقوبات تأديبية على من تعمد تقديم إبلاغ بقصد الإضرار بالغير إذا كان عوناً عمومياً. يمكن للمتضرر من هذا الإبلاغ، اللجوء إلى القضاء لمطالبة الفاعل بجبر الضرر المادي والمعنوي الحاصل له".

³ ظهير شريف رقم 1.11.164 صادر في 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 37.10 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، في شأن حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين، فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها، المنشور في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع. 5988، بتاريخ 20/10/2011، ص. 5123 وما بعدها.

⁴ تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حصر مفاعيل الحماية المقررة للشهود والخبراء والضحايا في نطاق قضايا معينة، وذلك على غرار المشرع المغربي، وهذه القضايا تتمحور حول الجرائم المتعلقة بالفساد والإرهاب والجريمة المنظمة. للمزيد ينظر في: مريم لوكال: الآليات القانونية المستحدثة لحماية الشهود والخبراء والضحايا بموجب الأمر 02-15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 103.

بقضايا الفساد فحسب، إلا أن المادة 82-6 من قانون المسطرة الجنائية المعدل قد وضحت بأنه " يحق للشاهد أو الخبير في أي قضية، إذا ما كانت هناك أسباب جدية من شأنها أن تعرض حياته أو سلامته الجسدية أو مصالحه الأساسية أو حياة أفراد أسرته أو أقاربه أو سلامتهم الجسدية أو مصالحهم الأساسية للخطر أو لضرر مادي أو معنوي إذا ما أدلى بشهادته أو إفادته، أن يطلب من وكيل الملك أو الوكيل العام للملك أو قاضي التحقيق - حسب الأحوال- تطبيق أحد الإجراءات المنصوص عليها في البنود 6 و 7 و 8 من المادة 82-7 بعده، وذلك بعد بيان الأسباب المذكورة"¹.

وتوصلنا المادة المذكورة أعلاه إلى ضرورة إبداء جملة من الملاحظات، وهي على النحو الآتي :

• أن الحماية ممكن أن يستفيد منها أي شخص، أياً كان موضوع إفادته، وبصرف النظر عن موضوع القضية، سواء كانت متعلقة أو غير متعلقة بأفعال الفساد التي إندرجت في عنوان القانون رقم 37.10.

• أن موضوع الحماية يتمحور حول الحماية الشخصية، وتحديدًا تلك التي تتعلق بضمان عدم تعرض المشمولين بالحماية لأي ضرر، سواء كان مالي، أو مادي، أو نفسي.

• أن الأشخاص المشمولين بالحماية هم الشهود والخبراء، بالإضافة لأقاربهم وأفراد أسرهم.

• أن إجراءات الحماية المقررة بخصوص كافة القضايا، وليس قضايا الفساد فحسب، إنما تنصب على تدابير معينة وردت على سبيل الحصر²، وتحديدًا تلك المنصوص في البنود 6، 7، 8 من المادة 82-7 من قانون المسطرة الجنائية المعدل³.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي ميز في موضوع الحماية بين الشهود والخبراء من جهة وبين المبلغين من جهة أخرى، حيث أفرد الباب الثاني من القانون رقم 37.10 للأحكام الخاصة بحماية الشهود والخبراء، فيما إنصب الباب الثالث على القواعد المتعلقة بحماية المبلغين.

أما بخصوص الباب الرابع من القانون المذكور، فتجدر الإشارة إلى أنه قد وضع أحكام عامة تطبق على حماية الشهود والخبراء والمبلغين على حدٍ سواء، والحديث هنا عن آلية فرض الحماية، حيث يكون ذلك إما بطلب من المبلغ أو الشاهد أو الخبير، أو تلقائياً من خلال وكيل الملك أو الوكيل العام للملك

¹ المادة (82-6) من قانون المسطرة الجنائية المغربي المعدل، بموجب القانون رقم 37.10.

² ماينو جيلالي : الحماية القانونية لأمن الشهود في التشريعات المغاربية – دراسة في التشريع الجزائري والمغربي والتونسي، المرجع السابق، ص. 269.

³ تنص المادة 82-7 من قانون المسطرة الجنائية المعدل على تدابير الحماية، وهي على النحو التالي " 6- وضع رهن إشارة الشاهد أو الخبير الذي يكون قد أدلى بشهادته أو إفادته، رقم هاتفي خاص بالشرطة القضائية حتى يتمكن من اشعارها بالسرعة اللازمة إزاء أي فعل قد يهدد سلامته أو سلامة أسرته أو أقاربه. 7- إخضاع الهواتف التي يستخدمها الشاهد أو الخبير لرقابة السلطات المختصة بعد موافقة المعني بالأمر كتابة ضماناً لحمايته. 8- توفير حماية جسدية للشاهد أو الخبير من طرف القوة العمومية بشكل يحول دون تعرض الشاهد أو الخبير أو أحد أفراد أسرته أو أقاربه للخطر".

أما بخصوص الجرائم التي تطبق عليها كل تدابير الحماية المذكورة في 82-7 من قانون المسطرة الجنائية المعدل، فتجدر الإشارة إلى أن تلك الجرائم تتمحور جريمة الرشوة أو إستغلال النفوذ أو الإختلاس أو التبيد أو الغدر أو غسل الأموال أو إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة، وهي 108 (المساس بأمن الدولة، أو جريمة إرهابية، أو تكوين عصابات إجرامية، أو القتل أو التسميم، أو الاختطاف و أخذ الرهائن، أو تزييف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام، أو المخدرات والمؤثرات العقلية، أو الأسلحة و الذخيرة و المتفجرات، أو حماية الصحة). للمزيد ينظر : في رشيدة بوكري : تدابير حماية أمن الشاهد بين ضرورات مكافحة الجريمة وضمانات المحاكمة العادلة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية – جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، م. 2، ع. 9، مارس 2018، ص. 940.

أو قاضي التحقيق حسب مقتضى الحال، ويسري ما سبق ذكره على صعيد حالة تغيير تدابير الحماية، إذ يمكن ان يتم ذلك عن طريق طلب يقدم من قبل الأشخاص المشمولين بالحماية، أو تلقائياً من خلال الجهات المختصة المذكورة أعلاه، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن تدابير حماية الشهود والمبلغين والخبراء تبقى سارية، حتى لو بعد صدور الحكم في القضية، إذ أن معيار استمرار ينصب على بقاء الخطر، فطالما بقي هذا الأخير استمرت الحماية، وإلا فلا داع لوجودها¹.

وتتشابه تدابير حماية الشهود والخبراء والمبلغين في التشريع المغربي²، إلا ان هذا الأخير قد أفرد نصوص إضافية في الباب المتعلق بحماية المبلغين، وهذه النصوص لم ترد في الباب الخاص بحماية الشهود والخبراء، والحديث هنا عن نص المادة (82-2/9)، والتي جاء فيها أنه " خلافاً لأية مقتضيات قانونية لا يمكن متابعة المبلغين سواء تأديبياً أو جنائياً على أساس إفشاء السر المهني، إذا كانت الجرائم المبلغ عنها تم الاطلاع عليها بمناسبة مزاولتهم لمهامهم"³. ويلاحظ المتفحص للنص السابق أنه قد حماية قانونية ووظيفية للمبلغ، وذلك في حال كانت العقوبات التأديبية أو الجزائية قد فرضت على المشمول بالحماية على أساس مخالفة أحكام السر المهني، شريطة أن يكون ذلك مرتبطاً بعملية الإبلاغ، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فهناك نص آخر يتعلق بالمبلغين فحسب، ألا وهو نص المادة (82-3/9)، حيث عمد هذا الأخير إلى تكريس عقوبة جزائية بحق الأشخاص المبلغين بسوء نية عن وقائع غير صحيحة، فوجد المادة المذكورة تنص على أن "يتعرض المبلغ الذي يقوم بالإبلاغ بسوء نية عن وقائع غير صحيحة لإحدى العقوبات المنصوص عليها في الفصلين 369 و 370 من مجموعة القانون الجنائي"⁴.

4- حماية المبلغين والشهود في القانون المصري :

لا يوجد في النظام القانوني المصري تشريع خاص بحماية المبلغين والشهود، وذلك على الرغم من وجود مشروع قانون لحماية المبلغين والشهود منذ العام 2013. وبالإطلاع على قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950 وتعديلاته، نجده لم يشر لأي نوع من أنواع الحماية للشاهد، بينما نرى بأن قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 وتعديلاته قد اورد عدد من النصوص التي

¹ ينظر في : المادة (10-82) من قانون المسطرة الجنائية المغربي المعدل، بموجب القانون رقم 37.10.
² للمزيد حول تدابير الحماية الخاصة بالشهود والخبراء والمبلغين ينظر في : المادة (82-1/7-8) من قانون المسطرة الجنائية المغربي المعدل، بموجب القانون رقم 37.10.
³ للمزيد ينظر في : المادة (347) من قانون المسطرة الجنائية المغربي المعدل، بموجب القانون رقم 37.10.
⁴ المادة (2/9-82) من قانون المسطرة الجنائية المغربي المعدل، بموجب القانون رقم 37.10.
⁴ المادة (3/9-82) من نفس القانون.

تتضمن بعض أوجه الحماية للشهود¹، وذلك ضمن جريمة إكراه الشهود²، وجريمة إغراء الشاهد بالعطايا والوعود³، وكذلك جريمة التأثير على الشهود عن طريق وسائل النشر⁴.

وقد أشار مشروع قانون حماية الشهود المصري لعام 2013 إلى عدة مسائل تتصل بالحماية⁵، حيث جاء في المادة (1) منه أن " تكفل الدولة الحماية اللازمة للشهود والمبلغين والخبراء المعرضين للخطر في الدعاوى التي تؤدي شهادة أو تقرير كل منهم فيها إلى الكشف عن جريمة أو أدلتها أو أى من مرتكبيها. وتشمل الحماية ذوى الشهود والمبلغين والخبراء والمكلفين برعايتهم من الأقارب حتى الدرجة الثانية". وقد تطرق مشروع القانون المذكور لإجراءات الحماية، ومداهها، والجهة المختصة بتقريرها، وسريتها، وأفرد عقوبة جزائية إثر خرق السرية المحاطة بالحماية، حيث نصت المادة (9) من المشروع على أنه " يعاقب كل من أفشى البيانات المنصوص عليها في المادة الرابعة بالحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن خمسين ألف جنيه".

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري تنبه في الأونة الأخيرة، حيث قام بإعداد مشروع قانون يستهدف إدخال جملة تعديلات على قانون الإجراءات الجنائية، على نحو يكرس قواعد الحماية الخاصة بالشهود⁶، حيث تمحورت النقاط التي جاء بها مشروع القانون المذكور حول الآتي ذكره :

- 1- أن الشاهد يمكن أن يجعل قسم الشرطة أو مكان عمله محل إقامته.
- 2- في حالة أن الشاهد ستكون حياته معرضة للخطر إذا تم الإعلان عن بياناته أجاز القانون للمحكمة أو المحامي العام أن يستمع لشهادته دون ذكر بياناته على أن يتم عمل ملف فرعي للقضية تدون فيه بيانات الشاهد وشخصيته.

¹ وكذلك فعل التشريع الجزائري في قانون العقوبات، والحديث هنا عن جريمة إغراء الشهود، وجريمة تهديد الشاهد أو الاعتداء عليه. للمزيد ينظر في نبيلة أحمد أبو معزة : الحماية الجزائية للشاهد في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 83-84.

² تنص المادة (300) من قانون العقوبات المصري على أن " من أكره شاهداً على عدم أداء الشهادة أو على الشهادة زوراً يعاقب بمثل عقوبة شاهد الزور مع مراعاة الأحوال المقررة في المواد السابقة".

³ تنص المادة (298) من قانون العقوبات المصري على أن " إذا قبل من شهد زوراً في دعوى جنائية أو مدنية عطية أو وعداً بشيء ما يحكم عليه هو والمعطي أو من وعد بالعقوبات المقررة للرشوة أو للشهادة الزور إن كانت هذه أشد من عقوبات الرشوة. إذا كان الشاهد طبيباً أو جراحاً أو قابلة وطلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء الشهادة زوراً بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة أو وقعت منه الشهادة بذلك نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يعاقب بالعقوبات المقررة في باب الرشوة أو في باب شهادة الزور أيهما أشد. ويعاقب الراشي والوسيط بالعقوبة المقررة للمرتشي أيضاً".

⁴ تنص المادة (187) من قانون العقوبات المصري على أن " يعاقب بنفس العقوبات كل من نشر بإحدى الطرق المتقدمة ذكرها أموراً من شأنها التأثير في القضاة الذين يناط بهم الفصل في دعوى مطروحة أمام أية جهة من جهات القضاء في البلاد أو في رجال القضاء أو النيابة أو غيرهم من الموظفين المكلفين بتحقيق أو التأثير في الشهود الذين قد يطلبون لأداء الشهادة في تلك الدعوى أو في ذلك التحقيق أو أموراً من شأنها منع شخص من الإفضاء بمعلومات لأولي الأمر أو التأثير في الرأي العام لمصلحة طرف في الدعوى أو التحقيق أو ضده".

⁵ للمزيد حول مشروع القانون المذكور ينظر في : مشروع قانون حماية الشهود المصري لعام 2013، منشور على موقع بوابة وزارة العدل - جمهورية مصر العربية، بواسطة الرابط الإلكتروني التالي :

<http://consultation.jp.gov.eg/home/mshrw-qanwn-hmayh-alshhdw>، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2020/5/20، الساعة 2:06 صباحاً.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد كرس الحماية للشهود في إطار قانون مكافحة الاتجار بالبشر. للمزيد ينظر في : رامي متولي القاضي : الحماية الجنائية للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص. 256 وما بعدها.

⁶ ينظر حول مشروع القانون المذكور في : نور علي، مقالة بعنوان "قانون الإجراءات الجنائية يحمي الشاهد بأربع خطوات"، موقع اليوم السابع، متوافرة من خلال الرابط الإلكتروني التالي : www.youm7.com، تمت زيارة الموقع يوم 2020/04/01، في تمام الساعة 03:00 صباحاً.

3- أعطى مشروع القانون للمتهم الحق في مواجهة الشاهد الذي أخفى بياناته ومناقشة الشاهد من خلال أى وسيلة فنية عن بعد بحيث لا يتم الكشف عن هويته.

4- عاقب المشروع كل من يدلى بأية بيانات عن الشاهد الصادر أمر بإخفاء شخصيته بالحبس المشدد لو كانت الجريمة محل التحقيق إرهابية وبالإعدام لو نتج عنها موت شخص.

وأعطى مشروع القانون للمتهم الحق في الطعن على الأمر الصادر بإخفاء بيانات الشاهد إذا رأى أن الكشف عن هوية الشاهد لا غنى عنه لمباشرة الدفاع. ونرى أن هذه النصوص في حال سريانها ستكون نصوص متفردة في التشريع المقارن، بسبب موقعها، على اعتبار أنها جزء من قانون الإجراءات الجنائية، مما يجعلها عامة ولا ترتبط بقضايا بعينها.

وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننتقل للحديث عن حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء على الصعيد الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء على الصعيد الدولي

إن مهمة الوقوف على فحوى هذا المطلب من الدراسة تقتضي أن يتم تقسيمه إلى ثلاثة فروع، بحيث نبحت في جزئية حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (الفرع الأول)، وكذلك في الحماية المقررة على صعيد بعض تشريعات الدول الأجنبية (الفرع الثاني)، وأخيراً، نعرض على أحكام التعاون الدولي في مجال تفعيل أحكام الحماية المذكورة أعلاه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

تعد إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أول صك دولي ملزم يعنى بموضوع مكافحة الفساد، وقد انضمت فلسطين إلى إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتاريخ 2014/05/02، حيث أصبحت بإنضمامها ملزمة بتطبيق أحكام الإتفاقية المذكورة¹، بل سعت فلسطين جاهدة لإعمال نصوص هذه

¹ يثور التساؤل حول القيمة الإلزامية لنصوص الإتفاقيات الدولية والإقليمية المكرسة لأحكام حماية الشهود والمبلغين والخبراء والمخبرين على صعيد قضايا الفساد؟

إن الإجابة عن التساؤل السابق تحتم النظر في نصوص تلك الإتفاقيات، حيث يلاحظ المتفحص لتلك النصوص بأنها تختلف من حيث الصياغة، فمنها ما يرتبط بالصياغة الجوبية؛ أي تلك التي تتضمن معنى الإلتزام، وبالتالي يقع على الدول التقيد بها، وعدم الخروج عليها تحت طائلة المسؤولية. أما أغلب تلك النصوص فتتصف بالطابع الاختياري، الذي يحتكم دوماً للقانون الداخلي بالنسبة للدولة الطرف، وفي هذا المجال، فإنه لا مفر من الاعتراف بأن تلك النصوص الاختيارية لا تتمتع بالطابع الإلزامي، وعليه، فإن الدول لا تقع تحت طائلة المسؤولية عند مخالفتها، وذلك باستثناء المسؤولية الدولية الأخلاقية.

ولأن صيغة غالبية الإلتزامات الواردة في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد- وكذا غالبية الإتفاقيات الدولية والإقليمية - لم تأتي بالإلزام الحتمي، فإنه يصعب القول بأن الدولة الطرف ستصبح مسئولة دولياً إذا فشلت في الوفاء بالتزاماتها، أو نفذت التزامها بشكل ملزم. لكن إذا ما فسرنا الإلتزامات الواردة في نطاق الإتفاقيات الدولية والإقليمية لمكافحة الفساد وفقاً لقانون حقوق الإنسان، وذلك في ضوء المادة (31/3-ج) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات)، عندئذ يصبح من الواضح أن التدابير المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية والإقليمية لمكافحة الفساد يجب أن تتخذ بطريقة فعالة من أجل الوفاء بالإلتزامات المتعلقة بحماية حقوق الإنسان ومتطلباتها، على نحو يؤدي إلى حظر انتهاكها، استناداً للقانون الذي ينظم هذه الحقوق. وتنص المادة (31/3-ج) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على أن "3- يؤخذ في الاعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي: (ج) أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف". والمقصود هنا أنه يأخذ إلى جانب سياق الإتفاقيات الدولية والإقليمية

الإتفاقية ودمجها في التشريعات الوطنية حيث أمكن ذلك، والتزمت بإستعراض مدى إلتزامها في هذه الإتفاقية. ومن ذات القبيل قامت بالسعي جاهدة لإعداد نظام حماية المبلغين والشهود بحسب ما إقتضته المواد 32-33 من إتخاذ تدابير وقائية لحماية المبلغين والشهود والخبراء والضحايا.

وتنص المادة 32 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بشأن حماية الشهود والخبراء والضحايا على أن " 1- تتخذ كل دولة طرف تدابير مناسبة وفقاً لنظامها القانوني الداخلي، وضمن حدود إمكانياتها، لتوفير حماية فعّالة للشهود والخبراء الذين يُدلون بشهادة تتعلق بأفعال مجرّمة وفقاً لهذه الإتفاقية وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم عند الاقتضاء، من أي انتقام أو تهريب محتمل. 2- يجوز أن تشمل التدابير المتوخّاة في الفقرة 1 من هذه المادة، ودون مساس بحقوق المدعى عليه، بما في ذلك حقه في محاكمة حسب الأصول: (أ)- إرساء إجراءات لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلاً، بالقدر اللازم والممكن عملياً، بتغيير أماكن إقامتهم والسماح، عند الاقتضاء، بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن تواجدهم أو بفرض قيود على إفشائها. (ب)- توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح للشهود والخبراء أن يدلوا بأقوالهم على نحو يكفل سلامة أولئك الأشخاص، كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، مثل وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الملائمة. 3- تنتظر الدول الأطراف في إبرام إتفاقات أو ترتيبات مع دول أخرى بشأن تغيير أماكن إقامة الأشخاص المشار إليهم في الفقرة 1 من هذه المادة. 4- تسري أحكام هذه المادة أيضاً على الضحايا إذا كانوا شهوداً. 5- تتيح كل دولة طرف، رهناً بقانونها الداخلي، إمكانية عرض آراء وشواغل الضحايا وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية المتخذة ضد الجناة، على نحو لا يمس بحقوق الدفاع"¹.

ويتضح من النص السابق أن الإتفاقية جسدت حماية المبلغين والشهود، ووضحت التدابير اللازمة لتلك الحماية²، بل أننا نرى في هذه الإتفاقية نوع من الحماية أو الحصانة القانونية لأي شخص يقوم بإرتكاب جرم ما، حيث طبقت عليه الحماية الواردة في النص كنوع من التشجيع على التبليغ عن أفعال الفساد، وهذا هو الهدف المنشود من وراء توفير الحماية المذكورة، تبعاً لتعاون الشخص مع العدالة³، بغية الكشف عن جرائم الفساد، والتي تعتبر من قبيل الجرائم السرية، بحيث يصعب اكتشافها بسهولة ويسر، وتطبيقاً لما سبق، فقد نصت الفقرة 4 من المادة 37 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن "

لمكافحة الفساد القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان، على اعتبار أن هذه القواعد تعتبر واجبة التطبيق في نطاق التشريعات الداخلية للدول الأطراف، إذ يتوجب على كل الدول تكريس أحكام الحماية المقررة للشهود والخبراء والمبلغين والمخبرين في قضايا الفساد، وذلك احتراماً لمنظومة حقوق الإنسان؛ تبعاً للتأثيرات السلبية التي يمكن أن تلحق بمنظومة حقوق الإنسان جراء عدم تجسيد أحكام حماية الشهود والمبلغين في نطاق التشريعات الداخلية للدول الأطراف. للمزيد ينظر في :

Anne Peters, Corruption as a Violation of International Human Rights, The European Journal of International Law Vol. 29, no. 4, 2018, p. 1260.

¹ المادة (32) من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

² يوسف مرين وطاهر عباسية : حماية الشهود في ضوء التشريعات الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص. 205.

³ رشيدة بوكر : تدابير حماية أمن الشاهد بين ضرورات مكافحة الجريمة وضمانات المحاكمة العادلة، المرجع السابق، ص. 938.

تجري حماية أولئك الأشخاص على النحو المنصوص عليه في المادة 32 من هذه الاتفاقية، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال"¹.

وبإمعان النظر في نص المادة 37 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد يتبين أن موضعها يتعلق في التعاون مع سلطات إنفاذ القانون، حيث نصت المادة المذكورة على أن "1- تتخذ كل دولة طرف تدابير مناسبة لتشجيع الأشخاص الذين يشاركون أو شاركوا في ارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية على تقديم معلومات مفيدة إلى السلطات المختصة لأغراض التحقيق والإثبات، وعلى توفير مساعدة فعليه محددة للسلطات المختصة يمكن أن تسهم في حرمان الجناة من عائدات الجريمة واسترداد تلك العائدات. 2- تنظر كل دولة طرف في أن تتيح، في الحالات المناسبة، إمكانية تخفيف عقوبة المتهم الذي يقدم عوناً كبيراً في عمليات التحقيق أو الملاحقة بشأن فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية. 3- تنظر كل دولة طرف في إمكانية منح الحصانة من الملاحقة القضائية، وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، لأي شخص يقدم عوناً كبيراً في عمليات التحقيق أو الملاحقة بشأن فعل مجرم وفقاً لهذه الاتفاقية. 4- تجري حماية أولئك الأشخاص على النحو المنصوص عليه في المادة 32 من هذه الاتفاقية، مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال"².

ونرى أن توفير الحماية للمتهمين بشرط تقديمهم لمعلومات مفيدة هو أمر في غاية من الأهمية والأولوية، حيث أن هذه الحماية تشجع كل من سولت له نفسه بإرتكاب جريمة فساد أن يعيد النظر بما قام به، من خلال تقديمه للمعلومات في ظل وجود حماية قائمة، ومن ناحية أخرى فإن هذه الحماية قد تحول دون إتمام الجريمة أو التخفيف من حدتها وأثارها وكل هذا لقاء حماية تمنح للشخص المقدم لتلك المعلومات، وهنا يتضح مدى أهمية توفير مثل هذا النوع من الحماية"³.

كما نلاحظ أن الاتفاقية الأممية فصلت الحماية، على نحو يشمل المبلغ والشاهد والخبير، حيث أفردت تلك الاتفاقية نص خاص لحماية المبلغين، وهو نص المادة 33، حيث جاء في هذا الأخير أنه " تنظر كل دولة طرف في أن تُدخل في صلب نظامها القانوني الداخلي تدابير مناسبة لتوفير الحماية من أي معاملة لا مسوّغ لها لأي شخص يقوم، بحسن نية ولأسباب وجيهة، بإبلاغ السلطات المختصة بأي وقائع تتعلق بأفعال مجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية"⁴.

ومن الملاحظ في المادة سابقة الذكر أن المعلومات محل التبليغ ليس بالضرورة أن تكون دليل بالمعنى القانوني، على خلاف الشاهد أو الخبير الذي يملك من المعلومات ما يجعله أجدر بنيل الحماية، كما

¹ المادة (4/37) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

² المادة (37) من نفس الاتفاقية.

³ عبد المجيد محمود عبد المجيد : المواجهة الجنائية للفساد، ج. 3، ط. 2، دار نهضة مصر، القاهرة، 2015، ص. 80.

⁴ المادة (33) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

أن نوع الحماية الممنوحة ترتبط بعدة متغيرات، كنوع المعلومات المدلى بها وطبيعة الشخص ومنصبه وحجم التهديد الذي قد يلاحقه¹.

ومن هنا إتضحت الأهمية التي منحتها هذه الإتفاقية الأهمية لموضوع حماية المبلغين والشهود²، والتي ألفت بظلالها على التشريعات الداخلية للعديد من الدول، مما دفع هذه الأخيرة لكي تنتهج منهج الإتفاقية الأهمية في الحماية، ولعل هذا ما يوجب علينا ضرورة التطرق إلى حيثية حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في تشريعات بعض الدول الأجنبية (الفرع الثاني).

الفرع الثاني

حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في تشريعات بعض الدول الأجنبية

لا شك أن أي إتفاقية دولية يتم الإجماع عليها لا تكون إلا عبارة عن مجموعة قواعد ومبادئ ومتطلبات والتزامات تم جمعها من بعض الدول ومن ثم اسقاطها على شكل إتفاقية، ومن هنا فإن موضوع حماية المبلغين والشهود كأى فكرة تبدأ بشكل فردي وتتطور، ومن هنا فلا بد لنا من معرفة ما يناط بموضوع حماية المبلغين والشهود في بعض الدول الأجنبية³ :

¹ دليل مرجعي بشأن الممارسات الجيدة في مجال حماية المبلغين : مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، 2017، ص. 6-7.
² تجدر الإشارة إلى أن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000 قد كرست قواعد خاصة بحماية الشهود، حيث نصت المادة (24) من تلك الإتفاقية على أن " 1- تتخذ كل دولة طرف تدابير ملائمة في حدود إمكانياتها لتوفير حماية فعالة للشهود الذين يدلون في الإجراءات الجنائية بشهادة بخصوص الجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية، وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص الوثيقي الصلة بهم، حسب الاقتضاء، من أي انتقام أو ترهيب محتمل.

² يجوز أن يكون من بين التدابير المتوخاة في الفقرة 1 من هذه المادة، ودون مساس بحقوق المدعى عليه، بما في ذلك حقه في الضمانات الإجرائية: (أ)- وضع قواعد إجرائية لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلا، بالقدر اللازم والممكن عمليا، بتغيير أماكن إقامتهم، والسماح عند الاقتضاء بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بفرض قيود على إفشائها؛(ب)- توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح الإدلاء بالشهادة على نحو يكفل سلامة الشاهد، كالسماح مثلا بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، ومنها مثلا وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الملائمة. 3- تنظر الدول الأطراف في إبرام اتفاقات أو ترتيبات مع دول أخرى بشأن تغيير أماكن إقامة الأشخاص المذكورين في الفقرة 1 من هذه المادة. 4- تنطبق أحكام هذه المادة كذلك على الضحايا من حيث كونهم شهودا". للمزيد ينظر في : قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/55، الصادر بتاريخ 15 تشرين الثاني/نوفمبر 2000، بشأن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، منشورات المكتب المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، 2004، ص. 1 وما بعدها.

وللمزيد حول تفاصيل الحماية في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ينظر في : مريم لوكال : الآليات القانونية المستحدثة لحماية الشهود والخبراء والضحايا بموجب الأمر 02-15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 103 – 104.
³ تجدر الإشارة لبعض تشريعات الدول الأجنبية النازمة لحماية الشهود، وهي على النحو الآتي :

- التشريع الاسترالي : هناك عدة من عدة قوانين تنظم حيثية حماية الشهود في استراليا، وهذه الأخيرة تتمثل بـ : قانون حماية الشهود لعام 1996 الساري المفعول في العاصمة الأسترالية، وقانون حماية الشهود لعام 1995 المطبق في إقليم جنوب ويلز الجديد، وكذلك قانون حماية الشهود لعام 2002 الساري المفعول في الإقليم الشمالي الأسترالي، وهناك أيضاً قانون حماية الشهود لعام 2000 المطبق في كوينزلاند، أما بالنسبة للجنوب الأسترالي فيطبق فيه قانون حماية الشهود لعام 1996، وهناك كذلك قانون حماية الشهود لعام 2000 المطبق في تسمانيا، وقانون الحماية لعام 1999 الساري المفعول في إقليم فيكتوريا، وأخيراً قانون حماية الشهود لعام 1996 المطبق في استراليا الغربية (الإقليم الغربي).

- التشريع الكولومبي : ترجع مسألة تكريس حماية الشهود في كولومبيا إلى دستور عام 1991، وعلى إثر هذا الأخير تم إقرار القانون رقم 418 لعام 1997، حيث جاء هذا القانون بثلاثة برامج متميزة لحماية الشهود، ويتمحور البرنامج الأول حول تزويد الشهود بالمعلومات والتوصيات من أجل المحافظة على سلامتهم؛ أما البرنامج الثاني فيوفر مراقبة محدودة لأوضاع الشهود؛ وأخيراً، فإن البرنامج الثالث ينطوي على إجراءات تغيير الهوية، وهل يشمل الضحايا والشهود والأطراف في الإجراءات ومسؤولي مكتب المدعي العام.

- التشريع في جنوب أفريقيا : مرت مسألة حماية الشهود بعدة حقبات قانونية في جنوب أفريقيا، حيث كان يعول في هذا المجال على قانون الإجراءات الجنائية لعام 1977م، ومن ثم جرى الاعتماد على الإستراتيجية الوطنية لمنع الجريمة لعام 1996، وقد بقي الحال كذلك إلى أن تم إقرار القانون رقم 112 لسنة 1998، وذلك في العام 2000، حيث حدد القانون المذكور أشكال الجرائم المستوجبة للحماية، وإجراءات فرض الحماية، والعقوبات المقررة إثر خرق السرية في مجال حماية الشهود، إضافة إلى إمكانيات عقد اتفاقات دولية وإقليمية لغايات نقل الشهود وتأمين الحماية القانونية لهم، وغير ذلك من المسائل.

للمزيد حول التشريعات المذكورة أعلاه ينظر في :

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) , Good practices for the protection of witnesses in criminal proceedings involving organized crime, supra note, p. 8 et seq.

أولاً : حماية المبلغين والشهود في الولايات المتحدة الأمريكية

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية السبّاقة في التفكير ببرنامج حماية الشهود، وذلك في عام 1970، ولجأت رسمياً لوضع قانون لحماية الشهود عام 1976، وعرف عالمياً باسم "أمن الشهود"، وكانت الغاية من وراء إقتراح مثل هذا القانون هو ما اتضح للحكومة الأمريكية أن المافيا تأخذ تعهد على أفرادها بكتّم الأسرار، وفي حال أن قام أحد أفرادها بإفشاء هذه الأسرار فتقوم بقتل أسرة الخائن ويمتد القتل إلى والده وأطفاله، ومن ثم تحول هذه الإقتراح إلى قانون¹.

وبعد ذلك بعدة أعوام، تم الإلتفات لوجود قصور في تطبيق برنامج حماية الشهود، الأمر الذي أدى لتعديل قانون مكافحة الجريمة المنظمة²، والذي تضمن تحديد معايير قبول صارمة واجراء تقدير للمخاطر³، وانشاء صندوق تعويض للضحايا، والتوقيع على مذكرات تفاهم تبين التزامات الشاهد لدى قبوله في برنامج الحماية، لكن يشترط هذا القانون أن تكون القضية محل الشهادة قضية خطيرة جداً، وأن تكون الشهادة حاسمة في الإثبات⁴. وبعد ذلك، وتحديداً في العام 1984، اصدر الكونغرس الأمريكي قانوناً جديداً سمي بقانون اصلاح أمن الشهود، وقد كرس هذا القانون جملة من الأمور، ألا وهي : أولاً، التوسع في تحديد طوائف الشهود المشمولين بالحماية. ثانياً، التوسع في تقديم الخدمات الصحية والمالية للشاهد. ثالثاً، إلزام المدعي العام ببحث وتسببب قرار طلب الحماية. رابعاً، تحديد حقوق والتزامات طرفي الحماية. خامساً، سلطة المدعي العام في تنفيذ الأحكام التي تقضي بكشف الشخصية الجديدة للشاهد. سادساً، تحديد التدابير الواجب اتخاذها في حال وجود ضرر يؤثر على سير التحقيق. سابعاً، تحديد الإجراءات الخاصة بإنهاء حماية الشاهد أو الكشف عن شخصيته⁵.

ثانياً : حماية المبلغين والشهود في فرنسا

كرس التشريع الفرنسي منظومة قانونية لحماية الشهود، حيث خصص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الصادر في شهر تشرين الثاني من العام 2001 باب كامل بعنوان حماية الشهود، وبعد ذلك - ونتيجةً لظهور جرائم خطير - تم تعديل هذا القانون في العامين 2002 و2009، وأجازت هذه التعديلات إخفاء المعلومات المتعلقة بالشاهد بصورة جزئية كإخفاء محل إقامته مثلاً، أو بصورة كلية؛ أي إخفاء جميع البيانات الخاصة بالشاهد⁶.

¹ خلود متولي : مقالة بعنوان قانون "حماية الشهود" بدايته مافيا الأمريكية ونهايته مشروع قانون مصري لم يكتمل، متوافرة من خلال الموقع الإلكتروني التالي : <https://m.alwafd.news> ، تمت زيارته يوم 2020/03/30، في تمام الساعة 03:30 مساءً .

² رشيدة بوكر : تدابير حماية أمن الشاهد بين ضرورات مكافحة الجريمة وضمانات المحاكمة العادلة، المرجع السابق، ص. 937.

³ للمزيد حول قانون حماية الشهود الأمريكي لعام 1984 ينظر في :

Raneta Lawson Mack. The Federal Witness Protection Program Revisited and Compared: Reshaping an Old Weapon to Meet New Challenges in the Global Crime Fighting Effort, supra note, p. 198 et seq.

⁴ كمال العساف : الإطار القانوني لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد، المرجع السابق، ص. 24-25.

⁵ رامي متولي القاضي : الحماية الجنائية للأشخاص المتعاونين مع أجهزة العدالة في الجريمة المنظمة، المرجع السابق، ص. 115 وما بعدها.

⁶ كمال العساف : الإطار القانوني لحماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء في قضايا الفساد، المرجع السابق، ص. 26.

ف نجد أن المادة 57-706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي¹ تؤكد على حيثية الإخفاء الجزئي للمعلومات المتعلقة بالشاهد (إخفاء مكان إقامة الشاهد)، فنجد المادة المذكورة تنص أن "الأشخاص الذين لا يوجد سبب يبرر الاشتباه في ارتكابهم الجريمة أو الشروع فيها، وتتوافر لديهم عناصر إثبات هامة، يجوز أن يتم الاعلان عن عنوانهم على أنه مركز الشرطة أو مديرية الأمن، وذلك بعد الحصول على موافقة النائب العام أو قاضي التحقيق، بحيث يتم قيد عنوان هؤلاء الأشخاص بسجل خاص، ويتم حفظ ذلك السجل وفتحته عند الحاجة، بشكل إلكتروني أو ورقي"².

ويتبين هنا أن الغاية من وراء هذا النص تتمحور حول توفير الحماية للشاهد خوفاً من تعرضه للانتقام هو وأسرته. وبالوقوف على نص المادة المذكورة أعلاه، يتضح أنها توفر حماية عامة للشهود، على نحو يشمل كل دعاوى، وبصرف النظر عن نوع الجريمة، سواء كانت جنائية، أو جنحة، أو مخالفة³، وذلك شريطة توافر ثلاثة شروط، ألا وهي : أولاً، استبعاد شبهة ارتكاب الشاهد لجريمة أو الشروع فيها. ثانياً، قدرة الشاهد على تقديم أدلة مفيدة في إجراءات القضية. ثالثاً، الحصول على موافقة النائب العام أو قاضي التحقيق على عد الإفصاح عن عنوان الشاهد⁴.

أما بخصوص الإخفاء الكلي للمعلومات المتعلقة بالشاهد، فنجد بأن المادة 706 – 58 قد نظمت هذا الإجراء⁵، حيث نصت على أنه " في حالة الإجراءات المتعلقة بجريمة يعاقب عليها بالسجن لمدة ثلاث سنوات على الأقل، وعندما يرجح أن يؤدي الاستماع للشخص المشار إليه في المادة 57-706 إلى تعريض الحياة أو السلامة الجسدية للخطر لهذا الشخص أو أفراد أسرته أو أقاربه... يمكن التقدم بطلب من قبل النائب العام أو قاضي التحقيق لقاضي الحريات والحبس، وبموجب قرار مسبب من قبل هذا الأخير، يمكن أن يأذن بأن يتم جمع أقوال هذا الشخص دون إظهار هويته في ملف الإجراءات. هذا القرار غير قابل للاستئناف، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 60-706"⁶.

¹ تم تعديل هذا النص مؤخراً بموجب المادتين (42 و 50) من القانون رقم 2019-222، بشأن تعديل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي. للمزيد ينظر في :

&Article (706-57) du code de procédure pénale français, Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 42 :art. 50 (V). Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C1273DCAC46B62D693C96749D31957F7.tplgfr23s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006138133&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20200521, Vu sur 15-2-2018, 3:00 Pm.

² وتنص المادة (57-706) كذلك على أنه " إذا تم استدعاء الشخص بسبب وظيفته، فقد يكون العنوان المعلن هو عنوانه الوظيفي. وإن موافقة النائب العام ليس ضرورية عندما يتم تقديم الشهادة من قبل شخص مؤتمن لدى السلطة العامة أو مكلف بخدمة عامة، وذلك عن حقائق كان يعرفها بسبب وظائفه أو مهمته، متى كان العنوان المعلن له هو عنوانه الوظيفي". ينظر في :

&Article (706-57) du code de procédure pénale français, Modifié par LOI n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 42 art. 50 (V).

³ حسبية محي الدين : الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية – جامعة عباس لغرور خذشلة، ع. 07، جانفي 2017، ص. 325.

⁴ يوسف مرين وطاهر عباسية : حماية الشهود في ضوء التشريعات الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص. 209.

⁵ تجدر الإشارة إلى أنه قد جرى تعديل المادة (706 – 58) من خلال المرسوم رقم 964-2019، المؤرخ في 18 سبتمبر 2019، ووفقاً للمادة 36 من المرسوم المذكور فإن الأحكام المعدلة تدخل حيز التنفيذ في 1 يناير 2020.

Article (706-5) du code de procédure pénale français, Modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 ⁶ - art. 35 (VD).

ويلاحظ المتفحص للنص سابق الذكر، بأنه حدد شروط الإخفاء الكلي لهوية الشاهد¹، وهذه الشروط هي² : أولاً، أن تتعلق الشهادة بجريمة عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات. ثانياً، أن تكون هذه الشهادة قد تعرض حياة الشاهد أو أسرته أو أقاربه للخطر³. ثالثاً، صدور الموافقة على الإخفاء الكلي لشخصية الشاهد وفق الإجراءات والشروط المنصوص عليها في المادة (706-58)⁴، وذلك من خلال طلب يقدم من قبل النائب العام أو قاضي التحقيق لقاضي الحريات والحبس، ويصدر هذا الأخير قراره بقبول الطلب أو رفضه مع التسيب⁵.

ومن الجدير ذكره بأن إجراء إخفاء هوية الشاهد المذكور في الحالتين السابقتين يكون من خلال طلب يقدم لهذه الغاية، إلا أن المشرع الفرنسي قد منح قاضي الحريات والحبس صلاحية الأمر بإخفاء هوية الشاهد، من تلقاء نفسه، دون أن يكون هناك طلب من المعني بالأمر⁶، فنجد المادة (706 - 58) تنص على أنه "... يجوز لقاضي الحريات والحبس أن يقرر الاستماع إلى الشاهد بنفسه. قرار قاضي الحريات والاحتجاز، الذي لا يكشف عن هوية الشخص، مرتبط بمحضر جلسة استماع الشاهد، والذي لا يتضمن توقيع الشخص المعني (الشاهد). يتم تسجيل هوية وعنوان الشاهد في تقرير آخر موقع من قبل الشخص المعني، ويتم وضعه في ملف منفصل عن ملف الإجراءات..."⁷.

وقد شدد التشريع الفرنسي على ضرورة عدم الكشف عن المعلومات التي تقع محلاً للإخفاء، تحت طائلة انعقاد المسؤولية الجزائية التي تتضمن العقاب بحق الأشخاص المخالفين للإلتزام المذكور؛ أي الإلتزام بعدم كشف المعلومات، حيث نصت المادة (706-59) على أن " لا يجوز تحت أي ظرف من الظروف الكشف عن هوية أو عنوان الشاهد الذي استفاد من أحكام المواد 706-57 أو 706-58 ، إلا

¹ تجدر الإشارة إلى نقطة غاية في الأهمية، ألا وهي أن التشريع الفرنسي يشترط لغايات تفعيل حالة الإخفاء الكلي لهوية الشاهد ضرورة أن تتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة (706-57) من قانون الإجراءات الجنائية، علاوة على الشروط المنصوص عليها في المادة (706-58) من نفس القانون، والشروط المكرسة في المادة (706-57) تتعلق بمسألتين، وهما : أولاً، استبعاد شبهة ارتكاب الشاهد لجريمة أو الشروع فيها. ثانياً، قدرة الشاهد على تقديم أدلة مفيدة في إجراءات القضية. للمزيد ينظر في : حسبية محي الدين : الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص. 328.

² أشار التشريع الفرنسي إلى إمكانية اتخاذ تدابير لحماية الشاهد وأقاربه، بما في ذلك استخدام الهوية المفترضة، أو غير الحقيقية، شريطة أن يكون هناك خطر شديد يلحق أو من المحتمل أن يلحق بالشاهد أو أفراد أسرته أو أقاربه، ويتم اتخاذ تدابير الحماية بناء على طلب من النائب العام، من خلال اللجنة الوطنية المنصوص عليها في المادة 706-63-1. للمزيد ينظر في :

Article (706-62-2) du code de procédure pénale français, Modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 - art. 35 (VD).

³ تجدر الإشارة إلى أنه قد جرى تعديل المادة (706 - 62 - 2) من خلال المرسوم رقم 964-2019، المؤرخ في 18 سبتمبر 2019، ووفقاً للمادة 36 من المرسوم المذكور فإن الأحكام المعدلة تدخل حيز التنفيذ في 1 يناير 2020.

⁴ رشيدة بوكر : تدابير حماية أمن الشاهد بين ضرورات مكافحة الجريمة وضمانات المحاكمة العادلة، المرجع السابق، ص. 940.

⁵ أحمد براك : قصور حماية الشهود في التشريع الجنائي الفلسطيني والعربي، المرجع الإلكتروني السابق.

⁶ حسبية محي الدين : الحماية الإجرائية للشهود في التشريع الفرنسي، المرجع السابق، ص. 331.

⁷ Article (706-5) du code de procédure pénale français, Modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 - art. 35 (VD).

⁸ Article (706-5) du code de procédure pénale français, Modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 - art. 35 (VD).

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة الإخفاء الكلي لهوية الشاهد يتم حفظ هوية وعنوان الشاهد من خلال سجل يوقع من قبل المعني بالأمر بالأحرف الأولى، على نحو لا تظهر من خلاله الشخصية الحقيقية للشاهد.

في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 706-160¹. إن الكشف عن هوية أو عنوان الشاهد الذي استفاد من أحكام المواد 706-57 أو 706-58 يعاقب عليه بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها 75000 يورو².

ويلاحظ المتفحص للنص السابق أنه قد قرر عقوبة جزائية تنصب على السجن لمدة خمس سنوات، والغرامة المقدرة بـ 75000 يورو، وذلك إثر خرق الالتزام المتعلق بعدم الكشف عن المعلومات المتعلقة بالشاهد، والتي تقع محلاً للإخفاء، وفي هذا المجال فإن العقوبة تغلظ في حال ترتب على فعل الإفشاء أفعال تتضمن عنفاً موجهاً ضد الشخص المشمول بالحماية أو زوجه أو أطفاله أو أقاربه المباشرين، بحيث يتم رفع عقوبة السجن إلى سبع سنوات، والغرامة إلى 100.000 يورو. بالمقابل، تكون العقوبة هي السجن لمدة عشر سنوات وغرامة قدرها 150.000 يورو، وتحديدًا عندما يترتب على فعل الإفشاء وفاة الشخص المشمول بالحماية أو زوجه أو أطفاله أو أقاربه المباشرين³.
وبعدما فرغنا من بيان هذه الجزئية، ننقل للحديث عن التعاون الدولي في حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء (الفرع الثالث).

الفرع الثالث: التعاون الدولي في حماية المبلغين والشهود والمخبرين والخبراء

إن جريمة الفساد هي جريمة عابرة للحدود تتطلب تضافر الجهود الدولية لمحاربتها، وهذا ما يعززه نص المادة 43 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، إذ أشارت هذه المادة إلى موضوع مهم، وهو التعاون الدولي، حيث ورد فيها " 1- تتعاون الدول الأطراف في المسائل الجنائية، وفقاً للمواد 44 إلى 50 من هذه الاتفاقية. وتتنظر الدول الأطراف، حيثما كان ذلك مناسباً ومتسقاً مع نظامها القانوني الداخلي، في مساعدة بعضها البعض، في التحقيقات والإجراءات الخاصة بالمسائل المدنية والإدارية ذات الصلة بالفساد. 2- في مسائل التعاون الدولي، كلما اشترطت توافر ازدواجية التجريم وجب اعتبار ذلك الشرط مستوفى بصرف النظر عما إذا كانت قوانين الدولة الطرف متلقية الطلب تدرج الجرم المعني ضمن نفس فئة الجرائم التي تدرجه فيها الدولة الطرف طالبة أو تستخدم في تسميته نفس المصطلح الذي تستخدمه الدولة الطرف طالبة، إذا كان السلوك الذي يقوم عليه الجرم الذي تلتزم بشأنه المساعدة يعتبر فعلاً إجرامياً في قوانين كلتا الدولتين الطرفين"⁴.

¹ هناك استثناء في التشريع الفرنسي على حالة الإخفاء الكلي لشخصية الشاهد، ويتحقق ذلك عندما يكون الكشف عن شخصية الشاهد مهماً لممارسة حق الدفاع، شريطة صدور قرار من رئيس هيئة التحقيق، وفق الشروط المنصوص عليها في المادة (706-60) من قانون الإجراءات الجنائية، وفي ظل موافقة الشاهد على أن يتم الكشف عن معلوماته أو هويته. للمزيد ينظر في:

Article (706-60) du code de procédure pénale français, Modifié par Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 - art. 57 JORF 16 novembre 2001.

² Article (706-57) du code de procédure pénale français, Modifié par Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 - art. 59 JORF 16 novembre 2001.

³ Article (706-62-2) du code de procédure pénale français, Modifié par Ordonnance n°2019-964 du 18 septembre 2019 - art. 35 (VD).

⁴ المادة (43) من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

ويتضح من النص أعلاه أن نطاق التعاون يكون في كل من تسليم المجرمين والمساعدة القانونية المتبادلة ونقل الاجراءات الجنائية واناذا القانون¹.

وفي ذات النطاق نرى نص الفقرة 27 من المادة 46 من الاتفاقية تمنع التعرض للشهود المطلوب شهادتهم في الدول الأطراف²، حيث نصت تلك المادة على أن " دون مساس بتطبيق الفقرة 12 من هذه المادة، لا يجوز ملاحقة أو احتجاز أو معاقبة أي شاهد أو خبير أو شخص آخر يوافق، بناء على طلب الدولة الطرف طالبة، على الإدلاء بشهادة في إجراءات قضائية، أو على المساعدة في تحريات أو ملاحقات أو إجراءات قضائية في إقليم الدولة الطرف طالبة، أو إخضاعه لأي إجراء آخر يقيد حريته الشخصية في ذلك الإقليم، بسبب أي فعل أو إغفال أو حكم إدانة سابق لمغادرته إقليم الدولة الطرف متلقية الطلب. وينتهي ضمان عدم التعرض هذا متى بقي الشاهد أو الخبير أو الشخص الآخر بمحض اختياره في إقليم الدولة الطرف طالبة، بعد أن تكون قد أتاحت له فرصة المغادرة خلال مدة خمسة عشر يوماً متصلة، أو أي مدة تتفق عليها الدولتان الطرفان، اعتباراً من التاريخ الذي أبلغ فيه رسمياً بأن وجوده لم يعد لازماً للسلطات القضائية، أو متى عاد إلى ذلك الإقليم بمحض اختياره بعد أن يكون قد غادره"³.

