

جامعة محمد الخامس بالرباط
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكدال

ⵜⴰⵎⴻⵔⴰⵏⵜ ⵏ ⵓⵎⵎⵓⵏⵏ ⵏ ⵎⵓⵎⵎⵓⵏⵏ

ⵜⴰⵎⴻⵔⴰⵏⵜ ⵏ ⵓⵎⵎⵓⵏⵏ ⵏ ⵎⵓⵎⵎⵓⵏⵏ ⵏ ⵎⵓⵎⵎⵓⵏⵏ ⵏ ⵎⵓⵎⵎⵓⵏⵏ

سلسلة القانون العام والعلوم السياسية
والقانون الخاص

دفاتر البحث

ⵜⴰⵎⴻⵔⴰⵏⵜ ⵏ ⵓⵎⵎⵓⵏⵏ ⵏ ⵎⵓⵎⵎⵓⵏⵏ
ⵏ ⵓⵎⵎⵓⵏⵏ ⵏ ⵎⵓⵎⵎⵓⵏⵏ

مجلة

رقم 2021/03

fsjes-agdal.um5.ac.ma

إن الآراء المعبر عنها في هذه المجلة هي آراء شخصية لمؤلفيها

عنوان الكتاب: دفاتر البحث

الطبعة : 2021

الإيداع القانوني : 2021MO1644

ردمك : 978-9920-33-460-0

الطبع : Live Event, Mail : liveevent79@gmail.com

دفاتر البحث

مجلة تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال - الرباط

المدير : الأستاذ فريد الباشا، عميد كلية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال - الرباط

المنسق : الأستاذ عبد العزيز لعروسي، نائب العميد المكلف بالبحث العلمي والشراكة والتعاون

لجان القراءة والتقييم

شعبة القانون العام والعلوم السياسية

- ذة/ أمينة المسعودي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ محمد مدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ حميد الدليمي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ الهادي مقداد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ بوجمعة بوعزاوي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذة/ فاطمة الحمدان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذة/ زهرة الهياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ حسن العرفي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ جواد النوحى، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ عبد الرحمان وسطاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
-

شعبة القانون الخاص

- ذة/ لطيفة المهدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ بو عبید شلاط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذة/ إلهام حمادي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ الحاج الكوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ عبد القادر العرعاري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ عبد السلام بن سليمان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ حمزة عبد المهيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.
- ذ/ محمد الهلالي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال.

الإدارة والتحرير

صندوق البريد 721 ، شارع الأمم المتحدة – أكدال- الرباط

الاشتراك السنوي (عددان)

المغرب	140 درهما
الخارج	140 درهما + مصاريف النقل
البيع المباشر للطلبة	50 درهما للعدد
كيفية الأداء: تدفع قيمة الاشتراك نقدا أو في حساب الكلية بالخزينة العامة للمملكة	

رقم حساب 40220

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

صندوق البريد رقم 721- أكدال- الرباط

الفهرس

- 7..... القانون العام والعلوم السياسية.....
- 9..... إدماج مقارنة حقوق الإنسان في السياسات العمومية بالمغرب.....
زهير الزنان
- 41..... اشكاليات تطبيق الاختصاص الجنائي العالمي أمام القضاء الجنائي الوطني.....
عبد الاله الوافي
- 53..... التبلور الدلالي لمصطلح "أساسية" الحقوق والحريات في الاجتهاد الفقهي والدستوري المقارن.....
إخلاص عزولة
- 73..... التقسيم الترابي الجهوي بالمغرب: دراسة في منهجية إعداده, مكوناته ومرتكزاته.....
تونفي رشيد
- 105..... الدبلوماسية الاقتصادية المغربية ورهان التنمية بإفريقيا.....
ليلى الادريسي العزوي
- 121..... الديمقراطية التشاركية في تجارب تونس والمغرب والجزائر: بين الاعتراف الدستوري والتقييد القانوني..
عبد الرحمان بنكرارة
- 157..... المراقبة الضريبية بين ضمانات الملزم وحماية الالزام الضريبي.....
مبارك اركوكو
- 183..... تضرير التجارة الإلكترونية والتحديات المستقبلية للسياسة الجبائية.....
محمد بنسعيد
- 203..... جريمة تهريب المهاجرين بين الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقانون المغربي.....
مصطفى الغانمي
- 227..... "تطور المعايير والمبادئ الدولية والإقليمية لحماية حرية التجمع العمومي".....
عبد الهادي الخياطي
- 245..... نظرة على نظام المسؤولية في إطار القانون الدولي.....
محمند بوكوطيس
- نوعية التشريع كمدخل لإعادة النظر في العلاقة بين مجال القانون والتنظيم: قراءة في ضوء الاجتهاد
255..... الدستوري الفرنسي.....
جابر لبوع
- 269..... القانون الخاص.....
- 271..... المطابقة الشرعية في المالية التشاركية" معايير الحكامة ومبادئ النجاعة".....
عبد الرحيم قفيح

- 299 "المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي"
المختار عبد الدائم
- 311 إشكالية الإنجاب وفق الطرق العلمية الحديثة دراسة على ضوء القانون 47.14
مروان عبادي
- 331 إفراغ المحلات المعدة للسكنى لانتهاؤ مدة العقد في ضوء قانون 67.12 والعمل القضائي
سعيد البثار
- 343 الاتفاقيات الجماعية في ضوء العمل القضائي
سكينة الحر في
- 349 "الأساس القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية"
مصطفى القاسمي
- 369 حماية الأجراء من تأثير استعمال المشغلين لكاميرات المراقبة بالفيديو دراسة مقارنة
عبد الهادي الهنتالي الإدريسي
- 401 "حماية المعطيات الشخصية للأجير"
حمزة حدي
- 417 دور بدائل الدعوى العمومية في تحقيق نجاعة العدالة الجنائية
فيصل كرمات
- 427 حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري
رضوان الحيان
- 455 الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء النصوص الخاصة "ظهر 1984 المتعلق بالزجر عن الغش في
البضائع نموذجاً"
محمد حكيم
- 483 امتياز ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بين القانون والعمل القضائي
البشير وبلا
- 495 وضعية المنهج التنازعي في ظل التوحيد الاتفاقي لقواعد التجارة الدولية
أيوب دينوري
- 509 إثبات خطأ الأجير في المقابلة بين أصوله المدنية ومنطق الحماية الاجتماعية
حمد محمد حمد برك المري

القانون العام والعلوم السياسية

إدماج مقارنة حقوق الإنسان في السياسات العمومية بالمغرب

زهير الزنان

دكتور في القانون العام والعلوم السياسية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

● ملخص باللغة العربية :

لقد قد حقق المغرب تراكمات هامة في مجال حقوق الإنسان، سواء على مستوى الترسانة القانونية وتطويرها، أو تطبيقها على أرض الواقع، حيث شهد المغرب بفضل تضافر جهود مختلف الفاعلين تحولات هيكلية هامة، من حيث وثيرتها ونوعيتها، مما مكنه من الانتقال إلى عتبة جديدة في النمو، والتأكيد على الاختيار الديمقراطي المبني على دولة الحق والقانون والمؤسسات، ورفع رهان حماية حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، والعمل على تقليص الفوارق الاجتماعية بين الفئات المختلفة ومن الاختلالات المجالية وتحقيق العدالة الاجتماعية، وذلك انطلاقا من تنزيل مقارنة حماية حقوق الإنسان بجميع أجيالها الثلاث، على اعتبار أن ضمان هذه الحقوق وطنيا ومحليا يقتضي إدراجها في الأجندة الحكومية والبرامج الوطنية والترايبية، وتبني نموذج تنموي شامل يقوم وجوبا على سياسات عمومية منسجمة وتشاركية ودامجة هدفها خدمة المواطن وحماية حقوق الإنسان بشتى أنواعها.

● الكلمات المفتاحية:

حقوق الإنسان، المغرب، السياسات العمومية، السياسات القطاعية، السياسات الترايبية، التماسك الاجتماعي، العدالة المجالية...

- **Abstract:**

Morocco has achieved significant accumulations in the field of human rights, whether at the level of the legal arsenal and its development, or its application on the ground, where, thanks to the concerted efforts of the various actors, Morocco witnessed important structural transformations, in terms of their wealth and quality, which enabled it to move to a new threshold in growth And emphasizing the democratic choice based on the state of right and law and institutions, raising the wager of protecting human rights as they are internationally recognized, and working to reduce social differences between the different groups and from the field imbalances and achieving social justice, starting from the download of an approach to protecting human rights It is necessary for all three generations, given that guaranteeing these rights nationally and locally requires inclusion in the governmental agenda and national and territorial programs, and adopting a comprehensive development model based on duty on consistent, participatory and inclusive public policies aimed at serving the citizen and protecting human rights of all kinds.

- **Keywords:**

Human Rights, Morocco, Public Policies, Sectoral Policies, territorial policy, Social Cohesion, Territorial equity.

مقدمة

إن موضوع حقوق الإنسان لا يزال يأخذ حيزا كبيرا في اهتمامات الفاعلين السياسيين والنخب والمفكرين وعموم المواطنين، ويرجع هذا الاهتمام إلى رهانات حقوق الإنسان في تكوين ملامح وتمثيلات المجتمع والأفراد والجماعات، ناهيك على أنه يعتبر أحد المؤشرات على التحول الديمقراطي. فكلما كانت المنظومة الحقوقية تتسم بالحرية والتعدد، وتكرس قيم المساواة والعدالة بين أفرادها سواء كانوا أقلية أو أغلبية، كلما دلت على وجود بنية ديمقراطية.

ولقد قد حقق المغرب تراكمات هامة في مجال حقوق الإنسان، عكس مجموعة من البلدان العربية سواء على مستوى الترسانة القانونية وتطويرها أو تطبيقها على أرض الواقع، حيث عرف المغرب بفضل تضافر جهود مختلف الفاعلين تحولات هيكلية هامة من حيث وثيرتها ونوعيتها، مما مكنه من الانتقال إلى عتبة جديدة في النمو ورفع رهان حماية حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، حيث شهدت البلاد منذ مطلع سنوات 2000 مسلسلا للإصلاح هم مختلف المجالات السياسية والإدارية والاجتماعية والاقتصادية والبيئية والحقوقية. وقد تُوج هذا المسار على المستوى المؤسسي باعتماد دستور¹ 2011 أكد فيه المغرب على اختياره الديمقراطي المبني على دولة الحق والقانون والمؤسسات، ورفع رهان الحد من الفوارق الاجتماعية بين الفئات المختلفة ومن الاختلالات المجالية وتحقيق العدالة الاجتماعية، وذلك انطلاقا من تنزيل مقاربة حماية حقوق الإنسان بجميع أجيالها الثلاث السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية، على اعتبار أن ضمان هذه الحقوق وطنيا ومحليا يقتضي إدراجها في الأجندة الحكومية وتبني نموذج تنموي شامل يقوم وجوبا على سياسات عمومية منسجمة وتشاركية ودامجة هدفها خدمة المواطن وحماية حقوق الإنسان بشتى أنواعها، وتؤهل المغرب للانتقال بسرعة إلى عتبة أعلى من التنمية المطردة والمستدامة، وعلى النهوض بقضايا الحريات العامة والحقوق الأساسية، وضمان كرامة الإنسان وضمان احترامها وحمايتها دستوريا ومؤسسيا.

ومما شكل حدثا كبيرا ومحطة سياسية بارزة في مسار البناء الديمقراطي واستكمال بناء دولة الحق والقانون والمؤسسات، هو تأهيل المنظومة القانونية الوطنية المتعلقة بالنهوض بحقوق الإنسان، وتطوير السياسات والبرامج العمومية المرتبطة بها. إذ عمل المغرب على إدماج البعد الحقوقي (مقاربة حقوق الإنسان) في السياسات العمومية وإبراز دورها في إرساء سياسات فعالة قادرة على الاستمرار على المدى الطويل بغية تحقيق مختلف الرهانات الاجتماعية والاقتصادية والمجالية، على اعتبار أن المنجزات والإصلاحات التي عرفتها البلاد تعكس الدينامية السياسية والحقوقية والتنموية، وأفضت إلى إطلاق أورش إصلاحية مهيكلت همت

¹ - الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (9 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور. (ج.ر. عدد 5964 مكرر 28 شعبان 1432 - 30 يوليو 2011).

مختلف أصناف حقوق الإنسان، والتي ترجمت في اعتماد موثيق وخطط وبرامج وطنية وسياسات عمومية للتحديث والإصلاح والتأهيل، حيث نجد السياسات العامة للدولة تحاول أن تأخذ بعين الاعتبار في وضع تصوراتها مختلف أبعاد حقوق الإنسان المنصوص عليها دستوريا والمتعارف عليها دوليا، إذ نجد العديد من التدخلات القطاعية تحاول تنزيل وضمان حماية الحقوق الأساسية للإنسان في برامجها، ولاسيما تلك المتعلقة بالحقوق السياسية والمدنية وتلك المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية والرامية إلى تكريس عدالة اجتماعية ومجالية.

فألى أي حد تم إدماج مقاربة حقوق الإنسان في السياسات العمومية بالمغرب (على المستويين الوطني والترابي)؟.

وتتجلى أهمية الدراسة في محاولة تحليل مختلف التدخلات الحكومية الرامية إلى إدماج مقاربة حقوق الإنسان على مستوى السياسات العمومية الوطنية والسياسات الترابية، على اعتبار أن ضبط مدى احترام أي دولة لحقوق الإنسان لا يتضح إلا من خلال إدماجها في مختلف السياسات العمومية والتدخلات القطاعية والبرامج الترابية.

وتهدف هذه المساهمة العلمية إلى:

- إبراز محددات السياسات العمومية باعتبارها آلية لبلورة تدخلات الدولة في مجال حقوق الإنسان؛
 - ثم، رصد السياسات العمومية القطاعية الوطنية والترابية الدامجة لأبعاد حقوق الإنسان؛ وتحليل مختلف المؤشرات المالية المتعلقة بالبرامج والسياسات العمومية المرتبطة بمختلف المجالات ذات الصلة المباشرة وغير المباشرة بحقوق الإنسان.
- إن إدماج البعد الحقوقي واحترام حقوق الإنسان في إعداد السياسات العمومية بالمغرب قد فتح نقاشا واسعا حول مجموعة من القضايا، والتي شكلت محاور هذه الدراسة، وهي:
- المحور الأول: مرتكزات ورهانات إدماج حقوق الإنسان في السياسات العمومية بالمغرب**
- المرجعيات الموجهة للسياسات العمومية في مجال حقوق الإنسان
 - محددات السياسات العمومية كألية لبلورة مقاربة حقوق الإنسان
- المحور الثاني: تجليات السياسات العمومية الدامجة لأبعاد حقوق الإنسان**
- حقوق الإنسان في السياسات العمومية الوطنية في ضوء قانون مالية سنة 2020
 - إدماج حقوق الإنسان في السياسات الترابية

المحور الأول: مرتكزات ورهانات إدماج حقوق الإنسان في السياسات العمومية بالمغرب

إن احترام حقوق الإنسان يُعد إطار عمل ضروري لإنجاح أي سياسية تنموية، وهو مبدأ متوافق حوله بشكل واسع منذ إعلان الأهداف الإنمائية للألفية الذي اعتمده الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في سبتمبر 2000.² ولقد حرص المغرب في تبنيه للأوراش والإصلاحات السياسية والإدارية والاقتصادية والمؤسسية والاجتماعية التي تبناها على دعم مجال حقوق الإنسان، من خلال وضع وتنفيذ البرامج والسياسات العمومية القطاعية والتربوية، وهو الأمر الذي نص عليها دستوريا انطلاقا من التنصيص على مجمل المقترضات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى تكريس سمو الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب على التشريعات الوطنية والتنصيص على ملاءمة هذه التشريعات مع مقترضاتها.

فالسياسات الوطنية الهادفة إلى حماية حقوق الإنسان والنهوض بها، لم تقتأ هي الأخرى تعرف تطورا مطردا على مستوى الوثيقة الدستورية التي أكدت في ديباجتها على تمسك المغرب بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا. بل إن حماية تلك الحقوق أصبحت أولوية وطنية في مختلف المجالات السياسية والقانونية والاقتصادية والثقافية، وهو التوجه الذي يتجلى من خلال الإصلاحات والتدابير التي اتخذها المغرب بغية مواصلة السير قدما في إرساء دعائم وآليات ومؤسسات تتولى مهمة النهوض بحقوق الإنسان وحمايتها وبلورة سياسات عمومية قطاعية وطنية وترابية دامجة للبعد الحقوقي.

أولا: المرتكزات والمرجعيات الموجهة للسياسات العمومية في مجال حقوق الإنسان

إن احترام وحماية حقوق الإنسان بالمغرب أصبح موضوع سياسات عمومية تحاول الدولة من خلالها تكريس البناء الديمقراطي للبلاد عبر توطيد ركائز دولة الحق والقانون والمؤسسات، وذلك

2 - إدراكا منها للحاجة إلى مساعدة الشعوب الفقيرة بصورة أكبر، اعتمدت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة الأهداف الإنمائية للألفية، وتسعى هذه الأهداف إلى تحفيز التنمية من خلال تحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية في أكثر بلدان العالم فقرا.

وتم إرساء الأهداف الإنمائية للألفية رسميا في قمة الألفية لعام 2000، والتي حضرها جميع قادة العالم واعتمدوا إعلان الأمم المتحدة للألفية حيث تم الإعلان عن ثمانية أهداف و21 غاية و60 مؤشرا لقياس التقدم المحرز في تحقيق الأهداف.

وتتمثل هذه المرامي الثمانية التنموية الثمانية للألفية في : القضاء على الفقر المدقع والجوع، تحقيق تعميم التعليم الابتدائي، تعزيز المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة، تقليل وفيات الأطفال، تحسين الصحة الإنجابية، مكافحة السيدا والملاريا والأمراض الأخرى، كفاءة الاستدامة البيئية، إقامة شراكة عالمية من أجل التنمية. وقد اتفقت الدول الأعضاء على جعل سنة 2015 موعدا أقصى لإنجاز هذه الأهداف. وقد تم تبني وثيقة إعلان الألفية دون أي تصويت من طرف البلدان الأعضاء، مما يعني أن هذه الوثيقة والأهداف التي تضمنتها ليست ملزمة من الوجهة القانونية.

المزيد من المعطيات، يراجع الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة:

<https://www.un.org/ar/millenniumgoals/>

بما يتوافق والمرجعية الدولية، وفي احترام تام للتشريعات الوطنية. فمسألة إدماج المقاربة الحقوقية في السياسات العمومية تجد مرجعيتها في الميثاق والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ومقتضيات الدستور المغربي، وكذا على مستوى التوجيهات والخطب الملكية، ثم التزامات البرنامج الحكومي.

1. الاتفاقيات الدولية :

في الوقت الذي نص فيه الدستور المغربي على ضرورة العمل على ملاءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية، في نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وثوابت الأمة، فمن الضروري أن نسجل بإيجاب الجهود التي بذلتها بلادنا من أجل الانخراط والتعاون مع المنظومة الأممية والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.³

وفي إطار تقوية الحوار الإيجابي مع هيئات المعاهدات والإجراءات الخاصة،⁴ فقد قدمت المملكة المغربية تقاريرها الدورية في إطار الاستعراض الدوري الشامل،⁵ فضلا عن زيادة العديد من الإجراءات الخاصة، كما ساهم المغرب في وضع إعلان الأمم المتحدة الخاص بالتنقيف والتدريب

³ - يعد المغرب طرفا في الاتفاقيات الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان، وخاصة الاتفاقيات التسع التي تشكل النواة الصلبة لنظام الأمم المتحدة لحقوق الإنسان.

- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري - 1970.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية -1979-
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية1966-
- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة -1993
- اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من العقوبات أو ضروب المعاملة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة 1993
- اتفاقية حقوق الطفل1989-
- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم 1993
- اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والبروتوكول الاختياري المتعلق بها-2009-
- الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري. تم التصديق على الاتفاقية سنة 2013 (ج.ر. عدد 6078 بتاريخ 30 غشت 2013)

⁴ - يُراجع بهذا الشأن :عبد العزيز لعروسي :التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ملاءمات قانونية ودستورية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 87- 2014.

⁵ - الاستعراض الدوري الشامل هي عملية فريدة تنطوي على إجراء استعراض لسجلات حقوق الإنسان لدى جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة. والاستعراض الدوري الشامل عملية تحركها الدول، برعاية مجلس حقوق الإنسان، وتوفر لجميع الدول الفرصة لكي تعلن الإجراءات التي اتخذتها لتحسين أوضاع حقوق الإنسان في بلدانها وللوفاء بالتزاماتها في مجال حقوق الإنسان.

ولقد قدم المغرب تقاريره برسم الدورة الثالثة من الاستعراض الدوري الشامل، المنعقدة بجنيف خلال شهر ماي 2017 حيث تم افتتاح التقرير الوطني الذي قدمه المغرب بخصوص وضعية حقوق الإنسان.

في مجال حقوق الإنسان، بالإضافة إلى مشاركته في كتابة القرار المتعلق بإقامة مقرر خاص معني بتعزيز الحقيقة والعدالة ومبادئ الإنصاف وجبر الضرر.⁶

ومن أجل تعزيز الممارسة الاتفاقية للمملكة المغربية، فقد عمل المشرع على ملاءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية من قبيل مراجعة القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية، وتعديل قانون الجنسية عبر إرساء المساواة في منح الجنسية المغربية للزوج الأجنبي، بالإضافة إلى إرساء قانون العنف ضد النساء تنفيذا للتوصيات الصادرة من الآليات الأممية المعنية بحقوق الإنسان. وبذلك يكون المغرب حريصا على أن يتعهد بالتزام كل ما تقتضيه المواثيق الدولية من احترام لمبادئ حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا.⁷

2. المقتضيات الدستورية:

يعتبر الدستور المغربي لسنة 2011 تعبيراً واضحاً لترسيخ البناء الديمقراطي وتكريس دولة الحق والقانون والمؤسسات، والنهوض بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، عبر التنصيص عليها دستورياً وفرض ضمانات لحمايتها وتعزيزها من خلال إدماجها في مختلف السياسات العمومية الوطنية.⁸ ومن هذا المنطلق، أكد الدستور المغربي على ضرورة احترام حقوق الإنسان والعمل على ضمان حمايتها، حيث أقر في مقتضياته مجموعة من الحقوق المدنية والسياسية التي تضمنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والتنصيص على الحق في الحياة وعدم المس بالسلامة البدنية وتجريم التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية واللا إنسانية، ومعاقبة مقترفي الاختفاء القسري، والتنصيص على حرية الفكر والرأي والتعبير، والحق في التنظيم

6 - منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، التقرير السنوي، حالة حقوق الإنسان وحصيلة عمل المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 2009، ص 18.

انظر ذلك : منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، التقرير السنوي، حالة حقوق الإنسان وحصيلة عمل المجلس الوطني لحقوق الإنسان سنة 2019.

وقد تم إعادة هيكلة هذا المجلس والتنصيص عليه دستوريا كأحد أهم مؤسسات وهيئات حماية الحقوق والحريات والحكمة الجيدة والتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية، والمسمى بـ: المجلس الوطني لحقوق الإنسان (الفصل 161 من الدستور المغربي).

7 - لقد جاء في تصدير دستور المملكة المغربية سنة 2011، «إدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشط في المنظمات الدولية، تتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبثها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا. كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم».

8 - وهو الأمر الذي كرسه دستور المملكة المغربية ونص عليه في التصدير وفق التالي :
"إن المملكة المغربية، وفاء لاختبارها الذي لا رجعة فيه، في بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، تواصل بعزم مسيرة توطيد وتقوية مؤسسات دولة حديثة، مرتكزاتها المشاركة والتعددية والحكمة الجيدة، وإرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة".

والانتماء النقابي والسياسي، والحق في الاجتماع والتجمع والتظاهر السلمي، وضمان ممارسة الحقوق والحريات المدنية والسياسية للرجل والمرأة.

هذا فضلا أن الوثيقة الدستورية تتضمن دعوة صريحة إلى النهوض بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، وإعطاء الأولوية لمكافحة الفقر والإقصاء والهشاشة وتيسير الولوج إلى التعليم، والصحة، والتكوين المهني، والسكن اللائق، والشغل والوظائف العمومية حسب الاستحقاق، والحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة، وتوفير الحماية الاجتماعية والقانونية للأطفال والمسنين والنساء والأشخاص في وضعية إعاقة، والعمل على ذلك من خلال إدماجها في توجهات السياسة العامة للدولة، وكذا مختلف السياسات العمومية القطاعية على المستويين الوطني والترابي، ولاسيما تلك الحقوق التي تكون محل سياسات عمومية مباشرة. وقد نص الدستور في الفصل 31 منه، على أن الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية تعمل على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير استفادة المواطنين من مجموعة من الحقوق الأساسية⁹ سواء الاقتصادية منها أو الاجتماعية والثقافية والبيئية وغيرها. ومن هنا فالعمل على تحقيق ذلك لا يمكن تصوره في إطار دولة الحق والمؤسسات إلا من خلال برامج وسياسات عمومية دامجة لبعد حقوق الإنسان سواء على المستويين الوطني الترابي، قطاعيا ومجاليا.

3. الخطب والتوجيهات الملكية:

مما لا شك فيه أن الخطب الملكية السامية قد شكلت عبر تاريخ المملكة، ليس فقط توجيهات وتعليمات سامية توطر وتوجه مختلف مؤسسات الدولة، بل اعتبرت دائما كإطار مرجعي للتوجه العام للفكر السياسي للدولة، مما كان له تأثير على خطاب مختلف الفاعلين السياسيين، وأصبح بذلك مذهباً في التدبير العمومي وموجها رئيسيا للسياسات والخطط والبرامج العمومية. وقد حظي مجال حقوق الإنسان بعناية خاصة في الخطب والرسائل الملكية، باعتبارها من مداخل الإصلاحات الهيكلية، على اعتبار أن قائد البلاد دائما ما يؤكد على ضرورة تكريس الخيار الديمقراطي وتنزيل

⁹ - تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في :

- العلاج والعناية الصحية،
- الحماية الاجتماعية والتغطية الصحية والتضامن التعاضدي أو المنظم من لدن الدولة،
- الحصول على تعليم عصري ميسر الولوج وذي جودة،
- التنشئة على التثبث بالهوية المغربية والثوابت الوطنية الراسخة،
- التكوين المهني والاستفادة من التربية البدنية والفنية،
- السكن اللائق،
- الشغل والدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل أو في التشغيل الذاتي
- ولوج الوظائف العمومية حسب الاستحقاق
- الحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة
- التنمية المستدامة

الجهوية المتقدمة ومبادئ الحكامة، وتحقيق رهان العدالة الاجتماعية والمجالية، وبناء نموذج تنموي، ودعم الاستثمارات، ودعم القطاعات الحيوية كالتعليم والصحة والتكوين المهني (والتشغيل...) في تعبير واضح عن دعوة جميع مؤسسات الدولة لاحترام حماية مختلف حقوق الإنسان: السياسية والمدنية، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، بما يتماشى مع مقتضيات الدستورية والمواثيق الدولية.¹⁰

وتتوزع الخطب والرسائل الملكية السامية في هذا الباب، إلى تلك المتعلقة بقضايا عامة في مجال حقوق الإنسان،¹¹ أو تلك الخطب والرسائل الملكية المتعلقة بقضايا خاصة ذات الصلة بها، فمنها ما يرتبط بالمفهوم الجديد للسلطة والثقافة الأمازيغية والأسرة والعدالة الانتقالية وإطلاق المبادرة الوطنية البشرية للتنمية البشرية، والجهوية المتقدمة والحكم الذاتي والإصلاح الدستوري وغيرها من المواضيع التي تهم حقوق الإنسان.¹²

إن جل الخطب والرسائل الملكية السامية بشأن حقوق الإنسان، تعد إطار مرجعيا هاما للفكر السياسي للدولة، ولما لهذه الخطب من أبعاد حقوقية ذات رؤية شمولية متكاملة الأبعاد ومتناسقة من حيث المجالات ورائدة من حيث القوة الاقتراحية، تعكس تصورا ملكيا يجعل من حقوق الإنسان اختيارا ملكيا استراتيجيا للدولة ومؤسساتها الدستورية، وقد تميزت هذه الخطب بالوضوح والتأثير واعتماده على أسلوب تواصل مباشر ومحكم يعكس انسجاما وتناغما على مستوى الرؤية والتصور وتوظيف معطيات دقيقة وحجج مضبوطة، تمنحها مصداقية وفاعلية، وهو خطاب يتأسس على طموحات وتطلعات قائد البلاد في جعل المغرب واحة للأمن والسلام والطمأنينة والعيش الكريم.

10 - لقد نص الدستور المغربي في الفصل 42 على اختصاصات الملك باعتباره رئيسا للدولة فيما يخص حماية وصيانة الاختيار الديمقراطي وحقوق وحرريات المواطنين. حيث نص الفصل الدستوري على ما يلي: "الملك، رئيس الدولة، وممثلها الأسمى، ورمز وحدة الأمة، وضامن دوام الدولة واستمرارها، والحكم الأسمى بين مؤسساتها، يسهر على احترام الدستور، وحسن سير المؤسسات الدستورية، وعلى صيانة الاختيار الديمقراطي، وحقوق وحرريات المواطنين والمواطنات والجماعات، وعلى احترام التعهدات الدولية للمملكة."

11 - كالتي صدرت بمناسبة استقبال أعضاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان وأعضاء هيئة التحكيم المستقلة للتعويض في 9 دجنبر 2000 أو تلك المتعلقة بمناسبة الذكرى الواحدة والخمسين لصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

12 - حقوق الإنسان في الخطب والرسائل الملكية السامية (1999-2016)، منشورات المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، نونبر 2016.

4. البرنامج الحكومي

إن البرنامج الحكومي لسنوات 2016-2021¹³ قد وضع ضمن أولوياته رهان دعم الخيار الديمقراطي ومبادئ دولة الحق والقانون، حيث ركز البرنامج الحكومي في التزاماتها على خمسة محاور أساسية هي:

- ✓ دعم الخيار الديمقراطي ومبادئ دولة الحق والقانون وترسيخ الجهوية المتقدمة
- ✓ تعزيز قيم النزاهة والعمل على إصلاح الإدارة وترسيخ المبادئ الحكامة
- ✓ تطوير النموذج الاقتصادي والنهوض بالتشغيل والتنمية المستدامة
- ✓ تعزيز التنمية البشرية والتماسك الاجتماعي والمجالي
- ✓ تعزيز الإشعاع الدولي للمغرب وخدمة قضاياها العادلة في العالم.

وقد تعهدت الحكومة في برنامجها باعتماد سياسة حكومية مندمجة ودامجة لأبعاد حقوق الإنسان وفق تخطيط استراتيجي تشاركي، وتعيين خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان بدءاً من سنة 2018، وتعزيز قيم حقوق الإنسان والمساواة والإنصاف وفق مضامين الأرضية المواطنة للنهوض بثقافة حقوق الإنسان بما يتلاءم مع دستور البلاد والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب أو انضم إليها، ثم تعزيز الإطار القانوني وتطوير المؤسسات الوطنية العاملة في مجال حقوق الإنسان، ودعم وتطوير التعاون البناء والتفاعل الإيجابي مع الآليات الأممية، وكذا استكمال الانخراط في المنظومة الدولية والإقليمية، خاصة من خلال المصادقة والانضمام إلى البروتوكول الملحق بالعهد الدولي لحقوق الإنسان، وتطوير التفاعل مع الآليات والميثاق العربي لحقوق الإنسان، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، وتطوير التفاعل مع الآليات المحدثة بموجب اتفاقيات مجلس أوروبا التي انضم إليها.¹⁴

كما عمل المغرب على تعزيز حقوق المرأة وتفعيل مبدأ المساواة، وإطلاق سياسة وطنية لمناهضة العنف ضد النساء، واعتماد خطة حكومية ثانية للمساواة: إكرام، وتقوية برنامج الإدماج الاقتصادي للمرأة والتمكين لها في الحقل التنموي، بالإضافة إلى توسيع الاستفادة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، وحقوق الفئات الخاصة، وحقوق الإنسان في العصر الرقمي.¹⁵

¹³ - نص البرنامج الحكومي للولاية التشريعية 2016-2021 للحكومة المغربية، منشور على الموقع الرسمي لرئاسة الحكومة: <https://www.cg.gov.ma>

¹⁴ - يوسف البحيري، حقوق الإنسان المعايير الدولية واليات الرقابة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2010، ص: 146.

¹⁵ - أنظر بهذا الشأن التقارير الرسمية والبرامج القطاعية التي أصدرتها وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة، لاسيما:

فكل هذه التعهدات والالتزامات الحكومية في مجال حقوق الإنسان تستوجب بالضرورة وضع سياسات عمومية دامية لهذا البعد، لاسيما أن الدولة عملت على إعداد خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان من خلال إعداد "منجز حقوق الإنسان بالمغرب: التطور المؤسساتي والتشريعي وحصيلة تنفيذ السياسات العمومية بعد دستور 2011" وذلك من أجل التعريف بالمكتسبات في مجال حقوق الإنسان، ورصد الخصائص والنواقص والتشجيع على معالجتها على مستوى تأهيل المنظومة القانونية والبناء المؤسساتي، وعلى مستوى منجزات وحصيلة تنفيذ الاستراتيجيات والبرامج والخطط والسياسات الوطنية والقطاعية في المجال الحقوقي منذ المراجعة الدستورية لسنة 2011، وما انبثق عنها من أوراش إصلاحية كبرى متعلقة بمختلف أصناف حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية والفئوية. وقد اعتمدت وزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان في إعداد هذا التقرير على منهجية تشاركية وتشاورية مكنت من ضمان انخراط كافة القطاعات الحكومية والمؤسسات الوطنية المعنية بغية التحقق من إدراج المعطيات والإحصائيات الدقيقة والمحينة ودراساتها وتحليلها بشكل يعكس التطور الحاصل عند اعتماد الدستور إلى حدود يونيو 2019، كما استندت إعداد التقرير على مادة مرجعية متنوعة كتقارير تقييم حصيلة السياسات العمومية والتقارير الوطنية المعدة في إطار التفاعل مع آليات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان والتوصيات المقدمة خلال فحصها وتقارير ومذكرات وآراء المؤسسات الدستورية وبعض المؤشرات المرجعية المعتمدة من طرف مؤسسات دولية متخصصة.¹⁶

وقد اتضح جليا في العقد الأخير، أن المغرب تبنى توجهها فعليا لترسيخ وتعزيز منظومة حقوق الإنسان والنهوض بالحرريات العامة. ولعل أبرز تجسيد لهذه الإرادة تتمثل في انخراط الدولة في استكمال ورش الإصلاحات التشريعية والمؤسسية التي تعد عنصرا أساسيا في الالتزامات الدولية للمغرب، وبالموازاة مع مسلسل التوسيع التدريجي لحقل الحقوق والحرريات الذي تشهد عليه مجموعة من المبادرات من قبيل إصدار مدونة الأسرة وإصلاح قانون الجنسية، كخطوتين نحو تحقيق المساواة بين الجنسين وتجديد الحكامة العمومية باعتبارها شرطا أساسيا لإدماج البلاد في تنمية بشرية فعالة ومستدامة، بما يضمن تقويما شاملا للسياسات العمومية في مجال التنمية البشرية، وكخطوة أساسية نحو تبني المقاربة الجديدة في التعاطي مع المعضلات الاجتماعية وتكثيف وسائل العمل للحد من مظاهر الفقر والهشاشة والتهميش والإقصاء الاجتماعي، ومن خلال إشراك المستفيدين وإعمال البعد الترابي في التخطيط وإدارة البرامج والمشاريع التنموية. كما شكلت أيضا حلقة مكملة لمشاريع البنيات التحتية الكبرى وتدارك القصور في المجالات الاجتماعية وتقوية قدرات

■ الخطة الحكومية للمساواة إكرام 2، (2017-2021) <http://www.social.gov.ma/>

16 - إصدارات وزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان، التقرير المتعلق بمنجز حقوق الإنسان بالمغرب- التطور المؤسساتي والتشريعي، وحصيلة تنفيذ السياسات العمومية، يوليو 2019.

الأفراد الذين هم في وضعية هشّة، وتعزيز ولوجية الخدمات العمومية الأساسية، ولعل أهم الضمانات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة التي أقرها المغرب في منظومته المؤسساتية والقانونية هي ما تم التنصيص عليها في الوثيقة الدستورية.

هذا، وقد تم اعتماد وتبني خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان، باعتبارها ورشا محوريا بوصفها إطارا للسياسة الحقوقية ببلادنا، ووثيقة مرجعية منبثقة عن اختيارات إستراتيجية ورؤية جماعية تضمن لهذه السياسة عمق المحتوى ويسر التطبيق،¹⁷ حيث شرع المغرب بتاريخ 24 أبريل 2008 في إعداد خطة عمل وطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان، تفاعلا مع توصيات وخطة عمل مؤتمر "فينا" لحقوق الإنسان المنعقد سنة 1993، وتفعيلا لتوصيات هيئة الإنصاف والمصالحة، وانسجاما مع انخراطه في احترام التزاماته الدولية في مجال حقوق الإنسان.

وبالموازاة مع التطورات الحاصلة في مجال الحقوق المدنية والسياسية، اتجهت سياسة الدولة منذ بداية العقد الأول من القرن الحالي، إلى تجديد الحكامة العمومية باعتبارها شرطا أساسيا للمشروع التنموي الفعال والمستدام، واعتمدت الخطة في مرجعيتها على دستور المملكة والتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان وعلى نتائج وتوصيات هيئة الإنصاف والمصالحة وتوصيات تقرير الخمسينية،¹⁸ إضافة إلى مجموع الرصيد الوطني في مجال إعداد واعتماد الخطط والاستراتيجيات والبرامج ذات الصلة بقضايا حقوق الإنسان، فضلا عن مراعاة مضامين البرنامج الحكومي.

ثانيا: محددات السياسات العمومية كآلية لبلورة مقاربة حقوق الإنسان

تعتبر السياسات العمومية حصيلة لتصورات الدولة لمجال معين، وصورة حية لتدخلات جميع الفاعلين ومؤسسات الدولة من أجل حل مجموعة من القضايا ذات الأولوية. فإذا كانت السياسات العمومية مجموعة من الإجراءات والقرارات ذات المنشأ الإداري والصادرة عن السلطات العامة، والمحددة ضمن إطار منسجم يسمح بإعطاء كل إجراء أو قرار مضموناً وبعهداً، وهو ما يجعل لها فاعلها ومرجعياتها وأثارها المقترضة وجمهورها الخاص،¹⁹ فإن ذلك يقتضي بالدولة

¹⁷ - منشورات المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، تقرير خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان (2018-2021)، دجنبر 2017.

¹⁸ - المغرب الممكن، إسهام في النقاش العام من أجل طموح مشترك (تقرير الخمسينية)، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2006.

¹⁹ - للمزيد من التعمق في موضوع السياسات العمومية، يمكن مراجعة المؤلفات التالية:

- مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات جمعية الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان
- الإطار المرجعي لتقييم السياسات العمومية، منشورات مجلس النواب المغربي.

إدماج مقاربة حقوق الإنسان في جميع سياساتها وتدخلاتها العمومية أفقيا وعموديا، وطنيا ومحليا، قطاعيا ومجاليا، على اعتبار أن الدستور حدد مجموعة من المبادئ المرجعية التي تحكم السياسات وتمنحها اختيارات قيمة لها قوة السمو الدستوري، ويمنحها مجالا أوسع لإدماج مقاربة حقوق الإنسان فيها نظرا لاقتران السياسات العمومية بمجموعة من المبادئ الأساسية، والتي تدل على أنه لا يمكن تصور أية سياسة عمومية بمعزل عن إدماج بعد حقوق الإنسان فيها، ومن هذه المبادئ والمحددات نجد مسألة الهوية والثوابت، والاختيار الديمقراطي، والمرجعية الحقوقية، وقضية المساواة، والالتزام بالبعد الاجتماعي، وتأكيد التوجه الليبرالي للسياسات العامة وحكامتها.²⁰

■ المحدد المتعلق بالهوية والثوابت:

تتجلى أهمية ومركزية هذا المحدد من الناحية النظرية في كون السياسات العمومية ذات صبغة ثقافية ودينية وتعليمية ولغوية وإعلامية... تتطلق في بناء مرجعياتها ومنطلقاتها القيمية من ما يقرره الدستور على مستوى تمثله للهوية الوطنية، المبنية على تلاحم وتنوع مقوماتها الموحدة، بانصهار كل مكوناتها العربية الإسلامية، والأمازيغية، والصحراوية الحسانية، والفنية بروافدها الإفريقية والأندلسية، والعبرية والمتوسطية، والمميزة بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، والتفاهم المتبادلين الثقافات والحضارات الإنسانية جمعاء.²¹ وبالتالي فإن البعد الحقوقي على مستوى الحفاظ على الهوية والثوابت يعتبر محددًا أساسيا في وضع وتصور جميع السياسات العمومية القطاعية والترايبية.

■ محدد الاختيار الديمقراطي كمنطلق للسياسات العمومية:

إن تبني المغرب للاختيار الديمقراطي والمرجعية الحقوقية يشكل رهانا أساسيا يفترض أن تعبر عنه جميع تدخلات الدولة في جميع سياساتها العمومية،²² على اعتبار أن المغرب يعمل على بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون وفي إطار توطيد مؤسسات دولة حديثة تركز على المشاركة والتعددية، ولعل هذا ما يسمح بتحسين الأحكام

■ محسن الندوي، كتاب مفاهيم أساسية في السياسات العمومية، الطبعة الأولى، مكتبة سلمى الثقافية - تطوان 2018 - 20. تعد هذه المحددات مرجعيات رئيسية للسياسات العمومية، وبناء عليها يتم إعداد التصورات والبرامج وتنفيذها، وقد وردت بشكل مفصل في الدراسة التالية حول: مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات جمعية الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان، بشراكة مع «صندوق الأمم المتحدة للديمقراطية». أبريل 2014، ص: 32 www.mediateurddh.org.ma

21 - تصدير الدستور المغربي لسنة 2011.

22 - حسن طارق السياسات العمومية: بين السياسة والإدارة ملاحظات حول الحالة المغربية، " الانتقال الديمقراطي وإصلاح الإدارة العمومية بالدول المغاربية: التفاعلات، الرهانات والأفاق"، منشورات حوارات مجلة الدراسات السياسية والاجتماعية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2012، ص83

المتعلقة بالاختيار الديمقراطي وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية، باعتبارها أحكاما غير قابلة للمراجعة الدستورية.²³

■ محدد مقارنة النوع الاجتماعي كركيزة للسياسات العمومية

يعتبر محدد النوع الاجتماعي ركيزة أساسية في وضع جميع التصورات والبرامج والسياسات العمومية بالمغرب انطلاق من كون هذا الأخير يسعى إلى إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في مخططات السياسات العمومية، ضمنا للمساواة بين الجنسين، وتكريسا لمأسسة هذه المقاربة وجعلها رافدا في إقرار وضعية عادلة ومنصفة، وضمنا لتمثيلية شاملة للمواطنين لتحقيق مغرب منطور وعصري، مغرب التلاحم الاجتماعي وتكافؤ الفرص.²⁴

وقد انطلق الدستور المغربي من اعتبار المساواة إحدى دعائم المجتمع المتضامن الذي يسعى المغرب إلى إرساءه، كما أكد تصديره على الالتزام بحظر ومكافحة كل أشكال التمييز، بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان. حيث نص الفصل التاسع عشر (19) فنص على تمتع الرجل والمرأة، «على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في الباب الثاني من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها»، مؤكدا سعي الدولة إلى «تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء» وإحداث «هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز»²⁵

²³ - الفصل 175 من الدستور المغربي لسنة 2011، والذي ينص على ما يلي: «لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي، وبالنظام الملكي للدولة، وباختيارها الديمقراطي، وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور».

²⁴ - وفي نفس السياق، انخرطت وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة بقوة في هذا المسار التنموي، حيث تعمل على تهيئة الموارد البشرية، من خلال مشاريع تروم إدماج مقارنة النوع الاجتماعي في التسيير اليومي للموارد البشرية وهي تسعى جاهدة من أجل مأسسة المساواة بين الجنسين في قطاع الوظيفة العمومية، وقد أنجزت، بتعاون مع شركاء تقنيين وماليين مجموعة من البرامج والمشاريع، باعتبارها آليات لتفعيل وتحقيق التزامات هذه الوزارة أمام الحكومة من جهة، وإزاء الشركاء من جهة أخرى.

²⁵ - وفيما يتعلق بمبدأ المساواة في دستور سنة 2011، فأول تجلياته يكمن في كون المغاربة من كلا الجنسين لهم الحق في المشاركة في الانتخابات. وتضاف إلى هذا، المساواة في فرص الحصول على الوظائف العمومية (الفصل 12) وكذا المساواة أمام الضرائب على أساس قدرة المساهمة لكل فرد. وهذه المسائل مسطرة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان لسنة 1789 وليس هناك نص وطني أو دولي في هذا المجال لا يشير إلى ذلك.

وفيما يتعلق بمبدأ المساواة، فقد تم استبدال صيغة الحقوق السياسية المتساوية بين الرجال والنساء في دستور 2011 بالإحالة إلى الحقوق المدنية والسياسية (الفصل 30)، والتي تتماشى مع الجهود المبذولة منذ بداية حكم العاهل المغربي الملك محمد السادس لصالح الوضع المدني للنساء، لاسيما من خلال مدونة الأسرة. وقد حددت الحقوق السياسية للنساء بإشارة تدعو القانون لينص على تدابير من شأنها تعزيز المساواة في الوصول إلى المناصب الانتخابية، لأنه على

أما الفصل 154 فينص على أنه يتم تنظيم المرافق العمومية على أساس المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها، فمقاربة النوع الاجتماعي تضم كذلك فئتي الشباب وذوي الاحتياجات الخاصة. كما نصت مقتضيات الفصل 33 على أن السلطات العمومية مطالبة باتخاذ التدابير الملائمة لتحقيق ما يلي توسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد.²⁶ ويتعزز إدراج البعد الاجتماعي في السياسات العمومية كذلك من خلال الفصل 34 من الدستور الذي ينص على أن تقوم السلطات العمومية بوضع وتفعيل سياسات موجهة إلى الأشخاص والفئات من ذوي الاحتياجات الخاصة، ولهذا الغرض تسهر خصوصا على ما يلي: معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء والأمهات، والأطفال والأشخاص المسنين والوقاية منها، وإعادة تأهيل الأشخاص الذين يعانون من إعاقة جسدية أو حسية حركية، أو عقلية، وإدماجهم في الحياة الاجتماعية والمدنية، وتيسر تمتيعهم بالحقوق والحريات المعترف بها للجميع.

■ الالتزام بالبعد الاجتماعي للسياسات العمومية

يطرح تصدير الدستور المغربي مسألة إرساء دعائم مجتمع متضامن كإحدى الغايات الكبرى للدولة المغربية، مجتمع يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية ومقومات العيش الكريم، فالبعد الاجتماعي يتأكد كذلك في التشبث بالسمة الاجتماعية كنظام للحكم بالمغرب، وفي نفس السياق ينص الفصل 35 من الدستور على أن الدولة تعمل على تحقيق تنمية بشرية مستدامة من شأنها تعزيز العدالة الاجتماعية، وأنها تسهر على ضمن تكافؤ الفرص للجميع والرعاية الخاصة للفئات الاجتماعية الأقل حظا.²⁷

■ محدد حكمة السياسات العمومية:

تقتضي حكمة السياسات العمومية وضع استراتيجيات بمقاربة شمولية تترجم إلى إجراءات منسجمة لضمان التقائية التدخلات والبرامج العمومية في إطار مبادئ الحكامة الرامية إلى

رغم الاقتناع المتزايد للمسؤولين المغاربة بالحاجة إلى توسيع مشاركة المرأة في صنع القرار السياسي وإعداد سياسات أكثر توازناً وإنصافاً في هذا الاتجاه، فإن تمثيلية المرأة وإن كان ضمن الأكثر تطوراً في الوطن العربي، فإنها لا ترقى إلى طموحات البلاد.

26 - ولاسيما: مساعدة الشباب على الاندماج في الحياة النشيطة والجموعية، وتقديم المساعدة لأولئك الذين تعترضهم صعوبة في التكيف المدرسي أو الاجتماعي أو المهني؛ تيسر ولوج الشباب للثقافة والعلم والتكنولوجيا، والفن والرياضة والأنشطة الترفيهية، مع توفير الظروف المواتية لتفوق طاقاته الخلاقة والإبداعية في كل هذه المجالات.

27 - مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات جمعية الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص: 35.

تكريس المساواة في الولوج للخدمات العمومية والإنصاف المجالي، وخضوع المرافق العامة وإعداد السياسات العمومية لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية والمبادئ والقيم الديمقراطية بما يضمن احترام القانون والحياد والنزاهة والمصلحة العامة وإرساء قواعد الحكامة الجيدة المتعلقة بتسيير الإدارات العمومية والجهات والجماعات الترابية الأخرى وفي جميع تدخلاتها، ومن هذا المنطلق فإن محدد الحكامة يعتبر شرطا ملازما وضروريا في بلورة وتنزيل مختلف السياسات العمومية.²⁸

■ محدد المقاربة التشاركية في السياسات العمومية:

تعتبر المقاربة التشاركية هي قطب الرحى الذي تتمحور حوله السياسات العمومية وكل البرامج سواء البرامج الوطنية القارة أو البرامج على المستوى الترابي، انطلاقا من المبادئ الدستورية التي تنص على ضرورة إشراك جميع المؤسسات والقوى الحية في اتخاذ القرارات العمومية وطنيا وترابيا، فالمقاربة التشاركية على مستوى السياسات العمومية في صلب رهانات حقوق الإنسان وتكريس البناء الديمقراطي من خلال آليات التشاور والإشراك في وضع التصورات والبرامج والتخطيط، وعلى مستوى الأجراء وتنزيل وبناء السياسات العمومية.²⁹

28 - لقد خصص الدستور المغربي بابا خاصا للحكامة الجيدة (الباب 12) وضمنه العديد من المبادئ الموجهة لحكامة السياسات العامة، والتأكيد على تنظيم المرافق العمومية وفق مبادئ المساواة بين المواطنين والمواطنات في الولوج إليها، والإنصاف في تغطية التراب الوطني، والاستمرارية في أداء الخدمات، والخضوع لمعايير الجودة والشفافية والمحاسبة والمسؤولية

29 - لقد جعل الدستور المغربي من المقاربة التشاركية دعامة أساسية واختيار ضروري لبناء دولة الحق والقانون والمؤسسات، حيث نص على هذه المقاربة انطلاقا من الفصول الدستورية التالية:

■ التصدير ينص في هذا الباب على: بن المملكة المغربية، وفاء لاختيارها الذي لا رجعة فيه، في بناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون، تواصل إقامة مؤسسات دولة حديثة، **مرتكزاتها المشاركة والتعددية والحكامة الجيدة**، وإرساء دعائم مجتمع متضامن، يتمتع فيه الجميع بالأمن والحرية والكرامة والمساواة، وتكافؤ الفرص، والعدالة الاجتماعية، ومقومات العيش الكريم، في نطاق التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة.

■ **الفصل 1** ينص على: نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية، ديمقراطية برلمانية واجتماعية. يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلطات، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة.

■ **الفصل 12** ينص على: ...تساهم الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية، في إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها. وعلى هذه المؤسسات والسلطات تنظيم هذه المشاركة، طبق شروط وكيفيات يحددها القانون.

■ **الفصل 13** ينص على: تعمل السلطات العمومية على إحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين، في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها

■ محدد مبدأ التقائية السياسات العمومية واندماجياتها

إن أهم ما تركز عليه السياسات العمومية هي مسألة الاتقائية، فمن أجل ضمان تنفيذ أمثل وانسجام وتكامل هذه الاستراتيجيات والبرامج القطاعية، وجب تعزيز التقائية تدخلات الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على الصعيد الاستراتيجي والقطاعي والمجالي، سواء عند التخطيط أو أثناء التنفيذ، واقتراح إجراءات وتدبير عملية من شأنها الرفع من هذا الانسجام بين مختلف الاستراتيجيات والبرامج وتحديد الآليات التي من شأنها ضمان تفعيل تلك الإجراءات. وتهدف منهجية التقائية السياسات العمومية بالخصوص إلى تحقيق التكامل بين المشاريع وانسجام برمجتها، من خلال برمجة متناسقة للمشاريع في إطار تصور مندمج، والرفع من وقع المشاريع من الناحية الاقتصادية والمجالية والخدماتية، وإحداث فرص الشغل، وكذا الاستعمال المشترك لوسائل إنجاز المشاريع. ثم تكامل وتناسق الاستراتيجيات القطاعية من أجل ترشيد استغلال الموارد (الماء، والطاقة، الخ...) والتنمية المجالية المندمجة، وكذا توظيف أمثل للمالية العمومية والزمن والجهود واتخاذ الإجراءات والتدابير الخاصة التي من شأنها الرفع من مستوى التكامل والاتقائية في مجالات حيوية ذات طابع أفقي تتطلب تضامر جهود عدة قطاعات وجهات، كالحماية الاجتماعية والتكوين والتشغيل والصحة والتعليم وغيرها من التدخلات العمومية التي تستهدف حقوق الإنسان بشكل مباشر.

■ محدد البعد المجالي للسياسات العمومية:

يعتبر البعد المجالي للسياسات العمومية وملاءمته مع خصوصيات المجال الترابي المعني، شرط أساسي لضمان نجاح أي سياسة عمومية وطنية وترابية، انطلاقا من احترام خصوصيات المجال المعني بالتدخلات القطاعية من جهة، وكذا ضرورة تنزيل هذه المخططات على المستوى جميع الوحدات الترابية.

- الفصل 14 ينص على: لمواطنات والمواطنين، ضمن شروط وكيفيات يحددها قانون تنظيمي، الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع.
 - الفصل 136 ينص على: يركز التنظيم الجهوي والترابي على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، وبؤ من مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة.
 - الفصل 139 ينص على: ضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنات والمواطنين والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها. يُمكن للمواطنات والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله.
- إن كل هذه المقضيات الدستورية تنظم أشكال وصيغ الديمقراطية التشاركية على المستويين الوطني والترابي.

■ محددات أخرى:

إن السياسات العمومية التي يتبناها المغرب اليوم، تستدعي كذلك الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من المحددات حتى يمكن الانتقال من مستوى وضع التصورات إلى مستوى الأجراء وتنزيل المخططات وطنيا وترابيا ولعل أهم هذه المحددات تتمثل في:

- ✓ معطى تمويل التدخلات
- ✓ المقاربة الشمولية
- ✓ المقرب النوعي والكمي
- ✓ محدد مستوى هرم السلطة
- ✓ بعد المؤشرات (الاستراتيجية/ برامج العمل/ المخططات)

ومن خلال ما سبق، يتضح أن قضية إدماج حقوق الإنسان في السياسات العمومية تسنأثر في اهتمامات الدوائر العليا للبلاد، وموضوع تدخل جميع الفاعلين، على اعتبار أن إدماج البعد الحقوقي في السياسات العمومية لا تقتصر على سياسة عمومية واحدة، وإنما هي محل تدخل مختلف السياسات العمومية التي يتبناها المغرب وطنيا ومحليا، وعلى صعيد جميع القطاعات، مما يطرح مسألة تنزيل مقاربة إدماج بعد حقوق الإنسان في السياسات العمومية الترابية.

المحور الثاني : تجليات السياسات العمومية الدامجة لأبعاد حقوق الإنسان

تعرف الساحة العمومية بالمغرب تنامي مستوى المطالب ذات الطبيعة السوسيو-اجتماعية (الشغل، الصحة، الخدمات الأساسية، التربية إلخ) والثقافية (خاصة الحقوق اللغوية) وهي حقوق أصبحت اليوم محل مقاربة شمولية تروم إدماجها في مسار اتخاذ القرار المتصل بالشأن العام، ويتربط مع ذلك، إدماجها في السياسات والبرامج العمومية المتعلقة بالتنمية البشرية عموما، ذلك أن احترام حقوق الإنسان في نطاق السياسات العمومية يشكل كُلا لا يتجزأ، وتنسحب ترابطاتها على كل المجالات: السوسيو-اقتصادية، السياسية، الثقافية.

إن معظم التدخلات والسياسات العمومية التي يتبناها المغرب في إطار الاستراتيجيات القطاعية تضم في طياتها أبعادا مختلفة من حقوق الإنسان، ولاسيما تلك السياسات المتعلقة بالجوانب الاجتماعية والاقتصادية، الهادفة إلى تعزيز التماسك الاجتماعي والحد من التفاوتات المجالية والفوارق الاجتماعية، فإدماج بعد حقوق الإنسان تترجمه مختلف السياسات القطاعية الوطنية، وكذا السياسات العمومية المحلية وتعزيز الحكامة الترابية الرامية إلى ضمان مشاركة المواطنين في تدبير شؤونهم والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية والمندمجة والمستدامة، وتمكين الجماعات الترابية من بلورة سياساتها العمومية المجالية، ودمجة لحقوق الإنسان في برامجها ومخططاتها التنموية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية.

أولاً: حقوق الإنسان في السياسات العمومية الوطنية في ضوء قانون مالية سنة 2020

إن المغرب، سعياً منه لضمان احترام حقوق الإنسان بأجيالها الثلاث، ولاسيما الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية، عمل على إعداد تصورات وبرامج قطاعية ووضع سياسات عمومية مندمجة ودامجة لمقاربة حقوق الإنسان، سواء على مستوى الاستراتيجيات القطاعية وكذا على المستوى الترابي، ولعل أبرز السياسات العمومية في هذا المجال هي تلك التي رصدت لها اعتمادات مالية هامة في قوانين المالية، وشكلت أولوية حكومية تروم دعم السياسات الاجتماعية وتقليص الفوارق الاجتماعية والتفاوتات المجالية، وإرساء آليات الحماية الاجتماعية، ثم دعم القطاع المقاوم والحد من الفقر. إن كل هذه الأولويات عكستها السياسات العمومية المتعلقة بها والتي في نطاقها يتضح مدى توجه المغرب لدعم وحماية والنهوض بحقوق الإنسان من خلال هذه الإجراءات والتدخلات، ولاسيما تكريس الحق في التعليم، والحق في الصحة، والحق في السكن والحق في الشغل، وضمان الأمن المائي والحفاظ على الموارد، والحق في التنمية المستدامة وتحقيق رهان العدالة المجالية والاجتماعية وتقليص التفاوتات المجالية والفوارق الاجتماعية، وضمان الاستفادة من الخدمات العمومية على وجه المساواة، وحماية حقوق الفئات الهشة.

وإذا كان الدستور المغربي نص على مجموع هذه الحقوق وحث الدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية العمل على تسييرها للمواطنين والمواطنات، فإنه يستشف منه أن تزيل هذه المقترضات يتطلب وضع سياسات عمومية دامجة لبعدها حقوق الإنسان، وفي هذا الإطار يمكن رصد مجموعة من السياسات العمومية المعنية بإدماج البعد الحقوقي في مختلف الاستراتيجيات القطاعية وفق ما هو وارد في قانون مالية 2020،³⁰ حيث فُصلت كل أولوية إلى مجموعة من التدابير والأنشطة التي تقارب القضايا الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية بمنظور حقوقي، يجعل الإنسان في صلب التنمية. وبالإضافة إلى اعتماد مقاربة النوع والارتكاز على مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والتضامن وقواعد الحكامة الجيدة، من أجل مراعاة التكامل مع الخطط القطاعية موضوع التنفيذ في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعينة. كما تم التركيز على التدابير الكفيلة بتنميين المكتسبات المتحققة في مجال محاربة الفقر والإقصاء الاجتماعي، وضمان تحولها إلى مكاسب مستدامة، ودعم القطاعات الاجتماعية انطلاقاً من:

30 - قانون المالية للسنة المالية 2020. ظهير شريف رقم 125.19.1 صادر في 16 من ربيع الآخر 1441 (13 ديسمبر 2019) بتنفيذ قانون المالية رقم 19.70، ج.ر عدد 6838 مكرر- 17 ربيع 1441 (14 ديسمبر 2019).

1. ضمان منظومة تربوية جيدة داعمة للمواطنة والمساواة والتنمية المستدامة:

وذلك من خلال دعم التربية والتعليم كخدمة عمومية ذات جودة مفتوحة في وجه العموم، وضمان تكافؤ الفرص في ولوج التعليم الإلزامي بما يؤمن تقوية ثقة المواطنين في المدرسة المغربية العمومية عبر:

- تفعيل القانون الإطار رقم 17-51 لمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي،³¹ وتفعيل خارطة الطريق الجديدة للتكوين المهني حيث يهدف هذا القانون الإطار إلى تحسين تنظيم وأداء منظومة التربية والتكوين والبحث العلمي بما يضمن حق في تعليم عمومي وفق معايير الجودة، وتمكين الجميع من الولوج للخدمات التعليمية، حيث تم وضع برامج تروم إنشاء وتهيئة مدن جهوية للكفاءات والمهنيين مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات كل جهة ثم ملائمة عروض التكوين المهني لمتطلبات سوق الشغل وتعزيز الشراكة بين القطاعين العام والخاص - وهو ما يعني إحداث جيل جديد من مراكز التكوين المهني من خلال بناء وتجهيز 12 مدينة جهوية للمهنيين والكفاءات بميزانية قدرها 3.6 مليار درهم.³²
- مواصلة تنزيل البرنامج الوطني لتعميم التعليم الأولي من أجل بلوغ معدل 100% في أفق 2028.
- مواصلة توسيع العرض المدرسي عبر طريق بناء مؤسسات مدرسية جديدة وتأهيل البنيات التحتية المدرسية ورفع من الطاقة الاستيعابية للمؤسسات الجامعية.
- الأخذ بعين الاعتبار في السياسات العمومية في ميدان التعليم ضمان الحقوق الفنية لاسيما من خلال تفعيل البرنامج الوطني للتربية الدامجة للأطفال في وضعية إعاقة، وكذا مواصلة عرض التكوين المهني في المؤسسات السجنية لفائدة السجناء.
- النهوض بمكونات الثقافة الوطنية من منظور حقوق الإنسان، خاصة اللغة والثقافة الأمازيغية باعتبارهما مكونا أساسيا للثقافة والهوية الوطنية المغربية؛

2. تأهيل المنظومة الصحية وضمان الولوج للخدمات الصحية

إن المغرب، إيماناً منه بأهمية الحق في الصحة، وانطلاقاً من السياسة العامة التي ينفجها في هذا المجال، يعمل على تعزيز وتأمين وضمان الحق في الصحة للجميع من خلال مواصلة تفعيل مخطط الصحة 2025 بغية تحسين الولوج للخدمات الطبية والأدوية، وتوسيع وتأهيل العرض الصحي من خلال اتخاذ مجموعة من الإجراءات في سياسته العمومية في الميدان الصحي أهمها:

³¹ - ظهير شريف رقم 1.19.113 صادر في 7 ذي الحجة 1440 (9 غشت 2019) بتنفيذ القانون الإطار رقم 51-17 المتعلق بمنظومة التربية والتكوين والبحث العلمي. ج.ر عدد 6805 بتاريخ 19 غشت 2019، ص: 5623.

³² - قانون المالية للسنة المالية 2020. ظهير شريف رقم 125.19.1 صادر في 16 من ربيع الآخر 1441 (13 ديسمبر 2019) بتنفيذ قانون المالية رقم 19.70، 2020، ج.ر عدد 6838 مكرر- 17 ربيع 1441 (14 ديسمبر 2019).

- الرفع من الطاقة الاستيعابية للمستشفيات وتوسيع وتأهيل المراكز الاستشفائية الجامعية،
 - الحد من التفاوتات بين جهوية فيما يتعلق بالتأطير الطبي والشبه الطبي؛
 - دعم البرامج الصحية لاسيما بخصوص الصحة الإنجابية وصحة الأم والطفل والشباب والأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة؛
 - تعزيز الخدمات الصحية بالعالم القروي من خلال تنفيذ برامج اقتناء الوحدات الصحية المتنقلة
 - توفير الأدوية والمستلزمات الطبية، ودعم البرامج الصحية الموجهة بالأساس للأمهات والأطفال في العالم القروي والأحياء الهامشية وتنظيم قوافل طبية متخصصة وكذا عملية "رعاية" من أجل دعم ساكنة المناطق النائية والمعزولة في العالم القروي.
- ولعل أهم السياسات العمومية الدامجة لأبعاد حقوق الإنسان والتي ركزت عليها الدولة في برامجها من خلال توفير الاعتمادات المالية المخصصة لها، هي تلك المتعلقة بدعم التماسك الاجتماعي والتقليص من الفوارق المجالية والاجتماعية بتخصيص اعتماد مالي يناهز 18 مليار درهم وذلك في إطار صندوق التماسك الاجتماعي على النحو التالي:³³
- نظام المساعدة الطبية "راميد" بميزانية قدرها: 1,7 مليار درهم
 - المبادرة الملكية مليون محفظة بميزانية قدرها: 305 مليون درهم
 - برنامج تيسير بميزانية قدرها 1,85 مليار درهم
 - برنامج المساعدة المباشرة للنساء الأرامل بميزانية قدرها 630 مليون درهم
 - مساعدة الأشخاص في وضعية إعاقة بميزانية قدرها 206 مليون درهم
 - المطاعم المدرسية والداخليات بميزانية قدرها 1,47 مليار درهم
 - المنح (التعليم العالي) بميزانية قدرها: 1,8 مليار درهم
 - البرنامج الملكي لتقليص الفوارق المجالية والاجتماعية بالعالم القروي بميزانية قدرها: 7,4 مليار درهم.
 - المبادرة الوطنية للتنمية البشرية بميزانية قدرها 2,2 مليار درهم وبزيادة 450 مليون درهم لدعم برامج المبادرة.

³³- تقرير مذكرة تقديمية حول قانون المالية 2020، وارد في الموقع الإلكتروني لوزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة

أما بخصوص حماية الحقوق الفئوية والنهوض بها، فتعد حماية حقوق الفئات الاجتماعية في وضعية هشاشة، والتي تعاني من التهميش والإقصاء مثل النساء المُعْتَقَات، والأطفال والأشخاص في وضعية إعاقة والأشخاص المسنين، والمهاجرين، أولوية إستراتيجية في الأجندة الحكومية للدولة،³⁴ ومن ثم فإن محاور التدخل والتدابير والأنشطة المتضمنة في هذا المحور، سواء كانت ذات طبيعة تشريعية أو مؤسساتية أو ارتبطت ببرامج تهدف تحسين ظروف عيش هذه الفئات، يجمعها خيط رابط يتمثل في أعمال المساواة وعدم التمييز وتكافؤ الفرص وتمكين الفئات المستهدفة من تعزيز قدراتها واكتساب الكفاءة اللازمة للمشاركة من خلال الجمعيات غير الحكومية في صياغة وتنفيذ وتقييم البرامج الموجهة لها، كما أخذت بعين الاعتبار ضرورة عقلنة وتدعيم نشاطات مختلف المتدخلين بآليات التنسيق والمتابعة والتقييم، وتقوية قدرات الموارد البشرية للقطاعات الاجتماعية المكلفة بهذه الفئات، مع مضاعفة مواردها المادية.

أما بخصوص ضمان العدالة المجالية والاجتماعية ولاسيما على صعيد الوسط القروي فطبقاً للتوجيهات الملكية، تم إعداد برنامج لتقليص الفوارق المجالية والاجتماعية بالوسط القروي، ويهم هذا البرنامج اثني عشر (12) مليون مواطن و1253 جماعة قروية، ويهدف البرنامج إلى تحسين ظروف عيش ساكنة المناطق القروية والجبالية وتمكينها من الاستفادة من الموارد الطبيعية والاقتصادية عبر فك العزلة عنها بتهيئة الطرق والمسالك وتحسين ولوجها للخدمات والكهرباء والماء الشروب، الصحة والتعليم... وكذا تحسين مؤشرات التنمية البشرية في هذه المناطق وتحسين مستوى الدخل وظروف العيش (في إطار الاستراتيجية الوطنية لتنمية المجال القروي والمناطق الجبالية / صندوق التنمية القروية والمناطق الجبالية/ مساهمات القطاعات الوزارية/ المبادرة الوطنية للتنمية البشرية/ المكتب الوطني للكهرباء/ المجالس الجهوية...)³⁵

34- لقد اعتمدت الحكومة بخصوص تنزيل البرنامج الحكومي 2017 – 2021 في ميدان التنمية الاجتماعية على إجراء استراتيجية القطب الاجتماعي، والذي يضم، إلى جانب وزارة الأسرة والتضامن والمساواة والتنمية الاجتماعية، التعاون الوطني ووكالة التنمية الاجتماعية. وتهدف استراتيجية القطب الاجتماعي للقرب، إلى بلورة أجوبة حول انتظارات المواطنين في المجال الاجتماعي للمساهمة في رفع تحديات اجتماعية، في مجالات الحماية الاجتماعية، والنهوض بحقوق المرأة، وحماية الطفولة، والنهوض بحقوق الأشخاص في وضعية إعاقة، وحماية الأشخاص المسنين، وفق منهج التعاقد والشراكة الذي يحقق التقاينة الجهود وتكامل الأدوار، وترتكز استراتيجية القطب للقرب على أربع رافعات، والتي تتمثل في القيادة والإشراف، وحماية وتعزيز الحقوق، والتضامن الاجتماعي، إلى جانب البعد المجالي للسياسات العمومية والبرامج، وذلك بالارتكاز على ثلاث مقاربات أساسية هي :

- 1- مقارنة دمجية، من أجل عمل مهيكلي ومنسق يضمن التقاينة السياسات العمومية والبرامج؛
 - 2- مقارنة حقوقية، في إعداد وتنفيذ وتقييم السياسات والاستهداف في البرامج؛
 - 3- مقارنة ترابية، من أجل فعالية ونجاعة السياسات والبرامج لتعزيز قيم الإنصاف وتكافؤ الفرص.
- 35 - التقرير الاقتصادي والمالي لسنة 2020، منشورات وزارة المالية.

<https://www.finances.gov.ma/Publication/db/2020/rapport-eco-fin20-ar.pdf>

إن جل ومختلف السياسات العمومية المعتمدة من قبل الحكومة المغربية، راعت على مستوى إعداد هذه السياسات وتنزيلها البعد الحقوقي من أجل إدماج وضمان جميع حقوق الإنسان لاسيما الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية والسياسية والمدنية كذلك، وضمان الحقوق الفئوية لجميع مكونات المجتمع، عبر سياسات داعمة للفنون والرياضة والثقافة، والتشغيل، والسكن والسياسات الندمجة الموجهة للشباب والنساء والأشخاص في وضعية إعاقة. ولعل أهم ما يميز المقاربة التي يتبناها المغرب في مجال حقوق الإنسان، أنها تجاوز الأمر إدماجها في السياسات العمومية القطاعية فقط إلى إدماج البعد الحقوقي مجاليا على مستوى السياسات العمومية الترابية.

ثانيا: إدماج حقوق الإنسان في السياسات العمومية الترابية

إن أهمية موضوع تلازم حقوق الإنسان والجماعات الترابية، تأتي من كون أن حقوق الإنسان متعارف عليه كشرآن مرتبط بالدولة لا علاقة للجماعات الترابية به، لكن الواقع يؤكد أن مسألة تعزيز الحقوق والحريات أضحت اليوم مرتبطة بجميع الوحدات المشاركة للدولة في تدبير السياسات العمومية، الأمر الذي يفرض طرح تساؤلات مرتبطة بدور الجماعات الترابية في حماية وضمان حقوق الإنسان وإدماجها في سياساتها الترابية، انطلاقا مما يراهن عليه المغرب حاليا من إرساء لنظام ترابي قائم على تقاسم الأدوار والسلطة في المجتمع، مما سيعزز دور الجماعات الترابية في النهوض بحقوق الإنسان، اعتبارا لطبيعة الاختصاصات المنوطة بها والتي تقتضي عند ممارستها ضرورة استحضار ضمان إدماج بعد حقوق الإنسان في المجالات المرتبطة بتدخلاتها وفي سياساتها العمومية، انطلاقا من أن الدفع بمفهوم التراب يجعل الجماعات الترابية اليوم أمام رهانات حقوق الإنسان، على اعتبارها الأقرب في تدبير الشؤون المحلية ذات البعد الإنساني.

وتعتبر الجماعات الترابية مجالات حية لتنزيل مقاربات حقوق الإنسان وإدماجها في جميع تدخلاتها وسياساتها الترابية، على اعتبار أن الدستور المغربي حث على التزام وتقاسم المسؤولية عن ضمان مجموعة من الحقوق (المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية) بين الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية،³⁶ فهذه الأخيرة مجبرة على تنزيل هذه الحقوق في مجالها الترابي كما هي متعارف عليها عالميا،³⁷ وهو ما كرسته المقاربة الحكومية في إطار إعداد التنزيل الترابي لخطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان، والتي تروم في مقتضياتها تقوية قدرات الفاعلين الترابيين في مجال حقوق الإنسان وتمكينهم من تملك مبادئ حقوق الإنسان والمفاهيم الأساسية ذات الصلة وتعزيز المهارات في مجال التخطيط

36- الفصل 32 من الدستور المغربي لسنة 2011.

37 - سواء بموجب مقتضيات القانون الدولي الإنساني، أو تلك المنتمنة بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة 25) أو العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (المواد 3 و12 و13 و15) أو تلك المنصوص عليها بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان (المواد 21 و25 و26 و27).

الاستراتيجي³⁸ وإدماج بعد حقوق الإنسان في السياسات الترابية وكذا تملك طبيعة وطرق تفاعل المملكة مع الآليات الأممية لحقوق الإنسان.

ولقد عملت وزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان على الشروع في التحضير للتنزيل الترابي لخطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان بالتنسيق وثيق وتعاون مثمر مع مجالس الجهات، وذلك بحكم أن أهداف الخطة وتدبيرها تشكل في نفس الوقت انشغالا وهاجسا يوميا للفاعلين الترابيين. وفي هذا الإطار تم :

- إعداد مشاريع المخططات التنفيذية الجهوية مستحضرين في ذلك التوصيات الصادرة عن آليات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، والخصوصيات المجالية لكل مجلس جهة، والإجراءات والمشاريع المتضمنة في برامج التنمية الجهوية والتصاميم الجهوية لإعداد التراب من جهة أخرى.
- إعداد مشاريع اتفاقيات الشراكة بين وزارة الدولة وكل مجلس جهة على حدة.
- تأسيس حقوق الإنسان على المستوى الجهوي من خلال إحداث نقط ارتكاز على مستوى كل مجلس جهة.
- تكوين شبكة نقط الارتكاز المكلفة بمواكبة تنفيذ خطة العمل على المستوى الترابي.

وبغية إشاعة ثقافة حقوق الإنسان ونشر قيمها وإدماج مبادئها وآلياتها في السياسات العمومية الترابية والبرامج والأنشطة التنموية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما يساهم في تحسين ظروف عيش الأفراد والجماعات، تم إعداد مشروع تصور لإعمال الخطة الوطنية على المستوى الترابي،³⁹ يهدف إلى:

- ✓ تعميم خطة العمل الوطنية ونشرها على المستوى الجهوي
- ✓ تمكين الفاعل الترابي من سبل تفعيل الخطة على نحو أفضل
- ✓ دعم الممارسات الفضلى في مجال إعمال الخطة.

³⁸ - إن أهم أنواع التخطيط المعتمد لدى الجماعات الترابية هما: تخطيط مجالي، ويهتم بتنظيم استعمال المجال والتنسيق مختلف التدخلات، وذلك بغية إعداد مجال متوازن ومنسجم ومندمج ومستدام، قادر على الاستجابة لحاجيات ساكنته. ويجعل من بين أهدافه كذلك، تلافي التعامل مع الإشكالية الترابية حسب الظرفية والانتقائية، بل حسب تخطيط معد للمدى المتوسط أو البعيد. تم تخطيط تنموي يعنى باقتراح الأفكار والبرامج الرامية إلى معالجة الاختلالات وتأمين المؤهلات، من أجل تحقيق القفزة التنموية المرجوة على جميع الأصعدة.

³⁹ - في إطار عملية التنزيل الترابي لخطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان، قصد إدماج بعد حقوق الإنسان في السياسات التنموية، تم تنظيم لقاءات تشاورية مع مسؤولي مجالس الجهات، وأفضت إلى إعداد مخططات ترابية وإعداد العديد من مشاريع اتفاقيات الشراكة مع مختلف الجهات، كما تم إطلاق برنامج لتقوية القدرات الفاعلين الترابيين المعنيين بتنفيذ إعمال خطة العمل الوطنية، حيث تمت برمجة دورات تكوينية في الموضوع.

✓ واعتمادا على المقاربة التشاركية سيتم تقاسم هذا المشروع مع مختلف الفاعلين الترابيين من أجل إغنائه في أفق اعتماده وتفعيله.

ومن هذا المنطق، وتأسيسا على اعتبار أن من أهداف المشرع الدستوري من التنصيص على تقاسم المسؤولية عن ضمان بعد حقوق الإنسان بين الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية هو أولا: ملاءمة الدستور والقوانين التنظيمية للجماعات الترابية للقانون الدولي الإنساني، وثانيا إرساء ضمانة مؤسساتية جديدة ذات بعد ترابي إلى جانب الضمانات المؤسساتية الأخرى المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية لما أصبح يشكله الفضاء الترابي من مجال خصب يمكن من تنزيل هذه الحقوق بالمستويات الترابية، ثم أن ضمان هذه الحقوق لم يعد يكتسي طابعا عموديا بل أصبح له صبغة أفقية على مستوى المجال الترابي للجماعات الترابية التي يتفاعل فيها مختلف المتدخلين عند كل عملية تنموية منجزة على ترابها، وأخيرا إيجاد مجال لتفصل وتقاطع والتقائية المقاربتين العمودية والأفقية للجانب الحقوقي بشكل مندمج ومتكامل، لإعادة بناء العلاقة بين الهيئات المنتخبة بمستويات التنظيم الترابي والمواطنين على أساس حقوقي بما يضمن لهم أفرادا وجماعات الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية.⁴⁰ إن إدماج أبعاد حقوق الإنسان والمقاربة الحقوقية عموما في السياسات العمومية الترابية والمرتكزة أساسا على محدد القرب في تلبية متطلبات المجال من شأنها أن تمكن الفئات المستهدفة من تعزيز قدراتها للمشاركة والمساهمة في وضع التصورات وتنفيذ وتقييم البرامج القطاعية الترابية وتدعيمها، فتبني هذه المقاربة (الحقوقية-التشاركية) من شأنها أن تساهم كذلك في تعزيز فرص نجاح رهان التنمية، ومحاربة الفقر والهشاشة والإقصاء الاجتماعي، والحد من التفاوتات المجالية، وذلك انطلاقا من الاختصاصات المسندة للجماعات الترابية بمختلف مستوياتها سواء كانت هذه الاختصاصات ذاتية أو مشتركة أو منقولة بموجب مقتضيات قوانينها التنظيمية⁴¹ باعتبار أن الجماعات الترابية تهدف إلى تحقيق التنمية المجالية المندمجة والمستدامة بكل أبعادها عند وضع التصورات بشأنها والقيام بأعمال التخطيط وبلورة برامجها وما تفرزه هذه الأخيرة من مشاريع تنموية مندمجة، خاصة برنامج عمل الجماعة وبرنامج التنمية الجهوية

40 - المهدي متوكل: المسؤولية الدستورية للجماعات الترابية عن ضمان حقوق الإنسان، جريدة الصباح الإلكتروني، منشور بتاريخ 14 فبراير 2019 في الموقع الإلكتروني التالي:

<https://assabah.ma/365745.html>

41 - ويتعلق الأمر بـ:

- القانون التنظيمي 111.14 المتعلق بالجهات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 بتاريخ 7 يوليو 2015، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015) ص: 6585.
- الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم. ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، ص: 6625.
- الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات. ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، 6660.

للذان يحددان بموجبهما الأعمال التنموية المقرر برمجتها أو إنجازها سواء بتراب الجماعة (المادة 78 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات) أو بتراب الجهة (المادة 83 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات) مع الالتزام ومراعاة مجموعة من المبادئ الواردة في القانون الإطار رقم 12.99 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة⁴² حيث أوجب على الجماعات الترابية التقيد بها (المادة 2)، وهي: مبدأ الاندماج، مبدأ الترابية ومبدأ التضامن، ومبدأ الاحتراز ومبدأ المسؤولية ومبدأ التشاركية، وذلك تدعيماً للحق في بيئة سليمة وتنمية مستدامة لضمان توازن بين متطلبات البيئة والتنمية المستدامة عند التصرف في الثروات التي يزخر بها المجال المعني⁴³. بالإضافة إلى أنه تم الرهان على الأدوار التنموية الترابية للجهات والجماعات بغية تحقيق تنمية مندمجة ومتوازنة وظيفياً وترابياً، ومستدامة بما يكفل لجميع الفئات والأجيال الحق فيها ضمن عملية متكاملة ومتماسكة، وباعتبارها الإطار المناسب لكل تخطيط مجالي، وهو ما يبرز أن الجماعات الترابية اليوم أصبحت مؤهلة أو بالأحرى أضحت مجالاً ملائماً لإدماج أبعاد حقوق الإنسان في سياساتها الترابية، انطلاقاً من تنزيل اختصاصاتها المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، عبر مهام التخطيط الاستراتيجي والترابي والاستشراف في إعداد مجموعة من البرامج التنموية ولاسيما: برامج عمل الجماعة،⁴⁴ وبرنامج التنمية الجهوية⁴⁵ والتصميم الجهوي لإعداد التراب،⁴⁶ حيث أن القوانين التنظيمية لهذه الجماعات الترابية (جهات وعمالات وأقاليم وجماعات) قد أعطت لها صلاحيات متعددة ومختلفة، وأقرت لها مجالات للتدخل واختصاصات سواء ذاتية أو منقولة أو مشتركة متعلقة بـ:

- التنمية الجهوية وتحسين جاذبية المجال الترابي؛
- تحقيق التنمية المستدامة؛

42 - الظهير الشريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة. (الجريدة الرسمية عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014، ص 3194).

43 - المهدي متوكل: المسؤولية الدستورية للجماعات الترابية عن ضمان حقوق الإنسان، جريدة الصباح الإلكتروني منشور بتاريخ 14 فبراير 2019 على الموقع الإلكتروني التالي: <https://assabah.ma/365745.html>

44 - يراجع كذلك: مرسوم رقم 2.16.299، صادر في 23 رمضان 1437 (29 يونيو 2016)، بتحديد مسطرة إعداد برنامج التنمية الجهوية وتتبعه وتحيينه وتقييمه وآليات الحوار والتشاور لإعداده. ج.ر عدد 6482 بتاريخ 14 يوليو 2019، ص: 5351.

45 - يراجع في هذا الشأن: مرسوم رقم 2.16.301، صادر في 23 رمضان 1437 (29 يونيو 2016)، بتحديد مسطرة إعداد برنامج عمل الجماعة وتتبعه وتحيينه وتقييمه وآليات الحوار والتشاور لإعداده. ج.ر عدد 6482 بتاريخ 14 يوليو 2019، ص: 5346.

46 - المرسوم رقم 2.17.583 صادر في 28 شتنبر 2017، المتعلق بتحديد مسطرة إعداد التصميم الجهوي لإعداد التراب وتحيينه وتقييمه. الجريدة الرسمية عدد 6618 بتاريخ 2 نونبر 2017.

- التنمية الاجتماعية بالوسطين القروي والحضري؛
- محاربة الإقصاء والهشاشة في مختلف القطاعات الاجتماعية؛
- المرافق والتجهيزات العمومية....

إن جل الاختصاصات المنوطة بالجماعات الترابية تبرز في عمقها أنها تستهدف ضمان حماية حقوق الإنسان لاسيما على مستوى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، وهذا ما يجعلها تتبلور في مختلف العمليات والبرامج التنموية والمخططات والسياسات العمومية الترابية الدامجة لبعد حقوق الإنسان. فبرامج التنمية الجهوية الهدف منها بالأساس تحقيق تنمية مندمجة ومستدامة طبقا للتوجهات الاستراتيجية لسياسة الدولة، والعمل على بلورتها على المستوى الجهوي، واعتماد البعد البيئي لتحقيق التنمية المستدامة، وهو ما يستشف منه ضرورة إدماج بعد حقوق الإنسان(الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية والبيئية والثقافية، وحق المشاركة في تدبير الشؤون المحلية) في برامجها التنموية وعند ممارسة الجماعات الترابية لاختصاصاتها المخولة لها، حيث يتبين أن إدماج بعد حقوق الإنسان في السياسات العمومية الترابية يتخذ صور من بينها:

- ✓ إدماج المقاربة التشاركية في السياسات العمومية الترابية كتكريس للبناء الديمقراطي
- ✓ ضمان الحقوق الفئوية: حقوق المرأة، دعم فئة الشباب، النهوض بحقوق الأشخاص في وضعية إعاقة (من خلال برنامج متعلق بالولوجيات وغيرها ...)
- ✓ ضمان إنصاف مجالي والحد من التفاوتات الفوارق والاجتماعية
- ✓ تقوية المساواة والولوج العادل إلى التنمية المجالية والخدمات والمرافق العمومية.

فقيام الجماعات الترابية بهذا الدور الجديد كشريك فعلي في مجال حقوق الإنسان، خاصة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية رهين بتبني اللامركزية الترابية كخيار استراتيجي يستند على قواعد الحكامة لمواجهة كل صور الاختلالات والفساد المحتمل المهده لتلك الحقوق، ومن تم تجاوز كل الإكراهات ومختلف الأعطاب البنيوية البشرية منها والمالية وأحيانا حتى المجالية التي ظلت تعاني منها الوحدات الترابية لمدة عقود بالرغم من وجود إطار تشريعي وتنظيمي يؤهلها لذلك.

خاتمة :

إن تقييم التجربة المغربية في مجال إدماج حقوق الإنسان في السياسات العمومية الوطنية والترابية يبرز أن هناك تقدماً ملموساً سواء في إعداد سياسات عمومية وطنية وترابية دامجاً لمختلف حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية، وكذا الحقوق السياسية والمدنية انطلاقاً من نهج مقارنة تشاركية على مستوى وضع التصورات والتخطيط وتنفيذ البرامج والتدخلات العمومية، وأن المشاركة والمساهمة في مختلف الميادين المرتبطة بالإنسان المحلي سيمكن من الانتقال من جماعات ذات بعد ترابي، إلى جماعات ذات بعد إنساني، على اعتبار أن السياسات العمومية وحقوق الإنسان متلازمان ويعزز كل منهما الآخر من أجل تحقيق رهان التنمية المستدامة، وإدماج البعد الاجتماعي في المخططات الاستراتيجية والسياسات العمومية والحد من الفوارق الاجتماعية والنهوض بمختلف حقوق الإنسان. غير ما يلاحظ بشأن السياسات العمومية القطاعية أو الترابية الدامجة لبعدها حقوق الإنسان، أنها يتم إعدادها بمقاربة أحادية ومنفصلة، في غياب مبدأ التقائية السياسات العمومية وتأثيرها وفعاليتها على أرض الواقع من الناحية الحقوقية، حيث أن نجاعة أي سياسة عمومية مرتبطة بمدى التقائاتها سواء على مستوى القرارات أو التصورات أو التنفيذ والأجراً، وهو ما يبرهن على وجود صعوبة تحقيق مؤشرات جيدة للوصول إلى عدالة اجتماعية ومجالية تهتم جميع تراب البلاد وتهتم جميع الشرائح المجتمعية، فمسألة إدماج بعد حقوق الإنسان في السياسات العمومية لا تُطرح على مستوى التخطيط ووضع البرامج ولكن على مستوى تقييم مدى احترام المقاربة الحقوقية على أرض الواقع نظراً لضعف الضمانات الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالزامية احترام المقاربة الحقوقية في البرامج القطاعية والسياسات العمومية الترابية. إلا أنه وأمام تفشي فيروس كورونا كوفيد 19، باعتباره وباء عالمياً، عملت الدولة والحالة هذه، ومن أجل ضمان الحق في الصحة وقبله الحق في الحياة، على إصدار مجموعة من القرارات ذات الطبيعة الاقتصادية والمالية والاجتماعية، ووضع برامج استعجالية في إطار حالة الطوارئ الصحية من أجل الحفاظ على الصحة العامة كحق أساسي من حقوق الإنسان، مما يبرز قيمة تدخل الدولة من أجل ضمان الحقوق الأساسية للإنسان لاسيما في فترة الكوارث.

لائحة المصادر والمراجع المعتمدة:

1. الكتب:

- الندوي محسن، كتاب مفاهيم أساسية في السياسات العمومية، الطبعة الأولى، مكتبة سلمى الثقافية- تطوان 2018
- البحيري يوسف، حقوق الإنسان المعايير الدولية واليات الرقابة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2010.
- الإطار المرجعي لتقييم السياسات العمومية، منشورات مجلس النواب المغربي.
- مبادئ ومقاربات في تقييم السياسات العمومية، منشورات جمعية الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان، بشراكة مع «صندوق الأمم المتحدة للديمقراطية. أبريل 2014.

2. نصوص القانونية وتقاير الرسمية:

- الدستور المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (9 يوليو 2011) (ج.ر عدد 5964 مكرر 28 شعبان 1432-30 يوليو 2011).
- القانون التنظيمي 111.14 المتعلق بالجهات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 بتاريخ 7 يوليو 2015، ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015) ص: 6585.
- الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم. ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، 6625
- الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 رمضان 1436 (7 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات. ج.ر عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015)، 6660.
- الظهير الشريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014) بتنفيذ القانون الإطار رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة. (الجريدة الرسمية عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014، ص 3194).
- نص البرنامج الحكومي للولاية التشريعية 2016-2021 للحكومة المغربية، منشور على الموقع الرسمي لرئاسة الحكومة:

- التقارير الرسمية والبرامج القطاعية التي أصدرتها وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة،
- الخطة الحكومية للمساواة إكرام 2، (2017-2021)
- قانون المالية للسنة المالية 2020. ظهير شريف رقم 125.19.1 صادر في 16 من ربيع الآخر 1441 (13 ديسمبر 2019) بتنفيذ قانون المالية رقم 19.70/2020، ج.ر عدد 6838 مكرر- 17 ربيع 1441 (14 ديسمبر 2019).
- قانون المالية للسنة المالية 2020. ظهير شريف رقم 125.19.1 صادر في 16 من ربيع الآخر 1441 (13 ديسمبر 2019) بتنفيذ قانون المالية رقم 19.70/2020، ج.ر عدد 6838 مكرر- 17 ربيع 1441 (14 ديسمبر 2019).
- المغرب الممكن، إسهام في النقاش العام من أجل طموح مشترك، (تقرير الخمسينية)، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2006.
- تقرير مذكرة تقديمية حول قانون المالية 2020.
- التقرير الاقتصادي والمالي لسنة 2020، منشورات وزارة المالية.
- منشورات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، التقرير السنوي، حالة حقوق الإنسان وحصيلة عمل المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان سنة 2009 .
- منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، التقرير السنوي، حالة حقوق الإنسان وحصيلة عمل المجلس الوطني لحقوق الإنسان سنة 2019.
- التقرير المتعلق بمنجز حقوق الإنسان بالمغرب، التطور المؤسسي والتشريعي، وحصيلة تنفيذ السياسات العمومية، إصدارات وزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان، يوليوز 2019.
- تقرير خطة العمل الوطنية في مجال الديمقراطية وحقوق الإنسان (2018-2021)، منشورات المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، دجنبر 2017.
- حقوق الإنسان في الخطب والرسائل الملكية السامية (1999-2016)، منشورات المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، نونبر 2016.

3. مقالات

- لعروسي عبد العزيز: التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ملاءمات قانونية ودستورية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة العدد 87- 2014.
- طارق حسن، السياسات العمومية: بين السياسة والإدارة ملاحظات حول الحالة المغربية، " الانتقال الديمقراطي وإصلاح الإدارة العمومية بالدول المغاربية:

التفاعلات، الرهانات والآفاق"، منشورات حوارات مجلة الدراسات السياسية والاجتماعية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2012.

4. المواقع الإلكترونية:

- متوكل المهدي: المسؤولية الدستورية للجماعات الترابية عن ضمان حقوق الإنسان، جريدة الصباح الإلكترونية:

<https://assabah.ma/365745.html>

- الموقع الإلكتروني لجمعية الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان:

www.mediateurddh.org.ma

- الموقع الإلكتروني لرئاسة الحكومة

<https://www.cg.gov.ma>:

- الموقع الإلكتروني لوزارة التنمية الاجتماعية والأسرة والمرأة والتضامن

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

- الموقع الإلكتروني لوزارة الاقتصاد والمالية:

<https://www.finances.gov.ma>

- الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لحقوق الإنسان:

<https://www.cndh.ma/ar>

- الموقع الإلكتروني للمندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان :

<https://www.didh.gov.ma/>

اشكاليات تطبيق الاختصاص الجنائي العالمي أمام القضاء الجنائي الوطني

عبد الاله الوافي

طالب باحث بسلك الدكتوراه تخصص القانون العام والعلوم
السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال
الرباط، جامعة محمد الخامس بالرباط

لا شك ان من ثمار التطور التكنولوجي والصناعي الذي يشهده العالم وكذا سهولة تنقل الأشخاص والأموال عبره أن ظهرت جرائم دولية في كيانها وفي أشخاص مرتكبها فضلا عن ظهور الجرائم العابرة للحدود مما أدى الى خلق اشكالات في التعامل معها والتصدي لها امام القضاء الوطني سواء من حيث الاختصاص او من حيث القانون الواجب التطبيق موضوعيا ومسطريا.

ومن المعلوم ان قانون أي دولة في تعامله مع الجرائم والمعاقبة عليها يخضع لمجموعة من المبادئ وهي مبادئ نص عليها التشريع الجنائي لكل دولة وبطبقها قضاؤها ؛ و هي لا تخرج عن (مبدأ الإقليمية ، مبدأ الشخصية ، مبدأ العينية أو الحماية ، مبدأ العالمية) وان القاضي الوطني من خلال أخذه بهذه المبادئ فهو يحتكر سلطة العقاب على أي شخص كان وعن أي جريمة ويطبق قانونه الوطني الطبيعي.

ورغم أن هذه الصورة هي الأصل، إلا أنه قد ظهرت على استحياء بعض الصور للتخفيف من حدة تطبيق القاضي الوطني لقانونه الطبيعي، بخصوص الجرائم التي تعرض على أنظاره، ومن ذلك الأخذ في الاعتبار التشريعات الأجنبية التي قد تكون مختصة بالنظر في نفس الجريمة، والاعتراف بحجية الأحكام الأجنبية أمام القاضي الوطني، كما أن المستجدات الدولية التي تمخض عنها صور مستحدثة من الجرائم الدولية والعابرة لإقليم الدولة الواحدة وتتحقق نتائجها الاجرامية في إقليم أكثر من دولة، أدى إلى ظهور الحاجة إلى ضرورة التعاون الدولي لتلافي عيوب المحاكمة الأجنبية في بلد أجنبي، وذلك عن طريق مراعاة تطبيق القانون الجنائي الأجنبي وهذه الصور لا تقف غايتها عند معاقبة المجرم أينما وجد وأيا كان القانون الذي أنتهكه وإنما يمتد ليشمل إجراءات التحقيق والمحاكمة والتنفيذ العقابي.

وفي هذا المقال سنتطرق لأهم الصعوبات والتحديات التي يواجهها القضاء الوطني عند تمسكه بقواعد الاختصاص التقليدية كما سنتطرق للآليات الدولية المتاحة كبداية لتطبيق الإختصاص الجنائي العالمي.

المحور الأول : الصعوبات العملية و تحديات القضاء الوطني في تطبيق القواعد التقليدية للاختصاص الجنائي

من الشائع ان القاضي الوطني يطبق دائماً، وكمبدأ شبه مطلق قانونه الوطني على الجريمة التي تعرض على أنظاره، حتى ولو كانت هذه الجريمة تحوي بين طياتها عناصر أجنبية، او حتى و لو ارتكبت بكاملها في خارج الإقليم الوطني فهو لا يطبق مطلقاً في المواد الجنائية غير قانون دولته مما يعبر عن سيادة الدولة على إقليمها فالقاضي الوطني ممنوع عليه تطبيق القانون الأجنبي حيث يمس تطبيقه النظام العام، وحيث قيل في هذا التوجه ان في تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي مساساً بكرامة الدولة ذلك انه يفترض لتطبيق القانون الأجنبي أن ينص القانون الوطني على ذلك احتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات¹، فضلاً عن الصعوبات العملية التي تحول دون تطبيقه وأقلها أن ينص القانون الأجنبي على عقوبة لا يعرفها قانون القاضي، ومن ثم يصبح غير صالح للتطبيق بالنظر إلى عدم وجود المؤسسات العقابية المخصصة لها، وأجسامها تعذر الإلمام بالقوانين الأجنبية، وكان لهذه الاعتراضات عظيم الأثر في القوانين الحالية، فنجد أنه من النادر أن ينص قانون دولة ما على التطبيق المباشر لقانون أجنبي فيما يتعلق بالجرائم.

غير أنه نجد من يعارض مبدأ تفيد القاضي بالقانون الوطني حيث ضمناً للحرية الفردية وتحقيقاً لعدالة أكثر، إذ قد يكون القانون الساري في الإقليم الأجنبي الذي ارتكبت فيه الجريمة هو قانونها الطبيعي، وهو أولى القوانين بالتطبيق، قس على ذلك حالات ترتكب فيها الجريمة داخل الإقليم ويكون تطبيق القانون الأجنبي فيها واجباً، فعلى سبيل المثال : الحالة الأولى؛ أن يكون توافر أحد أركان الجريمة مقتضياً تطبيق قواعد غير جنائية، بالرجوع الى القانون الأجنبي طبقاً لإحالة القانون الدولي الخاص له للتحقق من قيام الزوجية وصحة عقد الزواج طبقاً لقانون الأحوال الشخصية الأجنبي، والحالة الثانية؛ الرجوع إلى القانون الشخصي للمتهم أو المجني عليه، وهو القانون النافذ في الدولة التي يحمل المتهم أو المجني عليه جنسيتها لتحديد سنه، على اعتبار أنها قواعد تقرر حماية شخصية للمتهم إذا كان لم يبلغ سن الرشد الجنائي، كما تقرر نوعاً معيناً من الحماية الجنائية للمجني عليه كجرائم الاعتداء على العرض، علاوة على أن تطبيق القانون الأجنبي يعد نوع من التعاون الدولي لمكافحة الإجرام إذ يتيح السبيل لإخضاع الجريمة لقانونها الطبيعي².

1 - الدكتور احمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، رقم 76، ص 120.
2 - حيث أن قاعدة عدم جواز تطبيق القاضي الوطني في المواد الجنائية غير قانون دولته، تختلف عما هو مقرر في المواد غير الجنائية، حيث يطبق القاضي الوطني طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص في بعض الأحوال قانوناً أجنبياً، وهذا ما أوصى به مؤتمر بوخارست عام 1929 م، على جواز السماح بتطبيق القانون الجنائي الأجنبي بصفة استثنائية وبضمانات معينة، كما وقد أوصى المؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات الذي انعقد في لشبونة عام 1961م، بعقد اتفاقيات بين الدول التي تجمعها مصالح مشتركة تنص على تطبيق القانون الأجنبي أو جزء منه بالنسبة لأنواع معينة من الجرائم كجرائم الطرق واستبعاد من نطاق ذلك الجرائم السياسية، والجرائم الماسة بالأخلاق، وذلك لإختلاف نظرة الشعوب ومن ثم التشريعات بشأنها، وعلى كل حال فقد أوصى المؤتمر ألا يكون في تطبيق القانون الأجنبي مساس بالنظام العام في الدولة التي تطبقه، وفي الختام عبر المؤتمر عن أملة في تجاوز الصعوبات العملية التي تعوق تطبيق القانون الأجنبي كما حدث بالنسبة لتطبيق أحكام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

وعطفا على هذا الرأي المعارض لفكرة تقييد القاضي الوطني بالقانون الوطني أمكن القول بأن مبدأ تقييد القاضي بالقانون الوطني يعرف بعض الإستثناءات يمكن حصرها في إثنين فأما الاستثناء الأول فيمكن في : - المسائل غير الجنائية التي تتوقف عليها الدعوى الجنائية - وهي حالة تطبيق القانون الأجنبي غير الزجري، بأن يكون الفصل في الدعوى الجنائية متوقفاً على البحث في مسألة غير جنائية، لا يمكن حسمها وفقاً للقانون الدولي الخاص، إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي، أو ضرورة توافر وضع قانوني سابق على هذه الجريمة، ويسمى بالشرط المفترض³.

اما الاستثناء الثاني فهو : - مراعاة شرط ازدواج التجريم والعقاب - وذلك في حالة كون الفعل الذي يرتكبه وطني في الخارج معاقباً عليه طبقاً للقانون الساري في الاقليم الذي ارتكب فيه، وإعمال القانون الجنائي الأجنبي في هذه الحالة يعد شرطاً فعلياً لإمكان محاكمة الجاني، ويتعين على المحكمة التي تنظر في الفعل الإطلاع على نصوص القانون الأجنبي والتحقق مما إذا كان الفعل يشكل جريمة أم لا، أي أنها تلجأ في ذلك إلى ضرب من ضروب التفسير، ويتمتع على المحكمة إدانة الجاني ريثما يثبت لها خلو القانون الجنائي الأجنبي من نص يجرم الفعل المرتكب.

على أن هذا الاستثناء الأخير نجده معمولا به في القانون الفرنسي، وذلك في الفقرة الثانية من المادة (113 - 6) من قانون العقوبات الفرنسي، بالنسبة للجنة التسيير التي يرتكبها فرنسي في الخارج إذا ثبت أن هذه اللجنة معاقباً عليها في الدولتين، فالقاضي الفرنسي يصبح في هذه الحالة ملتزم بالقانون الأجنبي في تعامله مع هذه اللجنة ولا يملك مخالفته، و وفقاً للمادة (113 - 5) من قانون العقوبات الفرنسي، يطبق قانون العقوبات الفرنسي على كل من يرتكب داخل إقليم الدولة فعلاً من أفعال المشاركة في جريمة وقعت كلها في الخارج إذا كانت هذه الجريمة " جنائية أو جنحة " معاقباً عليها في كل من القانونين الفرنسي والأجنبي، وثبتت مسؤولية الجاني بموجب حكم نهائي من القضاء الأجنبي، وهذه صورة من صور الأخذ في الاعتبار القانون الأجنبي عند تطبيق الأجنبي التشريع الوطني، وهو المبدأ الذي تم تكريسه أيضاً بموجب المادة 4 من قانون تسليم المجرمين الفرنسي التي نصت على ذات المعنى بضرورة أن تكون الوقائع التي تعد شروعاً أو اشتراكاً في الجريمة معاقباً عليها في قانون الدولة المطالبة بالتسليم والدولة الطالبة⁴.

³ - فمثلاً توافر صفة الموظف العام يحدد مجال وقوع جرائم استغلال الوظيفة العامة، ووجود عقد من عقود الأمانة يحدد مجال وقوع جريمة خيانة الأمانة، وتوافر عقد الزواج يسهم في تحديد مجال وقوع جريمة الزنا، الدكتور حسنين إبراهيم صالح عبيد : مقترحات الجريمة (مدلولها - طبيعتها - ذاتيتها) ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، سبتمبر - ديسمبر 1979 م ، العددان الثالث والرابع ، السنة التاسعة والاربعون ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1981 م ، ص 3 وما بعدها.

⁴ - حيث تنص (المادة 4) من قانون تسليم المجرمين الفرنسي على :

"...Les faits constitutifs de tentative ou de complicité sont soumis aux règles précédentes à condition qu'ils soient punissables d'après la loi de l'état requérant et d'après celle de l'état requis ..."

وان كانت بعض الأنظمة القانونية تعترف بهذا المبدأ فقد أخضعته لبعض القيود كضرورة أن يكون القانون الأجنبي المطبق امام القضاء الجنائي الوطني أصحاً للمتهم كالقانون الأثيوبي الذي نص على تطبيق القانون الأجنبي الساري المفعول على الجريمة بسبب وقوعها في الخارج اذا كان هو الأصلح للمتهم (المادة 40 من قانون العقوبات)

ان الاشكال المطروح بخصوص مبدأ تقيد القاضي بقانونه الوطني لا يقف هنا وانما يمتد الى آثار الأحكام الأجنبية على اجراءات محاكمة المجرمين المائلون أمام القضاء الوطني ذلك أن حجبية الأحكام الأجنبية قد أثارت جدلاً فقهيّاً تمخض عنه نظريتين الأولى وهي نظرية تقليدية : و تنكر كل أثر للحكم الأجنبي، مالم توجد معاهدة تقرر للحكم الصادر قوة تنفيذية في دولة أخرى فالدولة لا يمكن أن تعترف بأي أثر لحكم جنائي أجنبي وذلك استناداً إلى أن الحكم الجنائي ماهو إلا مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها و الاعتراف بهذا الحكم الأجنبي يعد تنازلاً منها عن هذه السيادة، كما لا يتحقق شرط وحدة الخصوم في الحكم الجنائي الأجنبي والدعوى الجنائية المرفوعة أمام المحاكم الوطنية، وذلك راجع إلى ذاتية النيابة العامة - كطرف عام في الدعوى - والتي تختلف من دولة إلى أخرى هذا فضلاً عن الصعوبات العملية التي قد تحيط بتنفيذ العقوبة التي قررها الحكم الأجنبي؛ من عدم وجود مؤسسات عقابية ملائمة لتنفيذها أو قد يكون قاضياً بعقوبة غير مقررة في التشريع الوطني، كما أنه قد يصدر الحكم الأجنبي متأثراً ببعض الاعتبارات السياسية في الخارج، أو العكس فقد تقتضي الظروف عند محاكمته أمام المحاكم الوطنية مواخذة المتهم بالشدة على خلاف ما صدر به الحكم الأجنبي.

أما النظرية الثانية وهي حديثة، والتي رأت أنه ليس من المصلحة ولا من العدالة تجاهل الأحكام الجنائية الصادرة من محاكم أجنبية تجاهلاً مطلقاً، وتعتمد على حجج داحضة ومفندة باعتبار أن الاعتراف بقيمة الحكم الأجنبي لا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة وأن هذا الأثر لا يترتب إلا باختيار الدولة المحض وموافقها و من المسلم أن النيابة العامة - الطرف العام في الدعوى الجنائية - تختلف من دولة إلى أخرى ، كما أنه من المسلم أيضاً أن المجتمع هو المجني عليه في جميع الجرائم ولدى كل الدول كما أن مفهوم القيم الأخلاقية التي تهدرها الجريمة واحدة نسبياً في جميع الدول⁵، فالدول تعاقب على معظم الجرائم لا لأنها تقع بالاعتداء على مصالح شخصية فقط، بل من أجل حماية المصلحة العامة أيضاً، كما أن القول باختلاف العقوبة بين القوانين الجنائية الحديثة، فهو يمكن التغلب عليه بأن تحاول كل دولة تقرير نوع من التقابل والتعادل بين عقوباتها والعقوبات المقررة في التشريعات الأجنبية، هذا فضلاً عن التذرع بالاعتبارات السياسية، فهو وإن كان متصور في الجرائم السياسية إلا أنه لا يمكن التسليم به في باقي الجرائم الأخرى.

⁵ - الدكتور احمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات " القسم العام " ، المرجع السابق ، رقم 76 ، ص 126 .

وحتى ان الأنظمة التي تأخذ بمبدأ الاعتراف بالأحكام الأجنبية فالأمر هنا لا يخلو من اتباع أحد المنهجين ؛ حيث ان هناك أنظمة لا تعترف بالحجية إلا للأحكام الجنائية الأجنبية التي صدرت بالبراءة أو الإدانة ونفذ العقوبة المحكوم بها أو سقطت بالتقادم، أي أن حجية الأحكام الجنائية الأجنبية متوقفة على صدور حكم بات يقضي بالبراءة أو الإدانة مع استيفاء العقوبة بالكامل، أي لا يعتد بالحكم الأجنبي بالإدانة إلا إذا كان قد نفذ العقوبة بالكامل أو سقطت بالتقادم، أما التنفيذ الجزئي فلا يعتد به ولا يمنع دون إعادة محاكمته مرة أخرى عن ذات الجرم، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي الوطني من الأخذ بعين الاعتبار في قضائه العقوبة التي نفذها المحكوم عليه بالفعل في حالة إذا ما حوكم في الخارج ولم ينفذ إلا جزء من العقوبة " تنفيذ جزئي للعقوبة " ، فالتمييز بين القوة التنفيذية للحكم وحجية الأمر المقضي به يفسر اشتراط تنفيذ العقوبة المقضي بها في الدول التي أصدرت محاكمها الحكم.⁶

وهناك من الأنظمة من تعترف بحجية الحكم الجنائي الأجنبي الصادر بالبراءة أو الإدانة سواء استوفى المحكوم عليه العقوبة المحكوم بها بالكامل أو جزءاً منها، أي أنه يعتد هو الآخر بالحكم الجنائي البات أياً ما كانت المحكمة الأجنبية المختصة التي أصدرته، بحيث يصبح المحكوم عليه وفقاً لهذا الحكم في مأمّن من ملاحقة أي دولة أخرى ينعقد لها الاختصاص بالمحاكمة عن ذات الجرم، أي أنه يعترف بالأثر السلبي للحكم الجنائي الصادر من قضاء أجنبي والذي يحول دون إعادة المحاكمة عن نفس الجريمة مرة أخرى أمام القضاء الوطني، فهو لا يشترط للاعتراف بحجية الحكم استيفاء المتهم للعقوبة في حالة الإدانة.⁷

وحيث أن كلا المنهجين يتفقا على ضرورة وجود حكم جنائي بات " *irrévocable* " صادر عن قضاء أجنبي، ولكن الفيصل بينهما هو أن الأول يشترط التنفيذ للعقوبة المحكوم بها، بينما المنهج الثاني يكتفي للاعتراف بحجية الحكم الأجنبي صدوره عن القضاء الأجنبي عن نفس الموضوع، دون الالتفات الى التنفيذ الفعلي للعقوبة التي قررها هذا الحكم الأجنبي، فالإشكالية بينهما بخصوص مدى اشتراط تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر بالإدانة من عدمه للاعتداد بحجيته في

6 - و من ذلك التشريع المصري في الفقرة الثانية من المادة الرابعة عقوبات حيث تنص على أنه " لا تجوز ممارسة الدعوى العمومية على من يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما أسند إليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته ، ونفس الشيء في نظيره الفرنسي في (المادة 113-9) والتي جاءت تنص بقولها :

- Dans les cas prévus aux articles 113 - 6 et 113 - 7, aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement à l'étranger pour les mêmes faits.

7 - نصت الفقرة السابعة من (المادة 14) من الميثاق الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** الصادر في 16 ديسمبر عام 1966 م بقولها :

- Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi de la procédure pénale de chaque pays -

مواجهة قضاء الوطني، أما الحكم الصادر بالبراءة فيستبعد حكم البراءة المؤسس على عدم وجود نص يجرمه والحكم الذي يبني على عدم قبول الدعوى لسبب إجرائي كرفعها من غير ذي صفة. ولا شك ان العديد من المؤتمرات الدولية قد أوصت⁸ بعدم إغفال الآثار المترتبة على الأحكام الأجنبية أمام القاضي الوطني، وذلك لضرورة التعاون الدولي فيما بين الدول، وسأقت العديد من الشروط الواجب توافرها في الحكم الأجنبي؛ لكي يحوز الحجية أمام قضاء الدول الأخرى وهي : أن يكون الحكم بات حائزاً على قوة الشيء المحكوم فيه ؛ وأن يكون مجرماً في الدولتين " شرط ازدواج التجريم والعقاب "؛ وأن تكون الإجراءات التي اتبعت في إصدار الحكم أو العقوبة التي قررها في حالة الإدانة قد سقطت بالتقادم أو بالعفو؛ وأن تكون قد روعيت فيها المبادئ الأساسية التي تنص عليها إعلانات حقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية، بيد أن الأحكام الأجنبية الصادرة بالمخالفة للنظام العام في الدولة والماسة بمصالحها الأساسية لا حجية لها، في حين يتم استبعاد الأحكام الأجنبية الصادرة في الجرائم السياسية أو العسكرية أو الاقتصادية

⁸ - و من هذه التوصيات ما جاء به المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات في لاهاي عام 1964 و مؤتمر بوخاريسست 1929

المحور الثاني: الآليات الدولية المتاحة كبداية لتطبيق الاختصاص الجنائي العالمي

إن القضاء الجنائي الوطني ذي الوسائل المحدودة ليس هو الضمان الوحيد لفرض العقوبات على مرتكبي الجرائم، خاصة الظواهر الإجرامية المستحدثة في الوقت الراهن، فإذا لم تصحبه وسائل قسرية بتعاون الدول فلا قيمة له فسيادة الدولة على اقليمها وان جاز التسليم به بالنسبة للقانون الموضوعي في بعض الحالات فالأمر ليس كذلك بالنسبة للقانون الإجمالي، ذلك أن الطابع المحلي أو الوطني الذي تتسم به الوسائل المتخذة من طرف كل دولة على حدة يتناقض مع اتساع صفة العالمية للجرائم المستحدثة، فالإجرام في تطور مستمر ويتخذ صوراً أو أشكالاً وأنماطاً متعددة سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد الدولي، فكان لزاماً أن تتضافر الجهود الدولية مع المحاولات الوطنية في سبيل الوصول إلي مواجهة شاملة لا تقتصر على القانون وحده، وإنما تتعدد وسائلها وتتكامل فيما بينها فالتعاون الدولي بشأن مكافحة الجريمة⁹، وذلك بوجود نظم لملاحقة الجناة ضماناً لمثولهم أمام القضاء والاقتصاص منهم ويتمثل ذلك من خلال مظاهر التعاون القضائي والشرطي التقني بين الدول.

وحيث لا يكفي تحديد النطاق المكاني لتطبيق القانون الجنائي لضمان فاعلية هذا التطبيق، مالم يدعم ذلك بإجراءات التعاون الدولي في صورته المختلفة، فالتعاون الدولي في مكافحة الجريمة وملاحقة الجناة أشكال عديدة يمكن إجمالها في عدة صور: نظام تسليم المجرمين؛ التعاون الشرطي؛ الإنابة القضائية؛ وتحويل الملاحقات وتبادل المعلومات في المسائل الجنائية؛ وتنفيذ دولة لحكم جنائي صادر في دولة أخرى وأخذة في الاعتبار؛ وأخيراً ضبط ومصادرة الناتج غير المشروع عن الجريمة¹⁰، ويتوقف الاختيار بين الإجراءات الأنسب من بين تلك الإجراءات بشكل كبير على طبيعة الجريمة وما يرتبط بها من إقامة الدليل ومكان ارتكابها وشخصية مرتكب الجريمة ومكان إقامته بهدف تحديد العقوبة وتنفيذها وفعاليتها.

ولاشك في أن اللجوء إلى إحدى هذه الصور يقود إلى إمكانية تطبيق قانون جنائي أجنبي، بل والاعتداد بإجراء جنائي على الرغم من أنه لم يتم وفق القواعد والأحكام القانونية الوطنية، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى امتداد الاختصاص، أو انحساره على نحو يخالف ما تقضي به القواعد التقليدية في تحديد نطاق تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان.

9 - وذلك لأنه حينما ترتكب جريمة فإنها قد تضر العالم بأسره وليس دولة واحدة منه فقط، وهذا ما عبر عنه فقهاء القانون الجنائي بفكرة حكومة العالم وهي فكرة قديمة ترجع للفقيه ستويكس " stoics " الذي يرى أن العالم كله مجتمع واحد، ويربط بين أعضائه الشعور بالاتحاد الإنساني وفي القرن الثامن عشر التقط الفقيه " Christian Wolf " كريستان ولف، هذه الفكرة واعتنق مذهبها غير أنه أطلق عليها اصطلاح الدولة الأسمى أو الدولة الأم وهو اصطلاح التقطه الفقهاء من بعده، وقد تحدث عنه أيضا الدكتور شريف بسيوني .

¹⁰ - BASSIOUNI (cherif), Introduction au droit pénal international Bruyant - Bruxelles 2002 P174

أولاً : نظام تسليم المجرمين " L'extradition "

ويعتبر تسليم المجرمين من أهم صور التعاون الدولي وأكثرها شيوعاً في التطبيقات العملية بين الدول، ولعل السبب في ذلك يرجع لطبيعة نظام التسليم وأثره المباشر في تحقيق أكبر قدر من الفاعلية للتعاون بين الدول، هذه الفاعلية تتمثل في إمكانية ترحيل الشخص المطلوب لتسليمه إلى الدولة الطالبة لتتمكن من محاكمته أو تنفيذ العقاب الصادر ضده، فالتسليم يعطي للدولة المطالبة فرصة لتأكيد هيبتها في القصاص ممن انتهك حرمة قوانينها، وتجاوز حدود العدالة الإجتماعية داخل أراضيها، كما تبدو فاعليته بالنسبة للدولة المطلوب منها التسليم في التخلص من شخص خطر على المجتمع اتقاءً لشره إذ هو بقي على إقليمها، هذا فضلاً عن كونه وسيلة لتفادي إفلات المجرم من العقاب إذا كانت قوانين الدولة التي لجأ إليها لا تسمح بمحاكمته أو تنفيذ العقوبة الصادرة ضده، فمن شأن التسليم أيضاً أن يعهد بالمجرم إلى الدولة التي يعينها أكثر من غيرها لمحاكمته ومعاقبته عن جرائم كيانها أو مصالحها الجوهرية، ومن ثم فلا يخلو بمبدأ إقليمية القانون الجنائي.

وحيث يستمد الالتزام بنظام التسليم مصدره أحياناً من أحكام التشريعات الوطنية¹¹ إذ تحرص بعض الدول على تنظيم أحكام التسليم في قوانينها الداخلية، وأن كان الوضع الغالب تنظيم التسليم بمقتضى اتفاقيات دولية، وقد يستند التسليم إلى قواعد العرف الدولي أو اتفاق المعاملة بالمثل : وهو اتفاق موجز في صورة تبادل خطابات بين وزيرى الخارجية " *reciprocité* " *Déclaration de* في حالة عدم وجود معاهدة تسليم بين الدولتين أو لتكملة هذه المعاهدة.

وإذا أمكن تسليم المجرمين وفقاً للاتفاقيات الدولية أو طبقاً للتعاون الدولي، فإنه قد يصادف عدداً من الصعوبات من بطء في إجراءات التسليم بالإضافة إلى المشكلات التي تنور عند مباشرة التسليم، من اشتراط ضرورة توافر شرط ازدواج التجريم والعقاب في كلا الدولتين الطالبة للتسليم والمطلوب منها كذلك، فضلاً عما يتطلبه الكثير من الدساتير من عدم جواز التسليم في الجرائم السياسية، وكذلك عدم جواز تسليم الدولة لمواطنيها بخلاف العوائق المتوقعة الأخرى من احتمالات الدفع بعدم جواز محاكمة المتهم لسبق الحكم عليه بسبب الجريمة المطلوب تسليمه بشأنها، ومما لا شك فيه أنه لا توجد إجابة حاسمة على جميع هذه المشكلات سوى أن العامل المشترك بينهم يتحكم فيه الثقل السياسي للدولة.

ثانياً : التعاون الشرطي الدولي "L'entraide internationale de police criminelle"

وبعد أن كان يتم تسليم المجرمين عن طريق اتصالات مباشرة بين أجهزة البوليس في الدول، أصبح الآن أكثر تنظيماً، حيث عقدت من أجله عدة اتفاقيات دولية وانتهت جميعها إلى ضرورة إنشاء مكاتب مركزية في مختلف الدول تتولى دراسة الطرق الإجرامية للمجرمين الدوليين المتخصصين في هذه الجرائم الدولية، حيث كان من النتائج الطبيعية التي تترتب على مبدأ

11 - مثال ذلك القانون الفرنسي الصادر في 10 مارس 1927 م.

السيادة الإقليمية للدول، أنه لا وجود لشرطة عالمية يمتلك أعضائها صلاحية التحري عبر دول العالم عن الجرائم والبحث عن أدلتها والقبض على مرتكبيها، كما أنه لا يجوز لشرطة في دولة معينة أن تقوم بأي إجراء على إقليم دولة أخرى طبقاً لمبدأ الإقليمية وما يترتب عليه من سيادة سلطات الدولة الثلاث على إقليمها.

لكن ما لبث أن تطور التعاون بين سلطات البوليس ليصل إلي عقد اتفاقية دولية للبوليس الجنائي فيما بين الدول المختلفة ، والتي أصبحت في عام 1956م المنظمة الدولية للبوليس الجنائي "الانتربول"¹².

ومع ازدياد الجرائم العالمية وزيادة درجة خطورتها، اكتسب التعاون الشرطي الدولي في مكافحة هذا النوع من الجرائم أهمية بالغة، فعقدت العديد من الاتفاقيات الدولية بشأن ترسيخ التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول وتطوير وسائل تبادل المعلومات فيما بينها، فوجد اتفاقية تطبيق معاهدة " Schengen " في 19 يونيو عام 1990 وقد استحدثت هذه الاتفاقية وسيلتين جديدتين لتعزيز التعاون الشرطي الأوروبي لمواجهة الجرائم الدولية والعابرة للحدود، وهاتان الوسيلتان هما : حق مراقبة المشتبه فيهم عبر الحدود، حيث يخضع استعمال هذا الحق لعدة شروط تختلف ما إذا كانت المراقبة تتم في الأحوال العادية أم في حالة الضرورة والتي تسمح لرجال الشرطة تجاوز الحدود الإقليمية لدولته والدخول في إقليم دولة أخرى بدون إذن هذه الأخيرة وذلك لمتابعة مراقبة المشتبه فيه¹³، والحق في ملاحقة المجرمين خارج الحدود الوطنية، كما نصت الاتفاقية على نظام تسجيل المعلومات أطلق عليه تعبير " Le système d'information Schengen " وهو يمثل قاعدة تكنولوجية للمعلومات المتعلقة بالأشخاص المطلوبين والأموال والأسلحة...، التي يتم البحث عنها.

كما وقد أشار المؤتمر الدولي السادس عشر الذي عقد في بودابست عام 1999م، إلى التطور الملحوظ في مجال التعاون الدولي الشرطي ولاسيما استخدام وسائل جديدة منها : استخدام أجهزة الشرطة الإقليمية مثل " نظام الأيرربول " في دول أوربا¹⁴، واستخدام وسائل التكنولوجية الحديثة، كنظام المراقبة عبر الحدود بواسطة الأقمار الصناعية.

12 - هذه المنظمة ليس لها أي طابع رسمي أو حكومي ، ولكنها تتمتع بالشخصية القانونية ولها ميزانية خاصة وجهاز إدارة ، وقد ظهرت فكرة هذه المنظمة في فينا عام 1923 م ، تحت اسم " اللجنة الدولية للشرطة الجنائية " حيث كان المقر الأول لهذه المنظمة ، ثم انتقل مقرها الى برلين ثم أصبح مقرها في مدينة ليون الفرنسية منذ عام 1946 م ، ويبلغ عدد أعضائها (177) دولة.

13 - حددت الفقرة (7) من المادة 4 من الاتفاقية الخاصة بتطبيق معاهدة Schengen الجرائم التي يمكن أن تشكل حالة ضرورة على سبيل الحصر في القتل العمد ، والاعتصاب ، والحريق العمد ، وتزوير العملة ، والسرقة المشددة، والخطف ، واخذ الرهائن ، الجرائم المتعلقة بالسلح والمتفجرات ونقل النفايات السامة.

14 - اتفاقية إنشاء جهاز الأيرربول في 22 يوليو عام 1995 م ، بين أعضاء الاتحاد الأوروبي ، بناءً على اقتراح تقدم به المستشار الألماني " Helmut kohl " أثناء قمة لكسمبورج في 29 يونيو عام 1991 م ، بحيث يكون على نموذج الشرطة الفيدرالية الألمانية أي بمثابة " FBI " ، وكان مقره في ستراسبورج ، ثم نقل إلي لاهاي.

ثالثاً : التعاون القضائي *Coopération judiciaire Internationale*

إن التعاون بين سلطات البوليس في مختلف الدول من أجل البحث والقبض على المجرمين الفارين، رغم أهميته وكونه من أبرز صور التعاون الدولي في مجال الجريمة الدولية و العابرة للحدود، إلا أنه في حاجة إلى تدعيم بتعاون في مباشرة الإجراءات القضائية والتحقيقات كل ذلك للوصول إلى محاكمة الجناة والاقتصاص للمجتمع الإنساني بأكمله، فإذا ما أريد مباشرة أعمال إجرائية خارج الإقليم (مثل سماع الشهود أو إجراءات المعاينة المادية أو تبادل المعلومات الخاصة بالمجرمين المسجلين خطر) فيتعين طلب مساعدة هيئة قضائية أجنبية مختصة جغرافياً طبقاً لقواعد الاختصاص الإقليمي من خلال التعاون القضائي الدولي الذي ينقسم إلى :

1- الإنابة القضائية "La commission rogatoire"

حيث تقوم الدولة صاحبة الاختصاص الأصيل بملاحقة الجاني بإنابة سلطات دولة أخرى تسمى (الدولة النائية) باتخاذ بعض إجراءات الجنائية على أرضها لمصلحة الأولى (الدولة المنبئية)، ولكن الإنابة القضائية ليست بديل عن اختصاص القضاء الوطني طبقاً لقواعد الاختصاص المكاني التقليدية، فهما صورتان مستقلتان وغير متعارضتين، قد يتلازما معاً لضمان حسن سير العدالة الجنائية، فهي لا تتعارض مع مبدأ الإقليمية وسيادة الدولة على إقليمها وعدم السماح بتدخل أي سلطة أجنبية في اختصاص سلطاتها الوطنية.

وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكم لها من أن تنفيذ الإنابة القضائية يجب أن يتم وفقاً للإجراءات المقررة في قانون الدولة المنفذة للإنابة وجاء تطبيقاً صريحاً للمادة 694 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي و التي نصت علي :

"Les demande d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères sont exécutées, selon l'origine de la demande ou la nature des actes sollicités, dans les formes prévues par le présent code pour l'enquête.... "

ومفاد هذه المادة أن طلبات المساعدة القضائية الصادرة من سلطات قضائية أجنبية يكون تنفيذها وفقاً لمصدر الطلب أو طبيعة العمل المطلوب، وذلك بالشكل المنصوص عليه في هذا القانون (قانون الدولة المنفذة للإنابة).

وإن كانت الاتفاقيات الدولية الحديثة خففت من حدة القاعدة السابقة بإجازة تنفيذ الإنابة القضائية وفقاً للأحكام الإجرائية المنصوص عليها في قوانين الدولة الطالبة، وليست المطلوب منها على خلاف القاعدة العامة في الإنابة، وذلك في الحالات التي لا يوجد فيها تعارض مع المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية في قانون الدولة المطلوب منها، نزولاً على مبدأ الإقليمية¹⁵.

15 - الدكتور عبد القادر صابر جرادة : القضاء الجنائي الدولي ، المرجع السابق ، ص 836 وما بعدها.

فالقاضي الوطني يجد نفسه إذن مطالباً، بتطبيق القانون الأجنبي مباشرة، صراحة أو ضمناً، على الوقائع المعروضة أمامه، وهو ما يعني الخروج على مبدأ إقليمية القانون الجنائي، والسماح بتطبيق قانون أجنبي في إقليم الدولة.

2 - تبادل المساعدات والمعلومات في المسائل الجنائية أو تحويل الملاحقات الجنائية " La Transmission des poursuites "

ولعل ان تبادل المساعدات و المعلومات في المسائل الجنائية أو نقل الإجراءات الجنائية (أو تحويل الملاحقات الجنائية) تمثلان صوراً للتعاون الدولي في المجال الجنائي ومكافحة الجريمة العالمية، وهذا التبادل قد يأخذ صورة نقل ملفات المجرمين المسجلين خطر والسماح لدولة أخرى بالإطلاع عليها لتيسير سير عملية التحقيق والمحاكمة في هذه الأخيرة، وقد يتخذ صورة سماع الشهود أو استجواب بعض المشتبه فيهم أو المتهمين وذلك إما عن طريق سلطات التحقيق أو السلطة القضائية في الدولة أخرى، وهو ما يسميه البعض بالاختصاص التمثيلي " Compétence par représentation " أو الاختصاص بالتفويض "Compétence déléguée"، أو تسهيل التعاون القضائي بين الدول باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة كتقنية الفيديو كنفانس "Vidéoconférence"¹⁶؛ أو تقنية التحقيق عن بعد بالسماح للقاضي في دولة معينة بسماع الشهود أو استجوابهم في دولة أخرى عن طريق الدوائر التلفزيونية، بدلاً من الانتقال الفعلي الى دولتهم.

وسيرا في اتجاه السياسة الجنائية الحديثة لمكافحة الجريمة ينبغي أن تجمع المعلومات من مصادر متعددة، وألا تحول مركزية المعلومات دون نشرها وتبادلها فيما بين الدول، بعد ترتيبها ودراستها ومعالجتها، على نحو يسمح بالإفادة منها في مرحلة التحقيقات والمحاكمة، لمتابعة الأشخاص المشتبه فيهم، وتبادل الخبرات او المساعدات التقنية هذا من الأهمية في ظل عولمة الجريمة الأمر الذي دعا الاهتمام به في المحافل الدولية، وجاءت صيغة له في إعلان الأمم المتحدة بشأن الجريمة والأمن العام في (المادة الرابعة) منه.

ومما لا شك فيه أن تبادل المساعدات و انتقال الإجراءات فيه نزولاً صريحاً على اقليمية قانون الإجراءات الجنائية، حيث يعتد بصحة إجراءات جنائية تمت في دولة ما، أمام قضاء دولة أخرى، ومن الواضح أن من بين هذه الإجراءات ما لا يصلح بطبيعة الحال أن يكون محلاً لتقنية الإجراء عن بعد، كما هو الحال في القبض والتفتيش الاعتقال الاحتياطي وإجراءات المعاينة.

ان تمسك القاضي الوطني بالقواعد التقليدية للاختصاص الجنائي لا يمكن ان تسعفه في أحيان كثيرة في تحقيق عدالة حقة سواء للجاني مرتكب الجريمة العالمية أو العابرة للحدود وللضحية او حتى للمجتمع محليا كان او دوليا باعتباره المتضرر الغير المباشر والمباشر أحيانا من الجرائم المرتكبة والمهددة لاستقراره وهذا ما أدى الى ظهور أليات قانونية منصفة نوعا ما لتحقيق عدالة

16 - الدكتور طارق سرور : الاختصاص الجنائي العالمي ، المرجع السابق ، ص 53 وما بعدها.

أكثر عند بعض الأنظمة القانونية الحديثة بانفتاحها على القانون الأجنبي للدولة موطن الجريمة أو التي يحمل الجاني أو الضحية جنسيتها وذلك بالبحث في المسائل غير الجنائية التي تتوقف عليها الدعوى الجنائية عند الحكم في الجريمة أو مراعاة شرط ازدواج التجريم والعقاب وكذا الاعتراف بحجية الأحكام الأجنبية وترتيب آثارها سواء كانت آثارا ايجابية أو آثارا سلبية وإن كان يرد عليها احيانا بعض التحفظات خاصة اذا تعلق الأمر بالمساس بالنظام العام للدولة القاضي.

ولعل ان التعاون الدولي يبرز أهميته هو الآخر للقضاء على الجريمة والاقتصاص من الجناة اينما حلوا وارتحلوا، باعتباره آلية تمكن من توفير الوقت والجهد والاقتصاد في النفقات المالية، كما قد يكون لها بعد إنساني هام لا يمكن إغفاله وهو حماية الأشخاص سواء أكانوا الشهود أو الضحايا أو حتى القضاة والقائمين على التحقيقات، خشية تعرضهم للإيذاء أو الخطر خاصة في الجرائم الخطيرة كالجرائم المنظمة والعصابات الاجرامية الدولية.

التبلور الدلالي لمصطلح "أساسية" الحقوق والحريات في الاجتهاد الفقهي والدستوري المقارن

إخلاص عزولة

باحثة بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بسطات. جامعة الحسن الأول

لقد أدى مصطلح "الحقوق الأساسية" على مدى السنوات الثلاثين الماضية إلى تعددية الخطاب النظرية¹. وفي الواقع، وعلى العكس من العديد من الدول الأوروبية، لم يعرف المغرب في ظل الدساتير السابقة على دستور 2011، أي لائحة "كتالوج" لهذه الحقوق الأساسية، كما ان النصوص القانونية لا تشير إلى هذه المفردة "الأساسية"، وعلى غرار فرنسا التي لم يحدد الدستور أي لائحة بهذه الحقوق التي توصف بأنها أساسية، رغم وجود بعض النصوص في المشهد القانوني الفرنسي تشير إلى مفردات "الأساسية"، غير أن هذه الأخيرة لا تقدم سوى مساعدة نسبية. وفي معظم الحالات فالمشرع كما القضاء الدستوري والفقهاء ظلوا صامتين على قائمة القواعد التي يحتمل أن تستفيد من هذا الاسم أو على تعريف الحق أو الحرية الأساسية²، وهو نفس التوجه الذي ظل سائدا في فرنسا بالرغم من أن النقاش فيها قد أثير منذ سنوات 1990، فإن هذا لم يؤثر على الاجتهاد الدستوري المغربي حتى مع صدور دستور 2011 الذي وضع لائحة حصرية للحقوق والحريات الأساسية، خصوصا وأن مرحلة التسعينيات في فرنسا عرفت تحولا في المصطلح، حيث تمت تسمية دروس "الحريات العامة" تدريجيا بـ "قانون الحريات الأساسية Droit des libertés fondamentales".

هكذا اتبعت عناوين الكتب المدرسية في فرنسا هذا التطور، مع الاحتفاظ بمكانة متغيرة لكل من هذه المصطلحات، وفي هذا الصدد يميز P. Wachsman ثلاثة أنواع من المواقف من جانب مؤلفي الكتب³: تلك المتعلقة بالمحافظين الذين يرفضون الالتزام بالتعبير الرسمي للمصطلحات وبيقون مخلصين للعنوان التقليدي "الحريات العامة" (P. Wachsmann lui-même, J. Rivero et H.)

¹ - Voir : Samuel ETOA, Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux ». Analyse des discours juridiques français, Thèse, Université de Caen Basse-Normandie, juillet 2010.

² -Les exemples du référé « liberté fondamentale » mis en place par la loi du 30 juin 2000 et des projets de 1990 et 1993 qui visaient à l'introduction d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité nous paraissent symptomatiques d'un attrait des pouvoirs publics pour la langue et le dis- cours des droits fondamentaux autant que d'une difficulté de ces derniers à distinguer ce qui relève ou non de cette appellation.

³ - P. Wachsmann, « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », R.U.D.H., 2004, vol. 16, n° 1-4, p. 42.

Moutouh D. Turpin (...). أو "حقوق الإنسان" (D.Lochak)⁴. وتلك المواقف المتعلقة بالمعتدلين modérés الذين لا يستطيعون جعل أنفسهم يتخلون عن العنوان التقليدي "ولكن مع نوع من المعرفة الفاشلة مقارنة بالمطالبات الرسمية" تؤدي إلى تكملة بالإشارة إلى الحقوق الأساسية (J.-M. Pontier ou J. Robert et J. Duffar)؛ والمواقف المتعلقة بالمتجددين الذين يعتمدون العنوان الرسمي (L. Favoreu et alii, B.Mathieu et M. Verpeaux, R. Cabrillac et alii, M. Delmas (...).Marty et C. Lucas de Leyssac). وبالتالي فإن قراءة عناوين الكتب المدرسية تقدم تنوعا كبيرا جدا من التسميات للمادة⁵.

ويبدو أن عناوين الكتب التي تحوم حول هذه المادة في المغرب لم تعرف أي تحول وتطور حيث ما زالت أغلب الكتب تعتمد التسميات التالية: "الحريات العامة" "حقوق الإنسان" "الحريات العامة وحقوق الإنسان"، وبشكل نسبي جدا هناك بعض الكتب التي اختارت عنوان "الحريات العامة والحقوق الأساسية"، وهذا الأمر يدل على أن الطفرة المفاهيمية التي أحدثتها دستور 2011 لم تؤثر بشكل مباشر في لغة تدريس الحقوق والحريات، وهو الأمر الذي يفرض علينا أمام هذا التحول الدستوري في المفهوم الرجوع إلى البحث عن كيف تطور هذا المصطلح الدلالي في التجارب المقارنة بغية الاستفادة من النقاش الفقهي والاجتهاد القضائي الدستوري حول عبارة "أساسية" الحقوق والحريات.

وفي سياق التغيير في المراجع الاصطلاحية في فرنسا، فإن جميع مؤلفي الكتب تقريبا شعروا بالحاجة إلى شرح أسباب اختيارهم. إن الحجج المتنوعة المقدمة توفر مادة أولية غنية بغية فهم الرهانات، أو على الأقل، تقديم الرهانات التي يربطها المؤلفون باختيار المصطلحات التي تحدد الموضوع أو المادة.

للهولة الأولى، فإن مثل هذه الضوضاء، قد تكون مذهلة من وجهة نظر دلالية دقيقة. وفي الواقع فإن المرور من تعبير "الحريات العامة" إلى تعبير "الحقوق والحريات الأساسية" لا يعود أن يكون أكثر من مجرد تغيير في الكلمات. وكما يقول "ديسبلات" ولأن الكلمات ليست سوى مجرد كلمات، فإنه لا شيء غير الكلمات، وما دامت كلمات فهي قابلة لاختراقها بتعدد التفسيرات والمفاهيم التي لا تحدها بأي ضرورة منطقية.

⁴ - Danièle Lochak, Les droits de l'homme, Collection : Repères n°333, Éditeur : La Découverte, Année : 2009.

⁵ - Voir : Véronique Champeil-Desplats, des libertés publique aux droits fondamentaux : effet et enjeux d'un changement de dénomination, Jus Politicum- n°5 – 2010, p 1.

Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux (B. Mathieu et M. Verpeaux), Droit des libertés fondamentales (L. Favoreu et alii, J.-J. Israël), Libertés et droits fondamentaux (T. Revet et alii; M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac), Droits de l'homme et libertés de la personne (R. Charvin, J.-J. Sueur), Libertés publiques (C. Leclercq ; P. Wachsmann), Droits de l'homme (D. Lochak), Libertés publiques et droits de l'homme (G. Lebreton), Droits de l'homme et libertés fondamentales (J. Robert et J. Duffar).

إن الانتقال من تعبير الحريات العامة إلى تعبير الحقوق الأساسية قد لا يكون له أي تأثير على مجموع القواعد القانونية التي تدرس في الكتب، وفي هذه الحالة فإن المؤلفون يستسلمون لهواء أزمنة المصطلحات، دون تعديل بنية أفكارهم⁶. وإذا كان التغيير المصطلحي غير مكرث به بالنظر إلى المعنى الدلالي، فإن الأمر قد لا يكون كذلك فيما يتعلق بالقيمة الخاصة بالكلمة (المفهوم). إن هذه القيمة تشير هنا بطريقة بسيطة إلى فهم مقصود *intension* المصطلحات⁷، أو بشكل أدق، مجموع المفاهيم التي تتيح استخدام موضوع الكلمات في سياق لغوي أو مفاهيمي معين.

لذلك فإن جنينية المفهوم في النظام الدستوري المغربي وهذا الانتقال في المفهوم يحيلنا أولاً إلى تحديد خصوصيته واستعمالاته، كما يحيلنا إلى تحديد قيمته الدلالية انطلاقاً من وجهات النظر الفقهية والاجتهاد الدستوري في التجربة المقارنة.

⁶ - تم تقديم التوضيح في كتاب روبرت ودوفار. باستثناء التحديثات الضرورية، لا توجد تغييرات كبيرة بين الطباعات المعنونة "الحريات العامة وحقوق الإنسان" وتلك التي أصبحت منذ ذلك الحين حقوق الإنسان والحريات الأساسية. بالإضافة إلى ذلك، يتداخل المؤلفون عن كثب مع التعريفات التي يقدمونها لهذه التعبيرات المختلفة، انظر كتابهما.

J. Robert et J. Duffar, *Libertés publiques et droit de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1988, p. 18 et *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 20.

⁷ - G. Frege, « Sens et dénotation », in, *Ecrits logiques et philosophiques*, Paris, Le Seuil, coll. « Points. Essais », 1994, pp. 102-126.

المحور الأول: التبلور الدلالي لمصطلح "أساسية" الحقوق والحريات

عندما نتحدث عن الحقوق الأساسية فإن ألمانيا تشكل بسرعة النموذج ومصدر الإيحاء. قليل من المؤلفين الذين لا ينكرون العلاقة بين الحقوق الأساسية وال Grundrechte الألمانية (الحقوق الأساسية). لقد كتب العميد فافورو على سبيل المثال أن العبارة لم "تستخدم إلا في ألمانيا الفدرالية حيث تأخذ معنى محدد ينص عليه الدستور"⁸. إن الغرض هنا هو الدلالة من وجهتي نظر: أنه أولاً إلى الحد الذي يشير إليه العميد "فافورو" بشكل حصري في ألمانيا، بينما استعملت دول أوروبية أخرى في نفس الوقت هذه الإشارة في دساتيرها⁹، ثم ثانياً، فإن عبارات المؤلف الذي ساهم فيه فافورو تؤكد وجود معنى دقيق يمنح لتعبير الحقوق الأساسية في ألمانيا. غير أن هذه الاعتبارات لا تمنع هذه الأخيرة من اعتبار الحقوق الأساسية صنف (فئة) عام générique، فئة تجمع جميع الحقوق والحريات المحمية دستورياً. وهذا معنى واسع نسبياً لأنه يأخذ في الحسبان جميع الحقوق المضمونة من خلال الرقابة على دستورية القوانين، بصرف النظر عما إذا كانت مدرجة في النص الدستوري أم لا.

لكن هذا القبول بالحقوق الأساسية يختلف اختلافاً كبيراً عن ذلك المستخدم في ألمانيا، حيث لا تعتبر كل الحقوق الدستورية مؤهلة لتكون حقوقاً أساسية Grundrechte بموجب القانون الأساسي¹⁰. خصوصاً وأن نعت حق أساسي يفضي في ألمانيا إلى حماية محددة تتميز بالرجوع إلى المادة 93 الفقرة 4 من الدستور، التي تعطي لكل شخص يعتبر نفسه منتهكاً في أحد حقوقه، الحق في الإحالة إلى محكمة الدستورية الفدرالية.

من الواضح أن هذا الضمان لم يكن له وجود في أو حتى في فرنسا، فحماية الحريات ضد الأعمال المنبثقة عن المشرع تعود فقط إلى سنوات السبعينيات، والرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري تتم فقط بين مراحل التصويت وإصدار القانون، مما يدل على الطبيعة التقييدية للنصوص المتعلقة بسلطات الإحالة، وحتى بالنسبة للتجربة المغربية فإن الحديث عن أي إحالة من طرف الأفراد لم يكن ممكناً وكذا الرقابة على القوانين العادية لم تتكرس إلا بعد تجربة المجلس الدستوري خلال دستور 1992. وعلى الرغم من الإصلاح الدستوري الذي سنتشهده التجريبتين الدستوريين المغربية والفرنسية والمتعلق بالرقابة اللاحقة عن طريق الدفع بعدم الدستورية فإن الدستور لا يفتح المجال للأفراد بأن يحيلوا القوانين مباشرة إلى القضاء الدستوري.

⁸ - L. Favoreu, « Rapport général introductif », in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, L. Favoreu (dir.), Paris – Aix-en- Provence, Economica – Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p. 41.

⁹ - كذلك الدستور البرتغالي والدستور الإسباني.
¹⁰ - وكذلك، فإن حرية تشكيل الأحزاب السياسية المنصوص عليها في المادة 21 (1) من القانون الأساسي لا تنتمي إلى قائمة الحقوق الأساسية أو الحقوق المماثلة أو المماثلة للحقوق الأساسية في الفقرة 4 أ من المادة 93.

لذلك لا يوجد شيء يمكن مقارنته بالمثال الألماني الذي تنظر فيه الحقوق الأساسية في المقام الأول على أنها فئة محددة من الحقوق الدستورية الشخصية والمعتبرة كذلك بموجب القانون الأساسي¹¹. وعليه يمكن التساؤل حول كيف تحول Grundrechte إلى الحقوق الأساسية. ومن أجل فهم هذه النقطة فمن الضرورة العودة إلى مقال M. Fromont الذي نشر عام 1975 مقالة حول الحقوق الأساسية في النظام القانوني لجمهورية ألمانيا الفدرالية¹²، ففي هذه المقالة تفهم الحقوق الأساسية في معناها الموضوعي والذاتي (الشخصي). وهذا التحول في طريقة فهم الموضوع ليس من دون نتيجة على المفهوم، لأنه يميل إلى التأكيد على الطبيعة الهيكلية للحقوق الأساسية. وتعود هذه الطبيعة إلى المكانة المتفوقة التي تحتلها الحقوق في النظام القانوني الألماني.

وبطبيعة الحال، فإن الرقابة على الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية لها أهمية خاصة، لكن فقط بقدر ما تسمح بالإخضاع الفعلي لجميع السلطات العامة ومختلف فروع القانون "للحقوق الأساسية". وبينما يذكر المؤلف وجود الطعن الدستوري في هذا المقال، فلا يجب أن ننسى أن ما يوصف أولاً وقبل كل شيء هو قدرة الحقوق الأساسية على إبراز النظام القانوني. وهي قدرة تنتج أقل من الطبيعة الأساسية أو الحماية الخاصة الممنوحة لها من خلال وضعها لمعايير دستورية أو حقوق محمية دستورياً.

إنه من حق العميد فافورو أن يثبت وجود إشكالية دستورية فروع القانون¹³، مقارنة بما هو موضح في ألمانيا، عندما يكون هناك في نظام قانوني مخزون من المعايير الدستورية الجوهرية ومسطرة للرقابة المادية على دستورية القوانين، حتى لو كانت تمارس بشكل وقائي¹⁴.

إذا كانت بعض الدساتير قد تجنبت الإشارة إلى عبارة الحقوق الأساسية كما هو الشأن بالنسبة للدساتير المغربية السابقة وكما هو الشأن في الدستور الإيطالي الذي انتهج في هذا التحديد منهج التوسع في بيانها على وجه التفصيل، بحيث استعمل في المادة الثانية منه تعبير "حقوق الإنسان غير القابلة للمس" وحدد هذه الحقوق صراحة في المادة 13 وما بعدها من الدستور، وهو التعبير الذي فتح الطريق أمام القضاء الدستوري لاستخلاص ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي قيل بأن الدستور قد أغفل تبيانها، فإن العودة إلى الدستور الألماني الاتحادي نجده ينص بصريح العبارة على الحقوق الأساسية في المواد من 1 إلى 19 و 4/20 و 33 و 38 و 101 و 103 و 104، مقتصرًا في ذلك على بيان حقوق الإنسان التقليدية والتي تمثلت في جيلها الأول (الحقوق المدنية والسياسية) دون الحقوق الواردة في جيلها الثاني (الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، أما

¹¹- D. Capitant, Les Effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, Paris, LGDJ, 2001, p. 3.

¹² - M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1975, p. 49-64.

¹³ - L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago, Paris, Economica, 1996, p. 25-42.

¹⁴ - L. Favoreu et T. S. Renou, « Rapport général introductif », La Cour de cassation et la Constitution de la République, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994 organisé par le GERJC et la Cour de cassation à Paris, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 20.

الدستور النمساوي فلم يعرف فكرة الحقوق الأساسية كاصطلاح فني، وإنما اقتصر على بيان اختصاص المحكمة الدستورية على الإشارة إلى دورها عند انتهاك الحقوق التي يحميها الدستور (المادة 144). والملاحظ أن الاتفاقيات الدولية في النمسا تعتبر جزءاً من القانون الاتحادي وتأخذ مرتبة الدستور الاتحادي، وقد تضمنت معاهدة فيينا لسنة 1955 نصوصاً تتعلق بالحقوق الأساسية سبق أن تضمنتها من قبل معاهدة سانت جيرمان كما كان انضمام النمسا إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أثره في توسيع نطاق هذه الحقوق، وهذا لم يمنع المحكمة الدستورية النمساوية من استخلاص حقوق أساسية مع شيء من التحفظ والحذر والمهارة¹⁵.

ويبدو أن ألمانيا الفدرالية تشكل خصوصية خاصة مقارنة مع التجارب الأخرى بالرغم من أن مصطلح الحقوق الأساسية أصبح الآن منتشرًا بقوة في تعبيرات القضاء الدستوري المقارن. وبالرغم من الإشارة في الاتفاقية الأوروبية لعام 1950 لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية فإن الأمر استدعى انتظار حتى نهاية التسعينيات لكي تستخدم محكمة ستراسبورغ هذا التعبير على سبيل المثال في حكم صادر في 25 نوفمبر 1997 في قضية "زانا" ضد "تركيا"¹⁶.

إن الانتقال إلى الحقوق الأساسية ينطوي بدوره على تطور في المفهوم الكلاسيكي للحقوق والحرريات، وبالنتيجة ينطوي على مجموعة من التساؤلات الفقهية.

دون التظاهر بالشمولية على حد تعبير "ديسلات"، يمكن عزل ثلاث مجالات من المحتمل أن تتأثر باستخدام تسمية "الحقوق أو الحريات الأساسية" بدلاً من "الحرريات العامة"، تلك المتعلقة بمواضيع الحقوق والحرريات، وتلك المتعلقة بهدف الحقوق والحرريات، وأخيراً تلك المتعلقة بالقيمة القانونية للحقوق والحرريات المعنية.

الفقرة الأولى: موضوعات الحقوق والحرريات: من الكونية إلى الخصوصية

هل مواضع الحرريات العامة هي نفسها بالنسبة للحقوق والحرريات الأساسية؟ هذا السؤال يبدو أنه ظل هامشياً ولم يتم طرحه كثيراً لدراسة "الانزلاق" من حقوق الإنسان إلى الحقوق الأساسية. وكان من الممكن طرحه بالصدفة في حالة مواضع الحرريات العامة.

على المستوى المعجمي، خلافاً لتعبير "حقوق الإنسان" فإن تعبيرات "الحرريات العامة" و"الحقوق والحرريات الأساسية" تشتركان في كونهما لا تشيران على الفور إلى "الإنسان". وهذا يميل إلى تفضيل التفكير في "ملكية" الحقوق والحرريات لصالح كيانات تتجاوز الفرد الإنساني لتبني أشكال

15 - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحرريات الأساسية، دار الشروق- القاهرة، الطبعة الثانية 2000، ص 46.
16 - V : Arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique, source <http://www.legifrance.gouv.fr>.