وفي نطاق آخر، وتحديدأ فيما يتعلق بألية الإدلاء بالشهادة، حيث نصت المادة 18/46 من الاتفاقية الاممية على أنه " عندما يكون شخص ما موجوداً في إقليم دولة طرف ويراد سماع أقواله، كشاهد أو خبير، أمام السلطات القضائية لدولة طرف أخرى، ويكون ذلك ممكناً ومتسقاً مع المبادئ الأساسية للقانون الداخلي، يجوز للدولة الطرف الأولى أن تسمح، بناء على طلب الدولة الأخرى، بعقد جلسة الاستماع عن طريق الاتصال بواسطة الفيديو، إذا لم يكن ممكناً أو مستصوباً مثول الشخص المعني شخصياً في إقليم الدولة الطرف طالبة. ويجوز للدولتين الطرفين أن تتفقا على أن تتولى إدارة جلسة الاستماع سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف طالبة وأن تحضرها سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف متلقية الطلب." وممكن أن يستفاد من هذا النص لحماية الشاهد والخبير⁴.

كما أن هناك جانب آخر من التعاون الدولي يتعلق بتغيير مكان الإقامة للشهود وسائر الأشخاص المتمتعين بالحماية وذلك بسبب التهديد الذي قد يتعرض له طالب الحماية لذا فإنه من الضروري إنشاء برامج سرية لحماية الشهود من أجل تنسيق وتوفير الخدمات اللازمة لتغيير أماكن إقامة الشهود وهويتهم. بيد أن ذلك يتطلب تعاون الدول المتلقية للطلبات لتوفير الدعم والحماية للشهود الدول طالبة⁵.

¹ الدليل التشريعي لتنفيذ إتفاقية الأمم المتحدة : مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، 2012، ص. 143 وما بعدها.

² عبد المجيد محمود عبد المجيد : المواجهة الجنائية للفساد، المرجع السابق، ص. 83.

³ المادة (27/46) من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

⁴ المادة (18/46) من نفس الإتفاقية.

⁵ مؤتمر الدول الأطراف لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، فيينا، 2013.

كما يمكن تحقيق التعاون الدولي من أجل حماية الشهود بطرق رسمية وأخرى غير رسمية، ومن شأن عقد اتفاق دولي بخصوص حماية الشهود أن يضيف صفة رسمية على هذه الطريقة لإسداء المساعدة الدولية، كما يمكن أن يوسع من الخيارات المتاحة للبلد مقارنةً بالتدابير المطبقة محلياً فقط¹. وأخيراً وفيما يتعلق بوضعنا الفلسطيني، فإن قانون مكافحة الفساد نص على موضوع التعاون القضائي في المادة 33 منه، حيث جاء فيها " مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل وفي حدود ما تسمح به التشريعات السارية، والمعاهدات والاتفاقيات والترتيبات ذات الصلة، تقام علاقات تعاون قضائي، خاصة مع الدول الأطراف في الاتفاقيات في مجال التحريات والمتابعة والإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"². ويلاحظ المتخصص للنص سابق الذكر أنه يعد مفتاح حقيقي لتوفير وتكريس حماية المبلغين والشهود بالتعاون مع الدول الأطراف في الاتفاقيات ذات العلاقة³.

الخاتمة: في ختام هذه الدراسة، نجد بأنه من الجدير بنا التأكيد على أهمية تكريس القواعد الفعالة في مجال حماية الشهود والمبلغين، وذلك بغية بلورة أهداف الشارع الجزائي الإجرائي، بما يضمن إيجاد منظومة قانونية جزائية تقوم على مفهوم العدالة الناجرة، والحقيقية، على نحو يراعي متطلبات حقوق الإنسان وحرياته. وتتمحور غاية الشارع الجزائي من وراء تجسيد منظومة الحماية للشهود والمبلغين حول تحقيق الانسجام التام مع أحكام الاتفاقيات الدولية والاقليمية التي تهدف إلى محاربة آفة الفساد والوقاية منها، وتحديداً النصوص الناظمة لحماية الشهود والمبلغين وضحايا الفساد في الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد، والاتفاقية العربية كذلك، ويترتب على تحقيق الانسجام المذكور في نطاق التشريعات الداخلية للدول أن هذه الأخيرة ستنفذ واجب الإيفاء بمتطلبات حقوق الإنسان وحرياته، تبعاً لتوفير الحماية الشخصية والوظيفية والقانونية للشخص المشمول بالحماية، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن تكريس قواعد ناجعة لحماية المتعاونين مع العدالة سيؤدي - بلا شك - إلى تشجيع الأشخاص على الإبلاغ عن جرائم الفساد والكشف عنها، خصوصاً وأن الجرائم المذكورة تمتاز بالسرية والغموض، بحيث يصعب اكتشافها بسهولة. وأخيراً، فإن تجسيد منظومة قانونية فعالة لتوفير الحماية للأشخاص المشمولين بها يضمن عدم

¹ Raneta Lawson Mack. The Federal Witness Protection Program Revisited and Compared: Reshaping an Old Weapon to Meet New Challenges in the Global Crime Fighting Effort, supra note, p. 239.

² المادة (33) من قانون مكافحة الفساد الفلسطيني المعدل رقم (1) لسنة 2005.

³ تعتبر شبكة الاتصال الأوروبية التي تأسست في العام 2000 من أبرز المبادرات المكرسة في مجال التعاون الدولي لحماية الشهود، وتتولى يوروبول (Europol) مهمة تنسيق شبكة الاتصال المذكورة، حيث تضم هذه الأخيرة رؤساء وحدات حماية الشهود المتخصصة، وذلك في محاولة لإنشاء منصة ناجعة ومفيدة ومشاركة لغايات تعزيز التعاون بين الدول الأعضاء، من أجل توفير حماية فعالة للشهود في الدعاوى المتعلقة بالجريمة المنظمة والجرائم الخطيرة. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة أن الأمم المتحدة قد طورت أيضاً عدد من الأدوات التي تعزز التعاون في مجال حماية الشهود، ويتضح ذلك جلياً عند النظر في نصوص المنشور المتعلق بالممارسات الجيدة لحماية الشهود في الإجراءات الجنائية المنصبة على الجريمة المنظمة. وبالمقابل، فقد دعمت منظمة الدول الأمريكية آليات التعاون في مجال حماية الشهود، لا سيما مسألة تفعيل اتفاقات نقل الشهود بين الدول الأعضاء، وتهدف منظمة الدول الأمريكية إلى تحقيق جملة من الأهداف في هذا المجال، ألا وهي: (أ) نشر الممارسات المعتمدة وطنياً وإقليمياً، وتحديداً التي تتعلق بحماية الشهود؛ (ب) إنشاء دليل السلطات الوطنية المسؤولة عن حماية الشهود؛ (ج) إنشاء آلية إقليمية لتبادل المعلومات (عقد اجتماعات من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية)؛ (د) استخدام وسائل الاتصال الحديثة لغايات تفعيل منظومة حماية الشهود؛ (هـ) وضع اتفاقية تعاون ثنائية نموذجية يمكن الاستعانة بها من قبل الدول الأعضاء. للمزيد ينظر في:

Yvon Dandurand & Kristin Farr. A Review of Selected Witness Protection Programs, supra note, p. 59.

عرقلة سير التحقيقات والمحاکمات، والنأي بهذه الأخيرة عن خطر التضليل والخداع، على نحو يؤدي إلى تجسيد أهداف المشرع الجزائي الإجرائي، وفقاً لرؤى ومتطلبات السياسة التشريعية الرشيدة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الدراسة قد توصلت لمجموعة من النتائج، ويمكن إجمالها

بالآتي ذكره :

● إن النظام القانوني الفلسطيني قد أخذ على عاتقه حماية المبلغين والشهود والخبراء والمخبرين وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم، وذلك بموجب أحكام قانون مكافحة الفساد رقم 1 لسنة 2005 وتعديلاته، ومن ثم نص في هذا القانون على وجود إقتراح نظام لحماية المبلغين والشهود، وفي العام المنصرم 2019 تم إصدار نظام حماية المبلغين والشهود والخبراء والمخبرين رقم 7 لسنة 2019 ليجعل من هذه الحماية محاطة بمنظومة قانونية متكاملة .

● إن إرادة المشرع الفلسطيني إنصبت بشكل واضح على أن الحماية فقط للمبلغين والشهود والخبراء والمخبرين وأقاربهم والأشخاص وثيقي الصلة بهم عن جرائم فساد دون سواها من جرائم، ولذلك وحيثما وردت حماية المبلغين كانت فقط في قانون مكافحة الفساد، وحتى عند نشأة النظام فإن النظام حصرها في إطار المعلومات المتعلقة بجرائم فساد.

● تبين عدم النص على حماية الشاهد في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 1 لسنة 2001 الأمر الذي يعد عيب تشريعي جسيم.

● إنه ليس من السهل على القاضي الموائمة بين حماية الشاهد وإخفاء هويته وبين حق الدفاع لكن مع هذه الصعوبة إلا أنه من الممكن على القاضي الموائمة بينهم، ومحاولته بتقدير قيمة الشهادة والخطر المحيط بالشاهد .

● إن هناك تحدي دقيق للهيئة في آلية وضع معايير لتقييم العلاقة بين المعلومة المقدمة للهيئة وبين الضرر اللاحق بمقدمها ومدى الدقة في تحديد الرابط السببي بينهما، مع الإدراك أن هذا التحدي سيؤثر على العديد من الجهات التي تقوم الهيئة وعلى الدوام بالاحتكاك بها. وإن هذا الأمر لا يعني أن الهيئة تقف مترددة من موضوع الحماية بل أن الغاية هنا بضرورة الإدراك أن هذا الموضوع يشكل تحدي ليس ببسيط أمام الهيئة.

● إن هناك غموض حقيقي في التشريع الفلسطيني والتشريع المقارن في موضوع الحماية القانونية ومدى إمكانية تطبيقها على أرض الواقع والجهات المخولة بالتطبيق.

● إن موضوع حماية المبلغين والشهود يتطلب جهد جماعي ولا يمكن أن يتم دون تكاتف جهود العديد من الجهات ذات العلاقة.

التوصيات : لما كان هدف أي دراسة هو تسليط الضوء على الإشكاليات ومحاولة إيجاد حل لهذه الإشكاليات فإننا في هذا المقام نضع عدد من الإقتراحات التي نرى بها حل لبعض تلك الإشكاليات، وهي على النحو الآتي :

• ضرورة تعديل قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 الفلأسطيني بما يكفل حماية المبلغين والشهود بصورة عامة, ويكفل حماية أكثر تطال للشاهد في قضايا الفساد بصورة خاصة. ونقترح بذات السياق إعتقاد نص المادة المقترحة والخاصة بحماية المبلغين والشهود, والتي كما أسلفنا هي حماية متكاملة وإن تطبيقها من شأنه أن يحيط الشهود والمبلغين بحماية عامة أياً كان موضوع شهادتهم .

• إن موضوع حماية المبلغين والشهود يحتاج بحق إلى تعاون وطيء بين الجهات ذات العلاقة أو أي جهة يتبين أنها كذلك, وهذا من خلال توقيع مذكرات تفاهم خاصة بموضوع الحماية بين العديد من الجهات التي تعد مساندة في موضوع الحماية, مثل ذلك (جهاز الشرطة, النيابة العامة , مجلس القضاء الأعلى, وزارة الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات , وزارة الصحة (المستشفيات)), وهذا من شأنه التغلب على العديد من التحديات والمعوقات في مواجهة الحماية.

• وكإقتراح عام توسيع نطاق حماية المبلغين والشهود لا سيما في الجرائم الخطيرة كجرائم المخدرات, والقتل .

• رغم أن هناك بعض المقترحات بضرورة تعديل بسيط على نظام حماية المبلغين والشهود رقم 7 لسنة 2019، إلا أننا نرى أن هذه المقترحات سابقة لأوانها بسبب أن هذا النظام حديث التطبيق وبالتالي تجربة سريانه لم تنضج بعد لكي يتم تقييمها.

قواعد ترجيح البينات بين الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية

هداج صفاء باحثة بسلك الدكتوراه

مختبر القانون الخاص ورهانات التنمية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية الإقتصادية و الإجتماعية - فاس

تعد نظرية الإثبات واحدة من أهم النظريات القانونية، وأكثرها تطبيقاً من الناحية العملية، وهذا ما يظهره لنا الواقع العملي بصورة ملموسة أمام المحاكم في مختلف المنازعات التي تعرض أمامها.

وإقامة الدليل تطرح نفسها في مجال ملكية العقار غير المحفظ¹ التي يمكن إثباتها بطرق متعددة خاصة عند تعارض الحجج، مما يلجأ معه القضاء إلى ترجيح وسيلة على أخرى.

لذا يعد القضاء بمثابة ميزان عدل، ترحح إحدى كفتيه بقوة ما يلقيه الخصوم من أدلة، وتبعا لذلك يخسر طالب الحماية من القضاء دعواه إن هو عجز عن إقامة الدليل على ما يدعيه من حقوق، أخذاً بحديث ابن عباس رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم و دماءهم، لكن البينة على المدعي، و اليمين على من أنكر". فهذا الحديث من أجل الأحاديث و أرفعها، وأقوى الحجج و أنفعها، وقاعدة عظيمة من قواعد الشريعة الإسلامية المطهرة، وأصل من أصول أحكام الإسلام السمحة، فلا يقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة قوية ترجح على بينة المدعي عليه للفصل فيما بينهم.

ويجب عدم الخلط بين الراجح و الترجيح، فالراجح يكون بينه وبين المرجوح وجه من أوجه الاختلاف، أما الترجيح بين البينات هي عملية تتوسطهما معا، و حسب التعريف اللغوي² لكل من الراجح و الترجيح هو أن الأول يقال للشيء الوزان، ورجح الشيء بيده ووزنه ونظر ما ثقله، أما الثاني —الذي هو الترجيح — يقصد به، التمييز و التغليب يقال رجح الميزان، أي مال والتي لا تكون إلا إذا تعذر الجمع بين الحججتين المتعارضتين، بحيث يتم ترجيح إحدهما على الأخرى بطريق من طرق الترجيح بعدها تقع المقارنة بينهما للبحث عما يؤدي إلى ترجيح إحدهما على الأخرى من حيث قوة دليلها، وإذا أظهر البحث رجحان الواحدة على الأخرى عمل بما اقتضاه الدليل الأرجح و يرد الدليل المرجوح، أخذاً بقول الشيخ خليل: "وإن أمكن الجمع بين البينتين جمع، وإلا رجح"³ إحداها على الأخرى.

¹ للمزيد من المعلومات يرجى الإطلاع على مرجع حماوي ادريس: "استحقاق العقار العادي بين الفقه المالكي و القضاء العادي"، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة، تخصص القضاء و التوثيق، جامعة القرويين كلية الشريعة بفاس، السنة الجامعية 2011/2012، ص 15.

² ابن منظور: "لسان العرب"، الجزء الثالث، دار صادر، سنة النشر 2003، ص 370.

³ خليل بن إسحاق: "مختصر خليل"، دار الفكر بيروت، طبعة 1995، ص 270.

ومن خلال تعريف الترجيح سالف الذكر، يتبين بأن له شروطاً نجملها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون بين الأدلة، فالدعوى لا يدخلها الترجيح لأنها تحتاج إلى الدليل، والترجيح بيان اختصاص الدليل بمزيد قوة فليس دليلاً، وإنما هو قوة تلحق الدليل؛

الشرط الثاني: أن يقوم دليل على الترجيح؛

الشرط الثالث: أن يكون الترجيح بمزية في الدليل الراجح غير مستقلة، كالتواتر في المتواتر المرجح على خبر الواحد، واختلف في الترجيح بالدليل المستقل على قولين، أحدهما: أنه جائز لكونه كالمزية بل أولى، لأن المستقل أقوى، ثانيهما: أنه لا يجوز الترجيح بالدليل المستقل واختاره القاضي، لأن الرجحان وصف للدليل، والمستقل ليس وصفاً؛

الشرط الرابع: أن تكون الأدلة قابلة للتعارض، فأما إذا لم تكن قابلة له فلا ترجيح، فالقطعيات لا ترجح فيها لأنها تفيد علماً يقينياً، ولأن الترجيح عبارة عن تقوية أحد الطرفين على الآخر، كي يغلب على الظن صحته¹، فمن واجب المجتهد أن يعلم كل هذه الشروط، وكذا درجات الأدلة وترتيبها وقويها من ضعيفها، وهو أحق بالتقديم أو التأخير ليعطي كل دليل منزلته، وكل حجة مكانتها فلا يرفع دليلاً على ما هو أقوى منه².

أما الراجح وفقاً للاصطلاح هو ما قوى دليله، وفي جميع الأحوال يرجع في معنى الراجح إلى قوة الدليل فيتم تقديمه على المشهور عند تعارضهما، وقد قال القرافي "إن الحاكم إن كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلباً جاز أن يفتي بالمشهور في مذهبه و أن يحكم به وإن لم يكن راجحاً عنده..."³.

بينما البيّنات يقصد بها في اللغة، اسم لكل ما يبين به الشيء وهي اسم فاعل، وقد وردت في عدة مواضع في القرآن الكريم وكلها بمعنى الظهور والإيضاح، وبمعنى التثبيت وكذا بمعنى الحجة والبرهان⁴. أما البيّنة وفقاً للاصطلاح الفقهي، فلها معنيان⁵؛ معنى عام، وهو الدليل أياً كان كتابةً أو شهادةً أو قرائن. فإذا قلت: "البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر"، فإنما نقصد هنا البيّنة بهذا المعنى العام. أما المعنى الخاص: فهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة.

¹ بدران بدران أبو العينين: "أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها"، الناشر مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، (دون ذكر الطبعة ولا السنة)، ص70.

² بدران بدران أبو العينين: "أدلة التشريع المتعارضة ووجوه الترجيح بينها"، نفس المرجع، ص17.

³ محمد بن احمد بونبات: "العقار غير المحفظ والمعاملات" دراسة في ضوء الفقه والقضاء، المطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1431هـ - 2010م، ص21.

⁴ كما جاءت البيّنة بمعنى آخر في القرآن الكريم منها أحياناً معنى المعجزة، إلا أن جميع هذه المعاني تتفق في أنها اسم لكل ما يبين الشيء ويظهره.

⁵ عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإثبات بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام"، دار إحياء التراث العربي، ص311.

وعليه فإن المقصود بالترجيح بين البيئات، ترجيح حجة على أخرى حسب قوتها في حد ذاتها ووضوحها، وذلك في إطار قواعد مستمدة من الفقه الإسلامي الذي كان سابقا في إيجادها، فلهذه الأخيرة جذورا تاريخية منذ فجر الإسلام، وكانت محط اهتمام المذاهب الفقهية الأربع خاصة الفقه المالكي.

وقد أحالت مدونة الحقوق العينية للراجع و المشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي في مادتها الأولى¹، إذا لم يوجد نص لا في مدونة الحقوق العينية ولا في قانون الالتزامات و العقود.

من هنا يتضح بأن مهمة القاضي في هذا الإطار صعبة، و تحتاج إلى أهلية و دراية و علم بطرق الترجيح، و المرور بمراحل عدة منها؛ تصور الواقعة أو النازلة و ربط هذه النازلة بدليلها و تجديد الدليل المفتى به من أمهات الفقه بكونه هو الراجح، و من أجل مساعدة القاضي على القدرة على الترجيح بين البيئات، فقد استنبط فقهاء المذهب المالكي جملة من القواعد حصرها أبو الشتات الصنهاجي في " عشر مرجحات"، هذه الأخيرة هي التي نص عليها المشرع المغربي في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، كأسباب للترجيح بين البيئات، تقتصر على ذكر أحكام بعضها لما لها من أهمية: يرجح بالسبب على الملك الخالي من السبب، فالسبب يدل على الملك تضمنا بينما الملك الخالي منه ليس فيه إلا هذا الملك؛ فمن يثبت أنه باني البناء يقدم على من يثبت أنه مالك هذا البناء لأن الباني يستند إلى السبب الذي يرجح به على الملك، فالسبب يتضمن الملك و يزيد عليه به².

وهذا كله يظهر لنا أن للموضوع أهمية بالغة، التي تنقسم إلى أهمية نظرية و أخرى عملية؛ فالأهمية النظرية له تكمن، في كونها أثارت نقاشا حادا بين الفقهاء في حصرها من جهة، كما أنها تكمن من قلب المراكز القانونية للمتنازعين عندما يعجز أحدهما عن الإدلاء ببينة تثبت حقه في المدعى فيه حتى ولو كان صاحب الحق على حق في ما يدعيه من جهة أخرى.

أما الأهمية العملية لموضوع قواعد الترجيح بين البيئات تتجلى في كونها تساعد القاضي المجتهد — المطلع عليها والذي لديه دراية مسبقة بها — في الفصل في النزاع بكل سهولة بعد اقتناعه بها وهذا من شأنه تكريس الإحساس بالأمن القضائي و القانوني لدى المتقاضين خاصة و المواطنين عامة. إلا أن هذه القواعد لا تسعف دائما القاضي في إيجاد الحل القانوني المناسب، نظرا للصعوبة التي تعترضه عند لجوئه لإعمالها، وهذه الصعوبة لا ترجع لهذه القواعد في حد ذاتها فقط و إنما بالنظر للعبء الملقى على عاتق القاضي أيضا، وهذا ما يؤيدني فيه أحد الفقهاء³ بقوله: "لا نشكك في امتلاك قضاتنا لملكة الترجيح بين

¹ نصت المادة الأولى من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على ما يلي: "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية و الحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار...". الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

² كما أن من أسباب الترجيح، الترجيح بالملك على الحوز من باب التجوز و إلا فإنه لا تعارض بين الملك و الحوز، لأن الترجيح بين حجتين يعني سقوط ما تلتقيان فيه و زيادة إحداها على الأخرى بما عدا ذلك، إلى غير ذلك من قواعد الترجيح التي سنأتي على التفصيل فيها في هذا البحث المتواضع.

³ رأي أحمد أدريوش ذكره محمد بن أحمد بونبات: "العقار غير المحفظ و المعاملات" دراسة في ضوء الفقه و القضاء، مرجع سابق، ص 28.

أقوال المذهب، لكن هذه العملية تعترضها عدة صعوبات مردها إلى كون تلك الأقوال لا تقتصر على ثلاثة، بل لقد عددها البعض في سبعة، ثم إن عدد القضايا وظروف العمل لا يسمحان بتفرغ القاضي لممارسة اجتهاد الترجيح، ومن جهة أخرى فإن تلك الملكة لا تنفي ولا تقلل من خطر التعارض في الإجهاد واختلافه، وذلك راجع إلى اختلاف في تكوين القضاة وإلى تعدد وتنوع المصنفات المعتمدة من طرف القضاة حيث تجاوز عددها الثلاثون مصنفاً".

إن مقاربة الموضوع المطروح للبحث يطرح مجموعة من الإشكاليات، إلا أن الإشكال الجوهرى له يكمن في معرفة مدى كفاية قواعد الترجيح بين البيئات في حل مشكل الإثبات كله، وهذا لن يتأتى الجواب عنه إلا من خلال تحديد هذه القواعد — بعد التعرف على الضوابط الأساسية لصياغة الوثيقة — التي تنقسم إلى قواعد عامة وأخرى خاصة، ومظاهر تطبيقها في القانون المغربي وخاصة في مدونة الحقوق العينية؟

ويطرح هذا الإشكال الجوهرى مجموعة من التساؤلات الفرعية:

هل يمكن لقواعد الترجيح بين البيئات، قلب قاعدة عبء الإثبات، أم أن هذه الأخيرة غير قابلة للتغيير؟ وإن افترضنا إمكانية قلب عبء الإثبات، فإنها ستطرح لنا فرضية أخرى هي، قلب المراكز القانونية للأطراف، فيحل المدعى محل المدعى عليه والعكس صحيح؟ لذا نتساءل عن كيفية التوفيق بين قواعد الترجيح بين البيئات دون المساس بالمراكز القانونية للأطراف؟
و للإجابة عن هذا الإشكال الجوهرى والتساؤلات المتفرعة عنه، فقد ارتأينا الاعتماد على كل من المنهج الاستقرائى والإستنباطى وكذا المنهج الوصفى والمقارن، للتعرف على مناهج الترجيح بين البيئات¹.

و نختتم هذا التقديم بتحديد خطة العمل على الموضوع، إذ تم تحديدها في:

مقدمة ممهدة، وفصلين، يتعلق الأول بضوابط صياغة الوثيقة لقبولها كبيئة وقواعد الترجيح بينها وبين بيئة أخرى، وهو بدوره مقسم إلى مبحثين، خصص الأول للحديث عن ضوابط صياغة الوثيقة لقبولها كبيئة، بينما الثانى ترك لدراسة قواعد الترجيح بين البيئات، أما الفصل الثانى فتعلق بمظاهر تطبيق مدونة الحقوق العينية لقواعد الترجيح بين البيئات المحددة في الفقه المالكي، حيث قسم بدوره إلى مبحثين، تبلور الأول في التطرق للحيازة الإستحقاقية كمظهر من مظاهر تطبيق مدونة الحقوق العينية لقواعد الترجيح بين البيئات، فيما تعلق الثانى لإعمال القاضي لقواعد الترجيح بين البيئات، وفي الأخير سنختتم

¹ التي يعتمدها القاضي عندما يعرض عليه نزاع، ويطلب منه الفصل فيه وهو جانب منهجي مهم في الدراسة.

الموضوع بأهم الإستنتاجات و الخلاصات التي توصلت إليها الدراسة لاستجلاء الغموض وتوضيح المفاهيم المتعلقة بموضوع البحث.

الفصل الأول: ضوابط صياغة الوثيقة لقبولها كبينة وقواعد الترجيح فيما بينها وبين بيئة أخرى

لا يمكن للقاضي اللجوء لقواعد الترجيح بين البيئات، إلا بعد مراقبته لهذه للوثيقة لمعرفة مدى مراعاتها للضوابط القانونية عند صياغتها من قبل محرريها، لكي يعتد بها كبينة، ويعمل بعدها بقواعد الترجيح بين البيئات في حالة تعارضها مع بيئة أخرى. (المبحث الأول) وتتوزع هذه القواعد، بين القواعد العامة للترجيح الواردة في الفقه المالكي، ثم الخاصة المحددة في مدونة الحقوق العينية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضوابط صياغة الوثيقة لقبولها كبينة

إن التوثيق صنعة جليلة لا يقوم بها إلا عارف، عدل في نفسه مأمون على ما يكتبه لقوله تعالى: "وليكتب بينكم كاتب بالعدل"¹، بل اعتبره بن فرحون ولاية من القضاء بقوله: "أما الولاية الجزئية المستفاد من القضاء كمتولي العقود و الفسوخ في الأنكحة فقط، والمتولى للنظر فيما يتعلق بالأيتام فقط، فيفوض إليه في ذلك النقص و الإبرام على ما يراه من الأوضاع الشرعية، فهذه الولاية شعبة من ولاية القضاء"².

و المغرب يعتمد ازدواجية في التوثيق، فبالإضافة إلى التوثيق العدلي الذي له جذور تاريخية ضاربة في التاريخ، ظهر إلى جانبه التوثيق العصري. ولكل توثيق ضوابطه؛ فللوثيقة التوثيقية ضوابط (المطلب الأول) كما للوثيقة العدلية أيضا ضوابط خاصة بها (المطلب الثاني)، التي يتعين مراعاتها عند تحرير الوثائق من قبل الجهة المكلفة بتحريرها، تحت طائلة البطلان.

المطلب الأول : بنية الوثيقة العدلية

تعد الوثائق العدلية، محررات تشهد على آثار شرعية وقانونية، تكفل الشارع الإسلامي الحكيم بوضع أسسها العامة، خاصة من حيث جواز أو عدم جواز التعامل بها، و مجمل هذه الآثار الشرعية القانونية هي إنشاء حق، أو نقله أو تعديله أو إلغاؤه.

و لذلك فإن مصداقية الوثيقة، ترتبط ارتباطا وثيقا بالحق المشهود به فيها، و لهذا كان من اللازم أن تكون في دلالتها واضحة، وافية بالغرض المقصود بها، مشتملة على ما يمكن أن يكون فيما بعد مثارا للإنكار أو النزاع، و عند الاقتضاء مفسرة لما يمكن أن يكون محل خلاف في المعنى بين المتعاقدين. و لكي تكون الوثيقة العدلية كذلك، أحاطها الفقهاء المسلمون بضوابط تعتبر أركاناً لهذه الوثيقة، و شروطاً

¹ سورة البقرة، الآية 282.

² ابن فرحون: "تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام"، الجزء الثاني، دار الكتب الحديثة بيروت، لبنان 2007، ص 19.

لازمة لقيامها حتى إذا اختلفت كلا أو بعضا اعتبرت وثيقة عدلية غير موفية بالمقصود بها، و الذي هو الدلالة على الحق المشهود به. و فصل الكلام على هذه الضوابط التي تعتبر أركاناً وشروطاً لتلقي الشهادة وتوثيقها، فالشروط من أهم ما تحتويه الوثيقة و كثير من الوثائق لا تخلو من ذكر "شروط"¹، ومن خلال الإطلاع على نماذج لوثائق محررة من طرف عدلين²،

يتبين أنه يشترط في الوثيقة لكي تكون عدلية توفرها على مجموعة من الضوابط التي تعتبر أركاناً وشروطاً لتلقي الشهادة وتوثيقها ويتعلق الأمر ب:

1- الاستهلال: "بالحمد لله"

يجد هذا المقتضى سنده في المرجعية الإسلامية للعقود العرفية واهتمام فقهاء الدين بالمعاملات وضرورة توثيقها والإشهاد عليها، خاصة وأن العدول انصب مجال عملهم في توثيق العقود بين المسلمين، فكان طبيعياً ذكر بسم الله في مستهل تحرير الوثيقة، وهذه ميزة خاصة بالوثيقة العدلية، تضي عليها طابع الوقار والإجلال.

2- تاريخ تلقي الشهادة

هذا البيان يأتي مباشرة بعد كلمة الحمد لله، فيجب أن تشمل الوثيقة على ذكر التاريخ، بالساعة واليوم والشهر والسنة، وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافق من التقويم الميلادي، بالحروف والأرقام، فالتنصيص على التاريخ هو بيان لازم بالنظر لما له من فوائد كثيرة، وتترتب عليه آثاراً قانونية هامة في الترجيح بين الحجج الكتابية عند تعارضها، كما ترجح الوثيقة المؤرخة على التي لا تحمل تاريخاً، بالإضافة إلى أن الشهادة الأقدم تاريخاً ترجح على التي تليها في ذلك.

3- ذكر أسماء الأطراف المتعاقدة

يتعين ذكر أسماء الأطراف المتعاقدة وعناوينهم وهويتهم، وكل ما يلزم لرفع اللبس عن التعريف بهم، فيجب على العدل أن يذكر أسماء الأطراف المتعاقدة، ومعرفته التامة بهم، أو التعريف له بهم من طرف من يثق به³، وفي حال تعذر ذلك، ذكر أوصافهم وما يميزهم عن غيرهم، والمفروض حالياً أن يتم ذلك

¹ عبد اللطيف الودناسي: "إثبات ملكية العقار في القانون المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية مراكش، السنة الجامعية: 2000/2001، ص175.

² وذلك من خلال الفترة التدريبية التي أجريتها بإحدى مكاتب العدول بفاس، والتي سمحت لي بالإطلاع على مجموعة من الوثائق التي يحررها العدول.

³ أبي العباس بن يحيى بن عبد الواحد الونشريسي: "المنهج الفائق و المنهل الرائق و المعنى اللائق بلاداب الموثق و أحكام الوثائق"، دراسة وتحقيق لطيفة الحسني، طبعة 1997، ص140.

، بمجرد الإطلاع على بطاقة التعريف الوطنية للشخص أو ما يقوم مقامها كجواز السفر وكناش الحالة المدنية.... إلخ.

4- بيان المشهود فيه بيانا تاما

يجب على العدل أن يبين المشهود فيه، بأن يصفه وصفا تاما بذكر نوعه بكل دقة، فإذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب تحديد مساحته وحدوده¹، وإذا كان محفظا وجب تعيينه بذكر الرسم العقاري، وإذا كان في طور التحفيظ وجب تعيينه بذكر رقم مطلب التحفيظ .

5- بيان المشهود به

إلى جانب ذكر المشهود فيه يتعين ذكر المشهود به، وقد شدد الفقه الإسلامي في التعريف به، لذا يتعين على العدل ذكر اسم المعقود عليه إن أمكن، وتحديد جنسه، ونوعه وتوابعه، فإذا كان المشهود به بيعا مثلا، وجب ذكر الثمن، وقدره وكيفية أدائه، وهل تم قبضه بمعينة الشاهد الكاتب، أو بالاعتراف من القابض. كما يجب ذكر شروط العقد إن وجدت، ووجود الخيار أو الثنيا عندما يتعلق الأمر ببيع الخيار أو بيع الثنيا.

فقد ورد في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "... وكون رسم ملكية البائعين لموروث طالبي التحفيظ لم يرد فيه اسم المالك معهم على الشياخ، لا يفتضي تلافى النقص الوارد في ملكية الطاعن، لأنها ساقطة عن درجة الاعتبار لخلوها من بيان المشهود به كما هو مقرر فقها..."² .

6- ذكر البيانات والمستندات التي تتوقف عليها الوثيقة

فإذا وقع عقد بيع عقار، وأريد كتابة وثيقة بهذا العقد، فيجب أن يشار إلى الوثائق التي تشهد بملكية البائع لما باعه، برقمها ومضمونها وتاريخها.

7- توقيع العدلين متلقي الشهادة

¹ محمد لمعشكاوي: "المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية على ضوء التشريع و الفقه و القضاء"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، (دون ذكر الطبعة)، 2013، ص 80. وهذا ما توصلت إليه من خلال إجرائي لفترة تدريبية لإحدى مكاتب العدول بفاس. وتؤكد المادة 31 — من المرسوم رقم 2.08.378 الصادر بتطبيق القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية، عدد 5687، بتاريخ فاتح دجنبر 2008 —، التي نصت على ما يلي: "إذا تعلققت الشهادة بعقار وجب تعيينه بذكر اسمه ورقم الصك العقاري إذا كان، ورقم مطلب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ وصفاته و مساحته وقيمه وموقعه مع توضيح هذه الحدود بما يميزها من الأشياء أو بكل وسيلة أخرى..."
² قرار صادر عن المجلس الأعلى — محكمة النقض حاليا — عدد 110، بتاريخ 1985/5/8، ملف مدني رقم 720/5، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العددان 37-38، السنة 1986، ص 50.

يتعين أن يحصل التوقيع من عدلين اثنين، أحدهما هو الذي تحفظ الوثيقة لديه، بينما الثاني يوقع إلى جانبه، فيجب على كل عدل شهد في وثيقة، أن يضع في آخرها، --- أي بعد كتابة تاريخ تحرير الشهادة -- شكله الكامل الذي اتخذه كإمضاء، يوقع به على الوثائق التي يشهد فيها.

8- خطاب قاضي التوثيق على الوثيقة العدلية لإضفاء الرسمية

ينص الفصل 35 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة على أنه: "...لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مزيلة بالخطاب ...". من هنا يتضح بأن خطاب قاضي التوثيق في الوثيقة العدلية، يشكل الروح التي تتحرك بها هذه الوثيقة، وهو إجراء يقوم به قاضي التوثيق بالمحكمة الابتدائية، بعد مراقبته صحة هذه الأخيرة وقانونيتها، وبمجرد التأشير عليها يتم إضفاء الصبغة الرسمية عليها، ويتحقق خطاب القاضي بوضعه لعبارة "الحمد لله أعلم بثبوتة"، مع توقيع القاضي في أسفل الوثيقة.

وخطاب القاضي وإن كان يعطي صفة الرسمية، فإن ذلك يشمل الشكل فقط دون الجوهر، الذي يظل خاضعا في مراقبته لمحكمة الموضوع¹. هذا فيما يخص ضوابط الوثيقة العدلية، فماذا عن ضوابط الوثيقة التوثيقية؟ (المطلب الثاني).

المطلب الثاني : بنية الوثيقة التوثيقية

تتكون بنية الوثيقة التوثيقية، المحررة من طرف الموثق العصري، من ثلاث عناصر أساسية وهي: الفرش والهيكل والسور

1- الفرش

يطلق عليه أيضا الديباجة أو التقديم أو الاستهلال أو التمهيد ويتضمن مجموعة من البيانات أهمها:

- التاريخ: فيجب تحديد تاريخ الوثيقة بدقة، وذلك نظرا لماله من أهمية، حيث يعتد به في توثيق بعض الآثار القانونية، فهو بيان جوهري يترتب على تخلفه بطلان العقد كوثيقة رسمية.
- بعد التاريخ يأتي بيان وهو مسمى العقد، والذي لا يعتبر عنصرا جوهريا.
- اسم الموثق أو متلقي الإشهاد: يجب أن يتم تعيين الموثق، والدائرة التي يزاول فيها مهامه، المتعلقة بالإشهاد لإضفاء الصيغة الرسمية على ما وثقه من العقود.
- أطراف العقد: تعيين المتعاقدين، بضبط هويتهم وذلك من خلال وثائقهم الرسمية، كالبطاقة الوطنية، جواز السفر، رخصة السياقة، وذكر موطنهم، وكذا مهنتهم، وتاريخ ازديادهم، والحالة العائلية.

¹ عبد العالي حفيظ: "الوثيقة العدلية ومدى حجيتها"، مقال منشور بمجلة المحامي، عدد 42، السنة 2003، ص 67.

2- الهيكل

يقصد به موضوع العقد، والذي يمثل الجزء الأساسي في الوثيقة، لأنه المبلور للعقد من حيث التكوين والآثار، ويمكن تصنيف البنود التي يتضمنها هيكل الوثيقة، إلى بنود مبلورة للعناصر الأساسية في العقد، وبنود مبلورة للعناصر القانونية.

وتكون البنود المبلورة للعناصر الأساسية في العقد، إما أن تكون بقوة القانون وتنصب على أركان العقد، من رضا ومحل وسبب، بالإضافة إلى الكتابة في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية، وإما أن تكون هذه العناصر الأساسية، بإرادة الأطراف، وهي كل العناصر الثانوية، التي لا تؤثر في التعاقد، ما لم يتفق الأطراف على اعتبارها أساسية.

أما البنود المبلورة للعناصر الثانوية في العقد، فهي تلك العناصر التي يفترض أن الطرفين قد ارتضاها بشكل ضمني، غير أن إغفال ذكر هذه العناصر الثانوية للعقد في الوثيقة، لا يؤثر في صحتها لأن ذكرها يكون على سبيل التأكيد ليس إلا.

3- السور:

ويعبر عنه أيضا بالخاتمة، ويقصد به تلك البنود التي تهدف إلى بيان تمام العقد، والآثار القانونية المترتبة عنه، ويمكن أن يتضمن السور ما يلي:

- الإشارة إلى محل المخابرة والتقاضي في حالة النزاع؛
- الإشارة إلى قراءة العقد على الأطراف من قبل الموثق، أو قراءته من طرف المتعاقدين؛
- ذكر عدد الأوراق التي حرر فيها العقد، والتأشير على كل منها؛
- الإشارة إلى حصول التوقيع¹ وتاريخه؛
- الإشارة إلى تاريخ ومكان تحرير العقد .

فإذا كانت كل من الوثيقة التوثيقية و العدلية تحتوي على هذه البيانات، التي تنقسم إلى بيانات موضوعية وأخرى شكلية، والتي تكاد تتحد من حيث عناصرها الأساسية، فإنه يتضح لنا ومن خلال الإطلاع عليهما²، أنها تختلف في طريقة صياغتها³. مما يتضح بأنه قد تم التطرق لضوابط صياغة الوثيقة

¹ فقد أكدت المادة 44 من قانون 32.09 على أنه: "يجب على الموثق أن يوقع العقد فور آخر توقيع للأطراف..."، المنفذ بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.179 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5611.

² وذلك من خلال الفترة التدريبية التي قضيتها بمكتب موثق عصري بالدار البيضاء.

³ حيث نجد أن البيانات في الوثيقة الصادر عن الموثق العصري واضحة، دقيقة ومتفرقة بشكل منظم كما نجدها مدعمة بنصوص قانونية، في حين نجد أن البيانات المدرجة في الوثيقة العدلية متداخلة فيما بينها ويضطر لنا أن كلماتها وعبارتها تجعلها وثيقة دينية ونجدها أيضا مرصعة بآيات قرآنية وأحاديث نبوية.

لضرورتها، لأنه إذا استند كل متنازع على وثيقة كحجة غير صحيحة، أو غير كافية في الإثبات، فإنه لا تقوم الحاجة إلى هذا الترجيح، ويحكم لصالح الحجة الكافية، والعكس صحيح إذا كانت الحجة صحيحة، يتم اللجوء لقواعد الترجيح، فما هي هذه القواعد هذا ما سنتعرف عليه في (المبحث الثاني).

المبحث الثاني: قواعد الترجيح بين البيئات

تنقسم قواعد الترجيح بين البيئات، إلى قواعد عامة كما هي محددة في الفقه الإسلامي، خاصة في الفقه المالكي (المطلب الأول)، وقواعد خاصة الواردة في القانون المغربي، وبالخصوص في مدونة الحقوق العينية، لمعرفة مدى أخذها بكل قواعد الترجيح بين البيئات، كما هي محددة في الفقه المالكي من أخذها ببعضها فقط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القواعد العامة للترجح بين البيئات في الفقه المالكي

إن قواعد الترجيح بين البيئات التي تهتمنا هنا، هي القواعد العامة المستمدة من الفقه المالكي، خاصة في علاقتها بالملكية، على اعتبار أن هذه الأخيرة حظيت باهتمام خاص من قبل الفقه الإسلامي، الذي نظم طرق استعمالها و انتقالها، ووسائل إثباتها، و حمايتها بما يضمن للمالك الإنتفاع الكامل بملكه، وهكذا أوجد الفقهاء الحلول المناسبة لكل ما يمكن أن يقع بسببها من نزاع. وعليه سيتم الحديث عن القواعد العامة للترجح بين البيئات في نطاق الملكية العقارية¹، مع الإشارة إلى أن نطاق تطبيق هذه القواعد غير محددة، التي تشمل مختلف الحقول العلمية.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع الترجيح بين البيئات في نطاق الملكية العقارية، له علاقة بموضوع إثبات الملكية، خاصة و أن الملكية تحمل في ثناياها بعدا اقتصاديا هاما، فهي تلعب دورا مهما في تنمية الإقتصاد و تطويره، غير أنه لمساهمتها في التنمية الاقتصادية، يجب إحاطتها بمجموعة من الضمانات، بغرض استقرار المجتمع وتنميته. وهذا ما يفرض على القضاء، بذل الجهد لإستنباط القواعد المعتمدة، خاصة أن جل النزاعات هي مرتبطة بالملكية، وعلى الخصوص إثبات الملكية وحمايتها من الإشكالات الكبيرة التي تواجه القضاء.

وما يدل على ذلك، النزاعات العقارية التي تطول سنوات أمام المحاكم، بسبب مجموعة من المشاكل، منها إشكالية وسائل الإثبات التي تعرض أمامه، وكذلك عند تعارض وسائل الإثبات، بحيث تثار إشكالية الترجيح بين البيئات من جهة، كما تثار العديد من الإشكالات فيما يخص الحماية القانونية للملكية، سواء

¹ والملكية العقارية تعرف ازدواجية تشريعية بين العقارات المحفظة و العقارات غير المحفظة، هذه الازدواجية العقارية نشأت عنها ازدواجية قانونية في المنظومة العقارية، فالعقار المحفظ يطبق عليه التشريع المتعلق بالرسوم العقارية و المنصوص عليه في ظهير 2 يونيو 1915 الذي تم تعديله بمقتضى القانون 14.07. أما العقار غير المحفظ فظل خاضعا للفقه الإسلامي و خاصة الفقه المالكي وكذا العادات و الأعراف المحلية إلى حين دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ، حيث نظمته بنصوص خاصة، والتي تحيل دورها على قانون الالتزامات و العقود المغربي وكذا الراجح و المشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي فيما لا يوجد فيه نص في مدونة الحقوق العينية.

فيما يخص دعوى الاستحقاق أو حماية الملكية من خلال الرسم العقاري. ولتجاوز بعضا من هذه الإشكالات، التي تطرح لا من الناحية النظرية أو العملية، يتوجب الرجوع للفقهاء الإسلاميين — خاصة الفقهاء المالكيين — الذي أوجد حلا لا يتعين معرفتها، والتي أجمعها في إطار ما يسمى "بالقواعد العامة للترجيح بين البيئات"، والتي يتم الرجوع إليها من قبل القاضيين، إذا لم يتمكن هذا الأخير من الجمع بين البيئات المتعارضة وهي كالتالي:

اختلف الفقهاء في حصر القواعد العامة للترجيح بين البيئات، إلا أن الشيخ خليل حددها في ثمانية مرجحات، التي نص عليها بقوله: "والأرجح سبب ملك كنسج ونتاج إلا بملك من المقاسم، أو تاريخ أو تقدمه، وبمزيد عدالة لا عدد وبشاهدين على شاهد، ويمين أو امرأتين، وببدي إن لم ترجح بيئة مقابلة فيحلف، وبالملك على الحوز، وينقل على مستصحية".

ويمكن أن نطلق على القواعد العامة للترجيح بين البيئات، بالأسباب العامة للترجيح بين البيئات، والتي يمكن تصنيفها إلى الأصناف التالية، أسباب الترجيح المرتبطة بشهادة الشهود، وكذا المرتبطة بالعقود الواردة على الملكية، ثم أسباب الترجيح المرتبطة بمدخل التملك وتلك المبينة بالرسم المثبت للملكية.

=> أسباب الترجيح المرتبطة بشهادة الشهود: إن أسباب الترجيح بين البيئات المتعارضة، قد تكون متعلقة بشهادة الشهود، كما إذا كانت أحد الشهادات أكثر عدالة¹ من الأخرى، كما اختلف أيضا في ترجيح البيئة المفصلة على المجملة²، والبيئة المثبتة على البيئة النافية³، بالإضافة إلى ترجيح شاهدان على شاهد ويمين، أو شاهد وامرأتان.

=> أسباب الترجيح المرتبطة بالعقود الواردة على الملكية: إن البيئة الناقلة ترجح على البيئة المستصحية، أو ما يعبر عنه بالنقل على الاستصحاب، فالشهادة بالنقل ترجح على الشهادة بالاستصحاب، لأن الشهادة الأولى علمت ما لم تعلمه البيئة المستصحية للأصل، ومن علم شيء قدم على ما لم يعلم⁴.

¹ "العبرة بزيادة العدالة وليس بالعدد" حسب قول محمد بخنيف: "ضوابط الترجيح بين البيئات في الفقه المالكي على ضوء المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية المغربية"، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العددان الخامس والسادس، دون ذكر سنة الإصدار، من ص 94 إلى 116.

² الإجمال عند الفقهاء هو احتمال اللفظ لمعنيين فأكثر وهو الشهادة الخالية من التفاصيل المشترط في صحة الشهادة الموصل إلى غالب الظن. وما يؤكد ذلك قرار محكمة النقض، عدد 52 المؤرخ في 26/01/2005، الملف التشريعي عدد 2004/1/2/228 الذي جاء فيه ما يلي: "البيئة المفصلة مرجحة على البيئة المجملة"، منشور ب"قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات والحجج"، منشورات دار القضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 2014-1435، لعمري أزوكار، ص 86.

³ فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بحكمة النقض حاليا: "حيث أنه حقا لقد صح ما عابه الطاعن، أن المعتبر عند الترجيح حجة الإثبات على حجة النفي هو إثبات الواقعة المتنازع فيها أو نفيها..."، عدد 1392 بتاريخ 05/06/1985، الملف المدني رقم 841719، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 39، السنة 1986، ص 31.

فقد أوضح الشيخ التسولي عدة إشكالات حول تحديد المقصود بالإثبات والنفي فقال: "كل نفي يمكن أن يكون في معنى الإثبات ويؤول به كما يؤول العكس أيضا".

⁴ محمد بادن: "دعوى الاستحقاق العقارية على ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي والعمل القضائي"، دار الكتاب الوطني، الطبعة الأولى 2013، ص 413.

جاء قرار محكمة النقض: "...الحجة الكتابية التي يعتمدها الخصم، هي حجة مستصحبة ولفيف الشراء حجة ناقلة، ومن المقرر فقها عند تعارض الحجتين المذكورتين تقدم الناقلة على المستصحبة..."¹.