COUDERT Céline, Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français, thèse pour le doctorat en droit public, Université d'Auvergne, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, 2011, p : 10

فئوية (الجماعات- مجموعات المصالح- الأشخاص الاعتباريون¹⁷ الجماعات الترابية¹⁸، الجامعات¹⁹، الكنائس، شركات تستفيد أيضا من مسلسل المؤسسة للحريات الاقتصادية²⁰، لا مادية (الأجيال القادمة)، وحتى غير الانسان (الحيوان والنبات)).

من أجل تركيز موضوع الحقوق الأساسية أو الحريات العامة على "الإنسان" هناك مخرجين ممكنين، أن يتم تبني مفهوما مسبقا لموضوع الحق الذي يظل راسخا في المخططات التي تحيط تقليديا بحقوق الإنسان. لكن سيكون خيارا واحدا فقط من بين الخيارات الأخرى. أو نعيد دمج إشارة واضحة إلى "الإنسان" حيث سيصبح التعبير "الحقوق الأساسية للإنسان" أو "حقوق الإنسان الأساسية". ومن ثم يفترض أن جميع حقوق الإنسان ليست أساسية، وأنه يجب أن يكون هناك فرز أو تسلسل هرمي فيما بينها. لكن هذه العمليات غريبة على البحث عن الوحدة التي تحيط بشكل "كلاسيكي" بمفاهيم حقوق الإنسان والحريات العامة. وبينما تعتبر حقوق الإنسان غير قابلة للتجزئة، فإن الحريات العامة تتوحد من خلال المبادئ العامة المتعلقة بنظامها القانوني²¹.

وبالنتيجة، إذا كان كل من مصطلحي "الحريات العامة" و"الحقوق الأساسية" معجميا مرتبطان ارتباطا وثيقا بسبب عدم إشارتهم الفورية إلى "الإنسان"، إلا أن هناك اختلافات مفاهيمية صافية تميزهم، الاختلافات التي ينخرط تحليلها بالفعل جزئيا في مجال المعنى الخاص، والتي يقدمها Desplats بشكل تخطيطي على النحو التالي:

- الكون المفاهيمي لحقوق الإنسان الموروث من الثورة الفرنسية يدعونا إلى التفكير في الموضوع انطلاقا من زوج عالمي/فرداني. إن "إنسان" حقوق الإنسان كما نعرف هو أولا وقبل كل شيء فرد تحرر من عضويته في المجتمعات القديمة والوسطى التي تمتد في فرنسا في ظل النظام القديم. وتستند الحقوق الممنوحة له على عالمية الجنس البشري. هذه النظرة العالمية تقع في قلب العديد من الانتقادات الموجهة إلى فكر حقوق الإنسان، التي أتت من المناهضين للثورة (J.de Maistre) والنفعيون (بنثام) والفكر الاشتراكي (ماركس) أو الأشكال المعاصرة لمذهب الجماعاتيين communautarisme.

17 - وقد تم التأكيد بوضوح على الاعتراف بالحقوق الأساسية للأشخاص القانونيين في كتاب

L. Favoreu et alii, Droit des libertés fondamentales, op.cit., p. 2. Voir sur ce point V. Champeil-Desplats, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », Cahiers français, n° 354, février 2010, p. 21.

18 - Conseil d'État, 18 janvier 2001, Commune de Venelles, rec. 18.

19 - Tribunal constitutionnel espagnol, S.T.C. 26/1987 du 27 février, F.J. 4 a). Voir F. de Borja López-Jurado Escribano, La autonomía de las Universidades como derecho fundamental. La construcción del Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, col. « Cuadernos », 1991.

20 - Voir V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Revue de droit du travail, 2007, n° 1, p. 19

21 - Voir J. Rivero, Les libertés publiques, Paris, P.U.F., collection Thémis, 1987, t. 1, p. 15.

"إن قانون الحريات العامة (...) يدين بوحدته فقط إلى هدفه: فهو يدرس جميع القواعد التي تسهم في تطوير وحماية الحريات".

- الكون المفاهيمي للحريات العامة يعتقد أن الموضوع من الثالوث العالمية/الفردية/الجماعة، حتى الزوجين العالمية/الجماعية فقط. إن تأصيل مفهوم الحريات العامة حدث في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بالتزامن مع تكريس الحقوق والحريات المصممة لتنظيم ليس فقط العلاقات الفردية للفرد بالدولة، بل أيضا أنشطته الاجتماعية والجماعية. هذه الحقوق أو الحريات الفردية التي تمارس بشكل جماعي (حرية التجمع-التظاهر- تكوين الجمعيات والحرية النقابية...) تشكل حلا علميا بين عالمية وفردية موضوع حقوق الانسان من جهة، وضرورة تأكيد المطالبات القانونية التي تعبر عن المصالح الجماعية من جهة أخرى.

- الكون المفاهيمي للحقوق الأساسية يميل إلى التفكير في الموضوع انطلاقا من الثالوث؛ العالمي/ الفرداني/ الفئة حتى انطلاقا من الزوج الوحيد الفردية/الفئة. وبالتالي فإن الحقوق الأساسية لم يعد من الممكن ممارستها مع العالمية كأفق، ولكن بهدف الدفاع عن المصالح الفئوية²². وهذه الظاهرة سيتم الانحراف عنها إلى غاية انحلال ادعاءات موضوع الحق حيث تجاوز الحالات الفردية والإسقاط في الجماعية يكون ضروريا خصوصا في المادة الاجتماعية²³.

الفقرة الثانية: هدف الحقوق والحريات

هل تعني تعبيرات "الحريات العامة" و"الحقوق الأساسية" نفس الحقوق والحريات؟ إن النظر في محتوى الكتب يمكن أن يتيح الإجابة بشكل سريع على السؤال. ولسوء الحظ لم ينجح ذلك لثلاثة أسباب على الأقل. أولا عدد قليل من الكتاب قد غيروا في النهاية العنوان الأصلي لمؤلفهم ليشمل مصطلح "الأساسي". مما يجعل المقارنة التعاقبية غير مقنعة جدا، وعندما أجروا تغييرا فإن محتوى الكتاب لم يتغير إلا لشكل هامشي²⁴. وعلاوة على ذلك وحتى قبل إخضاعها لاختبار تغيير الإسم فإن موضوع الحقوق والحريات التي تمت دراستها، يختلف باختلاف المفاهيم التي أنشأ عليها المؤلفون كل من مفاهيم الحريات العامة أو الحقوق الأساسية. وبغية التمسك بالتعبير الأول، يمكن معارضة المفهوم المفتوح الذي دافع عنه J.Rivero والذي يرفض على وجه الخصوص

²² - A. Troianiello, « Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme ? », Débats, n° 124, 2003, p. 58 et p. 67.

"في حين أن حقوق الإنسان، وفي أعقابها، نقلت الحريات العامة تصورا جماعيا، وهو مشروع سياسي يمكن للجميع أن يشترك فيه، فإن الحقوق الأساسية تسلط الضوء على المصالح المتعارضة والخلافات المتأصلة في أي مجتمع"؛ "الشيوعية والحقوق الأساسية" تصبح (...) في نهاية المطاف المنتجات المشتقة من الظاهرة نفسها: رفض العالمية".²³ - على وجه الخصوص، حقوق العمال، التي تضع الأفراد بشكل جماعي في علاقات العمل العالمية، تفسح المجال للحقوق الأساسية للشخص المعني في مسار وظيفي خاص به. انظر بهذا المعنى:

I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », Droit Ouvrier, juillet 2002, p. 345.

²⁴ - Voir MM. Robert et Duffar, op. cit.

تميز "الحريات العامة" و"الحريات الخاصة"²⁵، فأى حرية أيا كان الموضوع، تهدف إلى دمج حق الحريات العامة انطلاقاً من اللحظة التي تعترف بها السلطات العامة وتكيف نظامها في القانون الوضعي، مع مفاهيم محصورة، محددة وفقاً لمعايير متغيرة تستخدم أحياناً لغرض وحيد متمثل في تبرير الثراء المقترض بشكل أكبر لمصطلحات متنافسة²⁶.

وأخيراً فإن المؤلفين الفرنسيين الذين كتبوا أول كتبهم مع الإشارة إلى "الأساسية" لا يستخدمون معيار موضوع أو هدف الحقوق والحريات لكي يميزوها عن كتب الحريات العامة²⁷. فهي تستند أساساً في ذلك على المعيار الهرمي. إن المتغيرات المحتملة فيما يتعلق بالغرض من الحقوق والحريات المدروسة يتم تحليلها بالتالي وقبل كل شيء كأثر جانبي لاختيار المعيار الهرمي.

إن ما يسمى بالحقوق الاجتماعية يشكل مثلاً نموذجياً لهذه الظاهرة. إن تضمينها أو لا في داخل الحريات العامة و"الحقوق والحريات الأساسية" يعتمد على الافتراضات المسبقة، من ناحية على المعنى المعطى لكل من هذه المفاهيم، ومن ناحية أخرى حول العلاقات القائمة بين الحقوق الاجتماعية ومفهوم الحقوق – المطالبة *droit-Créance*.

كلاسيكياً، يميل الفقه الفرنسي إلى رفض الحقوق المطالبة من فئة الحريات العامة، وهذه لن تتحدد إلا في الحقوق والحريات التي تستند ضماناتها على امتناع السلطات العامة (الحق ل.. *droit de*)، وبذلك يستبعد (الحق في *droit à*) من "الحقوق المطالبة" حيث ضمانها وتنفيذها ينطوي على تدخل السلطات العامة. وبسبب تفشي هذا المفهوم أعرب "ليون ديغي" عن تحفظاته فيما يتعلق بمفهوم الحريات العامة واقترح توسيعه ليشمل فكرة "الالتزام الإيجابي"²⁸.

²⁵ - J. Rivero, op. cit., p. 23. Voir également P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2005, p. 2. :

"إذا تم وصف الحريات على أنها عامة، فلا يجب معارضتها للحريات الخاصة. تقديماً الصفة دقة عن أصل القيد الاجتماعي الذي ذكرناه للتو: يُنظر إلى الحريات على أنها أهداف للتنظيم القانوني."

²⁶ - Voir MM. Mathieu et Verpeaux, op. cit., p. 18 ou L. Favoreu et alii, op. cit., pp. 1 et s.

²⁷ - ومع ذلك، يتم تعبئة هذا النوع من المعايير في مكان آخر. G. Peces-Barba، على سبيل المثال، يبرر جزئياً تفضيله لمصطلح "الأساسي" في أنه يمكن أن يفسر البعد الجماعي والاجتماعي للحقوق والحريات، G. Peces-Barba, *théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., collection Droit et Société, 2004, Droit et Société, n° 58, p. 30.

ويربط آخرون أساسية الحقوق بمعيار الحد الأدنى الوجودي.

voir R. Lobo Torres, *O direito ao Mínimo existencial*, Rio do Janeiro, Renovar, 2009 ; V. Abramovich, C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002

²⁸ - "إن تعبير " الحريات العامة " اليوم محدود للغاية، لأنه إلى جانب هذه الالتزامات السلبية، توجد التزامات إيجابية على الدولة، والتي تلزمها بوضع كل شخص في وضع يسمح له بتطوير نشاطه (...). ومع ذلك، فإنني أبقى على تعبير "الحريات العامة" لأنه (...). قد دخل حيز الاستخدام، وبالذقة التي أعطيتها للتو، ملائمة وشرعية لاستخدامها". (إذن، بالنسبة لـ L. Duguit، "الحريات العامة" هي: الحرية الفردية، وحرية العمل، والتجارة والعقود، وحرية الرأي، والحرية الدينية، وحرية تكوين الجمعيات،

L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 5, Les libertés publiques, Paris, 1926, 2ème éd., p. 2.

لكن هذه الوقفة بعيدة كل البعد عن كونها مدرسة. ولقد استعاد فقه ما بعد الحرب العالمية الثانية إلى حد كبير معيار اشكال التزامات الدولة من أجل تمييز الحريات العامة عن الفئات الأخرى من القواعد. بعض الكتاب، مع ذلك، لم يبقوا غير مبالين بالنتائج المترتبة على مصير الحقوق والحريات ذات الموضوع الاجتماعي. وحرصا على عدم استبعادها من الحريات العامة، فقد صاغوا تمييزات دقيقة تبرز بعدها المزدوج، أحدها تحمل التزاما بعدم الفعل (توفير الفعل الحر)²⁹ أو (الالتزام السلبي)³⁰ والأخرى التزاما بالفعل (المطالبة) أو (الالتزام الإيجابي). فقط البعد الأول للحقوق والحريات الاجتماعية يمكن اعتباره بعبر عن الحريات العامة³¹.

مهما كانت قوة أساسها، فإن ارتباط مفهوم الحريات العامة بالالتزام بالامتناع قوي في الثقافة القانونية. ولهذا السبب على وجه التحديد يفضل بعض المؤلفين بشكل تقليدي أن يديروا ظهورهم لمفهوم الحق الأساسي، حيث الجديد النسبي سيجعل من الممكن دمج الحقوق الاجتماعية في كل أبعادها بدون التناقص عنها³².

ومع ذلك فإن هذه المقاربة لمفهوم الحق الأساسي وعلاقته بالحقوق الاجتماعية أبعد من أن تكون أكثر انتشارا في فرنسا. وفي الواقع، فإن تضمين الحقوق الاجتماعية أو عدم تضمينها في داخل هذه الفئة الجديدة يتم تقديمها في الغالب كنتيجة لتطبيق معيار قائم على التسلسل الهرمي للقواعد. وهذا عندما لا يسترشد بالافتراضات المسبقة الأيديولوجية أو الاعتبارات الاقتصادية. وعلى سبيل المثال في الإطار الخاص لتطبيق المادة 2-521 L من مدونة القضاء الإداري رفض مجلس الدولة أن يصنف الحق في السكن كحرية أساسية بسبب عدم كفاية مستوى الاعتراف المعياري به. لا يوجد في القانون الفرنسي سوى الهدف ذات القيمة الدستورية للولوج إلى السكن اللائق، وفي القانون الدولي سوى تأكيدات ترجع إلى القانون الناعم Soft law³³. لكن نفس الرفض يتعارض مع الحق في الصحة الفردية، في حين أن متطلب حماية الصحة المعلن عنه في الفقرة 11 من ديباجة دستور 1946 والذي يشير إليه دستور 4 أكتوبر 1958 ينذر بتعدد المعايير التي تتداخل في عملية التأهيل³⁴.

²⁹ - J. Rivero, op. cit., p. 25.

³⁰ - P. Braud, La notion de liberté publique en droit français, Paris, L.G.D.J., 1968, pp. 85 et s.
³¹ - بعض الحقوق والحريات الاجتماعية ستكون بعد ذلك جزئيا حريات عامة (حرية تكوين الجمعيات، الحق في الإضراب، حرية الصناعة والتجارة)، والبعض الآخر لن تكون كذلك على أي حال إلى الحد الذي لا تبرره إلا الالتزامات الإيجابية: الحق في العمل، والحق في الراحة، والحق في الترفيه، الحق في التعليم (الخ...).

voir P. Braud, op. cit., p. 149.

³² - G. Peces-Barba, op. cit., p. 30. Voir aussi, V. Champeil-Desplats, A. Lyon-Caen (éds.), Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, éd 2012.

³³ - Conseil d'État, 3 mai 2002, Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, A.J.D.A., 2002, n° 11, p. 818.

³⁴ - Conseil d'État, Ordonnance du 8 septembre 2005, Bunel, rec. 422.

الفقرة الثالثة: المستوى الهرمي للحقوق والحريات: من القانون إلى الدستور

إن معيار المستوى الهرمي للاعتراف بالحقوق والحريات يتموقع لدى الفقه الفرنسي في مركز التمييز بين مفاهيم الحريات العامة والحقوق الأساسية. باستثناء بعض الكتاب مثل "إيتين بيكاغ"، فإن أساسية الحق أو الحرية لا تتبع في القانون الوضعي وبالتالي لا يمكن اختزالها إلى الدستور³⁵. المدافعون عن "الحقوق الأساسية" حدوها على مستواها الدستوري، وغالبا ما تمتد إلى المستوى الدولي، في الاعتراف والضمان. على العكس، فإن الحريات العامة ستعود فقط إلى النظام القانوني. إنه لمن الصعب التشكيك في أهمية القانون في المقاربة الكلاسيكية للحريات العامة³⁶.

من الناحية التاريخية، من جهة، فإن مفهوم الحريات العامة تم الترويج له في ظل الجمهورية الثالثة في وقت كانت فيه القواعد الدستورية صامته حول هذا الموضوع، وحيث المشرع عندما توقف عن أن يكون حرا للعب دور قيادي في تأكيد الحقوق والحريات وتحديد نظامها.

ومن الناحية القانونية، من جهة أخرى، فإن إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 والفقرة الأولى من المادة 34 من دستور 1958 تحيل إلى القانون على التوالي، ليحرص على تنظيم الحقوق والحريات وليضع القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين من أجل ممارسة الحريات العامة. ومع ذلك، فإن هذا الاستيعاب أو حتى الحد، لمفهوم الحريات العامة على المستوى القانوني للضمانة قد تم تأكيده بشكل كبير من قبل المروجين لمفهوم "الحريات الأساسية". إن العديد من الكتاب الذين يكتبون تحت مسمى "الحريات العامة" قد لاحظوا بالفعل تطور مستويات وأشكال ضمانات الحقوق والحريات منذ الحرب العالمية الثانية، دون اعتبار أن استخدام التسمية قد عفا عليها الزمن. إنه بالأحرى، الافتتاح المتعدد التخصصات للمادة هو الذي تم الترحيب به، لأنه يستخدم الآن إلى جانب القانون الإداري، في القانون الدستوري والقانون الجنائي والقانون الاجتماعي والقانون الدولي والإقليمي³⁷.

على هذا النحو بالنسبة لبعض المدافعين عن مفهوم الحريات العامة، فإن الضمان الممنوح على المستوى الدستوري لحماية الحقوق والحريات سيصبح في فرنسا مبالغا فيه إلى حد كبير. فمن ناحية، يهمل الأهمية المحفوظة للقانون والاجتهاد القضائي في هذه المادة³⁸، ومن جهة أخرى فإن ارتباط عبارة "الحق الأساسي" بمستوى الضمان الدستوري للحقوق والحريات سيؤدي إلى استيراد غير مبرر للمفاهيم الأجنبية.

³⁵ - E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », in Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 29.

³⁶ - Voir par exemple, MM. Robert et Duffar, op. cit., 1ere éd., 1988, pp. 7-8 ; J. Rivero, op. cit., 1987, p. 12.

"يستند وضع الحريات العامة على عدد معين من الفرضيات التي اتخذت، بالنسبة لعدد من الليبراليين، قيمة العقائد: وبالتالي، على وجه الخصوص، الثقة وضعت في المشرع لوضع القاعدة، وفي القاضي لضمان الاحترام".

³⁷ - J. Rivero, op. cit., pp. 15 et 22.

³⁸ - P. Wachsmann, op. cit., p. 5.

لقد أشار P.Wachsman في هذا السياق في ألمانيا وإسبانيا، إلى أن التأكيد على الحقوق الأساسية يرتبط بإنشاء آليات حماية خاصة ومعززة لصالح هذه الحقوق. بيد أن هذه الآليات غير موجودة في فرنسا وحتى في المغرب قبل دستور 2011. إلى غاية طرح مسألة الأولوية الدستورية على الأقل أو الدفع بعدم الدستورية، فإن الرقابة على الدستورية السابقة الاختيارية والمحفوظة لسلطات الإحالة السياسية، لن تقدم أي شيء مقارنة بالآليات الوصول إلى العدالة الدستورية في ألمانيا وإسبانيا³⁹.

وفي هذا الصدد فإن استخدام المحاكم الفرنسية لمسألة الأولوية الدستورية التي كرستها المراجعة الدستورية لـ 23 يوليو 2008 يمكن أن يؤدي إلى إعادة النظر في التحليل. على الرغم من أنها تقع في الدستور تحت ختم "الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور" والتي حققها الإصلاح في النهاية. وسيكون من الضروري تقدير ما إذا كان مفهوم الحقوق الأساسية حتى في مقارنته الرسمية الأكثر تطلباً، سيتحقق دون ذكر المصطلحات. إذا كان هذا هو الحال - وهذا ما ينكره البعض بسبب مصفاة الولوج المباشر للعدالة الدستورية التي يشكلها المرور من تقدير محكمة النقض ومجلس الدولة- سيقدم النظام الفرنسي مفارقة جميلة: في حين أن تعبير الحقوق الأساسية يتم تعزيزه من طرف الفقه دون أن يتم تكريس مفهومها في القانون الوضعي (مفهوماً لمفهومها)، فإن هذا التكريس يمكن فرضه دون أن تكون المصطلحات المفترضة محددة.

ومن المسلم به أن أي إشارة إلى "أساسية" الحقوق والحريات ليست غائبة عن القانون الوضعي الفرنسي. لكنها ليست في المكان الذي توقعها فيه أكثر الدستوريين. ويقول "فيرونك ديسبلات" إننا نتعرف عليها كلاسكيا في الاجتهاد القضائي المتعلق بالاعتداء المادي *la voie de fait* وفي القوانين (حوالي عشرة) وفي الأحكام الصادرة عن المحاكم المسماة "عادية"، وأثناء تطبيق القوانين والمعاهدات الدولية التي تستخدم صراحة الصفة⁴⁰. لكل هذه الإشارات إلى الحقوق والحريات الأساسية دلالات خاصة بها، تستند على مفاهيم غير متجانسة جداً وتبرر أو لها ارتباط مع مختلف الأنظمة والآثار القانونية، وقد يأخذ ذلك شكل أولوية معطاة لسياسات عمومية أو آليات قضائية خاصة للحماية مثل الإشارة للحرية⁴¹.

المحور الثاني: مفهوم الحقوق الأساسية في الاجتهاد الدستوري

بالرغم من كون ظهور مفهوم الحقوق الأساسية عرف موطنه في ألمانيا إلا أن استعماله سيمتد لدى الفقه والقضاء. وبالنسبة للتجربة المغربية فإن المصطلح ما كان ليبلغ لغة القاضي الدستوري بشكل واضح لولا تكريسها في النص الدستوري لسنة 2011، غير أن هذا البروز وإن كان لم يثر

³⁹ - Ibid., pp. 4 et s.

⁴⁰ - يتم إعطاء التوضيح بامتياز من خلال إجراء الإفراج المؤقت المنصوص عليه في المادة 2-521 L. من قانون العدالة الإدارية أو الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.

⁴¹ - V. Champeil-Desplats, « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », *Droits fondamentaux et droit social*, P. Lokiec, A. Lyon-Caen (dir.), Dalloz, collection thèmes et Commentaires, 2005, p. 11.

أي إشكال لدى الفقه الدستوري وكذا لدى قرارات القاضي الدستوري، فإن الأمر في فرنسا قد طرح نقاشا واسعا رغم كون دستور فرنسا لم يستعمل عبارة أساسية الحقوق والحريات بشكل مباشر، وإنما المجلس الدستوري هو الذي سيشير إليها في مجموعة من قراراته، الأمر الذي سيؤدي أكثر الى إثارة النقاش حول تحديد مفهوم المصطلح الجديد ومداه الدستوري، وكيف يمكننا أن نفهم أن حقا أو حرية هي أساسية. وهذا النقاش سيصبح ضروريا استثماره في التجربة الدستورية للمغرب نظرا لكون الدستور بالرغم من أنه حدد لائحة بالحقوق والحريات الأساسية، إلا أنه ما فتئ يشير في فصول أخرى منه إلى عبارات الحق بدون نعتة بكونه "أساسي".

الفقرة الأولى: رفض الاجتهاد الدستوري الفرنسي لفئة قانونية من الحقوق والحريات

لقد تم تفسير ظهور الحقوق الأساسية في اجتهاد المجلس الدستوري باعتباره علامة على حساسية هذه المؤسسة تجاه لغة الفقه ومن ثم إذا ما اعتقدنا أن وراء استخدام هذا المصطلح إشارة إلى الفكر "النيو دستوراني"، فهناك خطوة واحدة عبر عنها البعض بسهولة، بيد أن المجلس الدستوري لم يوافق في أي وقت من الأوقات على مبدأ لفئة "الحقوق الأساسية" التي تشمل جميع الحقوق والحريات المحمية دستوريا. على العكس إذن، هل تحتفظ هذه الهيئة العليا بهذا التأهيل لعدد قليل من الحقوق التي تتمتع بالحماية الدستورية أو حتى عناصر معينة من هذه الامتيازات.

في قراره المتعلق بالتأميم، ميز القاضي الدستور حتمية الحفاظ على الحق في الملكية عن الضمانات المرتبطة بها. وأخيرا لم يعتبر كأساسي سوى الأولى من هذه الجوانب⁴². في مجال حرية الاتصال، فإن المجلس الدستوري أدى إلى فصل الحرية التي أعلنتها المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 من نعتها كحق أو حرية أساسية. وبالتالي فإن حرية المادة 11 من الإعلان ليست حرية أساسية إلا خلال فترات متقطعة. واعتبرها كذلك على سبيل المثال في الإطار العام للقرار المتعلق بمقاولات الصحافة، لكن كف عن ذلك عندما يتعلق الأمر بالاتصال السمعي البصري⁴³.

في ظل هذه الظروف من الصعب رؤية كيفية الحفاظ على إمكانية وجود فئة عامة مؤسسة على الحماية الدستورية للحق أو الحرية المعنية. ومثل هذه المقاربة الصارمة لـ "الأساسية" كانت بلا شك محرجة للغاية بالنسبة للمجلس الدستوري الذي مدد لائحة الحقوق والحريات الدستورية المحمية بعيدا عن نطاق الدستور المكتوب. وبالرغم من ذلك سمحت هذه الملاحظة بأن يناقش الفقه فرضية وجود "فئة خاصة" ومحددة. بالنسبة للبعض فإن الحقوق الأساسية يمكن تحديد سماتها من خلال وجود نظام قانوني معزز. ومع ذلك لا يتفق الفقه على ميزات هذا النظام، ولا على قائمة

⁴² - Décision n° 81-132, considérant n° 16.

⁴³ - Comparer déc. no 84-181 DC, considérant no 37, et déc. no 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication audiovisuelle, JORF, 19 septembre 1986, p. 11294.

الحقوق التي تستفيد منها⁴⁴، بالإضافة إلى ذلك لا يطبق المجلس الدستوري عناصر هذا النظام المعزز على جميع الحقوق التي يعتبرها "أساسية"⁴⁵.

إذا أُضيف إلى ذلك ما يسمى بمبدأ "سقاطة" عدم الرجوع *le principe du cliquet anti-retour*، وهو المبدأ الذي كان، علاوة على ذلك المبدأ الوحيد الذي يمكن العثور عليه في البحوث الفقهية حول الموضوع، والذي لم يستخدم منذ عدة سنوات حتى الآن في الاجتهاد الدستوري⁴⁶، يمكن إدراك أن هذه الفئة من الحقوق لا يمكن تعريفها (تحديدها) من خلال نظام قانوني يختلف عن الحقوق والحريات الأخرى المحمية دستورياً.

وأخيراً هناك تعريف خاص آخر للحقوق الأساسية تم استعماله تحت قيادة "إيتين بيكاغ"⁴⁷، ووفقاً لهذه المقاربة فإن "الأساسية" لا ترتبط بالقاعدة *la norme* أو بمستوى حماية الحق المعني، وإنما ستكون متصلة في مضمون الصلاحية الموضوعية موضع التساؤل (الحق). وهكذا ستكون الحقوق الأساسية حقوق رئيسية لأنها مرتبطة بمبدأ الكرامة الإنسانية⁴⁸. غير أن هذا القبول الذي له ميزة طرح بديل للمفاهيم بطريقة إيجابية للغاية للنظرية المعيارية، مرفوض في الاجتهاد الدستوري. وفي الواقع يكفي الرجوع إلى قرارات المجلس لكي نعلم أن تصنيف الحق أو الحرية الأساسية غير مرتبط بإنسانية صاحب الامتياز أو بصون كرامة هذا الأخير.

وهكذا، فإن الأشخاص الاعتباريون يتمتعون بموجب قرارات المجلس الدستوري بحقوق اعتبرت صراحة أساسية. ففي قراره رقم 93-325، على سبيل المثال، أقر المجلس الدستوري بالطبيعة الأساسية لحقوق الدفاع. وهي الحقوق التي يستفيد منها كل الأشخاص حسب تعبير المجلس⁴⁹.

44 - T. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Paris, LGDJ (Biblio- thèque constitutionnelle et de science politique, t. 112), 2003, p. 72-73.

45 - إن حق الملكية الذي شدد المجلس الدستوري على صفته الأساسية، لا يستفيد من هذه الحماية المعززة. انظر: *déc. no 81-132 DC*.

46 - حول هذه النقطة يمكن الرجوع إلى:

J.-E. Schoettl, « La nouvelle loi relative au droit d'asile est-elle constitutionnelle? », *LPA*, no 26, 4-5 février 2004, p. 12-13 ; Conseil constitutionnel, *déc. no 2009-580 DC* du 10 juin 2009, *Loi no 2009-669* favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, *JORF*, 13 juin 2009, *considérant no 15*.

في هذا القرار المتعلق بحرية الاتصال، لم يأخذ المجلس الدستوري بتقنية "سقاطة عدم الرجوع" مع ذلك في قراراته رقم *DC 84-181* و *DC 345-94*. واكتفى القاضي في هذه القضية بالتأكيد على ما يلي: "يجب أن يكون انتهاك ممارسة هذه الحرية ضرورياً ومكيفاً ومتناسقاً مع الهدف المنشود (هدف مكافحة الممارسات المزيّفة على الإنترنت)".

Le juge affirmer que : « Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur Internet). »

47 - E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *L'Actualité juridique. Droit administratif*, no spécial, *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?* 1998, p. 6-42.

48 - *Ibid.*, p. 32.

49 - *Déc. no 93-325 DC*, *considérant no 84*.

وبالمثل، في قراره رقم 94-345 بشأن توظيف اللغة الفرنسية، فإن القاضي الدستوري اعتبر حرية الاتصال حرية أساسية قبل الاعتراف بأن السلطة التشريعية لا تستطيع لهذا السبب فرض عقوبة التزامات معينة على "هيئات وخدمات الإذاعة الصوتية والتلفزيونية العامة والخاصة"⁵⁰. وعلى العكس من ذلك، لم يعزو القاضي الدستوري هذه النوعية للكرامة الإنسانية⁵¹، وهو مبدأ كان، في ضوء الفرضيات الموضوعية، يستحق هذا الاسم بجدارة.

ويتبين بالتالي أن الإشارة إلى الحقوق الأساسية مترددة في كل محاولة رامية إلى التنظيم المفاهيمي، لكن هذا لا يعني أنها خالية من الأهمية. طالما أنه لا يوجد أي معايير تفسيرية مطروحة من طرف الفقه تجعل من الممكن فهم ما في الاجتهاد الدستوري على أنه "حق" أو "حرية" "أساسية"، فإن السؤال المطروح هو لماذا يستخدم القاضي هذه الإشارة المرجعية؟ يمكن استغلال مسارين، الأول وهو التأكيد على المزايا التي تعلق على هذا المصطلح والذي يرتبط بمقاربة دلالية، والثاني تم استعماله من طرف Desplats والذي يعتبر الحقوق الأساسية كأداة بلاغية بين أيدي القاضي الدستوري وهذه هي المقاربة الوظيفية.

الفقرة الثانية: المقاربة الدلالية للحقوق الأساسية

إن استخدام مصطلح جديد في تنظيم قانوني معين ليس نتاج الصدفة، وهذا على الأقل ما عبر عنه "إيتين بيكاغ" في المقال المنشور سنة 1998⁵². ولذلك فإن ظهور الحقوق الأساسية في الاجتهاد الدستوري يعتمد بشكل وثيق على التقلبات التي تؤثر على المصطلحات المتنافسة، والتقلبات التي تجعل من الممكن تجاوز الإشارة إلى لحقوق الأساسية. وبالتالي فإن تعبيرين يعانين من الصعوبات التي تفسر عدم استخدام المجلس لها إلا قليلا.

الأول هو تعبير "الحريات العامة"، على الرغم من استخدامها على نطاق واسع في الخطابات الفرنسية إلا أن هذا المصطلح يفسح المجال لبعض المغالطات التي تؤثر بشكل فوري على النطاق. على المستوى المادي، فإن مفهوم الحريات العامة غير قابل لتفسير تطور الحقوق. ومع التركيز على الإشارة إلى الحريات وليس على الحقوق، فإن الحريات العامة تعود إلى فكرة القدرة على التصرف *faculté d'agir*، سلطة تقرير المصير، في امتيازات مختصرة، فإن إرضاءها يتطلب الامتناع عن المواضيع السلبية. ومع ذلك، فإن هذه الرؤية تنطوي على انقطاع في حقوق الإنسان على حساب الحقوق المطالبية *droits- créances*، وهي فئة يشير تنفيذها إلى فكرة المصلحة. هذه المقاربة التي يمكن أن تكون مفهومة في الخمسينيات من القرن 20، تبدو الآن مفارقة تاريخية.

⁵⁰ - Déc. no 94-345 DC, considérant no 9.

⁵¹ - Conseil constitutionnel, déc. no 94-343-344.

⁵² - E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », p. 6.

ذلك أن مبدأ عدم قابلية الحقوق للتجزئة الذي أدخل في الوثائق الدولية⁵³ والاجتهاد الأوروبي⁵⁴ قد شق طريقه إلى الفكر القانوني وقرارات القضاء الدستوري. وتتبع الالتزامات الإيجابية من الأحكام المتعلقة بالحريات⁵⁵ وحريات الحقوق الناشئة عن الأحكام المتعلقة بالحقوق المطلوبة⁵⁶.

إن التحدث عن الحقوق الأساسية وليس الحريات العامة من شأنه أن يكون وسيلة لتجاوز الانقسام بين الحقوق- الحريات *droits-libertés* والحقوق المطلوبة، والتأكيد على عدم جدوى المعارضة بين الالتزام بعدم الإعاقة والالتزام بالمصلحة.

وحول أهمية مصطلح "الحقوق" كتب العميد روسيون "أن لها قيمة شاملة، إذا كانت الحريات تشكل حقوق، فهناك حقوق لا تنسحب كلها إلى الحريات"⁵⁷. ويدافع جان ريفيرو عن وجهة نظر مماثلة، والذي عرف "الحق" على النحو التالي: "سلطة معترف بها من طرف المجتمع حول موضوع محدد، لفرض التزامات معينة على الآخرين، سواء كانت سلبية-الامتناع عن التدخل في مجال الحرية الخاصة لأي كان- أو كانت إيجابية-تقديم المصالح والخدمات للذي يحق له المطالبة بها-"⁵⁸.

من مفهوم الحريات العامة إلى مفهوم الحقوق الأساسية فإن "الفضاء المعياري" إن أخذ في الاتساع⁵⁹. علاوة على ذلك لا يمكن تجاهل الفجوة الموجودة بين مصطلح الحريات العامة من جهة، وتعريف هذه الحريات كما هو الحال لدى أغلبية الفقه من جهة أخرى. في الواقع لا يقبل المؤلفون صفة "عامة *public*" على أنها محددة حقاً، تسمى الحرية عامة *publique* بمجرد

⁵³ - إعلان طهران، 13 مايو 1968 الفقرة 13، إعلان فيينا 25 يونيو 1993 الفقرة 5.
⁵⁴ - من بين الأمثلة، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (CEDH)، 9 أكتوبر 1979، قضية "إيري" *Airey* ضد أيرلندا، السلسلة A، رقم 32؛ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (CEDH)، 13 يونيو 1979، "ماركس *Marcks*" ضد بلجيكا، السلسلة A، رقم 31.

تجدر الإشارة إلى أن فكرة عدم تجزئة الحقوق قد تم الإعلان عنها مؤخرًا في قانون المجتمع، عبر ديباجة ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي الذي يؤكد "القيم غير القابلة للتجزئة والعالمية للكرامة والتضامن"، وهي القيم التي تشكل وفقًا لنص "التراث الروحي والأخلاقي للاتحاد".

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, no 32 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c. Belgique*, série A, no 31. Notons que l'idée d'une indivisibilité des droits a été récemment proclamée en droit communautaire, via le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui affirme « les valeurs indivisibles et universelles de dignité et de solidarité », valeurs qui constituent selon le texte « le patrimoine spirituel et moral de l'Union ». Sur ce texte, G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Point (Inédit / Essais), 2001.

⁵⁵ - Conseil constitutionnel, déc. no 86-217 DC, considérant no 36.

⁵⁶ - Conseil constitutionnel, déc. no 93-325 DC, considérants no 69-70.

⁵⁷ - H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz (Connaissance du droit), 2000, p. 52.

⁵⁸ - J. Rivero, « Science du droit et Droits de l'homme », in *Pour les Droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de l'Association pour le développement des libertés fondamentales*, M. Aubert et al. (dir.), Choisy-le-Roi, Librairie des libertés (Bibliothèque des Droits de l'homme et des libertés fondamentales), 1983, p. 108.

⁵⁹ - J. Fialaire et E. Mondelli, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses (Université droit), 2005, p. 17.

الاعتراف بها من طرف القانون. أما الصفة التي تشير فقط إلى تكريس من قبل السلطات العامة فلا يجب أن تؤخذ بمعنى التعايش بين الحريات العامة والحريات الخاصة. صحيح أن المؤلفون القائلون الذين يؤيدون مبدأ الحريات الخاصة لا يستطيعون الاتفاق حول الخطوط العريضة لهذه الفئة، ولا على البقية. وحول معايير هذا التمييز فقد أشار إليها دومنيك توربين لإثارة معارضة الحريات مع العلاقات الخاصة وحدها⁶⁰. أو يتعلق الأمر، كما كتب جاك روبير وجون دوفار، بمسألة تعيين هذه الحريات⁶¹. كلا المقاربتين مدعمتين وقابلتين للدعم، لكنهما أيضا مردود عليهما ومتنازع عليهما⁶². ومع ذلك من الصعب عدم اعتبار أن وجود الحريات الخاصة يتم طرحه بمجرد أن يتحدث المرء عن الحريات العامة⁶³.

وكما ظهرت انتقادات ضد حقوق الإنسان⁶⁴، فإنه يتم انتقاد خطأ الإحالة والعودة بالمصطلح إلى نظريات القانون الطبيعي *jusnaturaliste* التي أصبحت الآن متجاوزة. حقوق الإنسان لن تكون في الحقيقة حقوقا، وإنما ادعاءات أخلاقية من دون قوة⁶⁵. علاوة على ذلك، فإن الإشارة إلى الإنسان *l'homme* يعتبر جنسي للغاية *jugée trop sexiste*⁶⁶. وهذا التأكيد الأخير يفسر محاولة تشجيع أشكال التعبيرات مثل حقوق الشخص أو حقوق الشخص الإنساني. ومع ذلك فإن هذين التعبيرين لا يظهران إلا قليلا في المصطلحات القانونية الفرنسية وفي اللغة الفقهية التي تستخدمها في مناسبات نادرة للغاية. يجب أن يقال ان هذه المصطلحات قد وردت في فرنسا فقط في الأونة الأخيرة. ويمكن التأكيد فيما يتعلق بنموذج حقوق الشخص الإنساني أنه يميل، مثل حقوق الإنسان، إلى الأخذ بعين الاعتبار فقط الامتيازات الممنوحة للأشخاص الطبيعيين. ويترك جانبا الحقوق المعترف بها للمجموعات المخصصة *personnalisés*.

بالإضافة إلى ذلك، فإن مسألة الحقوق الممنوحة للأشخاص الاعتباريين في القانون الخاص أو القانون العام، هي حاضرة للغاية في الاجتهاد الدستوري الفرنسي الذي اعترف في اعقاب مشاريع مسألة عدم الدستورية لسنوات 1990 و 1993، بالاستفادة من الحقوق الأساسية لجميع الأشخاص القانونيين (الاعتباريين) وليس فقط للأفراد، أو الأشخاص الإنسانيين أو/الأفراد الطبيعيين. ويتبقى عبارة "حقوق الشخص"، حيث يبدو مصطلح "شخص" واسع بما يكفي ليشمل حقوق الأشخاص

⁶⁰- D. Turpin, *Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 2004, p. 12.

⁶¹- J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien (Domat droit public), 1996, p. 14-15.

⁶²- J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, 9e édition, Paris, PUF (Thémis droit public), 2003, p. 7 ; P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 6e édition, Paris, Dalloz (Cours), 2009, p. 2 ; J.-P. Théron, *L'essentiel des libertés publiques*, Ire édition, Paris, L'Hermès (Droit public), 1994, p. 7.

⁶³- J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme...*, p. 14.

⁶⁴- V. Champeil-Desplats, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Cahiers français. Liberté / Libertés*, no 354, janvier-février 2010, p. 19-23.

⁶⁵- G. Lebreton, *Libertés publiques et Droits de l'homme*, 7e édition, Paris, Armand Colin (Collection U), 2005, p. 20.

⁶⁶- G. Koubi, « Droits de l'homme et droits de la personne : réflexion sur l'imprudence d'une distinction », *Revue internationale de psychologie*, vol. VI, no 15, 2000, p. 38.

الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين. لكن التعبير أيضا واسع جدا، لأن أي حق من حيث المبدأ، ينسب إلى الشخص القانوني، وعلى حد سواء تعتبر الإشارة إلى "الحقوق الأساسية" التي تعني ضمنا الاختيار بين الحقوق، أكثر طبيعية.

إذن يبدو أنه من الصعب جدا وضع تحديد مفاهيمي لما قد يعد حقا أو حرية أساسية، كما هناك نوع من الصعوبة في التمييز بين كل المصطلحات التي تندم في هذا المجال (حقوق حريات، حقوق الإنسان، حقوق الشخص الإنساني، الحريات العامة..)، وهذا الأمر لم يطرح في المغرب إلا وفق مفهوم تقليدي وانسجاما مع النظريات الكلاسيكية للحقوق والحريات.

الفقرة الثالثة: بلورة المفهوم في الاجتهاد الدستوري المغربي

رغم كون الدساتير المغربية السابقة لم تشر إلى مصطلح الأساسية، فإن هذا لم يمنع من أن نجد لدى القاضي الدستوري المغربي هذا الاستيحاء في قراراته حتى قبل صدور دستور المملكة لسنة 2011، رغم عدم الانتباه لهذا الاستخدام من طرف الفقه بحيث انه لم يتم الدخول في أي نقاش حول تحديد المفهوم.

ففي قراره رقم 185.98 المتعلق باختصاصه في الطعون الانتخابية صرح المجلس الدستوري بما يلي⁶⁷: "وحيث إن تشبث السيد عامل إقليم تاونات بقراره رغم تبليغه صدور حكم قضائي بإلغائه يعد إهدارا صريحا لحق أساسي ضمنه الدستور والقوانين المكملة له لجميع المواطنين".

ونفس الشيء في قرارات لاحقة حيث سيقوم المجلس الدستوري بالتأكيد على الطبيعة الأساسية للحق، وهذا ما يتضح مع قراره رقم 401.00 الذي صرح في إحدى حيثياته بما يلي⁶⁸: "وحيث إن تشبث السيد عامل عمالة وجدة - أنكاد برفض تسجيل ترشيح الطاعن رغم تبليغه صدور حكم قضائي يُعد خرقا لأحكام الفقرة الرابعة من المادة 81 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب كما يعتبر علاوة على ذلك مساً صريحا بحق أساسي ضمنه الدستور والقوانين المكملة له لجميع المواطنين؛".

كما صرح في قراره رقم 795.10 بما يلي⁶⁹: "وحيث إن هذه الممارسة المناهضة للقانون والتي ترتب عنها استبعاد إحدى اللوائح بطريقة غير قانونية عن المنافسة من أجل تمثيل الأمة، تُعدُّ من جهة، إخلالاً صريحا بحق أساسي ضمنه الدستور والقوانين التنظيمية المكملة له لجميع المواطنين، المتمثل في حق الترشح، ومن جهة أخرى، مساً بحرية اختيار الناخبين وإتاحة الفرصة كاملة لهم ليختاروا بمحض إرادتهم من يفضلونه من بين المرشحين". نفس ما سيؤكدده المجلس

67 - قرار المجلس الدستوري رقم 185.98 صادر بتاريخ 14 ذي القعدة 1418 (13 مارس 1998)، الجريدة الرسمية عدد 4575 - 8 ذي الحجة 1418 (6 أبريل 1998)، ص: 1250.

68 - قرار المجلس الدستوري رقم 401.2000 صادر بتاريخ 10 ربيع الأول 1421 (13 يونيو 2000)، ج.ر عدد 4810 - 3 ربيع الآخر 1421 (6 يوليو 2000)، ص: 1975.

69 - قرار المجلس الدستوري رقم 795.10 صادر بتاريخ 13 جمادى الأولى 1431 (28 أبريل 2010)، ج.ر عدد 5841 - 9 جمادى الآخرة 1431 (24 ماي 2010)، ص: 2925.

الدستوري في قراره رقم 796.10 عندما صرح بما يلي⁷⁰: "وحيث إن هذه الممارسة المناقبة للقانون ... وترتب عنها استبعاد أحد المرشحين بطريقة غير قانونية عن المنافسة من أجل تمثيل الأمة تعد، من جهة، إخلالا صريحا بحق أساسي ضمنه الدستور والقوانين التنظيمية المكملة له لجميع المواطنين، المتمثل في حق الترشيح، ومن جهة أخرى، مسأ بحرية الناخبين في أن يختاروا بمحض إرادتهم من يفضلونه من بين المرشحين".

وهكذا يبدو أن القاضي الدستوري استحضر عبارة "**الحق الأساسي**" بصيغة المفرد في أربع محطات، وذلك بمناسبة ممارسة اختصاصه في مجال البت في صحة انتخاب أعضاء البرلمان، ولى وجه الخصوص، حماية الحق في الترشيح الذي لا يبدو أن الدستور منحه تلك الصفة، وإنما القاضي الدستوري.

وإذا كان هذا الأمر حاضرا في إطار المنازعات الانتخابية فإنه في مجال ممارسة الرقابة على الدستورية، فنجد أن المجلس الدستوري لم يستحضر عبارة "الحقوق الأساسية" وتكاد تكون منعدمة في قراراته إذا استثنينا القرار الوحيد الذي عمل المجلس الدستوري فيه على استعمالها بصيغة الجمع، ففي قراره رقم 586.04 وأثناء بته في القانون رقم 17.01 المتعلق بالحصانة البرلمانية والذي أحاله عليه الوزير الأول من أجل فحص دستوريته، صرح في إحدى حيثياته بما يلي⁷¹: "وحيث إن استدعاء البرلمان من طرف الوكيل العام المختص، لإشعاره بالشكاية، وإن كان إجراء يختلف عن البحث التمهيدي والمتابعة، ويهدف فيما يهدف إليه كما يبين من الأعمال التحضيرية للقانون موضوع الإحالة، إلى تسوية القضية، فإن إلزام هذا البرلمان بالإدلاء بتصريح، يعتبر في جميع الأحوال مسابحيته في الإدلاء به من عدمه، وبخالف بذلك أحد الحقوق الأساسية التي يضمنها الدستور، علما بأنه حتى في حالة المتابعة، فإن للمتابع الحرية في عدم الإدلاء بأي تصريح، إعمالا لمبدأ قرينة البراءة".

ولذلك يبدو أن استحضار أساسية الحق وإعطائه بعدا دستوريا في فقه القاضي الدستوري المغربي كان حاضرا ولو بشكل نادر، وهذا يفيد أن القاضي الدستوري كان واعيا بهذه المسألة كما كان واعيا بالفلسفة العامة التي يبني عليها المشرع الدستوري فرضياته لحماية الحق والحريات، وهو ما يتضح من خلال قراره الأخير الذي أشرنا إليه، حيث بنى المخالفة لأحد الحقوق الأساسية التي يضمنها الدستور انطلاقا من مبدأ قرينة البراءة والتي لم تكن مكرسة بشكل صريح في الدستور. وإنما كانت مكرسة بشكل ضمني في ديباجة دستور 1996 الذي نص على التزام المملكة باحترام حقوق الانسان كما هي متعارف عليها عالميا، وهو ما يوحي ضمنا بالتزامها باحترام قرينة البراءة.

70 - قرار المجلس الدستوري رقم 796.10 صادر بتاريخ 4 جمادى الآخر 1431 (19 مايو 2010)، ج.ر عدد 5858 - 9 شعبان 1431 (22 يوليو 2010)، ص: 3828.
71 - قرار المجلس الدستوري رقم 586.04 صادر بتاريخ 25 جمادى الثانية 1425 (12 غشت 2004)، ج.ر عدد 5246 - 23 رجب 1425 (9 سبتمبر 2004)، ص: 3334.

ورغم كون المشرع الدستوري وحتى القاضي الدستوري لم يثر مسألة المفهوم بشكل صريح وواضح، فإن ذلك لا ينفصل عن مجموع التطورات الممارسات المتعارفة في نظريات الحقوق والحريات الأساسية كما كان ينظر إليها فقهاء الدستورية الجديدة.

التقسيم الترابي الجهوي بالمغرب: دراسة في منهجية إعدادهِ، مكوناته ومرتكزاته

تونفي رشيد

طالب باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية، أكادال. جامعة محمد الخامس بالرباط

نظرا للمساحة الترابية الكبيرة التي تملكها الدولة، فإن الساحة الواقعة بين العاصمة وحدود الدولة لا تحتكم دائما لأمر ونهي العاصمة مهما بلغت سطوة الحكومة المركزية في العاصمة، ولهذا فإن الدولة تلجأ إلى تقسيم إدارة هذه الساحة الكبيرة على سلطات تنوب عن الحكومة المركزية في تصريف الأمور¹. فالدولة لكي تدوم وتعيد إنتاج نفسها، تنتج باستمرار المجال وتفوض سلطاتها، أو تنقل صلاحياتها لتضمن تنفيذ اختياراتها وتتأكد من الضبط الشامل للنظام².

ومن الواضح أن تقسيم إدارة الدولة ليس ممارسة تقنية محايدة، وإنما يمثل توجهها سياسيا جوهريا بالنسبة لكل الدول³. وعليه فإن صفة الحياد تبقى نسبية في عملية التقسيم الترابي لإدارة الدولة، لأن "كل مجتمع ينتج مجاله الخاص به، ولأن المجال المنتوج هو نتيجة لرهانات المصالح المتضاربة وأنماط الإنتاج بالإضافة إلى القيم السياسية والاجتماعية السائدة به"⁴. وهكذا فإن كل عملية للتقسيم الترابي إلا وتحمل في طياتها أشكالاً من الضعف، لأنه ليست هنالك قوانين علمية تنظم مناهجه ومقارباته، ومن تم تظهر الحاجة إلى تقويمه باستمرار⁵.

إن التقسيم الترابي - الجهوي - لا يمكن إدراجه ضمن حقل معرفي معين، « فليس هناك علم قائم الذات يعالج مسألة التقطيع الترابي»⁶، فهذا الأخير تتقاسمه العديد من الحقول المعرفية من قبيل: الجغرافيا السياسية والبشرية، الاقتصاد الترابي "المجالّي"، التاريخ"، السوسيولوجيا، القانون... مما يجعل أي تناول علمي لعملية التقسيم وفق منظور وبعد واحد قاصرا في ذاته. وبالتالي فإن تحليل

1 - بيتر تيلور و كولن فلنت: الجغرافيا السياسية لعالمنا المعاصر - الجزء الأول- منشورات عالم المعرفة عدد 282-
ترجمة عبد السلام رضوان وإسحق عبيد، يونيو 2002 ص: 283-284.

2 - علي سدجاري: الدولة والإدارة بين التقليد والتحديث، دار المناهل للطباعة والنشر، ص: 76.

3 - بيتر تابلور وكولن فلنت، مرجع سابق، ص: 284.

4 - Baduel Pierre-Robert : « La production de l'espace national au Maghreb » in « Etat Territoires et Terroirs au Maghreb » Edition, CNRS, Paris: 1985 p8.

5- Sedjari Ali : « Production et reconstruction régionales dans le système d'organisation de l'espace périphérique marocaine : sociologie d'un programme » in « Etat ; espace et pouvoir local » S/D Sedjari Ali. Les Edition Guessous-Rabat ;1991 , p : 99.

6 - اللجنة الاستشارية للجهوية /الكتاب الثاني: التقطيع الجهوي، ص 155.

عملية التقسيم الترابي الجهوي يتطلب انفتاحا على مجموعة من الحقول المعرفية من أجل الإحاطة بجوانبه وفق مقاربات متعددة ومتداخلة أحيانا.

ومن دون الرجوع إلى إشكالية وجود تقسيم ترابي بالمغرب من عدمه قبل فرض الحماية عليه⁷، فإنه يمكن القول بأن أولى بوادر تشكل تقسيم جهوي مبني على أسس حديثة هي تلك التي أقرتها السلطات الاستعمارية بالمغرب، بعد التوقيع على معاهدة الحماية سنة 1912. فرغم أن المغرب عرف تنظيمات وتقسيمات ترابية ذات أنماط متنوعة، فإنه "لم يعرف تقسيما ترابيا كما هو متعارف عليه اليوم"⁸. فقد أحدثت سلطات الحماية تنظيما جهويا في إطار إدارة ترابية شكل فيها التقسيم الترابي أحد أبرز عناصر السياسة الاستعمارية وأساسا للتحكم في الجهات المحدثة بإحكام السيطرة على المجال الترابي وساكنته⁹. وهكذا تم تقسيم التراب المغربي إلى جهات عسكرية وأخرى مدنية، بمغرب الحماية الفرنسية كما هو الشأن بمغرب الحماية الإسبانية، بهدف توطيد وإحكام القبضة الاستعمارية على التراب المغربي والتحكم في الديناميات المجالية¹⁰. ولعل أولى محطات تأسيس المجال الجهوي في مغرب ما بعد الاستقلال، كانت مع إحداث جهات اقتصادية سنة 1971، من منطلق التصدي للفوارق الجهوية الموروثة وصولا إلى محطة التجربة الجهوية لسنة 1997 وما أكيها من تحولات في السياسة الترابية ومسار اللامركزية حيث قسم التراب الوطني في هذه التجربة إلى ستة عشر جهة، وصولا إلى التقسيم الجهوي المعمول به حاليا بمقتضى مرسوم 2-15-40، الذي يشكل محور هذه الدراسة، بالتركيز على تحليل منهجية إعداده، مكوناته ومركزاته من خلال إبراز أهداف وطموحات المشروع الجهوي، وتوضيح مكونات الخريطة الجهوية الجديدة، وأهم الإشكالات المطروحة بعد أعمال التقسيم الجهوي. وذلك ارتكازا على السؤال المنطلق التالي: أية مكانة للتقسيم الجهوي في البناء الترابي للدولة؟

7 - اختلفت آراء الباحثين حول وجود تقسيم وتنظيم ترابين ما قبل الحماية بالمغرب بين معارض ومؤيد. فهناك من الباحثين من يرى بأن تقسيم التراب وتنظيمه من إحداث نظام الحماية، ومن أبرز المدافعين عن هذا الطرح نذكر: Bremard، حيث كتب في هذا الشأن، بأن "التقسيم الجهوي هو من إحداث السلطات الفرنسية وليس السلطات الشريفة": "La division du Maroc en région est essentiellement Française et non chérifienne". للاستزادة راجع:

- Bremard Frédéric : L'organisation régionale du Maroc, LGDJ, Paris, 1949; p41.

8 Basri Driss :La décentralisation au Maroc de la commune à la région, Edition Nathan ; 1994 p 65.
9- عبد الواحد مبعوث : التنمية الجهوية بين عدم التركيز الإداري واللامركزية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال/الرباط، 2000/1999، ص19.
10- للاستزادة. راجع بهذا الصدد: رشيد تونفي: التقسيم الترابي الجهوي بالمغرب: دراسة في أنماط التقسيم وانعكاساته على المجال الجهوي 1912- 2015، رسالة لنيل الماستر، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال/الرباط، 2015، (250 صفحة).

يندرج التقسيم الجهوي الجديد ضمن مشمولات مشروع الجهوية المتقدمة، ويعتبر إحدى أبرز محاور هذا المشروع، نظرا للتحديات والرهانات التي طبعت وأطرت بلورة هذا التقسيم. ذلك أن بناء وهندسة الخريطة الجهوية بصفة خاصة، والمشروع الجهوي بصفة عامة، ومنهجية إعدادهما، كلها عناصر تشكل جزءا لا يتجزأ من عملية أو برنامج واسع النطاق، يهدف أساسا إلى إيجاد وحدات جهوية وتوزيع ترابي متكافئين، وتوسيع دائرة المشاركة على المستوى المحلي فضلا عن مواكبة التحولات السوسيو مجالية التي عرفها المغرب في السنوات الأخيرة. وتتمحور هذه الدراسة حول المحورين التاليين:

المحور الأول: مضمون ومنهجية إعداد المشروع والتقسيم الجهويين

المحور الثاني: التقسيم الترابي الجهوي على ضوء مرسوم 2-15-40 : محاولة في التركيب

المحور الأول: منهجية إعداد المشروع والتقسيم الجهويين

بدأ النقاش العمومي يثار حول مشروع الجهوية المتقدمة، في خضم التحولات المجالية والمستجدات الوطنية، التي عرفتها الساحة الوطنية، انطلاقاً من الخطابات الملكية الممهدة لها، والتي كان أبرزها خطاب 10 يناير 2010 الذي تم بمقتضاه تنصيب اللجنة الاستشارية للجهوية، التي كان لها دور حاسم في رسم الخطوط العريضة للمشروع والتقسيم الجهويين. وقد استلهمت اللجنة أغلب المحاور الأساسية لهذا المشروع من ذلك الخطاب، محاولة تكييفه وملائمته مع مقترحات مختلف الفاعلين الذين شاركوا في إعداد التصور العام حول المشروع، تجسيدا للمقاربة التشاركية في بنائه، وتمكين المغرب من نموذج جهوي متقدم مرتكز على أسس وطموحات وأهداف تنموية. ولقد تم إعداد الخريطة الترابية الجهوية عن طريق تبني اللجنة لمجموعة من المعايير المختلطة في تحديد معالمه ورسم توجهاته ومرتكزاته.

الفقرة الأولى: المرجعيات والمنطلقات الأساسية لبناء المشروع والتقسيم الجهويين

تتجلى أبرز المرجعيات الأساسية لبناء المشروع الجهوي في الخطب الملكية بالأساس، وخاصة منها خطاب 3 يناير 2010، الذي اعتبرته اللجنة الاستشارية للجهوية المنصبة بمقتضاه "مرجعها الأسمى" وخارطة طريقها نحو تصور الجهوية المتقدمة، مستلهمة مما يتضمنه من أحكام سديدة أهداف ومنهج عملها¹¹. كما شكلت مقترحات الفعاليات السياسية والمدنية، الدولية منها والوطنية، مرجعا هاما في بلورة هذا المشروع.

أولاً: التصور الملكي للجهة والتقسيم الجهوي

بعد وصول جلالة الملك محمد السادس إلى سدة الحكم، أطلق المفهوم الجديد للسلطة في خطاب له بتاريخ 12 أكتوبر 1999، بمدينة الدار البيضاء أمام المسؤولين عن الإدارة الترابية من عمال وولاة. معتبرا بذلك هذا المفهوم كآلية لتفعيل الديمقراطية المحلية والجهوية. وبالعودة إلى مختلف ومجموع الرسائل والخطب الملكية، نجد أنها تطرقت للمسألة الجهوية والإصلاح الجهوي بشكل غزير مع ربطها بإصلاح أجهزة وهيكل الدولة. ففي الخطاب الملكي ل 6 نونبر 2008 بمناسبة ذكرى المسيرة الخضراء أكد جلالته توضيحا لأهداف الإصلاح الجهوي كما يلي: " .. ولبلوغ هذه الأهداف، فإن هذا الإصلاح يجب أن يقوم على مرتكزات الوحدة والتوازن والتضامن.

فأما الوحدة فتشتمل وحدة الدولة والوطن والتراب، التي لا يمكن لأي جهوية أن تتم إلا في نطاقها.

وأما التوازن ينبغي أن يقوم على تحديد الاختصاصات الحصرية المنوطة بالدولة مع تمكين المؤسسات الجهوية من الصلاحيات الضرورية للنهوض بمهامها التنموية، في مراعاة لمستلزمات العقلنة والانسجام والتكامل.

11 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 19.

ويضل التضامن الوطني حجر الزاوية، في الجهوية المتقدمة، إذ أن تحويل الاختصاصات للجهة يقترن بتوفير موارد مالية عامة وذاتية.

كما أن نجاح الجهوية رهين باعتماد تقسيم جهوي ناجع يتوخى قيام مناطق متكاملة اقتصاديا وجغرافيا ومنسجمة اجتماعيا وثقافيا...".

إلا أن خطاب 3 يناير 2010 يضل المؤتمر الحقيقي والموجه الأساسي لمشروع الجهوية المتقدمة، ويدل على ذلك ما جاء في تقرير اللجنة الاستشارية، الذي أكد على أنه: "يتطلع هذا المشروع إلى بلورة الإرادة الملكية السامية الرامية لتمكين المغرب من جهوية متقدمة". واطر ذلك الخطاب أهداف الجهوية ومرتكزاتها ومقاربة إعدادها وهي كالتالي:

الأهداف: ترسيخ الحكامة المحلية الجيدة- تعزيز القرب من المواطن- تفعيل التنمية المندمجة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

المرتكزات: التثبث بمقدسات الأمة وثوابتها في وحدة الدولة والوطن والتراب-الالتزام بالتضامن وابداع آليات للتكامل والتلاحم بين المناطق في مغرب موحد.¹² - اعتماد التناسق والتوازن في الصلاحيات والإمكانيات- انتهاز اللاتمرکز الواسع الذي لن تستقيم الجهوية بدون تفعيله.

وفيما يتعلق بالتقسيم الجهوي، فقد رسم جلالته في نفس الخطاب، ملامحه العامة كما يلي: "إننا نتوخى من هذا الورش المؤسس بلوغ أهداف جوهرية وفي مقدمتها ايجاد جهات قائمة الذات، وقابلة للاستمرار، من خلال بلورة معايير عقلانية وواقعية لمنظومة جهوية جديدة". وأكد الملك على ضرورة اعتماد مقاربة ديمقراطية وتشاركية في إعداد هذا التصور، عن طريق الانفتاح على كافة الفاعلين والشراخ حتى يتم التوصل إلى إعداد تصور متوافق بشأنه نظرا للأهمية التي يكتسبها، "الجهوية المنشودة ليست مجرد إجراء تقني أو إداري، بل توجهها حاسما لتطوير وتحديث هياكل الدولة، والنهوض بالتنمية المندمجة وفق نموذج مغربي- مغربي نابع من خصوصيات بلادنا".¹³

ثانيا: إشراك الفاعلين في تصور المشروع

إن إشراك مختلف الفعاليات في بناء المشروع الترابي في شقه الجهوي، يعد خطوة ذكية وإيجابية لإنجاحه. ذلك أن "نجاح أي إصلاح من الناحية السوسيوتنظيمية رهين القنوات المؤسساتية للحوار والتواصل". وهكذا فإن انفتاح اللجنة الاستشارية للجهوية على مقترحات مختلف الفاعلين لبلورة تصور عام حول الجهوية بالمغرب إنما هو ترجمة للتوجهات الملكية التي أكد فيها جلالة الملك

¹² - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 19.

¹³ - راجع نص الخطاب الملكي 3 يناير 2010 بمناسبة تنصيب اللجنة الاستشارية للجهوية، ملحق تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 77-81.

على ما يلي: "لذا قررنا إشراك كل القوى الحية للأمة في بلورته.. طبقا لما رسخناه من اعتماد للمقاربة التشاركية في كل الإصلاحات الكبرى، ندعو اللجنة إلى الإصغاء، والتشاور مع الهيئات والفعاليات المعنية والمؤهلة¹⁴". وكترجمة لهذا التوجه على المستوى العملي، قامت اللجنة الاستشارية للجهوية باستشارة 291 جهازا ومنظمة، الوطنية منها والدولية، ومن بينها 12 وزارة و32 حزب منها 17 ممثلة في البرلمان و15 غير ممثلة في البرلمان و122 جماعة محلية و11 نقابة و6 منظمات مهنية وهيئات للمراقبة (المجلس الأعلى للحسابات والهيئة المركزية للوقاية من الرشوة) و5 وكالات للتنمية، وهيئات للدراسة والتقييم وهما المندوبية السامية للتخطيط والمرصد الوطني للتنمية الاجتماعية و4 خبراء دوليون وهيئة ثقافية واحدة (المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية) بالإضافة إلى 24 مجموعة وشبكة وفيدراليات الجمعيات التي تضم في مجموعها 885 جمعية¹⁵.

إن هؤلاء الفاعلون يكادون يجمعون على تعديل الخريطة الجهوية، حتى أن بعضهم يرى في هذا التعديل تبجيلا للجهوية. ورغم ذلك، فنطاق هذا التعديل يعتبر محل خلاف بالرغم من وجود اتفاق مبدئي بشأنه من طرف الجميع. فالآراء المتعددة التي تعكس هواجس حزبية خاصة- تهم النموذج المرجعي الذي ينبغي أخذه بعين الاعتبار عند إحداث التنظيم الجهوي بين مختلف درجاته (إقليم، دائرة) بالنسبة للبعض، وعمليات إعادة التقسيم والإدماج المحتمل لجهات بأكملها بالنسبة للبعض، والقيام بتعديل شامل للتركيبة الترابية (جهات وأقاليم وجماعات) بالنسبة للبعض الآخر.

وهكذا، يمكن القول بأن استشارة هؤلاء الفاعلين والانفتاح على مقترحاتهم بخصوص المسألة الجهوية يؤسس لبداية تحول علاقة الدولة بالمجال، ومن شأنه إضفاء المزيد من المشروعية والمصادقية على هذا المشروع الذي سطر أهدافا محددة وطموحات مشروعة في إطار منظور جديد للمجال الجهوي.

الفقرة الثانية: أهداف مقترح مشروع الجهوية المتقدمة ومنظوره للمجال الجهوي¹⁶

تطرقت اللجنة الاستشارية للجهوية التي تم تنصيبها لإعداد تصور عام حول الجهوية، إلى الأهداف العامة للمشروع الجهوي والطموحات التي يسعى إلى تحقيقها، مترجمة ذلك في ثلاثة تقارير أعدتها حول هذا الشأن. وكان لها أثر بالغ على صياغة مشاريع القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، وخاصة منها مشروع القانون التنظيمي للجهات. وكلها عناصر تعطي انطباعا عاما حول تصور جديد للمجال الجهوي.

¹⁴ - راجع الخطاب الملكي 3 يناير 2010.

¹⁵ - اللجنة الاستشارية للجهوية، تقرير حول الجهوية المتقدمة، التصور العام: الكتاب الأول، الملحق الثاني، من الصفحة 83 إلى 90، وللاطلاع على مقترحات الأحزاب السياسية وباقي الفاعلين بخصوص مشروع الجهوية المتقدمة انظر:

<http://www.regionalisationavancee.ma>

¹⁶ - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 183.

أولاً: طموحات ومقترحات مشروع الجهوية المتقدمة

ينطلق بناء مشروع الجهوية المتقدمة الذي يتبناه المغرب من خمسة أهداف أساسية حددها الخطاب الملكي ل 3 يناير 2010 وهي: ايجاد نموذج مغربي- مغربي للجهوية- خلق دينامية جديدة للإصلاح المؤسساتي العميق- تطوير وتحديث وإعادة هيكلة أجهزة الدولة والنهوض بالتنمية المندمجة- إطلاق ورش هيكلية للإدارة الترابية وفق أنماط الحكامة الترابية- الارتقاء من الجهوية الإدارية الحالية إلى جهوية متقدمة ذات أبعاد تنموية وجوهر ديمقراطي.

وانسجاماً مع هذه الأهداف والمنطلقات، صاغت اللجنة مشروعاً جهوياً يطمح إلى تحقيق ما يلي:

- انبثاق جهات مندمجة ضمن الدولة الموحدة، جهات وازنة ودالة، متوفرة على ما تحتاجه من مؤهلات لبناء شخصيتها المتميزة، ومتمكنة من الموارد الضرورية لكي تثبت كفاءتها وملكاتهما.
- توطيد فكرة الجهوية الديمقراطية الجوهر وتعزيز مسلسل الديمقراطية التشاركية الواسعة لكافة الفاعلين وتوسيع التمثيلية النسائية.
- جعل الجهوية دافعة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وأداة لإعادة التوازن ومعالجة التفاوت بين الجهات.
- إعادة بناء وترتيب العلاقة بين الدولة وسلطاتها من جهة والمنتخبين المحليين من جهة أخرى، وفق منظور يسمح بالتعاون والتشاور والتضافر بما يسمح بحسن التدبير والحكامة الجيدة.
- تكثيف العلاقات بين الجماعات الترابية والتعاون فيما بينها بما يسمح بالتكامل والانسجام والتنسيق فيما بينهما بهدف تقدم الجهة.

وتعتبر الجهوية من خلال هذا المشروع، سياسة لامركزية التدبير وديمقراطية الجوهر، تساهم في ثلاثة محاور تهم "نشر الديمقراطية على المستوى الترابي" وإبراز الروافد المتنوعة لمغرب واحد، متضامن وغني بتعدد مكوناته"، وإعداد نخب قادرة على تدبير الجهة تدبيراً جيداً¹⁷. كما أن تطبيق الجهوية وتنزيلها من منظور اللجنة يجب أن يكون تدريجياً وهو ما تم تكريسه في المادة 95 من القانون التنظيمي المتعلق بالجهات¹⁸.

17 - تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 47.:

18- ظهير شريف رقم 83. 15. 1 صادر في 10 رمضان 1436 (07 يوليو 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14. 111 المتعلق بالجهات.

ثانيا: المجال الجهوي من منظور اللجنة الاستشارية للجهوية

يمكننا ملامسة منظور اللجنة الاستشارية للجهوية المتقدمة حول المجال الجهوي من خلال مجموع التعاريف التي أعطيت للجهة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إلى جانب مختلف الأدوات الاجرائية وانعكاساتها على المجال الجهوي من خلال تقارير اللجنة.

فالجهة من خلال مقترح اللجنة هي جماعة ترابية لامركزية بمقياس بسيط ومكونة من مجموعة من الأقاليم والعمالات والجماعات الأخرى. وبالتالي فإن هذا التعريف الأولي لا يختلف كثيرا عما كان عليه الحال في تجربة جهات 1997. بيد أن هناك مجموعة من المعطيات الأخرى التي تحيل بحق على تطور ملحوظ في مضمون المجال الجهوي المقترح، ذلك أن الجهة من منظور اللجنة هي إطار يزاوج عدة معايير أبرزها التجانس والاستقطاب في بناء الوحدات الجهوية إذ "أن الجهة هي جزء مجالي يتميز عن الأجزاء المجاورة له، سواء نتيجة الطابع الفريد، الذي يتسم به وسطه، أو المدينة -المركز التي يتوجه نحوها في مختلف علاقاته".¹⁹

وفي عدة تعاريف لاقفة ومغايرة لما كان عليه الأمر فإن الجهات تحيل على "مجالات ترابية تكفل أفضل شروط الفعالية والنجاحة في تطبيق سياسات التنمية البشرية والاقتصادية والثقافية".²⁰ كما أن الجهات "تشكل في نفس الوقت أحواضا للحياة الاجتماعية تضمن للمواطنين، قدر المستطاع، سبل العيش المشترك، في أحسن الظروف الممكنة".²¹ أما على المستوى التدبيري فالجهة "تشكل فضاء للعيش وإطار لتفعيل الخيار الديمقراطي وكذا فضاءات لتنفيذ سياسات الدولة، لا سيما من خلال برامج التجهيز والتنمية".²² فهي بذلك تعبر عن الوظيفة السياسية ذات التوجه الديمقراطي المحلي، كما أنها تعبر عن الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية ذات التوجه التنموي الترابي، وهو ما يستفاد من مضمون المشروع الجهوي الذي يهدف إلى خلق جهة مؤسساتية ووظيفية²³، هادفة إلى "انبثاق مجالس ديمقراطية ذات صلاحيات وموارد ملائمة وتوجيهها نحو النهوض بالتنمية الجهوية المندمجة"²⁴. مما يؤشر على ديمقراطية المجال الجهوي من خلال إسناد المشروعية الديمقراطية للمواطن الجهوي والمحلي عن طريق تعويض الانتخاب غير المباشر بالانتخاب العام المباشر بمقتضى الفصل 138 من الدستور.

ولعل فهم طريقة اشتغال المجال الجهوي مستقبلا، وقياس درجة ومدى كونه مجالا قابلا للحياة والاستمرار تتطلب الوقوف على منظور المشروع الجديد للتقسيم الجهوي الذي يعد الإطار الترابي الحاضن لهذه الطموحات والسياسات. فكيف ينظر المشروع الجهوي إلى التقسيم الترابي؟

19 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 179.

20 - نفس المرجع، ص 156.

21 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

22 - نفس المرجع، ص 181.

23 - نفس المرجع، ص 166.

24 - نفس المرجع، ص 154.

الفقرة الثالثة: أسس التقسيم الجهوي ومنهجية إعداده

تم الارتكاز في بناء التقسيم الجهوي الجديد على مجموعة من المعايير العلمية، التي تم تكريسها قانونيا في إطار القانون رقم 12-131²⁵. ومن خلال هذه المعايير يمكننا ملامسة أهم المرتكزات أو بالأحرى فلسفة وهيكله المجال الجهوي وطريقة اشتغاله مستقبلا. وفيما يلي سنعرض لمحتوى هذه المعايير والمغزى العام من اعتمادها ودلالاتها الجهوية في نقطة أولى، على أن نحاول توضيح علاقتها بالنص القانوني المؤطر للتقسيم الجهوي ومضمون هذا الأخير.

أولا : مرتكزات التقسيم الجهوي من خلال معايير إعداده

1- مبدأ الفعالية: يستعمل معيار الفعالية في تحديد حجم ومساحة الجهة اللذان يساعدان بدورها في تحديد عدد الجهات الممكن خلقها²⁶. كما يرتكز هذا العنصر على "دينامية الجهة في إنتاج الخبرات الاقتصادية وفي الاندماج السياسي"²⁷، إلى جانب كونه مؤشرا على فهم مدى كون الجهة تلعب دورها كما يجب، كمقياس وسيط للتدخل والتدبير، وتلعب دور الريادة على ترابها وقدرتها على تأطير مجالها، وجعله ورشا لاستقبال المشاريع الكبرى، ومبادرات الإنصاف في المناطق الفقيرة²⁸. لقد ركز هذا المعيار على مسألة هامة في إعداد التقسيم وهي: مسألة الحجم الجغرافي والديمقراطي في للجهة أي المساحة وعدد السكان. حيث تم اعتمادها كمحددات أساسية لرسم الخريطة الجهوية من منطلق كون "حجم الجهة ليس مجرد مسألة جغرافية بقدر ما هو ذو أبعاد سياسية بالدرجة الأولى وأبعادا اقتصادية من عدة جوانب"²⁹. إن المغزى العام من هذا المبدأ أو فلسفته تتجلى في "تأثيره على الخريطة الجهوية من ناحية تقليص مساحتها حتى تضم قوة بشرية وموارد اقتصادية وطبيعة أكبر لضمان ولو حد أدنى من المساواة بين الجهات، والتخفيف من عجز المناطق الفقيرة"، لتجاوز ضعف الوزن الاقتصادي والمالي للجهات الستة عشر، "الذي كان يحد من عملها الداخلي ويحد من أي إمكانية لتعاون لا مركزي حقيقي"³⁰.

2- مبدأ التراكم: إنه إحدى أهم المعايير المعتمدة لهندسة الخريطة الجهوية، ويترجم إشكالا يتجلى فيما يلي: هل أن واضعي التقسيم الجهوي، استفادوا فعلا بما فيه الكفاية من "دروس التراكمات" التي راكمها المغرب في مجال التقسيمات الترابية والإدارية السابقة؟ أو بعبارة أخرى

25 - ظهير شريف 1.13.74 صادر في 18 من رمضان 1434، 27 يوليو 2013، بتنفيذ القانون 12/131 المتعلق بمبادئ تحديد الدوائر الترابية للجماعات الترابية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6177، ص 5737. للاستزادة انظر: مذكرة تقديمية لمشروع القانون رقم 40-15-2 يقضي بتحديد عدد الجهات وتسميتها ومراكزها والعمالات والأقاليم المكونة لهما.

26 - سعيد بوجروف، الجهة الجهوية بالمغرب أي مشروع لأي تراب، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2012، ص 195.

27 - علي بولريج، الجهوية والتنظيم الترابي، نحو جهوية متقدمة بالمغرب، مطبعة الطوربريس للطباعة والنشر، طنجة، الطبعة الأولى 2012، ص 121.

28 - سعيد بوجروف، م س، ص 195.

29 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 65.

30 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 187.

هل استحضر واضعوا التقسيم المقاربة التنموية في بناء أحواض جديدة للحياة الجهوية، أم أن بوادر الهاجس الأمني لازالت حاضرة في ترتيب الخريطة الجهوية؟ إنه من الصعب أن نجزم في إعطاء حكم كإجابة.

ويبدو بأن البناء الجهوي استنادا على التراكم الموروث، يحيل في عمقه على حضور الهاجس الأمني في بناء الخريطة الجهوية³¹. ذلك بأنه لم يضع القطيعة مع التقسيمات الترابية الموروثة والتي يعد الإقليم نواة لها. ويزكي هذا الطرح استناد اللجنة على الشبكة الإدارية الإقليمية الحالية من منطلق البناء على التراكم القائم، وبالتالي الاستمرار في اعتماد الإقليم كأساس لبناء الخريطة الجهوية. وقد تم تعليل هذا الإجراء ب: "الاستفادة من التقاليد العريقة من اللامركزية الإدارية في المملكة³²، لذلك اعتمد التقسيم على الجمع بين كتل إقليمية متماسكة عملا بمقتضيات ثلاثة وهي: الاستمرار والتجاور والإبقاء على الكيانات الإدارية الإقليمية على ما هي عليه"³³.

3 - مبدأ التجانس: يعتبر التجانس من بين المبادئ القديمة الكلاسيكية في تحديد الجهات الطبيعية، حيث يرجع أصله إلى المدرسة الجغرافية الفرنسية الفيديالية (نسبة إلى فيدال دولابلاش)³⁴. إلا أنه لازال ساري المفعول وقابل للتطبيق في بلد شاسع مثل المغرب: وأفرز اعتماد هذا المبدأ في تشكيل الخريطة الجهوية مجالين ترابيين متباينين وهما: مجالين كبيرين من حيث الجغرافية والاقتصاد والوضع الجيوستراتيجي حسب خط ينطلق من سيدي إفني إلى تازة مستندا إلى السلاسل الجبلية من الأطلس إلى الريف الشرقي جنوب وجدة، فهناك من ناحية المجالان الأطلسي والمتوسطي وما بينهما، مما يحتوي على 87 بالمائة من السكان. وهناك من ناحية أخرى، المجال شبه الصحراوي والصحراوي في الجنوب والشمال الشرقي والجنوب الشرقي، الذي لا يحتسب أكثر من 13 بالمائة من السكان، لذلك تطرح إشكالية الجهوية بصيغ مختلفة في كل واحد من هذين المجالين. وهو ما دفع اللجنة إلى تبني معيار التجانس بالمجال الثاني ذو العمران البشري المتقطع والموارد الطبيعية الضعيفة والمساحات الشاسعة، نظرا للأهمية البالغة لهذه المناطق من حيث التاريخ والبيئة والثقافة والجيوستراتيجية إذ هي على الحدود.35 وتم تجاوز ربطها بالجهات ذات الأقطاب القوية، تجنباً

31 - رشيد تونفي، "التقسيم الترابي الجهوي بالمغرب: دراسة في أنماط التقسيم وانعكاساته على المجال الجهوي

1912-2015"، م.س. ص 68-98.

32 - نفس المرجع، ص 182.

33 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 67.

34 - راجع بهذا الصدد:

Lajugie Joseph Pierre Delfaud et Claud Lacour : Espace régional et aménagement du territoire ; DALLOZ ; Deuxième édition 1985, p 105 -108.

35 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 68.

لجعلها هوامش مجالات غنية من جهة، كما أن إبرازها وعزلها في حد ذاته، قد يجعلها تستفيد من مبدأ التضامن حيالها.³⁶

4-التناسب والتوازن: تكمن أهمية هذين المبدأين الرئيسيين في كونهما يظهران بوضوح مدى أهمية ووجاهة التطبيق الصارم لقانونين اثنين، طالما تم التشبث بهما، لأسباب غير مقنعة، من قبل مصممي التقسيمات الترابية: فمن جهة، نجد منظور مطابقة التقسيم الإداري للتقسيم الجغرافي، ومن جهة أخرى نجد فكرة إرساء "توازن" افتراضي بين الجهات" من حيث وزنها وحجمها، لتفادي خطر سحق الجهات الصغرى من قبل الجهات الكبرى. وتتعلق المسألة مباشرة هنا بكيفيات التعامل مع المدن الكبرى عند التقطيع³⁷. إن هذان المبدأين من شأنهما وضع حد لما عرفته التقسيمات السابقة من اختلافات سواء على مستوى عزل بعض المدن، الدار البيضاء، كجهات أو تقزيم المجالات الترابية لجهات أخرى كجهة تازة الحسيمة في تقسيم 1997، عن طريق استغلال الإشعاع الترابي لبعض الجهات أو المدن المهيمنة على الاقتصاد الوطني والتي تحتوي على مدينة قطبية أو متروبول مهيمن على مجال شاسع. محددان رئيسيان لرسم الخريطة الجهوية، في سبيل ضمان حد أدنى من التوازن والتناسب الترابيين.

4-سهولة الاتصال والقرب والولوجية: يتم تحديد الجهات بناء على هذه المبادئ المختلفة والمتقاربة، اعتمادا على المسافة، وطبيعة العلاقات السوسولوجية بين سكان الجهات: علاقات المصاهرة- الاتصالات الهاتفية - التيارات تاريخية... ونقرأ من خلال تقرير اللجنة بأن هذه المعايير هي فقط معايير "تكميلية"، سهولة الاتصال والقرب، التي تقاس بالمسافة الكيلومترية بين بقعتين (200 إلى 250 كلم) وبمدة الرحلة بينهما (ساعتين إلى ثلاثة ساعات) وبتكاليف الرحلة، إلا إذا حالت دون ذلك معطيات الميدان الجغرافي أو ضعف كثافة السكان.³⁸ وهذا يعني بأن هذه المبادئ وخاصة منها القرب يمكن من الولوجية وتسهيل العلاقات بين الفاعلين داخل المجال الجهوي لكي "يتقاسم المواطنون فيه حد أدنى من³⁹ المرجعيات المشتركة ويدركون إجمالا أن هذا المجال على جانب من الوجاهة.

كما ينبغي أن يكون هناك كيان يضمن اندماج الجهة، أي مدينة كبيرة قادرة على توفير الخدمات اللازمة للجميع (المكالمات عبر الهاتف، وهجرة العمال والعلاقات الزوجية وحركة النقل...) فلا يكفي أن تكون المجالات الترابية متنوعة ومتكاملة لكي تصبح مندمجة بالضرورة.⁴⁰ ولذلك فمعيار التكامل الذي استعمل في التجارب السابقة ثم تجاوزه لأنه في نظر اللجنة خطاب تقليدي يبرر

36 - للإشارة فإنه لم يتولد عما جرى سابقا من دمج مناطق متفاوتة المؤهلات في كيانات جهوية واحدة أية فوائد ملموسة، كما هو الشأن بالنسبة ل : تافيلالت المعتبرة ملحقة بعيدة بسهل سايس. وأقاليم درعة التي لا داعي

لإحاقها بسوس، المرجع السابق. ص 68.

37 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 199.

38 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 68، للاستزادة انظر الكتاب الثاني من ص: 190 إلى ص 201.

39 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 58.

40 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 174.

التناقضات، نظرا لتجهيز البلاد بالطرق السيارة والموانئ والمطارات، مما يسهل الحركة وتنظيم الأسواق ليس فقط على المستوى الجهوي بل الوطني وحتى الدولي.⁴¹

5- الوظيفية والتمدن والاستقطاب: يعد الاستقطاب الحضري، أحد أوجه الإنتاج الحضري الذي يجنب الجهة الاقتصار على الموارد الطبيعية عبر توفرها على مجموعة من المدن الكبرى. تتركز بداخلها الأنشطة الاقتصادية وغالبا ما تنشأ ما بين هذه الحواضر الكبرى علاقات أحيانا تبعية وأحيانا أخرى علاقات تأثير أو علاقات تنافسية. كما قد تحتوي الجهة على مناطق تشكل نقاط ضعف في حاجة للمزيد من التطوير والتنمية، ولعل الدور الكبير المزدوج، المجالي والوظيفي، هو الذي يفسر الدور الكبير الذي تلعبه الحواضر الكبرى في تحديد الإطارات⁴² الجهوية، التي أخذتها اللجنة بعين الاعتبار في إعداد التقسيم تبعا للإحداثيات التالية: "يمتد المجال الأطلسي والمتوسطي وما بينهما على سهول ووجود بعض الجبال... فهذه مجالات الكثافة السكانية العليا المقترنة بشبكة من الحواضر المترتبة منها عواصم سلطانية، فاس مكناس - مراكش- الرباط، ومنها موانئ كبرى بأكادير طنجة والدار البيضاء، ومنها عواصم جهوية، بني ملال- وجدة- العيون. ففي هذه المناطق - حسب اللجنة- لا يتولد النشاط الاقتصادي عن مجرد الموارد الأولية الناجمة عن البيئة الطبيعية، ولكن بالدرجة الأولى وبشكل مطرد عن الخيرات والخدمات والمبادلات التي تنتظم في المدن الكبرى وحولها وعلى مدى ما لها من إشعاع"⁴³. وإذا كانت الخريطة الجهوية تمتاز بهيمنة الجهات التي تركز فيها أغلب الأنشطة الاقتصادية، فسيكون لزاما عليها في المستقبل، أن تتضامن مع نظيراتها ذات التنمية الضعيفة.

ثانيا: القانون 12/131 وإشكالية تأطير التقسيم الترابي

أصبح وضع المبادئ العامة للتقسيم الترابي للجماعات الترابية من اختصاص المشرع بمقتضى الفصل 71 من الدستور الذي ينص في بنده السابع على أن نظام الجماعات الترابية ومبادئ تحديد دوائرها الترابية يدخل ضمن مجال التشريع. مما يجعل معه اختصاص الحكومة في مجال التقسيم الترابي محكوما بهذه المبادئ حيث أنها ملزمة بالامتثال للمعايير المفروضة من طرف المشرع كلما أرادت تقسيم التراب⁴⁴. إلا أن الإشكال الذي يثار بخصوص هذه المبادئ هو "مدى قدرة المشرع على تأطير التقسيم الذي يتم إنجازه من طرف الحكومة⁴⁵ من جهة، ومدى ملائمة هذه المبادئ مع التراب الوطني ودرجة تنزيلها من قبل الحكومة من جهة أخرى، لا سيما أن "التقسيم

41 - نفس المرجع، ص 177.

42 - نفس المرجع، الكتاب الثاني، ص 172.

43 - اللجنة الاستشارية للجهوية المتقدمة، الكتاب الأول، ص 67.

44 - Tarik Zair ; Le régime juridique relatif au découpage des collectives territoriales issu de la loi du 27 juillet 2013, R E M A L D numéro double 117-118 juillet- octobre 2014 , p 19-23

45- Idem , p20.

الترابي للجماعات الترابية ينتج آثاره مباشرة على ممارسة السلطة، باعتباره أساس ممارسة السلطة والاختصاصات".⁴⁶

وتفعيلا للبند السابع من الفصل 71 تم إصدار القانون رقم 12/131 المتعلق بمبادئ تحديد الدوائر الترابية للجماعات الترابية⁴⁷، متضمنا سبعة مواد. وتطرق هذا القانون لمبادئ تحديد الدوائر الترابية للجهات، وهي كالتالي:

- مراعاة معايير الفعالية والنجاعة والترابط والتجانس والوظيفية والقرب والتناسب والتوازن بوصفها أساسيات جوهرية في عملية التحديد بغية تكوين مجموعات مجالية متكاملة تتوفر على حد أدنى ملموس فيما يخص كتلتها البشرية والاقتصادية.

- مراعاة حد أدنى ملموس من شبكة الروابط ذات المضمون الاجتماعي والتواصلي.

- تكوين الجهة انطلاقا من مجموعة العناصر المجالية المندمجة على أساس مشترك لخصائص ظروفها الطبيعية والاقتصادية والبشرية، تستجيب بفعل ذلك المبدأ للانسجام الجغرافي.

- تشكيل مجموعات ترابية عملية انطلاقا من قطب أو قطبين حضريين يمتد إشعاعهما ليشمل فضاءات للنمو الاقتصادي ويعكس تنظيم الأنشطة الاقتصادية والبشرية والتدفقات المرتبطة بها.

- الاستناد إلى الشبكة الإدارية للعمالات والأقاليم قصد إرساء قواعد قائمة على التراكم المتوفر والاستفادة من تقاليد اللامركزية الإدارية للمملكة، بناء على التقيد بالمستلزمات الثلاثة الممثلة في الاستمرارية والتجاوز والحفاظ على وحدة الكيانات الإدارية.

- تكوين مجموعات منسجمة تجمع بين الامتداد الجغرافي للأجزاء المكونة لها واتصال هذه الأجزاء عبر شبكة كثيفة من المسالك تسهل الوصول إلى مركز الجهة.

بالتمعن في هذه المبادئ المعتمدة لتحديد الدوائر الترابية للجهات، يتضح أن أغلبها كان مصدره تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية حيث "استلهم القانون 12/131 مقتضياته من توصياتها". ويعتبر اعتماد هذه المبادئ قفزة نوعية بإمكان تفعيلها أن يضع حدا للهواجس السياسية والأمنية التي طبعت مشوار تقسيم التراب بالمغرب. واللافت بخصوص معايير تحديد التراب الجهوي أن هذا القانون قد فضل معايير يطغى عليها الطابع الاقتصادي، و"يبرز هذا الخيار طموح وضع أسس الجهوية متقدمة في إطار دولة ذات نظام لامركزي قوي"⁴⁸. كما تتميز هذه المعايير كذلك بعموميتها

⁴⁶ - Idem, p 20.

⁴⁷ - ظهير شريف 1.13.74 صادر في 18 من رمضان 1434, 27 يوليو 2013, بتنفيذ القانون 131/ 12 المتعلق بمبادئ تحديد الدوائر الترابية للجماعات الترابية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6177، ص 5737.

⁴⁸ - مذكرة تقديم القانون 12/131.

وتناقضها في بعض الأحيان، فمثلا نجد أن معيار التراكم والاستفادة من تقاليد اللامركزية يتناقض تناقضا تاما مع مبدأ الفعالية والفاعلية.⁴⁹

وإذا كانت الجهوية المتقدمة كمشروع ترابي هادف بالأساس إلى مواجهة الاختلالات والفوارق الصارخة بين الجهات، فإن القانون 12/131 لم يجعل منه مبدأ أساسيا إلى جانب المبادئ الأخرى. وقد تم استدراك تلك الفلته في المذكرة التقديمية لمشروع المرسوم رقم 2-15-40 الذي جعل من "... التقليل من الفوارق داخل الجهة والتخفيف من التفاوتات المرتبطة بنمو المجالات الترابية والفوارق الجغرافية والديموغرافية بين الجهات..."⁵⁰ مبدأ أساسيا إلى جانب المبادئ التي نص عليها القانون رقم 12/131. وأضاف المرسوم السابق ذكره مبدأ جديدا لم يرد في القانون 12/131 وهو "تكريس سياسة القرب التي باتت خيارا استراتيجيا من شأنه تقوية التأطير عن قرب وجعل الإدارة الترابية أكثر تناسقا وفعالية".⁵¹

ورغم الطابع المتطور لهذه المبادئ وأهميتها البالغة في عقلنة استعمال التقسيم الترابي، فإن الإشكال الأساسي الذي يبقى مطروحا بشأنها هو مدى تنزيلها على أرض الواقع: ويزداد هذا الإشكال تعقيدا مع الإكراهات والصعوبات التي يطرحها الواقع الجغرافي والتدبير للوحدات الترابية الإدارية اللامركزية واللامركزة، والتي لا تسعف في كثير من الأحيان في بلورتها.

⁴⁹ - Tarik Zair ; Idem, p 25.

⁵⁰ - راجع المذكرة التقديمية لمرسوم رقم 2-15-40 الذي يقضي بتحديد عدد الجهات وتسمياتها ومراكزها والعمالات والأقاليم المكونة لها بالملحق.

⁵¹ - للاستزادة انظر: مذكرة تقديمية لمشروع القانون رقم 2-15-40 يقضي بتحديد عدد الجهات وتسمياتها ومراكزها والعمالات والأقاليم المكونة لهما.

المحور الثاني: التقسيم الجهوي الجديد على ضوء مرسوم 2-15-40: محاولة في التركيب

نحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على أبرز مستجدات وعناصر وإفرازات التقسيم الجهوي الجديد، الذي يعد إحدى المكونات الأساسية لمشروع الجهوية المتقدمة، مع إبراز بعض أهم الإشكالات المطروحة بخصوصه . منطلقين في ذلك من توضيح الموصفات العامة للخريطة الجهوية، مروراً بإعطاء نظرة عامة حول مميزات الجهات الجديدة، ورهاناتها، على أن نتعرض لبعض الإشكالات المطروحة بمقتضى التقسيم الجديد في نقطة أخيرة من هذا المحور.

الفقرة الأولى: موصفات الخريطة الجهوية ومكوناتها

قدمت اللجنة الاستشارية للجهوية مقترحا جديداً للتقسيم الجهوي على أساس المنظور والمعايير السابقة الذكر، وهو كالتالي:



المصدر: اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 62

ويوضح الجدولين المولين أهم الإحصائيات المتعلقة بالتوزيع الجهوي للسكان الحضرية والقروية والعمالات والأقاليم المكونة لكل جهة في الجدول الأول، وبعض الإحصائيات العامة المتعلقة بهذه الجهات المقترحة في الجدول الثاني:

مشروع تقسيم الجبوي للسلكة الحضرية والفوقية والعمالية (القبلي)

القطاعات	البلديات	عدد	السلكة سنة 2008			القطاعات
			نصف المصارف المصرفي	نصف المصارف الفروي	عدد الإحصائيات السلكة	
• مملكة نسيلة (اصلا) • وزارة القبلي • تقطان القبلي • تطوان القبلي	• مكناس - العيون (قبلي) • لخمص - امراة القبلي • لمرش القبلي	7	58,28%	41,72%	2 830 101	<u>الجهة رقم 1: شجة - تطوان</u>
• وحدانكة (اصلا) • الحسنية (قبلي) • بركان (قبلي) • الفريوق (قبلي)	• حردف (قبلي) • حردا (قبلي) • تامور (قبلي) • تاوريرت (قبلي)	8	57,88%	42,92%	2 434 870	<u>الجهة رقم 2: الشرق - الرباط</u>
• فاس (اصلا) • مكناس (اصلا) • بركان (قبلي) • الحادف (قبلي) • بركان (قبلي)	• مراكش - بعبود (قبلي) • مكناس (قبلي) • تاونات (قبلي) • العيون (قبلي)	9	56,48%	43,51%	4 022 128	<u>الجهة رقم 3: فاس - مكناس</u>
• الرباط (اصلا) • مراكش (اصلا) • الصوفاة (اصلا)	• القنيطرة (قبلي) • لخمصات (قبلي) • مديت فاس (قبلي) • مديت سليمان (قبلي)	7	47,88%	32,31%	4 272 901	<u>الجهة رقم 4: الرباط - مراكش - القنيطرة</u>
• بركان (قبلي) • مكناس (قبلي) • فاس (قبلي)	• حيدرة (قبلي) • حركية (قبلي) • مديت (قبلي)	6	46,33%	53,67%	2 611 499	<u>الجهة رقم 5: مكناس - خنيفرة</u>
• فاس (اصلا) • الحسنية (اصلا) • مكناس (قبلي) • بركان (قبلي) • الحديت (قبلي)	• مكناس (قبلي) • لخمص (قبلي) • مكناس (قبلي) • مديت بورد (قبلي)	9	68,91%	31,09%	6 085 000	<u>الجهة رقم 6: فاس البيضاء - مكناس</u>
• مراكش (اصلا) • لخمص (قبلي) • تيشارة (قبلي) • قعدة المراكش (قبلي)	• لخمص (قبلي) • لخمص (قبلي) • لخمص (قبلي) • لخمص (قبلي)	8	42,92%	57,08%	4 103 000	<u>الجهة رقم 7: مراكش - لخمص</u>
• الفسحة (قبلي) • لخمص (قبلي) • ويزرات (قبلي)	• شعير (قبلي) • رانكوة (قبلي)	5	31,19%	68,81%	1 392 501	<u>الجهة رقم 8: مراكش - مكناس</u>
• مكناس - با وستر (اصلا) • لخمص (قبلي) • لخمص (قبلي) • لخمص (قبلي)	• مكناس (قبلي) • مكناس (قبلي) • مكناس (قبلي)	6	49,86%	50,14%	2 475 143	<u>الجهة رقم 9: مكناس - مكناس</u>
• لخمص (قبلي) • مكناس (قبلي)	• مكناس (قبلي) • مكناس (قبلي)	4	60,13%	39,87%	428 157	<u>الجهة رقم 10: مكناس - مكناس</u>
• مكناس (قبلي) • مكناس (قبلي)	• مكناس (قبلي) • مكناس (قبلي)	4	89,58%	10,42%	364 100	<u>الجهة رقم 11: مكناس - مكناس</u>
• مكناس (قبلي)	• مكناس (قبلي)	2	90,53%	9,47%	152 100	<u>الجهة رقم 12: مكناس - مكناس</u>
		75	56,87%	43,13%	31 177 900	المغرب

التقسيم الترابي الجهوي بالمغرب: دراسة في منهجية إعداده، مكوناته ومركزاته

مشروع التقسيم الجهوي

إحصائيات عامة

المساحة سنة 2008						المساحة		التنظيم الإداري		الجهات	
عدد قسطن لي تقدي	المساحة الحضرية		المساحة القروية		العدد الإجمالي للسكان		تقديم %	عدد الجماعات الإقليمية	عدد الإقليميات		
	%	نسبة	%	نسبة	%	نسبة					
206,4	9,30%	1649 460	8,78%	1 180 640	9,08%	2 830 101	1,93%	13 712	110	7	الجهة رقم 1: طنجة - تطوان
67,2	7,84%	1 389 865	7,77%	1 045 008	7,81%	2 434 870	5,10%	36 241	147	8	الجهة رقم 2: الشرق والريف
100,4	12,82%	2 272 136	13,01%	1 749 993	12,90%	4 022 128	5,64%	40 075	194	9	الجهة رقم 3: فاس - مكناس
234,9	16,31%	2 892 540	10,27%	1 380 362	13,71%	4 272 901	2,56%	18 194	114	7	الجهة رقم 4: الرباط - سلا - القنيطرة
63,6	6,91%	1 225 658	10,31%	1 385 841	8,38%	2 611 499	5,77%	41 033	164	6	الجهة رقم 5: بني ملال - خنيفرة
312,9	23,65%	4 193 000	14,07%	1 892 000	19,52%	6 085 000	2,74%	19 448	153	9	الجهة رقم 6: الدار البيضاء - سطت
104,9	9,94%	1 763 000	17,44%	2 345 000	13,18%	4 108 000	5,51%	39 167	251	8	الجهة رقم 7: مراكش - أسفي
10,5	2,45%	434 342	7,13%	958 159	4,47%	1 392 501	18,59%	132 167	109	5	الجهة رقم 8: درعة - تافيلالت
46,0	6,96%	1 234 128	9,23%	1 241 015	7,94%	2 475 143	7,57%	53 789	175	6	الجهة رقم 9: سوس - ماسة
9,3	1,45%	257 872	1,27%	170 985	1,38%	428 857	6,49%	46 108	53	4	الجهة رقم 10: كلميم - وادي نون
2,6	1,84%	326 000	0,28%	38 000	1,17%	364 000	19,70%	140 018	20	4	الجهة رقم 11: العيون - المسافة الحمراء
1,2	0,52%	92 000	0,45%	60 000	0,49%	152 000	18,41%	130 898	13	2	الجهة رقم 12: الداخلة - وادي الذهب
43,9	100%	17 730 001	100%	13 447 003	100%	31 177 000	100%	710 850	1503	75	المغرب

المصدر: اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، (الجدول الأول) ص 63، (الجدول الثاني) ص 62

والجدير بالذكر أن هذا المقترح الذي قدمته اللجنة الاستشارية للجهوية بخصوص الخريطة الجهوية، لم يطله أي تغيير من طرف السلطات المختصة، حيث تم توزيعه كما هو على الأحزاب السياسية لتبدي بشأنه ملاحظاتها مرة أخرى، ليتم إيداعه كما هو لدى البرلمان. إلا أن السلطات العمومية ارتأت في آخر المطاف، بعد مجموعة من التجاذبات والمطالب الراضية لبعض مقترحات التقسيم وخاصة بالريف، والحسيمة تحديدا، إلى إعادة النظر في بعض مقتضياته: التي تجلت في إدراج إقليم الحسيمة بجهة طنجة تطوان، بعدما كان مقترحا بجهة الشرق. وكذلك هو الشأن بالنسبة لإقليمي فيكيك وميدلت، حيث كان الأول مكونا من مكونات الجهة رقم 8 درعة تافيلالت في المقترح، ليتم إدراجه فيما بعد بالجهة رقم 2 الشرق والريف، بينما كان الثاني موضوعا ضمن جهة بني ملال خنيفرة في مقترح اللجنة قبل أن يتم ضمه إلى جهة درعة تافيلالت. وعلى هذا الأساس عدل مشروع المرسوم رقم 2-40-15، القاضي بتحديد عدد الجهات وتسميتها ومراكزها والعمالات والأقاليم المكونة لها، الخريطة الجهوية لتصير على الشكل التالي:

الجهات الجديدة وتسمياتها ومراكزها والعمالات والأقاليم المكونة لها

MAP



المصدر: مشروع مرسوم رقم 2-15-40 الفاسي بتحديد عدد الجهات في 12 جهة وتسمياتها ومراكزها والعمالات والأقاليم المكونة لها

إن أبرز ما يلاحظ بخصوص هذه الخريطة الجهوية هو أنها قلصت نسبة الجهات من 16 إلى 12 جهة بنسبة 25% وأنتجت بذلك مجموعتين جهويتين تسيران بسرعتين مختلفتين وهما:

المجموعة الأولى: يغلب فيها معيار الاستقطاب الحضري وتتوفر على قوة اقتصادية وبشرية مقبولة وتظم أهم مجالات التنمية الاقتصادية وتتشكل من 7 جهات وهي: طنجة تطوان- الرباط سلا القنيطرة- الدار البيضاء سطات، سوس ماسة، فاس مكناس، مراكش أسفي، بني ملال خنيفرة. "ويطرح هنا تساؤل في بشأن طبيعة هذا الاستقطاب هل يعني أن كل مدينة لها مجال استقطابها والجهة تتألف من مدن ومجالات استقطابية مختلفة ومع الزمن ستتألف فيما بينها، أم أن الاستقطاب يعني أن التآلف حاصل اليوم بمعنى أن مدن الجهة تشكل شبكة مترابطة ومرتبة، وإن كان الأمر كذلك فهل نموذج خنيفرة بني ملال أو مراكش أسفي يقدمان جهات مقنعة من هذا الباب؟ لأن المعروف أن مجالاتهم الاستقطابية غير مترابطة بما فيه الكفاية"⁵²، ونفس الأمر ينطبق على إقليم ميدلت.

المجموعة الثانية: يغلب فيها معيار التجانس وتتميز بوجود عدد قليل من الأقطاب أو بانعدامها وتغطي مناطق الجبال الأطلسية والسهول والصحارى الواحية وغير الواحية. وهي جهات تنسم

52 - بوجروف سعيد: م.س. ص 199.

بقلة الموارد الطبيعية، وتواجه معوقات كبيرة وتحتاج إلى دعم كبير من ناحية التضامن الوطني⁵³ وتضم خمس جهات وهي: جهة الشرق- درعة تافيلالت والجهات الثلاثة التي تضم الأقاليم الصحراوية.

ويرى بعض الباحثين بأن "التقسيم العام المبني على المعطيات الجغرافية والاقتصادية والجيوسراتيجية يعيد إنتاج المقاربة الكلاسيكية لتقسيم المغرب إلى قسم نافع وآخر غير نافع... أو ما أصبح متعارف عليه في مرحلة الاستقلال بالمغرب المتقدم والمغرب في حاجة ماسة إلى التنمية"⁵⁴ وهذا بالضبط ما يبرر إجماع الكثير من المهتمين والباحثين في الشأن الجهوي على ضرورة عدم تجاوز 7 أو 8 جهات توخيا لتجميع إمكانياتها ومؤهلاتها الاقتصادية لجعلها قادرة على رفع تحديات التنافسية الترابية وطنيا ودوليا وإقليميا⁵⁵. لكن اللجنة أبت إلا أن تقند هذا الخيار، مستندة في ذلك على أنه "لا مبرر من اتقاء تشكيل جهات واسعة الأرجاء خشية ما يكون في ذلك من العرقلة أو المخاطرة"⁵⁶. وذلك بناء على مبادئ التناسب والتوازن اللذان يهدفان بخصوص هذه النقطة إلى "لزوم جعل "توازن" افتراضي بين الجهات بناء على حجمها ووزنها اتقاء لخطر إقامة جهات كبيرة قد ترقق أخرى صغيرة"⁵⁷.

ويبدو بأن كلا الخيارين أي التقليل أو الزيادة من عدد الجهات، لا يخلو من المخاطر لكونه يطرح إشكال "كيفية التوفيق بين الخصوصيات الوطنية والتركيبية المعقدة للمجال الجغرافي والاقتصاد وطبيعة السكان وخصوصياتهم، إضافة إلى المعايير الدولية وما باتت تتطلبه من مقاربات عند وضع الخريطة الجهوية"⁵⁸.

كما توضح معايير بناء هذه الوحدات الجهوية بأنه تم تجاوز المعايير الكلاسيكية المركزة على الخصوصيات الاثنية والقبلية واللغوية والتاريخية التي كانت تفصل بين المناطق وتأسس لتجانس بشري⁵⁹، لأن المغرب في نظر اللجنة الاستشارية التي أعدت مقترح مشروع التقسيم الجهوي، حقق مستويات كبيرة من الاندماج الاثني واللغوي والتزواج بين الجماعات والأفراد ذوي الأصول المختلفة، مستدلة على ذلك بمجموعة من المؤشرات كحجم الاتصالات الهاتفية بين المدن وعلاقة

53 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 202.

54 - سعيد بوجروف، م س، ص: 195.

55 - Boutouil Ahmed : De la régionalisation :préalables ;voies et supports pour une croissance socioéconomique équilibrée. Amok Graphique ;2010 :62.

56 - اللجنة الاستشارية للجهوية: الكتاب الأول، ص 69.

57 - نفس المرجع، ص 69-70.

58 - يتضح أن هذا هو السبب الذي دفع اللجنة إلى اقتراح 12 جهة والذي يروم الوسطية بين العديدين 7 أو 12.

59 - سعيد بوجروف : مرجع سابق، ص: 218.

التزاوج بين الأقاليم⁶⁰. ومن خلال هذا التصور يمكن القول أن الفكرة أو التوجه الذي مفاده بأن "الجماعات دون تاريخ ودون أسس إيثوثقافية هي جماعات دون مستقبل"⁶¹.

كما تم تفادي الرجوع إلى المنطق الضيق للجهة كعالم مصغر "Microcosme"، إذ عوض محاولة تجميع مجمل قائمة تخصصات البلد بأكمه داخل الجهة، عمل المشروع على تجميع كل المجالات الترابية التي تقتسم نفس الميزات والخصائص نفسها داخل فضاء واحد، لتتشكل الجهات بذلك حسب حجم ديموغرافي معقول وأن تستفيد من تركيبة ترابية متنوعة ذات نقط قوة أو ضعف واضحة..

الفقرة الثانية: ملاحظات أولية حول مخرجات التقسيم الجهوي الجديد

نتطرق في نقطة أولى، إلى إلقاء نظرة على الخصائص العامة المميزة للجهات الجديدة التي أفرزها التقسيم، على أن نخصص النقطة الثانية لإبراز خصوصية التقسيم بالأقاليم الجنوبية الصحراوية للمملكة.

الأقطاب الجهوية في تقسيم الجهوية المتقدمة: مميزاتها ومشمولاتها 1

توضح القراءة الأولية لمرسوم 2.15.40 وتقرير اللجنة الاستشارية للجهوية، المكانة الاستراتيجية للأقطاب الجهوية الحضرية التي تم اعتمادها كأداة رئيسية للتنمية الترابية والجهوية. وفيما يلي سنتطرق لأهم مميزات هذه الأقطاب وديناميتها وتحدياتها حسب كل جهة على حدة.

الجهة 1: جهة طنجة تطوان – الحسيمة: ترتبط الدينامية الحضرية لهذه الجهة بالخاصية الحضرية إذ تحتوي على ما يناهز % 50 الساكنة الحضرية وتتميز بدينامية الثنائية القطبية -Bi-Polaire لطنجة – تطوان. وترتبط كذلك دينامية هذه الجهة بالمشاريع الاقتصادية الكبرى والتجهيزات الأساسية التي باتت تستقبلها، كالمشروع الضخم "ميناء طنجة المتوسط" وما رافقه من سياسات ومشاريع ومنجزات همت البنية التحتية. إن هذه الجهة تتوفر على إمكانيات طائلة من الناحية الصناعية واللوجيستكية والفلاحية (سهل اللكوس) والسياحة والصناعة التقليدية، كما أن مستقبلها رهين بطبيعة علاقاتها مع أوروبا. وتبقى أبرز الإشكالات المجالية لهذه الجهة: الاستغلال المكثف والضغط التنموي الذي يعرفه المجال، وخاصة الساحل، واقتصاد مواز جد منافس⁶².

الجهة 2: جهة الشرق: تتميز هذه الجهة بضعف الأقطاب المشكلة لها باستثناء مدنية وجدة كعاصمة لها والناظور كقطب ناشئ، فبتطور هذه المدينة صناعيا ولوجستيا، وفي اندماجها ضمن جهة الشرق- الريف قد تحصل هذه المنطقة على حضورها الحقيقي، إلا أن الملاحظ أن الإمكانيات

60 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص: 192 إلى 195

61 - Ibrahim Mohamed : « La région au Maroc entre le virtuel et le réel » in « Etat-Nation et prospective des territoires » S/D Sedjari Ali .Edition l'Harmattan· Paris· 1996 :p :223

62 - عز الدين العناني : النموذج المغربي للجهوية المتقدمة، التقطيع الجهوي، رهانات وتحديات. في قضايا الجهوية المتقدمة بالمغرب، دار النشر المغربية، الدار البيضاء 2011 ص121-122.

الاقتصادية لهذه الجهة تضل ضعيفة. وتعرف عد مشاكل تنموية مند غلق الحدود البرية المغربية الجزائرية وما انجر عنها من انعكاسات سلبية على شرائح كبيرة من الساكنة التي كانت تعتمد على مداخيل "التهرب المعيشي". وتتطلب هذه الجهة إيجاد حلولاً تنموية استعجالية، كما تشكل فضاء ترتبط فيه التنمية البشرية والاقتصادية بشكل وثيق بالأولويات السياسية والاستراتيجية الوطنية. ومن هذا المنظور ستحمل هذه الجهة على عاتقها الأبعاد الاقتصادية والوظيفية (إعداد التراب) في الجزء الشمالي الشرقي والشرقي للتراب الوطني، كما ستتولى إبراز ومعالجة الاعتبارات الجيوستراتيجية: الواجهة المتوسطية الشرقية ومنطقة الحدود الشرقية، ومنطقة التماس مع الثغور المحتلة.⁶³

الجهة 3: فاس- مكناس : تضم هذه الجهة ما يناهز 4.022.128 نسمة وتعتبر إحدى أهم التجمعات السكانية بالمغرب. وتتميز الدينامية الحضرية لهذه الجهة بنظام القطبين فاس- مكناس، اللذان يحددان الأهمية السوسيواقتصادية والتاريخية لها، بحيث أن " التنظيم الحالي للمجال بهذه الجهة يستند إلى إرث تاريخي يناهز عمره ألف سنة. وقد ظلت هذه الجهة المركز السياسي للبلاد إلى أن جاء الاستعمار الذي نقل هذا المركز إلى المغرب الساحلي".⁶⁴ وهكذا تم اعتماد البعدان التاريخي والاقتصادي كمحدد في تقسيم هذه الجهة، رغم ما واكب هذا الاختيار من مطالب رافضة للجمع بين فاس ومكناس. "وتكتسي هذه الجهة خصوصية مميزة تجعل منها حلقة داخلية نشيطة في النظام الجهوي المغربي، وفضاء تهيمن عليه العاصمتان الجهويتان فاس-مكناس" فضلا عن كونه "ممرًا رئيسيًا لكل التنقلات بين شرق البلاد وغربها"⁶⁵. كما تتوفر على مؤهلات سياحية وفلاحية هامة.

الجهة 4: الرباط- سلا القنيطرة: تضم هذه الجهة 4.272.901 نسمة وتتشكل جغرافيا من ثلاثة مجموعات: الواجهة البحرية أو الهضبة الغربية والهضبة الوسطى لز غير والمجال الترابي لإقليم الخميسات. تتيح إمكانيات اقتصادية وبشرية لهذه الجهة التي تساهم بأكثر من 15% من الناتج الداخلي الخام، كما تجعلها مركزا اقتصاديا عصريا وحيويا بالنسبة للمغرب: "فهو فضاء يستقطب كل شيء: سكان ممتلكات ورساميل وحركة النقل والمواصلات. إنه القلب النابض للوطن ككل".⁶⁶ وتتجلى أبرز الإشكالات المجالية لهذه المنطقة في ضرورة إعادة النظر في النسيج الاقتصادي والتدبير الحضري لمدينة سلا والتعامل معها كقطب أو كقاطرة للجهة وليس كضاحية للعاصمة. بالإضافة إلى ضرورة الارتقاء بوظيفة العاصمة عن طريق اعتماد تحديد جديد لها كعاصمة للبحث العلمي والتنمية الشاملة وليس فقط كعاصمة للسلطة والسياسة والادارة.

⁶³ - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 227، 228.

⁶⁴ - جون فرانسوا تروان واخرون، المغرب: مقارنة جديدة في الجغرافية الجهوية. تحت إشراف جون فرانسوا تروان، ترجمة علي آيت أحمد وادريس البوشاوي، طارق للنشر، الدار البيضاء 2006، ص 133.

⁶⁵ - نفس المرجع، ص 133.

⁶⁶ - نفس مرجع، ص 41.

الجهة الخامسة: جهة بني ملال – خنيفرة: تضم هذه الجهة 2.611.499 نسمة وتتشكل من مجموعة من الحواضر: بني ملال- خريبكة- خنيفرة... ذات دينامية اقتصادية متنوعة تحتوي على عنصرين متميزين: "الأول في الشمال وهو هضبة الفوسفاط التي تحتوي على الذهب الأبيض،... والثاني في الجنوب وهو سهل تادلة في مقدمة الأطلس"⁶⁷ الذي يضم أنشطة فلاحية مهمة. كما تضطلع هذه الجهة بحكم موقعها بمهمة مركزية حيث تمثل همزة الوصل بين أول محيط مسقي في المغرب العربي (تادلة)، وممر تاريخي تندمج فيه الطريق الرابطة بين فاس ومراكش التي تربط مناطق طبيعية من بين الأكثر تناقضا على مستوى البلاد. فضلا عن تشكلها من فسيفساء اجتماعية مما يجعلها تتسم بطبيعة جد متناقضة وذات سمة بارزة.⁶⁸ فهذه الجهة بين الأطلس وأقاليم الساحل الأطلسي تملك خصوصيات مميزة⁶⁹. وتحتاج هذه الجهة مستقبلا إلى مشاريع مهيكلة لتحقيق إقلاع اقتصادي بها وهي⁷⁰: تمديد خط السكك الحديدية نحو بني ملال عاصمة الجهة، وتعميم السقي الكبير بالجهة ثم الإنعاش الصناعي، وخاصة الصناعات الغذائية.

الجهة 6: جهة الدار البيضاء- سطات: هي أكثر جهات المغرب اكتظاظا بالسكان حيث تحتوي 6.085.000 نسمة، إلى جانب تشكلها من القطب الحضري الاقتصادي والمالي للدار البيضاء الذي لا زال مهيمنا على باقي جهات المملكة على مستوى تركيز الأنشطة الاقتصادية والصناعية والإنتاجية... وفي نفس الوقت أضحت الدار البيضاء، تتمدد في اتجاه مدن جديدة: برشيد كمركز صناعي جديد، كذلك تظهر الأهمية الاقتصادية للتوسع في اتجاه الجديدة نحو ميناء الجرف الأصفر، وهو ما يعكس الدينامية التي تتمتع بها هذه الجهة. ومن الواضح بأن الدار البيضاء كقاطرة تنموية للاقتصاد الجهوي والوطني في حاجة ماسة إلى إصلاحات عميقة على مستوى البنيات التحتية كالطرق والموانئ، السكك الحديدية، والبيئية بحيث يلاحظ غياب محطات معالجة المياه العادمة، وهشاشة أسطول النقل الحضري الجماعي، وتلك المتعلقة بأزمة السكن والتعمير وتتطلب ضرورة إعادة النظر في المشهد العمراني للحاضرة.

وتتجلى أبرز التحديات المطروحة بهذه الجهة في ضرورة ترتيب علاقة الدار البيضاء مع الشبكة الحضرية الجهوية للمنطقة لجعلها فضاء "متروبوليا" تنمويا قادرا على تقوية القدرات الاقتصادية والتنموية للبلاد.⁷¹ وهكذا "يقدم الساحل الأطلسي الوسط جنوب الدار البيضاء إمكانات كبيرة للتنمية الاقتصادية ورفع الاختناق عن الحاضرة الكبرى للدار البيضاء. لكن يجب تفادي عائقين اثنين...: تدمير بيئة بحرية ثمينة وإمكانات فلاحية قوية، وتبعية مفرطة لقطب واحد هو قطب

67 - نفس المرجع، ص 155.

68 - نفس المرجع.

69 - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثاني، ص 220.

70 - عز الدين العناني: مرجع سابق، ص 119.

71 - نفس المرجع، ص 120.

الدار البيضاء. وهو الأمر الذي قد يعرقل ظهور مراكز جهوية قادرة على أن تلعب دورا فعالا كمحطات إبدال"⁷².

الجهة 7 "جهة مراكش آسفي": يقطن هذه الجهة ما يناهز 4.108.000 نسمة. وتتمتع بدينامية سوسومجالية خاصة، فمن جهة تظهر الهيمنة الاقتصادية والاجتماعية لمراكزها الحضرية أساسا، مدينة مراكش كمركز سياحي عالمي وقطب جهوي ثم تدعيمه بمنفذ بحري يطل على الساحل الأطلسي بواسطة ميناء مدينة الصويرة كمركز سياحي ناشئ وميناء آسفي كمدينة يعول عليها للعب أدوار تنموية واقتصادية في مستقبل الجهة. ومن جهة أخرى تظهر صعوبة الظروف الطبيعية وذلك بهيمنة المناخ الجاف "إقليم سراغنة- شيشاوة الحوز الرحامنة وانتشار الهشاشة والفقر بهذه المناطق ناهيك عن الإشكالات الإيكولوجية التي تتطلب معالجة ملحة لمناطق هذه الجهة (الماء- الواحة- جبل الأطلس الكبير).

الجهة 8: جهة درعة تافيلالت: إنها إحدى أفقر الجهات المغربية على مستوى التجهيزات الأساسية والبنيات التحتية والوحدات الإنتاجية، وتتوزع على كل من الراشدية كعاصمة للجهة وورزازات بتغيير زاكورة، وتتميز بتباعد مكوناتها وتمثل قضايا الواحات والبيئة الإشكالية الرئيسية بالجهة. ذلك أن مستقبل الواحات يشكل قضية الساعة في السياق المغربي⁷³. ولذلك ثم إحداث مؤسسة عمومية خاصة بهذه المناطق الواحية نظرا لضعف هذه الجهة على مستوى التجهيزات الأساسية والاجتماعية رغم مقوماتها المعمارية والسياحية ذات الطابع الواحي والصحراوي⁷⁴. وتعاني كذلك هذه الجهة من ندرة المياه وتدهور مجالها الطبيعي والإيكولوجي، وتتطلب إجراءات فلاحية استعجالية من قبيل تثمين ورد الاعتبار للتراث الطبيعي والثقافي بالمنطقة الصحراوية وإنعاش وتأهيل الراشدية وورزازات- والمحافظة على النشاط الفلاحي السائد بالمنطقة وخاصة زراعة النخيل بالواحات. إن هذه الجهة تحتاج إلى ذكاء ترابي من نوع خاص.

الجهة 9: جهة سوس ماسة: يركز بهذه الجهة حوالي 2.475.143 نسمة، وتتوزع عبر العمالات والأقاليم التالية: أكادير إداوتنان "عمالة"، إنزكان أيت ملول – عمالة- اشتوكة ايت باها إقليم، تارودانت إقليم، تزيت إقليم⁷⁵ وإقليم طاطا. وتعرف هذه الجهة دينامية ترابية متميزة ناتجة عن عدة عوامل. ذلك أن هذه الجهة تعرف "تغيرات ليست ناتجة عن عائدات خارجية فحسب (مثل عائدات الهجرة)، بل كذلك عن الحيوية الداخلية التي تعرفها المنطقة وإلى الدينامية التي تطبع سكانها. وعلاوة على ذلك فإن سوس- ماسة لم تعد في موقع هامشي منذ أن تم إدماج الأقاليم

72 - جون فرانسوا تروان وآخرون، م س، ص 66.

73 - اللجنة الاستشارية الجهوية- الكتاب الثاني: ص 232.

74 - لعبت هذه المنطقة دورا هاما من الناحية التاريخية، فسجل ماسة كانت نقطة تقضي إليها الطرق الكبرى للقوافل من القرن الثاني عشر إلى القرن الرابع عشر. كما كان كل من وادي درعة وتافيلالت مهد السلالات السعدية والعلوية. واليوم يبقى مستقبل الواحات معلقا بشكل من الأشكال في هذه البلاد الواسعة تتباين أشرطة بساتين النخيل الأهلة بالسكان مع بلاد الحمادات الفارغة تقريبا، راجع تروان، م س، ص 397.

75 - تم حذف أقاليم ورزازات وزاكورة وتغيير وسيدي إفيني من جهة سوس ماسة في التقسيم الحالي.

الصحراوية، وهو الأمر الذي ترتب عنه حركية مكثفة من الأموال والأشخاص تربط بين الشمال والأقاليم الجنوبية عابرة منطقة سوس ماسة ومساهمة في تطوير هذه الجهة مضيفة عليها مركزية نسبية»⁷⁶. وتحتوي هذه الجهة كذلك على مؤهلات تنموية مهمة « تركز على ثلاثة قطاعات: الفلاحة السقوية، الصيد البحري، السياحة. غير أن هذه التنمية غير مستدامة، حيث نثار ندرة الماء، تدهور شجرة الأركان والمنطقة الجبلية برمتها، ثم إشكالية تنظيم النمو الحضري الذي يحيط بمدينة أكادير»⁷⁷. تقوم مدينة أكادير كعاصمة للجهة بأدوار محورية في هيكلية وتنظيم واستقطاب تراب الجهة، فهي عاصمة الجنوب "ونقطة انفتاح على شمال المغرب وبوابة نحو الأقاليم الجنوبية»⁷⁸ فالتوجهات الاقتصادية الحالية تجعل منها قطبا رئيسيا للسياحة الساحلية ومركز هام للأنشطة العلمية والثقافية بالجهة لما تحتويه من مراكز علمية ومؤسسات جامعية تساهم في الإشعاع العلمي للجهة وتفتح علميا على الأقاليم الصحراوية،⁷⁹ ومن الناحية اللوجستكية فإن ربطها بخط السكة الحديدية بات امرا ملحا لكونه عنصر حيويا لتشجيع المواصلات وتسهيل تنقل الأفراد والسلع.

2 - خصوصية الجهات الجنوبية الصحراوية للمملكة والتقسيم الجهوي:

إن الإبقاء على ثلاثة جهات بالمناطق الجنوبية الصحراوية هو خيار يعكس في نهاية المطاف، وعلى وجه التحديد، المصلحة الوطنية والسياسية والاستراتيجية للأقاليم الجنوبية. وهو كذلك خيار لا يخلو من الهاجس الأمني، نظرا لما يتطلبه الوضع السياسي للمنطقة من مراقبة وتأيير بهذه الأقاليم التي توجد اليوم محط طموحات ثلاثة متعارضة: «فهي بالنسبة للمغرب أقاليم مرتبطة أشد الارتباط بعمقه التاريخي بوصفه دولة دائمة البحث عن وحدتها الترابية ومرتبطة كذلك بعلاقاته مع بلدان إفريقيا. أما بالنسبة لإسبانيا فهي محط رهانات اقتصادية: الصيد والموارد المعدنية، ورمزية: نوعية الشروط التي واكبت خروجها من هذه الأقاليم بعد المسيرة الخضراء في نهاية حكم فراكوا، وإثر فشلها في تنظيم استفتاء لتنظيم دولية تحت حمايتها، وترابية: النزاع حول الحبيستين سبتة ومليلية. وأما بالنسبة للجزائر فإنها تعتقد أن استكمال المغرب لوحدة الترابية سوف لا يحررها من منفذ إلى المحيط الأطلسي فحسب بل إنه سيخل بالتوازن الجيوسياسي للمنطقة»⁸⁰. وأمام هذه الوضعية المجالية لهذه الجهات، جهة كلميم وادنون- جهة العيون الساقية الحمراء- جهة الداخلة وادي الذهب، التي لازالت محل نزاع دو بعد دولي بين المغرب والجزائر وصنيتها جبهة البوليساريو، فإن السلطات المغربية قد بادرت، في إطار إصلاحاتها، إلى اقتراح نوع من التنظيم الترابي لهذه المناطق، وهو مشروع الحكم الذاتي في إطار السيادة المغربية، سعيا منها إلى حلحلة النزاع حول هذه الأقاليم الذي عمر زهاء أربعة عقود.

76 - جون فرانسوا تروان واخرون، ص 293.

77 - عز الدين العناني، مرجع سابق ص: 120.

78 - اللجنة الاستشارية للجهوية/الكتاب الثاني ص: 204.

79 - علي بولريج، مرجع سابق، ص 136.

80 - جون فرانسوا تروان واخرون، مرجع سابق: ص 242.

وفي هذا السياق " فإن الخصوصيات الجيوستراتيجية للأقاليم الصحراوية دفعت السلطات المغربية إلى الذهاب بعيدا في الدفع بمبادئ التفريع والتعاقد الترابي. ذلك أن مؤسسة الفئوية الترابية Corporatisme territorial بهذه المناطق قد نشأ عن وعي واسع النطاق يظهر لدى السلطات المغربية بأن تحويل الولاءات القبلية أو الانفصالية إلى رابط وطني يمر من خلال تكثيف ميكانزمات دعم المصالح الفورية للسكان"،⁸¹ وهو ما يتطلب عقلنة مختلف السياسات العمومية التي تنتهجها الدولة بهذه المناطق وإعادة النظر في النموذج التنموي المطبق بها، في انتظار تمتعها بنظام للحكم الذاتي، الذي قد يجعلها تنصهر في جهة واحدة جهة الصحراء، ليتقلص بعدئذ عدد جهات المغرب إلى عشر جهات أو إحدى عشر⁸² !! إن مقترح اللجنة الاستشارية بخصوص التقسيم لا يتنافى مع هذا الطرح « على اعتبار أن الهدف المتوخى منه هو تعزيز جهوية تسعى إلى تحقيق تنمية ملموسة في هذه الأقاليم وتكون مدخلا لتطبيق مقترح مخطط الحكم الذاتي».⁸³

الفقرة الثالثة: بعض الإشكالات المطروحة بمقتضى التقسيم الجهوي الجديد

سنقتصر هنا على أهم الإشكالات المطروحة بمقتضى التقسيم الجديد، بنوع من الاقتضاب. مركزين على الأقاليم التي شاب تحديد موقعها من الخريطة الجهوية نوع من التردد، إلى جانب ملامسة خصوصية المجالات الجهوية الهشة، فضلا عن مدلول ورمزية التسمية الجهوية.

أولا: الأقاليم التي وجدت في حالة شاذة إبان التقسيم

تقدم الخريطة الجهوية في إطار مشروع التقطيع الجهوي الجديد بعض الأقاليم وهي كل من الحسيمة، فكيك وميدلت وسيدي إفني على أنها كانت في وضعية مضطربة وغير قارة ومثيرة للجدل في بعض الأحيان، وهو ما أدى إلى تغيير تموقعها في الخريطة الجهوية.

بالنسبة لإقليم الحسيمة: كان هذا الإقليم في عهد الاستعمار الإسباني منظويا في إطار جهة «غمارة» وتم إلحاقه بجهة الوسط الشمالي وعاصمتها فاس سنة 1971، قبل أن يتم إلحاقه في التقسيم السابق 1997 بجهة تازة الحسيمة تاونات. ثم اقترحت اللجنة الاستشارية للجهوية إدراجه ضمن جهة الشرق والريف، في مشروع التقسيم الجديد قبل إعماله، الشيء الذي أثار جدلا واسعا في صفوف الفاعلين السياسيين والمجتمع المدني وفعاليات أخرى حيث طالب بعض هؤلاء بإحداث ما أطلقوا عليه «جهة الريف الكبير».

⁸¹ - Meslouhi Abderahim : , « Le corporatisme territorial contre l'État-nation ? Politiques publiques et lien national au Sahara occidental », *L'Année du Maghreb*, VII | 2011, 191-210. Mise en ligne le 01septembre2011.

⁸² - يطرح تحديد المجال المعني بالحكم الذاتي إشكالا خاصا، هل يهم الأمر كل الصحراء انطلاقا من واد نون أم أن الأمر يتعلق فقط بالأقاليم المسترجعة سنة 1975 عند خط عرض 40 ، 27 شمالا وقرب واد الساقية الحمراء وهو المجال الذي حددته ورسمته السلطات الاستعمارية ب "إفريقيا الغربية الإسبانية" أي المجال الجغرافي موضوع الحوار اليوم على الصعيد الأمم المتحدة. بوجروف سعيد، مرجع سابق، ص 175.

⁸³ - اللجنة الاستشارية للجهوية -الكتاب الثاني , ص 234.

وقد وصل هذا الجدل إلى حد إلحاح بعض النواب على ضرورة تقسيم جهة الريف على أسس اثنية، كما هو الشأن بالنسبة لبعض جمعيات المجتمع المدني.⁸⁴ ونظرا لما قد يكون لتبني هذا الخيار من عواقب على الوحدة الترابية والوطنية والرابط الاجتماعي، «فإن الدولة تدخلت في آخر أطوار إعداد مشروع التقسيم الجهوي، تجاوزا مع المطالب الرافضة لساكنة الريف عامة وإقليم الحسيمة خاصة، بغض النظر عن الأهداف والمصالح التي طبعت هذا التدخل، من خلال التراجع عن مقترح الجنة الاستشارية للجهوية بخصوص هذا الإقليم، بضمه للجهة رقم 1 وهي جهة طنجة تطوان، ليتم بذلك إقحام اسمه ضمن اسم الجهة: جهة طنجة تطوان الحسيمة. وفي المقابل تم الإبقاء على إقليم الناظور، كمكون آخر من مكونات منطقة الريف، بالجهة الثانية: جهة الشرق. تماشيا مع احتواء الديناميات والتفاعلات الاجتماعية والسياسية بهذه المناطق ذات الخصوصيات الترابية.

بالنسبة لإقليمي فكيك وميدلت: أوصت اللجنة الاستشارية للجهوية بخصوص هذين الإقليمين بما يلي: «تصويب التقطيع الإقليمي لكي يتأتى فصل مقاطعة بني كيل- بو عرفة- فكيك، لإلحاقها بالجهة الشرقية على أن يلحق الجانب الشرقي (بوعان وما إليها) بمجال تافيلالت لبداهة انتمائه إليها، وبخصوص إقليم ميدلت الجديد، القديم فإنه يضم كيانات مختلفة متميزة، منها واحد ينتمي جنوبا إلى تافيلالت (الريش- كرامة)»⁸⁵، وبناء على ذلك تم إدراج إقليم فكيك، الذي كان تابعا لجهة وجدة إبان الاستعمار الفرنسي، في مقترح اللجنة بجهة درعة تافيلالت في اختيار أول «وهو ما قطع مع الإرث التاريخي لهذه المنطقة، وذلك ارتباطها بمنطقة وجدة... إلا أن هذا المقترح لا يقنع بما فيه الكفاية لأن التحديات الكبرى التي تواجهها المنطقة لم يكن التقسيم ليلغيها»⁸⁶. وهو ما دفع بمهندسي الخريطة الجهوية إلى التراجع عن هذا الاختبار مرة أخرى، بإدراج هذا الإقليم في جهة الشرق بمقتضى مرسوم 2/15/40. أما بخصوص إقليم ميدلت فإنه أدرج ابتداء هو الآخر بجهة بني ملال خنيفرة في مقترح اللجنة في خيار أول، وبجهة فاس مكناس في اختيار ثاني، قبل أن يتم إدراجه بجهة درعة تافيلالت انتهاء طبقا لنفس المرسوم وقد واكب هذا الاختيار مجموعة من المطالب الرافضة له.

بالنسبة لإقليم سيدي إفني: إن إقليم سيدي إفني الذي كان تابعا للاستعمار الإسباني هو امتداد لقبائل أيت بعمران، وكان تابعا إلى حدود سنة 2009 لإقليم تزنييت. إلا أن هذا الخيار لم يكن محط إجماع ساكنة سيدي إفني نظرا لتداعياته السلبية على المنطقة مقارنة بمواردها ومؤهلاتها، مما جعله محط انتقاد ورفض وتظاهر في مرات عديدة وشبه متواصلة لدى شريحة واسعة من هؤلاء

⁸⁴ - Régionalisation le cas tête Rifain :Revue Tel quel ; N 655, du 6 au 12 février 2015. P 30-31.

⁸⁵ - اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الأول، ص 70.

⁸⁶ - تعتبر منطقة فكيك منطقة جد معزولة عن جنتها وعن باقي التراب الوطني فهي تعاني إلى جانب البعد الجغرافي، حيث تبعد بحوالي 380 كلم عن وجدة عاصمة الجهة الشرقية و370 كلم عن الراشدية عاصمة جهة درعة تافيلالت. وإلى جانب الظروف المناخية الصحراوية القاسية وانغلاق الحدود مع الجزائر وهو ما يحرمها من الاستفادة من إيجابيات هذا الموقع وخاصة من المحور الطرقي الرابط بين بشار وتلمسان... للاستزادة راجع: بوجروف سعيد، مرجع سابق، ص 210/209.

السكان. «وكانتصار للحراك الاجتماعي والإرادة القوية لإنشاء قاعدة ترابية، 87 تم الارتقاء بسيدي إفني إلى مركز إقليم Chef-lieux مستقل، عن إقليم تزنييت»⁸⁸، في ارتباط مع جهة سوس ماسة درعة.

واقترحت اللجنة الاستشارية إدراج هذا الإقليم بجهة كلميم وادنون، وهو ما تم تأكيده في مرسوم التقسيم الجهوي. ويبدو أن التغيير الجدري لموقع إقليم سيدي إفني من جهة سوس ماسة درعة سابقا إلى جهة كلميم وادنون، يحمل في طياته نزوعا من قبل الدولة نحو إدماج هذا الإقليم في مجال تنمية الجهة التي صار ينتمي إليها «وتتمن المكتسبات الاجتماعية لسكانه " فمن الواضح أن الدولة تغيت السلم الاجتماعي من وراء هذا الخيار»⁸⁹. وبالنظر لمؤهلات المنطقة الاقتصادية والسياحية، فإن هذا الإقليم الشاب، يراهن مستقبلا على تنمية مينائه – ومطاره الخامد- وعقلنة وعانه العقاري في إطار سياسة للمدينة وتنمية الصيد التقليدي في إطار الاقتصاد البحري الجهوي⁹⁰، وهو ما من شأنه إعطاء دفعة تنموية وقيمة مضافة للجهة التي صار ينتمي إليها.

ثانيا: أفراد المجالات الهشة بجهة خاصة

يتعلق الأمر هنا تحديدا بجهة درعة تافيلالت – إذا ما استثنينا الجهات الجنوبية للمناطق الصحراوية التي تكتسي صبغة مجالية وسياسية خاصة كما أشرنا- التي تتموقع بالمجال ما وراء الأطلسي وتتميز بضعف تجهيزاتها ومساحتها الشاسعة وتباعدها كونتها وضعف كثافتها السكانية مع الأهمية التاريخية والثقافية والجيوسياسية التي تمتاز بها. وقد عانت هذه المناطق المكونة من أقاليم الراشدية، فكيك، ورزوات، تافيلالت- تنغير، جرادة... من فشل السياسات المتعاقبة لتأهيلها وحصرها في مجرد مجالات هامشية للمناطق الأكثر غنى في التقسيمات السابقة.

إن الدمج القسري لهذه لمناطق بجهات ذات أقطاب قوية في تقسيم 1997 لم ينعف في تأهيل هذه المناطق بل زادها عزلة وتفقيرا. والآن يعقد العزم على منح هذه المناطق الأولوية من خلال مبدأ التضامن والتعاون الترابيين. وهكذا فإن (ل.إ.ح) ترى بأنه «يتطلب التدبير السليم للمجل الترابي - بينيا واقتصاديا واجتماعيا- أن يتم الاعتراف بهذه المجالات المسماة "فقيرة" أو "هامشية" مثلما هي، وألا يتعامل معها كملحقات هامشية للمناطق الغنية»⁹¹. إن هذا التصور الجديد للمجالات الجهوية الهشة يقطع مع منطوق الاستمرار في تبعيتها للمناطق الغنية، ومن نتائجه فصل تافيلالت عن جهة مكناس كملحقة نانوية لسائيس سابقا، وفصل مناطق درعة التي تضم ورزوات، زاكورة،

⁸⁷- Mohamed Ben Atto et Ahmed Belkadi : Sidi Ifni, Ait Baamrane : De la marginalisation à la construction territoriale ; Publication de la Présidence de l'Université IBN ZOHR, Agadir, Maroc 1er édition ; 2013 p 143.

⁸⁸ - ثم فصل إقليم سيدي إفني عن إقليم تزنييت بمقتضى مرسوم رقم 2/09/319 ل 11 يونيو 2009، وتم تعيين عامل على رأس الإقليم بعد ثلثة من المطالب الاجتماعية لسكانة سيدي إفني بحق الولوج إلى الخدمات الأساسية والسكن والتشغيل...

⁸⁹- Mohamed Ben Atto et Ahmed Belkadi : op. cit p 143.

⁹⁰- Idem ; p :144.

⁹¹ - اللجنة الاشارية للجهوية , الكتاب الثاني: ص 196.

وتنغير عن جهة سوس ماسة وإدماجها في جهة واحدة، حتى لا تبقى بعض الجهات -جهة سوس ماسة و جهة مكناس فاس في التقسيم الجديد- تتحمل العجز المسجل على مستوى المناطق الملحقة بها لوجودها، حيث أصبح من الضروري تجاوز هذا المنطق عن طريق إقامة جهات قائمة الذات تترجم توجهات السياسة العامة للدولة في الميادين الاقتصادية والسياحية وتعطي صورة واضحة عن حاجتها إلى الدعم والتضامن الترابي. وتماشيا مع هذا الخيار، أكدت التجارب الدولية أن الجهات التي تضم مناطق غنية وأخرى فقيرة لا يكون فيها التضامن حاضرا ونشيطا بل العكس من ذلك تماما، حيث أصبحت مناطق ككاتالونيا بإسبانيا، وفلامانيا ببلجيكا تطالب بالاستقلال هروبا من تكاليف التضامن المكلفة المفروضة عليها لفائدة المناطق الأشد فقرا، وبالتالي فهذه التجربة اتضح فشلها في الممارسة العملية.

ثالثا: التسمية الجهوية

لا أحد ينكر قيمة التسمية الجهوية في البناء الجهوي «فهذه الأخيرة تكتسي أهمية رمزية في تثبيت الهوية الجهوية في الضمير الجهوي»⁹². وقد خضعت التسمية الجهوية في التقسيم الجديد لمنطق ومنظور جديدين مخالفين لما كان عليه الأمر في تقسيم 1997. فإذا كان هذا الأخير قد وصف بكثرة أسماء القبائل في تسمية الجهات، فإن تسمية الجهات في التقسيم الحالي يطغى عليها اعتماد أسماء المدن الكبرى المشكلة للجهات، ما عدا في بعض الحالات كتسمية سوس ماسة التي كان من الأفضل لو تم فيها الاختصار على تسمية سوس فقط دون ماسة، نظرا لكون ماسة جزءا صغيرا منصهرا في منظومة أكبر وهي ما كان ولا زال يعرف "ببلاد سوس"، ونفس الأمر ينطبق على أسماء كل من جهة درعة تافيلالت وكلميم واد نون حيث أضيفت إليها أسماء المدن في بعض الأحيان.

ويبدو أن هذه الأسماء الجديدة تهدف بخصوص بعض الجهات، كما أشرنا إلى ذلك مسبقا، إلى إسقاط مشاعر الانتماءات القبلية والهويات الجهوية وتجاوزها لصالح معايير الاستقطاب الحضري للمدن المكونة للجهات. ويمكن الاستدلال على ذلك بحذف القسم الثاني من تسمية جهة الشرق: "الريف" بعد التراجع في آخر لحظات اعتماد التقسيم الجهوي الجديد عن حذف مدينة الحسيمة باعتبارها عاصمة الريف من جهة الشرق إلى جهة طنجة- تطوان، رغم إبقاء مدينة الناظور كامتداد للريف بجهة الشرق. وقد تساءل بعض الباحثين: لماذا لم يتم مراعاة الجانب السوسيوثقافي الذي غالبا ما يكون محددًا لهوية الجهة وشخصيتها؟ ويمكن أن يكون أيضا عنصرا مهما للدعاية والتسويق الترابيين للجهة كما حصل مثلا في اختيار تسمية ميناء طنجة المتوسطي⁹³.

⁹²- Brahimi Mohammed : « La région au Maroc entre le virtuel et le réel » in « Etat-Nation et prospective des territoires » S/D Sedjari Ali .Edition l'Harmattan· Paris· 1996 , op, cit, p 298.

⁹³ - Boujrouf Said et Hassani Elmostafa : « Toponyme et recomposition territoriale au Maroc : Figures ; sens et logiques » Revue Espace Politique· N5-2008.

إن هذا التوجه الجديد "للطونيميا الجهوية" تجاوز المعايير والمعطيات الجغرافية والهوياتية والثقافية في إعطاء الصورة الحقيقية للجهات من خلال الأزواج الإسمي للمدن, وحذف الأبعاد الأخرى في بلورة التسمية الجهوية, كالبعد الصحراوي أو القبلي والأطلسي كما كان عليه الأمر في ضل التقسيم السابق. وهو ما ينسجم مع التحولات السوسيوإقليمية التي عرفتها التشكيلة الترابية للسكان المغربية, وخاصة في جانبها المرتبط بالتمدن.

على سبيل الختم:

يفرض العمل بالتقسيم الترابي الجهوي الجديد، جعله محددًا ووعاءً أساسيًا لبلورة السياسات العمومية وتوزيع وإعادة انتشار المصالح والأنشطة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية، وفق ما ينص عليه ويتطلبه التنظيم والتدبير الترابيين، لاسيما أن التقسيم الجديد كرس جهات ذات قوة بشرية وديموغرافية أقوى من نظيرتها لسنة 1997. ويبقى الإصلاح الترابي والجهوي المرتكز على الموازنة والتضامن والتعاون، بين الجهات والجماعات الترابية، رهانا أساسيا لضخ نفس جديد في التدبير الترابي، أو بالأحرى في منهجية إعداد التراب الوطني. والأساسي أنه من خلال طرح تقسيم ترابي جديد وما يستلزمه من إجراءات مواكبة، ينبغي إعادة النظر في منهجية توزيع الثروات والموارد العمومية والتصدي للاختلالات المجالية والفوارق الجهوية والتفاوتات السافرة، التي لم يكن التقسيم الجهوي ليقطع معها، بعدما صارت محط مطالب اجتماعية متعددة. لتشكل بذلك مصدر قلق ترابي للدولة "Stresse territorial"⁹⁴. ولعل المقومات والأسس والمرتكزات الجديدة للسياسة الترابية، وتنفيذ باقي الإصلاحات المرتبطة بها من قريب أو بعيد، قد تشكل عناصر من شأنها التخفيف من الفوارق والاختلالات المجالية وإنعاش التنمية في بعدها المستدام بشريا وترابيا، على المديين المتوسط والبعيد، من أجل إحلال نوع جديد من التوازنات السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

⁹⁴ - حول مفهوم "القلق الترابي" راجع:

- Naciri Mohammed : Territoire : contrôler ou développer : le dilemme du pouvoir depuis un siècle, Monde arabe ; Maghreb/Machrik ; N164,1999 ; P :8 .

المراجع المعتمدة:

مراجع باللغة العربية:

- علي سدجاري: الدولة والإدارة بين التقليد والتحديث, دار المناهل للطباعة والنشر, (دون ذكر سنة النشر).
- بيتر تيلور و كولن فلنت: الجغرافيا السياسية لعالمنا المعاصر – الجزء الأول- منشورات عالم المعرفة عدد 282- ترجمة عبد السلام رضوان وإسحق عبيد, يونيو 2002.
- سعيد بوجروف، الجهة الجهوية بالمغرب أي مشروع لأي تراب، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2012،
- علي بولريج، الجهوية والتنظيم الترابي، نحو جهوية متقدمة بالمغرب، مطبعة الطوبريس للطباعة والنشر، طنجة، الطبعة الأولى 2012،
- جون فرانسوا تروان واخرون، المغرب: مقارنة جديدة في الجغرافية الجهوية. تحت إشراف جون فرانسوا تروان، ترجمة علي آيت أحمد وادريس البوشاوي، طارق للنشر، الدار البيضاء 2006،
- عبد الواحد مبعوث : التنمية الجهوية بين عدم التركيز الإداري واللامركزية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال/الرباط، 2000/1999،
- رشيد تونفي: "التقسيم الترابي الجهوي بالمغرب: دراسة في أنماط التقسيم وانعكاساته على المجال الجهوي 1912- 2015"، رسالة لنيل الماستر، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال/ الرباط، 2015،
- عز الدين العناني : النموذج المغربي للجهوية المتقدمة، التقطيع الجهوي، رهانات وتحديات. في قضايا الجهوية المتقدمة بالمغرب، دار النشر المغربية , الدار البيضاء 2011،
- تقرير اللجنة الاستشارية الجهوية، الكتاب الأول: التصور العام، 2010.
- تقرير اللجنة الاستشارية الجهوية، الكتاب الثاني: تقارير موضوعاتية، 2010.
- تقرير اللجنة الاستشارية الجهوية، الكتاب الثالث: دراسة عن الجهوية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية، 2010.

مراجع باللغة الفرنسية:

• **Ouvrages :**

- Basri Driss :La décentralisation au Maroc de la commun à la région, Edition Nathan ;1994
- Boujrouf Said et Hassani Elmostafa :« Toponyme et recomposition territoriale au Maroc : Figures ; sens et logiques » Revue Espace Politique, N5-2008.
- Bremard Frédéric :L'organisation régional du Maroc, LGDJ, Paris,1949.
- Lajugie Joseph Pierre Delfaud et Claud Lacour : Espace régional et aménagement du territoire ; DALLOZ ; Deuxième édition 1985
- Mohamed Ben Atto et Ahmed Belkadi : Sidi Ifni, Ait Baamrane : De la marginalisation à la construction territoriale ; Publication de la Présidence de l'Université IBN ZOHR, Agadir, Maroc 1^{er} édition ; 2013,
- Boutouil Ahmed : De la régionalisation :préalables ;voies et supports pour une croissance socioéconomique équilibrée. Amok Graphique ;2010

- **Articles :**

- Baduel Pierre-Robert : « La production de l'espace national au Maghreb » in « Etat Territoires et Terroirs au Maghreb » Edition, CNRS, Paris: 1985.
- Sedjari Ali :« Production et reconstruction régionales dans le système d'organisation de l'espace périphérique marocaine: sociologie d'un programme »in « Etat ; espace et pouvoir local » S/D Sedjari Ali. Les Edition Guessous-Rabat ;1991
- Brahimi Mohammed : « La région au Maroc entre le virtuel et le réel » in « Etat-Nation et prospective des territoires » S/D Sedjari Ali .Edition l'Harmattan, Paris, 1996.
- Tarik Zair ; Le régime juridique relatif au découpage des collectites territoriales issu de la loi du 27 juillet 2013, R E M A L D, numéro double 117-118 juillet- octobre 2014
- Meslouhi Abderahim : , « Le corporatisme territorial contre l'État-nation ? Politiques publiques et lien national au Sahara occidental », L'Année du Maghreb, VII | 2011, 191-210.Mise en ligne le 01septembre2011.

الدبلوماسية الاقتصادية المغربية ورهان التنمية بإفريقيا

ليلى الإدريسي العزوزي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا

جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة

يعتبر التوجه المغربي نحو إفريقيا من القضايا التي تتميز براهنية من حيث حيويتها وانفتاحها على الأفق المستقبلية، فهذا التوجه حتم عليه أن يكون فاعلا ومتفاعلا مع القضايا الإفريقية، خاصة بعد عودة المغرب للإتحاد الإفريقي في بداية سنة 2017، والحصول على عضوية مجلس الأمن والسلم الإفريقي في بداية عام 2018¹.

حيث وضعت المملكة المغربية على رأس أولوياتها تعزيز وتطوير العلاقات في المجال الاقتصادي، وذلك في إطار تكامل إقليمي حيوي وشراكة جنوب-جنوب فعالة وتضامنية²، ووعيا منه بأهمية العامل الاقتصادي في تمتين علاقاته الدبلوماسية أصبح المغرب ينهج الدبلوماسية الاقتصادية داخل عمقه الإفريقي لتلعب دور المكمل للدبلوماسية التقليدية، ويفتح آفاقا واسعة للتنمية داخل القارة الإفريقية.

فالتحرك المغربي تجاه إفريقيا تمليه كذلك متطلبات اقتصادية أنية ملحة في ظل الأزمة الاقتصادية التي تعيشها عموم أوروبا الشريك الأساس للقارة، كما تملئها مقتضيات ما يُسمى في المغرب بالعهد الجديد للملك محمد السادس المبني على المصالحة الوطنية، واستباق معالجة الأزمات بطرح الإصلاحات اللازمة، وتديبر التنمية الاقتصادية المحلية عن طريق إعادة تأهيل استراتيجيات الاقتصاد المغربي باعتماده على المقومات الذاتية والقارية الإفريقية والاهتمام بضرورة رجوع المغرب وإعادة اكتسابه وتملكه لإفريقيته ثقافيا وإنسانيا وسياسيا واقتصاديا بعيدا عن إكراهات الأجندات السياسية، والتنافسية المرتبطة بمخلفات الحرب الباردة وأيضا بمشكلة الصحراء.

غير أن هذه التحولات الأخيرة تعد عوامل حاسمة في إعادة ترتيب أولويات السياسة الخارجية المغربية، عبر إعادة تنشيط الدور المغربي في إفريقيا، واعتماد مقاربة جديدة في علاقاتها مع الدول الإفريقية تقوم على التركيز على البعد الاقتصادي وهو ما يتجلى أساسا في إلغاء بعض ديون

¹ - سعيد الصديقي، "السياسة الخارجية المغربية فوق الرمال المتحركة لإفريقيا"، المعهد المغربي لتحليل السياسات، أبريل 2018، ص 6.

² - "ملف العلاقات المغرب - إفريقيا"، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، العدد 28 غشت 2015، ص 4.

³ - محمد بوبوش، "دراسات دولية وإقليمية معاصرة"، مكتبة قرطبة، وجدة، الطبعة الأولى، 2016، ص 232.

الدول الإفريقية الأكثر فقرا⁴، كخطوة أولى في سبيل تعزيز الثقة المتبادلة، وخلق مناخ مشجع على الاستثمار مشجع على تعزيز الشراكة الاقتصادية مع هذه الدول وفق قاعدة رايح- رايح.

يكتسي التعاون على المستوى الاقتصادي بين المغرب وإفريقيا أهمية خاصة بالنسبة للمغرب الذي يعمل وفق توجه استراتيجي واضح يبنني على قاعدة تحقيق الربح والمصالح المشتركة وأيضا إنجاز التنمية⁵ داخل القارة. تعد التنمية الشاملة والمندمجة والمستدامة أداة فعالة في تحقيق التغيير الجذري الشامل في المجتمع⁶، حيث سارع المغرب إلى الانخراط في كل المبادرات الرامية إلى تنمية القارة الإفريقية.

وتأتي أهمية الموضوع من خلال تنامي الحضور المغربي في القارة الإفريقية، وذلك من أجل مواصلة إحياء الدور المغربي المحوري من أجل تعزيز التنمية المشتركة، والانفتاح التجاري والتعاون الاقتصادي، مراهن على أن القارة من أكبر الأسواق الاقتصادية الواعدة⁷، وعلى اعتبار أن قضايا التنمية الإنسانية والمستدامة تشكل أحد محاور السياسة الخارجية المغربية تجاه القارة الإفريقية.

ومن هنا نخلص إلى طرح الإشكالية التالية: إلى أي حد تمكن المغرب من بلورة سياسة فاعلة ذات أبعاد اقتصادية- تنموية؟ وكيف سينفذ إستراتيجيته، خاصة وأن القارة الإفريقية محط تنافس لكل القوى التقليدية أو الصاعدة منها؟

ولمحاولة الإجابة عن هذه الإشكالية سنقسم الموضوع إلى محورين، نخصص المحور الأول لأسس ومجالات التوجه الاقتصادي المغربي نحو إفريقيا، بينما سنعالج في المحور الثاني الاستراتيجية التنموية في إفريقيا وفق قاعدة رايح- رايح.

المحور الأول: أسس ومجالات التوجه الاقتصادي المغربي نحو إفريقيا

تزايد الاهتمام بالدبلوماسية الاقتصادية كركيزة للعلاقات الخارجية في سياق الملازمة مع التحولات الدولية، بنفس درجة الاهتمام التي نالتها القضايا الدفاعية والسياسية، هكذا أصبح للمغرب اهتمام بالمساهمة في بناء الاقتصاد للبلدان الإفريقية، فأغلب الاتفاقيات المؤطرة للتعاون الاقتصادي المغربي الأفريقي نصت على أن السياسة المشتركة في المجال الاقتصادي تهدف إلى السعي

⁴ - محمد الهاشمي، "مصلحة قومية: إستراتيجية انفتاح المغرب في منطقة غرب إفريقيا"، مقال منشور على الموقع التالي: تاريخ ولوج الرابط: 22/03/2020 على الساعة : 13:23

⁵ - <https://platform.almanhal.com/Details/Article/81061>

⁶ - Nazha Alaoui M'hammedi, coopération économique et financière Maroc/ Afrique et perspectives de son développement, journée études de l'institut royale d'étude stratégique rabat 20 juillet 2010.

⁷ - محمد حركات، "أثر الفساد على حكامه وتقويم السياسات العامة"، الدبلوماسية الاقتصادية بإفريقيا اية حكامه في زمن الأزمة وعدم الاستقرار؟، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، عدد 2015، 40، ص 5.

⁷ - أحمد صلحي-نورة الحفيان، "الهواجس الأمنية في الاتفاقيات المغربية-الإفريقية"، المعهد المصري للدراسات، 15 شتنبر 2018، <http://bit.ly/20hb2i9>

لتحقيق التنمية الصناعية والزراعية والتجارية والاجتماعية، واتخاذ ما يلزم من وسائل لبلوغ هذه الأهداف لاسيما إحداث منشآت مشتركة، وإعداد برامج اقتصادية نوعية أو عامة.

- التعاون المالي والمصرفي:

قام المغرب بتقديم مساعدات مالية منتظمة إلى الدول الإفريقية، وذلك عن طريق الوكالة المغربية للتعاون الدولي (AMSI)، فضلا عن المبادرة الملكية بإلغاء ديون جميع الدول الإفريقية الأقل نمواً⁸، أما على مستوى التعاون المصرفي فيتجلى من خلال الدور المحوري للبنك المغربية، وتمثل مجموعة التجاري وفا بنك نموذجا على نجاح هذه الدبلوماسية الاقتصادية في سوق السنغال، هذه المجموعة التي أنشأت سنة 2008 فرعا محليا تابعا بعد اندماج بين المجموعة البنكية لإفريقيا الغربية والفرع المغربي التجاري وفا بنك بالسنغال لتصبح أول مجموعة بنكية في السنغال⁹، والبنك المغربي للتجارة الخارجية (من خلال البنك الإفريقي) في تشجيع مشاريع التنمية التي تقودها الشركات المغربية في هذه البلدان والتي توصلها لتفعيل دورها إقليمياً¹⁰، وذلك من خلال تقديمها الخبرة المالية والبنكية عن طريق خلق قاعدة اقتصادية¹¹ Plate Forme- Hub تساهم في تطوير النظام المالي الإفريقي وفي تقوية مبادئ الاعتماد الاقتصادي المتبادل وحركة رؤوس الأموال داخل القارة الإفريقية¹².

- تشجيع الاستثمار والتبادل التجاري:

شهدت السنوات الأخيرة توجها جديدا يقوم على تكثيف مجالات التعاون الاقتصادي والرفع من مستوى الاستثمارات والتبادل التجاري وتنويع الشراكات الثنائية مع عدة دول إفريقية¹³، إذ ارتفع المبلغ الإجمالي للمبادلات التجارية 300,6 مليون دولار بينما وصلت إلى 529 مليون دولار في المعدل السنوي (أي 0.9 في المائة من القيمة الإجمالية لمبادلات المغرب الخارجية) ليصل إلى

⁸ - Sidi Mohamed Rigat ; Les relations Maroc-africaines Enjeux et perspectives, les relations économiques entre le Maroc et l'Afrique subsaharienne comme model de coopération sud-sud ; auquel synergie pour une intégration économique régionale ? Publication de L'Université Caddi Ayad-faculté de sciences juridiques économiques et sociale-Marrakech, p :28

⁹ - زكرياء أفنوش، "محاور استراتيجية الملك محمد السادس لإعادة تموقع المملكة المغربية داخل المنتظم الدولي"، مطبعة الأمانة-الرباط، الطبعة الأولى، 2017، ص 208.

¹⁰ - محمد بن احمد العلوي، "المغرب يمسك بمفاتيح الاستثمار في تنمية إفريقيا"، صحيفة العرب، العدد 3939، نشر في 2015/02/25، ص 11.

¹¹ - عادل موساوي، "العلاقات المغربية- الإفريقية: من الحضور إلى هان البناء الاستراتيجي، و ارد ضمن "العلاقات المغربية-الإفريقية: الرهانات والتحديات"، جامعة القاضي عياض- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الندوات والمؤتمرات، (52)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2016، ص 39.

¹² - أحمد الشبيحي، "الفاعلون في السياسة الخارجية المغربية في ظل دستور 2011 دراسة تحليلية للأدوار والتوجهات"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2018-2019. ص 323.

¹³ - سليم حمينات، "تصدير الأمن الروحي" كآلية استراتيجية للتمدد المغربي في إفريقيا، المعهد المغربي لتحليل السياسات، يونيو 2018، ص 9.

مليار دولار سنة 2008¹⁴، فقد انتقل حجم المبادلات التجارية بين المغرب وإفريقيا من 10 إلى 37 مليار درهم وذلك خلال الفترة الممتدة ما بين 2004 و2018¹⁵.

وبالإضافة لذلك، يتيح المغرب لجميع شركائه الأفارقة إمكانية استغلال الاتفاقيات التجارية التفضيلية التي عقدها على مر السنين سواء على الصعيد الثنائي أو الإقليمي أو العالم. وقد أبرم المغرب مع الدول الإفريقية 14 اتفاقية تجارية ثنائية من نوع "الدولة الأكثر رعاية" و 6 اتفاقيات تجارية وجمركية.

ومن أجل توطيد هذه العلاقات الاقتصادية تم استثمار رؤوس أموال مغربية في حجم الاستثمارات تقدر بحوالي 400 مليون دولار¹⁶، أصبح المغرب اليوم، ثاني بلد مستثمر أفريقي في أفريقيا بعد مصر، من خلال إبرامه لعدد من الاتفاقيات بلغت 18 اتفاقية مع دول إفريقية، وفيما يتعلق باتفاقيات تفادي الازدواج الضريبي، أبرم المغرب 52 اتفاقية منها 9 تم التوقيع عليها مع دول إفريقية.

أما على مستوى الاستثمارات، فقد أصبح المغرب يصنف ضمن الدول العشرين الأوائل المستثمرة في إفريقيا، إذ يوجه 85% من استثماراته الخارجية المباشرة للبلدان الإفريقية، وتتميز هذه الاستثمارات، المنجزة من قبل المؤسسات العمومية والقطاع الخاص في أكثر من 25 بلدا، بتنوع قطاعي، خاصة في القطاعات ذات القيمة المضافة العالية (البناء، العقارات، تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، الخدمات البنكية، الطاقة والمعادن، النقل، الصيدلة، الماء الصالح للشرب و التعليم العالي الخاص)، كما يرافق هذه الاستثمارات المغربية في إفريقيا نقل للخبرة المغربية و مساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للقارة.

ولقد ساهم القطاع الخاص المغربي بشكل كبير في الرفع من نسبة الاستثمارات المغربية المباشرة في منطقة إفريقيا جنوب الصحراء حيث بلغت 1.16% مليار درهم سنة 2013 أي ما يمثل 54,3 % من مجموع الاستثمارات المغربية المباشرة، وتشمل الاستثمارات المغربية بإفريقيا قطاعات متنوعة ذات قيمة مضافة مثل :

- قطاع الاتصالات: تتواجد شركة الاتصالات ماروك تيليكوم في كل من (توغو وإفريقيا الوسطى والنيجر وساحل العاج والغابون)، إذ تسيطر هذه الأخيرة على معظم أسهم الشركة الموريتانية موريتيل، وتستحوذ على 51 % من أسهم شركة غابون تيليكوم . Gabon Telecom

14- حياة زمام، "الدبلوماسية الروحية رهان جديد نحو إفريقيا"، مجلة شؤون إستراتيجية، العدد السابع أكتوبر/دجنبر 2012، ص 47-49.

15 - مجلة المالية، مرجع سابق، ص 5.

15 - محمد الفرجاني حصن، "إفريقيا وتحديات العولمة"، الدار المصرية اللبنانية-القااهرة، الطبعة الأولى، 2003، ص 164

16 - زكرياء أفتوش، "محاور استراتيجية الملك محمد السادس لإعادة تموقع المملكة المغربية داخل المنتظم الدولي"، مرجع سابق، ص 207.

- قطاع النقل البحري والجوي: الدور الذي تقوم به الخطوط الملكية من جهتها في تأمين خطوط الطيران وجعل المغرب مركزا إقليميا منفتحا على أوروبا وأمريكا.¹⁷ وقد استحوذت RAM على 51 في المئة من رأسمال الشركة السنغالية Air Senegal international، وهي النسبة نفسها لتي تساهم بها شركة النقل البحري المغربية كومانايف Comanav ضمن الشركة السنغالية سومات Somat.
- قطاع المناجم: حيث تعتبر شركة مناجم التابعة للقابضة اونا من الشركات التي حققت عدة استثمارات في القارة الإفريقية.
- قطاع البناء والأشغال العمومية: تدعيم القطاع في كل من الكوت ديفوار- بوكينا فاسو- غامبيا¹⁸.
- مجال الزراعة والأسمدة: كما تم توقيع اتفاق بين الحكومة الاثيوبية والمجمع الشريف للفوسفات، بموجبه يستثمر المجمع أكثر من ملياري دولار بين 2017 و2022 لإقامة مجمع لإنتاج الأسمدة الزراعية في مدينة شرق اثيوبيا، وتعزيز الأمن الغذائي في إفريقيا. ويعمل المغرب من أجل تعاون ثلاثي، مفاده أن يكون وسيطا بين إفريقيا وصناديق المساعدة الدولية التي تمول مشاريع البنية التحتية في إفريقيا من خلال ممولي الخدمات المحلية، والمكاتب المغربية للدراسات، سينجز المغرب مشاريعه في إطار أسبقية تحديث البنية التحتية التي حددتها الشراكة الجديدة من أجل تنمية إفريقيا، وفي إطار الالتزامات بأهداف الألفية من أجل التنمية¹⁹.

17 - محمد بوبوش، "علاقات المغرب وغرب إفريقيا ... المحددات والتفاعلات"، تقدير موقف، قراءات إفريقية، (14/03/2017)،

تاريخ زيارة الرابط: 20/03/2020 على الساعة 21:12.

<https://www.qiraatafrican.com/home/new/%D8%B9%D9%64%D8%A7%D9%82%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%>

18 - عادل موساوي، مرجع سابق، ص 37.

19 - مونية سيلغوة، "المغرب والقضاء الإفريقي، تعاون جنوب-جنوب" الدليل المغربي للإستراتيجية والعلاقات الدولية"، كتاب جماعي صادر عن المركز المغربي متعدد التخصصات للدراسات الإستراتيجية والدولية، دار النشر لارمتان الباريسية، 2012، ص: 148

المحور الثاني : الاستراتيجية التنموية للمغرب في افريقيا

ومن منطلق الاهتمام المغربي بالقارة الإفريقية ووعيا منه لما يمكن أن توفره هذه الأخيرة من فرص النمو والتقدم والاقتصادي ، فقد تبنى المغرب استراتيجية تعتمد على الوسائل البديلة غير آليات الدبلوماسية التقليدية، معتمدا في ذلك على استراتيجية تقوم على التكامل والتعاون في شتى مجالات التنمية الاقتصادية سواءا على المستوى الثنائي أو المتعدد الأطراف²⁰.

فرغم التحديات التي واجهت المغرب اثر انسحابه من منظمة الوحدة الإفريقية OUA سنة 1984، فقد ظل حاضرا في التجمعات الإفريقية التي تهدف إلى التنمية، لذلك يستهدف المغرب عدم ترك مسافات شاغرة لمنافسيه الإقليميين، مما يفسر عودته لحضن الإتحاد الإفريقي في يناير 2017، ومشاركته في مختلف المنتديات التي تهتم القارة الإفريقية.

- انفتاح وانضمام المغرب لعدد من التكتلات والتجمعات الإقليمية داخل القارة الإفريقية

فمسألة التنمية بأفريقيا تحتل مكانة مهمة في السياسة الخارجية المغربية ، ومن هذا المنطلق مشاركة المغرب في عدد من الأنظمة التي تهتم قضايا التنمية الاقتصادية، ونذكر منها على وجه الخصوص:

- تجمع دول الساحل والصحراء (س-ص)²¹:

تأسس في 11 فبراير 1981 والمعروف اختصارا ب (س.ص)، فقد سعى الأعضاء الى اعادة انعاشه خلال القمة التي انعقدت في العاصمة التشادية في فبراير 2013 من خلال تعديل الميثاق بشكل يستجيب لتحديات المنطقة، إن هذه المنظمة تستهدف جانبيين:

- الجانب السياسي: المتمثل في تقليص حدة الصراعات بكافة تنوعاتها وأوجهها.

- الجانب الاقتصادي: المتضمن لإحداث مجلس اقتصادي، وصندوق خاص لتمويل مشاريع التنمية والنشاطات الأخرى. وتسهيل تحرك الأشخاص ورؤوس الأموال، فكان التجمع فرصة لتعزيز التكامل الإقليمي الذي يدعم التكامل الجهوي²²، فانضمام المغرب لتجمع(س,ص)سنة

20 - أحمد الشبيحي،" مرجع سابق، ص 318.

21 - نشأ بمبادرة من ليبيا ضمن التحولات التي شهدتها السياسة الخارجية لهذا الأخير اتجاه القارة الإفريقية. وقد كانت بداية التجمع بدعوة أربع ول داخلية وهي: (التشاد-النيجر-مالي-بوركينافاسو) واتفقوا على تشكيل تجمع افريقي في إطار تعزيز آليات التعاون من أجل السعي إلى الاستقرار السياسي والأمن في المنطقة ، وفي فبراير 1998 جرى الاتفاق على إنشاء ما يسمى بتجمع دول الساحل والصحراء بحضور كل من (التشاد -النيجر - ليبيا- السودان- مالي- بوركينافاسو)، كما شارك في الاجتماع بصفة مراقب وفد"مصر" و آخر من تونس"، للمزيد من التفاصيل انظر: عبد الله الأشعل، "الاتحاد الإفريقي والقضايا الإفريقية المعاصرة"، مؤسسة الطوبجي للتجارة والنشر، القاهرة، 2006، ص20.

22 - أمينة حميدي،" دور المغرب في التنمية وحفظ السلام بإفريقيا"، دار المنهل اللبني، ص 3، مقال منشور على الموقع، تاريخ زيارة الموقع، (22/03/2020) على الساعة 12:45 .
<https://platform.almanhal.com/Details/Article/129953>

2001، جاء ليعوض غيابه في إفريقيا منذ سنة 1984، نتيجة انسحابه كمن منظمة الوحدة الإفريقية، كما تجدر الإشارة إلى أن منح المغرب مواقف مؤيدة تسانده في حل الأزمات التي يعرفها مع جيرانه، فأتثناء الخلاف المغربي الإسباني، حول جزيرة ليلى، أكد البيان الصادر عن الأمانة العامة للتجمع، على تضامنها مع المملكة المغربية في الحفاظ على سلامة أراضيها والدفاع عن حريتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى البحث عن أسواق جديدة عبر تنويع وتكثيف المبادلات التجارية مع مختلف بلدان القارة الإفريقية، وتوسيع آفاق الاستثمارات المغربية بإفريقيا، وبانضمامه أن يروج لقضيته العادلة المرتبطة بملف الصحراء داخل أرواقه وأجهزته.²³

- دعم مبادرة "الشراكة الجديدة من أجل تنمية إفريقيا NEPAD":

ثم إقرار الصيغة النهائية للمبادرة في اجتماعات أبوجا في أكتوبر 2001، مبادرة الشراكة الجديدة من أجل تنمية إفريقيا، والمعروفة باختصار باسم نيباد NEPAD²⁴، تهدف المبادرة إلى التعامل مع مشكلات القارة المختلفة، وإيجاد الحلول الملائمة لها للقضاء على الفقر، وتحقيق حياة أفضل للمواطن الإفريقي²⁵، وتعزيز النمو الاقتصادي والاستثمار.

ولقد وضعت المبادرة مجموعة من الشروط لتحقيق هذه الأهداف، يأتي في طليعتها، إحلال السلام، والأمن، وتحقيق الديمقراطية في دول القارة الإفريقية، ودعم القطاعات الإنتاجية في القارة من خلال اعتماد سياسات تكاملية إقليمية في العديد من القطاعات كالزراعة، والصحة، والتعليم، بالإضافة إلى دعم قطاعات البنية التحتية التي تعتبر الركيزة الأساسية لأي تقدم اقتصادي.²⁶

وفي إطار عمله من أجل تحقيق أهداف أولويات النيباد، شجع المغرب إقامة شراكات تقوم على إشراك القطاع الخاص مع شركاء من القارة خاصة في مجال التجهيزات والمواصلات، ولأبناك، والنقل الجوي، والبحري، والإسكان، والماء، والفلاحة.

23 - سيدي سيداتي العلوي، "علاقة المغرب بالدول المغاربية في ظل التنافس الدولي الإقليمي من 1999-2017"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية الحقوق-سلا، السنة الجامعية 2017-2018، ص 116.

24 - لباية عاشور، الدبلوماسية المغربية في إفريقيا، المغرب الإفريقي، مجلة متخصصة في التراث والدراسات الإفريقية، جامعة محمد الخامس السويسي، معهد الدراسات الإفريقية، الرباط، عدد 10، سنة 2010، ص: 20-21.

25 - عادل عبد الرزاق، عادل عبد الرزاق، إفريقيا في إطار منظمة الوحدة الإفريقية، والاتحاد الإفريقي (رؤية مستقبلية) دراسة وتناقية وتحليلية في إطار العلاقات السياسية الدولية -القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 2007، ص: 245.

26 - لحسن لحسناوي، " دور المحدد الاقتصادي في العلاقات المغربية الإفريقية في ظل التنافس الدولي على القارة (1999-2008)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، سلا، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 90-91.

اتفاق المغرب مع النيباد في تشخيص الوضع الاقتصادي، والاجتماعي لإفريقيا، وتأييد المغرب للنيباد من خلال مواقفه الثابتة تجاه القضايا الإفريقية، وخاصة التنمية²⁷.

- الوكالة المغربية للتعاون الدولي (AMCI) في خدمة التنمية في إفريقيا:

تقوم الوكالة بدور فعال في إطار دعم التعاون جنوب-جنوب، عبر انخراطها في عدد من المشاريع التنموية بعدد من البلدان الإفريقية، وإعطاء الأولوية للمشاريع المدرة للدخل والتي لها تأثير مباشر على التنمية السوسيو اقتصادية في البلدان الإفريقية.

وتوسيع مجال التعاون في قطاعات التعلم وبرامج التكوين والتنمية الوطنية التي تقدمها الدول الشريكة، تكوين الوكالة لـ 25 ألف طالب إفريقي منذ تأسيسها، كما انخرطت في عدد من المشاريع التي تهتم القطاع الصحي (طلب أن تستفيد بلاده من خبرة الوكالة لتكوين أطباء مختصين من جيبوتي واستعداد بلاده لاستقبال أطر صحية) والفلاحة والطاقة بإفريقيا، وتجدر الإشارة إلى أن طلبات الدعم المالي والتقني الذي توفره الوكالة من أجل بلورة المشاريع التنموية لفائدة الدول الأجنبية وخاصة دول القارة الإفريقية في تزايد مستمر.

- المجموعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا سيدياو (CEDEAO)²⁸:

تأسست سنة 1975، ويوجد مقرها في ابوجا نيجيريا²⁹، من ضمن أولوياتها تحقيق التكامل الاقتصادي، وتعزيز المبادلات التجارية والانفتاح على دول أخرى لتوسيع هذا التكتل، فرغبة المغرب في الانضمام لهذه المجموعة كعضو كامل العضوية، خاصة بعد عودته للاتحاد الإفريقي بعد غياب دام تقريبا 32 عاما، بغية تحقيق عدد من الأهداف ذات الطبيعة الاقتصادية، وفي هذا السياق وقع العاهل المغربي العشرات من الاتفاقيات الاقتصادية والتجارية³⁰ مع زعماء الدول التي زارها ضمن جولاته الإفريقية، ومن خلال فتح أسواق جديدة، وخاصة بعدما بدأ في تنزيل مشروع ربط خط أنابيب الغاز الطبيعي مع أكبر بلد إفريقي وهو نيجيريا مرورا بدول غرب إفريقيا.

فقد شمل الانفتاح عدد من التجمعات لاسيما داخل غرب إفريقيا خاصة الاتحاد الاقتصادي والنقدي لغرب إفريقيا (UEMOA) والمجموعة الاقتصادية والنقدية لوسط إفريقيا (CEMAC)،

27 - لبابة عاشور، م س، ص: 23.

28 - Traore Alhassane, Le rôle des acteurs son régionaux en matière de gestion et la résolution des conflits en Afrique cas de la CEDEAO », thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Public et Sciences Politiques, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales-sale, année universitaire 2017-2018, p14.

30 - فالمبادلات التجارية بين المغرب والمجموعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا عرفت ارتفاعا ملموسا وسجلت ما مجموعه 9,5 مليار درهم سنة 2016، وبلغت نسبة الصادرات 8,5مليار درهم سنة 2016، مما أدى إلى تحقيق فائض تجاري بلغ 7,5 مليار درهم سنة 2016، للمزيد من التفاصيل، انظر: التقرير الاقتصادي والمالي لسنة 2018، الصادر عن وزارة الاقتصاد والمالية المغربية، ص30-31، على الرابط التالي:
http://www.finance.gov.ma/docs/db/2017ref.ar2018

ومشاركته في مختلف من المنتديات والمؤتمرات ذات الصلة بالتنمية بإفريقيا، نذكر من بينها : مشاركة المغرب في الدورة الأولى من اللقاءات الاستثمارية الصينية سنة 2014، ومنتدى التعاون الإفريقي- الصيني سنة 2015 (وقد تم وضع خطة عمل 2016-2018 لتنفيذ مشاريع التعاون بين الصين والدول الإفريقية)، ومشاركة المغرب في أشغال المؤتمر الدولي الخامس حول تنمية إفريقيا باليابان سنة 2013، وفي الاجتماع الرفيع المستوى لتجمع دول الساحل والصحراء سنة 2013 ، بالإضافة إلى مشاركته في كل من قمة الولايات المتحدة- إفريقيا التي انعقدت سنة 2014 والقمة الآسيوية - الإفريقية التي انعقدت سنة 2015 ومشاركته في الاجتماع الرفيع المستوى بشأن جمهورية إفريقيا الوسطى³¹، وقمة الهند- إفريقيا التي انعقدت سنة 2016 (إطلاق برنامج لجرد المشاريع التنموية التي يمكن عرضها والتي تهتم تكثيف التعاون في مجال التدريب و دعم تدفقات رؤوس الأموال على المدى الطويل لتحفيز الاستثمار في إفريقيا، وسيتم وضع اللامسات على هذا البرنامج من خلال التنسيق مع الجانب الهندي).

- دعم برامج التنمية البشرية والمساعدات الإنسانية

قام المغرب بعدة خطوات لتعزيز النموذج التنموي بين هذه الدول ودعم برامج التنمية البشرية وتقدي كل أشكال الدعم الإنساني وذلك من خلال الإجراءات التالية:

- توفير المستشفيات الطبية الميدانية والأدوية والمنح المالية، ونذكر منها على سبيل المثال مساهمة المغرب ب 5 ملايين - اورو في البعثة الدولية لدعم مالي بقيادة إفريقية، فقد أدم الجيش الملكي سنة 2013 على إقامة مستشفى ميداني³² متعدد التخصصات في العاصمة المالية، باماكو لتقديم الخدمات الطبية وشبه الطبية للمتضررين من الحرب الأهلية. ومشاركته في قمة مجموعة دول غرب إفريقيا حول مالي سنة 2013 إلى جانب مشاركته في المؤتمر الدولي حول "بناء مالي صاعدة" سنة 2015.

- دعم مشاريع تهدف إلى تحسين المستوى المعيشي للإنسان الإفريقي، كبناء مساكن اقتصادية للحد من الخصائص البنيوي في مجال السكن³³، فضلا عن بناء قرى من أجل إعادة هيكلة قطاع الصيد التقليدي وتطوير جودة المنتج، وكذا خلق مناصب جديدة للشغل والرفع من مدخول المستفيدين وتحسين ظروفهم الصحية وذلك من أجل تحقيق تنمية بشرية مستدامة ومندمجة وتجدر الإشارة إلى أن التنمية الاقتصادية لا تتم إلا بتأهيل

31 - ليلي نادي، "المغرب والأمم المتحدة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، سنة 2010، ص 126.

32 - وكرر نفس التجربة في غينيا كوناكري، حيث أقام الجيش الملكي مستشفى عسكريا طبيا-جراحيا خلال سنة 2014، للمزيد من التفاصيل انظر: اسماعيل حمودي، "السياسة الأمنية للمغرب الراهن: دراسة في المحددات والفاعلين والقضايا"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا، السنة الجامعية 2016-2017، ص 355.

33 - مجلة المالية، مرجع سابق، ص 5.

الرأسمال البشري الذي يفرض تقاسم المعرفة والمهارة والقدرات بين المغاربة والأفارقة³⁴، والمرتبطة أساسا ب:

- تعزيز التعاون العلمي والتقني: عبر ربط شراكات علمية مع الجامعات الإفريقية والجامعات المغربية حيث استقبلت هذه المؤسسات 7046 طالبا من أصل 41 دولة إفريقية، منهم 6668 ممنوحا من طرف الوكالة المغربية للتعاون الدولي برسم الموسم الأكاديمي 2008-2009³⁵، بينما بلغ عدد الطلبة الأفارقة الممنوحين 9000 ممنوح سنة 2014، إلى جانب مضاعفة جهود وكالة التنمية والتعاون الدولي الخاصة بإفريقيا ومضاعفتها للمنح التي تعطي للطلبة و المتدربين الأفارقة بالمغرب، تم تنظيم أزيد من 40 تظاهرة ذات طابع ثقافي ورياضي واجتماعي بمختلف الجامعات عبر ربوع المملكة³⁶.

أما التعاون على المستوى العسكري والأمني حيث تم تكوين 332 جندي وشرطي من الجمهورية الديمقراطية الكونغو لمدة شهرين سنة 2005³⁷، ولقد تضاعف عدد العسكريين القادمين من الدول الإفريقية ليلتحقوا كل عام بالمعاهد والمراكز العسكرية المتخصصة في التكوين(التدريب) العسكري، وقد وصل العدد إلى 1300 جندي افريقي يخضعون للتدوين العسكري بالمغرب خلال سنة 2018.

وقد شمل التعاون ايضا المجال الديني، حيث شهد التعاون المغربي الافريقي في الشأن الديني تطورا ملحوظا حيث تجاوز عدد الاتفاقيات وبروتوكولات التعاون التي وقعتها وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية مع نظيرتها بالبلدان الافريقية منذ سنة 2012 الى سنة 2016 وصل العدد الى حوالي 36 اتفاقية.

وفي يوليوز 2015 أحدث المغرب مؤسسة محمد السادس للعلماء الأفارقة³⁸، وفي مجال تكوين الأئمة³⁹، توصلت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية بعدة مراسلات رسمية من كل من الأمانة العامة للشؤون الدينية بجمهورية غينيا كوناكري بشأن تكوين الأئمة، وفي هذا الإطار

34 - محمد الفرجاني، حصن، مرجع سابق، ص 165.

35 - ملف صحفي ملثقي "الدبلوماسية المغربية في إفريقيا مقاربة مجددة لأولوية استراتيجية"، مرجع سابق، ص 7.

36 - عبد الرحيم الزواكي، "تفعيل اتفاق إطار بين الوكالة المغربية للتعاون الدولي والنيجر لتكوين الأطر العليا" نشر بالمصدر ميديا بتاريخ 2017 27L12L67982 :LLalmasdare.cm

37 - Abdelaziz Barre, «Des enjeux politiques aux défis du développement », Publication de L'Université Mohamed V Souissi ; Rabat ;2010,p,56.

38 - الظهير الشريف رقم 1-13-50، صادر في 07 رمضان 1436، الموافق ل 24 يونيو 2015، يتعلق بإحداث مؤسسة محمد السادس للعلماء الأفارقة، الجريدة الرسمية عدد 6372، بتاريخ 08 رمضان 1436، الموافق ل 25 يونيو 2015، ص 5996.

39 - سعيد الصديقي، "السياسة الخارجية المغربية فوق الرمال المتحركة لإفريقيا"، مرجع سابق، ص 8.

جاءت المبادرة المغربية لتكوين 500 امام مالي في المملكة سنة 2008⁴⁰. والاستفادة من الخبرة المغربية في عمارة المساجد والاستفادة من دورات تكوينية في مجال تدبير الشأن الديني، وأيضا القيام بإهداء الجهات المكلفة بتدبير الشؤون تلك الدول آلاف النسخ من المصحف الشريف في طبعته الصادرة عن مؤسسة الملك محمد السادس لنشر المصحف الشريف"، قصد توزيعها هناك⁴¹، بالإضافة إلى مجموعة من الأنشطة الدينية الأخرى التي اعتبرت ذات دلالة⁴².

⁴⁰ - Alan H. Lukxenbrg : "Visions divergentes de l'islam D'Oussama ben laden au Roi Mohammed VI ; L'observateur du Maroc n°238 du 22 au 28 novembre 2013, page : 18.s

⁴¹ - سليم حميمانت، مرجع سابق، ص 7.

⁴² - مريم التايدي، "الدبلوماسية الدينية للمغرب تستعيد حيويتها في إفريقيا"، جريدة التجديد، العدد 3371 ، 8 أبريل 2014، ص: 6.

خاتمة:

يراهن المغرب من وراء إستراتيجيته الاقتصادية- التنموية الجديدة نحو إفريقيا، إلى إعطاء دفعة قوية لسياسته والعمل من خلالها على تعزيز موقعه وتوسيع نفوذه داخل القارة الإفريقية لذلك تنصب جهود صانع السياسة الخارجية على وضع استراتيجية توافقية تكاملية مع الفاعلين الاقتصاديين في القارة.

إذ تمكن من الانخراط في العديد من الاتفاقيات التبادل التجاري والانضمام لعدد من التجمعات، التي تعد بمثابة التزام للمملكة برفع التحديات التي تواجهها المنطقة ووسيلة لإنجاح الاستراتيجية المغربية الرامية لتجديد الثقة داخل البيت الافريقي والهادفة إلى تحقيقي الريادة والزعامة الإفريقية.

إذ وسع المغرب كذلك من آفاق دبلوماسيته الاقتصادية لتصبح مردوديتها أكثر من مساهمة في تحقيق التنمية، والسعي وراء بناء مشاريع قادرة على الاستثمار والربح بالنسبة لجميع الشركاء من جهة، ومن جهة ثانية تحقيق نوع من التقارب في الرؤى حول قضية الوحدة الترابية للملكة.

ولعل مساهمة المغرب في تنمية بلدان القارة الإفريقية، رسالة إلى المجتمع الدولي، مفادها أن المصالح الوطنية لا يمكن تحقيقها إلا بالعمل المشترك الفعال بين جميع الشركاء سواء الإقليميين أو الدوليين.

لائحة المراجع

المراجع باللغة العربية

الكتب

- ✓ زكرياء أفتوش، "محاوَر استراتيجيَة الملك محمد السادس لإعادة تموقع المملكة المغربية داخل المنتظم الدولي"، مطبعة الأمانة- الرباط، الطبعة الأولى، 2017.
- ✓ عادل عبد الرزاق، "إفريقيا في إطار منظمة الوحدة الإفريقية والاتحاد الإفريقي (رؤية مستقبلية) دراسة وتاقية وتحليلية في إطار العلاقات السياسية الدولية-القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 2007.
- ✓ عبد الله الأشعل، "الاتحاد الإفريقي والقضايا الإفريقية المعاصرة"، مؤسسة الطوبجي للتجارة والنشر، القاهرة، 2006.
- ✓ محمد بوبوش، "دراسات دولية وإقليمية معاصرة"، مكتبة قرطبة، وجدة، الطبعة الأولى، 2016.
- ✓ محمد الفرجاني حصن، "إفريقيا وتحديات العولمة"، الدار المصرية اللبنانية- القاهرة، الطبعة الأولى، 2003.
- ✓ مونية سيلغوة، "المغرب والقضاء الإفريقي، تعاون جنوب-جنوب" الدليل المغربي للإستراتيجية والعلاقات الدولية"، كتاب جماعي صادر عن المركز المغربي متعدد التخصصات للدراسات الإستراتيجية والدولية، دار النشر لارمتان الباريسية، 2012.

الرسائل والاطروحات

- ✓ أحمد الشحي، "الفاعلون في السياسة الخارجية المغربية في ظل دستور 2011 دراسة تحليلية للأدوار والتوجهات-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2018-2019.
- ✓ اسماعيل حمودي، "السياسة الأمنية للمغرب الراهن: دراسة في المحددات والفاعلين والقضايا"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا، السنة الجامعية 2016-2017.
- ✓ سيدي سيداتي العلوي، "علاقة المغرب بالدول المغاربية في ظل التنافس الدولي الإقليمي من 1999-2017"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، كلية الحقوق-سلا، السنة الجامعية 2017-2018،

- ✓ لحسن لحسناوي، "دور المحدد الاقتصادي في العلاقات المغربية الإفريقية في ظل التنافس الدولي على القارة (1999-2008)"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، سلا السنة الجامعية 2008-2009
- ✓ ليلي نادي، "المغرب والأمم المتحدة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، سنة 2010.

المجلات

- ✓ حياة زلماط، "الدبلوماسية الروحية رهان جديد نحو إفريقيا"، مجلة شؤون استراتيجية، العدد السابع أكتوبر/دجنبر 2012.
- ✓ عادل موساوي، "العلاقات المغربية- الإفريقية: من الحضور إلى هان البناء الاستراتيجي، واردة ضمن "العلاقات المغربية- الإفريقية: الرهانات والتحديات"، جامعة القاضي عياض-كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الندوات والمؤتمرات، (52)، المطبعة والوراقة
- ✓ لبابة عاشور، الدبلوماسية المغربية في إفريقيا، المغرب الإفريقي، مجلة متخصصة في التراث والدراسات الإفريقية، جامعة محمد الخامس السويسي، معهد الدراسات الإفريقية، الرباط، عدد 10، سنة 2010. الوطنية، مراكش، 2016.
- ✓ محمد حركات، "أثر الفساد على حكمة وتقويم السياسات العامة"، الدبلوماسية الاقتصادية بإفريقيا حكمة في زمن الأزمة وعدم الاستقرار؟، المجلة المغربية للتدقيق والتنمية، عدد 40، 2015.
- ✓ ملف العلاقات المغرب - إفريقيا"، مجلة المالية، وزارة الاقتصاد والمالية، العدد 28 غشت 2015.

الجراند

- ✓ بن امحمد العلوي، "المغرب يمسك بمفاتيح الاستثمار في تنمية إفريقيا"، صحيفة العرب، العدد 3939، نشر في 2015/02/25.
- ✓ مريم التايدي، الدبلوماسية الدينية للمغرب تستعيد حيويتها في إفريقيا، جريدة التجديد، العدد 3371، 8 أبريل 2014.

المقالات

- ✓ أحمد صلحي-نورة الحفيان، "الهواجس الأمنية في الاتفاقيات المغربية- الإفريقية"، المعهد المصري للدراسات، 15 شتنبر 2018، <http://bit.ly/20hb2i9>

المراجع باللغة الفرنسية

Thèses

- Traore Alhassane, Le rôle des acteurs son régionaux en matière de gestion et la résolution des conflits en Afrique cas de la CEDEAO », thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit Public et Sciences Politiques, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales-sale, année universitaire 2017-2018

Revues

- Alan H. Lukxenbrg : " Visions divergentes de l'islam D'Oussama ben laden au Roi Mohammed VI ; L'observateur du Maroc n°238 du 22 au 28 novembre 2013.
- Abdelaziz Barre, "Des enjeux politiques aux défis du développement "Publication de L'Université Mohamed V Souissi ; Rabat ;2010.
- Sidi Mohamed Rigat ; "Les relations Maroc-africaines Enjeux et perspectives, les relations économiques entre le Maroc et l'Afrique subsaharienne comme model de coopération sud-sud ; auquel synergie pour une intégration économique régionale " ? Publication de L'Université Caddi Ayad-faculté de sciences juridiques économiques et sociale-Marrakech,2016.

Journée D'études

- Nazha Alaoui M'hammedi, "coopération économique et financière Maroc/ Afrique et perspectives de son développement", journée études de l'institut royale d'étude stratégique rabat 20 juillet 2010.

الديمقراطية التشاركية في تجارب تونس والمغرب والجزائر: بين الاعتراف الدستوري والتقييد القانوني

عبد الرحمان بنكرارة

باحث في سلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية- أكدال
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة:

في سياق التحولات التي عرفها الجهاز التنظيري للديمقراطية في علاقته بالممارسة الانتخابية، أصبحت معظم الدول بما فيها العربية والمغربية خاصة تتجه نحو توسيع دائرة المشاركة السياسية للأفراد وجمعيات المجتمع المدني، وذلك ليس في نطاق وحدود التعبير عن الإرادة العامة المعبر عنها بواسطة صناديق الاقتراع؛ بل من خلال اعتماد مقاربات تجعل من الفعل العمومي مواكبا للفعل السياسي التمثيلي عبر نهج مقاربات تشاركية، تجعل من الفرد/المواطن/المجتمع من بين أهدافها لتحقيق مجموع المصالح الخاصة، ومن جهة أخرى، فاعلا مشاركا في تدبير الشأن العام.

وهكذا، ستظهر الديمقراطية التشاركية كأحد الحلول لمواجهة الانعكاسات التي خلفتها الممارسة السياسية الناتجة عن الديمقراطية التمثيلية¹، بحيث أبانت المجالس المنتخبة سواء على المستويين المركزي والمحلي، على أنها باتت تبدو بعيدة عن انشغالات المواطن والمجتمع²، وبالتالي فإن

¹ - شكات محاولة الإحاطة النظرية بمفهوم الديمقراطية التشاركية إلى بروز مجموعة من المقاربات والتصورات التعريفية، وذلك وفقا لميولاتهم الإيديولوجية أو لتأثرهم بالخصوصية المحلية، إلا أنهم يتفقون على أن يكون للمواطنين والمواطنين والمجتمع المدني دور من خلال المبادرة، ورأي للتأثير في صناعة القرارات المركزية والمحلية والاختيارات الجماعية ضمن المجالات التي تعنيه مباشرة وتمس حياته اليومية. أنظر(ي) في هذا الصدد:

- بوجنية قوي: "الديمقراطية التشاركية في ظل الإصلاحات السياسية والإدارية في الدول المغاربية: دراسة حالة تونس والجزائر والمغرب نموذجا"، دار الحامد للنشر والتوزيع- عمان، الطبعة الأولى: 2014 ، ص: 23-25.

- أديب نعمة: "الدولة الغنامية والربيع العربي"، دار الفارابي- لبنان، الطلعة الأولى: ماي 2014، ص: 223.

- Dominique Rousseau: "La démocratie continue", Revue des sciences sociales du politique; Année: 1996, pp: 277-278.

- Richard W. Krouse: "Polyarchy & Participation: The Changing Democratic Theory of Robert Dahl", The University of Chicago Press, Vol. 14, No. 3, (1982), pp. 442-443.

² - يرى مارسيل غوشيه، أن الديمقراطية تعيش آخر مراحلها في التاريخ الحاضر، مقترضا أن الشكل الجديد الذي ستأخذه يتجه نحو إقرار نظام حكم قائم على الحكم الذاتي المباشر، إذ يقول في هذا الصدد: "بإمكاننا المجازفة بالقول إننا سوف نرى يوما، مسيرة الديمقراطية وهي تذهب باتجاه آخر، إنه يوم من الصعب التنبؤ به، ولكنه مع

اعتماد الأنظمة السياسية الراهنة لآليات الديمقراطية التشاركية في تدبير الشأن العام، سيساهم في إعادة تعريف العلاقة القائمة بين الدولة والمواطن، وذلك من خلال الانتقال من المرحلة التي تعتبر فيها السياسة كحلقة مقدسة للسياسي بسبب هيمنة النسق الحزبي على نمط حكم بما لا يسمح بمشاركة موسعة للمواطنين في الحياة السياسية، إلى مرحلة جديدة يساهم ويشارك فيها المواطن بشكل مستمر لمعالجة القضايا الاجتماعية المطروحة، وذلك بهدف تحقيق نوع من التكامل بين الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية التشاركية³.

وبالرجوع إلى التجارب المغاربية في كل من المغرب وتونس والجزائر⁴، سنلاحظ الاهتمام المتزايد بإدماج الفضاء العمومي في الشأن السياسي لاسيما في المرحلة الأولى ما بعد زمن "الربيع العربي"، حيث جاءت معظم خطب رؤساء الدول تحت على ضرورة إشراك المواطنين والمواطنين وفعاليات المجتمع المدني والمنظمات الاجتماعية في مسلسل الإصلاح الدستوري، عبر آليات الحوار الوطني واستقبال الشخصيات والفعاليات المدنية والمذكرات الجموعية والنقابية، وذلك قصد المساهمة في إغناء النص المادي للمسودات الدستورية بأرائهم واقتراحاتهم في مضمون التعاقد الدستوري.

والملاحظ، أنه بحجم هذا الاهتمام السياسي بالمشاركة الشعبية في المسلسل التأسيسي، سنكرس المقترضات الدستورية الجديدة في كل من تجارب المغرب (دستور 2011) وتونس (دستور 2014) والجزائر (دستور 2016) لفلسفة جديدة تقوم على رهان استمرار أدوار هؤلاء الفاعلين الجدد، عبر تمكينهم من آليات دستورية وقانونية في إطار الديمقراطية التشاركية، للمساهمة في تدبير الشأن العام لبلوغ أهداف التنمية التي أصبحت اليوم، رهانا سياسيا استراتيجيا عند الدول العربية والمغاربية.

ذلك محدد سلفا في حال الديمقراطية كما تنتشر اليوم من جديد. فمنطقها النظامي التمثلي يسمح منذ الآن برؤية مركز التناقض الذي سيتم من حوله كسر الحلقة، في لحظة معينة سيعيد مثال الحكم المباشر إلى دائرة الاهتمام، في صيغة ركائز لا غنى عنها، هذه الأبعاد للحياة الجماعية والوحدة المشتركة التي أهملتها تطلعات الساعة الحاضرة، وسوف تتكون هذه الأبعاد في أشكال جديدة بينما سيتبنى مثال الحكم المباشر لغة جديدة". مارسيل غوشيه: "الدين في الديمقراطية: مسار العلمنة"، ترجمة شفيق محسن، المنظمة العربية للترجمة- بيروت لبنان، الطبعة الأولى: 2007، ص: 153.

³ - إذ يعتبر الفقيه Jonn Dewey أن: "الديمقراطية ليست عدالة مطلقة، بل اعتبر أن الكمال الديمقراطي هو ذلك المثل الأعلى والمنهج أو الأداة التي ستمكن العدالة من الانبعاث دون انقطاع، عبر صيرورة تصويب الاختلالات والقصور الذي قد يترتب عن العملية الديمقراطية، ولا يمكن أن يكون هذا الانبعاث دون مشاركة واسعة ومتزايدة لعموم المواطنين، والمجتمع المدني، باعتبارهم الأكثر ارتباط بقضاياهم، والأكثر معرفة بها"، نقلا عن عبد القادر غيتاوي: "الديمقراطية التشاركية بين النظرية والتطبيق في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع (9)، المجلد الأول، مارس 2018، ص: 68.

⁴ - إن وضع الدول المغاربية وفق هذا الترتيب، لا تدخل فيه اعتبارات شخصية أو جغرافية، أو تفوق دولة على أخرى ضمن مستوى من المستويات، بالقدر ما أن الأمر يتعلق فقط بعامل التاريخ في اصدار الدساتير داخل هذه التجارب المقارنة.

وعلى هذا الأساس، فإن هذه الورقة البحثية تفتح حول المقترضات الدستورية المكرسة للديمقراطية التشاركية، والتي من شأنها مساهمة المواطنين والمواطنين وكذا فعاليات المجتمع المدني في تدبير الشأن العام على المستويين المركزي والمحلي، ومن جهة أخرى، وضع تقييم للنصوص القانونية المنظمة لهذه الآليات والإمكانات الدستورية الجديدة، وكذا الصعوبات القانونية التي قد تحول دون ممارستها وتفعيلها وفقا للفلسفة الدستورية التي رافقت المسلسل التأسيسي لعمليات الإصلاح ووضع الدساتير المغربية الجديدة، وذلك من خلال مقارنة السؤال المركزي التالي: إلى أي حد يمكن أن تساهم الترسنة القانونية في تفعيل المقترضات الدستورية المتعلقة بآليات الديمقراطية التشاركية في تجارب المغرب وتونس والجزائر؟

المحور الأول : الديمقراطية التشاركية في النصوص الدستورية والقانونية الجديدة

أصبحت تعي الأنظمة السياسية المغربية والعربية أن إشراك المجتمع الاجتماعي في تدبير الشأن السياسي أمرا ضروريا وملحا كنتيجة للتطور الذي عبرت عنه المطالب الاجتماعية والسياسية للحركات الاجتماعية زمن "الربيع العربي"، فما كان من هذه الأنظمة إلا أن تجعل المجتمع صلب سياساتها التأسيسية لحظة وضع الدساتير أو الإصلاح الدستوري، والملاحظ، أن مركزية المجتمع ضمن المسلسل التأسيسي، يوازيه موقعه وأدواره الجديدة التي باتت مؤطرة صلب الهندسة الجديدة للدساتير المغربية في كل من التجربة المغربية والتونسية والجزائرية.

الفقرة الأولى: الآليات الدستورية والقانونية للديمقراطية التشاركية على المستويين المركزي والترابي في التجربة المغربية

أحدث مضمون دستور التجربة المغربية نقلة نوعية مقارنة مع السيرورة الدستورية والقانونية التي قطعها المملكة منذ الاستقلال، ومن جهة أخرى، بالدساتير المغربية الجديدة لكل من تونس والجزائر فيما يخص محورية المجتمع في صناعة السياسات العمومية سواء على المستوى المحلي للجماعات الترابية وإن على المستوى المركزي، حيث أفرد التعديل الدستوري المغربي مجموعة من الفصول التي تقر بضرورة إشراك المواطنين والمواطنين سواء المقيمين بالمغرب أو خارجه وكذا جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية في إعداد القرارات والمشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، هذا بالإضافة إلى تفعيلها وتقييمها.

ووعيا منه بأهمية وأدوار المواطنين والمواطنين وكذا جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية في تدبير الشأن العمومي، أن جعل المشرع الدستوري المغربي "... الديمقراطية المواطنة والتشاركية..." في الفصل الأول (1) لاسيما فقرته الثانية من الدستور 2011⁵، من بين

⁵ - دستور المملكة المغربية لسنة 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 5964 مكرر، 30 يوليو 2011، ص: 3600.

الأسس التي يقوم عليها النظام الدستوري للمملكة، إلى جانب الفصل بين السلط وتوازنها وتعاونها ومبادئ الحكامة الجيدة وربط المسؤولية بالمحاسبة⁶.

وفي هذا الصدد، يمكن الوقوف حول آليات الديمقراطية التشاركية التي نص عليها التعديل الدستوري في التجربة المغربية وكذا النصوص القانونية المنظمة لها، والتي حددها في آليات العرائض الموجهة للسلطات العمومية (أولاً)، ثم الملتزمات في المجال التشريعي (ثانياً)، وأخيراً الآليات التشاركية للحوار والتشاور العمومي وهيئاته (ثالثاً).

أولاً- آليات العرائض الموجهة للسلطات العمومية

شكلت مسألة دسترة الحق في تقديم العرائض لأول مرة في التجربة المغربية مكتسباً دستورياً لتعزيز حرية الرأي والتعبير، وهو حق يسمح للمواطنين والمواطنات سواء المقيمين بالمغرب أو خارجه من إيصال مطالب أو مقترحات أو توصيات إلى السلطات المعنية، قصد اتخاذ ما تراه مناسباً في شأنها من إجراءات طبقاً لأحكام الدستور والقوانين الجاري بها العمل.

وفي هذا الصدد، نص الدستور المغربي لسنة 2011 على نوعين من العرائض وذلك حسب الجهة التي ستحال عليها هذه العرائض والتي يمكن أن تكون وجهتها ذات طابع مركزي أو ترابي، إذ نص الفصل 15 من الدستور على أن "للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية..."⁷، في حين نص الفصل 139 في فقرته الثانية على أنه يمكن للمواطنين والمواطنات وجمعيات المجتمع المدني أيضاً الحق في "... تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله"⁸.

فبخصوص العرائض الموجهة للسلطات العمومية وفقاً للفصل 15 من الدستور، ومن أجل تطبيق هذا المقتضى الدستوري، صدر القانون التنظيمي رقم 44.14 الذي يحدد شروط وكيفية ممارسة هذا الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية⁹، معتبراً السلطات العمومية في مدلول هذا القانون التنظيمي كل من رئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين.

⁶ - إذ تنص هذه الفقرة من الفصل الأول على أنه: "... يقوم النظام الدستوري للمملكة على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية، وعلى مبادئ الحكامة الجيدة، وربط المسؤولية بالمحاسبة...".

⁷ - وينص هذا الفصل على أن: "للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية. ويحدد قانون تنظيمي شروط وكيفية ممارسة هذا الحق".

⁸ - ينص الفصل 139 على أن "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات وجمعياتهم في إعداد برامج التنمية وتتبعها. يُمكن للمواطنين والمواطنات وجمعياتهم تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله".

⁹ - قانون تنظيمي رقم 44.14 بتحديد شروط وكيفية ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.107 صادر في 23 من شوال 1437 (28 يوليوز 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6492 بتاريخ 18 غشت 2016، ص: 6074. كما صدرت أيضاً نصوص تنظيمية أخرى أحال عليها هذا القانون التنظيمي، ويتعلق الأمر بكل من:

ولتفعيل هذا الحق الدستوري، حددت المادة الثالثة (3) من القانون التنظيمي السالف الذكر، الشروط الواجب توفرها لقبول العرائض الموجهة إلى السلطات العمومية، بأن يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة، وأن تكون المطالب والمقترحات أو التوصيات التي تتضمنها العريضة مشروعة، ومحررة بكيفية واضحة، ومرفقة بمذكرة مفصلة تبين الأسباب الداعية إلى تقديمها والأهداف المتوخى منها، كما يجب أن تكون مرفقة بلائحة دعم العريضة¹⁰.

وفي هذا الإطار، تعتبر العريضة ملغية بموجب المادة الرابعة (4) من هذا القانون التنظيمي في حالة ما إذا كانت المطالب والمقترحات أو التوصيات تمس بالثوابت الجامعة للأمة والمتعلقة بالدين الإسلامي أو الوحدة الوطنية أو بالنظام الملكي للدولة أو بالاختيار الديمقراطي أو بالمكتسبات التي تم تحقيقها في مجال الحريات والحقوق الأساسية كما هو منصوص عليها في الدستور، أو في حالة ما إذا كانت العريضة تهم قضايا تتعلق بالأمن الداخلي أو بالدفاع الوطني أو بالأمن الخارجي للدولة، أو أن تكون موضوع قضايا معروضة على القضاء أو صدر في شأنها حكم قضائي، أو في الحالة التي تتعلق بوقائع تكون موضوع تقص من قبل اللجان النيابية لتقصي الحقائق.

وبموجب نفس المادة الرابعة (4)، يمكن اعتبار العريضة بعد دراستها غير مقبولة في حالة إذا ما كانت المطالب والمقترحات أو التوصيات تخل بمبدأ استمرارية المرافق العمومية وبمبدأ المساواة بين المواطنين والمواطنين في الولوج إلى هذه المرافق، أو إذا ما كانت تكتسي طابعا نقابيا أو حزبيا ضيقا، أو طابعا تمييزيا، أو تتضمن سبا أو قذفا أو تشهيراً أو تضليلاً أو اساءة للمؤسسات أو الأشخاص.

أما بخصوص النوع الثاني من العرائض، فيتعلق الأمر بتلك الموجهة إلى الجماعات الترابية المتمثلة في الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات، وذلك حسب ما ينص عليه الفصل 139 في فقرته الثانية من الدستور، وهو المقتضى الدستوري الذي صدرت في شأنه ثلاثة قوانين تنظيمية تخص هذه الجماعات الترابية¹¹، تحدد بعض مقتضياتها شروط وكيفية تقديم العرائض من

- المرسوم رقم 2.16.773 صادر في 28 من شعبان 1438 (25 ماي 2017) بتحديد تأليف لجنة العرائض واختصاصاتها وكيفية سيرها، المتمم بموجب المرسوم رقم 2.18.200 صادر في 30 من رجب 1439 (17 أبريل 2018).

- قرار لرئيس الحكومة رقم 3.267.17 صادر في 7 ذي القعدة 1438 (31 يوليو 2017) بتعيين أعضاء لجنة العرائض، والذي تم تغييره بموجب قرار لرئيس الحكومة رقم 3.22.18 صادر في 19 من رمضان 1439 (4 يونيو 2018).

¹⁰ - ويقصد بلائحة دعم العريضة حسب المدلول الوارد في المادة 2 من القانون التنظيمي، تلك اللائحة التي تتضمن توقيعات مدعي العريضة، وأسمائهم الشخصية والعائلية وأرقام بطانقهم الوطنية للتعريف وكذا عناوين إقامتهم.

¹¹ - ويتعلق الأمر بكل من:

- القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6585. الفصول من (118 و119 و120 و121 و122).

طرف المواطنين والمواطنين بالإضافة إلى الجمعيات، وذلك عكس العرائض الموجهة للسلطات العمومية التي استنتجت هذه الأخيرة.

وهكذا، عرفت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية العريضة بأنها كل محرر يطالب بموجبه المواطنين والمواطنون والجمعيات مجالس الجهة أو العمالات والأقاليم أو الجماعات بإدراج نقطة تدخل في صلاحياته ضمن جدول أعماله¹². كما حددت في هذا الصدد، الشروط والكيفيات لتقديم وإيداع العرائض حسب إذا ما كانت مقدمة من طرف المواطنين والمواطنين أو من طرف الجمعيات.

فبالنسبة للعرائض المقدمة من طرف المواطنين والمواطنات، فقد اشترطت نفس الشروط سواء كانت موجهة لمجلس الجهة أو العمالة والإقليم أو الجماعة، وذلك بأن يكونوا من نفس ساكنة الجهة أو العمالة والإقليم أو الجماعة، وأن تكون لهم مصلحة مشتركة في تقديمها، وأن يكونوا باستثناء الجهة، تتوفر فيهم شروط التسجيل في اللوائح الانتخابية.

أما بخصوص عدد التوقيعات المطلوبة لقبول العريضة، فبالنسبة للجهة فيطلب توفر 300 توقيع للجهات التي يبلغ عدد سكانها مليون نسمة، ثم 400 توقيع بخصوص الجهات التي يبلغ عدد سكانها مليون وثلاثة ملايين نسمة، و500 توقيع بالنسبة للجهات التي يبلغ عدد سكانها ثلاثة ملايين نسمة، أما بالنسبة للعمالة أو الإقليم فيشترط أن تحصل العريضة على 300 توقيع، أما بالنسبة للجماعات على أن لا يقل عن 100 توقيع فقط بخصوص الجماعات التي يقل عدد سكانها عن 35000 نسمة و200 مواطن بالنسبة لغيرها من الجماعات¹³.

أما العرائض المقدمة من طرف الجمعيات لدى مجالس الجماعات الترابية، فقد اشترطت هذه القوانين التنظيمية على أن تكون هذه الجمعيات معترفا بها ومؤسسة بالمغرب طبقا للتشريع الجاري به العمل لمدة تزيد عن ثلاث (3) سنوات، وتعمل طبقا للمبادئ الديمقراطية ولأنظمتها الأساسية، وأن تكون في وضعية سليمة إزاء القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وأن يكون مقرها أو أحد فروعها واقعا بتراب الجماعة الترابية المعنية بالعريضة، وأن يكون نشاطها

- القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6625. الفصول من (112 و113 و114 و115 و116).

- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015). الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6660. الفصول من (121 و122 و123 و124 و125).

¹² - المادة 119 القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، والمادة 113 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، والمادة 122 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

¹³ - المادة 120 القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، والمادة 114 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، والمادة 123 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

مرتبطا بموضوع العريضة، هذا وقد اشترط القانون التنظيمي للعمليات والأقاليم أن يكون عدد منخرطي الجمعية يفوق المائة (100) عضو منخرط¹⁴.

وبخصوص كفاءات إيداع العريضة المقدمة من طرف المواطنين والمواطنات والجمعيات¹⁵، فتودع إلى رئيس مجلس الجماعة الترابية المعنية مقابل وصل يسلم فوراً، ومن ثمة تحال على مكتب المجلس الذي يتحقق من استيفائها للشروط القانونية المحددة في القوانين التنظيمية.

وهكذا، وفي حال قبول العريضة، تسجل في جدول أعمال المجلس في الدورة العادية الموالية، وتحال على اللجنة أو اللجان الدائمة المختصة لدراستها قبل عرضها على المجلس للتداول في شأنها، وفي حالة عدم قبولها من طرف مكتب المجلس، يقوم الرئيس بتبليغ الوكيل أو ممثل الجمعية حسب الحالة بقرار الرفض المعلل داخل أجل شهرين (2) بالنسبة للجهة أو العمالة والإقليم وفي ثلاثة (3) أشهر بالنسبة للجماعات ابتداء من تاريخ التوصل بالعريضة¹⁶.

ثانياً- الملتزمات في المجال التشريعي

خول الدستور من خلال الفصل 14 للمواطنين والمواطنات حق التقدم بملتمسات في مجال التشريع وذلك بهدف المساهمة في المبادرة التشريعية المخولة إلى جهات دستورية محددة وفقاً لأحكام الدستور، وهو المستجد الدستوري الذي يجعل من الفضاء العمومي مساهماً وفاعلاً جديداً في المجال التشريعي المغربي وضمن الميادين التي يختص القانون بالتشريع فيها¹⁷.

وفي هذا الإطار، حدد القانون التنظيمي رقم 64.14 الشروط والكفاءات المطلوبة لممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع¹⁸. وهكذا، لقبول الملتمس، يجب أن يكون الهدف

¹⁴ - المادة 121 القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، والمادة 115 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمليات والأقاليم، والمادة 124 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

¹⁵ - فيخصوص شكل العريضة والوثائق المثبتة التي يتعين إرفاقها بها أحيل على:
- المرسوم رقم 2.16.401 صادر في 4 محرم 1438 (6 أكتوبر 2016) بتحديد شكل العريضة المودعة لدى رئيس مجلس الجهة والوثائق المثبتة التي يتعين إرفاقها بها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6511، بتاريخ 24 أكتوبر 2016، ص: 7401.

- المرسوم رقم 2.16.402 صادر في 4 محرم 1438 (6 أكتوبر 2016) بتحديد شكل العريضة المودعة لدى رئيس مجلس العمالة أو الإقليم والوثائق المثبتة التي يتعين إرفاقها بها، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6511، بتاريخ 24 أكتوبر 2016، ص: 7402.

- المرسوم رقم 2.16.403 صادر في 4 محرم 1438 (6 أكتوبر 2016) بتحديد شكل العريضة المودعة لدى رئيس مجلس الجماعة والوثائق المثبتة التي يتعين إرفاقها بها. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6511، بتاريخ 24 أكتوبر 2016، ص: 7403.

¹⁶ - المادة 122 القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، والمادة 116 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمليات والأقاليم، والمادة 125 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات.

¹⁷ - وينص الفصل 14 في صيغته الأصلية كما هو وارد في الدستور على أن "للمواطنين والمواطنات، ضمن شروط وكفاءات يحددها قانون تنظيمي، الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع".

¹⁸ - القانون التنظيمي رقم 64.14 بتحديد شروط وكفاءات ممارسة الحق في تقديم الملتزمات في مجال التشريع، بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.108 صادر في 23 من شوال 1437 (28 يوليو 2016)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 6492، بتاريخ 18 غشت 2016، ص: 6077.

منه تحقيق المصلحة العامة، ومحررا بكيفية واضحة وفي شكل اقتراحات أو توصيات، وأن يكون مرفقا بمذكرة مفصلة تبيّن الأسباب الداعية لتقديمه والأهداف المتوخاة منه، وملخصا للاختيارات التي يتضمنها، على أن يكون مشفوعا بلائحة دعم الملتمس¹⁹، موقعة على الأقل من قبل 25000 من مدعي الملتمس ومرفقة بنسخ من بطانقهم الوطنية للتعريف²⁰.

في المقابل، يعتبر الملتمس المقترح في مجال التشريع غير مقبول، إذا كانت المقترحات أو التوصيات التي تتضمنها تمس بالثوابت الجامعة للأمة، والمتعلقة بالدين الإسلامي أو الوحدة الوطنية أو بالنظام الملكي للدولة أو بالاختيار الديمقراطي أو بالمكتسبات التي تم تحقيقها في مجال الحريات والحقوق الأساسية كما هو منصوص عليها في الدستور، أو تتعلق بمراجعة الدستور أو القوانين التنظيمية أو قانون العفو العام أو النصوص المتعلقة بالمجال العسكري، أو تخص الأمن الداخلي أو الدفاع الوطني أو الأمن الخارجي للدولة، كما يعتبر الملتمس غير مقبول، في حالة ما إذا كان يتضمن مقترحات أو توصيات تتعارض مع الموثيق والمعاهدات والاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة أو انضمت إليها.

وهكذا، تودع الملتسمات إما مقابل وصل لدى مكتب مجلس النواب أو تبعث عن طريق البريد الإلكتروني، وفي حالة ما إذا كانت الاقتراحات أو التوصيات تتعلق بقضايا مرتبطة على وجه الخصوص بالجماعات الترابية أو التنمية الجهوية أو القضايا الاجتماعية، فتودع بالأسبقية لمكتب مجلس المستشارين بنفس الكيفية السالفة الذكر²¹.

وتبعاً لذلك، يبت المجلس المعني داخل أجل سنتين (60) يوماً من تاريخ التوصل، ويبلغ رئيس المجلس كتابة وكيل لجنة تقديم الملتمس بقرار قبول الملتمس أو رفضه داخل أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ البت فيه، حيث يجب أن يكون قرار عدم قبوله معللاً²².

وبخصوص مآلات الملتسمات المقدمة في مجال التشريع، يمكن لكل عضو أو أكثر من أعضاء اللجان المعنية بموضوع الملتمس بأحد مجلسي البرلمان إما بتبنيه أو اعتماده كأساس لتقديمه في شكل مقترح قانون طبقاً للمساطر التشريعية المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلس المعني²³.

¹⁹ - المادة 5 من القانون التنظيمي رقم 64.14 بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتسمات في مجال التشريع.

²⁰ - المادة 7 من القانون التنظيمي رقم 64.14 السالف الذكر.

²¹ - المادة 8 من القانون التنظيمي رقم 64.14 السالف الذكر.

²² - المادة 10 من القانون التنظيمي رقم 64.14 السالف الذكر.

²³ - المادة 12 من القانون التنظيمي رقم 64.14 السالف الذكر.

ثالثا- الآليات التشاركية للحوار والتشاور العمومي وهيئاته

جاءت المقترحات الدستورية لسنة 2011 حبلى بآليات التشاور والحوار العمومي التي من شأنها تعزيز ودعم الديمقراطية التشاركية، وهكذا، نصت هذه المقترحات الدستورية تارة بشكل صريح وتارة أخرى بشكل ضمني بضرورة العمل على "...توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية..." (الفقرة الثانية من الفصل السادس)²⁴، وأن جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية تساهم في "... إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها. وعلى هذه المؤسسات والسلطات تنظيم هذه المشاركة، طبق شروط وكيفيات يحددها القانون..." (الفصل 12)²⁵.

ومن أجل تحقيق المساواة بين المواطنين والمواطنات سواء المقيمين بالمغرب أو خارجه في الحقوق المتعلقة بتفعيل آليات الديمقراطية التشاركية، أقر الدستور في فصله 18 على أن "تعمل السلطات العمومية على ضمان أوسع مشاركة ممكنة للمغاربة المقيمين في الخارج، في المؤسسات الاستشارية، وهيئات الحكامة الجيدة، التي يحدثها الدستور أو القانون".

ولتقريب المواطنين والمواطنات من المرفق العمومي باعتباره جهاز يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وبهدف تخليق هذا المرفق، نص الفصل 156 من الدستور على أن هذه المرافق العمومي تتلقى "... ملاحظات مرتفقيها، واقتراحاتهم وتظلماتهم، وتؤمن تتبعها..."²⁶.

24- وينص هذا الفصل بالشكل الوارد في الدستور على أن: " القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاصا ذاتيين واعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له. تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية. تعتبر دستورية القواعد القانونية، وتراتبيتها، ووجوب نشرها، مبادئ ملزمة. ليس للقانون أثر رجعي".

25- وينص الفصل 12 على أنه: "تؤسس جمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية وتمارس أنشطتها بحرية، في نطاق احترام الدستور والقانون.

لا يمكن حل هذه الجمعيات والمنظمات أو توقيفها من لدن السلطات العمومية، إلا بمقتضى مقرر قضائي. تساهم الجمعيات المهمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية، في إطار الديمقراطية التشاركية، في إعداد قرارات ومشاريع لدى المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية، وكذا في تفعيلها وتقييمها. وعلى هذه المؤسسات والسلطات تنظيم هذه المشاركة، طبق شروط وكيفيات يحددها القانون.

يجب أن يكون تنظيم الجمعيات والمنظمات غير الحكومية وتسييرها مطابقا للمبادئ الديمقراطية".

26- وينص هذا الفصل على أنه: "تتلقى المرافق العمومية ملاحظات مرتفقيها، واقتراحاتهم وتظلماتهم، وتؤمن تتبعها.

تقدم المرافق العمومية الحساب عن تدبيرها للأموال العمومية، طبقا للقوانين الجاري بها العمل، وتخضع في هذا الشأن للمراقبة والتقييم".

وحيث أن المواطنين والمواطنات هم أقرب للمؤسسات النيابية التي انتخبوها في دوائرهم الترابية، وبهدف تيسير مساهمتهم في إعداد برامج التنمية وتتبعها، ومن تمة الانفتاح على المحيط الاجتماعي وفق مقاربة تشاركية مبنية على التواصل والتشاور، نص الفصل 136 من الدستور على أن التنظيم الجهوي والترابي للمملكة يرتكز على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، كما أنه يؤمن مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندمجة والمستدامة²⁷. وبهدف إجراء هذا المقتضى الدستوري وفق تدابير واضحة ومسطرية، نص الفصل 13 من الدستور المغربي على أن تعمل السلطات العمومية على "... إحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين، في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها"²⁸.

وبذلك، تكون الجماعات الترابية كسلطة من السلط العمومية ملزمة بوضع هذه الهيئات كآلية تشاركية للحوار والتشاور، قصد تجاوز السياسة الإنغلاقية التي ميزت تجارب التدبير الترابي من خلال أسلوب التحكم في صناعة القرار المحلي، ومن تمة الانتقال إلى مرحلة يكرس فيها الدستور الجديد لسياسة الانفتاح والتدبير التشاركي لمختلف الفاعلين من خواص وفعاليات مجتمعية ومواطنات ومواطنين.

وبقصد بهيئات التشاور العمومي حسب التقرير التركيبي للجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية الجديدة، "مجموع المؤسسات واللجان والهيئات العمومية الدائمة أو المؤقتة، القطاعية أو الأفقية، التي تحدثها السلطات العمومية قصد تدبير وتنفيذ مختلف عمليات التشاور لأجل التواصل والتفاعل مع المواطنين، وطنيا أو جهويا أو محليا، واستطلاع آرائهم وتطلعاتهم وحاجياتهم بخصوص مشروع أو مخطط أو سياسة عمومية خلال مراحل إعدادها وتنفيذها وتقييمها"²⁹.

ويهدف التشاور العمومي في هذا الإطار كما هو وارد في التقرير التركيبي للجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية الجديدة السالف الذكر، إلى تحقيق ما يلي:

1- "مأسسة فضاءات التواصل والحوار والنقاش والتعاون بين السلطات العمومية والمواطنين؛

27 - ينص الفصل 136 على أنه "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".

28 - وينص هذا الفصل كما هو وارد في المتن الدستوري، على أن: "تعمل السلطات العمومية على إحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين، في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها".

29 - الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني: "التقرير التركيبي للجنة الوطنية للحوار الوطني حول المجتمع المدني وأدواره الدستورية الجديدة"، أبريل 2014، ص: 57.

- 2- تعزيز الحوار والتفاهم المتبادل بين مؤسسات الدولة والمواطنين حول أهداف وإكراهات مسلسل التدبير العمومي، واستباق جميع التوترات الممكنة؛
- 3- تعميم ثقافة التعاقد بين مؤسسات الدولة ومنظمات المجتمع المدني وكذا ترسيخ مبدأ التدبير المبني على النتائج؛
- 4- تعزيز ثقافة التطوع المؤطرة بقانون وتنمية روح التشارك الفعلي بين الدولة وشركائها من جمعيات مدنية وجماعات ترابية وفاعلين اقتصاديين؛
- 5- التحفيز على تنمية وصقل وتجميع وتجويد القوة الاقتراحية لمنظمات المجتمع المدني وتوجيهها لفائدة البرامج والمشاريع القطاعية المعنية؛
- 6- إغناء مسلسل اتخاذ القرار العمومي من خلال توسيع وتعميم مشاركة السكان في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد؛
- 7- تعبئة الإمكانيات البشرية والقدرات الاجتماعية للتنمية البشرية المستدامة؛
- 8- تملك المواطنين والمواطنات للسياسات والبرامج التنموية ومشاركتهم في تنفيذها وانخراطهم في صيانتها وتطويرها؛
- 9- توطيد وتطوير الحكامة الجيدة وتوسيع وتعزيز الشفافية والنزاهة³⁰.

تبعاً لذلك، وتفعيلاً للمقتضيات الدستورية المذكورة، جاءت القوانين التنظيمية للجماعات الترابية بأحكام ومقتضيات تبيين وتحدد هذه الهيئات المسند إليها مهام التشاور والحوار العمومي. فبالنسبة للقانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات³¹، فقد نص على أنه تحدث ثلاثة (3) هيئات استشارية لدى مجلس الجهة، ويتعلق الأمر بكل من "هيئة استشارية بشراكة مع فعاليات المجتمع المدني تختص بدراسة القضايا الجهوية المتعلقة بتفعيل مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع"، و"هيئة استشارية تختص بدراسة القضايا المتعلقة باهتمامات الشباب"، و"هيئة استشارية بشراكة مع الفاعلين الاقتصاديين بالجهة تهتم بدراسة القضايا الجهوية ذات الطابع الاقتصادي"، على أن يحدد النظام الداخلي للمجلس تسمية هاته الهيئات وكيفية تأليفها وتسييرها.

³⁰ - التقرير التركيبي نفسه، ص: 57-58.

³¹ - القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.83 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6585. (الفصلين 116 و117).

أما بخصوص باقي الجماعات الترابية الأخرى، فقد نص كل من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم في مادته 111³²، وكذا القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات في مادته 120³³، على أن تحدث لدى هذه المجالس الترابية هيئة استشارية بشراكة مع فعاليات المجتمع المدني، يكون اختصاصها منكباً حول دراسة القضايا الإقليمية المتعلقة بتفعيل مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع، على أن يحدد النظام الداخلي لكل مجلس على حدة تسمية هاته الهيئة وكذا كيفية تأليفها وتسييرها.

وهكذا، تبقى التجربة الدستورية المغربية غنية بالمقتضيات القانونية والدستورية التي تسمح للمواطنين والمواطنين والجمعيات والمنظمات غير الحكومية من المشاركة في تدبير الشأن العمومي على المستويين المركزي وكذا المحلي، وذلك بالمقارنة مع التجريبتين التونسية والجزائرية، وهما التجريبتين اللتان أبانت مقتضياتهما الدستورية والقانونية، على أن هناك نوع من التدرج البطيء في إقرار منظومة تسمح بالمشاركة والتشاور في التدبير العمومي، لاسيما على المستوى المركزي.

الفقرة الثانية: آليات الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية في التجربة التونسية

أما بخصوص التجربة الدستورية والقانونية التونسية باعتبارها كرونولوجيا توجت مسار الدستوري ما بعد الربيع العربي بدستور 2014 وذلك بعد التجربة المغربية لسنة 2011، لا نجد إلا فصلاً واحداً ضمن الهندسة الدستورية الجديدة والذي يتحدث عن الديمقراطية التشاركية، ويتعلق الأمر بالفصل 139 من الدستور³⁴، الذي ينص على أن الجماعات المحلية تعتمد بالإضافة إلى مبادئ الحوكمة المفتوحة، آليات الديمقراطية التشاركية بهدف ضمان مساهمة أوسع للمواطنين والمواطنين بالإضافة إلى المجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها³⁵.

والملاحظ أن التجربة الدستورية التونسية بمقارنتها مع التجربة المغربية، لم تعتمد آليات دستورية وقانونية لتفعيل الديمقراطية على المستوى المركزي، كإعطاء الحق للمواطنين

³² - القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6625. (الفصلين 110 و111).

³³ - القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015). الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6660. (الفصلين 119 و120).

³⁴ - دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد خاص، السنة 157، الاثنان 10 ربيع الثاني 1435 - 10 فيفري 2014.

³⁵ - وينص هذا الفصل كما هو وارد في الدستور على أن "تعتمد الجماعات المحلية آليات الديمقراطية التشاركية، ومبادئ الحوكمة المفتوحة، لضمان إسهام أوسع للمواطنين والمجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها طبقاً لما يضببطه القانون".

والمواطنين في تقديم العرائض للسلطات العمومية أو حق تقديم الملتزمات في المجال التشريعي لدى البرلمان. وهكذا، تكون التجربة التونسية قد أقرت فقط آليات في إطار الديمقراطية التشاركية على مستوى الترابي.

ولتفعيل المقتضى الدستوري المتعلق بالديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية المنصوص عليه في الفصل 139 من الدستور التونسي لسنة 2014³⁶، تم إعداد منظومة من النصوص القانونية المتكاملة، ويتعلق الأمر بكل من القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 والصادر بتاريخ 9 ماي 2018 يتعلّق بمجلة الجماعات المحلية³⁷، والأمر الحكومي عدد 744 لسنة 2018 المؤرخ في 23 غشت 2018 يتعلق بالمصادقة على النظام الداخلي النموذجي للمجالس البلدية³⁸، ثم الأمر الحكومي عدد 401 لسنة 2019 والصادر بتاريخ 6 ماي 2019 يتعلق بضبط شروط وإجراءات أعمال آليات الديمقراطية التشاركية المنصوص عليها بالفصل 30 من مجلة الجماعات المحلية³⁹.

وهكذا، وبالرجوع إلى القانون الأساسي عدد 29 لسنة 2018 المتعلق بالجماعات المحلية، فقد نصت بعض أحكامه ومقتضياته على مجموعة من الآليات لتفعيل الديمقراطية التشاركية على المستوى الترابي، ومن جهة أخرى، ألزمت مكونات هذه الجماعات المحلية -المتمثلة في البلديات والجهات والأقاليم- على أن تنقيد بتفعيل الديمقراطية التشاركية في كل التدابير التي تتخذها، وهو المعطى الذي ورد في أول فصل من هذا القانون الأساسي، والذي ينص على أنه ولتحقيق اللامركزية والتنمية الشاملة والعادلة والمستدامة في إطار وحدة الدولة، يضبط هذا الأخير القواعد المتعلقة بتنظيم هيكل السلطة المحلية، ثم صلاحياتها وطرق تسييرها وفقا لآليات الديمقراطية التشاركية⁴⁰.

36 - يقصد بالجماعات المحلية والتي توازيها الجماعات الترابية في التجربة المغربية، كل من بلديات و جهات وأقاليم. وهو المقتضى الذي تم التنصيص عليه من خلال الفقرة الثانية للفصل 131 من الدستور والتي ينص على أن: "تقوم السلطة المحلية على أساس اللامركزية. تتجسد اللامركزية في جماعات محلية، تتكون من بلديات و جهات وأقاليم، يغطي كل صنف منها كامل تراب الجمهورية وفق تقسيم يضبطه القانون. يمكن أن تحدث بقانون أصناف خصوصية من الجماعات المحلية".

37 - قانون أساسي عدد 29 لسنة 2018 مؤرخ في 9 ماي 2018 يتعلّق بمجلة الجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد : 039، تاريخ الرائد : 15/05/2018، ص: 1710.

38 - أمر حكومي عدد 744 لسنة 2018 مؤرخ في 23 أوت 2018 يتعلّق بالمصادقة على النظام الداخلي النموذجي للمجالس البلدية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 73-74، بتاريخ 14 شتنبر 2018، ص: 3893.

39 - أمر حكومي عدد 401 لسنة 2019 مؤرخ في 6 ماي 2019 يتعلق بضبط شروط وإجراءات أعمال آليات الديمقراطية التشاركية المنصوص عليها بالفصل 30 من مجلة الجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد: 39، بتاريخ 14 ماي 2019، ص: 1517.

40 - الفصل الأول (1) يهدف هذا القانون الأساسي إلى ضبط القواعد المتعلقة بتنظيم هيكل السلطة المحلية وصلاحياتها وطرق تسييرها وفقا لآليات الديمقراطية التشاركية بما يحقّق اللامركزية والتنمية الشاملة والعادلة والمستدامة في إطار وحدة الدولة.

وعلى هذا الأساس، خصص القانون الأساسي للجماعات المحلية في القسم الخامس المعنون بـ "في الديمقراطية التشاركية والحوكمة المفتوحة" مقتضيات وأحكام مشتركة تلزم الجماعات المحلية بكل تكويناتها الترابية باعتماد آليات الديمقراطية التشاركية في كل التدابير التي تتخذها، والمحددة في إشراك المتساكنين في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها وتقييمها (أولاً)، ثم إمكانية استفتاء المتساكنين حول إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية (ثانياً)، ثم حق العموم في الاطلاع على كل المعلومات لضمان شفافية التصرف والتسيير المحلي (ثالثاً)، بالإضافة إلى تنظيم اللقاءات العلنية مع المتساكنين قبل اتخاذ بعض القرارات المحددة على سبيل الحصر (رابعاً).

أولاً- في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها وتقييمها

فرض القانون الأساسي المتعلق بالجماعات المحلية من خلال الفصل 29 بأن يخضع إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية وجوبا إلى آليات الديمقراطية التشاركية، وذلك بأن يضمن مجلس الجماعة المحلية لكافة المتساكنين⁴¹ وللمجتمع المدني حقهم في المشاركة الفعلية في مختلف مراحل إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها وتقييمها، وأن يتم إعلامهم مسبقا بمشاريع برامج التنمية والتهيئة الترابية.

ولتفعيل أدوار المتساكنين والمجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها وتقييمها على صعيد مجلس الجماعة المحلية المعني، نص ذات الفصل 29 على أن يتم وضع نظام نمذجي لآليات الديمقراطية التشاركية بأمر حكومي وباقتراح من المجلس الأعلى للجماعات المحلية، على أن يضبط المجلس المحلي المنتخب بالتشاور مع المجتمع المدني آليات الديمقراطية التشاركية وصيغها بناء على النظام النمذجي المذكور⁴².

هذا، والملاحظ أنه بموجب الفصل 29 من القانون الأساسي المتعلق بالجماعات المحلية، فإن كل برنامج تنموي لا يحترم الأحكام السالفة الذكر، يعتبر مرفوضا، كما أن كلّ قرار تتخذه الجماعة المحلية خلافا لمقتضياته، يكون قابلا للطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة، مما يعطي مؤشر عن أهمية الأدوار المركزية التي بات يلعبها المتساكنون والمجتمع المدني بعد موجة "الربيع العربي"، وذلك نظرا للإشكالات التي رافقت التدبير المحلي في فترات الحكم السابقة في عهد كل

41 - عرف الأمر الحكومي عدد 401 في فصله الثاني المتساكنين على أنهم: "الأشخاص المقيمين فعليا بالحدود الترابية للجماعة المحلية المعنية أو الذين يتواجد مركز عملهم أو نشاطهم الاقتصادي بها".

42 - تجب الإشارة أنه إلى حدود بداية شهر يناير 2020 تسعى وزارة الشؤون المحلية والبيئة إلى تجميع أكبر قدر من المقترحات والآراء بخصوص مشروع أمر حكومي يضبط النظام النمذجي لآليات الديمقراطية التشاركية، حيث عقدت هذه الأخيرة مجموعة من اللقاءات والمشاورات بالتعاون مع المركز الدولي للتنمية المحلية والحكم الرشيد، وقد شملت هذه اللقاءات مجموعة من البلديات. عن الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الشؤون المحلية والبيئة: www.collectiviteslocales.gov.tn.

من الرئيسين الحبيب بورقيبة وزين العابدين بن علي، لتركيزهما السلطة على مستوى العاصمة وتمهيشهم للتدبير الإداري اللامركزي.

ولتسهيل دور المتساكنين والمجتمع المدني في إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية ومتابعة تنفيذها وتقييمها، نص الفصل 30 من نفس القانون الأساسي على أن تتولى الجماعة المحلية بمسك سجل يتضمن لائحة لمكونات المجتمع المدني المعنية بالشأن المحلي بناء على طلبها، وسجلا آخر يتعلق بأراء وتساؤلات المتساكنين ومكونات المجتمع المدني والإجابات عنها⁴³، مع إمكانية اعتماده وفق منظومة الكترونية لتسهيل هذه العملية أثناء عرض ملخص الملاحظات ومآلاتها عند افتتاح كل جلسة لمجلس الجماعة المحلية المعني.

ثانيا- إمكانية استفتاء المتساكنين حول إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية

من أهم المستجدات التي جاءت بها التجربة التونسية بمقارنة مع التجارب العربية والمغربية، خاصة التجريبتين المغربية والجزائرية، أن وضعت إمكانية قانونية لمجلس الجماعة المحلية من خلال الفصل 30، بإجراء استفتاء المتساكنين حول إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية، حيث يمكن بناء على مبادرة من رئيس الجماعة المحلية أو من ثلث أعضاء المجلس، وبموافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس أن يتم إجراء هذا الاستفتاء، كما خول القانون الأساسي من جهة أخرى، إمكانية اقتراح تنظيم هذا استفتاء بمبادرة من عُشر 1/10 الناخبين المحليين بالجماعة المحلية، ولقبول هذه المبادرة الشعبية، يتطلب موافقة لاحقة لأغلبية ثلثي 2/3 أعضاء المجلس المحلي، وذلك في أجل لا يتجاوز الشهرين (2).

وعلى هذا الأساس، وفي حالة الموافقة على تنظيم الاستفتاء، تكون الجماعة المحلية المعنية ملزمة بتحمل نفقاته، وذلك بتوفير الاعتمادات قبل الشروع في تنظيمه وتحت إشراف الهيئة العليا المستقلة للانتخابات (الفصل 33)، كما أنه لتكون نتائج الاستفتاء ملزمة، يجب أن لا تقل نسبة المشاركة حسب نفس الفصل 33 عن ثلث 1/3 الناخبين المسجلين.

ولتسهيل أداء المتساكنين وفعاليات المجتمع المدني في تفعيل آليات الديمقراطية التشاركية للمساهمة الفاعلة في صناعة القرار المحلي، نص القانون الأساسي السالف الذكر على ضرورة اتخاذ مجالس الجماعات المحلية كل التدابير الضرورية والممكنة بما يسمح بتوفير المعلومات والمعطيات المتعلقة بالشأن المحلي وذلك بكل الوسائل الممكنة.

⁴³ - حيث صدر في هذا الإطار، أمر حكومي عدد 401 لسنة 2019 مؤرخ في 6 ماي 2019 يتعلق بضبط شروط وإجراءات أعمال آليات الديمقراطية التشاركية المنصوص عليها بالفصل 30 من مجلة الجماعات المحلية، بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد: 39، بتاريخ 14 ماي 2019، ص: 1517، ويضم هذا الأمر الحكومي 18 فصلا موزعة على ثلاثة أبواب، الأول معنون بـ"أحكام عامة" والباب الثاني معنون بـ"شروط وإجراءات مسك سجل آراء وتساؤلات المتساكنين ومكونات المجتمع المدني المسجلة والإجابات عنها"، في حين أن الباب الثالث والآخر جاء معنونا بـ"أحكام انتقالية وختامية".

ثالثا- إطلاع العموم على كل المعلومات لضمان شفافية التصرف والتسيير

لضمان شفافية التصرف والتسيير داخل الجماعات المحلية، نص الفصل 34 من القانون الأساسي على أن تتخذ هذه الجماعات كل الإجراءات والوسائل التي تسمح لعموم المواطنين والمواطنات وفعاليات المجتمع المدني بالاطلاع على المعلومات، خاصة تلك المتعلقة بمشاريع القرارات الترتيبية للجماعة المحلية، والتسيير المالي والتصرف في الأملاك والعقود المبرمة من طرف الجماعة المحلية، وكذا تلك المتعلقة بالأشغال والاستثمارات المزمع إنجازها من طرف الجماعة المحلية المعنية.

ولتحقيق ذلك، تلزم مقتضيات الفصل 34 الجماعات المحلية بأن تتعاون مع المعهد الوطني للإحصاء بتركيز قاعدة بيانات إحصائية محلية دقيقة مصنفة خاصة حسب الجنس والقطاع، ووضعها على ذمة السلط العمومية والباحثين والعموم، قصد استغلالها في رسم السياسات العامة ومخططات التنمية والبحوث المختلفة، وفي المقابل، يتولى المعهد الوطني للإحصاء بتوفير لفائدة الجماعات المحلية نماذج وأساليب ضبط الإحصائيات ويساعدها قدر الإمكان على مسكها.

كما تقوم الجماعات المحلية من جهة أخرى بموجب الفصل 36، بإدراج كل القرارات والإعلانات والبلاغات والآراء المنصوص عليها في القانون الأساسي، على البوابة الرسمية المخصصة للجماعات المحلية.

رابعا- تنظيم لقاءات علنية مع المتساكنين قبل اتخاذ بعض القرارات

أعطى القانون الأساسي المتعلق بالجماعات المحلية أولوية كبرى لإتاحة الفرصة للمتساكنين للمساهمة في اتخاذ بعض القرارات، وذلك أن نص الفصل 35 بإمكانية لجوء المجالس البلدية والجهوية لتنظيم لقاءات علنية مع المتساكنين، لتقديم إيضاحات من المجلس ومقترحات من المتساكنين خاصة قبل اتخاذ القرارات وبموافقة مسبقة لأغلبية أعضائها، في القضايا المرتبطة بمراجعة المعاليم المحلية، وإبرام عقود التعاون والشراكة، والمساهمة في إنشاء منشآت عمومية، وإبرام اتفاقيات تعاون مع السلط المركزية، وتكليف جماعة محلية أخرى بصلاحيات من متعلقات الجماعة أو قبول التعهد بصلاحيات تعود لجماعة محلية أخرى، والتصرف في الأملاك العمومية، والقرارات الترتيبية للمجالس المحلية، واتفاقيات الشراكة والتعاون الخارجي، وتمويل الجمعيات والتصرف في الهبات.

كما يمكن حسب الفصل 35 اللجوء إلى تنظيم هذه اللقاءات العلنية بطلب معلل لخمسة بالمائة 5% من المسجلين بالسجل الانتخابي للبلدية أو الجهة المعنية على الأقل، وفي حالة توفر هذا النصاب القانوني، تكون الجماعة المحلية ملزمة بتنظيم هذه الجلسة في أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما من تاريخ إيداع الطلب.

وفي إطار التزام الجماعات المحلية باتخاذ التدابير التي من شأنها إشراك المواطنين والمواطنات والمجتمع المدني في اتخاذ القرارات في مختلف مراحل إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية

ومتابعة تنفيذها وتقييمها، نص القانون الأساسي على مجموعة من البنيات الإدارية في شكل لجان قارة لدراسة المقترحات والآراء المقدمة من لدن المتساكنين والمجتمع المدني.

فعلى مستوى البلدي، نص القانون الأساسي عدد 29 من خلال الفصل 210، على أن يتولى المجلس البلدي إثر تنصيبه، إحداث عددا ملائما من اللجان القارة لا يقل عن أربعة (4) لجان لدراسة المسائل المعروضة على المجلس، والتي يجب أن تشمل وجوبا بعض المجالات التي من بينها الديمقراطية التشاركية والحوكمة المفتوحة⁴⁴.

كما أنه وفي إطار عمل اللجان القارة بالمجلس البلدي، تكون هذه الأخيرة بموجب الفصل 212، ملزمة باعتماد آليات الديمقراطية التشاركية، كما يمكن للجان أيضا أن تدعو للمشاركة في أعمالها أعوان الدولة أو المؤسسات أو المنشآت العمومية من ذوي الخبرة، ولها أن تدعو المتساكنين أو مكونات المجتمع المدني أو كل الأشخاص الذين يمكن أن يفيدوا برأيهم بحكم نشاطهم أو خبرتهم.

والملاحظ أيضا، أن هذا القانون الأساسي قد جعل من أدوار المتساكنين وفعاليات المجتمع المدني في إطار الديمقراطية التشاركية، تمتد إلى مجالات أكثر دقة وتفصيلا، حيث أن المجلس البلدي في إطار إعداد لبرنامج الاستثمار البلدي وبرنامج تجهيز البلدية (الفصل 238) وأمثلة التخطيط العمراني (الفصل 239)، ملزم باعتماد آليات الديمقراطية التشاركية التي سيحددها مشروع الأمر الحكومي الذي يضبط النظام النموذجي لآليات الديمقراطية التشاركية السالف الذكر.

أما على مستوى الجهة، فقد نص القانون الأساسي في الفصل 308 على إحداث هو الآخر لجنة قارة ضمن باقي اللجان الأخرى، تكون مكلفة بالديمقراطية التشاركية والحوكمة المفتوحة، والتي يفرض عليها القانون بموجب الفصل 310 اعتماد آليات الديمقراطية التشاركية، كما يمكن لهذه اللجان على غرار اللجان التابعة للمجلس البلدي، أن تقوم بالدعوة للمشاركة في أعمالها كل من أعوان الدولة أو المؤسسات أو المنشآت العمومية من ذوي الخبرة، وكذا المتساكنين أو مكونات المجتمع المدني أو كل الأشخاص الذين يمكن أن يفيدوا برأيهم بحكم نشاطهم أو خبرتهم.

⁴⁴ - فيخصوص المجالات الأخرى المنصوص عليها في الفصل 210، فيتعلق الأمر بكل من:

"...- الشؤون المالية والاقتصادية ومتابعة التصرف؛

- النظافة والصحة والبيئة؛

- شؤون المرأة والأسرة؛

- الأشغال والتهيئة العمرانية؛

- الشؤون الإدارية وإسداء الخدمات؛

- الفنون والثقافة والتربية والتعليم؛

- الطفولة والشباب والرياضة؛

- الشؤون الاجتماعية والشغل وفاقدي السند وحاملي الإعاقة؛

- المساواة وتكافؤ الفرص بين الجنسين؛

- الإعلام والتواصل والتقييم؛

- التعاون اللامركزي...".

هذا، وفي إطار قيام مجلس الجهة بممارسة اختصاصاته المحددة بموجب القانون الأساسي، نص الفصل 296 على أن تتولى هذه الجماعة المحلية في إطار وضع مخططات لدفع التنمية بالجهة، بإعمال آليات الديمقراطية التشاركية مع مراعاة مقتضيات التنمية المستدامة والاقتصاد الأخضر.

الفقرة الثالثة: آليات الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات الإقليمية في التجربة الجزائرية

على غرار التجربة الدستورية التونسية التي أقرت آليات دستورية وقانونية لإعمال الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي فقط، دون اعتمادها على المستوى المركزي كما هو الشأن بالنسبة للتجربة الدستورية والقانونية المغربية، جاء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 كأخر التجارب الدستورية المغربية المقارنة ما بعد مرحلة "الربيع العربي"، متضمنا لمقتضيات تحيل على الديمقراطية التشاركية في نطاق الجماعة المحلية دون الإشارة إلى آليات أخرى على المستوى المركزي⁴⁵.

وهكذا، نصت الفقرة الثالثة والأخيرة من الفصل 15 من الدستور الجزائري⁴⁶، على أن الدولة تشجع الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية⁴⁷، كما نص أيضا في الفصل 17، على أن المجلس المنتخب يمثل قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية⁴⁸.

والملاحظ أن الإطار القانوني المنظم للجماعات المحلية بالجزائر، جاء قبل إجراء التعديل الدستوري وذلك في إطار حزمة الإصلاحات السياسية والقانونية التي أعلن عنها الرئيس السابق عبد العزيز بوتفليقة في خطاب وجهه للأمة بتاريخ 15 أبريل 2011، ويتعلق الأمر بالقانون رقم 11.10 مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 الخاص بالبلدية⁴⁹، والمتضمن لبعض المقتضيات والأحكام التي تشير إلى إمكانية المجالس الشعبية في تشريك المواطنين والمواطنات والجمعيات في تدبير

45 - تجب الإشارة بخصوص التجربة الإدارية للامركزية الجزائرية أن مركزية الجماعات المحلية في الهندسة الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2016، لم يخصص لها باب أو محور خاص كما هو الشأن بالنسبة للتجربتين المغربية والجزائرية، حيث وردت هذه المقتضيات بشكل مقتضب في فصلين، وهو ما يفتح الباب لطرح فرضيات حول الأولويات والأهمية الاجتماعية والسياسية لهذه الوحدات الترابية مصدر التنمية والتطور المحلي.

46 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المعدل وفق آخر قانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 7 مارس 2016.

47 - نصت المادة 15 كما هي واردة في نص التعديل الدستوري على أنه: "تقوم التولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية".

المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية. تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية".

48 - في حين نصت المادة 17 على أنه: "يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية".

49 - قانون رقم 11.10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011م يتعلق بالبلدية، صادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد: 37، أول شعبان عام 1432، الموافق لـ 03 يوليو سنة 2011، ص: 4.

الشأن العام المحلي. إذ نصت المادة الأولى من هذا القانون، على أن البلدية هي بمثابة القاعدة الإقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، مما يجعلها تشكل إطارا لمشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية⁵⁰.

وعلى هذا الأساس، يمكن الوقوف حول هذه الآليات لممارسة الديمقراطية المحلية وذلك من خلال الإمكانيات التي نص عليها الباب الثالث من هذا القانون المتعلق بالبلدية، المعنون بـ "مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية"، والمتمثلة في الدور الاستشاري للمواطنات والمواطنين في مجالات التنمية المحلية (أولاً)، والحق في المبادرة المحلية في إطار تسيير الجوّاري (ثانياً)، وإمكانية الحضور لاجتماعات المجلس الشعبي البلدي (ثالثاً)، والحق في إعلام المواطن المحلي وتمكينه من المعلومة (رابعاً)، هذا بالإضافة إلى تمكين المواطنات والمواطنين والجمعيات القانونية من الحصول على بعض الوثائق الإدارية المتعلقة بتدبير الشأن العام المحلي (خامساً).

أولاً- الدور الاستشاري للمواطنات والمواطنين في مجالات التنمية المحلية

يتمثل الدور الاستشاري للمواطنات والمواطنين وكذا ممثلي الجمعيات المحلية المعتمدة قانوناً في إطار الديمقراطية التشاركية، وذلك من خلال طرح القضايا مباشرة عليهم أو من خلال الاستعانة بهم في إطار اشتغال المجلس الشعبي البلدي، فخصوص الدور الأول فتنظمه الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون رقم 11.10 المتعلق بالبلدية، والذي ينص على أن البلدية تعتبر الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجوّاري، ويتخذ المجلس الشعبي البلدي في هذا الصدد، كل التدابير لاستشارة المواطنين حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حسب الشروط المحددة في هذا القانون⁵¹.

كما يمكن في إطار الدور الاستشاري للمواطنات والمواطنين وكذا ممثلي الجمعيات المحلية في إطار الديمقراطية التشاركية، أن يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي، عندما تقتضي ضرورة الشؤون البلدية ذلك، أن يستعين بصفة استشارية، بكل شخصية محلية وكل خبير و/أو كل ممثل جمعية محلية معتمدة قانوناً، لتقديم أي مساهمة مفيدة لأشغال المجلس أو لجانه بحكم مؤهلاتهم أو طبيعة نشاطاتهم.

50 - نصت هذه المادة الأولى في صيغتها الأصلية على أن: "البلدية هي القاعدة الإقليمية للامركزية، ومكان لممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية".

51 - وتنص المادة 11 في مجملها على أنه: "تشكل البلدية الإطار المؤسساتي لممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي والتسيير الجوّاري".

يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حسب الشروط المحددة في هذا القانون. ويمكن في هذا المجال استعمال، على وجه الخصوص الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة. كما يمكن للمجلس الشعبي البلدي تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين".

ثانيا- المبادرة المحلية في إطار تسيير الجوّاري

حتى يتمكن المجلس الشعبي البلدي من اتخاذ كل التدابير لاستشارة المواطنين والمواطنين حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ومن تمة تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية، نصت المادة 12 على أن هذا المجلس في إطار التسيير الجوّاري يسهر على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم، على أن يتم فيما بعد إخضاع هذه الآلية إلى نص تنظيمي⁵².

ثالثا- الحضور لاجتماعات المجلس الشعبي البلدي

خولت المادة 26 من القانون المتعلق بالبلدية المواطنين والمواطنين وكذا المعنيين بالمداولات الحق في حضور مداولات وأعمال المجالس الشعبية البلدية، وذلك من خلال تكريس علنية الجلسات، وهو المقتضى القانوني الذي يسمح للمواطنين من متابعة كل مراحل الاجتماع من عرض الموضوع على أعضاء المجلس للنقاش والتحاوّر والانتهاؤ بإحالاته على التصويت⁵³.

غير أنه وبموجب نفس المادة، لا يمكن للمواطنين والمواطنين بمن فيهم المعنيين بموضوع المداولة الحضور للجلسات ومداولات المجلس الشعبي البلدي في الحالات التي يكون موضوعها تأديب المنتخبين، أو في الحالة التي يتم فيها دراسة المسائل المرتبطة بالحفاظ على النظام العام.

والملاحظ أنه على الرغم من أن حضور المواطنين والمواطنين إلى جلسات مداولات المجالس الشعبية لا ترافقه مشاركة في أشغال المجلس⁵⁴، إلا أن هناك من يعتبر أن هذا الحضور يشكل رقابة شعبية على أعمال وتصرفات المجلس، وذلك إما بحضور أنصار الأقلية داخل المجلس أو حضور المواطنين المعارضين للأغلبية المجلس، وهو ما من شأنه التأثير على عملية تسيير البلدية بهدف تحقيق الشفافية والحكمة المحلية⁵⁵.

52 - نصت هذه المادة كما هي واردة في القانون على أنه: "قصد تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجوّاري المذكور في المادة 11 أعلاه، يسهر المجلس الشعبي البلدي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم. يتم تنظيم هذا الإطار طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

53 - فريد دبوشة: "إشراك المواطن في صنع القرار على المستوى المحلي: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 55، العدد 2، بتاريخ يونيو 2019، ص: 67.

54 - وهو المقتضى الذي نظّمته أحكام المرسوم التنفيذي رقم 105.13 المؤرخ في 17 مارس 2013 يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد: 15، بتاريخ 17 مارس 2013، ص: 09.

55 - طحطاح علال وسعداوي صديق: "الأسس الدستورية للديمقراطية التشاركية في الجماعات القاعدية البلدية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد: 02 (عدد خاص)، سنة 2019، ص: 68-69.

هذا، وحتى يتمكن المواطنين والمواطنات من الحصول على المعلومات لتفعيل أدوارهم الدستورية والقانونية في إطار الديمقراطية التشاركية المحلية، فإن ذلك يتم إما عن طريق قيام المجالس الشعبية البلدية بنشر المعلومات بشكل استباقي وهو ما يطلق عليه بـ"الإفصاح الاستباقي"، أو بناء على طلب يتم تقديمه من المواطنين والمواطنات لهذه المجالس وهو ما يعرف بـ"الإفصاح التفاعلي"⁵⁶.

رابعا- إعلام المواطن المحلي وتمكينه من المعلومة

يمكن للمواطنات والمواطنين الوصول إلى المعلومة دون طلبها، وذلك من خلال ما نصت عليه المادة 11 من القانون المتعلق بالبلدية، حيث أن المجلس الشعبي البلدي ملزم باتخاذ كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم، كما أجاز للمجلس إمكانية استعمال كل الوسائط والوسائل الإعلامية المتاحة، ومن جهة أخرى، يمكن للمجلس الشعبي البلدي تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين.

كما يتيح هذا القانون أيضا من خلال المادة 30 الحق في النفاذ إلى المعلومة على المستوى المحلي دون طلبها، بأن ألزم المشرع الجزائري رئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت إشرافه، بأن يقوم بتعليق المداولات في الأماكن المخصصة للملصقات وإعلام الجمهور ونشرها بكل وسيلة إعلام أخرى خلال الثمانية (8) أيام الموالية لدخوله حيز التنفيذ طبقا لأحكام القانون المتعلق بالبلدية، باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام والحالات التأديبية.

خامسا- تمكين المواطنات والمواطنين والجمعيات القانونية من الحصول على الوثائق

أما الأسلوب الثاني الذي يُمكنُ المواطنات والمواطنين من الوصول إلى المعلومة، فيتمثل في الإمكانية التي تسمح بها المادة 14 من هذا القانون لكل شخص الاطلاع في الحين على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي وكذا القرارات البلدية، كما أعطت الحق لكل شخص ذي مصلحة الحصول على نسخة كاملة منها أو جزئية على نفقته، وذلك وفقا للإجراءات والشروط التي نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 190.16 والذي يحدد كيفية الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي وقرارات البلدية⁵⁷.

تبعا للمقتضيات القانونية والدستورية المقارنة في التجارب المدروسة، يمكن القول أنه على الرغم من أن دستورانية "الربيع العربي" جاءت في فلسفتها تركز للأدوار الدستورية للمواطنات والمواطنين وكذا فعاليات المجتمع المدني في إطار الديمقراطية التشاركية، بأن أقرت

⁵⁶ - بوراي دلييلة: "عن مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد: 1، سنة 2018، ص: 622.

⁵⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 190.16 مؤرخ في 25 رمضان عام 1437 الموافق لـ30 يونيو سنة 2016، يحدد كيفية الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي وقرارات البلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد: 41، بتاريخ 12 يوليو 2016، ص: 08.

مجالات ومساحات دستورية واسعة ومهمة للمشاركة الفعالة في تدبير الشأن العمومي محليا كما هو الشأن بالنسبة للتجارب الثلاث، أو حتى على المستوى المركزي في الحالة المغربية، وذلك عبر إقرارها لحقوق جديدة تمكن المواطنين والمواطنات من التقدم بملتمسات في مجال التشريع أو التقدم بالعرائض للسلطات العمومية، إلا أن النصوص القانونية التي جاءت لتنظم وتحدد الكيفيات لممارسة هذه الحقوق الدستورية، قد قلصت منها بأن وضعت شروطا تبدو مقيدة لها وأحيانا معيقة للمبادرة في طرحها، ومن ثمة تحقيق الأهداف والفلسفة التي جاءت بها الدستورية المغربية في سياقات الاحتجاج العمومي وفورة الطلب الاجتماعي.

المحور الثاني: معيقات الديمقراطية التشاركية بين النص الدستوري والإطار القانوني

على الرغم من أن الدستورية المغربية الجديدة ما بعد زمن "الربيع العربي" جاءت بفلسفة وأفكار تتعلق بالديمقراطية التشاركية والتي تم تضمينها صلب أحكام ومقتضيات الهندسة الدستورية الجديدة، إلا أن ذلك لم يشكل تعبيراً عن التكامل بين ما تنبئه آليات الديمقراطية التشاركية وفلسفة الديمقراطية التمثيلية، وهو ما انعكس على المنظومة القانونية المؤطرة والمنظمة للفعل التشاركي، حيث تظهر الديمقراطية التشاركية في النصوص القانونية المتعلقة بها، مطوقة وأحيانا تضع قيودات أمام المعنيين بممارستها، وهو الأمر الذي يثير سؤال التالي هل حققت الديمقراطية التمثيلية أهدافها ومقوماتها أولا بما يسمح بتطبيق الديمقراطية التشاركية؟

إن البيئة الطبيعية لممارسة الديمقراطية التشاركية تجد نواتها الأصلية والصلبة داخل الديمقراطية التمثيلية، مما يجعل من الأسلوبين يتكاملان بما يسمح بتحقيق المصلحة العامة سواء في إطار التدبير المركزي أو المحلي، وهكذا، نجد أن المسار الذي قطعته الديمقراطية التمثيلية المغربية منذ الاستقلال، لم تصل إلى مستوى النضج الكاف لإفراز نخب مستقلة وذات برامج حزبية تنافسية، حيث غالبا ما كان يطعن في نتائج الانتخابات بشكل مبكر قبل الإعلان عنها، كما أن مركزة صناعات القرار السياسي ضمن حدود ضيقة في يد أقلية يستشكل من جهة أخرى، الجدوى من الانتخابات التي عرفها التاريخ السياسي لهذه التجارب.

إن الانتقال إلى مرحلة التدبير التساهمي أو بشكل أدق إلى مرحلة الديمقراطية التشاركية، يعني إيجاد حلول لإشكالية التدبير الديمقراطي القائم على أسلوب التمثيل، وبالتالي القفز على الأزمة الكلية للديمقراطية التمثيلية لمرحلة التدبير عبر الديمقراطية التشاركية، هو في حد ذاته تأزيم للأسلوبين، ومن ثمة تفويت الفرصة للتعايش والتجريب الطبيعي لكل أسلوب على حدة.

لقد أبانت الديمقراطية التشاركية في الدستورية المغربية من خلال النصوص القانونية بالإضافة إلى عوامل أخرى، عن وجود معيقات أمام المواطنين والمواطنات وفعاليات المجتمع المدني لممارسة الحقوق التي تدخل في خانة التدبير التشاركي كما نصت عليها الدساتير المغربية الجديدة، وأحيانا أخرى، وعلى الرغم من هذه المعوقات القانونية، يجد المجتمع المدني وكذا المواطنين والمواطنات أنفسهم أمام حقوق أكبر من تطورهم الفكري والحقوقى لإنجاح الورش الدستوري والقانوني لهذه الديمقراطية التشاركية.

الفقرة الأولى: الإكراهات القانونية لتفعيل الآليات الدستورية للديمقراطية التشاركية في التجربة المغربية

على الرغم من أن التجربة المغربية تبقى متقدمة بمقارنة مع تجارب تونس والجزائر، إلا أنه يمكن تسجيل مجموعة من الملاحظات التي تثيرها آليات الديمقراطية التشاركية التي نصت عليها القوانين التنظيمية والتي جاءت لتحديد كفاءات وشروط ممارستها، إذ يمكن التفصيل فيها كما يلي:

أولاً- بخصوص آليات العرائض على المستويين المركزي والترابي

فعلى المستوى المركزي، أقر الدستور المغربي حقاً يتيح للمواطنين والمواطنات إمكانية تقديم العرائض لدى السلطات العمومية بموجب الفصل 15، وذلك اعترافاً بالأدوار التي بات يحتلها المواطنون في مسلسل تدبير الشأن العام المركزي، ولتحديد كفاءات تقديم هذه العرائض لدى رئيس الحكومة أو أحد رئيسي مجلسي البرلمان (رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين)، جاء القانون التنظيمي رقم 44.14 ليوضح هذه الكفاءات والشروط لممارسة هذا الحق الدستوري⁵⁸، بيد أن هذا النص القانوني يثير مجموعة من الملاحظات التي تعتبر تعجيزية لإيصال المطالب والمقترحات والتوصيات لهذه الجهات المعنية، والتي يمكن الوقوف عليها من خلال:

- **التسجيل المسبق باللوائح الانتخابية العامة:** اشترطت المادة الثانية (2) في بندها الثالث من القانون التنظيمي رقم 44.14 بتحديد شروط وكفاءات ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية على أن يكون أصحاب العريضة⁵⁹ وكذا لائحة دعم العريضة⁶⁰ بالإضافة إلى تمتعهم بحقوقهم المدنية والسياسية، مقيدتين في اللوائح الانتخابية، وهو الشرط الذي اعتبره المجلس الدستوري في قراره رقم 1010/16 م. د واجبا وطنياً⁶¹، مما سيفوت

58 - قانون تنظيمي رقم 44.14 بتحديد شروط وكفاءات ممارسة الحق في تقديم العرائض إلى السلطات العمومية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.107 صادر في 23 من شوال 1437 (28 يوليو 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6492 بتاريخ 18 غشت 2016، ص: 6074.

59 - ويقصد بهم حسب مدلول المادة الثانية أعلاه "المواطنات والمواطنون المقيمون بالمغرب أو خارجه الذين اتخذوا المبادرة لإعداد العريضة ووقعوا عليها..."

60 - ويقصد بهم حسب مدلول المادة الثانية السالفة الذكر "المواطنات والمواطنون الذين يعبرون عن دعمهم للعريضة بواسطة توقيعاتهم المضمنة في لائحة دعم العريضة..."

61 - حيث جاء في قرار المجلس الدستوري رقم 1010/16 م. د، في ملف عدد: 1479/16، ما يلي:

"... في شأن المادة الثانية (البندين الثالث والرابع): حيث إن هذه المادة، في بنديها الثالث والرابع، تشترط أن يكون أصحاب العريضة ومدعموها مقيدتين في اللوائح الانتخابية العامة؛

وحيث إن السلطات العمومية التي توجه إليها العرائض منبثقة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن الانتخابات؛ وحيث إن ممارسة الديمقراطية المواطنة والتشاركية التي هي من مقومات النظام الدستوري للمملكة يجب أن تتم في نطاق ما كرسه الدستور في تصديره وفي فصله 37 من تلامز ممارسة الحقوق بأداء الواجبات، باعتبار أن التسجيل في اللوائح الانتخابية شرط لممارسة حق التصويت الذي هو أيضاً واجب وطني، طبقاً لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 30 من الدستور؛

على المواطنين غير المقيدین باللوائح الانتخابية ممارسة هذا الحق، في حين أن ممارسة الديمقراطية التشاركية كفعل مدني هو في نهاية الأمر لتحقيق المصلحة العامة للمواطنين والمواطنين، وليس التحكم في القناعات السياسية بضرورة أو عدم التسجيل في اللوائح الانتخابية، ومن ثمة معاقبتهم واستثنائهم من ممارسة حقهم الدستوري في ممارسة المواطنة دون التأثير في مسارات الديمقراطية التمثيلية.

- **استثناء المجتمع المدني من الحق في التقدم بالعرائض:** نص الفصل 15 من الدستور على أن للمواطنين والمواطنات الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية، دون الإشارة إلى تحويل هذا الحق لجمعيات المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية، وذلك على الرغم من الأدوار الدستورية الكبرى التي بات يعترف لها بها، لاسيما وأن حداثة هذه التجربة الدستورية ستجعل المواطنات والمواطنين أمام تحدي أكبر للتنظيم والتنسيق، ومن ثمة جمع التوقيعات من طرف داعمي العريضة؛

- **السلطات العمومية:** اعتبر القانون التنظيمي رقم 44.14 المشار إليه أعلاه في مادته الثانية (2)، أن المقصود في مدلول السلطات العمومية كل من رئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، وهي الجهات التي حصرها هذا القانون التنظيمي وحدها باعتبارها الجهات المستقبلية للعرائض، في حين تم استثناء سلطات ومؤسسات وهيئات أخرى غير خاضعة للسلطة التنفيذية لرئيس الحكومة أو لمجلسي البرلمان، وهي السلط التي لها علاقة مباشرة بمصالح المواطنات والمواطنين، في حين أن التجربة الفرنسية والأقرب إلى التجربة المغربية، تسمح للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي باستقبال العرائض والبت في مضمونها، إذ يحق للمواطنات والمواطنين الفرنسيين أن يتقدموا إلى المجلس في كل قضية تحمل طابعا اقتصاديا أو اجتماعيا أو بيئيا⁶²؛

- **النصاب القانوني لتقديم العريضة:** اشترط القانون التنظيمي رقم 44.14 في المادة 6 في فقرتها الثانية لقبول العريضة أن تكون لائحة دعم العريضة موقعة على الأقل من قبل 5000 من مدعي العريضة، وأن تكون مرفقة بنسخ من بطائقهم الوطنية للتعريف، حيث يعتبر هذا النصاب القانوني مبالغا فيه ويعيق "أصحاب العريضة" في تدبير جمع كل هذه التوقيعات، باعتبار أن "أصحاب العريضة" فقط هم مواطنات ومواطنون وليسوا تنظيما جمعويا له من الامكانيات والآليات والخبرة في تنسيق هذه العملية، وقد أبانت التجربة

وحيث إن الشرط المذكور من شأنه تحفيز المواطنات والمواطنين على الانخراط في الحياة الوطنية من خلال المشاركة في الانتخابات، إعمالا لما ينص عليه الدستور في فصله 11 من أن على السلطات العمومية أن تتخذ الوسائل الكفيلة بالنهوض بمشاركة المواطنات والمواطنين في الانتخابات؛ وحيث إنه، تأسيسا على ما سبق، يكون ما اشترطته المادة الثانية من هذا القانون التنظيمي في بنديها الثالث والرابع مطابقا للدستور؛ "...".

⁶² - بويركل ياسين: "معيقات الديمقراطية التشاركية بالمغرب على ضوء دستور 2011 والقوانين التنظيمية"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي-ألمانيا، المجلد: 3، العدد: 16، يوليو 2019، ص: 134.

والممارسة أن أغلب العرائض الموجهة إلى رئيس الحكومة يتم إحالتها إليه غير مستوفية لشروط التوقيعات ولا تصل في أغلبها إلى حدود 30% من نسبة التوقيعات المطلوبة⁶³، وهي التوقيعات والوثائق التي يجب أن يتم تجميعها ورقيا، مما يشكل صعوبة أمام "أصحاب العريضة"، في حين كان من الممكن تبسيط هذه المساطر باعتماد أسلوب آخر إلى جانب الأسلوب الورقي باعتماد موقع رسمي إلكتروني لجمع التوقيعات كما تفعل بعض التجارب المقارنة التي هدفها التوصل بمطالب وقضايا المجتمع للتفاعل معها بكل سلاسة وسهولة.

أما بخصوص ممارسة حق التقدم بالعرائض على المستوى الترابي سواء للجهات أو العمالات والأقاليم أو الجماعات، تفصيلا للفصل 139 من الدستور لاسيما في فقرته الثانية، فتنثير هي الأخرى ملاحظات قد تعيق وتحد من ممارسة هذا الحق الدستوري، فبالإضافة إلى شرط التسجيل في اللوائح الانتخابية العامة التي يشترطها القانونين التنظيميين للعمالات والأقاليم وكذا للجماعات - باستثناء القانون التنظيم للجهات -، هذا بالإضافة إلى عدد موقعي العريضة، هي نفسها الملاحظات التي تم تسجيلها بخصوص العرائض الموجهة للسلطات العمومية، في حين أن هناك ملاحظات أخرى تتعلق على التوالي بـ:

- **الانتماء للدائرة الترابية للمجلس أو ممارسة نشاط اقتصادي أو مهني أو تجاري:** فإذا كان شرط الانتماء للدائرة الترابية للمجلس مقبولا لاستيفاء شروط تقديم العريضة، إلا أن

⁶³ - فمن مجموع خمسة عرائض موجهة لرئيس الحكومة، واحدة فقط مستوفية للنصاب القانوني، في حين الباقي لم يتجاوز عتبة 2000 توقيع، ويتعلق الأمر بـ:

- عريضة من أجل إقامة منشأة مائية على واد "شق الأرض" بدائرة أوطاط الحاج، إقليم بولمان، موجهة لرئيس الحكومة، تحت عدد: 263298، بتاريخ: 2019/11/06، **عدد التوقيعات: 1628**، الوضعية: **مرفوضة**.

- عريضة من أجل مراجعة كيفية تنزيل مشروع تهيئة ضفتي واد مرتيل بولاية جهة طنجة تطوان، موجهة لرئيس الحكومة، تحت عدد: 924611، بتاريخ: 2019/11/06، **عدد التوقيعات: 5129**، الوضعية: **مرفوضة**.

- عريضة متعلقة بتفعيل الطابع الرسمي والسيادي للغة العربية، موجهة لرئيس الحكومة، تحت عدد: 355560، بتاريخ: 2019/11/06، **عدد التوقيعات: توقيع 1**، الوضعية: **مرفوضة**.

- عريضة متعلقة بطلب تكييف الساعة الإضافية GMT+1 في قطاع التعليم وفي جميع الإدارات والمصالح العمومية، موجهة لرئيس الحكومة، تحت عدد: 662482، بتاريخ: 2019/11/06، **عدد التوقيعات: 1323**، الوضعية: **مرفوضة**.

- عريضة ساكنة مدينة طرفاية متعلقة بطلب إلزام شركة أرامس بإزالة السفينة (الخردة) التي جنحت بسواحل طرفاية منذ 30 أبريل 2008، موجهة لرئيس الحكومة، تحت عدد: 358151، بتاريخ: 2019/11/06، **عدد التوقيعات: 301**، الوضعية: **مرفوضة**.

الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالعلاقة مع البرلمان والمجتمع المدني: "حصول أنشطة الوزارة المنتدبة لدى رئيس الحكومة المكلفة بالعلاقة مع البرلمان والمجتمع المدني لنصف الولاية التشريعية العاشرة 2016-2021"، ص: 44-45.

شرط ممارسة لنشاط اقتصادي أو مهني أو تجاري يطرح سؤال حول طبيعة المعايير التي فرضها المشرع لتمييز هذه الأنشطة الواجب القيام بها لممارسة هذا الحق الدستوري⁶⁴؛

- **موضوع العريضة مرتبطة بنشاط الجمعية:** على الرغم من الأدوار الدستورية الجديدة والكبرى التي باتت مخولة لجمعيات المجتمع المدني، فإن أهم ملاحظة يمكن تسجيلها بخصوص شرط تفعيل حقها الدستوري في التقدم بالعرائض لدى المجالس الترابية، وذلك بأن يكون نشاطها مرتبط بموضوع العريضة، هو شرط فيه نوع من الغموض وقد يجعل المبادرات التي تتقدم بها هذه الجمعيات مرفوضة، كون أن أغلب الجمعيات لا تشتغل وفق أهداف واضحة ومتخصصة، كالجمعيات التي تشتغل في مواضيع اجتماعية غير محددة أو في مجالات التنمية بشموليتها، وهي أغلب المواضيع السائدة عند أغلب الجمعيات المدنية بالمغرب؛

- **طلب إدراج نقطة ضمن جدول الأعمال:** نص الفصل 139 من الدستور لاسيما في فقرته الثانية على أنه "يمكن للمواطنين والمواطنات والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله"، وهو نفس المقتضى الذي كرسته القوانين التنظيمية للجماعات الترابية، والذي لا يسمح باقتراح قرارات ومن تمة عرضها للتصويت، أو امكانية حضور أصحاب العريضة للدورة قصد مناقشتها ضمن جدول أعمال المجلس الترابي المعني، مما يجعل من مبادرة تقديم العريضة بمثابة طلب شكلي غير مؤثر في صناعة القرار المحلي، وهو ما يفسر عدم إقبال المواطنين والمواطنات وكذا الجمعيات على تفعيل هذا الحق الدستوري للمعرفة المسبقة بمآلاته وحجم تأثيره على المجالس المنتخبة.

ثانيا- بخصوص الملتمسات في المجال التشريعي

نص الفصل 14 من الدستور المغربي لسنة 2011، على أن للمواطنين والمواطنات، الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع، دون تحويل هذا الحق لفعاليات المجتمع المدني لما تلعبه من أدوار اجتماعية كبرى لمعالجة مشاكلهم ومن تمة تلبية حاجياتهم، كما أن الحديث عن المبادرة الجماعية في تقديم الملتمس تعد نوعا من الحرمان بعدم إعطاء هذا الحق بشكل فردي للمواطن أو المواطنة دون التقيد بضرورة وجود جماعة من المواطنين، وذلك على غرار التجارب الدستورية التي طورت من نسق الآليات الديمقراطية التشاركية، على سبيل المثال التجريبتين الألمانية والبرتغالية⁶⁵.

⁶⁴ - عبد الغني مريدة: "الآليات التشاركية والعرائض أمام الجماعات الترابية في المغرب"، المجلة المغربية للسياسات العمومية- الرباط، العدد: 16، صيف 2015، ص: 146-147.

⁶⁵ - إذ تنص المادة 17 من الدستور الألماني لسنة 1949 والمعدل إلى غاية 2012، والمعنونة بـ"حق الملتمس"، على أنه: كل فرد سواء كان بمفرده أو بالاشتراك مع مجموعة من الأفراد، له الحق بأن يلتمس رجاء بمطلب ما، أو أن يتقدم بشكوى خطية لدى الجهات ذات الصلاحية ولدى الهيئات الممثلة للشعب".

ولتفعيل أحكام الدستور فيما يتعلق بآلية الملتمس في مجال التشريع، جاء القانون رقم 64.14 ليحدد الشروط والكيفيات التي من شأنها تفعيل هذا الحق الدستوري، وهي الشروط التي من بينها ما يشكل عائقاً أمام أصحاب الملتمس ومدعبيه، والتي يمكن الوقوف عليها من خلال:

- **النصاب القانوني لقبول الملتمس:** اشترطت المادة 7 من القانون التنظيمي السالف الذكر، أن تكون لائحة دعم الملتمس موقعة على الأقل من قبل 25000 من مدعي الملتمس، وأن تكون مرفقة بنسخ من بطاقتهم الوطنية للتعريف، وأن تكون لجنة تقديم الملتمس مكونة على الأقل حسب المادة الثانية من تسعة (9) أعضاء، شرط انتساب بعضهم على الأقل إلى ثلث 1/3 عدد جهات المملكة على الأقل، وهي الشروط التي تبدو تعجيزية ويصعب استيفاءها أمام حرمان فعاليات المجتمع المدني والتي تبقى الأقرب للتنسيق والتدبير لمثل هذه الأنشطة التي تتطلب موارد بشرية ومالية مهمة، وما يؤكد ذلك، وهو غياب أي مبادرة اجتماعية للمواطنين والمواطنين لتفعيل الحق في تقديم ملتمس في مجال التشريع بعد مرور أكثر من أربع (4) سنوات من صدور القانون التنظيمي رقم 64.14 بتحديد شروط وكيفيات ممارسة الحق في تقديم الملتمسات في مجال التشريع⁶⁶؛

- **قرارات رفض الملتمس غير قابلة للطعن:** أعطت المادة 10 من القانون التنظيمي المتعلق بالملتمسات في مجال التشريع مكتب المجلس المعني (مكتب مجلس النواب أو مكتب مجلس المستشارين) المودع إليه الملتمس صلاحيات واسعة في قبول أو رفضه، مع عدم تمكن أصحابه من حق المبادرة في الطعن في قراره إذا ما كان بالرفض، وهو المقتضى الذي من شأنه أن يجعل أحد مكثبي مجلسي البرلمان خارج أي رقابة في حالة التعسف في رفض الملتمسات؛

- **ملتمس في مجال التشريع أم ملتمس تشريعي؟:** إذا كان الدستور قد أقر حق المواطنين والمواطنين للتقدم بملتمسات في مجال التشريع، فإن القانون التنظيمي المنظم لهذا الحق، قد حصر تقديم الملتمسات فقط ضمن المجالات التي يختص فيها القانون بالتشريع (المادة 3)، دون أن يشمل المجال التنظيمي للحكومة، ما دام أن الأمر يتعلق فقط باقتراحات وتوصيات وليس المبادرة التشريعية بمعناها الدستوري.

أما في التجربة البرتغالية فنجد المادة 52 من الدستور الصادر عام 1976 والمعدل إلى غاية 2005، المعنونة بـ"الحق في الالتماس والحق في المبادرة الشعبية"، والتي تنص في بندها الأول على أنه: "1. لكل مواطن الحق، بمفرده أو مع آخرين، في تقديم التماسات أو احتجاجات أو مطالبات أو شكاوى، للدفاع عن حقوقه، أو عن الدستور، أو القوانين، أو الصالح العام للهيئات التي تمارس سلطة سيادية، أو مؤسسات الإدارة الذاتية والسلطات الأخرى بمنطقتي الحكم الذاتي، وكذلك الحق في أن يُخطر بنتائج النظر فيما تقدّم به في خلال فترة معقولة من الوقت...".

تم الاطلاع على الدستورين باللغة العربية من الموقع الإلكتروني: www.constituteproject.org، تاريخ زيارة الموقع: 1 دجنبر 2019، على الساعة: 18:03 بإضافة ساعة على توقيت جرينيتش.

⁶⁶ - والذي صدر بالجريدة الرسمية بتاريخ 23 من شوال 1437 الموافق لـ 28 يوليو 2016، عدد 6492، بتاريخ 18 غشت 2016، ص: 6077.

ملاحظة أخرى بخصوص هذا السؤال، يتعلق بمآل الملتمس، حيث أن قبول الملتمس في آخر المطاف من لدن المجلس المعني، لا يعتبر مؤثراً ما دام أنه -الملتمس- يبقى خاضعاً لإرادة العضو أو أكثر من أعضاء اللجان البرلمانية المختصة لتبنيه واعتماده كأساس لتقديمه في صيغة مقترح قانون (المادة 12)، مع العلم أنه وأمام العقلنة البرلمانية في المجال التشريعي وضعف المنتوج التشريعي في صيغة مقترحات قوانين، سيجعل من هذا الحق الدستوري دون أي جدوى.

ثالثاً- بخصوص الآليات التشاركية للحوار والتشاور العمومي وهيئاته

تطبيقاً للفصل 139 من الدستور والذي ينص على أن "تضع مجالس الجهات، والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها"، وتطبيقاً لهذا المقتضى، جاءت أحكام القانونين التنظيميين رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم في مادته 67¹¹¹، ورقم 113.14 المتعلق بالجماعات في مادته 68¹²⁰، تنصان فقط على إحداث هيئة تسمى "هيئة المساواة وتكافؤ الفرص ومقاربة النوع"، وهو المقتضى الذي وضعه المشرع من شأنه تقييد المجالس المنتخبة في إحداث هيئات أخرى غير هذه الهيئة لتيسير مساهمة المواطنين والمواطنات والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتتبعها، لاسيما وأن القانون التنظيمي للعمالات والأقاليم ينيط بها مهام النهوض بالتنمية الاجتماعية.

وهكذا، فعلى الرغم من الملاحظات المسجلة، والتي يمكن أن تشكل عائقاً قانونياً أمام المواطنين والمواطنات وجمعيات المجتمع المدني لممارسة الحقوق الدستورية في إطار الديمقراطية التشاركية، إلى أنها مقارنة مع التجريبتين التونسية والجزائرية، تبقى التجربة المغربية رائدة في المجال القانوني والدستوري، وهو ما سيسمح مستقبلاً وفي إطار التدرج وتراكم الثقافة القانونية والدستورية لمواكبة هذا الإطار القانوني مع المتطلبات الاجتماعية.

الفقرة الثانية: آليات الديمقراطية التشاركية في التجربة التونسية بين التنقيص والتقييد

بخصوص المعوقات التي يمكن أن تضعها المنظومة القانونية والتي من شأنها أن تحد من ممارسة الديمقراطية التشاركية في التجربة التونسية، فإنه من المبكر الحديث عن هذه المعوقات في ظل عدم اكتمال المنظومة القانونية المؤطرة لأدوار المتساكنين وفعاليات المجتمع المدني، لاسيما وأن مشروع الأمر الحكومي المتعلق بالنظام النموذجي لآليات الديمقراطية التشاركية، والذي يعتبر الأساس لتفعيل الديمقراطية التشاركية عبر وضعه لآليات نموذجية لتقريب المواطنين والمواطنات من مجالسهم المنتخبة على المستوى المحلي، لم يصدر بعد بالرائد

67 - بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.84 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6625.

68 - بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.85 صادر في 20 من رمضان 1436 (7 يوليو 2015)، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6380، بتاريخ 23 يوليو 2015، ص: 6660.

الرسمي للجمهورية التونسية⁶⁹، حيث يخضع هذا المشروع كما سلف الذكر لمقاربة تشاركية بين مجموع الفاعلين المعنيين به لتقريب الرؤى والمقترحات في شأن مضمونه.

فمن خلال المقترضيات الدستورية وكذا القانون الأساسي المتعلق بالجماعات المحلية والأوامر الترتيبية الصادرة في شأنه، يمكن الوقوف حول بعض الإكراهات والمعيقات القانونية التي قد تعيق أو تحد من أدوار المتساكنين وكذا فعاليات المجتمع المدني من أعمال المقترضيات الدستورية المتعلقة بالديمقراطية التشاركية.

حيث يمكن القول في هذا الصدد، أن المشرع التأسيسي لم يوسع من مجالات وآليات الديمقراطية التشاركية لتشمل المستوى المركزي للسلطات العمومية، وذلك على غرار التجربة المغربية التي كرس دستورها حق المواطنين والمواطنين في التقدم بالعرائض للسلطات العمومية وكذا الملتمسات في مجال التشريع لدى مكتبتي مجلسي البرلمان، حيث اكتفت التجربة الدستورية التونسية فقط باستحضار البعد الترابي على مستوى الجماعات المحلية في تفعيل آليات الديمقراطية التشاركية لفائدة المتساكنين والمجتمع المدني.

فعلى الرغم من التقدم الذي حققه الإطار القانوني والمتمثل في القانون الأساسي عدد 29 لتفعيل مقترضيات الفصل 139 من الدستور التونسي لسنة 2014⁷⁰، وهو التقدم الذي يمكن اعتباره قفزة نوعية في مسار التنظيم الإداري المحلي والترابي عموماً، مقارنة مع تجارب التدبير المحلي الأخرى في عهد الرئيسين السابقين، إلا أنه يمكن تسجيل بعض الملاحظات بخصوص المقترضيات الواردة في هذا القانون الأساسي، لاسيما في الفصول الواردة في القسم الخامس المعنون بـ "في الديمقراطية التشاركية والحوكمة المفتوحة":

أولاً. في إمكانية إجراء الاستفتاء حول إعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية

تعتبر هذه الآلية المخولة لكل من رئيس الجماعة المحلية أو أعضاء مجلسها أو من طرف المتساكنين لإعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية، آلية جد مهمة في تفعيل الديمقراطية التشاركية، لاسيما وأن نطاقها يعتبر محلياً، على العكس من الاستفتاءات التي يكون طابعها وطنياً، إلا أن تفعيل هذه الآلية وإن كان لا يثير إشكالية من حيث المبادرة، إلا أنها رهينة بالموافقة اللاحقة لأغلبية ثلثي 2/3 أعضاء المجلس المحلي (الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 31)، هذا وحتى وإن تم الموافقة على إجراء هذا الاستفتاء، فإنه يبقى خاضعاً لمجموعة من المتطلبات والتقييدات، والتي على رأسها:

69- تجدر الإشارة، أنه كان من الممكن اللجوء إلى هذا المشروع من خلال اعتماد قراءة أولية في مضمونه، لكن تبين أنه ليس هناك مشروع واحد ورسمي معتمد من طرف الجهة التي قامت بإعداده، حيث تم التوصل بسبعة (7) نسخ من المشروع تختلف كل واحدة عن الأخرى، كما أنها نسخ كلها غير رسمية متوفرة على روابط الكترونية متعددة على الأنترنت.

70- قانون أساسي عدد 29 لسنة 2018 مؤرخ في 9 ماي 2018 يتعلّق بمجلة الجماعات المحلية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد: 039، تاريخ الرائد : 15/05/2018، ص: 1710.

- لا يمكن إجراء أكثر من استفتاء واحد خلال المدّة النيابية البلدية أو الجهوية (الفقرة الثالثة من الفصل 31)؛
- لا يمكن إجراء استفتاء خلال السنة الأولى التي تلي انتخاب المجلس المحلي وخلال السنة الأخيرة من المدّة النيابية البلدية أو الجهوية (الفقرة الخامسة من الفصل 31).
- إجراء استفتاء رهين بتوفر الاعتمادات المالية قبل الشروع في تنظيمه (الفقرة الأولى من الفصل 33)؛
- لتكون نتائج الاستفتاء ملزمة يجب أن لا تقل نسبة المشاركة عن ثلث 1/3 الناخبين المسجلين (الفقرة الثانية من الفصل 33)؛

الملاحظة الأخرى بخصوص هذه الآلية، هي الصلاحية التي يتيحها القانون الأساسي المتعلق بالجماعات المحلية للوالي بموجب الفصل 32، بإمكانية اعتراضه على تنظيم الاستفتاء أمام المحكمة الإدارية الابتدائية خلال أجل لا يتجاوز شهرا من تاريخ إعلامه، وهو ما يجعل من السلطة التقديرية للوالي في حفظ النظام العام، عائقا أمام ممارسة المتساكنين لهذا الحق القانوني في ممارسة الديمقراطية التشاركية لإعداد برامج التنمية والتهيئة الترابية.

ثانيا. في أعمال آليات الديمقراطية التشاركية داخل اللجان القارة بالجهة

من بين الملاحظات التي تثيرها هذه اللجان القارة، هو أنها ملزمة باعتماد، آليات الديمقراطية التشاركية مع إمكانية دعوة المتساكنين أو مكونات المجتمع المدني للمشاركة في أشغالها (الفقرة الثالثة من الفصل 310)، في المقابل، فبموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 310 من القانون الأساسي المشار إليه أعلاه، فإنه يجردها من السلطة التقريرية، وبالتالي لا يمكنها ممارسة أي صلاحية من صلاحيات المجلس الجهوي ولو بتفويض منه، في حين يقتصر دورها بموجب الفقرة الثانية فقط في إعداد التقارير حول المواضيع التي تتعهد بها أو التي يعهد بها إليها من قبل المجلس الجهوي أو رئيس الجهة (الفقرة الثانية من الفصل 310)، وهو يجعل من آراء ومواقف وملاحظات المتساكنين أو المدعويين لأشغالها غير ملزمة ومؤثرة على هذا المستوى داخل اللجان.

ثالثا. في غياب آليات للديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعة المحلية للإقليم

يمارس مجلس الإقليم مجموعة من الاختصاصات التي تجعله يتداول في كل المسائل ذات الصبغة الإقليمية والمتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية والقيام بكل ما من شأنه الدفع بالتكامل بين الجهات المكونة له والاندماج التنموي والتضامن بين المتساكنين والمناطق، كما أنه يضع أمثلة التهيئة الترابية المستدامة للإقليم بالتشاور والتعاون مع البلديات والجهات وبالتنسيق مع السلطات المركزية، ويقترح مشاريع تنموية ذات بعد إقليمي، خاصة منها المتعلقة بشبكات النقل

والاتصال والتزود بالماء والكهرباء والتطهير وعرضها على السّلط المركزية والسّلط المحلية للتمويل وإقرار الإنجاز.

كما أن هذا المجلس المحلي يتولى بموجب الفصل 358 من القانون الأساسي وضع السياسات التنموية الإقليمية وإعداد ما تقتضيه من تصوّرات ومخططات ومشاريع ذات بعد إقليمي بالتنسيق مع الجماعات المحلية والإدارات اللامركزية المعنية وعرض تصوّر تمويلها على السّلط المركزية والسّلط المحلية والسهر على متابعة إنجازها، كما يقوم بإعداد تصوّرات للرفع من المردودية الاقتصادية وجاذبية الإقليم للاستثمار ومنح الامتيازات التفاضلية لفضائه الترابي، التداول في ميزانية الإقليم وكل المسائل المتعلقة بالتصرف في الأملاك، ومتابعة الوضع البيئي.

والملاحظ في هذا الإطار، أنه على الرغم من الاختصاصات الواسعة والمهمة التي أسندتها القانون الأساسي للجماعة المحلية للإقليم، إلا أنه -القانون الأساسي- لم يدرج آليات الديمقراطية التشاركية ضمن الباب الثالث "في الإقليم" من الكتاب الثاني المعنون بـ "في الأحكام الخصوصية"، وذلك على غرار الجماعة المحلية للبلدية في "الباب الأول" والجماعة المحلية للجهة في "الباب الثاني"، وهو ما يطرح سؤال إمكانية تطبيق المقترحات العامة التي جاء بها القسم الخامس المعنون بـ "في الديمقراطية التشاركية والحوكمة المفتوحة" باعتبارها مقترحات وأحكام مشتركة تلزم الجماعات المحلية بكل تكويناتها الترابية بضرورة اعتماد آليات الديمقراطية التشاركية في كل التدابير التي تتخذها، سواء داخل المجالس أو على مستوى اللجان القارة.

الفقرة الثالثة: ضعف الإطار القانوني للديمقراطية التشاركية في التشريع الجزائري

لم تكن المعوقات القانونية والتي تعد بمثابة تقييد للحقوق الدستورية المعترف بها للمواطنين والمواطنين وكذا فعاليات المجتمع المدني في إطار الديمقراطية التشاركية، واقعا قانونيا خاصا تتسم به كل من تجربتين المغربية والتونسية، فهذه الإشكالية القانونية تطرح بشكل أعمق في التجربة الجزائرية بشهادة النتائج البحثية المقدمة من خلال مجموعة من الدراسات والأبحاث الجامعية الأكاديمية الجزائرية.

وإن كانت الإشكالية في التجربة الجزائرية غير مرتبطة أساسا بالمعوقات القانونية المفروضة على الحقوق الدستورية لإعمال الديمقراطية التشاركية -وإن كانت مطروحة فعلا-، فإن الإشكالية المركزية والكبرى في هذا الصدد، تتمثل في ضعف النسق الدستوري والقانوني المؤطر لهذه المقاربة الاجتماعية المواطنة، حيث يبدو المشرع التأسيسي والتشريعي محتشما في طرح الآليات والسبل الكفيل بتشريك المواطنين والمواطنين في تدبير القضايا الاجتماعية والاقتصادية والثقافية على المستويين المركزي والمحلي.

وما يفسر ذلك، هو ضعف المرجعية القانونية التي تحيل على آليات الديمقراطية في القانون رقم 11.10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 المتعلق بالبلدية⁷¹، إذ يمكن في هذا الإطار، الوقوف حول مجموعة من التقييدات والمعيقات القانونية التي تحد من المشاركة الفعالة في تدبير الشأن العام المحلي، وذلك فيما يلي:

أولاً. في محدودية الآثار للأدوار الاستشارية في مجالات التنمية المحلية

إذا كانت الاستشارة العمومية تعتبر إجراء يسمح للمواطنين والمواطنات وكذا فعاليات المجتمع المدني من إقامة نوع من الحوار المستمر مع مجالسه المحلية المنتخبة، بما يمكنه من الاشتراك في اتخاذ بعض القرارات ويكسيها نوعاً من الشرعية⁷²، فإن القانون المتعلق بالبلدية قد كرس في المادة 11 لهذا الحق، وذلك بأن ألزم المجلس الشعبي البلدي باتخاذ كل التدابير لاستشارة المواطن حول خيارات وأولويات التهيئة والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

والملاحظ أن اتخاذ هذه التدابير الاستشارية في المجالات السالفة الذكر، مرتبطة كما نصت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها أعلاه حسب الشروط المحددة في القانون المتعلق بالبلدية، وبالرجوع إلى أحكام ومقتضيات هذا القانون، نجده خال من أي مقتضى ينص على الشروط والكيفيات لتفعيل هذه الأدوار الاستشارية المخولة لفائدة المواطن المحلي وكذا الجمعيات المدنية.

ثانياً. تفعيل المبادرات المحلية في إطار تسيير الجوّاري وارتباطه بضرورة صدور التنظيم

نصت المادة 12 من القانون البلدي الجزائري، على أنه لتحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجوّاري، يسهر المجلس الشعبي البلدي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم.

كرست هذه المادة حق المواطنين في تحفيزهم على المبادرة في التدبير المحلي ومن ثمة حثهم على المشاركة الفعالة عن طريق عقد المجلس وبصفة دورية لاجتماعات مع مختلف الأطراف الاجتماعية، وهو ما يساهم في تحسين العلاقة بين المجالس المحلية ومحيطها الاجتماعي، غير أن ممارسة الآليات الواردة في هذا المقتضى قد تم ربطها بصدور التنظيم، حيث أنه منذ تاريخ صدور هذا القانون في الجريدة الرسمية الجزائرية بتاريخ 03 يوليو 2011، أي بعد مرور أكثر من تسع (9) سنوات، لم يخرج هذا التنظيم (مرسوم تنفيذي) لحيز الوجود، وهو ما يعطل

⁷¹ - قانون رقم 11.10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011م يتعلق بالبلدية، صادر بالجريدة

الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد: 37، أول شعبان عام 1432، الموافق لـ 03 يوليو سنة 2011، ص: 4.

⁷² - مريم حمدي: "دور الجماعات المحلية في تكريس الديمقراطية التشاركية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل

شهادة الماستر في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، السنة الجامعية: 2015-2016، ص: 41.

أنظر(ي) في هذا الصدد أيضاً: عبد القادر غيتاوي وجلول بخدا: "الديمقراطية التشاركية بين النظرية والتطبيق في الجزائر"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 3، العدد: 1، السنة: شتنبر 2017.

ويعرقل هذا الحق كجمال للمبادرة لتحقيق الديمقراطية التشاركية، ومن تمة مساهمته في صناعة القرار على المستوى الترابي للجماعات الإقليمية.

ثالثا. في امكانية الحضور لاجتماعات المجلس الشعبي البلدي

خولت المادة 26 من القانون البلدي حق المواطنين والمواطنات وكذا المواطنين المعنيين بموضوع المداولات الحضور لجلسات المجلس الشعبي البلدي، وذلك من خلال تكريس القانون لعلنيتها، إذ نظم في هذا الإطار النظام الداخلي النموذجي للمجالس الشعبية البلدية في مادته 13 شروط وكيفيات الحضور لهذه الجلسات⁷³، والملاحظ إذا كان حضور غير المعنيين بها من المواطنات والمواطنين بحظر إعطائهم الحق في المناقشة والمشاركة، فإن حضور المعنيين بجدول أعمال مداولات المجلس الشعبي البلدي يثير ملاحظة، حيث كان من المفترض السماح لهم في حدود القضايا الخاصة المعروضة على المجلس بإمكانية المشاركة وإبداء الرأي، وذلك تفعيلا للديمقراطية التشاركية في نطاقها الضيق لتسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم عن قرب.

رابعا. حق المواطن المحلي في الإعلام والمعلومة والاطلاع على المداولات والوثائق

إذا كانت البلدية حسب القانون رقم 11.10 المشار إليه سابقا تشكل الإطار المؤسسي لممارسة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي والتسيير الجوارى، ومن أجل تمكين المواطنات والمواطنين من تفعيل حق المشاركة المحلية، خولت أحكام ومقتضيات هذا القانون الحق للمواطنات والمواطنين في الحصول على المعلومة وإعلامهم بكل الوسائل المتاحة كما خول لهم من جهة أخرى، الحق في الاطلاع على المداولات وقرارات المجلس البلدي الذي ينتمون إليه.

وهكذا نصت المادة 11 من هذا القانون أن المجلس الشعبي البلدي يتخذ كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم، ويمكن في هذا الصدد، استعمال كل الوسائل والوسائط الإعلامية المتاحة، كما يمكن للمجلس بموجب نفس المادة تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين.

وعلى الرغم من أن هذه المبادرة المتمثلة في تقديم المجلس لعرض عن نشاطه السنوي تبقى مستحسنة وإيجابية مقارنة مع قانون البلدية السابق رقم 08.90⁷⁴، إلا أنها تبقى اختيارية وغير ملزمة للمجلس الشعبي البلدي، كما أن القانون لم يحدد طريقة عرض هذا التقرير، وبالتالي فإن عدم تحديد الكيفيات والشروط والتوقيت وصيغته كانت مكتوبة أو شفوية لعرضه، ومن جهة

⁷³ - مرسوم تنفيذي رقم 105.13 المؤرخ في 17 مارس 2013 يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد: 15، بتاريخ 17 مارس 2013، ص: 09.

⁷⁴ - قانون رقم 08.90 مؤرخ في 7 أبريل 1990 يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، 16 رمضان عام 1410، ص: 488.

أخرى، إن كان هذا العرض سيعقبه نقاش وحوار من عدمه⁷⁵، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أنقص من هذه المبادرة في وجه المعنيين بها لتفعيل آليات الديمقراطية التشاركية.

الملاحظة الأخرى، مرتبطة بما نصت عليه المادة 14 والتي تتيح إمكانية كل شخص الاطلاع على مستخرجات مداوات المجلس الشعبي البلدي وكذا القرارات البلدية، كما يمكن من جهة أخرى، لكل شخص ذي مصلحة الحصول على نسخة كاملة منها أو جزئية على نفقته، حيث تسمح هذه المادة فقط النفاذ للمعلومات والوثائق المتعلقة بمداوات المجلس الشعبي البلدي وكذا القرارات البلدية قصد الاطلاع عليها، بيد أن الحصول على نسخ جزئية أو كاملة، يتطلب أن يكون الشخص صاحب مصلحة في ذلك، وهو ما يعطي سلطة تقديرية أوسع للمجلس الشعبي البلدي في رفض إعطاء الحق في الحصول على هذه النسخ، وذلك على العكس من الأمر رقم 24-67 يتضمن ميثاق وقانون البلدية⁷⁶، والذي أكد في مادته 89 على أنه يمكن لكل مواطن ينتمي إلى دائرته البلدية⁷⁷، وبغض النظر إن كانت له مصلحة في ذلك، الحق في الحصول على نسخة منها ومن القرارات البلدية على نفقته⁷⁸، وهو ما يشكل تراجعاً قانونياً في حق الساكنة البلدية في الحصول على المعلومات التي تخص تدبير مجالسهم الشعبية البلدية.

وهكذا، وإن كان المشرع الجزائري قد أقر دستورياً حق المشاركة والحصول على المعلومة والمبادرة في صناعة القرار المحلي لمعالجة الاختلالات التي شابته التدبير الإداري المحلي، إلا أن النص القانوني المنظم لها في إطار المجالس الشعبية البلدية يبقى غير كاف، وذلك بسبب محدودية مقتضياته وضعف الآليات التي من شأنها أن تكفل للمواطنين والمواطنات الحق في المشاركة⁷⁹، هذا، حتى وإن وجدت؛ فتبقى إجراءات شكلية واستشارية لا تتخذ الطابع الإلزامي، كما أن المشرع في صناعته للنص التشريعي المتعلق بالبلدية، أفرغ المقاربة التشاركية من

75 - محمد أميداتو: "مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية: تكريس لمبدأ سيادة الشعب"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر، العدد: 06، السنة: 2016، ص: 171-172. أنظر (ي) في هذا الصدد أيضاً:

- بوراي دليبة: "عن مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي في التشريع الجزائري"، م س ذ، ص: 622.

- جاني مراد: "الديمقراطية التشاركية في الجزائر: بين المبدأ في النص والتطبيق"، المجلة الجزائرية للسياسة العامة، المجلد: 7، العدد: 1، السنة: أكتوبر 2019.

- مريم لعشباب: "التكريس الدستوري لمبدأ تشجيع الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 6، العدد: 1، سنة جينر 2019، ص: 9-12.