=> أسباب الترجيح المرتبطة بمدخل التملك وبيانات الرسم المثبتة للملكية: يندرج ضمن هذه الأسباب، ترجيح البيئة التي تبين سبب التملك على تلك الخالية منه؛ والمقصود بسبب التملك، الطريق التي وصل بها الحائز إلى حيازة هذا الملك، فإذا ادعى اثنان ملكية عقار، وأدلى كل منهما ببيئة تثبت تملكه لهذا العقار، فإنه يحكم للذي أدلى ببيئة متضمنة لسبب الملك، وتلغى التي ذكرت الملك مجردا عن وجه المدخل. وكذا ترجيح البيئة التي تشهد على الملك على مجرد الحوز².

=> أما عن أسباب الترجيح المرتبطة ببيانات الرسم المثبتة للملكية: يندرج ضمنها ترجيح البيئة التي تثبت واقعة معينة بتاريخ محدد، على الخالية من التاريخ، وإلى ذلك أشار ابن عاصم بقوله: "وعدم التاريخ ترجيح قبل". كما يعد قدم التاريخ³، سببا من أسباب الترجيح عند الفقهاء، بحيث يتم تقديم البيئة الأقدم تاريخا على اللاحقة.

وهذه هي أهم القواعد العامة المعمول بها لدى فقهاء المذهب المالكي للترجيح بين البيئات، إلا أننا نتساءل عن مدى أخذ مدونة الحقوق العينية بهذه القواعد، هذا ما سنحاول معرفته في المطلب الموالي (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: القواعد الخاصة للترجيح بين البيئات في مدونة الحقوق العينية

نصت مدونة الحقوق العينية في المادة 3 منها على ما يلي: "...إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: ...".

وبموجب هذه المادة، فإنه يتضح بأنها أوردت قواعدا للترجيح بين البيئات على سبيل المثال —، التي أطلقت عليها تسميت القواعد الخاصة للترجيح — وذلك نظرا لكونها لم تأخذ بجميع قواعد الترجيح التي جاءت بها الكتب الفقهية، خاصة الفقه المالكي.

ومن بين قواعد الترجيح بين الأدلة المنصوص عليها في نفس المادة سالفة الذكر نذكر:

¹ قرار المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا. عدد 416 بتاريخ 1982/05/11، في الملف العقاري رقم 34446، منشور بمجلة المجلس الأعلى، العدد 31، السنة الخامسة 1983، ص 69.

² وفي هذا الصدد يقول ابن فرحون في تبصرته: "لو شهدت إحداهما بالملك وشهدت الأخرى بالحوز قدمت بيئة الملك، لأن الملك أقوى و الحوز قد يكون لغير ملك فيقضي ببيئة الملك وإن كان تاريخ الحوز متقدما، ابن فرحون: "تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام"، مرجع سابق، ص 265.

³ "يقصد بقديم التاريخ تاريخ الشيء المشهود به لا تاريخ البيئة" وهي القاعدة التي تمسكت بها محكمة النقض في قرارها الصادر تحت عدد 3155، المؤرخ في 2005/11/30، ملف مدني عدد 2003/7/1/678، منشور ب"قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات و الحجج"، لعمر ازوكار، مرجع سابق، ص 119.

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه؛
- تقديم بينة الملك على بينة الحوز؛
- زيادة العدالة و العبرة ليست بالعدد ؛
- تقديم بينة النقل على بينة الإستصحاب ؛
- تقديم بينة الإثبات على بينة النفي ؛
- تقديم بينة الأصالة على خلفها أو ضدها ؛
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد¹ ؛
- تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة ؛
- تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا ؛
- تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال.

ويمكن تصنيف هذه القواعد الخاصة بالترجيح بين البيئات، حسب الأسباب التي سبق ذكرها في القواعد العامة للترجيح كما هي محددة في الفقه المالكي، التي أخذت بها مدونة الحقوق العينية.

إلا أن التصنيف الأنسب لها حسب وجهة نظري المتواضعة، هي كما سيتم تحديدها في الجدول التالي، مع ترتيبها حسب ما يقتضيه المنطق القانوني، كما هو مبين في الأسفل:

التاريخ	الشهود	موضوع الشهادة
1. تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة	1. زيادة العدالة و العبرة ليست بالعدد	1. تقديم بينة الأصالة على خلفها أو ضدها
2. تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا	2. تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد	2. تقديم بينة الملك على بينة الحوز
		3. ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه
		4. تقديم بينة النقل على بينة الإستصحاب
		5. تقديم بينة الإثبات على بينة النفي
		6. تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال

¹ وهو ما يؤكد قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 3355، المؤرخ في 2002/10/30، ملف مدني عدد 2002/1/1/2820، الذي جاء فيه بأن: "شهادة الشاهدين تقدم على الشاهد و اليمين..."، منشور ب"قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيئات و الحجج"، لعمر ازوكار، مرجع سابق، ص 112. ففي الزرقاني على الشيخ خليل: "ورجح لشاهدين من جانب على شاهد وليمين من جانب آخر ولو كان أعدل أهل زمانه".

من خلال هذا الجدول التوضيحي يتبين بأن مدونة الحقوق العينية في مادتها الثالثة، أخذت بأسباب الترجيح المرتبطة بموضوع الشهادة، ثم الأسباب المتعلقة بالشهود، وأخيراً بالأسباب التي ترجع للتأريخ، وسلطة القاضي بموجب هذه الأسباب هي مقيدة، خاصة تلك المرتبطة بالشهادة عند إعماله للمرجح على المرجوح¹، إلا أن سلطته لا تقف عند تطبيق المرجح، بل يمكنه الاستعانة بالفصل 255 من قانون المسطرة المدنية من خلال استعانتته بالخبرة، فلا مانع يمنع من ذلك. وعليه تمثل المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، النظام العام للإثبات في دعوى الاستحقاق، وهذا ما سيتم الحديث عنه في الفصل الموالي وهو (الفصل الثاني).

الفصل الثاني: مظاهر تطبيق مدونة الحقوق العينية لقواعد الترجيح بين البيئات المحددة في الفقه

المالكي

إن تطبيقات مدونة الحقوق العينية لقواعد الترجيح بين البيئات، المحددة في الفقه المالكي كثيرة ومتنوعة، سواء تعلق الأمر بالتنافس الحاصل في إحدى الحقوق العينية خاصة الإسلامية منها - حق الزينة مثلاً -، أو تلك المنازعة المنصبة على حق الملكية، بحيث يتم رفع دعوى الاستحقاق لاسترجاع الملك المستحق من يد حائزه بدون سند ولا موجب حق أو قانون، كما قد ينصب النزاع على عقار غير محفظ، فيتم رفع دعوى الحيازة لاسترجاعها من قبل المحتل لها، وتبقى هذه الدعوى من أهم تطبيقات مدونة الحقوق العينية لقواعد الترجيح بين البيئات، المتعارضة المدلى بها من قبل أطراف الخصومة القضائية، إلا أن هناك دعوى تتوسطهما معاً، يطلق عليها "بدعوى الحيازة الإستحقاقية" فما هي هذه الدعوى؟ وهو ما سنعرفه في (المبحث الأول)، مع ضرورة تبيان كيفية إعمال القاضي لهذه القواعد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحيازة الإستحقاقية

في الفترة التي سبقت دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق، طبقت أحكام الحيازة الإستحقاقية وفق أحكام الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك، وقد قننت نفس المدونة هذه الأحكام في المواد من 239 إلى 263 منها³. وهذا ما يفرض ضرورة تحديد مفهوم الحيازة الإستحقاقية في الفقه و المدونة (المطلب الأول)، وبحث شروط الملكية للحائز، سواء تعلقت هذه الشروط بالعقار أو الحق العيني العقاري المحوز، أو الشروط الموضوعية لحصول تملك الحائز (المطلب الثاني).

¹ لذا يمكن القول بأن مقتضيات المادة 3 سالفه الذكر، تسلب من هذا الأخير سلطته التقديرية مما تجعل سلطة الفقه أولى على سلطة القاضي، لأن تقدير القيمة الإثباتية للشهادة ليست من صلاحية هذا الأخير وإنما هي من صلاحية قواعد الترجيح والأحكام الفقهية للشهادة التي تصح بالنسبة للقاضي قاعدة قانونية أمرة والخروج عنها يعد خطأ قانوني.

² ينص الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائياً أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق...". الظهير الشريف بمطابقة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (23 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

³ محمد بنيعيش: "الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري"، مقال منشور بالمجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد الثاني شتاء 2016، ص 47.

المطلب الأول: مفهوم الحيازة الإستحقاقية

يعرف الحوز في العطايا فقها بأنه، رفع يد المعطي من التصرف في الملك، ورد ذلك إلى يد المعطي له أو نائبه، من وكيل أو مقدم أو وصي، وهو يفيد وضع اليد على الشيء، بخلاف استمراره من عدمه، فذلك شيء آخر وهو المعتبر في الحيازة المكتسبة، إذ لا بد فيها من مدة معينة ليستحق الحائز ملكية العقار، أو الحق العيني العقاري، وتختلف في المحوز عليه بين الأجنبي و القريب للحائز¹.

والحوز أو وضع اليد شرط من شروط التملك بالحيازة، ويختلف عن التصرف²، وهو أيضا من شروط الملكية، وقد تطلق الحيازة ويراد بها الحوز، ومهما يكن من أمر، فإن الحيازة المكسبة للملكية العقارية³ أو لأي حق عيني عقاري، هي التي تستوفي الشروط التي تستوجب لصاحبها ملكية العقار أو الحق العيني العقاري المحوز من طرفه، فلا يكفي فيها مجرد وضع اليد أو الحوز، وهي إما حيازة مثبتة للملك لأن العقار المحوز أو الحق العيني العقاري لم يسبق لغير الحائز أن حازه وملكه، فتثبت له هذا الملك لأول مرة، ويتعلق الأمر بالعقار المحوز من حائزه من دون أن يعرف له مالك سابق، وهي ما يعرف بحيازة مجهول أصل الملك، ويكفي فيها مدة 10 أشهر أو أكثر، ولا يشهد بمدة أقل من ذلك.

أما الحيازة المبطله للملك السابق لها، وهي التي تصل المدة فيها إلى عشر سنين بين الحائز و المحوز عليه الأجنبي عنه، الذي لا يقر به بقرابة عائلية أو أربعين سنة في حالة الحيازة على قريب⁴.

أما الحيازة المنظمة في صلب دعوى الاستحقاق تسمى "بالحيازة الإستحقاقية"، وتنص مدونة الحقوق العينية في المادة 239 على أنها — أي الحيازة الإستحقاقية —، تقوم على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه، مضيئة أنها لا تقوم لغير المغاربة مهما طال أمدها.

وما يلاحظ على تعريف المدونة للحيازة الإستحقاقية، أنها اقتصررت على حيازة الملك، وذلك يعني أنها عنت بها العقار أو حق الملكية، بينما الحيازة قد تكون لغير حق الملكية من الحقوق العينية الأخرى، من حق الانتفاع أو حق سطحية أو حق ارتفاق.

في حين نصت في المادة 3 منها، بأن الحيازة المستوفية للشروط القانونية، يترتب عنها اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس. وهكذا فإن المدونة في

¹ علي بن عبد السلام التسولي: "البهجة في شرح التحفة"، الجزء الثاني، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 380.
² حاشية العلامة أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني على شرح التاودي ابن سودة للامام أبي الحسن الزقاق، الطبعة السادسة، القاهرة، 1349، ص 196.

³ ملكية العقار تشمل جميع أنواع العقار سواء كان عقارا بطبيعته من أرض وبناء و أشجار وثمار عالقة في أغصان هذه الأشجار وما يوجد تحت الأرض أو عليها من منشآت وما يثبت أو يدمج في الأبنية من أشياء منقولة في أصلها إضافة إلى العقار بالتخصيص الذي هو في أصله منقول، ويرصد لخدمة عقار. ويحاز العقار حيازة مكسبة وتعتبر الحقوق العينية أيضا عقارات من حق ملكية أو انتفاع أو استعمال أو ارتفاق أو حبس أو عمري وغيرها

⁴ محمد بنيعيش: "الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري"، مرجع سابق، ص 48.

تعريفها للحيازة الإستحقاقية لم تنص إلا على حق الملكية العقارية، بينما في تحديد آثار الحيازة المكسبة للحق العيني الذي يحوزه، شملت فيها جميع الحقوق العينية العقارية.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الحقوق العينية في المادة 3 منها، كرسست القاعدة الفقهية التي تقضي بأن عقود التفويت لا تفيد ملكية العقارات غير المحفظة المفوتة، إلا إذا استندت على أصل التملك، إلا أنها اشترطت أيضا حيازة المفوت له حيازة متوفرة على الشروط التي يستحق بها تملك العقار المحوز، وهو ما يعني أن المفوت إليه بعقد تفويت عو ضي أو غير عو ضي يشترط ليكون مالكا للعقار المفوت إليه، أن يتوفر لدى المفوت له أصل تملكه الذي يضاف إلى هذا التفويت، وأن يحوز بعد ذلك العقار المفوت حيازة مستوفية لشروط التملك، بمعنى أن أصل التملك لا يكفي ويجب بالإضافة إليه أن يستوفي المفوت إليه شروط الملكية بحيازته للعقار الحيازة المكسبة¹.

والحيازة وفقا للمنظور الفقهي خلافا للمدونة التي اعتدت فيها بنية التملك إذا ما استوفت شروط التملك بها، عدت دليلا على استحقاق الملكية، ففي نظم التحفة لابن عاصم قوله:

و الأجنبي إن يحز أصلا بحق :: عشر سنين فالتملك استحق²

فالعقار المراد للتملك أو الحق العيني العقاري، قد يكون متروكا ولا يعرف له مالك، وقد يكون معلوم المالك قبل حياة الحائز، ولذلك يميز الفقه بين نوعين من الحيازة الدالة على الملكية، فيطلق على الحيازة، أول ما يحوز فيها الحائز العقار أو الحق العيني العقاري ب"الحيازة الأولى" دلالة على أنه لم يسبق إلى هذه الحيازة من غيره، وهي التي ذكرها الشيخ خليل في مختصره بقوله: "وصحة الملك بالتصرف وعدم المنازع و حوز طال كعشرة أشهر وأنه لم يخرج عن ملكه في علمهم"³، ويعد ما ذكره هذا الأخير — الشيخ خليل — شروط التملك بالحيازة الإستحقاقية، الأمر الذي يستلزم التطرق إليها نظرا لأهميتها في المطلب الموالي (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: شروط التملك بالحيازة الإستحقاقية

يمكن تمييز شروط التملك بالحيازة الإستحقاقية، بين شروط ترجع إلى الشيء المحوز، وشروط مصدرها علاقة الحائز بالمحوز عليه، ثم لشروط خاصة بالمحوز عليه.

¹ محمد بنيعيش: "الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري"، مرجع سابق، ص 49.

² راجع شرح هذا البيت عند علي بن عبد السلام التسولي: "البهجة في شرح التحفة"، مرجع سابق، ص 416.

³ خليل بن إسحاق: "مختصر خليل"، مرجع سابق، ص 88. إن مدونة الحقوق العينية لم تنص على حيازة مجهول أصل الملك، ومع ذلك فإن هذه الحيازة التي ينص عليها الفقه الإسلامي في حالة وجودها وتوفرت شروط تملك الحائز، فإنها تعد حجة على ملكيته، ولا ترد لأن المدة التي تنص عليها أقل من عشر سنوات فيما بين الأجانب أو من أربعين سنة فيما بين الأقارب غير المتشاجرين بينهم.

فمن شروط الشيء المحوز، تنص مدونة الحقوق العينية في المادة 261 منها على أن: "الحيازة لا تكتسب بها أملاك الدولة العامة والخاصة و الأملاك المحبسة و أملاك الجماعات السلالية و أملاك الجماعات المحلية و العقارات المحفظة و الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون". وقد كانت هذه الأملاك يمنع تملكها بالحيازة في النصوص الخاصة المتعلقة بها، و بصور مدونة الحقوق العينية جمعت في نص واحد الأملاك غير القابلة للتملك بالحيازة سواء منها الأملاك العامة أو شبه العامة أو الأملاك الحبسية أو المحفظة.

وهناك شروط مصدرها علاقة الحائز بالمحوز عليه وهي كالتالي: وجود صفة قرابة أو شركة أو نيابة مانعة من التملك بالحيازة ويعني هذا الشرط، أنه لا حيازة بين الأب و ابنه و لا بين الأم و أبنائها و إن سفلوا، و لا بين الأزواج أثناء الزوجية و لا بين الشركاء بصفة مطلقة، و لا بين النواب الشرعيين و من إلى نظرهم، و لا بين المدراء الموكلين في إدارة الأموال العقارية و بين أصحاب هذه الأموال¹.

أما الشروط المتعلقة بالمحوز عليه: تتعلق خاصة بالأعذار أو الموانع التي تنصب على المحوز عليه، و تمنعه من مطالبة الحائز بملكه، و يعد فيها الغياب و الصغر و السفه و الخوف من الحائز و الزواج بأن يكون الزوج يمنع زوجته من الخروج، فكل هؤلاء يعذرون بتلك الأعذار و لا يحاز عليهم إلا بعد زوالها². و إلى جانب هذه الشروط هناك شروط أخرى يتعين أخذها بعين الاعتبار وهي التي نصت عليها مدونة الحقوق العينية في مادتها 240³، و هذه الشروط هي التي ذكرها صاحب اللامية بقوله:

"يد نسبة طول كعشرة أشهر :: و فعل بلا خصم بها المالك يجتلى

و هل عدم التقويت في علمهم كما :: ل أم صحة للحي للميت ذا اجعلا"

و الشيخ خليل في قوله: "وصحة الملك بالتصرف و عدم المنازع و حوز طال كعشرة أشهر و أنه لم يخرج عن ملكه في علمهم و تؤولت على الكمال في الأخير"⁴. وقد أضاف الفقهاء شرطاً سادساً، وهو عدم تقويت المشهود له لملكه بالنسبة للميت على وجه الصحة، و بالنسبة للحي على وجه الكمال⁵. أما إذا شاب نزاع حول الحيازة الإستحقاقية، هنا يتدخل القاضي للفصل فيها لمن بيده بيينة قوية تثبت صحة إدعائه، إلا

¹ وقد نصت على هذه الموانع المادة 255 من مدونة الحقوق العينية، التي أوضحت بأن هذه الأخيرة تشمل صفة القرابة و صفة النيابة و الوكالة و الشركة.

² و حكم حيازة الشريك في الفقه المالكي، أنه يستحق بها مع مرور مدة عشر سنين و توفر الشروط الأخرى إذا تصرف تصرفاً قوياً من مثل الهدم و البناء و الغرس مع حضور شريكه و سكوته و نظره إلى تصرفه فتقطع بذلك حجته عليهن بأنه يملك معه بصفته شريكاً و يحوز عليه حيازة قاطعة لحجته بسبب تصرفه القوي و عدم منازعته له مع حضوره، محمد بنيعيش: "الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري"، مرجع سابق، ص 55.

³ و قد نصت مدونة الحقوق العينية على الأعذار المانعة من الحيازة المكسبة في المواد 245 و 250 و 256. ⁴ التي نصت على ما يلي: "يشترط لصحة حيازة الحائز: أن يكون واضعاً يده على الملك؛ أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛ أن ينسب الملك لنفسه، و الناس يذسبون إليه كذلك؛ ألا ينازع في ذلك منازع؛ أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون؛ و في حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتقويت".

⁵ مختصر الشيخ خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ص 22. و انظر أيضاً شرح الخرشي عليه الجزء السابع، دار صادر، بيروت، لبنان، ص 231. و كذلك مواهب الجليل من أدلة خليل للشيخ أحمد المختار الجكني الشنقيطي، المجلد الرابع، ص 259.

⁶ محمد بنيعيش: "الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري"، مرجع سابق، ص 57.

أننا نتساءل عن كيفية إعمال القاضي لقواعد الترجيح، لترجيح البينة الراجعة على المرجوحة هذا ما سنحاول دراسته في (المبحث الثاني).

المبحث الثاني: إعمال القاضي لقواعد الترجيح بين البيئات

يعمل قاضي الموضوع بقواعد الترجيح بين البيئات عند ما تطرح عليه مجموعة من وسائل الإثبات من قبل طرفي الخصومة القضائية، وقبل لجوئه لهذه القواعد يتوجب عليه فحصها ورقابتها وأثار هذه الرقابة (المطلب الأول)، على أن نقوم بعد ذلك في (المطلب الثاني) بدراسة دور قاضي الموضوع في الترجيح بين البيئات المتعارضة.

المطلب الأول: الرقابة القضائية لوسائل الإثبات المدنية وآثارها

اعتد المشرع المغربي في تنظيم الإثبات المدني بالمذهب المختلط¹، الذي يجمع بين الإثبات المقيد والإثبات الحر. فالقاعدة هي تقييد الإثبات، إلا أن المشرع المغربي وغيره من التشريعات التي أخذت بالمذهب المختلط، قد خففت من حدة هذا التقييد، وذلك بما خوله للقاضي من سلطات في هذا المجال، فالمشرع قد حدد من ناحية طرق الإثبات وبين الحالات التي يتخذ فيها كل من هذه الطرق².

من كل هذا يتضح أن مبدأ حياد القاضي يقوم، على أن يكون موقفه من الدعوى سلبيا، بحيث يقتصر في تكوين قناعته على ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى، بالطريقة التي يقرها، فلا يمكنه أن يساهم من جانبه في جمع أدلة جديدة، ولا يكون له أن يعتمد على أدلة وصلت إلى علمه الشخصي بعيدا عن الخصوم. ولذلك فإن ضوابط الرقابة القضائية على وسائل الإثبات المدنية تتلخص في الآتي: أنه لا يحكم في المنازعات إلا بناء على الأدلة التي يقدمها إليه الخصوم، بالطرق التي رسمها القانون لتقديمها، فلا يحق له أن يبني حكمه على دليل يستمده بنفسه، دون طرحه من الخصوم ولو كان ظاهرا من أوراق الدعوى. كما لو كان مأخوذا من حكم سابق حائز لحجية الشيء المقضي به، مادام صاحب المصلحة في التمسك بهذا الدليل لم يتمسك به³.

إعمال مبدأ مجابهة الخصم بالدليل، بحيث يتم عرض أدلة كل من الخصمين على الآخر لمناقشتها ودحضها، وهو ما يمنع القاضي من القضاء بعمله الشخصي. ثم أنه غالبا ما تطرح على قاضي الموضوع

¹ للمزيد من المعلومات حول المذهب المختلط يرجى الرجوع لمرجع، المعطي المجبوجي: "القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2002، ص من 16 إلى 18.

² ادريس العلوي العبدلاوي: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، مطبعة فضالة، الطبعة الأولى 1977، ص 37. وتجدر الإشارة إلى أن القواعد الموضوعية للإثبات وردت في القسم السابع من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود. ولا بد من التنبيه إلى أنه جعل للقاضي من ناحية أخرى كل الحرية في تقدير الأدلة، فموقف القاضي وإن كان يقوم أساسا على مبدأ الحياد إزاء دعاوى الخصوم إلا أن المشرع المغربي قد أعطاه سلطة محدودة في إدارة الدعوى واستكمال عناصر الإقناع، وهذا المبدأ لم يمنع خروج القاضي على مضمونه في بعض الحالات ليحرر من سلبيته وليجعل له دورا إيجابيا في الإثبات.

³ محمد أوزيان: "الرقابة القضائية على أدلة الإثبات في المادة المدنية"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني العدد 8—السنة الرابعة—صيف/خريف 2013، ص 20.

مجموعة من الأدلة وله أن يوازي بينها مفضلا بعضها على البعض الآخر، فيأخذ من بينها ما اطمأن إليه ويطرح ما سواه مما لم يطمئن إليه، وذلك دون رقابة من محكمة النقض، علما أنه ليس له أن يغض الطرف عن بعض هذه الأدلة، وإلا عد حكمه منعدم الأساس ومتعين النقض، وليس لقاضي الموضوع أن يوازن بين حجج الخصوم فحسب، ولكن عليه أن يوازن في الأول بين الأدلة التي تقدم بها كل خصم على حدة، لأن هذه الحجج إما أن تكمل وتعضد بعضها البعض، وإما أن تتناقض فيما بينها، وإلا اعتبر حكمه منعدم الأساس¹.

ويستفاد من مقتضيات الفصل 417² من قانون الالتزامات والعقود وما جرى عليه قضاء النقض، أن استخلاص ما بالوثيقة وإعطائه ما يستحق من قوة ثبوتية، يندرج من حيث المبدأ ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية، غير أن هذا القاضي وهو يمارس عملية الاستنباط والترجيح هذه، يخضع لقيود هام مفاده أن كل استبعاد كلي أو جزئي لما هو ثابت بالأوراق، وكل ترجيح لوثيقة على أخرى يجب أن يعلل تعليلا كافيا، وإلا اعتبر الحكم فاقدا لأساسه القانوني³. وتترتب عن الرقابة القضائية مجموعة من الآثار، وذلك عندما يطالب المدعي بحماية حق أو مركز قانوني معين، يجب عليه بيان الحق الذي يطلبه، وهذا البيان يتطلب أمرين: وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به المدعي، وثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة. ومن المقرر أن الإثبات لا يرد إلا على هذه الوقائع، فالخصم لا يطلب منه إثبات القاعدة القانونية، ذلك أن القاضي يفترض فيه العلم بالقانون، وإذا كان الخصوم يشيرون عادة إلى وجهة نظرهم بشأن القاعدة التي يجب تطبيقها، وبشأن تفسيرها فإن هذا لا يعتبر إثباتا بالمعنى الصحيح ولا تنطبق عليه قواعده⁴. ولذلك فإن القاضي عند تعامله مع وسيلة من وسائل الإثبات المطروحة أمامه، فله إما أن يستبعدها أو يرجح وسيلة أخرى بالنظر لقيمتها الثبوتية.

فعن استبعاد القاضي للدليل المقدم للإثبات يكون، إما كلياً أو جزئياً، فهو يقرر الإستبعاد الكلي لمضمون الدليل، عند عدم اقتناعه به، وهو ما يؤكد قرار صادر عن المجلس الأعلى⁵ لمحكمة النقض حالياً. جاء فيه: "التوقيع بالبصمة لا يكون إمضاء يلزم صاحبه فتكون المحكمة على صواب لما استبعدت العقد، الذي يحمله وتكون قد طبقت الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود تطبيقاً سليماً...". واستبعاد الدليل أحياناً من الإثبات، لا تحكمه قناعة القاضي فقط، بل قد يكون الإستبعاد خاضعاً لتقدير مسبق للمشرع المغربي، لا يسع القاضي فيه إلا الإعتداد به على صورته، ولا تتحصر سلطته إلا في التأكد من توافر

¹ محمد الكشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، الطبعة الأولى 2001، مطبعة النجاح الدار البيضاء، ص 502.
² ينص الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية... إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبث في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفية كانت الدعوى المستعملة".
³ محمد أوزيان: "الرقابة القضائية على أدلة الإثبات في المادة المدنية"، نفس المرجع، ص 21.
⁴ فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 502.
⁵ قرار المجلس الأعلى، عدد 534 صادر بتاريخ 1980/6/11، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 71.

شروطه وعندئذ أعمال أثره¹. والمجلس الأعلى — محكمة النقض حاليا — يؤكد أنه عند عدم توفر الشروط المطلوبة في الدليل، فإنه لا ينبغي اعتماده وهو ما جاء في قرار له² بقوله: "رسم التصرف الذي لا يشير إلى باقي شروط الملك، لا يمكن الإتماد عليه لإثبات حق الملكية". أما الاستبعاد الجزئي لمضمون الدليل، يعني أنه عند تعامل القاضي مع دليل الإثبات، يجعل من هذا الأخير قابلا للتجزئة، بحيث يتم الأخذ بجزء منه وهو الذي يساهم في تكوين الإقتناع القضائي فقط، دون الجزء الآخر الذي يطرح جانبا³. ففي مجال الخبرة، فإنه يمكن للمحكمة أن تأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير، أو لا تأخذ بها مطلقا، لكونها لم تقتنع بالنتائج التي وصل إليها الخبير، وإما أن تأخذ ببعض ما تضمنته الخبرة⁴. إن سلطة القاضي وهو يمارس تقديراته عند تعامله مع وسائل الإثبات، تجعله يستبعدا وفقا للمعطيات المذكورة، أو يقوم بترجيحها وتكون عنده كحجة ثابتة مبررا في ذلك آلية ترجيحه (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: ترجيح قاضي الموضوع بين البيئات المتعارضة

القاعدة في مجال الإثبات، أن الحجة على من ادعى و اليمين على من أنكر، لكن قد يجد القاضي بين دفتي ملف النازلة المعروضة أمامه، دليلين في قوة واحدة، بحيث تشهد بيئة بصد ما تشهد به الأخرى، وكل واحدة منهما تقتضي حكما يخالف ما يقتضيه الدليل الآخر، ومن تم وجب البحث في محاولة الجمع بينهما، فإن أمكن الجمع فهو أولى، وإن لم يتيسر ذلك وتحققت المعارضة بين بيئتين المتداعيين، فإنه يصار إلى الترجيح بينهما، ووجب البحث في كيفية تغليب دليل على الآخر، فإن لم يعثر على سبب من أسباب الترجيح، تعين إسقاط الدليلين معا ويبقى الشيء بيد حائزه مع يمينه⁵.

ولقاضي الموضوع دور أساسي في وجوه الترجيح بين البيئات في حالة تعارضها، بحيث يتم ترجيح إحدهما على الأخرى بسبب من أسباب الترجيح، مما تقع المقارنة بينهما للبحث عما يؤدي إلى ترجيح إحدهما على الأخرى.

¹فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، مرجع سابق، ص 510.

² قرار المجلس الأعلى، عدد 7658، في الملف المدني عدد 97/6/1/788، بتاريخ 97/12/3، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 24، دجنبر 2001، ص 139.

كما أن المجلس الأعلى — محكمة النقض حاليا — يراقب سلطة القاضي التقديرية في إبعاد الدليل وهو ما أثبتته قرار له ورد فيه: "حيث يتبين صحة ما تعييه الطاعة ذلك أن العقود العرفية لها قوة إثباتية بين عاقدتها، ما لم يتم إنكارها بصفة صريحة وفق المقتضيات القانونية، ولا يعتبر عدم المصادقة على الإمضاء المثبت لها موجبا لإبعادها و القرار المستند على ذلك يكون فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه و بالتالي معرضا للنقض". قرار عدد 1010، ملف عدد 85135، بتاريخ 1989/4/12، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الثاني، دجنبر 1989، ص 81.

³ وأبرز نموذج لذلك قاعدة عدم تجزئة الإقرار المنصوص عليها في الفصل 414 من قانون الالتزامات والعقود، الذي ينص على ما يلي: "لا يجوز تجزئة الإقرار ضد صاحبه إذا كان هذا الإقرار هو الحجة الوحيدة عليه. وتمكن تجزئته: ...".

⁴ محمد أوزيان: "الرقابة القضائية على أدلة الإثبات في المادة المدنية"، مرجع سابق، ص 56.

راجع أيضا:

Guy Block : « nullité inopposabilité et écartement des débats du rapport d'expertise –travaux et recherches », l'expertise, sous la direction de Jean GILLUADIN/Pierre JADOUL-publications des facultés Universitaires, Saint-Louis 1994-Bruxelles-p 215.

⁵ المعطي المجبوجي: "القواعد الموضوعية و الشكلية للإثبات و أسباب الترجيح بين الحجج"، مرجع سابق، ص 153.

ففي مجال البينة الكتابية، ترجح بينة على بينة بالنظر لقيمتها الثبوتية، وعمل القاضي عند ترجيحه بين البيئات، يكون مراقبا من قبل محكمة النقض، إذ لهذه الأخيرة سلطة معرفة أسباب الترجيح، وهو ما يؤكد قرار صادر في هذا الشأن¹ جاء فيه: "...حيث يعيب الطاعن على القرار، عدم الارتكاز على أساس قانوني، وانعدام التعليل، ذلك أن الشركة تمسك بقوائم تضمنت أسماء الأشخاص الذين يعملون معها، وأن الطاعن لا وجود لاسمه في اللوائح التي اطلع عليها خبير منتدب من طرف المحكمة، وصرح أن الطاعن لا وجود لاسمه باللوائح، وذلك من أجل نفي العلاقة الشغلية، والحال أن الطاعن أدلى بشهود استمعت إليهم المحكمة، يشهدون أن الطاعن يشغل لدى المطلوبة في النقض كما أدلى بوصولات للأداء، وأن المحكمة حين اعتمدت على القوائم التي هي من صنع الشركة، وتم الإطلاع عليها من طرف الخبير ولم تلتفت إلى حجج الطاعن و الشهود المستمع إليهم، يكون حكمها غير مرتكز على أساس ومعرض للنقض...". فمن خلال هذا القرار، يتبين أن قاضي النقض يلزمه معرفة أسباب ترجيح قوائم الشركة على باقي وسائل الإثبات التي أدلى بها الأجير، الذي يحق له الإدلاء بجميع وسائل الإثبات المثبتة لعلاقة الشغل²، بيد أن القرار لم يرد فيه أي وجه من وجوه الترجيح، فكان القرار الإستئنافي معرضا للنقض.

خاتمة:

إن الترجيح بين البيئات، من الأهمية بمكان لاتصالها بجميع الحقول المعرفية في مختلف المجالات، إلا أن هذه الأخيرة تلتقي في نقطة مشتركة فيما بينها، هي إمكانية الحسم في المشاكل التي يطرحها الإثبات، وذلك بالرجوع لقواعد الترجيح بين البيئات، وهذه القواعد تفرض ضرورة البدء أولا في الترجيح من حيث الشكل، لأن كل وثيقة أو بينة حسب القواعد المعمول بها في علم التوثيق، يجب أن تكون قائمة بذاتها ومتوافرة على جميع الشكليات لإنتاج آثارها القانونية، فما كان منها تاما شكلا يكون أرجحا مما اختلت بعض شروطه الشكلية، وهذا ما فرض ضرورة الحديث على ضوابط صياغة الوثيقة، قبل معرفة أسباب الترجيح بين البيئات. هذا وتجدر الإشارة أن من رجحت حجته وقضي لفائدته بالمدعى فيه، وجب أن يحلف، ردا لدعوى خصمه، لأن كل سبب من أسباب الترجيح يعتبر بمنزلة شاهد واحد.

وما تم التوصل إليه أيضا من خلال هذا البحث المتواضع، هي صعوبة حصر كل قواعد الترجيح بين البيئات؛ وترجع هذه الصعوبة بالأساس، في عدم تجميعها في كتيب يشمل كل القواعد الفقهية، مع تحديثها لمسايرتها للتطورات التي يعرفها المغرب من جهة، وكذا لتطور وسائل الإثبات من جهة أخرى،

¹ قرار المجلس الأعلى لمحكمة النقض حاليًا، عدد 73، في الملف الاجتماعي عدد 2002/1/5/836، الصادر بتاريخ 2003/3/20، منشور بمجلة القانون المدني، العدد 8-مرجع سابق، ص 60.

² دنيا مباركة: "القانون الاجتماعي المغربي" دراسة في ظل التشريع الحالي ومدونة الشغل المرقتبة، مشروع 2000، دار النشر الجسور وجدة، طبعة 2001، ص 95. المرجو الإطلاع أيضا على :

Magdalena Tekely : « **le particularisme des modes de preuve en droit de travail** », mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit privé, année universitaire 2001|2002, faculté de droit (sciences et gestion) université Nancy II, p10.

التي تفرض ضرورة إدخال تغيير على قواعد الترجيح دون المساس بالقواعد الأصلية المتجدرة في أصول الفقه وخاصة الفقه المالكي.

ومعرفة مدى كفاية قواعد الترجيح في حل مشكل الإثبات، لا يمكن الحسم فيه، إلا بعد تجميع هذه القواعد في قالب شامل لها، وتطبيقها على أرض الواقع من قبل قضاة الموضوع، حينها يمكننا القول بأنها قد حسمت لنا في مشكل الإثبات بشكل كلي.

طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية

العربي بن الفقيه

باحث بسلك الدكتوراه بمختبر القانون والفقه والعمل القضائي

بكلية الحقوق - جامعة ابن زهر أكادير

المقدمة:

لقد اجتهد علماء الفقه الإسلامي في وضع القواعد الفقهية¹ وصياغتها بشكل دقيق، بدءاً من عصر النبي محمد صلى الله عليه وسلم، مروراً بعصر الصحابة والتابعين والفقهاء الذين انكبوا طوال عصور التاريخ على صياغتها اعتماداً على أمهات الكتب والمصادر؛ لضبط الفقه وتأصيله وتقنينه، لكن تبقى مرحلة تقنين هذه القواعد وفق مواد قانونية بمجلة الأحكام العدلية المنعطف التاريخي البارز في ارتباط القواعد الفقهية والقانونية، حيث تشكل المجلة العدلية التي أنشئت عام (1869-1876م) بقواعدها الفقهية والأصولية وقوانينها -وقد صيغت أحكامها في مواد بلغت (1851) مادة- قمة النضوج الفقهي والقانوني الأبرز طوال تاريخ تطور مسار القواعد الفقهية، وقد شرحها الكثيرون من العلماء، وكان لها دور فعال في النهضة الفقهية والقانونية في تاريخ التشريع بالعالم الإسلامي.

وتعتبر هذه المجلة الوسيلة الأبرز في تقنين القواعد الفقهية واعتمادها بعد ذلك في مجموعة من القوانين اللاحقة لإنشاء المجلة ومن بينها قوانين أربييه وعربية، حيث اعتمدت هذه الأخيرة نصوص هذه المجلة في صياغتها ونذكر على سبيل المثال لا الحصر القانون المدني الأردني الذي أخذ الكثير من مجلة الأحكام العدلية وبالتالي اعتماده هو الآخر على تقنين بعض القواعد الفقهية وفق مواد قانونية مرتبة، كما أن أثر القواعد الفقهية امتد حتى إلى القانون المدني التونسي والمغربي عند صياغتهما ولو بشكل غير مباشر.

ولذلك يمكننا التساؤل في هذا السياق حول طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية؟

الفقرة الأولى : طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية من خلال مجلة الأحكام العدلية.

تعتبر صياغة مجلة الأحكام العدلية² نقطة الالتقاء البارزة في علاقة القواعد الفقهية والقانونية، حيث احتوت هذه المجلة مجموعة من القواعد الفقهية مقننة بشكل سلس وفق مواد قانونية، يسرت أمر الباحثين

1 القاعدة الفقهية: حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها" أو يقال: "هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة، من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه" نحو قاعدة: "الأمر بمقاصدها"، و"اليقين لا يزول بالشك"، و"الضرر يُزال"، و"العادة محكمة"، و"المشقة تجلب التيسير"، وهذه هي القواعد الفقهية الكلية الخمس الكبرى، ودونها من القواعد الفقهية كثيرة.

2 صدرت عام 1869-1876م، ولها عدة طبعات وشرحات، طبعت بتصحیح الشيخ يوسف الأسير، وبعناية أمين الخوري، في المطبعة الأدبية في بيروت عام 1904م، وطبعت مؤخراً بعناية بسام عبد الوهابي الجابي، الطبعة الأولى، ليماسول: الجفان والجابي للطباعة والنشر، ودار ابن حزم-بيروت، عام 1424هـ/2004م.

في الرجوع إليها، كما تضمنت مجلة الأحكام العدلية على مجموعة من التطبيقات المباشرة وغير المباشرة في بنودها عبارة عن نصوص قانونية واضحة ومفسرة لتنظيم جميع المعاملات. لذلك سأتناول هذه الفقرة من خلال تسليط الضوء على دور مجلة الأحكام العدلية في تقنين القواعد الفقهية على شكل مواد قانونية (أولاً) ثم الإشارة لبعض تطبيقات القواعد الفقهية ضمن مواد مجلة الأحكام العدلية (ثانياً).

أولاً: تقنين القواعد الفقهية في مجلة الأحكام العدلية

إن القواعد الفقهية على الرغم من تلك الجهود الكثيرة التي بدلت لتطويرها، ظلت متفرقة في مدونات مختلفة، ولم يستقر أمرها تماماً، إلى أن وُضعت "مجلة الأحكام العدلية" على أيدي لجنة من فقهاء الدولة العثمانية، في عهد السلطان عبد العزيز خان العثماني، في أواخر القرن الثالث عشر الهجري، ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد، ولقد تم اختيارها وتنسيقها تنسيقاً قانونياً رائعاً بأوجز العبارات، حتى اشتهر ذكر القواعد وشاع أمرها عن طريق المجلة، وشرحت مع شروح المجلة¹، وأصبح لها صدق في كافة المجالات الفقهية والقانونية.

وجاءت كموسوعة فقهية في أحكام المعاملات، وصيغت أحكامها في مواد على غرار مواد القوانين الوضعية، بلغت (1851 مادة) تقع في (16) كتاباً، سدت فراغاً كبيراً في حينها في عالم القضاء والمعاملات الشرعية .

حيث خصصت المجلة لتقنين القواعد الفقهية وصياغتها على شكل نصوص قانونية تسعة وتسعون مادة²، حيث نصت المادة الثانية على تقنين قاعدة "الأمر بمقاصدها" كما يلي:

مادة (2) الأمر بمقاصدها

"يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

ونصت المادة المائة على قاعدة " من سعى في نقض ما تم من جهته "

مادة (100) من سعى في نقض ما تم من جهته

"من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه. "

فبقرائتنا للمواد 2 إلى المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية يتبين باللموس أن هذه النصوص القانونية تضمنت جميع القواعد الفقهية الكبرى والفرعية المعروفة، حيث تم تقنينها وتنظيمها بشكل دقيق مع شرحها بطريقة مفهومة، بالإضافة إلى اكتسابها قوة للإلزام باعتبارها نصوص قانونية محضة.

ومن أهم شروحها: 1

- الشرح المسمى مرآة مجلة الأحكام العدلية (وهو شرح باللغة العربية على المتن التركي).

- درر الحكام شرح مجلة الأحكام للعلامة علي حيدر شرحه بالتركية وهو من أكبر الشروح وأجلها، قام بتعريبه المحامي الأستاذ فهمي الحسيني. 2 أنظر من المادة 2 إلى المادة 100 من مجلة الأحكام العدلية.

وبالتالي فالقواعد الفقهية هي مصدر لهذه المواد الواردة في مجلة الأحكام وفي نفس الوقت هذه المواد هي امتداد للقواعد الفقهية، ومن هنا تتحدد طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية.

ثانياً: بعض تطبيقات القواعد الفقهية ضمن مواد مجلة الأحكام العدلية

لقد تضمنت مجلة الأحكام العدلية بالإضافة إلى تقنين مجموعة من القواعد الفقهية على شكل نصوص قانونية ملزمة كما أشرنا سابقاً، نجدها اعتمدت فحوى بعض القواعد الفقهية في تنظيم مجموعة من المعاملات حيث أسس صائغي هذه المجلة مجموعة من المواد على القواعد الفقهية، لذلك تعتبر تلك المواد تطبيقات مباشرة لتلك القواعد ومن أهم القواعد الفقهية التي نجد لها تطبيقاً واضحاً بين مواد مجلة الأحكام العدلية هي كالتالي:

أ- قاعدة الضرر يزال

بتفحصنا لمواد مجلة الأحكام العدلية نجد حضور وازن لقاعد الضرر يزال وفروعها 1 حيث أخذ بفحواها في تقنين بيع الخيار حيث نصت المادة 115 على "البيع الغير اللازم: هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات." وأضافت المادة 116 من نفس المجلة "الخيار: كون أحد العاقدين مخيراً على ما سيجيء في بابه."

فباب الخيار في البيع، هناك عددٌ من الخيارات التي تخوّل أحد المتبايعين فسخ البيع، لماذا فُسخ البيع؟ من أجل درء الضرر الواقع أو المتوقع، خيار العيب مثلاً، خيار الغبن، كل هذه خيارات قررت في الشريعة من أجل إزالة الضرر الذي يقع على الناس.

هكذا حتى في خيار المجلس أو في خيار الشرط، لماذا اشترط الخيار؟ ليدفع عن نفسه ضرراً يتوقعه. وتجدر الإشارة أن خيار الشرط غير مخصوص بعقد البيع فقط، بل يكون متاح في الإقالة والقسمة والشفعة والمزارعة والصلح.... فهو يجوز في كل العقود الملزمة التي تقبل الفسخ²، وهذا هو بيت القصيد في بيع الخيار إعطاء فرصة رفع الضرر عن أحد المتعاقدين في العقود الملزمة وهو تطبيق واضح لقاعدة الضرر يزال.

ب: قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان

لما كان الاستصحاب أحد الأدلة التي تقوم على استمرار بقاء الحكم السابق حتى يرد ما يرفعه، وهو أمر ثابت عند الفقهاء، وصار على منواله القضاء، فنرى كثيراً من القوانين والأحكام القضائية قد بُنيت على هذا الأصل وعلى هذه القاعدة الفقهية والأصولية.

فالملك الثابت يعتبر قائماً حتى يثبت ما يزيله، والذمة المشغولة بدين أو بأي التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت ما يخليها منه، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت ما يشغلها،

1 أنظر المواد 224 و225 و1080 و1209 و1209 من مجلة الأحكام العدلية.
2 الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، المجلد الأول، دار عالم الكتب، الرياض، السنة 2003، الصفحة 289 ومايلها.

وفي لائحة ترتيب مواد مجلة الأحكام العدلية وجدنا أن بعض المواد قد بُنيت على قاعدة الأصل بقاء ما كان على مكان ، ومثال ذلك مايلي :

وما ورد في المادة 1683 من المجلة:

"تحكيم الحال: يعني جعل الحال الحاضر حكماً هو من قبيل الاستصحاب. والاستصحاب هو الحكم ببقاء أمر محقق غير مظنون عدمه وهو بمعنى إبقاء ما كان على ما كان. " وتطبيقها الجلي في المادة 1694 من المجلة نفسها:

"وإذا ادعى أحد من التركة كذا ديناً وشهدت الشهود بأن للمدعي في ذمة الميت مقدار ما ادعى من الدين فيكفي، ولا حاجة إلى التصريح بكونه باقياً في ذمته إلى مماته، وإذا ادعى بعين يعني لو ادعى بأنه كان له في يد الميت عين فالحال على هذا المنوال. "

فمن خلال ما سبق يتبين أنه تم الأخذ بقاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان" لإثبات الدين في ذمة الميت، وتمت مصاحبة الأصل الذي هو وجود الدين حتى ولو كان قد تم إستفائه من الميت قبل موته، لأن الأصل هو ثبوت الدين بالشهود في ذمة الميت فيبقى هذا الأصل حتى يثبت نقيضه¹.

ج: العرف عرفاً كالمشروط شرطاً

يقصد بقاعدة "العرف عرفاً كالمشروط شرطاً" أنه إذا تعارف الناس على أمر من الأمور، وكان غير مخالف لنصوص التشريع أو نص صريح وارد بالعقد يعتبر هذا العرف نافذاً و كأنه شرط واجب الالتزام به، وفي هذا الخصوص يقول الفقهاء : " المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً "، و " العادة في عرف الشرع كالشرط " .

و من أمثلة لهذه القاعدة : إذا لم يحدد أجر العامل يُقدر على أساس ما تعارف الناس في حالته، وكذلك تكون نفقات نقل الشيء المبيع على المشتري .

و بقرائتنا المتمعنة لمواد مجلة الأحكام العدلية نجد مجموعة من المواد تأسست على هذه القاعدة² ونذكر منها على سبيل المثال ما جاء في المادة 244 من المجلة التي نصت على أن: "النفود التي لها أجزاء إذا جرى العقد على نوع منها كان للمشتري أن يعطي الثمن من أجزاء ذلك النوع، لكن يتبع في هذا الأمر عرف البلدة والعادة الجارية. مثلاً لو عقد البيع على ريال مجيدي كان للمشتري أن يعطي من أجزائه النصف والربع لكن نظراً للعرف الجاري الآن في دار الخلافة في الإسلامية و ليس للمشتري أن يعطي بدل الريال المجيدي من أجزائه الصغيرة العشر ونصفه. "

1 أنظر المادة 1694 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها في درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق.
2 تنص كذلك في نفس السياق المادة 251 من مجلة الأحكام العدلية" البيع المطلق ينعقد معجلاً، أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل. مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال. أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد أسبوع أو شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك.