76 - أمر رقم 67-24 ممضي في 18 يناير 1967، يتضمن ميثاق وقانون البلدية، الجريدة الرسمية، عدد: 6 مؤرخة في 18 يناير 1967، الصفحة: 90.

77 - تنص هذه المادة على أنه: "يحق لكل ساكن في دائرة البلديات الاطلاع في عين المكان على مداوات المجلس الشعبي البلدي والحصول على نسخة منها ومن القرارات البلدية على نفقته".

78 - تجب الإشارة إلى أن كفايات الاطلاع على مستخرجات مداوات المجلس الشعبي البلدي وقرارات البلدية، ينظمه المرسوم التنفيذي رقم 190.16 مؤرخ في 25 رمضان عام 1437 الموافق لـ 30 يونيو سنة 2016، يحدد كفايات الاطلاع على مستخرجات مداوات المجلس الشعبي البلدي وقرارات البلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد: 41، بتاريخ 12 يوليو 2016، ص: 08.

79 - عبد القادر غيتاوي وجلول بخدا: "الديمقراطية التشاركية بين النظرية والتطبيق في الجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 3، العدد: 1، السنة: شتندر 2017، ص: 77.

محتواها وفعاليتها، بأن حول المجالس إمكانية التهرب من تفعيل آليات الديمقراطية التشاركية، وهو ما تعبر عنه العبارات الواردة في هذا القانون من قبيل "يمكن"، "يبارد في حدود"، "حسبما تقتضيه البلدية"، "يتخذ"، وغيرها من العبارات التخيرية دون أن تحوز الصبغة الإلزامية⁸⁰.

⁸⁰ - بوراي دليلة: "عن مشاركة المواطن في صنع القرار المحلي في التشريع الجزائري"، م س ذ، ص: 630.

على سبيل الختم :

إن وضع مقارنة للإطار القانوني المنظم للديمقراطية التشاركية في كل من التجارب المغربية بكل من المغرب وتونس والجزائر، ستكون النتيجة أن الإطار الدستوري الناظم لفعل التشارك وتشبيك المواطن وكذا فعاليات المجتمع المدني في علاقتها بالإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية سواء على المستوى المركزي أو المحلي، جاء متقدما في مقتضياته لاسيما في التجربة المغربية التي كرس فيها المشرع التأسيسي منذ البداية انفتاحه على المحيط الاجتماعي، وهو ما انعكس على الوثيقة الدستورية بأن تم إغنائها بآليات متقدمة غير موجودة في التجربتين التونسية والجزائرية⁸¹.

في المقابل، شكل الإطار القانوني ما بعد عمليات وضع الدساتير وكذا الإصلاحات الدستورية المغربية تراجعا عن هذه المقتضيات الدستورية، وذلك كنتيجة لتأثر الآلة التأسيسية الأصلية وكذا المشتقة بسياقات "الربيع العربي" وما عرفته من صعود قوة جديدة للحركات الاجتماعية باعتبارها فاعلة ومؤثرة في مسارات التحول والتغيير، مما جعل الدساتير الجديدة تتأثر بفلسفة دستورية تضع المواطن/الشعب، صلب التفكير التعاقدية الدستورية.

فإذا كانت القاعدة القانونية-نسبيا- في آخر تجلياتها هي انعكاس للأوضاع الاجتماعية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية السائدة داخل الجماعة الاجتماعية، فإن القوانين المنظمة لآليات الديمقراطية التشاركية المنصوص عليها في الدساتير المغربية لم تعكس هذا المعطى، لاسيما وأمام الخطابات التنموية التي باتت على رأس أجندة هذه الدول، وبالتالي لبلوغ أهدافها، سيكون من الضروري إعادة النظر في المكانة والدور القانوني الذي سيلعبه المواطن والمواطنون وكذا فعاليات المجتمع المدني في إطار التدبير المشترك للشأن العام على المستويين المركزي والترابي.

⁸¹ - فريدة ديوشة: "الديمقراطية التشاركية على مستوى البلدية في ظل الدستور المغربي لسنة 2011 والتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016"، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، عدد: 33، الجزء الثالث (3)، شتنبر 2019، ص: 45.

المراقبة الضريبية بين ضمانات الملزم وحماية الالتزام الضريبي

مبارك اركوكو

في سلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والسياسية - سطات
جامعة الحسن الأول

مقدمة عامة :

يمكن اعتبار الضرائب هي الثمن الذي ندفعه من أجل التنمية، لذلك تعتبر من أهم الأدوات التي تلجأ إليها الدولة في سياستها المالية لتحقيق الأهداف التي تتمنى التوصل إليها سواء كانت اقتصادية، اجتماعية، أو تنموية، فهي ذلك المبلغ الذي تحصله الدولة بما لها من حق السيادة من مداخل الأفراد.

وبذلك، أصبح للضريبة دور هام وأساسي في حياة الدولة والمجتمع، وهو ما جعل "ابن خلدون" يتخذ من الجباية العمود الفقري لبنائه النظري، حينما ربط بين صعود الدولة وإنهيارها بمستوى ضرائبها، الشيء الذي جعل هذه الدول تعتني بها كثيرا وتنظمها بنصوص تشريعية وتنظيمية خاصة، وتعمل على تغييرها كلما دعت الضرورة، وذلك من أجل ضمان تحمل الأعباء والتكاليف بصورة تأخذ بعين الاعتبار القدرة الجبائية للملزمين ومسايرة المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية.

ونص دستور 29 يوليو 2011 في الفصل 39 "على الجميع أن يتحمل، كل على قدر استطاعته، التكاليف العمومية، التي للقانون وحده إحداثها وتوزيعها، وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور"¹.

لهذا الغرض نجد أن المشرع المغربي عمد إلى تنظيم الإدارة الضريبية ومكنها من جميع الوسائل القانونية والإجرائية والبشرية، وتعتبر آلية المراقبة الضريبية le contrôle fiscal من بين أهم الإجراءات التي خولت للإدارة الضريبية وهي من المكونات الأساسية للنظام الضريبي الذي تنتمي إليه وتقوم على نفس الأسس التي يقوم عليها، وذلك حتى يتسنى لها القيام بالدور المنوط بها، والذي لا يخرج عن إطار ضبط وتحديد الوعاء الضريبي.

كما أن الأساس المالي والاقتصادي يجعل الدولة تستعمل المراقبة الضريبية للبحث عن الموارد المالية تجنباً للاقتراض أو فرض ضرائب جديدة وهو ما يجعل أسس وأهداف كل من النظام الضريبي والمراقبة الضريبية تتماثل. ورغم وجود هذا التماثل بين

¹ - ظهير شريف رقم 1-11-91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور. الجريدة الرسمية عدد 6459 مكرر، بتاريخ 28 شعبان (30 يوليوز 2011).

النظام الضريبي والمراقبة الضريبية، فإن هذه الأخيرة تعتبر آلية لتحقيق هدف خاص وهو محاربة التهرب الضريبي، حيث تعمل على كشف الأعمال غير القانونية التي بموجبها يتم التملص من العبء الضريبي، والتهرب الضريبي *L'évasion fiscale* ظاهرة نسجت خيوطها دوليا ووطنيا ومحليا لتفرغ أي سياسة أو استراتيجية أو خطة تنموية من محتواها، وتجعلها غير ذات جدوى.

استهل المشرع المغربي الكتاب الثاني من المدونة العامة للضرائب والمتعلق بالمساطر الجبائية بقسم أول عنوانه "مراقبة الضريبة" (الفقرات الثلاث الأولى من المادة 210) وتحدث عن مضمون حق الإدارة في المراقبة بشكل مجمل ضمنا لمبدأ الشرعية، ثم عالج حق المعاينة بمضمونها وإجراءاتها (باقي فقرات المادة 210)، لينتقل إلى تنظيم فحص المحاسبة بموجب (المادة 212) بعدها من حيث مضمونه، وإجراءات ممارسته، ليخلص في (المادة 214) إلى تنظيم حق الإطلاع وتبادل المعلومات، ويكون بذلك قد حدد المعالم الأساسية أو أشكال حق المراقبة الضريبية.

ومن تم فإن المراقبة الضريبية هي حق الإدارة الضريبية التي يمثل المقابل القانون للنظام التصريحي، وذلك الحوار بين الإدارة الضريبية والملزم يبدأ بإيداع الإقرار من طرف هذا الأخير ومراقبته شكلا ومضمونا، لتحديد الأساس الضريبي واحتماله، وبالنظر لأهمية الموضوع وطبيعته فإن دراسته تقتضي تتبع خطة محكمة، وذلك بوضع الموضوع في مساره الصحيح وفقا لمحددات البحث العلمي.

إشكالية البحث:

يستفاد مما سبق أن الإشكالية الرئيسية للبحث هي: إلى أي حد تساهم المراقبة الضريبية كآلية قانونية، في جعل الإدارة الضريبية قادرة على إجراء القانون الضريبي، بشكل سيادي، على جميع من لهم القدرة على التحمل الضريبي دون المساس بضمانات وحقوق الأفراد؟

وتتفرع عنها مجموعة من الإشكاليات الجزئية من قبيل ما هو الإطار القانوني المنظم للمراقبة الضريبية؟ مجالها؟ مسطرتها؟ ونتائجها؟

ومن أجل البحث في مساطر المراقبة الضريبية وعن مظاهر حقوق الإدارة لممارسة سلطات المراقبة الضريبية، وضمانات الملزم في نفس الإطار نعد إلى تحديد الطبيعة القانونية للأليات المراقبة ومضمون تلك الأليات من الناحية الإجرائية، ثم حدودها الكفيلة بحماية الملزمين، وتتجلى سلطة الإدارة الجبائية في مراقبة ملزميها وتحري مدى صدق عقودهم وتصريحاتهم، ولها في ذلك عدة آليات فقد تمارس حق المعاينة وحق الإطلاع (المبحث الأول) لجمع المعلومات في سبيل القيام بحق أثقل هو حق فحص المحاسبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مسطرة المعاينة في عين المكان والاطلاع وحدودهما القانونية

تعد المعاينة في عين المكان والاطلاع وتبادل المعلومات من بين الأسس القانونية التي تخول للإدارة مراقبة وتطبيق التشريع الضريبي بناء على مقتضيات تشريعية تشكل إطارا قانونيا لسلطات الإدارة الضريبية في هذا المجال، وهكذا سوف نتناول في (المطلب الأول) مسطرة المعاينة في عين المكان وحدودها القانونية، وفي (المطلب الثاني) نتطرق لمسطرة الاطلاع وتبادل المعلومات.

المطلب الأول: مسطرة المعاينة في عين المكان وحدودها القانونية

تعتبر المعاينة في عين المكان من بين المساطر المستجدة للمراقبة الضريبية حيث استهل المشرع المغربي في المدونة العامة للضرائب (الكتاب الثاني: المساطر الجبائية) بهذه الآلية من خلال المادة 210 تحت عنوان "حق المراقبة" وخول للإدارة الضريبية بموجبها معاينة كل ما يرتبط بنشاط الملزمين من دفاتر وسجلات ثم العناصر المجسدة للاستغلال.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للمعاينة في عين المكان

طبقا لمقتضيات المادة 210 من المدونة العامة للضرائب² يحق للإدارة الضريبية إجراء معاينة، بمقتضاها تطلب من الخاضعين للضريبة تقديم الفاتورات، والدفاتر، والسجلات، والوثائق المهنية المتعلقة بعمليات نتج عنها أو من المفروض أن ينتج عنها تحرير فواتير، وأن تقوم بالمعاينة الفعلية للعناصر المجسدة للاستغلال، وذلك للكشف عن حالات الإخلال بالالتزامات الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، ويمارس حق المعاينة مباشرة بعد الإشعار بها من طرف المأمورين المحلفين المعتمدين.

فالمعاينة في عين المكان أو حق معاينة المسكن الجبائي Droit de constatation وسيلة لجمع المعلومات الإضافية حول المعطيات المادية المصرح بها والتي تقتضي التأكد من وجودها الحقيقي³، فهي آلية من آليات المراقبة الضريبية تنضاف إلى السلطات الكلاسيكية -الفحص والاطلاع - للرفع من المردودية الجبائية، وتمارس وفقا للتسمية التي أعطاهها المشرع -في عين المكان- بالموطن الجبائي للملزم ، إلا أنه وأمام العلاقة الغير المتكافئة بين الإدارة والملزمين، والتطور التشريعي لمساطر المراقبة الضريبية نفسها -المعاينة في عين المكان كآلية جديدة للمراقبة- وكذا التنصيص على شكليات

² - المادة 210 من المدونة العامة للضرائب " وفق تعديلات قانون المالية لسنة 2020.

³ - رشيدة الخير : "المراقبة الضريبية ، الفحص في عين المكان " دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة البحث والتكوين في المالية العامة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء السنة الجامعية 2001/2000 ص29.

قانونية لسلوك المعاينة في عين المكان، كل ذلك يطرح الشرعية القانونية، لمساسها بنشاط وحرية الملزمين، وتعتبر المعاينة في عين المكان، مسطرة دقيقة يمكن تحديد مراحلها عبر الآتي:

أولاً: تسليم الإشعار بالمعاينة إلى الخاضع للضريبة

يتضمن عدة مقتضيات أهمها: الأسماء الشخصية والعائلية لمأموري إدارة الضرائب المكلفين بإنجاز المعاينة، وإخبار الخاضع للضريبة بممارسة حق المعاينة، و الإشعار لا يتضمن تاريخ بداية عملية المعاينة، لأن المعاينة حسب الفقرة الرابعة من المادة 210 من المدونة العامة للضرائب تتم مباشرة بعد تسليم الإشعار بها من طرف المأمورين، زد على ذلك أن المادة المنظمة لهذا الحق لم تحدد الشكل الذي يرد فيه الإشعار بالمعاينة _عكس حق الإطلاع- وإن كنا نعتقد أنه يرد في شكل كتابي، لأن نص المادة يتحدث عن تسليم الإشعار مقابل وصل، وأن الإشعار المذكور يجب أن يتضمن الأسماء الشخصية والعائلية لمأموري إدارة الضرائب، فواقعة التسليم، وواقعة أن يكون المسلم يتضمن الأسماء، والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التبليغ التي تقوم بها إدارة الضرائب، هي كلها مؤشرات على أن الإشعار بالمعاينة هو كتابي.

ثانياً: سريان عملية المعاينة

تبدأ عملية المعاينة مباشرة بعد تسلّم الإشعار بها من طرف المأمورين المشار إليهم في المادة 210 من المدونة العامة للضرائب، وتشمل طلب تقديم الفاتورات والدفاتر والسجلات، والوثائق المهنية المتعلقة بعمليات نتج عنها أو من المفروض أن ينتج تحرير فواتير، والمعاينة الفعلية للعناصر المجسدة للاستغلال، وذلك للكشف عن الإخلال بالالتزامات في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

كما يجوز لمأموري إدارة الضرائب المكلفين بإجراء المعاينة، أن يطلبوا الحصول على نسخ منجزة بكل الوسائل وكيفما كانت طريقة تحرير الوثائق المتعلقة بالعمليات التي نتج عنها أو من المفروض أن ينتج عنها تحرير الفاتورات. ويمارس حق المعاينة في جميع محلات الخاضعين للضريبة المعنيين المخصصة لغرض مهني.

أما بخصوص أوقات إجراء المعاينة، فتتم داخل أوقات العمل القانونية ومن خلال ساعات مزاولة النشاط المهني، وذلك خلال مدة أقصاها ثمانية(8) أيام من أيام العمل، تبتدئ من تاريخ تسليم الإشعار بالمعاينة. فما هي إذا الآثار الناتجة عن المعاينة؟

ثالثاً: آثار المعاينة

ينتج عن ممارسة حق المعاينة أمرين مهمين أو أثرين: توقيع الجزاءات المنصوص عليها في المدونة العامة للضرائب، وتحرير محضر المعاينة.

أ- تحرير محضر المعاينة:

يتم تحرير محضر خلال 30 يوما الموالية لانتهاء المعاينة، ويتضمن جميع الملاحظات والاختلالات، ويوقع عليه الطرفان وتسلم نسخة منه إلى الخاضع للضريبة الذي له الحق الإدلاء بملاحظاته داخل أجل ثمانية 8 أيام الموالية لتاريخ تسلم المحض. ويمكن، في إطار مراقبة ضريبية، مواجهة الخاضع للضريبة بالبيانات الواردة بمضمون المحضر عند إجراء المعاينة.

ب- توقيع الجزاءات:

حسب ما تنص عيله المادة 210 من المدونة العامة للضرائب، فإن الخاضع للضريبة الذي يعترض على عملية إجراء المعاينة، يتعرض إلى الجزاءات المنصوص عليها في المادة 191 في فقرتها وهي: "غرامة مبلغها ألفي (2.000) درهم وإن اقتضى الحال غرامة تهديدية قدرها مائة (100) درهم عن كل يوم تأخير على أن لا يتجاوز مجموعها ألف (1000) درهم وفق الشروط المقررة في المادة 229 من المدونة العامة للضرائب". غير أنه بالنسبة للضريبة على الدخل، يتراوح مبلغ هذه الغرامة من خمسمائة (500) إلى ألفي (2000) درهم"، لكن تظل هذه المقترضات الجزرية بعيدة كل البعد عن القيام بوظيفة الردع.

عموما تكمن خطورة هذا المستجد الذي جاءت به المدونة العامة للضرائب لأول مرة، في طابعه الفجائي، مما لا يترك مجالا للخاضعين للضريبة للتهرب أو إخفاء الفاتورات والوثائق والمستندات.

الفقرة الثانية: حدود وضوابط المعاينة في عين المكان

يعتبر حق المعاينة في عين المكان droit de constations، ذو أهمية وخطورة في أن واحد، لذلك أحاطه المشرع بمجموعة من الضوابط قصد شرعة تدخل الإدارة الضريبية من جهة، وحماية الخاضعين للضريبة من جهة أخرى، هذه الضوابط القانونية (الإجرائية والموضوعية) تجعلنا نتساءل عن الحدود التي تطوق هذه المسطرة، ثم حجمها اتجاه الملزم إذا لم تحترم أو تنقيد الإدارة بهذه الحدود، كل ذلك لمعرفة الحماية التي تضمنها لحقوق والملزمين⁴.

وتعتبر المادة 210 من المدونة العامة للضرائب أساس قانوني لممارسة هذه المسطرة⁵.

4 - انظر ميثاق الملزم.

5 - انظر الفقرة الرابعة من المادة 210 من المدونة العامة للضرائب.

إن أول ملاحظة يمكن إيذاؤها بخصوص التنظيم القانوني لمسطرة المعاينة في عين المكان في التشريع المغربي، تتمثل في كونه يطغى عليه طابع العمومية بحيث لم يميز بين مجموعة من الإجراءات التقنية الإدارية التي تتصل بهذه المسطرة -المعاينة المادية Droit de constatations، حق الزيارة والتفتيش et de perquisition -saisie كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي، والجزائري، وكذلك لم يبين الحالات التي يمكن للإدارة بموجبها أن تمارس هذه المسطرة، وترك النص فضاءاً مقررًا حق المعاينة في جميع الحالات التي تقررها الإدارة الضريبية للكشف عن حالات الإخلال بالالتزامات الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

فالتشريعات المقارنة السالفة الذكر ميزت بين المعاينة المادية البسيطة Contrôle inopiné والمعاينة الجزائية أو الجزية، بحيث تعتبر الأولى من صميم وظيفة الإدارة الجبائية للتأكد من العناصر المصرح بها بمعاينة بسيطة وليست نقدية للمحاسبة باعتبارها آلية استثنائية، بينما الثانية تنطلق من دوافع ومبررات محددة قانوناً كمزاولة بعض الأنشطة الخاضعة للضريبة دون تقديم تصريح بذلك أو استعمال وسائل للتحايل الجبائي، وفي هذا الإطار ميز المشرع الفرنسي بين المعاينة المادية وحق الزيارة والتفتيش:

La constatation matérielle des éléments physiques de l'exploitation ou de l'existence et de l'état des droits de documents comptables perquisition et de saisie⁶.

نفس الشيء بالنسبة للمشرع والجزائري⁷.

أما بالنسبة للضوابط الموضوعية التي تتضمنها مسطرة المعاينة في عين المكان، فتشمل مكان المعاينة ومدتها، بحيث تكون على المحلات المخصصة لغرض مهني فقط، ولا يمكن أن تنصب على الأماكن التي لا تدخل في إطار الغرض المهني، فإذا كان الشخص الخاضع لمسطرة المعاينة مسكن شخصي محاذي للمحلات أو أماكن العمل، فإن المعاينة لا يمكن أن تمتد إلى السكن الشخصي للوقوف على تفاصيل يمكن أن تقيّد في المعاينة.

كذلك تحوط المعاينة في عين المكان ضوابط زمنية تخص أوقات المعاينة، بحيث يجب أن تتم في أوقات العمل القانونية وخلال ساعات مزاولة النشاط المهني، و المشرع المغربي حدد أوقات العمل القانونية، وساعات مزاولة النشاط المهني⁸، وهذا التحديد الدقيق رغم بداهته إلا أنه في غاية الأهمية، بحيث يجب أن تتم المعاينة داخل أوقات العمل القانونية الخاصة بالإدارات العمومية، لأن الملزم يمكنه أن يشتغل بكامل

⁶ - THIERRY LAMBERT : "le contrôle fiscal, droit et pratique PUF", p53.54.

⁷ - الماد 358 من كتاب المساطر الجبائية الجزائرية.

⁸ - الفقرة الثامنة من المادة 210 من المدونة العامة للضرائب.

الحرية سواء خلال النهار أو خلال الساعات الإضافية ليلا وفق الضوابط القانونية، لذلك يجب تفسير الشرط الخاص بساعات العمل القانونية لفائدة الملزم وليس لفائدة الإدارة لما في ذلك من حماية وتخفيف من حدة الخاصية المبالغثة لهذه المسطرة.

أما بالنسبة لمدة المعاينة فقد حدد لها المشرع المغربي في مدة أقصاها ثمانية أيام من أيام العمل تبدأ من تاريخ الإشعار بها، والعبرة في تحديد المدة الزمنية يرجع بالأساس إلى ما للمعاينة من آثار نفسية على الملزمين و آثار مادية على النشاط المهني، خصوصا وأنها تتم خلال ساعات مزاولة النشاط المهني مما يؤدي إلى إرباك العمل وربما تعطيله⁹.

المطلب الثاني: مسطرة الاطلاع وتبادل المعلومات وحدودهما القانونية

إن حق الاطلاع وتبادل المعلومات، كما أسماه المشرع المغربي يتضمن حق الإدارة الضريبية في الحصول على جميع المعلومات التي تفيدها في ربط ومراقبة الضرائب والواجبات المستحقة على الغير، فهو آلية من آليات المراقبة التي تركز عليها الإدارة الضريبية قصد الإطلاع على الوثائق المفيدة في مراقبة تطبيق القانون الضريبي.

وبعد صدور المدونة العامة للضرائب بمقتضى القانون رقم 43.06 بتاريخ 31 دجنبر 2006 والتعديلات المدخلة عليه¹⁰ أصبح التنظيم القانوني لحق الاطلاع موحدا بالنسبة للضرائب الرئيسية الثلاث، حيث نصت المادة 214 من كتاب المساطر الجبائية في فقرتها الأولى على أنه: "يجوز لإدارة الضرائب كي تتمكن من الحصول على جميع المعلومات التي من شأنها أن تفيدها في ربط ومراقبة الضرائب والواجبات والرسوم المستحقة على الغير أن تطلب حسب كيفية التبليغ المنصوص عليها في المادة 219...."¹¹.

ويمكن تعريف حق الاطلاع " بتلك الصلاحية المخولة للإدارة الضرائب في الحصول على معلومات، وأخذ نسخ عند الاقتضاء من أي وثيقة أو مستند بحوزة أحد الأشخاص أو الجهات¹²، وهذا الحق لا يمكن أن تمارسه المديرية العامة للضرائب إلا إزاء أشخاص محددين، وبصدد وثائق ومستندات بعينها، وهو أشمل من حق المراقبة الذي يتعلق بفحص مداخل الملزمين، وذلك كله من أجل تعزيز موقع الإدارة وتقوية وسائل تحرياتها حتى تستطيع التعرف، بدقة وشمولية، على مداخل الملزمين، وبالتالي فرض ضرائب عادلة نسبيا، ومنسجمة مع القدرات التكليفية للملزم ، وكشف المتهربين قصد

9 - المادة 210 من المدونة العامة للضرائب

10 - الجريدة الرسمية عدد 5487 بتاريخ فاتح يناير 2007.

11 - أنظر المادة 214 من المدونة العامة للضرائب وفق تعديلات قانون المالية لسنة 2016.

12 - يحيى الصافي ، عيد الله البوكري ، وأحمد البوغزاوي: "الضريبة على القيمة المضافة " 1998 ، édition.EXPREDATA. الصفحة 145.

إخضاعهم لعملية الفحص لاحقا¹³، فماهي ضوابط استعمال هذا الحق؟ ماهي مسطرة ممارسته وحدودها؟

الفقرة الأولى: ضوابط استعمال حق الاطلاع

يقتضي استعمال حق الاطلاع وجود مجموعة من الوسائل، منها ما هو مرتبط بالإدارة الضريبية مثل الهيئات المكلفة بالاطلاع، ومنها ما هو مرتبط بالأشخاص الذين يمارس عليهم حق الاطلاع، وأخرى متعلقة بنوع الوثائق التي يقع الاطلاع عليها.

أولا: الأشخاص الخاضعون للاطلاع

في البداية لا بد من التأكيد أن حق الاطلاع يتعلق فقط بالأغيار، دون الملزم الخاضع للضريبة¹⁴، وقد حددت المادة 214 من المدونة العامة للضرائب الأشخاص الملزمون بحق الإطلاع في كل هيئة خاضعة لمراقبة الدولة، وكل شخص طبيعي أو معنوي يزاول نشاط خاضع للضريبة¹⁵.

ثانيا: الوثائق الخاضعة لمسطرة الاطلاع

يشمل حق الاطلاع جميع المعلومات أيا كانت طبيعتها، والتي من شأنها أن تساعد الإدارة على تحديد أسس الضريبة ومراقبتها، ويمكن التمييز في خضم الوثائق التي تطلع عليها الإدارة، بين تلك التي تتطلب جهدا من الإدارة في الحصول عليها، وهي التصريحات المدلى بها من طرف الملزمين والوثائق المرفقة بها، فهذه الوثائق توجد في مكاتب المفتشين ويمكنهم بسهولة الاطلاع عليها واستغلالها في ربط وتصحيح الضريبة، فهي إذن لا تستوجب أية إجراءات مسطرية. وبين الوثائق الموجودة في حوزة بعض الأشخاص الآخرين خارج إدارة الضرائب، والتي تلزم سلوك مسطرة خاصة.

ثالثا: الهيئات المكلفة بالاطلاع

تتكلف مجموعة من الأشخاص بممارسة حق الاطلاع، ولا بد من توفر شروط معينة لتكون مؤهلة لذلك، ويمارس هذا الحق من الناحية الواقعية من طرف الفرقة الوطنية للأبحاث والتحقيقات.

¹³ محمد العليقي السباعي: "المراقبة الجبائية في المغرب على ضوء نصوص الإصلاح الجبائي" بحث لنيل دبلوم السلك العالي للمدرسة الوطنية للإدارة العمومية، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، 1993، ص11.
¹⁴ سفيان أدريوش، رشيدة الصابري: "تصحيح الأساس الضريبي دراسة مقارنة"، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 2002 الصفحة 39.
¹⁵ - انظر المادة 214 من المدونة العامة للضرائب.

و تنص المادة 214 من المدونة العامة للضرائب على أنه " تقدم المعلومات والوثائق المشار إليها أعلاه إلى مأموري إدارة الضرائب المحلفين الذين لهم على الأقل رتبة مفتش مساعد". فمن خلال هذا النص يظهر إذن أن الأشخاص المؤهلون للقيام بالإطلاع على الوثائق أو تلقيها لا بد من أن تتوفر فيهم الشروط التالية: أن يكونوا محلفين- أن تكون لديهم على الأقل رتبة مفتش مساعد- أن يكونوا متوفرين على بطاقة التكليف بمهمة (مأمورين)، وهذه الصفات في نظرنا، هي صفات جوهرية لا بد من توفرها في مأمور الإدارة الضريبية والذي سيقوم بمهمة الاطلاع، وذلك نظرا لجسامة المهام المرتبطة بحق الاطلاع.

• الفرقة الوطنية للأبحاث والتحقيقات.

شكلت هذه المؤسسة إحدى الأعمدة الأساسية لنشاط الإدارة الضريبية، فيما يتعلق بضمان مراقبة فعالة للتصريحات الناقصة، وكذلك محاربة التهرب الضريبي، تم إنشاؤها سنة 1961، وقد تم اختيار مقرها بمدينة الدار البيضاء نظرا لتركز أهم الأنشطة الاقتصادية بها، وبالتالي يمكن من خلالها جمع معلومات دقيقة عن أهم الأنشطة المرتبطة بهذه المدينة، ومدن أخرى.

ويأخذ مفتش الضرائب من السجل الضريبي الذي تعده الفرقة ما شاء له من المعطيات التي يواجه بها التصريحات الناقصة أو المنعدمة¹⁶.

الفقرة الثانية: مسطرة ممارسة حق الاطلاع وحدودها القانونية

أولا: إجراءات مسطرة حق الاطلاع

تنص المادة 214 من المدونة العامة للضرائب على ضرورة ممارسة حق الاطلاع في المقر الاجتماعي للأشخاص الطبيعيين المعنويين، أو في مؤسساتهم الرئيسية، إلا أنه نظرا للإزعاج الذي يمكن أن تسببه هذه العملية¹⁷، أجاز المشرع للملزمين تقديم المعلومات كتابية أو تسليم الوثائق إلى مأموري الضرائب مقابل وصل، وقد اتضح أن هذه الطريقة فعالة نظرا لكونها توفر للإدارة حجة ثانية في مواجهة الملزم أثناء المراقبة، بما أن المعلومات المطلوبة قدمتها الجهة الخاضعة للضريبة كتابية وفي صيغة اعتراف، ويتم عادة الاطلاع عن طريق طلب كتابي موجه في شكل رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو عن طريق تسليم الطلب باليد، إلى الأشخاص المعنيين، مع وجوب ذكر العنوان الكامل للمصلحة التي وجهت الطلب، وكذا رقم هاتفها وذلك حتى

16- عبد الغني خالد: " المسطرة في القانون الضريبي المغربي"، مطبعة دار النشر المغربية 2002، ص 125.

17 - عبد الغني خالد: " المسطرة في القانون الضريبي المغربي"، مرجع سابق، ص 127.

يمكن للشخص المقصود بالرسالة من توجيه الوثائق المطلوبة إلى المصلحة المعنية¹⁸،
تفاديا لزيارة المفتش أو الاتصال بهذه الأخيرة قصد تحديد موعد الزيارة .

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن النصوص المدونة العامة للضرائب لم تحدد مدة ممارسة هذا الحق، داخل الأماكن التي يزاول فيها الخاضعون نشاطهم، أو أي أجل للاحتفاظ بهذه الوثائق المسلمة لمأموري الضرائب لنفس الغرض، وهذا ما يعتبر نقصا كبيرا من شأنه أن يسبب إزعاجا للخاضعين للمسطرة الاطلاع، سواء أثناء استقبال الهيئات المكلفة بالاطلاع في أماكن العمل، أو احتفاظ الإدارة بالوثائق المسلمة لها لمدة طويلة قد تحرم المؤسسة الخاضعة للاطلاع من استغلال تلك الوثائق طوال تلك المدة.

كما أن نصوص المدونة العامة للضرائب لم تحدد عدد المرات التي يخضع فيها المكلف للاطلاع حيث تركت ذلك لتقدير الإدارة، وهذا نقص فادح في تنظيم حق الاطلاع وهذا أمر يجب تداركه لتوفير حماية أكبر للملزم.

ثانيا: آثار ممارسة حق الاطلاع

ينتج عن ممارسة حق الاطلاع أثرين مهمين، الأول يتعلق بالخاضع لمسطرة الاطلاع، وهي عبارة عن جزاءات تفرض عليه في حالة رفض الخضوع لمسطرة الاطلاع، والثاني خاص بالأغيار الذين يمكن استغلال المعلومات المتأتية من الاطلاع ضدهم.

أ- الجزاءات المطبقة في حالة خرق مسطرة الاطلاع

تنص مواد المدونة العامة للضرائب على عدة مقتضيات في حالة خرق مسطرة الاطلاع، فانطلاقا من المواد 185 و191 و230 من المدونة العامة للضرائب ، تفرض غرامة قدرها ألفي (2000) درهم على كل شخص خرق مقتضيات متعلقة بممارسة حق الاطلاع، كما تتضاف غرامة تهديدية قدرها مائة (100) درهم عن كل يوم من تأخير على ألا يتجاوز مجموعها ألف (1000) درهم.

أما بالنسبة للضريبة على الدخل هذه الغرامة من خمسمائة (500) إلى ألفي (2000) درهم¹⁹، غير أن هذه الجزاءات لا تطبق على القضاة المكلفين بالتوثيق، وعلى إدارات الدولة والجماعات الترابية²⁰.

وفي هذا الصدد نشير يجب التمييز بين الجزاءات التي تطبق على الخاضع لمسطرة الاطلاع وتلك المطبقة على الخاضع للضريبة ، ذلك أن الجزاءات المطبقة على الخاضع لمسطرة الاطلاع تعد غرامة ثابتة، وتعد كعقوبة لمخالفة مسطرية معينة لا

18- يجب توجيه المعلومات والوثائق المطلوبة داخل أجل 30 يوما الموالية لتاريخ التوصل بالطلب.

19 -أنظر المادة 191 من المدونة العامة للضرائب.

20 - أنظر الفقرة الثانية من المادة 185 من المدونة العامة للضرائب.

علاقة لها بأية ضريبة²¹، وتطبق بناء على محضر المخالفات المنجز من قبل المكلف بالاطلاع، ويبلغ إلى الخاضع، ويحرر فوراً أمراً بتحصيلها.

ب- استغلال المعلومات المحصل عليها من ممارسة حق الاطلاع

تختلف نتائج المعلومات المحصل عليها من ممارسة حق الاطلاع، حسب ما إذا كان الشخص خاضع للاطلاع أو ملزم بالضريبة.

فبالنسبة للشخص الخاضع لمسطرة الاطلاع، لا يترتب عنه أية آثار ضريبية ناتجة عن ممارسة حق الاطلاع لديه، اللهم ما تعلق بالغرامات السالفة الذكر في حالة الامتناع، فحتى لو تم اكتشاف تناقضات أو أوجه نقص مقارنة مع التصريحات التي قدمها، فإنه لا يتم تصحيح الأسس المصرح بها، بناء على نتائج الاطلاع، وإصدار ضرائب تكميلية بل لا بد للإدارة أن تسلك مسطرة الفحص في عين المكان المحاطة بمجموعة من الضمانات القانونية المخولة للملزم²².

أما فيما يخص الملزم بالضريبة، فالأكيد أنه من حق الإدارة الاعتماد على مجموع الوثائق والمستندات المحصل عليها من ممارسة حق الاطلاع وأن تجعلها بمثابة وسائل إثبات تمكنها من الربط الصحيح للضريبة، وبالتالي إصدار الضرائب التكميلية، مع الغرامات وفوائد التأخير إن اقتضى الحال.

ثالثاً: حدود ممارسة حق الاطلاع

إن حق الاطلاع هو حق عام يمارس على مجموع الأشخاص والوثائق السابق ذكرها، لكنه يصطدم بمجموعة من العراقيل، يتعلق الأمر بالتزام بعض الخاضعين للضريبة بواجب كتمان السر المهني (أ) وحدود مرتبطة بظروف ممارسة حق الاطلاع (ب) وضعف الجزاء المترتب عن مخالفة أحكام حق الاطلاع (ت).

أ- واجب كتمان السر المهني

يثير مفهوم السر المهني الكثير من الغموض والإبهام التابعان أساساً من غياب أي تعريف من قبل المشرع الضريبي، وإنما اقتصر على التمييز بين تلك الوثائق التي تحتفظ بها الدولة والهيئات التابعة لها، والوثائق التي في ملك الخواص، فبالنسبة للأولى لا يمكن لمن يمسكها الاحتجاج بواجب كتمان السر المهني في مواجهة إدارة الضرائب، أما بالنسبة للثانية فإن المشرع استثنى بعضها بكون الاطلاع "لا يمكن أن

21 - فالخاضع لمسطرة الضرائب قد يكون معفى من أداء الضرائب ومع ذلك تفرض عليه الغرامات المنصوص عليها في المدونة بسبب خرقه لمسطرة الاطلاع.

22 - عزيزة هنادر: "المساطر الضريبية بين القانون والتطبيق"، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2011، ص 115.

يشمل مجوع الملف فيما يتعلق بالمهنة الحرة التي تلتزم مزاولتها بتقديم الخدمات ذات الطابع القانوني أو الضريبي أو المحاسبي"²³، هذا الاستثناء يظل مصدر غموض لكونه لم يحدد - على وجه الدقة - المهنة المقصودة ولا نوع الوثائق المشمولة بواجب الحفاظ على السر المهني.

وإنما ترك ذلك لإدارة الضرائب من خلال الدوريات التي تشرح كيفية تطبيق مقتضيات القانون الضريبي، حيث حصرت الأشخاص الذين يلتزمون بكتمان السر المهني في (المحاسبون، الموثقون، العدول، المهندسون المعماريون، الخبراء المحاسبون، والمستشارين القانونيين...²⁴).

هذه إذن أولى الحدود التي نسجلها في ميدان المراقبة الضريبية في جانبها المتعلق بجمع المعلومات من خلال الاطلاع على السجلات والوثائق، وإذا كان المشرع لم يرسم حدود ممارسة حق الاطلاع بدقة فإن إدارة الضرائب عملت من خلال الدوريات الصادرة عنها إلى تقنين هذا الحق وإعطائه مدلولاً ضيقاً من خلال تفسيرها لمقتضيات السر المهني، وذلك نظراً لامتداد حق الاطلاع وما قد ينطوي عليه من مخاطر تهدد الضمانات الأساسية التي أقرها المشرع لصالح الملزمين، لذلك ارتأت إدارة الضرائب، عن طريق تأويلها، أن تحد من مدها حماية لحقوق الملزم وضماناته الأساسية²⁵، وهو سبب منطقي وجيه إلا أننا نحبذ فكرة توسيع سلطات الإدارة وامتيازاتها في هذا المجال، وبالمقابل معاقبة الموظف إذا ما ثبت سوء نيته في تعديه على حقوق الملزمين وحينئذ اللجوء إلى القضاء لمعرفة حدود الالتزام بالسر المهني وحجم الأضرار الناتجة عن خرق تلك المقتضيات بمعنى أدق إعطاء الصلاحية للقضاء، عوض إدارة الضرائب، في رسم حدود الالتزام بمقتضيات السر المهني عند ممارسة حق الاطلاع من طرف إدارة الضرائب.

ب- ظروف ممارسة حق الاطلاع

يبقى الهدف من الاطلاع بعيد التحقق، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بمقاولات كبيرة الحجم تكون شبكة علاقاتها بحجم اتساع نشاطها، مما يجعل من الصعب الاطلاع لديها كلها، كما أن ضرورة الإشعار التي فرضها القانون على الإدارة الضريبية تخلق نوعاً من التضامن بين الشركاء الاقتصاديين أو الأغيار فلا يضعون تحت تصرف المفتش المحقق إلا الوثائق التي يعملون أنها لن تضر بمصلحة شركتهم.

²³ - الفقرة الثانية من المادة 214 من المدونة العامة للضرائب.

²⁴ - Note circulaire, no 716. Relative au livre de procédure fiscale, ministère de l'économie et des finances, Direction générale des Impôts.p29. (Site Internet : www.tax.gov.ma).

²⁵ - ZOUBIDA AZZOUZ : " fiscalité des entreprises, Guide pratique (impôt ;TVA,ISF ; contrôle fiscal) "Edition EYROLLEE.1990, p : 264

ت- حدود مرتبطة بضعف الجزاءات

إن العقوبات المالية المنصوص عليها في حالة الامتناع عن تقديم وثائق الاطلاع، هي ذاتها مصدر محدودية حق الاطلاع، نظرا لضعف تلك العقوبات فقد تتفق المقاوله الخاضعة للفحص مع المقاوله المتعامل معها والتي طلب منها معلومات حول حجم العمليات التجارية التي تمت بينهما على ألا تجيب على الاطلاع مقابل تعويضها عن الغرامة التي تكبدها²⁶، فالمقاوله تفضل أداء الغرامة -الزهيدة - على فقدان شريك لها.

عموما، فإن حق الاطلاع يمثل حجر الزاوية في نظام المراقبة الضريبية باعتباره حلقة أساسية قبل بدء أية دراسة تحليلية ونقدية للوثائق المحاسبية²⁷، إذ لا بد من جمع المعلومات والتوفر على المستندات والوثائق اللازمة حتى يمكن الاستئناس بها ومقارنتها مع التصريحات المقدمة من طرف الملزم موضوع المراقبة، وبدون هذا الحق قد تجد الإدارة الضريبية نفسها لا تملك أدلة، الشيء الذي يهدد وبشكل مباشر مقتضيات القانون الضريبي.

المبحث الثاني: فحص المحاسبة وحدوده القانونية

يخضع الملزم خلال الفترة الزمنية التي يمارس فيها نشاطه المهني لمجموعة من الالتزامات، إدارية ومالية ثم التزامات محاسبية، فتتجلى الالتزامات الإدارية في مجموع التصاريح المتعلقة بممارسة النشاط أو تغييره أو إنهائه وتتجلى الالتزامات المالية المحاسبية في مسك المحاسبة منتظمة وفق قواعد القانوني المحاسبي الذي يلزم كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة تاجر بمسك المحاسبة وفق أحكام هذا القانون²⁸.

المطلب الأول : ماهية الفحص المحاسبي وتجلياته.

ينظم المشرع المغربي الفحص في المادة 212 من المدونة العامة للضرائب وفق مسطرة محددة وجعل قواعدها تهم كل الضرائب التصريحية (الضريبة على الشركات -الضريبة على القيمة المضافة - الضريبة على الدخل) ثم أضاف المواد 217/216 والتي تنظم على التوالي فحص مجموع الوضعية الضريبية للخاضعين للضريبة ومراقبة الأثمان أو التصريحات التقديرية.

26 - محمد شكيري: " القانون الضريبي المغربي -دراسة تحليلية ونقدية "، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية ، الطبعة الثانية، العدد 59/2005، ص 266.

27 - RICHARD CHOTIN : "le fisc, la petite entreprise et l'expert-comptable : jeux d'acteurs et stratégies judiciaires " Bibliothèque de science financière ,TOME,32,LGDJ,p :103.

28 - مبارك الركبيبي: "المراقبة الضريبية وأثرها على تعديل الأساس الضريبي " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، السنة الجامعية 2010/2009، ص58.

وهو ما يستدعي تحديد ماهية الفحص المحاسبي من حيث نطاق تطبيقه الشخصي والموضوعي والوقوف على بعض الميكانيزمات المعتمدة في عملياته (أولا) وكذلك تحليل أهم تجلياته والقواعد الموضوعية التي تحكمها في المساطر الجبائية بالمدونة العامة للضرائب (ثانيا). بالإضافة إلى الحق الخاص الذي تملكه إدارة الضرائب فيما يتعلق بمراقبة بعض الضرائب كالضريبة على الدخل، ومراقبة الرسوم وواجبات التسجيل (ثالثا).

الفقرة الأولى: ماهية فحص المحاسبة

يندرج الفحص المحاسبي ضمن آليات المراقبة الضريبية ويعد أكثرها أهمية بالنسبة للإدارة الضريبية، يؤطره مبدأ الإقرار أو التصريح التلقائي، لأن الملتزمون في إطار هذا المبدأ هم الذين يقدمون مداخلم ونفقاتهم ثم يقدمون إقرار مفصلا للنتيجة التي حققها سواء أكانت ربح أو خسارة، فالتصريح إذا افتراض أولي لصحة هذا الإقرار.

كما أن التشريع المغربي يعطي حجية للإقرارات الضريبية ويمنع أي تعديل لها خارج مسطرة الفحص بضماناتها القانونية (المسطرة التوجيهية) وهو ما يؤشر على أن الإقرار بمثابة دليل كتابي تستند عليه الإدارة الضريبية لمعرفة الوضع المالي للملزمين²⁹، إلا أن إمكانية إجراء فحص المحاسبة في حالة شك الإدارة في صحة هذا الوضع المالي يجعل التصريح مجرد بداية حجة كتابية، يجب أن يدعمه بوثائق وأوراق تقوي قرينة صحته. هذا الوضع يخالف المنطق القانوني لأن الإقرارات المقدمة في شكل تصريح بمثابة ورقة لها قوة الدليل الكتابي³⁰، كما أن الوثائق المدعمة لهذه الإقرارات سواء كانت سجلات أو دفاتر أو وثائق كتابية خاصة من كل كتابة أخرى تعتبر دليلا كتابيا كذلك³¹.

إذا، ما هو التعريف الدقيق للفحص؟ وما هو نطاقه؟ وكيف تتم عملياته؟ وتحديد ماهية فحص المحاسبة لن يتأتى إلا من خلال وضع السؤال التالي والإجابة عليه: لماذا تقوم الإدارة الضريبية بالفحص وعلى ماذا ينصب؟

انطلاقا من مقتضيات المادة 212 من المدونة العامة للضرائب يتضح أن الإدارة الضريبية تقوم بالفحص من أجل التحقق من صحة البيانات المحاسبية والإقرارات التي أدلى بها الخاضعون للضريبة، ويتأكدون في عين المكان من حقيقة وجود الأموال المدرجة في الأصول، وبالتالي تنصب عملية التحقيق هاته على الإقرارات والمحاسبة

29- "يمكن أن ينتج إقرار الخصم من الأدلة الكتابية" الفصل 416 من قانون الالتزامات والعقود.

30 - زكرياء بيومي: "المنازعات الضريبية" مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الأولى 1990 الصفحة 48.

31 - "الدليل الكتابي ينتج عن ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين.... والوثائق الخاصة من كل كتابة أخرى" الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود.

والأموال المدرجة في الأصول كيفما كانت دعامتها سواء ورقية أو دعامات معلوماتية³².

ومادامت عملية الفحص بحسب الأصل تنصب على المحاسبة فإن نطاق تطبيقاتها يقتصر على الملزمين الذين يسكون محاسبة منتظمة فقط، أما الملزمون الذين لا يملكون أية محاسبة فلا يخضعون للفحص المحاسبي³³.

هكذا حدد المشرع المغربي المقصود بفحص المحاسبة ونطاقه الشخصي والموضوعي، لكن تبقى الطريقة التي يتم بها اختيار المقاولات أو الأشخاص الطبيعيين قصد فحص محاسبي لأنشطتهم غير واضحة ولا يمكن معرفتها إلا من خلال تحديد الأعمال التمهيدية التي تقوم بها إدارة الضرائب في المراقبة عموما والفحص في كل حالة على حدة.

ويبدأ عمل المفتش الفاحص ببحث الوضعية القانونية للخاضع أولاً، بحيث إذا انصب الفحص مثلاً على أصل تجاري فإن المفتش يقوم بتحليل قانوني يشمل تحديد المالك والمكتري، ومبلغ الكراء، وطريقة التنظيم، ومبلغ التسيير، ليصل إلى تحليل المعطيات التي تخص المشغل الفردي والعناصر التي تحدد ثروته، ثم يقوم ثانياً ببحث الوضعية التجارية والمحاسبية من خلال تحديد الوضعية الحقيقية للنشاط وطريقة المقاول في الإنتاج، وقراءة الوثائق المحاسبية كل ذلك لمعرفة عناصر الاستغلال وطبيعة اليد العاملة المستخدمة، والأجور المدفوعة وامتيازات العمال، وأخيراً بحث الوضعية الضريبية من خلال تحديد الضرائب المطلوبة، وطبيعة التصريحات، ثم العمليات المحققة والواجبات التصريحية المقابلة لها، كل هذه الأعمال التمهيدية أو تحضيرية ليس هدفها تطبيق مسطرة نقدية للمحاسبة لأنهما تتم في مكاتب الإدارة الضريبية، بل تهدف إلى توصل المفتش الفاحص إلى تجميع ما أمكن من المعلومات عن المقاولات المقرر فحصها والنقطة التي يمكن أن ينصب عليها الفحص³⁴.

32 - أصبحت الإقرارات الإلكترونية وجوبية ابتداءً من فاتح يناير 2010 بالنسبة للمنشآت التي يفوق أو يساوي رقم أعمالها مائة مليون درهم ابتداءً من فاتح يناير 2011 بالنسبة للمنشآت التي يقل أو يساوي رقم أعمالها 50 مليون دون احتساب الضريبة على القيمة المضافة ونفس الأمر تنص عليه المادة 155 من القانون 70.15 للسنة المالية 2016 والتي أضافت على أنه ابتداءً من فاتح يناير 2017 بالنسبة لجميع المنشآت، باستثناء " المقاولات الخاضعة للضريبة على الدخل وفق نظام الريح الجزافي " المنصوص عليه في المادة 20 من نفس القانون حسب الكيفيات المحددة " بنص تنظيمي.

33 محمد شكيري " القانون الضريبي المغربي دراسة تحليلية ونقدية " سلسلة أعمال ومؤلفات جامعية ، الطبعة الثانية 2005، ص 46.

34 -SAID OCHAKOU : " le contrôle fiscal au Maroc : Organisation et pratique de la vérification de la comptabilité " mémoire pour l'obtention du master, droit et gestion des finances publiques, Université paris I(pantheon -Sorbonne),2006/2007.p :236.

فحص المحاسبة إذا قد يكون -مراقبة مستندية Contrôle sur pièces ويتم داخل مكاتب الإدارة الضريبية ولا يمكن أن ينتج عنه أي تعديل لإقرارات المزمين، وفحص معمق في عين المكان Contrôle sur places وينصب على المحاسبة والوثائق المثبتة لها، هذه العملية الأخيرة هي جوهر عملية الفحص ولذلك غالبا ما يسمى بإسمها - الفحص المحاسبي³⁵.

الققرة الثانية : تجليات فحص المحاسبة

عند عزم الإدارة القيام بمراقبة معمقة لمحاسبة المزم لا بد من سلوك مسطرة دقيقة من شأن عدم احترامها بطلان المسطرة ككل (أ)، والاستعانة بمجموعة من الميكانيزمات (ب).

أ: مسطرة الفحص المعمق

تبدأ عملية الفحص بمجموعة من الأعمال التمهيدية، المتمثلة في اختيار وبرمجة الملفات التي ستخضع لعملية الفحص، قبل المرور إلى سلوك مسطرة دقيقة تؤسس لبداية حوار بين الإدارة الضريبية والمزم.

• الاعمال التمهيدية السابقة لعملية الفحص.

لكي تكون عملية الفحص ناجحة وفعالة، يجب أن تكون المراحل التي تسبقها منظمة ومعقلنة، عن طريق وضع معايير اختيار الملفات وبرمجتها³⁶، والتي تؤدي في النهاية

35 - MOHAMMED NMILI : " Pour un impôt juste : essai sur préalables aux victimes au civisme fiscal ", 1ère édition, Casablanca, Editions Oser, 2011.p :117.

36 - معايير اختيار الملفات:

- حالة وجود تناقضات في تصريحات المقولة أو عند مقارنتها بالمعلومات المتوفرة لدى الإدارة، فبعد إخضاع تلك التصريحات للمراقبة الشكلية والمستندية، قد يظهر للإدارة وجود تناقضات في تصريحات المزم سواء بمقارنة الأرقام المصرح بها مع أرقام السنوات الماضية، أو بمقارنتها مع تصريحات مقولات أخرى تشتغل في نفس النشاط ونفس الظروف.

- أن يكون المزم ضحية وشاية، إما من طرف أشخاص تركوا العمل معه وبالتالي يتوفرون على أدلة قاطعة على ممارسة المزم للتهرب الضريبي، أو من منافس ممارس لنفس النشاط، كان ضحية تصحيحات قاسية دفعته إلى التنازل بسخاء عن معلومات تهم منافسيه.

لكن الوشاية وحدها لا تكفي لإخضاع المزم للفحص المعمق، بل لابد من تدعيمها بمعلومات صحيحة ومؤكدة بوثائق ومستندات تسمح بإمكانية إخضاعها للفحص المعمق.

- حالة استمرار العجز : إن الهدف من كل مقولة هو تحقيق أكبر قدر من الربح في أقل وقت ممكن، وإذا كانت تصريحاتها المتسمة بالعجز مسموح بها في المراحل الأولى لبداية نشاطها، نتيجة صعوبة فهم طبيعة القطاع الذي تشتغل فيه، أو نتيجة صعوبة في التعامل مع الزبناء وكسبهم، أو نتيجة مرورها بمرحلة انتقالية ، لكن استمرارها في التصريح بالعجز بشكل مستمر، ولمدة طويلة يكون مدعاة للشك ويدفع إدارة الضرائب إلى التساؤل حول طبيعة هذا العجز هل هو حقيقي أو مصطنع؟ وبالتالي تصبح إمكانية إخضاعها للفحص واردة جدا.

- برمجة الملفات استنادا على تقارير مفتشية المصالح الجهوية أو المركزية، ذلك أنه عقب أعمال التفتيش الذي تقوم به هذه اللجان، قد يتم اقتراح ملف المقولة للفحص بناء على تقرير مفصل يتضمن نوعية الإعفاءات وتبريرها من الناحية القانونية والواقعية، ويتم إحالة ذلك الملف على مصالح التحقيق بناء على أمر بالفحص.

إلى اختيار الملفات التي تحقق الأهداف المرجوة من عملية الفحص³⁷. ويتم حصر البرنامج السنوي من طرف الإدارة المركزية بناء على اقتراحات المصالح الجهوية المكلفة بالتحقيقات أو مصالح الوعاء، فقبل نهاية كل سنة بأشهر قليلة، يدعوا المدير العام للضرائب المدراء الجهويين إلى وضع برنامج للمراقبة يدرجون فيه مختلف الملزمين المشبوه في مخالفتهم للقانون الضريبي، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

ويكلف المدراء على صعيد كل مصلحة جهوية المصالح المختصة بالوعاء بإعداد لائحة الملزمين الذين سيخضعون للفحص انطلاقا من الملاحظات التي استقوها إبان قيامهم بالمراقبة الشكلية والمستندية، وتضم هذه اللائحة، الأسماء الكاملة للملزمين وطبيعتهم، وعنوانهم وأرقام معاملاتهم المنجزة خلال الفترة غير المتقدمة والنتيجة المصرح بها، وأخر سنة تمت مراقبتهم فيها. وتحال هذه اللوائح على الأقسام الفرعية التي تعمل على وضع مقابل كل إسم علامة هي عبارة عن أرقام (1 أو 2 أو 3) تعبر عن الأولوية التي ترتبها هذه الأقسام لمراقبة الملف المعني³⁸، ثم تحال إلى المدير الجهوي لإدلاء ملاحظاته وآرائه التي تهتم ملفات معينة، وبمجرد إبداء هذه الملاحظات يتم توجيه اللوائح إلى المديرية العامة للضرائب التي تبقى لها الكلمة الأخيرة للمصادقة عليها، وذلك بعد إدخال التعديلات التي تراها مناسبة سواء بإضافة ملزمين آخرين أو بحذف آخرين.

• - مراحل فحص المحاسبة.

تعد مسطرة الفحص من أهم المساطر التي نظمتها المدونة العامة للضرائب، أحاطتها بكثير من الشكليات، بهدف عدم المساس بالحريات الفردية للمكلفين، والتي يمكن توضيحها كما يلي:

1- الإشعار بالفحص:

تنص الفقرة الأولى من المادة 212 من المدونة العامة للضرائب على أنه " إذا قررت الإدارة القيام بفحص محاسبية تتعلق بضريبة أو رسم معين، وجب تبليغ إشعار بذلك إلى الخاضع للضريبة وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أدناه قبل التاريخ المحدد للشروع في عملية الفحص بخمسة عشرة (15) يوما على الأقل". والهدف من هذا الإشعار، هو تمكين الملزم من إعداد الوثائق اللازمة للفحص ووضعها

- وهذا ما جعل السيد نوردين بنسودة المدير العام للضرائب السابق، يصرح في أحد حواراته الصحفية، أن معيار³⁷ الانتقاء يختلف حسب شكل البرمجة، فالملفات التي ستخضع للفحص هي تلك التي تؤدي مراقبتها إلى اكتشاف تناقضات أو مخالفات أو أخطاء جسيمة، تؤدي إلى اختلافات بين رقم الأعمال وهامش الربح أو إجمالي الربح - L'hebdomadaire : L'économiste, édition électronique du 07/03/2005, exploit et carrière " comment le fisc vous pist ?". Entretien exclusif avec le directeur général des impôts

38 - إبراهيم الشيكري: "المراقبة الجبائية لصدق المحاسبة، تحديد مفهوم المحاسبة الغير منتظمة وحدود السلطة التقديرية للإدارة" ندوة العمل القضائي والمنازعات الضريبية، دفاتر المجلس الأعلى للحسابات، عدد 2009/8، ص 84.

رهن إشارة المفتش الفاحص، ويعد الأجل المحدد كافيا كما أنه من القواعد الأمرة ، يترتب عن مخالفتها بطلان مسطرة الفحص برمتها، وهو بذلك يعد ضمانا مهمة لصالح الملمزم، ضد عمليات الفحص المفاجئة³⁹. وتقتصر عملية توجيه الإشعار على فحص المحاسبة دون عملية فحص الوضعية الضريبية الإجمالية للخاضع للضريبة، وغيرها من حالات مراقبة هذا الأخير، الذي يوجد تحت النظام الجزافي، والحالات التي لا تراقب فيها الإدارة محاسبة الخاضع للضريبة⁴⁰.

لكن بمجرد قراءة متأنية لنص المادة 212 من المدونة العامة للضرائب يستنتج منها أن الإشعار بالفحص يكون ملزما للإدارة كلما تعلق الأمر بفحص المحاسبة سواء كانت ممسوكة من طرف الخاضعين للضريبة وفق النظام الجزافي أو النتيجة الصافية الحقيقية أو النتيجة الصافية المبسطة، وذلك لكون الإلزام في نص المادة المذكورة جاء عاما، أي كلما تعلق الأمر بفحص محاسبة بغض النظر عن النظام الخاضع له الملمزم.

2- مكان إجراء الفحص:

تجري عادة عملية الفحص في المكان الذي يزاول فيه الخاضع للضريبة نشاطه، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 212 من المدونة العامة للضرائب⁴¹.

ويعد التنصيص على القيام بعملية الفحص في المحل الرئيسي للخاضع للضريبة إجراء سليم ومنطقي، وذلك نظرا لكون محاسبة المؤسسة تتضمن كفايا وثائق وفواتير عديدة، عادة ما تستغرق مدة أربع سنوات محاسبية أو تزيد عن ذلك في حالة مراقبة بعض الاستخدامات أو حالات ترحيل العجز من سنة محاسبية لأخرى، وبالتالي لا يمكن نقلها إلى مكاتب المفتش دون تعرضها للإتلاف.

3- مدة الفحص

يعد تحديد مدة الفحص من الضمانات الأساسية للخاضع للضريبة، والذي قد تشكل طوال مدة تواجد المفتش الفاحص بمقاولته ضيقا وضغطا نفسيا عليه⁴²، ومدة الفحص المنصوص عليها في المدونة العامة للضرائب⁴³، وهي كالتالي:

39 - عبد الغني خالد: "المسطرة في القانون الضريبي المغربي" مرجع سابق، ص: 145.

40 - باستثناء عملية مراقبة الأملاك المتعلقة بالدخول الزراعية المنصوص عليها في المادة 215 من المدونة العامة للضرائب، حيث تنص على ضرورة إعلام الخاضع للضريبة 30 يوما قبل تاريخ الزيارة.

41- تنص هذه الفقرة على أنه "تقدم الوثائق المحاسبية بحسب الحالة في محل المواطن الضريبي أو المقر الاجتماعي أو المؤسسة الرئيسية للخاضعين للضريبة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المعنيين إلى أعوان إدارة الضرائب الذين يتحققون من صحة البيانات المحاسبية والإقرارات التي أدلى بها الخاضعون للضريبة ويتأكدون في عين المكان من حقيقة وجود الأموال المدرجة في الأصول.

42- سفيان أدريوش ورشيدة الصابري: " تصحيح الأساس الضريبي" دراسة مقارنة، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، ماي 2002، ص: 59.

43 - هذه المقتضيات نص عليها أول مرة قانون مالية سنة 2004.

- أكثر من ثلاثة أشهر بالنسبة للمنشآت التي يعادل أو يقل مبلغ رقم معاملاتها المصرح به في حساب الحاصلات والتكاليف برسم السنوات المحاسبية الخاضعة للفحص عن خمسين (50) مليون درهم دون احتساب الضريبة على القيمة المضافة.
- أكثر من ستة أشهر بالنسبة للمنشآت والتكاليف برسم إحدى السنوات المحاسبية الخاضعة للفحص خمسون (50) مليون درهم دون احتساب الضريبة على القيمة المضافة.

لا يدخل في مدة الفحص كل توقف ناتج عن تطبيق المسطرة المنصوص عليها في المادة 229 من المدونة العامة للضرائب والمتعلقة بعدم تقديم الوثائق المحاسبية⁴⁴. وإذا كان المشرع قد ألزم الإدارة بضرورة إشعار الملزم بانتهاء عمليات الفحص، وفق الشكل المنصوص عليه في المادة 219 من نفس المدونة، فإن هذا الإعلام غير كافي للقول بإثبات المدة القانونية للفحص، ذلك أنه إذا كان من الممكن إثبات انتهاء عملية الفحص، فإن المشرع لم ينص على أي إجراء معين لإثبات عملية بدء الفحص⁴⁵ (كحضر يوقعه الطرفان يؤرخ لتاريخ بداية عملية الفحص)، مما قد يطرح إشكالا على مستوى تحديد المدة، كالحالة التي لا تبدأ فيها الإدارة عمليات الفحص بعد خمسة عشرة يوما(15) من توجيه الإشعار بالفحص لسبب من الأسباب. وإن كنا نعتقد أن أجل احتساب مدة الفحص يبدأ بعد توجيه الإشعار بخمسة عشرة يوما (15) سواء بدأت الإدارة عملية الفحص في تلك التاريخ أم لا، ومن شأن تجاوز الإدارة للمدة المحددة، بطلان مسطرة التصحيح، فما بني على باطل فهو باطل.

كما يمكن للخاضع للضريبة أن يمنع إتمام عملية المراقبة في حال تجاوز مدة ثلاثة أو ستة شهرا، دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية اتجاهه لأنه يكون قد طبق القانون.

ب - ميكانيزمات الفحص المعمق

يتوجه المفتش المحقق رفقة رئيس الفرقة لمقر المقاول، في اليوم والساعة المحددين في الإشعار بالفحص، حيث يلتقيان رئيسهما أو المتصرف بها أو محاسبها، ويدور بينهم حوار حول طبيعة النشاط المهني للمقاول ومختلف العمليات المرتبطة بالإنتاج والتسويق وعلاقات المقاول بالزبناء والموردين، وأفاق تطورها والمشاكل التي تعترضها.

الهدف من هذا الحوار، هو تكوين صورة أولية عن طريق الوضعية القانونية والمالية والاقتصادية للمقاول، ويختم هذا الحوار بجولة عبر مختلف مرافق المقاول ومكاتبها، سواء تلك المرتبطة بالإدارة أو وسائل الإنتاج أو المخازن، وذلك للتأكد من مختلف

44 - انظر المادة 212 من المدونة العامة للضرائب..

45 - خصوصا إذا كانت عملية الفحص لاحقة للتاريخ المحدد في الإشعار بالفحص .

وسائل الإنتاج وأصول المقاوله، بعدها مباشرة يكون هناك اجتماع بين المفتش المحقق والمحاسب حول أساليب مسك المحاسبة، قبل البدء بشكل فعلي في فحصها⁴⁶. ويعتبر هذا الحوار الأولي ذا أهمية كبيرة، بالنظر لما يوفره من فرص بناء جو من الثقة المتبادلة بين المقاوله والمفتش، ويكون هذا الأخير صورة عن مجموع ظروف نشاط المقاوله الداخلية والخارجية قبل البدء في عمليات فحص المحاسبة التي تشمل، حسابات الميزانية (أ) وحسابات العائدات والتكاليف(ب).

أ- فحص حسابات الميزانية

للتأكد من صحة التسجيلات الواردة في حسابات الميزانية يتوفر المفتش المحقق على عدة أساليب للفحص، ويشمل فحص حسابات الميزانية كلا من حسابات الأصول (1) وحسابات التكاليف(2).

1 - فحص حسابات الأصول:

الأصول الثابتة	الأصول المتداولة
قيم معدومة	حساب المخزونات
الأصول الثابتة المادية	حساب الزبناء
الأصول المالية الثابتة	أما باقي المراكز المحاسبية الأخرى التي تدخل ضمن حسابات الأصول المتداولة فنجد حساب المستخدمين، حسابات مدينة (في حالة المبالغ الضريبية على القيمة المضافة التي لم يتم استرجاعها) ⁴⁷ .

2) فحص حسابات التكاليف.

يتكون هذا الحساب من مجموعة من المراكز المحاسبية:

حسابات التمويل الدائم:	حسابات الخصوم المتداولة:
رفع رأسمال المقاوله أو الرأسمال الشخصي: حيث يعمل المفتش على التحقق من ذلك عبر دراسة محاضر الزيادة أو التخفيض في رأسمال المقاوله ومدى خضوعها لحقوق التسجيل	حسابات ديون الخصوم المتداولة: بمعنى مختلف الديون المسجلة على المقاوله برسم مشتريات وخدمات لم تدفع مقابلها في نهاية السنة المحاسبية.
كما يتأكد من توفر شروط تكوين الاحتياطات، والتي غالبا ما تنص القوانين الأساسية على تشكيلها في حدود 5% من الأرباح إلى أن يصل 10% من رأسمال الشركة، كما يفحص باقي الاحتياطات الأخرى، وتقويم الحصص العينية المساهمة في	حساب الشركاء الدائنين: ويتعلق هذا الحساب بالديون المستحقة للشركاء والمساهمين من جراء التسبيقات التي قاموا بها لفائدة المقاوله

46 - رشيدة الصابري: "مسطرة تصحيح الضريبة على ضوء كتاب المساطر الجبائية"، أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المحكمة الإدارية بوجدة، مرجع سابق، ص82..

47 - محمد شكيري: "القانون الضريبي المغربي، دراسة تحليلية ونقدية" مرجع سابق، ص437 و435.

	رأسمال المقاوله، بالإضافة إلى المخصصات بهدف التأكد من عدم تحويل غرضها أو أنها أصبحت بدون أهداف ⁴⁸ .
--	--

عموما يمكن القول أن فحص حسابات الميزانية لا يكفي للإحاطة الشاملة بعناصر الأسس المصرح بها على مستوى النتيجة الضريبية، وإنما يتوجب فحص حساب العائدات والتكاليف أيضا.

ب- حساب العائدات والتكاليف:

تعكس هذه الحسابات نشاط المقاوله خلال السنة المحاسبية، وتتفرع إلى مجموعة من المراكز المحاسبية، وتنعكس الإخلالات المرتبطة بهذه الحسابات على هامش الربح الذي تحققه المقاوله، لذلك يولي المفتش الفاحص أهمية كبيرة للتحقق من صحة التقييدات الواردة بها. وتنقسم هذه الحسابات إلى قسمين كبيرين، حساب التكاليف (1) وحساب العائدات (2).

1- حساب التكاليف وهو: (الكراءات والتكاليف المرتبطة بها + أقساط التأمين+حساب تكاليف المستخدمين+ حساب التكاليف المالية غير الجارية)

2- حساب العائدات ويتكون من: (حساب المبيعات+ حساب عائدات التوظيفات المالية+ حساب العائدات غير الجارية)

هذه إذن مجموع المراحل التي تمر منها عملية المراقبة والميكانيزمات التي تقوم عليها، ويظهر من خلالها مدى ثقل المهام الملقاة على عاتق المفتشين الذين يتحتم توفّرهم على كفاءة عالية والإلمام بمجمل العلوم المرتبطة بهذا الميدان، وإلى جانب الفحص المعمق، خصت المدونة العامة للضرائب مجموعة من المقترضات الضريبية بمراقبة خاصة والأمر يتعلق بمراقبة الدخول الفلاحية ومراقبة مجموع وضعية الملزم.

المطلب الثاني: نتائج ممارسة فحص المحاسبة

بعد انتهاء ممارسة حق الفحص بشقيها المستندي والمعمق، غالبا ما تفضي إلى تصحيح الأسس الضريبية وذلك في حالة عدم رفض المحاسبة، وإذا كانت تشوبها بعض الاختلالات التي لا تمس من صديقتها (الفقرة الأولى). أما في حالة مخالفة المقترضات الخاصة بالفحص فغالبا ما يتم اللجوء إلى آلية الفرض التلقائي للضريبة (الفقرة الثانية).

48 - رشيدة الخير: " المراقبة الجبائية، مسطرة المعاينة في عين المكان" الطبعة الأولى، 2007، الرابض، ص80.

الفقرة الأولى: تصحيح أساس فرض الضريبة.

يمكن للإدارة الضريبة أن تباشر عملية تصحيح الأساس الضريبي مباشرة بعد عملية الفحص، كما يمكنها أن تقوم بذلك دون اللجوء إلى مسطرة الفحص، وذلك بناء على المعطيات التي تحصل عليها من خلال إجراءات التحري والمراقبة، أو من خلال عملية فحصها للوضعية الضريبية للخاضع للضريبة⁴⁹.

ويتم تصحيح الأساس الضريبي وفق مسطرة تسمى المسطرة التوجيهية، مبنية على قواعد ملزمة لكل من الإدارة الضريبية والخاضع للضريبة، حيث تعرض الإدارة الضريبية، والخاضع للضريبة، مواقفهما وملاحظتهما بغية التوصل إلى اتفاق حول الأساس الضريبي الجديد⁵⁰. وقبل التطرق لمراحل مسطرة تصحيح الأساس الضريبي، يجدر بنا الوقوف لتوضيح الفرق بين المسطرة العادية لتصحيح الأساس الضريبي المنصوص عليها في المادة 220 من المدونة العامة للضرائب، والمسطرة السريعة لتصحيح الأساس الضريبي، المنصوص عليها في المادة 221 من المدونة العامة للضرائب، والذي يظهر عند عرض النزاع على اللجان الضريبية فقط، ذلك أنه بالنسبة للمسطرة السريعة، يتم فرض الضريبة استنادا إلى الأسس التي تم تبليغها في الرسالة الثانية مع الاحتفاظ بحق المنازعة أمام اللجان الضريبية، إلا بعد صدور قرار نهائي عن هذه اللجان⁵¹.

وسواء تعلق الأمر بالمسطرة العادية أو المسطرة السريعة لتصحيح الأساس الضريبي، تسري مسطرة التصحيح الأساس الضريبي على مرحلتين، هما موضوع الرسالة الأولى (أولا)، والرسالة الثانية (ثانيا).

أولاً: الرسالة التبليغية الأولى.

عند عزم المفتش على تصحيح أساس فرض الضريبة، لا بد من تبليغ رسالة إلى الخاضع للضريبة يخبره فيها، بأسباب التصحيح المزمع القيام به وطبيعته وتفاصيل مبلغه فيما يخص الضرائب الرئيسية الثلاث، ثم الأساس الجديد الواجب اعتماده وعاء لتصفية واجبات التسجيل وكذا مبلغ الواجبات التكميلية الناتجة عن الأساس المذكور، ويمتع الخاضع للضريبة للإدلاء بملاحظاته بأجل 30 يوما من تاريخ تسلم الرسالة. وغني عن البيان أن الأسس التي تم تبليغها إلى الخاضع للضريبة يجب أن تكون معللة من الناحية القانونية والواقعية تحت طائلة اعتبار المسطرة باطلة⁵². كما يترتب نفس

49 - حسن العفوي: "المنازعة الضريبية أم القضاء بين التأسيس والتحصيل" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 70 شتنبر- أكتوبر 2006، ص15.

50 - عبد القادر التيعلائي: "النزاع الضريبي في التشريع المغربي" دار النشر المغربي، البيضاء، 1997، ص 76.

51 - رشيدة الصابري: "مسطرة تصحيح الضريبة على ضوء كتاب المساطر الجبائية" أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المحكمة الإدارية بوجدة، مرجع سابق، ص84.

52 - سفيان أدريوش، ورشيدة الصابري: "تصحيح الأساس الضريبي، دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 95.

الجزء في حالة عدم تضمين الرسالة حق الخاضع للضريبة في الإدلاء برأيه في تلك الأسس سواء بالقول أو الرض داخل أجل 30 يوما الموالية لتاريخ التسلم⁵³.

ثانيا: الرسالة التبليغية الثانية

تأتي هذه الرسالة في إطار استمرار الحوار الذي تعتمد عليه المسطرة التوجيهية بين الإدارة الضريبية والخاضع للضريبة، بحيث يتعين على مفتش الضرائب أن يرسل إلى الملزم رسالة تبليغية ثانية داخل أجل 60 يوما من تسلم الرد، يخبره فيها بأسباب الرض الكلي أو الجزئي للملاحظات التي قدمها، كما تحتوي الرسالة على الأساس الجديد الذي يرى مفتش الضرائب الاعتماد عليه، مع إخباره بأن الأساس المقترح سيعتمد لحساب مبلغ الضريبة بصفة نهائية إذا لم يقدم طعنا إلى اللجنة المحلية لتقدير الضريبة داخل أجل 30 يوما الموالية لتاريخ تسلم رسالة التبليغ الثانية⁵⁴.

الفقرة الثانية: الرض التلقائي للضريبة

تأتي سلطة الرض التلقائي الأحادي للضريبة كجزء عن عدم قيام الخاضع للضريبة بالتزاماته (أولا)، وذلك بعد سلوك المسطرة المنصوص عليها في المدونة العامة للضرائب (ثانيا).

أولا: أسباب الرض التلقائي للضريبة

تختلف أسباب فرض الضريبة بصورة تلقائية، إلى أسباب راجعة إلى غياب إقرارات الخاضع للضريبة أو نقصانها، وأخرى ناتجة عن إعمال حق المراقبة.

أ- الرض التلقائي كجزء عن غياب التصريح أو نقصانه

تنص المادة 228 من المدونة العامة للضرائب على " فرض الضريبة بصورة تلقائية عن عدم تقديم الإقرار بالحصيلة الخاضعة للضريبة أو مجموع الدخل أو الأرباح أو رقم الأعمال أو عدم تقديم العقود أو الإتفاقات " أو عدم تتميم إقراره بعد إعلامه من طرف الإدارة. كما تلجأ إدارة الضرائب إلى الرض التلقائي للضريبة إذا قام الملزم بإيداع التصريح خارج الأجل.

ب- الرض التلقائي للضريبة عقب إجراء الفحص المعمق

هناك سببين رئيسيين من شأنهما أن يدفع الإدارة الضريبية إلى استبعاد تصريحات الملزم وهما، عدم تمكنها من إجراء الفحص لمحاسبة الملزم، والثاني اكتشاف المفتش

53 - عزيزة هندرس: "المساطر الضريبية بين القانون والتطبيق"، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2011، ص 53.

54 - أنظر المادة 220، الفقرة II، من المدونة العامة للضرائب.

بعد إجراء عملية الفحص، إخلالات خطيرة تشوب محاسبة الملزم، الشيء الذي يستوجب معه استبعادها، واستبعاد التصريحات معها، وفرض في المقابل الضريبة بصورة تلقائية بعد سلوك إجراءات المسطرة التوجيهية .

ثانيا : مسطرة الفرض التلقائي للضريبة

تختلف مسطرة فرض الضريبة بصورة تلقائية بحسب ما إذا كان هذا الفرض ناتج عن عدم إيداع التصريحات أو نقصانها، أو حالة رفض إجراء المراقبة (1)، لكن أهم ما يستحق النقاش في مسطرة الفرض التلقائي – وباقي المساطر الجبائية – هي مسألة التبليغ (2).

1 - سريان مسطرة الفرض التلقائي

تظل مسألة فرض الضريبة بصورة تلقائية، مقيدة بمجموعة من الإجراءات، الواجب إتباعها من طرف الإدارة الضريبية، تبتدئ بتوجيه رسالة إلى الخاضع للضريبة تطلب فيها من الخاضع للضريبة، إيداع أو تتميم إقراره، أو عقده أو دفع المبالغ المحجوزة، والتي كان من المفروض جزها، وذلك داخل أجل 30 يوما الموالية لتاريخ تسلم الرسالة المذكورة. وإذا لم يقم الخاضع للضريبة بتنفيذ الالتزام الوارد في الرسالة الأولى، خلال الأجل الوارد بها، أبلغته الإدارة في رسالة ثانية، وفق الأسس التي قدرتها والتي على أساسها ستفرض الضريبة، إذا لم ينفذ الالتزامات الواردة في الرسالة الأولى خلال أجل 30 يوما من تسلم الرسالة الثانية⁵⁵.

هذه الإجراءات هي نفسها المتبعة في حالة رفض الخضوع للمراقبة، أو في حالة عدم تقديم الوثائق المحاسبية، مع وجود فارق متمثل في تقليص آجال الرد على الرسالة الأولى والثانية من 30 يوما في الحالات الأولى، إلى 15 يوما في الحالة الثانية⁵⁶.

ويبقى أهم فارق بين مسطرة الفرض التلقائي للضريبة بصورة تلقائية عن عدم تقديم الإقرار بالحصيلة الخاضعة للضريبة، أو مجموع الدخل، أو الأرباح، أو رقم الأعمال، أو عدم تقديم العقود والاتفاقات المنصوص عليها في المادة 228 من المدونة العامة للضرائب ومسطرة فرض الضريبة بصورة تلقائية على مخالفة الأحكام المتعلقة بتقديم الوثائق المحاسبية، وحق المراقبة المنصوص عليها في المادة 229 من المدونة العامة للضرائب هو معرفة الخاضع للضريبة بالأسس المقدره من طرف الإدارة، والتي على أساسها ستفرض الضريبة، في الرسالة الثانية الموجهة إليه⁵⁷ إذا تعلق الأمر بالمسطرة المنصوص عليها في المادة 228 من المدون العامة للضرائب.

55 - أنظر نص المادة 228 من المدونة العامة للضرائب.

56 - أنظر نص المادة 229 من المدونة العامة للضرائب.

57 أنظر الفقرة الثانية من المادة 228 من المدونة العامة للضرائب.

أما في المسطرة المنصوص عليها في المادة 229 من المدونة العامة للضرائب، فإن الخاضع للضريبة لا يعرف في الرسالة الثانية، إلا كونه سيتعرض للغرامة المنصوص عليها⁵⁸، حيث تعمل الإدارة على فرض الضريبة بصورة تلقائية مباشرة بعد انتهاء أجل 15 يوما المحددة ودون سابق إنذار، ولن يعلم بتلك الأسس إلا بعد إصدار جدول تحصيل الضريبة، فالفرض التلقائي إذن لا يكتسي أي طابع تواجهي، لأن تبليغ الإدارة الخاضع للضريبة بالأسس الضريبية محل الفرض التلقائي للضريبة ليس من شأنه أن يفتح حوار بين الإدارة والخاضع، وهو ما تتميز به مسطرة التصحيح، فهي لا تدعوه إلى الموافقة أو إبداء ملاحظاته بشأن الأساس المقترح لربط الضريبة، بل مجرد دعوة أو تذكير من الإدارة للخاضع للضريبة بالتزاماته الجبائية عند تجاهله لها.

2- التبليغ في المدونة العامة للضرائب

تعتبر إجراءات التبليغ كما أشرنا سلفا مكنة قانونية شكلية تتبلور بواسطتها الطبيعة التوجيهية لمسطرة التصحيح الضريبي على أرض الواقع، لذلك فالتبليغ كضمانة إجرائية يعد الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها للإدارة الضريبية والملزم تبادل المراسلات والتعبير عن مواقفهم.

وطرق التبليغ التي تسلكها الإدارة في إطار مباشرتها لإجراءات التصحيح -كما هو الشأن لباقي المساطر الجبائية- كانت محلا لعدة تعديلات نتيجة الإشكالات العملية التي أبان عنها تطبيق النصوص القانونية المنظمة لطرق التبليغ في هذا المجال، لهذا نجد أن المشرع المغربي عمل على جمع المقترضات المتعلقة بالمراقبة والمنازعات في وعاء الضريبة داخل كتاب المساطر الجبائية الذي تضمنته المادة 22 من قانون مالية 2005⁵⁹. وهكذا أصبحت المادة 10 من الكتاب المذكور هي المرجع الوحيد فيما يتعلق بمسطرة التبليغ في القانون الضريبي المغربي.

ثم بعد ذلك كان آخر تعديل كرسه المشرع في المادة 219 بالكتاب الثاني من المدونة العامة للضرائب لسنة 2007 والذي حدد بموجبه المساطر الجبائية⁶⁰، فحسب مقتضيات المادة 219 من كتاب المساطر الجبائية تقوم الإدارة الضريبية بتبليغ الملزم في العنوان المحدد من قبله في إقراراته أو عقوده أو مراسلاته المدلى بها إلى مفتش الضرائب التابع له مكان فرض الضريبة عليه، وذلك برسالة مضمونة الإشعار بالتوصل، أو بواسطة المأمورين المحلفين التابعين لإدارة الضرائب، أو أعوان كتابة الضبط أو المفوضين القضائيين أو بالطرق الإدارية.

58 - أنظر المادة 191 الفقرة الأولى، من المدونة العامة للضرائب.

59 - الجريدة الرسمية عدد 5278 ص 4162.

60 - قانون المالية 2007 الجريدة الرسمية عدد 5487 بتاريخ فاتح يناير 2007.

خاتمة :

تمارس الإدارة الجبائية حقها في مراقبة تصريحات الملزمين، مقابل نظام الإقرار المعتمد في تحديد الأساس الذي تفرض عليه الضريبة، وذلك للتأكيد صحة البيانات التي تم الإدلاء بها من طرف الملزم ومدى مطابقتها للعمليات التي قام بها بناء على المعطيات المتوفرة لدى الإدارة من خلال عملية المراقبة. وتتجلى سلطة الإدارة الجبائية في مراقبة ملزميها وتحري مدى صدق عقودهم وتصريحاتهم، ولها في ذلك عدة آليات منها آلية المعاينة في عين المكان، والتي تعتبر من بين المساطر المستجدة للمراقبة الضريبية، ثم آلية حق الاطلاع لجمع المعلومات، وهذين الآليتين هما لجمع المعلومات في سبيل القيام بحق فحص المحاسبة، باعتباره آلية تقنية متخصصة للمراقبة الضريبية، تجسد ثنائية (الإقرار-المراقبة) التي تؤطر العلاقة بين الإدارة الضريبية والملزمين، لذلك ينظم المشرع المغربي فحص المحاسبة وفق مسطرة محددة وجعل قواعدها تهتم كل الضرائب التصريحية (الضريبة على الشركات - الضريبة على القيمة المضافة - الضريبة على الدخل) ثم أضاف المواد 217/216 والتي تنظم على التوالي فحص مجموع الوضعية الضريبية للملزم في نطاق الضريبة على الدخل وإعادة تقييم الأمانة والقيم بالنسبة لضريبة التسجيل.

وفي المقابل قيد المشرع حق المراقبة بكل آلياتها بجملة من الإجراءات والشكليات لأن مقابل كل حق التزام، والوجه المقابل لحق الإدارة في المراقبة وفق هذا التصور يقتضي احترام مجموع الإجراءات التي تنظم آليات المراقبة، ثم أن الالتزامات المقيدة لمساطر المراقبة الضريبية تعد في حقيقتها الإجرائية والموضوعية بمثابة ضمانات للملزمين قصد حماية حقوقهم اتجاه إدارة الضرائب وبالتالي فإن التوازن المنشود في علاقة الإدارة الضريبية بالملزمين يجب أن يمر حتماً بين واجبات الملزم وحقوقه لكي لا تطغى الواجبات والالتزامات على الحقوق ويصبح هذا الأخير في وضعية هشّة تجعله تحت رحمة الإدارة.

وعليه، فإن المراقبة الضريبية مهما بلغت من الدقة والأهمية تبقى مرتبطة بمدى قابليتها للتطبيق، ففوة الإدارة الضريبية لا تكمن فيما يوفره لها القانون من سلطات بل يبقى الأهم هو مدى قدرتها على تفعيل هذه السلطات على أرض الواقع بالإضافة إلى بلوغ الأهداف المرجوة منها. ومن هنا نطرح التساؤل التالي: ماهي نقطة القوة والضعف التي تتميز بها المراقبة الضريبية بالمغرب؟ وماهي الإشكالات التي تعاني منها وسبل إصلاحها؟.

تضريب التجارة الإلكترونية والتحديات المستقبلية للسياسة الجبائية¹

محمد بنسعيد

باحث بمركز دراسات الدكتوراه "القانون والاقتصاد"
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

■ الملخص :

في إطار العولمة والتطور التكنولوجي الهائل الذي يعرفه عالمنا اليوم، برزت للوجود العديد من القضايا الجبائية الحديثة التي أثرت سلبا على الإيرادات الجبائية، حيث أصبحت النظم الجبائية لمختلف الدول عاجزة عن مسايرتها، وفي مقدمتها التحديات التي تفرضها التجارة الإلكترونية، فجلّ الأعمال أصبحت تنفذ بطريقة إلكترونية من خلال شبكة الانترنت، التي اخترقت الحدود السياسية والجغرافية بين الشعوب والدول، ورغم المزايا الكبيرة التي جلبتها هذه الشبكة، إلا أنها خلقت تحديّ كبير أمام الإدارة الجبائية، خاصة في ما يتعلق بالمعاملات في التجارة الإلكترونية. وعليه، تسعى هذه الدراسة إلى الوقوف على هذه الظاهرة وتحليلها، من خلال رصد التحديات والمعوقات التي تواجه فرض الضرائب على المعاملات الإلكترونية، وانقسام الفقه القانوني بين مؤيد ورافض للفكرة، مع بسط الحلول المقترحة التي سبقت لمعالجة المعاملات الإلكترونية جباييا.

الكلمات الدالة : التجارة الإلكترونية - السياسة الجبائية - الهيكل الضريبي - ضريبة الوحدة الرقمية.

¹ - أصل الدراسة مداخلتة تمت المشاركة بها خلال فعاليات الندوة العلمية الدولية في موضوع "الضريبة، الدولة، القانون والمجتمع : التطور التاريخي، إكراهات الحاضر وتحديات المستقبل"، التي انعقدت بالقطب الجامعي بقلعة السراغنة، جامعة القاضي عياض، يومي 10 و 11 فبراير 2020، تحت إشراف مركز تكامل للدراسات والأبحاث/المغرب ومؤسسة هانس زايدل الألمانية.

■ المقدمة :

يعود الحديث عن الضرائب إلى الكتابات الأولى للفكر الاقتصادي، باعتبارها أحد أهم مصادر الدخل للدولة. فقد ذكر رجل المالية الفرنسي الشهير Jean Baptiste Colbert (1619-1683) في مؤلفه فنّ الضريبة "The art of taxation"، أن الدولة تسعى في جباية الضرائب: "إلى جمع أكبر عدد ممكن من الإوز لضمان الحصول على أكبر كمية من الريش، بأقل جهد ممكن"، مشدّها على الممولين بالإوز. ورغم مرور وقت طويل، تظل مقولة Colbert صحيحة²، مع وجود فارق جوهري. فقد كان الأفراد في القرن السابع عشر مثل الإوز لا يعرفون الطيران، إلا أنهم الآن بإمكانهم الطيران في أي اتجاه باستخدام آليات التكنولوجيا الحديثة التي أفرزت لنا نمطا جديدا في المعاملات يطلق عليه التجارة الإلكترونية³.

²- روي أن جول مازاران Jules Mazarin الحائز على دكتوراه في القانون عام 1622 وثنائي كبير وزراء لويس الرابع عشر، قال للملك وهو على فراش الموت "مولاي، إني مدين لك بكل شيء، ولكنني أدفع ديني...باعتناك كولبير" وفي هذا الكلام دليل على حكمة Colbert Jean baptiste Colbert في أمور الدولة، والذي إبان عهد لويس الرابع عشر والمناصب العليا التي منحت له قصد تطوير الدولة الفرنسية، بدأ بفحص أساليب مانهى القروض الذين يجنون الضرائب، ويزوّدون الجيش بالسلاح، والملابس، والطعام، ويقدمون الديون للإقطاعيين أو لخزانة الدولة. وكان بعض هؤلاء المصرفيين، يعدلون الملك ثراء. فبلغت ثروة صمويل برنار Samuel Bernad مثلاً 33.000.000 جنيه. وقد أثار الكثيرون منهم حنق النبلاء بالزواج من طبقتهم، وبشراء ألقاب الشرف أو اكتسابها، وبالعيش في ترف لا يقوى عليه من لا يملكون غير عراقة النسب. وكانوا يتفاوضون فائدة على قروضهم تصل إلى 18% حسب درجة الشك في الوفاء بالقروض. وبناء على طلب كولبير Colbert، شكّل الملك "غرفة عدالة" للتحقيق في جميع المخالفات المالية التي ارتكبت منذ 1635، والتي اقترفها "أي شخص أيا كانت صفته أو حالته" وطلب إلى جميع موظفي الخزانة، وجباة الضرائب، وأصحاب المداخل أن يقدّموا سجلاتهم وبيّنوا شرعية مكاسبهم، وفرض على كل منهم أن يثبت نظافة يده وإلا كان جزاؤه المصادرة وغيرها من العقوبات. وبثت الغرفة موظفيها في طول فرنسا وعرضها وشجعت المخبرين. وأودع السجن عدة رجال أغنياء، وأرسل البعض إلى مراكز تشغيل الأسرى، وشنق البعض الآخر. وصعقت الطبقات العليا لهذا "الإرهاب الكولبيري"، أما الطبقات الدنيا فصعقت له استحساناً. ونظم رجال المال في برجنديا حركة تمرد على الوزير، ولكن جماهير الشعب شهروا السلاح في وجوههم، ولقيت الحكومة عنفاً في إنقاذهم من غضب الشعب. ورد للخزانة نحو 150.000.000 من الفرنكات، وخفف خوف العقاب فساد المالية جيلا كاملا. مأخوذ من الشبكة العنكبوتية عبر الرابط الإلكتروني :

<https://www.marefa.org/%D8%AC%D8%A7%D9%86-%D8%A8%D8%A7%D8%AA%D9%8A%D8%B3%D8%AA%D9%83%D9%88%D9%84%D8%A8%D9%8A%D8%B1->

تاريخ الزيارة : 01.02.2020 على الساعة 12 و45

³- تعود بدايات نشاطات التجارة الإلكترونية إلى ستينات القرن الماضي، حين عرفت الأوساط التجارية نظام مزود الخدمة في إطار الارتباط بين الشركات الكبرى وفروعها "Supply Chain Store Serves"، الذي تطور إلى ما أصبح يعرف بنظام "التبادل الإلكتروني للبيانات" (EDI)، الاختصار لمصطلح Electronic Data Interchange، إذ اقتصر تبادل بيانات البيع والشراء في ذلك الوقت على شبكات مغلقة، المصطلح على تسميتها بنظام استخدام شبكات القيمة المضافة <VAN>، اختصاراً لمصطلح Value Added Networks، أما حالياً فقد أصبح يطلق مصطلح "التجارة الإلكترونية" بشكل أساس على كافة المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الويب < Web >، أو الشبكات الواسعة المفتوحة "Web Wide World". للتوسّع أكثر في هذا الإطار، راجع :

- مراد القادري بودشيش : "التحكيم التجاري والعولمة الاقتصادية من خلال نزاعات الإستثمار في القانون المغربي والقانون المقارن"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث : (القانون التجاري)، كلية

ورغم كل الامتيازات التي تغري المستهلكين من خلال التجارة الإلكترونية والفوائد التي تتحقق للدولة منها وأهمها إحياء النشاط الاقتصادي، تبقى هذه التجارة متّسفة ببعض العيوب والمشاكل التي تجعل الدولة تنظر إليها بنظرة خوف وريب، فعدم تحقّق مجلس الإيجاب والقبول، وعدم إمكانية معرفة المزوّدين ومكانهم، وصعوبة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وتحديد القانون الواجب التطبيق للسريان على المنازعات التي تنشأ في البيئة الافتراضية، وكيفية استخلاص الضرائب بمناسبة التعامل في التجارة الإلكترونية، هي أهم العيوب والمشاكل التي تتّصف بها هذه التجارة.

وتتجلى أهمية موضوع فرض الضرائب على المداخل المتأتية من التجارة الإلكترونية، كونه أصبح موضع اهتمام العديد من الدول والسلطات المالية فيها، فانقسم الباحثين إزاء هذا الوضع إلى عدة اتجاهات، بين مؤيد لفرض الضريبة على التجارة الإلكترونية ومعارض لها، فضلا عن بروز اتجاهات أخرى في هذا الشأن .

ومع نموّ حجم التجارة الإلكترونية، وفي ظل العلاقة بين هيكل النظام الضريبي والتكنولوجيا الحديثة، نجد عددا من الفجوات التي من شأنها التأثير على إمكانية الاستمرار في جباية الضرائب، في عالم يتّسم بمرونة انتقال كل من الشركات، الأصول، والأفراد من جهة، وتحقيق العدالة الضريبية من جهة أخرى.

وعطفا على ما تقدّم، فلا جدال في أن "القوانين الضريبية" الذي تمّت صياغتها وفقا لطبيعة التعاملات التجارية التقليدية، تواجه قصورا في معالجة التعاملات التجارية الإلكترونية. وبعبارة أخرى، فإن هناك "فجوة تشريعية". وهو ما يثير حيرة وقلق التشريعات الضريبية، إذ أنها ترفع تحديا أمام الجهات المسؤولة عن الفحص والتحصيل الجبائي، نظرا لصعوبة - إن لم نقل تعدّد - إسقاط القوانين الجبائية المؤلوفة على التجارة الإلكترونية. كل هذا دفعنا إلى دراسة موضوع تضريب التجارة الإلكترونية لما يثيره من غموض وجدل فقهي لا زال قائما ليومنا هذا، محاولين إزالة اللبس القائم والغموض الذي يحيط به، من خلال طرح الإشكال الآتي:

العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - وجدة، جامعة محمّد الأول، السنة الجامعية 2014-2015، ص : 42 وما يليها.

وفي القانون المقارن، أنظر :

- Djamila MAHI-DISDET : «L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique», thèse de Doctorat en Droit Privé, Laboratoire « Biens, Normes et Contrats », Université d'Avignon - France, année universitaire 2011-2012, P : 16-21.
- Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYEKHELF : « Droit du commerce électronique et normes applicables, l'émergence de la Lex Electronica », Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI), International Business Law Journal, n° 5 (1997), P : 567 et 568.

كيف يمكن للنظم الضريبية الحالية أن تتكيف مع تحديات التجارة الإلكترونية؟

ويتفرع عن الإشكالات المركزي عدّة تساؤلات تفرض نفسها بحدّة، نصيغها كالتالي:

- في ظل النقاش القائم حول جباية التجارة الإلكترونية، ووجود اتجاه يناهز بالإعفاء وآخر يؤيد عكس ذلك، هل يمكن إيجاد حلّ محايد ومنصف؟

- ماهي أهمّ التحديات التي تواجه فرض الضرائب على المعاملات الإلكترونية، وما هي الحلول المقترحة لمواجهة معيقات التحصيل الجبائي الإلكتروني؟

وتستند هذه الدراسة على فرضية مقترحة، يمكن القول معها بصعوبة فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية بالنظر للتطور التقني والتكنولوجي الهائل، وخصوصيات عدم التواجد المكاني لأطراف النشاط التجاري المبرم عبر بيئة افتراضية.

ولحدائثة هذا الموضوع، سيكون منهج البحث معتمدا على المنهج الوصفي التحليلي مع الاستعانة بالمنهج المقارن، باعتبار تضريب التجارة الإلكترونية ظاهرة كونية، لازالت تحظى بالنقاش والجدل من لدن التشريعات والسلطات المالية.

ونحن بصدد البحث في هذا الموضوع وسعينا إلى توضيح الإطار الخاص بفرض الضريبة على الدخل الناجم من التجارة الإلكترونية، ومحاولة بيان المشاكل التي تعترض قيام الدولة بفرض الضريبة على هذا النشاط ووضع الحلول لها، سنقسم الدراسة إلى محورين رئيسيين، نلقي في الأول نظرة عامة عن فرض الضرائب والتجارة الإلكترونية، من خلال الحديث عن الصعوبات القانونية والفنية المتمثلة أساسا في العلاقة بين الهيكل الضريبي والتقدم التكنولوجي، على أن نستعرض بعدها الاتجاهات الرامية إلى فرض وإعفاء الضرائب على التجارة الإلكترونية. وفي المحور الثاني، نتناول التحديات التي تفرضها التجارة الإلكترونية على النظم الضريبية وإشكالات تكيف مبادئ السياسة الجبائية مع النشاط التجاري الإلكتروني، قبل أن نعرّج على الحلول المقررة للمعاملة الضريبية للتجارة الإلكترونية، وفق الترتيب الآتي :

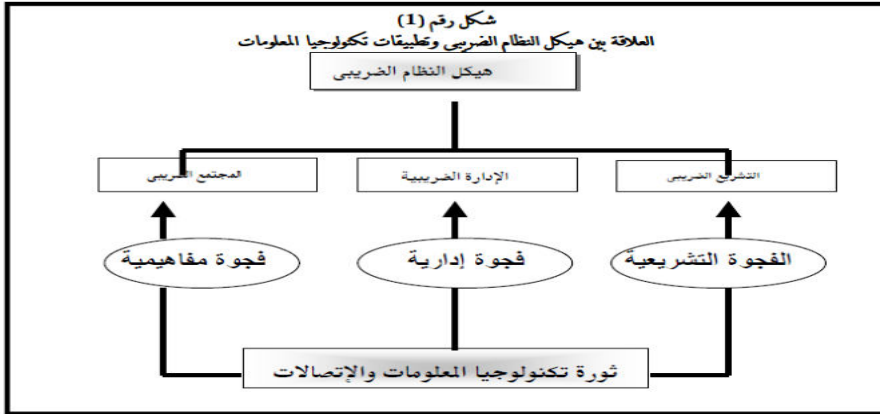
- المحور الأول : الاعتبارات الضريبية في ظل مفاهيم التجارة الإلكترونية
- المحور الثاني : محاولة تكيف مبادئ السياسة الجبائية مع النشاط التجاري الإلكتروني بين التحديات المطروحة والحلول المقررة

المحور الأول : الاعتبارات الضريبية في ظل مفاهيم التجارة الإلكترونية

أثار التقدّم المتسارع لصفقات التجارة الإلكترونية، خاصة ما تعلق منها ببيع السلع والخدمات الرقمية، تساؤلات عريضة حول الأنظمة الضريبية المناسبة للتعامل معها في ظل وجود الآليات التقليدية لحكم التجارة القائمة على سلع ومنتجات مادية يمكن حصرها وتتبعها. ويقتضي الأمر في معرض حديثنا عن أية اعتبارات ضريبية في ظل مفاهيم التجارة الإلكترونية، تسليط الضوء على العلاقة بين النظام الضريبي والتقدم التكنولوجي (أولاً)، على أن نستعرض بعدها موقف الفقه من خلال الاتجاهات الرامية إلى فرض وإعفاء الضرائب على التجارة الإلكترونية (ثانياً).

أولاً : العلاقة بين النظام الضريبي والتقدم التكنولوجي

لا يختلف إثنان على الدور الفعال الذي يؤديه النظام الضريبي في تحقيق كل من العدالة الضريبية وزيادة حصيلة الموارد السيادية للدولة، وتوفير المناخ الملائم لجذب الاستثمارات. وفي ظل نموّ التجارة الإلكترونية، فقد ظهر قصور في النظام الضريبي مع مستحدثات تقنيات المعلومات، مما أثر سلباً على كفاءة الأداء الضريبي. وفي هذا الصدد، فإنه يمكن الوقوف على ثلاث فجوات رئيسية في العلاقة بين مفردات الهيكل الضريبي وتكنولوجيا المعلومات⁴، نوردتها بشيء من التفصيل تباعاً، والمجسّدة في الشكل (1) أدناه.



المصدر : رأفت رضوان، رشا عوض و ولاء الحسيني: "الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية" - ص : 6.

■ **فجوة تشريعية :** يواجه القانون الضريبي، الذي تمت صياغته وفقاً لطبيعة التعاملات التجارية التقليدية، قصوراً في معالجة المعاملات الإلكترونية على الرغم من أن هناك العديد من الدول

4 - رأفت رضوان، رشا عوض و ولاء الحسيني: "الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية"، مجلة التنمية والسياسات الاقتصادية، الصادرة عن المعهد العربي للتخطيط - الكويت، المجلد 2، العدد 2، يونيو 2000، ص : 5.

المتقدّمة التي بدأت بمواكبة هذا التطور، إذ تظل قوانينها وتشريعاتها غير كافية لمسايرة هذا التطور وخاصة في مجال التشريع الضريبي وفرض الضرائب على مداخيل التجارة الإلكترونية

■ **فجوة إدارية** : تختص الإدارة الضريبية بتنفيذ القوانين والتشريعات وحماية حقوق كل من الدولة والمجتمع الضريبي، وبذلك أصبح لزاما عليها استخدام الابتكارات التقنية اللازمة لضمان أعلى مستوى ممكن من كفاءة النظام الضريبي، غير أنها في ذات الوقت لا تزال تعاني قصورا في أداء مهامها من حصر وفحص وتحصيل كافة أنواع الضرائب⁵.

■ **فجوة مفاهيمية** : حيث يعاني المجتمع الضريبي من وجود فجوة مفاهيمية، فعلى الرغم من تطور حجم التعاملات التجارية الإلكترونية، إلا أنه لا يزال هناك قصورا في فهم المفردات الخاصة بها، وما يترتب عنها من اعتبارات قانونية⁶.

وتفرض هذه الفجوات الثلاث، العديد من التحديات في مواجهة النظام الضريبي، حيث تؤثر على كل من الإيرادات الضريبية للدولة، و تؤثر كذلك على نموّ حجم المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي جعل الفكر القانوني ينقسم بصدد فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية بين مؤيد وبشدة، ومنذ رافض للفكرة. فما هي حجج وأسانيد كل فريق؟

ثانيا : موقف الفقه من فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية بين التأييد والتنديد

نتناول في هذا الإطار أهم الآراء التي قيلت بخصوص فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية، مبرزين الحجج التي استند إليها المؤيدون والمنددون في ترجيح وجهات نظرهم.

⁵- في مقال للكاتب لمياء بومهر و تحت عنوان « Le e-commerce continue d'échapper au radar du fisc », أوردت حوارا مع السيد خالد زازو مدير قسم التشريع والدراسات والتعاون الدولي بالمديرية العامة للضرائب، يومه 5 فبراير 2019، في معرض إجابته عن تصوّر إدارته إزاء التجارة الإلكترونية كنشاط خارج تغطية النظام الضريبي، مؤكدا على ما يلي :

«L'administration fiscale a été interpellée à plusieurs reprises sur le sujet qui non seulement a une portée nationale mais aussi internationale. « Le retard accusé en matière de contrôle fiscal du e-commerce ne concerne pas uniquement le Maroc mais se veut une tendance mondiale. Cette question est l'apanage de toutes les administrations fiscales à travers le monde».

مضيفا كذلك،

« Certes les règles de contrôle sont suffisamment claires et exhaustives. Toutefois, il va falloir retravailler, affiner et adapter nos méthodes de contrôle au commerce électronique. C'est pourquoi pour remédier à la fraude, il faut maîtriser le circuit de transaction de l'amont à l'aval soit de la production ou de l'importation des biens jusqu'au consommateur final».

للاطلاع على المحتوى الكامل للمقال، يرجى زيارة الرابط الإلكتروني :

<https://www.ecoactu.ma/le-e-commerce-continue-dechapper-au-radar-du-fisc/>

تاريخ الزيارة : 02.02.2020 على الساعة 23 و35د.

⁶- لعلّ أوضح مثال على هذه الفجوة المفاهيمية هي تحديد طبيعة بعض المنتجات مثل الصور والتسجيلات الموسيقية، حيث يقوم الممول بتحميل هذه المنتجات من خلال شبكة الإنترنت، وتصبح في هذه الحالة بمثابة منتجات رقمية، ويقوم بطباعتها لتصير منتوجا ماديا.

▪ الاتجاه المؤيد لفرض الضريبة على التجارة الإلكترونية :

يرى أصحاب هذا الطرح أن جمود الأنظمة والتشريعات الضريبية يمثل التحدي الأهم في مواجهة التجارة الإلكترونية، وفي قناعة هؤلاء فإنه يجب فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية أسوة بالتجارة التقليدية، مستنديين في ترجيح توجيههم على الحجج التالية :

- إن الحجّة القائلة بأن التجارة الإلكترونية في مرحلة الطفولة هي حجّة مبالغ فيها، ذلك أن هذه الحجّة تصدّق فقط إذا كان نموّ الإنترنت سبباً بدرجة كبيرة إذا ما فرضت ضريبة على مبيعاته، وهو ما لا يتوقّع حدوثه، كما أن كثيراً من مواقع كبيرة تجاوزت منذ أمد المراحل البدائية (الأولية)⁷.

- إن عدم فرض ضريبة على التجارة الإلكترونية سيؤدّد سلوك المستهلكين، فالأشخاص الذين يعيشون في دول ذات ضرائب مرتفعة، سيقبلون على الشراء عن طريق الخط المفتوح للتهرب من دفع تلك الضرائب، مما يشكّل حافزاً لأصحاب المهن والأعمال لتقديم منتجاتهم وسلعهم على الخط المفتوح، كما أن الأشخاص الذين يشترون عن طريق الإنترنت الآن، من المحتمل أن يكونوا قد اشتروا نفس السلع من متاجر التجزئة، ومع تقدّم الوقت فقد تتوسّع المشتريات عن طريق الخط المفتوح بعد انخفاض أسعار النقل الناجم عن التقدّم في هذه الخدمات اللوجستية⁸.

- إن عدم فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية سيؤدي إلى تفاقم زيادة خسائر الدول من العوائد الضريبية، فعلى سبيل المثال قدر اقتصاديو جامعة تينيسي بأن خسارة الولايات المتحدة الأمريكية من عائدات ضريبة المبيعات سنة 2002 نتيجة عدم فرض ضريبة على تجارة الانترنت 10.8 بليون دولار⁹. وهذا ما دفع أحد الباحثين إلى أن يصف أثر إعفاء التجارة الإلكترونية من فرض الضريبة بأنه سيكون بمثابة النمل الأبيض الذي سيلتهم القاعدة الضريبية¹⁰.

⁷- Koehn, Jo Lynne, Del vecchio, Stephen C. Macke, H. Weldon.: "Should Internet Sales Be Taxed", National Public Accountant, 46 (10), 2001-2002. P: 19.

⁸- Lighthart, J. "Consumption Taxation in a Digital World : a Primer", Tilburg University, No 2004-102, pp. (18-20).

⁹- Varian, Hal. Taxation of Electronic Commerce. 2000. Available at :

<http://www.sims.berkeley.edu/haL>

¹⁰ - Lighthart, op. cit., p: 9.

ولعل التأثير على الدول النامية سيكون اشد وطأة على اعتبار أن معظمها يعتمد وبشكل كبير على ضرائب الاستهلاك، فالمعلومات الواردة من الدول النامية والدول الصناعية تدل على أن نسبة ضريبة الدخل على ضرائب الاستهلاك في الدول الصناعية تبقى وبشكل ثابت أكثر من ضعفي النسبة في الدول النامية، فمقارنة مع الدول النامية فإن الدول الصناعية تحقق ما يقدر بمثلي العائدات المتحققة من ضريبة الدخل منها من ضريبة الاستهلاك، علماً بأن الدول النامية هي دول مستوردة، وهكذا فإن العجز دائم في الدول النامية، وقد أبدت الدول النامية تخوفها وقلقها من سياسة حظر فرض ضرائب جمركية على التجارة الإلكترونية، وحسب دراسة أجراها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية أو ما يعرف بالأونكتاد (UNCTAD) اختصاراً ل United Nations Conference ON Trade and Development كمنظمة دولية مقرّها بواشنطن تابعة لجهاز الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة، تساعد على إيجاد بيئة ملائمة تسمح باندماج الدول النامية في الاقتصاد العالمي، فإن معظم الدول المتأثرة من نقص عوائد التعريف

- إن عدم فرض ضرائب على التجارة الإلكترونية سيعيد توزيع الدخل لمصلحة الأغنياء، لأن الفقراء هم الأقل اهتماماً باستخدام الإنترنت، فمستخدمي الإنترنت في الولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال، هم من الحاصلين على درجات علمية، ويزيد دخل الأسرة لديهم عن 22.000 دولار سنوياً، ولذلك فإن الأشخاص الذين يقومون بالشراء عن طريق الإنترنت هم بالمعدل من الأشخاص الأكثر غنى، لأن الإنترنت يحتاج إلى كمبيوتر شخصي وغيره من الأدوات والأمور المكلفة التي يقدر عليها الأغنياء ويحجم عن تحملها الفقراء. وعليه فإن إعفاء الإنترنت من الضريبة سيجعل هذه الأخيرة أكثر تركيزاً على ذوي الدخل المحدود والذين يشترون دائماً من المتاجر التقليدية الخاضعة للضريبة¹¹.

▪ الاتجاه المندد (الرافض) لفرض الضريبة على التجارة الإلكترونية :

في مواجهة الداعين لتضريب التجارة الإلكترونية، ظهرت آراء تدعو إلى استبعاد هذه التجارة من نطاق الضريبة، وتبيّن ذلك بتقديم حجج تدعم موقفها وتؤكد، حيث يمكن حصر هذه الحجج بالأمور الآتية :

- إن فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية سيكون من أكثر العوامل المعيقة لنمو الإنترنت وانتشاره، وهو ما عبّر عنه Jane Swift حاكم ولاية Massachusetts الأمريكية، بقوله : "إنني قلق جداً من أنّ الضريبة على الإنترنت ستعيق نموّ هذا القطاع، وهو ما لا يمكن تحمّله الآن"¹².
- خصوصية المستهلك عن طريق الإنترنت سيتم تهديدها في حال فرضت ضريبة على الإنترنت، ذلك أن المعلومات المطلوبة لتقدير الضريبة وتحصيلها وإعادتها كأسماء المشتريين وعناوينهم وطبيعة مشترياتهم، قد تهدّد إمكانية استخدام الإنترنت بشكل سري¹³.

الجمركية هي من الدول النامية، بالرغم من أن تلك الدول تستورد فقط ما نسبته 16% من البضائع الرقمية. راجع في ذلك :

- Jones, Richard, and Subhajit Basu. "Taxation of Electronic Commerce: A Developing Problem", International Review of law Computers, 16 (1) - 2002, p: 35.

¹¹- Jones, op.cit.p: 40.

¹²- إبراهيم كامل الشوابكه : "ضريبة المبيعات على التجارة الإلكترونية"، مجلة دراسات : علوم الشريعة والقانون، المجلد 34 (ملحق)، 2007، الصادرة عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية، عمان، ص : 518.
لتحميل المقال، يرجى زيارة الرابط الإلكتروني :

<https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/download/612/6393> - تاريخ الزيارة : 03.02.2020 على الساعة 19 و45د.

و تدعم هذه الحجة ما أظهرته الدراسات البحثية المختلفة، فلقد أفادت دراسة أجرتها مؤسسة Biz Rate في شنتبر 1999 من أن 75% من المشتريين خلال شبكة الإنترنت سيقصون حجم مشترياتهم إذا ما فرضت الحكومات

ضرائب عليها. الموقع الإلكتروني للمؤسسة هو www.bizrate.com
¹³- شهد الإتحاد الأوروبي في مطلع عام 2018 هزة كبيرة في حماية البيانات، حيث دأبت شركة "كامبريدج أناليتيكا لتحليل البيانات" إلى استقطاب للمعلومات الخاصة بأكثر من 50 مليون مستخدم لموقع "فيسبوك"، ووجهت أصابع الاتهام إليها من قبل الحكومات باعتبار هذه الفضيحة انتهاكاً صريحاً لخصوصيات المستخدمين، مما دفع بدول الإتحاد الأوروبي إلى توجيه الأنظار نحو تشريع قانون صارم، تكون وظيفته حماية الخصوصية على الإنترنت والفضاء

- إن فرض ضريبة على الانترنت سيزيد من حركة الشركات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية وتنقلها إلى بلدان ذات ضرائب منخفضة، فرأس المال العامل في مجال التجارة الإلكترونية متحرك ومتغير بشكل كبير أكثر من رأس المال العامل في المجالات الأخرى، فهو حساس بشكل عالٍ للتقلبات والاختلافات الضريبية، لذلك فإن التركيز يجب أن ينصب على إنشاء بيئة عمل جاذبة للتجارة الإلكترونية، بدلاً من التركيز على التفكير في كيفية فرض ضريبة على تلك التجارة.

- لقد كان للانترنت دور وأثر كبير على الاقتصاد ككل، فلقد قفز نمو الاقتصاد الأمريكي على سبيل المثال إلى أكثر من 4% في السنة خلال عامين متتاليين (1997 و1998)، كما ازدادت حصيلة ضرائب المبيعات والاستخدام فيها، حيث حُصّل خلال عام 1996، ما مجموعه 139.4 بليون دولار ليصل إلى 147 بليون دولار عام 1997، ثم إلى 155.3 بليون دولار سنة 1998، ولذلك فإن إنشاء التزام بتحصيل ضرائب على تعاملات التجارة الإلكترونية سيكون - على حد تعبير أحد الباحثين - بمثابة قتل الإوزة التي تبيض ذهباً¹⁴.

وبعد هذا الاستعراض لآراء المؤيدين والمعارضين، نجد أن دعوة المعارضين لفرض ضريبة على الانترنت في الغالب الأعم ليست دعوة مطلقة ومؤبدة، وإنما هي دعوة آنية ومرحلية لإعطاء التجارة الإلكترونية مزيداً من الوقت للازدهار والنمو، وحتى يتمّ البحث عن آليات مناسبة تسهّل عملية فرض الضريبة عليها وبشكل غير مكلف مالياً، ولذلك فإن كلا الطرفين بشكل عام مع فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية استجابة لعدالة هذا الفرض، وإن اختلفوا في توقيتها، وإذا

الإلكتروني تحت عنوان "اللائحة العامة لحماية البيانات"، وبناءً على ما تقدّم؛ فإن القانون قد أكد على مواجهة كافة الشركات الأوروبية وعمالها من بقية العالم، اعتباراً من 25 ماي 2018، لنظام صارم يُجبرها على حماية البيانات والخصوصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي بمختلف أنواعها، وشبكة الإنترنت بشكل عام. وتطبيق لائحة النظام الأوروبي لحماية البيانات العامة، على أي بيانات شخصية تساعد في تحديد هوية شخص ما. والبيانات الشخصية تعني أي معلومات لها صلة بشخص تمّ التعرف على هويته بشكل مباشر أو غير مباشر، على وجه الخصوص بالرجوع إلى بيان شخصي مثل الاسم ورقم الضمان الاجتماعي وبيانات الموقع والمعرّف عبر الإنترنت (عنوان IP أو عنوان البريد الإلكتروني) أو لوحد أو أكثر من العوامل الخاصة بالهوية البدنية أو الفسيولوجية أو الجينية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية لهذا الشخص، حيث تهدف اللائحة إلى منح المستخدم تحكّم كامل في بياناته، ولن تتمكّن الشركات من الحصول على أي بيانات من المستخدم بدون موافقة مسبقة منه (المادة رقم 4).

للمزيد من التفاصيل، يراجع :

- Le règlement n° 2016/679, dit règlement général sur la protection des données « RGPD », ou encore GDPR, de l'anglais General Data Protection Regulation, sur le lien suivant du site du Journal Officiel de l'Union Européenne :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>, Date de consultation : Le 03.02.2020 à 20h10.

¹⁴ - Kirsner, Marvin, "Taxation of Electronic Commerce : The Debate Heatsup", Internet Tax Advisor, Vol 1, Issue 12, 2000, p:9.

(Creating a tax collection obligation on e-commerce transactions would be tantamount to killing **the goose that lays golden eggs**).

كان الأمر كذلك، ما هي التحديات التي يمكن أن تواجه فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية؟ وما هي الحلول المقررة إزاء هذا الوضع؟

المحور الثاني : محاولة تكييف مبادئ السياسة الجبائية مع النشاط التجاري الإلكتروني بين التحديات المطروحة والحلول المقررة

في إطار العولمة والتطور التكنولوجي الهائل الذي يعرفه عالمنا اليوم، برزت للوجود العديد من القضايا الجبائية الحديثة التي أثرت سلبا على إيرادات الدولة الضريبية، حيث أصبحت النظم الجبائية لمختلف الدول عاجزة عن مسايرتها، وفي مقدمتها التحديات التي تفرضها التجارة الإلكترونية، فجّل الأعمال أصبحت تنفّذ بطريقة إلكترونية من خلال شبكة الانترنت التي اخترقت الحدود السياسية والجغرافية بين الشعوب والدول، ورغم المزايا الكثيرة التي جلبتها هذه الشبكة، إلا أنها خلقت تحدي كبير أمام التشريعات الضريبية خاصة فيما يتعلق بالمعاملات في التجارة الإلكترونية، وللوقوف على هذه الأمور، سنتناول في البداية إشكالية تكييف مبادئ السياسة الجبائية مع النشاط التجاري الإلكتروني (أولا)، على أن نميط اللثام على الحلول المقترحة للمعاملة الضريبية للتجارة الإلكترونية ومناقشتها (ثانيا).

أولا : إشكالية تكييف مبادئ السياسة الجبائية مع النشاط التجاري الإلكتروني -إقليمية الضريبة أم عالمية الإيراد-

من المعلوم أن لكل دولة ذات سيادة الحق في فرض الضريبة على الأشخاص أو الأموال التي تقع داخل حدودها الإقليمية، ولها أن تمدّ نطاق هذا الحق ليشمل الأشخاص والأموال التابعين لها، الموجودين في الخارج، ويعرف ذلك بالسيادة الضريبية. وتتحدد السيادة الإقليمية لكل دولة وفق قانونها الداخلي الذي يعتنق أحد مبدئين رئيسيين هما : مبدأ الإقامة و مبدأ الإقليمية.

فتعتمد الدولة التي تأخذ بمبدأ الإقليمية على جنسية الممول، أو اتخاذه للدولة مقرّاً لإقامته الدائمة فيها، كأساس يمنحها الحقّ في فرض الضريبة على جميع المداخل التي يحقّقها من مصادر داخل دولته أو خارجها، وهو ما يعرف بمبدأ عالمية الإيرادWorld Wide Income، وتفرض الضريبة على غير المقيمين بالنسبة للدخل الذي تحقق من مصادر داخل الدولة فقط.

وتأخذ بهذا المبدأ معظم الدول الصناعية ومن أهمها الولايات المتحدة الأمريكية. أما الدول التي تأخذ بمبدأ الإقليمية فتعتمد على مصدر الدخل كأساس لفرض الضريبة، حيث لا تفرض الضريبة على المداخل التي تحقّق من مصادر خارج حدود الدولة، وتأخذ بهذا الاتجاه غالبية الدول النامية ومن ضمنها المغرب¹⁵.

15- كتب الصحفي المتميز عبد الله أريزي بتاريخ 22 يناير 2018، مقالا على الشبكة العنكبوتية عنوانه ب : "ما هي عواقب فرض الضرائب بالمغرب على عمالقة الانترنت الأمريكيين؟"، جاء في مثته ما يلي : (تفكر الدول الأوروبية، في الأونة الأخيرة، في فرض ضرائب على رواد الفضاء الرقمي المعروفين تحت تسمية غفام GAVAM (جوجل، وأبل، وفابيسوك، الأمازون، ميكروسوفت) مما يتطلب رفع تحدي إمكانية تحديد ومراقبة

ويثور التساؤل عن كيفية تحديد حصة كل دولة من الدخل الذي تحققه المؤسسة التي تعمل في التجارة الإلكترونية على نطاق عالمي بحيث يكون لكل دولة أن تفرض الضريبة على الجزء من الدخل الذي تحققه من مصادر ترجع إليها (أشخاص ينتمون إليها أو داخل حدودها)، وبما يضمن عدم تعرض هذه المؤسسة لازدواج ضريبي، ينجم عن خضوعها لأكثر من ضريبة في أكثر من دولة على ذات الدخل.

ويمكن توضيح هذه المشكلة في حالة شركة مقيمة في الوم.أ. يتمثل نشاطها في بيع البرامج الجاهزة والموسيقى المسجلة، وتستخدم جهازا خادما Server موجودا في جبل طارق المستعمرة البريطانية المتواجدة على التراب الإسباني، يتلقى أوامر البيع وينفذها إلى مستهلكي أوروبا وشمال إفريقيا والشرق الأوسط، ويستضيف هذا الجهاز الخادم موقع الشركة الأمريكية الذي يعمل أوتوماتيكيا بالكامل، فهو يتلقى أوامر البيع، ويجري العمليات على هذه الأوامر، ويتم استلام المنتجات المباعة عن طريق التحميل على أجهزة الكمبيوتر الخاصة بالمشتريين. ولو اعتبر موقع الشركة الأمريكية على الخادم بمثابة منشأة دائمة لها في جبل طارق، فإن التساؤل المطروح هو كيف يمكن أن تحدد الدخل أو الأرباح التي تحققها هذه المنشأة إلى إجمالي الدخل الذي تحققه الشركة من جميع أنشطتها الأخرى في جميع البلاد التي تزاوّل النشاط فيها؟¹⁶

لجميع المعاملات الرقمية والتشفيرية، وهذا سيطلب تحديثا تكنولوجيا للحكومات لمراقبة ورصد جميع أنشطة التكنولوجيا عن كثب.

المغرب بدوره لا يمكن له فرض الضرائب الرقمية دون النظر إلى غفام على أنهم شركاء حقيقيين، ذلك لأن لديهم معلومات ذات صلة عن مستخدميها (البيانات الشخصية والخلفية الأكاديمية والمهنية والاتجاهات والأفضليات والتاريخ الشخصي، الحرف والهوايات، وما إلى ذلك..). ونتيجة لذلك، فإن أي انتقال رقمي لا يمكن أن يعمل بفعالية من دون عضوية "غفام"، يوضح لـ"الوطن الأن"، هشام الصقلي، مستشار في الاستراتيجية الرقمية، وذلك لأنها تتمتع بميزة تنافسية كبيرة، مما يترجم إلى فهم أفضل لسلوك العملاء). وأردف قائلا :

(التحول الرقمي أصبح عملية لا رجعة فيها، والمغرب أصبح يدرك جيدا الإمكانيات التي يوفر لها النمو الاقتصادي، والذي يساهم فيه بشكل جلي الرباعي الأمريكي عبر التكنولوجيا الجديدة. وفي المغرب، يبدو أن تطور العادات الاستهلاكية يعزز هذا التوجه، ويتجلى ذلك في النمو القوي للتجارة الإلكترونية، إذ وصل إلى 2 مليار درهم بين يناير وشتنبر 2017 مقابل 1.8 مليار درهم في العام السابق. وبلغ حجم المعاملات التجارية عبر الانترنت 1.3 مليار درهم في النصف الأول من عام 2017، بزيادة قدرها 52.3 في المائة، هاته الأرقام تحت الحكومة على ركوب هذه الموجة مما يؤكد بوضوح أهمية وجود سياسة دقيقة تأخذ في الاعتبار الاحتياجات الحقيقية للمملكة من أجل الاستفادة من الفوائد العرضية للتطور الرقمي على القطاعات الإنتاجية).

للاطلاع على المقال كاملا، يرجى زيارة الرابط الإلكتروني الآتي :

<https://anfaspres.com/news/voir/34741-2018-01-22-05-01-17>

¹⁶- تدارست هذه المشكلة اللجنة الاستشارية (TAC) التابعة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) وأصدرت في فبراير 2001، تقريرا بهذا الشأن خلصت فيه إلى أن معظم الأرباح التي تتحقق من استخدام البرامج الجاهزة والأصول غير الملموسة وجهاز الكمبيوتر، يجب أن تنسب إلى المالك الاقتصادي Economic Owner لهذه الأصول، مما يعني أن نسبة قليلة من الأرباح أو الدخل المتحقق يمكن أن ننسبها إلى العمليات التي قام بها الجهاز الخادم Server أو موقع المنشأة عليه لإنجاز الصفقة، وبالتالي تتخفف حصة بريطانيا من الضريبة على الدخل باعتبارها دولة مصدر هذا الدخل. أنظر في هذا الصدد :

وتثير التجارة الإلكترونية عددا من التحديات الحقيقية للنظم الضريبية القائمة، التي تم تقنينها في ظروف اقتصادية مختلفة لا تتفق مع التغيرات العالمية المتسارعة. أول هذه التحديات، هو ذلك المرتبط بالبعد المكاني للأنشطة التي يتم فرض ضريبة عليها. فالتجارة الإلكترونية بطبيعتها لا يوجد لها حدود مكانية، وبالتالي فإن ما يتحقق عنها من دخل لا يرتبط بمكان معين.

ثاني هذه التحديات، يتمثل في ما قد تؤدي إليه التجارة الإلكترونية من عدم العدالة في تداول بعض السلع كالمجلات والكتب والتسجيلات الصوتية والتلفزيونية، والتي يمكن أن يتم تسليمها بصورة مادية من خلال منافذ جمركية ونقاط بيع تخضع للضرائب والرسوم، أو من خلال آليات إلكترونية لا تخضع لنقاط معينة أو قدرة على المتابعة.

ويتمثل التحدي الثالث، في صعوبة إثبات التعاملات والعقود التي تتم إلكترونياً، نظراً لصعوبة نظم تأمين وحماية البيانات والمستندات الإلكترونية، مع القدرة على إعادة استنساخها وإدخال بعض التعديلات في محتواها. أما التحدي الرابع، فيمكن في حجم التعاملات على الإنترنت وكونها أحد صور النشاط التجاري الذي يجب إخضاعه للضريبة تحقيقاً لمبدأ المساواة في المعاملة الضريبية، غير أن عدم تكييف النظم الضريبية مع هذا الشكل يجعله لا يتوفر على الآليات اللازمة لإخضاع هذه المعاملات وبالتالي تبقى في منأى عن أي ضريبة.

وتتخذ المبادئ الأساسية للسياسة الجبائية، كمؤشرات لأي سياسة تسعى إلى الإحاطة والتحكم وتوجيه النشاطات التجارية الإلكترونية وإخضاعها للضريبة، أسوة بغيرها من النشاطات الاقتصادية الأخرى للدخل، وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

أ- الإنصاف: من وجهة نظر المكلف (كل شخص ملزم بضريبة ما)، فالمعنى الذي يحمله هذا المصطلح إنما هو الإنصاف الأفقي أو العمودي، ويمكن في بعض الأحيان أن يمزج معناه بمعنى مصطلح العدالة الجبائية، لكن ينبغي الإشارة إلى أن النظام الجبائي المنصف هو ذلك النظام الذي لا يلقي بأعباء ضريبية ثقيلة على عاتق المكلفين، ومن هنا فإن المكلفين الذين يمارسون النشاط التجاري سواء في شكله التقليدي أو في شكله الحديث (الإلكتروني)، ينبغي أن يتحملوا نفس العبء الضريبي عملاً بمبدأ الإنصاف، وهو ما يطلق عليه بالإنصاف الأفقي، ثم أن متطلبات النشاط التجاري تقتضي التواجد في الكثير من الأسواق وهو ما يؤدي إلى تعدد الأعباء الضريبية، الأمر الذي يجب معه العمل على تجنب الازدواج الضريبي وعدم إخضاع وعاء واحد إلى نفس الضريبة عدة مرات، بمعنى يجب حصر عملية الإخضاع للضريبة في الحالات التي تستدعي ذلك، حيث

- طارق عبد العال حماد: "التجارة الإلكترونية، المفاهيم - التجارب - التحديات، الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003، ص: 695.

ولتحديد المالك الاقتصادي للأصول غير الملموسة كالبرامج الجاهزة المستخدمة في التجارة الإلكترونية والتي تعمل من خلال خوادم موجودة في دول مختلفة، فإنه يُنظر إلى أن المركز الرئيسي للشركة هو المالك الاقتصادي لهذه الأصول، باعتبار أنها هي التي تشغل وتدير هذه البرامج، رغم أنها لا تحوزها من الناحية القانونية أو بالرغم من أن المالك القانوني لها هو الخادم الموجود في دولة أخرى.

على سبيل المثال أن التكلفة التي يتحملها المكلف لإتمام الإجراءات الجبائية والجمركية يجب أن تكون في الحدود المعقولة بالنسبة لجميع الأنشطة التجارية، سواء في شكلها التقليدي أو في شكلها الحديث، لأن الحالات التي يختل فيها مبدأ الإنصاف، من شأنها إعاقة تطوّر الشكل الجديد الذي ظهر بها النشاط كثمرة للتطور العلمي والتكنولوجي، ولأنها تتسبب في الإخلال بمبدأ حياد الضريبة وهو ما يعمل على اتجاه الخيارات الاقتصادية نحو الحلول الأقل كلفة كما هو سائد في جميع الميادين الاقتصادية.

لكن ما يميز به الوضع الحالي والذي انتشرت فيه التجارة الإلكترونية انتشاراً واسعاً، هو أن الكثير من الصفقات التي تتم عبر شبكة الإنترنت لا تخضع للضريبة، كما أن الظروف متاحة لممارسة التهرب والغش الضريبي، وهو ما يدل على أن تحقيق مبدأ الإنصاف مازال بعيد المنال، لأن الإعفاء من الرسوم أو تجنبها في النشاط التجاري الإلكتروني، إنما يؤدي إلى اتساع الهوة بين أولئك الذين بمقدورهم الدخول والحصول على المعلومات، وغيرهم ممن لا تسمح لهم مقدرتهم المالية على ذلك¹⁷.

ونشير في هذا السياق، إلى ريادة الاتحاد الأوروبي الذي أرسى حديثاً قواعد تشريعية لضبط هذا الغش في إطار المعاملات العابرة للحدود المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، والتي ستدخل حيز التطبيق مطلع العام 2024، والمكملة للإطار القانوني للضريبة على القيمة المضافة ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية الذي سبى النور شهر يناير 2021، محققاً بذلك قصب السبق ومنهياً لجدلالية التضريب والالتضريب الذي يحيط بأرباح الفضاء الافتراضي¹⁸.

17- وهذا معناه أن أي شخص يملك كمبيوتر أو هاتف ذكي وبطاقة بنكية واشترك في شبكة الإنترنت، يمكنه تجنب الرسوم التي تفرض على المنتجات والخدمات التي تكون أسعارها مثقلة بها عند اقتنائها من المحلات المتخصصة في بيعها.

ولكون التجارة الإلكترونية تنتشر عبر العالم ولا تعيقها الحدود السياسية أو الإجراءات الحمائية التقليدية، فإن مبدأ الإنصاف يفرض نفسه على المستوى الدولي، وفي هذا الصدد فإن كل دولة تسعى لتأكيد سيادتها الجبائية على إقليمها. لكن التجارة الإلكترونية تجعل البلدان التي تمثل منبعاً للدخل في وضع غير مريح، رغم أن مبادئ الجبائية الدولية تركز على توزيع الحق في فرض الضريبة بشكل منصف بين البلد الذي هو مصدر للدخل وبلد الإقامة أو البلد المستقبل، لكن الإشكال الذي يطرح ويختل معه مبدأ الإنصاف، هو أن البلد المصدر لا يحق له فرض الضريبة في غياب أي إنتاج للثروة في مجال إقليمه، وذلك لغياب التواجد المادي للمؤسسة المنتجة لهذه الثروة، هذا التواجد الذي يمثل أحد المقومات الأساسية لفرض الضريبة. أما الإشكال الثاني فيتعلق بوضع البلدان النامية حيث أن الأمر بالنسبة لها لا يتمثل في حق الإخضاع للضريبة، نظراً لغياب أو ضعف المبادلات التجارية الإلكترونية بينها وبين البلدان المتقدمة، وإنما في السعي لإثبات حق الاستفادة من ثمار التقدم التكنولوجي ولشأن أن هذا لا يتيح لها إلا بفرض ضريبة خاصة. راجع في هذا السياق :

- مرازة صالح : "التجارة الإلكترونية وإشكالية إخضاعها للضرائب (التحديات المستقبلية للسياسة الجبائية)"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 23، يونيو 2005، ص : 169-170.

18- وهو ما تفتنت له حديثاً دول الاتحاد الأوروبي من خلال التنصيص على ما يلي:

«Lorsque le principe de la taxation au lieu de destination s'applique, puisque les consommateurs n'ont pas d'obligations comptables, les États membres de consommation doivent disposer d'outils adéquats pour repérer et contrôler les entreprises qui fraudent. Il est important de lutter contre la fraude transfrontalière à la TVA résultant du comportement frauduleux de certaines

ب- البساطة : يقصد بالبساطة أن تكون كل القواعد الجبائية بسيطة إلى أبعد الحدود، بمعنى أن تكون مفهومة لدى عامة الناس، بحيث كل مكلف بالضريبة يمكنه أن يتعرف على وعاء الضريبة التي يخضع لها، وكذلك معدل فرضها ووقت فرضها... إلخ.

ج - الفعالية : تعتبر الفعالية المشكل الأكثر صعوبة الذي يواجه الأنظمة الضريبية، لأنه من الضروري التأكد من أن الضريبة معدة بشكل يُمكن من جباية إرادتها من المداخل التي تحققها الصفقات التي تتم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، لكن نظرا للوضع الذي هي عليه الأنظمة الجبائية، لا يمكنها التكفل بالعمليات التي تمت عبر هذه الشبكة، وهذا يعني أن السلوكات الجبائية من غشّ وتهرب ضريبي، لا يمكن تجنبها في ظل هذا الوضع، حيث تؤجل إلى حين يتمكّن

entreprises dans le domaine du commerce électronique transfrontalier ». P :3. Téléchargeable via le lien suivant :

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14127-2019-INIT/fr/pdf>

Portant sur la directive du Conseil modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne l'instauration de certaines exigences applicables aux prestataires de services de paiement. Publication du Conseil de l'Union Européenne en Bruxelles, le 7 février 2020 - Dossier interinstitutionnel : 2018/0412 (CNS)

وزاد المشرع الأوروبي من أهمية إرساء نظام إلكتروني مركزي كآلية فاعلة لضبط الغش الضريبي في مجال معاملات التجارة الإلكترونية، حيث أكد على أنه:

«Afin d'atteindre l'objectif consistant à lutter plus efficacement contre la fraude à la TVA, un système électronique central concernant les informations sur les paiements (CESOP), auquel les États membres transmettent les informations sur les paiements qu'ils collectent et qu'ils peuvent stocker au niveau national, devrait être mis en place. Pour chaque bénéficiaire, le CESOP devrait stocker, regrouper et analyser toutes les informations appropriées en matière de TVA relatives aux paiements transmises par les États membres. Le CESOP devrait fournir une vue d'ensemble des paiements reçus par les bénéficiaires de payeurs se trouvant dans les États membres et mettre à disposition des fonctionnaires de liaison Eurofisc le résultat des analyses spécifiques d'informations. Le CESOP devrait pouvoir reconnaître les paiements identiques comptabilisés plusieurs fois, par exemple le même paiement pourrait être comptabilisé à la fois par la banque et par l'émetteur de la carte d'un payeur donné, nettoyer les informations reçues des États membres, par exemple la suppression des doublons et la correction des erreurs dans les données, et il devrait permettre aux fonctionnaires de liaison Eurofisc de recouper les informations sur les paiements avec les informations concernant la TVA dont ils disposent, d'effectuer des recherches pour les besoins d'une enquête sur un cas présumé de fraude à la TVA ou afin de détecter une fraude à la TVA et d'ajouter des informations supplémentaires. P :6. Téléchargeable via le lien suivant :

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14128-2019-INIT/fr/pdf>

Portant sur le règlement du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 904/2010 en ce qui concerne des mesures de renforcement de la coopération administrative afin de lutter contre la fraude à la TVA. Publication du Conseil de l'Union Européenne en Bruxelles, le 7 février 2020 - Dossier interinstitutionnel : 2018/0413 (CNS).

للاطلاع على تفاصيل أكثر حول هذه المستجدات، يرجى زيارة الرابط الإلكتروني الآتي :

<http://www.fiscalonline.com/Commerce-electronique-Le-Conseil-de-l-UE-a-adopte-deux-reformes-des-regles-de.html> - Date de consultation : Le 10.03.2020 à 01h40.

التطور التكنولوجي من تقديم الدعم للإدارات الجبائية بالأدوات التي تُمكنها من وضع وتنمية القدرات والميكانيزمات الضرورية للتكفل بالمبادلات الإلكترونية وإخضاعها للضريبة¹⁹.

ثانياً : الحلول المقترحة للمعاملة الضريبية للتجارة الإلكترونية

في خضم الصعوبات القانونية والفنية التي تواجه فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية²⁰، تم اقتراح فرض ضريبة جديدة بديلة أطلق عليها اسم (ضريبة الوحدة الرقمية²¹ Bit-Tax) لتمتثل للملجأ الأخير الذي يطبق عندما لا تكون الوسائل الأخرى لفرض الضريبة مناحة بشكل يضمن عدم تآكل القاعدة الضريبية من جراء التجارة الإلكترونية والعولمة، ويفترض بأن تتلاءم هذه الضريبة ضمن فكرة أوسع لتحل محل الأنظمة المرتكزة على ضريبة القيمة المضافة على السلع والخدمات غير المادية (الرقمية)، لتفرض على كثافة بث المعلومات أو الاتصال، حيث يعتبر عدد الوحدات الرقمية (Bits) وحدة تمثيلية تقدم إشارة لكثافة البث بغض النظر عن القيمة الحقيقية لهذا الاتصال، علماً بأن كل ثماني وحدات رقمية تمثل واحد (Bits)، ويستخدم الأخير لتمثيل حرف واحد في كل اتصال²². ومن هنا جاءت فكرة فرض ضريبة على هذه الثروة الجديدة، وليكون عدد الوحدات الرقمية المنقولة عبر الانترنت محلاً لها، ويقوم مشغلو الاتصالات السلكية واللاسلكية وشبكات الأقمار الصناعية وأنظمة الكوابل بتحويلها وتحويلها لمستحقيها، على أن تقدير هذه الضريبة سيتم بواسطة جهاز قياس الوحدات الرقمية المثبت على أجهزة الاتصال والمشابه لجهاز قياس أمتار خدمتي الماء والكهرباء. ولن يكون هناك فرق عند فرض هذه الضريبة بين إذا ما كان المستخدم قد بعث ببريد الكتروني عادي أو كان طرفاً في معاملة تجارية ضخمة، فالضريبة تقدر على أساس عدد الوحدات الرقمية المبنوثة فقط دون النظر إلى قيمتها،

19- مرازة صالح، المرجع السابق، ص: 171-170.

20- للتوسع أكثر في الصعوبات القانونية والفنية التي تعترض مسألة فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية، أنظر: عبد الحق أعنوز: "تضريب التجارة الإلكترونية - واقع وأفاق"، مجلة القانون والأعمال (سلسلة الأبحاث الجامعية والأكاديمية)، العدد 17، 2018، ص: 40-11

21- اقترحت ضريبة البيت (Bit-Tax) من قبل (Arthur Cordell) و (Thomas Ran Ide) من خلال ورقة عمل تحت عنوان "الثروة الجديدة للأمم" قدمت في اجتماع عقد في نادي روما عام 1996، ولقد انطلقت فكرة هذه الضريبة من أن تكنولوجيا المعلومات ساهمت وبشكل كبير في نشوء اقتصاد كبير وجديد، مما زاد في الإنتاجية دون أن يصاحب ذلك نمو متكافئ في الوظائف والأعمال، وهنا يكمن التحدي في إيجاد وسائل وفرص جديدة لتوزيع الدخل الناتج عن هذه الإنتاجية الجديدة، فشبكات الديجتال تزودنا بثروة جديدة، هذه الثروة التي تتواجد في تريليونات الوحدات الرقمية التي تبث من خلال الشبكات الإلكترونية العالمية، فهذه الوحدات هي إظهار الكتروني مادي للعديد من التعاملات والمحادثات وبرامج ورسائل الصوت والصورة والتي تؤخذ وتسجل عملية الإنتاج والتوزيع والاستهلاك في الاقتصاد الجديد. فتدفقات الديجتال تعتبر عنصراً جديداً آخر للإنتاج، سواء أكانت بصورة ترفيه أو تسلية كالأفلام السينمائية أو ألعاب الفيديو، أو على شكل إدارة مالية مثل التجارة الإلكترونية، أو في صورة الأنظمة المصممة للتحكم وتوجيه سير الطائرات في الأجواء وتوزيع أو فرز الأمتعة على الأرض أو في المكالمات الهاتفية والفاكسات والبريد الإلكتروني وحسابات البطاقات الإلكترونية المشحونة والتي تميز عصرنا هذا. راجع في ذلك: إبراهيم كامل الشوابكة، المرجع السابق، ص: 523.

22 - Soete Luc and Karin Kamp : "The Bit Tax; the Case for Futher". 1996, Available at : www.mclink.it/personal/MD1451/bittax.ntm.

فضريبة الوحدة الرقمية بهذا الوصف تفرض على نقل المعلومات على الطريق العام دون النظر إلى قيمة هذه المعلومات.

وباستقراءنا لماهية ضريبة الوحدة الرقمية أو (Bit-Tax)، تقتضي ضرورة البحث أن نتساءل عن المزايا والمساوئ التي تنطوي عليها هذه الضريبة. فمن حسنات هذه الأخيرة، أنه يمكن فرضها على الانترنت دون الدخول في المشاكل القانونية والفنية وبتكلفة قد تكون معقولة، كما يمكن لها أن تقلص مظهرًا خارجياً سلبياً لتكنولوجيا الشبكات الالكترونية بتكاليف منخفضة أو هامشية، هذا المظهر المتمثل في الاحتقان المتزايد باضطراد لكمية المعلومات التافهة وغير المهمة، والتي يتم بثها من خلال الانترنت، وقد أصبح هذا الاحتقان أكثر خطورة كلما استقبل المستخدمون للانترنت صوراً ملوثة مترافقة مع الصوت لتبث بتكنولوجيا وتطبيقات عالية. وعليه فإن في فرض ضريبة على الانترنت رفعاً لكلفة الاستخدام بشكل قد يحد من استخدامه في الأغراض غير المهمة²³. لكن في المقابل، لا تخلو ضريبة الوحدة الرقمية من عيوب ومثالب، فهي تساوي بين اتصال على الانترنت لحضور فيلم سينمائي وبين آخر لعقد صفقة تجارية بمبالغ كبيرة، فأساس التكاليف هو عدد الوحدات الرقمية المبتوثة دون النظر إلى قيمتها، مما يجعل منها ضريبة عمياء، كما يظهر من الناحية الفنية صعوبة حساب هذه الضريبة، وقد يحتاج الأمر للتغلب على هذه العقبة أن يجهز الإنترنت بأدوات قياس مكلفة بشكل قد يزيد من كلفة تحصيل هذه الضريبة لتتجاوز عائداتها، كما يستطيع المستخدمون المهرة لشبكة الإنترنت إخفاء العدد الحقيقي للوحدات الرقمية المبتوثة من خلال الضغط والأشغال لتقليل عبئهم الضريبي.

وإن كان لنا أن نبدي رأياً في الموضوع، فإن فكرة هذه الضريبة ورغم اعتبارها ضريبة الملجأ الأخير هروبا من التعقيدات الفنية والقانونية لفرض ضريبة على الإنترنت، إلا أنه من غير المستساغ القبول بها أو التسليم بفكرتها، إذ أن من شأنها أن تشكل إعاقة حقيقية لنمو الانترنت واستخداماته، باعتباره ثورة معلوماتية لنشر العلم والمعرفة والاتصال بين شعوب الأرض، هذه الأغراض التي تعد الهدف الأساسي لأغلب استخدامات الانترنت حالياً.

²³- وتستطيع هذه الضريبة أن تحدّ من الاستخدام المفرط للانترنت من قبل الموظفين في أوقات العمل الرسمي، فقد كانت الشركات في الماضي تعاني من مشكلات مشابهة في استخدام الهاتف، حيث لم يكن باستطاعة الموظفين مقاومة إغراء الهاتف مما يدفعهم لقضاء أوقات أطول في الاتصال مع أصدقائهم خلال أوقات العمل، وقد خلّت هذه المشكلة عن طريق برمجة فواتير الهاتف لكل خط ضمن الشركة، والزام المستخدمين بالدفع عن مكالماتهم الخاصة. وبذلك فإن ضريبة الوحدة الرقمية ستشكل حافزاً مهماً للاستخدام الفعال للاتصال الالكتروني من قبل المستخدمين في أوقات العمل.

خاتمة :

بالرغم من عدم وجود اتجاه دولي موحد حول جباية التجارة الإلكترونية وتكييف النظم الضريبية القائمة وفقاً للمستجدات التكنولوجية، إلا أنه في الواقع تُعدّ كل من البساطة La simplicité، الفعالية L'efficacité، الإنصاف L'équité وعدم الازدواج الضريبي La double imposition مبادئ ثابتة للسياسة الجبائية لا يتعارض عليها اثنان، يمكن أن تشكل خارطة طريق لبلوغ الهدف المنشود. أضف إلى ذلك، فإن الموقف المبدئي لكل الدول هو محاولة الوصول إلى إيجاد وسيلة بسيطة وفعالة بإمكانها أن تنصف التجارة الإلكترونية. وبناء على صعوبة وتعذر تطبيق الجباية العادية في الإنترنت، فإن الدول والمنظمات الدولية ماضية منذ مدة في وضع سياسة جديدة للجباية تتماشى مع الطبيعة الراديكالية لعالم التجارة الإلكترونية، والتي لا بدّ لها أن تكون موحّدة لكي لا تكون هناك منافسة جبائية من شأنها أن تكبح النموّ التكنولوجي الهادف للبشرية جمعاء.

لائحة المراجع

أولا : المراجع العربية

- (1)- رأفت رضوان، رشا عوض وولاء الحسيني: "الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية"، مجلة التنمية والسياسات الاقتصادية، الصادرة عن المعهد العربي للتخطيط - الكويت، المجلد 2، العدد 2، يونيو 2000.
- (2)- طارق عبد العال حماد: "التجارة الإلكترونية، المفاهيم - التجارب - التحديات، الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003.
- (3)- إبراهيم كامل الشوابكه: "ضريبة المبيعات على التجارة الإلكترونية"، مجلة دراسات : علوم الشريعة والقانون، المجلد 34 (ملحق)، 2007، الصادرة عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية، عمان. منشور عبر الرابط الإلكتروني الآتي :

<https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/download/612/6393>

- (4)- مرازقة صالح : "التجارة الإلكترونية وإشكالية إخضاعها للضرائب (التحديات المستقبلية للسياسة الجبائية)"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 23، يونيو 2005.
- (5)- عبد الله أريزي : "ما هي عواقب فرض الضرائب بالمغرب على عمالقة الانترنت الأمريكيين؟"، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية بتاريخ 22 يناير 2018، عبر الرابط الإلكتروني : <https://anfaspess.com/news/voir/34741-2018-01-22-05-01>

17

ثانيا : الرسائل الجامعية

- (1)- مراد قادري بودشيش : "التحكيم التجاري والعولمة الاقتصادية من خلال نزاعات الإستثمار في القانون المغربي والقانون المقارن"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث : (القانون التجاري)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - وجدة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2014-2015.
- (2)- عبد الحق أعنوز : "تضريب التجارة الإلكترونية - واقع وأفاق-"، مجلة القانون والأعمال (سلسلة الأبحاث الجامعية والأكاديمية)، العدد 17، 2018. أصل المرجع رسالة ماستر "قوانين التجارة والاعمال"، كلية الحقوق وجدة، جامعة محمد الاول، السنة الجامعية 2017-2018.

ثالثا : المراجع الفرنسية

- 1)- Djamila MAHI-DISDET : «L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique»، thèse de Doctorat en Droit Privé, Laboratoire

« Biens, Normes et Contrats », Université d'Avignon - France, année universitaire 2011-2012.

2)- Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYEKHLIF : « Droit du commerce électronique et normes applicables, l'émergence de la Lex Electronica », Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI), International Business Law Journal, n° 5 (1997).

3)- Lamia BOUHROU : « Le e-commerce continue d'échapper au radar du fisc », article publié le 05 Février 2019, sur le lien ci-après :

<https://www.ecoactu.ma/le-e-commerce-continue-dechapper-au-radar-du-fisc/>

4)- Le règlement n° 2016/679, dit règlement général sur la protection des données « RGPD », ou encore GDPR, de l'anglais General Data Protection Regulation, sur le lien suivant du site du Journal Officiel de l'Union Européenne :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>,

5)- La directive du Conseil d'Europe modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne l'instauration de certaines exigences applicables aux prestataires de services de paiement. Publication du Conseil de l'Union Européenne en Bruxelles, le 7 Février 2020 - Dossier interinstitutionnel : 2018/0412 (CNS), téléchargeable via le lien ci-après :

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14127-2019-INIT/fr/pdf>

6)- Le règlement du Conseil d'Europe modifiant le règlement (UE) n° 904/2010 en ce qui concerne des mesures de renforcement de la coopération administrative afin de lutter contre la fraude à la TVA. Publication du Conseil de l'Union Européenne en Bruxelles, le 7 Février 2020 - Dossier interinstitutionnel : 2018/0413 (CNS).

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14128-2019-INIT/fr/pdf>

رابعاً : المراجع الإنجليزية

- 1)-Koehn, Jo Lynne, Del vecchio, Stephen C. Macke, H.Weldon.:”Should Internet Sales Be Taxed”, National Public Accountant, 46 (10), 2001-2002.
- 2)- Lighthart, J. “Consumption Taxation in a Digital World : a Primer”, Tilburg University, No 2004-102.
- 3)-Varian, Hal. Taxation of Electronic Commerce. 2000. Available at :
<http://www.sims.berkeley.edu/haL>
- 4)-Jones, Richard, and Subhajit Basu. “Taxation of Electronic Commerce: A Developing Problem”, International Review of law Computers, 16 (1) - 2002.
- 5)-Kirsner, Marvin, “Taxation of Electronic Commerce : The Debate Heatsup”, Internet Tax Advisor, Vol 1, Issue 12, 2000.
- 6)-Soete Luc and Karin Kamp : "The Bit Tax; the Case for Futher". 1996, Available at :
[www.mclink,it/personal/MD1451/bittax,ntm](http://www.mclink.it/personal/MD1451/bittax,ntm).

خامساً : المواقع الإلكترونية

www.marefa.org

www.bizrate.com

www.fiscalonline.com

جريمة تهريب المهاجرين بين الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والقانون المغربي

مصطفى الغانمي

باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية-أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة

تعتبر جريمة تهريب المهاجرين مظهرا من المظاهر المتطورة للجريمة المنظمة عبر الوطنية بصفة عامة، وللهجرة غير الشرعية التي تعتمد الاحترافية والدقة في ممارسة الإجرام بصفة خاصة. فمنذ قرون يهاجر الناس أوطانهم بحثا على فرص للعمل والعيش تحت ظل أنظمة تضمن وتحترم الحقوق والحريات. وقد تسببت العولمة في العقد الماضي، في ارتفاع عدد المهاجرين إلى مستويات غير مسبوقة من أقل البلدان نموا في اسيا وافريقيا وأمريكا اللاتينية وأوروبا الشرقية، إلى أوروبا الغربية وأستراليا وأمريكا.

وأسفر ذلك بالتالي، عن ارتفاع أنشطة الشبكات الإجرامية المنظمة التي تسهل الهجرة غير النظامية، ويحقق المجرمون من جراء هذا النشاط أرباحا طائلة بفضل توفير وثائق هوية مزيفة، وتنظيم عمليات النقل، والاتفاف على الإجراءات الرسمية لمراقبة الحدود، وكل هذه العمليات تتم عن طريق البر أو الجو أو البحر، والأمر مرهون بمدى استعداد المعنيين للدفع والمجازفة.¹

تسير عصابات تهريب المهاجرين مثل الشركات، مدفوعة بهوامش الربح العالية والمخاطر المنخفضة، وتستفيد من ضعف التشريعات والاحتمالات الضئيلة بالكشف والملاحقة مقارنة بسائر أنشطة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. كما يمكن أن تكون شبكات التهريب واسعة ومتشعبة، وتضم أشخاصا يضطلعون بأدوار مختلفة: أشخاص مكلفين بتجنيد المهريين والوسطاء، قباطنة القوارب والمرشدون والسائقون، أشخاص يقدمون خدمات تزوير وثائق السفر، أشخاص يوفرون أماكن للسكن على طول الطريق.

وفي ضوء تشدد سياسات الهجرة في بلدان الوجهة، وتحسين الوسائل التكنولوجية التي تتيح للموظفين مراقبة المعابر الحدودية، يتزايد اعتماد المهاجرين غير القانونيين على خدمات الشبكات

¹ - يقصد بتعبير "تهريب المهاجرين" تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول، صورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بروتوكول الاتجار غير المشروع بالمهاجرين، المادة (3) 2004.

المنظمة لتهديب المهاجرين. وما برحت مسالك التهريب تترابط وتتشعب لمواجهة القوانين التشريعية وأنشطة إنفاذ القانون، وقد تكون بسيطة ومباشرة، لكنها تحور في كثير من الأحيان، فعلى سبيل المثال، يمكن أن يلتقي مهاجرون من أفريقيا واسبيا في نفس طريق التهريب إلى أمريكا الشمالية.

وقد تتراوح المدة التي يستغرقها المهاجر منذ رحيله عن بلده حتى وصوله إلى بلد الوجهة، من بضعة أيام إلى عدة أشهر، وقد تطول لسنوات. كما أن العلاقة بين المجرمين والمهاجرين هي علاقة مؤقتة، ما يجعل من الصعب تعقب المجرمين. فمن يهربون من أشخاص يجهلون هويتهم عموماً، وهم ينتحلون أسماء مستعارة في دردشات مشفرة، ويستخدمون سيارات مستأجرة، وأرقام هواتف نقالة مختلفة².

وللقضاء على هذه الظاهرة، تتضافر جهودات المجتمع الدولي لوضع نصوص دولية تتضمن عقوبات على المسؤولين عن عمليات تهريب المهاجرين، وقد تمت صياغة هذه النصوص في المؤتمر الدولي الذي عقد في إيطاليا سنة 2000، تحت تسمية البروتوكول الدولي الاختياري لمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

وانطلاقاً من هذا التقديم، نطرح التساؤل التالي: إلى أي حد تم وضع حد لجريمة تهريب المهاجرين من خلال منظومة قانونية ومؤسسية وطنية، وممارسة اتفاقية دولية كفيلة بمواجهة اثار هذه الجريمة الاقتصادية والاجتماعية، وذلك من خلال إرساء استراتيجيات دولية لتعزيز الجهود المبذولة للقضاء على هذه الظاهرة؟

² - "تهريب المهاجرين"، مقال منشور على الرابط الإلكتروني التالي: [https:// www.interpol.int/ar/4/10/1](https://www.interpol.int/ar/4/10/1).

المبحث الأول: جريمة تهريب المهاجرين من منظور القانون الدولي

يتضمن الإطار القانوني الدولي الذي يتعين على الدول أن تحدد ضمنه القوانين الخاصة بها بغية التصدي بفعالية لظاهرة تهريب المهاجرين، الاتفاقيات والصكوك الصادرة عن الأمم المتحدة، وعن المنظمات الدولية الأخرى. كما توفر هذه الصكوك أيضا إطار للدول للتعاون فيما بينها لمنع تهريب المهاجرين ومكافحته. ومن أجل تحقيق مكافحة فعالة لمختلف أنواع الجريمة المنظمة، استوجب على المجتمع الدولي سواء على المستوى الإقليمي أو العالمي إنشاء أو استحداث أجهزة متطورة مختصة في مكافحة الإجرام الدولي، بما فيه الجريمة المنظمة بشتى صورها، والتي من بينها جريمة تهريب المهاجرين، ذلك بالتعاون بين مختلف الآليات الدولية والإقليمية³ بالتنسيق مع الأجهزة الأمنية⁴.

المطلب الأول: الإطار القانون الدولي المنظم لجريمة تهريب المهاجرين

إن التعاون الدولي شرط أساسي لتحقيق النجاح في أي تدبير يهدف إلى التصدي لجريمة تهريب المهاجرين، ولما كانت الجماعات الإجرامية تعمل عبر الحدود، فيتعين على النظم القضائية أن تفعل مثلها. وتعتبر الصكوك الدولية التالية من أوثق الصكوك صلة بمكافحة جريمة تهريب المهاجرين:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (الفرع الأول).
- بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الإتجار بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (الفرع الثاني).
- بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية

اعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/55 الصادر في 15 نونبر 2000، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 29 شتنبر 2003. وقد نصت هذه الاتفاقية على تدابير ترمي إلى تعزيز التعاون بين الدول لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وتطالب الدول على الخصوص بتجريم الفساد وعرقلة السير العادي للعدالة وتكوين عصابة إجرامية، وهي أفعال مرتبطة غالبا بجريمة الإتجار بالبشر وتهريب المهاجرين.

³ - رضا محمد التميمي، الهجرة غير القانونية من خلال التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، 2001، ص 257.

⁴ - زهرة بوسراج، الجهود الدولية لمكافحة جريمة تهريب المهاجرين، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، 2019، ص 178.

والحق باتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، بروتوكولان إضافيان يهتمان بمجالات محددة في الجريمة المنظمة. ويتعلق الأمر ببروتوكول منع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص، وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو. وقد صادق المغرب على هذه الاتفاقية في 19 سبتمبر 2002، وقرر التوقيع على البروتوكول الإضافي الملحق بالاتفاقية والخاص بمنع وقمع معاقبة الإتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال في 7 ماي 2009، ولم يوقع المغرب بعد على البروتوكول المتعلق بتهريب المهاجرين.

وتمكن اتفاقية الجريمة المنظمة وبروتوكول تهريب المهاجرين الدول من التصدي لمشكلة تهريب المهاجرين على نحو شامل، وهذا مهم لأن عمليات التهريب ليس في كثير من الأحيان سوى جزء واحد فقط من أنشطة إجرامية أخرى. فالجماعات الإجرامية الضالعة في تهريب المهاجرين تنزع أيضا إلى الانخراط في أنشطة غير مشروعة أخرى. مثل الإتجار بالأشخاص والمخدرات والأسلحة أو غير ذلك من السلع غير المشروعة، أو الفساد أو غسل الأموال.⁵

وتيسر اتفاقية الجريمة المنظمة التحقيق في كل الأنشطة الإجرامية، وملاحقة مرتكبيها على نحو شامل وعابر للحدود. فعلى سبيل المثال، قد يتسنى في بعض الحالات ملاحقة شخص ما متورط في تهريب المهاجرين بتهمة المشاركة في أنشطة إحدى الجماعات الإجرامية المنظمة، حتى وإن لم يتوفر دليل إثبات كاف لملاحقة ذلك الشخص لارتكابه جريمة تهريب المهاجرين ذاتها.

والاتفاقية هي استجابة المجتمع الدولي للحاجة إلى نهج عالمي بحق، والغرض منها هو تعزيز التعاون على منع الجريمة المنظمة عبر الوطنية ومكافحتها بمزيد من الفعالية (المادة 1 من الاتفاقية). وهي تسعى إلى زيادة عدد الدول التي تتخذ تدابير فعالة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، وإلى إرساء التعاون الدولي وتوطيده. وهي تحترم اختلافات التقاليد القانونية والثقافات وخصوصياتها، بينما تعنى في الوقت نفسه بالترويج للغة تفاهم مشتركة، والمساعدة على إزالة بعض العراقيل القائمة حاليا أمام تحقيق تعاون عبر وطني فعال.

وتغطي الاتفاقية الجرائم التي تشكل جزءا من الأنشطة المدرة للربح التي تقوم بها الجماعات الإجرامية المنظمة، أما البروتوكولان المكملان لها فيستهدفان أنواعا محددة من الأنشطة الإجرامية المنظمة التي تتطلب أحكاما متخصصة.

الفرع الثاني: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الإتجار بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال

بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال (ويعرف أيضا ببروتوكول الاتجار، وبروتوكول الاتجار بالأشخاص) هو بروتوكول تابع لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، وهو واحد من ثلاثة بروتوكولات تعرف ببروتوكولات "باليرمو"، إلى جانب بروتوكول تهريب المهاجرين، وبروتوكول الأسلحة النارية. وقد تبنته الجمعية العامة

⁵ - عبد مولاة ماهر، التشريع الأوروبي إزاء الهجرة السرية المغاربية، البيات الردع والتحفيز، مجلة المستقبل العربي، بيروت، العدد 398، 2012، ص 43.

للأمم المتحدة سنة 2000، وأصبح نافذا منذ 25 ديسمبر 2003.⁶ صادق المغرب على هذا البروتوكول بتاريخ 26 يناير 2001.⁷

هذا، وقد صدر هذا البروتوكول في 20 مادة، وضعت في مجملها الإطار الذي من خلاله سيتم مواجهة جريمة الاتجار بالبشر، وقد تناولت المادة 2 الغرض والهدف من البروتوكول وهي:

أ- منع ومكافحة الاتجار بالأشخاص، مع إيلاء اهتمام خاص للنساء والأطفال

ب- حماية ضحايا ذلك الاتجار ومساعدتهم، مع احترام تام لحقوقهم الإنسانية

ت- تعزيز التعاون بين الدول الأطراف على تحقيق تلك الأهداف.⁸

ويقصد بالاتجار بالأشخاص العملية التي من خلالها احتجاز الأفراد أو الاحتفاظ بهم في وضع استغلالي لتحقيق مكاسب اقتصادية. ويعد الاتجار عملا إجراميا على النطاق العالمي، ويمكن أن يحدث داخل دولة معينة، أو ينطوي على التنقل عبر الحدود. ويتم الاتجار بالنساء والرجال والأطفال لعدة أسباب منها: الاستعباد المتمثل في بعض أنواع من الممارسات، بما في ذلك العمل القسري في المصانع والمزارع وداخل البيوت، ونزع الأعضاء، والاستغلال الجنسي، والزواج القسري. ولمكافحة هذه المعضلة، لا بد للدول أن تعترف بوجود جانب أو أكثر من جوانب الاتجار في كل بلد في شتى أنحاء العالم.

ويعود استغلال الأفراد من أجل الربح إلى أزمنة غابرة، ويمكن إرجاع الجهود الدولية المبذولة للتصدي لهذا الاستغلال لقرن من الزمن على أقل تقدير. أما التحول الجوهري، فيتمثل في الموقف الفكري للمجتمع الدولي من الاستغلال البشري، حيث تشمل التغيير، حاليا في تصدي الدول لمسألة الاتجار والمنع والحماية والتحقيق والملاحقة القضائية، ويتعلق الأمر في جوهره بالنهج القائم على حقوق الإنسان.

وفي حين أن منع الاتجار يمثل الهدف النهائي، فإن الارتقاء بالوعي بهذه القضية في شتى أنحاء العالم يتمثل في تضافر الجهود الهامة في مكافحة الاتجار وجميع أشكال الاستغلال.

6 - يعتبر مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة هو المسؤول عن تنفيذ بروتوكول الاتجار بالأشخاص، بحيث يقدم المساعدات العملية في إنشاء القوانين، وما يتعلق بها من استراتيجيات شاملة لمقاومة الاتجار بالبشر، كما يقدم هذا المكتب الدعم بالموارد اللازمة لتنفيذ تلك الاستراتيجيات والقوانين. وفي سنة 2009 أنشأ مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة حملة "القلب الأزرق" من أجل مناهضة الاتجار بالبشر، ورفع درجة الوعي وتشجيع الأفراد والكيانات للمساعدة والانضمام.

7 - ظهير شريف رقم 1.09.112 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 غشت 2011)، بنشر بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الموقع بنيويورك في 15 نونبر 2000.

8 - انظر المادة 2 من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة لسنة 2000.

إن الاتجار بالأشخاص يعد شكلا من أشكال الرق في العصر الحديث وممارسة مماثلة للاستعباد، وهو لا يشكل جريمة فقط، بل أيضا انتهاكا لحقوق الإنسان. فالنهج القائم على حقوق الإنسان يعتبر في غاية الأهمية، من حيث حماية الضحايا لأنه يضع هؤلاء الضحايا في صميم أي إجراء فعال يتعين اتخاذه⁹. كما أن هذا النهج، يوسع نطاق التركيز ليشمل الأسباب الجذرية مثل أنماط التمييز، والتوزيع غير العادل للسلطة، طلب السلع والخدمات الناجمة عن الاستغلال، والنزاعات، والتواطؤ الذي ينتهجه القطاع العام الذي يركز عليه الاتجار ويكفل الإفلات من العقاب للمتاجرين، ويحرم الضحايا من العدالة. أما على الصعيد العملي، فيتطلب النهج القائم على حقوق الإنسان من الجهات المعنية، أن تجري تحليلا دقيقا لبواعث الشواغل المتعلقة بحقوق الإنسان من خلال حلقات الاتجار، والتي يتعين عليها معالجتها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ويعد الاتجار بالأشخاص جريمة خفية، ونادرا ما تتقدم الضحايا بطلب المساعدة بسبب خوفها من المتاجرين، وخوفها من سلطات إنفاذ القانون، وفي كثير من الأحيان بسبب العوائق اللغوية. ويمكن أن تكون الصدمة التي يتسبب فيها المهاجرين كبيرة، بحيث يعجز العديد من الضحايا عن الاعتراف بكونهم ضحايا، وبالتالي لا يطلبون المساعدة، أو يحاولون الإفلات من الاستغلال. وبيحث المتاجرون عن الأشخاص من الفئات الهشة لأسباب متنوعة وقد تشمل: أوجه الهشاشة النفسية أو العاطفية، أو الضائقة الاقتصادية، أو انعدام شبكة الأمان الاجتماعية، أو الكوارث الطبيعية، أو النزاعات وعدم الاستقرار السياسي.

الفرع الثالث: بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو

اعتمد بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار للجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الخامسة والعشرين بتاريخ 15 نونبر 2000.

عرف بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية "جريمة تهريب المهاجرين" في المادة 3 في لفقرة (أ) بأنها: "تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أخرى"¹⁰.

9- تشير التقديرات العالمية لسنة 2017 الصادرة عن منظمة العمل الدولية إلى أن 24 مليون شخص أجبروا على العمل تحت التهديد أو القسر كخدم في المنازل، وفي ورشات البناء، وفي المصانع السرية، وفي المزارع وقوارب الصيد، وفي صناعة الجنس. في حين كان هناك 15 مليون شخص يعيشون في إطار زواج قسري. كما تصنف التقديرات العالمية الاتجار بالأشخاص في المرتبة الثانية بعد الاتجار بالمخدرات بوصفه أكثر أشكال الجريمة العابرة للحدود كسبا.

10 كما عرفها معهد مراقبة المخدرات ومنع الجريمة التابع للأمم المتحدة بأنها: "تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة لا يكون هذا الأخير من رعاياها بغرض الحصول على الربح".

ولقد مست جريمة تهري المهاجرين جميع جوانب الحياة في كل الدول سواء كانت دول مصدرة أو مستقبلية للمهاجرين، مما جعل هذه الجريمة محل اهتمام الرأي العام الدولي لكونها جريمة عابرة للحدود الوطنية، وأدى ذلك إلى قيام الأمم المتحدة بإدراجها ضمن الجريمة المنظمة عبر الوطنية استنادا إلى البروتوكول الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الخاص بمكافحة تهريب المهاجرين، الذي تبنته معظم التشريعات الوطنية والتنظيمات الإقليمية.¹¹

لقد هاجر الإنسان منذ القديم من مكان إلى آخر دون قيود أو شروط، إلى أن تطورت القوانين المحلية والدولية، وعملها على فرض تأشيرات الدخول وجوازات السفر. فظروف ومعطيات جديدة أفرزتها الثورة الصناعية والتقدم العلمي والتكنولوجي، و رغبة الدول كذلك في بسط سيادتها على أقاليمها، هذه الأمور حدت نوعا ما من حرية تنقل الأشخاص، الشيء الذي أدى إلى نشوء مصطلح جديد موازي للهجرة القانونية أو النظامية، ألا وهو الهجرة السرية أو الهجرة غير الشرعية.

أخذت هذه الظاهرة أبعادا خطيرة، خاصة بعد ظهور شبكات منظمة للجريمة وسط المهاجرين غير الشرعيين، جماعات تعمل على إذلال المهاجرين والحط من كرامتهم الإنسانية. ولهذه الأسباب، جاء بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، والذي يمثل صكاً دولياً مكملاً لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والهدف منه هو حماية حقوق المهاجرين، ومكافحة تهريبهم، بحيث يحتوي بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين على عدد من الأحكام التي قد تؤثر على ملتسمي اللجوء المهربين مثل الترخيص باعتراض السفن في أعالي البحار، الالتزام بتعزيز المراقبة الحدودية، اعتماد العقوبات على الناقلات التجارية المتورطة، الالتزام بقبول عودة المهاجرين المهربين.

وعلاوة على ذلك، هناك حاجة ملحة إلى النظر في أوجه الترابط بين مختلف أشكال الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ولا سيما تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر، مع أشكال أخرى من الجريمة المنظمة عبر الوطنية كالإرهاب والفساد. وفي جميع أنحاء العالم، تغير الشبكات العاملة في مجال الجريمة المنظمة طريقة عملها بسهولة، من أجل الزيادة في أرباحها، وفي بعض المناطق، تتقاطع الطرق التي يستخدمها المهربون والمتاجرون مع المناطق التي تسيطر عليها الجماعات المتطرفة المنخرطة في الإرهاب.

وهناك حاجة كذلك، إلى النهج الإقليمية وتعزيز القدرات للاستجابة للظروف والطرق السريعة التغير، وطرق عمل شبكات التهريب والاتجار. ويمكن للجهود التي تركز حصرا على مراكز التهريب الحالية أن تحول المسارات إلى مناطق أخرى، وأن تغير المسارات لتكون أكثر خطرا على المهاجرين. وهناك حاجة أيضا إلى تعزيز التعاون الإقليمي والدولي بين الدول، سواء في

11- محمد صباح سعيد، تهريب المهاجرين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 15.

التعاون الرسمي أو غير الرسمي (التحقيقات المشتركة، وتبادل المعلومات، والمساعدة القانونية المتبادلة، وتسليم المجرمين...)، بما في ذلك، من خلال الشبكات الإقليمية لإنفاذ القانون والقضاة.¹² هذا، وقد صدر بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين في 25 مادة، وضعت في مجملها الإطار الذي من خلاله سيتم مواجهة جريمة تهريب المهاجرين، وقد تناولت المادة 2 الغرض والهدف من البروتوكول وهي:

- منع ومكافحة تهريب المهاجرين
- تعزيز التعاون بين الدول تحقيقاً لتلك الغاية
- حماية حقوق المهاجرين المهربين¹³

المطلب الثاني: الأجهزة الدولية المختصة في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين

تعمل هيئات عالمية متعددة في مجال مكافحة الجريمة المنظمة بشتى صورها بما فيها جريمة تهريب المهاجرين، من أجل حماية المجتمع من الشبكات الإجرامية الخطيرة، وذلك عن طريق محاربتها وإضعافها وتفكيكها ومقاضاة أفرادها، وإدانتهم ومصادرة الأموال المكتسبة من أنشطتهم غير المشروعة. وذلك بالتعاون بين مختلف الآليات الدولية والإقليمية والتنسيق مع الأجهزة الأمنية للدول. ولقد كان لجهود منظمة الأمم المتحدة (الفرع الأول)، والمنظمة الدولية للهجرة (الفرع الثاني)، ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية – الإنتربول- (الفرع الثالث) إلى جانب هيئات أخرى إقليمية ومحلية، دور فعال في مكافحة الجريمة المنظمة، والتي تعتبر جريمة تهريب المهاجرين من أوسع صورها.

الفرع الأول: دور منظمة الأمم المتحدة في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين

اهتمت منظمة الأمم المتحدة بموضوع الجريمة المنظمة منذ عام 1975 في مؤتمرها الخامس، ووضعت من بين أولويات نشاطها، وتم عقد العديد من المؤتمرات لمكافحة هذه الظاهرة المستفحلة. وفي عام 1995، عقد في القاهرة المؤتمر المتعلق بمنع الجريمة، وظهرت أشكال وأنواع مختلفة من الجرائم: القتل، السرقة، الاتجار بالأسلحة الخفيفة والمخدرات، وجرائم خطف الأطفال والنساء وتسخيرهم في أعمال غير مشروعة، وجرائم الفساد والرشوة.

¹² - محمد فتحي عبيد، التجارب الدولية في مكافحة الهجرة غير المشروعة، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 45.

¹³ - اتخاذ التدابير المناسبة بما في ذلك التشريعات لحماية المهاجرين المهربين من العنف أو التمييز أو التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، فضلاً عن انتهاك حقوقهم. انظر المادة (2) من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

وفي هذا السياق، ساهمت الأمم المتحدة في إنشاء المعاهدة الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للأوطان في ديسمبر 2000، بحيث توافق ممثلون عن 124 دولة، رؤساء دول ورؤساء حكومات من حول العالم إلى صقلية، لتوقيع هذه المعاهدة الدولية. وقد التزمت الحكومات على إثر هذا التصديق، بتجريم عمليات غسل الأموال، والفساد، وعرقلة عمل العدالة. وتوفر المعاهدة الجديدة، إطار عمل لمصادرة عائدات الجريمة المنظمة بما فيها جريمة تهريب المهاجرين، والممتلكات أو المعدات المستعملة في الأعمال الإجرامية وحجزها، وتضم أحكاما خاصة بالتعاون الدولي على هذا الصعيد.

كما احتلت مسألة حماية الضحايا موقعا مركزيا في بروتوكولين ملحقين بالمعاهدة، يشكل البروتوكول الأول، الذي يتضمن منع التجارة بالبشر وكبحها ومعاقبتها، وخصوص النساء والأطفال، أداة إنسانية قوية تعزز قضية حقوق الإنسان. أما البروتوكول الثاني، فيتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين، ويعالج أيضا المشكلات الخاصة بضحايا التهريب. فهذه المعاهدة تمثل حجر الأساس لاستراتيجية دولية ناشئة لمكافحة الجريمة المنظمة، وقد تم إنشاء لجنة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية سنة 1991 داخل هيكل الأمم المتحدة. إضافة إلى ذلك، قامت المنظمة الدولية بدور فعال في مجال مكافحة الجريمة المنظمة في مجالات متعددة ومن بينها جريمة تهريب المهاجرين.

فبعد استفحال الجرائم ضد الإنسانية، التي باتت تقلق المجتمع الدولي، سارعت الأمم المتحدة إلى وضع اتفاقية تحظر تشغيل الأطفال والرق في العالم، وصدر عن مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في العام 2000، أنه على دول العالم أن تستحدث أنجح السبل للتعاون فيما بينها بهدف منع الاتجار بالأشخاص، ولا سيما الأطفال والنساء، وتهريب المهاجرين. وأدركت الأمم المتحدة أن هذا التعاون لن يتم إلا بالتشاور الوثيق مع الدول، كما قررت هذه المنظمة آنذاك، أن يكون عام 2005 هو العام المستهدف لتحقيق انخفاض ملحوظ في القضاء على الاتجار بالأطفال والنساء.¹⁴

الفرع الثاني: دور الشرطة الجنائية الدولية (الانتربول)

تعد منظمة الشرطة الدولية الجنائية من أقدم صور التعاون الأمني، وهي تضطلع بمكافحة الجريمة بصفة عامة والجريمة المنظمة بصفة خاصة. أنشئ هذا الجهاز سنة 1923 في فيينا، ومقره مدينة ليون الفرنسية. ولهذه المنظمة فروع ومكاتب في كل دولة من الدول 177 الأعضاء. وساهمت الانتربول في مكافحة الجريمة المنظمة، وتزويد الدول الأعضاء بمعلومات مهمة عن المجرمين المطلوبين للعدالة. وقد تركز اهتمام منظمة الشرطة الدولية بالجريمة المنظمة ذات الصلة بغسل الأموال.

14- إلياس أبو جودة، دور المجتمع الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة، جامعة السوربون، 2014، ص 4-5.

وتتيح مكانة "الانتربول" الفريدة في أوساط أجهزة إنفاذ القانون الدولية، تنسيق عمل الشرطة في الميدان، وتدريب الموظفين على مجموعة من المهارات التي تشمل تقنيات الاستجواب، واستخدام المعدات المتخصصة لضمان فعالية وقوة شبكته.¹⁵

وبما أن الهجرة غير النظامية، تشكل تهديدا خطيرا ومتزايدا للأمن، فإن تحسين تبادل المعلومات الشرطة، وتعزيز استخدام خيرات وقواعد بيانات الانتربول المصممة وفقا للاحتياجات، أمران لا غنى عنهما في الجهود التدريبية التي تبذلها المنظمة لمكافحة ظاهرة تهريب المهاجرين.

وفي سنة 2018، اجتمع خبراء عالميون من حوالي 70 دولة في أبوجا بنيجيريا، لتشكيل جبهة موحدة ضد المجموعات الدولية المتشعبة الضالعة في الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، وذلك في إطار مؤتمر الانتربول السادس لمكافحة هذه الجرائم¹⁶. وهذا المؤتمر الذي شارك فيه أكثر من 500 خبير من أجهزة إنفاذ القانون والقطاعين العام والخاص، والمنظمات غير الحكومية والمنظمات الدولية تناول مواضيع بالغة الأهمية، بحيث من شأنها أن تؤثر في كيفية رؤية العالم لهذه المواضيع، ويتعلق الأمر ب:

- التهديدات والاتجاهات الراهنة
- التدفقات المالية التي ترافق جرائم الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين
- سبل التغلب على العقبات التي تعترض الملاحقات القضائية
- استخدام التكنولوجيا والبيانات في إطار التحقيقات.

الفرع الثالث: المنظمة الدولية للهجرة

أسست المنظمة الدولية للهجرة سنة 1951، وقد سميت في البداية باللجنة الدولية الحكومية للهجرات الأوروبية، وفي 1980 تم تعديل الاسم ليصبح اللجنة الحكومية للهجرة في محاولة لإضفاء بعد عالمي عليها، قبل أن تتحول إلى المنظمة الدولية للهجرة في سنة 1989، بعد أن دخل دستورها المعدل حيز التنفيذ سنة 1987، الذي أكسبها صفة العالمية. ويقدر عدد الدول الأعضاء

15 - في هذا الإطار ينص النظام التأسيسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مادته الثانية أن هدف المنظمة هو "تأمين وتطوير أوسع مساعدة متبادلة بين كل سلطات الشرطة الجنائية في إطار القوانين السارية في مختلف البلدان وعملا بروح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، إقامة وتطوير كل المؤسسات القادرة على المساهمة المجدية في ندارك وجمع الجنايات في الحق العام".

16 - قال الأمين العام للإنتربول السيد يورغن شتوك في أبوجا بنيجيريا سنة 2018: "إن المتاجرين بالبشر يبيعون أمالا كاذبة لضحاياهم الذين يجدون أنفسهم في النهاية عرضة للاستغلال والخطر بل للموت في بعض الأحيان". وأضاف السيد يورغن في نفس المناسبة: "ينقل الرجال والنساء والأطفال مثل السلع من مكان إلى آخر، بينما يسعى المتاجرون على تحقيق المزيد من الربح، إنها جرائم فضيحة تستهدف الضحايا من الفئات السكانية الهشة. ولمكافحة هذا التهديد بفعالية، لا بد من مواصلة اتباع نهج شمولي تشارك فيه جميع القطاعات".

بها 156 دولة، و10 دول بصفة مراقب، ولها أكثر من 8400 موظف يعملون في أكثر من 2300 مشروع في 470 موقعا ميدانيا، وتقدر نفقات المنظمة الدولية للهجرة قرابة 1.6 مليار دولار أمريكي.¹⁷ يتمثل هدف المنظمة الدولية للهجرة في تيسير إدارة الهجرة الدولية إدارة منظمة وإنسانية. ومن أجل تحقيق هذا الهدف، ركزت المنظمة على مجموعة من الأنشطة بناء على طلب من الدول الأعضاء أو بالاتفاق معها، وذلك من أجل تعزيز وتيسير المناقشات على الصعيدين الإقليمي والعالمي والحوار بشأن الهجرة، وتحديد ووضع سياسات فعالة للتصدي للتحديات، وتحديد نهج وتدابير شاملة للنهوض بالتعاون الدولي.

وأطلقت المنظمة الدولية للهجرة للحوار الدولي بشأن الهجرة في الدورة الخمسين لمجلسها سنة 2001، بناء على طلب من أعضائها. وكان الغرض من هذا الحوار الدولي، هو توفير منتدى للدول الأعضاء والمراقبين من أجل تحديد ومناقشة القضايا والتحديات الرئيسية المطروحة في مجال الهجرة الدولية، للمساهمة في التوصل إلى فهم أفضل للهجرة وتعزيز التعاون في قضايا الهجرة بين الحكومات، ومع الجهات الفاعلة الأخرى. كما ينطوي الحوار الدولي أيضا على وظيفة بناء القدرات، مما يمكن الخبراء من مختلف المجالات ومختلف المناطق من تبادل نهج السياسات والممارسات الفعالة في مجالات معينة من الاهتمام وإنشاء شبكات للعمل في المستقبل.

وقد ساهم شكل الحوار الدولي الشامل، والبناء غير الرسمي على خلق مناخ أكثر انفتاحا لنقاش سياسات الهجرة، واستعمل لبناء الثقة بين مختلف أصحاب المصلحة في مجال الهجرة. وإلى جانب البحوث المستهدفة وتحليل السياسات، يوفر الحوار الدولي منتدى مفتوحا للنقاش بين جميع أصحاب المصلحة المعنيين، ويساهم في فهم قضايا الهجرة المواضيعية والناشئة، وصلاتها مع مجالات السياسات الأخرى. كما يسهل أيضا تبادل الخيارات فيما يخص السياسات والنهج بين واضعي السياسات والممارسين، بهدف التوصل إلى حكمة أكثر فعالية وإنسانية للهجرة الدولية. تجدر الإشارة إلى أن المنظمة الدولية للهجرة وضعت مجموعة من التوصيات تتعلق بموضوع الهجرة، ومن بينها:

- الحماية الفعالة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع المهاجرين، لا سيما النساء والأطفال، أيا كان وضعهم من حيث الهجرة، والاحتياجات المحددة للمهاجرين في الحالات الهشة
- تعزيز التعاون والتنسيق في الجهود المبذولة المتعلقة بمسائل الهجرة
- توفير منتدى للدول وللمنظمات الدولية وغيرها من أجل تبادل الآراء والخبرات
- وضع استراتيجيات وطنية لتسهيل الهجرة القانونية

17- محمد المرابطي، الحماية الدولية للمهاجرين، الجالية المغربية بإسبانيا نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، 2007، ص 50.

المبحث الثاني: الإطار القانوني المغربي المتعلق بجريمة تهريب المهاجرين

سعيًا منه ترسيخ التزامه باحترام المبادئ التي نصت عليها المعاهدات والصكوك الدولية، يعمل المغرب، الذي صادق على مجموعة من الاتفاقيات الدولية، العام منها والخاص في مجال حقوق الإنسان، أن يضيف على هذه الالتزامات ضمانات دستورية. وهكذا أعلنت المملكة المغربية في الوثيقة الدستورية لسنة 2011 أنها تتعهد بالتزام ما تقتضيه مبادئها من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبهتها بحقوق الإنسان كما هي معترف بها عالمياً.

ويمكن الاستناد إلى هذا الأساس الدستوري الذي يروم إقامة دولة القانون، وبناء مجتمع ديمقراطي، في حماية ضحايا الاتجار بالبشر، بصرف النظر عن وضعهم، كما نصت عليها الاتفاقيات الدولية، فيما يتعلق بانتهاك حقوق الأشخاص وحريرتهم، وتعريض سلامتهم البدنية والأخلاقية للخطر.¹⁸

المطلب الأول: جريمة تهريب المهاجرين في المنظومة القانونية المغربية

واصلت المملكة المغربية جهودها في مجال مكافحة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، خاصة من خلال القانون 02/03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب، وتفعيل القانون 14.27¹⁹ الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر، وتنصيب اللجنة الوطنية لتنسيق إجراءات مكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه.

الفرع الأول: القانون 02/03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية

تجدر الإشارة أولاً، إلى أن القانون 03/02 لم يكن أول قانون ينظم الهجرة وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية، فقد سبقته عدة قوانين منذ فترة الاستعمار. ولعل من أبرز هذه القوانين نجد: ظهير 13 يوليوز 1934 ويتعلق بالهجرة في المنطقة الفرنسية للإمبراطورية الشريفة، وظهير يوليوز 1938 الذي ينظم الهجرة للعمال المغاربة، وظهير 25 مارس 1939 المعدل والمتمم لظهير 13 يوليوز 1938، بالإضافة إلى ظهير 21 فبراير 1952 المعدل والمتمم لظهير 15 نونبر 1934.

وكما هو معلوم، يحتل المغرب قطب استقبال استراتيجي ما بين إفريقيا وأوروبا، مما جعله يعرف تدفق كبير لعدة أفواج من المهاجرين خاصة من الدول جنوب الصحراء، وهذا حتم عليه القيام بإصلاح المنظومة القانونية المؤطرة للهجرة ودخول وإقامة الأجانب إليه. وهكذا تم تداول مقترح القانون 03/02 من طرف المجلس الحكومي بتاريخ 16 يناير 2003، وتم عرضه على البرلمان الذي صادق عليه بالإجماع بتاريخ 22 ماي 2003.

¹⁸ - عبد العزيز لعروسي، حقوق الإنسان في المغرب: ملامح دستورية وقانونية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 103، 2018، ص 198.

¹⁹ - ظهير شريف رقم 127-16-1 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437/2016، متعلق بالقانون رقم 14.27 المتعلق بالاتجار بالبشر، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2016.09.19.

يتميز القانون رقم 03/02 بكونه يوحد التشريع المغربي المتعلق بالأجانب ويجرم الهجرة غير الشرعية. كما ينص هذا القانون على عقوبات قاسية في حق مرتكبي جريمة تهريب المهاجرين والمتواطئين معهم، كما يجرم جنائيا الهجرة غير المشروعة، وينص على عقوبات في حق الأشخاص الذين يسهلون لها.

من مميزات هذا القانون كذلك، أنه جاء مسابرا لمختلف الأنظمة المقارنة، مما وفر للسلطات العمومية والقضائية الآليات القانونية لمراقبة الأجانب بالمملكة المغربية، والعمل على القضاء على ظاهرة الهجرة غير الشرعية، التي اتخذتها الشبكات الإجرامية المنظمة وسيلة لتحقيق أرباح طائلة.

يتضمن كذلك القانون 03/02، أحكام تنص على بعض إجراءات الحماية ضد الطرد أو الترحيل لفائدة بعض الأشخاص في وضعية غير قانونية مثل المرأة الأجنبية الحامل والشخص الأجنبي القاصر²⁰. ويستفيد اللاجئون وطالبو اللجوء من الحماية بمقتضى هذا القانون، ولا يمكن ترحيلهم أو إبعادهم إلى بلد آخر إذا كان الشخص المعني قد "أثبت أن حياته أو حرته معرضتان فيه للتهديد، أو أنه معرض فيه لمعاملات غير إنسانية أو قاسية أو مهينة"، طبقا لاتفاقية 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين. ويمكن أن يسري هذا الحكم مباشرة على الوضعية التي يعيشها ضحايا الاتجار العابر للحدود، وينبغي تحديد هؤلاء الضحايا لتمكينهم الاستفادة من هذه الحماية. كما يستفيد أشخاص آخرون بمقتضى المادة 26، من الحماية من كل إجراء من إجراءات الطرد²¹.

إن السلوك الإجرامي في جريمة تهريب المهاجرين يكمن في الاستعانة بمهربين من أجل مغادرة إقليم دولة ما، دون التقيد بالشروط المنظمة للهجرة، ومن هنا يتبين أن الفعل الإيجابي للسلوك الإجرامي، يتمثل في التسلل خفية بمساعدة المهربين من أجل مغادرة التراب الوطني، ويكون ذلك، إما باجتياز أحد المراكز الحدودية البرية أو البحرية أو الجوية باستعمال التزوير أو الاحتيال أو وسيلة أخرى أو اللجوء إلى العبور عن طريق منافذ غير المراكز الحدودية. أما صور السلوك الإجرامي في جريمة تهريب المهاجرين فهي على النحو التالي:

²⁰ - الفقرتان 7 و 8 من المادة 26 من القانون 03/02، والفقرة الأخيرة من المادة 29.
²¹ - 1- الأجنبي الذي يثبت بكل الوسائل إقامته فوق التراب المغربي بصفة اعتيادية منذ أن بلغ على الأكثر سن السادسة من عمره. 2- الأجنبي الذي يثبت بكل الوسائل إقامته فوق التراب المغربي بصفة اعتيادية منذ أن بلغ من خمسة عشرة سنة. 3- الأجنبي الذي أقام فوق التراب المغربي بصفة قانونية منذ عشر سنوات، إلا إذا كان طالبا طيلة هذه المدة. 4- الأجنبي المتزوج من مواطنة مغربية منذ سنة واحدة على الأقل. 5- الأجنبي الذي يكون أبا أو أما لطفل مقيم فوق التراب المغربي ومكتسب للجنسية المغربية بحكم القانون، تطبيقا لأحكام الفصل 9 من الظهير الشريف رقم 1.58.250، الصادر في 21 صفر 1378 (6 سبتمبر 1958)، شريطة أن تكون له النيابة الشرعية عن الطفل وأن يكون متكفلا بنفقته بصورة فعلية. 6- الأجنبي المقيم بصفة قانونية فوق التراب المغربي بموجب سند من سندات الإقامة المنصوص عليها في هذا القانون أو في الاتفاقيات الدولية، والذي لم يسبق أن صدر في حقه حكم نهائي بعقوبة حبسية تقل عن سنة واحدة نافذة.

أولاً: تدبير الدخول غير المشروع لشخص أجنبي إلى إقليم الدولة

تعد هذه الصورة من أبرز صور السلوك الإجرامي لجريمة تهريب المهاجرين، ولا يشترط لتحقيق هذه الصورة مرافقة الفاعل للشخص الذي يتم إدخاله إلى إقليم الدولة المستهدفة، بل يتحقق هذا الفعل بمجرد ما يتمكن الفاعل من إدخال شخص أجنبي إلى إقليم الدولة المستهدفة. وأيضاً لا يشترط لتحقيق هذه الصورة إدخال شخص أجنبي إلى الإقليم الحقيقي أو الفعلي للدولة، وإنما تتحقق هذه الصورة بإدخال الشخص الأجنبي إلى إحدى وسائل النقل البحرية أو الجوية التابعة لإحدى الدول دون الحاجة لاشتراط وصول هذه الوسيلة إلى إقليم الدولة المستهدفة.

ثانياً: تدبير البقاء غير المشروع لشخص أجنبي في إقليم الدولة

يعد تدبير البقاء غير المشروع لشخص أجنبي في إقليم الدولة الصورة الثانية من السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة تهريب المهاجرين، وقد نص على هذا الفعل في بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، وفي غالبية التشريعات الوطنية المقارنة. ولا يشترط لتحقيق هذه الصورة، أن يكون الدخول إلى إقليم الدولة مشروعاً، أي لا يشترط وجود ترابط بين الدخول غير المشروع والبقاء غير المشروع، فيكفي لتحقيق هذه الصورة، بقاء الشخص بشكل غير مشروع في إقليم الدولة حتى وإن كان دخوله مشروعاً.

ويتميز هذا السلوك بصفة الاستمرارية، فهو يمتد لفترة زمنية طويلة، وهذا الامتداد الزمني يتحقق من خلال التدخل الإرادي المتجدد من قبل الفاعل، كتوفير العمل أو المأوى، ومتطلبات المعيشة، أو إقراض المال للشخص الذي تم تدبير بقاءه بصورة غير مشروعة.

ثالثاً: تدبير الخروج غير المشروع لشخص من إقليم دولة

يعد تدبير الخروج غير المشروع لشخص أو لعدة أشخاص من إقليم الدولة، صورة أخرى من السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة تهريب المهاجرين، ولم ينص على هذا الفعل في البروتوكول الدولي، ولا في بعض التشريعات الوطنية المقارنة، باستثناء قانون العقوبات التركي. وعلى سبيل المثال بعض الدول الأوروبية مثل: فرنسا، وإيطاليا، وألمانيا لم تنص صراحة على هذه الصورة، وقد استعملوا مصطلح "العبور" إلى جانب مصطلح "الإدخال". كما أن المشرع الألماني والفرنسي اشترطا توافر صفة الأجنبي في الشخص محل الفعل. وهذا النهج مغاير لما جاء به موقف المشرع التركي، حيث أنه لم يشترط لتحقيق فعل الإخراج توافر صفة الأجنبي في الشخص محل الفعل، فمثلاً إذا تم إخراج مواطن من إقليم دولة بهدف إدخاله إلى إقليم دولة أخرى، فإن الجريمة سوف تتحقق. أما في قانون دخول الأجانب وحق اللجوء الفرنسي، وقانون إقامة الأجانب الألماني، فإن الجريمة لا تتحقق لأنها اشترطا تحققها توافر صفة الأجنبي في الشخص المهرب.

رابعاً: تزوير وثيقة سفر أو تدبير الحصول عليها أو حيازتها

تعد هذه الصورة الرابعة من السلوك الإجرامي للركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين، وتقوم هذه الوسيلة على أساس اجتياز الحدود عن طريق انتحال هوية أو استعمال وثائق رسمية مزورة. ويعد التزوير من أكثر الوسائل المستخدمة في ارتكاب هذه الأفعال وأكثرها شيوعاً، وقد نص عليه البروتوكول الإضافي لمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو. وهذا النص يعد من أفضل مما جاء به البروتوكول الدولي، لأن إدراج التزوير ضمن الأفعال المكونة لهذه الجريمة، يؤدي إلى مساءلة الفاعل عن جريمة التزوير. وبالإضافة إلى ذلك، فإن احتمال عدم التمكن من فرض عقوبة جريمة التزوير إلى جانب العقوبة المقررة لجريمة تهريب المهاجرين، تبقى قائمة إن كان ارتكاب الجريمة يهدف إلى تحقيق غرض واحد، وهذا سيؤدي بدوره إلى نشوء ترابط وثيق لا يقبل الفصل بينهما، وبالتالي تطبيق عقوبة الجريمة الأشد فقط. لذلك، من الأفضل أن يكون النص على التزوير ضمن الظروف المشددة للعقوبة المقررة لهذه الجريمة.²²

الفرع الثاني: مكافحة جريمة تهريب المهاجرين في ظل القانون 14.27

صادق البرلمان المغربي سنة 2016 على القانون 14.27 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، ولا يتعلق الأمر بقانون مستقل، وإنما بتعديلات جزئية أدخلت على منظومة القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي. ويظهر من تقرير لجنة العدل والتشريع²³، الذي رصد المناقشات البرلمانية العامة لهذا القانون، أنه صدر لمواجهة تنامي ظاهرة الشبكات الإجرامية المنظمة والعبارة للحدود، التي تستهدف فئات هشة على رأسها النساء والأطفال والمهاجرين غير الشرعيين، وتنشط بالمغرب مستغلة كونه منطقة عبور واستقرار للعديد من الحالمين بالهجرة نحو أوروبا، فضلاً عن اتساع الفوارق بين العالم الحضري والقروي وما تترتب عنه من حالات هجرة داخلية. كما أن عدداً من المغاربة يقعون بدورهم ضحايا هذه الشبكات بالخارج.

وقد تم رصد صور كثيرة للاتجار بالبشر، استغلال الأطفال في العمل المنزلي والتسول والدعارة خاصة يتم في بعض المدن السياحية، وقد سجلت حالات استغلال للأطفال في أعمال السخرة من خلال تجنيدهم كعمّالين في محلات الأعمال الحرفية والصناعة التقليدية والميكانيكا. كما يتم إجبار النساء المغربيات أو الأجانب المهاجرات بشكل غير شرعي خاصة في بلدان جنوب الصحراء على الدعارة والتسول. ويتم تشغيل النساء الأسيويات في العمل المنزلي، ويجبرن على تحمل الاستغلال من خلال مصادرة جوازات سفرهن، وعدم دفع الأجر والإيذاء الجسدي. ورغم أن غالبية الأفعال المشكّلة للاتجار بالبشر مجرمة في القانون الجنائي الحالي، إلا أنه يفقد للأليات

22 - عبد القادر حسين جمعة، جريمة تهريب المهاجرين في ضوء القانون الدولي الجنائي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس عشر، 2019، ص 383-385.

23 - تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 14.27 يتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، دورة أبريل 2016.

حماية الضحايا التي تفرضها عدد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة التي صادق عليها المغرب، وهو ما يبرز أهمية هذا الإصلاح التشريعي.²⁴

أولا. الأفعال المجرمة بموجب القانون 14.27

صدر القانون 14.27 في سبعة فصول، وهي مكملة لمجموعة القانون الجنائي، ويعرف بالتفصيل المقصود بالاتجار بالبشر من قبيل تجنيد شخص أو استدراجه أو تنقله أو إيوائه، أو الوساطة في ذلك عن طريق التهديد بالقوة أو باستعمالها أو باستعمال أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع.

كما تدخل ضمن مفهوم الاتجار بالبشر أيضا إساءة استعمال السلطة أو الوظيفة أو النفوذ أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الهشاشة، أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو منافع أو مزايا للحصول على موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل هذا الأخير جميع أشكال الاستغلال الجنسي، لا سيما دعارة الغير والاستغلال عن طريق المواد الإباحية، بما فيها وسائل الاتصال والتواصل المعلوماتي، ويشمل أيضا الاستغلال عن طريق العمل القسري أو السخرة أو التسول أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو نزع الأعضاء أو نزع الأنسجة البشرية أو بيعها، أو الاستغلال عن طريق إجراء التجارب والأبحاث الطبية على الأحياء، أو استغلال شخص للقيام بأعمال إجرامية أو في النزاعات المسلحة.

وينص القانون على أنه لا يتحقق هذا الاستغلال، إلا إذا ترتب عنه سلب إرادة الشخص وحرمانه من حرية التعبير وضعه وإهدار كرامته، بأي وسيلة كانت، ولو تلقى مقابلا أو أجرا عن ذلك. ويقصد بالسخرة جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض قسرا على أي شخص تحد التهديد، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع لأدائها بمحض اختياره.

ثانيا: تدابير حماية ضحايا الاتجار بالأشخاص في القانون الجنائي المغربي

تنص المنظومة الجنائية المغربية على مجموعة من التدابير والإجراءات لضمان حماية فعالة لضحايا جريمة الاتجار بالأشخاص. وهكذا، ينص قانون المسطرة الجنائية في المادتين 21 و47 على الاستعانة بمترجم سواء أثناء فترة الاستنطاق أو خلال سير المحاكمة. وتبقى الاستعانة بمترجم ضرورية إذا كان الشخص المستمع إليه يتحدث لغة أو لهجة لا يحسنها ضابط الشرطة القضائية أو القاضي.

وقد دعمت المادتان 73 و74 من قانون المسطرة الجنائية دور المحامي، إذ يمكنه مؤازرة موكله أثناء سير الاستنطاق. ويتعين إشعار المتهم بحقه في اختيار محام، فإن لم يستعمل حقه في الاختيار، غين له رئيس الغرفة الجنائية محاميا ليؤازره.

²⁴ - أنس سعدون، قانون مكافحة الاتجار بالبشر بالمغرب... أي البات لحماية حقوق الضحايا؟، مقال منشور على الرابط الإلكتروني التالي: <https://legal-agenda.com/article.php>.

كما نص قانون المسطرة الجنائية على تدابير لحماية الأحداث، حيث حدد سن الرشد الجنائي في 18 سنة ميلادية²⁵، ونص على أن الحدث الذي لم يبلغ بعد سن اثني عشرة سنة غير مسؤول جنائياً، وأن الطفل مسؤول مسؤولية جنائية ناقصة بين سن اثني عشرة سنة وثمان عشرة سنة.

وفيما يتعلق بحماية الصور والمعلومات المتعلقة بالأطفال، فقد نصت طائفة من مواد قانون المسطرة الجنائية على منع نشر أو إشهار القضايا القضائية التي تخص الأحداث في المطبوعات أو الجرائد أو الإذاعة أو السينما أو التلفزة. ونص قانون المسطرة الجنائية كذلك، على إجراءات لحماية الأحداث ضحايا جنح أو جنايات²⁶.

وفي الأخير، نص قانون المسطرة الجنائية على تدابير لحماية الأطفال الموجودين في وضعية صعبة. ويعتبر الحدث البالغ من العمر أقل من 16 سنة في وضعية صعبة، إذا كانت سلامته البدنية أو الذهنية أو النفسية أو الأخلاقية أو تربيته معرضة للخطر من جراء اختلاطه بأشخاص منحرفين أو معرضين للانحراف أو معروفين بسوء سيرتهم أو من ذوي السوابق في الإجرام، أو إذا تورد على سلطة أبوية أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو كافلة أو الشخص أو المؤسسة المكلفة برعايته، أو لكونه اعتاد الهروب من المؤسسة التي يتابع بها دراسته أو تكوينه، أو هجر مقر إقامته، أو لعدم توفره على مكان صالح يستقر فيه²⁷.

ثالثاً: التعاون القضائي الدولي والإقليمي

فيما يتعلق بالتعاون القضائي، يتماشى القانون الجنائي المغربي، الذي وسع نطاقه ليشمل الجرائم المرتكبة من طرف مغاربة وأجانب خارج المملكة، والقانون المسطرة الجنائية، الذي ينص على نظام التعاون القضائي مع السلطات الأجنبية (المادة 713 وما بعدها)، مع التوصيات الواردة في المادة 18 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود.

ولقد صادق المغرب على جملة من اتفاقيات التعاون الثنائي مع معظم بلدان الاتحاد الأوروبي، وفضلاً عن ذلك، يمكن للمغرب، بصفته دولة طرفاً في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، أن يستند إلى الاتفاقية كأساس قانوني لطلب إقامة تعاون دولي مع دولة أخرى طرف في الاتفاقية، بشأن جميع الجرائم المتعلقة بالاتفاقية والبروتوكولين الإضافيين، وبالتالي في قضايا الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين.

25 - المادة 458 من قانون المسطرة الجنائية.

26 - مثلاً يمكن لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث أن يصدر أمراً قضائياً بإيداع الحدث المجني عليه الذي لا يتجاوز عمره 18 سنة لدى شخص جدير بالثقة، أو مؤسسة خصوصية أو جمعية ذات منفعة عامة مؤهلة لذلك، أو بتسليمه لمصلحة أو مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الطفولة (المادة 510).

27 - المادة 513 من قانون المسطرة الجنائية.

كما سيعزز التعاون الأمني والقضائي مع حصول المغرب على الوضع المتقدم، لا سيما مع مشاركة المملكة المغربية في بعض مؤسسات التعاون الأوروبي مثل: منظمة الشرطة الأوروبية (Europol)، والشبكة القضائية الأوروبية (Eurojust).²⁸

المطلب الثاني: الإطار المؤسسي المغربي لمكافحة جريمة تهريب المهاجرين

نظرا لخطورة جريمة تهريب المهاجرين، واثارها الفظيعة الاجتماعية والاقتصادية، فقد قام المغرب بمعالجتها تشريعيًا من خلال إدخالها في إطار سياسة التجريم والعقاب، وذلك بإضفاء الصفة الإجرامية على الأفعال المكونة لها، وتحديد العقوبات الجنائية لمرتكبيها. إلا أن المملكة المغربية، تصدت كذلك مؤسساتها لهذه الجريمة، بحيث تتوفر على أجهزة إدارية وأمنية وقضائية مختصة لرصد هذه الجريمة، ومعالجتها وإلقاء القبض على مقترفيها وتقديمهم للعدالة لينالوا جزاءهم.

الفرع الأول: اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه

نصبت اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه في 23 ماي 2019، وهي تعتبر دعامة جديدة في بنیان مكتسبات المملكة المغربية الحقوقية والديمقراطية، ولبنة أساسية في صرح منظومتها الحقوقية الوطنية.

وتنصيب هذه اللجنة، سيمكن من تقديم اقتراحات كفيلة بإعداد خطة وطنية، واليات ناجعة لمكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر، خاصة وأن المملكة انخرطت في ورش مكافحة الاتجار بالبشر وتهرب المهاجرين، انسجامًا مع متطلبات الطفرة النوعية التي تعرفها في مجال حقوق الإنسان، ومواكبة الإصلاحات الهامة التي أنجزت لترسيخ ودعم هذه الحقوق على المستويين القانوني والمؤسسي.

ويأتي هذا التنصيب كذلك، ليرز الأهمية التي يوليها المغرب لمكافحة الاتجار بالبشر، وتجسيد ذلك من خلال التصديق على عدد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، من قبيل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة، والبروتوكول الملحق بها المتعلق بمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر وبخاصة النساء والأطفال. كما يعتبر إحداث هذه اللجنة، تنويجا للجهود المبذولة للتصدي للظاهرة، وترسيخ حقوق الإنسان والمساواة بين الرجل والمرأة، باعتبارهما شرطين ضروريين لحماية كرامة الإنسان وضمان عيشه الكريم.

وتعد اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه، الإطار الأمثل للتفكير الجماعي، وللمساهمة الجديدة في اقتراح الحلول الكفيلة بمكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر، والحد من تداعياتها، بحكم تمثيليتها المتنوعة التي تضم قطاعات وزارية، وأمنية ومؤسسات وطنية من المجتمع المدني. كما يمكن للجنة تقديم اقتراحات بشأن إمكانيات التعاون والتنسيق بين الجهات الحكومية المختصة،

²⁸ كلير لوتبي، التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، المنظمة الدولية للهجرة - المغرب، دليل خاص بالتكوين الأساسي، 2007، ص 43-45.

والمؤسسات التي تعكف على مكافحة الاتجار بالبشر، مع الانفتاح والاستفادة من التجارب الناجعة والممارسات الفضلى في الدول الرائدة في هذا المجال.²⁹

ومن خلال المهام التي أنيطت باللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه، يمكن استخلاص إشارات المشرع المغربي في طريقة مكافحة هذا النوع الخطير من الجرائم بوصفه ثالث جريمة منظمة بعد الاتجار بالأسلحة والمخدرات من حيث الانتشار وتحقيق عائدات مالية كبيرة. إن حجم ظاهرة الاتجار بالبشر وتوسعها وانتشارها، تدعو الجميع إلى وضع معايير نوعية ودقيقة، والبحث عن الممارسات الجيدة وتجارب المكافحة الناجحة في العالم، وطرق التعرف على الضحايا وحمايتهم وتوفير الية حماية وطنية لهم، وتمكينهم من خدمات جميع الفاعلين وفق كل حالة على حدة.

كما أن الدولة ملزمة بموجب المادة الرابعة من المرسوم المحدث للجنة، على توفير الحماية والرعاية الصحية والدعم النفسي والاجتماعي لفائدة ضحايا الاجار بالبشر، والعمل على توفير أماكن لإيوائهم بصفة مؤقتة، وتقديم المساعدة القانونية اللازمة لهم، وتيسير سبل اندماجهم في الحياة الاجتماعية، أو تيسير عودتهم الطوعية إلى بلدانهم أو بلد إقامتهم إذا كانوا أجنب، وذلك في حدود الوسائل المتاحة لديها.

الفرع الثاني: دور الأجهزة الأمنية

يقوم المغرب بمجهودات جبارة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود، وخاصة ما يتصل بأبشع صورها وهي جرائم: الاتجار بالبشر والمخدرات وتهريب المهاجرين، بحيث أن الأجهزة الأمنية بمختلف وحداتها وتخصصاتها واجهت وبلا هوادة التهريب بكل أشكاله، وذلك في إطار احترام المواثيق الدولية لحقوق الإنسان والكرامة الإنسانية.

ورغم غياب التنسيق والتعاون على المستويين الجهوي والإقليمي لمواجهة تنامي جرائم تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر والتهريب بصفة عامة، فإن المغرب يقود حربا ضروسا ضد تهريب البشر إلى أوروبا، وهو يعتمد في ذلك على مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة في إطار التعاون متعدد الأطراف.

وللتصدي بكل فعالية ونجاعة لمختلف مظاهر الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ووضع حد لآثارها الخطيرة، تعمل الأجهزة الأمنية المغربية على تطوير تقنيات الكشف عن ضحايا هذه الجرائم بين موجات المهاجرين، وتفكيك شبكات تهريب المهاجرين والاتجار بهم، خاصة أن المجرمين يقومون باستمرار بتطوير أساليب عملهم، ويحاولون إرشاء أفراد الشرطة والمؤسسات الأخرى، وتخويف الشهود والضحايا.

²⁹ - يحي على الصرايبي، المشروعية القانونية والأبعاد الأمنية للهجرة الوافدة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص 115.

كما تقوم الأجهزة الأمنية بتنظيم دورات تكوينية وتدريبية تدخل في إطار استراتيجية المملكة من أجل تعزيز قدرات أفراد هذه الأجهزة في محاربة الجريمة العابرة للحدود والتعريف بالمهاجرين والاتجار بالبشر، بهدف توحيد المفاهيم من أجل فهم أحسن للجرائم المرتبطة بالاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، نظرا إلى تعقيدات هذه الجرائم والعناصر المكونة لها، والمفاهيم التي تتداخل فيها مثل التسول والدعارة والتهريب.

وبهذا الخصوص، قالت كريستينا البروتين، الممثلة الإقليمية لمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة للشرق الأوسط وشمال إفريقيا بمناسبة الأيام التحسيسية التي شارك فيها خبراء أمنيون مغاربة وأجانب بالرباط سنة 2019 إن "الضباط المغاربة معروفون بمستواهم العالي في مواجهة موجات الهجرة السرية والتجار بالبشر، وسنعمل على تطوير قدراتهم من أجل محاربة فعالة للجريمة العابرة للحدود"³⁰.

الفرع الثالث: المحاكم المختصة والعقوبات المقررة

إن قيام الجريمة بجميع أركانها، يؤدي إلى توقيع العقاب بمرتكبها متى تثبت مسؤوليتهم عنها، ما لم يتوفر سبب يعفيهم منها بحكم القانون. وهكذا، فقد أفرد المشرع المغربي في المادة 50 من القانون الجنائي، عقوبة محددة ما بين 3000 و10000، والحبس من شهر إلى سنة أشهر، أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل شخص تسلل إلى التراب المغربي من منفذ أو مركز حدودي بري أو بحري أو جوي أو غير حدودي، وذلك بوسائل احتيالية للتملص من الوثائق الرسمية اللازمة، أو الإجراءات الإدارية التي يوليها القانون أو عبر انتحال اسم غير اسمه.

ويتضح جليا أن هذا الفصل يعمل على محاربة الهجرة غير الشرعية عن طريق معاقبة المهاجرين بصفة مباشرة سواء منهم الداخلون للمغرب عبر الحدود، أو الذين يغادرونه في اتجاه أوروبا عن طريق البر أو البحر.³¹

ثم ينتقل المشرع في المادة 51 إلى طائفة أخرى من المخالفين لأحكام القانون 03/02، ويتعلق الأمر بالأشخاص الذين يقدمون المساعدة والعون لارتكاب الأفعال المنصوص عليها في المادة 50، حيث رفع العقوبة إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وغرامة مالية، والملاحظ أن هذه المادة لم تجعل للقاضي الخيار في إصدار العقوبة المالية أو الحبسية، بل ألزمه بالحكم بالعقوبتين معا.

كما تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 294 من القانون الجنائي على المسيرين من أعضاء العصابة، وعلى الأشخاص الذين مارسوا أو يمارسون فيها مهمة قيادة كليهما

³⁰ - ضباط مغاربة يستفيدون من خبرات دولية لمكافحة الاتجار بالبشر، مقال منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.hespress.com/societe/460018.html>

³¹ - أوضحت الأرقام الرسمية التي نشرتها المنظمة الدولية للهجرة، أن عدد المهاجرين غير الشرعيين الذين وصلوا إسبانيا خلال سنة 2019 قد انخفض إلى 25 ألف مهاجر، مقارنة بـ 55 ألف في عام 2018، ولم توضح الإحصائيات المنشورة جنسيات المهاجرين وبلدانهم الأصلية.

كانت، حيث يعاقبون بالسجن من 10 إلى 20 سنة، وإذا نتج عن نقل الأشخاص بصفة سرية، عجز لهؤلاء، تكون العقوبة هي السجن من 15 إلى 20 سنة، وفي حالة الوفاة تكون العقوبة السجن المؤبد.³²

وفي حالة الإدانة، فإنه حسب المادة 53، فإن المحكمة قد تأمر بمصادرة وسائل النقل المستعملة في ارتكاب الجريمة، سواء كانت هذه الوسائل تستعمل للنقل الخاص أو العام أو للكراء، شريطة أن تكون في ملكية مرتكبي الجريمة وشركائهم، أو في ملكية أعضاء العصابة الإجرامية ولو لم يشاركوا فيها.

أما بالنسبة للاختصاص، فالمادة 56 جاءت صريحة حيث أسندت الاختصاص للقضاء المغربي للنظر في هذه الجرائم، ولو ارتكبت بالخارج كلياً أو جزئياً، كما يختص كذلك بمحاكمة أفعال المشاركة أو الإخفاء لو ارتكبت من أشخاص غير مغاربة.

ومن الناحية الإجرائية، ولضمان فعالية الأبحاث وسرعتها، نص المشرع في المادة 87.7 من قانون المسطرة الجنائية على إمكانية التقاط المكالمات في جرائم الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، كما مكن السلطات القضائية المختصة أن تأمر بمنع المشتبه فيهم أو المتهمين من الاتصال أو الاقتراب من ضحايا الاتجار بالبشر، وأيضاً إمكانية الترخيص للصحبة الأجنبي بالبقاء بالتراب الوطني إلى غاية انتهاء إجراءات المحاكمة.

أما فيما يخص دور النيابة العامة في مكافحة جريمتي الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، ففي إطار برنامج الجهود المبذولة لمكافحة هاتين الجريمتين، نظم مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة ورشة عمل من 24 إلى 26 يوليوز 2018 في مدينة طنجة بالمغرب. وقد حضر هذه الورشة 20 من وكلاء النيابة العامة الذين يعملون على مكافحة الشبكات الإجرامية الضالعة في تهريب المهاجرين والاتجار بالأشخاص، وتوفير الحماية للضحايا، وقد مثل وكلاء النيابة الحاضرين جميع محاكم الاستئناف في المملكة المغربية.³³

32 - أصدرت القضاء المغربي في 17 ديسمبر 2019، أحكاماً على تسعة أشخاص متورطين في تهريب مهاجرين، إضافة لمسؤوليتهم المباشرة على الحادثة التي تسببت بموت شابة مغربية تدعى حياة بلقاسم في سبتمبر 2018. وقد لقيت حياة بلقاسم، 22 عاماً، حتفها بعدما تعرضها لإطلاق نار من البحرية المغربية أثناء محاولتها الهجرة من المغرب إلى إسبانيا. وكانت طالبة في كلية الحقوق على متن قارب يطلق عليه (Go-Fast)، وهو قارب سريع يستعمله عادة مهربي المخدرات.

33 - في إطار التخطيط الاستراتيجي ورسم لسياسات، يقدم مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة العديد من الخدمات التقنية تكفل التنفيذ الفعال للصوصك الدولية، وتوفير قدرات بحثية تحليلية، بالإضافة إلى الاضطلاع بأنشطة المساعدة التقنية، وبناء القدرات في المواقع الميدانية. ولقد أصدر سنة 2011 أداة تقنية بعنوان "إطار العمل الدولي بتنفيذ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين"، وتهدف إلى دعم التشاور بين الدول الأطراف في مجال التخطيط الاستراتيجي ورسم السياسات، وتعالج على نحو شامل التزامات الدول الأطراف المتعلقة بأهداف البروتوكول الخاص بالمنع والملاحقة القضائية، وهو ما يوفر خارطة طريق للتعرف على الثغرات التي تشوب تنفيذ البروتوكول.

ووفقا للقانون المغربي 27-14، تشكل جريمتي تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر جرائم خطيرة تعالجها محاكم الاستئناف مباشرة. وفي هذا الإطار، قررت النيابة العامة المغربية إنشاء شبكة من وكلاء النيابة العامة، يمثلون كافة المحاكم الاستئنافية بالمغرب، وتهدف هذه الشبكة إلى زيادة معرفة وكلاء النيابة بشأن التعقيدات المتعلقة بقضايا الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين. ويقوم مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، بتدريب أنثين من وكلاء النيابة العامة من كل محكمة، وذلك في إطار برنامج³⁴ الجهود المبذولة لمكافحة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين بهدف تطوير فهم مشترك، وممارسات عامة، وشبكة من المهنيين الذين يعملون على نفس القضايا.

خاتمة

إن المكاسب القانونية والمؤسسية التي حققها المغرب في مجال محاربة الجريمة بكل أشكالها، سواء تعلق الأمر بالاتجار بالبشر أو شبكات تهريب المهاجرين أو الجريمة المنظمة، تندرج في مجموع الإصلاحات التي أطلقتها المملكة المغربية منذ سنوات عديدة. فبالنظر إلى موقعه الاستراتيجي الذي يشكل ملتقى بين أفريقيا وأوروبا، ومن منطلق وعيه التام بمسؤولياته إزاء شركائه، فقد اعتمد المغرب سلسلة من التدابير لمكافحة شبكات الجريمة المنظمة، ومن ذلك القوانين المتعلقة بدخول وإقامة الأجانب، وتعزيز الإمكانيات البشرية والوسائل المادية للحيلولة دون استعمال المغرب كبلد عبور أو كقاعدة لتهريب المهاجرين.

كما اعتمد المغرب منذ 2007، استراتيجية وطنية لمحاربة الاتجار بالأشخاص، تهدف إلى ملاءمة الترسانة القانونية في اتجاه مزيد من النجاح، من خلال تفعيل مسلسل المصادقة، خاصة على البروتوكول الملحق بمنع وقوع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، وكذا من خلال توسيع الحقل التشريعي والقانوني والمؤسسي. كما أن المغرب في إطار محاربته للاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، يأخذ بعين الاعتبار البعد الإنساني للظاهرتين، بتقديم الإسعافات الأولية للضحايا، ومساعدتهم على القيام بإجراءات العودة الطوعية لبلدانهم الأصلية، في احترام تام للقانون الدولي الإنساني.

³⁴ - برنامج الجهود المبذولة لمكافحة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين، هو مبادرة مشتركة مدتها أربع سنوات (2015-2019)، بتمويل مشترك بين الاتحاد الأوروبي ومكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، تبلغ قيمته 11 مليون يورو. وجرى تنفيذ البرنامج بالشراكة مع المنظمة الدولية للهجرة، ومنظمة الأمم المتحدة للطفولة. وهو يقدم المساعدة للسلطات الحكومية ومنظمات المجتمع المدني في 13 دولة منتقاة على الصعيد العالمي.

المراجع المعتمدة

الكتب:

- عبد العزيز عروسي، حقوق الإنسان في المغرب: ملاءمات دستورية وقانونية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 103، 2018.
- عبد مولاه ماهر، التشريع الأوروبي، واليات الردع والتحفيز، المستقبل العربي، بيروت، 2012.
- كلير لوتيني، التحرك لمناهضة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، المنظمة الدولية للهجرة - المغرب، 2007.
- محمد صباح سعيد، تهريب المهاجرين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- محمد فتحي عبيد، التجارب الدولية في مكافحة الهجرة غير الشرعية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.
- يحي علي الصرابي، المشروعية القانونية والأبعاد الأمنية للهجرة الوافدة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

القوانين:

- تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول قانون رقم 14.27 يتعلق بالاتجار بالأشخاص، دورة أبريل 2016.
- الدستور المغربي لسنة 2011، ظهير شريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور.
- ظهير شريف رقم 1.09.112 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 غشت 2011)، بنشر بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال. المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الموقع بنيويورك في 15 نونبر 2000.
- ظهير شريف رقم 1.16.127 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437/2016، المتعلق بالقانون رقم 14.27 المتعلق بالاتجار بالبشر، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 19 سبتمبر 2016.
-

المجلات:

- إلياس أبو جودة، دور المجتمع الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة، مجلة جامعة السوربون، 2014.
- زهرة بوسراج، الجهود الدولية لمكافحة جريمة تهريب المهاجرين، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، 2019
- عبد القادر حسين جمعة، جريمة تهريب المهاجرين في ضوء القانون الدولي الجنائي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم والسياسة، العدد 16، 2019.

المواقع الإلكترونية:

- انس سعدون، قانون مكافحة الاتجار بالبشر بالمغرب... أي اليات لحماية الضحايا؟ مقال منشور على الرابط التالي: <https://legal-agenda.com/article.hph>.
- تهريب المهاجرين، مقال منشور على الموقع التالي: <https://www.interpol.int/ar/4/10/>
- ضباط مغاربة يستفيدون من خبرات دولية لمكافحة الاتجار بالبشر، مقال الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.hespress.com/societe/460018.html>.

الأطروحات:

- محمد المرابطي، الحماية الدولية للمهاجرين، الجالية المغربية بإسبانيا نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، 2007.

Ouvrages :

- Mohamed Khachani, La question Migratoire Au Maroc, imprimerie, Bdaoui, 1ere édition, 2019.

" تطور المعايير والمبادئ الدولية والإقليمية لحماية حرية التجمع العمومي "

عبدالهادي الخياطي

دكتور في القانون العام والعلوم السياسية، بكلية العلوم
القانونية والسياسية بسطات - جامعة الحسن الأول

مقدمة :

تعد حرية التجمع العمومي واحدة من أهم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي ترتبط بعدد من الحريات الفكرية الأخرى كحرية الرأي والتعبير، نظرا لما تمثله من أهمية باعتبارها أداة من أدوات التعبير عن الآراء والأفكار والمطالب ذات الطابع السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الثقافي، و الدفاع عنها، فهي من الحريات الفردية التي تمارس في إطار جماعي.

وليس هناك تعريف محدد لمفهوم التجمع العمومي سواء في التشريعات الوطنية أو الدولية، باستثناء بعض التعاريف التي قدمها الفقهاء والباحثون والمهتمون في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة، و حسب مكتب المؤسسات الديمقراطية لحقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي و لجنة البندقية فالتجمع هو الوجود المتعمد والمؤقت لعدة أشخاص في مكان عام لغرض تعبير مشترك، ويسلط هذا التعريف الضوء على حقيقة أن الحق في التجمع يفترض أن يكون لغرض نقل رسالة، قد تكون هذه الرسالة موجهة لفرد أو مجموعة أو منظمة أو مجتمع بصفة عامة، وعادة ما تقام هذه التجمعات في الأماكن العامة المفتوحة مثل الشوارع والميادين والحدائق العامة أو في أماكن أخرى من هذا القبيل.¹

وحسب التقرير المشترك للمقرر الأممي الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات و المقرر الأممي الخاص المعني بحالات الإعدام خارج إطار القضاء أو بالإجراءات التعسفية تجاه الإدارة السلمية للتجمعات، فإن التجمع بحسب الفهم العام، هو احتشاد متعمد ومؤقت في مكان خاص أو عام لغرض معين، وقد يتخذ شكل المظاهرات أو الاجتماعات أو الإضرابات أو المسيرات أو الاحتشادات الجماهيرية أو الاعتصامات لغرض التعبير عن المظالم والمطالب أو للاحتفال بأحداث معينة، بل يمكن إدراج المناسبات الرياضية والحفلات الموسيقية وغيرها من التجمعات تحت هذا التعريف. و يعرف التجمع على أنه احتشاد مؤقت لكنه يمكن أن يشمل المظاهرات التي تنظم لوقت مطول، بما في ذلك الوقفات والمظاهرات التي تحتل بعض الأماكن.

¹- دليل بشأن مراقبة حرية التجمع السلمي، منشورات مكتب المؤسسات الديمقراطية لحقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي ولجنة البندقية، وارسو بولندا، 2013، ص:10.

و رغم أن الفهم العام للتجمع هو تجمع الأشخاص في مكان ما، فإنه ثمة اعتراف بحماية حقوق الإنسان المتعلقة بحرية التجمع حتى بالنسبة للتجمعات المشابهة لها التي تتم في الفضاء الافتراضي.²

وإذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أشارا إلى الحق في التجمع العمومي، إلا أنهما لم يقدموا أي تعريف محدد له، وبالتالي فالمعنى العام لهذا المفهوم يحيلنا على مجموعة من الأشكال المختلفة للتجمعات، من اجتماعات عمومية ومظاهرات و تجمهرات إلى جانب أشكال أخرى مبتكرة من التجمعات العمومية التي برزت في السنوات الأخيرة كالاتصامات والوقفات الاحتجاجية ونصب الخيام وغيرها من التجمعات العمومية.

وقد تطور الاعتراف بحرية التجمع العمومي في القانون الدولي لحقوق الإنسان منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 دجنبر 1948، حيث توالى المواثيق الدولية التي أكدت على ضرورة الالتزام باحترام و ضمان هذه الحرية وملائمة التشريعات في هذا المجال مع تلك المواثيق، خاصة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وباقي الاتفاقيات المتعلقة بباقي حقوق الإنسان والتي أكدت أيضا في مضامينها على ضمان الحق في حرية التجمع العمومي السلمي.

كما أكدت على هذا الحق أيضا المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان الخاصة بكل مجموعة من الدول التي تجمعها بعض القواسم المشتركة فيما بينها.

لكن هل يكفي التنصيص على الحق في حرية التجمع العمومي في المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان لضمان ممارسة هذا الحق، أم أن تلك المواثيق تحتاج إلى المزيد من التفسير و التوضيح لكيفية تقنين وتنظيم حرية التجمع العمومي وتنزيل ذلك على مستوى التشريعات الوطنية للدول، وإخراج تلك المواثيق من الحيز النظري إلى الحيز التطبيقي؟.

هذه الإشكالية سنحاول الإجابة عنها من خلال اتباع منهج تحليلي يعتمد على دراسة تحليلية لنصوص المواثيق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، و دراسة تطور الحماية التي أصبحت تحضى بها من خلال القرارات و التوصيات الصادرة عن مجلس حقوق الإنسان و عن المقررين الأميين المعنيين من قبل هذه المؤسسة الحقوقية الدولية، المعنيين بالحق في تأسيس الجمعيات و الحق في التجمع السلمي و الحق في حرية التعبير..، و كذا دراسة التوصيات و المبادئ التوجيهية الصادرة عن بعض المنظمات الإقليمية المهتمة بالدفاع عن حق الإنسان في حرية التجمع العمومي.

² -Rapport conjoint du rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association et du rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires concernant la bonne gestion des rassemblements, le 4 février 2016, A/HRC/31/6 p :6.

المبحث الأول: حرية التجمع العمومي في المواثيق الدولية والإقليمية

انتقل الاعتراف بالحق في حرية التجمع العمومي من التشريعات الوطنية إلى المواثيق الدولية، التي أكدت على ضرورة ضمان وحماية هذا الحق إلى جانب باقي حقوق الإنسان الأخرى، وقد تطور هذا الاعتراف بتطور المواثيق الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي لم يكن يكتسب قوة ملزمة للدول، ثم العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وباقي الاتفاقيات الدولية الأخرى التي شكلت قوة ملزمة للدول المصادقة عليها (المطلب الأول)

بعد ذلك انتقل الاعتراف بالحق في حرية التجمع العمومي من الطابع الدولي إلى الطابع الإقليمي، حيث قامت مجموعة من الدول حسب خصوصياتها الجغرافية واللغوية والدينية إلى تبني اتفاقيات إقليمية لحقوق الإنسان تؤكد على ضمان هذه الحرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حرية التجمع العمومي في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

نصت مجموعة من المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على الحق في حرية التجمع العمومي بشرط أن يكون سلمياً، و على الخصوص المواثيق التالية:

1- : حرية التجمع العمومي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948 بوصفه المثل الأعلى المشترك الذي ينبغي أن تتبناه جميع الشعوب والأمم، ليؤكد على الحق في حرية التجمع العمومي التي يجب أن يتمتع بها الأفراد والجماعات باعتبارها وسيلة من وسائل التعبير الجماعي العلني عن الأفكار والمقترحات أو الاعتراضات المتعلقة بالمطالب السياسية والاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية.

حيث نص في المادة 20 منه على أن: "لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية، ولا يجوز إرغام أحد على الانضمام إلى جمعية ما".

ويلاحظ من مضمون هذه المادة أن الإعلان تحدث عن حق كل شخص في حرية التجمع السلمي، بمعنى أنه لا يمكن حماية أو الاعتراف بأي تجمع غير سلمي، إلى جانب أنه قرن الحديث عن ضمان هذا الحق بالحق في الاشتراك في الجمعيات، نظراً للارتباط الوثيق بين حرية الجمعيات و التجمع العمومي ، فممارسة التجمع العمومي تمر من خلال بوابة عقد الاجتماعات الخاصة بالجمعيات داخلياً أو الدعوة لتنظيم الاجتماعات أو التجمعات العمومية المفتوحة في وجه العموم.

كما نصت المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل..."

ويمكن اعتبار هذه المادة من المضامين القوية للإعلان العالمي التي تؤكد على الحق في ممارسة حرية التجمع العمومي، باعتبار أن المدارس والمناقشة أثناء الاجتماعات العمومية التي تجري

داخل القاعات المفتوحة للعموم وكذلك الشعارات والهتافات المعبر عنها عند تنظيم التجمعات الاحتجاجية بالطرق والساحات العامة ما هي إلا تجسيد لحرية الرأي والتعبير ولحرية اعتناق الآراء. لأن حرية التعبير لا تشمل حرية الإعلام والصحافة فقط، بل تتعداها لتشمل باقي الحقوق والحريات التي يعبر فيها الفرد عن رأيه وتوجهه مثل حريات الاجتماع والتظاهر السلمي والمعتقد وحرية المشاركة السياسية في الانتخابات وغيرها من الحريات...

ويمكن القول أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان شكل اعترافا دوليا من قبل مجموعة من الدول ليس فقط بحرية التجمع العمومي، وإنما بجملته من الحقوق والحريات الأساسية، وقد تميز بشموليته وعالميته، "فقد جاء عقب حربين عالميتين مدمرتين عانت البشرية من ويلاتهما أشد المعاناة"³.

وعلى الرغم من أهمية الإعلان العالمي باعتباره أول الوثائق الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة التي تؤكد على ضمان وحماية حقوق الإنسان، إلا أنه حصل خلاف بين الفقهاء حول قيمته القانونية، حيث ذهب فريق منهم إلى القول بافتقاره للقوة الإلزامية، إما لاعتباره مجرد إعلان عن نوايا وتطلعات الأسرة الدولية صوب تحديد حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بحيث لا يكون له إلا قيمة معنوية ولا يرتب أي التزام قانوني، وإما لأنه صادر عن الجمعية العامة في صورة توصية غير ملزمة،⁴ أو لأنه تم التوافق على إعطائه قيمة عليا بالنظر لمحتواه،⁵ أو لأنه لا يمكن اعتباره جزء من التشريع الدولي الملزم في مجال حقوق الإنسان حيث يفتقر إلى العنصر الإضافي الذي يربط بين الجزاء وفكرة الإلزام.⁶

كما أن صياغة الإعلان العالمي بشكل شمولي لمبادئ حقوق الإنسان دون توفره على آلية لتطبيق مقتضياته، تهدف إلى تغييب عنصر الجزاء كمتتم لفكرة الإلزام، وجعله أقرب إلى ضوابط أخلاقية ومعنوية تخاطب الإرادة السياسية للدول الأطراف دون أن يترتب على خرق مقتضياته أية مسؤولية قانونية.⁷

3 - أحمد سليم سعيغان: "الحريات العامة وحقوق الإنسان"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت، 2010، ص:250.

4 - حسام أحمد محمد هندواوي: "القانون الدولي العام وحماية الحريات الشخصية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص:19.

5 - Fouad Ben Makhlof: « La notion de liberté dans les instruments internationaux des droits de l'Homme », REMALD, série : Thèmes actuels, n°18, 1999, p. 66.

6 - يوسف البحيري: "حقوق الإنسان المعايير الدولية وآليات الرقابة"، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية، الداوديات، مراكش، 2012، ص:47.

7 - محمد سعيد الدقاق: "التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان"، دار العلم للملايين، القاهرة 1989، ص:75.

2- حرية التجمع العمومي في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

جاء هذا العهد⁸ إلى جانب العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ليمنح الحقوق والحريات ذات الطابع السياسي المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حماية أقوى بعدما ثار الخلاف حول غياب القوة الإلزامية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومن بين أبرز هذه الحقوق والحريات الحق في حرية التجمع السلمي، حيث أكد في المادة 21 منه على أن: "الحق في التجمع السلمي معترف به، ولا يجوز تقييد ممارسة هذا الحق بأية قيود غير التي يقرها القانون وتقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن أو السلامة العامة أو النظام العام وحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين".

ويلاحظ أن وضعي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية اعترفوا بحق الأفراد والجماعات دون تمييز في ممارسة التجمع العمومي ذو الطابع السلمي بدون أي قيد، باستثناء القيود التي يقرها القانون الداخلي لكل دولة، ولكن ليست كل القيود مقبولة من منظور الفلسفة الحقوقية لهذا العهد، ماعدا القيود التالية:

✓ القيود التي تفرضها صيانة الأمن القومي أو السلامة أو النظام العام؛

✓ القيود المتعلقة بحماية الصحة العامة أو الآداب العامة؛

✓ القيود التي تتعلق بحماية حقوق الآخرين وحرياتهم.

بالإضافة إلى القيود التي سمحت بها المادة 4 من هذا العهد التي تجيز للدولة في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي و عدم انطوائها على أي تمييز

كما أن هذا العهد الدولي عزز من ضمانات الحق في ممارسة حرية التجمع العمومي السلمي عندما أقر في المادة 19 منه على حق كل إنسان في اعتناق الآراء دون أن يناله أي تعرض بسببها، وحقه أيضا في حرية التعبير؛ فحرية الرأي والتعبير تعتبر إحدى ميكانيزمات وأسس حرية التجمع العمومي فانعدامها يؤدي إلى وأد مختلف أشكال هذه الحرية التي تعتبر ممارستها نوعا من أنواع التعبير عن الرأي.

3- حرية التجمع العمومي في باقي المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

بالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أكدت باقي المواثيق الدولية على الحق في حرية التجمعات السلمية، مثل:

⁸ - اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضته للتوقيع والتصديق والانضمام طبقا للقرار 2200 بتاريخ 16 دجنبر 1966، ودخل حيز التنفيذ على المستوى الدولي بتاريخ 23 مارس من نفس السنة.

■ حرية التجمع العمومي في الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري⁹:

نصت هذه الاتفاقية في المادة 5 على أنه: «...إيفاء للالتزامات الأساسية المقررة في المادة 2 منها، تتعهد الدول الأطراف بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله وبضمان حق كل إنسان دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الإثني في المساواة أمام القانون، لاسيما بصدد التمتع بالحقوق التالية:

... البند "د" الحقوق المدنية الأخرى ولاسيما:

... "9"- الحق في حرية الاجتماع السلمي وتكوين الجمعيات السلمية أو الانتماء إليها...».

■ حرية التجمع العمومي في اتفاقية حقوق الطفل¹⁰:

نصت هذه الاتفاقية في البند الأول من المادة 15 على أنه: "تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية الاجتماع السلمي وحرية تكوين الجمعيات".

■ حرية التجمع العمومي في إعلان المدافعين عن حقوق الإنسان المتعلق بحق ومسؤولية الأفراد والجماعات وهيئات المجتمع في تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف بها عالميا طبقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 138/47 الصادر في 18 دجنبر 1992.

وقد نص هذا الإعلان في الفقرة الأولى-البند "أ" من المادة 5 على أنه: "...و من أجل تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية، يكون لكل شخص الحق بمفرده وبلاشتراك مع غيره على الصعيدين الوطني والدولي في الالتقاء أو التجمع سلميا".

ويمكن القول أن اعتراف المواثيق الدولية بالحق في حرية التجمع العمومي السلمي عرف تطورا أكبر عندما أخذ هذا الاعتراف طابعا إقليميا (قاريا) باتفاق مجموعة من بلدان القارات على صياغة اتفاقيات إقليمية تعترف، تحمي وتضمن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

المطلب الثاني: حرية التجمع العمومي في المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان

إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية يشكلان إحدى الوثائق الأساسية لما يسمى بلائحة حقوق الإنسان الدولية التي تتميز بطابعها الكوني العام لكل إنسان، فإن الطابع الخصوصي لكل بلد أو لكل مجموعة من الدول

⁹ - اعتمدت من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضت للتوقيع والتصديق طبقا لقرار رقم 2000 المؤرخ في 21 دجنبر 1965، ودخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي في 04 دجنبر 1969.

¹⁰ - اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار رقم 25/44 الصادر في 20 نونبر 1989، ودخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي في 02 شتنبر 1990 طبقا للمادة 49.

التي تجمعها قواسم مشتركة سواء منها ما يتعلق بالجغرافيا أو الدين أو الفكر الاقتصادي جعلها تتجه نحو الاتفاق على صياغة اتفاقيات إقليمية لحقوق الإنسان.

لذا سحاول في هذا المطلب الإشارة إلى موقف هذه الاتفاقيات الإقليمية من حرية التجمع العمومي.

1- : حرية التجمع العمومي في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

وقعت هذه الاتفاقية بروما في 4 نونبر 1950 من قبل جميع الدول الأعضاء في مجلس أوروبا. ولم تدخل حيز التنفيذ إلا اعتبارا من 30 شتنبر 1953.

وقد كانت هذه الاتفاقية سابقة على الصعيد العالمي في الاعتراف بضرورة حماية الحقوق المدنية والسياسية، حيث خرجت إلى حيز الوجود قبل صدور العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية نفسه.

وأكدت هذه الاتفاقية على الحق في ممارسة حرية التجمع العمومي، حيث نصت في المادة 11 منها على أن: "...1- لكل شخص الحق في حرية التجمع السلمي وحرية تكوين الجمعيات بما في ذلك الحق في تكوين النقابات مع الآخرين أو الانخراط فيها من أجل الدفاع عن مصالحه.

2- لا يمكن أن تخضع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الأولى لأية قيود غير تلك التي يكون منصوصا عليها في القانون والتي تعد في أي مجتمع ديمقراطي إجراءات ضرورية لمصلحة الأمن الوطني أو السلامة العامة لمنع اندلاع الفوضى والجريمة، ولحماية الصحة والآداب ولحماية حقوق الآخرين وحياتهم. ولا تمنع هذه المادة فرض قيود قانونية على ممارسة هذه الحقوق من قبل رجال القوات المسلحة والشرطة وإدارات الدولة...".

وبالتالي، تعتبر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات حقا أساسيا، ولذلك يتوجب على الدول الأعضاء إنشاء آليات ملائمة واتخاذ إجراءات مناسبة للحرص على التمتع بهذه الحرية بشكل فعلي، وألا تكون خاضعة لأنظمة بيروقراطية تعيق التمتع بها.

2- : حرية التجمع العمومي في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

اعتمدت الاتفاقية الأمريكية في الندوة الخاصة بحقوق الإنسان التي انعقدت في سان خوسيه بكوستاريكا في 22 نونبر 1969، ودخلت حيز التنفيذ في 18 يوليوز 1978 بين ستة وعشرين دولة هي غالبية الدول الأمريكية.

وستقترب هذه الاتفاقية من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بل أكثر من ذلك، ستقتبس أهم نصوصها منها إلى حد أنها ستعتمد على نفس المرجع الإيديولوجي وعلى نفس الوسائل والآليات لحماية الحقوق المعلن عنها في الاتفاقية.¹¹

11- عمر بندورو: " حقوق الإنسان والحريات الأساسية"، مطبعة دار القلم - الرباط 2007"، ص:82.

ومن أبرز الحقوق المدنية والسياسية التي نصت عليها، الحق في حرية التجمع بشرط أن لا يحدد التجمع عن الطابع السلمي وأن لا يكون المشاركون في التجمع العمومي حاملين لأي سلاح، حيث نصت المادة 15 منها على أن: "لكل شخص الحق في التجمع السلمي بدون سلاح.

ولا يمكن فرض قيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك المفروضة طبقاً للقانون والتي تشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي لمصلحة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام، العام أو لحماية الصحة العامة أو الأخلاق العامة أو حقوق الآخرين أو حرياتهم".

ويلاحظ أن الدول الأمريكية تبنت مثل الدول الأوروبية مبدأ ضمان الحق في ممارسة حرية التجمع السلمي، نظراً لأهميته كحق أساسي من حقوق الإنسان باعتباره أحد أشكال التعبير الجماعي عن آراء الأفراد ومطالبهم المقدمة للسلطات العامة في الدول الديمقراطية التي تعترف بهذا الحق ولا تتوانى في حمايته .

3- حرية التجمع العمومي في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

على غرار الدول الأوروبية والدول الأمريكية في تبنيها لاتفاقيات إقليمية لحقوق الإنسان أصدر مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي حالياً) في 30 يوليو 1979 قراراً خلال مؤتمر القمة الإفريقية المنعقد في مانروفا بليبيريا، من أجل إعداد مشروع أولي لميثاق إفريقي لحقوق الإنسان.¹²

وقد أكد هذا الميثاق في ديباجته على تشبث الدول الإفريقية بميثاق منظمة الأمم المتحدة وبالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واعتبر أن الحقوق المدنية والسياسية لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مفهومها أو في عالميتها وأن الوفاء بهذه الأخيرة يضمن التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.¹³

ومن أبرز الحقوق المدنية والسياسية التي نص عليها هذا الميثاق، الحق في التجمع العمومي، حيث أكد في المادة 11 منه على أن: "لكل إنسان الحق في أن يجتمع بحرية مع آخرين، ولا يحد ممارسة هذا الحق إلا شرط واحد ألا وهو القيود الضرورية التي تحددها القوانين واللوائح، خاصة ما تعلق منها بمصلحة الأمن القومي وسلامة وصحة وأخلاق الآخرين أو حقوق الأشخاص وحرياتهم".

في الحقيقة اعتبر الحق في التجمع العمومي باعتباره أداة من أدوات الاحتجاج الاجتماعي، من أكثر الحقوق المدنية والسياسية التي تم انتهاكها بشكل فظيع في إفريقيا، نظراً لسيادة مجموعة من الأنظمة الديكتاتورية في هذه القارة، والتي كانت تواجه في عدة مرات ممارسة هذا الحق الأساسي من حقوق الإنسان بإطلاق الرصاص الحي على كل مشارك في أي تجمع احتجاجي سلمي، وتاريخ الدول الإفريقية حافل بمشاهد من هذا القمع الوحشي للممارسين لهذا الحق مثل ما حدث بجنوب

¹²- شكلت لجنة من الخبراء الأفارقة من أجل إعداد مشروع للميثاق الإفريقي تم عرضه في 28 يونيو 1981 على مؤتمر القمة المنعقد في نيروبي بكينيا حيث سيوافق عليه بالإجماع، وبدأ تنفيذه في 21 أكتوبر 1986.

¹³-أنظر ديباجة الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.

إفريقيا أثناء احتجاجات عمال المناجم سنة 2012 في عهد جاكوب زوما، وما حدث عقب الانقلاب العسكري بمصر على الرئيس محمد مرسي سنة 2013.

لذلك، يمكن أن نعتبر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب يبقى مجرد وثيقة من الوثائق الإقليمية لحقوق الإنسان التي لم تجد العديد من الحقوق المضمنة فيها طريقا للاستفادة منها أو احترامها من قبل الدول الموقعة عليها.

4- : حرية التجمع العمومي في البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام:

صدر هذا البيان عن المجلس الإسلامي بأوروبا في 19 شتنبر 1981، وهو منظمة غير حكومية مقرها لندن، واشتمل على مقدمة و23 نوعا من الحقوق والحريات التي تم إعدادها وتفصيلها، نذكر منها على سبيل المثال: حرية الحياة، حق الحرية، حق المساواة، حق العدالة، حق الفرد في محاكمة عادلة، حق الحماية من تعسف السلطة، حق المشاركة في الحياة العامة، حق حرية التفكير والاعتقاد والتعبير، وحق الحرية الدينية...

والملاحظة الرئيسية التي تبرز لنا من خلال تحليل هذا البيان هو أنه لم يتحدث عن الحق في حرية التجمع العمومي أو الحق في تأسيس الجمعيات أو النقابات، أو عن أي شكل من أشكال حرية التنظيم، وهي نقط القصور الكبيرة التي تعتريه، باستثناء حديثه عن الحق في حرية التعبير التي يمكن أن تمارس من خلالها حرية التجمع ضمنا، على اعتبار أن التعبير عن الرأي قد يتخذ شكل اجتماع عمومي أو مظاهرة سلمية في الشارع العام.

5- : حرية التجمع العمومي في الميثاق العربي لحقوق الإنسان

اعتمد هذا الميثاق من قبل القمة السادسة عشر لجامعة الدول العربية في 23 ماي 2004 بتونس، وهو يتكون من ديباجة و53 مادة، ويؤكد على مبادئ ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأحكام العهدين الدوليين للأمم المتحدة بشأن الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مع الأخذ بعين الاعتبار إعلان القاهرة بشأن حقوق الإنسان في الإسلام.

وحسب المادة الثالثة من هذا الميثاق تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بأن تكفل لكل شخص خاضع لولايتها حق التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق والتي منها حرية التجمع العمومي. وقد نصت المادة الرابعة والعشرين منه على أن: "لكل مواطن الحق في...5- حرية الاجتماع وحرية التجمع بصورة سلمية؛

7-لا يجوز تقييد ممارسة هذه الحقوق بأي قيود غير القيود المفروضة طبقا للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع يحترم الحريات وحقوق الإنسان لصيانة الأمن الوطني أو النظام العام أو السلامة العامة أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحررياتهم". في الحقيقة على الرغم من اعتراف هذا الميثاق بمجموعة من الحقوق والحريات الأساسية وعلى رأسها حرية التجمع العمومي، إلا أن هذا الميثاق العربي لا يعدو أن يكون محاولة

لتأثيت المشهد الحقوقي الهزيل في بعض الدول العربية التي مازالت تمارس نوعا من الحكم المطلق الذي لا يقبل بأي شكل من أشكال التعبير الجماعي عن آراء ومواقف ومطالب الشعوب العربية ولا يعترف سوى بممارسة مقيدة بشكل كبير لهذه الحرية بمختلف أشكالها دون أي احترام للمبادئ والمعايير الدولية التي تحمي الحق في ممارستها.

المبحث الثاني: المعايير الدولية لحماية حرية التجمع العمومي

رغم صدور العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان التي أكدت على الحق في حرية التجمع العمومي، إلا أن ممارسة هذا الحق اصطدمت بالعديد من الإكراهات والمضايقات التي حالت في كثير من التجارب الوطنية دون الممارسة السلسة للحق في عقد الاجتماعات العمومية أو المظاهرات السلمية، وذلك لعدة أسباب، منها ما يتعلق بضعف التجربة الديمقراطية لبعض البلدان، الشيء الذي يكرس الرأي السلطوي الأحادي ولا يقبل أي رأي جماهيري يعبر عنه خارج المؤسسات التمثيلية الرسمية أو المدنية الموالية للسلطة السياسية، ومنها ما يتعلق بمضمون التشريعات الوطنية المنظمة لحرية التجمع العمومي والتي تكون غير متلائمة مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وتتضمن قواعد قانونية أكثر تقييدا لممارستها.

وفي بعض الأحيان تواجه ممارسة حرية التجمع خروقات حتى داخل الدول التي تتوفر على مستوى لا بأس به من الديمقراطية، وقد يحدث ذلك بسبب عدم قدرة هذه الدول على التعامل بشكل مناسب مع بعض التجمعات الاحتجاجية التي تعرف زخما كبيرا في تنظيمها، لأنها لا تتوفر أحيانا على الميكانيزمات أو القواعد القانونية المحددة والضابطة لتعاملها معها، وذلك راجع إلى أن الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تتضمن قواعد ومبادئ قانونية يغلب عليها نوع من العمومية ولا تتوفر فيها الأدوات التفسيرية التي توضح كيفية التعامل مع مضامينها رغم مصادقة الكثير من الدول عليها.

لذلك، كان لا بد من وضع مجموعة من المعايير التي تبين كيفية التعامل مع ممارسة الحق في حرية التجمع العمومي، هذه المعايير التي صيغت في مجموعة من التوصيات والمبادئ التوجيهية التي وضعها مجلس حقوق الإنسان التابع لهيئة الأمم المتحدة من خلال القرارات التي أصدرها في هذا

المجال¹⁴ أو من خلال تقارير المقررين الأميين المكلفين بمجالات معينة من حقوق الإنسان¹⁵ أو التي وضعتها بعض المنظمات الحقوقية الإقليمية¹⁶. وهذا ما سناحاول معالجته في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: المعايير المتعلقة بتقنين و تنظيم التجمعات العمومية

يجب أن يخضع تقنين و تنظيم ممارسة التجمعات العمومية لمجموعة من المعايير التي صاغتها المؤسسات الحقوقية الأممية و الإقليمية، من قبيل:

1- : احترام مبدأ الشرعية

يرى خبراء مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان بخصوص حرية التجمع ولجنة البندقية أن احترام مبدأ الشرعية يوجب أن يكون لأية قيود مفروضة على التجمع أساس رسمي في القانون وأن تكون هذه القيود متطابقة مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وغيرها من الوثائق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، ولهذا الغرض، فإن صياغة التشريعات الملائمة أمر مهم للغاية، في إطار حرية التصرف الممنوحة للسلطات، ويجب أن يتوافق القانون نفسه مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان ويكون دقيقاً بما فيه الكفاية من أجل تمكين الفرد من التقويم بنفسه ما إذا كان أو لم يكن سلوكه سيشكل خرقاً للقانون أم لا.¹⁷

14- كالقرار رقم 15/21 الذي اعتمده مجلس حقوق الإنسان في أكتوبر 2010 و الذي أكد فيه على حق كل شخص في حرية التجمع السلمي وحرية تكوين التجمعات.

15- كالمقرر الخاص المعني بحرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات ماينا كياي الذي أنشئت ولايته بموجب القرار رقم 15/21 السابق الذكر وذلك لفترة أولية مدتها ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة من أجل: - جمع كل المعلومات ذات الصلة بمهمته بما في ذلك الممارسة والخبرات الوطنية المتعلقة بتعزيز وحماية الحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات ودراسة الاتجاهات والتطورات والتحديات فيما يتعلق بممارسة هذا الحق؛ - أن يدرج في تقريره أفضل الممارسات التي تعزز الحق في حرية التجمع السلمي...؛ - أن يقدم تقارير عن الانتهاكات أينما وقعت للحق في حرية التجمع السلمي وتكوين التجمعات، وأن يلفت انتباه مجلس حقوق الإنسان والمفوضية السامية لحقوق الإنسان إلى الحالات التي تثير بالغ القلق بشكل خاص. للمزيد أنظر الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.ohchr.org/AR/Issues/AssemblyAssociation/Pages/SRFreedomAssemblyAssociationIndex.aspx>

- والمقرر المعني بحالات الإعدام خارج القضاء أو بإجراءات موجزة أو تعسفا كريستوف هانز الذي أنشأت ولايته بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 1982/35، سنة 1982 وجدد مجلس حقوق الإنسان ولايته لمدة ثلاث سنوات في قراره الأخير رقم 26/12، المؤرخ 26 يونيو 2014.

والمقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، الذي أنشئت ولايته في سنة 1943 من طرف لجنة حقوق الإنسان، وقرر مجلس حقوق الإنسان الذي حل محل هذه الأخيرة تمديد ولايته لمدة ثلاث سنوات أخرى بمقتضى القرار رقم 7/36 الصادر في مارس 2008. للاستزادة أنظر الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.ohchr.org/AR/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>

16- يتعلق الأمر بمجموعة من التوصيات أو المبادئ التوجيهية بشأن حرية التجمع السلمي التي وضعها فريق من خبراء منظمة الأمن والتعاون الأوروبي/مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان ومن قبل لجنة البندقية.

17- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي، الطبعة الثانية، منشورات مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان (ODIHR) والتابع لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي (OSCE) الطبعة الثانية، وارسو بولندا، 2012 ص:16.

بالإضافة إلى ضرورة إدراج تعريفات واضحة في التشريعات المحلية لضمان بقاء القانون سهل الفهم والتطبيق، وكى لا تتعدى هذه الأحكام على الأنشطة التي يجب أن لا تكون خاضعة للرقابة، لذا لا يجب أن تكون التعريفات في غاية التعقيد ولا واسعة جداً.¹⁸

وتبقى إذا ممارسة أي حق من حقوق الإنسان مقيدة بمبدأ الشرعية، أي بالضوابط القانونية التي توطر وتضبط بشكل واضح كيفية ممارسة هذا الحق، وتقيد أيضاً تدخل السلطات الإدارية في مواجهة من يمارس هذه الحقوق خاصة الحق في التجمع العمومي، ومبدأ الشرعية لا يفرض فقط أن تنظم حرية التجمع بنصوص واضحة بل يفرض قبل ذلك اعترافاً صريحاً من الدول بالمواثيق الدولية التي تقرأها.

وهذا ما أكدته المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات والمقرر الخاص المعني بحالات الإعدام خارج القضاء أو بإجراءات موجزة أو تعسفاً بشأن الإدارة السليمة للتجمعات في تقريرهما المشترك الذي قدماه إلى مجلس حقوق الإنسان المتضمن لمجموعة من التوصيات المتعلقة بالشروط التي يجب توفرها في الإطار القانوني المنظم لحرية التجمع لأي بلد حتى تكون محترمة للمعايير الدولية، من قبيل:¹⁹

أ- ينبغي أن تصدق الدول على المعاهدات الدولية ذات الصلة وأن ترسي قرينة إيجابية في القانون لصالح التجمع السلمي، وينبغي أن توفر الحماية القانونية لمختلف الحقوق التي تحمي الأشخاص المنخرطين في التجمعات أو تسن وتحدث باستمرار القوانين والسياسات والعمليات اللازمة لإعمال هذه الحقوق؛

ب- ينبغي أن تضمن الدول صياغة جميع القوانين المتعلقة بإدارة التجمعات صياغة غير غامضة، وأن تكون هذه القوانين متنسقة فيما بينها ومع المعايير الدولية، وكلما وجد غموض ينبغي تفسير الأحكام ذات الصلة لصالح الراغبين في ممارسة حقهم في حرية التجمع السلمي.

2- لكل شخص حق المشاركة في التجمعات والقدرة على تنظيمها

يعتبر الحق في إقامة التجمعات العمومية حقاً فطرياً، ولا يمكن تقييد المشاركين في تجمع ما بأية أحكام قانونية ماعدا ما يفرضه القانون بشكل صريح و واضح، و في هذا الإطار اعتبر المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وحرية تكوين الجمعيات في تقريره الذي قدمه لمجلس حقوق الإنسان أن: "...القدرة على تنظيم تجمعات سلمية جزء لا يتجزأ من الحق في حرية التجمع السلمي، وهو حق متعدد الوجوه ومكفول للجميع، وتعد القدرة في غاية الأهمية بالنسبة إلى عمل الجمعيات الفاعلة في المجتمع المدني، بما فيها تلك التي تحت على إعمال الحقوق الاقتصادية

¹⁸- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي...، م.س، ص:34.

¹⁹- التقرير المشترك للمقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات والمقرر الخاص المعني بحالات الإعدام خارج القضاء أو بإجراءات موجزة أو تعسفية بشأن الإدارة السليمة للتجمعات العمومية الصادر في 04 فبراير 2016، رمز الوثيقة A/HRC/31/66 ص:6. منشور بموقع هيئة الأمم المتحدة

<https://www.un.org/ar>

والاجتماعية والثقافية، لأنها تسمح لهذه الجهات بتعميم رسائلها على الناس، وهو ما يساعد في نهاية المطاف في أعمال الحقوق التي تسعى جاهدة إلى تعزيزها وحمايتها..."²⁰

وخلاصة القول أن المشاركة في التجمعات العمومية أو المساهمة في تنظيمها حقان مرتبطان ببعضهما البعض بشكل وثيق ويشكلان أداة من أدوات تفاعل الأفراد والجماعات مع واقعهم السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي للتعبير عن المطالب أو الآراء...

3- : واجب الدول في تيسير ممارسة الحق في التجمعات السلمية

إذا كان من واجب الدولة تنظيم ومراقبة حرية التجمع العمومي، فإن من أولى واجباتها تيسير ممارسة هذه الحرية.

إن الحديث عن واجب الدولة في تيسير عقد التجمعات العمومية يجرنا للحديث عن طبيعة هذه التجمعات، هل هي كبيرة الحجم أم صغيرة، منظمة ومخطط لها أم عفوية، لذلك فالدول مطالبة بالمرونة اللازمة مع طبيعة وحجم كل تجمع عمومي، كما يدخل ضمن واجباتها حماية المشاركين في التجمع من العناصر المندسة بينهم، التي تتبنى العنف أو الفوضى اللذين قد يؤديان إلى عرقلة التجمع، الشيء الذي يدفع الدول إلى منع تنظيمه أو القيام بفضه بالقوة.

لهذا ينبغي تيسير عقد التجمعات، بما في ذلك التجمعات العفوية والاحتجاجات المضادة في أماكن تتيح للجمهور المستهدف رؤيتها وسماعها قدر الإمكان.²¹

والتيسير الحقيقي لممارسة حرية التجمع العمومي من جانب الدول، يتجلى من خلال تبنيها لإجراءات تنظمها بشكل مبسط.

4- : مرونة إجراءات الإخطار بعقد التجمعات العمومية

تعتبر قاعدة إشعار أو إخطار السلطات الإدارية بتنظيم التجمعات العمومية سواء كانت اجتماعات عمومية أو مظاهرات، من القواعد الأساسية المتعارف عليها في بعض التشريعات الوطنية.

وفي هذا الإطار يرى المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وحرية تكوين الجمعيات أن شرط الإشعار ينبغي ألا يطبق سوى في حالة التجمعات الكبيرة أو التجمعات التي يتوقع أن يتخللها اضطرابات.²²

²⁰- تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي والحق في حرية تكوين الجمعيات وهو التقرير المواضيعي الثاني الذي قدمه لمجلس حقوق الإنسان بتاريخ 24 أبريل 2013 عملاً بقراري هذا المجلس رقمي 21/15 و 16/21، رمز الوثيقة A/HRC/23/39، ص: 16. منشور بموقع هيئة الأمم المتحدة <https://www.un.org/ar>

²¹- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي...، م.س، ص: 17.

²²- تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات ماينا كياي، المقدم إلى مجلس حقوق الإنسان بتاريخ 24 أبريل 2013 عملاً بقراري المجلس رقمي 21/15 و 21/16 رمز الوثيقة A/HRC/23/39 ، ص: 20. منشور بموقع هيئة الأمم المتحدة <https://www.un.org/ar>

لا يجب أن تتم مسألة الإخطار في ظل شروط مسطرية أو ظروف بيروقراطية تؤدي إلى عرقلة كل من يرغب في تنظيم تجمع ما، أي أن مدة الإخطار المفروضة يجب ألا تكون طويلة، لأن وقوع بعض الأحداث تفرض تنظيم تجمعات احتجاجية للتنديد بها بشكل فوري حتى يكون للاحتجاج الأثر المتوخى منه.

كما يجب أن لا يكون أجل الإخطار قصيرا جدا لا يسمح للسلطات بالوقت الكافي للقيام بالتحضيرات اللازمة لضمان تنظيم التجمعات في ظروف آمنة، لأن هدف السلطات بالدرجة الأولى هو الحفاظ على الأمن والنظام العام.

وعدم إشعار السلطات بتجمع ما لا يجعله تجمعا غير قانوني، ولذلك لا ينبغي استخدام ذلك أساسا لتفريقه، وعندما لا يتم الإشعار بطريقة سليمة، لا ينبغي إخضاع المنظمين أو القادة السياسيين لعقوبات جنائية أو إدارية تستوجب دفع الغرامات أو السجن.²³

وتسري هذه التوصيات على حالة التجمعات العفوية، التي يصعب فيها من الناحية العملية تقديم إشعار للسلطات المعنية، أو التي تكون هوية منظميها غير محددة بشكل مضبوط، لذلك يجب إعفاء التجمعات العفوية من شروط تقديم إشعار بتنظيمها، كما يجب على سلطات مراقبة التجمعات أن تقوم بتيسير وحماية التجمعات العفوية.

وحسب الخبراء الدوليين لا يعني مصطلح العفوية بالضرورة عدم وجود منظم للتجمع، فقد تشمل التجمعات العفوية تلك التجمعات التي ليس لها منظم معروف، وتكون هذه التجمعات من قبيل الصدفة و تحدث عند قيام مجموعة من الأشخاص بالتجمع في مكان معين دون إعلان مسبق أو دعوة، و غالبا ما يكون ذلك نتيجة لبعض المعلومات الشائعة أو نشر معلومة عبر الأنترنت حول حدث معين، وقد تكثر أعداد المشاركين في مثل هذه التجمعات بسبب المارة الذين يختارون الانضمام إلى التجمع.²⁴

ومن التوصيات الأساسية التي أكد عليها أيضا المقرر المعني بالحق في حرية التجمع السلمي ضرورة قيام السلطة الرئيسية المحددة حالما يشعرها المنظمون بنيةهم في تنظيم تجمع ما أن تزودهم على وجه السرعة بوصول استلام الإشعار في الأجل، وإذا لم يبتلق المنظمون أي رد من السلطات قبل موعد تنظيم التجمع فسيفترض ألا مانع من تنظيمه، ويحذر المقرر الخاص من مغبة احتمال سوء استخدام نظام الاستلام.²⁵

²³- تقرير المقرر الخاص المعني بالحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات ماينا كيبي، المقدم إلى مجلس حقوق الإنسان بتاريخ 24 أبريل 2013 عملا بقراري المجلس رقمي 21/15 و 21/16 رمز الوثيقة

A/HRC/23/39، ص:29. منشور بموقع هيئة الأمم المتحدة <https://www.un.org/ar>

²⁴- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي...م،س،ص:56.

²⁵- تقرير المقرر الخاص بالحق في حرية التجمع...رمز الوثيقةA/HR/23/39، مرجع سابق، ص: 29.

خاصة وأن هناك بعض الهيئات المقربة من الإدارة تتسلم وصل إيداع الإشعار ويسمح لها بتنظيم التجمعات و هيئات أخرى لا يسمح لها بممارسة هذا الحق، مما يشكل نوعا من التمييز السلبي الذي يجب تجاوزه.

5-: احترام مبدأ عدم التمييز

من المبادئ الأساسية التي تهتم بها المعايير الدولية لحقوق الإنسان مبدأ عدم التمييز أو المساواة في ممارسة الحق في حرية التجمع العمومي، وقد أكدت المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1948 على أن من بين أهداف الأمم المتحدة تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا، والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء.

كما تم التأكيد على مبدأ المساواة أمام القانون في المادتين الثانية و السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وتوالت بعد ذلك المواثيق الدولية التي تحث على احترام وضمان مبدأ المساواة و مناهضة أي شكل من أشكال التمييز في الحقوق، كالاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لسنة 1965 و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 و العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

وفي هذا الإطار أكد خبراء منظمة الأمن و التعاون الأوربي على ضرورة ضمان حرية التنظيم والمشاركة في التجمعات العمومية للأفراد و الجماعات و الجمعيات غير السلمية و الكيانات القانونية و الهيئات الاعتبارية، و كذلك لأعضاء الأقليات العرقية و الجماعات القومية و الأقليات الجنسية و الدينية، وأيضا للمواطنين، بما في ذلك الأشخاص بدون جنسية و اللاجئون و الأجانب و طالبو اللجوء و المهاجرون و السياح.²⁶

المطلب الثاني: واجبات الدول في حماية التجمعات العمومية

يخضع حفظ الأمن أثناء المظاهرات أو الوقفات و التجمعات الاحتجاجية بشكل عام لمجموعة من المعايير الدولية، التي تتضمن مجموعة من القواعد الواجب على الأجهزة الأمنية احترامها والعمل بها، لأن واجب الدول تجاه الممارسين لحرية التجمع العمومي هو حمايتهم وليس مواجهة نشاطهم بالمنع أو قمعهم و تفريقهم بالقوة.

وفي هذا الشأن، أدركت منظمة الأمم المتحدة أهمية حماية الحق في ممارسة حرية التجمع العمومي، "مع الوضع في الاعتبار أهمية إنفاذ القوانين لحماية النظام العام، تلك المهمة الضخمة التي يؤديها الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين، واستشعرت أهمية وضع مبادئ عامة للطريقة التي تتم بها ممارسة هذه المهام. لذا فقد أرست المنظمة مجموعة من المعايير السلوكية لهؤلاء الموظفين

26- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي، م.س، ص: 16 .

المكلفين بإنفاذ القوانين"،²⁷ في إطار مدونة قواعد سلوك خاصة بهم، وهي ليست معاهدة أو اتفاقية بل صك من الصكوك الدولية التي تتضمن توجيهات للحكومات والهيئات، التي تحكم عمل الشرطة في مجال حقوق الإنسان،²⁸ وقد صدرت في إطار قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 169/34 الصادر في 17 دجنبر 1979.

كما أكد المؤتمر السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنظم من قبل الأمم المتحدة على أن استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين يجب أن يكون بالقدر الذي يكفل الاحترام الواجب لحقوق الإنسان.

أضف إلى ذلك، أن هذا المؤتمر قد اعتمد في دورته الثامنة في الفترة ما بين 27 غشت و07 سبتمبر 1990 مجموعة من المبادئ الأساسية في شأن استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين.²⁹

لذلك، سنحاول تناول هذه المبادئ والقواعد التي تشكل معايير دولية من الواجب على موظفي الأجهزة الأمنية لأي دولة احترامها أثناء تعاملهم مع التجمعات العمومية، بالإضافة إلى الإشارة إلى مجموعة من التوصيات الأممية والإقليمية في هذا الشأن.

1- : واجبات الموظفين المكلفين بتنفيذ القانون أثناء التجمعات العمومية

يقع على عاتق الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون القيام بواجباتهم في مراقبة وضبط التجمعات العمومية مع احترام الكرامة الإنسانية وحمايتها والمحافظة على حقوق الإنسان لكل الأشخاص وتوظيفها.

وإذا كانت مراقبة التجمعات العمومية من قبل موظفي الأجهزة الأمنية المكلفين بإنفاذ القانون في هذه الأنشطة يمكن أن تؤدي أحيانا إلى وقوع بعض المواجهات أو المصادمات بينهم وبين المتظاهرين السلميين، عندما ترفض السلطات تنظيم تجمع ما لسبب من الأسباب، فإنه يمنع على هؤلاء الموظفين أن يقوموا بأي عمل من أعمال التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة أو أن يحرضوا عليه أو يتغاضوا عنه³⁰

قد يؤدي فض التجمعات العمومية من قبل موظفي الأجهزة الأمنية إلى حدوث بعض الإصابات الخطيرة أو المتوسطة الخطورة من جروح وردود أو كسور أو إغماءات، وفي هذا الإطار تفرض

27- شوقي صلاح: "ضوابط استخدام الشرطة للأسلحة النارية في حالات القبض وفقا للنظام العام لمملكة البحرين"، مقال منشور على الموقع التالي:

www.policemc.gov.bh/reports/2011/.../634370151814238748.doc

28- محمد الطراونة: "الشرطة وحقوق الإنسان"، مقال منشور على موقع منظمة العفو الدولية التالي: www.amnestymena.org/ar/policeandHR.aspx?articleD=1067

29- كما رحب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 111/45 المعتمد دون تصويت سنة 1990 بهذه المبادئ.

30- أنظر المادة 5 من مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون، . اعتمدت ونشرت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة. 169/34. المؤرخ في. 17 ديسمبر. 1979.

المعايير الدولية على الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون توفير العناية الطبية اللازمة لضحايا انتهاكات القانون أو ضحايا الحوادث التي تقع خلال انتهاك القانون أو السماح بأن تصل إليهم³¹.

2: معايير استخدام القوة تجاه التجمعات العمومية

حددت مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين والمبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة والأسلحة النارية من قبل الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين الشروط التي تجيز لهم اللجوء إلى استخدام القوة كما يلي:

أ- احترام مبدأي الضرورة والتناسب:

تستند جميع الأحكام التفصيلية التي تنظم استخدام القوة من جانب الشرطة إلى مبدأي الضرورة والتناسب، وتتقضي هذه المبادئ على التوالي، عدم استخدام القوة من جانب الشرطة إلا في حالات الضرورة القصوى بغرض إنفاذ القوانين وحفظ النظام العام، وأن يكون استخدام القوة تناسيباً، أي لا يجوز استخدام القوة إلا في الحدود اللازمة لتحقيق غايات مشروعة تتعلق بإنفاذ القوانين وحفظ النظام العام.³²

ذلك أن التناسب يضع حداً أقصى للقوة التي يجوز استخدامها تحقيقاً لهدف مشروع محدد، وبالتالي فهو يحدد النقطة التي يتعين عندها وقف تصعيد القوة اللازمة لتحقيق ذلك الهدف.³³

ب- استعمال الوسائل السلمية قبل اللجوء للقوة:

يعد استعمال القوة أو الأسلحة النارية تجاه التجمعات العمومية أمراً استثنائياً ولا يجب اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة وبعد استنفاد الحلول والوسائل السلمية مع المتظاهرين إما لإنهاء تجمعهم بشكل حبي في حالة مخالفته للقانون أو لتمريره في ظروف لا تلحق ضرراً بالغير.

لذا، على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين عندما يؤدون واجبهم، أن يستخدموا إلى أبعد حد ممكن وسائل غير عنيفة قبل اللجوء إلى استخدام القوة والأسلحة النارية، وليس لهم أن يستخدموها إلا حيث تكون الوسائل الأخرى غير فعالة أو حيث لا يتوقع لها أن تحقق النتيجة المطلوبة.³⁴

³¹- أنظر البند "ج" من التعليق المقدم حول المادة 6 من مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، نفس المرجع السابق.

³²- دليل الشرطة للتدريب على حقوق الإنسان وإنفاذ القانون، صادر عن المفوضية السامية لحقوق الإنسان، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/UNMpolice-ar.html>

³³- تقرير المقرر الأممي فليب ألتون المعني بحالات الإعدام خارج نطاق القضاء أو بإجراءات موجزة أو الإعدام التعسفي الصادر في 05 شتبر 2006، رمز الوثيقة A/61/311، ص:14، منشور بموقع هيئة الأمم المتحدة <https://www.un.org/ar>

³⁴- المبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون المعتمدة في المؤتمر الثامن للأمم المتحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المجرمين بهافانا بكوبا من 27 غشت إلى 7 سبتمبر 1990، المبدأ رقم 4، للاطلاع عليها باللغة الإنجليزية أنظر الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.achpr.org/public/Document/file/Any/basic_principles_on_the_use_of_force_and_firearms.pdf

ويرى خبراء مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي أنه يمكن اللجوء للوساطة أو التفاوض لنزع فتيل التوترات خلال التجمع، حيث يكون التفاوض والحوار بواسطة وسيلة ملائمة لمحاولة التوصل إلى حل مقبول، ويمكن لهذه التدخلات أن تساعد كثيرا في تجنب أعمال العنف.³⁵

ج- شروط استخدام القوة والأسلحة النارية لتفريق التجمعات:

لا يجيز القانون الدولي تفريق التجمعات السلمية إلا في حالات نادرة، وطالما حافظ المشاركون فيها على سلميتها فإنه لا يجب تفريقها من قبل الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، حتى وإن لم يراع منظموها الإجراءات القانونية لتنظيمها، ذلك أن تفريق تجمع ما، ينطوي على خطر انتهاك الحق في حرية التعبير والحق في التجمع السلمي فضلا عن الحق في السلامة البدنية،³⁶ وإذا اعتبر تفريق التجمع ضروريا، يجب إبلاغ المنظمين والمشاركين في التجمع بشكل واضح وسموع قبل اتخاذ أي تدخل من جانب الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، كما ينبغي إعطاءهم مهلة معقولة للتفرق، و فقط في حالة فشل المشاركين في التفرق يجوز لموظفي إنفاذ القانون التدخل بطريقة أو بأخرى.³⁷

وفي حالة فشل الوسائل السلمية لإنهاء التجمعات، على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، عند تفريق التجمعات غير المشروعة والخالية من العنف أن يتجنبوا استخدام القوة، أو إذا كان ذلك غير ممكن عمليا أن يقصروه على الحد الأدنى الضروري.³⁸

خاتمة:

يلاحظ أن حرية التجمع العمومي حظيت إلى جانب باقي حقوق الإنسان الأخرى باهتمام كبير من لدن المجتمع الدولي، تطور مع تطور المواثيق الدولية و الإقليمية التي أكدت على ضرورة ضمان الدول لهذه الحرية وحماية ممارستها باعتبارها حقا أساسيا من حقوق الإنسان، كما حظيت هذه الحرية بحماية أقوى من خلال تأكيد القرارات والتوصيات الأممية الصادرة عن مجلس حقوق الإنسان وكذا المنظمات الحقوقية غير الحكومية على احترام مجموعة من المعايير والتوجيهات المتعلقة بكيفية تنظيمها في التشريعات الوطنية وكيفية استعمال القوة تجاهها، وبضرورة حماية المشاركين السلميين فيها.

لكن على الرغم من كل هذه الحماية التي خصصت لحرية التجمع العمومي على الصعيد الدولي والإقليمي، إلا أن العديد من الدول ما زالت إلى يومنا هذا لم تقم بتزليل مبادئ وقواعد هذه الحماية على أرض الواقع في إطار تشريعاتها الوطنية، حيث لا تزال ممارسة حرية التجمع العمومي تواجه العديد من القيود والانتهاكات.

³⁵- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي، م.س، ص:63.

³⁶-أنظر التقرير المشترك للمقررين الأميين ماينا كياي و كرسstof هانز، رمز الوثيقة: A/HRC/31/66، م.س، ص:18.

³⁷- مبادئ توجيهية بشأن حرية التجمع السلمي، م.س، ص:66.

³⁸- المبادئ الأساسية بشأن استخدام القوة والأسلحة النارية من جانب الموظفين المكلفين ...، المبدأ رقم 13، نفس المرجع السابق الذكر.

نظرة على نظام المسؤولية في إطار القانون الدولي

محمّد بوكوطيس

طالب باحث بسلك الدكتوراه
جامعة محمد الخامس بالرباط

أدت عدة اعتبارات إلى تأخر تقنين "المسؤولية" كنظام في القانون الدولي، وتعكس الفترة التي استغرقها إعداد مشروع قانوني دولي حول المسؤولية الدولية مسألتين، الأولى مدى صعوبة وضع إطار نظري لقواعد المسؤولية التي ستطبق دولياً، والثانية مدى تعقد حصول توافق دولي بخصوص كل تيمة من تيمات المسؤولية كموضوع سيشكل أحد أسس النظام القانوني الدولي. وكان لا زماً في نهاية المطاف في ظل التطورات الحاصلة في العلاقات الدولية، وفي نظام الأمم المتحدة، مع القفزة التي عرفتها منظومة الالتزامات الدولية، إنشاء نظام للمسؤولية اقتضته ضرورة مواكبة كل تلك التحولات.

هذا التطور في قواعد النظام القانوني الدولي كان له تأثير على المستوى الفقهي، حيث سيعرف موضوع المسؤولية الدولية تراكم معرفي للنظريات الفقهية¹، حاولت قدر الإمكان أن تؤسس لمفاهيم وأفكار تدعم قيام منظومة قانونية "للمسؤولية" يشمل نطاق إعمالها ونفاذها الصعيد الدولي، وهي النظريات التي أخذت نظام المسؤولية المعروف في النظم القانونية الوطنية كمنطلق لها لوضع قواعد دولية للمسؤولية مستقلة بذاتها.

وبهدف إلقاء نظرة على نظام المسؤولية في إطار القانون الدولي، سيتم تناول مسار تدوين المسؤولية الدولية (الفقرة الأولى)، ثم مضمون هذه المسؤولية (الفقرة الثانية)، في محاولة لاستحضار بعض من جوانب موضوع ما يزال يلقي بظلاله حتى اليوم.

الفقرة الأولى: تقنين المسؤولية الدولية

طُرحت نظرية المسؤولية على صعيد النظام القانوني الدولي، وهي مسألة بديهية مادام أن الأمر يتعلق بنظام يحتوي على قواعد قانونية لها نفس الخصائص والمميزات التي للقواعد القانونية المعروفة على مستوى الأنظمة القانونية الداخلية، مع الاختلافات الموجودة بين النظامين، وقد ظهرت المسؤولية الدولية بشكل مترام مع ظهور وتقنين القانون الدولي، وعرفت تقنينات دقيقة

¹ - حول هذه النظريات الفقهية يمكن الرجوع إلى المؤلف التالي:

Susan Breau, The Responsibility to Protect in International Law, by Routledge Research In International Law, New York, First published 2016.

وقد خلّصت المؤلفة في مؤلفها المذكور إلى أن نظريتين فقهيّتين حول المسؤولية عن الحماية تظان مقنعتين، واحدة مستمدة من أعراف القانون الدولي، وأخرى من العلاقات الدولية، وهما النظرية الألمانية للقانون الدولي، والنظرية الإنجليزية للقانون الدولي. حول هذه الخلاصة يمكن العودة إلى الصفحة 57 من المرجع المذكور.

التي ترجع في الغالب الأعم إلى قواعد عرفية²، وهي خاصية ظلت ملازمة لقواعد القانون الدولي ككل على اعتباره قانون عرفي في الأصل، كما أن تقنين موضوع المسؤولية في القانون الدولي فرضته أيضا التطورات التي عرفتها العلاقات القانونية ما بين الدول والمستجدات التي أفرزتها هذه العلاقات على مستويات متعددة، حتمت وضع إطار قانوني للمسؤولية الدولية.

ويمكن التأكيد سلفاً في هذا الإطار أن موضوع المسؤولية يكتسي أهمية بالغة، له ارتباط بمواضيع وإشكالات جوهرية يواجهها النظام القانوني الدولي، ومنها مسألة السيادة، وعلاقتها بتحريك المسؤولية القانونية للدول، هذا التعقيد الذي يتسم به القانون الدولي في جانب موضوع المسؤولية بالتحديد يعززه واقع تطبيق هذه المسؤولية في النظام الدولي، واعتباره إلى حدود اليوم من المواضيع التي ما تزال مطروحة بقوة على المستوى الدولي، لكن هذا لا يُنفي أهمية تقنين المسؤولية الدولية والتطور الحاصل في القانون الدولي في هذا الشأن.

ومن وجهة تاريخية يرجع وضع تقنين لقواعد المسؤولية الدولية³ إلى لجنة القانون الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة⁴ التي قررت في دورتها الأولى (1) التي انعقدت سنة 1948 أن تضع تقنين خاص لقواعد المسؤولية في القانون الدولي، وفي سنة 1953 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار الذي طلبت بموجبه من اللجنة أن تستهل في أقرب وقت تراه مناسباً، تقنين مبادئ القانون الدولي المتعلقة بمسؤولية الدول⁵، وفي سنة 1955 قررت اللجنة في دورتها السابعة (7) أن تبدأ بدراسة موضوع المسؤولية الدولية.

أنهت لجنة القانون الدولي عملها سنة 1975، لكنها لم تضع مشروعها النهائي حول المسؤولية الدولية إلا سنة 2001 في دورتها الثالثة والخمسين⁶، وهو المشروع الذي تضمن مختلف الجوانب المتعلقة بالمسؤولية الدولية للدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، وشكل هذا التقنين خطوة هامة في القانون الدولي، من خلال سن قواعد مؤطرة لنظام المسؤولية في النظام القانوني الدولي، وتم وضع مبدأ تقرير المسؤولية عن الأفعال غير المشروعة دولياً كمبدأ عام الذي سيدخل في نطاق المبادئ العامة للقانون الدولي، وهو المبدأ الذي ورد في المادة الأولى من مشروع لجنة القانون

² - عبد القادر القادري، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرباط الطبعة الأولى 1984، ص 212.

³ - Susan Breau, The Responsibility to Protect in International Law, op.cit, p69.

أنظر: عبد القادر القادري، مفاهيم القانون الدولي، سلسلة توصيل المعرفة، دار توفيق للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1990، ص 29.

⁴ - The International Law Commission was established by the General Assembly, in 1947, to undertake the mandate of the Assembly, under article 13 (1) (a) of the Charter of the United Nations to "initiate studies and make recommendations for the purpose of ... encouraging the progressive development of international law and its codification". Look the official website of The International Law Commission: <http://legal.un.org/ilc/>.

⁵ - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 799 (د-8) المؤرخ في كانون الأول/ديسمبر 1953.

⁶ - United Nations, Report of the International Law Commission, Fifty-third session (23 April-June and 2 July-10 August 2001), and Supplement No. 10 (A/56/10).

الدولي التي نصت على أن: « كل فعل غير مشروع دوليا تقوم به الدولة يستتبع مسؤوليتها الدولية».

هذا التقنين لنظام المسؤولية الدولية سيضع حدا للفكرة القائلة بعدم وجود سلطة تعلو سلطة الدول⁷، وهي الفكرة التي ظلت سائدة في العلاقات الدولية، التي تستند في التذليل عليها على مبدأ احترام السيادة، الذي يشكل هو الآخر أحد المبادئ التي نص عليها الميثاق المنشئ لهيئة الأمم المتحدة، لكن التطورات الحاصلة في القانون الدولي وتزايد تقنين مواضيعه، سؤدي إلى إخضاع مختلف العلاقات والتصرفات بين الدول لقواعد قانونية، ما أدى إلى تراجع مفهوم السيادة، مع ارتباط الدول بالنظام القانوني الدولي وما أفرزه ذلك من إعادة النظر في التراتبية القاعدية للقواعد القانونية.

إن وضع إطار قانوني للمسؤولية الدولية ما هو إلا نتيجة طبيعية لوجود نظام قانوني دولي، على الأقل من الناحية النظرية بصرف النظر عما يمكن إثارته من إشكاليات وصعوبات على المستوى العملي بخصوص أعمال المسؤولية الدولية، لكن القانون الدولي كما تؤكد الأمم المتحدة نفسها من خلال قراراتها الصادرة عن الجمعية العامة، في تطور تدريجي مستمر، وهذا التطور التدريجي إحدى الصفات التي لازمت القانون الدولي عبر تطوره التاريخي منذ ظهوره، لذلك من البديهي أن يعرف تقنين أي موضوع من مواضيع القانون الدولي نقاشا حادا بين مختلف الدول والأنظمة، والذي قد يستمر لسنوات أو ربما لعقود قبل أن يعرف طريقه للتقنين، وهذا الأمر ينطبق على موضوع المسؤولية الدولية الذي انطلقت فكرة تقنينها منذ سنة 1949 ولم تنهي لجنة القانون الدولي وضع المشروع النهائي حول المسؤولية الدولية إلا مع سنة 2001.

والقانون الدولي باعتباره مجموعة قواعد قانونية أنشئت للتطبيق على المستوى الدولي، هي قواعد ملزمة قانونا لأشخاص القانون الدولي الذين يلتزمون بها بإرادتهم، وهي المسألة التي تُرتب نتيجة قانونية بديهية وهي إثارة المسؤولية القانونية عن مخالفة الالتزامات القانونية التي ينص عليها القانون الدولي، وهذه المسؤولية القانونية لا يمكن البحث عنها إلا في نطاق نظام المسؤولية المعروف في علم القانون، والذي ترجع أصوله إلى القانون المدني، لكن نقل هذا النظام على صعيد القانون الدولي احتاج لوقت طويل، خاصة أن الدول قابلته في البداية بالرفض، وهذا أمر مُفترض منذ البداية مادام أن الدول لا تقبل أن تتحمل مسؤولية تجاه نظام وسلطة خارج نطاق سلطتها ونظامها القانوني، وبالنظر أيضا إلى أن قضية حساسية تثيرها فكرة مسؤولية الدولة، وهي مسألة احترام سيادة الدولة⁸.

7 - تقوم هذه الفكرة على عدم وجود نظام فوق وطني قادر على فرض سلطة على الأمم، دون اعتبار للسيادة، أنظر: Abdelkader El Kadiri, La Position des Etats du Tiers Monde à la Conférence de Vienne sur le Droit des Traités, op.cit, p 118.

8 - Danwood Mzikenge Chirwa, The Doctrine of State Responsibility As A Potential Means of Holding Private Actors Accountable For Human Rights, Melbourne Journal of International Law, Vol 5, 2004, p 35.

لكن تشعب العلاقات بين الدول بالتوازي مع تطور قواعد القانون الدولي، جعل الدول تقر بقبول مسؤوليتها تجاه بعضها البعض وتُجاه المنتظم الدولي ممثلاً في هيئة الأمم المتحدة وأجهزتها، الأمر الذي مهد تدريجياً لتقنين نظام المسؤولية الدولية، من خلال مشروع لجنة القانون الدولي، الذي يظهر من خلال قراءاته، المجهود المبذول لوضع هذا المشروع من قبل اللجنة، من خلال عملها بالإحاطة بجميع الجوانب القانونية للمسؤولية الدولية عن الأفعال غير المشروعة دولياً.

وبالعودة إلى مشروع لجنة القانون الدولي تم تحديد مصدر الأفعال التي تكتسي الطابع غير المشروع دولياً، وفق مصدرين، فإما أن يُنسب التصرف غير المشروع إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي أو أن يُشكل هذا التصرف خرقاً للالتزام دولي ملقى على عاتق الدولة، وهذا ما أوردهته المادة الثانية (2) من مشروع لجنة القانون الدولي، التي جاء فيها أنه:

«ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال:

(أ) ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي؛

(ب) يشكل خرقاً للالتزام دولي على الدولة».

وفقاً لهذا المقتضى إذن تتأسس المسؤولية الدولية من منطلق الفعل الدولي غير المشروع⁹، كأساس موضوعي لإثارة مسؤولية الدول عن إتيانها لتصرفات تشكل أفعال غير مشروعة بمقتضى القانون الدولي، وهو تطور ملفت في القانون الدولي، بعد أن كان أساس المسؤولية الدولية وفق قواعد العرف التي اتسم بها القانون الدولي ككل، تقوم على مبدأ التضامن الدولي الجماعي في تحمل تبعات الأضرار الدولية التي تقع، ليتطور هذا الأساس في مرحلة لاحقة إلى نظرية الخطأ، ثم إلى نظرية المخاطر، وهذه الأسس والنظريات لم تكن في الحقيقة جديدة على مستوى العلوم القانونية، فهي مقننة على صعيد القوانين المدنية للدول، من خلال نظرية المسؤولية المدنية التي تعتبر النظرية الأصل في إقرار القواعد القانونية الوضعية في مجال المسؤولية القانونية، ومن خلال أيضاً الكتابات الفقهية لفقهاء القانون الخاص، وتم العمل من قبل الفقه الدولي على تطبيقها على مستوى قواعد القانون الدولي، لكن لجنة القانون الدولي استبدلت هذه الأسس بأساس الفعل الدولي غير المشروع كأساس قانوني جديد أضيف إلى الأسس التقليدية لإقرار المسؤولية الدولية.

الفعل الدولي غير المشروع الذي يمكن أن يتخذ عدة صور وأشكال، وهو "ينطوي على وجود سلوك منسب للمسؤولية الدولية يتمثل في انتهاك قاعدة قانونية دولية، سواء كان هذا الانتهاك إيجابياً كالقيام بعمل أو سلبياً كالامتناع عن القيام بعمل، سواء كان الانتهاك محدوداً من الناحية الزمنية أو

9 - «يمكن تعريف الفعل غير المشروع دولياً بأنه سلوك صادر عن شخص من أشخاص القانون الدولي، سواء كان دولة أو منظمة دولية، بالمخالفة لما التزم به طبقاً لقواعد القانون الدولي وبصرف النظر عن وجود خطأ أو عدم وجوده». أنظر: عبد الواحد الناصر، المسؤولية الدولية، الأفعال المكونة لعدم المشروعية في العلاقات الدولية، 1421-2000م، بدون طبعة، ص 1.

انتهاكا مستمرا من حيث الزمان¹⁰، فالانتهاك هنا هو الركن المادي المكون للفعل غير المشروع، الذي يترتب تحريك المسؤولية الدولية. ويبقى في هذا السياق سؤال التكييف الفعل الصادر عن الشخص القانوني الدولي على أنه فعل غير مشروع دوليا؟ فمتى يتم تصنيف الفعل والحالة هذه على أنه فعل غير مشروع من ثمة يُرتب المسؤولية الدولية.

هنا تُجيب ولو بشكل غير دقيق المادة الثالثة (3) من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي حول المسؤولية الدولية لعام 2001، أن وصف الفعل بأنه غير مشروع دوليا أمر يحكمه القانون الدولي، بدون تأثير من القوانين الداخلية للدول، حتى في الحالة التي تصبغ فيها هذه القوانين المشروعية على الأفعال موضوع المساءلة. وجاء هذا التحديد بأن نصت المادة المذكورة على أن:

«وصف فعل الدولة بأنه غير مشروع دوليا أمر يحكمه القانون الدولي. ولا يتأثر هذا الوصف بكون الفعل ذاته موصوفا بأنه مشروع في القانون الداخلي».

ولعل هذا التنصيص جاء لرد كل الدفوعات التي يمكن أن تدفع بها الدول عند مساءلتها عن انتهاكات الالتزامات الدولية، من خلال فرضية التدرع بالقوانين الداخلية لتبرير كون الفعل المُمارس من قبلها فعل مشروع وفق نظامها القانوني، وتنتفي معه مسألة عدم المشروعية، مع ما يستتبع ذلك من عدم إثارة المسؤولية الدولية، لكن المادة الثالثة يبدو أنها افترضت ذلك ونصت على عدم إمكانية تكييف الفعل على أنه غير مشروع خارج نطاق القانون الدولي، وهذه المسألة تتسجم مع القاعدة المقررة بمقتضى اتفاقية فيينا للمعاهدات حول عدم جواز التدرع بالقانون الداخلي لعدم احترام وتنفيذ الالتزامات الدولية.

إن تقنين المسؤولية الدولية تبرز الفكرة القائلة أنه أينما وجد التزام قانوني وجدت المسؤولية القانونية، وهذه نتيجة بديهية مفروض أنها مُؤطرة قانونا في أي نظام قانوني، والنظام القانوني الدولي لا يخرج عن هذه المعادلة، وإن استطاع وضع تنظيم وإطار قانوني منظم لموضوع المسؤولية الدولية، فإن التحدي الذي يظل مطروحا على القانون الدولي هو كيفية أعمال المسؤولية الدولية على أرض الواقع.

الفقرة الثانية: مضمون المسؤولية الدولية

لما كان نظام المسؤولية الدولية يترتب تحمل الدول تبعات أفعالها غير المشروعة دوليا، هذه الأفعال التي يمكن أن تكتسي صور وأشكال متعددة من منظور القانون الدولي، لكنها تلتقي في كونها تُشكّل انتهاك لالتزامات دولية تستدعي إثارة المسؤولية الدولية تجاه المخالف. وهذا التصرف غير المشروع الصادر عن الدولة ومن وجهة نظر القانون الدولي يُرتب المسؤولية الدولية بصرف

10 - عبد الواحد الناصر، المشكلات السياسية الدولية، مشكلات التقاطع بين السياسة الدولية والقانون الدولي والتدبير الدبلوماسي، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، يناير 2009، ص 218.

النظر عن الجهاز أو السلطة الصادر عنها داخل الدولة، ومودى ذلك أن جميع سلطات وأجهزة الدولة تتحمل تبعات الأفعال التي تصدر عنها التي تشكل أفعال غير مشروعة دولياً.

هذا المقترض نص عليه مشروع لجنة القانون الدولي النهائي حول المسؤولية الدولية من خلال المادة الرابعة (4) التي نصت على أنه: «يعد تصرف أي جهاز من أجهزة الدولة فعلاً صادراً عن هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي، سواء أكان الجهاز يمارس وظائف تشريعية أم تنفيذية أم قضائية أم أيه وظائف أخرى، وأياً كان المركز الذي يشغله في تنظيم الدولة، وسواء أكانت صفته أنه جهاز من أجهزة الحكومة المركزية أم جهاز من أجهزة وحدة إقليمية من وحدات الدولة». وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة: «يشمل الجهاز أي شخص أو كيان له ذلك المركز وفقاً للقانون الداخلي للدولة».

وفقاً لهذا الاعتبار تتحمل الدولة مسؤولية التصرفات الصادرة عن السلطة التشريعية، حينما تشكل هذه التصرفات أفعال غير مشروعة دولياً، فهنا تثار المسؤولية الدولية. فإذا كانت السلطة التشريعية تملك استقلاليتها التي تستمدتها من النظام القانوني للدولة نفسها، تمنحها حرية سن التشريعات المؤطرة لمختلف مناحي الحياة القانونية للدولة، فإن هذه الاستقلالية والحرية في الحقيقة ليست مطلقة، فهي محكومة بمقتضيات وقواعد القانون الدولي، وهذا يندرج ضمن جدلية العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية¹¹، لكن القانون الدولي يفترض تناسق وملائمة القواعد القانونية الداخلية للدول مع مضامينه، وفي حالة العكس تكون الدولة أمام تصرف يشكل فعل غير مشروع دولياً، ففي هذه الحالة يوجد تناقض ما بين نشاط السلطة التشريعية والقانون الدولي، هذا التناقض الذي يُمكن تصوره من الناحية العملية في صورتين، الصورة الأولى وهي إصدار تشريعات متعارضة مع الالتزامات الدولية للدولة، والصورة الثانية وهي عدم إصدار التشريعات اللازمة لتنفيذ هذه الالتزامات¹²، بما في ذلك عدم تخصيص اعتمادات مالية من ميزانية الدولة. وتشمل هذه التشريعات جميع القوانين بما فيها الدساتير، ففي كلا الصورتين المذكورتين يشكل تصرف السلطة التشريعية فعل غير مشروع من منظور القانون الدولي يستتبع تحريك المسؤولية الدولية للدولة.

وكذلك تتحمل الدولة المسؤولية عن التصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية، فباعتبار هذه الأخيرة سلطة موكول لها تنفيذ القوانين والسياسات العمومية للدولة، وإصدار القرارات التنظيمية والإدارية، وسن المراسيم التطبيقية للقوانين الصادرة، فهي في ممارسة اختصاصاتها هذه المؤطرة بالدستور، يمكن أن يصدر عنها تصرفات تشكل أفعال غير مشروعة بمقتضى القانون الدولي، تصرفات إما صادرة عن موظفين أو أشخاص لهم صفة رسمية أو أشخاص تابعين بحكم وظائفهم للجهاز التنفيذي بمختلف سلطاته ومؤسساته، ومشروع لجنة القانون الدولي حول المسؤولية في هذا الجانب يوسع من دائرة مفهوم السلطة الحكومية التي تتحمل المسؤولية الدولية عن الأفعال

12 - عبد الواحد الناصر، المسؤولية الدولية، الأفعال المكونة لعدم المشروعية في العلاقات الدولية، م.س، ص 27.

غير المشروعة دولياً التي تصدر عنها¹³، فالدولة لا يمكن لها الاحتجاج بممارسة جهازها التنفيذي لصلاحياته الدستورية للندرج بكون التصرف أو الفعل الصادر عن هذا الجهاز مشروع، فقرار القانون الدولي لعدم مشروعية الفعل يضيف على التصرف الصادر عدم المشروعية وبصرف النظر عن موقف الدولة المعنية أو اعتباره مشروعاً بمقتضى قوانينها، وهذا الأمر ينسجم مع المبدأ الذي قرره المادة الثالثة (3) من مشروع لجنة القانون الدولي من كون وصف فعل ما على أنه غير مشروع يحكمه القانون الدولي.

وبالإضافة إلى السلطتين التشريعية والتنفيذية تكون الدولة أيضاً مسؤولة عن الأعمال والتصرفات القانونية الصادرة عن السلطة القضائية، هذه الأخيرة التي تتولى النظر في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين داخل الدولة، وهي سلطة كذلك حامية للحقوق والحريات، كما تملك سلطة القمع والعقاب المشروع بمقتضى القوانين والأنظمة السارية بالنظام القانوني للدولة، لذلك تعتبر أحكامها وقراراتها التي تصدرها ملزمة للكافة بما فيها باقي السلطات الأخرى.

ويمكن إثارة الفعل غير المشروع دولياً بخصوص أعمال السلطة القضائية، عندما تصدر هذه الأخيرة أحكام وقرارات قضائية تتعارض مع قواعد القانون الدولي، ومخالفة للالتزامات الدولية وبالأخص حينما تكون الدولة مصادقة على احترام هذه الالتزامات، وهذا التعارض يمكن أن يتجلى في عدة مناحي، فقد تكون هذه الأحكام والقرارات مبنية على تفسير خاطئ لنص داخلي منسجم مع الالتزامات التي ارتبطت بها الدولة، أو مبنية على تفسير صحيح لنص داخلي هو في أصله متعارض مع الالتزامات الدولية، أو مبنية على تفسير أو تطبيق خاطئ لقاعدة قانونية دولية¹⁴، وفي جميع هذه الحالات يكون الحكم أو القرار الصادر من منظور القانون الدولي فعل غير مشروع دولياً يترتب عنه إثارة المسؤولية الدولية للدولة، لذلك يُفترض من القضاة في إصدار الأحكام والقرارات مراعاة وأخذ بعين الاعتبار لقواعد القانون الدولي وللالتزامات الدولية للدولة، وهنا أيضاً ليس هناك مجال للاحتجاج بمبدأ استقلالية السلطة القضائية للندرج بمشروعية الفعل الصادر، فهذه الاستقلالية لا تُواجه بها قواعد القانون الدولي، فهي تنحصر في النطاق الداخلي، ولا يكون لها أي تأثير في تكيف الفعل على أنه غير مشروع من منظور القانون الدولي.

ويُضيف فقه القانون الدولي حالة أخرى تدخل في نطاق تصرفات وأعمال السلطة القضائية التي تُشكل فعل غير مشروع دولياً، ينتج عنه تحريك المسؤولية الدولية للدولة، وهي حالة إنكار العدالة من قبل القضاء، وتطرح حالة الإنكار عندما لا يؤدي القضاء دوره الطبيعي الذي هو الفصل في القضايا التي تعرض عليه، حيث يحول دون اقتضاء الأطراف لحقوقهم ولمصلحتهم التي من أجلها طرقت باب القضاء، هذا الإنكار الذي قد يكون برفض الفصل في الدعوى، أو في التأخير غير

¹³ - يمكن العودة بهذا الشأن للمواد من 5 إلى 11 من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي حول المسؤولية الدولية لسنة 2001.

¹⁴ - سعد الركراكي، محاضرات في القانون الدولي العام، تينمل مراكش، الطبعة الثانية 1990، ص 47.

المبرر في البت في الملفات¹⁵، ومجال ترتيب المسؤولية الدولية عن فعل إنكار العدالة، لا يُتصوّر مبدئياً في القانون الدولي إلا في نطاق الحالة التي تعرض فيها أمام القضاء الداخلي للدول قضايا تكتسي بعد دولي، ومنها تلك التي يكون فيها الأجنبي الغير الحامل لجنسية الدولة طرف في الدعوى المعروضة أمام قضاء هذه الدولة، وهذا المثال الأخير -حالة امتثال الأجنبي أمام القضاء الوطني- هو الذي يُستدل به في أغلب الكتابات التي تناولت موضوع المسؤولية الدولية عن إنكار القضاء الوطني للعدالة. ولا بد من الإشارة في هذا الإطار إلى أن إنكار العدالة من قبل القضاة يشكل جريمة في معظم الأنظمة القانونية التي جرمت هذا الفعل ورتبت عنه عقوبة جنائية، كما أن التشريع المنظم لجريمة الإنكار للعدالة لا يُميز ما بين الحالة التي يكون فيها الأجنبي طرف في الدعوى أم لا، فالقاضي يعتبر مرتكب للجريمة بتوفر أركان قيامها بصرف النظر عن أطراف الدعوى¹⁶.

ولا تجد المسؤولية الدولية أساسها من إتيان الأفعال غير المشروعة دولياً فقط، بل إن هذه المسؤولية تجد أساسها من خرق الالتزامات الدولية، فمعلوم أن الالتزام قانونياً يُنشئ لتنفيذه وتطبيقه ولا يُتصور إلا بين طرفين أو بين عدة أطراف، وخرقه وعدم تنفيذه يؤدي إلى إثارة المسؤولية القانونية للطرف الذي لم يلتزم بالالتزام، هذه الفكرة الملخصة عن نظرية الالتزام المعروفة في نطاق القانون المدني، يمكن تطبيقها على مستوى القانون الدولي، مع اختلاف طبيعة الأطراف والعلاقات القانونية. ومبدئياً كل دولة تملك إرادة حرة لتحمل الالتزامات التي تتخبط فيها في إطار القانون الدولي، وعلى هذا الأساس لما كان القانون الدولي مؤطر بمجموعة قواعد قانونية، فإن خرق أي التزام دولي يؤدي إلى تحريك المسؤولية الدولية عن هذا الخرق، تتحملها الدولة الطرف التي خرقت الالتزام الدولي.

مبدأ المسؤولية الدولية عن خرق التزام دولي نص عليه مشروع لجنة القانون الدولي النهائي حول المسؤولية الدولية من خلال المادة الثانية عشر (12) التي نصت على أنه: «تخرق الدولة التزاماً دولياً متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام، بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه».

15 - بالنسبة للمشرع المغربي حدد إنكار العدالة في قانون المسطرة المدنية من خلال الفصل 392 الذي نص على أنه: «يعتبر القاضي منكراً للعدالة إذا رفض البت في المقالات أو أهمل إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة». أنظر: ظهير بمطابقة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية كما تم تعديله، ج.ر ع 3230 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974 ص 2741.