فمن خلال المادة أعلاه لا يجوز للمشتري الإمتناع عن قبض الثمن في عقد البيع ولو كانت بعملة مغايرة لتلك المعمول بها شريطة أن تكون تلك النقود مساوية من حيث القيمة للثمن المحدد في العقد. أما طبيعة النقود والعملة فلا يحتج بها في الامتناع عن تسلم الثمن لاعتباره يدخل ضمن التزامات المشتري، فيرجع في تحديد قيمة الثمن بالنقود أو العملة الأجنبية إلى العرف والعادة الجارية بالبلد وبين التجار.¹

وفي أخير هذه الفقرة نخلص إلى أن مجلة الأحكام العدلية أخذت بمجموعة من القواعد الفقهية في صياغة موادها القانونية الملزمة لتنظيم مجموعة من المعاملات، وبذلك يمكننا القول أن معظم مواد المجلة هي تطبيقات مباشرة وغير مباشرة للقواعد الفقهية الكبرى وفروعها، وهذا دليل على دور القواعد الفقهية في إغناء القاعدة القانونية عبر التاريخ، ومن ثم تتحدد طبيعة العلاقة بين القاعدتين في كون الأولى مصدر للثانية كما أن القواعد القانونية بمثابة التقنين الملزم للقواعد الفقهية.

فالقواعد الفقهية تعتبر خزان تستمد منه عبر التاريخ القواعد القانونية قوتها وغناها، لذلك يجب الاعتراف بدور القواعد الفقهية كمصدر لنظيرتها القانونية ولو أنها لم تظهر بشكل جلي في بعض القوانين إلا أنها تعتبر تراث عبر التاريخ لتغذية القاعدة القانونية، انطلاقاً من مجلة الأحكام العدلية مروراً ببعض القوانين العربية التي استمدت هي الأخرى بعض نصوصها من مواد المجلة كما هو الحال في القانون المدني الأردني وبشكل غير مباشر القانون المدني التونسي والمغربي.

الفقرة الثانية: طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية من خلال بعض القوانين العربية.

كانت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لمعظم القواعد القانونية الواردة في القوانين العربية، وليس هذا فحسب بل إن أحكام الفقه الإسلامي تعتبر مصدراً يعتمد عليها القاضي عند انعدام النص القانوني، فإذا لم يوجد حكم قانوني يعالج الواقعة المعروضة أمام القاضي، فمبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الواجب اللجوء إليه، لكن مع تغلغل الاستعمار في بعض الأقطار العربية، وحفاظاً على مصالحه بدأت هذه الدول تتراجع عن اعتبار الفقه الإسلامي بصفة عامة والقواعد الفقهية بصفة خاصة كمصدر لتشريع القوانين في البلدان العربية، لكن بالرجوع لبعض القوانين العربية القديمة كقانون المدني الأردني نجده أعتمد بشكل كبير على القواعد الفقهية في صياغة مجموعة من المواد وهذا ما سنبينه في البند الأول من هذه الفقرة، كما سنعمل على إيضاح طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانون المدني المغربي في البند الثاني .

أولاً: طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانون المدني الأردني

1 الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المرجع السابق، الصفحة 224

لقد أورد القانون المدني الأردني 1 في أماكن مختلفة من أبوابه وفصوله مجموعة من القواعد الفقهية كما ورد بمجلة الأحكام العدلية²، وقد ناهز عدد هذه القواعد الخمسون قاعدة موزعة على جميع الأبواب، وسنقتصر على أهمها في هذا البحث، حيث يمكننا تناولها من خلال تقسيمها إلى القواعد الفقهية المتعلقة بالعقد وتفسيره (أ) ثم المتعلقة بالإثبات والضمان (ب).

أ: القواعد الفقهية المتعلقة بالعقد وتفسيره

لقد تضمن القانون المدني الأردني مجموعة من القواعد الفقهية المتعلقة بالعقد وتفسيره، ومن أهم هذه القواعد مع المواد 3 التي تضمنتها هي كالتالي:4

- ✓ الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزامهم في التعاقد المادة (213).
- ✓ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني المادة (214).
- ✓ أعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل المادة (216).
- ✓ العادة محكمة عامة كانت أو خاصة المادة (220).
- ✓ وتعتبر العادة إذا طردت أو غلبت والعبرة للغائب الشائع لا للنادر المادة (220).
- ✓ تترك الحقيقة بدلالة العادة المادة (220).
- ✓ الغرم بالغرم المادة (235).
- ✓ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل المادة (236).
- ✓ من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه المادة (237).

فهذه بعض المواد بالقانون الأردني التي قننت بعض القواعد الفقهية وفروعها على شكل نصوص قانونية متعلقة بالعقد وتفسيره في القانون المدني الأردني، والتي يرجع إليها القضاء والمتعاقدين على حد سواء وهذا إن دل على شيء فهو يدل على الفوائد العظيمة للقواعد الفقهية وغنائها ومدى صلاحيتها لإدراجها بالقوانين الوضعية، وهذا يكرس العلاقة القائمة منذ التاريخ بين القواعد الفقهية والقانونية باعتبارها علاقة تكامل واستمداد.

ب: القواعد الفقهية المتعلقة بالإثبات والضمان

لقد تضمنت مواد القانون المدني الأردني مجموعة من القواعد الفقهية وفروعها المتعلقة بالإثبات والضمان ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر 5 مايلي:

✓ الأصل براءة الذمة المادة (73).

1 المقصود هو القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976
2 الفرق بين القانون المدني الأردني ومجلة الأحكام العدلية أن مجلة الأحكام قد أوردت القواعد الفقهية في بدايتها بشكل متسلسل من المادة (2) إلى المادة (100)، أما القانون الأردني فقد أورد هذه القواعد في أماكن مختلفة حسب الموضوعات.
3 يرجع لنصوص المواد بالقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
4 للتوسع أكثر أنظر: أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني، مقال منشور بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، رحيل محمد الغرابية، المجلد 13، العدد الثاني، 1438هـ/2017م
5 للتوسع أكثر أنظر: أثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني، المرجع السابق الصفحة 256 وما يليها

✓ اليقين لا يزول بالشك المادة (74).

✓ ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه المادة (75).

✓ البيينة على من ادعى واليمين على من أنكر المادة (77).

✓ لا حجة مع التناقض ولكن لا أثر له في حكم المحكمة المادة (85).

✓ على اليد ما أخذت حتى تؤديه المادة (279).

✓ الجواز الشرعي ينافي الضمان 1 المادة (61).

✓ جناية العجماء 2 جبار 3 المادة (289) 4.

فمن خلال الرجوع لمقتضيات المواد المشار إليها أعلاه وقرائنها يتمعن يظهر لنا جليا الارتباط القوي بين الأحكام القانونية المتعلقة بالإثبات والضمان ونصوص القواعد الفقهية وفروعها المتعلقة بنفس المعاملات فأحيانا نجدها طبق لأصل وفي أحيان أخرى نجد المشرع المدني الأردني أدخل عليها بعد التعديلات الطفيفة، ونفس الشيء بالنسبة للقواعد المتعلقة بالعقد وتفسيره كما أشرنا سابقا.

وفي الأخير نخلص إلى أن طبيعة العلاقة بين القواعد الفقهية والقانون المدني الأردني هي علاقة متبادلة منذ التاريخ تمكن القاعدة الفقهية من خدمة وإغناء القاعدة القانونية والعكس صحيح فهي إذن علاقة متبادلة (Relation Réciproque).

ثانيا: طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانون المدني المغربي

إن علاقة القواعد الفقهية بالقانون المدني المغربي هي أقل جلاء من القوانين المدنية العربية الأخرى، حيث تأثير هذه القواعد في القانون المدني المغربي يمكن اعتباره تأثيرا غير مباشر لذلك سنبين علاقة الفقه الإسلامي بصفة عامة بأحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي، ومن تم بصفة خاصة القواعد الفقهية، ويمكن إيضاح هذه العلاقة من خلال عرض المصادر التاريخية لوضع قانون الالتزامات والعقود (أ) ثم من خلال مظاهر القواعد الفقهية في نصوص قانون الالتزامات والعقود (ب).

أ: المصادر التاريخية لقانون الالتزامات والعقود

تعتبر مجلة العقود والالتزامات التونسية المصدر التاريخي الرئيسي لقانون الالتزامات والعقود المغربي بل هو نسخة لها، لذلك سأعرض أهم مصادر هذه المجلة للتوصل إلى علاقة الفقه الإسلامي بوجه عام والقواعد الفقهية بوجه خاص بالقانون المدني المغربي، وتتجلى أهم مصادر مجلة العقود والالتزامات التونسية في ما يلي:

1 من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يضمن ما يحدث من ضرر جراء ذلك الاستعمال.
2 العجماء هي الحيوان، صحيح مسلم بشرح النووي، النووي: يحيى بن شرف، دار الفكر، بيروت 1983، الجزء 11، ص 225.
3 الجبار هو الهدر الذي لا شيء فيه، يعني ما يسببه الحيوان من ضرر بنفس أو مال لا ضمان فيه، ماعدا إذا تثبت مسؤولية راحبه أو سائقه... لأن الضمان يقتضي وجود الذمة والحيوان لا ذمة له، معالم السنن، الخطابي حمد بن محمد البستي، الطبعة الثانية 1981، المكتبة العلمية بيروت لبنان، الصفحة 40.
4 أصل هذه القاعدة حديث شريف رواه البخاري في كتاب الديات، باب المعدن جبار، والبئر جبار، حديث رقم 6912.

- القانون المدني الفرنسي:

فلا يخفى على أحد تأثر القانون الفرنسي بالفقه الإسلامي، الراجع لمجموعة من العوامل أبرزها انتشار الإسلام في إسبانيا وجنوب فرنسا لمدة طويلة، زيادة على ترجمة مجموعة من الكتب الفقهية كمختصر الشيخ خليل وغيره و الاستفادة منها عند وضع القانون الفرنسي¹، ولذلك نجد بعض القواعد الفقهية حاضرة بالقانون الفرنسي كقاعدة المشقة تجلب التيسير المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة وقاعدة الغنم بالغرم...

- مدونة سانتيانا:

فالفقيه داود سانتيانا يعتبر من خبراء الفقه الإسلامي مما جعل هذه المدونة تشمل بعض أحكام الفقه المالكي بالإضافة لبقية المذاهب، هذا ولا ننسى اعتماد مدونة سانتيانا في صياغتها على نصوص مجلة الأحكام العدلية² التي تعتبر التقنين المباشر للقواعد الفقهية وأحكام الفقه الإسلامي عامة، وبالتالي المنطق السليم يسمح لنا القول بتأثر مجلة التزامات والعقود التونسية بالقواعد الفقهية ومن تم تأثر قانون الإلتزامات والعقود المغربي الذي يعتبر نسخة للمجلة كما أشرنا سابقا.

- توجيهات لجنة النظر الشرعي

فهذه اللجنة المكونة من فقهاء جامعة الزيتونة بتونس كانت لهم بصمتهم في تنقيح المجلة، وحذف كل ما يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية، وإضافة ما يوافق أحكام الفقه الإسلامي.³ فمن خلال قرائتنا للمصادر التاريخية لوضع مجلة العقود والالتزامات التونسية ومن تم قانون الإلتزامات والعقود باعتبار القانونين غصنين من شجرة واحدة كما يقول الأستاذ حماد العراقي، يظهر لنا جليا أثر الفقه الإسلامي في القانونين التونسي والمغربي وأن تجليات مراعاة قواعد وأحكام الفقه الإسلامي في قانون الإلتزامات والعقود المغربي تسطع كشمس وسط النهار كما يصفها الأستاذ شكري السباعي.⁴ وإذا قمنا بالتوصل إلى طبيعة العلاقة بين الفقه الإسلامي وقانون الإلتزامات والعقود، فمعنى ذلك يجب التسليم بوجود علاقة بين القواعد الفقهية التي تعتبر جزءا من الفقه الإسلامي والقواعد القانونية الواردة بقانون الإلتزامات والعقود المغربي.

ب: مظاهر القواعد الفقهية في القانون المدني المغربي

إن مظاهر القواعد الفقهية وفروعها واضحة في بعض فصول قانون الإلتزامات والعقود وهذا شيء طبيعي نظرا لطبيعة المصادر التاريخية لوضع هذا القانون كما أشرنا إليها سابقا، ومن بين القواعد الفقهية التي يظهر تأثيرها في بعض الفصول بقوة نذكر على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

1 المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة: 'نموذج القانون المدني المغربي، محمد العاجي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، مطبعة البيضاوي، الطبعة الأولى 2011، الصفحة 283

2 الثقافة والقانون: الجزء الأول قانون الإلتزامات والعقود، مائة سنة من الصمود، أحمد ادريوش، منشورات سلسلة المعرفة القانونية. مطبعة الأمنية الرباط. الطبعة الأولى 2016 الصفحة 30.

3 للتوسع أكثر أنظر المختصر الخليلي وأثره في الدراسات المعاصرة: 'نموذج القانون المدني المغربي، مرجع سابق، الصفحة 286 وما يليها.

4 دراسة تقييمية لقانون الإلتزامات والعقود: تاريخ وتطور وتعديلات وتغييرات ومحاور الإصلاح، شكري السباعي، مداخلة بمناسبة الإحتفال بالذكر المؤبقة لوضع قانون الإلتزامات والعقود، ألقاها بكلية الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط.

-قاعدة الأمور بمقاصدها

فبقرائنتنا لفصول قانون الالتزامات والعقود نجد مجموعة من المقتضيات القانونية تضمن فحوى القاعدة الفقهية الأمور بمقاصدها ومن بينها الفصل 75 حيث ميز المشرع بين حسن النية وسيء النية، ونفس الشيء في الفصلين 101 و103 من قانون الالتزامات والعقود.1

-قاعدة المشقة تجلب التيسير

بالرجوع للفصل 243 2 من قانون الالتزامات والعقود نجد المشرع أقر بنظرية الظروف الطارئة حيث سمح للقضاة مراعاة ظروف المدين وإعطائه أجالا إضافيا من أجل سداد ما بذمته وذلك فيه تخفيف على المدين جراء ما يمكن أن تحل به من ظروف شاقة تمنعه من تسديد الدين في أجله الأصلي، وهذا تطبيق واضح للقاعدة الفقهية المشقة تجلب التيسير.

- قاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا

إن قاعدة المعروف عرف كالمشروط شرطا وهي قاعدة فرعية عن قاعدة العادة محكمة تعتبر من بين القواعد الفقهية الحاضرة بفصول متعددة من قانون الالتزامات والعقود، حيث كان من المستحيل على المشرع أن يسد الباب أمام اعتبار الأعراف المحلية في جميع المعاملات بين الناس، لذلك أوجد بقوة نصوص تراعي العادات العامة والأعراف المحلية التي تشكل جزءا من تراث وثقافة المجتمع المغربي.3 ولم يكتفي المشرع من خلال مقتضيات قانون الالتزامات والعقود بالتأكيد على أهمية العرف والعادة بل جسدها في نصوص قانونية ملزمة حيث تجاوز عدد الفصول التي أشارت إلى العرف 34 فصل،4 فهذا الزخم من الفصول يبين الحضور الوازن لقاعدة العرف عرفا كالمشروط شرطا في مقتضيات قانون الالتزامات والعقود وبين أهمية العلاقة التاريخية القائمة منذ 1913 تاريخ صدور هذا القانون والقواعد الفقهية باعتبارها مصدرا لتشريع النصوص القانونية.

وفي نهاية هذه الفقرة لا بد أن نخلص بالملاموس أن القواعد الفقهية لها علاقة وطيدة بمجموعة من القوانين المدنية العربية سواء بشكل مباشر كما هو الحال في القانون المدني الأردني أو بشكل غير مباشر كما رأينا في القانون المدني المغربي، لكن في جميع الأحوال تبقى العلاقة التاريخية قائمة بين القواعد الفقهية والقوانين المدنية، وتحدد طبيعة هذه العلاقة من خلال حاجة القواعد الفقهية لنصوص القوانين المدنية من أجل تقنينها

1 ينص الفصل 75 من قانون الالتزامات والعقود: "من أثرى بغير حق إضرارا بالغير لزمه أن يرد له عين ما تسلمه، إذا كان مازال موجودا، أو أن يرد له قيمته في يوم تسلمه إياه، إذا كان قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه، وهو ضامن في حالة التعيب أو الهلاك الحاصل بقوة قاهرة من وقت وصول الشيء إليه إذا كان قد تسلمه بسوء نية. والمحرز بسوء نية يلتزم أيضا برد الثمار والزيادات والمنافع التي جناها وتلك التي كان من واجبه أن يجنيها لو أحسن الإدارة، وذلك من يوم حصول الوفاء له أو من يوم تسلمه الشيء بغير حق. وإذا كان المحرز حسن النية، فإنه لا يسأل إلا في حدود ما عاد عليه من نفع، ومن تاريخ المطالبة."

2 ينص الفصل 243 على مايلي: "إذا لم يكن هناك إلا مدين واحد، لم يجبر الدائن على أن يستوفي الالتزام على أجزاء، ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة، وذلك ما لم يتفق على خلافه إلا إذا تعلق الأمر بالكمبيالات. ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها"

3 دراسة تقييمية لقانون الالتزامات والعقود: تاريخ وتطور وتعديلات وتغييرات ومحاور الإصلاح، مرجع سابق الصفحة 13
4 أنظر على سبيل المثال الفصول 231 و235 و242 و250...

وإكسابها القوة الملزمة لأن تقنين القواعد الفقهية على شكل نصوص قانونية يكسبها الإلزام، وكذلك من خلال حاجة القوانين المدنية للقواعد الفقهية باعتبار هذه الأخيرة مصدرا لها.

الخاتمة:

بعد محاولتنا مقارنة موضوع طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية خلصنا إلى مجموعة من النتائج كما يلي:

✓ أن بداية العلاقة بين القواعد الفقهية والقانونية بدأ قبل وضع مجلة الأحكام العدلية لكن وضع هذه المجلة هي الفترة البارزة في تاريخ هذه العلاقة من خلال تقنينها لمجموعة من القواعد على شكل نصوص قانونية ملزمة.

✓ أن مجموعة من القوانين العربية لها إرتباط تاريخي بالقواعد الفقهية ولا سيما القانون المدني الأردني.

✓ أن طبيعة العلاقة التاريخية بين القواعد الفقهية والقانونية هي علاقة تكامل واستمداد.

✓ أن القواعد الفقهية عبر التاريخ كانت في حاجة للقواعد القانونية لتكتسب درجة التقنين وقوة الإلزام،

كما أن القواعد القانونية كانت في حاجة للقواعد الفقهية من أجل إغنائها و اتخاذها مصدرا لها.

وبعد قرائتنا للنتائج أعلاه، والتوسع نوعا ما في موضوع تاريخ العلاقة بين القواعد الفقهية والقانونية

نقترح التوصيات التالية:

✓ الإعراف بشكل صريح بتاريخ العلاقة بين القواعد الفقهية والقانونية، وأهمية التكامل الحاصل بين

القاعدتين منذ التاريخ.

✓ تقنين بعض القواعد الفقهية على شكل نصوص قانونية ضمن كل قانون، وذلك حسب القواعد

الملائمة لموضوع كل قانون، فمثلا القانون التجاري يخصص بعض المواد لتقنين القواعد الفقهية المتعلقة

بالمجال التجاري وهكذا بقية القوانين...

✓ زيادة الاهتمام بالقواعد الفقهية وإدراجها كوحدة مستقلة ضمن وحدات المقرر الجامعي الخاص

بكليات الحقوق.

التغيرات المناخية و اللاجئين البيئي

آمال والشرف: باحثة بسلك الدكتوراه
مختبر الدراسات القانونية والسياسية لدول البحر المتوسط-
جامعة محمد الأول-وجدة. المغرب

حظيت مشكلة التغيرات المناخية¹ changements climatiques في الآونة الأخيرة بقدر كبير من الاهتمام في الأوساط الأكاديمية والبحثية وكذلك في دوائر صانعي القرار محلي المستوى العالمي وكذلك داخل المنظمات الحكومية الدولية والمراكز المتخصصة سواء الفنية أو السياسية وذلك تزامنا مع تغير القيادة السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية واعتلاء فيما يتعلق بقضايا البيئة عامة والتغيرات المناخية خاصة والدليل على ذلك حديثة في كافة زيارته الخارجية عن مخاطر تلك الظاهرة المناخية. إلى جانب الجهود الدولية الحثيثة – خاصة من خلال الاتحاد الأوروبي – للاتفاق على الفعالة للحد من انبعاث الغازات المتسببة لارتفاع درجة حرارة الأرض والآثار المترتبة عليها.

ولقد اكدت الابحاث العلمية الحديثة أن تلك الاثار السلبية للتغيرات المناخية في تلك منطقة الشرق الأوسط والمغرب العربي وإفريقيا لا تقتصر على تلك التأثيرات الديموغرافية والاقتصادية وإنما اصبحت كذلك مصدرا جديدا للتهديدات والتوترات السياسية بما تثيره من قضايا متعلقة بموارد المياه والأمن الغذائي ومن المتوقع أن يعمق التغير المناخي من مجموعة المشكلات المتعلقة بنقص الموارد الطبيعية التي تعاني منها المنطقة.

المفوضية السامية لشؤون اللاجئين لا تعترف للمهجر لأسباب بيئية بصفة اللاجئ، إذ ان اتفاقية جنيف لحماية اللاجئين لعام 1951 حددت مصطلح اللاجئ البيئي بشكل حصري لا يمكن تجاوزه بإدراج فئة جديدة من اللاجئين دون ان تكون مذكورة في نص الاتفاقية، والسبب في ذلك يعود إلى حداثة مشكلة اللجوء البيئي إذا ما قورن بأنواع اللجوء الأخرى.

ان عدم الاعتراف بالمشكلة من ناحية قانونية يعود إلى أن المجتمع الدولي مازال متخوفاً من الاعتراف بتلك المشكلة وذلك لأسباب عدة منها، الاسباب السياسية والاسباب الاقتصادية، ولكن في حقيقة الأمر ان السكوت عن المشكلة وعدم التحرك لا يجاد حلول قانونية دولية قد يؤدي إلى مشاكل أكبر، إذ ان الهجرة

¹ - يمكن تعريف التغير المناخي بأنه: أي تغيير أو إخلال طويل الأمد يحصل في حالة المناخ نتيجة للتغير الحاصل في توازن الطاقة وسيرانها، ويكون مؤثرا في النظم البيئية والطبيعية، ويشير التغير المناخي أيضا إلى التغير المستمر في مناخ الكرة الأرضية، ناتج عن أسباب كونية أو طبيعية أو بشرية يؤثر سلبا على الغلاف الجوي ويؤدي إلى وقوع كوارث طبيعية مدمرة". انظر: حسن شاكر عبد الكوفي: ظاهرة الاحترار الكوني وعلاقتها بنشاطات الإنسان والكوارث الطبيعية"، رسالة لنيل ماستر إدارة البيئة، كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة العربية المفتوحة بالاندنمرك، 2008-2009، ص: 22

غير المنظمة لضحايا الكوارث الطبيعية قد تؤدي إلى زعزعة الامن والسلم الدوليين نتيجة لنشوب الصراعات على الموارد الطبيعية. لذا فقد أن الاوان للتفكير بشكل جدي لوضع الحلول القانونية التي تعالج هذه الحالة، بوضع معاهدة دولية جديدة تهتم بالوضع القانوني للاجئ البيئي وسبل حمايته.

المبحث الأول: مفهوم اللاجئ البيئي

لا يوجد هناك اتفاق واضح حول تعريف محدد للجوء البيئي، وهناك من يطلق عليها الهجرة بسبب تغير المناخ، أيضا الهجرة الإيكولوجية... الخ.

إن فكرة اللاجئين البيئيين أو المناخيين تطرق إليها مجموعة من الباحثين والكتاب، ففي عام 1976 تحدث عنها الباحث Brown Lister، ليتم تعميمها في 1986 من طرف El-Hinnawi في التقرير الأممي للبرنامج البيئي، حيث عرف هذا التقرير اللاجئ البيئي: "الأشخاص الذين أُجبروا على مغادرة مساكنهم الأصلية بصفة مؤقتة أو دائمة، بسبب توترات بيئية معتبرة (طبيعية، أو مرتبطة بالنشاط الإنساني) والتي تعرض وجودهم للخطر أو تؤثر فعليا على نوعية حياتهم". وفي 1980 دخل النقاش حول اللاجئين البيئيين إلى الساحة الأكاديمية وذاع في المجال السياسي، ومن هنا ظهرت العديد من التحديات النظرية والقانونية والسياسية للتعامل معه¹:

–التبريرات النظرية: الهجرة هي نتيجة مجموعة من العوامل، منها البيئية، لذلك فالعوامل البيئية هي جزء من التعددية السببية المعقدة لظاهرة الهجرة، إلى جانب العوامل الاقتصادية والاجتماعية وحسب المفكر Casteles فإن تعبير اللاجئين البيئيين هو مفهوم بسيط جدا لا يرقى لأن يكون عامل محدد للهجرة.

–التبريرات القانونية: إن مصطلح اللاجئين البيئيين هو مفهوم غير مناسب ليتلاءم مع القانون الدولي والأخطار الدولية، لأن اللاجئ البيئي يتعارض مع مفهوم اللاجئ الذي يتطلب حماية خاصة كفلها له القانون الدولي و الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، فاللاجئ حسب هذه الاتفاقيات هو الشخص الذي ينتقل من بلد إلى آخر، على عكس اللاجئ البيئي الذي قد يرتبط تنقله بالمستوى الداخلي.

–التبريرات السياسية: رفض مفهوم اللاجئين البيئيين، لأنّ هذا المفهوم يستعمل كذريعة من طرف الدول لإخراجه من سياقه السياسي، مما يسمح للدول من التهرب لتوفير اللجوء، فالهجرة البيئية قد تحفز وتفعّل السياسات المناهضة للهجرة، وهو ما يؤثر بدوره على العوامل السياسية والاقتصادية، وحتى على أداء المؤسسات للتعامل مع ظاهرة الهجرة بشكل كلي².

1- في كنزة: الهجرة البيئية بين الدواعي الإنسانية والتداعيات الأمنية في إفريقيا: إقليم دارفور نموذجا، المركز الديمقراطي العربي، على الرابط: <http://bit.ly/2Ee83E5>

2- Diana Hummel and all، "climate change، environmental and migration،" **micle**، (Frankfurt (2012): p.10.

ويرجع سبب غياب اتفاق حول التعريف إلى صعوبة فصل العوامل البيئية عن غيرها من العوامل الدافعة للهجرة، أيضا أحد المعوقات هي الخلط بين الهجرة القسرية والهجرة الطوعية¹.

وفي الهجرة البيئية هناك حالات واضحة ترتبط بتغير البيئية مثل: الزلازل والفيضانات... الخ وهناك حالات غير واضحة وهي الأكثر تعقيدا، كونها عمليات تعرية بطيئة التأثير، مثل: التصحر فتزايد أنماط الهجرة الحالية يسهم في صعوبة تحقيق الإجماع حول التعريفات. ولكن هناك محاولة لإعطاء تعريف يتمثل في: "هي ظاهرة ترتبط بأسباب بيئية مباشرة وغير مباشرة، التي تتسبب في المغادرة الدائمة للسكان من مناطقهم الأصلية."

أما تعريف المنظمة الدولية للهجرة، فهي تفضل استخدام مصطلح المهاجر البيئي بـ: "الشخص أو مجموعات من الأشخاص يجبرون لأسباب تتعلق بتغيرات متلاحقة ومفاجئة في البيئة تؤثر بالسلب على حياتهم وظروف معيشتهم، على ترك منازلهم، ويختارون القيام بذلك بصورة مؤقتة أو دائمة، ويتحركون داخل البلاد وخارجها لسنة 2012 بلغ حوالي 30 مليون نسمة وتوقع الخبراء أن يصل هذا العدد إلى 200 مليون شخص بحلول عام 2050.²

قد يكون هذا النوع من اللجوء جديداً في التداول، لكنه سيكون في المستقبل حال بقية أنواع اللجوء، وقد أظهرت الدراسة التي أعدها معهد البيئة والأمن البشري التابع لجامعة الأمم المتحدة "إن التصحر وارتفاع مستويات المياه في البحار والفيضانات والعواصف المرتبطة بتغير المناخ ربما تؤدي إلى لجوء الملايين من البشر"، وقال "جانوس بوجاردي" رئيس المعهد الذي يتخذ من بون مقرا له لرويترز "إننا ندق أجراس إنذار علمية وسياسية... نحن بحاجة إلى التحرك"، وقدّر إن نحو 20 مليونا اضطروا بالفعل للزوح بسبب مشكلات مرتبطة بتدمير البيئة تراوحت بين تآكل الأرض الزراعية إلى تلوث إمدادات المياه، ودعا المعهد إلى الاعتراف بأن "اللاجئين البيئيين" الذين لجئوا بسبب تدهور البيئة سيحتاجون الحصول على الغذاء والأدوات والمأوى والرعاية الطبية والمنح، تماما مثل اللاجئين السياسيين الذين يفرون من الحرب أو الاضطهاد في بلدانهم³.

1- رحلت السلطات النيوزيلندية رجلاً من دولة كيريباتي (كيريباتي)، وهي دولة صغيرة ومنعزلة تشكل أرخبيلاً يتألف من 33 جزيرة متباعدة تنتشر على امتداد خط الاستواء في أعالي المحيط الهادي على مساحة واسعة تعادل ثلثي مساحة الولايات المتحدة. يطلب وضع اللجوء في نيوزيلندا بسبب تأثيرات تغير المناخ في بلاده.

و جرى ترحيل إيوان تيتيوتا على متن رحلة من مطار أوكلاند الأربعاء 23 سبتمبر 2015، بعدما رفض مساعد وزير الهجرة كريج فوس في اللحظة الأخيرة التماساً بالسماح له بالبقاء في البلاد لأسباب إنسانية. واعتقل تيتيوتا في أوكلاند الثلاثاء 22 سبتمبر 2015 بعدما تجاوز مدة تأشيرته ورفض استئنافه القانوني من أجل الإقامة. وواجهت زوجته أنجوا إريكا وأبناؤهما الثلاثة المولودين في نيوزيلندا أوامر ترحيل لكن تم السماح لهم استثنائياً بالبقاء لمدة أسبوع إضافي للتحضير لترحيلهم.

وخسرت الأسرة آخر محاولة لكسب وضع اللجوء في يوليو/تموز 2015، عندما قضت المحكمة العليا بأن الأسرة لن تواجه ضرراً خطيراً إذا عادت إلى بلادها. صحيفة الخليج العربي 2015/09/24.

2- فني كنزة: الهجرة البيئية... المرجع السابق.

3- سامي عباس: اللاجئ. إنسان قبل كل شيء، موقع ذي قار، 14 سبتمبر 2010 على الرابط: <http://bit.ly/2PO7JBn>

المنظمة الدولية للهجرة لا تستخدم على أية حال مصطلح "لاجئ بيئي"، لكننا نتحدث عن "المهاجرين البيئيين"، وذلك لأن اتفاقية جنيف التي حددت شروط قبول اللجوء لم تذكر المناخ كسبب من الأسباب، وإنما حصرت منح اللاجئ حق اللجوء حال تعرضه للاضطهاد السياسي والديني.

ومع ذلك، فإن المنظمة الدولية للهجرة تعترف صراحة بأن التغير المناخي قد يكون سببا للهجرة، بل إن الدول الأعضاء في المنظمة الدولية للهجرة وافقت في عام 2007 على تعريف مصطلح "المهاجرين البيئيين"¹.

نعم، هذا التعريف هو نتيجة عشرين عاما من العمل الشاق، وهو يستخدم الآن أيضا على نطاق واسع في النقاش الدولي، لكن هناك أيضا انتقادات كثيرة. نشأ هذا التعريف على هامش التحضيرات لمؤتمر كوبنهاغن للمناخ، عندما تشكل داخل المنظمة الدولية للهجرة من ناحية وعي أكبر بتأثير البيئة والمناخ على حركات الهجرة، ومن ناحية أخرى عندما أصبح تدهور الظروف البيئية جراء التغير المناخي أمراً واضحاً على نحو متزايد.

المبحث الثاني: أسباب اللجوء البيئي

ترتبط درجة الاستقرار السياسي والأمني حالياً بجزء كبير من المكونات البيئية للدولة الحديثة؛ إذ إن الدول التي تعيش تقلبات مناخية واضطرابات بيئية تتأثر بنيتها الاقتصادية والأمنية تحديداً بعناصر الاضطراب البيئي. وتواجه إفريقيا عناصر الهشاشة والانكشاف سنويًا وفق مؤشرات قياس الهشاشة والفسل وتظهر الدراسات التبعية حجم التأثير المتبادل بين الفسل والهشاشة وعدم قدرة الدولة على تجاوز أزماتها البيئية².

نؤمن -ضمنياً- أن الإنسان يضطر لترك بلده بحثاً عن آخر أكثر أمناً بيئياً له ولأولاده، ونستقرئ الهجرات فنجد منها بسبب الفيضانات أو البراكين أو الزلازل أو الأعاصير، أو الحرائق أو العواصف الترابية، وكذلك الجفاف والتصحر، ويتطلب الأمر تكاليف باهظة لتعويض الخسائر، وتأمين متطلبات «النازحين» بدرجة لا تقل أهمية عن اللاجئين لأسباب سياسية، أو نتيجة الخوف من التعرض للاضطهاد بسبب العرق أو اللون أو القومية أو حتى الدين، حسب المفهوم الدارج للجوء³.

واللاجئون البيئيون الذين ينتقلون من مقرات سكنهم بفعل التغير المناخي أو التبدل البيئي أو التعديل الجيولوجي، لا يشكلون ظاهرة جديدة، بل يتمثلون بمئات الآلاف من القرويين الذين هجروا إثر إنجاز سد المضائق الثلاثة في الصين مثلاً، أو أولئك الذين صاروا من دون مأوى إثر حدوث موجة المد البحري قبل

¹ حوار أجراه موقع دوتش فيليه مع خبيرة قضايا الهجرة دينا إيونسكو حول الهجرة البيئية، موقع دوتش فيليه بتاريخ 10 نوفمبر 2013 على الرابط: <https://p.dw.com/p/1A6S5>

² بوحنية قوي: البيئة في إفريقيا: تهديدات جديدة ومسارات حرجة، مركز الجزيرة للدراسات، 27 يوليو 2016، على الرابط:

<http://bit.ly/35q1CCu>

³ بيلسان عمر: إرهاب التلوث، اللاجئ البيئي، خيار أم ضرورة، موقع عنب بلدي، العدد 114 - الأحد 27/4/2014 على الرابط: <http://bit.ly/2rCSLpM>

سنتين في آسيا، أو بالسكان الذين شردتهم الرياح الموسمية الشديدة في آسيا الجنوبية أو الإعصار كاترينا في ولاية نيو أورليانز الأمريكية. إنهم أيضاً البدو ضحايا جفاف الساحل الأفريقي المجربون على النزوح إلى الواحات الجنوبية، إضافةً إلى صيادي الأسماك في بحيرة تشاد، وتحولوا إلى مزارعين، بعد أن تقلّصت مساحة سطح مياهها 90 في المئة خلال أربعين سنة.

إحدى المنظمات البريطانية غير الحكومية تتوقع أن يبلغ عدد اللاجئين البيئيين بليوناً في 2050، من بينهم نحو 300 مليون يهجرون مناطقهم بفعل ارتفاع مياه المحيطات والبحار والأنهار. لكن لائحة الكوارث البيئية والمناخية لن تحصر الأضرار في نزوح السكان والتبدل الديموغرافي، بل فعلها الأقوى سيكون على صعيد الزراعة المهددة بتقلّص المساحات الصالحة لها وبتراجع مستوى الإنتاج، في وقتٍ يزداد الطلب تماشياً مع ارتفاع عدد سكان الأرض. على صعيد المنظومة الكونية، تخطى العبء البيئي قدرة كوكب الأرض على التحمل سنة 1980، وفي 1999 تجاوز قدرتها بنسبة 20 في المئة. وبتعبير آخر بات نصيب الفرد من المساحة المزروعة تلك السنة، 1.9 هكتار في مقابل 2.3 في المئة القدرة العادية المحققة في 1980. وبحسب تقديرات «فريق الخبراء البيئيين لتطور المناخ» (GIEC)، فإن ارتفاع الحرارة بين درجتين وست درجات مئوية من الآن حتى 2100، سيؤدي إلى إخفاء مساحات زراعية وتهدد بعضها بالملوحة مثل دلتا النيل، وسيضرب الجفاف مساحات أخرى. بتعبير آخر، الأرض غير المزروعة تعني الجوع ويحتمل أن يطاول 200 مليون إضافية في 2100، مع اتساع النزوح إلى ضواحي المدن الكبيرة وازدياد متطلبات النمو.¹

لعل أكثر ما يهمننا في هذا السياق هو مدى تلك التأثيرات المناخية على المياه وأثره المردود الى قضية اللاجئين البيئيين. فقد يكون الإحترار العالمي واقعا بينا بالفعال. إلا أن الإحترار الهائل المتوقع حدوثه خلال القرن الحادي والعشرين سيؤدي إلى حدوث تغيرات ضخمة في معدلات التبخر والترسب مصحوبا بمزيد من التغيرات غير المتوقعة في الدورة الهيدرولوجية. فالارتفاع الشديد في درجات الحرارة سيؤدي بدوره إلى زيادة معدلات تبخير المياه في العالم – خاصة المحيطات – مما يتسبب في زيادة كثافة دورة المياه إلى جانب ازدياد سرعة تبخير المياه من اليابسة وبالتالي وصول كمية أقل من المياه الخاصة بالأمطار إلى الأنهار.²

فالتقرير الخاص عن سيناريوهات الانبعاثات الذي وضعته الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (التقرير الخاص عن سيناريوهات الانبعاثات، 2000) يتوقع حدوث زيادة في الانبعاثات العالمية من غازات الدفيئة بنسبة 25-90% (مكافئ ثاني أكسيد الكربون) بين العامين 2000 و2030-1) ملخص لصانعي

¹ - ميشال مرقص: الثمن الدولي لتغير البيئة، معهد الامام الشيرازي للدراسات الدولية، واشنطن، على الرابط:

<http://bit.ly/2LVpOvV>

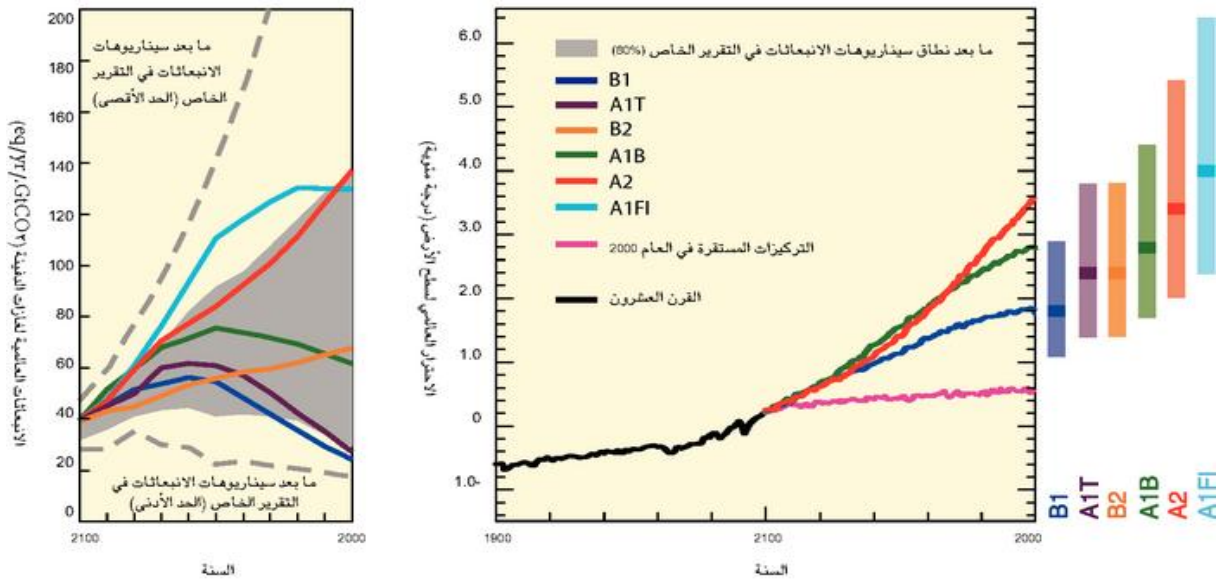
<http://bit.ly/35n5dsj>

² - ايمان زهران: اللجوء البيئي والتغيرات المناخية، 10 أكتوبر 2013 على الرابط:

السياسات)، وبقاء الوقود الأحفوري غالب على خليط الطاقة العالمي حتى عام 2030 وما بعده. ويمثل تلك السيناريوهات من حيث النطاق سيناريوهات أحدث عهدا لم تشمل تخفيفا إضافيا للانبعاثات¹.

الشكل 1: سيناريوهات لانبعاثات غازات الدفيئة بين العامين 2000 و2100 (غير شاملة للسياسات المناخية الإضافية)

وإسقاطات لدرجات حرارة سطح الأرض



الشكل 1: ملخص لصانعي السياسات. اللوحة اليسرى: الانبعاثات العالمية لغازات الدفيئة (مكافئ ثاني أكسيد الكربون) في غياب السياسات المناخية الإضافية. وتوضح الخطوط المنقططة كامل نطاق السيناريوهات الصادرة بعد نشر التقرير الخاص والانبعاثات تشمل ثاني أكسيد الكربون، والميثان وأكسيد النيتروز، وغازات الكلور. اللوحة اليمنى: تشير الخطوط الكاملة إلى متوسطات عالمية من عدة نماذج وهي متوسطات احتراق سطح الأرض في السيناريوهات A2، وA1B، وB1 باعتبارها استمرارا لنماذج المحاكاة في القرن العشرين. وتأخذ هذه الإسقاطات في الاعتبار أيضا الانبعاثات قصيرة الأجل لغازات الدفيئة والأهباء الجوية. وأما الخط الزهري فليس سيناريو وإنما يشير إلى عمليات المحاكاة في نموذج الدوران العام في الغلاف الجوي والمحيطات، حيث تبقى التركيزات في الغلاف الجوي عند مستويات عام 2000. وتشير الخطوط المستطيلة في اللوحة اليمنى في الشكل إلى أفضل التقديرات (خط كامل في كل خط مستطيل) وإلى النطاق المرجح المقيم للسيناريوهات الستة الدالة من سيناريوهات التقرير الخاص، وذلك للفترة بين العامين 2090-2009. وجميع درجات الحرارة هي درجات نسبية ترجع إلى الفترة 1980-1999.

1- الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (التقرير الخاص عن سيناريوهات الانبعاثات، 2000)، على الرابط:

المصدر: https://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/ar/figure-spm-5.html

ومن المعروف عالمياً أن منطقة الشرق الأوسط والتي تضم "المشرق العربي - منطقة حوض النيل - المغرب العربي" حيث تعد من أكثر مناطق العالم تأثراً بظاهرة التغير المناخي،¹ خاصة وأن تلك المنطقة قد شهدت العديد من الصراعات والتوترات والحروب. فالعديد من الدراسات والابحاث العلمية الحديثة تشير الى ان تلك المنطقة -خاصة المشرق العربي والمغرب العربي- من أكثر مناطق العالم تعرضاً للأثار السلبية الناتجة عن التغير المناخي حيث تعد من أكثر مناطق العالم معاناة من الندرة المائية وتعرضها للتصحّر وتآكل الشواطئ.

ولقد اكدت تلك الابحاث العلمية الحديثة أن تلك الاثار السلبية للتغيرات المناخية في تلك المنطقة لا تقتصر على تلك التأثيرات الديموغرافية والاقتصادية وإنما اصبحت كذلك مصدراً جديداً للتهديدات والتوترات السياسية بما تثيره من قضايا متعلقة بموارد المياه والأمن الغذائي ومن المتوقع أن يعمق التغير المناخي من مجموعة المشكلات المتعلقة بنقص الموارد الطبيعية التي تعاني منها المنطقة.² تشير دراسات الأمن الحديثة إلى أن هناك علاقات تلازم بين التغيرات المناخية ودرجة الاستقرار السياسي والاجتماعي في الدولة الحديثة خصوصاً عند الحديث عن دول إفريقيا، وبهذا الصدد يوضح الباحث المتخصص في الشأن الإفريقي د. محمد مهدي عاشور أن التغيرات المناخية في إفريقيا قد تهيئ الظروف الملائمة لنشوب الصراعات إلا أن قرار الانخراط في الصراع يظل رهين العديد من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الداخلية الإقليمية والدولية. وفي هذا السياق، تشير الدراسات إلى أن عدد اللاجئين الذين سيهجرون مناطقهم بفعل الكوارث البيئية سيتجاوز 300 مليون بحلول 2050 وهي الفئة التي يُطلق عليها المهاجرون البيئيون الذين يمثل الأفارقة النسبة الأكبر منهم.³

تعاني 33 بلداً على مستوى العالم من ندرة المياه، وتحتضن منطقة مينا (MENA) الشرق الأوسط وشمال إفريقيا) 14 منها وتضم قائمة العشرة الأوائل كافة دول مجلس التعاون الخليجي،⁴ حيث يبلغ نصيب الفرد في المنطقة 1000 متر مكعب مقارنة مع 4500 متر مكعب في شرق آسيا و9000 متر مكعب في الولايات المتحدة. ويقل معدل توافر المياه في الدول المذكورة عن بقية دول العالم بـ 6 مرات، مع العلم أن مصادر المياه المتجددة فيها تقل بحوالي 2% عن بقية دول العالم، وهذا يعني أن المشكلة الأساسية التي

1- علاء الدين سيد: لاجئو المناخ: أجزاء من الشرق الأوسط تتحول الى مناطق غير قابلة للحياة، موقع ساسة بوست، 5 مايو 2016 على الرابط: <http://bit.ly/34oVss1>

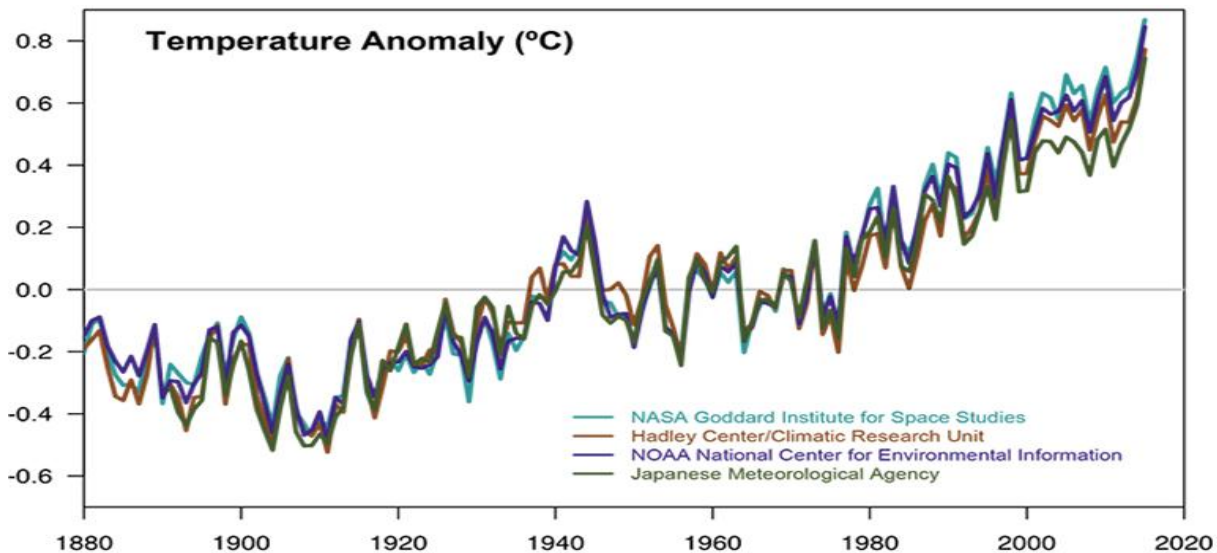
2- ايمان زهران: لمرجع السابق.

3- بوحنية قوي: المرجع السابق.

4- فيليبز تيربلانش: التغير المناخي يهدد الأمن المائي في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا بصورة كبيرة، موقع المرسل، 16 نوفمبر 2016 على الرابط <https://bit.ly/2yP4CVc> التالي:

تعاني منها هذه الدول هي انخفاض معدل الأمطار، ويتوقع أنه في حال ارتفعت درجة الحرارة بين 1.5 و2 درجة مئوية فإن معدلات سقوط الأمطار ستتناقص بين 20% -40% مع حلول سنة 2050 وعندها ستتناقص غلة المحاصيل الزراعية في دول مثل الأردن ومصر وليبيا بمعدل 30.1%. وقد تم تسجيل 16 يوماً شديداً للحرارة في منطقتنا خلال الفترة بين 1986 و2005، ومن المحتمل أن يزداد هذا الرقم ليصل إلى 116 مع نهاية القرن الحالي، كما يتوقع العلماء أن تصل الحرارة في تلك الفترة إلى 50 درجة مئوية، مع عدم انخفاضها إلى أقل من 30 درجة مئوية خلال ساعات الليل، هذه الأرقام تنبئ بمستقبل غير مبشر للمنطقة، حيث أن هذا المستقبل قد يشهد زوال أرياف بحالها وخلو كثير من القرى من سكانها.

الشكل 2:



بيانات الحرارة من 4 مراكز علمية دولية. مصادر البيانات: معهد جودارد للدراسات الفضائية التابع لناسا، مركز البيانات المناخية الوطني التابع للإدارة الوطنية للمحيطات والغلاف الجوي الأمريكي، مركز هادلي/وحدة الأبحاث المناخية التابعين لمكتب الأرصاد الجوية البريطاني، والوكالة اليابانية للأرصاد الجوية. حقوق الصورة: ناسا

المصدر: <https://mostaqbal.ae>

أما معدل ارتفاع منسوب البحار عالمياً فهو 3 ميليمتر سنوياً منذ سنة 1993، وهي ظاهرة قد ازدادت خلال العقود الأخيرة وذلك بسبب التمدد الحراري وذوبان الجليد القاري، وبتنا منسوب المرتفع لسطح

1- اللجوء المناخي شبح يهدد سكان المنطقة (إعداد: فريق التحرير العلمي)، مؤسسة دبي للمستقبل، 8 مارس 2017 على الرابط: <http://bit.ly/2rL8EdF>

البحر يهدد مدناً بأكملها، ليس في المنطقة وحسب، بل في كافة المدن الممتدة على سواحل البحار والمحيطات، واليوم قد تتسبب هذه الظاهرة بغرق مدينتين عظيمتين هما القاهرة والاسكندرية، عدا عن منطقة الدلتا التي ترفد المصريين بجزء كبير من غذائهم، يذكر أن المدينتين المذكورتين هما في قائمة المدن الـ 21 المهددة بالغرق نتيجة لارتفاع منسوب البحار والمحيطات في العالم¹.

ومن أهم أسباب اللجوء البيئي:

1- التغير المناخي: تؤكد المنظمة الدولية للهجرة² أن التغيرات المناخية من الأسباب الرئيسية للهجرة،

وتعتبر ظاهرة الاحتباس الحراري أهم مظاهر التغير المناخي، وحسب تصريح للعالم "Norman Bermass" من جامعة أكسفورد "عندما يبلغ الاحتباس الحراري في العالم ذروته عام 2050، قد يتضرر حوالي 200 مليون إنسان بسبب الرياح الموسمية، الأعاصير، وشح الأمطار، وقسوة دورات الجفاف التي تستمر، وأيضا ارتفاع مستوى سطح البحر، والفيضانات الساحلية."

وما يصاحب التغير المناخي هو نقص الموارد الغذائية خصوصا، وما يتبعه من ظواهر اجتماعية على غرار البطالة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار، وبتغير المناخ تنتقل الأنشطة التجارية والصناعية لمناطق أخرى.

2- الكوارث الطبيعية: تشكل الكوارث البيئية الناتجة عن التغير المناخي أو عن عوامل شارك فيها

الإنسان كالمصانع الكيماوية أو النووية التي تشكل خطرا على الأشخاص في حالة حدوث أي تغيير في أساليب تأمينها. أو حدوث أخطار عند استعمالها بما ينجم عنه ضرر للبيئة قد تؤدي إلى التعجيل بالهجرة لعدم القدرة على التكيف مع الوضع أو انعدام الحياة فيها.

إلى جانب ذلك تشكل التغيرات التي تحدث في مناطق بركانية سببا وجيها وعاملا بيئيا أساسيا للجوء إلى مناطق أكثر أمنا، واستقرار من الناحية البيئية. نظرا للأخطار التي تتسبب فيها انفجارات البراكين وما يتبعها من زلازل التي قد تكون في أعماق البحار وأثارها تكون على اليابسة بما يؤدي أحيانا إلى غمورها³.

3- الموقع والثروات الطبيعية: إن التوجه نحو الثروات الطبيعية ومصادر الطاقة يعد من أهم عوامل

الهجرة البيئية، فاكشاف الموارد يستقطب المهاجرين، ويمكن أخذ منطقة الخليج التي تستقطب العمالة الآسيوية والأوروبية كحالة على هذا النوع من الهجرة، فالاستقرار والبقاء مرتبط بوجود الثروات، فعندما تنضب الثروات يهاجر السكان، بحثا عن موارد وطاقت جديدة.

وتتفاقم ظاهرة التصحر مع تغير المناخ والعكس صحيح، فالأحوال الجوية القاسية المتواترة تؤدي إلى

التصحر وإلى ظواهر أخرى، فالتصحر والمناخ يشكلا تغذية عكسية، ففي إفريقيا يعتمد ما يصل إلى 650

1- اللجوء المناخي شبح يهدد سكان... المرجع السابق.

2- سبق القول أن المنظمة الدولية للهجرة تفضل استخدام مصطلح "المهاجر البيئي".

3- بن عيسى أحمد: موقف القانون الدولي من اللجوء البيئي، مجلة القانون والأعمال الدولية، 17 سبتمبر، 2019 على الرابط:

مليون نسمة على الزراعة بمياه الأمطار فندرة المياه، وتردي حالة الأرض، وتغير المناخ، قد يؤدي إلى تضرر ثلثي الأرض الصالحة للزراعة بالمنطقة بحلول 2025، بحسب منظمة التغذية والزراعة.¹

المبحث الثالث: التأطير القانوني للاجئ البيئي

اللاجئ البيئي كقضية تتشابه أطرافها مع عدد من الاتجاهات القانونية والمواثيق الدولية والإقليمية مروراً بالحقوق والواجبات المنوط بها وصولاً إلى إشكالية الحماية؛ بالإضافة إلى أن مسألة حل مشكلات اللاجئين لها ارتباط أساسي بأوضاع الاستقرار الإقليمي للمنطقة؛ فكل منهما يؤثر في الآخر وكذلك فإن حل مشكلات اللاجئين يأتي في إطار ما يسمح به النظامين الدولي والإقليمي، خاصة الأطراف الأساسية في إطار مصالحها واما إذا كانت هذه الأطراف ستسمح بنقص دول قائمة أو إعادة رسم حدودها للاستجابة لاحتياجات اللاجئين، وهل سيتم هذا حال قبوله إقليمياً ودولياً في كل الأحوال أم في كل حالة على حدة حسب خصوصياتها.

لا يوجد إطار قانوني واضح يحكم وضع اللاجئين أو المهاجرين البيئيين، باختلاف الوضع بالنسبة لقانون اللاجئين، وقانون التغيرات المناخية، أيضاً قانون الأشخاص بدون مأوى وقانون حقوق الإنسان، لأن المهاجر البيئي لا تنطبق عليه نفس المواصفات التي تتطلب تصنيفه في خانة اللاجئين، ولا يعتبر بدون مأوى، لذلك هنالك بعض الإجراءات المحلية والإقليمية لتوفير الحماية اللازمة لهؤلاء المهاجرين أو اللاجئين.²

• **على المستوى المحلي:** هنالك العديد من الدول التي وضعت مجموعة من الإجراءات القانونية التي تخول لها حماية اللاجئين المهاجرين المتضررين من الكوارث الطبيعية، على غرار الولايات المتحدة الأمريكية، لكن هذه الحماية مؤقتة للمتضررين من الكوارث الطبيعية، ولكن لا يتم تطبيقها في كل الحالات مثل ما حدث في فيضان هايتي سنة 2008 لم تتدخل الولايات المتحدة الأمريكية للمساعدة وتدخلها في إعصار ميتشن في أمريكا الوسطى في 1998، وبالتالي جعل هذا النوع من الحماية القانونية يفتقد للإلزامية وهو ما ينجر عنه حرية الاختيار في تطبيقه.

• **على المستوى الإقليمي: الاتحاد الأوروبي:** تم النص من خلال الاتحاد الأوروبي على تطبيق الحد الأدنى من المعايير لاستقبال المهاجرين البيئيين، مع مراعاة اختلاف قدرات الدول الأعضاء لكن لم يتم تفعيل القانون، أيضاً هناك قانون آخر يعرف بـ " الحد الأدنى من المعايير لتصنيف مهاجري العالم الثالث" الذي يحتاجون الحماية الدولية، ولم يفعل.

1- في كنزة: المرجع السابق.

2- في كنزة: الهجرة البيئية بين الدواعي... المرجع السابق.

• على مستوى القانون الدولي: تضم هذه الحماية مجموعة من الدول خاصة في حالة الجوار وغالبا ما تحكم سلوكيات هذه الدول بالدواعي الإنسانية، وبالتالي فمسارعة الدول لحماية المهاجرين البيئيين المتضررين من الكوارث الطبيعية يعود إلى حماية الإنسانية، التي يسعى القانون الدولي بدوره لحمايتها، وبذلك تحدد الدول المقرب أو الآلية المناسبة التي من خلالها تتحدد مدى حاجة المهاجرين أو اللاجئين البيئيين للحماية، وبهذه السلوكيات تتحول حماية اللاجئين البيئيين إلى عرف دولي¹.

المبحث الرابع: حدود الحماية القانونية للاجئ البيئي

كيف يمكن لفئة "لاجئ المناخ" أن تلقى الاهتمام ضمن القانون الدولي في القرن الواحد والعشرين؟ إذا سلمنا بوجود ظاهرة التغير المناخي التي يتسبب بها البشر، لا يمكننا أن ننكر المضمونات الواضحة لها على حقوق الإنسان. لكن الأمر الذي ما زال غير واضح كيفية ودرجة وصف تأثيرات الغير المناخي على أنها تمثل انتهاكات لحقوق الإنسان بالمعنى القانوني البحث. فالقانون لا يرى شيئا اسمه "لاجئ المناخ" رغم الاستخدام الكبير لذلك المصطلح لأن القضايا المناخية والبيئية لا تقع ضمن تعريف اللاجئ في اتفاقية اللاجئين لعام 1951.

ومع ذلك، يمكن تطبيق مبدأ عدم الإعادة القسرية على الحالات التي لا يوجد فيها أمل معقول بعودة المهاجرين إلى الأوضاع التي تهدد حياتهم. فالتغير المناخي غالبا ما ينظر له على أنه عنصر مضاعف للمخاطر في سياق الظروف الاجتماعية والاقتصادية والبيئية القائمة مسبقا التي تمثل عناصر أساسية من عناصر الخطر لكل مجتمع محلي. ومع أنه من الممكن القول إن الأفراد الذي يواجهون الفقر الشديد في بلدانهم الأصلية قد يخضعون للتسوية ذاته على أساس فهمنا لوجود مسائل هيكلية واقتصادية ضمنية تتجاوز نطاق سيطرة هؤلاء الأفراد، فهنا تظهر "المسؤولية" على أنها عنصر حيوي في هذا الإطار إضافة إلى أهمية عنصر التوافق على سبب التغير المناخي. فنحن نعيش في وضع عالمي يعولم فيه كل شيء حتى التلوث وحيث يصعب فيه تأسيس المسؤولية الخارجة عن نطاق الاختصاص الإقليمي لبلد ما.

وهناك انفصام ملحوظ بين حقوق الإنسان والتغير المناخي. ويتضمن الموضوع خطابين اثنين منفصلين يستبعد أحدهما الآخر من الناحية العملية. ومن عينة الوثائق المختارة التي بلغ مجموعها 65 وثيقة اختيرت من 294 وثيقة ضمت قرارات الجمعية العمومية للأمم المتحدة والمعاهدات والاتفاقيات وغيرها من التقارير والوثائق، تبين أن 23% منها تذكر التغير المناخي و25% كانت تتعلق بالقضايا التي تشير إلى المهاجرين واللاجئين لكن 6% منها فقط أسست علاقة بين الظاهرتين.

ومن هنا يتضح فقدان الربط بين التغير المناخي واللجوء والمعاملة القانونية لتلك الفئة من اللاجئين. وكذلك الصكوك القانونية المتاحة لنا حالياً وكثير منها صيغ قبل بضع سنين لا تنظر في الجوانب التي تشير

¹ - المرجع نفسه.

الجدل اليوم في حين لا تؤدي غيرها دورا عدا عن أن تكون صكوكاً ثانوية (مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للأمم المتحدة واتفاقاتها الدولية واتفاقية الحد من ظاهرة انعدام الجنسية وإعلان قرطاجنة حول اللاجئين). وهذا يجعل تعريف مسؤولية الدول إزاء التغير المناخي واحداً من أكثر القضايا تعقيداً.

وبالنظر إلى غياب أي صك قانوني يمنح الحماية للأشخاص المهجرين بالتغير المناخي أو العوامل البيئية، يرى بعض الناس ضرورة في إصدار صك جديد مخصص لهذه الحالة. ولكي تحقق الاستجابة المرجوة أكبر قدر من الفعالية، يجب أن تنظر في التنقلات المرتبطة بالتغير المناخي ضمن إطار واسع لحقوق الإنسان. وفي عام 2010، عُرضت نسخة ثانية لمسودة 2008 التي صاغها مختصون من جامعة ليموز، وتعد تلك النسخة واحدة من أكثر الاقتراحات اكتمالاً لهذا التاريخ. وهي مساهمة قيمة لأنها تجمع ما بين الحماية والمساعدة والمسؤولية وتدمج عنصر القرب المكاني ونسبة التأثير والتأثر ونبذ التمييز وتسلط الضوء أيضاً على مبدأ المسؤوليات المشتركة والتمايز في أن واحد.¹

وهناك عوائق حالياً لا يمكن التغلب عليها تواجه عملية التأسيس لاتفاق دولي ويرتبط بعض تلك العوائق بالإرادة السياسية. ففي السنوات الأخيرة، تضاعفت أعداد المنتديات الدولية التي تبحث في الأمور المناخية والبيئية لكن أياً منها لم يتمخض عنه حلول ملزمة. ومع ذلك، حتى لو تبني المجتمع الدولي تلك الاتفاقية المطلوبة، نتوقع أن المصادقة عليها لن يكتمل إلى الدرجة التي نرجوها وهذا ما سيؤدي إلى إضعافها.

وفي الوقت الحالي، سيكون من الصعب إن لم يكن من المستحيل تحقيق إجماع عالمي على قضية تحركات السكان الدولية والتغير المناخي. وبالإضافة على ذلك، سيكون من الخطر أن ننقل إلى القانون الدولي الجدل الدائر الذي ما زال أصلاً يثير الخلافات في المجال العلمي، والأسوأ من ذلك أن عملية الانتقال تلك سوف تقود إلى تعديل الكيانات القانونية التي ما زالت تنشط حالياً، رغم العيوب التي تعترتها، في حماية اللاجئين، وأي تغيير على الأنظمة النافذة قد يعرض للخطر التقدم المحرز حتى الآن في أوائل سنوات القرن الواحد والعشرين. فقد ازداد عدد اللاجئين (وفقاً للتعريف الحالي) في السنوات الأخيرة ما يعني أن مضاعفة هذا العدد لن يكون ذا فائدة ترجى إذا لم يترجم على أرض الواقع في تحسين وضع حقوق الإنسان وكرامة الأشخاص المتأثرين.²

ومن ناحية أخرى، سوف يؤدي تقييد حماية المتأثرين بالتغير المناخي إلى تهميش المتأثرين بالظواهر الجيولوجية البيئية والتغيرات التي تطرأ عليها (سواء أكانت تلك التغيرات ناتجة عن فعل البشر أم لا) وهذا ما قد يكون محورياً للنقاش القانونية من ناحية المسؤوليات وليس من ناحية حقوق الإنسان.

¹-ماريا حوسيه فيرنانديز: اللاجئين والتغير المناخي والقانون الدولي، نشرة الهجرة القسرية، العدد 49، مايو 2015، ص: 42.

²-ماريا حوسيه فيرنانديز: اللاجئين... المرجع السابق، ص: 43.

ولعل الظروف الحالية لا تسمح لإيجاد تعريف للمشكلة التي ما زال الغموض يحيط بها. فلا بد من إيجاد تعريف بعدي للوضع القانوني لهؤلاء المهاجرين لتأسيس ما إذا كان بالإمكان تمييزهم بشكل أو بآخر كجماعة لها خصائصها المنفردة عن غيرها.

وفور تأسيس هذه المقاربة، سوف تكون الحلول الإقليمية أو ثنائية الأطراف المؤسسة المنحى الأكثر تفضيلاً للسير قدماً في التعامل مع هذه المسألة. وسيعني ذلك العمل مع الحكومات المتأثرة حول استحداث الحلول التي سوف تتضمن إجراءات التعامل مع الحالات في المكان ووضع استراتيجيات التكيف التي يصاحبها التزام حقيقي بخفض انبعاثات التلوث. ومع أنّ الاستجابة الإقليمية من هذا النوع قد لا تبدو بالطموح المطلوب، فستمثل الخطوة الأولى نحو بذل مزيد من الجهود الدولية واسعة النطاق.¹

المبحث الخامس: سبل حماية اللاجئ البيئي

يمكن مواجهة تحديات اللجوء البيئي على عدة مستويات، ويبقى نمط المواجهة مرتكزا على القدرات المتوافرة لدى الدول. بإمكان البلدان الغنية القدرة على ضبط حدودها، السيطرة على عمليات النزوح أكثر من الدول ذات الموارد المحدودة. على سبيل المثال، شكلت القدرة على ضبط عمليات اللجوء عبر البحر من أفريقيا إلى أوروبا محور الدراسة التي أعدها بعض خبراء البيئة، والتي تشير إلى ممارسة الدول الأوروبية ضغوطا دبلوماسية على الدول المرسلّة للحد من تلك الظاهرة، ومباشرتها باستخدام الأقماع الصناعية، وطائرات المراقبة، والسفن البحرية والأسيجة الحدودية لمنع دخول اللاجئين إلى أراضيها، كما فعلت الولايات المتحدة الأميركية عند حدودها لضبط عمليات تنقل اللاجئين من المكسيك والكاربيبي. في حال تدفق اللاجئين بسبب التغير المناخي، تستطيع الدول الغنية أمام هذا السيناريو تبني سياسات فاعلة قاسية المعايير لمواجهة تدفق اللاجئين. أما الدول ذات القدرات المحدودة على تنظيم التدفق، فهي ستواجه عدة تحديات بمجرد استقرار مخيمات اللاجئين بأراضيها.

في مواجهة تحدي الهجرة البيئية واحتمالات النزاع، يتجلى ثلاثة مستويات من الاستجابة: أولاً: تمس الهجرة مبدئياً المستويات المحلية، وبالتالي فإن الحكومات المحلية هي المعنية بالدرجة الأولى بالاستجابة. وعلى الحكومة المحلية امتلاك التجهيزات اللازمة التي تؤهلها للتعامل مع تداعيات الهجرة الداخلية والدولية. هذه التجهيزات تتضمن استجابات معيارية للنمو السكاني كتأمين التيار الكهربائي، وإمدادات المياه، والمأوى، والتدابير الصحية والخدمات العامة. كما أن المهاجرين يفرضون تحديات خاصة، إذ يترتب على مزودي الخدمات المحليين التعامل مع لغات وتقاليد جديدة. أما اللاجئون الهاربون من مناطق النزاع، فعالباً ما يعانون ضرراً نفسياً وجسدياً، وعلى مزودي خدمات الرعاية الصحية المحلية امتلاك القدرات اللازمة للتعامل مع تلك الحاجات.²

¹-ماريا حوسيه فيرنانديز اللاجون والتغير... المرجع السابق، ص: 43.

²- الياس أبو جودة: تداعيات التحديات البيئية على الأمن العالمي، مجلة الدفاع الوطني اللبناني، العدد 83، كانون الثاني/يناير 2013، على الرابط:

<http://bit.ly/2RPtTWf>

ثانياً: يمكن تحسين مستوى القدرات الوطنية وتطويرها للتعامل مع الهجرة واللجوء، من خلال قيام الحكومات بالعمل على تنسيق الاستجابات المحلية وتنظيمها بدلاً من تطبيق تنظيمات محلية نمطية عشوائياً. ففتحمل الوكالات الوطنية مسؤولية تحديد أي من اللاجئين يستحق الدخول إلى الدولة، تحديد مكان الاستقرار، أنواع الوظائف والخدمات التي يمكن المهاجرين الحصول عليها، سياسات المواطنة وغيرها... إن اعتماد سياسات حكيمة للهجرة والاندماج وحدها قادرة على كبح احتمالات نشوب النزاعات في الدول المضيفة.

ثالثاً: دور الوكالات الدولية في الاستجابة، كالمفوضية العليا للأمم المتحدة للاجئين، ومنظمة الهجرة الدولية، التي تستطيع مساعدة السلطات الوطنية والمحلية على تطوير القدرات اللازمة للاستجابة لتحديات اللجوء حين تكون الموارد الوطنية غير كافية. كما أن الدول الغنية المانحة تستطيع أن تمد تلك الوكالات بالتمويل اللازم مادياً وتقنياً لمساعدة الدول النامية المفترقة إلى قدرة التعامل مع ظاهرة اللجوء المتفاقمة. بالإضافة إلى المساعدات الإنسانية المباشرة، فقد أثبتت تلك الوكالات فعاليتها في تطوير برامج التوظيف، تسهيلات الرعاية الصحية والتعليم للشباب. كما أن المفوضية العليا للاجئين غالباً ما تتعامل مع الوكالات الوطنية المعنية بالنزوح الداخلي وتلك المعنية بضبط الحدود، لتحسين قدرات هؤلاء الفاعلين على تنظيم عمليات الدخول إلى أراضي الدولة¹.

وقد طرح علماء البيئة بعض التوصيات المفترض اتباعها من قبل المجتمع الدولي وتركز على ما ينبغي فعله لمنع اندلاع النزاعات بسبب اللجوء البيئي. ونظراً إلى الطبيعة المتنوعة لتداعيات سلبية متوقعة من سيناريوهات التغير المناخي، وبعضها يتسم بالكثير من الجدية والخطورة، يعتقد أن منظمة الأمم المتحدة هي المرشحة للاضطلاع بدور الفاعل الرئيس في هذا الإطار.

وعلى الرغم من السيناريوهات الدراماتيكية الواردة في تقرير البنناغون وتقرير المراجعة الأخيرة، فهي لا تحظى بإجماع عالمي على مضمونها، إلا أن إجماعاً علمياً بدأ بالظهور حالياً بشأن حدوث تغير مناخي يؤدي بدوره إلى تغيير في أنماط الاستقرار السكاني وأساليب الإنتاج الاقتصادي. هناك عدة إجراءات ينبغي الأخذ بها بغية التخفيف من مخاطر تدفق اللاجئين المرتبط بالنزاعات البيئية، وهي تتضمن توطين اللاجئين في أماكن بعيدة من مناطق النزاع ولا سيما الأقاليم الحدودية، منع اختراق الأسلحة والمقاتلين مخيمات اللاجئين، توفير بدائل هادفة للاجئ كتوفير فرص عمل إنتاجية وتعزيز قنوات الحوار مع المجتمعات المحلية لمحاكاة اهتمامات الدول المستقبلية الاقتصادية والاجتماعية. يضاف إلى ذلك، أن مساعدة الدول والوكالات المانحة، كمفوضية الأمم المتحدة العليا للاجئين، ستكون مهمة جداً للدول النامية المفترقة إلى القدرة على ضبط مخيمات اللاجئين على نحو مناسب. وفي إطار التعامل مع المهاجرين البيئيين واللاجئين الكلاسيكيين، على الدول المضيفة تبني عدد من الإجراءات الإيجابية لمنع اندلاع النزاعات². وقد لوحظ أن الحالات التي

¹ -Shada Islam، «Europe: Crises of Identity»، Op. cit, p. 136-140.

² - الياس أبو جودة: تداعيات التحديات البيئية... المرجع السابق.

سجلت اندلاعا للعنف، عانت أساسا نقص الوعي الثقافي وتفشي الحساسية بين المهاجرين والسكان المحليين، إضافة إلى وجود عدة عوائق حالت دون اندماج المهاجرين كليًا في المناطق المضيفة.

أما الخطوات المطلوبة لمعالجة هذه المشكلات، فيرى بعض المحللين السياسيين أنها تتضمن منع التمييز العنصري ضد اللاجئين في سوق العمل، تأمين الوصول إلى الخدمات الحكومية والأنشطة الاجتماعية، مراجعة قوانين المواطنة بما يكسب اللاجئين جنسية البلد المضيف ويسمح لهم بالمشاركة الفاعلة في الحياة السياسية، تعزيز ثقافة التسامح واحترام التنوع من خلال البرامج التربوية والثقافية والإعلامية العامة، تسهيل اكتساب اللغة والوعي المدني لدى تجمعات اللاجئين. بالتوازي مع ذلك، على الأمم المتحدة العمل على إيجاد اتفاقية دولية جديدة حول اللجوء تتضمن أنماط الهجرة الطارئة. إن النظام العالمي حول اللجوء يجب أن يتضمن معايير قانونية شاملة تتناول حقوق اللاجئين من مناطق النزاع والمهاجرين من المناطق البحرية المنكوبة والمهاجرين البيئيين.¹

لا شك في أن اتفاقية الأمم المتحدة الحالية حول اللاجئين باتت شبه مهجورة، وتتطلب إعادة تحديث الكثير من بنودها لمجاراة الواقع المعاصر من ناحية، ولإزالة ما شابها من غموض والتباس من ناحية ثانية، تجنبًا لتغيب العدالة عن تطبيقها ولا سيما ما يتعلق بسياسات اللجوء السياسي.

خلاصة:

بالنظر إلى تزايد ضغوط ظاهرة اللجوء الناجمة عن التغير المناخي، وفي ظل سياسات متناقضة وعرضية للعديد من الدول المضيفة، على الأمم المتحدة الاضطلاع بدور قيادي في هذا الشأن. فالتغير المناخي سيشكل مشكلة حقيقية في العقود المقبلة، حتى ولو انخفضت نسبة انبعاث غازات الدفيئة الآن، هناك درجة معينة من التغير السيئ باتت حتمية. كما أن الهجرة الدولية التي أصبحت مسألة سياسية ساخنة في عدة دول، مرشحة للتفاقم والاقتران بالأبعاد المناخية. ومع ذلك، يبقى الرهان على التكيف البشري وحكمة التخطيط التكنولوجي للتخفيف من حدة النتائج المتوقعة. لذلك، يمكن القول أن الأولوية الحالية أمام الإنسانية، هي تطوير استجابات ملائمة للضغوط البيئية، والتهيئة للتحويل في أنماط الاستيطان الإنساني بما يتطلب حوارًا فاعلاً في إطار منظمة الأمم المتحدة.

ومع استمرار ارتفاع عدد سكان العالم ونمو الطلب على الموارد، هناك احتمال كبير أن تشتد النزاعات على الموارد الطبيعية في العقود المقبلة.

هنا بعض الحلول للتعامل مع أزمة اللجوء البيئي:²

¹ -Thomas, Homer-Dixon, «On the Threshold: Environmental Changes as Causes of Acute Conflict», Op. cit., p. 82-86.

² - إيمان فخري: هل بدأ قبول اللاجئين البيئيين؟ مجلة البيئة والتنمية، أيار-حزيران/ مايو-يونيو / عدد 206، 2015، ص: 67 متاحة على الرابط: <https://bit.ly/2SYI8ry>

أولاً، صياغة ميثاق دولي جديد يستهدف بشكل مباشر أسباب اللجوء البيئي وكيفية التخفيف من وطأته وحماية المتضررين، مما يلزم الدول الموقعة عليه بتقديم المساعدة لهؤلاء اللاجئين. وبطبيعة الحال، يتم الاتفاق على تعريف يوضح الصفات الخاصة باللاجئين البيئيين، وكيفية استيعابهم في المجتمع الدولي، مع إقرار آلية لمساعدة مالية إلزامية بحيث لا تكون اختيارية أو من قبيل الصدقة.

ثانياً، إقامة آلية ثلاثية للتعاون مع الحكومات الوطنية، يكون أطرافها: الأمم المتحدة كمنسق دولي، المنظمات غير الحكومية ومعاهد الأبحاث كمستشارين لتقديم النصح الى الجهات الحكومية، القطاع الخاص للاستعانة بخبراته وقدراته التمويلية.

ثالثاً، إجراء دراسات أكثر تفصيلاً ودقة لأسباب وأماكن وطرق هجرة البشر، وفهم انعكاسات ذلك على رفاه ومستقبل المناطق التي يغادرونها والمناطق التي يذهبون إليها، ورفاه ومستقبل المهاجرين أنفسهم واحتياجاتهم في كل مرحلة من عملية إعادة التوطين. ويتطلب ذلك نهجاً متعدد الاختصاصات يجمع على الأقل بين وجهات نظر علم الاجتماع والاقتصاد والجغرافيا والمناخ.

رابعاً، زيادة التوعية بمخاطر تغير المناخ توطئة لاستعداد الدول للتعامل مع آثاره المحتملة، ومن ضمنها نزوح العديد من مواطنيها بسبب التدهور البيئي. وعلى الأمم المتحدة والمنظمات المعنية التابعة لها حث الدول النامية على إقرار وتفعيل قوانين لمكافحة التصحر والفقر ونقص الغذاء، وتوجيه النسبة الأكبر من المساعدات المالية والتقنية الى الدول النامية الفقيرة التي ستكون أكثر تأثراً بتغير المناخ.

المعايير الدولية والإقليمية والوطنية لاستقلالية المهن القضائية

محمد البغدادي

طالب باحث في مركز الدكتوراه

في القانون الخاص

المقدمة:

يشير مفهوم "الاستقلال" إلى الاستقلال الذاتي الممنوح للقاضي أو للمحكمة للبت في الدعاوى عند تطبيق القانون على الوقائع، هذا الاستقلال ينطبق على السلطة القضائية كمؤسسة مستقلة عن غيرها من فروع السلطة وقد أُشير إليه "بالاستقلال المؤسسي"، أما "الاستقلال الفردي" فمعناه استقلال القاضي عن باقي أعضاء السلطة القضائية .

كما أن "الاستقلال" يتطلب أن يكون كل من السلطة القضائية والقضاة بمنأى عن الخضوع لباقي السلطات العامة. وحماية مبدأ استقلال السلطة القضائية يلزم جملة من الإجراءات التي تتخذها الهيئات الدولية والإقليمية التي تأخذ من تلك الحقوق موضوعاً لنشاطها أو بصفة هذه الحقوق إحدى الميادين التي تهتم بها تلك الهيئات.

كما أن الحماية الوطنية لمبدأ استقلال السلطة القضائية في المغرب تنأى بتنفيذ الاتفاقيات الدولية والإقليمية في مجال تبني فلسفة هذا المبدأ.

ويعني مبدأ "استقلال القضاء" في لغة القانون والقضاء، مجموعة القواعد الكلية والجوهرية التي تحمي وتصور القضاة والعمل القضائي من التدخل فيه أو التأثير عليه للانحراف به عن أهدافه وغاياته.

ويقوم التنظيم القضائي المغربي الحديث على عدة مبادئ، كمبدأ المساواة أمام القضاء، ومبدأ سيادية القضاء، ومبدأ حيادية القضاء، ومبدأ استقلال القضاء. واستقلال القضاء يعني، عدم تبعية القضاء لأية جهة أو الخضوع لأية وصاية أو ولاية أي شخص أو جهة، أيأ كانت صورة هذا الخضوع أو الولاية، سوى وصاية أو ولاية القضاء ذاته. فالقضاء هو ولي وسيد نفسه.¹

وثمة آليتان أساسيتان تعملان على دعم وتعزيز مبدأ استقلال القضاء، هما التشريع بمختلف أنواعه والمحاكم بمختلف درجاتها.

¹مداخلة لحبيب لكوش في موضوع حول التجربة المغربية في مجال العدالة الانتقالية في مائدة مستديرة حول العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في المنطقة العربية من تنظم مركز دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية ومركز الكواكبي للتحولات الديمقراطية، في إطار عملهما المشترك المرتبط بالرباط في يوم الأربعاء 18 غشت 2010 .

وعملياً فإن الاتجاه الدستوري العام يؤكد على نحو واسع يكاد يشكل إجماعاً دولياً، على أن القضاء سلطة، وأنه سلطة مستقلة. ولا يخرج عن هذا الإجماع سوى بعض الدول القليلة التي لا تزال تأخذ بالأفكار الماركسية، وتتبنى أنظمة الحكم الشمولية. فهذه الأفكار تؤكد أن القانون هو أساساً سياسة لأنه ذو مضمون تطبيقي، فهو التعبير عن إرادة الطبقة الحاكمة، وهو كذلك أداة تستخدمها هذه الطبقة لحماية مصالحها ولقمع معارضيها. ولهذا السبب لا بد وأن ينظر إلى القانون والسياسة كوجهين لعملة واحدة، وأنه يجب على القانون أن يخدم السياسة. وعلى أساس هذه النظرة يجب أن يكون القضاء سياسياً يخرج عن دائرة السلطة المستقلة داخل الدولة.

قد طرأت على المهن القضائية في المملكة المغربية عدة إصلاحات وتطورات عديدة ومتنوعة وهامة وذلك بغرض مواكبة التطور الحادث في كل المجالات في العالم وقد أصبح مما لا بد منه مساندة هذه المتغيرات الحادثة على خارطة السياسة والاقتصادية وغيرها ولأن الإسلام صالح لكل زمان ومكان ولأن الإسلام دين عالمي شامل يحمل كل الطول، فقد جاء التغيير والإصلاح من باب تحقيق أهداف الإسلام الذي أمر بالشورى في أول تأسيس ديمقراطي سبق كل النظريات الديمقراطية وقد أمر الإسلام بإقامة العدل وإفشاء المحبة والأمن والخير بين الناس.

من المؤكد أن المهن القضائية تشكل إحدى الركائز والدعائم الأساسية لبناء الدولة الديمقراطية الحديثة، ومن المجالات التي تضطلع بأدوار حاسمة في المساهمة في خلق التنمية الاقتصادية عموماً، والتي تؤثر على مجال الأعمال بصفة خاصة، الأمر الذي تؤكد العديد من الدراسات كإعلان القاهرة المنبثق عن المؤتمر الثاني للعدالة العربية الذي اعتبر أن النظام القضائي المستقل يشكل الدعامة الرئيسية لدعم الحريات المدنية وحقوق الإنسان، عمليات التطوير الشاملة والإصلاحات في أنظمة التجارة والاستثمار والتعاون الدولي.

انطلاقاً من كل هذا شكل القضاء بالمغرب موضوع ورش إصلاحي من خلال مسار تخللته العديد من المراحل التي لم تفرز أية خطة إصلاحية شاملة ونهائية في بداية الأمر إلى غاية الخطاب الملكي 20 غشت 2009، الذي تم بعده استصدار ميثاق إصلاح منظومة القضاء، بناء على العديد من الدراسات والتحقيقات المعدة من طرف مجموعة من الهيئات التي أكدت بدورها على أهمية إصلاح المهن القضائية و منظومة القضاء والعدل.

فعلاوة على ضرورة توفير ضمانات تتعلق بشروط النزاهة و الشفافية في الإجراءات الإدارية والقانونية المعمول بها في مجال الاستثمار، وكذا تعزيز الشفافية في الولوج إلى المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تتحكم في حركية الاستثمارات، فإن نزاهة منظومة القضاء و العدل تعد أيضاً من الشروط الأساسية

التي يمكن أن تؤثر على عملية التنمية عموماً وعلى دينامية رؤوس الأموال على وجه الخصوص، والتي قد تساهم في تحديد توجهات هذه الاستثمارات و شروط تموقعها ضمن هذا المجال الترابي أوداك.

من هنا، واعتباراً للدور الذي يضطلع به القضاء في مجال التنمية، ومراعاة للتوجهات العالمية الجديدة على الصعيد الاقتصادي بما في ذلك توجهات الاستثمارات المباشرة وما يترتب على ذلك من التزامات دولية للمغرب، أفرز مسلسل تأهيل القضاء الذي انطلق منذ سنوات التسعينات تزامناً مع توصيات البنك الدولي، بعض التدابير التي جاءت بمبادرة من جلالة الملك من خلال مجموعة من الخطب الملكية و لا سيما خطاب 20 غشت 2009 .

إن وزارة العدل حالياً بقيادة السيد محمد أوجار الذي أكد أنه في صلب عملية دينامية وحركية مسار الإصلاح القضائي بالمملكة وخاصة أنه عمل على انتقال اختصاصاته بشأن رئاسته لقضاة النيابة العامة إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض في مجال توطيد استقلالية السلطة القضائية وتحسين أدائها، وقد استعراض جملة من الإصلاحات في الآونة الأخيرة، مما من شأنها تحسين جودة العدالة، والاهتمام بالمتقاضي عن طريق تنمية معارفه القانونية وتنمية روح التقاضي لديه، وتوفير مكاتب للاستقبال بمختلف المحاكم توكل لها مهمة توجيه الوافدين للمحاكم، وتهيئ مطبوعات ووثائق من شأنها تسهيل عملية رفع الدعاوى وتهيئ الملفات من طرف المتقاضي، هذا دون المساس باختصاصات المحامي، والاهتمام بطلبات المتقاضين والاستماع إلى شكاياتهم، والعمل على إرضائهم والاستجابة لتطلعاتهم، فسوء المعاملة يؤدي إلى نفور المتقاضي، وإدخال وسائل عصرية للتواصل سواء فيما بين المحاكم، أو فيما بين المحاكم والمتقاضين، كالاتصال بالهاتف و عبر الفاكس أو عبر الانترنت. وإذا كان على كل إدارة تريد تحسين جودة خدماتها أن تعمل على تقييم عملها، فإن وسائل التقييم تشمل المراقبة، التفتيش، ثم التقييم الخارجي الذي يتم عبر استقراء آراء المتعاملين مع المرفق. إضافة إلى هذه الوسائل، هناك وسيلة حديثة تتمثل في لوحة القيادة، وهي أداة ضرورية للتدبير وقياس الأنشطة.

إلا أن الإشكالية المركزية والرئيسية التي يثيرها موضوع استقلالية المهن القضائية تتمثل في ما يلي:

كيف استطاعت المعايير الدولية والإقليمية والوطنية تكريس استقلالية المهن القضائية؟

ومن خلال هذه الإشكالية الجوهرية والأساسية تبرز التساؤلات التالية:

- ما هي المعايير الدولية والإقليمية لاستقلالية المهن القضائية؟ وما هي المعايير الوطنية لاستقلالية المهن القضائية؟

المبحث الأول: المعايير الدولية والإقليمية لاستقلالية المهن القضائية

إن المواثيق والإعلانات التي تضمنت جميع أو أغلب الحقوق التي يفترض أن يتمتع بها بني الإنسان وتشكل حالياً شريعة عامة لحقوق الإنسان والتي عالجتها وكرست مسألة استقلالية السلطة القضائية حتى إنها سميت بـ (الشريعة الدولية لحقوق الإنسان)، وتشمل ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

وتختلف فاعلية هذه المصادر من مصدر لآخر، فلم يتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مثلاً أية آلية إلزامية قانوناً مقارنةً بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، رغم ذلك يعد الإعلان الخطوة الأولى التي مهدت الطريق لترسيخ هذه الحقوق بشكل ملزم قانوناً في العهدين الدوليين اللاحقين له سنة 1966.

وبخصوص المصادر الإقليمية، فيوجد في الوقت الحاضر ثلاث نظم إقليمية تعمل في ثلاث قارات ذات فاعلية في حماية حقوق الإنسان، وهذه النظم حسب كفاءتها هي النظام الأوربي الذي يعد أفضلها، يليه النظام الأمريكي والذي يعمل في قارتي أمريكا الشمالية والجنوبية أو النظامي: الإفريقي والعربي لحقوق الإنسان، هذا فضلاً عن المؤسسات الحقوقية الوطنية بما في ذلك المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سابقاً الذي حل محل المجلس الوطني لحقوق الإنسان وهيئة الإنصاف والمصالحة.

وعليه، سيتم تناول المعايير الدولية لاستقلالية المهن القضائية في (المطلب الأول) والمعايير الإقليمية لاستقلالية المهن القضائية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المعايير الدولية لاستقلالية المهن القضائية

إن النظام القضائي في الدولة أمر أساسي لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث تؤدي المحاكم دوراً رئيسياً في حماية الضحايا، أو من يحتمل أن يكونوا ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان وضمان حصولهم على سبل الإنصاف الفعالة، وذلك بتقديم مرتكبي هذه الانتهاكات إلى العدالة، والتأكيد على أن أي شخص يرتكب أفعالاً إجرامية يتلقى محاكمة عادلة وفقاً للمعايير الدولية.

فالنظام القضائي يعتبر أساسياً لعملية التأكد من امتثال القوانين التشريعية والأعمال التنفيذية للقانون الدولي لحقوق الإنسان وحكم القانون.

وقد أبرزت جميع الأجهزة الدولية لحقوق الإنسان هذا الدور الحاسم الذي يلعبه النظام القضائي في حماية حقوق الإنسان والحريات.¹

¹ أحمد العط، المعايير الدولية لاستقلال السلطة القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة القاضي العياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية: 2017-2018، ص: 30. وللمزيد من التوضيح راجع زيدان لونس، الضمانات القضائية لحقوق الإنسان في وقت السلم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2010-2011، ص: 20.

ومن هنا سأطرق إلى ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لاستقلال القضاء (الفرع الأول) والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمجلس الأوروبي لاستقلال القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لاستقلال القضاء

لم تقف الحضارة الإنسانية عند إعلان الأفكار، وإنما تطور الأمر إلى سعي مجموعة من الدول إلى إصدار الإعلانات والمبادئ والمواثيق بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي تنادي بمبدأ استقلال القضاء كدعامة أساسية لنشر العدالة وحماية حقوق الإنسان، فديباجة ميثاق الأمم المتحدة تؤكد تصميم شعوب العالم على تحقيق العدالة بالاتفاق على عدد من المبادئ منها الحق في نظام قضائي نزيه ومستقل، وكذلك النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الذي نص على تكوين هيئة المحكمة من قضاة مستقلين. ومن كل ما سبق، سأطرق إلى استقلالية القضاء في صلب ميثاق الأمم المتحدة (الفقرة الأولى) والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (الفقرة الثانية) في علاقتهما باستقلال القضاء والمهن التي تشكله.

الفقرة الأولى: استقلالية القضاء في صلب ميثاق الأمم المتحدة

تم اعتماد مجموعة المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والتي اعتمدت في مؤتمر الأمم المتحدة السابع حول منع الجريمة ومعاملة المجرمين، المعقود في ميلان في الفترة من 26 أغسطس إلى 6 سبتمبر 1985، ووافقت عليها الجمعية العامة في قرارها 32.40، المؤرخ 29 نوفمبر 1985 وقرارها 146.40 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985، حيث أن شعوب العالم تؤكد في ميثاق الأمم المتحدة، ضمن ما تؤكد من أمور، تصميمها على تهيئة الظروف التي يمكن في ظلها صون العدل لتحقيق التعاون الدولي في مجال تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتشجيع على ذلك دون أي تمييز¹.

ومن بين المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية هي:

• استقلال السلطة القضائية.

• تضمن الدولة استقلال السلطة القضائية وتكرس ذلك في دستور البلد أو في قانونه. ومن واجب جميع الحكومات والمؤسسات الأخرى احترام استقلال السلطة القضائية والتقيد بذلك في ممارستها لمهامها وأعمالها.

• يبيت القضاء في المسائل المعروضة عليه بدون تحيز وعلى أساس الحقائق ووفقاً للقانون، ولا يتعرض لأية قيود تُفرض عليه أو لما قد تمارسه عليه أي جهة، بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو لأي سبب من الأسباب، من تأثير غير مشروع أو ترغيب أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات.

¹أفريجة محمد هشام، ضمانات الحق في محاكمة عادلة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، مجلة المفكر، العدد 10، بدون سنة النشر، ص: 444.

- يمارس القضاء الولاية القضائية على جميع المسائل التي لها طابع قضائي، وله وحده سلطة البت فيما إذا كانت المسألة المعروضة عليه تقع في نطاق صلاحياته كما يعرفها القانون.
- يجب ألا يحدث أي تدخل غير مشروع أو غير مبرر في العملية القضائية، ولا تخضع القرارات القضائية التي تصدرها المحاكم لأية مراجعة. لا يخل هذا المبدأ بحق السلطات المختصة في القيام، وفقاً للقانون، بإجراء مراجعة قضائية على الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية أو بحقها في تخفيف تلك الأحكام أو استبدالها.
- لكل فرد الحق في المثل أمام محاكم عادية بموجب الإجراءات القانونية المعمول بها. ولا تُنشأ محاكم لا تستخدم الإجراءات القضائية المعمول بها حسب الأصول لتحل محل الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو المحاكم القضائية.
- يقتضي مبدأ استقلال السلطة القضائية قيام السلطة القضائية بإدارة إجراءات الدعاوى القضائية على نحو يضمن الإنصاف واحترام حقوق الأطراف، وإعطائها حق القيام بذلك.
- من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء وظائفها على النحو الصحيح.¹

• حرية التعبير والانتساب

- وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يحق لأعضاء السلطة القضائية، شأنهم في ذلك شأن المواطنين الآخرين، التمتع بحرية التعبير والاعتقاد والانتساب والتجمع، شريطة أن يتصرف القضاة دائماً في ممارستهم هذه الحقوق على نحو يحافظ على هيبة ووقار مناصبهم وعلى نزاهة واستقلال السلطة القضائية.
- للقضاة حرية تشكيل جمعيات للقضاة أو منظمات أخرى والانضمام إلى تلك الجمعيات أو المنظمات التي تمثل مصالحهم وتعزز تدريبهم المهني وتحمي استقلال السلطة القضائية.

• مؤهلات القضاة واختيارهم وتدريبهم

- يجب أن يكون الأشخاص الذين يُختارون لشغل مناصب قضائية أشخاصاً يتسمون بالنزاهة والقدرة ولديهم الخبرة أو المؤهلات المناسبة في القانون. يجب أن تضمن أية طريقة لاختيار القضاة بغية تعيينهم في مناصبهم عدم تعيين القضاة بدوافع غير مشروعة. وعند اختيار القضاة لتعيينهم في تلك المناصب، ولا يُمارس التمييز ضد أي شخص بسبب العرق أو اللون أو نوع الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر أو بسبب الأصل القومي أو الاجتماعي أو بناءً على ما لديه من ملك أو على مكان ميلاده أو مكانته. ولا يُعتبر تمييزاً شرط أن يكون المرشح لمنصب قضائي مواطناً من مواطني البلد المعني.²

• شروط الخدمة ومدتها

¹ عبد الجليل مفتاح، مبادئ المحاكمة العادلة في دساتير المغرب العربي، مجلة دفتاير السياسة والقانون، العدد 13، جوان 2015، ص: 400.
² عبد الجليل مفتاح، ضمانات حقوق الإنسان في تعديلات قانون الإجراءات الجزائية، مجلة المفكر، العدد 4، بدون سنة النشر، ص: 95.

- يجب أن يضمن القانون على نحو مناسب مدة عمل القاضي في منصبه واستقلاله وأمنه ومكافأة مناسبة له وظروف خدمته ومعاش تقاعده، وسن التقاعد له.
- يبقى القضاة في مناصبهم، سواء كانوا معينين أو منتخبين، ويمارسون مهام عملهم حتى سن التقاعد الإجباري أو حتى انتهاء مدة تعيينهم في المنصب، إذا كانت هذه المدة محددة.
- ينبغي أن يستند نظام ترفيع القضاة، حيثما يوجد مثل هذا النظام، إلى عناصر موضوعية، لا سيما القدرة والنزاهة والخبرة.
- توزيع القضايا على القضاة داخل المحكمة التي يعملون فيها شأن داخلي لإدارة السلطة القضائية.
- يلتزم العاملون في السلطة القضائية بسرية المهنة فيما يتعلق بمداوماتهم وبالمعلومات السرية التي يحصلون عليها في معرض أدائهم لواجباتهم، ويُستثنى من ذلك ما يدور في إجراءات الدعاوى العلنية. ولا يُرغم العاملون في السلطة القضائية على الإدلاء بشهادتهم فيما يتعلق بهذه المسائل.
- ينبغي أن تكون للقضاة حصانة شخصية من أية دعاوى مدنية يُطالبون فيها بدفع تعويضات مالية عن أضرار نتجت عن تصرفات غير سليمة أو عن تقصير في ممارستهم وظائفهم القضائية، ولا يخل ذلك أو يؤثر على أية إجراءات تأديبية أو على أي حق في الاستئناف أو في المطالبة بتعويض من الدولة، وفقاً للقانون الوطني.

• التأديب والتوقيف مؤقتاً عن العمل والفصل

- سواء كان القاضي رجل أو امرأة، يتم النظر بسرعة وإنصاف في أية تهمة أو شكوى ضد أي قاضٍ، بصفته القضائية والمهنية، وذلك بموجب إجراء قانوني مناسب. وللقاضي الحق في محاكمة منصفة، يُراعى في مراحلها الأولية المعنية بفحص المسألة والنظر فيها.

• الالتزام بالسرية، إلا إذا طلب القاضي خلاف ذلك.

- لا يخضع القضاة للتوقيف عن العمل مؤقتاً ولا يفصلون من مناصبهم إلا لأسباب تتعلق بعدم قدرتهم على أداء وظائفهم أو بسبب سلوك غير مناسب.
- يتم البت في جميع إجراءات التأديب أو التوقيف عن العمل بصورة مؤقتة أو إجراءات الفصل، وفقاً لمعايير السلوك القضائي الراسخة.