16 - نظم المشرع المغربي جريمة إنكار العدالة وعقوبتها من خلال الفصل 240 من القانون الجنائي الذي نص على أنه: «كل قاض أو موظف عمومي، له اختصاصات قضائية، امتنع من الفصل بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه، وصمم على الامتناع، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه ورغم الأمر الصادر إليه من رؤسائه، يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم على الأكثر، وبالحرمان من تولى الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات». أنظر: الظهير رقم 1.59.413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تغييره وتتميمه، ج.ر ع 2640 مكرر بتاريخ 5 يونيو 1963 ص 1253.

تفيد هذه المادة أن خرق الدولة لالتزام دولي يكون بآتيانها لفعل غير مطابق ومخالف لما هو مقرر في الالتزام التي التزمت به، وتؤكد المادة المذكورة أن إثارة المسؤولية تبقى قائمة بغض النظر عن منشأ ومصدر الالتزام موضوع الخرق، الذي قد يكون مصدره اتفاقية دولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف، أو نص دولي نافذ في مواجهة الدولة صاحبة الخرق، أو أي مصدر آخر أو طابع هذا المصدر¹⁷، والشرط الوحيد الذي تم ربطه بقيام المسؤولية الدولية عن خرق الالتزام الدولي هو شرط وجوب كون الالتزام الدولي موضوع الخرق نافذا إزاء الدولة، وهو الشرط الذي نصت عليه المادة الثالثة عشر (13) من مشروع لجنة القانون الدولي بأن نصت على أنه: «لا يشكل فعل الدولة خرقا لالتزام دولي ما لم يكن هذا الالتزام واقعا على الدولة وقت حدوث ذلك الفعل».

وهذا الشرط ينسجم تماما مع المبادئ العامة في علم القانون، فلا يُتصوّر مبدئيا تحمل طرف لمسؤولية عن خرق التزام لم يكن هو معني به، كما ينسجم مع قواعد تحديد الالتزامات في القانون الدولي، التي يتم إنشائها وفق مساطر وإجراءات وتخضع مبدئيا لإرادة الدول الأطراف، وتصبح نافذة وسارية المفعول في مواجهة أطرافها، ومن الطبيعي ألا تتحمل الدول غير الأطراف في الالتزامات الدولية من الناحية المبدئية المسؤولية عن خرق هذه الالتزامات.

وفي مقابل إقرار المسؤولية الدولية بقيام أسسها، كمبدأ من المبادئ الأساسية للقانون الدولي، يمكن انتفاء هذه المسؤولية بوجود ظروف منافية لعدم المشروعية، حيث تُضحى الأفعال غير المشروعة في ظل قيام هذه الظروف أفعال مشروعة ومبررة قانونا من منظور القانون الدولي، وهذه الظروف تشكل حالات انتفاء المسؤولية الدولية التي نص عليها مشروع لجنة القانون الدولي النهائي، التي حددها في عدة ظروف وهي؛ الموافقة، ومفاد هذه الحالة حين توافق دولة ما على ارتكاب دولة أخرى لفعل غير مشروع دوليا، حيث تؤدي هذه الموافقة إلى انتفاء عدم المشروعية على الفعل المرتكب، ويضيف مشروع اللجنة ارتكاب الفعل في حدود موافقة الدولة¹⁸، ظرف الدفاع عن النفس¹⁹، ظرف التدابير المضادة التي تتخذها دولة فيما يتصل بفعل غير مشروع دوليا²⁰، القوة

17- يمكن التذكير في هذا السياق بالمصادر التي نص عليها النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وهي: -الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة، العادات الدولية، المبادئ العامة للقانون، أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام.

18 - وردت هذه الحالة في المادة العشرين (20) من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي لسنة 2001 التي نصت على أنه: «تؤدي موافقة الدولة بحسب الأصول على ارتكاب دولة أخرى فعلا معيناً إلى انتفاء عدم مشروعية ذلك الفعل إزاء الدولة الموافقة ما دام ذلك الفعل في حدود تلك الموافقة».

19 - تم التتبع على هذا الظرف في المادة الواحدة والعشرون (21) من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي لسنة 2001 الذي جاء فيها أنه: «تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة إذا كان هذا الفعل يشكل تدبيراً مشروعاً للدفاع عن النفس اتُخذ طبقاً لميثاق الأمم المتحدة».

20 - نصت على هذه الحالة المادة الثانية والعشرون (22) من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي لسنة 2001 التي جاء فيها أنه: «تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يكون مطابقاً لالتزام دولي تجاه دولة أخرى إذا كان هذا الفعل يشكل تدبيراً متخذاً ضد الدولة الأخيرة وبقدر ما يكون كذلك وفقاً لأحكام الفصل الثاني من الباب الثالث».

القاهرة²¹، حالة الشدة²²، وهي تنشأ في الظرف الذي لم تكن لدى الشخص المرتكب للفعل غير المشروع وسيلة أخرى لإفقاد حياته أو حياة الأشخاص الآخرين الموكلة إليه حمايتهم ثم حالة الضرورة التي تقوم وفق حالات وشروط²³، فجميع هذه الحالات تشكل ظروف قانونية تنتفي معها المسؤولية الدولية.

وأما بالنسبة للآثار القانونية المترتبة عن إثارة وتحقق أركان المسؤولية الدولية، فقد تم التنصيص عليها من خلال الباب الثاني من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي حول المسؤولية الدولية، فقد جاء في المادة الثامنة والعشرون (28) من المشروع أنه: «تتطوي المسؤولية الدولية للدولة التي تترتب على فعل غير مشروع دولياً طبقاً لأحكام الباب الأول على النتائج القانونية المسنة في هذا الباب».

وتتمثل هذه النتائج القانونية التي نص عليها المشروع في الآثار التالية: الكف، عدم التكرار، الجبر، الرد، التعويض ثم الترضية. مع تأكيد المشروع على أن هذه النتائج لا تمس باستمرار واجب الدولة المسؤولة بالوفاء بالالتزام الذي خُرق.

ما من شك إذن أن قواعد نظام المسؤولية في القانون الدولي قد تطورت من خلال تدوينها، وأضحى نطاق قبولها يتسع بين الدول كفعل أساسي في المنظومة القانونية الدولية، لكن في المقابل ما يزال هذا النظام يطرح صعوبات جمة لا تقتصر على الجانب النظري، حيث لازالت العديد من المفاهيم النظرية المؤطرة لقواعد المسؤولية الدولية تخلق جدال فقهي وقضائي على مستوى تأويلها، بل تمتد على الصعيد العملي، بما تعرفه إثارة المسؤولية القانونية قانوناً من عوائق كثيرة متداخلة ومعقدة، ناتجة أساساً عن التعقيد الذي يحكم العلاقات الدولية، وهو ما أصبح يفرض أكثر من أي وقت مضى على النظام القانوني الدولي تحدي مجابهة هذه الصعاب، بالانتقال لمرحلة جديدة يكون فيها نظام المسؤولية أكثر فعالية.

21 - ورد التنصيص على ظرف القوة القاهرة في المادة الثالثة والعشرون (23) من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي لسنة 2001 التي نصت على أنه: «تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يكون مطابقاً للالتزام دولي لتلك الدولة إذا كان ذلك الفعل راجعاً لقوة القاهرة، أي حدوث قوة لا سبيل إلى مقاومتها أو حدث غير متوقع، يخرجان عن إرادة تلك الدولة، بما يجعل أداء ذلك الالتزام في هذه الظروف مستحيلًا ما دياً».

22 - أضافت الفقرة الثانية من المادة الرابعة والعشرين (24) التي نصت على حالة الشدة أنه: «لا تنطبق الفقرة 1 في الحالتين التاليتين: (أ) في حالة الشدة التي تُعزى منفردة أو بالاقتران مع عوامل أخرى إلى تصرف الدولة التي تتذرع بها؛ أو (ب) في حالة ترجيح أن يؤدي الفعل المعني إلى حدوث خطر مماثل أو أكبر».

23 - وهي التي نصت عليها المادة الخامسة والعشرون (25) من مشروع لجنة القانون الدولي النهائي لسنة 2001 التي جاء فيها أنه: «لا يجوز لدولة أن تحتج بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل غير مطابق للالتزام دولي لتلك الدولة إلا في الحالتين التاليتين: (أ) في حالة كون هذا الفعل السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يتهدها؛ (ب) في حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيراً جسيماً على مصلحة أساسية للدولة أو للدول التي كان الالتزام قائماً تجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل.

لا يجوز في أية حال أن تحتج دولة بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية: (أ) إذا كان الالتزام الدولي المعني ينفي إمكانية الاحتجاج بالضرورة؛ أو (ب) إذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة».

نوعية التشريع كمدخل لإعادة النظر في العلاقة بين مجال القانون والتنظيم: قراءة في ضوء الاجتهاد الدستوري الفرنسي

جابر لبوع

باحث في القانون الدستوري والعلوم السياسية

يمكن القول إن النقطة الأساسية التي أثارَت أكثر ملاحظات الفقه الدستوري والمتعلقة بتوزيع الاختصاصات بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، تتمثل في كون مجال التنظيم يتمتع بحماية دستورية أقل من تلك التي يتمتع بها التشريع، بحيث منح للحكومة آليتين لحماية اختصاصها من تعديلات المشرع سواء عن طريق إحالة الأمر إليه بعد صدور القانون ليتم تغييره بمرسوم وسواء أثناء المسطرة التشريعية عن طريق الدفع بعدم قبول أي نص يتجاوز اختصاصه ويدخل في اختصاص التنظيم.

وفي هذا الصدد يشير "برتراند ماثيو" بالنسبة لفرنسا، أن دستور 1958 من خلال النظام الذي نص عليه في المادتين 37 و 34 يبدو أنه رفع مستوى التنظيم على القانون، إلا أنه في الواقع فإن التوزيع المادي للاختصاصات بين مجال القانون ومجال التنظيم بالرغم من أن المواضيع الأكثر أهمية لا زالت تندرج ضمن مجال السلطة التشريعية، فإن السلطة التنظيمية متساوية مع السلطة التشريعية أو على الأقل ليست متقدمة عليها، كما أن ديمومة المفاهيم التي تنظم العلاقة بين القانون والتنظيم تقود إلى القول بأن التنظيم وجد وظيفته بشكل أساسي في تطبيق القواعد والمبادئ¹، ويضيف بأن الثورة الرامية إلى جعل التنظيم منافسا للقانون "كتعبير عن الإرادة العامة" هي في الأساس تظل رسالة ميتة، ذلك أن محدودية السلطة التنظيمية ترجع أساسا إلى أن لديها جوهرية قوة أقل من التي للسلطة التشريعية، كما أن هناك مسألة أخرى وهي أن الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فقد الكثير من معناه ذلك أنه في الواقع هناك سلطة الأغلبية البرلمانية التي لديها وظيفة إضفاء الشرعية على العمل الحكومي.

ويمكن القول إن سؤال الحدود بين مجال القانون والتنظيم لم يعد مطروحا من زاوية فصل السلطات وأصبح يطرح من زاوية ضمانة القانون، وبأكثر دقة نوعية وجود القانون، وهذا الاتجاه الجديد يعكس بشكل واضح الرغبة في التغلب على التجاوزات التي تضعف القانون، بالنظر إلى مسألة حماية المستفيدين من المعايير التي تتناسب مع منطوق حماية الحقوق والحريات الأساسية.

¹ - Bertrand Mathieu, la part de loi, la part du règlement : de la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative, revue pouvoirs, n°114, 2005, p :74-75.

وهذا المنطق انخرط فيه المجلس الدستوري الفرنسي في قرارات مبكرة أخذاً بعين الاعتبار حدود تفسير واسعة للعلاقة بين التنظيم والقانون²، وعمل باجتهاداته إلى جانب الفقه بتوسيع مجال الاختصاص المحفوظ للتشريع، وهو ما أدى بعبارة "برتراند ماثيو" إلى تدفق النهر التشريعي³. فالدستور الذي قام بتوزيع الاختصاص لم يمنع في المقابل البرلمان من التدخل في مجال التنظيم ولكن أعطى الحكومة وسائل لمنع ذلك، وهذا التوجه هو الذي عبر عنه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره DC 82-143 بناء على إحالة من طرف 60 نائبا يطعنون من بين أمور أخرى كون المشرع وضع قاعدة لا تدخل ضمن مجال القانون، وقد صرح المجلس الدستوري "بأن الدستور لم يعتمد عبر المادتين 34 و 37 الفقرة الأولى أن يطال بعيب اللادستورية كل نص ذا طبيعة تنظيمية يحتويه القانون، لكنه أراد إلى جانب المجال المحفوظ للقانون، الاعتراف للسلطة التنظيمية بميدان خاص، وإعطاء الحكومة من خلال وضع الاجراءات الخاصة بالمادتين 37 الفقرة الثانية و 41 موضع التطبيق، سلطة تأمين حمايتها من تعديلات القانون المحتملة"⁴.

إن هذا القرار يظهر بالتالي أن الحكومة وحدها سيدة في احترام مجالها الخاص، كما أن استعمال الامتياز الحكومي في مجال الدفع بعدم القبول التشريعي ظل استثناء في التجربة الفرنسية، وظلت السيوف مغمدة بعبارة ماثيو⁵، ونادرا ما تستخدمه الحكومة، وكما أشار إلى ذلك "بيير أفريل وجون جيكل" فإن المادة 41 من الدستور توقفت في الممارسة عن لعب الدور المخصص لها⁶، فمنذ 1980 استعمل بشكل حصري تقريبا لاستبعاد التعديلات المعرفلة، كما أن مسطرة المادة 37 الفقرة الثانية من الدستور، كانت تظهر إلى حد ما غير منتجة improductive، فانطلاقا من 1959 إلى يوليو 2004 ما يقارب 150 مقترح قانون تم الاعتراف من طرف المجلس الدستوري بطبيعتها التنظيمية في 197 قرار⁷، وهذه الوضعية يتم إرجاعها إلى العديد من العوامل المتعلقة بالخصوص بالتصدي الضعيف للحكومة (والبرلمانيين) في مواجهة جماعات الضغط التي تصر، بمنطق إثارة الاستعراض أو الأمن النزاعي، على رؤية مطالبها مترجمة إلى معايير تشريعية بغض النظر عن مجال الاختصاص التي تنتمي إليها، علاوة على كون التدخل التشريعي في التنظيم يقدم بعضا من

² - Voir : Jean-Louis Pezant. Loi/règlement, la construction d'un nouvel équilibre. In : Revue française de science politique, 34^e année, n°4-5, 1984. pp. 922-954. Jin Banggui. La répartition des compétences normatives nationales en France et en Chine. In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 53 N°4, Octobre-décembre 2001. pp. 945-964.

³ - Bertrand Mathieu, op.cit, p : 75.

⁴ - Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982.

⁵ Bertrand Mathieu, op. Cité, p : 77.

⁶ -Pierre Avril et Jean Gicquel; Droit parlementaire, 3eme édition, LGDJ, 2004, p : 193. Pierre Avril et Jean Gicquel, le conseil constitutionnel, Montchrestien, CLEFS politique, LGDJ, 6^e édition 2011, p :123-124.

⁷ - B. Mathieu, op. Cité, p : 77.

وسائل السهولة، ذلك أنه من الأسهل أن ندرس في نص واحد مجموعة من المسائل في جوانبها الأساسية كما هو الحال في أبسط تفاصيلها⁸.

ويبدو أن القاضي الدستوري في فرنسا وسَّع من مفهوم القانون وجعل سلطة المشرع تمتد ليس فقط إلى مجال السلطة التنفيذية دون أن يشكل ذلك مخالفة دستورية، وإنما أيضا عن طريق التدخل في مجالات أخرى لها ارتباطات بالقانون نفسه عن طريق التفسير ومراقبة قواعد الاختصاص السلبية كما التحفظات التفسيرية للنصوص، كما راقب المجلس حرمان المشرع على السلطات الإدارية الحرص على وضع القواعد الضامنة لاحترام مقتضيات الدستورية وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية⁹، هذا إلى جانب التوسع الذي بناه على مفهوم الأهداف ذات القيمة الدستورية ليوسع ضمنا اختصاص المشرع.

وإذا كانت مسألة توزيع الاختصاص قد نوقشت أكثر من منطلق الفصل بين السلطات فإن هذا التحليل يبدو اليوم ثانويا بعد تطوير المجلس الدستوري لاجتهاد يتجه نحو مبدأ الأمن القانوني وهو ما يعني ضمنا نظاما قانونيا مبنيا على الجودة. وهذا الشرط الأخير تتمثل أهدافه في شفافية ووضوح القانون ومعاقبة الأحكام التي تخلوا من أي أثر معياري، فمن هذا المنطلق يستدعي الأمر إعادة النظر في مسألة توزيع الاختصاصات بين القانون والتنظيم.

ومن هذا المنطلق فإن معالجة هذا الموضوع سينصب على تحليل ثلاثة أبعاد انتجها القضاء الدستوري الفرنسي والتي لها علاقة بنوعية وجودة التشريع:

أولا: تحسين جودة القانون

ثانيا: القانون كنص متضمن لقاعدة قانونية

ثالثا: مبدأ وضوح القانون وقابليته للفهم

رابعا: التطور الاجتهادي نحو الفصل المرن لتوزيع الاختصاص

أولا: ضرورة تحسين جودة القانون

إن ضرورة تحسين جودة القانون طرحت العديد من الصعوبات المتعلقة بالتمييز بين ما هو أساسي من التبعية، والتي أدت إلى العودة إلى الفصل الصارم بين السلطات، فغياب التمييز هذا يمكن أن يتسبب في عدم احترام توزيع الاختصاصات التي أرادها واضعوا الدستور، وقد يكون عاملا من عوامل انخفاض قيمة التشريع، وفي الواقع فإن المفهوم الواسع للاختصاص التشريعي، وبعبارة

⁸- Ibid. p. 77.

⁹-Louis Favoreu et Loïc Philip, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, 12^{ème} éd. Dalloz, 2003, P. 15-23.

دقيقة، فإن الحق الممنوح للبرلمان للتدخل خارج نطاق اختصاصه يُعَيَّر من طبيعة القانون وذلك بواسطة زيادة ثقل الأحكام التقنية والثانوية أو ما يسميه كذلك برتراند ماثيو بـ "الترهات"¹⁰.

إن غياب التمييز - هذا الذي سمح للمشرع بأن يتدخل من جهة في المجال التنظيمي، ومن جهة أخرى بالزامه بالإحالة إلى الحكومة من أجل وضع التدابير التطبيقية التقنية المكتملة-، يساهم في غموض روح النص القانوني، فالقانون الذي لا يضع للمواطن قواعد السلوك العامة فإنه يضع في التفاصيل، كما أن غياب التمييز الحقيقي المادي بين القانون والتنظيم يساهم في إنشاء قانون سطحي وغير مفهوم، قانون بدون معايير، ذلك أن ما هو سيء يمكن أن يكون أكثر في غياب التسلسل الهرمي داخل القواعد القانونية وبين القواعد والمقتضيات التقنية، وبأكثر دقة فإن قانونا مكتظا بمعايير تطبيقية ليس أكثر وضوحا من قانون يتضمن إحالات مختلفة.

لذلك يبدو أن للمجلس الدستوري الفرنسي فهما أضيق للمجال المغطى بالمادة 34 من الدستور وكان هذا التوجه حاضرا في ما بين السطور، أثناء تقديم الرئيس "مازو" متمنياته بمناسبة قدومه إلى المجلس الدستوري سنة 2005: "نتحمل كلنا جانبا من المسؤولية عن هذه الظاهرة التي رأيت منذ السبعينات تضخم القانون بتفاصيل تنظيمية، وربما يكون على المجلس الدستوري أن يقوم بنقد ذاتي في هذا الصدد، ألم يساهم هو أيضا خلال سنوات في تفريغ المادة 37 من محتواها وفي دفع المشرع لكي يتقل كاهل القانون بأعباء إضافية بتفسيره بطريقة واسعة جدا المادة 34 من الدستور التي تعدد المواضيع المحفوظة للقانون؟ وبتشبيه مفهوم "المبادئ الأساسية" بمفهوم "القواعد"؟ أو بكشفه بمهارة فائقة عن "عدم اختصاص سلبى" بمجرد سكوت النص التشريعي على هذه النقطة أو تلك؟ ألم ينتج عن هذا الاجتهاد جزئيا تضخم القانون¹¹، لذلك فإن التضخم المعيارى يبدو قاسيا ومن شأنه أن يقطع الأمل¹²، وبحسب كلام العميد كاربوني فإن التضخم ينمي الورم¹³.

إن العملية المتعلقة بالفصل في القانون بين الأحكام التي تدخل في مجال القانون والتي تدخل في مجال التنظيم تطرح العديد من الصعوبات والتي ترتبط في المقام الأول بالفصل العمودي للاختصاصات (المادة 34 و37 من الدستور الفرنسي والفصل 71 و72 من دستور 2011- مجال القانون ومجال التنظيم المستقل)، ذلك أن تفسير القضاء الدستوري والممارسة خصوصا في فرنسا ساهما في جعل روابط توزيع الاختصاص متحولة وواضحة. ففي قراء رقم 29-64 L¹⁴ لا حظ المجلس الدستوري في النص الذي قدم إليه وفقا لمسطرة المادة 37 الفقرة الثانية أن بعض الأحكام

¹⁰ - B. Mathieu, op. Cité, p : 80.

¹¹ - انظر: داميان شاموسي، المجلس الدستوري: حق التعديل ونوعية التشريع-التطورات الحديثة للاجتهاد، مجلة القانون العام وعلم السياسة، عدد 4، 2007، ص: 1022.

¹² - Marc Guillaume, les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? Revue pouvoirs, n°114, 2005, p : 117.

¹³ - Jean Carbonnier, « L'inflation des lois », Revue des Sciences morales et politiques, 1982, 4, p. 691.

¹⁴ - Décision n° 64-29 L du 12 mai 1964.

تدخل في مجال التنظيم ولكن هذه الأحكام ذي الطبيعة التنظيمية لا يمكن اعتبارها كأنها تمتد إلى مضمونه بكامله.

وفيما يتعلق بالفصل بين مجال القانون ومجال التنظيم التطبيقي فإن الأساس الدستوري لهذه الحدود لا يظهر صراحة في نص الدستور، خاصة وأن المجلس الدستوري لم يقدّم إنتاج آثار التمييز بين المواد التي يضع القانون قواعدا وتلك التي يقتصر فيها على وضع المبادئ، غير أن التمييز بين القانون والتنظيم التطبيقي أصبح أساسيا، وبالتالي فالمجلس الدستوري استند إلى المادة 37 من الدستور ليصرح على أن "الدستور احتفظ للمشروع بوضع القواعد وترك بموجب المادة 37 منه للسلطة التنظيمية حرصها على سن الإجراءات اللازمة لتطبيق هذه القواعد"¹⁵، وكما أشار إلى ذلك لويس فافورو "فإن التنظيم لديه مجال محفوظ في إطار توزيع عمودي"¹⁶.

وعليه فإن التطبيق الصارم للفصل بين الاختصاصات التشريعية والتنظيمية يبدو أنه يخل بمبدأ الأمن القانوني، فمن جهة فإن اجتهاد المجلس الدستوري سيكون أقل قابلية على التنبؤ نسبيا، ومن جهة أخرى فإن تطبيق الفصل الصارم سوف يؤثر على وضوح القانون¹⁷، وكما لا حظ الرئيس "أودنت Odent" فإن النصوص المختزلة تطرح مشاكل الفهم¹⁸. وبغض النظر عن قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور فإن القانون هو الأكثر تعبيراً عن المبدأ الديمقراطي من التنظيم، ومن هذه الحقيقة يتضح أنه من الصعوبة سياسيا ومن غير المناسب رؤية ما لا يمكن تصوره من القاضي الدستوري الذي منع على البرلمان التعامل في مثل هذه المسائل التي تعتبر ضرورية من الناحية السياسية على الرغم من كونها تدخل في المجال التنظيمي¹⁹. الأمر الذي يفيد بأن التطورات التي عرفها الاجتهاد الدستوري أدت إلى تجاوز النظرة الكلاسيكية للفصل الجامد لتوزيع الاختصاص وتعويضها بنظرة تستند إلى الفصل المرن بينهما، وانطلاقاً من مبادئ وضعها القاضي الدستوري باجتهاداته والمتعلقة بنوعية التشريع والتركيز على جوهر القانون نفسه.

ثانياً: القانون كنص متضمن لقاعدة قانونية

ابتداء من 2004 اتبع المجلس الدستوري الفرنسي سياسة اجتهادية جديدة حين حكم في إحدى حيثياته المبدئية، بأنه ينتج عن المادة 6 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 "وكذلك عن مجموع القواعد القانونية الأخرى ذات القيمة الدستورية المتعلقة بموضوع القانون، أن القانون، ومع مراعاة أحكام خاصة نص عليها الدستور، مخصّص للإعلان عن قواعد، ويجب بالتالي أن

¹⁵ - Décision n° 76-94 L du 2 décembre 1976, à propos de la Nature juridique des dispositions de l'article 5 de la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 codifié sous l'article L 72-1 du code électoral.

¹⁶ - Louis Favoreu, Le Domaine de la loi et du règlement, Economica, 2^e éd, 1981, p :33.

¹⁷ - Bruno Genevois, La Jurisprudence du Conseil constitutionnel, STH, 1988, p. 77. In Bertrand Mathieu, OP. Cité, p :82.

¹⁸ - Louis Favoreu, Le Domaine de la loi et du règlement, op.cit. p : 198.

¹⁹ - Bertrand Mathieu, op.cit. p : 82.

يكتسي أهمية معيارية²⁰، وكان من الممكن الترويج لفكرة أن مثل هذه النصوص ما كان من الممكن نعتها بأنها غير دستورية طالما أنها لم تكن تنتج آثارا قانونية، فإدراجها في النصوص التشريعية لا يخلق ظاهريا صعوبات خطيرة كذلك التي تكون أهميتها المعيارية غير مؤكدة لأنها تبدو منصهرة في "ضجيج تشريعي" لا نتيجة مؤسفة له من وجهة نظر الأمن القانوني أو فصل السلطات²¹.

إن الحكم على هذا الموقف يمكن تفهمه بالنسبة للقانون الذي يسمى ب"الثرثار"، وفي هذا الصدد يقول برتراند ماثيو بأن الصيغ غير المعيارية تضعف أهمية القوانين بصفة عامة، وهي تسهم فضلا عن ذلك في الحط من قيمة العمل السياسي عبر مساهمتها في إبعاد المشاكل من دون حلها، "إن الكلمة تجلّ محل العمل، والمشكلة يفترض فيها أن تُحلّ لأن النية بحلّها نحتت في رخام القانون، إن اللجوء يتم في الواقع إلى حجة كاذبة، إلى شيء مخادع، وثقة المواطنين بالقانون لا يمكن إلا أن تتضرر من جراء ذلك بشكل خطير، إن القاضي حينئذ هو الذي يخلق القانون بشكل مستقل عن تثرثارات القانون وشفافياته"²².

ويبدو أن إدانة ما سمي "بالنترونات التشريعية"²³ لم تبق مجرد خطابات، وعلى هذا الأساس رفض المجلس الدستوري منذ 21 ابريل 2005، عدة أحكام من قانون توجيه وبرمجة مستقبل المدرسة²⁴، ومن المؤكد أن رفض النصوص التي لا تتضمن قواعد قانونية لا يطبق على جميع القوانين، ومن الممكن بشكل خاص إدراج صيغ إعلانية في الجزء المتعلق بالقوانين البرنامجية - باعتبارها تشكل موضوعا لنص خاص في الفقرة الأخيرة من المادة 34 من الدستور الفرنسي - مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليه لهذا الغرض²⁵، وحسب داميان شاموسي فإن إدانة هذا الحق الذي وصف أحيانا بالرخو أو الغازي - الذي يعبر عنه باللغة الانجليزية بالقانون الناعم Soft

²⁰ - Décision n° 2004-500 DC du juillet 2004.

²¹ داميان شاموسي، مرجع سابق، ص:1019.

²² - Bertrand Mathieu, La loi, Dalloz, 1996, p : 107. Philippe Ardant et Bertrand Mathieu, institutions politiques..., op.cit. p : 559.

²³ - مصطلح "النيوترون التشريعي"، التعبير الذي استخدمه جان فوير Jean Foyer، يسمى أيضا القانون المرن، القانون اللين، إلخ. هو كل نص قانوني بدون محتوى إلزامي، ولن يكون له أي تأثير في الممارسة. وقد استخدم جان فوير هذا المصطلح لأول مرة في الجلسة الثالثة لجمعية الوطنية في 21 يونيو 1982، في التقرير الكامل حول توجيه البحث والتطوير التكنولوجي استمرارا في مناقشة مشروع قانون اعتمده مجلس الشيوخ بعد إعلان الطوارئ، حيث قال: "[...] هذا الأسبوع، قدم وزير الدولة، وزير البحث والتكنولوجيا، مشروعاً سأقول عنه، بدون أن أتحدث أتحدث اللاتينية مرة واحدة، لكنني أستعير مصطلحاتي من لغة الفيزيائيين، أنه في الأساس يجمع النيوترونات التشريعية، أعني النصوص التي تكون حمولتها القانونية صفراً".

²⁴ - على وجه الخصوص البند الثاني من المادة السابعة التي تنص على "إن هدف المدرسة هو نجاح كل التلاميذ. وبالنظر لتنوع التلاميذ يجب على المدرسة أن تتعرف على كل أشكال الذكاء وتشجيعها لتسمح لهم بإعطاء قيمة لمواهبهم. إن التأهيل المدرسي تحت سلطة المعلمين، وبدعم الأهل، يسمح لكل تلميذ بتحقيق العمل والجهود الضرورية لشحن وتنمية استعداداته الفكرية واليدوية والفنية والرياضية. ويسهم في تحضير مساره الشخصي والمهني. انظر:

Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005.

²⁵ - Décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005.

law- كانت بلا نتيجة²⁶، وهكذا ردد المجلس الدستوري أصداء الكلام الذي عبر عنه جان لوي دوبريه الذي ندد في 2004 بصفته رئيسا للجمعية الوطنية بنزعة استعمال القانون "للتأكيد البديهيات" في حين أنه يُسن من أجل تثبيت قواعد قانونية، والقول بشكل ملموس كيف وبأية قواعد قانونية نصل إلى الهدف المنشود، كما أعرب رئيس مجلس الشيوخ عن أسفه لتضخم تشريعي مضر يؤدي أحيانا إلى صدور قانون إعلاني أكثر مما هو متضمن لقواعد قانونية²⁷.

ثالثا: مبدأ وضوح القانون وقابليته للفهم وسهولة الوصول إليه

يمكن القول أن أصل نشأة هذا المبدأ تعود إلى الاجتهاد القضائي، وكان ذلك بمناسبة إبطال القانون بعلّة عيب الاختصاص السلبي والذي أضاف مخالفة مبدأ الوضوح إلى قائمة الأسباب المؤدية إلى عدم الدستورية، حيث قضى المجلس الدستوري الفرنسي بمخالفة القانون محل الطعن للمادة 34 من الدستور، لأنه لم يحدد الجرائم بدقة وبصورة واضحة تمنع أي نزاع بشأنها²⁸، وفي سنة 1985 صدر أحد القوانين التي تتضمن أحكاما مختلفة ذات طبيعة اقتصادية ومالية، وكان من بين النصوص التي يتضمنها نصا يحمل تفسيرين متعارضين يتعلق بتحديد الوعاء الضريبي والخاضع لها: التفسير الأول يذهب إلى تحديد الوعاء بصورة مجردة ومتساوية بينما التفسير الثاني يميل إلى إجراء توافق بين الوعاء والواقع الاقتصادي لدافع الضريبة، وعقب وصول المشروع إلى المجلس الدستوري قضى بمخالفته للمادة 34 من الدستور التي حددت مجال القانون على سبيل الحصر²⁹، ومن بينها المسائل الضريبية، ومما يتعارض مع هذا التحديد أن يترك القانون للسلطة المختصة بتطبيقه سلطة واسعة في التقدير ومن ثم فتح الباب لأكثر من تفسير، وبالتالي تطبيقه على نحو لم يقصده المشرع، وهو ما يمثل إخلالا لقواعد الاختصاص. وعلى الرغم من أن الحكم لم يشر صراحة إلى مبدأ الوضوح كمبرر للطعن بعدم الدستورية، فإنه يصعب تفسيره بغير الرجوع إلى هذا المبدأ، فالمواطن لا يستطيع الوصول إلى القاعدة القانونية بسهولة إلا إذا كانت القاعدة واضحة وغير مبهمة كما أن النص الواضح لا يحتمل أكثر من تفسير³⁰.

وقد حسم بشكل صريح لأول مرة هذه المسألة عندما أُلزم المجلس الدستوري في 1998 المشرع على سن قاعدة محددة بطريقة واضحة بما فيه الكفاية لتلبية متطلبات المادة 34 من الدستور³¹، وتلاه فيما بعد في أحد اجتهاداته استكمال مبدأ وضوح القانون بمبدأ آخر مرتبط به ومنفصل عنه

26 - داميان شاموسي، مرجع سابق، ص: 1020.

27 - المرجع نفسه.

28 - Décision n° 84-176 DC du 25 juillet 1984.

29 - Décision n°85-191 DC du 10 juillet 1985.

30 - رفعت عبد سيد، مبدأ الأمن القانوني-دراسة قانونية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري-، دار النهضة العربية القاهرة، 2011، ص: 159.

31- Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

للتعبير عن أحد الأهداف اللازمة للأمن القانوني³²، ويتعلق الأمر بمبدأ إمكانية الوصول إلى القانون وسهولة فهمه باعتباره هدفاً ذي قيمة دستورية كما استخلصه المجلس في قراره الصادر سنة 1999³³، وفي قراره الصادر في 12 يناير 2002 جمع المجلس الدستوري بين مبدأ وضوح القانون وهدف قابليته للفهم وسهولة الوصول إليه باعتبارهما ذي قيمة دستورية³⁴، وقد تعزز هذا الاجتهاد بدءاً من القرار رقم DC 500-2004 والذي أدان فيه المجلس الدستوري النصوص التشريعية ذات الأهمية القانونية غير المؤكدة، وقد تزايدت حدة ضرورة الوضوح نظراً لكون المشرع لم يكن عليه "أن ينقل للسلطات الإدارية أو القضائية أمر العناية بتثبيت قواعد لم يوكل الدستور أمر تحديدها إلا للقانون"³⁵.

والجدير بالإشارة إليه أن الأدوات التي استخدمها المجلس الدستوري لهذا الغرض كانت أحياناً تبدو صعبة وتعطي انطباع خاص بتداخل مفاهيم "وضوح القانون" و "قابليته للفهم" و "سهولة الوصول إليه"، وقد كان هذا التمييز موجود من الناحية النظرية، فمبدأ الوضوح كان يفرض على المشرع الذهاب حتى النهاية في ممارسة اختصاصه، والقابلية للفهم كانت تتضمن ألا يجد من تتوجه إليه القاعدة القانونية نفسه في وضع لا يفهم فيه حقوقه وواجباته، أما سهولة الوصول فيجب أن تفهم بمعناها المادي³⁶ وتهتم بوسيلة علم الأفراد بالقاعدة القابلة للتطبيق³⁷. إلا أن هذا التوزيع حسب "داميان شاموسي" لم يكن يتحكم به إلا المختصين الذين ما كانوا ليحرموا أنفسهم من التساؤل عن الفائدة من مفهوم وضوح القانون حين يكون من الممكن أن يفهم من زاوية عدم الاختصاص السلبي، لهذا كان الفقه بسبب عدم تمكنهم من فهم التمييز "البيزنطي" الذي قام به المجلس يدعو للعودة للتنظيم³⁸.

وفي هذا الصدد كان المجلس الدستوري قد أدرك أن هذا التدخل الزائد في مجال نوعية التشريع كان يهدف إلى إيجاد نظام أفضل لقواعد المراقبة الموضوعية تحت تصرفه، وبدأ منذ 2006

³² - François Luchaire, la sécurité juridique en droit constitutionnel français, les cahiers du conseil constitutionnel, 2001, n°11, pp.67-69.

³³ - Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

³⁴ - صرح المجلس الدستوري بأنه "يعود للمشرع ممارسة الاختصاص الذي أسندته له المادة 34 من الدستور بشكل تام، أن عليه في ممارسته لهذا الاختصاص، احترام المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية، والسهر على قيام السلطات الإدارية والقضائية المكلفة بتطبيق القانون بتأمين هذا الاحترام، وأن مبدأ وضوح القانون الناجم عن المادة 34 من الدستور، وهدف سهولة فهم القانون، ذي القيمة الدستورية، الناجم عن المواد 4 و 5 و 6 و 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، يفرضان عليه في هذا الصدد، تبني أحكام دقيقة بما فيه الكفاية، وصيغ غير غامضة، وذلك بغية حماية أشخاص القانون من أي تفسير مناقض للدستور، من مخاطر التعسف..."

Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

³⁵ - Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004.

³⁶ - داميان شاموسي، مرجع سابق، ص: 1023.

³⁷ بشأن قانون حماية المعطيات DC كما استعمل ذلك المجلس الدستوري في قراره الصادر في سنة 2004-499 - الشخصية حيث أعتبر "أن القانون يحدد بطريقة دقيقة القواعد الإجرائية والموضوعية الجديدة القابلة للتطبيق. Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004

³⁸ - داميان شاموسي، مرجع سابق، ص: 1023.

بإعادة تنظيم هذه الأمور³⁹، فلم تعد هناك إشارة إلى مبدأ الوضوح الذي ارتبطت نتائجه بعدم الاختصاص السلبي فقط، على اعتبار أن قابلية الفهم كرسست كقاعدة مرجعية وحيدة في مراقبة نوعية التشريع⁴⁰، وقد تم التأكيد على هذا التطور الاجتهادي، خلافاً للطاعنين الذين تذرعوا بمبدأ الوضوح والقابلية للفهم، حينما لم يحكم المجلس إلا على قابلية القانون للفهم (الحيثية 3 و 4)⁴¹.

إضافة إلى أن المجلس الدستوري قضى في إحدى قراراته أن هذا الهدف لا يشكل حقا أو حرية مضمونة من طرف الدستور، وأن مخالفته لا يمكن الاعتماد عليه أثناء إثارة المسائل الدستورية ذات الأولوية عن طريق الرقابة اللاحقة (QPC)⁴². وبالتأكيد قصر المجلس الدستوري نطاقه من خلال قراراته الأخيرة عندما اعتبر أن "تعقيد القانون وعدم تجانس أحكامه، لا يمكن لها وحدها، أن تحمل اللطعن بناء على الهدف ذي القيمة الدستورية المتعلق بسهولة الوصول إلى القانون وقابلية فهمه"⁴³، إلا أنه عاد مرة أخرى ليبسط رقابته بناء على هدف سهولة الوصول إلى القانون وقابلية فهمه في قراره DC 567-2008 بشأن القانون المتعلق بعقود الشراكة⁴⁴. وقد بلور المجلس الدستوري هذا الاتجاه المتعلق "بتعقيد القانون" كاستكمال لقراراته المتعلقة بالقابلية للفهم وكتوسيع لرقابته على نوعية التشريع، وكان ذلك في البداية بمناسبة إصلاح الضرائب المباشرة الذي وضعه القانون المالي لسنة 2006 موضع التطبيق، وصرح المجلس أن النص الذي يضع سقفا لبعض المزايا الضريبية مخالف للدستور بسبب طبيعته المعقدة زيادة عن اللزوم⁴⁵.

وهكذا تبنى المجلس الدستوري على إثر هذا القرار اجتهاده السابق⁴⁶ واعتبر أن المساواة أمام القانون المنصوص عليها في المادة 6 من إعلان 1789 وضمانة الحقوق المطلوبة في المادة 16 لن تكونا فعليتين إذا لم يكن لدى المواطنين معرفة كافية بالقواعد المطبقة عليهم وإذا كانت هذه

³⁹ - Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006.

⁴⁰ - Damien Chamussy, « La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2013/1 (N° 38), p.54.

⁴¹ - Décision n° 2007-548 DC du 22 février 2007.

⁴² - Décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010.

- Sur l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi : 8. Considérant que les requérants font valoir que les dispositions contestées n'ont pas été codifiées dans le code des pensions civiles et militaires de retraite ; qu'ils soutiennent qu'elles sont inintelligibles en tant qu'elles portent sur la revalorisation de l'indemnité temporaire de retraite ; 9. Considérant que, si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ;"

⁴³ - Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012

⁴⁴ - Voir : Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008. Décision n° 2011-644 DC du 28 décembre 2011.

⁴⁵ - Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

⁴⁶ - Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

القواعد تتطوي على تعقيد زائد عن اللزوم بالقياس إلى قدرة من توجه إليهم لقياس مداها بشكل مفيد. لذلك قضى المجلس الدستوري في قراره 2006 حول القانون المالي بأن هذا التعقيد كان زائدا عن اللزوم وغير مبرر بدافع المصلحة العامة وبالتالي بمخالفة المادة 78 من القانون للدستور. ورغم ذلك فإن هذا القرار يجب ألا يعتبر تمهيدا لتبني حولا سريعة، ذلك أن المجلس بعدما أنهى سنة 2005 بنقد التعقيد انتهى سنة 2006 بمعاينة التبسيط⁴⁷، حين رفض الحل الذي أخذ به المشرع في القانون المتعلق بتطوير المشاركة وذلك من أجل تجنب حالات التصويت المزدوج في المؤسسات أو الحد منها⁴⁸.

إن هذا المسار الاجتهادي التطوري للمجلس الدستوري الفرنسي يُظهر بأنه ساهم في إعطاء نظرة جديدة لمفهوم الاختصاص التشريعي للبرلمان، وبالتالي للعلاقة الدستورية بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، ذلك أن معاينة القاضي الدستوري للنصوص التشريعية أصبح يبني ليس على تغول البرلمان على مجال السلطة التنظيمية بحد ذاته وإنما على تجاوز مبدأ الأمن القانوني والأهداف الدستورية للصيقة به، مما يعني تجاوز التوزيع التقليدي للاختصاصات وتبني توزيع مرن للاختصاصات.

رابعا: التطور الاجتهادي نحو الفصل المرن لتوزيع الاختصاصات

إذا كان الاجتهاد الدستوري الفرنسي قد حافظ على نوع من الاتساق الذي جعله يضع نوعا من الفصل المرن لتوزيع الاختصاص، فإن النظام الدستوري المغربي في صياغته الجديدة لسنة 2011 يبدو أنه حافظ خلافا لذلك، على نفس التوزيع التقليدي لمجال القانون والتنظيم، بحيث حدد المواد التي يختص البرلمان بالتشريع فيها بقوانين (الفصل 71) وترك ما دون ذلك للسلطة التنظيمية لتمارسه بشكل مستقل (الفصل 72)، ومنح لها نفس الامتيازات التي كان منصوصا عليها في الدساتير السابقة لحماية مجالها، سواء أثناء سريان المسطرة التشريعية عن طريق الدفع بعدم القبول التشريعي، وسواء بعد نفاذ التشريع عن طريق طلب القاضي الدستوري بإعادة تصنيفها المعياري وتغيير هذه النصوص التشريعية بمراسيم، كما أن اجتهاد القضاء الدستوري المغربي في الفصل بين المجالين ظل قائما على نظرة مبنية على مبدأ الفصل الصارم بين السلطتين، وهي النظرة نفسها التي يترجمها من خلال نظرية المجال المحصور دون محاولة تجاوزها إلى النظرة القائمة على مبدأ الأمن القانوني، وهذا الأمر له ما يبرره طبعا ويجعل تجربة الاجتهاد الدستوري المغربي وكذا الفقه اجتهادا مختلفا عن الاجتهاد الدستوري الفرنسي، وذلك من عدة زوايا:

من زاوية دستورية، كون الدستور المغربي نص على لائحة حصرية لمجال القانون لا تميز ولا تضع أي تقسيم عمودي بينها، خلافا للدستور الفرنسي الذي قام على توزيعين أفقي وتوزيع عمودي للاختصاصات التشريعية، ذلك أن بعض النصوص التشريعية كذلك تبقى أقل درجة من

47 - داميان شاموسي، مرجع سابق، ص: 1025.

48 - Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006

الأخرى ولا تحمل في جوهرها قواعد معيارية تتصف بالإلزام، نظرا لكونها لا تشكل سوى إعلان عن أهداف ومبادئ، هذا بالإضافة إلى كون الكتلة الدستورية في فرنسا تساهم في بلورة مفاهيم جديدة خصوصا اعلان حقوق الإنسان والمواطن وديباجة دستور 1946.

من زاوية الحاجة إلى التشريع، يتضح أن طبيعة التركيبة السوسيو اقتصادية والاجتماعية لفرنسا هي أكثر تطورا بالمقارنة مع طبيعتها في المغرب، فالحاجة إلى التشريع تشكل هي دورها انعكاسا لمستوى التقدم الذي تعرفه البنية الاجتماعية ومستوى التطور التقني والتكنولوجي ومستوى التقدم الاقتصادي، لذلك قد يبدو أن نظاما قانونيا معيننا صالحا لبلد معين ولا يبدو كذلك ناجحا إن حاولنا محاكاته على واقع اجتماعي آخر.

أما من زاوية سياسية فالواضح أن موازين القوى في فرنسا أكثر بكثير من تلك التي تعرفها المؤسسة البرلمانية في المغرب، حيث تلعب الهيئات التمثيلية الوازنة بمجلس الشيوخ دورا أساسيا في صياغة تشريعات بغض النظر عن كون النص يدخل في المجال التنظيمي أو التشريعي، وهو ما يجعل الحكومة تتعامل مع هذه النصوص أو التعديلات بمرونة، وهذا ما عبر عنه "برتراند ماثيو" حول القانون المتعلق بسن التقاعد في فرنسا، واعتبر أن القضية كانت موضوع نقاش اجتماعي وخضعت بالتالي لخير سياسي بامتياز⁴⁹.

وبغض النظر عن هذا الاختلاف، يمكننا الجزم بأن الدستور يفتح مجالا واسعا للاجتهاد الدستوري خصوصا مع توسيع دائرة الضمانات المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، لذلك يبدو أن الكتلة الدستورية اليوم والمتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، والأهداف ذات القيمة الدستورية التي كرسها المجلس الدستوري في قراراته، تشكل قاعدة مرجعية للذهاب بعيدا نحو ترسيخ ثقافة اجتهادية تصب حول جوهر القانون ومبدأ الأمن القانوني ونوعية التشريع⁵⁰.

49- Bertrand Mathieu, la part de loi..., op.cit. p.82.

50 - رغم أن القضاء الدستوري المغربي لم يبلور اجتهادات واضحة في ما يخص هذه المبادئ إلا أنه كانت هناك بوادر لتفعيل مبدأ وضوح القانون منذ قرار الغرفة الدستورية التي تطرقت للمرة الأولى إلى مفهومية القواعد القانونية في اول مقرر لها (المقرر رقم 1 بتاريخ 31 ديسمبر 1963) بمناسبة مراقبتها للقانون الداخلي لمجلس النواب، غير أن هذه البوادر ترسخت بشكل أكثر بموجب قراراتين للمحكمة الدستورية التي أشارت بشكل صريح إلى مبدأ الأمن القانوني وكذا مبدأ سهولة الوصول إلى القانون ووضوحه في قرارها رقم 66.17 بمناسبة البت في قانون المالية لسنة 2018 حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "وحيث إنه، لأن كان عمل المشرع محاطا بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة يمتد إليها الشك بإحالة الموضوع المتعلق بها على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة منها، ضمانا لمبدأ الأمن القانوني"، كما صرحت في قرارها رقم 93.19 بمناسبة البت في النظام الداخلي لمجلس المستشارين بما يلي "وحيث إنه، لأن كان اختصاص المحكمة الدستورية وهي يصدد فحص دستورية النظام الداخلي للمجلس المعني، لا يمتد إلى مراجعة الصياغة، فإن عدم تسهيل الولوج إلى القانون ووضوحه، الذي يشكل مبدأ ذا قيمة دستورية، من شأنه عدم تيسير فهم مقتضيات المعروضة، وتضارب تأويلها، مما يُعطل نفاذ مضامينها وحسن تطبيقها"، وهذا المبدأ المتعلق بوضوح النص بلوره القاضي الدستوري كذلك في قراره رقم 89.19 بمناسبة البت في القانون المتعلق بالتنظيم القضائي حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "وحيث إن عدم وضوح النص أو عدم تناسق مقتضياته أو عدم انسجامها مع مقتضيات

إن هذه الكتلة الدستورية في المغرب هي إلى حد ما في جوهرها تضع نفس المبادئ المتعلقة بحقوق الإنسان والمواطن والتي استمدها من المشرع الدستوري الفرنسي سواء بشكل صريح في الدستور أو بشكل ضمني، خصوصا وأن الاجتهاد القضائي الدستوري المغربي افرز مجموعة من القرارات التي نص فيها على المخالفة للدستور عبر مراقبة قواعد الاختصاص السلبي والايجابي للمشرع، وبالرغم من أنه ما زال يحافظ على نفس الاجتهادات السابقة المتعلقة بالفصل العمودي للاختصاصات التشريعية حيث يعد مخالفا كل نص للقانون العادي يتضمن مقتضيات يختص بها القانون التنظيمي، كما لا يعد مخالفا للدستور كل نص وارد في قانون تنظيمي ذو طبيعة تدخل في مجال القانون العادي، كما هو الحال مع قراره المتعلق بالقانون التنظيمي لمجلس النواب الذي قضى فيه المجلس الدستوري بعدم مخالفة المادة التي نصت على مبادئ التقطيع الانتخابي والتي من المفترض أن يتم التنصيب عليها بموجب قانون عادي انسجاما واللائحة الحصرية المنصوص عليها في الفصل 71 من الدستور.

عكس ذلك فإن المجلس الدستوري الفرنسي كان صارما في احترام التراتبية التشريعية عموديا وأفقيا فبمثل ما لا يسمح للقانون العادي أن يضم مقتضيات ترجع إلى قانون تنظيمي، بمثل ما يتوجب على هذا الأخير أن يحترم قواعد الاختصاص، وفي هذا الصدد راقب القاضي كذلك حتى مضمون قوانين المالية وقواعد الاختصاص بين الدولة وجماعات ما وراء البحار⁵¹، كما أن المجلس الدستوري عاقب تدخل القانون التنظيمي في مجال القانون العادي واعتبر أن مسطرة القانون التنظيمي تختلف عن مسطرة القانون العادي كما وضعها الدستور، واعتبر أن القانون التنظيمي لا يمكن أن يتدخل في المجالات إلا لأهداف محدودة ومعدودة من طرف الدستور⁵². كما اتخذ الاجتهاد بعدا آخر عندما صرح أن "إدخال في نص القانون التنظيمي أحكاما ليست لها هذه الطبيعة يمكن أن يشوه نطاقه"⁵³ وبالتأكيد فإن المجلس لا يدين تلك الأحكام وإنما يقوم بتحديد طبيعتها ويقوم بتصنيفها في قراره⁵⁴.

إن الاجتهاد الدستوري الفرنسي حافظ على نوع من الاتساق جعله يطور مبادئ الرقابة على التشريع بغض النظر عن تفوله على مجال التنظيم، ففي قراره DC 2000-433 استجاب المجلس الدستوري لحجج الطاعنين المتعلقة بعدم الاعتراف بواسطة المشرع للاختصاص التنظيمي

قانونية أخرى وثيقة الصلة به، أو صعوبة تصوّره، أو عدم اكتمال التشريع الذي يتوقف عليه إعماله، يحول دون بت المحكمة الدستورية في مواد القانون المعروف عليها، على حالها". وبالرغم من هذه البوادر فإنه يبدو أن القاضي الدستوري لم يبلور هذه المبادئ من زاوية الفصل بين السلطات والاختصاصات بين القانون والتنظيم.

⁵¹ - Déc. n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, cons. 34 et 35 ; Décision n° 2010-620 DC du 16 décembre 2010, cons. 21 et 22. Déc. n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, cons. 8 et 9.

⁵² - Déc. n° 87-234 DC du 7 janvier 1988, cons. 1.

⁵³ - Déc. n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, cons. 42 à 44.

⁵⁴ - Déc. n° 2011-637 DC du 28 juillet 2011 ; Déc. n° 2011-628 DC du 12 avril 2011 ; Déc n° 2011-626 DC du 29 mars 2011 ; Déc n° 2010-619 DC du 2 décembre 2010 ; Déc n° 2010-616 DC du 10 novembre 2010 ; Déc n°2010-611 DC du 19 juillet 2010 ; Déc n°2009-576 DC du 3 mars 2009.

واستنتج من خلال ربط المواد 34 و37 و41 من الدستور على أنه "لا يصرح بعدم الدستورية لواقعة وحيدة ذي الطبيعة التنظيمية لحكم وارد في القانون ما دامت الحكومة لم تعارض أثناء إدراجه عن طريق دفع بعدم القبول أثناء المسطرة التشريعية"، في حين في قراره DC 82-143 فإن المجلس صرح ببساطة أن "الدستور لم يسمح بضرب عدم الدستورية لحكم ذو طبيعة تنظيمية وارد في القانون، علاوة على ذلك قطع المجلس الدستوري في قراره DC 2000-439 مع منطوق الطعن بعدم القبول. وقد قاد المجلس اجتهاده إلى أبعد من ذلك وكشف عن نهج جديد خصوصا في قراره 2005-512 حيث رد على حجج الطاعنين الذين تذرعوا بكون أحكام القانون تحمل مواداً تدخل في المجال التنظيمي، بكونه لا يراقب الأحكام التنظيمية الواردة في القانون، ولكنه يقوم بتصنيفها، بمعنى يعترف ويصرح بطبيعتها التنظيمية. ودعا بنفس الطريقة إلى التنديد بالمقتضيات التشريعية غير المعيارية (قرار DC 500) وإلى مراقبتها (DC 513)، لذلك فإن التطور الاجتهادي للمجلس يقود إلى الاعتراف بأن المشرع يمكن من حيث المبدأ أن يتدخل في المجال التنظيمي دون أن يرتكب عدم الدستورية، ولكن في ظل قيود وحدود معينة.

ولذلك فالقاعدة المستنتجة يمكن صياغتها كالتالي: "يمكن للمشرع من حيث المبدأ أن يتدخل في مجال التنظيم دون أن يشكل مخالفة دستورية، شريطة ألا تعترض عليها الحكومة، وأن تكون هذه الأحكام ذات الطبيعة التنظيمية الواردة في القانون ذي علاقة مع الأحكام التشريعية المصادق عليها ويجب أن تكون ضرورية، أثناء ممارسة المشرع لاختصاصه، أو لوضوح القانون وسهولة الوصول إليه وقابلية فهمه. وهذا الاجتهاد سيحافظ على مبدأ الفصل المرن بين مجالي القانون والتنظيم ومن شأنه أن يقدم تصحيحات تكون لازمة للمقتضيات التي ليس لها في الواقع علاقة مع الأمن القانوني (وضوح القانون وسهولة الوصول إليه وفهمه).

ووفق هذا المنطق الذي ساد منذ بداية الجمهورية الخامسة حسب "برتراند ماثيو"⁵⁵ كان قد صرح "جورج بومبيدو" أنه من الممكن للمشرع أن يصوت على أحكام ذات طبيعة تنظيمية كلما كان ضروريا لكي يكون القانون كاملا وشاملا⁵⁶.

وفقا لهذا يتاح للمجلس أن يراقب القانون الذي يضم أحكاما تنظيمية ليست ضرورية لفهم القانون أو لم يتم سنها في مجموعة معيارية متماسكة. ورغم أن هذه القاعدة المكرسة وهذه المرونة تطرح غموض الحدود المرسومة بين المجالين ومتغيرة، إلا أنها تعطي للقاضي الدستوري سلاحا يسمح له بالحد من إساءة استعمال الأحكام ذات الشكل التشريعي وذات الصبغة التنظيمية، وهذا التحليل قريب إلى حد ما للذي وضعه القاضي في مادة التعديلات حول ما يسمى بالفرسان التشريعية والتي ليست أكثر غرابة عن شرط الأمن القانوني⁵⁷، ومع ذلك فإن الاجتهاد المتعلق ب"الفرسان

⁵⁵ - Bertrand Mathieu, la part de loi...op.cit. p : 85.

⁵⁶ - Louis Favoreu, Le Domaine de la loi et du règlement, op. Cité., p. 99.

⁵⁷- Anne-Laure Valembos, La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, thèse, Dijon, 2003, p. 285.

التشريعية" لا ينطبق إلا على التعديلات وليس على المقترحات الأصلية لمشاريع ومقترحات القوانين، كما أن الاجتهاد الجديد المتعلق ب"الفرسان التنظيمية" تنطبق على الأحكام الأصلية لمشاريع ومقترحات القوانين كما التعديلات البرلمانية والحكومية⁵⁸.

إن نتائج هذه القاعدة الاجتهادية في الواقع يجب أن تكون مرتبطة بأساسها، وإذا بررناها من ناحية فصل السلط فيمكن القول إن التعديلات البرلمانية ومقترحات القوانين هي وحدها التي يشير إليها الاجتهاد المتعلق "بالفرسان"، لأنه يتعلق بحماية مجال اختصاص الحكومة.

إن مفهوم جودة القانون هو الهدف الذي يقوده، وبالتالي فهو شرط يجب أن يتم احترامه من قبل كل من البرلمانيين والحكومة وانتهاكه يجب أن يؤدي إلى رفعه أمام القاضي الدستوري عن طريق الإحالة.

ووفقا لذلك فإن القاضي الدستوري لن يراقب تعديلات المشرع نفسها على المجال التنظيمي وإنما نتائج هذا التعدي على الأمن القانوني، حول أساس هذا التعدي على الأهداف ذات القيمة الدستورية لوضوح القانون. وبالطبع فإن تعقيد القانون لا يشكل بحد ذاته مصدرا لعدم الدستورية، وإنما عندما يكون هناك إفراط في التعقيد فإنه يمكن تحاشيه من خلال احترام توزيع الاختصاصات بين القانون والتنظيم، وهو ما يستشف من قرار المجلس الدستوري DC 473 حول "التعقيد عديم الجدوى"، وهذه القاعدة الاجتهادية ستؤدي بشكل أساسي -حسب برتراند ماثيو- إلى تعزيز الفصل الأفقي للاختصاصات بين القانون والتنظيم⁵⁹، بالتمييز بين ما هو أساسي وما هو رئيسي، عكس التمييز بين ما هو أصلي وما هو ثانوي⁶⁰. إن من شأن هذا التوجه، الناتج عن التحليل القائم على محدودية القانون وليس التنظيم، أن يؤدي إلى تعزيز البرلمان والنهوض المعياري بعمله، لذلك يتساءل برتراند ماثيو جراء ذلك بالسؤال التالي: هل يجب حماية البرلمان ضد نفسه؟ ويقول إن الجواب يتمثل في جميع الأحوال في أنه يجب حماية المواطنين ضد عدم الأمن المعياري⁶¹.

وبالرغم من كون هذا التوجه الجديد يمكن أن يفيد في تطوير النظرة إلى مبدأ توزيع الاختصاصات في نظامنا الدستوري المغربي، ويحد من النظرة التقليدية التي تنظر من زاوية التقسيم العمودي للاختصاص بين القانون والتنظيم، فإن هذا لا يعني مصادرة الامتيازات الدستورية للحكومة، والحد من كل سلطاتها في علاقتها مع البرلمان، ذلك أن الحكومة ما زالت دستوريا لها صلاحية التدخل بالتنظيم من الناحية الشكلية في موضوع من المواضيع المحجوزة للقانون، وهذا هو حال المراسيم التشريعية. غير أن هذا الأمر يبدو من خلال الاجتهاد الدستوري المغربي لا يزال يحتاج إلى نوع من الجراءة التفسيرية والفقهية خصوصا أمام تنامي مجالات التي يتدخل فيها القانون بالتشريع وتنامي تضخم القواعد التي تتدخل الحكومة بالتشريع فيها بموجب مراسيم، الأمر الذي يخلق تشريعا مشتتا بين نصوص قانونية تشريعية ونصوص تنظيمية، ويقود كذلك هذا الأمر إلى صعوبة فهم القانون والوصول إليه من طرف المواطنين والمواطنات.

⁵⁸ - Bertrand Mathieu, la part de loi...op.cit. p : 86.

⁵⁹ - Ibid.

⁶⁰ - Élisabeth Zoller, Droit constitutionnel, PUF, 1999, p. 317.

⁶¹ - Bertrand (M), op. Cité, p.87.

القانون الخاص

المطابقة الشرعية في المالية التشاركية "معايير الحكامة ومبادئ النجاعة"

عبد الرحيم ففيح

باحث بسلك الدكتوراه، كلية الشريعة
جامعة ابن زهر أكادير

مقدمة

عرف المشهد الاقتصادي المغربي بروز نموذج جديد في العمل البنكي، يتميز ويختلف عن النموذج التقليدي القائم ردحا من الزمن والمؤسس على نظام الفائدة، التي تعتبر في المنظور الشرعي من الربا المحرم بالنصوص القطعية الثبوت والدلالة، ولقد ظهرت البوادر الأولى لهذا المشروع البنكي الجديد مع تجربة "التمويلات البديلة" لسنة 2007م¹، حيث كانت عبارة عن نوافذ مفتوحة في البنوك التقليدية، تُقدم خدمات تمويلية إسلامية محدودة، وبما أنّ هذه التجربة اعترضت سبيلها عوائق كثيرة ومثبطات جمّة، وأمام التّطلع لإنشاء بنوك إسلامية قائمة بذاتها على غرار التجارب الدولية، وفي سياق الإصلاحات التي عرفها المغرب في إطار تأهيل القطاع البنكي، وتحديث الترسانة القانونية المنظمة له موازاة مع التحولات الاقتصادية التي يعرفها العالم، أدرج المشرع مقتضيات جديدة في القانون البنكي، تؤسس لإنشاء بنوك تشاركية، وتؤطر عملها وتحدد آليات اشتغالها.

وهكذا تضمن القانون رقم: (103.12) الخاص بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها في قسمه الثالث المقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، ولعلّ أبرز ما يميز هذا النموذج البديل عن النموذج التقليدي، هو احتكامه لقواعد الشريعة الإسلامية تنظيرا وتنزيلا، وعدم التعامل بالفائدة أخذًا وعتاءً، كما أنّ فكرة تأسيسه تنطلق من ربط العمل المصرفي بالمنظومة الأخلاقية، والقيم الإيمانية، والمقاصد الشرعية، واستثمار الثروة الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية وما يؤطرها من قواعد وضوابط جامعة.

ولأجل تنزيل هذا النموذج الجديد على أرض الواقع؛ تم تحديد مجموعة من الصيغ التمويلية والتشاركية، وإطلاق مجموعة من الخدمات البنكية التي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية. ولضمان التزام البنوك والمؤسسات المالية التشاركية بالمقتضيات الشرعية؛ أسند المشرع البنكي

¹ - قبيل ليلة رمضان لعام 1428هـ / 13 شتنبر 2007م أقدم بنك المغرب على إصدار توصية بأذن بمقتضاها لمؤسسات الائتمان أن تعرض على الجمهور ثلاث صيغ من المعاملات المالية التي جرى العمل بها في البنوك الإسلامية وهي: الإجارة، والمشاركة، والمرابحة.

مهمة الرقابة الشرعية² لهيئات المطابقة المتمثلة في "اللجنة الشرعية للمالية التشاركية" على المستوى المركزي، و"وظيفة التقيد" على المستوى الداخلي لكل مؤسسة مالية، تحقيقاً للسلامة من المحاذير، وتجسيدا للمصادقية الشرعية.

وبعدّ وجود آلية المطابقة الشرعية من أساسيات العمل البنكي التشاركي وضروريّاته، لاسيما أن هذه الآلية تعتبر "فريضة شرعية وضرورة حضارية"، وهي أيضا من أهم مميزات الصيرفة التشاركية وأبرز مقوماتها، وحتى يتحقق المطلوب من الفاعلية والمهنية والنجاعة، لا بد من توافر مجموعة من المعايير والمقومات في العمل الرقابي الشرعي، وبناء عليه، فإن هذه الورقة البحثية ستحاول معالجة الموضوع من خلال بحث ماهية المطابقة الشرعية وبيان حقيقتها، وتسلط الضوء على الإطار القانوني المنظم لها، وتحديد أهم المبادئ والمعايير الكفيلة بتحقيق الحكامة الجيدة على مستوى العمل الرقابي الشرعي لأنشطة البنوك التشاركية، مع الإيماء باقتضاب في ثنايا الفقرات إلى خصوصية التجربة المغربية وأوجه تميزها وتفرداها، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الرقابة الشرعية على المالية التشاركية المفهوم والتأصيل

المبحث الثاني: المطابقة الشرعية ومعايير الحكامة الجيدة

² - تخضع البنوك التشاركية باعتبارها أحد مكونات الجهاز البنكي لأنواع عدة من الرقابة، منها: الرقابة الحكومية وهي المنوطة بالسلطات النقدية والمتمثلة في وزارة المالية والبنك المركزي، والرقابة الخاصة بالجمعية العمومية للمساهمين. والرقابة الشرعية وهي وجه من أوجه التمييز بين البنوك التشاركية الإسلامية والمؤسسات المالية التقليدية، كما أنها الرقابة المقصودة بالدراسة في هذا المقال.

المبحث الأول: الرقابة الشرعية على المالية التشاركية التأصيل والتنظيم

تعد الرقابة الشرعية ذلك السياج الحامي لهوية العمل المصرفي التشاركي، باعتبارها تسهر على مطابقة خدمات ومنتجات البنوك التشاركية لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، كما تعمل على توجيه وترشيد العمل البنكي وضمان سيره وفق المنهج الشرعي الذي يحقق سلامته ومصداقيته، وستتمحور دراستنا لموضوع المطابقة الشرعية في هذا المبحث حول تحديد ماهيتها ومرجعيتها، والإطار القانوني المنظم لها، حيث سيتم تخصيص (المطلب الأول) لتحديد مفهوم الرقابة الشرعية وبيان دلالاته اللغوية والاصطلاحية، وتأصيله من الناحية الشرعية، وإفراد (المطلب الثاني) للحديث عن التنظيم القانوني للعمل الرقابي الشرعي على البنوك التشاركية.

المطلب الأول: حقيقة الرقابة الشرعية

لما كان مفهوم "الرقابة الشرعية" أبلغ من مفهوم "المطابقة الشرعية"³ من حيث الدلالة والمقاصد، ومن حيث الشبوع والذبوع، فاستعوض به عن غيره من الاصطلاحات، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المفهوم يعتبر من أهم المفاهيم المستحدثة في الفكر الاقتصادي الإسلامي، وقد ارتبط ظهوره بميلاد فكرة الصيرفة الإسلامية تنظيراً وتنزيلاً، حيث إن مؤسسي البنوك الإسلامية أدركوا منذ البداية مدى الحاجة إلى آلية تواكب العمل البنكي بالتقويم والتقييم والتوجيه والترشيد، حتى يظل وفاقاً للمنهج الشرعي ومحققاً للتنمية الشاملة، وستتولى في هذا المطلب تعريف الرقابة الشرعية وتأصيلها من الناحية الفقهية.

أولاً: تعريف الرقابة الشرعية

إن مصطلح الرقابة من حيث الدلالة اللغوية يدور حول ثلاثة معان أساسية وهي: الحفظ، والحراسة، والانتظار. قال ابن فارس: "الراء والقاف والباء واحد يدل على انتصاب لمراعاة الشيء"⁴ فالرقيب: هو الحافظ الذي لا يغيب عنه شيء.. وفي الحديث: (ارقبوا محمداً في أهل بيته)⁵، أي: احفظوه فيهم.⁶ ومن الاستعمالات اللغوية أيضاً معنى الحراسة⁷ حيث نقول: "رقيب القوم حارسهم وهو الذي يشرف على مراقبة ليحرسهم. والرقيب الحارس الحافظ."⁸ وأما بمعنى

3 - لم تتفق جل التشريعات على اسم واحد لجهاز الرقابة، ومن أبرز التسميات وأكثرها شيوعاً: هيئة أو لجنة الرقابة الشرعية، المستشار/ المراقب/ المدقق الشرعي، المجلس الشرعي، هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، إدارة الفتوى والبحوث.

4 - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، ص: 396.

5 - رواه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنقبة فاطمة عليها السلام بنت النبي صلى الله عليه وسلم رقم الحديث: (3713)، دار الفكر الطبعة الأولى، 1421هـ - 2001م.

6 - جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة - 1414هـ، 424/1.

7 - مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ - 2005م، 90/1. وانظر: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر. دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م، ص: 151.

8 - جمال الدين ابن منظور، م، س، 424/1 - 425. وابن فارس، م، س، ص: 397.

الانتظار فجاء في كتاب العين: "رقت الشيء أرقبه رقة ورقباناً أي: انتظرت. وقوله تعالى: (ولم تَرْقُبْ قَوْلِي)⁹ أي: لم تنتظر."¹⁰ وفي جمهرة اللغة: "رقت الرجل أرقبه رقة وارتقبت ارتقاباً إذا انتظرت." ¹¹ فالرقبُ إذن: الحافظُ. والرقبُ أيضاً: المُنتظرُ.¹²

وأما من حيث الدلالة الاصطلاحية فيقصد بالرقابة: "الإشراف والمراجعة من جانب سلطة أعلى للتعرف على كيفية سير العمل داخل المشروع والتأكد من أن الموارد تستخدم وفقاً لما هو مخصص لها، فالرقابة هي عملية متابعة دائمة ومستمرة تقوم بها الإدارة للتأكد من أن ما يجري عليه العمل يتم وفقاً للخطط والقوانين المعمول بها."¹³ وفي تعريف مختصر وجيز قال أحد الباحثين: "الرقابة هي مقارنة الأداء الفعلي بما هو مخطط، واتخاذ الإجراءات التصحيحية إذا لزم الأمر."¹⁴

وانطلاقاً من التعريفين أعلاه، يمكن القول إن الرقابة هي "تلك الآلية المعتمدة لقياس مدى الانضباط للمقتضيات القانونية والتنظيمية أثناء تنفيذ البرامج المحددة، والعمل بشكل فعال لتحقيق الأهداف بكفاءة." وبهذا الاعتبار تعدّ من الآليات الرئيسة الواجب اعتمادها لمراقبة وتقييم أنشطة البنوك التشاركية والمؤسسات المالية الإسلامية.

وأما مصطلح "الرقابة الشرعية" فقد اختلفت عبارات الباحثين وألفاظهم في تقريب ماهيته وبيان حقيقته، وهكذا عزّها فارس أبو معمر بأنها: "جميع العناصر والأنشطة الرقابية التي تستخدم للتأكد من مطابقة أعمال البنك الإسلامي للشريعة."¹⁵ في حين عرفها عبد المجيد الصالحين - بتعريف أعم وأشمل - بكونها: "مراجعة النشاطات المصرفية التي تقوم بها المؤسسات المالية الإسلامية للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، ومتابعة العمليات المصرفية، وبيان المخالفات إن وجدت، واقتراح الحلول المناسبة لتصويبها، ومراجعة العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع

9 -سورة طه، الآية: (94).

10 - أبو عبد الرحمان الخليل الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، 154/5.

11 - أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م، 323/1.

12 - أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الرابعة، 1987م، 173/1. وزين الدين الرازي الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ / 1999م، مادة (رقب) ص: 126.

13 - عوف محمود الكفراوي، الرقابة المالية في الإسلام، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة الأولى، 1997م، ص: 20. (بتصرف).

14 - أحمد ماهر، الإدارة: المبادئ والمهارات، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2006م، ص: 564.

15 - فارس أبو معمر، أثر الرقابة الشرعية واستقلاليتها على معاملات البنك الإسلامي، البنك الإسلامي الأردني، 1994م، ص: 4.

عملائها، وصياغة العقود المناسبة التي تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.¹⁶ وهو تعريف قريب من حدّ الباحث حسين شحاتة¹⁷، وحسن داود¹⁸، وغيرهما.

كما عرفتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنها: "جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية وله إمام بفقهاء المعاملات. ويعهد لهيئة الرقابة الشرعية توجيه نشاطات المؤسسة ومراجعتها والإشراف عليها، للتأكد من التزامها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وتكون فتاواها وقراراتها ملزمة للمؤسسة."¹⁹ وركّز مجمع الفقه الإسلامي الدولي في تعريفه على الجانب الوظيفي لجهاز الرقابة الشرعية فعرّفها بأنها: "إصدار الفتاوى والأحكام الشرعية المتعلقة بنشاط المؤسسة المالية ومتابعة تنفيذها، والتأكد من سلامة تطبيقها."²⁰

إنّ القراءة المتأنية لهذه التعاريف المختلفة تُبين بجلاء مدى اختلافها من حيث العبارات الموظفة، ومن حيث العناصر المكونة لها، غير أنّ الرابطة الجامع بينها هو تركيزها على الجانب الوظيفي للمعرّف من خلال إبراز جانب المهام والغايات والمرامي المقصودة من إحداث هذا الجهاز الرقابي الشرعي، وباستحضار عناصر هذه التعريفات، وتأسيساً عليها، يمكن تعريف الرقابة الشرعية بأنها: "هيئة متخصصة في ترشيد العمل البنكي التشاركي ونشاط قطاع التأمين التكافلي، من خلال عمليات مركبة، تتمثل في المراقبة، والتتبع المستمر، والتقويم والتقييم، والتطوير، من مرحلة التخطيط إلى مرحلة التنزيل، عن طريق إصدار فتاوى وآراء ذات صبغة إلزامية، بغية تحقيق السلامة الشرعية." وعليه، فإن "هيئات المطابقة" تضطلع بمهام أساسية وأدوار متميزة تعكس خصوصية الصيرفة الإسلامية وتميزها عن الصيرفة التقليدية، وذلك من خلال التتبع المستمر والرصد الدائم لسير عمل المؤسسات المالية الإسلامية، والتأكد من مطابقتها أعمالها وموافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية.²¹

16 - عبد المجيد الصالحين، هيئات الفتاوى والرقابة الشرعية ودورها في المصارف الإسلامية، بحوث المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر 7 - 9 ربيع الآخر 1426 هـ الموافق 15 - 17 مايو 2005م، المجلد الأول، ص: 248.

17 - حسين شحاتة، اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، عدد: (116)، فبراير 1991م، ص: 42. وحسين شحاتة، المراجعة والرقابة بين الفكر الإسلامي والفكر الوضعي، دون ذكر الطبعة، 1411م، ص: 93.

18 - حسن يوسف داود، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1417 هـ - 1996م، القاهرة، ص: 15.

19 - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، صفر 1423 هـ - 2002م، معيار الضبط رقم: (1) تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها.

20 - قرار رقم: 177 (19/3) بشأن الرقابة الشرعية في ضبط أعمال البنوك الإسلامية من قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة التاسعة عشرة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد: (339) جمادى الآخرة 1430 هـ - 2009م.

21 - الدكتور محمد الورد، المالية التشاركية ورهانات التنمية، دراسة لواقع التمويل التشاركي في إطار المصارف الإسلامية ولأهم المستجدات التشريعية الخاصة بالبنوك التشاركية في المغرب، الطبعة الأولى، 2019م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص: 298.

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف الاصطلاحي للرقابة الشرعية يتأسس على المعاني اللغوية التي يدل عليها لفظ "رقب" في المعاجم والقواميس اللغوية، كما أنّ هذه المعاني ملحوظة في الوظائف التي يضطلع بها الجهاز الرقابي، ومكونة في الغايات والمقاصد التي من أجلها وُجد، فالرقابة الشرعية في البنوك التشاركية هي التي تحفظ وتحرس عمل هذه المؤسسات المالية من الوقوع في المخالفات الشرعية، وتكشف عن الاختلالات الواقعة والمتوقعة لاتخاذ الإجراءات التصحيحية اللازمة.

ثانياً: التأصيل الفقهي للرقابة الشرعية

رغم حداثة مصطلح "الرقابة الشرعية" على مستوى الفكر الاقتصادي الإسلامي، وارتباط ظهوره بميلاد ونشأة فكرة العمل المصرفي الإسلامي، إلا أنّ حقيقته وهويته تُشكل امتداداً لوظيفة الحسبة²² حيث تجسّدت عملياً منذ زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، والصحابة رضوان الله عليهم، ويبقى وجه التمييز بخصوص الرقابة الشرعية في صورتها المعاصرة هو تنوع أنماطها وأشكالها، وتعدد آلياتها، وحداثة أساليب أجزائها وتفعيلها، وتقنين أحكامها، انسجاماً مع حتمية التطور الحاصلة في هذا المجال الحيوي.

والمُراد بوظيفة الحسبة في الاصطلاح الشرعي هو "الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله"²³ وبإمعان النّظر في الوظائف الخاصة بجهاز الرقابة الشرعية نجد أنها لا تخرج عن معنى الحسبة بمفهومها الشرعي، وعن مقاصدها وغاياتها، بحيث ترمي بالأساس إلى ضمان مطابقة المعاملات المالية للأحكام الشرعية ومقتضيات القواعد الفقهية، وتوجيه النشاط المصرفي والتأميني، ورصد المحاذير والمخالفات الشرعية بغية تصحيحها وتجاوزها، ودرء المفساد والمخاطر، وكل هذا داخل في إطار مبدأ "الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر" الذي يشكل لبّ الحسبة وحقيقتها.

وتبعاً لهذا القياس، فإن عملية المطابقة الشرعية تستمد وتستقي مشروعيتها من نصوص الوحي، وعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه الكرام، إضافة لكونها امتداداً لآلية الحسبة المشروعة، واتساقها مع المبادئ والمقاصد الشرعية، وعليه، يمكن أن نستدل في هذا الإطار على مشروعية الرقابة على المالية التشاركية بما يلي:

- أن القرآن الكريم حثّ الأنام على ضرورة حفظ المال وصيانتته وجوداً وهدماً، ومن أساليب حفظ المال، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، من خلال الأمر بترشيده إنفاقه، وحسن توظيفه واستثماره، والنهي عن تبذيره والإسراف في إنفاقه، ومنع توظيفه في المحرمات، وقد أنزلت

22 - ينظر: جمال بوشما، الرقابة الشرعية في البنوك التشاركية، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري دبي، منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، 2015م، ص:19. وحمزة عبد الكريم محمد حماد، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1426هـ - 2006م، ص:24.

23 - الإمام الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادى، مكتبة دار بن قتيبة، الطبعة الأولى، 1409هـ - 1989م، ص:315.

آيات قرآنية ركزت على ضرورة وجود من يتولى القيام بهذه المهمة في المجتمع الإسلامي، ومن ذلك قوله تعالى: (وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)²⁴.

- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه أبو هريرة رضي الله عنه مرّ على صبرة طعام فادخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال أصابته السماء يا رسول الله، قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني.»²⁵ ويستفاد من هذا الحديث الشريف أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم كان أول من مارس مهمة الرقابة الشرعية²⁶ وأعمل الحسبة وجسدها على أرض الواقع من خلال تفقده للأسواق، وتوجيه التجار وإرشادهم، ومراقبة تصرفاتهم درءاً للمحاذير والمخالفات الشرعية في المعاملات، كما ثبت عنه أيضا صلى الله عليه وسلم أنه يحاسب عماله "فيستوفي الحساب عليهم، يحاسبهم على المستخرج والمصروف."²⁷ وروى عنه أبو حميد الساعدي أنه استعمل رجلا من الأزدي يقال له ابن اللثبية على الصدقة فلما رجع حاسبه.²⁸
- أن الصحابة رضوان الله عليهم ساروا على سنة الرسول صلى الله عليه وسلم وتمسكوا بها، وعضوا على منهجه بالنواجذ، وقد كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يحاسب عماله على المستخرج والمنصرف.²⁹ وقال لمعاذ لما قدم من اليمن: "ارفع حسابك."³⁰ وبدأ عمر بن الخطاب رضي الله عنه عمله الرقابي بأهل بيته قبل رعيته، ويدخل السوق، ويتفقد أحوال الباعة، ويراقب الأسعار، وسنّ في هذا الصدد مجموعة من القواعد والأسس التي تكفل حوكمة العمل الرقابي الشرعي، وفي عمل الصحابة رضي الله عنهم شواهد كثيرة وأدلة غزيرة لا يسمح المقام باستقرارها خشية التطويل.³¹

24 - سورة آل عمران، الآية: (140).

25 - رواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من غشنا فليس منا»، رقم الحديث: 102. انظر شرح الحديث في: الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم، محمد الأمين الهزري، دار المنهاج - دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م، 108/3.

26 - ينظر: فاطمة الزهراء مدرر، دور الرقابة الشرعية في تطوير الهندسة المالية الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير بكلية الشريعة أيت ملول، تخصص فقه المعاملات وقضايا العصر، تحت إشراف أستاذي الدكتور محمد الوردى والدكتور عبد العزيز بلاوي، السنة الجامعية: 2016-2017م، ص: 18.

27 - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق بشير محمد عيون، مكتبة المؤيد، الطبعة الأولى، 1410هـ - 1989م، ص: 209.

28 - الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الهبة والتحرير عليها باب من لم يقبل الهبة لعله، رقم الحديث: (2573)، والإمام مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، رقم الحديث: (183).

29 - ينظر: عوف محمود الكفراوي، م، س، ص: 158.

30 - محمد عبد الحي الكتاني، الترتيب الإدارية، تحقيق: عبد الله الخالدي، شركة دار بن الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، (د. ذ. التاريخ)، 207/1.

31 - محمد الوردى، م، س، ص: 301.

- اندراج الرقابة الشرعية تحت مسمى الحسبة قياساً وتكييفاً، لاتفاقهما في المقاصد والغايات والأحكام، وإن اختلفتا من جهة الأشكال التنظيمية والآليات الإدارية والأساليب العملية.³²
- الحاجة إلى ضرورة وجود آلية إدارية شرعية مواكبة للعمل البنكي التشاركي عن قرب، لتقويم أداءه وتصحيح مساره، وتتبع مدى التزامه بالمنهج الشرعي في الإيداع والاستثمار وإدارة الأموال، ومدى موافقة خدماته للأحكام الفقهية، حفظاً لهويته الإسلامية، وضماناً لقيام بديل شرعي للعمل البنكي التقليدي، وتلبية لحاجات المجتمع، وكسب ثقة الزبائن، وطمأننتهم على أموالهم، وتطبيب كسبهم.

وبناءً على المؤيدات الشرعية والشواهد الواقعية الواردة أعلاه، يمكن القول إن الرقابة الشرعية في صورها الحديثة المرتبطة بالمالية التشاركية؛ ما هي إلا امتداد لنظام الحسبة، فهي مشروعة بأدلة نصية وأخرى عقلية، باعتبارها آلية ضرورية لتقويم العمل البنكي التشاركي، وضمان سيره وفق المنهج الشرعي واحتكامه للمبادئ الإسلامية، سواء كانت هذه الرقابة على المستوى المركزي العام أم على المستوى الداخلي الخاص بكل مؤسسة مالية تشاركية، كما أن النظر المقاصدي يؤيد القول بالجواز، من حيث قيام جهاز الرقابة الشرعية بمراعاة تحقيق المالية التشاركية للمقاصد الشرعية المتعلقة بالأموال، بل إن عمله من صميم تفعيل المقاصد الشرعية.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للرقابة الشرعية

إنّ انفتاح المغرب على المالية الإسلامية باعتباره خياراً اقتصادياً استراتيجياً يقتضي منه تحديث تراثه القانونية، لاسيما المتعلقة بالقطاع البنكي، بغية توفير الجو الملائم للعمل البنكي التشاركي الحديث، وضمان التنافسية الشريفة، وتوفير الآليات القانونية التي ستسمح بنجاح التجربة الفتنية، وهذا ما قام به بالفعل، حيث نظم أحكام البنوك التشاركية في القسم الثالث من القانون رقم: (103.12) المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، وحدد فيه آليات عملها، والأدوات الأساسية التي ستعتمد عليها في عملياتها الاستثمارية.

وللحفاظ على هوية العمل البنكي التشاركي أحدث المشرع جهازاً رقابياً تناط به مهمة تتبع العمليات التمولية والاستثمارية والخدمات المصرفية التي تجريها مؤسسات المالية التشاركية، وبحث مدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها النبيرة، وقد تميزت التجربة المغربية في الرقابة الشرعية عن غيرها من التجارب، لا من حيث التنظيم فقط، بل حتى من حيث الوظائف والمعايير المحققة للحكمة، وسأحاول في هذا المطلب الحديث عن التنظيم القانوني للرقابة الشرعية من خلال استحضار التجارب المقارنة، والتركيز على خصوصية التجربة المغربية، وذلك في بندين أساسيين،

³² - تجدر الإشارة إلى أن نظام الحسبة أعم وأشمل من وظيفة الرقابة الشرعية، فالحسبة هي ولاية شرعية عامة مهمتها التعرف على المنكرات والمحظورات الواقعة في أسواق المسلمين وتصحيحها، ومعنى عمومية الولاية أنها تشمل جميع المعاملات التي تقع في الأسواق نقدية كانت أو عينية أو مقايضة..، في حين أن الرقابة الشرعية وإن كانت من الناحية المقاصدية تدرج تحت كلي الحسبة إلا أنها ترتبط أكثر بالمعاملات المصرفية وأنشطة التأمين التكافلي دون أن يكون لها حضور مواكب لمعاملات الناس في الأسواق ومتابعة أنشطتهم التجارية.

أخصص (أولهما) لأشكال العمل الرقابي الشرعي ووظائفه الأساسية، و(الثاني) لهيئات المطابقة الشرعية على المالية التشاركية.

أولاً: الأساليب العملية للمطابقة الشرعية وأهم وظائفها

إنّ تنوع أساليب العمل الرقابي الشرعي على أنشطة الصيرفة الإسلامية يرجع بالأساس إلى مدى تطور العمل التشريعي والإداري والعرف البنكي في كل بلد، وتجدر الإشارة إلى أنّ أشكال الرقابة الشرعية في بعض البلدان تختلف أيضاً من مصرف إلى آخر، وانطلاقاً من مقارنة المقتضيات القانونية والتنظيمية المؤطرة للعمل المصرفي الإسلامي بالنسبة لعدد من الدول خاصة السبابة من حيث التجربة، نخلص إلى أنّ هناك عدة أشكال للرقابة الشرعية، أذكر منها ما يلي:

- من المؤسسات المالية الإسلامية ما يكتفي بالتنصيص في قانونها التنظيمي على ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وما ترمي إليه من مقاصد وغايات دون تخصيص هيئة شرعية معينة تتكفل بمراعاة تطبيق المؤسسة المالية للمقتضيات الشرعية. ومن أمثلة ذلك: النظام القانوني للبنك الإسلامي للتنمية بجدة.³³
- النصّ على وجود (مدقق) أو (مراقب) أو (مستشار شرعي) واحد³⁴، ومن المصارف الإسلامية التي نص قانونها التنظيمي على اعتماد نمط المستشار الشرعي الواحد، البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار³⁵، ونظام المصارف الإسلامية في ماليزيا³⁶، وينحصر دور المستشار الشرعي في تقديم الاستشارة فيما يخص بعض المعاملات والخدمات، ولا علاقة له بالتنفيذ ولا كفاءته، ومن البنوك التي أخذت بنمط المدقق الشرعي الداخلي: البنك الإسلامي في الدانمارك³⁷، فيما أخذ بنك التمويل المصري السعودي بنمط المراقب الشرعي الواحد.³⁸
- اعتماد عدد من الفقهاء لممارسة مهام الرقابة الشرعية، دون التقيد برأي أي واحد منهم.³⁹ أي أنّ هذا الأسلوب يعطي الحرية للمؤسسات المصرفية الإسلامية في الأخذ بالفتوى المناسبة

33 - حسن يوسف داود، م.س، ص:18.

34 - عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، أثر الرقابة الشرعية على التزام المصارف الإسلامية بالأحكام الشرعية، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، (31) مايو - (3) يونيو 2009م، ص:14.

35 - عائشة الشرفاوي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 2000م، ص:156.

36 - محمد عبد القادر، دور البنك المركزي في تحديد سياسات العمل المصرفي في ماليزيا والإطار الرقابي له، مؤتمر التجربة الماليزية في العمل المصرفي الإسلامي، اللجنة الاستثمارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المنعقد في الكويت، 1996/12/9، ص:68.

37 - عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، م.س، ص:14. وينظر: المعهد العالي للفكر الإسلامي، مشروع تقويم أداء البنوك الإسلامية، طبعة 1992م، القاهرة.

38 - عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، م.س، ص:14.

39 - أشرف محمد دوابه، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، دار السلام، الطبعة الأولى، 1433هـ - 2012م، القاهرة، ص:161.

لنشاطها التجاري والاستثماري، ولا شك أن هذا التوجه من شأنه أن يعمق الاختلاف بين المؤسسات المالية داخل البلد الواحد، فتجد صيغة عقدية يجوز التعامل بها في مؤسسة مصرفية معينة، وفي مؤسسة أخرى يحرم ذلك، وهذا له أثر غير محمود على مصداقية العمل المصرفي الإسلامي.

- النص على وجود هيئة للرقابة الشرعية على المستوى الداخلي للمؤسسات المالية الإسلامية، وهذه الهيئة إما أن تكون:
- تابعة للجمعية العمومية للمساهمين كما ورد في النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني⁴⁰.
- مستقلة عن الجمعية العمومية للمساهمين، وتضم أعضاء للإفتاء، وآخرين للاستشارة، وغيرهم للتدقيق والمراجعة، وبعضهم للرقابة والمتابعة، بالإضافة لرئيس الهيئة ومقررها والدعاة⁴¹، كما هو الحال بالنسبة لبيت التمويل الكويتي⁴².
- إدارة مستقلة تسمى إدارة المراجعة الشرعية الداخلية⁴³، أو إدارة الفتوى والبحوث، كما جاء في النظام الأساسي لبنك التضامن الإسلامي⁴⁴.
- النص على وجود هيئة للرقابة الشرعية على مستوى الدولة، ونذكر في هذا الإطار مجموعة من النماذج الرقابية الشرعية⁴⁵:
- هيئة رقابية شرعية عليا مستقلة عن البنك المركزي تتولى الرقابة على المصارف الإسلامية للتحقق من مشروعيتها عملها (النموذج الإماراتي، المادة: 5 من القانون الاتحادي رقم (6) سنة 1985)⁴⁶.

40 - تنظر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، ص: 14

41 - ينظر: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتمي، م.س، ص: 13.

42 - مجلة النور، العدد: (149)، بيت التمويل الكويتي، 1997م، ص: 25. نقلا عن: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتمي، م.س، ص: 13. وانظر: التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي (ش.م.ك.ع) وشركاته التابعة، 2017م، بيت التمويل الكويتي، ص: 57.

43 - ينظر: محمد ضياء الدين بهجت، محو معايير للرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، مجلد: 3، عدد: 2، ليستر، بريطانيا، 1987م، ص: 29.

44 - مشروع تقييم أداء البنوك الإسلامية، م.س.

45 - ينظر: فاطمة الزهراء مدرر، م.س، ص: 15. ومحمد الوردي، مقومات الرقابة الشرعية ودورها في ترشيد العمل المصرفي الإسلامي، ورقة مقدمة إلى ندوة المصارف الإسلامية بين تحديات الواقع ورهانات المستقبل، كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس، فاس، 2014م، ص: 9.

46 - القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم: (6) لعام: 1985م، المادة (5) عن مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد: 134، 1992م، ص: 50.

● هيئة رقابية شرعية داخل البنك المركزي، تكون مسؤولة عن كل ما يتعلق بالبنوك الإسلامية، ومراقبة الهيئات الشرعية التابعة لها، على ألا تكون خاضعة لسلطة البنك المركزي ولا لوصاياته (النموذج الماليزي ويتجسد في المجلس الإشرافي الشرعي).⁴⁷

● إحداث لجنة رقابية شرعية على الصعيد الوطني، مستقلة عن السلطات النقدية، وتابعة لجهاز المجلس العلمي الأعلى، مع إحداث وظائف للتقيد داخل البنوك التشاركية ومؤسسات التأمين والهيئات المعتمدة في حكمها (القانون رقم: 103.12 والظهير الشريف رقم: 1.15.02).

- النص على وجود هيئة عليا على المستوى العالمي: وهي من الأجهزة الأساسية التي نصت اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية في الباب الرابع منها والمتعلق بالهيكل التنظيمي للاتحاد على ضرورة إحداثها⁴⁸.

وبناءً على سبق، - يبدو لي - أن أمثل الأساليب الرقابية الشرعية من حيث النجاعة والحكمة، يتمثل في النموذج الرقابي المغربي، حيث استفاد المشرع المغربي من التجارب المقارنة السابقة تنظيراً وتطبيقاً، كما حرص على ضمان استقلالية هيئات المطابقة الشرعية عن المؤسسات المالية التشاركية تحقيقاً للشفافية والمصادقية، وسأورد في هذا المضمون مجموعة من الاعتبارات والمؤيدات التي ترجح كون الأسلوب المغربي في العمل الرقابي الشرعي من أنجع الأشكال الرقابية الشرعية المعمول بها:

1- التجربة المغربية تجاوزت مشكلة القصور الفردي عن استيعاب مختلف معاملات المؤسسة المالية الإسلامية، فضلا عن متابعتها عن كثب لجميع أنشطتها وخدماتها وتدقيق جزئياتها وحيثياتها المختلفة، ودراسة واقعها التنزيلي..، وهو الأمر الذي لا يستطيع مدقق شرعي، أو مستشار، أو مراقب واحد تحقيقه، في غياب جهاز متكامل ومتعاون يجمع بين التخصص الشرعي الفقهي، والقانوني التنظيمي، والاقتصادي المالي، ومتسلح بأليات العمل اللازمة⁴⁹، فالجهاز الرقابي المغربي على ضربين:

● لجنة عليا علمية متخصصة على الصعيد المركزي (اللجنة الشرعية للمالية التشاركية)؛

● وظيفة تدقيقية على المستوى الداخلي لكل مؤسسة مالية تشاركية (وظيفة التقيد)؛

47 - ينظر: محمد عبد القادر، م.س، 73. وعبد الرزاق الهيتي، م.س، ص: 12.

48 - ينظر: حسن يوسف داود، م.س، ص: 20.

49 - فوجود هيئة رقابية متعددة الأعضاء يتيح فرصة المشورة والمناقشة واستيعاب جوانب القضية أو النازلة محل الدراسة، كما يساعد أيضا في تكوين تصور سليم وإدراك كافة الحيثيات لاسيما إذا اطعم الجهاز الرقابي بأعضاء متخصصين في سائر الميادين (الاقتصاد، القانون، الإدارة..)، وهذا كله يجعل الآراء بالمطابقة أو الفتاوى الصادرة عن هذه الهيئات الرقابية الشرعية في مأمن من الخطأ والشبهات. جاء في معيار الضبط رقم: (1) لهيئة المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية أنه: "يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية من أعضاء لا يقل عددهم عن ثلاثة، ولهيئة الرقابة الشرعية الاستعانة بمختصين في إدارة الأعمال والاقتصاد والقانون والمحاسبة وغيرهم."

وهذا يسمح بالمتابعة المركزة والرقابة الشرعية الفاحصة، أو ما يمكن أن نصلح عليه "باليهمنة الرقابية" على جميع أنشطة البنوك التشاركية ومقاولات التأمين.

2- تحقق الأمن الرقابي الشرعي من خلال استقلالية الهيئة المكلفة بأعمال الرقابة الشرعية على المالية التشاركية، مما سمح باستبعاد قضية التأثير والتأثر من طرف جهات معينة، وتعزيز الشفافية والمصداقية والوضوح، وطمأنة الزبائن وسائر المتعاملين، وتكريس الثقة في المؤسسات المالية الإسلامية والهيئات المعتمدة في حكمها.

3- استفادة المغرب من التجارب الرقابية السبّاقة في هذا المجال، ومحاولته تجاوز الاختلالات والمثبطات وسد الثغرات، واعتماده لمجموعة من المعايير المحققة للحكامة الجيدة والنجاعة.

وهذه جملة من الاعتبارات المرصودة التي سمحت بريادة التجربة المغربية في مجال الرقابة الشرعية، واعتبارها أنموذجاً حري أن يحتذى به، ويُعمم، إلا أنه رغم ما ذكر من الإيجابيات والمميزات عرف التطبيق العملي مجموعة من الإشكالات، لاسيما في شقه المتعلق بوظيفة التقيد داخل البنوك التشاركية، نظراً لوجود مجموعة من المعوقات والتحديات.

وبالرغم من تعدد أشكال الرقابة الشرعية وتنوع أساليبها؛ إلا أن مقاصد العمل الرقابي الشرعي تبقى موحدة، يتم تحقيقها من خلال قيام هيئات المطابقة الشرعية بمجموعة من **الوظائف والمهام** نوجزها فيما يلي:

- الرد على الاستفسارات وطلبات التوضيح الواردة على الهيئة، وإبداء الرأي الشرعي في معاملات المالية التشاركية وخدماتها ونوازلها، ومتابعة تنفيذ مضامين الآراء بالمطابقة، تداركاً لما يمكن أن يواجه التطبيق من مشكلات عملية أو شرعية لاتخاذ الإجراءات التصحيحية اللازمة، ووضع البدائل المشروعة.⁵⁰
- المشاركة في وضع العقود والمنتجات، وبلورتها، وتطويرها، وترشيد العمل بها، والرقابة على تطبيقها والتنزيل السليم لها، والتحقق من مدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.
- تقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنة مؤشرات التقييم والقرارات والملاحظات والتوصيات..، ونشر الثقافة المصرفية الإسلامية بين العاملين في القطاع وتأهيلهم الشرعي والفقهية.⁵¹

50 - ينظر: عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م، ص: 218.

51 - ينظر: محمد الوردى، المالية التشاركية، م.س، ص: 306. وأشرف محمد دوابه، أساسيات العمل المصرفي، م.س، ص: 162.

وعموما فالرقابة الشرعية لها صور وأشكال شتى، مختلفة الهياكل، ومتباينة الأساليب، كما لها أدوار فعالة في الترشيد الشرعي للعمل المصرفي التشاركي وللنشاط التأميني التكافلي، ومواكبه وبحث سبل تطويره، من خلال ما تؤديه من وظائف أساسية تروم تحقيق الحكامة على مستوى المدخلات والمخرجات والإجراءات، في إطار مراعاة القواعد الفقهية، والأحكام الشرعية الحاكمة في باب المعاملات، واستحضار البعد المقاصدي المصلي في حل المشكلات.

ثانيا: آليات المطابقة الشرعية في المالية التشاركية

أسند المشرع المغربي مهمة الرقابة الشرعية على أنشطة وخدمات مؤسسات المالية التشاركية لما سماه - في الباب الثاني من القسم الثالث الخاص بالبنوك التشاركية ضمن قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها - "بهيئات المطابقة" وتتمثل في اللجنة الشرعية للمالية التشاركية باعتبارها هيئة عليا خارجية، ووظيفة التقيد بأراء المجلس العلمي الأعلى باعتبارها جهة داخلية على مستوى المؤسسات المالية الإسلامية، وسنحاول مقارنة الجانب التنظيمي⁵² لهذه الأجهزة الرقابية في هذا البند من خلال الحديث بداية عن اللجنة الخارجية، ثم على وظيفة التقيد ثانيا.

1- اللجنة الشرعية للمالية التشاركية:

أنط المشرع مهمة إصدار الأراء بشأن مطابقة الأنشطة والعمليات التجارية والمالية والاستثمارية التي تقوم بها المؤسسات والهيئات المالية الإسلامية لأحكام الشريعة ومبادئها؛ بمؤسسة المجلس العلمي الأعلى بمقتضى المادة: (62) من القانون رقم: (103.12)، وتفعيلا لهذا المقتضى صدر الظهير الشريف رقم: (1.15.02) بتاريخ 20 يناير 2015 متضمنا جملة من المستجدات الكفيلة بتحقيق مبدأ المطابقة⁵³، ولأجرة هذه المقترحات على المستوى العملي بشكل ناجع تم إحداث لجنة علمية متخصصة لدى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء داخل المجلس لعلمي الأعلى تسمى "باللجنة الشرعية للمالية التشاركية".

52 - الإطار التنظيمي الخاص بهيئات المطابقة تحكمه التشريعات الآتية:

- القانون رقم: (103.12) صدر بالجريدة الرسمية عدد: 6328 بتاريخ: 22 يناير 2015.
- الظهير الشريف رقم: (1.15.02) الصادر في 28 ربيع الأول 1436/20 يناير 2015، بتتيم الظهير الشريف رقم: 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425/22 أبريل 2004، بإعادة تنظيم المجالس العلمية. صدر بالجريدة الرسمية عدد: 6333 بتاريخ 9 فبراير 2015.
- منشور والي بنك المغرب رقم: 16/ و/ 16 الصادر في 18 يوليو 2016 المتعلق بشروط وكيفيات سير وظيفة التقيد بأراء المجلس العلمي الأعلى. صدر بالجريدة الرسمية عدد: 6664 بتاريخ 25 رجب 1439/22 أبريل 2018.
53 - نصت المادة الثالثة من الظهير رقم: 1.15.02 على أن تناط بالمجلس الأعلى مهمة: "إبداء الرأي بشأن مطابقة الأنشطة والعمليات التجارية والمالية والاستثمارية التي تقوم بها المؤسسات والهيئات المشار إليها في الفصل الخامس من الباب الثاني من هذا الظهير الشريف، لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها."

وتتضمن تركيبة هذه اللجنة - تطبيقاً للمادة العاشرة من الظهير المشار إليه أعلاه - منسق اللجنة⁵⁴ وتسعة أعضاء⁵⁵ من العلماء والفقهاء المشهود لهم بالمعرفة الراسخة والإلمام الواسع بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، والقدرة على الإفتاء، وبيان حكم الشرع في القضايا المعروضة على اللجنة ونوازلها، ويتم تعيينهم من طرف الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى بمقتضى مقرر، على أن يكونوا من بين أعضاء هذا المجلس، وتتناوب العضوية في اللجنة الشرعية للمالية التشاركية مع العضوية في أي جهاز لأي هيئة أو مؤسسة من المؤسسات المتعلقة بالمالية التشاركية.⁵⁶

وفي إطار بناء التصور السليم حول القضية محل الإفتاء ومعالجة النازلة المعروضة على اللجنة معالجة شمولية تستحضر مختلف جوانبها القانونية والاقتصادية والإدارية والواقعية وأبعادها الاجتماعية ومآل أثارها، مَكَّن المشرع هذه اللجنة الشرعية بمقتضى المادة العاشرة من نفس الظهير من الاستعانة على سبيل الاستشارة بخمسة خبراء دائمين على الأقل، يختارون من بين الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين المشهود لهم بكفاءتهم وخبرتهم في مجال من مجالات القانون والمالية التشاركية والمعاملات البنكية وقطاع التأمينات وسوق الرساميل. يعينون بمقرر للأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وتحدد وضعيتهم بموجب عقود.

وعلاوة على ذلك، يمكن لمنسق اللجنة أن يدعو لحضور اجتماعات اللجنة بصفة مؤقتة، والمشاركة في أشغالها على سبيل الاستشارة، كل شخص من ذوي الخبرة والاختصاص قصد تقديم إشارات إلى اللجنة بخصوص القضايا المعروضة عليها.

ومما لا ريب فيه أنّ السماح للجنة الشرعية للمالية التشاركية في الاستعانة بالخبراء الدائمين والمؤقتين للاستشارة في قضايا المالية التشاركية ونوازلها المعروضة على اللجنة يعتبر إجراءً مهماً وأمرًا محموداً نظراً لما يضيفه على قراراتها وأرائها من المصادقية والواقعية والكفاءة.

ومن أجل ضمان حسن تنظيم الأشغال، تتشكل اللجنة عند الاقتضاء من مجموعات عمل متخصصة من بين أعضائها لمدارسة القضايا المعروضة⁵⁷، وتتلخص منهجية اشتغالها وطريقة عملها في كونها تصدر آراءها باسم المجلس العلمي الأعلى في الأنشطة المعروضة عليها⁵⁸، بناءً على تقارير مفصلة وموثقة تتضمن كافة المعطيات الأساسية والاستنتاجات.. وبإجماع أعضائها الحاضرين الذين شاركوا في مداولاتها، ويجب أن تكون الآراء معللة ومرفقة بتوصية أو توصيات

54 - المنسق الحالي للجنة الشرعية للمالية التشاركية هو فضيلة الدكتور محمد الروكي.

55 - من بين هؤلاء الأعضاء: الدكتور محمد الصحري، والدكتور الشيخ محمد جميل مبارك، والشيخ الحسين مفرح، والشيخ اليزيد الراضي، والدكتور أحمد ايت اعزة، والدكتور المصلح.

56 - المادة (10) المكررة مرتين من الظهير الشريف رقم: (1.15.02).

57 - ينظر: نور الدين الفقيهي، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، طبعة نونبر 2016م، طوب بريس، الرباط ص: 160.

58 - تستقبل اللجنة الشرعية للمالية التشاركية لطلبات إبداء الرأي عن طريق: "بنك المغرب بالنسبة لطلبات إبداء الرأي المقدمة من قبل مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها - هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي بالنسبة لطلبات إبداء الرأي المقدمة من قبل مقاولات التأمين وإعادة التأمين. - الهيئة المغربية لسوق الرساميل بالنسبة لطلبات إبداء الرأي المقدمة من قبل الجهة الراغبة في إصدار شهادات الصكوك." الظهير الشريف رقم: 02.15.1، المادة: 10 المكررة ثلاث مرات.

كلما اقتضت الضرورة ذلك، ويتم تضمين مداوات اللجنة في محاضر خاصة تحمل توقيع الأعضاء الحاضرين المشاركين فيها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع البنكي فوض لهذه اللجنة وضع نظام داخلي، وعرضه على المجلس للمصادقة عليه، تحدد فيه كيفية تسييرها، ومسطرة طلبات إبداء الرأي المحالة إليها، وكيفية التنسيق بينها وبين الهيئات الاستشارية الواردة في الفصل الخامس من الظهير رقم: (1.15.02) بشأن مسطرة تلقي الطلبات المذكورة والجواب عنها.

وأما فيما يخص **الاختصاصات**⁵⁹ الموكولة للجنة الشرعية للمالية التشاركية والمهام المنوطة بها في إطار عملية المطابقة الشرعية فيمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- إبداء الرأي بشأن مطابقة المنتوجات المالية التشاركية ونماذج العقود المتعلقة بها لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

ب- إبداء الرأي بشأن مطابقة مضمون المناشير التي يصدرها والي بنك المغرب لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، المتعلقة بالمنتوجات المالية التشاركية، والودائع الاستثمارية، والعمليات التي ينجزها صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية.

ت- إبداء الرأي بصفة خاصة بشأن مطابقة عمليات التأمين التكافلي التي تقوم بها مقاولات التأمين وإعادة التأمين، في إطار المالية التشاركية، لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها وذلك طبقاً للتشريع الجاري به العمل.

ث- إبداء الرأي بشأن مطابقة عمليات إصدار شهادات الصكوك طبقاً للتشريع الجاري به العمل مع أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها كيفما كانت الجهة المصدرة لها.

وقد لخص بعض الباحثين في الصيرفة التشاركية اختصاصات ومهام هيئات الرقابة الشرعية في ستة مهام أساسية أوردها مختصرة، وهي كالآتي:

✓ مهام إفتائية؛

✓ مهام علمية⁶⁰؛

59 - وظيفة الرقابة الشرعية لا تقتصر على مجرد الفتيا وإبداء الرأي فيما يعرض عليها بل تتعدى ذلك إلى إبداء الملاحظات وطلب الإيضاحات أي أن الوظيفة الشرعية تشتمل على جانبين رئيسيين هما:

1- الفتيا وإبداء الرأي الفقهي في المسائل المعروضة؛

2- إبداء الملاحظات أو طلب الإيضاحات بخصوص عمليات وممارسات قبل تنفيذها أو بعد تنفيذها.

ينظر: محمد سويلم، إدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية، "مدخل مقارن"، كلية التجارة، جامعة المنصورة، بدون ذكر الطبعة وتاريخها، ص: 462.

60 - ينظر: فاطمة الزهراء مدرر، م.س، ص: 21.

✓ مهام استشارية⁶¹؛

✓ مهام تطويرية⁶²؛

✓ مهام الرقابة والتدقيق؛

✓ مهام التحكيم والمصالحة⁶³؛

ويمكن أن نضيف أيضا في هذا الصدد **المهام التوجيهية** بحكم أن اللجنة مكلفة بإعداد دلائل توجيهية واسترشادية توضع رهن إشارة المؤسسات المالية الإسلامية التابعة لها والخاضعة لرقابتها قصد الاستئناس في ابتكار المنتجات والعقود، وهذه الوظيفة تجد مستندها القانوني في المادة (10) المكررة ثلاث مرات من الظهير الشريف رقم: (02.15.1).

ومن أجل تمكين اللجنة الشرعية من القيام بالمهام المسندة إليها بكل كفاءة، تعدّ دليلا مرجعيا لعملها ودلائل استرشادية عند الاقتضاء، تتضمن بصفة خاصة الأحكام الشرعية المتعلقة بالمنتجات المالية التشاركية والعمليات المتعلقة بها، وتوضع رهن إشارة الهيئات والمؤسسات المشار إليها في المادة (10) من الظهير السالف الذكر.

كما يمكن أن نقترح تولي هيئات الرقابة الشرعية مهمة **التحكيم**، لحل النزاعات والخلافات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف العلاقات التعاقدية التي تكون المؤسسة المالية التشاركية طرفا فيها، سواء أكان النزاع بين البنك والمساهمين أو المستثمرين، أم بين البنك والمتعاملين الآخرين من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، وينبغي أن تكون الهيئة الرقابية في أدائها لهذه الوظيفة محايدة ومستقلة، ومختكئة للضوابط القانونية المنظمة لآليات الوساطة وهيئات التحكيم باعتبارها وسائل بديلة لحل المنازعات.

2- وظيفة التقيد:

لما كانت أهمية آراء وقرارات هيئات المطابقة تكمن في تفعيلها وتنزيلها، حرص المشرع المغربي على إحداث وظيفة داخلية تنزيلية تسهر على ضبط ومتابعة تنفيذ فتاوى اللجنة الشرعية للمالية التشاركية من قبل المؤسسات المالية الإسلامية، وتتخذ الإجراءات التصحيحية الفورية اللازمة في حالة رصد الاختلالات والمخالفات الشرعية، وهكذا أوجب القانون البنكي رقم: (103.12) وكذا منشور والي بنك المغرب رقم: (16/2016) على البنوك التشاركية ومؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها أن تحدث وظيفة للتقيد بآراء

⁶¹ - ينظر: فيصل عبد العزيز فرح، الرقابة الشرعية الواقع والمثال، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، ص:13.

⁶² - ينظر: نزيه حماد، الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة السادسة عشرة، العدد التاسع عشر، ص:291.

⁶³ - ينظر: نزيه حماد، م،س، ص:292.

المجلس العلمي الأعلى داخل كل بنك تشاركي أو مقولة تأمين أو إعادة التأمين التكافلي أو مؤسسة مالية إسلامية على حدة⁶⁴.

وتعد وظيفة التقيد آلية ناجعة لمتابعة مدى احترام المؤسسات المالية الإسلامية للفتاوى الصادرة عن اللجنة الشرعية المركزية، وأداة لقياس أدائها، فهي ذات طابع تدقيقي تقييمي، كما يمكن اعتبارها بمثابة الجهاز الرقابي الداخلي الساهر على تنفيذ الآراء بالمطابقة، "وتتولى الوظيفة مهامها تحت سلطة تسيير المؤسسة بحكم تبعيتها لها، لذلك فهو يضع رهن إشارتها الوسائل اللازمة لإتمام مهامها بما يتناسب مع حجم نشاطها التشاركي."⁶⁵ ومن هذه المهام⁶⁶:

- أ- التعرف على مخاطر عدم مطابقة عمليات وأنشطة البنوك التشاركية للآراء بالمطابقة التي يصدرها المجلس العلمي الأعلى والوقاية منها.
- ب- ضمان تتبع وتطبيق للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى ومراقبة احترامها.
- ت- السهر على وضع واحترام الدليل والمساطر الواجب احترامها.
- ث- التوصية باعتماد التدابير المطلوبة في حالة عدم احترام مؤكد للشروط المفروضة عند تقديم منتج مؤكد للجمهور صدر في شأنه عن المجلس العلمي الأعلى رأي بالمطابقة.

وإجمالاً يمكن القول إن مهمة اللجنة الشرعية للمالية التشاركية هي التنظير الشرعي للعمل المصرفي التشاركي، في حين أن الدور المنوط بوظيفة التقيد هو التنزيل العملي والتجسيد الواقعي لمقتضيات قرارات وفتاوى وآراء الهيئة الشرعية المركزية، والعمل على أجرأتها وتنفيذها.

وينبغي ألا تقتصر أدوار هيئات المطابقة الشرعية، وخاصة وظيفة التقيد في المهام التنفيذية من خلال تنفيذ الآراء بالمطابقة والفتاوى وتحقيق مناصب تنزيلها، بل إضافة إلى المهام السالفة الذكر، ينبغي أن تتجاوز ما هو إجرائي إلى ما هو اعتباري، من خلال الحرص على زرع القيم الأخلاقية والإيمانية، والعمل على إبراز أخلاقيات العمل المصرفي الإسلامي، وتوجيه العاملين في القطاع المصرفي إلى التجسيد العملي للتوجيهات الإسلامية السامية.⁶⁷

64 - تنظر: المادة (2) من منشور والي بنك المغرب رقم: 2016/16.

65 - محمد الورد، المالية التشاركية، م.س، ص: 326.

66 - المادة: (64) من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

67 - عبد الرحيم قفيح، الضمان في العقود المالية المعاصرة: المنتجات المالية التشاركية أنموذجاً، بحث لنيل شهادة الماستر بكلية الشريعة، آيت ملول، بإشراف فضيلة الدكتور محمد الورد وفضيلة الدكتور الحسن مكرز، الموسم الجامعي: 2018/2019م، ص: 100.

المبحث الثاني: المطابقة الشرعية ومعايير الحكامة

إن الحكامة في العمل المصرفي الإسلامي هي قضية أولتها الهيئات والمنظمات الإسلامية الدولية عناية فائقة، وقد صدرت عنها مجموعة من المعايير الرامية إلى الرفع من المردودية، وتحقيق الفاعلية والنجاحة في الأداء، وسأحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على أهم المعايير الكفيلة بتحقيق الحكامة الجيدة خاصة التي حددتها الهيئات الدولية في (مطلب أول)، على أن أخصص (المطلب الثاني) لإبراز أهم مقومات التجربة المغربية وخصوصياتها في هذا المضمار.

المطلب الأول: معايير الحكامة الجيدة

أولى الباحثون والهيئات والمنظمات المختصة في مجال المالية الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة أهمية كبيرة لجهاز الرقابة الشرعية باعتباره السياج الحامي لهوية العمل المصرفي الإسلامي، والكفيل بالنزاهة والمؤسسات المالية التشاركية بالمبادئ والمقاصد الشرعية، وتتجلى هذه الأهمية في وضع استراتيجيات واضحة المعالم تروم تطوير أداء هيئات المطابقة والرقابة الشرعية خاصة، والمؤسسات المالية الإسلامية والهيئات المعتمدة في حكمها بشكل عام، وتحقيقاً لهذا المقصد المنشود وُضعت مجموعة من المعايير والمبادئ الكفيلة بحصول شرط الإتقان والدقة والمصادقية والنجاحة على مستوى العمل الرقابي، ومن أبرز هذه المعايير:

• **مبدأ الاستقلالية:** يعدّ هذا المبدأ من أهم المعايير الأساسية الضامنة لنزاهة الجهاز الرقابي وحياده⁶⁸، كما لا تخفى أهميته في تعزيز ثقة الزبائن في المؤسسات المالية الإسلامية، ودوره في حفظ وإضفاء المصادقية على المعاملات التشاركية وتحقيق الموضوعية في اتخاذ القرارات، وحتى تتحقق الاستقلالية التامة للهيئات الرقابية الشرعية لا بد من تمتعها بالاكتماء المالي⁶⁹ والاستقلال الإداري، على أن لا تكون تابعة لأي جهاز آخر، سواء تعلق الأمر بالمؤسسات المالية أو السلطات النقدية، أو أي جهة أخرى ذات مصلحة أو قرار، "فقوة وسلطة هيئة الرقابة الشرعية تتمثل في استقلالها عن أي جهة ذات قرار داخل المؤسسة المالية سواء ذلك في مجلس الإدارة، أو إدارات المؤسسة على اختلاف درجتها وصلاحياتها القانونية"⁷⁰.

ويكفل مبدأ الاستقلالية لهيئات المطابقة والرقابة الشرعية القدرة على إصدار الآراء والفتاوى في النوازل المعروضة والمشكلات المطروحة بكل ثقة، وفق ما تقتضيه نصوص الوحي، وما تحكم به القواعد الفقهية والأصولية، وترمي إليه المقاصد الشرعية، دون أن تكون هناك إمكانية

68 - ينظر: محمد الوردي، المالية التشاركية ورهانات التنمية، م.س، ص: 309.

69 - يجب أن تتمتع الهيئة الشرعية بالاستقلال المالي على غرار الاستقلال المادي، "ويتجلى ذلك في عدم ربط أداء أجرة أعضاء الهيئة بالأجهزة المسيرة للمؤسسات المالية المراقبة." رضوان الكبا، الرقابة الشرعية على مقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي في النموذج المغربي إكراهاتها وآفاقها، مجلة كلية الشريعة، أكادير، العدد السادس، 2016م، ص: 74.

70 - عجيل النشمي، تطوير كيان الرقابة الشرعية وآلياتها، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد في مملكة البحرين، من تنظيم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، خلال الفترة 18 - 19 شعبان 1423 هـ الموافق لـ 29 - 30 أكتوبر 2002م، ص: 8.

الانحياز أو المحاباة بسبب التأثير بجهة ما أو مصلحة خاصة، "ومن أجل ذلك لا بد من تمكين الهيئة الشرعية من أداء مهامها وممارسة اختصاصاتها بحرية، لحفظ أعمال المؤسسات المالية من المخالفات الشرعية".⁷¹

● **مبدأ الإلزامية:**⁷² ويقصد به إلزامية آراء وقرارات الهيئات الرقابية الشرعية للمؤسسات المالية التشاركية على وجه يترتب الجزاء على مخالفتها وتركها، فالطابع الإلزامي لهذه الآراء يعتبر "ضرورة عملية لضمان تنفيذ ما يصدر عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية من فتاوى وقرارات شرعية بكفاءة".⁷³ ويأتي مبدأ الإلزامية في المرتبة الثانية بعد تمكين الهيئة من استقلاليتها في اتخاذ القرارات بكل جرأة فيمنحها القوة في التنفيذ والتفعيل على المستوى العملي التنزيلي، وفي هذا الإطار يقول ابن القيم: "المفتي محتاج إلى قوة في العلم وقوة في التنفيذ"⁷⁴، وقال الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له" وبدون هذه القوة الإلزامية في التنفيذ تصير هيئات المطابقة الشرعية "مجرد واجهة شكلية، وأداة تسويقية بيد إدارة المؤسسة المالية".⁷⁵ وتستمد الرقابة الشرعية إلزامية أرائها من النصوص القانونية المنظمة لأحكامها، ولذلك، "لا بد أن ينص صراحة في النظام الأساسي للمؤسسة المالية الإسلامية أن لهيئة الفتوى والرقابة الشرعية الحق في وقف أو رفض أي تصرف أو تعامل يثبت أنه مخالف للشرع، وإبطال أي أثر يترتب عليه".⁷⁶ على وجه الإلزام المرتب للجزاء في حالة المخالفة أو الترك.⁷⁷

● **مبدأ توحيد المرجعية الشرعية:** وهو من أبرز المعايير الكفيلة بتحقيق الحكامة الجيدة على مستوى العمل الرقابي الشرعي، وذلك من خلال إسناد مهمة الفتوى في قضايا المالية التشاركية ونوازلها لهيئة شرعية وطنية تتمتع بالاستقلالية الذاتية والكفاءة العلمية، وأن يمتلك أعضاءها الملكة والأهلية الفقهية التي تؤهلهم لإدراك المبهمات، وسبر أغوار المشكلات، وإيجاد الحلول

71 - محمد الوردى، المالية التشاركية ورهانات التنمية، م.س، ص:309. وانظر أيضا: موسى آدم عيسى، تعارض المصالح في أعمال هيئات الرقابة الشرعية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهيئات الشرعية الثامن المنعقد بالبحرين بتاريخ: 18-19/05/2009، ص:16.

72 - أظهرت نتائج الدراسة حول إلزامية قرارات الهيئة الشرعية في المصارف الإسلامية: "أن قرارات الهيئة ملزمة في 56.6% من مجتمع الدراسة، واستشارية في نحو: (20%) وغير معلومة في (23.3%) من مجتمع الدراسة." رفعت السيد العوضي، موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنفود والأسواق المالية، المجلد الثامن، تقويم أداء المصارف الإسلامية، نشر مشترك بين المعهد العالمي للفكر الإسلامي ودار السلام، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009م، 196/8.

73 - عبد الحق حميش، تفعيل دور الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، م:4، العدد الأول، 1428 هـ - 2007م، ص:112.

74 - ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة 1986م، 201/1.

75 - محمد الوردى، المالية التشاركية ورهانات التنمية، م.س، ص:313.

76 - عبد الحق حميش، م.س، ص:112.

77 - ينظر: رياض منصور الخليفي، هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص:292.

الشرعية والبدائل العملية للمعاملات التي تنطوي على المحذورات والمخالفات، والمقصود بتوحيد المرجعية الشرعية الانطلاق من الأصول في بناء الفروع لاستنباط أحكام موحدة، وهذه الأحكام المستنبطة تسري على جميع المؤسسات المالية المعنية، ويعني ذلك توحيد الآراء بالمطابقة الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية، ولن يتحقق ذلك إلا بحصر الفتوى في جهة عليا واحدة، وتعمل باقي الجهات الفرعية على ضمان تنزيلها، لأن اختلاف فهوم القائمين على الفتوى، ودرجات تمكنهم، وتأثرهم بالمتغيرات، واختلاف مسالك الاستنباط، وبالتالي اختلاف الأحكام المستنبطة أمر طبيعي أن يحصل إن تعددت الجهات المكلفة بالإفتاء، وهذا التعدد سيفضي لا محالة إلى اختلاف المؤسسات المالية في مناهج عملها وأساليب استثمارها، وقد تجد منتوجا يجوز التعامل به في مصرف ويمنع في آخر.

وعليه، تجنبنا لكل تضارب وتباين وتضييقا لدائرة الخلاف والجدال، وتقريبا بين التطبيقات، فإن توحيد المرجعية الشرعية يشكل معيارا أساسيا لا مناص من الاحتكام إليه تحقيقا للعدالة على مستوى المنافسة، ومساهمة في تحقيق الاستقرار والأمن الشرعي في العمل المصرفي الإسلامي بعيدا عن التمحل والتحايل.

ولقد أحسن المشرع المغربي حينما أسند مهمة الفتوى بشأن قضايا المالية التشاركية للجنة الشرعية داخل المجلس العلمي الأعلى، كما أن هذا الاختيار الاستراتيجي ينسجم مع المقصود الدستورية للمملكة، حيث جاء في الفصل (41) من دستور سنة 2011 أنه: "يرأس الملك، أمير المؤمنين، المجلس العلمي الأعلى الذي يتولى دراسة القضايا التي يعرضها عليه.

ويعتبر المجلس الجهة الوحيدة المؤهلة لإصدار الفتاوى التي تعتمد رسميا، في شأن المسائل المحالة إليه، استناداً إلى مبادئ وأحكام الدين الإسلامي الحنيف، ومقاصده السمحة."

وتجدر الإشارة إلى أن توحيد المرجعية الشرعية في قضايا المالية التشاركية ومستجداتها، بقدر ما يشكل ضرورة ملحة على مستوى البلد الواحد، فإنه فكرة أساسية وحاجة ضرورية على المستوى الدولي في إطار التقريب بين المذاهب الفقهية، وتقنين أحكام المالية الإسلامية، حتى تتشكل لنا منظومة قانونية تشكل مرجعية متكاملة في تنظيم المجال المصرفي الإسلامي، على أن يتسم تنزيلها بالمرونة في إطار مراعاة الأحوال والأعراف والعادات الخاصة بكل بلد.

ومن نافلة القول أن ما ذكر من المبادئ الإرشادية والمعايير التوجيهية ليس على سبيل الحصر، فهناك معايير أخرى لا تقل عنها أهمية ومنها:

- المسؤولية والمساءلة؛
- الفصل بين الفتوى والتدقيق الشرعي؛
- تفرغ هيئة الرقابة الشرعية؛
- التوازن بين السرية والشفافية؛
- الاختصاص في دراسة قضايا المالية التشاركية وإصدار الآراء الشرعية.

المطلب الثاني: مقومات النموذج المغربي

بالرغم من تأخر المغرب في الأخذ بالمالية التشاركية وإقرار آلياتها وأدواتها التمويلية والتشاركية، واعتماده التأمين التكافلي، إلا أن تجربته في هذا المجال استطاعت أن تكون أنموذجاً على المستوى الدولي من حيث الحكامة والمصداقية، ولعل مردّ هذه الرّيادة هو استفادته من التجارب السابقة، ومحاولة تجاوز مثبطاتها ومشكلاتها الفقهية والعملية، واستثماره للأنظمة القانونية المقارنة، واستحضاره للمعايير الصادرة عن الهيئات والمجامع المواكبة للمجال، وكل هذا أفرز لنا مجموعة من الخصائص اتسمت بها التجربة المغربية وتميزت بها، وسنقف في هذا المطلب على أبرز المعايير المحققة للحكامة في التجربة المغربية:

● **الطابع المركزي والرسمي للرقابة الشرعية:**⁷⁸ ونقصد بهذه الخاصية إسناد الفتوى لهيئة رقابية مركزية على صعيد البلد، وتتمثل هذه الهيئة في لجنة علمية متخصصة تسمى باللجنة الشرعية للمالية التشاركية، تتولى مهمة إبداء الآراء وإصدار القرارات بشأن المعاملات المالية الإسلامية وإجرائاتها وكل ما يتعلق بها من مسائل، وهذه اللجنة الشرعية تابعة للهيئة المكلف بالإفتاء داخل المجلس العلمي الأعلى باعتبارها جهة رسمية وحيدة مختصة على الصعيد الوطني في إصدار الفتاوى التي تعتمد رسمياً⁷⁹، ولا شك أن هذه الخاصية جنّبت التجربة المغربية تضارب الآراء الفقهية وتباين أحكام النوازل المصرفية، ما سمح "بببروز اجتهاد فقهي موحد حول مختلف القضايا المعروضة، بما يحقق مبدأ المساواة بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين الخاضعين لرقابة اللجنة الشرعية"⁸⁰

ومن الخصائص المستخلصة من إضفاء الطابع المركزي الرسمي على جهاز الرقابة الشرعية:

- خاصية الاستقلالية؛
- خاصية الإلزامية؛
- خاصية الوحدة المرجعية؛
- خاصية الوضوح والشفافية؛

وهذه الخصائص المذكورة هي في حقيقتها من أهم معايير تحقيق الحكامة الجيدة في العمل الرقابي الشرعي.

78 - ينظر: رضوان الكبا، م.س، ص:84.
79 - ينظر الفصل: (41) من الدستور المغربي.
80 - رضوان الكبا، م.س، ص:84.

● **القوة التنفيذية للأراء بالمطابقة:** يعدّ من مميزات الرقابة الشرعية على المالية التشاركية قابليتها للتفعيل والتنزيل على سبيل الإلزام، ذلك أن المشرع المغربي أوجب على المؤسسات البنكية والتأمينية الإسلامية إحداث وظيفة للتقيد بأراء المجلس العلمي الأعلى على صعيد كل مؤسسة أو مقولة تأمينية، وتسهر هذه الوظيفة على حسن تنفيذ القرارات والأراء بالمطابقة وتنزيلها بشكل سليم، وكذا تتبع مدى التزام المؤسسات المالية باحترام المبادئ والضوابط الفقهية وتفعيل المقاصد الشرعية، ولاشك أن وجود هذه الوظيفة داخل البنوك التشاركية ومقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي يضيفي على الأراء بالمطابقة قوة في التنفيذ والإلزام.

● **تنوع مشارب أعضاء اللجنة الشرعية للمالية التشاركية واختلاف درجة حضورهم ووزنهم في الهيئة:** ويقصد بهذه الميزة أن تركيبة هيئة الرقابة الشرعية تضم إلى جانب الفقهاء الأكفاء المشهود لهم بالمعرفة الراسخة والإلمام الواسع بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها النيرة ممن تتوفر فيهم صفات وشروط المفتي، ثلة من الخبراء تستعين بهم اللجنة الشرعية للمالية التشاركية على سبيل الاستشارة، يختارون من بين الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين المشهود لهم بكفاءتهم وخبرتهم في مجال من مجالات القانون والمالية التشاركية والمعاملات البنكية وقطاع التأمينات وسوق الرساميل، ويتم تعيين خمسة خبراء دائمين على الأقل – من هذا الصنف – ، كما يمكن أيضا على سبيل الاستشارة أن يدعوا منسق اللجنة بصفة مؤقتة للمشاركة في أشغال اللجنة وحضور اجتماعاتها كل شخص من ذوي الخبرة والاختصاص قصد تقديم إفادات إلى اللجنة بخصوص القضايا المعروضة عليه.

هذا بالنسبة لاختلاف مشاربهم وتكوينهم العلمي والمهني وتخصصاتهم، أما فيما يخص اختلاف درجة حضورهم ووزنهم في الهيئة الشرعية فيتمثل في امتلاك الجهاز الفقهي سلطة التقرير وإبداء الأراء الشرعية في القضايا المعروضة، في حين ينحصر دور الخبراء في تقديم الاستشارة والتوضيحات والمعطيات التي ترجع إلى مجالات تخصصهم بغية مساعدة الفقهاء في بناء وتكوين التصور السليم عن النازلة محل الدراسة والإفتاء، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ويعد تصور المسألة بشكل سليم الشرط الأساسي لإدراك علة الحكم.

ولاريب أن هذه الخاصية تمثل معيارا هاما من معايير الحكامة الجيدة، بحكم ما تضيفه على قرارات هيئات الرقابة الشرعية من نجاعة ومصداقية وفعالية وما تكسبها من حكمة وجودة، وذلك شرط أساسي لكسب ثقة الزبائن وتعزيزها.

خاتمة:

في ختام هذه الجولة البحثية نخلص إلى أنّ الرقابة الشرعية على المالية التشاركية تعتبر خاصية من خصائص الصيرفة الإسلامية، كما تعد ضرورة ملحة ومسألة مهمة، حتى يظل العمل البنكي التشاركي وفيّاً للمنهج الشرعي في التعامل والاستثمار، ويوضع المال في مساره الصحيح الذي رسمه الشرع، حيث إنّ المهمة المناطة بهيئات المطابقة تتمثل أساساً في مراقبة وتتبع العمليات المصرفية التشاركية بكل ألوّانها وأنواعها، وإبداء الرأي في المقترضات القانونية والتنظيمية المؤطرة لها، ومواكبة نوازله ووقائعها، وملاحظة مدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها السامية، تصحيحاً للاختلالات الشرعية، ومنعاً من الوقوع في المحاذير والمحظورات، فضلاً عن الأدوار التوجيهية والإرشادية والتكوينية..، التي تضطلع بها هذه الهيئات.

وإدراكاً من المشرع البنكي بضرورة وجود الرقابة الشرعية على المالية التشاركية بالموازاة مع الأشكال الرقابية الأخرى، أحدث لجنة مركزية على مستوى المجلس العلمي الأعلى، ووظيفة للتقيد على مستوى المؤسسات المالية التشاركية، وحتى تؤدي هذه الهيئات عملها بشكل ناجح، اعتمد على مجموعة من المعايير والمبادئ التي تكفل تحقيق الحكامة الجيدة والنجاعة في العمل الرقابي الشرعي.

ورغم تميز النموذج المغربي في العمل الرقابي الشرعي على المؤسسات المالية التشاركية؛ إلا أنه يواجه مجموعة من المعوقات والمشكلات، لاسيما ما يتعلق بالتنزيل العلمي للأراء بالمطابقة التي تصدرها اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، والتباطؤ في إصدارها، وغياب آلية التدقيق الشرعي على مستوى المؤسسات الفرعية للبنوك التشاركية، بحيث يتم الاكتفاء بمراقب شرعي على مستوى المقر المركزي، وغير ذلك من المثبطات.

لائحة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة 1986م.
- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر.
- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق بشير محمد عيون، مكتبة المؤيد، الطبعة الأولى، 1410هـ - 1989م.
- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م.
- أبو عبد الرحمان الخليل الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- أحمد ماهر، الإدارة: المبادئ والمهارات، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2006م.
- أشرف محمد دوابه، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، دار السلام، الطبعة الأولى، 1433هـ - 2012م، القاهرة.
- الإمام البخاري، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة، 1407 - 1987، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.
- التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي (ش.م.ك.ع) وشركاته التابعة، 2017م، بيت التمويل الكويتي.
- جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.
- جمال بوشما، الرقابة الشرعية في البنوك التشاركية، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، 2015م.
- حسن يوسف داود، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1996م، القاهرة.
- حسين شحاتة، اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، عدد: (116)، فبراير 1991م.

- حسين شحاتة، المراجعة والرقابة بين الفكر الإسلامي والفكر الوضعي، دون ذكر الطبعة، 1411م.
- حمزة عبد الكريم محمد حماد، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1426هـ - 2006م.
- رضوان الكبا، الرقابة الشرعية على مقاولات التأمين وإعادة التأمين التكافلي في النموذج المغربي إكراهاتها وآفاقها، مجلة كلية الشريعة، أكادير، العدد السادس، 2016م.
- رفعت السيد العوضي، موسوعة الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية، المجلد الثامن، تقويم أداء المصارف الإسلامية، نشر مشترك بين المعهد العالمي للفكر الإسلامي ودار السلام، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م.
- رياض منصور الخلفي، هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- زين الدين الرازي الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1420هـ / 1999م.
- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر. دمشق - سورية، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م.
- عائشة الشرقاوي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 2000م.
- عبد الحق حميش، تفعيل دور الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، م:4، العدد الأول، 1428هـ - 2007م.
- عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م.
- عبد الرحيم قفيح، الضمان في العقود المالية المعاصرة: المنتجات المالية التشاركية أنموذجاً، بحث لنيل شهادة الماستر بكلية الشريعة، أيت ملول، بإشراف فضيلة الدكتور محمد الوردي وفضيلة الدكتور الحسن مكرز، الموسم الجامعي: 2018/2019م.
- عبد الرزاق رحيم جدي الهيبي، أثر الرقابة الشرعية على التزام المصارف الإسلامية بالأحكام الشرعية، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، 31 مايو - 3 يونيو 2009م.

- عبد المجيد الصلاحيين، هيئات الفتاوى والرقابة الشرعية ودورها في المصارف الإسلامية، بحوث المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر 7 - 9 ربيع الآخر 1426 هـ الموافق 15 - 17 مايو 2005م، المجلد الأول.
- عجيل النشمي، تطوير كيان الرقابة الشرعية وآلياتها، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد في مملكة البحرين، من تنظيم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، خلال الفترة 18 - 19 شعبان 1423 هـ الموافق لـ 29 - 30 أكتوبر 2002م.
- عوف محمود الكفراوي، الرقابة المالية في الإسلام، مكتبة الإشعاع الفنية، الطبعة الأولى، 1997م.
- فارس أبو معمر، أثر الرقابة الشرعية واستقلاليتها على معاملات البنك الإسلامي، البنك الإسلامي الأردني، 1994م.
- فاطمة الزهراء مدرر، دور الرقابة الشرعية في تطوير الهندسة المالية الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماستر بكلية الشريعة ايت ملول، تخصص فقه المعاملات وقضايا العصر، بإشراف الدكتور محمد الوردي والدكتور عبد العزيز بلاوي، السنة الجامعية: 2016 - 2017م.
- فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني.
- فيصل عبد العزيز فرح، الرقابة الشرعية الواقع والمثال، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى.
- القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم: (6) لعام: 1985م، المادة (5) عن مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد: 134، 1992م.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة التاسعة عشرة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد: (339) جمادي الآخرة 1430 هـ - 2009م.
- الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار بن قتيبة، الطبعة الأولى، 1409 هـ - 1989م.
- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426 هـ - 2005م.
- مجلة النور، العدد: (149)، بيت التمويل الكويتي، 1997م.
- محمد الأمين الهزري، الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم، دار المنهاج - دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009م.

- محمد الوردى، المالية التشاركية ورهانات التنمية، دراسة لواقع التمويل التشاركي في إطار المصارف الإسلامية ولأهم المستجدات التشريعية الخاصة بالبنوك التشاركية في المغرب، الطبعة الأولى، 2019م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد الوردى، مقومات الرقابة الشرعية ودورها في ترشيد العمل المصرفي الإسلامي، ورقة مقدمة إلى ندوة المصارف الإسلامية بين تحديات الواقع ورهانات المستقبل، كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس، فاس، 2014م.
- محمد سويلم، إدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية، "مدخل مقارن"، كلية التجارة، جامعة المنصورة، (بدون ذكر الطبعة وتاريخها).
- محمد ضياء الدين بهجت، محو معايير للرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، مجلد: 3، عدد: 2، ليستر، بريطانيا، 1987م.
- محمد عبد الحي الكتاني، التراتيب الإدارية، تحقيق: عبد الله الخالدي، شركة دار بن الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، (د. ذ. التاريخ).
- محمد عبد القادر، دور البنك المركزي في تحديد سياسات العمل المصرفي في ماليزيا والإطار الرقابي له، مؤتمر التجربة الماليزية في العمل المصرفي الإسلامي، اللجنة الاستثمارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المنعقد في الكويت، 1996/12/9م.
- المعهد العالي للفكر الإسلامي، مشروع تقويم أداء البنوك الإسلامية، طبعة 1992م، القاهرة.
- موسى آدم عيسى، تعارض المصالح في أعمال هيئات الرقابة الشرعية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهيئات الشرعية الثامن المنعقد بالبحرين بتاريخ: 18-19/05/2009.
- نزيه حماد، الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة السادسة عشرة، العدد التاسع عشر.
- نصر إسماعيل بن حماد الجوهرى الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة: الرابعة، 1987م.
- نور الدين الفقيهي، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، طبعة نونبر 2016م، طوب بريس، الرباط.
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، صفر 1423 هـ - 2002م.

" المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي "

المختار عبد الدائم

باحث بسلك الدكتوراه

اهتم المغرب بتنظيم المحاسبة العمومية وعمل على تحديث وتطوير طرق تدبير المال العمومي وأساليب المساءلة والمراقبة المالية لكيفية استعمال وصرف هذا المال، وقد عرف عبر تاريخه نظاما للمسؤولية في المجال المالي يقوم على الأعراف والتقاليد وكذا القواعد والضوابط المستمدة من الشريعة الإسلامية.

شهدت أحكام المسؤولية في هذا الصدد تطورا هاما خلال هذه المرحلة، بدءا من الأحكام التي تضمنها قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي نظم مسزولية الدولة والمسؤولية المدنية لموظفي الدولة والبلديات (الفصلان 79 و 80 من ق.ل.ع) إلى غاية صدور ظهير 2 أبريل 1955 بشأن مسؤولية المحاسبين العموميين.

وغداة الاستقلال صدر أول قانون للمحاسبة العمومية بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.58.041 الصادر في 20 محرم 1378 الموافق ليوم 6 غشت 1958 بسن نظام المحاسبة العمومية بالمملكة المغربية، كما نص مرسوم 21 أبريل 1967 لأول مرة في تاريخ المحاسبة العمومية على مبدأ الفصل بين الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، وتحديد الالتزامات والمسؤولية التي يتحملها الطرفان، وهو ما شكل تطورا مهما في تحديث وتنظيم المحاسبة العمومية في اتجاه تعزيز نظام مسؤولية المحاسبين العموميين.

واعتبارا لجوانب القصور التي عرفت هذه القوانين وتطبيقاتها العملية، قام المشرع المغربي بمراجعة نظام المسؤولية المالية بمقتضى ظهير 3 أبريل 2002 المتعلق بمسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين الماليين والمحاسبين العموميين.

كما تم إصدار مدونة للمحاكم المالية باعتماد تعديلات استهدفت إعادة التوازن لأحكام المسؤولية المالية بين الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين، وكذا تحديد المسؤوليات بكيفية دقيقة.

يخضع، بناء على ذلك، المحاسبون العموميون للنظام العام للمسؤولية المطبق على جميع الموظفين وخاصة مقتضيات الفصل 80 من ظهير الالتزامات والعقود، علاوة على نظام المسزولية الخاص بالمحاسبين العموميين.

وقد ارتأى المشرع تشديد مسؤولية المحاسب العمومي اعتبارا لدوره الهام والخطير في مجال تدبير المال العمومي، بل إن مسؤولية المحاسب العمومي تفوق مسؤولية باقي العاملين بالإدارات العامة للدولة.

وتتنوع حالات مسؤولية المحاسب العمومي بحسب المهام والصلاحيات الموكولة إليه، فعلاوة على المسؤولية الجنائية، يمكن أن تتقرر المسؤولية المدنية للمحاسب عن كل تقصير في إجراء عمليات المراقبة المتعلقة بصحة الاستخلاص.

كما يتحمل المحاسب العمومي مسؤولية شخصية ومالية في مجال تحصيل الديون العمومية، إذ يمكن أن يؤدي عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحصيل إلى إثارة مسؤولية المحاسب ففي حالة التعسف أو الخطأ في تنفيذ إجراءات التحصيل يمكن مساءلته مدنيا عن ذلك.

يتحمل المحاسبون العموميون شأنهم في ذلك شأن باقي المواطنين مسؤولية جنائية عن الجرائم والجنبايات والجنح التي يرتكبونها، ويخضعون في ذلك للعقوبات العامة المنصوص عليها في التشريع الجنائي المغربي، لكن كونهم حائزين للسلطة العمومية وحاملين لصفة موظف عمومي في ممارسة المهام الموكولة إليهم فهم يتحملون، بصفتهم تلك، مسؤولية جنائية عن الأخطاء المالية التي يرتكبونها وتشكل جرائم في التشريع الجنائي.

- ومن تم فما هو المقصود بالمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي؟ وماهي شروط انعقاد هذه المسؤولية؟ وماهي الجرائم المستوجبة لها؟ وما مدى إمكانية المحافظة على المال العام من خلال تحديد مسؤولية المحاسب العمومي، وفي نفس الوقت ضمان التوازن بين حقوق ومصالح كافة الأطراف؟ وما مدى تأثير خصوصية مهام المحاسب العمومي على تطبيق قواعد المسؤولية؟

للإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا اتباع التقسيم التالي:

المبحث الأول: الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

المبحث الثاني: الجرائم المستوجبة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

المبحث الأول: الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

يتحمل المحاسب العمومي مسؤولية جنائية عن الجرائم والجنابات والجنح التي يرتكبها بعيدا عن صفته كموظف او محاسب عمومي، كما يتحمل بصفته تلك مسؤولية جنائية عن الأخطاء المالية التي يرتكبها وتشكل جرائم في التشريع الجنائي.

ولإحاطة بالأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي، لابد من التطرق إلى المقصود بهذه المسؤولية (المطلب الأول)، وكذا توضيح شروط انعقاد المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

تحظى مسألة تحديد المقصود بالمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي بأهمية جد بالغة، باعتبارها الوسيلة التي تيسر لنا معرفة أحكام هذه المسؤولية وتحديد نطاقها، وهو ما يحتم علينا إعطاء تعريف بسيط ودقيق لها (الفقرة الأولى) وتمييزها عن غيرها من المسؤوليات الأخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

يقصد بالمسؤولية الجنائية بصفة عامة ذلك الأثر القانوني المترتب عن الجريمة كواقعة قانونية، أي يعتد بها القانون وتقوم على أساسا تحمل الفاعل للجزاء الذي تفرضه القواعد القانونية الجنائية بسبب خرقه للأحكام التي تقررها هذه القواعد. والمسؤولية الجنائية تترتب عن العمل أو الامتناع الذي جرمه المشرع الجنائي وعاقب عليه في نصوص القانون الجنائي، على أن الإمساك عن العمل أو إثباته يلحق الضرر بالمجتمع بكامله¹، ويترتب عن ثبوته قيام المسؤولية الجنائية للفاعل وتعرضه للعقوبة الحبسية أو الغرامة المالية، بناء على دعوى تقام أمام المحكمة المختصة.

وتتم مساءلة المحاسب العمومي جنائيا في حالة ارتكابه لفعل مجرم أثناء مزاولته لواجباته الوظيفية أو بمناسبتها، وعلى خلاف كل من المسؤولية التأديبية والمسؤولية المدنية فإن المسؤولية الجنائية المنسوبة للمحاسب العمومي محددة في نصوص القانون الجنائي إعمالا لقاعدة شرعية العقوبة أو مبدأ النصية، أي لاجرمية ولاعقوبة إلا بنص.

ويسأل المحاسب العمومي كسائر المواطنين بصفة عامة عند ارتكابه المخالفة خارج المصلحة التي يعمل بها.

¹ - عبدالواحد العلمي: "شرح القانون الجنائي المغربي"، القسم العام، مطبعة النحاح الجديد الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2013، ص: 326.

الفقرة الثانية: تمييز المسؤولية الجنائية عن بعض المسؤوليات الأخرى

تتنوع الأخطاء التي يرتكبها المحاسب العمومي، مما يجعل المسؤولية الجنائية تختلط مع باقي المسؤوليات الأخرى، مما وجب معه التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية والمسؤولية التأديبية.

فهناك اختلاف كبير بين المسؤولية المدنية للمحاسب العمومي والمسؤولية الجنائية، التي يكون الهدف منها هو الحفاظ على النظام العام للبلاد من خلال الردع الخاص الذي يتمثل في توقيع الجزاء على مسؤول جنائيا بغية زجره وتخويف غيره من مجرد التفكير في إتيان ذات الفعل أو الامتناع المجرم، وبين المسؤولية المدنية التي يكون الهدف منه ورائها تعويض وإصلاح الأضرار التي لحقت بالغير نتيجة الأفعال المرتكبة من طرف المحاسب العمومي².

أما بالنسبة للمسؤولية التأديبية فما يميزها أنها تتحقق عند إخلال بواجبات مهنية، ومن تم محاسبة المحاسب العمومي أمام الإدارة باعتبارها الجهة المسؤولة عن حسن سير المرافق العامة بالإضافة إلى تخليق الإدارة والعمل كذلك على تطهيرها من كل العناصر التي قد تسيء إليها، وبالتالي تمس بصورتها، مما قد يؤدي بالإدارة إلى فقدان هبتها وقوتها داخل المجتمع، وهذا بخلاف المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية اللتان يتم المساءلة فيهما أمام القضاء.

المطلب الثاني: شروط انعقاد المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

لا تقوم المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي إلا إذا توافرت أربعة شروط أساسية وهي: صفة المحاسب العمومي (الفقرة الأولى)، والركن القانوني والركن المادي والركن المعنوي (الفقرة الثانية).

² - صالح لمزوعي: " المسؤولية المدنية الشخصية للموظف"، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس الرباط- كدال، السنة الجامعية 2011-2012، ص: 72.

الفقرة الأولى: صفة المحاسب العمومي

يعرف المحاسب العمومي غموضا نسبيا في تعريفه وذلك لتعدد فئاته وتنوع اختصاصاته، لذلك سنحاول التطرق إلى بعض التعاريف التي أعطيت للمحاسب العمومي وكذا فئات المحاسبين العموميين.

يراد بالمحاسب العمومي، حسب الفصل الثاني من القانون رقم 61.99 المتعلق بتحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين، كل موظف أو عون مؤهل لأن ينفذ باسم إحدى الهيئات (الدولة والجماعات الترابية وهيئاتها، وكذا المؤسسات والمقاولات العمومية الخاضعة للمراقبة المالية للدولة) عمليات المداخل أو النفقات أو التصرف في السندات إما بواسطة أموال وقيم يتولى حراستها وإما بتحويلات داخلية للحسابات وإما بواسطة محاسبين عموميين آخرين أو حسابات خارجية للأموال المتوفرة التي يراقب حركاتها أو يأمر بها.³

يتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع تناول تعريف المناسب العمومي انطلاقا من الوظائف الموكولة إليه، حيث إكتفى فقط بتعداد وظائف وصلاحيات من يعتبرهم المشرع محاسبين وكذا طرق ممارستها دون أن يعطي تعريفا محدد. وقد برر بعض الباحثين هذه المسألة بالصعوبة التي تطرحها محاولة إيجاد تعريف كامل للمحاسب.⁴

ينقسم المحاسبين العموميين لعدة أصناف أهمهم محاسبي الخزينة العامة للمملكة، سواء من حيث العدد أو من حيث الوظائف. وهذا الصنف من المحاسبين هم موظفون عامون ينتمون إلى الخزينة العامة للمملكة ويخضعون للنظام العام للوظيفة العمومية وللنظام الخاص بموظفي وزارة المالية، اعتبارا لصفاتهم المحاسبية فهم، على خلاف باقي الموظفين، يخضعون أيضا لقواعد خاصة تميز نظام المسؤولية التي يتحملونها. ويتدرج ترتيبهم حسب التسلسل الإداري التالي: الخازن العام للمملكة، الخزنة (ومنهم الخزنة الجهويين والخزنة الوزاريين، ثم الخزنة الإقليمية والعماليتين)، والقباض، ثم محاسبوا المؤسسات العمومية ومحاسبوا السفارات والوكالات القنصلية.

وبالإضافة إلى محاسبي الخزينة تضم وزارة المالية محاسبين تابعين للإدارات المالية، وهم محاسبي التسجيل والتبوير ومحاسبي الجمارك والضرائب غير المباشرة. كما أن هناك موظفين في قطاعات أخرى قد يحملون صفة محاسب عمومي في مجال ممارسة مهمة التحصيل مثل كتاب الضبط وكذا المحافظين التابعين للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية في بعض الحالات.

³ - عز الدين مسكي: "إشكالية المحافظة على المال العام من خلال تحديد مسؤولية الأمرين بالصرف والمراقبين والمحاسبين العموميين"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2001-2002، ص: 94

⁴ - الحسين الصفراوي: "مسؤولية الأمر بالصرف والمحاسب العمومي في مجال تنفيذ الميزانية"، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، السنة الجامعية: 2003-2004، ص: 46

يخضع المحاسب العمومي على غرار باقي الموظفين العموميين، لالتزامات المنصوص عليها في النظام العام للوظيفة العمومية، ويخضع أيضا لالتزامات خاصة تجدد تيريرها وأساسها الواقعي في محتوى وجسامة وظيفة المحاسب نفسها.