ومن هنا أصبح مبدأ استقلال القضاء مبدأً دولياً مهماً يشكل التزاماً على كافة الدول، وأغلب دساتير العالم نصت على مبدأ استقلال القضاء.

كذلك ذكرت، الجمعية العامة للأمم المتحدة مرارا أن سيادة القانون والنظام القضائي يلعبان دوراً مركزياً في تعزيز وحماية حقوق الإنسان.

كما ذكرت أيضا أن "النظام القضائي، بما في ذلك وجود وكالات لإنفاذ القوانين وللملاحقة القضائية، وبصفة خاصة وجود قضاء مستقل واستقلال مهنة المحاماة بما يتماشى تماما مع المعايير الواجبة التطبيق، والواردة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تعتبر أمورا أساسية بالنسبة إلى الأعمال التام وغير التمييزي لحقوق الإنسان، وأمورا لا غنى عنها لعملية الديمقراطية والتنمية الدائمة."

ولقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة في هذا الخصوص على أنه: "يجب الاعتراف بأهمية سيادة القانون وضمن احترام حقوق الإنسان، ودور القضاة والمحامين في الدفاع عن حقوق الإنسان".¹

وذكرت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أن: "ضمن حقوق الإنسان يقوم على وجود وسائل قانونية مناسبة لتحديد وحماية هذه الحقوق، مع حق التدخل من قبل هيئة قضائية مختصة ومستقلة تنتم بالنزاهة، وملتزمة بالقانون الذي يحدد نطاق سلطاتها التقديرية المخولة و فقا لمعايير الشرعية والعقلانية". وبالمثل، فقد أشارت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان أن "استقلال القضاء شرط أساسي لاحترام حقوق الإنسان".

وتماشياً مع مبدأ فصل السلطات كأساس لحياد واستقلال القضاء، فقد ذكرت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان في حكمها المتعلق بقضية المحكمة الدستورية في دولة البيرو أن: "أحد الأهداف الرئيسية لفصل السلطات العامة هو ضمان استقلال القضاة".

ولذلك اعتبرت المحكمة أنه: "يجب ضمان استقلال القضاة بموجب القانون.."

وقد اعتبرت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان فيما يتعلق بتعيين القضاة أن: "أحد الأهداف الرئيسية للفصل بين السلطات العامة هو ضمان استقلال القضاة. وتحقيقاً لهذه الغاية، فقد وضعت الأنظمة السياسية المختلفة إجراءات صارمة تتعلق بالتعيين والعزل"، واعتبرت أن "استقلال أي قاض يفترض وجود عملية تعيين مناسبة ومحددة، بالإضافة إلى آليات تضمن عدم تعرضه للضغوط الخارجية"

وقد اعتبرت لجنة حقوق الإنسان أيضاً أن "الحق في محاكمة عادلة هو أحد الدعائم الأساسية للمجتمع الديمقراطي من حيث يؤسس عليه احترام باقي الحقوق الأخرى المعترف بها والتي جاءت بصلب هذه الاتفاقية، وذلك للحد من إساءة استخدام السلطة من قبل الدولة".

وقد أشارت أيضاً لجنة حقوق الإنسان إلى مبدأ الفصل بين السلطات عندما لاحظت أن: "عدم الوضوح في تعيين الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل من السلطة التنفيذية، والتشريعية، والقضائية، قد يهدد تحقيق سيادة القانون وتطبيق سياسة محترمة لحقوق الإنسان".

¹ اعلاء عبد الحسن العنزي، مفهوم الحماية الدولية لحقوق الإنسان والمعوقات التي تواجهها، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، بدون سنة النشر، ص: 215.

وقد أوصت اللجنة بأنه: "على الدول تبني تشريعات وتدابير تضمن الفصل الواضح بين السلطتين التنفيذية والقضائية لتجنب تدخل الأولى في شؤون القضاء ومسؤولياته".¹

الفقرة الثانية: استقلالية القضاء في صلب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

بالنظر لأهمية ومكانة مبدأ استقلال القضاء، نجد أنه قد حظي باعتراف عالمي كمبدأ عام يجب على الدول احترامه وعدم خرقه، نظراً لأهمية رسالة القضاء في إعلاء كلمة القانون وحماية حقوق الإنسان، وقد تجسد هذا الاعتراف في العديد من الوثائق والمعاهدات والإعلانات الدولية.

ونصت المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي: "لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك لحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون".²

وكذلك نصت المادة 10 من هذا الإعلان على أنه: "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه".³

وعليه، يتضح من المادتين أن لكل إنسان حق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه من أي أعمال تنتهك حقوقه الأساسية، وأن تنظر قضيته في محكمة مستقلة ومحيدة.

الفرع الثاني: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمجلس الأوروبي لاستقلال القضاء

مع أن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (الفقرة الأولى) قد أولى أهمية كبرى لاستقلال القضاء تنفيذاً وتناغماً مع المبادئ الأساسية للأمم المتحدة لتكريس وتوطيد دعائم وركائز مبادئ ومعايير السلطة القضائية، فإن المجلس الأوروبي (الفقرة الثانية) لا يخرج عن هذا الدور الأساسي من خلال مجموعة من الأسس التي ضمنها في بنوده.

الفقرة الأولى: استقلالية القضاء في ضوء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

إن تزايد اهتمام دول العالم بمشكلة استقلالية السلطة القضائية وبما تفرزه من انعكاسات سلبية في مختلف ميادين الحياة الإنسانية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية، في الوقت الذي تسعى به كافة الدول إلى تحسين وتجويد وتطوير النظم والتشريعات والمؤسسات من أجل مواكبة متطلبات التطورات المتسارعة

¹ فاطمة أعياشي، السلطة القضائية: مقومات الاستقلالية ورهانات الإصلاح، ماستر المهن القانونية والقضائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية: 2015-2016، ص: 22.

² ياسين أسود، الآليات السياسية العالمية الجديدة لحماية حقوق الإنسان، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 8، بدون سنة النشر، ص: 134.

³ محمد أمين الميداني، الأنظمة الإقليمية لحماية حقوق الإنسان، بدون دار الطبع، بدون سنة النشر، ص: 2.

التي تشهدها الساحة العالمية والمتمثلة في ظاهرة العولمة والتحول من الانغلاق الاقتصادي إلى الانفتاح، والاندماج في الاقتصاد العالمي، وتحرير الأسواق. وإن الانخراط في العولمة قد يفتح آفاقاً جديدة ويتيح فرصاً كثيرة إلا أنه قد يخلق تحديات كبيرة على المستوى تكريس استقلالية السلطة القضائية أو حماية حقوق ومصالح المتقاصين أو المستثمرين .

وعليه برز العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، فقد نص في مادته الرابعة عشرة على مبدأ حيده واستقلال القضاء، وقد اجتمعت لجنة من الخبراء بإيطاليا عام 1981 لوضع مشروع مبادئ حول استقلال القضاء، ونتج عنه الإعلان العالمي لاستقلال العدالة الصادر عن مؤتمر مونتريال في كندا عام 1983.

الفقرة الثانية: استقلالية القضاء في ضوء المجلس الأوروبي

لقد ورد في توصية المجلس الأوروبي حول "استقلال القضاة ضرورة أن تتضمن الدساتير أو التشريعات الأخرى أحكاماً محددة تضمن استقلال القضاة" و "يتعين على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية التأكد من استقلال القضاة والامتناع عن كل تصرف من شأنه تهديد استقلالهم.

كذلك، أقر المجلس الأوروبي في توصيته رقم 12 لسنة 1994، بحرية القضاة في تكوين الجمعيات، وقد نصت التوصية على "تمتع القضاة بحرية تكوين الجمعيات، منفردة أو مع هيئات أخرى، تكون مهامها حماية استقلال القضاة ومصالحهم" ..

وقد أوصى المجلس الأوروبي في هذا الخصوص بأنه: "يتعين أن تكون القرارات المتعلقة بوظيفة القضاة مبنية على معايير موضوعية، وأن يركز اختيار وتوظيف هؤلاء على مؤهلاتهم وقدراتهم ونزاهتهم . وتنطبق هذه التوصية على تعيين القضاة والترقيات اللاحقة".¹

غير أن المجلس الأوروبي يسلّم بأنه من الشائع في بعض الدول أن يتم تعيين القضاة من قبل الحكومة، ويقر بإمكانية تماشي هذه الممارسة مع استقلال القضاء، في حال توفر بعض الضمانات. وقد نص المجلس على أنه: "حينما تسمح النصوص الدستورية، أو القانونية، أو التقاليد، بتعيين القضاة من قبل الحكومة، بتعيين أن يكون هناك ضمانات للتأكد من أن استقلالية وشفافية قرارات وإجراءات التعيين لن تتأثر بأي أسباب أخرى غير تلك المتعلقة بالمعايير الموضوعية المذكورة أعلاه".²

وجدير بالذكر أن توصية المجلس الأوروبي بشأن استقلال السلطة القضائية تنص على مبادئ توجيهية واضحة حول الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى عزل القاضي: "لا يجوز عزل القضاة المعينون من منصبهم القضائي دون أسباب وجيهة إلى حين بلوغهم سن التقاعد الإلزامي. ويتعين تحديد هذه الأسباب بدقة في

¹ ياسين أسود، مرجع سابق، ص: 134.

² عليان بوزيان، تأصيل الحماية القضائية الدولية لحقوق المستضعفين في الأرض في ضوء مبادئ القانون الدولي ومقاصد التشريع الإسلامي، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 3، 2015، ص: 43.

القانون، ويمكن تطبيقها كذلك في الدول التي ينتخب فيها القضاة لفترة معينة. ويعتبر العجز عن أداء الوظائف القضائية، أو ارتكاب الجرائم، أو الانتهاكات الجسيمة لقواعد الانضباط من بين الأسباب التي تجيز العزل." إلى ذلك، نص المجلس على شروط واضحة بشأن إجراءات عزل القضاة، وخاصة حول إنشاء هيئة خاصة تخضع لرقابة القضاء، وحول تمتع هؤلاء القضاة بجميع الضمانات الإجرائية: "في حالة الحاجة إلى اتخاذ إجراءات تأديبية تتعلق بالانضباط، يتعين على الدول إنشاء هيئة مختصة بموجب القانون الذي يخول لها تطبيق أي جزاءات أو إجراءات تأديبية لم تتناولها المحكمة، على أن تخضع قراراتها لإشراف الجهاز القضائي أو رئيس الجهاز القضائي نفسه. ويتعين أن ينص القانون على إجراءات مناسبة لضمان حصول القضاة المعنيين على الحد الأدنى من إجراءات التقاضي العادلة بحسب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. مثال ذلك أن تُنظر القضية في غضون فترة زمنية معقولة، وأن يكون للقضاة المعنيين الحق في الرد على أي اتهامات"

المطلب الثاني: المعايير الإقليمية لاستقلالية السلطة القضائية

يحظى استقلال القضاء بالاعتراف الإقليمي في المنظومات الإقليمية كأوروبا، إفريقيا كما هو الشأن لآسيا ودول المحيط الهادئ.

وعليه، لقد نص الميثاق العالمي للقضاة والذي أقره قضاة من جميع أنحاء العالم على أن: "استقلال القاضي مبدأ لا يتجزأ ولا غنى عنه لحياض القضاء وفقاً للقانون .

ويتعين على جميع المؤسسات والسلطات سواء كانت وطنية أو دولية احترام وحماية هذا الاستقلال والدفاع عنه."¹

مما يفرض تخصيص الفرع الأول الموائيق الأوروبية ومبادئ بكين لحقوق الإنسان لاستقلال القضاء و الفرع الثاني الموائيق العربية والإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب لاستقلال القضاء.

الفرع الأول: الموائيق الأوروبية ومبادئ بكين لحقوق الإنسان لاستقلال القضاء

إذا كان دور استقلالية القضاء من منظور الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان (الفقرة الأولى) له دور أساسي وجد مهم في زرع استقلال القضاء، فإن مبادئ بكين لحقوق الإنسان (الفقرة الثانية) هي الأخرى سارت على نفس النهج من خلال تكريس مبادئ استقلال السلطة القضائية في ميثاقها .

ارضوان مفتاح، أعلق مناقذ الفساد لتصلح، مجلة المناظرة، العدد 16 و17، ماي 2014، ص: 367.

الفقرة الأولى: استقلالية القضاء من منظور الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان

يعتبر النظام الأوروبي الأقدم والأكثر فاعلية، ويعود إنشاءه إلى اتفاقية لندن عام 1949، التي كانت اتفاقية روما عام 1950 لحقوق الإنسان والحريات الأساسية من أفضل نتاجاته، وقد جاء هذا النظام بمحكمة ذات ولاية جبرية هي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ويعد من أقدم الأنظمة كذلك أنه الأفضل من بين أنظمة الحماية ليس فقط الإقليمية بل والعالمية.

ومن جانبها فقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن "احترام مبدأ الفصل بين السلطات هو مبدأ أساسي للديمقراطية لا يمكن أن يكون موضعاً للشك".

وفي نفس السياق، نص الميثاق الأوروبي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة على "وجوب امتناعهم عن أي فعل، أو سلوك، أو تعبير من شأنه أن يؤثر على الثقة في حيادهم واستقلالهم"¹

كذلك ناشدت مبادئ بنغالور القضاة بالامتناع عما يتعارض مع مركزهم الوظيفي وإعتبرت أن "القاضي، وكأي مواطن عادي، الحق في حرية التعبير (...). بما لا يتعارض مع أحكام القانون ومع واجباته الوظيفية، وبطريقة يحافظ بها على هيبة الوظيفة القضائية ونزاهة القضاء واستقلاله".

كذلك استبعد الميثاق الأوروبي بشأن استقلال القضاة المعايير غير المناسبة، ونص على أنه: "يتعين أن تكون قواعد النظام الأساسي (...). في اختيار المرشحين قائمة بناء على أساس قدرتهم على تقييم المسائل القانونية التي تحال إليهم بحرية ونزاهة، وتطبيقاً لقانون عليها مع مراعاة احترام كرامة الفرد .

هذا ولا يجوز أن يستبعد أي مرشح بسبب الجنس، أو الأصل العرقي، أو النشأة الاجتماعية، أو بسبب الآراء الفلسفية، أو السياسية، أو المعتقدات الدينية".

لقد تناولت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قضايا أثرت فيها استقلالية وحيادية المحكمة استناداً إلى آلية تعيين القضاة.

ففي قضية "إنكال" ضد تركيا، كان على المحكمة الأوروبية أن تقرر مدى نزاهة المحكمة التي أدانت "إنكال"، حيث دفع المدعى عليه أمام المحكمة بأن وجود قاضي عسكري يشكل انتهاكاً لحقه في المحاكمة أمام محكمة مستقلة طالما أن القاضي العسكري، بحسب أقوال "إنكال"، تابع للسلطة التنفيذية.

وقضت المحكمة في هذا الشأن بأن: "الأمر الشكلي قد تكون ذات أهمية معينة. فالمهم هو الثقة التي يجب أن تمنحها المحاكم في المجتمع الديمقراطي، لاسيما فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية المعنية بالمتهم(..) للبت فيما إذا كان هناك سبب يدفعه إلى اعتبار المحكمة تنقهر للاستقلال أو النزاهة، دون الحاجة

أحلام نواري، الآليات الإقليمية لحماية حقوق الإنسان والصعوبات التي تواجهها، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 2، 2014، ص: 320.

إلى أن تكون هذه المخاوف حاسمة. فالمعيار المعتمد هو اعتبار ما إذا كانت شكوك المتهم ذات مبرر موضوعي أم لا.

وقد قضت المحكمة بأن "ما تبادر إلى السيد" إينكال "من شكوك مشروعة يعود إلى كون أحد قضاة محكمة أزمير للأمن الوطني قاضي عسكري، يُخشى أن يكون عرضة لتأثيرات واعتبارات لا علاقة لها بالقضية. وبناء عليه يتبين أن " للمدعى عليه في هذه الحالة أسبابه المشروعة للشك في استقلالية ونزاهة(..)المحكمة".

وفي قضية "لاكو" ضد سلوفاكيا، كان على المحكمة أن تقر ما إذا كان حق السيد "لاكو" في محاكمة عادلة قد انتهك بعدما قام المكتب المحلي بتغريمه وأقر مكتب المقاطعة الغرامة.

ولاحظت المحكمة أن "المكتب المحلي ومكتب المقاطعة مسؤولان عن تسيير الإدارة المحلية للولاية تحت رقابة الحكومة، وأن تعيين رؤساء هذه الهيئات يخضع للسلطة التنفيذية ولرؤسائهم المباشرين الذين يتم تعيينهم بموجب عقود تخضع لأحكام قانون العمل، ويندرج وضعهم القانوني تحت الموظفين بأجر¹.

وخلصت المحكمة إلى أن "طريقة تعيين أعضاء المكتب المحلي مع عدم وجود أي ضمانات ضد الضغوط الخارجية وأي مظهر من مظاهر الاستقلال يعتبر مخالفاً لمبدأ استقلال هذه الهيئات عن السلطة التنفيذية كما نصت عليه المادة 6 في الفقرة 1 من الاتفاقية (الحق في محاكمة عادلة) حسب رأي المحكمة، "فإن تكليف محاكمة ومعاينة مرتكبي الجرائم البسيطة إلى السلطات الإدارية لا يتعارض مع الاتفاقية، ولا بد من التأكيد على حق الشخص المعني في الطعن في أي قرار يصدر ضده أمام المحكمة التي توفر الضمانات الواردة في المادة 6".

وخلصت المحكمة إلى أن حق السيد "لاكو" في محاكمة عادلة قد انتهك، وذلك "لعدم تمكنه من طلب مراجعة القرارات (...)" أمام المبادئ الدولية المتعلقة باستقلال ومسؤولية القضاة، والمحامين، وممثلي النيابة العامة محكمة مستقلة ومحيدة، ذلك أن المحكمة الدستورية رفضت النظر في قضيته باعتبارها مخالفة بسيطة لا تدخل ضمن صلاحية المحاكم".

ويتضمن الميثاق الأوروبي بشأن النظام الأساسي للقضاة الأحكام التفصيلية المتعلقة بهذه المسائل، ولا سيما بشأن تشكيل الهيئة التي ينبغي أن تباشر أو تتدخل في الدعوى، والضمانات الإجرائية التي يتمتع بها القضاة، واحترام مبدأ تناسب العقوبات مع الخطأ.

¹ انتصار فيصل خلف الجبوري، استقلال القضاء وضماناته وأثرهما في تعزيز مبدأ القاضي الطبيعي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 23، 2017، ص: 1.

وقد نصت الفقرة 5.1 من الميثاق الأوروبي بشأن النظام الأساسي للقضاة على أنه: "يجب أن تصدر العقوبة الناجمة عن إهمال القاضي لإحدى الواجبات المحددة صراحة في النظام الأساسي للقضاة بقرار، بناءً على اقتراح، أو توصية، أو بموافقة المحكمة، أو سلطة يكون نصف أعضائها على الأقل من القضاة المنتخبين بحسب الإجراءات. ويتم الاستماع إلى الأطراف مع إعطاء القاضي حق التمثيل في الإجراءات التي شرعت ضده ويتعين أن تفرض العقوبات بموجب قانون وأن تخضع لمبدأ التناسب، هذا ويمكن أن يكون القرار الصادر سواء عن السلطة التنفيذية، أو المحكمة، أو السلطة المعنية المخولة بفرض عقوبات، قابلاً للطعن أمام هيئة قضائية عليا."¹

الفقرة الثانية: استقلالية القضاء من منظور مبادئ بكين لحقوق الإنسان

ومن خلال بيان بكين، مبادئ استقلال السلطة القضائية في منطقة الرابطة، التي اعتمدها رئيس قضاة منطقة الرابطة، وقضاة آخرين من آسيا ومنطقة المحيط الهادئ في عام 1995 والتي اعتمدها مجلس الرابطة القانونية لآسيا والمحيط الهادئ في عام 2001 حسب الفقرة الثالثة منه، فقد نصت مبادئ بكين السلطة القضائية الصادرة عن الرابطة القانونية لآسيا والمحيط الهادئ، على أن: "استقلال القضاء يتطلب بت القضاة في المسائل المعروضة عليه وفق التقييم محايد للحقائق وفهم القانون دون تأثيرات مباشرة أو غير مباشرة، من أي مصدر كان".

أما في منطقة آسيا والمحيط الهادئ، فقد تضمنت مبادئ بكين حكماً ضد التمييز وتحذيراً بشأن جنسية المرشح: يجب أن ألا يكون هناك أي تمييز ضد أي شخص قائم على أساس العرق، أو اللون، أو الجنس، أو الدين، أو الرأي السياسي أو غيره، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الوضع العائلي، أو الميول الجنسي أو الملكية أو الميلاد أو المركز في اختيار القضاة. ولا يعتبر تمييزاً أن يشترط في المترشح لوظيفة قضائية أن يكون من رعايا البلد المعني."

الفرع الثاني: المواثيق العربية والإفريقية لاستقلال القضاء

لقد أولت المواثيق العربية والإفريقية لحقوق الإنسان إلى جانب المواثيق الدولية اهتماماً كبيراً بمبدأ استقلال السلطة القضائية من خلال التنصيص عليها في بنودها، وذلك بالنظر إلى مكانته في كل نظام سياسي ودستوري للدولة ما يراعي فيه مبدأ الفصل بين السلطات.²

وعلى ما سبق، سأعالج استقلالية القضاء من منظور الميثاق العربي لحقوق الإنسان (الفقرة الأولى) والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان (الفقرة الثانية).

¹أحلام نواري، مرجع سابق، ص: 335.

²منية بنلمليح، أي استقلالية للقضاء المغربي في دستور 2011، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد المزدوج 109-110، مارس-يونيو 2013، ص: 29. وللمزيد من إلقاء الضوء راجع يونس شريف، استقلال القضاء، بدون دار الطبع، الطبعة الأولى: 2007، ص: 10.

الفقرة الأولى: استقلالية القضاء من منظور الميثاق العربي لحقوق الإنسان

لقد نصت المادة 9 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على مايلي: "جميع الناس متساوون أمام القضاء وحق التقاضي مكفول لكل شخص على إقليم الدولة."

وكذلك نص إعلان القاهرة خلال المؤتمر العربي للعدالة الثاني في فبراير 2003 على أن "النظام القضائي المستقل يشكل الدعامة الرئيسية لدعم الحريات المدنية، وحقوق الإنسان، وعمليات التطوير الشاملة، والإصلاحات في أنظمة التجارة والاستثمار والتعاون الاقتصادي الإقليمي والدولي وبناء المؤسسات الديمقراطية."

أما في الدول العربية فقد ورد النص على مبدأ استقلال القضاء في إعلان بيروت للعدالة الصادر عن مؤتمر العدالة العربي الأولى في بيروت عام 1999.¹

بعد إلقاء نظرة على الميثاق العربي لحقوق الإنسان سأنقل إلى الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

الفقرة الثانية: استقلالية القضاء من منظور الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

بدأ النظام الإفريقي متأخراً، إذ وافق مؤتمر القمة الإفريقي على الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في عام 1980، ولم يدخل حيز التنفيذ إلا في عام 1986، الذي ألزم الدول الإفريقية الأعضاء باتخاذ إجراءات تشريعية لاحترام حقوق الإنسان.

هكذا وقد اعتمد في عام 1999 قرار صادر عن اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب بشأن احترام وتعزيز استقلال السلطة القضائية.

وفي نفس السياق، نصت المبادئ التوجيهية المتعلقة بالحق في محاكمة عادلة في إفريقيا على أن "تقوم الدول بإمداد الهيئات القضائية بالموارد الكافية لأداء وظائفهم ووجوب استشارة القضاة بشأن إعداد الميزانية وتنفيذها".

والجدير بالذكر أن المعايير الدولية تسمح لكل دولة بتحديد أفضل طريقة لضمان حصول القضاء على الأموال الكافية. فالتمويل الكافي هو أحد المكونات الأساسية لاستقلال القضاء، وينبغي أن يدرج هذا المبدأ في الأنظمة القانونية لكل دولة، لاسيما في الدساتير حيث يتعين أن تتضمن هذه الدساتير أحكاماً بتخصيص

ابوطيب بن ناصر، تطور الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الدول المغاربية - الجزائر نموذجا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 14، أكتوبر 2016، ص: 85.

نسبة ثابتة من ميزانية الدولة للنظام القضائي من أجل الامتثال لهذا المطلب. كذلك تؤيد المبادئ الإفريقية التوجيهية فكرة وجود هيئة مستقلة يعهد إليها باختيار ممثلي الوظيفة القضائية.¹

وتسمح هذه المبادئ لهيئات أخرى بما في ذلك الفروع الأخرى للسلطة بأداء هذه المهمة طالما أنها تتمثل لمعايير معينة: "يتعين التشجيع على إنشاء هيئة مستقلة تناط بها عمليات التعيين في الهيئات القضائية وتخضع لمعايير الشفافية والمساءلة. ويجب أن تكون أي طريقة لاختيار القضاة ضامنة لاستقلال ونزاهة القضاء."²

وسار النظام الإفريقي على خطى سابقه في إنشاء محكمة إفريقية لحقوق الإنسان في سنة 2000، والميثاق الإفريقي يأتي ثالثاً من حيث الكفاءة بين الأنظمة القارية، إلا أنه خطوة مهمة خصوصاً إذا كان في مثل تلك القارة التي تسيطر على معظم بلدانها أنظمة حكم عسكرية شمولية، ولازال الفقر والجهل والتخلف هو السائد في أكثر بلدانها.³

المبحث الثاني: المعايير الوطنية لاستقلالية المهن القضائية

إلى جانب المصادر الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، هناك المصادر الوطنية لما لها من أهمية في ترسيخ الكثير من مبادئ حقوق الإنسان وحرياته، ولعل الدساتير أبرزها حيث الدستور هو القانون الأعلى في الدولة والمعبر عن إرادة الشعب .

وقد واصلت المملكة الانخراط في القانون الدولي لحقوق الإنسان من خلال المصادقة على اتفاقيات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان التي صادق المغرب عليها؛ والمصادقة على البرتوكولات الاختيارية الملحقه ببعض الاتفاقيات والشروع في اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لتفعيل مقتضياتها على الصعيد الوطني؛ وكذلك في ملاءمة كافة التشريعات الوطنية مع المعايير الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان المترتبة عن اتفاقيات حقوق الإنسان التي انضمت إليها.

ومنه، سأرصد المعايير المدرجة ضمن القانون الداخلي (المطلب الأول) والهيئات المجسدة للمعايير استقلال المهن القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المعايير المدرجة ضمن القانون الداخلي

شهد المغرب في تسعينات القرن الماضي، سلسلة من الإصلاحات والالتزامات الرامية إلى تعزيز حقوق الإنسان والنهوض بثقافة هذه الحقوق، وما يؤشر على هذا التعزيز، حيث فتحت هذه الإصلاحات

¹ جميلة فار، استقلالية القضاء وكفالة حق الدفاع لضمان محاكمة عادلة، مجلة المفكر، العدد 15، جوان 2017، ص: 472.
² مليكة النعيمي، قراءة في النظام الإفريقي لحقوق الإنسان، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 72 و2007، 73، ص: 116.
³ محمد بشير مصمودي، المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب: طموح ومحدودية، مجلة المفكر، العدد 5، بدون سنة النشر، ص: 52.

أوراشا مهمة ساهمت في تطوير مسار تعزيز وحماية حقوق الإنسان، نذكر في هذا السياق أهم التشريعات والأحداث والمبادرات التالية:

- إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 1990.
- إحداث صيغة دستور 1992 الذي تضمنت ديباجته لأول مرة إحالة واضحة إلى حقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا.
- انخراط المغرب في مؤتمر فيينا لحقوق الإنسان المنعقد سنة 1993.
- إحداث وزارة حقوق الإنسان سنة 1993.
- تصويت العديد من أحزاب المعارضة بالإيجاب على الإصلاح الدستوري في شتنبر 1996، الذي حملت ديباجته إحالة واضحة على مرجعية حقوق الإنسان كما هو متعارف عليها دوليا.
- تأسيس هيئة التحكيم المستقلة للتعويض عام 1999 وتنفيذ جزء كبير من مقرراتها.
- إعادة بنية المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 2001.
- تأسيس ديوان المظالم سنة 2001.
- بداية تجربة العدالة الانتقالية بالمغرب سنة 2003.
- تقرير الخمسينية في مجال التنمية البشرية بالمغرب في أفق 2003-2025.
- إحداث هيئة الإنصاف والمصالحة سنة 2003.
- خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان بتاريخ 25 أبريل 2008 في إطار اتفاقية شراكة بين الحكومة المغربية والمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والاتحاد الأوروبي.
- تم وضع المجلس الوطني لحقوق الإنسان سنة 2011.
- تأسيس الوزارة المنتدبة لحقوق الإنسان سنة 2017.
- وللتوسع أكثر سيتم المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ما قبل دستوري المملكة 1992 و1996 (الفرع الأول) وما بعد دستوري المملكة 1992 و1996 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ما قبل دستوري المملكة 1992 و1996

بعد استقلال المغرب عام 1956، قامت الدولة بالعديد من الإجراءات التي لم تلب طموحات شرائح كبيرة من المجتمع المغربي وأضرت بمصالح فئات واسعة من المغاربة أهمها سكان الأرياف والمدن الصغيرة، كما برزت معالم سلطة استبدادية دفعت شرائح واسعة من المغاربة المنتشين بالاستقلال إلى التعبير عن ذلك بأشكال مختلفة، الأمر الذي لم يلق ترحيب السلطات المغربية.

وعليه، لم ينخرط المغرب بشكل كلي وكامل في ثقافة حقوق الإنسان سواء على صعيد الدولي أو الإقليمي في ظل الدساتير المغربية الأولى 1962 و 1970 و 1972، حيث لم تنضج الشروط اللازمة بعد في ترسيخ وتوطيد الحقوق والحريات الأساسية في المغرب، إذ المغرب كان يعيش أزمة حقيقية في حقوق الإنسان، وذلك بسبب عدم وجود إرادة سياسية أو تشريعية أو مؤسساتية في منظومة وثقافة حقوق الإنسان وخاصة في الشق المتعلق باستقلالية السلطة القضائية، حيث كان خارج الشرعية الدولية لحقوق الإنسان من خلال عدم توفر مرجعيات وطنية لا من حيث الدستور ولا من حيث القوانين التنظيمية المكملة له والمؤسسات الحقوقية بشأن الوضعية المتردية التي تمس بحقوق الإنسان وعلاقته مع القضاء والمحاكم.

بعد بيان المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ما قبل دستوري المملكة 1992 و 1996 سأرصد ما بعد

دستوري المملكة 1992 و 1996

الفرع الثاني: المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ما بعد دستوري المملكة 1992 و 1996

شهد العقد الأخير من عمر الملك الحسن الثاني توجهها نحو مصالحة وطنية مغربية، ما تطلب القيام بإنجازات في نحو الإصلاح السياسي وخلق مجال حقوق الإنسان. ويعود ذلك التوجه لأسباب عدة منها تزايد الضغط الشعبي المتمسك بالسلامية والحراك المدني، وتبلور مشاريع واضحة لمعالجة ملف حقوق الإنسان من قبل المجتمع المدني، إلى جانب تحركات وتظاهرات شعبية في عدة مناطق ما بين عامي 1990 و 1991.

غير أن أهم هذه الأسباب هو نظرة القيادة المغربية وعلى رأسها الملك الحسن لما تلا سقوط جدار برلين وانهيار الاتحاد السوفيتي، وقراءتها لطبيعة الوضع الدولي والإقليمي الذي تغير بعد انهيار القطب الشرقي وما حققه المشروع الغربي الرأسمالي من نجاحات داخلية وخارجية حينها.

هكذا وقبله خطابه 8 ماي لسنة 1990¹ حيث دعا فيه لإدارة المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان نص الخطاب الملكي بمناسبة عيد العرش بتاريخ 3 مارس 1991 على مايلي: "وتلافيا لذلك، أنشأنا في هذا المجال جهازا متخصصا باسم المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، الذي يعمل تحت إشرافنا المباشر، ويهتم بكل ما يتصل من قريب أو من بعيد بحقوق الإنسان، وأن تشكيلة هذا الجهاز ذات دلالة واضحة، حيث إن من بين أعضائه من ينتمون إلى كافة الأحزاب السياسية، والمركزيات النقابية، والجمعيات العاملة في مجال حقوق الإنسان.

¹ الخطاب الملكي بمناسبة إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان بتاريخ 8 ماي 1990.

إن المهمة التي أنجزها هذا المجلس رغم حدائته جديرة بالتقدير، فقد عرض على أنظارنا في مجال اختصاصه مجموعة من المقترحات الهامة، ووافقنا عليها، وستصدر بشأنها عما قريب نصوص تشريعية وتنظيمية.¹

كما تحكم مبادئ باريس لسنة 1993 تنظيم المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، وقد اعتمدت الجمعية العامة هذه المبادئ التي تنص على أن تناط بالمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان مهام في مجال النهوض بحقوق الإنسان وحمايتها.

وتتلخص المعايير الأساسية المترتبة عن تلك المبادئ في:

- . الاستقلال الذي ينبغي أن يضمن بواسطة قانون أساسي أو الدستور؛
- . الاستقلالية عن الحكومة؛
- . التعددية، بما في ذلك التعددية في العضوية؛
- . صلاحيات واسعة تركز على المعايير العالمية لحقوق الإنسان؛
- . سلطات تحري كافية؛
- . موارد كافية.

ومن بين المهام التي تطلع بها المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان:

- . تقديم المشورة وتوصيات إلى الحكومة والبرلمان أو أية هيئة مختصة في شأن النهوض بحقوق الإنسان وحمايتها؛
- . نشر الآراء والتوصيات والمقترحات والتقارير حول قضايا حقوق الإنسان؛
- . دراسة التشريعات والمقتضيات الإدارية الجاري بها العمل فضلا عن مشاريع القوانين والمقترحات وإصدار التوصيات التي تراها مناسبة لضمان ملائمة تلك المقتضيات مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان؛
- . إصدار توصيات بشأن اعتماد تشريعات جديدة واقتراح تعديلات بخصوص التشريعات الجاري بها العمل واقتراح اعتماد إجراءات إدارية أو إدخال تعديلات بشأنها؛
- . إجراء تحريات بخصوص حالات انتهاك حقوق الإنسان وإصدار تقارير عنها والسعي لتسويتها؛

1 عبد القادر باينة، الهيئات الاستشارية بالمغرب، مطبعة دار النشر المغربية – الدار البيضاء، طبعة: 1991، ص: 25.

- إعداد تقارير وطنية عن أوضاع حقوق الإنسان بصفة عامة أو حول قضايا خاصة؛
- استرعاء الانتباه إلى حالات انتهاك حقوق الإنسان في أية منطقة من مناطق البلد وتقديم مقترحات حول مبادرات رامية لوضع حد لهذه الحالات وإبداء الرأي، عند الاقتضاء، حول مواقف الحكومة وردود فعلها؛
- تعزيز وضمان ملائمة التشريعات والقوانين والممارسات الوطنية مع القانون الدولي لحقوق الإنسان والعمل على تفعيلها بطريقة فعالة؛
- التعاون مع المفوضية السامية لحقوق الإنسان وأية منظمة أخرى تابعة للأمم المتحدة والمؤسسات الإقليمية والمؤسسات الوطنية في البلدان الأخرى العاملة في مجال النهوض بحقوق الإنسان وحمايتها؛
- المساعدة في إعداد البرامج المتعلقة بالتربية والبحث في مجال حقوق الإنسان والمشاركة في تفعيلها في المدارس والجامعات والأوساط المهنية؛
- إشاعة ثقافة حقوق الإنسان والجهود المبذولة لمكافحة كل أشكال التمييز، لا سيما التمييز العنصري والعنصري، عن طريق إثارة الوعي العام، لا سيما عن طريق الإعلام والتعليم واستخدام جميع وسائل الإعلام.
- وبخصوص تقييم مدى مطابقة المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان لمبادئ باريس (من الناحية التطبيقية)، تعتبر لجنة التنسيق الدولية للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان من بين أهم الآليات التي تنتظر في اعتماد المؤسسات الوطنية انطلاقا من مدى استجابتها لتلك المبادئ.
- وتعد هذه اللجنة هيئة تمثيلية للمؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان تم تأسيسها بغرض المساعدة على إحداث المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان وتعزيز دورها بشكل يتطابق مع مبادئ باريس. وتضطلع لجنة التنسيق الدولية بدورها من خلال تشجيع التنسيق الدولي في مجال الأنشطة المشتركة والتعاون بين المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان، وكذا من خلال تنظيم الندوات الدولية والتواصل مع الأمم المتحدة والمنظمات الدولية الأخرى، كما تقوم بمساعدة الحكومات، عند الاقتضاء، على إنشاء مؤسسات وطنية.
- وفي عهد الملك السادس نص الخطاب الملكي بمناسبة عيد العرش بتاريخ 30 يوليو 2000 على مايلي: "وسيرا على اعتماد الديمقراطية والعقلنة في مسلسل التحديث الشامل لمؤسساتنا فقد قررنا إعادة النظر في الظهير الشريف المنظم للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان. كما أصدرنا توجيهاتنا السامية بخصوص ما ننتظره من هذا المجلس من مهام جليلة متجددة في العقد الأول للقرن الحادي والعشرين مثلما نهض بوظائفه كاملة في العقد الذي نودعه. وسنسر هذه الغاية على تجديد تركيبته وكذا اختصاصاته وطريقة عمله خاصة وأن المؤسسات الدولية المختصة بحقوق الإنسان تتطلع لجعل تجربته نموذجا متميزا في هذا المجال.

ولأن حرصنا على توطيد الحريات لشعبنا الأبي لآحد له.. فإننا ندعو حكومتنا إلى الإسراع بوضع مشاريع قوانين لمراجعة مدونة الحريات العامة في اتجاه يوفق بين مقتضيات مبدأ الحرية ومتطلبات الحفاظ على النظام العام الذي يعد ركنا أساسيا لضمان ممارسة الحرية الفردية. كما أن عزمنا منكب على تأسيس جهاز خاص يسهر على التطبيق السليم لقانون وأخلاقيات المهنة النبيلة للإعلام والاتصال في حرص تام على حريتهما وتعدديتهما.¹⁴

كذلك نص الخطاب الملكي بمناسبة استقبال جلالته لأعضاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان وأعضاء هيئة التحكيم المستقلة للتعويض عن ضحايا الاختطاف والاعتقال التعسفي وذكرى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 9 دجنبر 2000 على مايلي:

قد ساهم المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان الذي نسعد باستقبال أعضائه وأعضاء الأجهزة المنبثقة عنه في هذا اليوم المبارك منذ إحدائه من قبل والدنا المنعم قدس الله روحه قبل عشر سنوات خلت من خلال آرائه الاستشارية النابعة من فضائل الحوار والنزاهة والتمسك بالحق والإنصاف في مساعدة خديم المغرب الأول على صون الحقوق المدنية والسياسية وأضحى لبنة أساسية في النسيج المؤسساتي الوطني ومؤسسة محترمة على الصعيد الدولي.

وأنا لنعرب لجميع أعضائه عن سابغ رضانا وعظيم مسرتنا بما راكمه من رصيد إيجابي في هذا الشأن. وفي نطاق سعينا الدائب لتحديث وعقلنة كل المؤسسات وتأهيلها لرفع تحديات مغرب القرن الحادي والعشرين وتفعيلا لما أعلننا عنه في خطاب العرش من إعادة النظر في الظهير الشريف المؤسس للمجلس فإننا نغتنم مناسبة تخليد ذكرى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كي نبرز التوجهات الكبرى التي استقر عليها نظرنا في ما نحن مقبلون عليه من إصلاح يتوخى توسيع اختصاصات المجلس وتجديد تركيبته وعقلنة طرق عمله وتأهيله على نحو أفضل لترسيخ الحقوق المدنية والسياسية وإيلاء الأهمية الكبرى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ولهذه الغاية يتعين توسيع صلاحيات المجلس لتشمل علاوة على القضايا التي نعرضها عليه للاستشارة التصدي لحالات خرق حقوق الإنسان وتقديم توصيات بشأنها وبحث ملائمة التشريع الوطني مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ونشر ثقافتها وتيسير التعاون الدولي للمملكة في هذا المجال فضلا عن الاعتناء بحقوق رعايانا الأوفياء المحتجزين بتند وف ورفع الحصار عنهم والتنسيق مع الهيئات المماثلة المختصة الأجنبية من أجل صيانة كرامة المغاربة المهاجرين.

وإلى جانب المصادقة على الاتفاقيات الدولية، وسن القوانين وموازاة مع تلك الاتفاقيات، عمل المغرب على إحداث مؤسسات تعنى بهذا المجال والنهوض به، فأحدث المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان الصادر

¹⁴ محمد ميكو، المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، مجلة الملحق القضائي، العدد 25، أكتوبر 1995، ص: 14.

بموجب ظهير 2 أبريل 1990 والذي تم تعديله سنة 2001¹ كهيئة استشارية إلى جانب الملك تعنى بحماية حقوق الإنسان والنهوض بها في نطاق صلاحياتها المنصوص عليها في الظهير المحدث له كما تم تغييره.² أما أهم الخطوات المتعلقة بملف حقوق الإنسان في المغرب فتمثلت بتأسيس المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، والذي يرأسه الرئيس الأول للمجلس الأعلى للقضاء ويضم وزراء العدل والداخلية والخارجية والأوقاف الإسلامية وحقوق الإنسان منذ استحداثها، إلى جانب ممثلين عن الأحزاب السياسية والنقابات العمالية والمهنية وجمعية هيئات المحامين وهيئة الأطباء الوطنية ورابطة القضاة في المغرب وممثلين عن جمعيات حقوق الإنسان في المغرب وناشطين مستقلين وشخصيات عامة.

وقسم المجلس لخمس مجموعات عمل؛ مجموعة العمل المكلفة بالتشريعات الجنائية وحقوق الإنسان، ومجموعة العمل المكلفة بدراسة أوضاع السجون، ومجموعة العمل المكلفة بالإعلام والتواصل مع المنظمات المعنية بحقوق الإنسان، ومجموعة العمل المكلفة بدراسة الوضعية الخطيرة بشأن المحتجزين بمخيمات تندوف، ومجموعة العمل المكلفة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

غير أن صلاحيات المجلس كانت محدودة، وكان ينظر فقط بالقضايا المحالة من الملك أو بشرط موافقة ثلثي أعضاء المجلس.

ونصت المادة 1 من ظهير المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان على مايلي: "إن المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان المحدث بجانب جلالتنا الشريفة بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.90.12 الصادر في 24 رمضان 1410 (2 أبريل 1990)، يعد مؤسسة متخصصة مهمتها مساعدة جنابنا الشريف في جميع القضايا المتعلقة بالدفاع عن حقوق الإنسان وحمايتها وضمان ممارستها والنهوض بها وصيانة كرامة وحقوق وحرريات المواطنين والجماعات والهيئات. وتجري على المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان أحكام ظهيرنا الشريف هذا الذي يعد بمثابة نظام أساسي له، وكذا النصوص المتخذة لتطبيقه. وتدعى هذه المؤسسة في ظهيرنا الشريف هذا باسم المجلس"³.

كذلك نصت المادة الثانية من نفس الظهير على مايلي: "يمارس المجلس الصلاحيات التالية::

● إبداء الرأي فيما تستشير فيه جلالتنا الشريفة، من قضايا عامة أو خاصة، تتصل بحماية واحترام حقوق الإنسان وحرريات المواطنين والجماعات والهيئات والدفاع عنها والنهوض بها؛ والقيام بأي مهمة نيطة بها في هذا المجال.

¹ الظهير الشريف رقم 1.90.12 الصادر في 24 رمضان 1410 (2 أبريل 1990) والذي تم تعديله وتتميمه بالظهير الشريف رقم 1.00.350 صادر في 15 من محرم 1422 (10 أبريل 2001) يتعلق بإعادة تنظيم المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4926 بتاريخ 26 جمادى الأولى 1422 (16 أغسطس 2001)، ص: 2319.

² عبد الصمد الزعنوني، المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان: الاختصاصات والإنجازات، مجلة الملحق القضائي، العدد 24، دجنبر 1991، ص: 17.

³ أحمد بن جعفر، علاقة النيابة العامة بوزارة العدل في ظل المستجدات الدستورية، مجلة المناظرة، العدد المزدوج 16 و17، ماي 2014، ص: 562.

- رفع اقتراحات وتقارير خاصة لنظرنا السديد، في كل ما من شأنه حماية حقوق الإنسان ودعمها وتطويرها على نحو أفضل.
- رفع تقرير سنوي لجلالتنا الشريفة عن حالة حقوق الإنسان، وحصيلة وآفاق عمل المجلس.
- بحث ملاءمة النصوص التشريعية والتنظيمية الوطنية للمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها المملكة أو انضمت إليها والتي تم نشرها، واقتراح التوصيات المناسبة في هذا الشأن.
- تشجيع مواصلة مصادقة المملكة على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان أو الانضمام إليها، والقيام بدراسة مشاريع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحقوق الإنسان المحالة عليه.
- التصدي لحالات خرق حقوق الإنسان، إما تلقائياً أو بطلب ممن يعينهم الأمر ؛ وذلك بدراستها وتقديم توصيات بشأنها للجهة المختصة.
- تيسير التعاون بين السلطات العمومية وممثلي الجمعيات الوطنية والدولية والشخصيات الكفأة في مجال حقوق الإنسان.
- الإسهام في نشر ثقافة حقوق الإنسان وترسيخها بكل الوسائل الملائمة.
- المساهمة، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، في إعداد التقارير التي يتعين على السلطات العمومية تقديمها لأجهزة الأمم المتحدة وللمؤسسات الدولية والجهوية المختصة، تطبيقاً للالتزامات الدولية للمملكة وتقديم المساعدة، عند الاقتضاء، للوفود الوطنية المشاركة في الاجتماعات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.
- التعاون مع منظمة الأمم المتحدة والهيئات التابعة لها والمؤسسات الدولية والجهوية والوطنية الأجنبية المختصة بحماية حقوق الإنسان، والعمل على تعزيز دور المملكة في هذا المجال.
- الإسهام الفعال، بالتعاون مع المؤسسات المماثلة، في حماية حريات المغاربة القاطنين بالخارج وصون حقوقهم.
- تشجيع ودعم كل عمل إنساني يستهدف الدفاع عن حقوق الإنسان واحترامها والنهوض بها، والمساهمة في تكريس المثل السامية لحقوق الإنسان.
- إبداء الرأي في التقرير السنوي الذي يقدمه للمجلس العضو المسؤول عن الجهاز المكلف بالنهوض بالتواصل بين كل من المواطنين والهيئات والإدارة¹.

¹ علاوة هوام، الطبيعة القانونية لحقوق الإنسان، مجلة دفتاير السياسة والقانون، العدد10، جانفي 2014، ص:من 229 إلى 252.

ونصت المادة الثالثة من هذا الظهير على مايلي: "يتألف المجلس من الرئيس وأربعة وأربعين عضواً، على الأكثر، يتمتعون بالصفة التقريرية ويتم اختيارهم من بين الشخصيات المشهود لها بالتجرد والنزاهة الخلقية والكفاية الفكرية والتشبث المخلص بحقوق الإنسان والعطاء المتميز في سبيل تعزيزها¹.

وكما نصت المادة الرابعة من نفس الظهير على مايلي: "يعين رئيس المجلس بظهير شريف لمدة ست سنوات قابلة للتجديد، ويتم اختيار الأعضاء الأربعة والأربعين، ذوي الصفة التقريرية، على النحو التالي:

أ- أربعة عشر عضواً يقترحون من قبل الجمعيات الفاعلة في مجال حقوق الإنسان، والمعروفة بنشاطها المكثف في سبيل النهوض بها، بما فيها الجمعيات المختصة بقضايا الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كقضايا المواطنة والبيئة والنهوض بأوضاع المرأة والطفل والأشخاص المعاقين.

ب- تسعة أعضاء يقترحون من قبل الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية.

ج- ستة أعضاء يقترحون على أساس عضو واحد من كل هيئة - من قبل كل من رابطة علماء المغرب والودادية الحسنية للقضاة وجمعية هيئات المحامين بالمغرب وهيئة الأطباء الوطنية، والجمعية أو الجمعيات الممثلة لهيئة الأساتذة الجامعيين ومؤسسة الحسن الثاني للمغاربة المقيمين بالخارج.

د- المسؤول عن الجهاز المكلف بالنهوض بالتواصل بين كل من المواطنين والهيئات والإدارة.

هـ- أربعة عشر عضواً يتم اختيارهم من قبل جلالتنا الشريفة.

وفي عام 1993 تم تعيين أول وزير في المغرب لحقبة حقوق الإنسان، كما شهد العام ذاته إطلاق سراح عدد من المعتقلين السياسيين، وأصبح النقاش المجتمعي حول ملف العدالة الانتقالية ومعالجة ملف انتهاكات حقوق الإنسان وكشف الحقائق وراءها يأخذ طابعاً شرعية.

وتظل المملكة المغربية في صلب دينامية عصرها وفيه بالتزاماتها الدولية، في مجال حقوق الإنسان ومؤهلة لرفع تحديات القرن الحادي والعشرين في وئام تام مع تاريخها وحضارتها الخالدة، القائمة على التكريم الإلهي للإنسان وعلى فضائل الحرية والمساواة والسلام والإخاء والتسامح والاعتدال وتحريم الظلم، وذلك من خلال تكريس بعض الحقوق المحتشمة في الفصول من 8 إلى 15 من دستور المملكة 1996.

وينص الفصل 10 من دستور المملكة 1996 في الشق المتعلق بضمانات المحاكمة العادلة على مايلي: "لا يلقى القبض على أحد ولا يعتقل ولا يعاقب إلا في الأحوال وحسب الإجراءات المنصوص عليها

¹ عبد الرحيم الجامعي، الحوار الوطني من أجل إصلاح العدالة - الثقة والآفاق، مجلة المناظرة، العدد المزدوج 16 و17، ماي 2014، ص: من 267 إلى 279.

في القانون. المنزل لا تنتهك حرمة ولا تفتيش ولا تحقيق إلا طبق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون.¹

ونص نص الخطاب التوجيهي الذي ألقاه جلالة الملك محمد السادس خلال مراسيم تعيين وتنصيب الأعضاء الجدد في المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ووالي ديوان المظالم بتاريخ 10 دجنبر 2002 على مايلي: "إننا بتنصيبنا لكل من ديوان المظالم والمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان لا نستهدف فقط تعزيز الأجهزة المكلفة بمساعدة جلالتنا على حماية حريات المواطنين وإنما نرمي إلى تزويد بلادنا بمؤسسات كفيلة بتقويم الاختلالات وردع الانتهاكات التي قد تمس حقوقهم مساهمة باقتراحاتها العملية في الإصلاح التشريعي والقضائي والإداري."

المطلب الثاني: الهيئات المجسدة للمعايير استقلال المهنة القضائية

تأسيسا على ما حققه المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان من رصيد إيجابي، في مجال النهوض بالحقوق والحريات، وسعيا لتجديد هيكلته وتوسيع اختصاصاته وعقلنة طرق عمله وتأهيله، على نحو أفضل، لترسيخ كونية حقوق الإنسان وصون كرامته و حمايته حرياته، فإن الواقع قد أثبت عن ضعف مستوى أدائه وفعاليتته ونجاعته ومردوديته، الأمر الذي عجل بالمشروع الغربي بإخراج القانونيين التنظيميين المتعلقين بهئية الإنصاف والمصالحة و المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مما جعل منهما الجهازين التنفيذيين للدفاع عن ثقافة الحقوق والحريات الأساسية.

والمغرب كان ولا يزال عبر العصور مجتمعا يقوم على وعي مبكر بضرورة حماية كرامة الإنسان وحقوقه اللصيقة بأدميته في جميع الظروف والأحوال التي يعيشها.

وفي هذا الاتجاه أسس المغرب لفهم شامل متكامل لحقوق الإنسان وفق مقاربة شمولية على أساس المبادئ الأساسية المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق السياسية والمدنية والمعاهدات الدولية المختلفة وأصبحت حقوق الإنسان في العهد الجديد تقوم على سيادة الشعب وسمو الدستور والتضامن الوطني .

ونص الخطاب الملكي بمناسبة تنصيب هيئة الإنصاف والمصالحة بتاريخ 7 يناير 2004 على مايلي: "تجسيدا لإرادتنا الملكية الراسخة في تحقيق المزيد من المكاسب للنهوض بحقوق الانسان ثقافة وممارسة ها نحن اليوم بتنصيب لجنة الإنصاف والمصالحة نضع اللبنة الأخيرة للطبي النهائي لملف شائك ضمن مسار انطلق منذ بداية التسعينات والذي شكل ترسيخه أول ما اتخذناه من قرارات غداة اعتلائنا العرش.

¹مولاي الحسن خالص، إصلاح منظومة العدالة بين إرادة التغيير وإكراهات الواقع، مجلة المناظرة، العدد المزدوج 16 و17، ماي 2014، ص: 287.

ومع استحضر اختلاف التجارب الدولية في هذا المجال، فإن المغرب قد أقدم بحكمة وشجاعة على ابتكار نموذج الخاص الذي جعله يحقق مكاسب هامة في نطاق استمرارية نظامه الملكي الدستوري الديمقراطي الضامن لحرمة الدولة والمؤسسات وحرية الإنسان وكرامته مما تجلى خاصة في العفو عن المعتقلين السياسيين وتسوية أوضاعهم المهنية والإدارية وعودة المنفيين والمغتربين وتعويض ضحايا الاعتقال التعسفي أو الاختفاء القسري والبحث في مصيرهم.

ونود في هذا الصدد الإعراب عن بالغ إشادتنا بصانعي هذه المكاسب دولة ومجتمعاً مستحضرين بكل إجلال وخشوع رائد هذا المسلسل والدنا المنعم جلالة الملك الحسن الثاني خلد الله في الصالحات ذكره ومنوهين أيضاً بمن ساهموا في هذا البناء ان على مستوى السلطات العمومية أو على مستوى الهيئات السياسية والنقابية والجمعوية¹.

وتبعاً لذلك، سأبين استقلالية السلطة القضائية في إطار هيئة الإنصاف والمصالحة (الفرع الأول) والمجلس الوطني لحقوق الإنسان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استقلالية السلطة القضائية في إطار هيئة الإنصاف والمصالحة

في عام 2003 تم تأسيس هيئة الإنصاف والمصالحة حيث قادت التجربة المغربية في العدالة الانتقالية، وأرست دعائم نهج جديد في تعاطي الدولة مع ملف حقوق الإنسان وخاصة في الشق المتعلق بقطاع العدل، والتي تعد واحدة من أبرز الهيئات التي عنيت بملف العدالة الانتقالية في العالم، وهي نموذج يدرس عالمياً بما يحتويه من إيجابيات وسلبيات.

كما أجريت تعديلات دستورية وقانونية واسعة وتم إصدار قوانين جديدة، وهي نموذج يدرس عالمياً تعنى بحقوق المرأة والطفل والأقليات العرقية والدينية.

أما في مجال حماية الحريات العامة والفردية وضمن المحاكمة العادلة فقد تم تعديل ما يسمى في المغرب بقانون المسطرة الجنائية وتعديل القانون الجنائي مع إدراج عقوبة على العنف الأسري والتحرش الجنسي عام 2003، والقانون التنظيمي المتعلق بالحصانة البرلمانية وقانون إلغاء محكمة العدل الخاصة عام 2004، وتعزيز الحماية الجنائية للسلامة البدنية والمعنوية للأشخاص بتعديل القانون الجنائي مع تجريم التعذيب عام 2006².

¹ مسعود دخالة، العدالة الانتقالية في المغرب: تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة (2004-2006)، المجلة الجزائرية للسياسة العامة، العدد 7، جوان 2017، ص: 172. وللمزيد من التوسع راجع عبد القادر البنيجاني، استقلال القضاء بين التشريع والواقع، مجلة المناظرة، العدد المزدوج 16 و17، ماي 2014، ص: 478.

² الحسين الزياتي، تصور في مرتكزات إصلاح منظومة العدالة بالمغرب، مجلة المناظرة، العدد المزدوج 16 و17، ماي 2014، ص: 339.

وفي السابع من يناير عام 2004 صادق الملك محمد السادس على تعيين أعضاء هيئة الإنصاف والمصالحة وهم رئيس وستة عشر عضواً أوبريل من العام ذاته تمت المصادقة على أن نصفهم من المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والنصف الآخر من خارجه. وبحسب النظام الأساسي فقد اضطلعت الهيئة باختصاصين أساسيين؛ الاختصاص الزمني، والذي حدد في الفترة الممتدة منذ استقلال المملكة المغربية عام 1956 إلى تاريخ تأسيس هيئة التحكيم المستقلة لتعويض ضحايا الاختفاء القسري والاعتقال التعسفي عام 1999، والاختصاص النوعي والذي حدد بأربعة مهام أساسية هي؛ التقييم الشامل لمسار تسوية ملفات المختفين والبحث والتحري من خلال كل الآليات الممكنة من أجل إثبات نوعية الانتهاكات ومدى جسامتها، والبحث عن مصير المختفين قسرياً والمعتقلين تعسفياً والوقوف على مسؤولية الدولة في الانتهاكات التي تم التحقيق فيها، والتوصية بتعويض الحالات التي ثبت مصير المختفين قسرياً تعرضها للانتهاكات من اختصاص الهيئة حسب معايير وقواعد تحددها الهيئة، ومن ثم إعداد تقرير نهائي يتضمن خلاصات الأبحاث والتحريات، ويقدم توصيات تتعلق بالتعويضات وآليات حفظ ذكرى هذه الانتهاكات وضمان عدم تكرارها مستقبلاً شكلت الهيئة بحسب نظامها الداخلي ثلاثة فرق عمل تتبعها وحدات إدارية خاص بكل فريق، وهذه الفرق هي:

أ- فريق العمل المكلف بالتحريات، ويتولى البحث في شأن المختفين قسراً مجهولي المصير، الأحياء منهم والمتوفين، وجمع كل المعلومات والوثائق، وتلقي الإفادات ذات الصلة بأحداث ووقائع ماضي الانتهاكات بمختلف أصنافها.

ب- فريق العمل المكلف بجبر الأضرار، ويتولى مواصلة العمل الذي قامت به هيئة التحكيم المستقلة سابقاً، فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية للضحايا وذوي الحقوق ممن تعرضوا للاختفاء القسري والاعتقال التعسفي، بالإضافة إلى العمل على جبر باقي الأضرار التي لحقت بضحايا الاختفاء القسري والاعتقال التعسفي، والواردة في الفقرة الخامسة من المادة التاسعة .

ج- فريق العمل المكلف بالأبحاث والدراسات، ويتولى إعداد الأبحاث والدراسات اللازمة لإنجاز مهام الهيئة، وجمع وتحليل المعطيات والمعلومات والخلاصات المتوصل إليها من طرف باقي فرق العمل، في أفق إنجاز الهيئة لتقريرها الختامي. كما شكلت الهيئة عدداً لجنة خطة العمل، ولجنة استراتيجية التواصل، ولجنة من اللجان الخاصة ذات المهام المحددة لتنظيم أمورها وهي تدوين وتقييم تجربة هيئة التحكيم السابقة لجنة دراسة الإشكالات القانونية المرتبطة بالاختصاص، ولجنة نظام المعلومات، ولجنة جلسات الاستماع العمومية، ولجنة الجلسات الحوارية الموضوعية، ولجنة تطوير مقاربة جبر الأضرار ولجنة التقرير الختامي. وقد اعتمد النظام الأساسي على تشكيل وحدات إدارية مرتبطة بفرق العمل واللجان الخاصة، وحدات تعنى بالأعمال اللوجستية، إلى جانب وحدة خاصة بإدارة الموارد البشرية.

واعتبارا للدور الحيوي للمهن القضائية تحديدا ومنظومة العدالة عموما في البناء الديمقراطي وتوطيد الاستقرار الاجتماعي والتنمية الاقتصادية، وحماية حقوق والتزامات المواطنين والفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين، ولكون القضاء ملاذا لصون الحقوق والحريات وضمن ممارستها الفعلية، وتحقيق الأمن القضائي، والالتزام بسيادة القانون، وترسيخ الثقة الكفيلة بالتحفيز على المبادرة والاستثمار، برزت توصيات الهيئة العليا للحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة والذي تم تعزيزها بتوصيات هيئة الإنصاف والمصالحة التي لا تقل أهمية عن سابقتها من خلال إصدارها لمذكرة بخصوص تأهيل العدالة وإصلاح، حيث اعتبرت أن أحكام الدستور أقرت بجلاء استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، ويجب فصل النيابة العامة عن السلطة التنفيذية وإسناد رئاستها إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، مع تخويل وزير العدل صلاحية إعداد السياسة الجنائية التي سيتم إقرارها من طرف السلطات المختصة، وتبليغ مقتضياتها كتابة إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، مع إحاطة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ووزير العدل علما بالإجراءات والتدابير المتخذة بشأن السياسة الجنائية، على أن يقوم الوكيل العام للملك بتقديم تقرير سنوي إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية بشأن تنفيذ السياسة الجنائية وسير جهاز النيابة العامة يكون موضوع نقاش داخل المجلس.

ونصت توصيات هيئة الإنصاف والمصالحة على تقوية استقلال القضاء والإقرار باستقلاله الذاتي بشريا وماليا وتمكينه من سلطات واسعة في مجال تنظيم المهنة ووضع ضوابطها وأخلاقياتها وتقييم عمل القضاة وتأديبهم وتخويله إعداد تقرير سنوي عن سير العدالة، هذه التوصيات وضعت اللبنة الأولى لمعالم استقلال النيابة العامة عن رجل السياسة بإقرارها ضرورة اعتماد تأهيل العدالة وتقوية استقلاليتها¹.

وعليه، فإن من أهم الإصلاحات القانونية والمؤسسية التي تناولها التقرير الختامي لهئة الإنصاف والمصالحة لسنة 2004 والتي ترجمت مسارات إصلاحية أطلقت بدورها سلسلة من الديناميات، لعل أبرزها هو انخراط الدولة في ورش استكمال الإصلاحات التشريعية والمؤسسية التي تعد عنصرا أساسيا في الالتزامات الدولية للمغرب هي:

- تأهيل العدالة وتقوية استقلال القضاء،
- إصلاح المنظومة الجنائية،

كما أن خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان بتاريخ 25 أبريل 2008

لعبت دورا مهما في النهوض بوضعية المؤسسات القضائية من خلال مجموعة من الإجراءات والتدابير الرامية إلى تأهيل قطاع العدل وتقويته ومناعته ومنها على وجه الخصوص:

¹ بدر الدين شبل، حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية على المستوى المنظمات الدولية غير الحكومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 9، جوان 2014، ص: 35.

- **إلغاء ظهير 1935**، المعروف بظهير "كل ما من شأنه" وكذلك **ظهير 1939**، اللذين شكلا لعدة عقود أداة للحد من حرية الفاعلين السياسي والنقابيين والجمعويين.
- **إلغاء محكمة العدل الخاصة** : 15 شتنبر 2004 التي انتقلت مهامها لمحاكم الاستئناف في تسع 3 من المدن الكبرى. وبذلك وضع حد لمؤسسة تابعة للسلطة التنفيذية كانت تشكل مسا واضحا باستقلالية القضاء المضمونة دستوريا، كما كانت تناقض الدينامية الديمقراطية العامة الرامية إلى إرساء دولة الحق والقانون .
- **المجلس الدستوري**: الذي حل محل الغرفة الدستورية للمجلس الأعلى. وتشكل هذه المؤسسة الجديدة تأكيدا لفلسفة دستور 1992، حيث تلعب دور الهيئة القضائية الدستورية العليا التي تلزم قراراتها مختلف السلطات الإدارية والقضائية، في إطار رقابة قبلية تسعى للتأكد من دستورية التدابير التشريعية التي يصدق عليها البرلمان. وأصبح منذ 1992 بإمكان ربع أعضاء إحدى الغرفتين إحالة أي نص قانوني تم التصويت عليه إلى المجلس الدستوري إذا اعتبر منافيا للدستور، هذا فضلا عن تحويل المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية في دستور المملكة لسنة 2011.
- ومن تم صار بإمكان المعارضة التوجه نحو هذه المؤسسة، مما عزز دور الرقابة القضائية الدستورية باعتبارها ضامنة فعلية للحريات الفردية ضد ما قد يمسه من تدابير تصدر عن السلطة التشريعية.
- إنشاء المحاكم الإدارية**: انطلق ورش تعزيز المنظومة القضائية الإدارية في مطلع التسعينات وبدأت المحاكم الإدارية تضطلع بمهامها منذ سنة 1994، مما مكن المواطنين من آليات فعلية للانتصاف ضد الإدارة العمومية.

الفرع الثاني: استقلالية السلطة القضائية في إطار المجلس الوطني لحقوق الإنسان

في عام 2011 واستجابة للنص الدستوري مستحدث تم تأسيس مؤسسة دستورية تعنى بحقوق الإنسان وهي المجلس الوطني لحقوق الإنسان¹ في المغرب ليخلف المؤسسة السابقة : المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان.

وإذا كان الدستور المغربي لسنة 1992، قد أقر لأول مرة وبشكل متردد بحقوق الإنسان، فإن مختلف الفاعلين يقرون اليوم بأنه يمكن اعتبار دستور 2011²، دستور الحقوق والحريات، التي تصدرت ديباجته

¹الظهير الشريف رقم 1.11.17 صادر في 25 رجب 25 من ربيع الأول 1432 (فاتح مارس 2011) بإحداث المجلس الوطني لحقوق الإنسان، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5922 بتاريخ 27 ربيع الأول 1432 (3 مارس 2011)، ص:574.

²الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص: 3600.

كجزء منه، وانعكست على أغلبية فصوله، كما تم الحسم في التراتبية التي ظلت تحكم العلاقة ما بين القانون الدولي والقوانين الوطنية، ليقر الدستور بسمو الاتفاقيات الدولية.¹

وفي هذا الإطار تركزت جهود المجلس الوطني لحقوق الإنسان في إصدار مذكرات بشأن القانون التنظيمي بالمحكمة الدستورية والقانون التنظيمي بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية والقانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة والقانون التنظيمي بالمحكمة العسكرية.

ولقد أفرد المجلس الوطني لحقوق الإنسان مذكرة بشأن السلطة القضائية وفق دستور فاتح يوليو 2011 على استقلال السلطة القضائية وتأمينها ونجاعتها، الأمر الذي يستوجب مرافقة هذا التعديل الدستوري بتنزيل مقتضياته ذات الصلة من خلال إجراءات وتدابير من ضمنها مراجعة عميقة للتشريعات القائمة لضمان استقلالية المجلس الأعلى للسلطة القضائية والنيابة العامة وتقوية النظام الأساسي للقضاة وضمان حماية قضائية حقيقية للحقوق والحريات الأساسية، بما في ذلك على مستوى المحكمة الدستورية مما من شأنه المساهمة في استرجاع ثقة المواطنين في النظام القضائي.

وقد انكب على تدارس مواضيع ذات العلة "دور المجلس الأعلى للسلطة القضائية في ترسيخ استقلال القضاء"، "إصلاح النظام الأساسي للقضاة"، "النيابة العامة، أي استقلال؟" و"استقلال القضاء بين القانون والممارسة".

بالإضافة إلى ذلك تناولت المذكرة موضوع "دور المجلس الأعلى للسلطة القضائية في ترسيخ استقلال القضاء" بجملة من التوصيات من أبرزها وضع معايير محددة، قائمة على النزاهة والاستقلالية والحياد والتقييد بالأخلاقيات، في اختيار أعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية مع الحرص على تمثيلية المرأة وإعمال معيار التخصص.

أما فيما يخص استقلالية المجلس فقد شددت على ضرورة ضمان الاستقلال المادي والإداري والمكاني (كتابة مستقلة) لهذه المؤسسة حتى تتمكن من ممارسة اختصاصاتها على الوجه الأكمل، بما يؤهلها لتشكيل "سلطة عليا لخلق التوازنات بين السلطة التشريعية والتنفيذية".

من جانبهم، أبرز المشاركون في الورشة الثانية التي همت "إصلاح النظام الأساسي للقضاة" ضرورة إعادة النظر في العديد من الجوانب المرتبطة بالموضوع من ضمنها شروط ولوج سلك القضاء من خلال إدماج شروط تتعلق بالأخذ بعين الاعتبار للجوانب الأخلاقية والنفسية والتكوين العالي المناسب في المجال القانوني وغير القانوني، كما شددوا على أهمية توفير تكوين أساسي ومستمر جيد للقضاة وتدابير مناسبة في الإدارات والمؤسسات السجنية.

¹الحسين الزياتي، مرجع سابق، ص: 339.

وكما تم إعادة النظر في مبدأ تبعية النيابة العامة لوزير العدل ضمانا لاستقلاليتها وتفاديا للتأثير عليها وخلق مجلس للحكام من القضاة المتقاعدين المشهود لهم بالنزاهة والتجرد والحياد والكفاءة بالإضافة إلى الفصل الكامل بين العمل الإداري والعمل القضائي.

كما دعت الورشة إلى تقييم عمل القضاة باعتماد نظام التنقيط بناء على المجهود العملي والفكري والعلمي للقاضي مع تطبيق نظام الحوافز وصيانة القضاة من الإغراءات المادية من خلال تحسين وضعيتهم المالية وربط المسؤولية بالمحاسبة. وشدد المشاركون على ضرورة خضوع قرارات التأديب لمعايير محددة ضمانا لعدم التعسف في استعمال هذا الحق ضد القضاة، مبرزين أهمية تعيين ناطق رسمي للمحاكم أمام وسائل الإعلام.

أما الورشة الثالثة فقد تناولت موضوع "استقلال النيابة العامة ودورها في ترسيخ استقلال السلطة القضائية وسيادة القانون". وقد أكد معظم المتدخلين في هذه الورشة على أهمية الحرص على ارتكاز عمل النيابة العامة على ثوابت القيم الكونية والمعايير الدولية ذات الصلة بالعدالة وحماية الحقوق والحريات والشفافية والحكامة الجيدة، بالإضافة إلى تفعيل مقتضيات الدستور المتعلقة بالسلطة القضائية واعتماد مقاربة تشاركية في إطار صياغة القوانين التنظيمية ذات الارتباط بمؤسسة النيابة العامة.

كما دعت عدة مداخلات في هذه الورشة إلى ضمان استقلال قضاة النيابة العامة في إطار جهاز متكامل وموحد ومنح الصلاحيات المخولة لوزير العدل للوكلاء العامين لمراقبة النيابة العامة وتعزيز سلطات الوكيل العام لدى محكمة النقض بالإضافة إلى إنشاء إدارة عامة للشرطة القضائية تكون تابعة لجهاز النيابة العامة. ويذكر أن هيئة الإنصاف والمصالحة كانت قد أصدرت في تقريرها الختامي جملة من التوصيات بخصوص "تأهيل العدالة وتقوية استقلاليتها". وفي إطار اضطلاعها بمتابعة تنفيذ توصيات الهيئة رفع المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان (المجلس الوطني حاليا) سنة 2009 مذكرة لجلالة الملك في موضوع تأهيل العدالة وتقوية استقلال القضاء.

وهمت هذه المذكرة العديد من التوصيات تتصل على الخصوص بتقوية ضمانات استقلالية القضاء من الجانب الدستوري، تنظيم المجلس الأعلى للقضاء، مراجعة القوانين، (النظام الأساسي للقضاة والتنظيم القضائي للمملكة، والمرسوم المنظم لاختصاصات وزارة العدل)، السياسة الحكومية في مجال العدل، السياسة الجنائية، التكوين وإعادة التكوين، الإمكانيات المادية والبشرية، مدونة للسلوك ومساهمة المجتمع المدني والإعلام.¹

عبد الكبير الطيب، النيابة العامة من الاستقلال إلى التبعية، مجلة المناظرة، العدد المزدوج 16 و17، ماي 2014، ص: 310.

الخاتمة:

وعلى ضوء ما تقدم، يتضح أن مبدأ استقلالية السلطة القضائية أصبح مبدأ عالمياً ودولياً في المواثيق والإعلانات الدولية منها ما يرتبها بالمبادئ الأساسية المنصوص عليها في الأمم المتحدة وبالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ومنها ما يرتبط بالعهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية وبالمجلس الأوروبي، والإقليمية جزء منها يتعلق الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان ومبادئ بكوين لاستقلال القضاء وجزء الآخر يعود إلى الميثاق الإفريقي والميثاق العربي لحقوق الإنسان يستوجب على الدول من خلال أهميته القضاء واستقلاله ونزاهته، حيث انخرط المغرب بشكل مستعجل واستثنائي وأني في هذا التوجه العالمي من خلال صياغة واختيار المشرع الدستوري هذا المبدأ وإدماجه ضمن المبادئ الكبرى في دستور المملكة لسنة 2011 كمبدأ مهم وأساسي ينضوي ضمن الأجندة السياسية للحكومة والبرلمان وباقي القوى الحية للأمة، فهو يمثل إحدى الأسس السياسية والحقوقية والديمقراطية تقوم على احترام مقومات دولة الحق والقانون والمؤسسات مبني على دستور ديمقراطي وعصري وفق تعاون وتضافر الجهود الوطنية المبنية على العمل البناء والمسؤولية والتشاركية مستحضرا التحديات الدولية والإقليمية من جهة، والتحديات المحلية والجهوية والوطنية من جهة أخرى.

كما أن المجلس الوطني لحقوق الإنسان الذي حل محل المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان أدخل المغرب مرحلة جديدة في ملائمة مبدأ استقلالية السلطة القضائية وفق المعايير الدولية والإقليمية وباللعب الدور الاستراتيجي الوطني بتنسيق بين مؤسسة المجلس الوطني لحقوق الإنسان وبين كافة المؤسسات الدستورية الكبرى المقررة في دستور المملكة لسنة 2011، خاصة في مجال السلطة القضائية، حيث أفرد المشرع الدستوري مهاماً كبيرة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، تتجلى في العمل على مراقبة وإعداد تقرير عمل مؤسسة السلطة القضائية خاصة أنه جزء لا يتجزأ من المجلس الأعلى للسلطة القضائية، هذا فضلاً عن تعزيز دور هيئة الإنصاف والمصالحة في تشخيص وضعية منظومة العدالة بالمغرب من خلال تحديد مكامن الضعف والقوة لمنظومة العدالة عموماً والمهنة القضائية خصوصاً وفي النهوض بتأهيل وتحديث وتطوير النظام القانوني والمؤسسي للمهنة القضائية بالمملكة.

**المحور
الرابع**

**دراسات في القانون باللغة
الفرنسية**

L'adaptation du contrat international à l'épreuve de la Covid 19

MOHAMED YAZID MAZOUZI
Avocat-stagiaire au barreau des avocats de Casablanca
Doctorant-chercheur en droit des affaires
,Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales
,Ain Sebaâ
.Université Hassan II, Casablanca
Maroc

Les contrats internationaux sont sans cesse plus nombreux¹, constituent, assurément, un pan très important des règles de droit et des opérations du commerce international. Lorsqu'il est question de frontières dans des échanges commerciaux, de nombreuses difficultés surgissent.

Ce faisant les contrats internationaux sont porteurs, au moins depuis le siècle passé, de nombreuses contributions dans le domaine du droit international privé et de l'arbitrage. Les contrats internationaux ont été le berceau de la loi d'autonomie et des lois de police², ils ont suscité l'avènement de règles matérielles spécifiques et de méthodes hybrides. Ils sont la terre d'élection de l'arbitrage international et des clauses d'adaptation et d'aménagements contractuels. Ils ont provoqué et provoquent toujours une intense activité doctrinale, entraînant les juristes vers la théorie du droit et de ses sources, les occupant à élaborer des règles savantes ou à forger des modèles de contrats sur mesure à visée pratique.

Il n'est plus discuté aujourd'hui qu'un contrat peut être déséquilibré. Nous sommes loin des illusions de la doctrine du XIXème siècle³ qui voyait dans la liberté contractuelle la garantie de la justice contractuelle. Par conséquent, une « correction » du contrat serait utile, aussi bien d'un point de vue économique, car elle permet de sauver le contrat que d'un point de vue strictement juridique, puisqu'elle autorise la restauration de la justice contractuelle.

Dans ce sens, l'utilité d'une telle correction est reconnue en droit du commerce international, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aussi bien que

¹ محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية 2004-2005، مطبعة مراكش، ص 158

² M.Ancel, P.Deumier, M.Laazouzi, « Droit des contrats internationaux », éd Sirey 2017,p.50.

³ Au XIXème siècle, Le contrat, étant la base de la liberté contractuelle, équivalait la garantie de la justice contractuelle.

les principes Uni-droit en font foi en prévoyant plusieurs voies de correction. L'adaptation du contrat est admise dans de nombreux droits étrangers, particulièrement dans une majorité des autres états membres de l'Union européenne qui connaissent la révision pour cause d'imprévision.

Dans cette optique, le contrat international se voit en souffrance, face à une crise sanitaire déclenchée suite à la naissance d'une pandémie ' Covid 19¹' qui survint dans le monde entier, et qui met en jeu les relations internationales.

En effet, le 30 janvier 2020 le directeur général d'OMS a déclaré que la pandémie² de la nouvelle Covid 19 constituait une urgence de santé à la portée internationale. La pandémie que nous vivons a contraint les autorités marocaines à décréter l'état d'urgence sanitaire par le décret N° 2-20-293 publié au bulletin officiel N° 6867 du 24 mars 2020 avec des mesures de confinement qui restaient en vigueur jusqu'au 20 avril 2020 et qui ont été prolongé par la suite jusqu'au 20 mai. Puisqu'il s'avère trop risquer de s'en remettre aux autorités publiques, pour assurer le «rééquilibrage» du contrat en cas de changements de circonstances, cette tâche incombera aux «volontés privées». Plusieurs approches pourront alors être envisagées par les parties.

Ainsi, elles pourront «souhaiter que leur convention s'adapte aux circonstances sans que l'acte de volonté de l'une ou l'autre d'entre elles ne soit nécessaire». Il s'agira d'une adaptation « automatique ». Si l'adaptation suppose l'intervention de la volonté de l'une des parties, elle sera « semi-automatique ». Enfin, l'adaptation du contrat pourra être soumise à l'expression de la volonté des deux parties. Sa mise en œuvre sera alors non-automatique.

Il est donc nécessaire pour savoir si un partenaire commercial peut invoquer la force majeure pour annuler un évènement ou demander son report, d'analyser les contrats existants

¹ La Covid19 est une pandémie d'une maladie infectueuses émergente, appelée la maladie à coronavirus 2019, provoquée par le coronavirus SARS-CoV-2.

² Selon l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), on parle de pandémie en cas de propagation mondiale d'une nouvelle maladie. A ce jour 194 pays et territoires du monde sont touchés (sur 198 reconnus par l'ONU). L'[épidémie de coronavirus](#) est devenue une pandémie le 11 mars comme [annoncé par l'OMS](#) ce même jour, dépassant la barre des 100 pays infectés dans toutes les zones du globe. La grande majorité de la population n'étant pas immunisée contre ce nouveau virus, son impact et sa gravité sont potentiellement plus élevés que dans le cas d'un virus déjà connu.

entre les partenaires commerciaux internationaux. Des dispositions contractuelles - telles des clauses d'adaptations existent — elles ? Dans l'affirmative, que prévoient-elles et comment fonctionnent — elles ? La force majeure est-elle prévue au contrat et si oui, comment est-elle définie ? À défaut de dispositions contractuelles, la pandémie du coronavirus peut-elle constituer un cas de force majeure ? Quid de la révision pour imprévision ? Enfin, les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ou les modes alternatifs de règlement des différends (MARD)¹ seront ils la seule échappatoire ?

Dans ce sens, la question qui mérite notre attention est de savoir dans quelle mesure la Covid 19 a affecté la substance du contrat international ? Et comment celui-ci pourrait s'adapter à ces changements ?

Ces questions sont le préalable nécessaire à la sécurisation de toute situation juridique international et ce d'autant plus qu'il est fort probable qu'un nombre important de différends naitra de la question de savoir si la pandémie du coronavirus est ou non un cas de force majeure au regard d'un contrat considéré (I). Par ailleurs, outre la question de la force majeure, il faut également s'interroger sur le fait de savoir si la pandémie du coronavirus peut être invoquée comme cause d'imprévision qui permettant aux parties de renégocier les conditions du contrat. (II).

I) L'automaticité des clauses d'adaptation du contrat international

Le contrat international pourrait connaître plusieurs changement pendant son élaboration, sa négociation et son exécution, certaines clauses indispensables à sa sécurité demeurent nécessaires et efficaces, ayant pour but principal, l'adaptation et le rééquilibrage du contrat face à tout changement des circonstances (a), ensuite le sort du contrat international reste le souci majeur des contractants (b)

¹ Les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), ou modes alternatifs de règlement des différends (MARD), sont des pratiques placées en regard des systèmes mis en place par les États et les gouvernements (recours contentieux, systèmes judiciaire), impliquant un règlement à la fois juridique et judiciaire d'un différend. En anglais, il s'agit des *ADR*, soit *alternative Dispute Résolution*. Le "R" des "ADR" est aussi traduit sous la forme de "résolution".

a) la qualification et l'interprétation de la force majeure au sein du contrat international

l'interprétation et la qualification de la force majeure au sein du contrat international repose sur la présence des clauses d'adaptation automatique (1), semi-automatique (2) et sur l'existence des conditions, de formes et de fonds.

1- Les clauses d'adaptation automatique :

Établissent au sein de la relation contractuelle un processus « qui ajustera et adaptera le contrat sans en affecter la force et la stabilité, puisqu'aucun nouvel accord de volontés ne sera nécessaire à ce moment-là ». Leur insertion implique la prise en considération par les parties des risques d'ordre économique, financier et concurrentiel. Ces risques qu'on appelle risques externes seront traités comme des variables qui seront mises en relation avec un élément de référence; il pourra s'agir des cours dès lors, ou d'une devise si les parties souhaitent se prémunir contre une dévaluation ou une baisse de parité ; de l'indice des prix de certaines matières premières ; par leur insertion, implique la prise en considération par les rapports à l'inflation ; des prix offerts par la concurrence...

Ajoutons à cela que le choix de la référence s'avère délicat puisque, dans certains pays, sa validité dépend de divers facteurs tels que son degré de précision, son indépendance à l'égard des parties et son rapport avec l'objet que les parties entendent réaliser. Également, le choix d'un mauvais indice ou sa disparition risquent de poser problème.

En outre, appelée clause d'indexation ou clause d'échelle mobile, a pour rôle de modifier de plein droit l'objet de l'obligation. Elle modifie généralement le montant de l'obligation de somme d'argent en fonction des changements enregistrés par les indices mesurant le prix d'un produit ou d'un service déterminé, ou le niveau général des prix. Ces clauses ont été accusées de favoriser l'inflation, leur validité a donc été longtemps discutée. Mais en raison de leur utilité, la jurisprudence en a admis la validité sans réserve dans les paiements internationaux¹.

2- Clause d'adaptation semi-automatique :

¹ Cass. req. 7 juin 1920, DP 1920.1.137, note Dupuich, S. 1920.1.193, note Lyon-Caen

Les clauses d'adaptation semi-automatique connaissent de nombreuses applications, elles accordent enfaîte une option à la partie qui aura le bénéfice de s'en prévaloir.

La notion d'impossibilité d'exécution¹ imputable à un changement de circonstances est abordée sous le couvert d'institutions très diversifiées dans les différents systèmes juridiques nationaux. L'impossibilité d'exécuter est la différence majeure entre la force majeure et l'imprévision qui quant à elle se caractérise par la difficulté d'exécuter.

La question sous-jacente qui se pose à ce stade; est de savoir si la pandémie du Covid 19 peut être considérée comme un Cas de force majeure ?

3- Covid 19 : Études de cas :

La première question qui nous traverse l'esprit se résume comme suit : La Covid19 est-elle un cas de force majeure ? Pour y répondre, on analysera l'interprétation du Maroc de la pandémie, ensuite on jettera un éclairage sur la vision française.

Cas du Maroc : la force majeure Maroc est subordonnée à trois conditions essentielles, l'article 268 et 269 font référence à la force majeure en soulignons qu'il *n'ay lieu à aucun D&I lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, tels que la force majeure....*

Art 269 du Doc : « *la force majeure est tout faite que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation. N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur* »'.

Ce qui ressort de l'article ci-dessus est que la force majeure est subordonnée à la réunion de trois éléments : l'imprévisibilité, l'irrésistibilité, et l'extériorité, or ; dans notre cas de figure du COVID 19, l'imprévisibilité fait défaut.

¹ Arrêt Taylor v Caldwell

L'imprévisibilité critère nécessaire de la force majeure s'apprécie au jour de la conclusion du contrat, or début 2020, la pandémie était connue.

La pandémie de la COVID-19 ne constitue pas, en elle-même, un cas de force majeure. Il peut en être autrement des mesures prises par le gouvernement (le fait du prince).

Cas de la France : La force majeure régit par l'article 1218 c.civ/1231.1 c.civ
Quelques décisions ont d'ores et déjà qualifié le coronavirus comme cas de force majeure dans le domaine des étrangers :

CA Colmar, ch. 6, 16 mars 2020, n° 20/01142

CA Colmar, ch. 6, 16 mars 2020, n° 20/01143

CA Colmar, ch. 6, 16 mars 2020, n° 20/01206

Dans ce sens, La France estime que La Covid 19 doit être traitée selon une approche au Cas par Cas.

Un évènement qui n'a pu raisonnablement être prévu au moment de la conclusion du contrat :

Raisonnement imprévisible :

Appréciation *in concreto* (personne raisonnable, professionnelle raisonnable). • Covid-19 :

- Virus qui est lui-même exceptionnel : sa nature, sa propagation, sa dangerosité...
- Cependant, il faut déterminer la date de conclusion du contrat, l'objet de la prestation, la qualité des parties en prenant en compte les différentes dates évoquées précédemment (annonce de l'OMS, situation de la Chine, différents arrêtés avec des mesures variables dans le temps et dans l'espace...) ¹

Une autre question récurrente nous revient à l'esprit, et qui mérite notre attention : qu'en est-il du sort du contrat international suite à la force majeure ?

¹ N.L.Konan « L'application des principes D'unidroit au contrats en contexte de gestion des projets internationaux : un moyen de gestion de risque », mémoire présenté à l'université de Québec à trois-rivières, 2004,p.55.

b) Le sort du contrat international suite à la force majeure

Outre qu'elle considère l'exonération du débiteur, la théorie classique de la force majeure met l'accent sur son effet extinctif. Or, les particularités propres aux contrats internationaux de longue durée ont amené les praticiens à privilégier la suspension du contrat plutôt que sa résiliation.(1) sans oublier que le contrat démuné de l'une de ses conditions dévient par effet de la loi, caduc (2).

1- La suspension ou résiliation du contrat :

La négociation d'un contrat international à long terme nécessite un labeur considérable et implique le dépassement de nombreuses embûches.

Par conséquent, « la poursuite des relations avec un partenaire qui convient est préférable à une solution qui suppose à nouveau un investissement humain et financier à la recherche d'un nouveau contrat. L'intérêt en outre que les parties retirent du contrat fait que leur objectif est de permettre son exécution et d'essayer avant tout de surmonter les difficultés ».

Dans ce contexte, la suspension du contrat est beaucoup plus appropriée que sa résiliation quand la Covid19 n'est pas reconnu comme force majeure et reflète la volonté des parties de maintenir le lien contractuel en dépit des obstacles qui se dressent sur le chemin de son exécution. De ce fait; quand l'impossibilité d'exécuter est à titre temporaire¹, l'obligation est suspendue. La suspension totale du contrat est toutefois rarement envisagée par les parties, assurément, les obligations dont l'exécution ne serait point affectée par la force majeure seront maintenues. Le cas échéant quand l'impossibilité d'exécuter est à titre permanent, la résiliation sera la seule solution à envisager.

La suspension a donc pour effet de libérer temporairement le débiteur de sa responsabilité à l'égard de certaines obligations. Elle entraîne du même coup une dispense, pour le créancier, de l'exécution de ses obligations corrélatives : « *To the extent that a Party is or has been delayed or prevented by force majeure from complying with its obligations under this Agreement, the other Party may suspend the performance of its obligation* ».

2- La caducité du contrat international :

¹ Impossibilité temporaire , Arrêt *Autry v. Republic Productions*. 30 Cal.2d 144, 180 P.2d 888 (1947)

Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît, de ce fait l'un des éléments essentiels au contrat international est son exécution, si l'exécution est impossible (la force majeure). La caducité met fin au contrat.

Parmi les éléments essentiels d'un contrat on trouve le fait que le contenu doit être licite et certain. Si du fait de la pandémie en cours ou des mesures de confinement mises en place pour l'endiguer, le contrat n'a plus de contenu ou plus d'objet, la caducité peut être avancée pour y mettre fin.

Dans le contexte actuel, cela pourrait s'appliquer notamment aux contrats dont l'objet est lié à un évènement ou un projet annulé à cause de la pandémie et des mesures de confinement. La caducité nécessitera un rapprochement avec le prestataire pour convenir des conséquences si le contrat n'a rien prévu dans un tel cas.

II) La non-automaticité des clauses d'adaptation du contrat international

Les clauses de révision non automatique, dont l'imprévision a laissé couler beaucoup d'encre, de ce fait l'apparition de la révision a été instaurée pour pallier à ce déséquilibre entre les prestations des parties du aux changements des circonstances, celle-ci connaîtra un rejet eu égard du principe de l'intangibilité du contrat, mais au fil du temps cette intangibilité connaîtra une souplesse et aboutira à une reconnaissance de la révision pour imprévision (a) par ailleurs une fois la révision admise, le sort du contrat pourrait changé, sa substance quant à elle reste intacte (b).

a) Révision pour imprévision en droit international : D'un rejet ferme à une admission marquée

La révision pour imprévision, quintessence du contrat international, puisse ses origines dans le droit romain (1) et dans le droit français depuis le XIX siècles. Une théorie qui a été rejetée, mais au fil du temps ce refus se transformera en admission à travers quelques conditions qui seront instaurées pour régir l'imprévision (2). Cette admission marquera l'histoire du contrat international, en passant par le droit anglais, le droit American (système du *common law*), le droit français et enfin le droit marocain.

1- Origine controversée :

D'une origine romaine¹ la clause d'imprévision permet à une partie au contrat international d'invoquer l'existence d'un changement des circonstances, imprévisible au moment de la signature du contrat qui en rendrait l'exécution difficile, mais pas impossible ; et qui pourrait entraîner une renégociation du contrat et propose de modifier le contrat de façon à « soulager le cocontractant surchargé par les circonstances ».

L'article 710 du Dahir formant code des obligations et des contrats, prévoit cette possibilité, l'imprévision n'ayant pas été envisagé expressément par le législateur.

En France, depuis l'époque des grandes codifications du XIXème siècle, la théorie de l'imprévision qui fut alors écartée suscite de vifs débats; et de nombreuses controverses en doctrine et en jurisprudence, la décision de la Cour de cassation à travers le fameux *Arrêt du canal de Crapone*² fait autorité en la matière, elle s'opposa fermement à toute possibilité de révision des contrats déséquilibrés par la survenance des circonstances imprévisibles. Cependant, au milieu du XXème siècle, le droit espagnol, dont le Code civil s'inspirait du code français, a assoupli le principe d'intangibilité du contrat en reconnaissant l'imprévision par le biais de la jurisprudence. En outre, une autre approche est présentée par les nouveaux codes civils, comme le code polonais au sein duquel l'imprévision est incluse.

Ce refus de la théorie de l'imprévision a été réaffirmé avec constance dans de nombreux arrêts³. À noter que la position en droit administratif est divergente, en effet le Conseil d'État a admis la théorie de l'imprévision dans son *Arrêt Gaz de Bordeaux du 30 mars 1916*⁴

Ensuite, depuis l'ordonnance n° 2016 — 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la révision pour imprévision a été prévue par l'article 1195 du Code civil, qui prévoit

¹ Sénèque, les bienfaits 1914, IV. XXXV.3.

² Cass., Civ., 6 mars 1876

³ Cass. civ. 6 juin 1921 : DP 1859, 1, p 109 ; Cass. civ. 15 nov 1993 : Gaz. Pal. 1934, 1, p 68 ; Cass. comm. 18 déc. 1979 : Bull. civ. 1979, IV, n°339 ; RTD civ. 1980, p. 780, Obs. G. Cornu ; CA Paris, 19 sept. 1997, inédit, cité et commenté par B. Fages et J. Mestre, l'influence du droit de la concurrence sur le contrat : RTD com. 1998, p.80

⁴ CE, 30mars 1916 : Rec. CE 1916, p. 125, concl. Chardenet ; S. 1916, 3, p. 17, concl. Chardenet et note Hauriou ; RD publ. 1916, p. 388, note Jèze.

en cas de changement de circonstances imprévisible, la possibilité de renégocier¹ le contrat à la demande de la partie pénalisée.

En cas de refus, ou d'échec, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent. À défaut, un juge pourra être saisi afin qu'il procède à l'adaptation du contrat ou qu'il prononce sa résolution.

En droit anglais l'imprévision trouve son origine sous l'appellation de la'' *frustration of purpose*'',².

« the doctrine of frustration of purpose also operates to excuse non-performance. Frustration of purpose refers to a situation where a promised performance is technically still possible, but the performance would be futile because the purpose of the contract has been destroyed by some unforeseen event occurring after the formation of the contract. A party will excused from her obligation to perform because, under such circumstances , the valeur of performance is so much less than intended at the time the contract was made that it would be unreasonably burdensome to hold the party to her obligations. The application of the doctrine is illustrated bye the famous case of Krell v.henry (case 7 C) .

En Droit américain, d'inspiration anglaise, le droit américain se caractérise tout de même par certaines particularités. Il a ainsi procédé à une codification plus poussée des cas d'excusable »' *non-performance* « ' et de " *risk of loss* ". On retrouve les principales dispositions relatives aux changements de circonstances aux *articles 2-509 et suivants et 2-613 à 2-615 du Uniform commercial Code et dans le Restatement 2nd of Contracts.*

De ce fait, il serait aisé d'invoquer l'imprévision par tout contractant, Quid des conditions de fonds et de formes de cette théorie ?

2- Des conditions de la théorie de l'imprévision :

La théorie d'imprévision repose sur aussi bien des conditions de fonds que sur des conditions de formes.

¹ CA, Versailles 12ème Ch, 12 déc 2019, n°18/07183.

² Arrêt Taylor v. Caldwell / Arrêt Krell v. Henry.

Conditions de fond :

Le changement peut être progressif

- Changement de circonstances : Covid 19 circonstances multiples :
Circonstances sanitaires/juridiques/économiques/environnemental
- Appréciation de l'imprévisibilité : Par rapport à la personne raisonnable
Au moment de la conclusion du contrat : conclusion initiale. renouvellement du
contrat/reconduction tacite (baux commerciaux)
- Appréciation du coût : appréciation objective (économie du contrat)/appréciation
subjective (capacité financière du contrat)¹

Conditions de forme :

- Obligation de tenter une renégociation
- Tentative d'adaptation ou de résolution à l'amiable
- Assignation en vue d'obtenir la résolution ou la révision du contrat

3- Une admission déjà marquée :

Admission internationale selon l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée le 11 avril 1980, dite convention de Vienne, permet l'exonération en cas de survenance imprévisible d'un empêchement. L'article 79 est rédigé de la façon suivante : *“Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat qu'elle le prévient ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences”*.

Il n'est ici nullement fait mention d'un changement de circonstances comme cause d'exonération. Par ailleurs, dans un arrêt de la Cour de cassation belge de 2009, il a été fait une interprétation

¹ M.Mekki « La Boite à outils contractuels », Gérer l'imprévu en matière contractuelle après Covid 19 , 2020.p.22.

extensive de l'article 79 de la Convention des Nations Unies admettant le "hardship"¹ comme une cause d'exonération et un droit à la renégociation.

De ce fait le bouleversement contractuel peut-il être constitutif d'un empêchement ? Il est répondu positivement, et ce, en parfaite conformité à la note du septième avis consultatif de la Convention de Vienne, du 12 octobre 2007.

Les clauses de révisions ne revêtent pas le caractère automatique² à l'instar des clauses de variation automatique. Elles ne procèdent pas par elle-même à une "correction" du contrat. Elle se contente de la provoquer. Les parties sont toujours libres de modifier la convention d'un commun accord. Toutefois, les contractants ont intérêt à insérer une clause qui transforme l'entrée en renégociation en obligation contractuelle. Parmi ces clauses, la clause de hardship, souvent appelée "clause de dureté"³.

La clause de hardship constitue à la fois un vecteur de sécurité et un atout indéniable, dans ce sens elle oblige les parties à engager les négociations afin d'adapter le contrat si l'exécution de ce dernier devient trop onéreuse⁴ pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances imprévisible et postérieur à la conclusion du contrat. Cette clause insérée dans le contrat va contraindre les contractants à tenter de remédier au déséquilibre survenu en cours d'exécution et qui entache la bonne exécution du contrat.

Les clauses de hardship donnent donc naissance à une obligation de renégociation, dont les modalités peuvent être organisées par les parties. L'obligation de négocier les modalités du contrat peut s'analyser en une obligation de résultat quant à l'entrée en négociation, et une obligation de moyen quant à l'issue de cette négociation.