الفقرة الثانية: أركان المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

لإعتبار المحاسب العمومي مسؤولا جنائيا، لا يكفي أن يرتكب أخطاء أو مخالفات مالية، وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن تشكل تلك المخالفات والأخطاء المالية جرائم يعاقب عليها التشريع الجنائي. وذلك استنادا إلى المبدأ الجنائي القائل: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وهو ما يعرف في القانون الجنائي بمبدأ شرعية التجريم والعقاب. ويترتب على الأخذ بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أن يلتزم القاضي بتطبيق النص الجنائي دون التوسع في تفسيره، حتى لا ينتج عن ذلك تجريم أفعال أو الحكم بعقوبات لم ينص عليها التشريع الجنائي.⁵

لا يكفي لإعتبار الأخطاء المالية جرائم جنائية تستوجب المسؤولية، أن ينص عليها المشرع ويعاقب على ارتكابها، وإنما ينبغي أن تتحقق تلك الأخطاء وتنفذ من الناحية المادية، حيث تأخذ مظهرا خارجيا. وهنا نكون أمام الركن المادي والذي يمكن أن يتحقق بفعل إيجابي إذ يكفي أن يطلب المحاسب العمومي مثلا مقابلا لصرف نفقة لفائدة أحد دائني الأجهزة العمومية لكي يتحقق الركن المادي في جريمة الرشوة.

كما قد يتحقق الركن المادي بفعل سلبي، كأن يرفض المحاسب العمومي تحصيل دين عمومي، فيكون قد ارتكب جريمة غدر بمنح إعفاء من غير أن يسمح به القانون. ولكي يتحقق هذا الركن ينبغي أن يترتب عن ارتكاب المخالفة أثر نتيجة مادية مع قيام علاقة السببية بينهما. فمثلا في جريمة استغلال النفوذ لا يتحقق الركن المادي لمجرد أن يمد المحاسب العمومي أحد المرشحين بمعلومات عن العروض المنافسة، ولكن يتحقق إذا ترتب عن المعلومات حصول المرشح على الصفقة، وكانت المعلومات التي حصل عليها هي السبب في فوزه بتلك الصفقة.

ينبغي بالإضافة إلى الأركان السالف ذكرها، أن يكون المحاسب العمومي على علم باتجاه إرادته إلى ارتكاب فعل مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه، والعلم بارتكاب الجريمة يأتي بعد أن يقرر القيام بها، وهو ما يعرف بالنية الإجرامية. وهو ما يطلق عليه الركن المعنوي والذي أصبح من المبادئ الأساسية في القانون الجنائي، حيث أنه لقيام المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي لا يكفي قيام الجريمة بوجود نص تشريعي يجرم الفعل وقيام الركن المادي لها، وإنما يشترط قيام الركن المعنوي وكذا توفر صفة المحاسب العمومي.

⁵ - عبدالسلام بنحدو: "الوجيز في القانون الجنائي المغربي"، منشورات إيزيس، الدار البيضاء 1992، ص: 164.

المبحث الثاني: الجرائم المستوجبة للمسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي

يواجه المحاسب العمومي مجموعة من الجنايات والجرح، وذلك عند ارتكابه لأحد الجرائم التي حددها المشرع وقيام مسؤوليته الجنائية. ويتعلق الأمر أساسا بجرائم الغدر واختلاس الأموال العمومية والرشوة واستغلال النفوذ.

المطلب الأول: جريمة الغدر والإختلاس

يأخذ الإعتداء على المال العام صور عدة، أهمها تلك التي تطرق إليها المشرع المغربي في الفرع الثالث من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي، تحت عنوان: في الإختلاس والغدر الذي يرتكبه الموظفون العموميون.

الفقرة الأولى: جريمة الغدر

نص الفصل 243 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "يعد مرتكبا للغدر، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس ويغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم، كل قاض أو موظف عمومي طلب أو تلقى أو فرض أو امر بتحصيل ما يعلم أنه غير مستحق أو أنه يتجاوز المستحق، سواء للإدارة العامة أو الأفراد الذين يحصل لحسابهم أو لنفسه خاصة..".

وعليه، فجريمة الغدر لا تتحقق إلا بتوافر ثلاثة عناصر هي صفة الموظف العمومي (المحاسب العمومي مثلا) في الجاني، ارتكاب الفعل المادي و القصد الجنائي.

- صفة الموظف العمومي: لكي يتحقق هذا الركن فيتعين أن يكون المحاسب العمومي قد طلب أو تلقى أو امر بتحصيل مال يعلم أنه غير مستحق بصفته موظفا عموميا مكلفا بالاستخلاص، أما إذا لم ترد تلك الصفة عند ارتكاب الجريمة فلا يعتبر الشخص الذي قام بها مرتكبا لجريمة الغدر، وإن كانت متابعته ممكنة بجرائم أخرى كالرشوة واستغلال النفوذ والمنصب إذا توافرت العناصر الأخرى لقيامها⁶.
- الفعل المادي: يتحقق الركن المادي لجريمة الغدر بطلب أو تلقي أو فرض أو أمر بتحصيل ما يعلم المحاسب العمومي أنه غير مستحق أو يتجاوز المستحق، فبمجرد الطلب أو التلقي أو الأمر تتحقق به الجريمة التامة سواء استجاب الأفراد لطلبهم أو رفضوا تسليمهم شيئا.

ولم يقتصر المشرع على تجريم الطلب والأمر، بل أضاف إليهما "تلقى" غير المستحق. والواقع أن مجرد التلقي أو التوصل بشيء غير مستحق لا يكون جريمة الغدر مالم يتوافر القصد الجنائي.

6 - أحمد الخليلي: "القسم الخاص في القانون الجنائي"، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 1991، ص: 107.

- القصد الجنائي: يتحقق هذا الركن بتوفر العلم لدى المحاسب العمومي بأن ما يطلبه أو يتلقاه ويأمر أو يقوم بتحصيله غير مستحق ولايسمح به القانون، وينتفي القصد الجنائي بانتهاء هذا العلم لديه. فلا يكون مرتكبا لجريمة الغدر المحاسب العمومي الذي تلقى مبلغا يجهل مصدره أو يعتقد أنه يستحقه، أو يطلب أو يأخذ من إدارة أو أحد الأفراد مبلغا غير مستحق نتيجة غلط في الحساب أو خطأ في تفسير القانون. وهذا الخطأ في التفسير أو الجهل بالنصوص لا ينصب على التشريع الجنائي، وإنما على القواعد والقوانين الأخرى المتعلقة بالتعويضات المستحقة أو بالضرائب والرسوم. أما الخطأ أو الجهل المتعلق بالقانون الجنائي فلا يفي القصد الجنائي.⁷

الفقرة الثانية: جريمة الاختلاس

نظم المشرع المغربي جريمة الاختلاس في الفصلين 241 و 242 من القانون الجنائي، حيث نص على أنه يمكن أن تتحقق هذه الجريمة إما بتبديد الأشياء كاستهلاكها أو إعارتها أو بيعها، أو اختلاسها أي الاستيلاء على الشيء بقصد تملكه أو إتلافه، أو احتجازها بدون حق أي إبقاؤها تحت تصرف الموظف عوض دفعها إلى أصحابها، أو إخفاؤها على المالك الحقيقي لها بغية الاستيلاء عليها. ويستوي أن تكون هذه الأشياء في ملكية الدولة أو الهيئات العامة التابعة لها أو في ملكية الخواص فالأمر سيان بين أن يباشر الاختلاس على أموال عامة أو خاصة توضع تحت يد المحاسب العمومي بحكم وظيفته أو بسببها. فجريمة الاختلاس تعد من الجرائم المخلة بالثقة العامة، لأن جوهرها ينطوي على استغلال السلطة المرتبطة بالوظيفة العمومية.⁸

ويمكن القول أن التوسع في تحديد عناصر المال العام تضيي نوعا من الحماية على هذا المال، وتحقق فكرة الردع الخاص الذي يحصل من خلال توقيع عقوبات أصلية وتبعية أو إضافية على الجناة، وكذا فكرة الردع العام الذي يتولد لدى كل من تسول له نفسه المساس بهذا المال، مما يؤدي إلى مزيد من الاستقرار، كما يمكن الدولة من تنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية.

يتضح من خلال ما سبق أن لجريمة الاختلاس ثلاثة أركان، الأول يتمثل في صفة الموظف العمومي⁹، أما الركن الثاني وهو الركن المادي فهو يتجلى في وقوع اختلاس أو تبذير أو احتجاز بدون وجه حق أموالا عامة أو خاصة، أما الركن الثالث لجريمة الاختلاس هو الركن المعنوي

7 - أحمد الخليلي: "جريمة الغدر من الجرائم الماسة بالنظام العام"، مجلة الأمن الوطني، عدد 210، السنة: 2001، ص: 17.

8 - أحمد أجويد: "جريمة رشوة الموظف العمومي في التشريع الجنائي المغربي"، دار الرشاد الحديثة، مراكش، الطبعة الأولى 1983، ص: 40.

9 - يعرف الفصل 224 من القانون الجنائي المغربي كما يلي: "الموظف العمومي في تطبيق أحكام التشريع الجنائي هو كل شخص كيفما كانت صفته يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية..."، ولذلك يسري على المحاسب العمومي ما يسري على الموظف العمومي في هذا المجال.

فهذه الجريمة تعتبر جريمة عمدية في جميع صورها، من تم يجب أن يكون المحاسب العمومي على علم بأن المال عام أو خاص ومع ذلك اتجهت إرادته إلى اختلاسه أو حجزه أو تبذيره.

المطلب الثاني: جرمية الرشوة واستغلال النفوذ

تعد جرائم الرشوة واستغلال النفوذ من أكثر الجرائم انتشارا في الكثير من المجتمعات، لذلك اهتم بها المشرع المغربي ونظم كل منها بنصوص خاصة، فنظم جريمة الرشوة في الفصول من 248 إلى 256 من القانون الجنائي، وأفرد لجريمة استغلال النفوذ الفصل 257 من ق.ج.

الفقرة الأولى: جريمة الرشوة

نظم المشرع المغربي جريمة الرشوة في الفصول 248 و249 من القانون الجنائي، وتعرف جريمة الرشوة على أنها جريمة الصفة ولا يمكن تصورها بدون صفة الجاني فلا بد أن يكون المرتشي موظفا، فحسب الفصول السالفة الذكر يكون المحاسب العمومي مرتكبا لجريمة الرشوة إذا استغل اختصاصاته الوظيفية وسلطاته المالية فقبل عرضا أو وعدا أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة لأجل القيام أو الإمتناع عن الأعمال غير مشروطة بأجر، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة.¹⁰

10 - الفصل 248 من القانون الجنائي: "يعد مرتكبا لجريمة الرشوة ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مائة ألف درهم من طلب أو قبل عرضا أو وعدا أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى من أجل:

- 1 - القيام بعمل من أعمال وظيفته بصفته قاضيا أو موظفا عموميا أو متوليا مركزا نيابيا أو الإمتناع عن هذا العمل، سواء كان عملا مشروعا أو غير مشروع، طالما أنه غير مشروط بأجر. وكذلك القيام أو الإمتناع عن أي عمل ولو أنه خارج عن اختصاصاته الشخصية إلا أن وظيفته سهلت له أو كان من الممكن أن تسهله.
 - 2 - إصدار قرار أو إبداء رأي لمصلحة شخص أو ضده، وذلك بصفته حكما أو خبيرا عينته السلطة الإدارية أو القضائية أو اختاره الأطراف.
 - 3 - الانحياز لصالح أحد الأطراف أو ضده، وذلك بصفته أحد رجال القضاء أو المحلفين أو أحد أعضاء هيئة المحكمة.
 - 4 - إعطاء شهادة كاذبة بوجود أو عدم وجود مرض أو عاهة أو حالة حمل أو تقديم بيانات كاذبة عن أصل مرض أو عاهة أو عن سبب وفاة وذلك بصفته طبيبا أو جراحا أو طبيب أسنان أو مولدة.
- إذا كانت قيمة الرشوة تفوق مائة ألف درهم تكون العقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات والغرامة من مائة ألف درهم إلى مليون درهم، دون أن تقل قيمتها عن قيمة الرشوة المقدمة أو المعروضة."
- الفصل 249 من القانون الجنائي: "يعد مرتكبا لجريمة الرشوة، ويعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مائة ألف درهم؛ كل عامل أو مستخدم أو موكل بأجر أو بمقابل، من أي نوع كان طلب أو قبل عرضا أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو عمولة أو خصما أو مكافأة، مباشرة أو عن طريق وسيط، دون موافقة مخدومه ودون علمه، وذلك من أجل القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل من أعمال خدمته أو عمل خارج عن اختصاصاته الشخصية ولكن خدمته سهلت له أو كان من الممكن أن تسهله.
- إذا كانت قيمة الرشوة تفوق مائة ألف درهم تكون عقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات، والغرامة من مائة ألف درهم إلى مليون درهم، دون أن تقل قيمتها عن قيمة الرشوة المقدمة أو المعروضة."

يشترط لمسائلة المحاسب العمومي على جريمة الرشوة توافر ثلاثة شروط وهي كالاتي:

- الركن الأول: أن تكون الخدمة المقدمة مقبل رشوة من اختصاص المحاسب العمومي أو أن تكون مهمته هي التي سهلتها أو من الممكن أن تسهلها، وهذا الركن هو الذي يميز جريمة الرشوة عن جريمة استغلال النفوذ ، حيث إذا كانت الخدمة المقدم عنها الرشوة خارجة عن اختصاص المحاسب العمومي نكون أمام جريمة استغلال النفوذ وليس جريمة الرشوة.
- الركن الثاني: وهو الركن المادي، ويتمثل في الفعل المادي الذي يقوم به المحاسب العمومي كطلب هبة أو هدية أو فائدة كمقابل عن خدماته الوظيفية، وذلك بغض النظر عن استجابة صاحب الشأن للطلب أو إتمام المحاسب العمومي للعمل المطلوب منه.¹¹ ليس لشكل طلب الرشوة أو قبولها أو تسلمها أهمية بالغة في قيام الفعل المادي للرشوة، فيستوي أن يتم ذلك عن طريق الكتابة أو شفاهة، مباشرة بين صاحب الحاجة والمرئشي أو عن طريق وسيط، وليس ضروريا أن يتم الطلب بألفاظ معينة أو بعبارات صحيحة وإنما تتحقق الرشوة حتى ولو تم الطلب صراحة أو بإشارات وألفاظ غير صريحة كبعض الأمثلة الشعبية (أذهن السير يسير، شي قهيوه...). كما أن الركن المادي يتحقق إذا قبل المحاسب العمومي العرض أو الوعد الصادر عن صاحب الحاجة بصرف النظر عن حصوله فعلا على المقابل أم لا.
- الركن الثالث: ويتمثل هذا الركن في القصد الجنائي، فجريمة الرشوة تعد من الجرائم العمدية فهي تتحقق بانصراف نية المحاسب العمومي إلى أن ما طلبه أو قبله أو تسلمه هو من أجل الخدمة التي قدمها لصاحب الحاجة، وذلك مع العلم أن نية الاتجار بأعمال الوظيفة تشكل القصد الجنائي سواء تزامن القصد مع ارتكاب الجريمة أو سبق ارتكابها.¹²

الفقرة الثانية: جريمة استغلال النفوذ

جرم المشرع المغربي استغلال النفوذ بموجب الفصل 250 من القانون الجنائي، الذي نص على مايلي: "يعد مرتكبا لجريمة استغلال النفوذ، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم، من طلب قبل عرضا أو وعدا، أو طلب أو تسلم هبة أو هدية أو أية فائدة أخرى، من أجل تمكين شخص أو محاولة تمكينه، من الحصول على وسام أو نيشان أو رتبة شرفية أو مكافأة أو مركز أو وظيفة أو خدمة أو أية مزية أخرى تمنحها السلطة العمومية أو صفقة أو مشروع أو أي ربح ناتج عن اتفاق يعقد مع السلطة العمومية أو مع إدارة موضوعة تحت إشرافها، وبصفة عامة الحصول على قرار لصالحه من تلك السلطة أو الإدارة، مستغلا بذلك نفوذه الحقيقي أو المقترض.

11 - أحمد اجويد: "جريمة رشوة الموظف العمومي في التشريع الجنائي المغربي"، م.س، ص: 128.

12 - أحمد الخليلسي: "القسم الخاص في القانون الجنائي"، م.س. ص: 100.

وإذا كان الجاني قاضيا أو موظفا عاما أو متوليا مركزا نيابيا، فإن العقوبة ترفع إلى الضعف".
ولا يشترط لتحقق جريمة استغلال النفوذ تمكين الشخص من الحاجة التي يطلبها بتقديم الفائدة أو المزية، بل بمجرد محاولة تمكينه من الخدمة أو المزية أو الصفقة أو المشروع بعد استغلاله للنفوذ، حتى إذا لم يحصل الطالب على حاجته¹³. فتجريم استغلال النفوذ يرجع إلى ما يمثله فعل الجاني من إخلال بالثقة.

ترتكز جريمة استغلال النفوذ على ركنين مادي و معنوي، يسبقها شرط مفترض هو التمتع بنفوذ حقيقي أو مزعوم لدى سلطة عامة أو جهة خاضعة لإشرافها، وذلك ما هو متوفر في حالة المحاسب العمومي.

تقوم جريمة استغلال النفوذ على نفس العناصر و الصور المكون لجريمة الرشوة، إذ ينحصر في طلب الفاعل لنفسه أو لغيره مقابل أو فائدة أو يقبل أو يأخذ وعدا أو عطية، مباشرة أو عن طريق وسيط، كما لا تستلزم أن يكون الفاعل في مقدوره القيام بالعمل الذي وعد به كل ما هو مطلوب أن يزعم الفاعل أنه له نفوذ. والواقع أن مجرد الطلب أو الوعد يشكل ركنا ماديا لجرائم الرشوة واستغلال النفوذ، فكون المشرع قد استعمل في جميع النصوص الخاصة بتلك الجرائم لفظ طلب أو وعد فذلك دليل قاطع على أنه يعتد بمجرد الطلب أو الوعد.

أما بالنسبة للركن المعنوي، فجريمة استغلال النفوذ تعد من الجرائم العمدية التي تشترط لقيامها توافر القصد الجنائي لدى الجاني، وهو يتوافر بالإرادة و العلم، أي اتجاه إرادة الفاعل إلى القيام بجميع عناصر الفعل المادي المكون لجريمة استغلال النفوذ كما وصفه القانون، مع العلم بأن ما يتلقاه من عطية أو وعد بها هو مقابل استعمال نفوذه لمصلحة طالب المصلحة. ويتوفر هذا القصد إذا كان غرضه من تقديم العطية حمل صاحب النفوذ على استعماله لصالحه.

¹³ - الحسين الصفراوي: "مسؤولية الأمر بالصراف والمحاسب العمومي في مجال تنفيذ الميزانية"، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2003-2004، ص: 150.

خاتمة:

كشفت لنا دراسة المسؤولية الجنائية للمحاسب العمومي الأهمية الكبرى التي يكتسبها هذا النوع من المسؤولية، وذلك راجع بالأساس إلى تنوع القواعد المطبقة عليها بحسب نظام المسؤولية الذي يحكم هذه الفئة من جهة، ومن جهة أخرى طبيعة المهمة أو الوظيفة التي يزاولها المحاسب العمومي وكذا الالتزامات التي تفرضها خصوصية المهام الإدارية التي يقوم بها تتحكم بشكل كبير في حدود المسؤولية الملقاة على عاتقه.

وبهذا الصدد نعتقد أنه لإعطاء مدلول حقيقي لمفهوم المسؤولية لابد للإدارة أن تعمل على نشر ثقافة المسؤولية لدى جميع الأطراف رؤساء ومرووسين، على أن يتم القضاء على بعض مظاهر الإخلال بهذه المسؤولية في مجال التدبير المالي والتي من شأنها التأثير سلبيًا على مالية الدولة وكذا على مصالح الأفراد دون أن يتحدد مصدر اتخاذ القرار الحقيقي، المتمثلة أساسًا في التعليمات الشفهية التي وإن كان لا يمكن الاستغناء عنها إلا أنه لا ينبغي العمل بها في الحالات التي يمكن أن تترتب بموجبها المسؤولية، وذلك حتى لا يتم توظيفها للتهرب من المسؤولية بتوريط آخرين تحت مبرر واجب الطاعة الرئاسية.

إشكالية الإنجاب وفق الطرق العلمية الحديثة

دراسة على ضوء القانون 47.14

مروان عبادي

باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

الزواج هو ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة¹، إلا أن الإنسان قد يبتهل بعواقب تحول بينه وبين تحقيق غايته في الزواج وتكوين الأسرة، والمتمثلة في أمراض أو عقم أحد الزوجين أو عجز أو بسبب الضعف في الخصوبة مما يؤدي إلى فقدان القدرة على إحداث الحمل عند أحد الزوجين أو كليهما، وذلك بعد مرور سنوات من المحاولات المنتظمة للإنجاب بطريقة طبيعية².

وقد أجمع الفقهاء على أن العقم أيا كان سببه لا يعدو أن يكون مرضا من الأمراض التي تدخل تحت قول عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "تداووا فإن الله عز وجل لم ينزل داء إلا وأنزل له الدواء، فتداووا ولا تداووا بحرام." وعلاجه هو فرع من فروع التداوي³.

وبالتالي يمكن علاج مرض العقم بالطرق الطبية المتاحة، فالإسلام هو دين العلم والمعرفة يجيز التداوي لكن بغير محرّم بل أن التداوي أحيانا يصبح واجبا في الأمور التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا والتي من ضمنها بقاء النوع الإنساني.

وفي إطار التقدم المطرد للعلوم الطبية والتقنيات البيوطبية، في علاج العديد من المشكلات التي تؤثر على الإنسان، وأسهمها في علاج العديد من المشاكل المتعلقة بالعقم والعجز وضعف الخصوبة والإنجاب، إلا أن هذه التقنيات قد أحدثت جدلا في مدى مشروعيتها.

1 - المادة 4 من مدونة الأسرة

2 - المادة الثانية من القانون 47.14

3 - هناك بعض الفقهاء لا يجيزون ذلك انطلاقا من قوله عز وجل ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾ وقد يقال أن التلقيح الاصطناعي يعتبر بهذا المعنى خرقا للقوانين الطبيعية وأنه يتعارض مع القدرة الإلهية الذي خلق كل شيء وقدره، لكن بالرجوع إلى معنى هذه الآيات الكريمة نجد بأنها تدل على حكمة الله سبحانه وتعالى وقدرته وعطائه، وفي اختلاف الناس بين ولود وعقيم وبين إناث وذكر فالعقم مشيئة من الله عز وجل ويجوز التداوي منه وما التلقيح الاصطناعي إلا وسيلة للتداوي منه أو الحد من آثاره، إلا أننا لا ينبغي أن نتوسع في إجراء مثل هذه العمليات وإبقائها في نطاق ضيق محدود، مع التسليم بأن الله سبحانه وتعالى هو الشافي والقادر لا راد لحكمه ولا مغير لقضائه.

وفي هذا الاطار أصدر المشرع المغربي القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، والذي أسس على مجموعة من المبادئ التي تهدف إلى ضمان احترام كرامة الإنسان والمحافظة على حياته وسلامته الجسدية والنفسية وعلى خصوصياته، وكذا احترام سرية المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به، ويعمل على تجريم الممارسات الماسة بالكرامة الانسانية أو بسلامة الجنس البشري، أو التي تهدف إلى استغلال الوظائف التناسلية البشرية لأغراض تجارية أو إلى تكوين لقيحة بشرية لاستعمالها لأغراض تجارية أو صناعية أو لأغراض البحث أو لإجراء تجارب عليها، وذلك بمنع هذه التجارب ومنع الاستنساخ البشري وانتقاء النسل و التبرع بالأمشاج أو بيعها وكذا منع الحمل لفائدة الغير.

إذن فالموضع يثير العديد الإشكاليات من قبيل؛ كيف ضبط القانون 47.14 هذه الطرق العلمية الحديثة للإنجاب وما هي الآثار المترتبة عليها؟ ما المقصود المساعدة الطبية على الانجاب؟ ومتى يلجأ إليه؟ هل تناوله قانون 47.14 بشكل شامل ولم بكل الجوانب القانونية والأخلاقية المتعلقة به؟ وهل يملك القاضي من النصوص القانونية والتنظيمية ما يمكنه من حل الإشكالات التي يثيرها في الميدان التطبيقي لاسيما وأنه يغلب عليه الطابع التقني والطبي؟

للإجابة على هذه الإشكالية اقتضت طبيعة البحث أن نقسمه إلى مبحثين، نتناول الإطار القانوني المنظم للمساعدة الطبية على الانجاب (المبحث الأول)، على أن نتطرق للإشكالات القانونية للمساعدة الطبية على الانجاب (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار القانوني المنظم للمساعدة الطبية على الإنجاب

يشكل القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب الإطار القانوني للممارسات المتعلقة بالأخلاقيات البيوطبية، قصد الاستجابة للتساؤلات ذات الطابع الأخلاقي والقانوني والديني، التي أصبحت تطرح بسبب التقدم المطرد للعلوم الطبية والتقنيات البيوطبية، سننترق لمفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب وأساليبها من خلال المطلب الأول، ثم نحدد شروط ممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب وأساليبها

سنقوم في هذا المطلب إلى إبراز مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب من خلال الفقرة الأولى، على نحدد أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم المساعدة الطبية على الإنجاب

المساعدة الطبية على الإنجاب هي كل تقنية سريرية وبيولوجية تمكن من الإخصاب الأنثوي أو حفظ الأمشاج والوواح والأنسجة التناسلية أو التلقيح المنوي أو نقل اللوواح وكذا كل تقنية أخرى تمكن من الإنجاب خارج السياق الطبيعي⁴؛

ويعتبر التلقيح الاصطناعي *insémination artificielle*⁵ أهم الطرق العلمية للمساعدة على الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهم في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما. ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها⁶.

ويجب تمييز التلقيح الاصطناعي عن الاستنساخ إذ رغم كونهما طريقتين للإنجاب دون أي علاقة جنسية إضافة إلى إمكانية دخول عنصر أجنبي فيهما أو الاقتصار على الزوجين و أيضا اشتراطهما وجود بويضة أنثى فإنهما يختلفان في كون التلقيح الاصطناعي يتطلب وجود حيوان ذكري إلى جانب البويضة الأنثوية في حين أن الاستنساخ لا يحتاج إليه بل يمكن الاستغناء عن

4 - المادة 2 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

5 أول ما ظهر التلقيح الاصطناعي كان في مجال الأشجار والحيوان، وأول من سجل تقريراً رسمياً عن التلقيح الاصطناعي هو العالم الإيطالي إسبيلانزاني Espallanzani الأخصائي بعلم الغرائز إذ هو أول من قام بحقن سائل منوي في رحم كلبه سنة 1780م وقد كللت التجربة بالنجاح.

وفي سنة 1871م تم إجراء أول عملية على امرأة ونجحت هي الأخرى. بينما يرى جانب من الفقه أن أول تلقيح بشري كان سنة 1799م من طرف العالم هنتر Hunter وتعلق الأمر حينها بزوجين عقيمين لوجود عاهة وراثية بالزوج، وقد تمت بمضي هذا الأخير، أما أول تلقيح بواسطة الغير فكان لأول مرة سنة 1884م.

وجود العنصر الذكري كليا إذ تقوم الخلية المأخوذة من الأنثى بدلا منه، كما يختلفان في كون الاستنساخ محرما بصفة مطلقة على عكس التلقيح الاصطناعي⁷.

وقد نظم القانون رقم 14-47 ما يتعلق بحفظ اللواقح والأمشاج والأنسجة التناسلية، من خلال تحديد حالات الحفظ ووضع مجموعة من الضوابط والشروط لذلك:

● **حفظ اللواقح:** لا يمكن أن يتم إلا بغرض مضاعفة حظوظ الحمل بواسطة نقلها داخل الرحم. ولهذه الغاية، يقرر الزوجان بتشاور مع الممارس، عدد اللواقح التي سيتم حفظها. كما لا يمكن للزوجين الذين تم الاحتفاظ بلواقحهما الاستفادة من محاولة جديدة للإخصاب الأنبوبي قبل نقل هذه اللواقح إلا إذا كانت هذه الأخيرة غير قابلة للنقل. غير أنه يمكن الاستمرار في حفظ اللواقح غير المستعملة، بناء على طلب مكتوب من الزوجين بغرض التمكن من الإنجاب لاحقا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة⁸.

● **حفظ الأمشاج المأخوذة من الزوجين:** لا يمكن حفظ الأمشاج المأخوذة من الزوجين. ولهذه الغاية، يجب على الممارس استعمالها كاملة في عملية الإخصاب.

غير أنه، إذا تعذر إجراء عملية أخذ أمشاج الزوجين بصفة متزامنة قصد إجراء عملية الإخصاب، جاز للممارس حفظ أمشاج أحد الزوجين في انتظار أخذ أمشاج الزوج الآخر، على ألا تتجاوز مدة هذا الحفظ سنة قابلة للتجديد مرة واحدة⁹.

● **حفظ الأمشاج والأنسجة التناسلية:** يمكن لكل شخص يخضع لعلاج من شأنه أن يمس قدرته على الإنجاب أو يستعد للخضوع لهذا العلاج، أو يحتمل أن تتأثر خصوبته بشكل مبكر، أن يلجأ إلى حفظ أمشاجه أو أنسجته التناسلية قصد استعمالها لاحقا في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب وفقا لأحكام هذا القانون..

لا يمكن حفظ الأمشاج والأنسجة التناسلية إلا بناء على طلب مكتوب من الشخص المعني أو من نائبه الشرعي إذا تعلق الأمر بشخص قاصر أو بشخص خاضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية، وبعد أن يشهد طبيبة المعالج بناء على المعطيات العلمية المتوفرة بأن العلاج الموصوف لمريضة من شأنه أن يمس قدرته على الإنجاب¹⁰.

ويتم حفظ الأمشاج أو الأنسجة التناسلية في هذه الحالة لمدة أقصاها 5 سنوات قابلة للتجديد بناء على أسباب مشروعة تبرر هذا التجديد¹¹.

7 - العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، بحث التخرج المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، سنة 2008، ص: 7.

8 - المادة 22 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

9 - المادة 23 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

10 - المادة 24 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

11 - المادة 25 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

ونشير في ختام هذه الفقرة أنه عند انصرام المدة التي تم تحديدها، يجب أن يتم إتلاف اللواقح والأمشاج والأنسجة التناسلية المحفوظة وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وذلك بعد أن يقوم المسؤول عن المركز أو الوحدة بإخبار الزوجين أو الشخص المعني بالأمر بذلك ثلاثة أشهر على الأقل قبل انصرام المدة المذكورة، بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتسلم.

غير أنه، يمكن إتلاف اللوائح والأمشاج والأنسجة التناسلية قبل انصرام المدة المنصوص عليها في المواد 22 و23 و25 من القانون 47.14، وذلك بناء على طلب مكتوب من الزوجين المعنيين إذا تعلق الأمر باللواقح أو إذا تعلق الأمر بالأمشاج والأنسجة التناسلية من الشخص المعني أو من نائبه الشرعي عند الاقتضاء.

كما يجب أيضاً إتلاف اللوائح والأمشاج والأنسجة التناسلية في حالة وفاة الشخص المعني إذا تعلق الأمر بالأمشاج والأنسجة التناسلية أو في حالة انحلال ميثاق الزوجية وفقاً لأحكام مدونة الأسرة إذا تعلق الأمر باللواقح، وذلك بمجرد بلوغ هذا الأمر إلى علم المسؤول عن مركز أو وحدة المساعدة الطبية على الإنجاب.

على أن تتم كل عملية إتلاف للأمشاج أو للأنسجة التناسلية أو للواقح بحضور ممثل النيابة العامة المختصة وممثل الإدارة المختصة وأن تكون موضوع محضر يوقع عليه بصفة مشتركة المسؤول عن مركز أو وحدة المساعدة الطبية على الإنجاب والممارس الذي قام بعملية الإتلاف، والممثلين السالف ذكرهما.

الفقرة الثانية: أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب

بالنسبة لأساليب المساعدة الطبية على الإنجاب فإنه لا يمكن ممارسة أية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، ما لم يتم الاعتراف بها بصفة قانونية من قبل السلطة الحكومية المختصة بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية، كما سيتم تحدد بنص تنظيمي لائحة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب المعترف بها والتي لا يمكن أن تشمل، بأي حال من الأحوال، الممارسات الممنوعة بموجب الباب الثاني من هذا القانون¹².

و في حين ذهب مجلس المجمع الفقهي الإسلامي الذي عقد تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بمكة المكرمة سنة 1985¹³، بعد جمع معلومات دقيقة و موثوق منها و تطبيق قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، إلى تحديد مشروعية بعض الأساليب حسب اختلاف الحالات المرضية المسببة للعقم، فإن أهم أساليب التلقيح الاصطناعي إما يكون داخل الجسم أو الاستدخال أو عن طريق التلقيح خارج الجسم (الإخصاب في الزجاج أو ما يعرف

¹² -المادة 14 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

¹³ - العوفي لامية، مرجع سابق، ص:9-10

بطفل الأنابيب، وفي هذا الاطار سنعرض لأهم أساليب المساعدة الطبية على الإنجاب التي تستجيب للشروط المقررة في القانون 47.14 نوضحها كما يلي:

أولاً- التلقيح داخل الجسم أو الاستدخال: يتم فيه أخذ الحيوانات المنوية للزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها حتى تلقتي بعدها النطفاء طبيعياً بالبويضة التي تفرزها إحدى مبايض الزوجة و يتم التلقيح بينهما كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي. ويعتبر هذا الأسلوب هو الحل والعلاج لما يكون العقم عن الأسباب التالية:

أ- إذا كان عدد الحيوانات المنوية لدى الزوج قليلة فتجمع حصى عدة دفعات من مائه و تركز ثم تدخل إلى رحم الزوجة.

ب- إذا كانت حموضة الجهاز التناسلي للمرأة تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية.

ت- إذا كان هناك تضاد بين خلايا المهبل والحيوانات المنوية مما يؤدي إلى موت هذه الأخيرة.

ث- إذا كانت إفرازات عنق الرحم تعيق ولوج الحيوانات المنوية.

ج- إذا أصيب الزوج بمرض أدى إلى عجز عضوي في إيصال مائه عند الاتصال الجنسي مع زوجته إلى الموضع المناسب¹⁴.

ثانياً- التلقيح خارج الجسم (الإخصاب في الزجاج، طفل الأنابيب): نكون بصدد تلقيح

خارج الجسم عند كل تلقيح لا يتم بالأسلوبين المذكورين سابقاً أي لما لا يقتصر التلقيح على وضع الحيوانات المنوية في فرج أو رحم الزوجة. و يحتوي هذا النوع على خمسة أساليب تعتمد كلها على أخذ البويضة من المرأة عند خروجها من المبيض ثم توضع في طبق زجاجي يعرف "بطبق بتري Petri dish" و ليس في أنبوب اختبار -رغم أن المصطلح الشائع هو أطفال الأنابيب- و يوجد في هذا الطبق سائل فيزيولوجي مناسب لبقاء البويضة و نموها و بعدها يضاف مني الرجل إلى الطبق مع البويضة فإذا ما لقحت تركت لتتقسم انقساماتها المتتالية خلال يومين أو ثلاثة أيام، و بعدها تعاد إلى الرحم لتنمو نمواً طبيعياً، و تولد بولادة طبيعية أو قيصرية¹⁵. و فيما يخص الأساليب الثلاثة للتلقيح خارج الجسم فهي:

1. الأسلوب الأول: و هو أن تؤخذ الحيوانات المنوية من الزوج، و البويضة من مبيض

زوجته، و يتم التلقيح في طبق الاختبار كما وضحتها سابقاً، و في الوقت المناسب تنقل البويضة الملقحة من الطبق و تعاد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة، فتعلق في جدارة

14 - شعبان الكوسي أحمد قايد: أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي. دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية. سنة 2006. ص 124
15 - بن سليمان ديبية وبن زنتي صونية، إشكالية الانجاب وفق الطرق العلمية الحديثة- دراسة مقارنة قانونية شرعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص:38-39.

ليبدأ الحمل ويستمر إلى حين الولادة. ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عاقرا بسبب انسداد قناة فالوب التي تصل بين المبيض و الرحم.¹⁶

2. الأسلوب الثاني: يجري التلقيح بين نطفة الزوج وبويضة زوجته في طبق الاختبار "طبق بتري" ثم تزرع اللقحة في رحم زوجته الثانية. ونكون بصدد هذه الحالة لما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غير صالح للحمل.

وبهذا نكون قد حددنا مجموعة من الأساليب العلمية للمساعدة الطبية عن طريق التلقيح الاصطناعي بحالاته الداخلية والخارجية¹⁷.

¹⁶ - وقد أجريت أول عملية بهذه الطريقة في 1977 لما اخذ الدكتور البريطاني "باتريك استبتو" بويضة الأم "ليزلي براون" في 1977/11/10 ووضعها في الطبق الذي حضر فيه الدكتور البريطاني الآخر "روبرت ادواردز" و بعد أن قاما بتلقيح البويضة أعادها الدكتور استبتو إلى رحم الأم "ليزلي" في 1977/11/12 و في 25 جويلية 1978 ولدت ليزلي براون أول طفلة أنبوب في العالم سميت بـ "الويز" فاتحة بذلك بابا جديدا في التناسل البشري بعد معاناة مع العقم الناتج عن انسداد قناة فالوب غير قابل للإصلاح جراحيا لمزيد من المعلومات ارجع إلى مؤلف الشيخ حسونة الدمشقي عرفان بن سليم العشا: التلقيح الصناعي أو أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب و الدين. المكتبة العصرية: بيروت. الطبعة الأولى. سنة 2006. ص 13-14.

¹⁷ - العوفي لامية، مرجع سابق، ص: 11-12

المطلب الثاني: تحديد شروط ممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب

إن التقدم المطرد للعلوم الطبية والتقنيات البيوطبية تتوصل أحيانا إلى أمور تثير إشكالات أخلاقية ودينية تصل إلى حد الجدل، وإذا جاء العلم بأي شيء جديد فلا بد أن يكون له حكم في الشريعة الغراء وهذا ما يقوم به الفقهاء سواء بالقياس، بالاستنباط وحتى بالاجتهاد. ونفس الدور يقوم به الفقهاء في أي دولة وهذا ما فرض على المشرع المغربي عند اعداد هذا القانون مراعاة خصوصيات المجتمع المغربي، وقد تم تحديد مجموعة من الشروط للجوء للمساعدة الطبية خاصة بالنسبة للزوجين (مطلب أول)، ثم حدد شروط خاصة بالنسبة للمؤسسات الصحية والمراكز الخاصة والمهنيين المعنيين (الفقرة الثانية)..

الفقرة الأولى: الشروط الخاصة بالزوجين

حدد القانون رقم 14-47 مجموعة من الشروط بالنسبة للزوجين للاستفادة من خدمات المساعدة الطبية على الإنجاب، وهي كالتالي:

الشرط الأول: حصر اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب فقط لفائدة امرأة ورجل متزوجين وعلى قيد الحياة وبواسطة أمشاج متأتية منهما فقط¹⁸، حيث لا يجوز التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما البعض إذ لا بد أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد الزواج ذلك أنه يلجا لهذه الوسيلة لتحقيق غرض من أغراض الزواج وهو التناسل، كما ترجع به العلاقة الشرعية على العلاقة غير الشرعية.

ويترتب على ذلك عدم جواز إجراء عملية التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق، الوفاة أو الفسخ أي تستبعد كل العلاقات الحرة. ولا مجال للحديث عن الزواج بين نفس الجنس (امرأتين أو رجلين) ذلك أن هذا محرم في الشريعة الإسلامية وبالتبعية حرمة كل ما يتبع ويتعلق بذلك.

وبالنسبة لعدم إمكانية التلقيح بعد وفاة الزوج فقد يظهر أن هذا الشرط لا معنى له لكن التقدم العلمي كما أوضحنا سابقا توصل إلى تجميد منى الأزواج وذلك بإيادها في بنوك المنى أين يمكن للزوجة المطالبة به وتحمل من زوجها رغم وفاة هذا الأخير أو طلاقها منه وهذا لا يمكن القول به إطلاقا في الدول الإسلامية وتم منعه في إطار القانون 14.47¹⁹.

الشرط الثاني: أن يكون هناك عجز أو ضعف في الخصوبة لدى أحد الزوجين أو كلاهما، مما يؤدي إلى فقدان القدرة على إحداث الحمل عند أحد الزوجين أو كليهما، وذلك بعد مرور اثني عشر شهرا من المحاولات المنتظمة للإنجاب بطريقة طبيعية. ولا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يتعلق الأمر بالعقم الناتج عن عدم قدرة أحد الزوجين على الإنجاب

¹⁸ -المادة 12 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

¹⁹ -العوفي لامية، مرجع سابق، ص:18

الشرط الثالث: أن يتم تلقيح المرأة بماء زوجها فعلية التلقيح تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب:²⁰ "الولد للفراش وللعاهر الحجر" بمعنى الولد للزوج وللعاهر - وهو الزاني- الرجم عقوبة على جريمته ذلك إن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين لذا من اللازم دائما في هذه الحالات أن تلقح لزوجته بذات مني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمنى غيره. فإذا كان تلقيح الزوجة من رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا ويكون في معنى الزنا ونتائجه وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعا من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به ووضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماما."

الشرط الرابع: لا يمكن اللجوء إلى المساعدة الطبية على الإنجاب إلا بناء على طلب مكتوب من الزوجين موقع عليه بصفة قانونية من طرفهما ومرفق بنسخة من عقد الزواج مصادق على مطابقتها للأصل. يحدد نموذج الطلب المذكور بنص تنظيمي²¹. وتتوقف ممارسة أية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب على موافقة الزوجين الحرة والمستتيرة. كما يجب أن يتم التعبير عن موافقة الزوجين كتابة وفقا للنموذج المحدد بنص تنظيمي بعد أن يقدم لهما الممارس، باللغة التي يتكلمان بها، جميع المعلومات المتعلقة بالمخاطر على صحة الأم وتلك المحتملة على المولود القادم وباحتمالات النجاح في الحالات المماثلة وتقدير كلفة العملية، وكذا بالإطار القانوني المنظم للمساعدة الطبية على الإنجاب²².

الشرط الخامس: يجب على الزوجين أن يشهدا كتابة بأن الممارس المعتمد قد مدهما بجميع المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة، وأن يقدما تعهدا خطيا لإبلاغ المسؤول عن الوحدة أو المركز عن وفاة أي واحد منهما أو عن أي تغيير قانوني في هويتهما أو في علاقتهما الزوجية أو في مكان إقامتهما مع الإدلاء بنسخ من الوثائق المثبتة لذلك²³.

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة بالمؤسسات الصحية والمراكز الخاصة والمهنيين المعنيين

أما بالنسبة للشروط الخاصة بالمؤسسات الصحية والمراكز الخاصة والمهنيين المعنيين، فهي كالتالي:

الشرط الأول: إخضاع المؤسسات الصحية والمراكز الخاصة والمهنيين المعنيين الإلزامية الحصول على اعتماد لممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، وفق شروط تسمح بالتأكد من:

✓ أن المؤسسات المعنية تتوفر على وحدة مستقلة، مخصصة حصريا لممارسة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، تستجيب للمعايير التقنية للإنشاء والتجهيز وكذا

20 - المادة 12 من القانون رقم 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب
21 - المادة 12 من القانون رقم 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب
22 - المادة 13 من القانون رقم 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب
23 - المادة 16 من القانون رقم 47-14 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

المعايير المتعلقة بعدد المستخدمين بهذه الوحدة والمؤهلات المطلوب توفرها فيهم، والتي سيتم تحديدها بنص تنظيمي؛

✓ أن المؤسسات الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب المعنية تستجيب للمعايير السالفة الذكر؛

✓ أن الممارسين المكلفين بإنجاز الأعمال السريرية والبيولوجية للمساعدة الطبية على الإنجاب يتوفرون على مؤهلات تضمن جودة هذه الأعمال، تحدد بنص تنظيمي²⁴.

الشرط الثاني: تقييد إنجاز التقنيات السالفة الذكر، باحترام قواعد حسن الإنجاز وبإجبارية حفظ الوثائق المتعلقة بالزوجين والحفاظ على سرية المعلومات المضمنة فيها²⁵.

الشرط الثالث: الالتزام بالشروط القانونية المتعلقة بممارسة بعض الأعمال المنجزة على الأمشاج واللوائح وعلى وجه الخصوص، التشخيص قبل الزرع وحفظ اللقاح والأمشاج واستيراد الأمشاج وتصديرها؛

الشرط الرابع: ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمتنورة والمكتوبة للزوجين المعنيين بالأمر²⁶؛

الشرط الخامس: حصر القيام بأية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب غير تلك المعترف بها قانونياً، حيث لا يمكن ممارسة أية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب ما لم يتم الاعتراف بها بصفة قانونية من قبل السلطة الحكومية المختصة بعد استطلاع رأي اللجنة الاستشارية، كما سيتم تحدد بنص تنظيمي لائحة تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب المعترف بها والتي لا يمكن أن تشمل، بأي حال من الأحوال، الممارسات الممنوعة بموجب الباب الثاني من هذا القانون.²⁷

ويتم إخضاع المؤسسات الصحية المعتمدة للقيام بالتقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب العمليات تفتيش تهدف إلى التأكد من مدى احترامها للمبادئ والشروط المشار إليها أعلاه.

²⁴ - المادة 12 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

²⁵ - المادة 12 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

²⁶ - المادة 12 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

²⁷ - المادة 12 من القانون رقم 14-47 المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب

المبحث الثاني: الإشكالات القانونية للمساعدة الطبية على الإنجاب

إن المساعدة الطبية على الإنجاب باعتبارها من الطرق غير العادية للتناسل، التي تتم عن طريق تقنيات سريرية وبيولوجية تمكن من الإخصاب الأنبوبي أو حفظ الأمشاج واللقاح والأنسجة التناسلية أو التلقيح المنوي أو نقل اللقاح وكذا كل تقنية أخرى تمكن من الإنجاب خارج السياق الطبيعي، يثير عدة إشكالات وتساؤلات مختلفة من عدة جوانب، ومن أهم هذه المسائل والتي سنتطرق إليها مسألة النسب من حيث إثباته (مطلب أول)، إمكانية طلب التلقيح في حالة رفض أحد الزوجين اللجوء للمساعدة الطبية على الإنجاب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النسب في التلقيح الاصطناعي

أولى الإسلام أهمية بالغة للنسب فجعله من مقاصد الشريعة الخمس التي حفظها الإنسان، وهو حق لله وللعبد ومن شأن هذا أن يضفي عليه هالة من القدسية والاحترام ويبعده عن ساحة الصراع والتلاعب والهوى وللمحافظة على الأنساب وما يترتب عليها من آثار، سنتطرق خلال هذا المطلب إلى نسب الطفل الناتج عن الطرق العلمية الحديثة للإنجاب في فقرة أولى على أن نتطرق لنسب الطفل الناتج عن التلقيح بعد انقضاء العلاقة الزوجية إما بوفاة أو انحلال الرابطة الزوجية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: نسب الطفل الناتج عن الطرق العلمية الحديثة للإنجاب

من المسائل التي نجمت عن تقنيات الإنجاب الحديثة مسألة مهمة تطرح في هذا الخصوص وهي مسألة النسب بين المولود وأطراف العملية خاصة وأنه يعتبر أمرا مهما جدا بكل ما يترتب عليه من آثار مالية أو غير مالية، حيث ينسب الجنين إلى أمه وأبيه بعد ولادته وذلك في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة نتيجة للمعايشة الجنسية الطبيعية²⁸، لكن في التلقيح الاصطناعي يمكن للزوجة أن تأتي بولد بغير هذه المعايشة مما يثير الكثير من المشاكل في تحديد نسب المولود إلى والديه. وحسب رأينا فإنه في الشروط التي ألزم بها المشرع الزوجين للاستفادة من المساعدة الطبية على الإنجاب، فإنها لا تثير أي إشكالات طالما أن الأمر ينحصر في الزوجين إذ أجازت الصورة الأولى من التلقيح الداخلي أين يتم فقط إدخال مني الزوج إلى فرج أو رحم الزوجة وهو يأخذ حكم نسب المولود من الاتصال الجنسي الطبيعي أي ينسب لأبيه و أمه، وكذلك الأمر في حالة التلقيح الخارجي لما يتم بين بويضة الزوجة و مني زوجها ثم تزرع اللقحة في رحمها، لكن المشرع ال مغربي اشترط إمكانية الاتصال بين الزوجين في إطار لمادة 154 من قانون الأسرة، وقد فسرها بعض الفقهاء على كون المشرع اشترط حدوث الاتصال الجنسي في حين أن المشرع أتى بها كطريقة من طرق استلحاق نسب الولد بأبيه، وهي لا تنفي وجود وسائل أخرى، فالوسائل الحديثة لحمل و الفقه الإسلامي المعاصر كما رأينا لا يشترطان ضرورة

28 - محمد المهدي، فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي، الطبعة الأولى، 2011، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر، ص 45

الاتصال الجنسي حتى يستطيع الابن التمتع بنسب أبيه فالعبرة هي بحمل المرأة من مني زوجها بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل و الذي على أساسه أبيحت بعض أساليب التلقيح الاصطناعي.

وإعمالاً للقاعدة الأصلية فإن المولود هو لصاحب الفراش الصحيح، إذ الفراش قرينة على أن الولد للزوجين وعليه فإن الزوج هو أب المولود قانوناً باعتباره صاحب الفراش إذا أقره صراحة أو ضمناً لمن سكت مع القول أن هذه القرينة ليست قطعية كما اعتبر الفقهاء تلقيح امرأة غير متزوجة بنطفة متبرع بها هو بمثابة زنى لأنه لا يوجد أي رابط شرعي بين صاحبة البويضة و صاحب المنى لذا فإن المولود ينسب للأم فقط²⁹.

أما بالنسبة للتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة فيرى الفقهاء أنه في حالة موافقة الزوج كتابة³⁰ قبل وفاته بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي لزوجته بعد وفاته و مات مصراً على ذلك فإنه يكون للزوجة أن تستمر في إتمام إجراءات التلقيح الاصطناعي بمنى زوجها دون الحاجة إلى رضا جديد من ورثة زوجها المتوفي فينسب المولود للزوج المتوفي و لا سبيل لاعتراض الورثة على ذلك، و إذا قام الزوج بإيداع مائه في أحد البنوك المخصصة لذلك قبل وفاته فذلك دليل قوي على اتجاه إرادته إلى الإنجاب من زوجته بعد وفاته و يعد هذا إقراراً منه بنسب المولود إليه و ذلك دون توقف على رضا الورثة.³¹

الفقرة الثانية: نسب الطفل الناتج عن التلقيح بعد انقضاء العلاقة الزوجية إما بوفاة أو انحلال الرابطة الزوجية

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بالفسخ أو الوفاة أو الطلاق فلا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة. إلا إذا أتت به خلال سنة من تاريخ الفراق إضافة إلى الشروط الأخرى³².

فقد تضاربت مواقف الفقه الإسلامي بشأن أقصى مدة الحمل تضاربا كبيرا بل ووقع هذا التضارب حتى داخل المذهب الواحد لكن المشرع المغربي حسم هذه المدة في سنة (المادة 154 من مدونة الأسرة)³³ وهي سنة قمرية لأن القضاء بدوره اعتمد السنة القمرية وهذا ما جاء

29 - ادريس البركاوي، مكانة البصمة الوراثية من اثبات ونفي النسب، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني أكتوبر 2019، مكتبة دار السلام، ص 68

30 - يجب أن يتم التعبير عن موافقة الزوجين كتابة وفقاً للنموذج المحدد بنص تنظيمي بعد أن يقدم لهما الممارس، باللغة التي يتكلمان بها، جميع المعلومات المتعلقة بالمخاطر على صحة الأم وتلك المحتملة على المولود القادم وباحتمالات النجاح في الحالات المماثلة. أنظر المادة 12 من القانون 47.14

31 - أكدت الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات التي عقدت بألمانيا سنة 1987 على تحريم التلقيح بعد وفاة الزوج و في حالة حدوث ذلك فلا يكون المولود ابناً شرعياً للمتوفي.

32 - نجاة العزوان: "إشكالية إثبات النسب ونفيه بالوسائل العلمية في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة عبد المالك السعدي طنجة السنة الجامعية 2005-2006 ص 11.

33 - إن آراء الفقهاء جاءت مختلفة ومتباينة فمنهم من ذهب أقصى مدة الحمل سنتين وهم الحنفية ودليل قولهم ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت "لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركه معزل"، رواه الدار قاضي 507 الجزء الثالث ويرى الشافعية أقصى مدة الحمل أربع سنين وهذا الحكم هو المشهور في المذهب المالكي

في أحد قرارات محكمة النقض: "...اعتمدت المحكمة التقويم القمري في احتساب أقل مدة الحمل بدلا من التقويم الشمسي..."³⁴.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح في هذا المقام هو متى يبدأ في احتساب أجل سنة، من بداية عملية تلقيح البويضة أو من تاريخ حدوث الحمل خاصة مع العلم أن المدة التي تفصل بين التلقيح والحمل ممكن أن تستمر مدة طويلة؟

والملاحظ أن المشرع قد استعمل في المادة 154 من مدونة الأسرة مصطلح "الفراق" أي أن أجل السنة يبتدئ من تاريخ الفراق وهذه العبارة وكما هو معلوم تشمل فسخ الزواج المجمع أو المختلف على فساد، وكذا وفاة الزوج والطلاق والتطليق وإذا كان ابتداء احتساب السنة في حالتي الوفاة والطلاق البائن لا يثير صعوبات عملية فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للطلاق الرجعي والذي من المفروض أن تبتدئ أجل السنة فيه من تاريخ انتهاء العدة لكون العلاقة الزوجية تبقى قائمة 35 والعدة قد تمتد لأكثر من سنة كما في حالة متأخرة الحيض أو التي لا تميزه عن غيره مما قد يلحق الولد الذي تأتي به الزوجة بعد أزيد من سنتين من وقوع الطلاق بالزوج وهو حكم لا يخفي شذوذه³⁶.

وفي الوقت الحاضر لا يؤيد قولاً من أقوال الفقهاء فإن الغالب أن مدة الحمل هي تسعة أشهر كما جرت العادة بذلك، وقلمنا نسمع أن امرأة ولدت لسنة أو لستة أشهر. ، فقرر المشرع المغربي في إطار مدونة الأسرة أن أقصى مدة الحمل هي سنة شمسية كاملة (365 يوماً) وذلك ليشمل جميع الحالات النادرة ولاشك أنه حكم لا يتجافى مع الشريعة الإسلامية، كما هو مأخوذ من قواعدها ومبادئها التي منها: "أن معرفة حكم الوقائع على وجهها الصحيح يرجع فيها إلى قول أهل المعرفة والنظر" والحق أن الأطباء الأخصائيين في مثل هذا الأمر هم أهل التبصر والمعرفة فيجب الرجوع إلى قولهم في ذلك. وللإشارة قد يثار تساؤل مفاده متى تحتسب أقصى مدة الحمل؟

تحتسب أقصى مدة الحمل من تاريخ انتهاء عقد الزواج وكيفما كان سبب ذلك الانتهاء طلاق أم وفاة أم فسخ³⁷ هذا التفسير هو المعتمد في الفقه الإسلامي عموماً وتبناه المشرع المغربي من خلال المادة 154 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها ما يلي:

- يثبت الولد بفراش الزوجية:

وإن كانت هناك أقوال أخرى تحدد أقصى مدة الحمل خمس سنوات وأخرى 6 سنوات و ثالث سبع(حاشية الدسوقي) جزء الثالث ص401 وخلافاً للمالكية ذهب عبد الله ابن الحكم إلى أن أقصى مدة الحمل سنة قمرية والإشارة فعبد الله ابن الحكم من أشهر كبار المالكية(ابن رشد القرطبي بداية المجتهد) ص387.

³⁴ - قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2006/1/16 الملف رقم 2005/1/2/539 تحت عدد 43 منشور بقرار المجلس الأعلى سنة 2001.

³⁵ - قرار محكمة النقض عدد 43، صادر بتاريخ 2009 ملف عدد2006/1/2/103.

³⁶ -أحمد الخليلي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية" مرجع سابق، ص 122.

³⁷ - محمد الكشور: "شرح مدونة الأسرة" م س ص 446.

- إذا ولد الولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا
- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق.

والملاحظ أن المشرع استعمل عبارة من " تاريخ الفراق" بالنسبة لأقصى مدة الحمل. أما بالنسبة للتشريع المقارن خاصة المشرع الجزائري فإنه حدد أقصى مدة الحمل في عشرة أشهر حيث تنص المادة 43 من مدونة الأسرة الجزائري على ما يلي: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". والمشرع التونسي حددها في سنة قمرية³⁸، ونفس النهج سار عليه المشرع الموريتاني³⁹.

وفي النهاية فإن من يرفع دعوى إثبات النسب ولكي يستفيد من مقتضيات التشريع التي تحدد أقصى مدة الحمل، عليه أن يحدد بدقة تاريخ وقوع الطلاق أو الوفاة بالإضافة إلى تاريخ الولادة.

أما بالنسبة لأقصى مدة الحمل ومشكلة الريبة فيه، هذه الحالة نظمتها المادة 134 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه في حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل وحصول المنازعة في ذلك يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرير استمرار العدة أو انتهائها".

يقرر المشرع المغربي من خلال النص أعلاه أن مثل هذه المرأة يجب أن تعرض على أهل الخبرة من الأطباء ذوي الاختصاص لكي يقرروا بشأن ما في بطنها وهل هو حمل أو مجرد علة.

وهنا الحل واضح يتمثل في اللجوء إلى الخبرة الطبية باعتبار أهل الاختصاص لهم القول الحاسم في مثل هذه الأمور⁴⁰ وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بمكناس في إحدى قراراتها: " .. إجراء المستأنفة الخبرة هو قرينة على ثبوت نسب البنت التي ولدت على فراش المستأنف عليه وأيضا ولدت خلال المدة المعتمدة شرعا أي ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها الأمر الذي يبقى معه الطلب الأصلي غير مقبول.."⁴¹.

³⁸ - ينص الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: " لا يثبت النسب عند الإنكار لولد لوجة يثبت عدم التلاقي بينهما وبين زوجها ولا لولد لوجة أنتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ الطلاق".

³⁹ - تنص المادة 61 من قانون رقم 052-2001 الصادر بتاريخ 19 يوليوز 2001 ويتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على ما يلي: " أقصى أمد الحمل سنة قمرية"

⁴⁰ - سنتناول الخبرة الطبية بالتفصيل في الفصل الثاني ضمن الحديث عن وسائل الحديثة لإثبات النسب.

⁴¹ - قرار عدد 229 بتاريخ 2010/1/26 (غير منشور).

المطلب الثاني: طلب التظليق في حالة رفض أحد الزوجين اللجوء للمساعدة الطبية على الإنجاب

تتوقف ممارسة أية تقنية من تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب على موافقة الزوجين الحرة والمستنيرة. كما يجب أن يتم التعبير عن موافقة الزوجين كتابة وفقاً للنموذج المحدد بنص تنظيمي بعد أن يقدم لهما الممارس، باللغة التي يتكلمان بها، لكن الأشكال يطرح في حالة عدم التوافق في اتخاذ القرارات المتعلقة باللجوء إلى المساعدة الطبية من أجل الإنجاب. سنتطرق لطلب التظليق لعدم موافقة أحد الزوجين على المساعدة الطبية من أجل الإنجاب (مطلب أول) ثم الأساس أو السبب الذي يمكن إدراج التلقيح الاصطناعي ضمنه في طلب التظليق (مطلب ثان).

الفقرة الأولى: أساس طلب التظليق لعدم موافقة أحد الزوجين على المساعدة الطبية من أجل الإنجاب

إن المبدأ الأسمى الذي ينبغي أن تتأسس عليه الحياة الزوجية قوامه التشاور، و التفاهم، و المودة، و أداء كل منهما دوره على حسن وجه، و احترام حقوق الآخر، و الحرص على خير الأسرة و استمرارها، تحقيقاً للغاية التي شرع الله تعالى من أجلها الزواج بقوله تعالى: و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينهم مودة و رحمة⁴²، فالعلاقة الزوجية من المنظور الإسلامي علاقة سكن و تسكن تنتشر فيها النفوس و تتصل بها المودة و الرحمة.

بيد أنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يكدر صفوفها و يعكر صفائها خاصة في ما يتعلق بالتشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتنظيم النسل⁴³، قد يبتلى أحد الزوجين أو كلاهما بعوائق تحول بينه وبين تحقيق غايته في تكوين الأسرة، و المتمثلة في عقم أحد الزوجين أو لعجز أو ضعف في الخصوبة مما يؤدي إلى فقدان القدرة على إحداث الحمل عند أحد الزوجين أو كليهما، وذلك بعد مرور اثني عشر شهرا من المحاولات المنتظمة للإنجاب بطريقة طبيعية، هذا ما يدفع الزوجين للتفكير في الطرق العلمية من أجل المساعدة على الإنجاب، و الأشكال يثار هنا في حالة عدم موافقة أحد الزوجين على ذلك، خاصة وأن القانون 47.14 يشترط موافقة الزوجين على ذلك و أن تكون موافقة كتابية. مما يجعل الأسرة تواجه صعوبات من شأنها أن تعصف باستقرارها.

ومما سبق فإنه يمكن القول إنه بإمكان كل من الزوجين طلب التظليق إما لرفض أحدهما إجراء التلقيح الاصطناعي أو إصراره على ذلك رغم رفضه له من الطرف الآخر، ونظرا لكون

42 - سورة الروم، الآية: 20.

43 - المادة 51 من مدونة الأسرة

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:...

التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل؛

القانون يهدف إلى ضبط وتنظيم العلاقات الأسرية من خلال حرصه على ضمان تحقيق التعايش الفعلي بين الزوجين ، فقد عمد المشرع من خلال مدونة الأسرة إلى صياغة قواعد قانونية مبسطة تيسر للزوجين إمكانية التظلم أمام القضاء ، تجسدها المقترضات المنظمة لمسطرة الشقاق.

وإذا كان الخوف من الشقاق الذي قد ينجم عن النزاع الواقع بين الزوجين، يعتبر المبرر الرئيسي لتطبيق مسطرة الشقاق، فإن المشرع المغربي لم يعرف هذا الأخير كما فعل بالنسبة للضرر (1) كما لم يحدد نماذج للنزاع المفضي إليه، ولعل هذا ما يفسر الغموض الحاصل حول المضامين الحقيقية لمسطرة الشقاق، حيث ذهب البعض إلى القول أنها تعبر مسطرة جديدة الغاية منها توسيع حالات حق طلب التظليق (2) ،

أما الشقاق فيعرف لغة من شق يشق شاقه أي خلفه و عاده، و في القرآن الكريم □ : ذلك بأنهم شاقوا الله و رسوله و من يشاقق الله و رسوله فإن الله شديد العقاب⁴⁴ ، و عرفه ابن منظور بأنه: «غلبة العداوة والخلاف ، شاقفة مشاقفة و شقاقا خلفه ، و الشقاق العداوة بين فريقين و الخلاف بين اثنين ⁴⁵، أما في الاصطلاح الفقهي و القانوني فيعرف بأنه الخلاف العميق و المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية في الحال و المال⁴⁶.

بعد هذا التحديد لكل من الشقاق و النزاع المفضي إليه ، تجب الإشارة إلى أن من مظاهر سوء فهم روح مسطرة الشقاق، كما يؤكد ذلك الواقع العلمي الذي تعكسه الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع، أن العديد من الطلبات التي تقدم بشأن التظليق للشقاق ، تجعل هذا الأخير مستوعبا لكافة الأسباب الأخرى المبررة لطلب التظليق المنصوص عليها في المادة 98 من مدونة الأسرة ، ونورد على سبيل المثال نماذج لبعض تلك الأحكام الصادرة عن بعض الأقسام قضاء الأسرة بالمملكة:

- حكم صادر عن ابتدائية الرماني بتاريخ 29 أكتوبر 2004 قضى بالتظليق للشقاق بسبب العجز الجنسي للزوج ، جاء فيه : « ... و حيث أسست الزوجة الأسباب الداعية لطلبها على كون الزوج يعاني عجزا جنسيا نتج عنه أنها لازالت بكرا رغم معاشرته لها معاشرة الزواج مما أثر على نفسية الرجل و تعذر عليها الاستمرار معه على هاته الحالة رغم مرور حوالي ثلاث سنوات على زواجهما ، وأنه أمام تخلف الزوج ونفيه أو إثباته لهاته الوقائع تعذر على المحكمة محاولة الصلح بينهما، و حيث أن الشقاق هو الخلاف العميق و المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية دون تحديد المشرع للحالات محددة

44 -سورة الأنفال، الآية: 13

45 - ابن منظور: لسان العرب، الجلد العاشر، ص: 183 .

46 - الدليل العملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، سلسلة الشروح و الدلائل 2004، ص : 81 ، كما أشار هذا التعريف محمد الشتوي في : الإجراءات الإدارية و القضائية لتوثيق عقد الزواج ، المطبعة و الوراقة الوطنية مراكش ، طبعة 2004 ، ص : 215

داخلة في نطاقه ، بل هو مفهوم واسع وعم لا يشمل حالات بعينها ، و حيث أنه بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة فإنه في حالة تعذر الإصلاح و استمرار الشقاق تحكم المحكمة بالتطليق والمستحقات طبقا للمواد 83 و 84 و 85 من المدونة ، و حيث تكون بهذه الإجراءات المتعلقة بمسطرة الشقاق قد استوفت شكلها المنصوص عليها في الفصول 94 إلى 4797. (1) »

وبذلك فلئن كان المشرع قد توخى من إخضاعه للطلاق الذي هو من حق الزوج لرقابة و إشراف القضاء ، الحيلولة دون المبالغة و التعسف في اللجوء إليه تفاديا لكل المشاكل الناجمة عن ذلك ، فإنه في ظل ما يجري به العمل بخصوص التطبيق القضائي لمسطرة الشقاق ، يكون قد فتح بابا واسعا تستطيع الزوجة من خلاله ولوج القضاء لطلب التطليق للشقاق ، والحصول عليه متى تمسكت به بناء على أسباب تتضرع بها و لو كانت تتعلق بحالات أخرى لطلب التطليق ، على اعتبار أن الشقاق يستوعبها جميعها في ظل غياب التعريف التشريعي له يحدد نطاقه و يحصر حالاته ، في حين أنه مادام أن المشرع حدد في مدونة الأسرة لكل سبب من أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 98 أحكامها و مسطرتها الخاصة بها ، فإن المنطق القانوني يقتضي أن تبادر المحكمة إلى عدم الاستجابة لطلبات التطليق للشقاق ، إلا إذا كانت مؤسسة حسب قناعتها على مبرر موضوعي و مقبول ، يكشف في عمقه عن وجود نزاع عميق و مستمر يتعذر معه استمرارية العلاقة الزوجية ، و ذلك بعد قيامها بكل الإجراءات القانونية الضرورية التي توصلها إلى هذه القناعة.⁴⁸

الفقرة الثانية: التطليق بسبب العجز أو الضعف في الخصوبة

تطرقت مدونة الأسرة بإسهاب إلى التطليق للعيب مقارنة مع باقي أنواع التطليق الأخرى حيث خصص له المشرع المواد من 107 إلى 111. فهذه المواد استلزمت بعض الشروط لقبول طلب أحد الزوجين لإنهاء الرابطة الزوجية بسبب العيب كما أنها تناولت مسألة الصداق في التطليق للعيب وأكدت في نفس الوقت الاستعانة بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض .

ولذلك يجب إثبات العيب المؤدي إلى تطليق الزوجة من زوجها بواسطة خبرة طبية، لأن استنتاج العيب يكون من اختصاص أهل العلم ولا يحق للمحكمة تقييمه وحدها بل يتعين عليها إجراء خبرة طبية بخصوصه .فالمادة 107 من مدونة الأسرة تنص على أن هناك عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاؤها - I العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية؛ - 2 الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة . يلاحظ من خلال هذه المقتضيات أن المشرع سار بخصوص العيوب والأمراض الموجبة للتطليق على غرار الفقه الإسلامي عندما عدّد العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية والتي تخص بالأساس العيوب التناسلية، سواء بالنسبة للرجل (الجب والخصاء والعنة)، أو بالنسبة

47 - حكم رقم 903 ، ملف شخصي عدد 2005/06 (غير منشور) .
48

للمرأة (الرتق والقرن والغل والإفضاء والبخر)، فهذه العيوب تمنع من الجماع وتسمى داء الفرج لدى الرجال ولدى النساء لأنها تؤثر على المعاشرة الجنسية بين الزوجين. وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة النقض إلى ما يلي: "إذا ثبت للمحكمة أن الزوج يشكو من علة لا يرجى شفاؤها وأن الزوجة لا زالت بكرًا عذراء رغم استمرار المعاشرة في بيت الزوجية بينهما لمدة ثلاث سنوات، فإن للمتضرر حق طلب التظليق" كذلك هناك عيوب مشتركة بين الزوجين تخرج عن جهازيهما التناسلي ولها علاقة بذات الزوج والزوجة، كالعيوب التي تصيب العقل (الجنون، الصرع، العته...)، والعيوب التي تصيب الجسد (كالجدام والبرص والعذيفة...) حيث يمكن للزوج غير المصاب بأحد هذه الأمراض أن يطلب التظليق للعيوب إذا كان مرض قرينه يشكل خطراً على حياته أو على صحته والذي لا يرجى الشفاء منه داخل سنة، لأنه مع وجود هذه العيوب، لا يمكن استمرار العيش مع المصاب بها إلا بضرر غير أن المحكمة لا تستجيب لطلب التظليق إلا إذا كان العيب يستعصي شفاؤها أما إذا كان العيب أو المرض يؤمل شفاؤه، فإن المحكمة تمهل للزوج المصاب أجل سنة للعلاج، فإن لم يشف طلقت عليه زوجته. ولكن مدونة الأسرة اشترطت في المادة 108 لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيوب ما يلي :

- ألا يكون الطالب عالماً بالعيوب حين إبرام العقد، فإن كان عالماً به ووافق على إبرام العقد لا يقبل طلبه.

- ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضا بالعيوب بعد العلم بتعذر الشفاء، بمعنى ألا يكون راضي بالعيوب بعد العلم بتعذر الشفاء، فإن رضي به سواء كان رضاه صريحاً أو ضمناً فلا يستجاب لطلبه⁴⁹.

أما في حالة عقم أحد الزوجين أو عجز أو الضعف في الخصوبة، حيث إن هذه المسألة تهم الزوجة، كما يمكن أن تهم الزوج ولو أن أصابع الاتهام غالباً ما تتجه إلى المرأة، خاصة في الوقت الذي كان فيه الطب غير منتشر في البلاد. فأسباب العقم متعددة تختلف باختلاف الجنس. وإذا كان التناسل من مقاصد الزواج، فإن عدم الإنجاب لا يمنع من وجود السكنية بين الزوجين وهذا ما أشارت إليه مدونة الأسرة عندما تطرقت إلى إمكانية الاتصال بين الزوجين وسكت عن إمكانية الإنجاب لإثبات النسب فراش الزوجية، وقيل إنه لو اشترط الإنجاب لما صح زواج اليانسة وإن الإنجاب غير مرتبط بشرط السلامة الجسدية للزوجين، ومع ذلك فقد روي عن الرسول عليه السلام أنه دعا إلى الزواج بالولود والهدف من ذلك هو تكثير سواد الأمة وهذا ما كان ينص عليه الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة⁵⁰، غير أن مدونة الأسرة لم تربط إنشاء الأسرة بإنجاب الأولاد، فالولادة لم تبق أمراً شخصية ومعزولاً عن الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية بل حتى السياسية والثقافية للبلاد، فمدونة الأسرة نصت على التشاور

49 - محمد الكشور الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني انحلال ميثاق الزوجية واثاره، الطبعة الثانية
50 - أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة الجزء الأول طبعة 2012، مطبعة المعارف الجديدة، ص: 75.

بين الزوجين في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل، ولكن مع ذلك، يعتبر امتناع الزوجة عن الإنجاب مع زوجها بدون عذر – كما ذهبت إلى ذلك محكمة النقض – من الأعمال التي تشكل خرقاً خطيراً للواجبات والإلتزامات الزوجية يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية وبالتالي سبباً موجباً للتطليق⁵¹،

كما أن نفس المحكمة قضت في أحد قراراتها بأن “بقاء الزوجة بكراً لعدة سنوات وهي في بيت الزوجية مع زوجها في فراش واحد يعتبر من قبيل الضرر المبرر للتطليق“. والأكثر من ذلك، ذهبت محكمة النقض إلى أن عدم اعتبار العقم من الأسباب الموجبة للتطليق يقصد به العقم الطبيعي الذي لا يقصد به الإضرار بالزوجة. أما عندما يحصل العقم بفعل الزوج وإزالته بقصد الإضرار بالزوجة الثانية حتى لا تنجب منه، فإن ذلك يعتبر إضراراً بها وبالتالي يبرر التطليق.

⁵¹ - قرار محكمة الاستئناف بتطوان رقم 06/49 الصادر بتاريخ 28/02/06 في الملف عدد 03/203. (غير منشور) .

الخاتمة:

على ضوء كل ما سبق التطرق إليه يمكن القول إن المساعدة الطبية على الإنجاب وفق الطرق العلمية الحديثة في كونها طرق دخيلة على ثقافة المجتمع المغربي وغيره من الدول الإسلامية الذي لم يعرفها إلا في السنوات الأخيرة وهو في حاجة ماسة لمعرفة أحكامها الشرعية، وقواعدها القانونية المنظمة لها وما ينتج عنها من آثار على الفرد والمجتمع، كما أن هذه العملية تحقق مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو النسل والمحافظة عليه، مساعدة الأزواج الذين يعانون مشكلة عدم الإنجاب وتمكينهم من ذلك في حدود ما يسمح بها الشرع والقانون.

إفراغ المحلات المعدة للسكنى لانتهاء مدة العقد في ضوء قانون 67.12 والعمل القضائي

سعيد البثار

باحث بسلك الدكتوراه: كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية مراكش
جامعة القاضي عياض

تقديم:

يبرم عقد الكراء لمدة محددة أو غير محددة، وينتهي عقد الكراء المحدد بانتهاء مدته دون حاجة إلى توجيه إشعار بالإفراغ، في حين أنه يمكن للمكري إنهاء عقد الكراء غير محدد المدة في أي وقت، شرط منح المكثري أجلا وفق ما يقتضيه العرف المحلي لتدبر أموره، طبقا لما هو منصوص عليه في مقتضيات الفصلين 687-689 من ظهير الالتزامات والعقود.

وقد خرج المشرع عن هذه القواعد المتعلقة بإنهاء عقد الكراء بخصوص كراء المحلات السكنية التي أفرد لها المشرع قانونا خاصا هو القانون رقم 67.12.

وإذا كان إنهاء عقد الكراء السكني غير محدد المدة لا يطرح إشكالا من ناحية ضرورة توفر سبب جدي ومشروع يبرر طلب الإفراغ، بحيث لم يعد بإمكان المكري أن ينهي عقد الكراء غير محدد المدة وقتما شاء طبقا لما كانت تسمح به القواعد العامة. فإن الإشكال لازال مطروحا بخصوص عقد كراء المحلات السكنية محدد المدة، بين ما إذا كان المشرع يأخذ بفكرة الامتداد القانوني لعقد الكراء وأنه لا ينتهي بانتهاء مدته وإنما يمدد لمصلحة المكثري خروجاً بذلك عن القواعد العامة، أم أن هذا العقد ينتهي بانتهاء مدته، وهو الإشكال الذي أثار خلافا بين آراء الفقه وتوجهات القضاء.

وسنحاول معالجة هذا الموضوع من خلال مطلبين، نتناول في أولهما (آراء الفقه وتوجه القضاء من الإفراغ لانتهاء مدة العقد) وفي ثانيهما (تحديد أسباب الإفراغ وعلاقتها بعقد الكراء محدد المدة)

المطلب الأول: آراء الفقه وتوجه القضاء من إفراغ المحلات المعدة للسكنى لانتهاء مدة العقد

سنحاول في هذا المطلب رصد آراء الفقه من مسألة الإفراغ لانتهاء مدة العقد والتعرض لتوجه القضاء بغية الوقوف على نقط الاختلاف والأساس الذي يركز عليه.

الفقرة الأولى: آراء الفقه حول مسألة الإفراغ لانتهاء مدة العقد

نجد اختلافا بين الفقه حول مسألة الإفراغ لانتهاء مدة العقد، وإن كانت أغلب الآراء تسير في اتجاه أن انتهاء مدة العقد لا تعتبر سببا لإفراغ المكتري ويناقدون ذلك تحت مسمى الامتداد القانوني لعقد الكراء لمصلحة المكتري¹.

وسنحاول التطرق إلى الرأيين معا مستعرضين أسانيد كل اتجاه

أولا: أنصار الامتداد القانوني لعقد الكراء لمصلحة المكتري

يقصد بالامتداد القانوني لعقد الكراء استمرار عقد الكراء الأصلي إلى أبعد من المدة المقررة مع بقاء العلاقة بين الطرفين -المكري والمكتري- على حالها دون تغيير في طبيعتها أو آثارها²، ومعنى ذلك أن الاتفاق المنصب على عنصر انقضاء العقد بانتهاء المدة يعتبر لغوا لا أثر له بفعل القانون³.

ويرى هذا الرأي الفقهي أنه بموجب الفقرة الأولى من الفصل 18 من ظهير 25 دجنبر 1980⁴، فإن عقد الكراء الوارد على المحلات السكنية يستمر مفعوله بدون تحديد المدة أم لا، وذلك إذا لم يقع إشعار بالإفراغ أو لم يقع تصحيحه⁵. وحسب هذا الاتجاه الفقهي، فإن هذا الفصل يؤسس لقاعدة مؤداها أن انتهاء مدة العقد، خلافا لظهير الالتزامات والعقود، لا يترتب عنه التزام قانوني من المكتري بإفراغ العين وتسليمها إلى المكرتين، أي أن الأصل في كراء المحلات السكنية هو أن تدوم بلا انقطاع إلى أن يوجد مبرر للإفراغ حتى ولو كان العقد محدد المدة⁶ وأن الحالات التي أعطى فيها المشرع الحق للمكري بأن يطلب إنهاء عقد الكراء مذكورة على سبيل الحصر⁷، ذلك أن عنصر السبب هو الذي يتحكم في الإنهاء وليس عنصر المدة⁸، وأن قدرة الإرادة على تحديد أجل لانتهاء عقد الكراء أصبحت في تراجع مستمر نتيجة للتطورات الجديدة التي طرأت على

1 - ينقسم الامتداد إلى امتداد من حيث الأشخاص وامتداد من حيث الزمن

2 - محمد الهيبي: الامتداد القانوني لعقد الإيجار السكني، مجلة القضاء المدني، عدد 6، سنة 2012، ص 56.

3 - الحسين بلحسايني: الأحكام الخاصة بإفراغ المكتري من المحلات السكنية -دراسة مقارنة- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، جامعة محمد الأول، سنة 1991، ص 54.

4 - والذي حل محله الفصل 44 من قانون 67.12.

5 - الحسين بلحسايني: م س، ص 49.

6 - محي الدين علم اسماعيل، نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط 1986، ص 56.

7 - عبدالعزیز توفيق: عقد الكراء في التشريع والقضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط 2، سنة 1996، ص 74.

8 - محمد الكشور: الكراء المدني والكراء التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، سنة 2001، ص 164.

البنية القانونية والاجتماعية لهذا العقد خصوصا في مجال أكرية المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، وهكذا لم يعد بإمكان المكري الاستناد بقاعدة انتهاء العقد بانتهاء مدته⁹.

ويستند هذا الاتجاه على عدة أسانيد منها أن المشرع خرج عن القواعد العامة الواردة في ظهير الالتزامات والعقود ووضع مقتضيات خاصة لصالح المكثري، كما أن أسباب الإفراغ أوردها المشرع على سبيل الحصر¹⁰.

ثانيا: معارضو فكرة الامتداد القانوني لعقد الكراء

نجد جانبا آخر من الفقه، يعارض فكرة الامتداد القانوني لعقد الكراء، ويرى أن عقد الكراء ينتهي بانتهاء مدته، ذلك أن شرط المدة مثل بقية شروط العقد الأخرى ملزم لطرفي العقد المكثري والمكثري، فلا يجوز للمكثري ولا للمكثري، إلا عن طريق دعوى الفسخ، أن يضع حدا لعقد الكراء قبل نهاية مدته، وليس في هذا القانون ما يفيد أن شرط المدة، الذي هو ملزم للمكثري لا محالة، غير ملزم للمكثري، كما أنه ليس في القاعدة الواردة في المادة الثامنة¹¹، التي تقرر أن عقد الكراء لا ينتهي إلا إذا وجه إلى المكثري إشعار بالإفراغ، ما يفيد أن تسبب الإشعار بانتهاء مدة العقد غير قانوني، فالفرق واضح بين إجبار المكثري على الإخلاء بمجرد أن عقد الكراء قد انتهت مدته وبين إشعاره بالإفراغ لهذا السبب¹².

ويستند هذا الاتجاه في تأكيد موقفه، على أن المشرع بتنصيبه على أن عقود الكراء لا تنتهي رغم كل شرط أو مقتضى مخالف إلا بعد الإشعار بالإفراغ وتصحيحه، أن هذا الكلام ورد في سياق استبعاد القاعدة الواردة في الفصل 687 م ط ل ع التي تقرر أن عقد الكراء ينتهي بقوة القانون بانتهاء مدته من غير ضرورة إعطاء أي تنبيه بذلك إلى المكثري، وبذلك فإن عقد الكراء لا ينتهي بانتهاء مدته ولكن بالإشعار بالإفراغ وتصحيحه من طرف المحكمة، وذلك خلافا لما تقرر القواعد العامة. فالشرط الممنوع هو الذي يقرر أن عقد الكراء ينتهي بانتهاء مدته وبدون أي إشعار بالإفراغ وتصحيحه من طرف المحكمة، أما بقية الشروط الأخرى المتعلقة باحترام التزامات المكثري التعاقدية والقانونية فهي شروط صحيحة ملزمة لطرفي العقد المكثري والمكثري بما فيه شرط المدة¹³.

9 - عبدالقادر العرعري : الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتب الثاني عقد الكراء المدني، مطبعة الكرامة 4، الرباط، ط الثالثة، 2013، ص 100.

10 - محمد الهيني : م س، ص 60 - 63.

11 - من قانون 6.79 والتي حلت محلها المادة 44 من قانون 67.12.

12 - أحمد عاصم : الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مطبعة دار النشر المغربية، ط 1996، ص 135.

13 - أحمد عاصم : م س، ص 134 - 135.

الفقرة الثانية: توجه القضاء من الإفراغ لانتهاء مدة العقد

نجد على مستوى محاكم الموضوع توجهين اثنين بخصوص الاستجابة لطلبات الإفراغ لانتهاء مدة العقد، وهو ما سنتناوله من خلال ما يلي

أولاً: انتهاء مدة العقد لا يعتبر مبرراً مشروعاً للإفراغ

يستند هذا الاتجاه على أن أسباب الإفراغ المنصوص عليها قانوناً واردة على سبيل الحصر، وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة الابتدائية بالرباط بما يلي: "حيث لئن كان عقد الكراء من عقود المدة يشكل الزمن عنصراً أساسياً ينتهي بانتهاء المدة، إلا أن المشرع استثنى عقد الكراء السكني من الخضوع لإرادة المتعاقدين في وضع حد له بقوة القانون رغم كل شرط مخالف، وحيث إن الأسباب المبررة لإنهاء العلاقة الكرائية وردت على سبيل الحصر لضمان استمرار الكراء وليس من بينها انتهاء مدة الكراء¹⁴، ونفس التوجه تسير فيه المحكمة الابتدائية بفاس حيث قضت في أحد الأحكام الصادرة عنها بما يلي: "حيث إن الأسباب المنصوص عليها في المادة 45 من قانون 67.12 جاءت على سبيل الحصر، إذ أن المشرع في المادة 48 من نفس القانون نص على أنه لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه، وحيث إن طلب المدعية المتعلقة بالإفراغ لانتهاء مدة العقد غير وارد بالمادة 45 من القانون أعلاه، مما يبقى معه طلب الإفراغ غير مؤسس ويتعين رفضه¹⁵"، ونحت المحكمة الابتدائية بمراكش نفس الاتجاه فقضت في أحد الأحكام الصادرة عنها بما يلي: "حيث أسس المدعي طلبه على انقضاء العلاقة بين طرفي الدعوى، وحيث إنه، وتطبيقاً لمقتضيات المادة 44 من قانون 67.12، رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف لا تنتهي عقود الكراء المذكورة في المادة الأولى أعلاه، إلا بعد الإشعار بالإفراغ وتصحيحه عند الاقتضاء. وأن الإشعار بالإفراغ يجب أن يستند على سبب جدي ومشروع طبقاً للمادة 45، فضلاً عن أن الإشعار بالإفراغ يجب أن يتضمن البيانات المشار إليها في المادة 46 من القانون المذكور¹⁶"، كما قضت المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء بما يلي: "حيث أسس الطرف المدعي دعواه على أساس أن عقد الكراء الرابط بينهما قد انتهت مدته، وحيث إن الثابت من عقد الكراء المشار إلى مراجعته أعلاه أنه انصب على محل مخصص للإستعمال السكني أبرم لمدة محددة في سنة واحدة تبتدئ في 10 أكتوبر 2013 و تنتهي في 09 أكتوبر 2014، بيد أن عقود كراء المحلات المعدة للسكنى لا تنتهي رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف إلا بعد إشعار بالإفراغ و تصحيحه عند الاقتضاء طبقاً للشروط المشار إليها في الظهير الشريف رقم 1.13.111 الصادر بتاريخ 15 محرم 435 (19 نونبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق

¹⁴ - قرار بتاريخ 2010/06/09، في الملف رقم 2010/03/15، أورده مبارك بوطلحة: تأملات حول المسائل الخلافية في الكراء المدني، المائدة المستديرة الخامسة حول موقف التشريع والقضاء من المنازعات المتعلقة بعقود الكراء المنظمة بمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 23 فبراير 2011، ص 83.

¹⁵ - حكم عدد 433 في الملف عدد 2015/1302/3134 بتاريخ 2016/02/04، منشور بمجلة نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس، الجزء الأول، العدد الأول، سنة 2017، ص 300.

¹⁶ - حكم عدد 149، ملف رقم 17/1302/603، صادر بتاريخ 2018/03/05، غير منشور.

بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري و المكترى للأماكن المعدة للسكنى أو للإستعمال المهني بقوة المادة 44 من هذا الظهير و هذا ما أكده المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) حاليا) من خلال ما صدر عنه من قرارات في نفس الموضوع نذكر منها القرارات عدد 1266 الصادر بتاريخ 04 ماي 1988 في الملف المدني عدد 99459 المنشور بمجلة الندوة عدد 05 – 06 و عدد 2666 الصادر بتاريخ 23 ابريل 1996 في الملف المدني عدد 1990/1645 المنشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 1998 هذا على علاوة على أن عقد الكراء لا ينتهي بانتهاء المدة كأصل عام رغم كل شرط مخالف إلا بعد الإشعار بالإفراغ و تصحيحه طبقا للشروط المنصوص عليها الظهير المذكور أعلاه أي للأسباب القانونية المحددة حصرا في المادتين 45 و 50 من نفس الظهير بقوة المادة 48 من نفس الظهير أعلاه وهي تلك المتعلقة بالإفراغ للاحتياج و هدم المحل المؤجر أو إدخال تغييرات هامة عليه متى كان ذلك ضروريا كما أن الظهير المذكور أعطى إمكانية فسخ عقد الكراء في الحالات التالية : استعمال المحل و التجهيزات المكتراة في غير ما أعدت له ، إدخال تغييرات على المحل المكترى بدون موافقة أو إذن المكري ، إهمال المحل المكترى على نحو يسبب له ضررا كبيرا ، عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار بالأداء و استعمال المكترى المحل المكترى لأغراض غير تلك المتفق عليها في العقد أو المخالفة للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون بقوة المادة 56 من نفس الظهير أعلاه و ليس من بينها انتهاء المدة مما يستخلص معه أن عقد الكراء لا ينتهي بانتهاء المدة وإنما يمتد تلقائيا و بقوة القانون لمصلحة المكترى ما دام لم يصدر منه أي مبرر قانوني يبرر الإفراغ أو توفر المكري على أسباب مشروعة محددة تبرر المطالبة بإنهاء عقد الكراء أو فسخه ذلك انه ليس مرور المدة الأصلية هو الذي ينهي العقد وإنما السبب المشروع المحدد قانونا الذي يتم على أساسه تصحيح الإشعار بالإفراغ قضاء و الحال أن مقتضيات المادة 48 من نفس الظهير أعلاه لا تسمح للمكري بطلب تصحيح الإشعار بالإفراغ إلا بناء على أحد الأسباب المحددة حصرا مما يكون معه انتهاء مدة العقد لا يعتبر سببا مشروعاً للإفراغ لحصرية الأسباب استنادا للمادتين 45 و 50 أعلاه¹⁷

ثانيا: انتهاء مدة العقد يعتبر مبررا مشروعاً للمطالبة بالإفراغ

بخلاف الاتجاه الأول، تعتبر بعض محاكم الموضوع أن عقد الكراء محدد المدة ينتهي بانتهاء مدته، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بالمحمدية بما يلي: " حيث تبين للمحكمة من خلال العقد الرابط بين الطرفين أن مدة العقد تبدأ من تاريخ 2015/05/01 وتنتهي بتاريخ 2016/05/01، وحيث طالما أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لمقتضيات الفصل 230 من ظ ل ع، فإن المدعي له الحق في عدم تجديد عقد الكراء وإنهائه في الأجل المحدد له، وأن إعلام المدعي عليه بإفراغ العين المكتراة عند حلول أجل انتهاء العقد حسب المفصل أعلاه يجعل طلب الحكم بانقضاء مدة العقد مؤسس قانونا ويتعين الاستجابة له¹⁸، وفي نفس الاتجاه سارت

17 - حكم صادر في ملف رقم 2014/22/5111، بتاريخ 2014/12/24، غير منشور.

18 - حكم عدد 191، في الملف عدد 2016/149، صادر بتاريخ 2016/10/17، غير منشور.

المحكمة الابتدائية بورزازات حيث قضت بما يلي: " وحيث إن البادي من تلمس ظاهر العقد المصحح الإمضاء بتاريخ 2013/04/02 أن المدعي أبرم مع المدعى عليه عقدا بموجبه يستغل المحل الكائن بشارع المرابطين بومالان دادس وأن هذا العقد صالح لمدة سنتين ابتداء من تاريخ 2014/04/01 وتضمن في البند السادس على أن العقد ينتهي بانتهاء المدة دون قيد ولا شرط ولا دعوى، وهو ما تراضى عليه الطرفين، وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان العقد السالف الذكر قد حدد فيه طرفاه تاريخا لانتهاء مفعوله وهو سنتين فإنه بحلول هذا الأجل في 2015/04/01 أضحى العقد منتهيا بقوة القانون وقد أشير فيه بأنه ينتهي بانتهاء مدته دون قيد ولا شرط ولا دعوى، وحيث إن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها وفقا للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، وحيث إن المدعي من خلال دعواه هذه تضمن عدم رغبته في التجديد ودعوته لإفراغ العين المكراة، وحيث إنه تأسيسا على كل ما ذكر أعلاه، فطلب الطرف المدعي يبقى مؤسس واقعا وقانونا، ويتعين الاستجابة له¹⁹، وسارت في نفس الاتجاه محكمة الاستئناف بالجديدة التي قضت بما يلي: " حيث إن المكثري التزم بعقد الكراء بإفراغ – العين المكثراة- دون قيد أو شرط متى رغب المعارض في ذلك شريطة أن يمنحه أجل ثلاثة أشهر، وحيث ثبت من مرفقات المقال الإفتتاحي أن المكثري بعث بإنذار للمكثري مانحا إياه ثلاثة أشهر من تاريخ التوصل بالإنذار وقد توصل المكثري بالإنذار ولم يحرك ساكنا، وحيث إن المكثري وباعتماد مت ذكر يكون قد اعتمد على سبب جدي ومشروع لتبرير طلب الإفراغ خاصة وأن الأسباب المشار إليها في المادة 45 من قانون 67.12 جاءت على سبيل المثال وليس الحصر²⁰، كما قضت المحكمة الابتدائية بمكناس بما يلي: " وحيث إنه ومن باب التوضيح فإن انتهاء مدة العقد يصلح سببا لإنهاء عقد الكراء لكون أسباب الإفراغ المنصوص عليها في القانون 12.67 هي على سبيل المثال لا الحصر ويتعين أن تكون موضوع إشعار بالإفراغ بدليل نص المشروع في المادة 45 على أن الإنذار "يجب أن يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل" ومن قبيل تدل في اللغة أنها على سبيل المثال²¹"

والتوجه الأخير هو الذي تؤيده قرارات محكمة النقض ومستقرة عليه، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا- أن الأسباب المذكورة في ظهير 1980/12/25 التي يمكن أن تكون موضوع الإشعار بالإفراغ وردت في هذا الظهير على سبيل المثال لا الحصر، ولذلك فانتهاج المدة المذكورة في العقد الكتابي يعتبر سببا لإنهاء عقد الكراء²².

19 - حكم صادر في الملف رقم 2015/43، بتاريخ 2016/11/03، غير منشور.

20 - قرار عدد 642، ملف عدد 2017/1302/55، بتاريخ 2017/04/17، منشور بمجلة المحامي، عدد 69، يوليوز 2017، ص 410. وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار صدر بعد النقض.

21 - حكم صادر في الملف رقم 2016/1302/88، بتاريخ 2016/05/12، غير منشور.

22 - قرار عدد 636، الملف المدني عدد 93/655، بتاريخ 1998/02/03، أورده محمد بفقير: قوانين الكراء والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، ط 2، سنة 2013، ص 205.

المطلب الثاني: تحديد أسباب الإفراغ وعلاقتها بعقد الكراء محدد المدة

حدد المشرع المغربي الأسباب التي يمكن الاستناد عليها لطلب إفراغ المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني بموجب قانون 67.12²³، خروجاً عن القواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود²⁴، لكن هل أسباب الإفراغ التي حددها المشرع تتعلق بعقد الكراء كيفما كان نوعه محدد أو غير محدد المدة أم أنها تخص فقط هذا الأخير؟ من أجل الجواب على ذلك سنحاول التطرق باقتضاب إلى إفراغ المحلات المعدة للسكنى في ظل ع في الفقرة الأولى تم في إطار قانون 67.12 في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: إفراغ المحلات المعدة للسكنى في إطار ظل ع

كان كراء المحلات المعدة للسكنى يخضع ل ظل ع، قيل أن يخصه المشرع بتنظيم خاص، وكان المشرع يميز في إفراغ المحلات السكنية بين عقود الكراء محددة المدة وتلك غير محددة المدة.

أولاً: إنهاء عقود كراء المحلات السكنية محددة المدة

طبقاً لمقتضيات الفصل 687 من ظل ع، فإن كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية.

يتبين من خلال هذا النص أنه إذا كان عقد الكراء محدد المدة، فإنه يحق للمكثري إفراغ المكثري دون حاجة إلى إشعار بالإفراغ.

ثانياً: إنهاء عقود كراء المحلات السكنية غير محددة المدة

يتميز عقد الكراء بأنه عقد مستمر، إلا أنه لا يمكن أن يستمر إلى ما لا نهاية، فإذا لم يحدد لعقد الكراء مدة زمنية ينتهي بانتهائها، فإنه يحق للمكثري، في إطار ظل ع، أن يفرغ المكثري وقتما شاء طبقاً لما ينص عليه الفصل 689 من ظل ع الذي ينص على ما يلي: "وإذا أبرم الكراء من غير أن تحدد له مدة، ساغ لكل من عاقديه أن يفسخه. ويثبت مع ذلك للمكثري الحق في الأجل الذي يحدده العرف المحلي لإخلاء المكان.

ويعطي هذا النص امتيازاً للمكثري بمنحه الحق في إفراغ المكثري في أي وقت ودون أن يستند على أي سبب، وقد كان لذلك انعكاس سلبي على استقرار المكثري في المحل المكثري، حيث قد يفاجئه المكثري في أي وقت بطلب الإفراغ رغم أنه لم تحدد للعقد أي مدة زمنية. ولم يعط المشرع للمكثري سوى الحق في أجل وفق ما يحدده العرف المحلي من أجل تدبير أمره والبحث عن محل آخر، وفي ذلك تغليب لحق الملكية على الحق في الاستقرار والسكن، الأمر الذي تطلب البحث عن

²³ - القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 الموافق 13 نوفمبر 2013.

²⁴ - الفصول 627 إلى 699.

نوع من التوازن لهذه العلاقة الكرائية عن طريق تنظيمها بنص خاص وهو ما تحقق بالفعل بدءا بظهير 1928²⁵ وانتهاء بقانون 67.12.

الفقرة الثانية: إفراغ المحلات المعدة للسكنى في إطار قانون 67.12

إن تنظيم العلاقة الكرائية بقواعد خاصة، أملت الظروف الاقتصادية والاجتماعية للسكن في المغرب وتحقيق نوع من التوازن بين المكري والمكترى من خلال توفير حد أدنى من الاستقرار للمكترى في المحل المكترى.

وقد عمل المشرع من خلال قانون 67.12 على تحديد أسباب إنهاء عقود كراء المحلات السكنية حيث نص في المادة 45 على ما يلي: " يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكترى يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل:

- استرداد المحل المكترى لسكنه الشخصي أو لسكن زوجته، أو أصوله أو فروعه المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين- إن وجدو- من الوصية الواجبة المؤسسة بمقتضى المادة 369 وما يليها من مدونة الأسرة، أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.02.172 في فاتح ربيع الآخر 13 1423 يونيو 2002

- ضرورة هدم المحل المكترى وإعادة البناء أو إدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ
- التماطل في الأداء

وتنتج عن صياغة المادة أعلاه نوعا من الغموض حول مدى ورود تلك الأسباب على سبيل المثال أم الحصر، لاسيما في ظل تنصيب المشرع في المادة 48 على أنه لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه.

ولذلك فإن بعض المحاكم تستند في رفض طلب الإفراغ لانتهاء مدة العقد على أن أسباب الإفراغ وردت على سبيل الحصر لا المثال في حين أن بعض المحاكم تستجيب لطلب الإفراغ لانتهاء مدة العقد بعلّة أن أسباب الإفراغ وردت على سبيل المثال، لذلك سنحاول مناقشة طبيعة التعداد التشريعي لأسباب الإفراغ وارتباطها بالعقد محدد المدة.

أولا: طبيعة التعداد التشريعي لأسباب الإفراغ

إن الذي أثار الكثير من اللبس حول طبيعة التعداد التشريعي لأسباب الإفراغ هو تنصيب المشرع في المادة 48 من قانون 67.12 على أنه لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا بناء على الأسباب الواردة في المادة 45 من ذات القانون.

²⁵ - الظهير الشريف الصادر في 15 من ذي القعدة 1346 الموافق 5 مايو 1928 باتخاذ أوامر وتدابير وقتية بعقود الكراء الراجعة للمساكن وما أشبهها.

إلا أن القراءة المقاصدية لهذه المادة- أي المادة 48- تقتضي قراءتها في ضوء المادة 45 ومحاولة إيجاد نوع من الانسجام والتكامل بينهما، وبذلك، ولئن نص المشرع في المادة 48 على أنه لا يمكن تصحيح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 فليس معناه حصرها في الأسباب الثلاثة التي أوردها المشرع في تلك المادة، وإنما تشمل مختلف الأسباب التي يشترط فيها فقط أن تكون جدية ومشروعة طبقاً لما تقتضيه ذات المادة، وبذلك فكل سبب جدي ومشروع للإفراغ يعتبر داخلاً في المادة 45 أعلاه ويصلح سبباً من أجل تصحيح الإشعار بالإفراغ طبقاً لما تقتضيه المادة 48²⁶.

ثانياً: مدى ارتباط أسباب الإفراغ بعقد الكراء محدد المدة؟

إن مقارنة الفقه والقضاء لإشكالية الإفراغ لانتهاؤ مدة العقد من زاوية مدى ورود أسباب الإفراغ على سبيل المثال أم الحصر سيفضي بنا، في الحالتين معاً، إلى نتائج غير مقبولة منطقاً وقانوناً.

ذلك أنه على فرض أن أسباب الإفراغ أوردها المشرع على سبيل الحصر وليس المثال، وأن شرط المدة المضمن بالعقد يعتبر لغواً ولا يعتد به، وأن العبرة بانتهاؤ العقد هي للأسباب التي حددها المشرع في المادة 45 من قانون 67.12، وأنه كلما توفر إحداها أمكن للمكري رفع دعوى تصحيح الإشعار بالإفراغ، فهذا يعني أنه يمكن للمكري، إذا توفرت أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 45، أن يطلب إفراغ المكتري ولو أن المدة المحددة في العقد لم تنته بعد، ومثال ذلك عقد أبرم لمدة ثلاث سنوات، فإنه يحق للمكري، إذا كان في حاجة إلى استرداد المحل لسكنه الشخصي..، أن يطلب إفراغ المكتري ولو بعد مرور سنة فقط، لأنه حسب هذا الاتجاه شرط المدة المحدد في ثلاث سنوات يعتبر كأن لم يكن، وهي مسألة تمس بالأمن التعاقدية للمكتري نفسه الذي اطمأن لشرط المدة المضمن في العقد. وقد قضى المجلس الأعلى سابقاً بأنه إذا كان عقد الكراء محدد المدة فإنه يلزم طرفيه إلى نهاية هذه المدة فلا يجوز لأي منهما أن يضع له حداً قبل ذلك ولهذا فلا أثر للتنبية بالإخلاء الذي يوجه بإنهائه خلال سريان مدة العقد²⁷.

في حين أن تأسيس الاستجابة لطلب الإفراغ لانتهاؤ مدة العقد، على أن أسباب الإفراغ أوردها المشرع على سبيل المثال وليس الحصر، وأن انتهاء مدة العقد يعتبر سبباً جدياً ومشروعاً إلى جانب الأسباب الثلاثة التي أوردها المادة 45 المشار إليها أعلاه. يترتب عنه أحقية المكتري في طلب الحكم له بالتعويض طبقاً للمادة 51 من قانون 67.12 التي تنص على ما يلي: "يجب على المكري في حالة تصحيح الإشعار بالإفراغ، أن يؤدي للمكتري إضافة إلى صوائر الانتقال المثبتة تعويضاً قيمته وجيبة كراء سنة حسب آخر مبلغ الوجيبة المؤدى من طرف المكتري". وهي هي نتيجة تبدو غير مستساغة وغير مقبولة.

²⁶ - سعيد البثار: دعوى إفراغ المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني في ضوء قانون 67.12 والعمل القضائي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء الفوج 42، سنة 2019/2017، ص 33.
²⁷ - قرار المجلس الأعلى عدد 573، الملف المدني رقم 77562، صادر بتاريخ 1979/10/31، أورده محمد بفقير: قوانين الكراء والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، ط 2، سنة 2013، ص 202.

لذلك نرى أن أسباب الإفراغ التي أوردها المشرع في المادة 45 المشار إليها أعلاه سواء وردت على سبيل المثال أم الحصر، إنما تخص عقود الكراء غير محددة المدة ولا علاقة لها بعقد الكراء محدد المدة.

ذلك أن المكري كان له الحق في إطار ظل ع أن ينهي عقد الكراء الذي أبرم لمدة غير محددة في أي وقت شاء دون أن يستند على أي سبب، إلا أن المشرع، وضمانا لاستقرار المكثري، حدد أسبابا يجب الاستناد عليها إذا ما أراد إنهاء عقد الكراء غير محدد المدة، أما إذا اتفق الأطراف مسبقا على مدة زمنية ينتهي خلالها العقد، فإن عقد الكراء ينتهي بانتهاء مدته ولا يلزم المكري في هذه الحالة سوى بتوجيه إنذار إلى المكثري طبقا للمادة 44 من قانون 67.12، وهو ما يدل على ذلك هو استعمال المشرع في المادة 45 من قانون 67.12 لفظ "إنهاء" بقوله: يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء.. " ومصطلح إنهاء إنما يخص عقد الكراء غير محدد المدة أما عقد الكراء محدد المدة فإنه ينتهي بانتهاء مدته، شرط توجيه إشعار بالإفراغ. ويترتب عن ذلك أنه لا يحق للمكري إنهائه قبل انصرام المدة المحددة في العقد.

وبذلك فإن المشرع، وبمقتضى قانون 67.12، خرج عن القواعد المنظمة لعقد الكراء السكني في ظهير الالتزامات والعقود من ناحيتين:

الأولى: إلزامية توجيه إشعار بالإفراغ حتى ولو كان العقد محدد المدة، خلافا لظهير الالتزامات والعقود الذي لم يشترط ذلك²⁸، وأعطى الحق للمكري في إفراغ المحل المكثري دون الحاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء، وذلك ما قضت به المحكمة الابتدائية بمكناس في أحد الأحكام الصادر عنها جاء فيه ما يلي: " وحيث إنه بالرجوع إلى الإنذار الذي وجهه المدعي إلى المدعى عليه تبين أن لم يتضمن أي أجل محدد للإفراغ كل ما في الأمر يعلمه رغم انتهاء مدة العقد لم تفرغ المحل وتوصل بالإنذار بتاريخ 2016/01/14 أي بعد مرور ثلاثة أشهر إلا 10 أيام من تاريخ انتهاء العقد، وحيث تبعا لما سلف فالإنذار مخالفا للقانون رقم 12.67 ولا يصلح البناء عليه للقول بالإفراغ مما تبقى معه الدعوى غير مؤسسة وجديرة بالرفض²⁹."

الثانية: اشتراط عنصر السبب لإنهاء عقد الكراء غير محدد المدة، بحيث لم يعد من حق المكري إفراغ المكثري في أي وقت شاء شرط تنبيه بالإفراغ كما هو منصوص عليه في ظل ع³⁰، بل يجب أن يكون هناك عنصر جدي ومشروع يبرر إفراغ المكثري.

ونرى أن هذا التفسير ينسجم مع المنطق القانوني وروح العدالة، ذلك أن عقد الكراء إذا كان محدد المدة فإن المكثري يكون على بينة من أمره وبأن مدة استقراره بالمحل مؤقتة، خلاف عقد الكراء

²⁸ - ينص الفصل 687 من ظل ع على أن كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية

²⁹ - حكم صادر في الملف رقم 2016/1302/88، بتاريخ 2016/05/12، غير منشور.

³⁰ - لأن ظل ع يشترط فقط توجيه تنبيه بالإخلاء لإنهاء عقد الكراء غير محدد المدة، ولم يشترط أن يرتكز ذلك على أي سبب.

غير محدد المدة، حيث تتجه نية المكترى نحو الاستقرار في المحل المكترى، وبالتالي يجب حمايته حتى لا يفاجأ بمزاجية المكري بطلب إفراغه في أي لحظة بدون سبب جدي ومشروع.

خاتمة:

توخينا من وراء هذه المقال مناقشة إشكال قانوني أثاره خلافا على مستوى الممارسة القضائية لمحاكم الموضوع، وقد أبرزنا ذلك من خلال مختلف الأحكام القضائية التي استعرضناها، كما حاولنا مناقشة النصوص القانونية وما تحمله و حملته من غموض، وقد توصلنا إلى نتيجة أن انتهاء مدة العقد يصلح سببا لإفراغ المكترى من المحل المكترى، وأملنا أن ينص المشرع على ذلك صراحة في أي تعديل مرتقب، إذ من شأن ذلك أن يشجع الملاك على إخراج عقاراتهم من حالة الجمود مما سيساهم لا محالة في التخفيف من حدة أزمة السكن لاسيما في المدن الكبرى كما أنه سيساهم في خلق أمن قانوني وقضائي لدى المتقاضين.

الاتفاقيات الجماعية في ضوء العمل القضائي

سكينة الحرفي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية

والاجتماعية والسياسية السويسي

جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة

إذا كانت اتفاقيات الشغل الجماعية قد ظهرت في المغرب على هامش القانون قبل صدور النص القانوني الأول في ثلاثينات القرن الماضي وهي بذلك تستجيب لرغبة واقعية، فإن الأمر يختلف الآن إذ أن الإطار القانوني يجعل الإرادات الجماعية بإمكانها أن تنتج آثارا قانونية واضحة المعالم، تنطلق من مقتضيات تفرز الأطراف، التي تنظم الحوار الجماعي بهدف الوصول إلى اتفاق.

ثم إن إرادة الدولة واضحة في تأطير اتفاقية للشغل الجماعية من طرف مجلس المفاوضة الجماعية، إذ يسهر هذا الأخير من خلال إعماله على تشجيعها والارتقاء بها باعتبارها تكون قانونا مهنيا حقيقيا، ينظم العديد من الأجراء بالعديد من المقاولات.¹

لقد عرفت مدونة الشغل المغربية اتفاقية الجماعية في المادة 104 " بأنها عقد جماعي ينظم علاقات الشغل يبرم بين ممثلي منظمة مهنية للأجراء الأكثر تمثيلا أو عدة تنظيمات وبين مشغل واحد أو عدة مشغلين، يتعاقدون بصفة شخصية أو ممثلي منظمة مهنية للمشغلين أو عدة منظمات مهنية للمشغلين، من جهة أخرى تحت طائلة البطلان أن تكون اتفاقية الشغل مكتوبة".²

في حين عرفها ظهر 17 أبريل 1957 عقد كتابي متعلق بشروط الاستخدام والشغل يبرم بين ممثلي نقابة مهنية للعمال أو عدة نقابات العمال من جهة وبين مشغل واحد أو عدة مشغلين يتعاقدون بصفة شخصية أو ممثلي نقابة أو هيئة مهنية للمشغلين أو عدة نقابات أو هيئات مهنية للمشغلين من جهة أخرى".

من خلال هذه التعاريف يتضح أن الاتفاقية الجماعية هي الوسيلة التي تنظم وتحكم علاقات الشغل وشروطها بمشاركة الأجراء.³

وتظهر أهمية الاتفاقيات الاجتماعية كوسيلة حديثة علاقات الشغل على عدة مستويات قانونية واجتماعية واقتصادية فلها أهمية قانونية إذ تعتبر بمثابة تنظيم آخر للشغل بطريقة متحضرة أخذ

¹ - محمد سعيد بناني، قانون الشغل الاتفاقيات الجماعية ص 511

² - مدونة الشغل المادة 104

³ - www.cdt.samir.ma/c.ventr.html

يعرف بالقانون الاتفاقي والاتفاقيات الجماعية تترجم مجيء أو استقلال الإرادات الجماعية للمجموعات المهنية مما يقوي دور الأطراف الاجتماعية والطباع الجماعي لعلاقات الشغل.

كما أن للاتفاقيات الجماعية أهمية اجتماعية تكمن في شعور الاجير بانه يشارك في تنظيم المؤسسة عن طريق الحوار وفي نطاق التعاون المشترك مما يسهم في استبعاد اللامساواة التي تعرفها العلاقات الفردية وبالتالي تحقيق العدالة الاجتماعية والسلم الاجتماعي.

وأخيرا تكتسي الاتفاقيات الاجتماعية أهمية اقتصادية تتمثل في توحيد علاقات الشغل وبالتالي توحيد التكلفة الاقتصادية مما يعمل على الحد من المنافسة بين المشروعات الاقتصادية.⁴

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن المشرع المغربي عالج اتفاقية الشغل الجماعية في كل من ظهير 17 أبريل 1957 وكذا مدونة الشغل الجديدة من هنا يمكن التساؤل ما هو موقف القضاء المغربي وكيف عالج اتفاقيات الشغل الجماعية.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التصميم التالي:

أولاً: تطبيقات الاتفاقيات الجماعية والقضاء

تطبق اتفاقية الشغل الجماعية على صعيد المقاوله برمتها أو على صعيد مؤسسة واحدة أو عدة مؤسسات تابعة لها وذلك على صعيد جماعة محلية معينة أو منطقة معينة أو في جميع التراب الوطني.⁵ وتدخل اتفاقية الشغل الجماعية حيز التطبيق بانتهاء اليوم الثالث الموالي لتاريخ إيداعها لدى وزارة التشغيل.⁶

وبالنظر إلى بعض الأحكام والقرارات نجد أن هناك حكم صادر عن ابتدائية مكناس بتاريخ 1997/09/30 قضى على المشغل المدعي عليها بأن تؤدي إلى الأجير عدة مبالغ عن الطرد التعسفي والإعفاء والإعلام والمحدد في مبلغ 3521 درهم إذا استؤنف هذا الحكم المذكور استئنافاً أصلياً من طرف الأجير واستئنافاً فرعياً من طرف المشغلة. إذا أصدرت محكمة الاستئناف بمكناس قرارها بقبول الاستئناف الأصلي ورفعت التعويض المحكوم به إلى مبلغ 146.864.16 درهم بحيث تعتبر أن الطرد الذي تعرض له الأجير طرداً تعسفياً بعلّة أنه لم تقع إحالة على المجلس التأديبي للمؤسسة كما تنص على ذلك اتفاقية الشغل الجماعية.

وعلى إثر هذا القرار قامت المشغلة بالطعن فيه بالنقض أمام محكمة النقض إذا ارتكز طعنها على كون القرار قد خرق وأساء تطبيق وتأويل الاتفاقية الجماعية الخاصة بمستخدمي الأبنك المؤرخة في مارس 1978 والتي تشكل شروطها سريعة الطرفين منها الفصول من 29 إلى 42 من هذه

4 - محمد البناي، قانون الشغل والاتفاقيات الجماعية، ص 288

5 - المادة 111 من مدونة الشغل

6 - المادة 114 من مدونة الشغل

الاتفاقية وخرقا للفصل 230⁷ من ق الع وخرقا للفصل 345 من ق م وفساد التعليل الموازي لانعدامه وعدم الارتكاز على أساس.

لكن باستقراء اتفاقية الشغل الجماعية تبين أن الأجير بإمكانه أن يطلب عرض وضعيته على المجلس التأديبي لإبداء رأيه الاستشاري بخصوص الطرد وذلك عندما يقع إشعاره بالطرد وبالتالي فإحالة الأجير على المجلس التأديبي ليس التزاما ملقاة على عاتق المؤسسة البنكية المشغلة مع العلم أن الأجير عند ما توصل برسالة الطرد لم يطالب عرض وضعيته على المجلس التأديبي.

وبالتالي فالقرار الاستئنافي أساء تطبيق⁸ الاتفاقية المشار إليها وخرقا للفصل 230 من ق.ل.ع لكون أحكام تلك الاتفاقية تشكل شريعة الطرفين".

لذلك، قضت⁹ محكمة النقض بنقض إبطال القرار الاستئنافي وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى.

وفي قرار آخر تحت عدد 899 لسنة 2007¹⁰ الذي اعتبر قيام المشغل بفضل الأجير مباشرة دون أخذ رأي المجلس التأديبي كما تقضي بذلك الاتفاقية الجماعية يعد طردا تعسفيا.

وبالتالي يتبين لنا أن المحكمة حينما يطرح أمامها نزاع شغل فإنها تقوم بتطبيق أحكام اتفاقية الشغل الجماعية ذات العلاقة بموضوع لنزاع وحينما تسيء تطبيقها تعدد محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون إلى نقض ذلك القرار وإحالته من جديد على نفس محكمة الموضوع مصدرة القرار.

وفي قرار صادر عن محكمة النقض تحدد عدد 788 لسنة 2005 حيث طالب ضابط الملاحه التجارية البحرية بالتعويض عن الإشعار والإعفاء استنادا للاتفاقية الجماعية التي هي بمثابة عقد جماعي بين الأجير وزملائه والمشغلة وهي تقوم مقام القانون يجب تطبيقها.

ثانيا: إنهاء الاتفاقية الجماعية على ضوء القضاء

نصت المادة 115 من مدونة الشغل على أنه: "يمكن إبرام اتفاقية الشغل الجماعية لمدة محددة، أو لمدة غير محددة أو لمدة إنجاز مشروع معين". والمشرع كان واضحا بشأن اتفاقية الشغل المحددة

7 - الفصل 230 من ق ل ع " الالتزامات التعاقدية على وجه صحح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون"

8 - تنص المادة 109 من مدونة الشغل على أنه: " تضمن اتفاقية الشغل الجماعية الأحكام المتعلقة بعلاقات الشغل ولا سيما:

1.

2.

3. شروط وأنماط تشغيل الأجراء وفصلهم على ألا تتطوي الأحكام المقررة في هذا الشأن على ما يمس حرية الأجير، فاختيار النقابة التي يرغب في الانتماء إليها"

9 - قرار محكمة النقض عدد 963 المؤرخ في 2002/11/19 ملف اجتماعي عند 2001/1/5/164

10 - قرار محكمة النقض عدد 899، 3 أكتوبر ملف عدد 2006/1/5/1449، النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى العدد 19 دجنبر 2008، مطبعة الأمنية الرباط ص 21

المدة أو المبرمة لمدة إنجاز مشروع معين بحيث جعل طبقاً للفقرة الأولى من المادة 119 من م. ش. المدة المحددة أن لا تتجاوز ثلاث سنوات والأخرى أي المشروع أن تضل قائمة أثناء مدة إنجاز المشروع إلى حين انتهاء منه¹¹. وبالرجوع إلى القضاء نجد يتفق المنهج الذي سار عليه المشرع خاصة بالنسبة للإنتهاء اتفاقية الشغل الجماعية إذ في هذا الصدد يؤكد القضاء من خلال القرار رقم 3123 الصادر في 28/12/18 "حيث لا يجوز إنهاء اتفاقية الشغل المبرمة إلا بانتهاء المدة المحددة لها أو إنهاء المشروع المعين..."¹².

وللتفصيل أكثر في الإنهاء سنقف عند كل من إنهاء اتفاقية الشغل المحددة المدة والمشروع المعين تم إنهاء اتفاقية الشغل الغير محددة المدة.

1. إنهاء اتفاقية الشغل الجماعية المحددة المدة والمشروع المعين:

قد تبرم اتفاقية الشغل الجماعية كما سبق الذكر إما لمدة محددة أو من أجل إنجاز مشروع معين وفي كلتا الحالتين فإن الإنتهاء ينبغي أن يتم بانقضاء المدة المشار إليها في الاتفاقية أو بانقضاء مدة إنجاز المشروع المعين، وبالطبع إن إنهاء هذا الأخير يؤدي إلى اختفاء الامتيازات التي جاءت بها الاتفاقية لكن إذا كان المشرع حاول عند تحديده الحد الأقصى جعل العلاقة الشغل مستقرة في ضل ديمومة الاتفاقية سواء من أجل مدة معينة أو إنجاز مشروع معين فإن الإنهاء قبل التاريخ المحدد أو مدة إنجاز المشروع قد يطرح عدة إشكاليات¹³.

فإذا كان من الممكن لأحد الأطراف إنهاء أو فسخ اتفاقية الشغل الجماعية المحددة المدة في الحالة التي لا ينفذ فيها الطرف الآخر التزاماته فإن هذا الإنهاء قد يعتبر تعسفياً.

وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة الاستئنافية بالدار البيضاء تحت عدد 3569 "حيث أن الإنهاء يجعل المشغل يتحمل مسؤولية الإنهاء التعسفي للعلاقة الشغل الجماعية ولو أن الأجير امتنع عن القيام بالتزامه ما دام أن هذا الالتزام غير وارد في الاتفاقية..."¹⁴.

هذا فيما يخص الإنتهاء أما بالنسبة لآثار إنتهاء الاتفاقية الجماعية المحددة المدة والمشروع المعين فالمشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 119 من مدونة الشغل على أنه "تضل آثار اتفاقية الشغل الجماعية المحددة سارية المفعول بعد حلول أجلها، شأنها في ذلك شأن الاتفاقية غير المحددة المدة" والملاحظ أن المادة 121 كانت أكثر دقة إذ نصت صراحة على أنه إذا حل أجل اتفاقية الشغل الجماعية أو أنهيت، احتفظ الأجراء بالاستفادة مع المنافع التي اكتسبوا بها بموجب تلك الاتفاقية ومن تم يمكننا القول أن مقتضيات المادة 119 و 121 يكمل بعضها البعض.¹⁵

11 - محمد سعيد بناني م س ص: 585

12 - قرار رقم 2123 في الملف الاجتماعي منشور في مجلة القضاء والقانون عدد 145

13 - محمد سعيد بناني م س ص: 583

14 - قرار عدد 3569 بتاريخ 1990/09/30 ملف اجتماعي منشور في مجلة القضاء والقانون عدد 33 ص: 86

15 - عبد الحليم النوري الاتفاقيات الجماعية للشغل في المغرب الطبعة الأولى مطبعة النجاح ص: 358

وفي ظل حديثنا عن الانتهاء اتفاقية الشغل الجماعية المحددة المدة فإن هذه الأخيرة يمكنها أن تنص على إمكانية التجديد لمدة أخرى مماثلة أو أقل أو أكثر شريطة أن لا تتجاوز الثلاث سنوات وفي حالة عدم النص على ذلك فإن آثار الاتفاقية الأصل تبقى سارية المفعول بعد الأجل ما لم يبرم اتفاق جديد فردي كان أو جماعيا ينص على منافع أفيد لصالح الأجير وهذا ينسجم مع مقتضيات المادة 113 من مدونة الشغل.¹⁶

2. انتهاء اتفاقية الشغل الجماعية غير المحددة المدة:

إن اتفاقية الشغل الجماعية لمدة غير محددة يمكن إنهاؤها من طرف الأطراف الموقعة أو أحد الأطراف المنظمة ويتسم الإنهاء في هذه الحالة بآثار مضرّة بالأجراء كما لا بد أن يتم وفق مسطرة معينة تنتهي بتخلي آخر منظمة مهنية في الاتفاقية غير المحددة المدة.

أ. مسطرة الإنهاء

عندما نصت الفقرة الأولى من المادة 116 من مدونة الشغل على إمكانية الإنهاء بإرادة أحد الطرفين فإنها تجعل هذا الحق مخول للمشغل وللممثل للأجراء على السواء حتى وإن كنا قد نتصور بان ذلك قد يحصل من طرف المشغل فقط باعتبار الإنهاء يترك آثار اتفاقية الشغل الجماعية قائمة.

والمشرع أولى اهتماما أكبر بشأن مسطرة الإنهاء في اتفاقية الشغل الجماعية غير المحددة المدة اعتبارا منه بأنه لا ينبغي ترك الحرية الكاملة لمسطرة نابعة عن إرادة الطرفين، وأول مقتضى ينبغي احترامه هو الأجل المنصوص عليه في المادة 116 وهو شهر على الأقل أي شهر قبل التاريخ المحدد لإنهاء اتفاقية الشغل الجماعية غير المحددة المدة¹⁷ وفي هذا الصدد جاء في قرار صدر بتاريخ 98/5/27 "حيث أن المحكمة كانت على صواب حيث صرحت أن إنهاء الاتفاقية الجماعية للشغل تستوجب إتباع مسطرة إنهاء خاصة يتحدد أجلها في شهر، وأنها في سلطة تقدير الحجج الموكلة إليها اعتبرت انه ليس من بين وثائق الملف ما يثبت أن الطاعة طبقة المسطرة المذكورة دون أن تزعم هذه الأخيرة تحريف المحكمة الوثائق التي أدلت بها".¹⁸

من جهة ثانية المادة 116 أبرزت بوضوح الأطراف الواجب إشعارها بنية الإنهاء إذ نصت على أنه: يجب تبليغ إنهاء اتفاقية الشغل الجماعية إلى جميع أطرافها وإلى كتابة ضبط المحكمة المعنية، وإلى السلطة الحكومية المكلفة بالشغل وذلك قبل التاريخ المحدد لإنهاؤها بشهر على الأقل... لكن ما يلاحظ هنا أن المشرع لم يتحدث عن الكتابة في تبليغ النية في الإنهاء يعترها شرط أساسي للإثبات. وفي هذا المنحى سار القضاء حينما لم يرتب في إحدى قراراته أي جزاء على عدم الإعلام بالإنهاء كتابة.¹⁹

¹⁶ - محمد سعيد بناني م س م: 584.

¹⁷ - محمد سعيد بناني م س ص: 586.

¹⁸ - قرار عدد 51132 ملف اجتماعي منشور في مجلة المحاكم المغربية عدد 25 ص: 67.

¹⁹ - عبد الحليم النوري م س ص: 384.

ب. تخلي أخر منظمة مهنية في اتفاقية الشغل الجماعية غير محددة المدة

إن الأثار الجسيمة للإلغاء الاتفاقية الجماعية لشغل تقتضي احترام مقتضيات شكلية تم التنصيص عليها في المادتين 116 و117 من مدونة الشغل.

لقد نصت المادة 117 على أنه "... اتفاقية الشغل الجماعية محددة المدة لا تنتهي إلا بتخلي أخر منظمة نقابية من المقتضيات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا أو أخر مشغل من أولئك المشغلين، أو أخر منظمة مهنية للمشغلين من تلك المنظمات عن الاتفاقية...."

وعموما هذه المادة تقرر بأنه لا يمكن للأطراف أن يجعلوا من اتفاقية الشغل الجماعية اتفاقية هشّة إذ لا يسمح لطرف واحد من الموقعين أن يجعل من إنهاؤها دمارا تاما للاتفاقية ما دامت الفقرة الأولى من المادة 117 تجعل الإنهاء مرتبطا بتخلي أخر منظمة نقابية من المنظمات النقابية لأجراء الأكثر تمثيلا أو أخر مشغل من أولئك المشغلين أو أخر منظمة مهنية للمشغلين²⁰ وفي هذا الإطار أقر القضاء نفس المبدأ من خلال قرار رقم 923 الصادر بتاريخ 90/11/19 في الملف حدد 93242" تكون المحكمة على صواب حين استخلاص في نطاق سلطتها انه لم يتم الإنهاء من طرف أخر منظمة مهنية..."²¹

وحتى تصبح الاتفاقية منتهية ينبغي أن تقوم كل منظمة مهنية أي أخر منظمة بعد تخليها عن الاتفاقية بتبليغ قرار الإنهاء على الأطراف الأخرى هذا من منطلق) المادة 118 من م ش التي تنص على أنه : يترتب على إنهاء اتفاقية الشغل الجماعية من طرف منظمة نقابية الأكثر تمثيلا أو منظمة مهنية للمشغلين إنهاؤها بقوة القانون بالنسبة لجميع الأعضاء المنتمين إلى تلك المنظمة النقابية للأجراء أو المنظمة المهنية للمشغلين رغم كل اتفاق مخالف²² وفي الأخير نشير على أنه يمكن لباقي المنظمات النقابية للأجراء والمنظمات بدورها خلال العشر أيام الموالية لتوصلها بقرار الإنهاء وهذا يفيد أن الاتفاقية الجماعية لا تنتهي آثارها إتباع المقتضيات المسطرية الرامية إلى تخلي أخر منظمة مهنية وينبغي أن يكون ذلك بصفة واضحة إبعادا لأي لبس أو غموض بشأن الأطراف المنهية للاتفاق.²³

خاتمة

وفي الأخير يمكن القول أن تجربة الاتفاقيات الجماعية أدلت على أنها الوسيلة الناجعة التي تجعل علاقات الشغل تسير في ونام يعود بالنفع على الأطراف الاجتماعيين وعلى الاقتصاد الوطني، لذلك يتعين العمل على نمو الاتفاقيات الجماعية، خصوصا وأن بلادنا دخلت في عهد جديد من التغطية الصناعية والفلاحية وأكدت على الاختيارات الليبرالية الشيء الذي سيعمل على الزيادة في إنشاء المؤسسات الاقتصادية.

20 - محمد سعيد بناني م س ص:588

21 - قرار رقم 923 في ملف عدد 93242 بتاريخ 90/11/19 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 138 ص:240

22 - المادة 118 من مدونة الشغل

23 - المادة 177 من مدونة الشغل

"الأساس القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية"

مصطفى القاسمي

باحث بسلك الدكتوراه، القانون الخاص
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

-الملخص:

تتناول الدراسة موضوع التكييف القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية، وذلك بتسليط الضوء على اختلاف في وجهة النظر على مستوى الفقه والتشريع المغربي والمقارن حول تحديد الأساس القانوني الذي يكرس لحق على الدولة التركة الشاغرة، الذي يتنازع اتجاهين : الأول محتواه أنه حق من حقوق الإرث، فالدولة وارث من لا وارث له، وثانيهم أنه حق مستمد من سيادتها على الإقليم لكونها دولة موقع المال الشاغر.

-Abstract :

The study examined the issue of the legal Characterization of the state's right to the international vacant inheritance, by highlighting a difference in the point of view at the level of Moroccan and comparative jurisprudence and legislation on defining the legal basis that enshrines the state's vacant inheritance right, which is contested in two directions : the first is its content that it is a right of inheritance rights. The state is the inheritance of those who do not have it is a right derived from its sovereignty over the region, as it is the state of the vacant money.

مقدمة

لقد أدى تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية إلى قيام معاملات و علاقات قانونية مختلفة الجوانب بين رعايا الدول، بحيث أصبح الأجنبي عضواً في مجتمع دولة الإقامة، ومن المخاطبين بأحكامهما وقوانينها، وهو الأمر الذي ساهم في بروز ما يطلق عليه بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي أو علاقات خاصة الدولية بين الأفراد، إذ أضحت تثير العديد من المشاكل القانونية على مستوى منظومة القانون الدولي الخاص، لعل أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق على مؤسسة الموارث الدولية أو التركات الدولية العابرة للحدود، بحيث إذا اتحدت جنسية الموروث والوارث مع وحدة عناصر التركة على مستوى إقليم الدولة الواحد، فإن ذلك لا يثير صعوبات عملية في تصفيتها ويعفي من متاهات الخوض في آليات تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع.

لكن على نقيض ذلك يزداد الأمر صعوبة عندما تكون عناصر التركة موزعة على دول مختلفة، كأن تكون أموال التركة موجودة في إقليم إحدى الدول الأجنبية، أو تكون جنسية الموروث مختلفة عن جنسية الوارث، إذ في مثل هذه الحالات نكون أمام فرضية ميراث دولي عابر للحدود أو بالأحرى تركة دولية تتضمن عناصر ذات صلة وثيقة بأكثر من نظام قانوني وطني واحد، يستوجب على القاضي الناظر في النزاع اللجوء إلى قاعدة الإسناد وإعمال آليات تنازع القوانين للكشف عن قانون الدولة الواجب التطبيق على تصفية التركة، والذي بطبيعة الحال قد يكون إما قانون جنسية الموروث، أو قانون موقع المال، أو الإقامة الاعتيادية، أو الموطن، أو قانون الإرادة.

بل إن الأمر يزداد تشعباً حول تحديد الجهة التي تؤول إليها التركة التي يخلفها المتوفى بدون مستحق لها، خالية من الورثة، إذ إن المبدأ هو أيلولة التركات الشاغرة الدولية إلى الدولة، ولكن أي دولة؟ أهي الدولة تقع على إقليمها المال؟ أم هي الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق الميراث؟

تلکم الأسئلة أعلاه جعلت من موضوع التركات الشاغرة الدولية محل نقاش وخلاف في وجهة النظر على مستوى الفقه والتشريع المغربي والمقارن حول تحديد الأساس القانوني الذي يكرس لحق الدولة التركة الشاغرة.

فهل الحل القانوني المكرسة في منظومة القانون الدولي الخاص المغربي والمقارن تستوعب الإشكالات القانونية التي تطرحها التركات الشاغرة الدولية؟

وإن تقييمنا لمسلك المشرع المغربي والمقارن حول الإشكالات القانونية التي تطرحها التركات الشاغرة الدولية، سيكون من خلال تسليط الضوء على الطبيعة القانونية لحق الدولة عليها مع استجلاء موقف التشريعات المقارنة (المحور الأول)، في حين سنتركز الدراسة في المرحلة الثانية على تحليل ونقد توجه المشرع والقضاء المغربي حول الأساس القانوني لأيلولة التركة الشاغرة

لبيت المال، مع رصد الإجراءات المسطرية المتبعة لحيازتها سواء كانت المملوكة للأجانب على إقليم المملكة المغربية أو المملوكة للمغاربة الهالكين بالخارج (المحور الثاني).

المحور الأول: الطبيعة القانونية لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية يرجع فيها إلى التكيف الأولي، الذي يتم وفقا لقانون القاضي¹، وذلك من أجل تقرير أيلولة التركة الخالية من الورثة إلى الدولة، سواء كانت هي دولة موقع المال²، أو الدولة التي يحددها القانون الواجب التطبيق على الميراث، وهو الأمر الذي أثار نقاشا فقهيًا حوله بين مؤيد ورافض ومنتقد (الفقرة الأولى)، بحيث كان له تأثير على مواقف التشريعات المقارنة من حق الدولة على التركات الشاغرة في ترجيح كفة معيار حق السيادة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التكيف القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية

يتنازع التكيف القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة اتجاهين: الأول محتواه أنه حق من حقوق الإرث، فالدولة وارث من لا وارث له (أ)، وثانيهم أنه حق مستمد من سيادتها على الإقليم لكونها دولة موقع المال الشاغر (ب).

أ- تكيف قانون القاضي لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية بأنه حق سيادة

إذا كيف قانون القاضي حق الدولة على التركة بأنه حق مستمد من سيادتها على الإقليم³، فإن التركة الشاغرة تؤول إلى الدولة التي توجد بها⁴، دون الرجوع إلى مقتضيات القانون الوطني للهلك الواجب التطبيق على الميراث بمقتضى قاعدة الإسناد، بحيث تعد ملكية الدولة لهذه التركة ملكية سياسية تستند إلى القواعد الأمرة بالسيادة التي تطبق بشكل مباشر على جميع التركات الشاغرة دون مراعاة قانون الدولة التي كان يتمتع بجنسيتها الموروثة أو ديانتها⁵.

¹ - التكيف هو عملية فنية ذهنية متعلقة بتحديد الوصف القانوني للعلاقة القانونية محل النزاع، المشوبة بعنصر أجنبي، وذلك أجل معرفة قاعدة الإسناد الوطنية، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث يعتبر من المبادئ الراسخة في القانون الدولي الخاص إسناد الاختصاص في التكيف لقانون القاضي المطروح أمامه النزاع، الذي يقصد به القانون الوطني لكل دولة من الدول، بما يتضمنه من مختلف الطوائف والتقسيمات والنظم القانونية، فضلا عن فروعه المختلفة كالقانون المدني، والقانون التجاري، وقانون الأحوال الشخصية.

² - **يونس صلاح الدين علي:** القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2016، ص 114.
³ - عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1965 ص 353.

⁴ - يقصد بقانون القاضي هو قانون الدولة المختصة محاكمها بتصفية التركة طبقا لقواعد الاختصاص الدولي، حيث جرت العادة أن تكون محكمة موطن أو محل إقامة الهالك، وهي محكمة محل افتتاح التركة، وقد تكون أيضا محكمة الدولة التي يقع على إقليمها التركة العقارية الموروثة، يمكن الرجوع هنا على سبيل المثال إلى الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية المغربي الذي يسند الاختصاص في تصفية التركة إلى محل افتتاح التركة.

⁵ - فؤاد رياض سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1974، ص 304.

⁶ - محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 1992، ص 409.

بحيث يؤدي تكييف حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق مستمد من السيادة إلى تملكها وحيازتها متى كانت التركة موجودة على إقليمها ، بغض النظر عن جنسية الهالك سواء كان يحمل جنسيتها أم أجنبي عنها⁶، وبالتالي لا يحق للدولة الأجنبية للهالك أن تطالب بملكية هذه التركة بوصفها وارثة تأسيساً حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق ميراث، كما لا يحق لدولة الهالك على إقليمها، الحامل لجنسيتها، المطالبة بأموال التي خلفها خارج إقليمها.

وفي حقيقة الأمر أن الدولة ليست وارثة، إنما تضع يدها على هذه الأموال باعتبارها لا مالك ولا مستحق لها، و أن الدولة التي توجد فيها تلك التركة أحق من الدولة التي يحمل المورث المتوفى جنسيتها، لأن هذا المال تحقق بفضل و برعاية الدولة التي توجد فيها تلك الأموال، و يؤول إليها بحق السيادة حتى و لو صرح قانون دولة المورث المتوفى بخلاف ذلك في ظل ما هو مستقر عليه القانون الدولي أن سيادة الدولة تمتد إلى كل ما على إقليمها من أموال وتصرفات وأشخاص، و عادة توجد معاهدات للتعاون القضائي ما بين الدول لتنظيم مثل هذه الحالات و إجراء التحويلات بالعملة الوطنية وأحياناً الإعفاء من الضريبة⁷.

ب-تكييف قانون القاضي لحق الدولة على التركة الشاغرة الدولية بأنه حق ميراث

المتفق عليه فقهما وتشريعياً أن قاعدة الإسناد المتمثلة في ضابط الجنسية توجب تطبيق القانون الوطني لدولة الهالك على تصفية التركة، ما لم تكون تشير إلى تطبيق قانون دولة الإقامة الاعتيادية أو قانون الموطن أو قانون الإرادة، بحيث إذا كيف قانون القاضي حق الدولة على التركة بأنه حق ارث، تأسيساً على أن الدولة وارثة لمن لا وارث له ، فإن تملك الدولة التركة الشاغرة يكون بسند القانون الواجب التطبيق على الميراث، الذي على أساسه تؤول التركة الشاغرة إلى الدولة التي ينتمي إليها الموروث بجنسيته وقت وفاته⁸.

ونتيجة لذلك يؤدي تكييف حق الدولة في تركة من لا وارث له، بأنه من حقوق الإرث التي تخول لها الحق في الاستحواذ على التركات التي يخلفها مواطنوها على إقليمها ، وأيضاً التي يخلفونها في الخارج⁹، بالإضافة إلى التركات الشاغرة التي يخلفها الأجانب على نفس الإقليم، لاسيما إنها لن تستطيع ممارسة حقها السيادي على إقليم دولة أجنبية، ما لم تكون تتبع نفس الأساس القانوني،

⁶ - فؤاد محمد عبد المنعم رياض: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 44.

⁷ - ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش : القانون الدولي الخاص والمقارن الإصدار الأول، مطابع الأرز، عمان، الأردن، 1998 ، ص 1.

⁸ -فؤاد رياض سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1974، ص 304.

⁹ - فؤاد محمد عبد المنعم رياض: م.س.ذ، ص 446.

وبالتالي تكون في مركز وارث لمن لا وراث له من مواطنيها خارج إقليمها ، ومن ثم لا يمكنها أن تنتازل عن الشركة¹⁰.

ثانياً: نظرية التكييف حق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية وفقاً لقانون القاضي بين مؤيد ورافض

لم تسلم نظرية تكييف حق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية وفقاً لقانون القاضي من النقد والرفض، لاعتبارات مفادها بأن التكييف اللاحق ليس من اختصاص قانون القاضي (أ)، غير أن ذلك لم يمنع جانب من الفقه أن يؤيد تحديد الطبيعة القانونية لأيلولة الشركات الشاغرة الدولية للدولة وفقاً لقانون القاضي (ب).

أرفض تكييف حق الدولة على الشركات الدولية الشاغرة وفقاً لقانون القاضي

إن الرجوع في تكييف حق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية إلى قانون القاضي يعتبره بعض الفقه المصري والفرنسي مخالف للصواب¹¹، سيما أن الغرض من التكييف الذي يرجع فيه إلى القانون القاضي هو الوصول إلى اختيار قاعدة الإسناد المناسبة لتعيين القانون الواجب التطبيق على الشركة، والذي يجب الرجوع إليه في التكييفات اللاحقة أو الثانوية، وذلك باعتبار أن هذه التكييفات لا تدخل في مجال اختصاص قانون القاضي الذي لا تتجاوز صلاحيته عند تطبيقه حدود التكييف الأولي لمؤسسة الميراث، لأجل تحديد القوانين الواجبة التطبيق على تصفية الشركة.

طبعاً إذا كان القانون الواجب التطبيق -قانون الدولة التي يحمل الهالك جنسيتها- لا يعتبر الدولة الأجنبية ذات حق في الإرث، فلا يجوز حقاً توريثها، إذ العمل بغير ذلك يعد مخالفاً لأحكام لقانون الأجنبي، وأيضاً لقاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيقه.

ونتيجة لذلك يتعين حينئذ أيلولة الشركة الشاغرة إلى دولة القاضي الناظر في النزاع أو دولة موقع المال لكون أموال الشركة توجد في هذه الدولة، في حين إذا كان قانون الدولة الأجنبية الواجب التطبيق يعتبرها وارثة، فإنه يكون من غير الصواب رفض توريثها، إذ إن القاعدة المكرسة في قانون موقع المال تمنح لدولة التي توجد الشركة على إقليمها الحق عليها، بمقتضى ما لها من سيادة، بحيث لا تطبق إلا إذا لم يكون هناك وارث، حيث أنه في تطبيقها يفترض تطبيق كاملاً لقواعد القانون الواجب التطبيق الذي يحدد الورثة.

¹⁰ - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي: حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 571.

¹¹ - بدر الدين عبد المنعم شوقي: تكييف حق الدولة على الشركات الشاغرة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1978، ص 113.

صفوة القول أن تكييف القاضي لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية بأنه مستمد من سيادتها، مسألة لا تناقش إلا بعد الفراغ من إعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والتحقق من أنه لا يعتبر الدولة الأجنبية من الورثة¹².

ب- تأييد تكييف حق الدولة على التركات الشاغرة الدولية وفقاً لقانون القاضي

دفاعاً عن إعمال نظرية التكييف وفقاً لقانون القاضي في تحديد الطبيعة القانونية لأيلولة التركات الشاغرة الدولية للدولة، اعتبر جانب من الفقه أن قاعدة الإسناد عندما تسند إلى قانون جنسية المتوفى مسألة تعيين الورثة، فإنه لا يتمتع بمطلق الصلاحية في تملك التركة إلى الشخص بل تتدخل القواعد والمبادئ العامة الواردة في قانون القاضي في تبيان معنى الإرث.

حيث أنه إذا كان قانون القاضي يكيف حق الدولة على التركة الشاغرة الدولية، بأنه حق إرث، وجب حينئذ تطبيق القواعد الموضوعية المباشرة الواردة في قانون جنسية الهالك التي تقرر أيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة دون إعمال آلية التكييف الثانوي،¹³ بينما إذا كان قانون القاضي يكيف حق الدولة على أنه مستمد من سيادتها انحصرت فكرة الإرث في أيلولة تركة الهالك إلى أشخاص القانون الخاص، دون أشخاص القانون العام-الدولة.¹⁴

وعموماً فإن سبب الاختلاف في التكييف بين مؤيد ورافض يبقى هو وجود قصور في القانون الدولي الخاص، محتواه عدم وجود قاعدة إسناد مستقلة تحكم التركة الشاغرة الدولية، فإذا وجدت فإن الصعوبة ستبقى في مسألة التكييف الأولي، حول ما إذا كانت تركة شاعرة أم ميراث، حيث جرت العادة أن يكون وفقاً لقانون القاضي المختص بتصفية التركة استناداً إلى قواعد الاختصاص القضائي الدولي.¹⁵

12 - وفي هذا الشأن أبدت محكمة النقض البلجيكية وجهة النظر هذه في حكم لها صادر في 82 مارس 1952، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في وفاة شخص سويدي الجنسية عن أموال منقولة في بلجيكا بدون أن يترك وصية أو قارب، بحيث قام النزاع بين السويد والتي يكون قانونها حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق ميراث، وبين بلجيكا والتي يكيف قانونها على أنه حق سيادة، وقد قضى الحكم المطعون فيه باستحقاق دولة السويد للتركة المنقولة الشاغرة على إعتبار أن القانون السويدي هو الذي يحكم الميراث باعتباره قانون جنسية المتوفى وفقاً لقاعدة الإسناد البلجيكية، يكيف حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق ميراث، وقد طعن في ذلك الحكم على أساس أن المادة 768 من القانون المدني البلجيكي التي تكيف حق الدولة على الأموال التي لا وارث لها بأنه حق سيادة، وبالتالي تكون من نصيب بلجيكا، غير أن محكمة النقض البلجيكية قضت برفض الطعن وأيدت حكم محكمة الموضوع المطعون فيه على أساس أن الميراث يخضع لقانون الأجنبي - وهو القانون السويدي- فيجب تطبيق هذا القانون للقول بما إذا كانت هناك تركة من عممه، والقانون السويدي هنا يكيف حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق ميراث، وبالتالي تعتبر السويد وريثاً للمتوفى ويحق لها الحصول على التركة، ولا ينطبق القانون البلجيكي إلا عند مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام والقانون السويدي في هذه الحالة لا يتعارض من النظم العام في بلجيكا.

13 يقصد بالتكييف الثانوي التكييف اللاحق الذي يتم وفق للقانون الواجب التطبيق على تصفية التركة الذي هو قانون الدولة التي يحمل الهالك جنسيتها على خلاف التكييف الأولي الذي يكون وفق قانون القاضي الناظر في النزاع.

14 - مصطفى منصور مصطفى، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة دون بوسكو، دار المعارف، سنة 1997، ص 271.

15 - إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، مركز الأجناب وتنازع القوانين، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1991-1992، ص 498.

الفقرة الثانية: الأساس القانوني لحق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية في التشريعات المقارنة

تذهب العديد من التشريعات المقارنة إلى إخضاع الشركة التي لا وارث لها لقانون موقع المال، بما تشمله من عقارات ومنقولات، تحت تبرير بسط سيادتها الإقليمية، نوجز من بينها :

المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1996، حيث جاء الفقرة الثانية من الفصل 54 بأنه "..... وإذا لم يسند القانون المنطبق على الشركة أملاكاً كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإن هذه الممتلكات تؤول لدولة التونسية"¹⁶.

القانون المدني العراقي في المادة 22 التي تنص على أن " الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية و لو صرح قانون دولته بخلاف ذلك".

وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 181 التي تنص على أنه "إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة و غير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة".

وقانون الموارث المصري رقم 77 لسنة 1943 في المادة 4 التي تنص على أنه "إذا لم يوجد أحد من هؤلاء(أي الورثة و من في حكمهم) آلت الشركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة".

وفي القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1949 نصت في المادة 29 بأنه " إذا كان وفقاً للقانون الوطني للمتوفى- لا يوجد وارث قادر على تلقي الشركة أو كانت تلك الشركة ستؤول إلى مصلحة الضرائب بصفتها وارثاً قانونياً، فإنه يحل محل ذلك قانون كل دولة يوجد فيها أموال المتوفى وقت موته"

والقانون السويدي الصادر في 5 مارس سنة 1938 الخاص بالموارث في المادة 11 حيث جاء فيها " أيلولة الأموال الموجودة في السويد إلى الدولة ولو كان قانون جنسية المتوفى يقضي بأيلولتها إلى دولة هذا المتوفى".

القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 في المادة 22 التي نصت على أنه "عند انعدام الورثة تؤول الشركات الموجودة في تركيا إلى الدولة".

كما كرس القانون المدني الفرنسي نفس التوجه في المادة 17,809¹⁷.

¹⁶ - وبطبيعة الحال هذا ما تقتضيه أحكام القانون الداخلي ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه "إذا لم يوجد آلت وريثة التي الشركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة، باعتبار تلك الأموال شاغرة (مال سائب) واستيلاء دولة أجنبية على مال يقع في تونس ولو كان سائبا يتعارض من النظام العام لأن حق الدولة في إمتلاك المكاسب التي لا مالك لها والموجودة داخل إقليمها وجه من أوجه ممارسة سيادتها على ذلك الإقليم. اللافي مبروك : شرح مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المغاربية للطبع والنشر و الإشتهار، الطبعة الأولى، نوفمبر 2003، ص 471.

¹⁷ - « La succession est vacante :

وهذا قد تبنى نفس التوجه مشروع مؤتمر القانون الدولي الخاص المنعقد في لاهاي سنة 1928 ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أنه "الأموال الموروثة لا تؤول للدولة التي توجد على إقليمها إلا إذا لم يكن هناك من له حق إيصائي أو مستحق للإرث بغض النظر عن الدولة التي يكون قانونها مطبقا على التركة".¹⁸

وصفوة القول أن تبني معظم التشريعات المقارنة لحق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق مستمد من السيادة ، هو السبب في بقاء قضية التركة الشاغرة مطروحة في إطار القانون الدولي الخاص ، وذلك لأنه لو اتبعت الدول جميعها تكييف حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه من حقوق الميراث، لا ترتب عنه زوال الخلاف، حيث إنه إذا وجد ورثة لا توجد تركة شاغرة، بالإضافة إلى أن اعتبار حق الدولة على التركة الشاغرة حقا سياديا يتلافى و العيوب التي يطرحها أساس اعتبار حق الدولة على التركات الشاغرة بأنه حق ميراث.¹⁹

إذ إن إتباع الأساس السيادي يؤدي إلى المحافظة على النظام العام في الدولة، ويراعي مصالحها الاقتصادية، من خلال تملك التركات التي لا وارث لها والواقعة على إقليمها سواء تخلفت عن وطنيين أم أجانب، كما تحتفظ لنفسها بحق ثابت في التركات الأخرى الواقعة على إقليمها، والتي تؤول إلى دول أخرى تعتنق الأساس الإرثي، وذلك بما تفرضه من ضرائب على التركات.²⁰

في حين تأخذ بعض من التشريعات المقارنة القليلة والنادرة بالأساس القانوني المكرس لحق الدولة على التركة الشاغرة كحق ميراث، بحيث تنتقل تركة المتوفى بما تشمله من أموال منقولة وغير منقولة إلى الدولة التي يحمل جنسيتها، ونذكر هنا على سبيل المثال القانون الدولي الخاص الروماني لسنة 1994 في المادة 67²¹.

وأما على مستوى الاجتهاد القضائي المقارن، فلقد كرس القضاء البلجيكي أحقية الدولة في تملك ميراث من لا وارث له، تأسيسا على حق الميراث ، وذلك في أحد اجتهاداته الصادرة عن محكمة النقض في بلجيكا بتاريخ 28 مارس 1952 حيث أقرت باستحقاق دولة السويد لتركة مورث توفي

1- *Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu.*

2- *Lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession.*

3- *Lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la Succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse ».*

إن حق الدولة على التركة الشاغرة كرسه الفقه و القضاء الفرنسي على أنه حق سيادة تمارسه عليها في حدود إقليمها، فالدولة لست وارثة ، وبالتالي منه نستخلص بأن التكييف بناء على حق الميراث ينبغي أن يستبعد، و أن الأملاك الشاغرة تؤول إلى الدولة التي تتواجد فيها، و ليس إلى دولة آخر موطن للمتوفى:

Pierre Mayer: *Droit international privé*, 4e éd, éd Montchrestien, paris, 1990, p 600-601.

¹⁸ - Loussouarn : *revue critique de droit international privé*, 1953, p 137.