Le hardship doit avoir une certaine intensité pour justifier un réajustement du contrat. On parle, ici des clauses de modification "substantielle" ou "importante"⁵. L'emploi de ces termes peut

¹ J.Beguin, M.Menjuq « Droit du commerce international », Pariséd litec 2019.p.385

² J.Beguin, M.Menjuq, op.cit.,p.386-387

³ Appelée aussi clause de sauvegarde , ou clause de renégociation.

⁴ CA Douai, Ch1 ,sec 2, 23 janvier 2020 ,n°19/01718.

⁵ G.Lacroix, « l'adaptation du contrat aux changement de circonstances »Université de Reims Champagne-ardenne, éd Hal, 2016,p21

poser des difficultés d'interprétation. En effet, à partir de quel moment peut-on considérer qu'un hardship est important ou à un caractère substantiel ?

Pour y répondre, il faut prendre en considération les conséquences du changement. Le caractère substantiel ne peut s'apprécier immédiatement, mais de façon relative par rapport à l'équilibre contractuel. Un changement de circonstances, même important, mais ayant de faibles conséquences sur l'économie générale du contrat, ne permettrait pas la révision du contrat. Seule une modification des données entraînant un bouleversement du contrat est de nature à déclencher la possibilité d'actionner la clause et par conséquent les négociations. Le changement doit donc entraîner des résultats fondamentalement différents de ceux que les parties avaient envisagés dans le contrat initial.

Quid du sort du contrat international suite à l'imprévision ?

b) Le sort du contrat suite à l'imprévision

Bien que le sort du contrat suite à l'imprévision, serait parfois la résiliation, les contractants chercheront plus la renégociation (1) pour sauver son exécution, si celle-ci n'aboutit pas, la révision judiciaire serait la meilleure solution pour sauver l'exécution contractuel, à contrario la résolution (2) , cependant si l'un des éléments disparaît, le contrat deviendra caduc (2).

1- La Renégociation :

Lorsque les parties sont parvenues à un accord, ou que l'arbitre a décidé du réajustement à opérer, le lien contractuel est maintenu. On peut donc s'interroger sur les conséquences de cette modification. S'agit-il d'un nouveau contrat qui se greffe sur le contrat d'origine, ou le même qui continue avec des conditions nouvelles ?

D'abord il faut rappeler que le contrat n'a jamais cessé de produire ses effets au cours de la renégociation, sauf prévision contraire des parties dans le cas d'une clause précise¹. Pour la nouvelle situation après renégociation, on va considérer que c'est le même contrat qui se poursuit en l'absence de volonté expresse des parties de procéder à une novation par changement de dette. Dans le silence des parties, le juge appréciera suivant l'importance des modifications. Parfois, il

¹ R. BAILLOD, « à propos des clauses réputées non écrites », in : mélange à L.BOYER, presses universitaires de Toulouse, 1996.p.32.

refuse d'y voir un nouveau contrat. Mais il peut très bien décider que c'est un contrat nouveau si les modifications sont importantes. Les parties peuvent prévoir qu'il y a contrat nouveau ou maintien du contrat initial. Les parties ont la possibilité de prévoir dans la clause que la renégociation ne produit aucun effet novatoire. Dans l'éventualité où le hardship viendrait à diminuer ou à disparaître, certaines clauses prévoient qu'il devra en être tenu compte dans la réadaptation du contrat et qu'éventuellement les anciennes dispositions du contrat retrouveraient toute leur valeur.

2- La révision judiciaire et la résolution :

Compte tenu de l'ampleur de la pandémie, la démonstration du caractère imprévisible de ce changement sera plus délicate. Le caractère imprévisible de cet événement soit s'apprécier *in concreto* par référence à une personne ou un professionnel raisonnable.

Les parties peut demander par une requête conjointe au juge de réviser le contrat¹. Le juge français est érigé comme corédacteur a posteriori du contrat, ce qui constitue au juge un rôle inédit de révision. Il appartiendra au tribunaux de fixer le délais raisonnable. Ces solutions manifeste le souci du législateur de privilégié en matière d'imprévision les solutions consensuels sur les solutions imposés.

Les contrats conclus avant le 31 décembre 2019, bénéficieront sans aucun doute du caractère imprévisible de la pandémie. Par ailleurs les contrats conclu 2020 seront certainement étudié plus précisément et spécifiquement

La finalité de la révision sera de remettre les parties dans la situation d'équilibre qu'elle avaient initialement instauré, et non pas que le juge considère comme étant l'équilibre qui aurait du instauré.

Une deuxième alternative, est octroyé aux parties, est que l'une des parties, pourra saisir le juge pour obtenir la résolution du contrat.

3- La caducité du contrat international :

Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît, de ce fait un des éléments essentiels au contrat international est son prix qui peut se voir disparaître quand l'exécution est excessivement onéreuse (imprévision).

¹ En d'autres terms ce qu'on appelle l'adaptation judiciaire.

En effet , suite à l'imprévision, et en cas d'échec de la renégociation et la réadaptation du contrat international, ou en cas où les parties n'ont pas pu prévoir des clauses d'adaptation et de renégociation, le sort du contrat international, en absence d'un terrain d'entente, serait la caducité, eu égard du manquement de l'un de ces éléments essentielles.

D'après ces constats, nous estimons qu'il serait judicieux de proposer quelques recommandations en guise, de couronnement de cette étude.

Nous procéderons à une proposition de recommandations d'ordre général en matière de rédaction contractuelle, pour ensuite proposer quelques conseils pour la rédaction des clauses de force majeure, enfin favoriser l'intégration des clauses sophistiquées à venir et des clauses sur mesure.

a- La rédaction contractuelle

En matière de rédaction contractuelle, les contractants devront négocier un aménagement contractuel¹, pendant la phase précontractuelle, pour ensuite encadrer les potentiels risques dans leurs nouveaux contrats.

Au surplus, la due diligence² juridique doit être plus détaillée, afin de permettre à l'éventuel acquéreur de bien vérifier la situation juridique, économique de l'entreprise. Cette vérification constitue un degré de prudence, de fermeté pour l'acquéreur, que nous estimons efficace et primordial lors de la conclusion d'une transaction internationale.

Enfin, dans les contrats de cession, à l'échelle internationale, la fixation de la date butoir³ s'avère très décisive, dans la mesure où la pratique du marché consiste à stipuler une date butoir, de la réalisation de l'opération au-delà de laquelle le contrat de cession sera résilié de plein droit. À cette date les parties sont libérées de leur engagement d'acquérir ou de céder, mais peuvent cependant être tenues à payer des dommages et intérêts s'il est prouvé qu'elles sont à l'origine de la non-réalisation de l'opération. En effet cette date butoir, a pour objectif d'éviter d'être tenu par un engagement perpétuel.

¹ Y.Mottura «Le droit des contrats en 60 Questions », 3^{ème} éd Géreso,France,2019-2020,p.17.

² A comprehensive appraisal of a business undertaken by a prospective buyer, especially to establish its assets and liabilities and evaluate its commercial potential.

³ D'origine anglaise, nommé Long Stop Date.

b- Rédaction des clauses de Force majeure :

En ce qui concerne la rédaction des clauses de force majeure, nous jugeons utile d'intégrer le risque sanitaire, qui est capital, de nos jours, ensuite d'assouplir les conditions légales de la force majeure, au surplus de prévoir des modalités de mise en œuvre des clauses des forces majeures, en l'occurrence la révision, la renégociation, la suspension de la durée du contrat international.

En outre, préciser les événements pouvant être qualifiés de forces majeures, en encadrant une définition concise de ces éléments et leur champ d'application.

c- L'intégration de quelques clauses contractuelles sur mesure à venir :

Nous pensons aujourd'hui que suite à l'imbrication de plusieurs risques dans l'exécution du contrat international, il serait judicieux de proposer quelques clauses contractuelles sophistiquées, des clauses sur mesure, qui leur intégration atténuera la souffrance du contrat international. De ce fait on peut citer :

Les clauses d'ajustements du prix (Clause d'indexation, échelle mobile...) ont pour utilité d'adapter et réajuster le prix du contrat international, quand celui-ci est affecté par un risque externe.

La clause de hardship, qu'on appelle clause renégociation du contrat ou aussi clause d'aménagement de l'imprévision à certaines conditions, a pour objectif d'offrir une deuxième chance pour rééquilibrer le contrat international.

Les clauses d'adaptation, qui permettent d'adapter le contrat aux circonstances futures.

Les MAC (*Material adverse Change*) qui anticipent sur la survenance d'un événement significativement défavorable entre la signature du contrat et la réalisation de l'opération objet du contrat, ou un effet défavorable *les MAE (material adverse effect)*.

La clause de stabilisation : Les clauses de stabilisation stricto sensu illustrent l'expression contractuelle de garantie du cocontractant face à l'action de l'État (clause d'intangibilité/clause de gel)

les clauses de fidélités¹, ayant pour but de prévenir l'inexécution du contrat .

La clause attributive de compétence, sera capital pour désigne le tribunal compétent en cas de litiges.

Enfin, il serait préférable de penser à renforcer les obligations d'information entre “ *Signing et Closing* ”² quand il s'agit de la signature de la signature d'un protocole de cession de l'entreprise, qu'on appelle aussi le compromis de vente de l'entreprise.

Sans oublier que dans toutes transactions internationales, le choix des incoterms adéquat s'avère primordial, pour la détermination des règles applicables, et d'harmoniser les pratiques en matière de contrat international³

Conclusion

Au terme de cette analyse, sans doute incomplète, et au vu des divergences doctrinales auxquelles la pandémie de la Covid 19 a pu donner lieu , le contrat international demeure très sensible quant aux changements externes pouvant affecter son juste équilibre et sa juste substance.

Son adaptation aux circonstances futures devrait être encouragée, pour permettre la prévention et la sécurisation de l'ensemble contractuel.

Toutefois, les entreprises concernées par les conséquences de la pandémie du coronavirus devront en outre faire preuve de bonne foi dans la mise en œuvre desdites clauses et également dans leurs discussions avec leurs partenaires. (Customers , Supplier , Bank , Stakeholders , Shareholders ..)

Nous pensons que cet état de crise sanitaire dans le monde entier et particulièrement au Maroc a relevé avec une grande acuité quelques déficiences, défaillances, mêmes pâmoisons que les

¹ Il ne s'agit pas d'adapter le contrat mais de prévenir son inexécution

²Le signing est la signature du protocole d'accord de cession de l'entreprise, c'est le « compromis de vente » de l'entreprise. Le pré-closing vise à lever toutes les questions en suspens. Cette phase a une durée variable, suivnat des conditions spécifiques. Le closing est la conclusion de la cession, qui s'achève par le transfert des titres de l'entreprise à l'acquéreur en échange d'un transfert des fonds par la banque.

³ A savoir, les incoterms multimodaux, incoterms maritimes

contractants n'ont pas pu prévoir, la raison pour laquelle qu'aujourd'hui, une bonne adaptation du contrat international, une précise rédaction des clauses d'aménagements contractuelles, demeure amplement souhaitable, voire privilégié.

In fine, après la Covid 19 pourront nous voir la naissance d'une rédaction des contrats internationaux sur mesure ?

La place des MARC dans un contrat international face au Covid 19 ?

Devant l'urgence de réadapter les contrats internationaux en souffrance, et face au déséquilibre des prestations casé par la difficulté d'exécuter, le recours à la justice public ne serait pas la solution privilégiée, néanmoins la justice privée à travers l'arbitrage (clause compromissoire, ou compromis) ou bien la médiation conventionnelle reste le moyen le plus favorable voir le plus viable pour pallier à ce déséquilibre contractuel néfaste et préparer sa sortie de crise pendant l'interruption du processus judiciaire.

La Maîtrise de l'Énergie face à l'Évolution de la Consommation Énergétique dans le Secteur de l'Industrie au Maroc

Dr. Youness CHFAIRA

Docteur en sciences économiques, spécialité : économie de l'énergie

Introduction :

« ...l'énergie est habituée aux incertitudes et à la construction de scénarios pour éclairer les décisions stratégiques. Trois priorités stratégiques en découlent pour les États et les entreprises : meilleure efficacité énergétique, diversification géographique et par sources d'énergie, sécurisation des installations»¹.

L'évolution industrielle a totalement modifié le contexte énergétique international, compte tenu du lien fort qui relie le développement économique à l'évolution de la consommation d'énergie primaire².

En effet, le développement du secteur industriel revêt une importance stratégique et vitale pour l'économie marocaine, ce qui justifie pleinement l'attention accordée par les pouvoirs publics marocains au renforcement de sa compétitivité. Parmi les instruments privilégiés de l'Etat dans ce secteur, figure l'encouragement de la maîtrise de l'énergie et les énergies renouvelables. Ceci permettrait de diminuer la dépendance énergétique du pays et de préserver la qualité de l'environnement.

Toutefois, la mise en place d'une démarche de maîtrise de l'énergie ne doit pas se limiter à un simple arsenal réglementaire à généraliser par l'Etat sur les entreprises énergivores, mais doit constituer un modèle comportemental adopté par les entreprises au quotidien. Cette démarche constituera dès lors une véritable source de compétitivité et de réduction des coûts de productions pour les entreprises industrielles marocaines.

Notre intention, dans cet article est de proposer la maîtrise de l'énergie comme remède à l'évolution de la consommation énergétique dans le secteur industriel. Cette proposition requiert l'examen des principales questions suivantes :

- Quelles sont les contraintes actuelles du secteur énergétique marocain ? Sont-elles surmontables ?
- Quelle est la stratégie énergétique adoptée par l'Etat pour faire face à l'évolution de la facture énergétique marocaine ?
- Quel est le poids de l'industrie dans la consommation énergétique marocaine ? Est-il important et qui nécessite une intervention imminente, ou moins important par rapport aux autres secteurs d'activité ?
- Quelles sont les motivations dont disposent les entreprises industrielles marocaines pour adopter des démarches de maîtrise de l'énergie dans leurs systèmes de productions ?
- Comment mettre en place une démarche de maîtrise de l'énergie au sein d'une entreprise industrielle ?

Pour répondre à l'ensemble de ces questions, nous avons divisé cet article en deux points :

¹ Jean-Marie Chevalier, Olivier Pastré, Odile Jacob, *Où va l'économie mondiale ? Scénarios et mesures d'urgence*, 2002, p.107.

² Les énergies primaires, qui sont extraites du milieu naturel, et les énergies secondaires (par exemple l'électricité) qui sont produites à partir des énergies primaires. Par voie de conséquence, les besoins primaires d'énergie sont les besoins satisfaits à l'aide des énergies primaires. On ne prend en compte dans ces besoins primaires que l'énergie commerciale, pour des raisons de fiabilité statistique.

- Le premier point étudiera la maîtrise de l'énergie dans un contexte macro-économique, en mettant en évidence le contexte énergétique national et ses principales caractéristiques.
- Quant au deuxième point, il sera consacré à l'étude de la maîtrise de l'énergie dans un contexte micro-économique. Nous expliquerons ainsi, l'impact de cette approche sur les coûts de productions d'une entreprise industrielle.

I/ La maîtrise de l'énergie dans un contexte macroéconomique

En raison des progrès technologiques et économiques que connaît le monde à l'heure actuelle, les études élaborées par l'agence internationale de l'énergie prévoient une évolution annuelle de 1,5% de la demande énergétique mondiale jusqu'en 2030. De même, la Banque Mondiale de son côté affirme que la consommation énergétique mondiale augmentera de 35% d'ici 2035¹, ce qui entraînera une cherté des prix, une volatilité des marchés et un changement climatique. De plus, le paysage énergétique mondial restera dominé par l'intégral partage des réserves des énergies fossiles épuisables et la disparité entre centres de production et de consommation. D'où la question qui se pose par tous les pays du monde : Comment répondre à la croissance de la demande énergétique, tout en s'inscrivant dans le développement économique et la protection de l'environnement ?

Aujourd'hui, nous assistons à une concurrence sans merci en termes d'accès à l'énergie. Le bouquet énergétique changera d'un pays à l'autre, en fonction des différents potentiels énergétiques et contraintes nationales. Des efforts importants en matière de recherche et d'investissement sont en cours de se déployer afin de mettre en place des ressources énergétiques nouvelles et propres. Pour relever ce défi énergétique, il est extrêmement important de s'intéresser au développement des politiques de maîtrise de l'énergie et d'efficacité énergétique. La maîtrise de l'énergie passe surtout par le développement de nouvelles technologies moins énergivores et par des changements comportementaux des institutions et nations quel que soit leurs niveaux de progrès.

A l'instar de tous les pays émergents non producteur de l'énergie, le Maroc dépend en 2019 de 93,9%² de l'extérieur pour son approvisionnement énergétique en raison de la modicité de ses ressources énergétiques conventionnelles. Cependant et compte tenu de son développement économique et sa croissance démographique, la consommation énergétique marocaine a connu une tendance haussière, en passant de 0,31 TEP par habitant en 1997 à 0,56 TEP par habitant en 2017. Cette consommation demeure, bien entendu, largement inférieure à la moyenne mondiale de 1,7 TEP par habitant. La facture énergétique quant à elle, est passée de 21 MMDH en 2003 à 89,8 MMDH en 2011³ puis à 98,3 MMDH en 2014⁴ pour s'établir à 82 MMDH en 2018. D'où l'exigence de mettre en place une nouvelle stratégie énergétique adéquate.

La stratégie énergétique récemment adoptée par le gouvernement marocain, vise à assurer la sécurité d'approvisionnement, la maîtrise de la demande énergétique, la généralisation de l'accès à l'énergie avec des prix raisonnables et la préservation de la qualité de l'environnement. Parallèlement à cette stratégie, le gouvernement s'est engagé dans des projets d'investissements de grande envergure, visant à réduire la dépendance énergétique et à améliorer l'efficacité énergétique dans plusieurs secteurs, tout en développant la part des énergies renouvelables dans le bouquet énergétique national. Toutefois, La maîtrise de l'énergie est une notion qui s'inscrit en ligne directe avec le développement durable de par sa relation étroite avec le développement économique et social et de la préservation

¹ *Les pénuries d'eau freinent la production d'énergie dans le monde*, rapport de la Banque Mondiale, Abu-Dhabi, Janvier 2014.

² Déclaration de M Mohammed GHAZALI, secrétaire général du ministère de l'énergie, des mines et du développement durable lors d'une conférence ministérielle mondiale avec l'AIE, 1 octobre 2019, Berlin

³ *Les caractéristiques du secteur énergétique marocain en 2011*, Direction de l'observation et de programmation, Ministère de l'énergie, des mines, de l'eau et de l'environnement, Rapport d'information, Avril 2012, p. 2-3

⁴ *Présentation du projet de la loi de finances 2014*, Ministère de l'Énergie, des Mines, d'Eau, et de l'Environnement, documentation interne, Novembre 2013.p.7.

de l'environnement. La définition retenue dans cette thèse stipule que la « maîtrise de l'énergie » désigne une action sur la consommation d'énergie et le développement des énergies renouvelables, sans pour autant négliger la qualité du rendement.

Malgré son caractère restreint, le concept de la maîtrise de l'énergie dépasse la notion plus ancienne d'économie d'énergie. Il ne s'agit pas de réaliser toutes les économies techniquement possibles sans se soucier de leur coût et de leur impact social. La maîtrise de l'énergie s'applique à chaque étape du cycle : production – transformation - consommation et ce dans tous les secteurs. La maîtrise de l'énergie occupe une place capitale dans la recherche et le développement. Il s'agit de provoquer l'innovation technologique en vue de développer de nouvelles filières énergétiques, d'élaborer les meilleures stratégies possibles pour exploiter celles déjà connues et de perfectionner les technologies afin d'augmenter leur rendement énergétique.

A- La problématique du secteur énergétique marocain

Le Maroc dépend en totalité de l'extérieur pour son approvisionnement en sources d'énergie modernes vu que ses réserves en énergie ne lui permettent pas de satisfaire la demande croissante exigée par l'essor économique et la progression démographique qu'il connaît. Cependant cette dépendance énergétique toujours très élevée, avoisinant les 96% jusqu'en 2008, semble accuser une sensible diminution à partir de l'année 2009, où elle passe à 94,6% puis en 2010 à 93% pour atteindre 95,5% en 2011 et 94% en 2018 et ce, malgré l'utilisation des énergies renouvelables.

Les produits pétroliers restent dominants, bien que, leur part dans la consommation énergétique est passée de 83% en 1980 à 60,1% en 2009, puis à 61,4% en 2010 et à 62,1% en 2017. Pendant la même période, la part du charbon s'est appréciée de 8 % à près de 23% puis à 21,7% en 2010 et à 21,7% en 2017, en relation surtout avec son utilisation excessive dans la génération de l'électricité. La part du gaz naturel s'améliore en passant de 1% en 1980 à 3,9 % en 2010 et à 5 % en 2017, grâce à la partie en nature de la redevance reçue du passage par le Gazoduc Maghreb Europe. Sa consommation a augmenté de 8% entre 2009 et 2010, et de 25,6% entre 2010 et 2011, notamment en raison de la mise en service de la centrale Aïn Bni Mathar. Quant à la part des énergies renouvelables, elle représente 8,8% de la consommation nationale en énergie primaire en 2017.

Par ailleurs, l'apport de l'hydroélectricité, tributaire des aléas climatiques, a connu une baisse, liée essentiellement aux périodes de sécheresse, passant de 8% en 1980 à 1,6% en 2009. Une légère progression de 4,8% s'est enregistrée en 2017 grâce à une bonne hydraulité ayant marqué cette année, équivalente à 7,4% de l'électricité nette appelée pour la même année.

Toutefois, en raison de la forte hausse des cours du pétrole sur le marché international, la facture énergétique totale du Maroc est passée de 21 MMDH en 2003, à 69,5 MMDH en 2017 soit environ 6,3 milliards d'euros, dont près de 85,7 % ayant concerné les importations de pétrole, ce qui a représenté 9% du PIB et 19% des importations globales du Maroc. En 2017, la consommation énergétique primaire du Maroc s'est établie à 20,5 MTEP par habitant en hausse de 32% par rapport à 2007. La croissance de la demande d'électricité est très soutenue et pourrait se poursuivre à une cadence annuelle de 5% d'ici fin 2021 selon les experts de l'AIIE.

Le Maroc qui a accueilli la COP22 en 2016 à Marrakech ambitionne d'augmenter à 52% ses capacités électriques à l'horizon 2030 à base des énergies renouvelables.

Néanmoins, à la lumière des incertitudes énergétiques qui règnent actuellement sur la scène mondiale. La sécurité d'approvisionnement et la disponibilité de l'énergie demeurent au centre des préoccupations nationales. Ainsi est-il impératif dans un premier temps de mobiliser dans les trente années à venir les budgets nécessaires aux investissements en infrastructures énergétiques dont la moitié sera destinée à la production électrique. Il demeure également vital de développer les ressources énergétiques en mettant en œuvre les technologies disponibles, et d'exploiter en priorité le potentiel d'efficacité énergétique actuel.

Toutefois, le gouvernement marocain consacre une importance capitale au secteur de l'énergie, source du développement économique en instaurant une nouvelle stratégie énergétique économique qui vise à renforcer la sécurité d'approvisionnement et la disponibilité de l'énergie. Elle se traduit à

travers le pilotage de plans d'actions, accompagnés de mesures organisationnelles et réglementaires permettant de donner une meilleure visibilité aux opérateurs et aux consommateurs.

B- La différence entre l'économie d'énergie, l'utilisation rationnelle de l'énergie et la maîtrise de l'énergie

La production de l'énergie passe inévitablement par un bilan économique et une influence sur l'environnement. L'atténuation du coût économique et la limitation de la pollution sont aujourd'hui possibles grâce particulièrement à la recherche de l'efficacité au niveau de l'utilisation de l'énergie.

En effet, les conséquences environnementales liées à l'utilisation de l'énergie telles que la pollution de l'air et de l'eau, l'augmentation des gaz à effet de serre, ou l'accumulation de déchets indésirables exigent que l'on oriente les politiques et les pratiques vers un usage plus rationnel des services énergétiques. La question des techniques est une quête renouvelée de l'amélioration des rendements des systèmes énergétiques tout en atténuant leur méfait de pollution.

Les possibilités d'amplification des ressources énergétiques ne sont pas sûres et nécessitant assez du temps et d'effort. Cela nous incite à se poser un certain nombre de questions dont : Que peut-on dire des consommations et de leur croissance ? Peut-on atténuer l'hémorragie des consommations énergétiques tout en préservant le même style de vie et la même satisfaction des besoins socio-économiques ? Peut-on mettre en place des stratégies basées sur la demande au lieu de l'offre ? Pour ce faire, quelles seront alors les mesures appropriées et les pistes d'action ? Poser ces questions, c'est ouvrir cette section sur le principe de la maîtrise de l'énergie et sa différence avec les économies d'énergie et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

1- Notion d'Economie d'énergie :

L'économie d'énergie signifie les gains obtenus par la limitation de la production, de la distribution ou de la consommation d'énergie. Les économies d'énergie englobent les matériaux et les produits qui, de par leur conception, ne consomment pas autant d'énergie mais permettent de l'utiliser plus efficacement¹. Ces économies peuvent être réalisées par le développement de la sobriété ou de l'efficacité énergétique². Le choc pétrolier qui implique en quelque sorte l'économie d'énergie comme nécessité pour les pays non producteurs.

Les pays non producteurs de pétrole n'ont pris conscience de la gravité du problème de l'énergie, qu'à partir de l'automne 1973 - la guerre arabo-israélienne ou le 1er choc pétrolier - qui avait fait exploser les prix du pétrole et les produits dérivés sur les marchés internationaux. Désormais, le pétrole sera plus cher et se fera plus rare face à des besoins, qui eux, ne cesseront de croître. Quant aux pays producteurs, ils ont constaté que leurs ressources ne sont pas inépuisables et qu'ils sont obligés de les faire durer le plus longtemps possible. Ils ont même envisagé le recours aux économies d'énergie³ eux aussi.

Juste après le 1er choc pétrolier, le problème d'économie d'énergie a constitué un enjeu majeur pour plusieurs pays tels que la France qui n'avait presque pas de source de pétrole et la facture

¹ Yves cochet, *Stratégie et moyens de développement de l'efficacité énergétique et des sources d'énergie renouvelables en France*. La documentation Française, novembre 2000.

² Thierry Salomon et Stéphane Bedel, *La maison des négawatts*, Terre vivante, 2000, Définissent la néga Watt comme étant une conception analogue au kilo watt électrique. On parle de production de néga Watts lorsque l'on utilise moins d'énergie pour assurer un même service. Cependant les néga Watts ne concernent pas uniquement que l'électricité, mais s'appliquent à toutes les formes d'énergie.

³ Guide des économies d'énergie, encyclopédie intégrale de la vie pratique, la nouvelle librairie, 1981.

d'importation de l'énergie représentait environ 75% de l'énergie consommée. Cependant, afin de réduire cette facture et cette dépendance, il faut se doter des matériels et équipements qui consomment efficacement de l'énergie.

2- Notion d'efficacité énergétique :

Dans son aspect technique, la notion d'efficacité énergétique renvoie à une diminution de la consommation d'énergie attribuable à des modifications technologiques plutôt que comportementales. La plupart des appareils utilisent de l'énergie pour fonctionner. Sauf pour les appareils solaires, ces équipements sont raccordés d'une façon ou d'une autre à une source d'énergie directe. Les dispositifs ou les produits énergétiques donnent un rendement équivalent tout en consommant moins d'énergie. Ainsi, sur le plan technique, l'efficacité énergétique permet de diminuer les consommations d'énergie, à service rendu égal, et qui entraîne la réduction des coûts écologiques, économiques et sociaux liés à la production et à la consommation d'énergie.

En ingénierie mécanique et physique, l'efficacité énergétique (ou rendement) est un nombre sans dimension, qui a une valeur comprise entre 0 et 1, par extension entre 0 et 100%.

Pour un système, l'efficacité énergétique est définie comme suit :

$$\text{Efficacité} = W/\text{énergie}$$

Où W est la quantité utile de travail produite par le système (en joule¹), et l'énergie est la quantité d'énergie (aussi en joule) utilisée pour faire fonctionner le système². L'efficacité énergétique peut également se réaliser à l'utilisation des techniques ou des pratiques pour réduire l'utilisation d'énergie. Tout en sachant qu'une efficacité de 1 (100%) est impossible – le principe de Carnot³ l'interdit.

Sur le plan économique, l'adoption d'une économie efficace en énergie est un grand défi à relever par tous les pays, y compris ceux qui sont en voie de développement. Le problème d'épuisement des ressources énergétiques fossiles et la question du changement climatique imposent l'échange d'expériences sur les politiques d'efficacité énergétique.

Il serait en vain d'aborder l'efficacité énergétique sans évoquer la notion de l'intensité énergétique, qui est l'indicateur énergétique le plus important. Il mesure le rapport entre la consommation d'énergie et un indicateur d'activité économique. En pratique il s'agit du rapport entre la consommation totale énergie et le PIB, son unité en Europe est le (TEP/M Euro)⁴.

A l'échelle internationale, les progrès de l'intensité énergétique résultent essentiellement de la diminution de l'intensité de la demande finale d'énergie, mais aussi de gains considérables en termes d'efficacité dans le secteur de la production d'électricités dans les pays émergents. Toutefois, il

¹ Le joule est une unité de mesure dérivée du système international pour quantifier l'énergie, le travail et la quantité de chaleur, 1 kilojoule vaut 239,20081 calories, et 1 calorie vaut 4,18 joules. 1 watt-heur vaut 3600 joules, et 1 kilowattheure vaut 3600 kilojoules.

² M.K.Jaccard et associates, *Etude de cas sur la politique fiscale et l'efficacité énergétique*, document de travail élaboré lors d'une table ronde nationale sur l'environnement et l'économie, Canada, juin 2004, p.6.

³ Appelé aussi la deuxième loi de la thermodynamique

⁴ Samuel Furfari, *Le monde et l'Energie Enjeux géopolitiques, les clefs pour comprendre*, édition Technip, Paris 2007, p.31

⁵ La CEI lie la Russie à 11 autres républiques ex-soviétiques (les trois pays Baltes n'en faisant pas partie). Ce n'est pas comme l'UE un système d'intégration politique, mais au contraire un instrument visant à faciliter le « divorce » entre les pays de l'ex-URSS.

convient de signaler que le terme « économie d'énergie » est parfois utilisé de façon interchangeable pour signifier « efficacité énergétique », mais dans les faits, il s'agit de concepts distincts. L'économie d'énergie correspond aux mesures prises pour réduire la demande d'énergie, ce qui ne se limite pas aux réductions de la demande dues à une efficacité énergétique accrue. L'une de ces mesures est bien entendu, le facteur comportement dans l'utilisation de l'énergie.

3- Le principe de la maîtrise de l'énergie :

Depuis la crise pétrolière de 1973, la maîtrise de l'énergie a été considérée dans la société comme étant une contrainte sur le mode de vie des nations. Ensuite, et avec le temps et l'augmentation de la demande sur les produits énergétiques, le mot « maîtrise » commence à indiquer une capacité d'infléchir, d'orienter, avec des degrés plus ou moins forts.

La maîtrise de l'énergie est une notion qui s'inscrit en ligne directe avec le développement durable de par sa relation étroite avec le développement économique et social et de la préservation de l'environnement. **La définition retenue dans cette publication stipule que la « maîtrise de l'énergie » désigne une action sur la consommation d'énergie et le développement des énergies renouvelables, sans pour autant négliger la qualité du rendement.**

Malgré son caractère restreint, le concept de la maîtrise de l'énergie dépasse la notion plus ancienne d'économie d'énergie. Il ne s'agit pas de réaliser toutes les économies techniquement possibles sans se soucier de leur coût et de leur impact social. La maîtrise de l'énergie s'applique à chaque étape du cycle : production – transformation - consommation et ce dans tous les secteurs.

La maîtrise de l'énergie se manifeste à travers plusieurs options :

- Atténuer les besoins énergétiques : Une gestion raisonnable et planifiée contribue certainement à une consommation responsable avec moins de pertes énergétiques. Quand l'action de consommer de l'énergie est planifiée et bien réfléchie, il s'ensuit nécessairement une économie autant énergétique qu'économique.
- Gérer plus pertinemment la demande énergétique : L'utilisation optimale de l'énergie et la conservation de la ressource, via le recours à des mesures comportementales, telles que la sensibilisation des consommateurs à des choix lumineux de planification, de design et de gestion des bâtiments, préserve la qualité de l'environnement et réduit les charges financières. Cette gestion fait notamment appel à la notion d'utilisation modulée de la demande dans le temps.
- Renforcer l'efficacité énergétique des systèmes et technologies utilisés : L'efficacité énergétique d'une industrie ou d'un bâtiment peut être améliorée en se basant sur des procédés et des équipements hautement performants. La recherche et le développement ainsi que l'innovation technologique dans le but de perfectionner des outils et équipements à haut rendement énergétique, aident à éviter des pertes importantes.
- Préserver de manière stratégique la ressource et l'utiliser en fonction des besoins : L'utilisation prudente des ressources énergétiques disponibles permet d'assurer un développement durable.
- Concevoir et développer de nouvelles énergies renouvelables : Le recours à la recherche et le développement dans le domaine des énergies renouvelables permet de parvenir à la maîtrise de l'énergie. Ces nouvelles sources d'énergies, par défaut inépuisables, pourront éventuellement remplacer les sources actuellement exploitées, lesquelles sont en voie d'épuisement à l'image des combustibles fossiles grandes émettrices de CO².

II - la maîtrise de l'énergie dans un contexte microéconomique

Le caractère stratégique, économique, politique et écologique de l'énergie justifie amplement la nécessité de mettre en place une démarche de maîtrise de l'énergie au sein des entreprises énergivores, visant à exploiter les gisements disponibles en économie d'énergie.

En effet, réaliser des économies d'énergie n'est pas un acte spontané. Cela découle pleinement du contexte général et des marges de manœuvre dont disposent les décideurs publics et privés, au-delà des problèmes de compétence technologique et d'information technique. Si les marges sont faibles cela peut amener à innover en cherchant d'autres sources d'énergie. Si les marges sont fortes le gisement d'économie potentielle est très important.

Néanmoins, compte tenu de la hausse substantielle des prix du pétrole, des défis doivent être relevés par les entreprises industrielles pour pouvoir sauvegarder leur place dans les marchés traditionnels et en conquérir de nouveaux. D'où la nécessité de maîtriser autant que faire se peut, le coût de production et d'utiliser de façon rationnelle l'énergie conventionnelle.

Ceci dit, il serait judicieux d'effectuer un audit énergétique et instaurer une comptabilité énergétique répondant aux ambitions économiques et environnementales d'une entreprise moderne. Aussi, il faudrait mettre en place de nouveaux procédés ayant prouvé leur performance en matière de maîtrise des consommations énergétiques dans les entreprises industrielles énergivores, comme les chaudières, les appareils de combustion, ou encore le chauffage des grands espaces et la vapeur.

Enfin, dans le but d'assurer la pérennité de l'efficacité énergétique et de donner ainsi une allure de défi et de compétitivité au secteur industriel national, nous présenterons dans le prochain point, l'impact de ces pistes d'actions de maîtrise de l'énergie sur la compétitivité des entreprises industrielles marocaines.

A- Le contexte de mise en place d'une démarche de maîtrise de l'énergie dans l'entreprise

Dans un contexte économique et écologique toujours difficile, la réduction de la consommation d'énergie et des émissions de gaz à effet de serre, demeure une priorité pour les entreprises énergivores marocaines, principalement motivée par des raisons budgétaires et écologiques.

En effet, plusieurs raisons sont à l'origine de la mise en place d'une démarche de maîtrise de l'énergie, dont les plus importantes sont les suivantes :

- Raisons économiques
- Raisons stratégiques
- Raisons environnementales
- Raisons politiques

1 - Raisons économiques

Toute entreprise cherche à augmenter sa rentabilité et à multiplier ses bénéfices pour pouvoir s'imposer sur un marché bien donné. La question d'optimisation des consommations énergétiques est souvent marginalisée au profit de l'amélioration de la capacité de production, l'augmentation des ventes et l'amplification de la compétitivité. En 2010, la facture énergétique de l'ensemble des entreprises industrielles marocaines représentait 20 695 MDH¹.

Pour une entreprise la consommation d'énergie représente une dépendance inévitable. En effet, Il est indispensable de se chauffer, de s'éclairer et d'alimenter les différents équipements en électricité ou en combustible. Jusqu'il y a peu, la facture d'énergie était honorée tous les mois sans jamais être remise en cause, on y voyait là une sorte de fatalité.

Ce sentiment d'impuissance était renforcé par le fait que la possibilité de négocier le prix de l'énergie était inexistante car les tarifs étaient régulés.

¹ Données communiquées par le ministère de l'énergie, des mines, de l'eau et de l'environnement, Novembre 2010.

D'autant plus, avec la flambée des coûts de l'énergie (pétrole, gaz, électricité) la facture énergétique des entreprises qui ne réalisent pas de transformation de matière (tertiaire, logistique,...), devient de plus en plus élevée, elle représente entre 1.5 et 5% du chiffre d'affaires. Dans le secteur industriel, cette proportion atteint souvent 20%, voire même plus de 50% dans certains secteurs très énergivores (le verre, le ciment, ...).

Même si que la part de l'énergie dans le chiffre d'affaires d'une entreprise n'est pas considérable, il est toujours souhaitable d'agir sur ce poste car le potentiel d'économie facilement réalisable est souvent important. Il est assurément plus facile de réduire les coûts liés à l'utilisation de l'énergie que d'agir sur les coûts salariaux. En ce qui concerne le coût des matières premières, les entreprises ont généralement une politique d'achat permettant d'agir efficacement sur l'énergie afin de réduire les charges y afférentes¹.

Habituellement, une entreprise peut réaliser entre 8 et 15% d'économie d'énergie. Cette valeur est beaucoup plus importante (jusqu'à 50%) dans une entreprise dont les locaux sont anciens ou vétustes et où rien n'a été réalisé pour optimiser les consommations d'énergie.

2 - Raisons stratégiques

Aujourd'hui l'énergie est considérée comme une denrée précieuse et inestimable. Le temps de l'énergie bon marché semble désormais révolu et l'évolution des prix de l'énergie affiche une grande incertitude à court et long terme.

Dans ce contexte, il est difficile pour une entreprise d'avoir une vision claire de l'avenir. Cette incertitude pèse sur la confiance des investisseurs, au même titre que l'augmentation du prix des matières premières ou de la main d'œuvre. Pour les entreprises grosses consommatrices d'énergie, l'augmentation draconienne des prix de l'énergie est souvent perçue comme une tragédie. En effet, bon nombre d'entrepreneurs se sentent démunis face à cette évolution et appréhendent l'avenir.

Un nombre important d'analystes considèrent que la production de pétrole a atteint son pic, d'autres, affirment que ce pic n'est pas loin. Avec une demande qui ne cesse de croître, il est de toute façon peu probable que l'actuelle tendance à la hausse des prix s'inverse à l'avenir.

Les entreprises seront les premières sanctionnées par ces augmentations de prix. Ainsi, si nous voulons garantir la pérennité de notre modèle de développement économique, il est impératif de prendre le problème à bras le corps et de se consacrer pleinement à la réduction de nos consommations énergétiques.

3 - Raisons environnementales

A cause des énergies fossiles nous disposons aujourd'hui d'un énorme stock de carbone, qui lui a fallu des millions d'années pour se constituer. L'exploitation de ces gisements a pour effet de libérer ces réserves de carbone à un rythme très important. Ainsi, si les émissions de carbone peuvent paraître anecdotiques par rapport aux flux de CO₂ s'opérant naturellement dans l'atmosphère, elles induisent un déséquilibre du cycle naturel du carbone. Le CO₂ anthropique ne pouvant être absorbé naturellement, il s'accumule dans l'atmosphère où sa concentration atteint maintenant les 360 PPMV (soit une augmentation de 30% par rapport à la concentration préindustrielle).

Cet accroissement pose un problème important. En effet, le dioxyde de carbone présente la particularité de laisser passer le rayonnement solaire et d'intercepter le rayonnement infrarouge émis par la surface terrestre. L'effet de serre est un mécanisme naturel et indispensable au développement de la vie sur terre. Cependant, son renforcement induira à terme un réchauffement anormal de l'atmosphère terrestre. Ce processus implique une évaporation plus importante au niveau des océans, ce qui a pour conséquence d'augmenter le volume des pluies. Ainsi, les émissions anthropiques vont perturber irrémédiablement le subtil équilibre naturel qui régit le climat de la planète.

¹ Gérald Senden, *Gestion de l'énergie dans l'entreprise*, éditions des CCI SA, Belgique 2008, p.58.

Les entreprises de leur côté ont une part non négligeable de responsabilité et, plus encore, un rôle à jouer dans l'effort global de réduction de nos émissions. L'idée n'est pas de prôner l'arrêt de toutes les activités, mais bien de réfléchir aux possibilités qui s'offrent pour produire en consommant moins d'énergie.

4 - Raisons politiques

a/ Pacte des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement :

Il s'agit de la fameuse conférence du Rio qui s'est tenue le 13 juin 1992. Elle recense les vingt-sept grands principes d'une gestion durable des ressources de la planète¹. Elle marqua aussi, un tournant décisif dans les négociations intergouvernementales en matière d'environnement, et ce pour trois considérations :

Elle fut pour la première fois le théâtre d'une rencontre entre un grand nombre d'Etats (182) pour débattre de l'avenir de la planète.

Elle donna un sens à la notion de développement durable, qui jusqu'à présent reste un concept assez vague.

Elle permit la naissance à de nouveaux types d'accords multilatéraux sur l'environnement.

La conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement a marqué le début d'une prise de conscience planétaire, et a ouvert la voie à plusieurs accords internationaux, dont le protocole de Kyoto.

b/ Le protocole de Kyoto :

La troisième conférence des parties à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques a eu lieu en décembre 1997 à Kyoto au Japon. Les participants ont convenu de limiter les émissions de gaz à effet de serre par rapport au niveau de 1990 à l'horizon 2012. Ce protocole fixe un objectif de réduction pour chaque pays. Ces objectifs individuels sont le résultat non pas nécessairement d'une formule précise ou objective, mais plutôt le fruit de négociations politiques et de compromis.

L'Union Européenne s'est engagée à réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 8% (par rapport à 1990). Son engagement a été réparti entre les différents Etats membres de façon non linéaire et ne correspond pas toujours aux engagements « Kyoto » individuels de ceux-ci.

Les efforts ne concernent pas actuellement les économies émergentes (Chine, Inde, Brésil, etc.) où les émissions de GES s'accroissent très rapidement. Des négociations ont lieu à l'échelle internationale pour que les Etats-Unis ou encore la Chine s'engagent eux aussi à réduire ou stabiliser leurs émissions².

B/ La maîtrise de l'énergie dans le secteur industriel marocain

Pour faire face au développement économique actuel, à la croissance de la demande énergétique mondiale, à la volatilité des prix du pétrole et à l'incertitude quant aux réserves disponibles, plusieurs pays du monde ont adopté des démarches de maîtrise de l'énergie en fonction de leurs ambitions et de leurs particularités économiques, sociales et environnementales. L'objectif étant de faire face à un marché de plus en plus turbulent et de contribuer à la compétitivité de leurs économies.

Pour le cas du Maroc, en sus de développement des énergies renouvelables, la maîtrise de l'anergie s'impose comme étant un véritable atout concurrentiel et un axe prioritaire dans la stratégie énergétique nationale. Cette dernière ambitionne la réalisation d'une économie d'énergie de 12% en

¹ Gangui Adon, *Introduction au droit de l'environnement en Afrique*, édition Harmattan, Paris 2009, p.23.

² Fabrice Lecomte & Paul Broutin, *Le captage du CO2 : Des techniques pour réduire les émissions de gaz à effet de serre*, Edition Technip, Paris 2010, Chapitre 1, p.6.

2020 et 15% en 2030¹. Dans cette perspective, des plans d'action de maîtrise de l'énergie ont été mis en place dans tous les secteurs clés, notamment dans l'industrie dont la consommation énergétique pèse lourdement sur le budget de l'Etat et sur la caisse de compensation, en raison de la progression de sa consommation en produits énergétiques subventionnés, le fioul en particulier. Toutefois une étude du contexte de développement de la maîtrise de l'énergie dans l'industrie marocaine s'avère judicieux.

Globalement, l'intensité énergétique finale du secteur industriel au Maroc (mesure de l'efficacité énergétique) demeure faible en comparaison avec les pays développés, car il s'oriente de plus en plus vers des industries moins énergivores, mais à plus forte valeur ajoutée comme la cimenterie, la papeterie,...

$$\text{Intensité Énergétique Finale (IEF)} = \frac{\text{Consommation énergétique finale du secteur industriel}}{\text{VA industrielle}}$$

Quant à l'analyse des intensités en gaz à effet de serre, elle a démontré le besoin en terme d'efficacité énergétique dans le secteur industriel marocain, afin de maîtriser les consommations énergétiques finales et de réduire les effets néfastes sur l'environnement. Il est responsable de 24% des émissions globales de CO₂, et constitue, de ce fait, un immense gisement d'économie d'énergie et de réduction de gaz à effet de serre.

$$\text{IE} (\text{CO}_2 \text{ indus}) = \frac{\text{E} (\text{CO}_2 \text{ indus})}{\text{VA industrielle}}$$

Tels que :

IECO_{2Indus} : l'intensité des émissions de CO₂ dans le secteur de l'industrie.

E_{CO_{2Indus}} : les émissions de GES du secteur de l'industrie (calculées en tonnes équivalent CO₂).

VA industrielle : la valeur ajoutée industrielle.

Au terme de ce dernier point, nous pouvons dire que les potentiels d'économies d'énergie subsistent dans n'importe quel secteur d'activité de l'entreprise. Ils relèvent bien évidemment de mesures techniques de maîtrise des consommations énergétiques, mais elles demeurent incomplètes à défaut de mesures organisationnelles performantes permettant de pérenniser les économies et de systématiser les recours aux solutions et démarches compétitives.

En effet, la mise en place d'un système de management de l'énergie, paraît indispensable pour toute entreprise consommatrice de l'énergie et qui aspire améliorer sa compétitivité. Il permet de structurer la démarche d'économie d'énergie et mettre en œuvre une politique de maîtrise de l'énergie pouvant répondre aux exigences réglementaires.

Toutefois, quant au diagnostic énergétique, il doit permettre la mise en place d'une comptabilité énergétique représentative de la structure de l'établissement. Elle repose sur l'emploi d'indicateurs représentatifs mesurés sur une base régulière et dont toute dérive devra déclencher une action corrective. L'utilisation de tableaux de bord, reflétant les données collectées, permet de quantifier le degré de performance de l'entreprise dans l'utilisation de l'énergie.¹⁴⁸ Ces tableaux doivent être simples à utiliser, les compteurs et les indications relevées doivent donc être en nombre limité mais suffisant pour permettre une validation des informations traitées. Les variations observées mensuellement s'expliquent généralement par le niveau de production : le meilleur ratio énergie/production est obtenu quand les installations tournent à pleine capacité, c'est-à-dire quand la production est en adéquation avec le dimensionnement des équipements de fourniture d'énergie.

¹ Selon M Abdelkader Amara, ministère de l'énergie, des mines de l'eau et d'environnement, à l'occasion de l'ouverture d'une conférence-débat, mercredi 27 novembre 2013 à Casablanca.

¹⁴⁸ Jacques Percebois, J.P Jansen., *Energie, économie et politiques*. Edition De Boeck, 2010

Conclusion :

Pour conclure, nous pouvons déduire que la consommation énergétique marocaine connaît une tendance haussière compte tenu de la vigoureuse progression démographique et de la croissance économique caractérisant le pays à l'heure actuelle.

En effet, le secteur industriel est responsable de près de 30% de cette consommation et plus de 20% de la facture énergétique globale, dans un contexte international caractérisé par la hausse des prix de pétrole et l'accroissement des incertitudes quant aux réserves des énergies fossiles réellement exploitables.

Toutefois, et malgré les efforts déployés par le gouvernement pour relativiser l'impact de cette situation inquiétante sur le budget de l'Etat et les charges de compensation, nous pouvons affirmer que les résultats sont encore timides et nécessitent une implication mutuelle du secteur public et privé pour y remédier.

Au niveau macro-économique, la promotion de la maîtrise de l'énergie pourrait être une manne sûre et un instrument efficace de compétitivité entre les mains des pouvoirs publics pour réduire la dépendance énergétique et réajuster la balance nette extérieure des produits énergétiques.

Au niveau micro-économique et afin d'agir efficacement sur la facture d'énergie et augmenter la rentabilité des entreprises énergivores, il est généralement profitable de désigner un gestionnaire d'énergie et une commission énergie ayant pour but la mise en place d'une politique de maîtrise de l'énergie et le suivi des actions d'audit et de comptabilité énergétique.

On peut en conclure que la maîtrise de l'énergie est une nécessité qui s'impose face au développement de la consommation énergétique actuel dans le secteur industriel marocain. De même, des mesures incitatives devront être prises par l'Etat et le secteur privé pour inculquer les pratiques de la maîtrise de l'énergie dans le quotidien des entreprises industrielles.