¹⁹ - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي: *حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص*، مرجع سابق، ص 575.

²⁰ - نفس المرجع السابق، ص 576.

²¹ - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي: *حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص*، مرجع سابق، ص 573.

في بلجيكا دون وارث، على أساس أن القانون السويدي الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد البلجيكية، يكيف حق الدولة في هذه الحالة على أساس كونه وارثاً²².

ولا ريب فيه أن تبني معظم التشريعات المقارنة لقاعدة حق الدولة على الشركة الشاغرة بأنه حق مستمد من السيادة هو السبب في بقاء قضية الشركة الشاغرة مطروحة في إطار القانون الدولي الخاص، فلو أن الدول جميعها اعتبرت حق الدولة على الشركة الشاغرة بأنه من حقوق الميراث لازالت إشكالية تنازع التكييفات في مسألة حق الدولة على الشركات الشاغرة، حيث أنه إذا وجد الوارث لن تكون هناك شركة شاغرة²³.

غير أن اعتبار حق الدولة على الشركة الشاغرة حقا سياديا يؤدي إلى المحافظة على النظام العام في الدولة، ويراعي مصالحها الاقتصادية، لأنها تتملك الشركات التي لا وارث لها و الواقعة على إقليمها، سواء خلفها وطنيين أم أجنبيا²⁴.

المحور الثاني: الأساس القانوني لحق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية في القانون المغربي

يقتضي تبيان الأساس القانوني لحق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية في القانون المغربي دراسة وتحليل مجموعة من النصوص القانونية المتفرقة التي تناولته بصفة مباشرة وغير مباشرة، مع تسليط الضوء على اجتهادات قضائية لأجل استنباط توجه القضاء المغربي في تكيف حق الدولة على الشركات الشاغرة (الفقرة الأولى)، كما أن حيازة الشركات الشاغرة المملوكة للأجانب على إقليم المملكة المغربية أو فوق إقليم دولة أجنبية في ملكية للمغربي يتم وفق مساطر وإجراءات إدارية وقضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق الدولة على الشركات الشاغرة الدولية في التشريع والقضاء المغربي

بالعودة إلى منظومة القانون الدولي الخاص المغربية في شأن ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب لسنة 1913 يتضح جليا أن المشرع المغربي اكتفى بوضع قاعدة إسناد تخص تحديد القانون الواجب التطبيق على انتقال الشركات الدولية، بحيث جاء الفصل في الفصل 18 منه: "يخضع توارث المنقولات والأصول الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب لقانون الدولة التي ينتسب إليها الموروث في ما يعود إلى تعيين الورثة والترتيب الذي يرثون بمقتضاه، والأنصبة العائدة إلى كل واحد منهم والمقادير التي يتعين عليهم إرجاعها إلى الشركة والمقدار الذي يجوز للموروث أن يتصرف به على وجه الوصية والمقدار الذي يجب حفظه للورثة . وتنطبق القاعدة نفسها على صحة الوصية الذاتية وأثارها".

²² - فتحة لعطر: أساس انتقال الشركة الشاغرة إلى الدولة في الزواج المختلط فقها وتشريعا، المجلة النقدية الجزائرية للمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية العدد، سنة 2017، ص 411.

²³ - مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي: حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 571.

²⁴ - نفس المرجع السابق، ص 576.

ولما كانت المسألة فيها فراغ تشريعي على مستوى منظومة القانون الدولي الخاص المغربية، فإن التنظيم القانوني لمال التركات الشاغرة للمواطنين في منظومة قوانين الموضوعية و المسطرية الداخلية ن كان صريحاً²⁵، مؤداه تكريس حق الدولة على التركة الشاغرة باعتباره حق سيادي لا حق إرث، حيث جاء في الفقرة الأولى من الفصل 267 من م م م على أنه " إذا كانت الدولة مؤهلة عند انعدام وارث معروف للإرث.."

حيث أنه بالوقوف عند تفسير بنود الفصل أعلاه يتضح أنه يحمل أكثر من دلالة في قصده، إذ أن الدولة تكون مؤهلة في حيازة تركة الشاغرة عند انعدام وارث معروف للإرث، وذلك عندما ينص:

أ- القانون الداخلي للدولة المغربية المنظم للموارث-مدونة الأسرة المغربية- على أيلولة تركة الشاغرة الهالكين من مواطنيها إلى خزينتها العامة.

ب- القانون الأجنبي للهالك -يحمل جنسية دولة أجنبية- على أيلولة الأموال الشاغرة المملوكة لمواطني الدولة، خارج إقليمها إلى دولة موقع المال-أي الدولة المغربية.

وفي هذا الشأن كرست مقتضيات مدونة الأسرة المغربية في المادة 349 من القسم الخامس المعنون الإرث بطريق التعصيب حق الدولة المغربية على التركات الشاغرة المملوكة للمواطنين المغاربة، حيث جاء في متنها " بيت المال إذا لم يكن هناك وارث، حيث تتولى السلطة المكلفة بأمالك الدولة حيازة الميراث. فإذا وجد وارث واحد بالفرض رد عليه الباقي، وإذا تعدد الورثة بالفرض، ولم تستغرق الفروض التركة رد عليهم الباقي حسب نسبهم في الإرث".

إن المقتضيات القانونية الواردة في المادة 349 أعلاه تخص فقط التركات الشاغرة إلي خلفها المغاربة أو الأجانب في إطار مؤسسة الزواج المختلط، استناداً إلى مقتضيات المادة 2 من مدونة الأسرة التي تحدد نطاق الشخصي لسريان مقتضيات المدونة على الأشخاص، والتي لم يرد بها أن نطاق سريانها يمتد في التطبيق على الأجانب في تصفية تركاتهم، وإنما يحكم ذلك قانونهم الوطني طبقاً للفصل 17 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب.

كما أن مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه " كل ما لم يرد به نص في المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف."

وحيث بالرجوع إلى فقهاء المالكية فإنهم ذهبوا إلى القول بأن بيت المال يكون وارث لمن لا وارث له، وقد استدلل القائلون بتوريث بيت المال، ما روى عن المقدم بن معد يكرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه

²⁵ - صدرت منذ عهد الحماية عدة قوانين من بينها ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالمسطرة المدنية في منطقة نفوذ الحماية الفرنسية الذي خص التركة الشاغرة بثلاثة فصول من 524 إلى 526 تحت عنوان المقدمين على التركات التي ليس لها وارث، حيث عرف الفصل 524 التركة الشاغرة على أنها تلك التي لا يتقدم للمطالبة بها عند افتتاحها أي وارث بشخصه أو بواسطة وكيل عنه، أو إذا تنازل الورثة الحاضرون أو المعروفون عن حقوقهم فيها.

وأرث...²⁶، والرسول (ص) إنما يرث من لا وراث له باعتباره قائما على مصالح المسلمين، فيكون ذلك دليلا على ميراث بيت المال²⁷،

غير أن المقتضى أعلاه لا يتجاوز نطاق تطبيقه التركات الشاغرة التي يخلفها الأجانب المسلمين والقول بخلاف ذلك يصطدم مع القاعدة الشرعية القائلة "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"، وهو المقتضى المكرس في المادة 332 من مدونة الأسرة المغربية التي جاء فيها "لا توارث بين مسلم وغير المسلم.."، وبطبيعة الحال ولأن اختلاف الدين مانع من الإرث، فإن الأموال التي تؤول إلى بيت المال تطبق عليها أحكام الميراث وتسري عليها القاعدة الشرعية أعلاه.

ومما لا شك إن تبيان دلالات ومقاصد الفصل 267 أسوة بباقي النصوص ذات الصلة من ق م م، في الأسطر أعلاه، يدفعنا إلى استنباط نتيجة مفادها أن الدولة المغربية لا يجوز لها أن تحوز تركة شاغرة لأجنبي إلا إذا أهلها قانونه الوطني بحيازتها.

وأمام غياب سند قانوني صريح في المنظومة القانون الدولي الخاص المغربي حول أيلولة التركة الشاغرة المملوكة لأجانب لبيت المال بالمغرب فانه بالرجوع إلى الدورية المشتركة عدد 07/7/7 بتاريخ 07 شتنر 2007 صادرة عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الداخلية، العدل، المالية و الخوصصة، والتشغيل والتكوين المهني متعلقة بالمسطرة التي يجب إتباعها في تصفية تركات وتعويزات المغاربة المتوفين بالخارج، تنص المادة 12 منها في فقرتها الأولى " إذا كان الأمر يتعلق بتركة لا وارث لها إلا بيت المال، فيجب أن تتم تصفيتها وفقا لقواعد القانون الدولي، ما لم تكن بين البلد المتوفى به الهالك، والمملكة المغربية اتفاقية تنص على مبدأ المعاملة بالمثل، أو كان المبدأ جاريا به العمل بين البلدين".

ولذلك فان أيلولة التركة الشاغرة المخلفة على إقليم المملكة يكون وفقا لتصور الآتي:

أولا : بحيث يتم تصفيتها وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص تبعا القصد أسفله المستنبط من ألفاظ المادة أعلاه:

- أيلولة التركة الشاغرة إلى بيت المال بالمغرب متى كان القانون الوطني للأجنبي الهالك يأخذ بحق الدولة عليها تأسيسا على حق السيادة لا حق إرث.

- أيلولة التركة الشاغرة للمملوكة للمغاربة المقيمين بالخارج إلى بيت المال بالمغرب، متى كان قانون الدولة الموجودة الأموال على اقليهما، تأخذ بحق الدولة على الإرث أساسه حق ارث.

²⁶ - رواه أحمد أبو داود وابن ماجه، وكذلك أخرجه النسائي والحاكم وابن حبان وصححه وحسنه أبو زرة الرازي: محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار، الجزء الثاني، الناشر مصطفى الحلبي، سنة 1971 ص 62 وما بعدها،
²⁷ - بدر الدين عبد المنعم شوقي، تكييف حق الدولة على التركات الشاغرة، ص 97.

ثانيا: بحيث يتم تصفيتهما وفقا لمبدأ المعاملة للمثل:

- إذ تؤول التركات الشاغرة المملوكة لأجانب فوق إقليم المملكة إلى بيت المال بالمغرب، على أن تؤول التركات الشاغرة المملوكة للمغاربة الهالكين بالخارج إلى دولة موقع المال وذلك إعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل تشريعيا في الوضع الذي يكون فيه مكرس على مستوى اتفاقية الثنائية أو واقعا إذا كان جاريا به العمل بين البلدين.

وتبعاً لذلك إذا كان بيت المال بالمغرب هو المستحق للتركة فإن الإدارة المكلفة بأمالك الدولة هي التي تتولى حيازة الميراث²⁸.

غير أن ذلك لا يمنع من تمديد التطبيق للقواعد الأمرة الدولية الواردة في مدونة الأسرة على العلاقات العابرة للحدود بغض النظر عن القانون الأجنبي المختص بالتطبيق²⁹، وهو الأمر الذي ينطبق على مقتضيات الفصل 349 من مدونة الأسرة أعلاه، وان كان يعوز إعماله في التطبيق هو غياب سند قانوني ينظم بصريح العبارة حدود تطبيق القواعد الأمرة الداخلية على منازعات القانون الدولي الخاص.

وأما على مستوى الاجتهاد القضائي المغربي:

ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط - وهي تبت في طعن ضد أمر استعجالي صادر عن السيد رئيس المحكمة الإقليمية بطنجة بتاريخ 1962/06/30 في الملف عدد 17188 - في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 1993/5/27 رقم 3805، ملف عدد 1299/80 إلى تكريس حق الدولة على التركات الشاغرة الدولية، بأنه حق سيادي حيث جاء في منطوق القرار "...وبعد أن أصبح أندري

28 - المادة 12 من دورية المشتركة عدد 07/70/7 بتاريخ 07 ستمبر 2007 صادرة عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الداخلية، العدل، المالية و الخوصصة، والتشغيل والتكوين المهني متعلقة بالمسطرة التي يجب إتباعها في تصفية تركات وتعيوضات المغاربة المتوفين بالخارج.

29 - القواعد الأمرة الدولية أو ما يسمى بالقواعد البوليس والأمن هي التي تكون واجبة التطبيق على الروابط القانونية التي تدخل في نطاق سريانها، أيا كانت طبيعتها وطنية أم دولية، وهي ترمي بذلك إلى تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني للمجتمع القاضي، حيث أن هذه الاعتبارات تقتضي تطبيق هذه القواعد مباشرة دون أن يسبقه أي بحث في طبيعة العلاقة، كما يتطلب ذلك منهج قاعدة الإسناد.

ولقد ظهرت هذه القواعد مع مطلع القرن العشرين في ظل المذهب الاشتراكي نتيجة تطور الفكر السياسي والاقتصادي، وبفضل تزايد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وسن العديد من القوانين التوجيهية الأمرة التي لا تفرق في تطبيقها بين العلاقات الداخلية أو الدولية، وهو ما أدى إلى ظهور منهج قواعد البوليس والأمن على مستوى القانون الدولي الخاص إلى جانب منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد المادية في فض منازعات العلاقات الدولية الخاصة. وقد انتهى جانب من الفقه إلى ضرورة اعتماد المعيار الوظيفي أو الموضوعي للكشف وتقييم قاعدة قانونية بأنها ترقى إلى مصاف قواعد بوليس والأمن تطبيق على النزاعات الداخلية و الدولية الخاصة دون تفرقة، بعد أن خلصوا إلى عدم كفاية معيار الغاية أو الهدف، وكذلك المعيار العضوي والمادي، فقام هذا المعيار عليهما معا تبعاً للوظيفة التي تؤديها القواعد في النظام القانوني الذي تعد جزء منه.

- مصطفى القاسمي: واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة ملود لمين دباغين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف، العدد الثاني مارس 2020.

باجيس وارثا عاما وحيدا، وحاز أموال تركة الهالكة أرملة لاندي ثم بعد ذلك توفي دون أن يترك بعده وارثا، فإن تركته أصبحت شاغرة تمتلكها الدولة المغربية لما لها من صفة السيادة على ترابها وعلى كل الأملاك الموجودة عليها بدون مالك...³⁰.

وهو نفس المنحى كرسته المحكمة الإقليمية بطنجة في قرار رقم 3804 صادر بتاريخ 93/5/27 في ملف عدد 80/1305-79/1149 حيث من بين ما جاء في حيثيات القرار ".. وحيث إنه بالإضافة إلى ما ذكر فإن صفة الدولة المغربية وحققها في تلقي التركات الشاغرة للأجانب على اختلاف جنسياتهم وعقائدهم يجد سندهم في الفصلين 267 و 268 من قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974، لذلك يبقى ما أورده السيد (أ) من دفع بهذا الخصوص لا أساس له ويتعين رده.

وحيث دفع السيد (م.أ) كذلك، أن الدولة المغربية باعتبارها مسلمة يمنعها الشرع الإسلامي من تلقي ارث غير المسلم، وهو دفع مردود، ذلك أن المقتضيات القانونية التي تقرر حق الدولة في تلقي تركة شاغرة، بغض النظر عن عقيدة صاحب التركة هو حق دائم على مبدأ السيادة كعنصر غير ديني لتبرير حق الدولة في تركات الأجانب الشاغرة، هذا المبدأ كرس منذ القرن 19، وتنبته العديد من الدول، وعلى رأسها فرنسا، التي كانت حامية للمغرب، وتنازلت الدولة الفرنسية لفائدة الدولة المغربية عن حقها في أخذ في أخذ تركة شاغرة بمقتضى الحكم الصادر عن المحكمة الإقليمية بطنجة بتاريخ 1963/3/5، كما أن القانون المغربي تبنى المبدأ المذكور في الفصول 267 و 268 من قانون المسطرة المدنية³¹.

كما كرس المجلس الأعلى نفس المسلك في قرار رقم 542 المؤرخ في 1996/07/04 ملف إداري عدد 96/1/5/77 حيث من حيثياته ".... الدفع بكون الفصلين 267 و 268 من قانون المسطرة المدنية لا يطبقان إلا في حالة الشغور تركة مسلم توفي على أرض المغرب والحال أن الأمر يتعلق بأجنبي فرنسي الجنسية غير مسلم لا يمكن بتاتا أن ترثه الدولة المغربية وقد أكد ذلك علماء الفقه وخصوصا الشيخ خليل الذي يقضي بان التركة الشاغرة لغير مسلم حر يؤدي الجزية ترجع لأهل دينه من عشيرته.. انعدام صفة الطاعن في إثارة هذا الدفع لأنه ليس من أهل الهالك.

حق الدولة في تلقي تركة شاغرة -بغض النظر عن عقيدة صاحب التركة، حق قائم على مبدأ السيادة كعنصر ديني لتبرير الدولة في تركات الأجانب الشاغرة...تعليل محكمة الاستئناف كان كافيا وسليما وما استدلت به الطاعن غير مؤسس...رفض الطلب"³².

30 - عبد السلام الشمانتي الهواري: الحماية القضائية لعقارات الأجانب من الاستيلاء، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، سنة 2018، ص 156.

31 - عبد السلام الشمانتي الهواري: الحماية القضائية لعقارات الأجانب من الاستيلاء، مرجع سابق، ص 205.

32 - عبد السلام الشمانتي الهواري : الحماية القضائية لعقارات الأجانب من الاستيلاء، مرجع سابق، ص 209.

ونتيجة لذلك، يتضح أن المشرع المغربي قد اكتفى بتنظيم السند القانوني الذي تؤول بناء عليه التركات الشاغرة التي يخلفها المواطنين إلى خزينة الدولة في الفصل 349 من مدونة الأسرة، كقاعدة موضوعية، مع أفراد قواعد قانونية تنظم الإجراءات المسطرية لتصفيتها وحيازتها في الفصول 267 و 268 من قانون المسطرة المدنية، حيث أن مقتضيات الفصلين المذكورين لا يشكلان سند قانوني صريح لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية، وإنما هي إجراءات المسطرية تطبق بعد أن تكون مؤهلة بموجب قاعدة إسناد لتملك التركات الشاغرة في منظومة القانون الدولي الخاص المغربي.

وعلى نقيض ذلك فإن توجه الاجتهاد القضائي في إعطاء الوصف القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية كان على أساس حق السيادة التي تمارسها الدولة على مجموع ترابها، بحيث تكون مالكة من لا مالك له بغض النظر عن جنسيته أو ديانته.

ومؤدى ما جاء ذكره حول توجه المشرع المغربي والاجتهاد القضائي في إعطاء الوصف القانوني الذي بمقتضاه تؤول تركات الأجانب الشاغرة إلى الدولة المغربية، أنه أضحي يتعين سد الثغرة القانونية وصياغة نص قانوني ينظم الأساس القانوني لحيازة الدولة التركات الشاغرة الدولية، ولما لا الأخذ بالاتجاه التشريعي الراجح في القانون المقارن، و الذي يؤسس لفكرة حق الدولة على التركة الشاغرة استنادا إلى حق السيادة الإقليمية، باعتبارها صاحبة السيادة على الأموال التي لا وارث لها، بحيث تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الدولية الكائنة بإقليم المملكة المغربية، والتي يخلفها المتوفون عن غير وارث أيا كان جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم. مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ المعاملة بالمثل،

الفقرة الثانية : مسطرة حيازة الدولة التركات الشاغرة الدولية

تتم تصفية التركات الشاغرة المملوكة للأجانب فوق إقليم المملكة لفائدة أملاك الدولة وفق إجراءات مسطرية تجد سندها في قانون المسطرة المدنية (أولا) في حين يتم تصفية التركات الشاغرة التي يخلفها المغاربة بالخارج استنادا إلى الدورية المشتركة الداخلية بين عديد من الوزارة من جهة، ومن جهة أخرى يتم إعمال الاتفاقيات التعاون القضائي الثنائية لتسهيل عملية التصفية لفائدة الإدارة المكلفة بأملاك الدولة (ثانيا)

أولا: مسطرة حيازة التركات الشاغرة المملوكة للأجانب على إقليم المملكة المغربية

إن الإجراءات المسطرية لحيازة الدولة التركات الشاغرة المملوكة للأجانب تمر عبر قنوات إدارية وقضائية، حيث تبدئ بالمرحلة الأولى عندما يبلغ إلى علم السلطة المحلية لمكان الوفاة أمر تركة شاغرة بدون وارث، يتم إخطار بها وكيل الملك مع بيان المتروك على وجه التقريب، على أن يقوم وكيل الملك بإحالة طلب على رئيس المحكمة لاتخاذ المتعين بشأنها في إطار إختصاصه الولائي الموكل له لإصدار أوامر المبنية على طلب استنادا إلى مقتضيات الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية، حيث يقوم بتعيين كاتب ضبط لإحصاء الأموال والقيم المتروكة، مع إمكانية

إصدار أمر استعجالي بناء على مقتضيات الفصل 149³³، يعين فيه نفس كاتب الضبط قيما على الشركة إن كانت لها أهمية لحرستها³⁴.

وبالطبيعة الحال توكل إلى كاتب ضبط مهمة وضع الأختام عن الحاجة³⁵، حيث يحرر محضر يثبت فيه مختلف العمليات التي أوكلت له من طرف رئيس المحكمة لحفظ الشركة.

وفي الفرض الذي تكون فيه الأموال تشتمل على عناصر قابلة للتلف استؤذن رئيس المحكمة في بيعها بالكيفيات المقررة لبيع منقولات القاصر، حيث توضع الأموال الناتجة عن هذا البيع بعد خصم المصاريف بصندوق الإيداع والتدبير³⁶.

يلبها إخطار وكيل الملك حينئذ إدارة الأملاك المخزنية.

ومن أجل قطع الشك واليقين حول أن الشركة الشاغرة وحماية لحقوق الأغيار، فإن رئيس المحكمة الابتدائية يبادر عند الاقتضاء إلى اتخاذ جميع تدابير الإشهار التي يراها ضرورية، وخاصة تعليق أمره بأخر موطن للهالك وبمقر الجماعة لمحل ازدياد إن كان معروفا وحتى النشر في جريدة واحدة أو أكثر من الجرائد التي يعينها³⁷.

ثانيا: مسطرة حيازة الشركات الشاغرة المملوكة للمغاربة الهالكين بالخارج

تشكل الدورية المشتركة عدد 07/70/7 بتاريخ 07 شتنر 2007 صادرة عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون ووزارة الداخلية والعدل والمالية والخصوصية والتشغيل والتكوين المهني المتعلقة بالمسطرة التي يجب إتباعها في تصفية شركات وتعيضات المغاربة المتوفين بالخارج، الأساس القانوني المتبع في تصفيات الشركات الشاغرة للمغاربة بالخارج، إذ تنص المادة 12 " إذا كان الأمر يتعلق بتركة لا وارث لها إلا بيت المال، فيجب أن تتم تصفيتها وفقا لقواعد القانون الدولي، ما لم تكن بين البلد المتوفى به الهالك، والمملكة المغربية اتفاقية تنص على مبدأ المعاملة بالمثل، أو كان المبدأ جاريا به العمل بين البلدين.

إذا كان بيت المال بالمغرب هو المستحق للشركة فإن الإدارة المكلفة بأمالك الدولة هي التي تتولى حيازة الميراث".

33- ينص الفصل 149 من قانون المسطرة المغربي على أنه "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبت بصفته قاضيا للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبت فيها بصفته قاضيا للمستعجلات..."

34 - الفصل 267 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

35 - تنص المادة 373 من مدونة الأسرة المغربية على أن "للمحكمة، أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من أداء نفقة تجهيز المتوفى بالمعروف، والإجراءات الاستعجالية للمحافظة على التركة، ولها بوجه خاص أن تقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة".

36 - الفصل 267 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

37 - الفصل 168 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

وعلى ذلك يتم سلوك العديد من الإجراءات المسطرية لتصفية التركة لفائدة الدولة في شأن إدارة الأملاك المخزنية³⁸، نخزنها في بعض المحطات الكبرى تتجلى مبدئياً في مرحلة القيام بالإجراءات التحفظية لحماية لتركة من طرف رئيس البعثة الدبلوماسية أو المركز القنصلي أو من ينتدبانه لذلك من الأعوان الدبلوماسيين والقنطيين بعد أن يبلغ إلى علمهم من طرف السلطات المحلية للبلد الذي وقعت على إقليمه واقعة الوفاة،³⁹

ويتعين على رئيس البعثة الدبلوماسية أو المركز القنصلي إبلاغ بأسرع وسيلة ممكنة إلى عامل إقليم الذي يوجد بدائرة نفوذه آخر محل إقامة المتوفى أو ذويه، التأكد من عدم وجود ورثة لهالك للمالك وطبعاً في حالة تبت وجود ورثة يتم إتباع إجراءات أخرى⁴⁰.

ويلي ذلك إعداد رئيس البعثة الدبلوماسية أو المركز القنصلي تقرير أولي داخل أجل ستة أشهر من الوفاة يتضمن جميع البيانات المتعلقة بالمتوفى وتركته، يوجه إلى وزارة الشؤون الخارجية والتعاون التي تتولى توجه نسخ من إلى السلطات الحكومية المكلفة بالداخلية والعدل والمالية والتشغيل⁴¹.

ليتم بعد ذلك الشروع في تصفية تركة المتوفى، وتقييم ممتلكاته، بحيث يتم البت في الممتلكات التي تقل قيمتها عن ثلاثة آلاف درهم، وأما التي تزيد عن المبلغ المذكور يتم بيعها عن طريق المزاد العلني حسب مقتضيات بلد الإقامة⁴².

ويتعين على رئيس البعثة الدبلوماسية أو المركز القنصلي عند الانتهاء من إجراءات تصفية التركة تحرير تقرير تلخص فيه جميع العمليات ويرفق بالوثائق الضرورية، ويوجه إلى وزارة الشؤون الخارجية والتعاون (مديرية الشؤون القنصلية والاجتماعية) التي تقوم بموافاة السلطات الحكومية المكلفة بالداخلية والعدل والمالية والتشغيل من التقرير المذكور⁴³.

لتأتي مرحلة تحويل التركات والتعويضات وخلصتها أن رئيس البعثة الدبلوماسية أو المركز القنصلي ينجز جدولاً إجمالياً مفصلاً في ثلاثة نظائر يتضمن جميع البيانات عن المتوفى

38 - للمزيد من التفصيل راجع عبد العالي الجاحظ: دور الإدارة القنصلية في خدمة وحماية المغاربة المقيمين بالخارج، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق الاقتصاد-المحمدية، 2005-2006، ص65.

39 - اشراق بنعلة: مآل تركة المغاربة الهالكين بالخارج، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل كلية الحقوق الاقتصاد-مكناس، 2011/2012، ص16.

40 - المادة 2 الدورية المشتركة عدد 07/7/7 بتاريخ 07 شتنر 2007 صادرة عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الداخلية، العدل، المالية والخصوصية، والتشغيل والتكوين المهني المتعلقة بالمسطرة التي يجب إتباعها في تصفية تركات وتعويضات المغاربة المتوفين بالخارج

41 - المادة 3 من الدورية المشتركة، مرجع سابق.

42 - المادة 4 من الدورية المشتركة عدد 07/7/7 بتاريخ 07 شتنر 2007 صادرة عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الداخلية، العدل، المالية والخصوصية، والتشغيل والتكوين المهني المتعلقة بالمسطرة التي يجب إتباعها في تصفية تركات وتعويضات المغاربة المتوفين بالخارج.

43 - المادة 4 من الدورية المشتركة، مرجع سابق.

ومختلف العمليات المتعلقة بالتسيير المباشر لشركة ورفقه بوصل حسابي، ويوجه نظيرين إلى خازن البعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية، كما يوجه نسخة من إلى وزارة الخارجية والتعاون⁴⁴.

وختاماً تودع المبالغ المكونة للشركة أو التعويض من طرف رئيس البعثة الدبلوماسية أو المركز القنصلي بناء على مقرر الإيداع الخاص بالشركات والتعويضات لدى صندوق الإيداع والتدبير بواسطة خازن البعثات الدبلوماسية والقنصلية الذي يتولى إيداع المبالغ المتوصل بها، والمثبتة بالجدول الإجمالي المرفق بالوثائق المكونة لملف الشركة أو التعويض لدى صندوق الإيداع والتدبير، الذي يقوم بفتح حساب برسم الأمانات خاص بالمبلغ المودع المتعلق بالشركة أو التعويض، ويشعر بذلك مديرية الشؤون القنصلية والاجتماعية بوزارة الشؤون الخارجية والتعاون التي تتولى إشعار وزارة العدل (مديرية الشؤون المدنية) التي بدورها تخطر إدارة الأملاك المخزنية⁴⁵.

44 - المادة 5 من الدورية المشتركة، مرجع سابق.

45 - المواد 6 و 7 و 8 من الدورية المشتركة، مرجع سابق.

الخاتمة:

صفوة القول أن الأساس القانوني لحق الدولة على التركات الشاغرة الدولية شكل ولا زال يشكل نقطة خلاف حول تكييف طبيعته القانونية، إذ هناك من يكيف حق الدولة عليها بأنه حق ميراث و أنها وارثة من لا وارث له كلما كان قانونها الوطني هون الواجب التطبيق على تصفية التركة، بينما هناك اتجاه آخر يكيف مسألة أبلولة التركة الشاغرة لدولة، بأنه حق مستمد من سيادتها الإقليمية، لكونها دولة موقع المال، وهو الأمر الذي يبيح لها تملك مباشرة الأموال الشاغرة فوق إقليمها دون استشارة الحلول القانونية الواردة في القانون الوطني الواجب التطبيق للموروث أو القانون الذي تشير به قاعدة الإسناد إلى وجوب تطبيقه.

والموضح أن غالبية التشريعات المقارنة تميل نحو تكريس مبدأ حق الدولة على التركات الشاغرة التي يخلفها الأجانب فوق إقليمها بأنه حق سيادي.

والمتمثل في القانون الدولي الخاص المغربي خلوه من أي نص صريح ينظم قضية التركات الشاغرة الدولية، باستثناء بعض النصوص القانونية الداخلية التي لا يتجاوز نطاق سريانها الشخصي على تركة المواطنين دون الأجانب.

ولذلك وجب على المشرع المغربي سد الفراغ الذي يعرفه القانون الدولي الخاص في مسألة حكم التركات الشاغرة الدولية عن طريق تكريس قاعدة إسناد على نفس منوال التشريعات المقارنة، توازن بسط بين سيادتها والانفتاح.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

✓ الكتب:

1. **اللافي مبروك** : شرح مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، المغربية للطبع والنشر و الإشهار، الطبعة الأولى، نوفمبر 2003.
2. **بدر الدين عبد المنعم شوقي** : تكييف حق الدولة على الشركات الشاغرة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1978.
3. **عبد السلام الشمانتي الهواري** : الحماية القضائية لعقارات الأجانب من الاستيلاء، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط،/سنة 2018.
4. **عز الدين عبد الله**: القانون الدولي الخاص الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية القاهرة ، سنة 1965.
5. **علي بن محمد الشوكاتي**: نيل الأوطار، الجزء الثاني، الناشر مصطفى الحلبي، سنة 1971.
6. **فؤاد رياض سامية راشد**: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1974.
7. **فؤاد محمد عبد المنعم رياض**: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1999.
8. **مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي**: حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
9. **مصطفى منصور مصطفى**: مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة دون بوسكو، دار المعارف، سنة 1997.
10. **ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش** : القانون الدولي الخاص و المقارن الإصدار الأول، مطابع الأرز، عمان، الأردن، سنة 1998.
11. **يونس صلاح الدين علي**: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2016.
12. **إبراهيم أحمد إبراهيم**: القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1991-1992.

13. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 1992.

✓ الرسائل الجامعية:

1. اشراق بنعلّة: مأل تركة المغاربة الهالكين بالخارج، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل كلية الحقوق الاقتصاد- مكناس، 2011/2012.

2. عبد العالي الجاحظ: دور الإدارة القنصلية في خدمة وحماية المغاربة المقيمين بالخارج، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني كلية الحقوق الاقتصاد- المحمدية، 2005-2006.

3. مصطفى القاسمي: واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة ملود لمين دباغين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف، العدد الثاني مارس 2020.

✓ مقالات:

1. فتيحة لعطر: أساس انتقال التركة الشاغرة إلى الدولة في الزواج المختلط فقها وتشريعا، المجلة النقدية الجزائر المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية العدد، سنة 2017.

✓ دورية:

1. دورية المشتركة عدد 07/7/07 بتاريخ 07 شتنر 2007 صادرة عن وزارة الشؤون الخارجية والتعاون الداخلية، العدل، المالية و الخوصصة، والتشغيل والتكوين المهني متعلقة بالمسطرة التي يجب إتباعها في تصفية تركات وتعويضات المغاربة المتوفين بالخارج.

✓ كتب باللغة الفرنسية:

1. Pierre Mayer: Droit international privé, 4e éd, éd Montchrestien, paris, 1990 .
2. Loussouarn : Revue critique de droit international privé, 1953.

حماية الأجراء من تأثير استعمال المشغلين لكاميرات المراقبة بالفيديو دراسة مقارنة

عبد الهادي الهنتالي الإدريسي

دكتور في القانون الخاص

مقدمة

لم تقتصر تبعات التكنولوجيا الحديثة على اليد العاملة في مجرد التقليل من مناصب الشغل، عبر حلول الوسائل التقنية الحديثة محل الأجراء للقيام بمجموعة من الأعمال التي كانت فيما مضى حكرا على الإنسان⁽¹⁾، بل امتدت هذه التبعات لتؤثر عليهم وهم بصدد مزاولتهم لمهامهم. فحتى الأجراء الذين تمكنوا من المحافظة على مناصب عملهم، لم يسلموا من تداعيات هذه التكنولوجيا داخل أوساط العمل، بحيث أضحت علاقات الشغل تتأثر بشكل مباشر بالتطور العظيم الذي جادت به قريحة العقل البشري في المجال التقني على الخصوص.

فمما لا شك فيه أن التكنولوجيا الحديثة هي بصدد تحويل الملامح التقليدية لعلاقات الشغل⁽²⁾، حيث أصبح العمل ينجز في حالات كثيرة عن بعد، كما بدأت تتسلل إلى مهام العمل مجموعة من المضامين الجديدة، إضافة إلى تلاشي مبدأ التسلسل الهرمي، مع منح الأجراء الاستقلالية وحرية المبادرة⁽³⁾. ويشكل استثمار أرباب العمل للآليات التكنولوجية الحديثة بهدف مراقبة الأجراء، أهم مظاهر انعكاس الغزو التكنولوجي على علاقات الشغل.

ويعد لجوء المشغل إلى الاستعانة بما سخرته العلوم الحديثة من وسائل قصد مراقبة الأجراء ترجمة ملموسة لحقه في ممارسة السلطة التنظيمية والتأديبية التي يتمتع بها على أجراءه، وذلك تطبيقا لعنصر التبعية الذي يعتبر من العناصر الجوهرية المكونة لعقد الشغل، خاصة في ظل تعدد الدوافع

¹ - حسب دراسة أعدها معهد ماكينزي الأمريكي المتخصص في البحوث والاستشارات في يناير 2017 ، فإن 51 في المائة من فرص العمل في سوق الشغل المغربية معرضة لأن تصبح خاضعة للعمل الآلي، أي ما يعادل حوالي 5.6 مليون فرصة عمل.

للتوسع أكثر في هذه الدراسة يرجى الاطلاع على الروابط أسفله:

<https://www.telexpresse.com/m/news63063.html>

<https://www.alyaoum24.com/864033.html>

تم الاطلاع عليها بتاريخ 9 فبراير 2020.

² - Jesus R. MERCADER UGUINA, Les libertés individuelles dans l'entreprise à l'épreuve des nouvelles technologies. Observations à partir de la situation espagnole, in Mélanges Philippe AUVERGNON, libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?, Eléments de droit comparé, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2011, P. 145.

³ - Jesus R. MERCADER UGUINA, Les libertés individuelles dans l'entreprise à l'épreuve des nouvelles technologies. Observations à partir de la situation espagnole, Op. cit, P. 146.

الوجبة التي تسمح للمشغل ببسط رقابته على من يعملون تحت إمرته، والتي نذكر منها رغبته في احترام النظام داخل مقاولته واستتباب الانضباط فيها⁽⁴⁾ بالشكل الذي يسمح له بالتأكد من مدى تطابق تصرفات الأجراء مع نظام العمل، وكذا رصد التجاوزات الجنائية⁽⁵⁾، والعمل على تفادي تعرض المشغل لما يعرف بسرقة وقت العمل الذي يأتي نتيجة استخدام الأجراء لوقت العمل المؤدى عنه لقضاء حوائجهم الشخصية. وإضافة إلى هذا كله، يسعى المشغل من وراء رقابة أجراءه عبر الوسائل الحديثة إلى تفادي سرقة الأموال، سواء أكانت هذه الأموال تعود لملكية المشغل أو لملكية الأجراء، وكذا سرقة الملكية الفكرية خصوصا مع إمكانية النسخ الإلكتروني لوثائق المشغل التي تتضمن أسراراً تجارية⁽⁶⁾. كما تستهدف هذه الرقابة الرفع من الإنتاجية⁽⁷⁾، وتقييم جودة عمل الأجراء⁽⁸⁾ ومهاراتهم وكفاءاتهم بغية اتخاذ القرار المناسب في مستقبل العلاقة التشغيلية⁽⁹⁾. ولا تنحصر مبررات الرقابة في حماية مصالح المشغل، بل تتعداها لضمان سلامة العمال أنفسهم وكذلك سلامة الزبناء⁽¹⁰⁾.

ومهما تعددت الدوافع التي تبرر لجوء المشغل للتقنيات الحديثة لمراقبة الأجراء، فإن مظاهر تأثير هذه التقنيات على الأجراء تتعدد هي الأخرى، ويتجلى أهمها في التطفل الذي تمارسه هذه الوسائل على الحياة الخاصة للأجراء.

وتعتبر كاميرات المراقبة بالفيديو أحد أبرز الأمثلة التي تعبر بوضوح عن هذا التأثير، إضافة إلى الوسائل الأخرى التي أفرزها التطور العلمي، حيث انتقل المشغلون من الرقابة المادية - الجسدية - التي يجريها رب العمل نفسه أو المسؤول التسلسلي إلى أشكال أخرى من الرقابة الحديثة، من بينها الرقابة البيومترية، ونظام التصريح - le pointage - بنظام البطاقات الرقمية التي يروم من خلالها المشغل مراقبة أوقات العمل من خلال إلزام الأجراء بتمرير بطاقتهم عبر وسائط رقمية

⁴ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, L'Harmattan, Université de Strasbourg, 2013, P. 321.

⁵ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, Op. cit, P. 322.

⁶ - La surveillance en milieu de travail : ce que les employeurs doivent savoir, en ligne : <http://www.fasken.com/fr/la-surveillance-en-milieu-de-travail-ce-que-les-employeurs-doivent-savoir>.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 22 دجنبر 2019.

⁷ - Dominique PEYRAT-GUILLARD, Le respect de la vie privée des salariés, Quels enjeux pour les entreprises et les organisations syndicales ?, Revue française de gestion 2012/5 (N° 224), P. 155.

⁸ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, Op. cit, P. 322.

⁹ - Viviane STULZ, Vidéosurveillance des salariés : Oui, mais pas n'importe comment!, Semaine sociale Lamy, 12 mars 2012, n° 1529, P. 11.

¹⁰ - Dominique PEYRAT-GUILLARD, Le respect de la vie privée des salariés, Quels enjeux pour les entreprises et les organisations syndicales ?, Op. cit, P. 155.

تعمل على تسجيل ساعة بداية ونهاية العمل، وأخير وليس آخرًا التتصت على تسجيلات المحادثات الهاتفية⁽¹¹⁾.

وإذا كانت كاميرات المراقبة بالفيديو تشكل في الوقت الحالي أهم الآليات التي تمكن المشغل من بسط رقابته على أجراءه، فإن هذه الرقابة لم تكن وليدة اليوم، بل جاءت نتيجة تراكمات تاريخية. ففي أواخر القرن الثامن عشر ابتكر الفيلسوف الإنجليزي جيريمي بينثام Jeremy Bentham تصميمًا معماريًا أطلق عليه اسم بانوبتيك le panoptique الهدف منه هو السماح لحارس يقيم في برج مركزي بمراقبة جميع السجناء المغلق عليهم في زنانات فردية منتشرة حول البرج، دون أن يكونوا على علم بأنهم مراقبين. ولقد استلهمت فكرة جيريمي بينثام Jeremy Bentham في مخططات وتصاميم بناء المعامل لمراقبة العمال والتنظيم الفعال لتحركاتهم⁽¹²⁾.

إن مثل هذا النوع من المراقبة والذي تعد كاميرات الفيديو أحد أهم تجلياتها في عصرنا الحالي، تطرح مشكل الحدود الفاصلة بين الحياة الخاصة للأجراء والحياة المهنية⁽¹³⁾. ومن هنا يستمد هذا الموضوع أهميته، خاصة في ظل ما تحدثه هذه الآلية من آليات المراقبة من تهديد للحياة الشخصية للأجراء. فهي كما عبر عن ذلك البعض تعتبر بمثابة تلك العين المسلطة بصفة دائمة على الأجير، والتي تمكن من التقاط وتسجيل أدنى التحركات التي يقوم بها، وأدنى تعابير وجهه، وطريقة لباسه والطريقة التي يعبر بها، وهذا كله فيه انتهاك لحرية الأجير وكرامته⁽¹⁴⁾. كما تُعبر كاميرات المراقبة بالفيديو عن انعدام الثقة بين المشغل والأجراء⁽¹⁵⁾.

ولا تتوقف أهمية الموضوع من حيث كونه يرتبط بالحياة الخاصة للأجراء فقط، بل تتضاعف هذه الأهمية من زاوية الإثبات كذلك، حيث كشف العمل القضائي المقارن لجوء المشغلين إلى الاستعانة بكاميرات المراقبة المخفية كأسلحة يشهرونها في وجه الأجراء عند وقوع نزاع بغية إثبات مشروعية الفصل عن العمل.

¹¹ - Viviane STULZ, Vidéosurveillance des salariés : Oui, mais pas n'importe comment!, Op.cit, P. 11.

¹² <https://fr.wikipedia.org/wiki/Panoptique>.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 27 فبراير 2020.

¹³ - لاحظ مجموعة من الباحثين أن إرسال الرسائل المهنية بالمساء أو خلال العطلة الأسبوعية، دليل واضح على أن الأجير يملك الحق في إرسال الرسائل الشخصية خلال أوقات العمل. للتوسع في هذه الفكرة يمكن الرجوع إلى:

Dominique PEYRAT-GUILLARD, Le respect de la vie privée des salariés, Quels enjeux pour les entreprises et les organisations syndicales ?, Op.cit, P. 155.

¹⁴ - Stéphane BOGORATZ et Camille BAUER, La vidéosurveillance du salarié : Pour une protection juridique nouvelle de son image et de l'intimité de sa vie privée, Legicom 1995/4 (N° 10), P. 15.

¹⁵ - Manuela GREVY, Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?, Droit social, N° 4 Avril 1995, P. 329.

وانطلاقا مما سبق، فإن التساؤلات التي يتعين البحث لها عن أجوبة هي كالتالي: كيف تعامل كل من الاجتهاد القضائي والتشريع المقارن مع توظيف المشغلين لكاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل من جهة ومع مساس هذه الوسيلة بالحياة الخاصة للأجراء من جهة ثانية؟ وهل توجد في التشريع المغربي نصوص قانونية تعالج الموضوع؟

تقتضي محاولة الإجابة عن هذه التساؤلات الانفتاح على التجارب المقارنة سواء التشريعية منها أو القضائية، ولقد وقع الاختيار أساسا على القانون الفرنسي و القانون الكبيكي. وإذا كان الاختيار الأول يمكن تبريره بسهولة بما أن القانون الفرنسي يعتبر المصدر التاريخي للقانون المغربي، فإن الانفتاح على القانون الكبيكي له هو الآخر ما يبرره، بما أن هذا الأخير قد تبنى أحكاما قانونية مغايرة لنظيراتها التي اعتمدها القانون الفرنسي، مما سيمكننا من الوقوف على مكامن الاختلاف بين هاتين التجريبتين و الطريقة التي تعامل كل واحد منهما مع الموضوع وبالتالي توسيع مجال المقارنة. غير أن هذا لا يعني الاقتصار على هذين القانونيين فقط، بل سيتم الاطلاع على قوانين مقارنة أخرى كلما اقتضت الضرورة ذلك. هذه الأخيرة التي تستدعي منا كذلك أن نقحم في البحث آلية التنصت على المكالمات الهاتفية التي يجريها الأجراء من طرف المشغل نظرا للتشابه القائم بينها وبين كاميرات المراقبة بالفيديو المخفية. وهكذا فإن تناول الموضوع سيتم وفق التقسيم التالي: المبحث الأول: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل.

المبحث الثاني: كاميرات المراقبة بالفيديو والمساس بالحياة الخاصة للأجراء.

المبحث الأول: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل

أمام دقة التغطية التي توفرها كاميرات المراقبة بالفيديو، يصبح لجوء المشغلين إلى هذا النوع من التقنيات الحديثة بغية الاستفادة من عناصر الإثبات التي توفرها أمام المحاكم أمرا مجديا وفعالاً.

ولم يكن هذا الموضوع ليطرح إشكالات قانونية كثيرة أمام الاجتهاد القضائي المقارن، لولا أن لجوء المشغلين لكاميرات المراقبة بالفيديو جاء نتيجة كتمان تثبیت هذه الكاميرات على الأجراء، بغية تصيد الفرص ومفاجئة المرتكبين منهم لأخطاء جسيمة، وبالتالي إضفاء طابع المشروعية على الفصل من العمل.

وما يميز تعامل الاجتهاد القضائي والتشريع المقارن- الفرنسي والكبيكي على الخصوص- هو اختلاف الزاوية التي انطلق منها تمت معالجة هذه المسألة، وبالتالي مدى جوازية الاستعانة بكاميرات المراقبة بالفيديو من عدمها في مادة الإثبات.

ولهذا سنحاول من خلال هذا المبحث التعرف على هذه التوجهات المختلفة، دون إغفال موقف المشرع المغربي، الذي لن نقول بأنه موقف غائب ولكن يمكن وصفه بالمحتشم.

وعليه، فإن تقسيم هذا المبحث سيكون على النحو التالي:

المطلب الأول: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في القانونين الفرنسي والمغربي.

المطلب الثاني: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في القانون الكبيكي.

المطلب الأول: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في القانونين الفرنسي والمغربي

فرض تزايد عدد النزاعات التي يتمسك فيها المشغلون بتسجيلات الفيديو لتبرير تسريح الأجراء عن العمل على المشرع الفرنسي للتدخل لتنظيم هذا الموضوع، مستفيدا من اجتهاد محكمة النقض الفرنسية الذي أطر عملية توظيف كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل (الفقرة الأولى).

وبالرغم من كون التشريع الفرنسي هو المصدر الذي يستقي منه المشرع المغربي غالبية قوانينه الوضعية، إلا أنه يلاحظ سكوت القانون المغربي عن تنظيم موضوع حجية كاميرات المراقبة كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل، إلا من بعض الإشارات التي تظل مع ذلك غير كافية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في القانون الفرنسي

نظرا للدور الذي يلعبه الإثبات في حسم نزاعات الشغل⁽¹⁶⁾، طرحت على القضاء الفرنسي مجموعة من القضايا التي يستعين فيها أرباب العمل بكاميرات المراقبة بالفيديو المثبتة بخفاء عن الأجراء، بغرض إثبات الفصل المبرر عن العمل. ولقد طرحت هذه القضايا تساؤلا رئيسيا حول مدى مشروعية توظيف مثل هذا النوع من آليات الإثبات في نزاعات الشغل، الأمر الذي جعل الاجتهاد القضائي الفرنسي يتبنى موقفا قضائيا الهدف منه الموازنة بين مصالح المشغلين من جهة وحقوق الأجراء من جهة أخرى. هذا الاجتهاد القضائي الذي سرعان ما تبناه المشرع الفرنسي، وقام بتطويره مستنبطاً منه مجموعة من الضوابط القانونية التي صاغها في قالب تشريعي، والتي يتعين على المشغل التقيد بها إذا ما أراد استثمار كاميرات المراقبة في مجال الإثبات.

من هنا يتضح أن تناول هذه الفقرة سيتم وفق التقسيم التالي:

أولاً: تأسيس الاجتهاد القضائي الفرنسي لمنع استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل.

ثانياً: تقنين المشرع الفرنسي لمنع استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل.

أولاً: تأسيس الاجتهاد القضائي الفرنسي لمنع استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل

مع مطلع تسعينيات القرن الماضي، بدأت تطرح بشدة على القضاء الاجتماعي الفرنسي، مجموعة من النزاعات التي يستند فيها المشغلون على التسجيلات المصورة المرصودة بواسطة كاميرات المراقبة بالفيديو المخفية لتبرير ارتكاب أجراءهم لأخطاء جسيمة تستوجب الفصل⁽¹⁷⁾. كما طرحت على نفس القضاء نزاعات أخرى تتعلق بالفصل عن العمل المبني على توظيف تسجيلات صوتية لمكالمات الأجراء كوسيلة للإثبات⁽¹⁸⁾. وفي معظم هذه النزاعات، كان جواب المحاكم الفرنسية موحداً وهو رفض هذا النوع من طرق الإثبات.

وتمثلت الدوافع التي جعلت القضاء الفرنسي يتبنى هذا الموقف الحازم في إمكانيات التحايل التي توفرها كاميرات المراقبة بالفيديو وطابعها السري.

¹⁶ - شأنه في ذلك شأن جميع النزاعات الأخرى.

¹⁷ - Stéphane BOGORATZ et Camille BAUER, La vidéosurveillance du salarié : Pour une protection juridique nouvelle de son image et de l'intimité de sa vie privée, Op.cit, P. 18 et 19.

¹⁸ - Ibid

بخصوص وجود فرص للتحايل، اعتبرت المحاكم الفرنسية أنه لا توجد ضمانات تحافظ على عدم وقوع تلاعبات في التسجيلات المصورة و تحريفها بغية المساس بمضمونها الأصلي، خاصة أمام الإمكانيات التقنية والتطورات التي عرفها مجال المعلومات. وعلى هذا الأساس استبعد القضاء الفرنسي الاستعانة بالتسجيلات المصورة كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في العديد من المناسبات. ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف إيكس-اون-بروفانس Aix-en-Provence⁽¹⁹⁾ اعتبرت هذه الأخيرة أنه: " بالنظر لإمكانيات التوضيب le montage والتزوير le trucage التي توفرها التكنولوجيا، فإن هذا الملف لا يقدم ضمانات كافية على أصالة ونزاهة وصدق تاريخه ومضمونه، حتى تكون له قوة إثباتية"⁽²⁰⁾

ويعتبر الطابع السري لكاميرات المراقبة بالفيديو الدافع القوي الذي حمل القضاء الفرنسي على رفض اعتماد هذه الآليات كوسائل إثبات في نزاعات الشغل. فقد استندت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الذي أسست بموجبه لمبدأ منع توظيف التسجيلات المصورة بكاميرات المراقبة بالفيديو المخفية عن الأجراء في مادة الإثبات، على كتمان المشغل على أجراءه واقعة خضوعهم لمراقبة كاميرات الفيديو. فقد جاء في هذا القرار⁽²¹⁾ ما يلي: " حيث أنه، إذا كان للمشغل الحق في مراقبة وتتبع نشاط أجراءه أثناء أوقات العمل، فإن كل تسجيل للصور أو الأقوال، دون علم الأجراء، يشكل وسيلة إثبات غير قانونية، مهما كانت الأسباب الدافعة إلى ذلك"⁽²²⁾.

إن المبدأ الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية من خلال هذا القرار واضح للغاية، فالمشغل لا يجب أن يأخذ الأجير على حين غرة في مادة الإثبات، فهذا الأخير يجب عليه أن يعرف مسبقاً الأسلحة

¹⁹ - Cass. Soc, 04 Janvier 1994, note Manuela GREVY, Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?, Op. cit, P. 329.

²⁰ - رفض القضاء الاجتماعي الفرنسي إثبات فصل الأجراء بواسطة التقنيات الحديثة بسبب عدم أمانة الأدلة التي تقدمها هذه الوسائل، لم يقتصر على التسجيلات المصورة، بل انصب كذلك على تسجيلات المحادثات الهاتفية. فمنذ أواسط ستينيات القرن الماضي، تدخل قضاة الموضوع في فرنسا للبت في مدى مشروعية توظيف المحادثات الهاتفية المسجلة وجهاز Talkie-Walkie كوسائل إثبات في نزاعات الشغل، حيث رفضت كل من محكمة باريس في حكم لها بتاريخ 9 نونبر 1966 ومحكمة ليون في حكم لها بتاريخ 21 دجنبر 1967 استعمال هذه الوسائل لإثبات فصل الأجراء.

²¹ - Cass. Soc, 20 novembre 1991, note Manuela GREVY, Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?, Op. cit, P. 331.

²² - أكدت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية هذا الإجتهد بقرار آخر صادر بتاريخ 22 ماي 1995 حينما اعتبرت أنه: "إذا كان للمشغل الحق في مراقبة وتتبع أجراءه أثناء أوقات العمل، فلا يمكن له تفعيل جهاز المراقبة الذي لم يخبر الأجراء قبلها بوجوده". فالمبدأ الذي قرره محكمة النقض الفرنسية القاضي بحرمان استفادة المشغل من وسائل الإثبات المخفية عن الأجراء، يجب احترامه مهما كانت الوسيلة المستعملة لمراقبة الأجراء، ذلك أن مصدر أدلة الإثبات التي تمسك بها المشغل في هذا القرار عبارة عن مخبر خاص كان يتجسس على الأجير أثناء قيامه بتنقلات مهنية خارج المقالة.

للمزيد من التوضيحات حول حيثيات هذا القرار يمكن الرجوع الى الرابط التالي:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007033142>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 15 شتنبر 2019.

التي في حوزة المشغل.⁽²³⁾ وهذا المبدأ يتعين احترامه بالرغم من شرعية الأسباب التي قد تدفع بالمشغل إلى فصل أجرائه عن العمل، أي حتى في الحالة التي يرتكب فيها الأجراء أخطاء جسيمة تبرر تسريحهم من العمل. ذلك أن الأفعال التي بموجبها قام المشغل في القرار الأخير بفصل أجرائه الذين كانوا يشتغلون كباة لديه هي قيامهم باختلاسات مالية.⁽²⁴⁾ فالغاية لا تبرر الوسيلة la fin ne justifie pas les moyennes، فحتى مع اقتراح الأجير لأفعال غير مشروعة، فالمشغل لا يمكن له الحصول على حجاج باستعمال وسائل غير مشروعة.

إذن محكمة النقض الفرنسية من خلال هذا القرار أسست لقاعدة قضائية بخصوص مادة الإثبات في نزاعات الشغل، مفادها أحقية لجوء المشغل لكاميرات المراقبة بالفيديو لإثبات الفصل المبرر عن العمل، شريطة الإخبار المسبق للأجير بخضوعه لرقابة هذه الكاميرات. هذه القاعدة القضائية التي سيتبناها المشرع الفرنسي بسرعة من خلال تحويلها إلى قاعدة قانونية.

ثانيا: تقنين المشرع الفرنسي لمنع توظيف المشغلين لكاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات

نظرا لقيمة الموقف أعلاه الذي اعتنقته الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص استثمار أرباب العمل لكاميرات المراقبة بالفيديو المخفية في نزاعات الشغل، لم يتردد المشرع الفرنسي في تبني هذا الموقف، وذلك عبر ترجمته إلى مجموعة من القيود القانونية التي يتوجب على المشغلين احترامها قبل تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو لرصد تحركات أجرائهم. هذه القيود نجدها موزعة بين مدونة الشغل الفرنسية وبعض القوانين الخاصة. وتتمثل هذه القيود في واجب الإعلام القبلي الفردي للأجراء (أ)، ثم واجب الإعلام والاستشارة القبليين للجنة المقولة (ب)، وأخيرا واجب الإعلام القبلي للجنة الوطنية الفرنسية للمعلومات والحريات (ج).

أ: واجب الإعلام القبلي الفردي للأجراء بوجود كاميرات المراقبة بالفيديو.

يعتبر هذا الشرط من أهم الالتزامات التي فرضها القانون الفرنسي على المشغل الذي يرغب في تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو داخل مقاولته. ولقد فرض المشرع الفرنسي هذا الالتزام بمقتضى القانون المؤرخ في 31 دجنبر 1992، أي بعد وقت قصير من تاريخ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية أعلاه. هذا القانون الأخير الذي أضاف بمقتضاه المشرع الفرنسي إلى مدونة الشغل الفرنسية المادة 8-121 L التي حلت محلها المادة 4-1222 L من نفس المدونة التي تنص على أنه: " لا يمكن جمع أي معلومة تتعلق بشخصيا بالأجير عبر جهاز لم يبلغ إلى علمه قبليا"⁽²⁵⁾.

²³ - Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Mémoire, Université Pierre-Mendès-France de Grenoble, Année universitaire, 2014-2015, P. 10.

²⁴ - Stéphane BOGORATZ et Camille BAUER, La vidéosurveillance du salarié : Pour une protection juridique nouvelle de son image et de l'intimité de sa vie privée, Op.cit, P. 19.

²⁵ - L'article L 1222-4 du code du travail français dispose que : « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance».

إذن الإجراء الذي لا يحترم هذا الشرط يعتبر من قبيل الإجراءات غير القانونية، وبالتالي فإن عناصر الإثبات التي سيتم جمعها عبر هذا الإجراء لن يعتد بها⁽²⁶⁾.

واجب الإعلام الفردي هذا يمكن أن يتم عبر إرسال بريد شخصي إلى الأجير سواء تمت المراسلة بالبريد العادي أو البريد الإلكتروني، كما يمكن إطلاع الأجير بوجود كاميرات المراقبة بالفيديو من خلال إدراج شرط بذلك في عقد الشغل أو في ملحق لعقد الشغل.

وما دامت مدونة الشغل الفرنسية قد اشترطت في الإعلام القبلي للأجراء أن يكون فرديا، فإن الإعلام الجماعي الموجه لمجموعة من الأجراء لا يقوم مقام الإعلام الفردي للأجير⁽²⁷⁾، مهما قل عدد هؤلاء الأجراء.

ويقع الالتزام القاضي بالإخبار القبلي الفردي للأجراء بوجود كاميرات المراقبة بالفيديو على المشغل حتى في الحالة التي يكون فيها مثبتت كاميرات المراقبة والمسؤول عنها شخص آخر غير المشغل. فقد فرضت محكمة النقض الفرنسية على المشغل هذا الالتزام على الرغم من استخدام كاميرات المراقبة بالفيديو من طرف الغير وفي أماكن تابعة لها وخارج مسؤولية المشغل،⁽²⁸⁾ هذا الأخير الذي كان يدير مقابلة خاصة بالنظافة، قام بوضع أجرائه رهن إشارة زبون يستخدم كاميرات للمراقبة بمقر شركته. فبعد أن دخل الأجراء مع المشغل في نزاع حول أداء تعويضات عن اللباس المهني،⁽²⁹⁾ اضطر المشغل إلى أن يثبت بدقة ساعات دخول وخروج الأجراء، الأمر الذي أدى إلى حصوله على أمر بناء على طلب بتعيين مفوض قضائي للاطلاع على تسجيلات الفيديو التي رصدتها كاميرات المراقبة المثبتة على مدخل الشركة التي يملكها الزبون. فالمعول عليه من خلال هذا القرار وتطبيقا لواجب الإعلام القبلي الفردي، هو الحرص على إحاطة الأجراء علما بوجود كاميرات المراقبة بالفيديو، مهما كان الطرف المسؤول عن هذه الكاميرات، مادام أولا أن توظيف هذه الأخيرة يرتبط بتنفيذ الأجراء لالتزاماتهم المتولدة عن عقد الشغل، ومادام ثانيا أن المشغل هو الذي سيتقيد من عناصر الإثبات التي توفرها هذه الكاميرات.

ودائما حسب محكمة النقض الفرنسية⁽³⁰⁾، فإن التزام المشغل بضرورة إخبار الأجير قبليا، يظل قائما حتى وإن كان هذا الأخير لا يمكنه تجاهل وجود كاميرات المراقبة بالفيديو.

²⁶ - Jean PELISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAN MAUDE, Droit Du Travail, Editions Dalloz, 23^{ème} Editions, 2006, p 673.

²⁷ - Viviane STULZ, Vidéosurveillance des salariés : Oui, mais pas n'importe comment!, Op.cit, P. 11.

²⁸ - Cass. Soc, 10 Janvier 2012, note Viviane STULZ, Vidéosurveillance des salariés : Oui, mais pas n'importe comment !, Op.cit, P. 11.

²⁹ - تمنح هذه التعويضات للأجراء الذين يضطرون إلى إرتداء لباس مهني خاص بالعمل، إما تطبيقا لنص قانوني أو لمقتضى اتفاقي أو تنفيذا للنظام الداخلي للمقابلة. فحسب المادة 3-3121 L من مدونة الشغل الفرنسية، يتوجب على المشغل أن يدفع مقابلا ماديا للأجير أو يمنحه استراحة جراء اضطراه لارتداء وخلع اللباس المهني داخل المقابلة أو داخل أماكن العمل.

³⁰ - Cass. Soc, 07 Juin 2006, note Jean PELISSIER, Alain SUPLOT, Antoine JEAN MAUDE, Droit Du Travail, Op.cit, P. 637.

ويمتد إلترام المشغل بواجب الاعلام القبلي ليشمل المترشحين المقبلين على العمل بحيث لا ينحصر فقط على الأجراء. فقد ألزمت المادة 9-1221 L من مدونة الشغل الفرنسية المشغل بضرورة إخبار المترشح المقبل على العمل مسبقا بقيامه بتوظيف جهاز خاص بجمع معلومات شخصية عنه⁽³¹⁾.

غير أن المشغل يتحلل من الالتزام بواجب الإعلام القبلي، حينما لا يستهدف من وراء تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو تتبع النشاط المهني لأجرائه، بل تحقيق أهداف أخرى بعيدة كل البعد عن مراقبة الأجراء. وفي هذا السياق قبلت محكمة النقض الفرنسية الإثبات الذي قدمه المشغل بواسطة التسجيلات المصورة التي تمت عبر كاميرات المراقبة بالفيديو المثبتة داخل مستودع للبضائع، مادامت هذه الكاميرات لم توضع في الأصل لتصوير الأجراء وهم يزاولون مهامهم المهنية في مناصب عمل محددة⁽³²⁾ وأتاحت للغرفة الاجتماعية لنفس المحكمة فرصة⁽³³⁾ توضيح هذه النقطة في قرار آخر الذي جاء فيه ما يلي: " إذا كان يمنع على المشغل استخدام الجهاز الذي لم يتم إعلام الأجراء قريبا بوجوده لمراقبة نشاطهم المهني، فيمكن له أن يواجههم بالأدلة المستجعة عبر أنظمة المراقبة المثبتة بالأماكن التي لا يصلون إليها، والتي لا تستهدف مراقبة نشاط الأجراء."⁽³⁴⁾

وأخيرا، وحسب الفصل 32 من القانون الفرنسي رقم 17-78 الصادر بتاريخ 6 يناير 1978 المتعلق بالمعلومات والملفات والحريات⁽³⁵⁾، تقع على عاتق المشغل مجموعة من الالتزامات المرتبطة بواجب الإعلام القبلي للأجراء، حيث يجب عليه أن يخبر الأجراء عبر لوحة إعلان مرئية بوجود كاميرات المراقبة، كما ينبغي عليه ضمن نفس الإعلان إخبارهم بحقهم في الولوج إلى الصور، وعلى الخصوص المسطرة المتبعة للحصول على هذه التسجيلات، واسم المسؤول عن نظام المراقبة بغية الاتصال به⁽³⁶⁾.

³¹ - L'article L 1221-9 du code du travail française dispose que :« aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance».

³² - « La preuve résultant d'un enregistrement vidéo effectué à partir d'une caméra installée dans un entrepôt dans lesquels les salariés ne travaillent pas est donc licite », Cass. Soc, 31 Janvier 2001 N° 98.44.290, note Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Op.cit, P. 56.

³³ - Cass. Soc, 19 Avril 2005, note Code du travail, Edition Dalloz 2015, 77 éditions, P. 109.

³⁴ - نفس التوجه تبناه القضاء الأرجنتيني الذي استند على كاميرات المراقبة بالفيديو للحكم بقانونية فصل الأجير الذي تم ضبطه أثناء فترة اشتغاله داخل مكان بالمقولة لا يحق له التواجد به. (تاريخ الحكم والمحكمة المصدرة له غير مذكوران). Adrian GOLDIN, « Droits fondamentaux de la personne et relations du travail en Argentine». in Mélanges Philippe AUVERGNON, libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?, Eléments de droit comparé, Op.cit, P. 280.

³⁵ - La loi numéro 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁶ - Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Op.cit, P. 11.

ب: واجب الإعلام والاستشارة القبليين للجنة المفاوضة.

يجد هذا الالتزام مصدره في الفقرة الثالثة من المادة L2323-32 من مدونة الشغل الفرنسية⁽³⁷⁾ التي تفرض على المشغل إخبار لجنة المفاوضة واستشارتها قبل تثبيتته كاميرات المراقبة بالفيديو، إذا كان الغرض من هذه الأخيرة مراقبة نشاط الأجراء.⁽³⁸⁾ فالواضح من هذه الفقرة أن واجب المشغل لا يقتصر فقط على الإخبار القبلي للجنة المفاوضة، بل يتعداه الى واجب الاستشارة كذلك، حيث يفيد استعمال المشرع الفرنسي لهذا المفهوم، تحويله للجنة المفاوضة إمكانية التدخل لإبداء رأيها أو ملاحظاتها حول تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو أو أية آلية أخرى تستهدف مراقبة نشاط الأجراء، بالرغم من أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى مصير هذه الاستشارة ومدى إلزامية أخذ المشغل بالرأي الوارد بها، إلا أنها مع ذلك تظل في صالح الأجراء.

وتطبيقاً لهذا المقتضى القانوني، قضت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها على أنه: "إذا كان للمشغل الحق في مراقبة وتتبع نشاط أجراءه أثناء أوقات العمل، فإنه لا يمكنه استعمال جهاز للمراقبة الذي لم يكن موضوع إعلام واستشارة لجنة المفاوضة قبل استخدامه، وبالتالي تشكل وسيلة إثبات غير مشروعة تسجيل الأجير عبر نظام كاميرات المراقبة بالفيديو الذي وضعه المشغل في الأصل لمراقبة الزبناء، ووظفه كذلك لمراقبة أجراءه دون الاعلام والاستشارة القبليين للجنة المفاوضة"⁽³⁹⁾. فمن خلال هذا القرار، خالفت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية موقف محكمة الاستئناف التي قبلت تقديم المشغل لمجموعة من التسجيلات المصورة لإثبات خطأ الأجير طالما أن هذا الأخير لا يمكن له الاحتجاج بجهله وجود مثل هذا الجهاز، لاسيما مع وجود ملصقات حول الموضوع داخل المفاوضة، وقيام المشغل باستشارة لجنة الصحة والأمن وشروط العمل.⁽⁴⁰⁾

ولقد نص المشرع الإسباني هو الآخر من خلال الفصل 64.1.4d من قانون الشغل الإسباني على ضرورة إخبار المشغل مسبقاً للجنة المفاوضة أو مندوبي الأجراء، عند رغبته في وضع أنظمة المراقبة بالعمل، مع ذكر خصائص ومميزات آلية الرقابة المستعملة، لكن دون أن يلزم المشغل بتحديد الموقع الفعلي لوجود الكاميرات⁽⁴¹⁾.

³⁷ - سن المشرع الفرنسي هذا الالتزام بتاريخ 19 من فبراير 2001.

³⁸ - L'article L.2323-32 § 3 du code du travail français dispose que « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».

³⁹ - Cass. Soc, 07 Juin 2006 N° 04.43866, note Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Mémoire, Op.cit, P. 14.

⁴⁰ - Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Op.cit, P. 13.

⁴¹ - Jesus R. MERCADER UGUINA, « Les libertés individuelles dans l'entreprise à l'épreuve des nouvelles technologies. Observations à partir de la situation espagnole », Op. cit., P. 150.

ج: واجب الإعلام القبلي للجنة الوطنية الفرنسية للمعلومات والحريات.

يلتزم المشغل كذلك بإعلام اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات CNIL (42) تطبيقاً للقانون رقم 17-78 المشار إليه سابقاً (43). وإعمالاً لهذا الالتزام، قررت محكمة النقض الفرنسية في إحدى القضايا التي عرضت عليها أنه: "تشكل وسيلة إثبات غير مشروعة المعلومات التي تم تجميعها عبر نظام للمعالجة الآلية للمعطيات الشخصية، قبل التصريح به لدى اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات CNIL" (44). ففي هذه القضية، قام المشغل بفصل أجيرو بدعوى استعمالها المفرط لوسائل الاتصال المهنية لأغراض شخصية، بعد اكتشافه الأمر بواسطة جهاز للمراقبة يقوم برصد قوة تدفق الرسائل الإلكترونية، لكن دون أن يصرح المشغل بهذا النظام للجنة الوطنية للمعلومات والحريات قبل قيامه بجمع المعلومات (45). فرغم أن هذا القرار يتحدث عن توظيف المشغل لجهاز رصد الرسائل الإلكترونية، فإنه يشمل كذلك نظام كاميرات المراقبة بالفيديو، بما أن المبدأ واحد لا يتغير، وهو ضرورة الإعلام القبلي للجنة الوطنية للمعلومات والحريات مهما اختلف النظام المستعمل لمراقبة النشاط المهني للأجراء.

الفقرة الثانية: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في القانون المغربي

لم تتصدى مدونة الشغل المغربية لمسألة حجية استعمال كاميرات المراقبة كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل (46)، حيث تنفقد هذه الأخيرة لمواد تلزم المشغل بشرط الإعلام القبلي للأجير و لجنة المقاول، (47) مما يستدعي من القضاء و المشرع المغربيين ملئ هذا الفراغ إن طرحت على الأول نزاعات لها صلة بالموضوع، وإن كانت لدى الثاني نية ورغبة في ملئ هذا الفراغ.

لكن رغم هذا الفراغ القانوني، توجد بعض المؤشرات التي يستطيع القاضي الاستعانة بها لمعالجة الموضوع، أهمها ما قضت به المداولة رقم 2013-350 المؤرخة في 31/05/2013 المتعلقة بالشروط المطلوبة لاستخدام كاميرات المراقبة داخل أماكن العمل والأماكن الخاصة المشتركة،

42 - تأسست هذه اللجنة بفرنسا بتاريخ 6 يناير 1978، وهي عبارة عن سلطة إدارية مستقلة تهتم بالتأكد من مدى خدمة تكنولوجيا المعلومات للمواطن وعدم انتهاكها لهوية الإنسان وحياته الخاصة أو الحريات الفردية أو الحريات العامة.

Viviane STULZ, Vidéosurveillance des salariés : Oui, mais pas n'importe comment!, Op.cit, P. 11.

43 - Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Mémoire, op.cit, p 14.

44 - Cass. Soc, 08 octobre 2014 N° 13.1499, note Xavier SADEG, La recherche de la preuve par l'employeur en droit du travail, Op.cit., P. 14.

45 - Ibid.

46 - الأمر نفسه ينطبق على قانون الالتزامات و العقود

47 - رغم أن المشرع المغربي قام بتخصيص القسم الثالث من الكتاب الثالث من مدونة الشغل لتنظيم لجنة المقاول، فإنه لم يتحدث عن ضرورة إخبار هذه اللجنة من طرف المشغل بعزمه على وضع أنظمة لمراقبة النشاط المهني للأجراء أو استشارتها.

الصادرة عن اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽⁴⁸⁾، من وجوب قيام المشغل بالإخبار القبلي لهذه اللجنة، برغبته في تثبيت نظام المراقبة بكاميرات الفيديو بواسطة تصريح. فواجب الإعلام القبلي هذا يعتبر شرطا أساسيا يتوجب على المشغل احترامه، ويترتب على تخلفه بطلان الأثار المترتبة عن استعمال كاميرات المراقبة، والتي من بينها عناصر الإثبات المستخلصة من نظام كاميرات المراقبة، وهذا كله تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأنه ما بني على باطل فهو باطل.

وإضافة إلى هذا المقتضى القانوني، نجد المشرع المغربي في المادة الأولى من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، قد اعتبر معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تبين الانتماء النقابي من المعطيات الحساسة، وبالتالي وتطبيقا للمادة 12 من نفس القانون، فمعالجة هذا النوع من المعطيات يجب أن يتم بعد الحصول على إذن مسبق، ماعدا إذا كانت هناك أحكام تشريعية خاصة. هذا الالتزام الذي قرر كذلك بمقتضى المادة 21 من نفس القانون، حينما نصت على أنه: «تخضع معالجة المعطيات الحساسة إلى إذن يمنح بموجب القانون الذي يحدد شروطها. في غياب ذلك، تتكلف اللجنة الوطنية بالإذن بهذه المعالجة⁽⁴⁹⁾». وهكذا حينما يتعلق الأمر بنزاع شغل يكون أحد طرفيه ممثلا نقابيا، ويكون المشغل قد تمسك في هذا النزاع بكاميرات المراقبة دون احترامه لهذه المقضيات، يتعين على القاضي استبعاد كاميرات المراقبة من مجال الإثبات.

المطلب الثاني: مدى مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل في القانون الكبيكي

عبر المشرع الكبيكي عن اهتمامه بمدى مشروعية استعمال التكنولوجيا الحديثة كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل من زاوية الإثبات نفسه، أي بمناسبة تنظيمه لموضوع الإثبات، عكس المشرع الفرنسي الذي تناول هذا الأمر بصفة أساسية من داخل قانون الشغل⁽⁵⁰⁾. فيعد أن أقر المشرع الكبيكي مبدأ جوازية إثبات الوقائع المادية بشتى وسائل الإثبات بموجب المادة 2857 من القانون المدني الكبيكي⁽⁵¹⁾، جاء في المادة الموالية من نفس القانون ليضع بعض الاستثناءات على هذا

48 - أحدثت هذه اللجنة بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 27 من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، التي تنص على أنه: "تحدث لدى الوزير الأول لجنة وطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية (للجنة الوطنية) تكلف بإعمال أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه والسهر على تنفيذه.

49 - لم نضطلع بعد على هذا الإذن.

50 - إذن الارتباط بين كاميرات المراقبة كوسيلة إثبات و نزاعات الشغل في القانون الكبيكي مصدره نص قانوني عام، عكس ما هو عليه الأمر في القانون الفرنسي الذي كما رأينا أفرد لذات الموضوع نصوص قانونية خاصة. هذا الارتباط غير المباشر في القانون الكبيكي كان له تأثير كما سنرى فيما بعد على الطريقة التي عالج بها القضاء الكبيكي هذا الموضوع.

51 - L'article 2857 du code civil du Québec dispose que : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens».

Droits de la personne et droits syndicaux : deux enjeux collectifs! Séminaire de FTQ sur l'arbitrage de griefs. L'AVAL, 24 ET 25 mai 2007. Disponible sur:

= <http://formation-syndicale.ftq.qc.ca/wp-content/uploads/sites/5/ftqimport/490.pdf>.

المبدأ، هذه الاستثناءات التي ترتبط ارتباطا وثيقا بتوظيف كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات لفض النزاعات. فحسب المادة 2858 من القانون المدني الكيبيكي فإنه: " يجب على المحكمة، أن تستبعد من تلقاء نفسها، كل عنصر إثبات متحصل عليه في ظروف تنتهك فيها الحقوق والحريات الأساسية، والذي من شأن استعماله المساس بمصادقية إقامة العدالة"⁽⁵²⁾.

يستفاد إذن من هذه المادة، أن قبول كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل، يتوقف من جهة أولى على عدم انتهاك هذه الآليات للحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأجراء، وعلى عدم مساسها بمصادقية إقامة العدالة من جهة ثانية. وهو نفس المقتضى الذي تبناه المشرع الكندي في الفصل 24 من الميثاق الكندي للحقوق والحريات بصياغة مماثلة تقريبا⁽⁵³⁾.

وسوف نقتصر في هذه الفقرة على الشرط الثاني المتعلق بعدم مساس كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات بمصادقية إقامة العدالة، على أن نرجئ الشرط الأول الذي يخص عدم انتهاك كاميرات المراقبة للحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأجراء للجزء الثاني من هذا البحث الذي خصصناه لمسألة احترام كاميرات المراقبة للحياة الخاصة للأجراء، مثيرين الانتباه في نفس الوقت أن المنهجية التي بررت هذا الفصل لا تعني عدم وجود ترابط واتصال بين موضوعي الإثبات وحماية الحياة الخاصة للأجراء، فحسبنا هنا فقط الإشارة إلى اشتراط المشرع الكيبيكي لعدم مساس كاميرات المراقبة بالفيديو المستعملة في الإثبات بالحياة الخاصة للأجراء، أما تفصيل هذا الشرط وتقدير الحالات التي يشكل فيها استعمال كاميرات المراقبة انتهاكا لخصوصيات الأجير، فسيتم في الجزء الثاني من هذا الموضوع، لكون هذا الشرط كما ذكرنا يرتبط أكثر بالحريات الشخصية للأجراء مقارنة بالإثبات.

يرتبط شرط عدم مساس وسيلة الإثبات بمصادقية إقامة العدالة بالمبادئ التي تقوم عليها المساطر القضائية. فإثناء النظر في أي نزاع، يتعين على مختلف المتدخلين في هذه المساطر احترام مجموعة من المبادئ والأسس، أهمها الانصاف والنزاهة، وبالتالي كلما دخلت وسائل الإثبات في تصادم مع هذه المبادئ، كلما وجب العمل على استبعادها، ذلك أن الرغبة في الوصول إلى الحقيقة

تم الاطلاع عليه بتاريخ 15 دجنبر 2016.

⁵² - L'article 2858 du code civil du Québec dispose que: « Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

⁵³ - L'article 24 de la Charte canadienne des droits et libertés dispose que : « Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

لا يعني إطلاق العنان للأطراف للحصول على وسائل الإثبات دون التحلي بمبادئ العدل والإنصاف التي تحكم سير كل دعوى.

وإذا كان هذا الشرط يعرف تطبيقاته بشكل أكبر في النزاعات الجنائية من خلال ما يعرف بمبادئ المحاكمة العادلة، فهذا لا يعني اقتصره على الدعاوى الجنائية دون سائر الدعاوى الأخرى.

وكما مر معنا، فقد تبنى المشرع الكندي في الفصل 24 من الميثاق الكندي للحقوق والحريات هو الآخر شرط عدم مساس وسائل الإثبات بمصادقية إقامة العدالة، ولقد طرحت على المحكمة العليا الكندية تطبيقاً لهذا الفصل قضية تتعلق بمدى مساس استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات بمصادقية إقامة العدالة في نزاع ذو طابع جنائي. والذي يهمننا من هذا القرار هو معرفة المعايير التي وضعتها المحكمة العليا الكندية في تطبيقها لشرط عدم المساس بمصادقية إقامة العدالة، ثم مدى تأثير هذه المعايير من عدمه على القضاء الكبيكي بمناسبة تعامله مع هذا الشرط أثناء البث في نزاعات الشغل.

ولتقييم مدى حصول مساس بمصادقية إقامة العدالة، اعتبرت المحكمة العليا الكندية أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار ثلاثة مجموعات من المعايير. أولى هذه المجموعة من المعايير هي مدى تأثير قبول وسيلة الإثبات⁽⁵⁴⁾ على عدالة مسطرة المحاكمة. أما ثاني هذه المجموعة هي مدى جسامة الانتهاك الحاصل، ثم أخيراً مدى انعكاس استبعاد وسيلة الإثبات على مصادقية إقامة العدالة. ويهدف المعيار الأول إلى ضمان الحق للمتهم في محاكمة منصفة، بحيث يتم تكريس مصلحة المجتمع في معرفة الحقيقة مع الحفاظ على عدالة المسطرة بالنسبة للمتهم. ويطبق هذا المعيار بغض النظر عن جسامة المخالفة المزعومة⁽⁵⁵⁾. أما المعيار الثاني المتعلق بمدى جسامة الانتهاك، فالغرض منه تحليل الإجراء المتخذ من طرف السلطات المسؤولة عن تطبيق القانون- رجال الشرطة في هذا النزاع- لمعرفة هل الانتهاك تم عن حسن نية أو بشكل متعمد، ومدى جدية الانتهاك، وهل توجد حالة استعجال، وهل تتوفر لدى رجال الشرطة وسائل تحقيق أخرى تمكنهم من تفادي انتهاك الحقوق الدستورية⁽⁵⁶⁾. وبخصوص المعيار الأخير الذي يهتم مدى انعكاس استبعاد وسيلة الإثبات على مصادقية إقامة العدالة، فيستوجب أن تكون المخالفة المرتكبة والتي

⁵⁴ - Julie VINCENT et Simon ROY, L'exclusion de la preuve en vertu de la charte : vers la reconnaissance de l'expertise du juge du procès, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, (2007) 37, P. 211.

⁵⁵ - Ibid.

⁵⁶ - Julie VINCENT et Simon ROY, L'exclusion de la preuve en vertu de la charte : vers la reconnaissance de l'expertise du juge du procès, Op.cit., P. 214.

على أساسها تمت الاستعانة بوسيلة الإثبات مخالفة جسيمة⁽⁵⁷⁾، وأن تكون وسيلة الإثبات ذات مصداقية ولها أهميتها في النزاع⁽⁵⁸⁾.

ويترتب على تقييم هذه المجموعات الثلاثة من المعايير التي قررتها المحكمة العليا الكندية تطبيقاً للفصل 24 من الميثاق الكندي للحريات والحقوق، معرفة ما إذا كانت وسيلة الإثبات المستعملة في النزاع - كاميرات المراقبة بالفيديو - تلحق ضرراً بمصداقية إقامة العدالة أم لا.

وبالرغم من كون هذه المعايير قد وضعت بمناسبة النظر في نزاع جنائي، فإنها تظل صالحة للتطبيق على النزاعات الأخرى مهما كانت طبيعتها، مادامت توضح المقصود من شرط عدم مساس وسيلة الإثبات - كاميرات المراقبة - بمصداقية إقامة العدالة.

بيد أن القضاء الكبيكي لم يتقيد بهذه المعايير حينما عرضت عليه نزاعات شغل تمسك فيها المشغلون بكاميرات المراقبة بالفيديو كأداة إثبات، وذلك بمناسبة إثارة شرط مدى مساس كاميرات المراقبة بمصداقية إقامة العدالة، حيث أثر في العديد من المناسبات الإبقاء على هذه الوسيلة من الإثبات و الاعتماد عليها لحسم نزاعات الشغل مادامت توصل إلى اكتشاف الحقيقة، معتبراً أن استبعاد هذه الوسائل سيترتب عنه عدم الوصول إلى الحقيقة، الأمر الذي يشكل في حد ذاته مساً بمصداقية إقامة العدالة.

ففي قضية بريدجستون Bridgestone مثلاً الصادرة بتاريخ 30 غشت 1999 عن محكمة الاستئناف لكبيك، أوضح القاضي بودوين Boudouin أن المحكمة، حتى ولو أنها استخلصت بأن الإثبات تم الحصول عليه جراء خرق غير قانوني لحقوق الأجير، فإن هذا الدليل بالرغم من ذلك يعد مقبولاً، بما أن الاحتجاج به لا يؤدي إلى المساس بمصداقية إقامة العدالة⁽⁵⁹⁾، معتبراً أن استبعاد التسجيلات المصورة هو الذي سيترتب عنه المس بمصداقية إقامة العدالة⁽⁶⁰⁾.

فالمعول عليه إذن حسب المحاكم الكبيكية هو اكتشاف الحقيقة، فهذه الأخيرة وحدها هي التي يجب أن تسود، إذن أن الحقيقة، تشكل في نظر هذه المحاكم الهدف الأساسي للنظام القضائي الكبيكي⁽⁶¹⁾.

هذا التوجه لم يقتصر على القضاء الرسمي فقط، فقد اعتبر المحكمون الكبيكيون في غالبية القضايا التي طرحت عليهم في هذا الشأن، أن العدالة تفقد مصداقيتها بشكل أكبر، متى تم استبعاد هذا النوع

⁵⁷ - Julie VINCENT et Simon ROY, L'exclusion de la preuve en vertu de la charte : vers la reconnaissance de l'expertise du juge du procès, Op.cit., P. 216.

⁵⁸ - Julie VINCENT et Simon ROY, L'exclusion de la preuve en vertu de la charte : vers la reconnaissance de l'expertise du juge du procès, Op.cit., P. 217.

⁵⁹ - Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Les Cahiers de Droit, vol. 54, n° 2-3, juin-septembre 2013, P. 262.

⁶⁰ - Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Op.cit, P. 263.

⁶¹ - Ibid.

من وسائل الإثبات، بالقدر الذي يمنع فيه هذا الاستبعاد أحد أطراف النزاع من تقديم إضاءات حول وقائع النزاع(62).

وتعتبر قضية أولترامار Ultramar (63) خير تجسيد لموقف التحكيم الكبيكي هذا. ففي هذه القضية عمد المشغل إلى تتبع أجير وتصويره خفية بعدما تعرض لحادثة شغل تسببت له في التواء على مستوى أسفل الظهر. وبعدها أظهرت التسجيلات المصورة ممارسة الأجير لمجموعة من الأنشطة التي تتناقض مع الحالة الصحية المزعومة من طرفه، قام المشغل بفصله عن العمل بسبب تظاهره بالإصابة بحادثة شغل واستفادته من التعويضات التي يمنحها القانون للمصابين بحوادث الشغل دون وجه حق. وبعد تعرض النقابة التي ينتمي لها الأجير على هذا الفصل، اعتبر المحكم أن الهدف الذي يبحث عنه المشغل والمتمثل في اكتشاف الغش، يشكل قيمة مهمة، وأن استبعاد التسجيلات المصورة من شأنها أن تحط من مصداقية مؤسسة التحكيم. فالبحث عن الحقيقة يبقى دائما هو الهدف الأساسي لنظام العدالة المدنية، ويشكل قيمة أساسية. ولقد أنهى المحكم تعليلا موقفه بالقول: "مثل هذا الانتهاك يمثل ضررا أقل مقارنة مع استبعاد دليل مهم(64) يقدم مصلحة واقعية لحل النزاع، هذا الأخير الذي يعتبر المهمة الأولى للتحكيم"(65)

ولا يعكس اعتماد القضاء الكبيكي على التسجيلات المصورة وحدها كوسيلة إثبات، رغبته في الوصول الى الحقيقة، بل كرس هذه الرغبة بالاستناد كذلك على التسجيلات الصوتية كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل معتمدة في ذلك على نفس المبررات. ونظرا للتشابه الحاصل بين التسجيلات المصورة والصوتية كوسيلة إثبات، فإننا سوف نتطرق لقرارين صادرين عن محكمة الاستئناف لكبيك تبنت فيهما التسجيلات الصوتية كأداة إثبات، مع إيلاء الاهتمام أكثر بالقرار الأول نظرا لتوضيحه الفرق بين شرط عدم مساس وسيلة الإثبات بمصداقية إقامة العدالة في كل من المادة الجنائية و المادة المدنية.

فبخصوص القرار الأول المعروف بقرار لابوانت Lapointe، ذهب محكمة الاستئناف بقلم القاضي جندرو Gendreau إلى القول : " (...) يتعين إذن على المدعي أن يظهر، بواسطة وسيلة إثبات مدنية، أنه تعرض لحادثة شغل، وأنه يملك الحق في الحصول على التعويض الذي يطالب به. ويتمثل دور المحكمة الإدارية المكلفة بتقييم هذه الحجج، في البحث عن الحقيقة، حيث يجب عليها تقرير ما إذا كان للأجير الحق في الحصول على الأموال العامة، أو بخلاف ذلك، حرمانه من أي جبر للضرر مادامت المعايير التي وضعها المشرع غير مكتملة (...) إجمالا، في هذه المادة، لا يتعلق الأمر بحماية حق المتهم في عدم الاحتجاج بدليل ضد نفسه من قبل السلطة العامة،

62- Droits de la personne et droits syndicaux : deux enjeux collectifs!, Op.cit, P. 11.

63 - Travailleurs québécois de la pétrochimie et Ultramar, 2009, note Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Op.cit, P 267.

64 - Ibid.

65 - Travailleurs québécois de la pétrochimie et Ultramar, 2009, note Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Op.cit, P. 268.

المبدأ الأساسي المنصوص عليه في قانونا الجنائي، لكن العمل على ضمان عدالة التعويض المستحق لضحايا حادثة شغل أو مرض مهني وتفادي تحريف الغرض الذي من أجله تم إنشاء هذه الأموال. وبالتالي في هذه الحالة، أعتقد أنه في غياب دليل قوي، العدالة سنتتهك بشكل أكبر إذا تم استبعاد وسيلة الإثبات المستخلصة من اعتراض المحادثة بين المتصل و السيد ترومبلاي Tremblay عما هو عليه الأمر في حالة قبولها⁽⁶⁶⁾. لا يمكنني في الواقع، أن أقتنع أنه من المصلحة العامة أن يستفيد الفرد من نظام للتعويض لا حق له فيه بمجرد استبعاد دليل مقنع وفي محله، دليل تم تأسيسه بتواطؤ مع شخص آخر، من أجل الحصول على تعويض بطريقة غير قانونية. سيكون ذلك بمثابة إهانة لجميع الأجراء و المشغلين، الذين يساهمون معا في استمرارية أداء الاشتراكات بغية حماية الضحايا الحقيقيين"⁽⁶⁷⁾.

يظهر إذن من خلال هذا المقطع أن القاضي جندرو Gendreau قد عمد إلى إحداث تمييز بين حالة الإضرار بمصادقية العدالة في المادة الجنائية، والإضرار بمصادقية العدالة في المادة المدنية، معتبرا أن المادتين لا تحكمهما نفس الغاية، كما أنهما لا تتوفران على نفس الضمانات، فعكس المحاكمة الجنائية، يفترض في طرفي المحاكمة المدنية أنهما على قدم المساواة⁽⁶⁸⁾.

وتأكيدا منه لخصوصية شرط عدم المساس بمصادقية إقامة العدالة في نزاعات الشغل، أضاف القاضي Gendreau قائلا: "إن البحث عن الحقيقة يعتبر من صميم الدعوى المدنية، وجميع المعايير التي تم سننها والتي تهدف الى سير هذه الدعوى، الغرض منها ضمان إظهار الحقيقة"⁽⁶⁹⁾.

أما القرار الثاني فاستمرت فيه محكمة الاستئناف على نفس المنوال، وأكدت موقفها القاضي بوجود التمسك بوسائل الإثبات لحل نزاعات الشغل على الرغم من سريتها، مادامت تساهم بشكل واضح في التعرف على الحقيقة. فقد اعتمدت محكمة الاستئناف في هذا القرار المعروف بقرار Bellefeuillec على المحادثات الصوتية التي سجلتها أجيرو كشفت من خلالها قيام مشغلها السابق بإعطاء معلومات كاذبة لمجموعة من المشغلين المحتملين⁽⁷⁰⁾، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف أنه حتى مع وجود انتهاك، فإن قبول الدليل المتحصل عليه لا يعرض إقامة العدالة للضرر، بل إن رفضه هو الذي يشكل تهديدا لإقامة العدالة⁽⁷¹⁾، الأمر الذي سيسمح لصاحب التصرف الذي من المحتمل أن يكون غير مشروع بإخفائه و الحيلولة دون قيام النظام القضائي بدوره بشكل سليم عن

⁶⁶ - Louise VIAU, La Surveillance vidéo et le droit à la vie privée au Canada et au Québec : l'impact des chartes des droits et l'exclusion de la preuve, Revue internationale de droit comparé, Vol. 52 N°3, Juillet-septembre 2000, P. 602.

⁶⁷ - Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Op.cit, P. 263.

⁶⁸ - Ibid.

⁶⁹ - Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Op.cit, P. 264.

⁷⁰ - Ibid.

⁷¹ - Ibid.

طريق إخفاء الحقيقة. فالبحث عن هذه الأخيرة يبقى هو الهدف الجوهرى للدعوى المدنية، كما أن الظروف لم تكن جسيمة لاستبعاد العمل بالقاعدة التي تقضي بأن كل وسيلة إثبات ذات صلة تكون مقبولة⁽⁷²⁾.

المبحث الثاني: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو

وعيا بالتهديدات التي تحدثها كاميرات المراقبة بالفيديو على الحياة الخاصة للأجراء، تدخلت القوانين جنبا إلى جنب مع الاجتهاد القضائي للتصدي لهذه التهديدات. غير أن ما يلاحظ بخصوص هذا التدخل هو وجود تباين للمواقف التي تبنتها هذه القوانين والاجتهادات والقضائية. فإذا كان المشرع الفرنسي ومعه المشرع المغربي - بدرجة أقل للغاية -، قد أثرا إعطاء الأولوية للحياة الخاصة للأجراء عبر إقرار مبدأ التناسب، فإن الاجتهاد القضائي الكبيكي ومعه الإسباني في تطبيقهما غير المباشر لهذا المبدأ، مع اعترافهما بالانتهاكات التي تحدثها كاميرات المراقبة على الحياة الخاصة للأجراء، فإنهما فضلا تغليب مصلحة المشغل على حساب احترام الحياة الخاصة للأجير.

للإحاطة بمختلف هذه التوجهات، فإن تقسيم هذا المبحث سيكون على النحو التالي:

المطلب الأول: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانونين الفرنسي والمغربي.

المطلب الثاني: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانونين الكبيكي والإسباني.

المطلب الأول: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانونين الفرنسي والمغربي

تدخل القانون الفرنسي بشكل مباشر لحماية الحياة الخاصة للأجراء من الانتهاكات التي يمكن أن تكون عرضة لها بواسطة كاميرات المراقبة بالفيديو، حيث خصص مجموعة من النصوص القانونية بغرض توفير هذه الحماية، ساعيا في نفس الوقت لضمان مصالح المشغل وذلك عبر إقرار مبدأ التناسب.

ولئن كان القانون المغربي قد تبنى هو الآخر هذا المبدأ عبر مجموعة من النصوص القانونية، فإن هذه النصوص تظل مع ذلك غير كافية، خاصة لكونها عبارة عن نصوص عامة لم تسن لتحكم علاقات الشغل.

وهكذا يتضح أن تناول هذا المطلب سيكون على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: حماية الحياة الخاصة للأجراء من انتهاكات كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون الفرنسي.

الفقرة الثانية: حماية الحياة الخاصة للأجراء من انتهاكات كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون المغربي.

⁷² - Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, Op.cit, P. 265.

الفقرة الأولى: حماية الحياة الخاصة للأجراء من انتهاكات كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون الفرنسي

على الرغم من التداخل الموجود بين موضوعي مساس كاميرات المراقبة بالفيديو بالحياة الخاصة للأجراء ومشروعية استعمال هذه الكاميرات كوسيلة إثبات في نزاعات الشغل، حيث ربط الاجتهاد القضائي الفرنسي جواز تمسك المشغلين بعناصر الإثبات المستمدة من كاميرات المراقبة بالفيديو بعدم مساس هذه الأخيرة بالحياة الخاصة للأجراء، إلا أن المشرع الفرنسي فضل معالجة مسألة مساس كاميرات المراقبة بالفيديو بالحياة الخاصة للأجراء بمعزل و استقلال عن موضوع الإثبات، عكس القضاء الفرنسي الذي أعطى الأولوية لموضوع الإثبات عند معالجته لمسألة توظيف المشغلين لكاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات مقارنة بمسألة انتهاك الحياة الخاصة للأجراء⁽⁷³⁾. فبالنسبة للمشرع الفرنسي، يعتبر الحق في الحياة الخاصة للأجراء من الحقوق الأساسية التي تستحق الحماية حتى ولو لم يكن هذا الحق موضوع نزاع مصدره مساس كاميرات المراقبة بالفيديو بالحق في الحياة الخاصة. ولهذا نجد المشرع الفرنسي قد أفرد لهذه النقطة بالذات تنظيماً قانونياً خاصاً، الغرض منه وضع أسس قانونية تستجيب لخصوصيات الحياة الخاصة للأجير داخل المقولة دون الحاجة إلى وجود ارتباط بين الحياة الخاصة للأجراء و الإثبات، بمعنى دون أن يكون سبب إثارة مسألة مساس كاميرات المراقبة بالفيديو بالحياة الخاصة للأجراء هو مدى استعمال هذه الأخيرة كوسيلة إثبات، بل تم تناول مدى احترام كاميرات المراقبة لخصوصيات الأجير كموضوع مستقل قائم بذاته يتعين معالجته دون ربطه بموضوع الإثبات. هذه المعالجة نجدنا تتوزع بين مدونة الشغل الفرنسية (أولا)، و منشور للجنة الوطنية الفرنسية للمعلومات والحريات (ثانياً).

أولاً : إقرار مبدأ التناسب في قانون الشغل الفرنسي كألية لحماية الحياة الخاصة للأجراء

لم تتطرق محكمة النقض الفرنسية بما فيه الكفاية في قرارها المشهور الذي منعت بموجبه المشغل من توظيف كاميرات المراقبة بالفيديو المخفية كوسيلة إثبات للتساؤل المطروح حول مشروعية كاميرات المراقبة، بما أنها تناولت الموضوع من زاوية الإثبات فقط. وهذا ما دفع إلى الاعتقاد بأن منع محكمة النقض الفرنسية لكاميرات المراقبة بالفيديو لم يكن منعاً لذاته⁽⁷⁴⁾.

لكن بما أن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية اعترفت بشكل ضمني للمشغل بحقه في مراقبة وتتبع أجراءه، عبر نظام كاميرات المراقبة بالفيديو، شريطة الإخبار المسبق للأجير⁽⁷⁵⁾،

73 - هذه الأولوية لها ما يبررها في نظرنا، ذلك أن الإشكالية الرئيسية التي طرحتها آنذاك كاميرات المراقبة بالفيديو هو مدى مشروعية استعمالها لتبرير فصل الأجراء، ولهذا جاء جواب القضاء الفرنسي مقتصرًا على هذه النقطة فقط. لكن هذا لا يعني الإغفال الكلي لمسألة خصوصيات الحياة الخاصة للأجراء، لأنه كما سبق و مر معنا، فالموضوعان مرتبطان فيما بينهما ارتباطاً لصيقاً يصعب فصله.

74 - Manuela GREVY, Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?, Op. cit., P. 331.

75 - Stéphane BOGORATZ et Camille BAUER, La vidéosurveillance du salarié : Pour une protection juridique nouvelle de son image et de l'intimité de sa vie privée, Op. cit., P.19.

فإنها وضعت اللجنة الأولى لما يعرف بمبدأ التناسب بخصوص مسألة استخدام كاميرات الفيديو لمراقبة الأجراء، بما أنها حاولت خلق نوع من التوازن بين حق المشغل في الرقابة وبين حفظ خصوصيات الأجراء، و بالتالي وضع ضابط الهدف منه رسم حدود تدخل كاميرات المراقبة بالفيديو في الحياة الخاصة للأجراء، بالرغم من عدم اكتمال ملامح هذا الضابط.

لكن ماذا يقصد بمبدأ التناسب؟ للإجابة عن هذا التساؤل يتعين البحث أولاً عن المفهوم العام لمبدأ التناسب، ثم ثانياً عن تطبيقات هذا المفهوم في قانون الشغل الفرنسي.

يرتبط مبدأ التناسب بالحقوق الأساسية للفرد داخل المجتمع، ويعتبر من المبادئ العامة المعترف بها بموجب النظام القانوني الأوروبي، و الذي طور عبر محكمة العدل الأوروبية، كما يعد جزءاً من مبادئ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.⁽⁷⁶⁾ و يهدف إلى إعطاء الأولوية للحقوق الأساسية على حساب الحقوق العادية كلما وقع تنازع بين هذه الحقوق.⁽⁷⁷⁾ وبما أن حق احترام الحياة الخاصة يعد من الحقوق الأساسية المحمية بمقتضى الدساتير⁽⁷⁸⁾، وكذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و الحريات الأساسية،⁽⁷⁹⁾ فإنه متى ظهرت دوافع وجيهة من شأنها المساس بهذه الحقوق والحريات فيجب حينئذ حسب محكمة العدل الأوروبية، الحرص ما أمكن على اتخاذ التدابير الأقل مساساً بحقوق الأفراد وحررياتهم مع عدم تجاوز الحدود التي تتحقق معها الأهداف المبجوت عنها⁽⁸⁰⁾.

ولا يختلف كثيراً المفهوم الخاص لمبدأ التناسب داخل علاقات الشغل عن المفهوم العام لهذا المبدأ المفصل أعلاه، حيث يقصد منه وضع ضابط موضوعي يكفل للمشغل تحقيق أهدافه مع مراعاة الحقوق الأساسية للأجراء.

ولقد أسس قانون الشغل الفرنسي لمبدأ التناسب عبر المادة 2-1121-L من مدونة الشغل الفرنسية التي تنص على أنه : " لا يمكن لأحد إدخال تقييدات على حقوق الشخصية والحريات الفردية والجماعية، مالم تكن مبررة بطبيعة المهمة المراد إنجازها ومنتاسبة مع الهدف المراد تحقيقه."⁽⁸¹⁾، وجعل منه أحد أهم المبادئ الجوهرية التي تحكم علاقات الشغل، فهو بمثابة ميزان،

⁷⁶ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, Op.cit., P.380.

⁷⁷ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, Op.cit., P. 381.

⁷⁸ - بالنسبة للمغرب، ورد التنصيص على حماية الحياة الخاصة في الفقرة الأولى من الفصل 24 من دستور 2011 التي تنص على أنه : " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة".

⁷⁹ - <http://www.peeters-law.be/documents/news-items/news-17.xml?lang=fr>

تم الاطلاع بتاريخ 11 دجنبر 2019.

⁸⁰ - Marie-Hélène VIEU-PLANCHON, Le principe de proportionnalité devant la cour de justice et le tribunal de première instance des communautés européennes, Thèse droit privé, Université de la Réunion, 2000, P.75.

⁸¹ - Article L1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

الغرض منه خلق نوع من التوازن بين مصالح المشغل وحقوق شخصية والحريات الفردية للأجراء.

ولم يقتصر تقرير المشرع الفرنسي لمبدأ التناسب على علاقات الشغل بصفة عامة، بل تبنى هذا المبدأ بمناسبة تنظيمه لموضوع توظيف المشغلين للتقنيات الحديثة لمراقبة الأجراء، حيث اشترطت الفقرة الأخيرة من المادة 3-1222 L من مدونة الشغل الفرنسية وجود تناسب بين الطرق والتقنيات المعتمدة لتقييم الأجراء، والأهداف المرجوة من هذا التقييم.⁽⁸²⁾ ومن هنا يتضح أن مبدأ التناسب في مجال استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو يروم جعل السلطة التوجيهية للمشغل مبررة بمصلحة مشروعة للمقولة، كالمصلحة الاقتصادية مثلا⁽⁸³⁾ مع الحرص على عدم تدخل هذه الآلية في الحياة الخاصة للأجير إلا بشكل قليل قدر الإمكان⁽⁸⁴⁾، بمعنى أن السلطة التوجيهية للمشغل يجب ممارستها بشكل يقل معها إحداث أضرار بالحياة الخاصة للأجراء⁽⁸⁵⁾.

فمبدأ التناسب يجعل من الاستعانة بكاميرات المراقبة بالفيديو إجراء استثنائيا، وذلك من خلال ربط استخدام هذه الآلية بوجود دوافع موضوعية تفرض على المشغل اللجوء إليها، كما هو الشأن بالنسبة للمشغل الذي يكون معرضا بشكل أكبر بحكم النشاط الذي يزاوله للسرقة⁽⁸⁶⁾، أو المشغل الذي يلاحظ انخفاضا مهولا ومفاجئا في إنتاجية مقاولاته ومردودية أجراءه، أو المقاولات الكبرى التي تضم عددا كبيرا من الأجراء يستحيل تنظيم تحركاتهم وتوجيهها دون توظيف كاميرات المراقبة بالفيديو، أو لمراقبة أجير معزول يشتغل في موقع خطير وذلك بغية ضمان سلامته الجسدية⁽⁸⁷⁾.

إذن وجود التناسب يعد أمرا ضروريا ومحتما بين الحياة الخاصة للأجراء التي ستكون محل تهديد، وبين الأضرار التي يسعى المشغل إلى تجنبها أو المنافع التي يهدف إلى جلبها، وهذا كله يتمشى مع المبدأ المتعارف عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الذي يقضي بأن الضرورات تقدر بقدرها.

وعليه، حينما يتوفر المشغل على وسائل بديلة كفيلة بإنجاز الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها ومن شأنها عدم خلق أي انتهاك للحياة الخاصة للأجراء، فإنه يفقد الحق في اللجوء إلى نظام كاميرات المراقبة بالفيديو، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للاستعانة برجال الأمن والحماية الخاص، أو حينما تكون الأنشطة التي يزاولها الأجراء بسيطة وغير معقدة ولا تتطلب اللجوء إلى الوسائل الحديثة للمراقبة من أجل ضبطها والتأكد من مدى تحققها، أو الحالة التي يملك فيها المشغل مقولة تشغل عددا قليلا من الأجراء، بحيث بمقدوره القيام بنفسه أو بواسطة شخص آخر يندبده بمراقبة هؤلاء

⁸² - L'article L1222-3 du code du travail français dispose que : « Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie ».

⁸³ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, Op.cit, p : 379.

⁸⁴ - <http://www.peeters-law.be/documents/news-items/news-17.xml?lang=fr>, Op. cit.

⁸⁵ - Ibid.

⁸⁶ - Isabelle CORNESSE, La proportionnalité en droit du travail, Litec 2001, Paris, P. 237.

⁸⁷ - Manuela GREVY, Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ?, Op. cit, P. 330.

الأجراء والتأكد من مدى قيامهم بمهامهم دون الحاجة إلى تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو. ففي مثل هذه الحالات، فإن استعانة المشغل بهذه الوسائل البديلة للمراقبة تضمن له تحقيق الأهداف التي يروجها، ومن ثمة فإن توظيفه لكاميرات المراقبة بالفيديو لا يبقى له أي مبرر.

واضح إذن أن شرط التناسب لن يتحقق إذا ترتب عن استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو انتهاك الحياة الخاصة للأجراء بشكل مفرط مقارنة مع المزايا التي سيحققها المشغل من جراء هذا الانتهاك.

ويترتب عن مبدأ التناسب، صيرورة حق المشغل في إجراء المراقبة على أجراءه بواسطة كاميرات المراقبة بالفيديو مجرد حق تقديري، مادامت الحياة الخاصة للأجراء مهددة بالانتهاك⁽⁸⁸⁾، وبالتالي فهو يمنح للفضاء مجال واسع من الحرية، بغية تقدير الوضعيات المطروحة عليهم، وتكييف كل حالة على حدة مع حاجيات كل مشغل⁽⁸⁹⁾. ولهذا اقترح الفقيه الفرنسي جيرارد ليون كاين Gérard LYON-CAEN ضرورة التنصيص في النظام الداخلي للمقولة على استعمال المشغل لكاميرات المراقبة بالفيديو وذلك حتى تسهل عملية مراقبة وجود مبدأ التناسب من عدمه⁽⁹⁰⁾.

ثانياً: إقرار مبدأ التناسب من خلال اللجنة الوطنية الفرنسية للمعلومات والحريات

اعتبرت اللجنة الوطنية الفرنسية للمعلومات والحريات في دليلها، أن استخدام نظام كاميرات الفيديو لمراقبة الأجراء يجب بالضرورة أن يحترم مبدأ التناسب، وذلك من خلال اشتراط عدم إفراط المشغل في استعمال هذا النظام من جهة، ووجود تناسب بين هذا الاستعمال والأهداف المراد تحقيقها من المراقبة من جهة أخرى⁽⁹¹⁾.

وتطبيقاً لمبدأ التناسب، قررت اللجنة الفرنسية كمبدأ عام عدم جواز تصوير وجهة كاميرات المراقبة بالفيديو بصفة مباشرة على الأجراء داخل مناصب عملهم، وأجازت بصفة استثنائية تصوير بعض الأجراء أثناء مزاولتهم لمهامهم المهنية، كما هو الحال بالنسبة للأجراء المكلفين بتحصيل النقود، لكن شريطة توجيه كاميرات المراقبة بالفيديو صوب صناديق استخلاص النقود وليس على الأجراء. فالأجير حسب اللجنة يملك الحق في احترام حياته الخاصة داخل مقر العمل بنفس الكيفية التي تصان فيها خارج العمل.

كما حظرت اللجنة بشكل مطلق تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو داخل الأماكن التي يستريح فيها الأجراء، والأماكن التي يتناولون فيها وجباتهم الغذائية، وكذلك المراحض.

⁸⁸ - Panagiota PERRAKI, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen, Etude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen, Op.cit., P. 380.

⁸⁹ - Ibid.

⁹⁰ Isabelle CORNESSE, La proportionnalité en droit du travail, Op. cit., P.133.

⁹¹ Guide pour les employeurs et les salariés, édition 2010, P. 26, disponible sur : https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL_Video_au_travail.pdf.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 23 أكتوبر 2019.

وحتى لا تكون التسجيلات التي تلتقطها كاميرات المراقبة بالفيديو عرضة للعلاية والمس بخصوصيات الأجير، حصرت اللجنة الفرنسية الحق في الاطلاع على هذه التسجيلات في الأشخاص المأذون لهم وحدهم رؤية التسجيلات المصورة في إطار مهامها داخل المقولة، كما هو الشأن بالنسبة للشخص المسؤول عن الأمن داخل المقولة. كما اشترطت في هؤلاء الأشخاص توفرهم على تكوين خاص بقواعد تطبيق نظام المراقبة بالفيديو.

وحددت اللجنة الفرنسية مدة الاحتفاظ بالتسجيلات المصورة في شهر واحد كقاعدة عامة، معتبرة أن الاحتفاظ بالصور لبضعة أيام كاف لإجراء الأبحاث الضرورية في حالة وقوع حادث، وإذا ما تم تحريك مسطرة تأديبية أو جنائية، فإنه يتم الاحتفاظ بالتسجيلات المصورة الى حدود نهاية تلك الإجراءات.

الفقرة الثانية: حماية الحياة الخاصة للأجراء من انتهاكات كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون المغربي

ينطبق ما سبق وأن أشرنا له بخصوص سكوت مدونة الشغل المغربية عن تنظيم موضوع حجية تسجيلات الفيديو في الإثبات داخل نزاعات الشغل على موضوع مساس كاميرات المراقبة بالفيديو بالحياة الخاصة للأجراء، حيث تخلو مدونة الشغل من أي إشارة في هذا الشأن، مما يدفع إلى البحث في القوانين الأخرى ذات الصلة قصد إيجاد هذه الحماية.

ولقد حاول المشرع المغربي تدارك هذا الفراغ عبر تبني مبدأ التناسب في القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽⁹²⁾ (أولاً)، وعبر تبني اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي لمبدأ التناسب عند تنظيمها لهذا الموضوع (ثانياً).

أولاً: تبني المشرع المغربي لمبدأ التناسب عبر القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي

تبنى المشرع المغربي مبدأ التناسب في معرض تحديده للشروط المطلوبة في المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽⁹³⁾، وذلك عندما أوجب في البند الثالث (ج) من الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي " أن تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي ملائمة ومناسبة وغير مفرطة بالنظر إلى الغايات التي تم تجميعها ومعالجتها لاحقاً من أجلها". فالغرض من هذا المقتضى هو عدم فتح الباب مشرعا

⁹² - الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، الجريدة الرسمية عدد 5711 (النشرة العامة) المؤرخة في 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص. 552.

⁹³ - تعتبر التسجيلات المصورة عبر كاميرات المراقبة بالفيديو من صميم المعطيات الشخصية. فحسب المادة الأولى من القانون رقم 08-09، يراد بالمعطيات ذات الطابع الشخصي " كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده بالشخص المعني".

أمام المشغل لتسجيل جميع تحركات وتصرفات الأجراء، بل الحصر ما أمكن من جمع المعطيات الشخصية ليقترن على المعطيات الضرورية لتحقيق الأهداف المشروعة والمحددة للمشغل، وفي هذا المعنى نجد المشرع الأوروبي في النظام رقم 679/2016 المؤرخ في 27 أبريل 2016 الذي خصصه لموضوع حماية المعطيات الشخصية للأشخاص الطبيعيين⁽⁹⁴⁾ قد اشترط صراحة التقليل من جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي minimisation des données وحصرها في المعطيات الكافية وذات صلة و الضرورية فيما يتعلق بالأغراض التي جمعت من أجلها.

كما أكد المشرع المغربي على ضرورة احترام مبدأ التناسب في المادة 4 من نفس القانون، حينما نص على مجموعة من الحالات التي يستثنى فيها الحصول على رضا الشخص المعني بمعالجة معطياته الشخصية، منهنما حالتان تنطبقان على علاقة الشغل؛ الأولى هي الحالة التي يكون فيها تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو ضروريا لتنفيذ عقد الشغل، أما الثانية فهي الحالة التي يكون فيها تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو ضروريا لإنجاز مصلحة مشروعة يتوخاها المشغل والتي اشترط فيها المشرع كذلك "مراعاة عدم تجاهل مصلحة" الأجير أو " حقوقه وحرياته الأساسية".

فالأصل إذن هو ضرورة حصول المشغل على قبول الأجير قبل إقدامه على تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو، ولا يعفى المشغل من ذلك إلا في الحالتين المذكورتان أعلاه. لكن بما أن هاتين الحالتين من السهل تحققهما على أرض الواقع، إذ في غالب الأحوال من اليسير أن يثبت المشغل حاجته للجوء لكاميرات المراقبة بالفيديو لتحقيق مصلحة مشروعة أو لتنفيذ عقد الشغل الذي يعد بالنسبة له الغاية الأساسية من تعاقد مع الأجير، فإنه يمكن القول أن الاستثناء انقلب إلى قاعدة، بحيث أصبح الحصول القبلي على رضا الأجير هو الاستثناء في ظل استحالة انتفاء الشروط التي يصبح بمقتضاها المشغل ملزم تطبيقا للقاعدة العامة التي جاء بها المشرع في المادة الرابعة، الحصول على رضا الأجراء قبل تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو.

وإذا كان المشغل معفي من الحصول على رضا الأجير إذا تحققت هاتين الحالتين، فإنه ملزم بإخبار الأجراء "إخبارا مسبقا و صريحا ولا يحتمل اللبس" قبل إخضاعهم لنظام كاميرات المراقبة بالفيديو، فقد فرضت المادة 5 من القانون رقم 08-09 المعنونة ب (الحق في الإخبار أثناء تجميع المعطيات) على المسؤول عن المعالجة⁽⁹⁵⁾ أو من يمثله (المشغل أو من ينوب عنه) واجب إخبار الأجير قبل تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو بمجموعة من العناصر التي أوردها المشرع على سبيل المثال، والتي تهدف في مجملها إلى ضمان مجموعة من الحقوق للأجير؛ أهمها إحاطته علما بخضوعه لرقابة المشغل وبحقه في الولوج إلى التسجيلات المصورة.

94 - النظام المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وبحرية نقل هذه المعطيات.

Règlement relatif à la protection des personnes physiques l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

95 - يتضح من التعريف الذي أعطاه المشرع لمفهوم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، دخول تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو في صلب هذا التعريف.

كما يلتزم المشغل بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 12 من ذات القانون، بتقديم تصريح مسبق إلى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي قبل إقدامه على إخضاع الأجراء لرقابة كاميرات الفيديو وذلك بهدف " تمكين اللجنة من ممارسة الاختصاصات المخولة لها بموجب هذا القانون قصد مراقبة احترام أحكامه والتأكد من إشهار معالجة المعطيات الشخصية".

ثانيا: مبدأ التناسب حسب اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي

يجاد تناسب بين متطلبات استعمال المشغل لكاميرات المراقبة بالفيديو والحياة الخاصة للأجراء، كان أيضا موضوع المداولة رقم 2013-350 المشار إليها سابقا، والتي تشددت شيئا ما في الدوافع التي يمكن من خلالها للمشغل اللجوء إلى تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو، حيث حصرت هذه الدوافع في حماية أمن الممتلكات أو الأشخاص. ففي ظل هذه المداولة يتحقق التناسب بين الحياة الخاصة للأجراء ومصالح المشغل فقط في الحالة التي تكون فيها ممتلكات أو سلامة الأشخاص محط تهديد، وبالتالي يجوز استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو لتفادي أو دفع هذه التهديدات، الأمر الذي يفيد بأن المشغل يصبح مقيدا باستخدام كاميرات المراقبة بالفيديو في هاتين الحالتين فقط، أما في غيرها من الحالات فلا يملك الحق في الاستعانة بكاميرات المراقبة بالفيديو. وما يعزز هذا التوجه، أن المداولة أشارت في البند المتعلق بمواقع تثبيت الكاميرات إلى جواز هذا التثبيت في كل موقع يسمح بتوفير الأمن للممتلكات أو الأشخاص، ومنعت كليا تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو في الأماكن التي تهدد المساس بالحياة الخاصة لهؤلاء الأشخاص. وترتبط على ذلك، وحسب الدورية دائما، يمكن تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو عند مداخل ومخارج البنائات، وعلى ممرات السير، وداخل مخازن البضائع، وبمواقف السيارات، وفي مواجهة الخزائن الحديدية وعلى مدخل القاعات التقنية وبداخلها (...). ولا يجب استعمالها لمراقبة أجبر أو عدة أجراء داخل مواقع العبادة، وبمقر النقابات، وبالمراحيض وقاعات الاجتماعات وأماكن الراحة (...).

واضح إذن أن الأسباب التي يمكن من خلالها للمشغل اللجوء إلى كاميرات المراقبة بالفيديو حسب الدورية تبقى محصورة في حماية أمن الممتلكات أو الأشخاص.

لكن في نظرنا لا يجب أخذ هذه الحالات على سبيل الحصر، فقد يجد المشغل نفسه أمام بعض الوضعيات التي تفرض عليه الاستعانة بكاميرات المراقبة بالفيديو، وبالتالي يبقى حرمانه من هذا الحق مجردا من أساس مبادئ العدالة والإنصاف. ولهذا عوض حصر هذه الحالات، يستحب ترك الأمر لتقدير مبدأ التناسب الذي في اعتقادنا وحده القادر على ملاءمة كل حالة على حدة مع الحاجيات المعقولة للمشغل وذلك حسب درجة جسامة انتهاك الحياة الخاصة للأجراء.

وبغية صيانة خصوصيات الأجراء حددت المداولة مدة الاحتفاظ بتسجيلات الفيديو في ثلاثة أشهر كحد أقصى. كما ألزمت ذات المداولة الشخص المسؤول عن المعالجة أخذ جميع الاحتياطات المفيدة للحفاظ على أمن وسرية الصور المعالجة، لاسيما لمنع إلحاق أضرار بهذه الصور، أو تسريبها، أو إتلافها، أو إمكانية الإطلاع عليها من طرف الأغير غير المرخص لهم بذلك، وذلك طبقا للفصل 13 من القانون رقم 08-09.

لكن رغم كل هذه القيود التي تحد من استعمال المشغل لكاميرات المراقبة بالفيديو داخل أماكن العمل، فإن حق إخبار الأجير مسبقا بتثبيت هذه الكاميرات باعتباره أهم قيد يكفل للأجير الحق في عدم المساس بحياته الخاصة لم يتم التنصيص عليه في المداولة رقم 2013-350 المشار إليها سابقا، حيث يملك المشغل في ظلها إمكانية مراقبة أجراءه بواسطة كاميرات الفيديو، دون أن يكون مطالبا بإخبارهم قبلها بوجود هذه الآليات من المراقبة، وذلك في الحالة التي يملك فيها مبررا معقولا لتثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو (الحفاظ على الأفس أو الممتلكات)، الأمر الذي يجعل من كافة القيود الأخرى الواردة في هذه المداولة قاصرة عن حفظ الحياة الخاصة للأجير ما لم تقترن بقيد الإخبار القبلي للأجراء. مما يضطرنا إلى وصف التدابير التي تقيد المشغل من حقه في إخضاع أجراءه لمراقبة كاميرات الفيديو بالتدابير غير الكافية، خاصة وأن المشغل في ظل هذه المداولة غير ملزم بتاتا بضرورة حصوله على موافقة الأجير قبل تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو في أي حالة من الحالات.

وترتبا على ذلك، يتعين على المشرع أن يضيف شرطا يلزم من خلاله المشغل بضرورة الإخبار القبلي للأجير قبل تثبيته أنظمة المراقبة بكاميرات الفيديو في الحالة التي يتوقف فيها تنفيذ عقد الشغل على تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو، وفي الحالة التي تتحقق لدى المشغل مصلحة مشروعة تبرر تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو. لا سيما وأن غياب هذا القيد في هاتين الحالتين يعني السماح للمشغل بتثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو خلسة على الأجراء في أماكن خفية يجهلونها، وهو الأمر الذي لا يمكن بتاتا قبوله بما أنه تستفحل معه درجة المساس بحياتهم الخاصة.

كما أن اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي مدعوة إلى التدخل لإلزام المشغل بأن يخبر الأجير قبل شروعه في تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو، وذلك في غير الحالات التي يعفى منها المشغل من الحصول على رضا الأجير قبل تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو (حفظ الأفس والأموال)، خاصة وأن المشغل يملك الحق في إخفاء كاميرات المراقبة على الأجراء.

المطلب الثاني: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانونين الكيبكي والإسباني

بالرغم من اعتراف المشرعين الكيبكي والإسباني بأحقية الأجير في عدم المساس بحياته الخاصة، فإن القضاء الكيبكي والإسباني في إطار تطبيقهما لمبدأ التناسب في نزاعات الشغل التي يحتج فيها المشغلون بالتسجيلات المصورة عبر تقنية كاميرات المراقبة بالفيديو، سارا في بعض قراراتهما في اتجاه تطبيق هذا المبدأ على حساب الأجراء، حيث اعتبرا أن المصالح الحيوية للمشغل تقتضي استعمال المشغل لكاميرات المراقبة بالفيديو حتى ولو أدى ذلك إلى انتهاك خصوصيات الأجراء.

وعليه، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين على النحو التالي :

الفقرة الأولى: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون الكيبكي.

الفقرة الثانية: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون الإسباني.

الفقرة الأولى: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون الكبيكي

إذا كان المشرع الفرنسي قد قرر مبدأ التناسب بغية خلق نوع من التوازن بين استعمال المشغل لكاميرات المراقبة بالفيديو وصيانة الحياة الخاصة للأجراء، مفضلاً معالجة مسألة علاقة كاميرات المراقبة بالحياة الخاصة للأجراء بمعزل عن موضوع الإثبات، فإن المشرع الكبيكي لم يسلك نفس المنحى بحيث لم يفرد لموضوع احترام كاميرات المراقبة بالفيديو للحياة الخاصة للأجراء أحكاماً خاصة، بل ربطها بالإثبات، معتبراً أن أية وسيلة إثبات تعمل على خرق الحياة الخاصة للأفراد عديمة الأثر في مادة الإثبات.

فكما سبق ومر معنا، فقد اشترطت المادة 2858 من القانون المدني الكبيكي لقبول الإثبات أمام المحاكم، عدم مساس وسيلة الإثبات بالحقوق والحريات الأساسية للفرد. وبما أن الحق في الحياة الخاصة يعتبر من الحقوق الأساسية طبقاً للفصل الخامس من الباب الأول من الميثاق الكبيكي لحقوق وحرريات الشخص المعنون بـ "الحقوق والحريات الأساسية" الذي جاء فيه: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة"، فإن انتهاك كاميرات المراقبة للحياة الخاصة للأجراء يعد مسا بأحد أهم الحقوق الأساسية للأجير.

ويعتبر الحق في حماية صورة الأجير امتداداً مباشراً للحقوق المتعلقة بالحياة الخاصة بصريح الفقرة الثالثة من الفصل 36 من القانون المدني الكبيكي⁽⁹⁶⁾، وبالتالي فإن انتهاك المشغل لهذا الحق من خلال استعماله لكاميرات المراقبة بالفيديو المخفية، يقتضي تطبيقاً للشرط الأول المنصوص عليه في المادة 2258 من القانون المدني الكبيكي عدم الاعتداد بكاميرات المراقبة كوسيلة للإثبات، خاصة وأن الفقرة الرابعة من الفصل 36 من القانون المدني الكبيكي⁽⁹⁷⁾ تعتبر أن مراقبة الحياة الخاصة للشخص بمثابة انتهاك للحياة الخاصة مهما كانت الوسيلة المستعملة في هذه المراقبة.

لكن من خلال استعراض التطبيقات القضائية لهذه المقترضات القانونية من طرف المحاكم الكبيكية بمناسبة تمسك الأجراء بحقهم في استبعاد كاميرات المراقبة كوسيلة إثبات، لكونها تمس بالحياة الخاصة، يتضح أن موقف المحاكم الكبيكية تميز بنوع من التساهل و المرونة، حيث اعتبرت أن

96 - تنص الفقرة الثالثة من المادة 36 من القانون المدني الكبيكي على أنه: "يمكن على الخصوص أن تعتبر التصرفات التالية بمثابة انتهاكات للحياة الخاصة للشخص:

3- النقاط أو استعمال صورته أو صوته حينما يتواجد في أماكن خاصة".

97 - تنص الفقرة الرابعة من الفصل 36 من القانون المدني الكبيكي على أنه: "يمكن على الخصوص أن تعتبر التصرفات التالية بمثابة انتهاكات للحياة الخاصة للشخص:

4- مراقبة حياته الخاصة مهما كانت الوسيلة المستعملة"

المصالح المعقولة للمشغل تستدعي استعماله لكاميرات المراقبة كوسيلة إثبات، رغم اعترافها بما تحدثه هذه الأخيرة من انتهاك لخصوصيات الأجير.

وفي هذا السياق يعتبر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف لكيبك سنة 1999 بمثابة خير تعبير عن هذه المرونة، هذا القرار الذي صدر بخصوص قضية فصل تاديبي عن العمل تم في شهر غشت من سنة 1994 بسبب ما اعتبره المشغل لجوء الأجير إلى الاحتيال قصد تمديد فترة غيابه عن العمل الناتج عن تعرض هذا الأخير لحادثة شغل. حيث قام الأجير بتبرير غيابه بالإدلاء بشواهد طبية مقتضبة للغاية، الأمر الذي أثار حفيظة المشغل، ودفعه إلى إجراء اختبارا على الأجير تطبيقا للحق الذي يمنحه له القانون حيث صرح الطبيب الذي اختاره المشغل بقدرة الأجير على استئناف العمل، الشيء الذي رفضه هذا الأخير معتمدا على شهادة طبية جديدة مختصرة هي الأخرى على غرار نظيراتها من نفس الطبيب المعالج، مما دفع بالمشغل إلى الاستعانة بخدمات محقق سري خاص، الذي قام بتتبع الأجير والتجسس عليه في العديد من المناسبات، حيث أظهرت تسجيلات الفيديو التي قام بها المخبر الخاص أثناء تنقلات الأجير الخارجية وممارسته لأنشطة البستنة بمقر سكنه، قيام هذا الأخير بتحركات تظهر بوضوح تناقضها مع المبررات الصحية التي استند عليها لتغيبه عن العمل. ونتيجة لذلك قام المشغل بطرد الأجير من العمل، هذا الطرد الذي كان موضوع نزاع رفعه الأجير أمام أنظار محكم الذي قضى باستبعاد تطبيق المادة 2558 من القانون المدني الكيبيكي وقبول الإثبات⁽⁹⁸⁾ بواسطة الشريط المصور الذي أدلى به المشغل، حيث اعتبر المحكم أن الظروف التي أنجز فيها التصوير لا تتعارض مع حق الأجير في حماية حياته الخاصة، وأن المشغل نجح في إظهار وجود سبب معقول و كاف لتبرير موقفه.

وبعد الطعن في هذا القرار التحكيمي، أكدت محكمة الاستئناف لكيبك قبولها للإثبات بواسطة شريط الفيديو المصور، وصحة فصل الأجير عن العمل⁽⁹⁹⁾. ولقد جاء تبرير محكمة الاستئناف لموقفها كالتالي: "أساسا، وعلى الرغم من أنها تتضمن انتهاكا واضحا للحق في الحياة الخاصة، يمكن قبول المراقبة خارج المؤسسة إذا كانت مبررة عبر دوافع معقولة وأجريت عبر وسائل معتدلة (...)."

فحسب هذا القرار، تتوقف إذن مشروعية استعمال كاميرات المراقبة بالفيديو كوسيلة إثبات على مدى أهمية المصالح التي يسعى المشغل إلى المحافظة عليها، فمتى كانت المصالح المهددة للمشغل ذات اعتبار جاز له توظيف الوسائل التقنية الحديثة، والتي من بينها كاميرات المراقبة كأداة لإثبات أخطاء الأجراء، رغم ما تتضمنه هذه الوسائل من مساس بالحرية الشخصية للأجراء. ولقد اعتبر بعض الفقه الكندي أن محكمة الاستئناف من خلال هذا القرار جاءت لتقلل من أهمية الحق المكفول

⁹⁸ - Gilles TRUDEAU, « Libertés individuelles et relations de travail : un point de vue canadien », in Mélanges Philippe AUVERGNON, libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l'interdit ?, Éléments de droit comparé, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2011, P. 256.

⁹⁹ - Gilles TRUDEAU, Libertés individuelles et relations de travail : un point de vue canadien, Op.cit, P.257.

بمقتضى الميثاق الكبيكي والقانون المدني الكبيكي، بما أنها اعتبرت أن توفير الحماية للحق في الحياة الخاصة لا ينبغي أن يتم إلا في مواجهة الانتهاكات غير المعقولة.⁽¹⁰⁰⁾

إعطاء الأولوية لمصالح المشغل على حساب الحياة الخاصة للأجير متى كانت الأولى معقولة ولها ما يبررها، موقف تبناه كذلك القضاء الكبيكي كذلك بمناسبة نزاع استدل فيه المشغل بكاميرات المراقبة كوسيلة إثبات، وذلك بعد تعرضه لسرقات وحالات تخريب متكررة.⁽¹⁰¹⁾

بل إن هذا الموقف لم يقتصر على القضاء الرسمي الكبيكي بل تعداه الى التحكيم. ففي قضية CSN et société des casinos du Québec inc المثبته بملهى ليلي لجمع أدلة أدت إلى فصل أجيريين بسبب قبولهما للحلوان، وقيامهما بالإطلاع على معلومات لا يحق لهما الولوج إليها حتى. هذه الأسباب التي اعتبرها المحكم أسبابا وجيهة تبرر للمشغل استخدام كاميرات المراقبة، وبالتالي قبل المحكم تسجيلات الفيديو كوسيلة إثبات⁽¹⁰²⁾.

يتضح إذن من خلال هذا الموقف الذي تبناه القضاء والتحكيم في كيبك، وجود تكيف مغاير لمبدأ التناسب عما هو معمول به في القانون الفرنسي. فإذا كان هدف هذا الأخير من تقريره لمبدأ التناسب، هو إحاطة حقوق الأجراء بالحماية عبر اشتراط وجود تناسب بين استعمال المشغل لكاميرات المراقبة والحياة الخاصة للأجراء، فإن القضاء الكبيكي اتجه عكس المشرع الفرنسي، حيث بالرغم من اعترافه بما تحدثه كاميرات المراقبة من انتهاك للحياة الخاصة للأجراء، فقد استخلص وجود تناسب بين هذه الانتهاكات وبين مصالح المشغل، مادامت هذه الأخيرة معقولة ولها ما يبررها.

الفقرة الثانية: حماية الحياة الخاصة للأجراء من تهديد كاميرات المراقبة بالفيديو في القانون الإسباني

تبنت المحكمة الدستورية الإسبانية في قرار لها بتاريخ 10 يوليوز 2000 نفس الموقف الذي سار عليه القضاء و التحكيم الكبيكي. لكن ما يميز موقف المحكمة الدستورية هو تغاضيه عن الشرط الذي قرره المشرع الإسباني والمتمثل في ضرورة إخبار المشغل لأجرائه قبلها بواقعة تثبيت كاميرات المراقبة⁽¹⁰³⁾، وذلك حينما عرضت عليها قضية للبت في مدى مشروعية تثبيت كاميرات المراقبة بالفيديو داخل المقر الإداري لإحدى المقاولات، بعد أن لاحظ المشغل وجود اختلال كبير في المرودية بين مصلحتين، ولهذا قام بتكليف مقاوله للحراسة، بغرض تثبيت كاميرات للمراقبة،

¹⁰⁰ - Louise VIAU, La Surveillance vidéo et le droit à la vie privée au Canada et au Québec : l'impact des chartes des droits et l'exclusion de la preuve, Op. cit., P. 597.

¹⁰¹ - Droits de la personne et droits syndicaux : deux enjeux collectifs! Séminaire de FTQ sur l'arbitrage de griefs, Op. cit., P. 6

¹⁰² - Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle, op.cit, P 268.

¹⁰³ - في حين لا وجود لهذا الشرط في القانون الكبيكي.

دون أن يخبر الأجراء ولا الهيئات الممثلة لهم بذلك. واستنادا الى تسجيلات الفيديو المصورة المنجزة، قامت المقابلة فيما بعد بفصل مجموعة من الأجراء عن العمل. وبعد أن تم الطعن في هذا القرار، وصل النزاع إلى المحكمة الدستورية وذلك بفعل وجود خرق للحق في الخصوصية المكفول بمقتضى الفصل 18 من الدستور الإسباني. أشارت المحكمة الدستورية في قرارها إلى أنه من البدهة أن مثل هذه المراقبة تتضمن في طياتها خرقا للحق الأساسي المتمثل في الخصوصية، واعتبرت أن السلطة التوجيهية التي يتمتع بها رب العمل تمنحه الحرية في اتخاذ التدابير التي يرى أنها الأكثر ملاءمة للتحقق من مدى احترام الأجراء لالتزاماتهم المهنية. كما أشارت إلى أن هذه الإمكانية لا تفترض قيام رئيس المقابلة تحت ذريعة سلطته في الرقابة بخروقات غير قانونية لخصوصيات الأجراء. لكنها اعتبرت في الأخير أن التدبير المتخذ من طرف المشغل يبقى مبررا أمام الشكوك المعقولة المتعلقة بالمخالفات الجسيمة، كما أنها تظل متوازنة، مادامت تسجيلات الفيديو المصورة كانت محدودة على الصعيدين الزمني والجغرافي. كل هذه الأسباب قادت المحكمة الدستورية إلى استبعاد وجود خرق للحق الدستوري الذي يضمن الخصوصية.⁽¹⁰⁴⁾

¹⁰⁴ Jesus R. MERCADER UGUINA, « Les libertés individuelles dans l'entreprise à l'épreuve des nouvelles technologies. Observations à partir de la situation espagnole », Op. cit, P. 152.

خاتمة

لم يكن الهدف الحقيقي الذي كان يتوخاه جيريمي بينثام Jeremy Bentham من إحداث نظام لوبانوبتيك le panoptique هو وضع السجناء تحت المراقبة، بل كان يروم تعويد هؤلاء السجناء على ضبط تحركاتهم وتصرفاتهم وفقا للنظام المعمول به داخل السجن بطريقة طوعية عبر إيهامهم بتواجد المراقبين طوال الوقت داخل أبراج المراقبة.

إن نظام le panoptique ليعد أقل خرقا للحياة الخاصة من نظام كاميرات المراقبة بالفيديو الذي يعتبر أحد أهم التطبيقات الحديثة المستوحاة من فكرة Jeremy Bentham، ذلك أن هذا النظام الحديث يعتمد على واقعة إخفاء كاميرات المراقبة بالفيديو، الشيء الذي يعمل على استباحة خصوصيات الأجراء بما أنهم يتصرفون على شجيتهم في غياب أي عنصر يكشف لهم وجودهم تحت المراقبة.

ويترجم التدخل القضائي والتشريعي لضمان عدم انتهاك كاميرات المراقبة المخفية للحياة الخاصة للأجراء وبالتالي عدم قبول عناصر الإثبات المستخلصة من هذه الوسيلة، ذلك التفاعل المستمر بين ما هو تقني وما هو قانوني، بين ما سخرته التكنولوجيا الحديثة من إمكانيات متطورة، وبين الدور الذي يجب أن يضطلع به القاضي والمشرع في سبيل تقنين استعمال هذه التكنولوجيا والحد من آثارها السلبية على الإنسان.

والواضح من خلال هذا البحث أن درجة تفاعل القانون المغربي مع موضوع توظيف كاميرات المراقبة داخل علاقات الشغل تبقى ضعيفة إلى حد كبير مقارنة مع التجارب المقارنة التي تطرقنا لها في البحث وبالنظر كذلك إلى حجم وأهمية الموضوع.

ولهذا فالحاجة ملحة إلى أن يضع المشرع المغربي يده على الموضوع من خلال الانفتاح على التجارب القضائية والتشريعية المقارنة بالرغم من تباين مواقفها الناتج أساسا من اختلاف النظرة الليبرالية المتبعة داخل كل دولة وتأثيرها على القوانين المتبعة داخل هذه التجارب، بالرغم من اعترافها جميعا بأهمية الحياة الخاصة للأجراء.

” حماية المعطيات الشخصية للأجير ”

حمزة حدي

طالب بسلك الدكتوراه، تخصص العلوم القانونية، بكلية العلوم
القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة

شغل الاهتمام بالحق في الحياة الخاصة للفرد حيزا هاما على الصعيد القانوني والفقهى وكذا القضائي، ولعل هذا الاهتمام يرجع إلى ما لهذا الحق من ارتباط وثيق بمسألة أخرى عميقة الأثر في حياة الفرد داخل المجتمع الذي يعيش فيه، ألا وهي حرите وما يترتب عليها من صون لكرامته واحتراما لأد ميته.

ولا نزاع اليوم في كون حق الخصوصية يعد من الحقوق الأساسية الملازمة للشخص بصفته الإنسانية كأصل عام، فهو أساس كل مجتمع سليم ويعد من الحقوق السابقة على وجود الدولة ذاتها، لذلك حظيت الحياة الخاصة بحماية دستورية في دول العالم قاطبة، حيث شهدت السنوات الأخيرة استجابة تشريعية على مستويات مختلفة لدواعي هذه الحماية وسابرها القضاء بتجاوب ملحوظ مع ما يؤيده الفقه فيما يتعلق بالحياة الخاصة للأفراد لما لذلك من أهمية قصوى على كيان الفرد والمجتمع، وفي خضم التطور التكنولوجي الذي يعرفه العالم في القرن الواحد والعشرين فإن سؤال حرمة الحياة الخاصة يطرح نفسه بقوة في ظل غزو التكنولوجيا لحياتنا الخاصة بكل تفاصيلها وخصوصياتها.

وإذا كانت حياة الإنسان الخاصة مهددة فإن حياة الأجير تصبح أكثر عرضة للانتهاك باعتباره فردا من أفراد المجتمع من جهة، و كونه أجيرا تربطه علاقة تبعية بمشغله من جهة أخرى، مما يسمح له ببسط رقابته عليه و توجيهه، تلك الرقابة التي قد يبالغ فيها المشغل فينتهك حرمة الحياة الخاصة للأجير سواء داخل المقولة أو خارجها عبر وسائل و تقنيات مختلفة الأشكال و الصور، ومما يزيد خطورة ذلك، دقة هذه الوسائل و صغر حجمها مما يتيح إمكانية التصوير والتسجيل بطريقة سريعة وخفية.

وبالرغم من التداخل الذي يحدث بين الحياة الخاصة والمهنية للأجير إلا أن هذا الأخير يحتفظ بذاته كإنسان بقدر من الخصوصية التي تلازمه في مكان لعمل، ولعل أهمها اعتقاده وفكره وحياته الاجتماعية والأسرية بل إنه حتى في مرحلة ما قبل التعاقد عند اجتياز المرشح للعمل فإن معطيات الأجير الخاصة يلزم أن تحترم و أن يركز الاختبار على ما هو علمي تقني يخص الجانب التكويني له وليس شيئا آخر، وداخل العمل فإن الرقابة التي يمارسها المشغل يلزم أن ترتبط بحدود شغله في العموم والتي يجب أن يتحرر منها فور نهاية العمل.

وتماشيا مع النسق الدولي وحرصا منه على مواكبة التطورات التشريعية وتكييفها لترسانته القانونية مع ما صادق عليه من اتفاقيات دولية، كان المغرب من الدول العربية السبّاقة إلى إصدار قانون حول حماية لمعطيات الشخصية ويملك هيئة مراقبة ممثلة في اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، حيث أصدر المشرع المغربي قانون 08.09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بتاريخ 18 فبراير 2009، ثم صدر المرسوم المتعلق بتطبيق هذا القانون، غير أن هذه المقتضيات جاءت عامة و شاملة لكل الميادين لذلك فإن أمر تكييف المعطيات الخاصة بالأجير عن غيرها من المعطيات المرتبطة بما هو مهني يبقى من اختصاص الفقه و القضاء، وهو ما يسهم فيه هذا المقال من خلال تسليط الضوء على الحدود الفاصلة بين حياة الأجير الخاصة و حياته المهنية وحدود نطاق تدخل المشغل في حياة لأجير الخاصة لتكون الإشكالية كما يلي :

ما هي الحدود الفاصلة بين الحياة الخاصة للأجير وبين حياته المهنية؟ وما حدود نطاق تدخل المشغل في حياة الأجير الخاصة؟ وما دور القضاء في حماية المعطيات الشخصية للأجير؟

للإجابة عن هذه الإشكالية فإننا سنتناول الموضوع وفق التصميم الآتي:

المبحث الأول: حدود التدخل في الحياة الخاصة للأجير

المبحث الثاني: ضمانات حماية الحياة الخاصة للأجير

المبحث الأول: حدود التدخل في الحياة الخاصة للأجير

تترتب عن إبرام عقد الشغل مجموعة من الآثار، أهمها تبعية الأجير لمشغله قوامها سلطة تتجسد في حق المشغل توجيه الأجير ومراقبته أثناء قيامه بعمله، لكن التقييد لحرية الأجير ليس تنازلا كاملا عنها¹ حيث يحتفظ الأجير بحماية قانونية لحياته الخاصة في حدود مصلحة المفاوضة وحسن سيرها العادي.

المطلب الأول: ضوابط مراقبة الحياة الخاصة للأجير

إذا كان من حق المشغل في إطار علاقة التبعية مراقبة تحركات الأجير فإن ذلك لا ينبغي أن يكون له مساس بحياته الخاصة، لذلك فإننا سنحاول مقارنة مجموعة من المظاهر التي يمكن فيها للمشغل كشف حياة أجيده الخاصة.

الفقرة الأولى: ضوابط مراقبة اتصالات الأجير داخل المفاوضة

أولا: مراقبة المحادثات الهاتفية للأجير

تتحقق مراقبة المحادثات الهاتفية إما بالتنصت عليها أو تسجيلها عن طريق أجهزة التسجيل² ويتم ذلك إما بواسطة المحول الآلي للمكالمات أو غيره من أجهزة التنصت وتسجيل المكالمات، فاستخدام المحول الآلي إذا كان يسمح للمشغل مراقبة تكلفة الاتصالات التي يقوم بها الأجير فإنه قد يتجاوز ذلك وينتهك حرمة الحياة الخاصة له، حيث يكون بمقدور المشغل مراقبة مكالمات أجرائه عبر تحويل المكالمات الداخلية و الخارجية لهم، ويعمل على تسجيل و تخزين البيانات المتعلقة بها كالיום والساعة والمدة، ويسمح للمشغل كذلك التنصت الهاتفي و مراقبة مضمون المحادثات التي يجريها الأجراء مما يشكل اعتداء على حياتهم الخاصة و أيضا للأشخاص الذين يتحدثوا إليهم دون علم بذلك، وهذا ما دفع اللجنة الوطنية للمعلوماتية و الحريات إلى وضع مبدأ مفاده ضرورة إخفاء الأرقام الأخيرة في كل مكالمة تظهر في فاتورة الحساب³ لذلك فإن المشغل لا ينبغي له مراقبة مكالمات الأجير إلا في حدود تكلفتها فقط وإشعار أجرائه بكونه يتصنت على مكالماتهم إذا كان ذلك بهدف المحافظة على حسن سير العمل وانتظامه،⁴ ومن أجل إضفاء حماية خاصة للأجراء فإن المشرع الفرنسي ألزم المشغل بضرورة إخطار الأجير و لجنة المفاوضة مسبقا بالمراقبة وإلا اعتبرت غير مشروعة و بالتالي عدم اعتداد القضاء بها، بالإضافة إلى

1 - حبيبة العلوي السليمانى، حدود حماية الحياة الخاصة للأجير، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون و المفاوضة، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، 2013، ص 58

2 - سمير الأمين، مراقبة التليفون و التسجيلات الصوتية و المرئية، الطبعة الثالثة، دار الكتاب الذهبي، 2000، ص 7.

3 - بيرو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011، ص 76.

4 - صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل و ضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار الكتب القانونية بمصر، الطبعة الأولى، 2010، ص 135.

ضرورة التصريح بها للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات،⁵ وهو الإجراء الذي يلزم التشريع المغربي الأخذ به.

ثانياً: مراقبة الانترنت والبريد المضمون

إذا كان يجوز للمشغل تحقيقاً لمصالح المقابلة و من أجل حسن سير العمل بها الحق في مراقبة نشاط أجهزته و تصرفاتهم داخل أماكن المقابلة، فإن ذلك قد يقتضي أو يبهر مراقبة البريد الإلكتروني للأجراء و الاطلاع على الرسائل التي يحتويها، غير أن هذه الرقابة تشكل مصدر قلق لهم عندما تتعدى هذه المراقبة الرسائل المتعلقة بالعمل لتشمل أيضاً الرسائل الشخصية⁶ فالاطلاع على البريد الإلكتروني لأجير يلزم أن يكون مبرراً ومرتبطاً بالعمل وليس بالأجير، ويكون متعلقاً بمنع دخول الفيروسات إلى أجهزة الحاسب الآلي بالمؤسسة عند استعمال الأجراء للبريد الإلكتروني، أو للحيلولة دون تسرب معلومات معينة سرية إلى منافسيه أو لمنع زيارة مواقع معينة على الانترنت أو الحد من إساءة استعمال الأجراء لهذه الأدوات مما يكلف المقابلة مبالغ ضخمة و يضيع وقت لعمل، فهنا للمشغل مصلحة مشروعة في المراقبة لأن الانترنت في الأصل مخصص لخدمة المقابلة وخدمة سير العمل بها، وليس لعلاقات خاصة أو شخصية بين الأجراء في مكان العمل و خلال أوقاته،⁷ و من جهة أخرى فإن لأجير ملزم كذلك بعدم التعسف عند استخدام شبكة الانترنت كولوج مواقع إلكترونية غير مهنية خلال أوقات العمل بطريقة غير عادية مقارنة مع باقي زملائه الذين يمارسون نفس العمل، وهو ما يبهر فصله لارتكابه خطأ جسيماً⁸.

الفقرة الثانية: ضوابط مراقبة نشاط الأجير داخل المقابلة

أولاً: مراقبة تحركات الأجير بالمقابلة

ينبغي أن تظل الحريات الفردية داخل المقابلة أمراً استثنائياً و أن تجد مبرراتها في رقابة الأمن والإنتاج و أن تكون سلطة المشغل في استخدامها ملائمة للهدف المراد تحقيقه،⁹ لأجل ذلك يتم استخدام البطاقة المغناطيسية لرصد تحركات الأجير بالمقابلة لأهداف مختلفة كالتأمين أو ضمان سلامة أماكن العمل من السرقة والاعتداءات، والحفاظ على المعلومات الصناعية و الفنية و تسيير وقت العمل عندما يكون غير محدد،¹⁰ كما يمكن المشغل من معرفة تحركات الأجير من حضور و غياب وتأخر، غير أن اعتمادها لا بد أن يتناسب وهدف المؤسسة، واستعمال هذه الرقابة يعتبر

⁵ - Cass social du 14 mars 2000 n 98/42/090 bulletin civil. Volume 101. P 78.

⁶ - حفصة بولنوار، الحياة الخاصة للأجير في ظل التكنولوجيا الحديثة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، 2019، ص 51

⁷ - صلاح الدين محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 136

⁸ - Cass social du 10 octobre 2010 n 06/43/816/ المرجع السابق ص 53

⁹ - Lefebvre s nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et ou Québec. Presses universitaires d'AIX _ Marseille France. 1998. P 131.

¹⁰ - مليكة العروسي، تكنولوجيا الإعلام و الإتصال و آثاره على علاقات الشغل الفردية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، اكدال، الرباط، 2016، ص 111.

مشروعاً في المقاولات الفرنسية طالما أن المعالجة الآلية للمعطيات قد تم الإعلان عنها مسبقاً، وتمت وفقاً للشروط التي يتطلبها القانون والتي من بينها الحصول على موافقة الأجير، كما يلزم المشغل أن يستشير لجنة ممثلي الأجراء بالمقولة و يخطر سلفاً بذلك¹¹، إلا أن خطورتها تتمثل في قدرة هذه البطاقة على تخزين المعطيات الشخصية للأجير وهو ما من شأنه المساس بخصوصيات الأجير ما لم تتوفر ضمانات حمائية تتمثل في ضرورة خضوع استخدام هذه البطاقات لأحكام قانون 08.09 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية¹².

ثانياً: رصد الأجير بكاميرات المراقبة

إن الأجير في إطار علاقة التبعية التي تربطه بمشغله يتنازل عن جزء من حريته، غير أن ذلك لا يعني تنازل الأجير عن حقه في الصورة، لأن استعمال المشغل لكاميرات المراقبة يشكل نوعاً من التدخل في الحياة الخاصة للأجير من خلال التقاط صورته و تسجيل محادثاته والحركات التي تقع في أماكن العمل داخل المقولة بصفة مستمرة و دون انقطاع، وهو ما يجعل الأجير حذراً ويقظاً في كل لحظة نتيجة وضعه تحت رقابة مشغله.

وإذا كانت الغاية الأساسية وراء استعمال كاميرات المراقبة هي أمنها و حماية أدواتها و ممتلكاتها فإنه لا يمكن وضعها في أماكن معينة مثل غرف تغيير الملابس و دورات المياه و أماكن تناول الطعام كما لا يمكن توجيه هذه الكاميرات مباشرة إلى مكاتب الأجراء أو أماكن اشتغالهم إلا في حالات معينة تستدعي أمن المقولة كالأماكن التي يرتادها الزبناء أو التي توضع فيها البضائع كالمخازن.¹³

المطلب الثاني: نطاق تدخل المشغل في الحياة الخاصة للأجير

لا يجوز للمشغل التدخل في الحياة الخاصة للأجير و يمنع عليه تسريحه لسبب مستمد من حياته الخاصة¹⁴، لكن متى كان ذلك ضرورياً لسير المقولة فإن القضاء الفرنسي أوجد معايير استثنائية يتعين على قضائنا الاستعانة بها، أهمها في حالة تأثير حياة الأجير على سير المقولة، أو في حالة تأثيرها على مصالحها.

¹¹ - سعاد بنور، حماية الحياة الخاصة للعامل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017، ص 250

¹² - راجع الفصل 5 من قانون 08.09.

¹³ - CNIL : la vidéosurveillance_ vidéo protection au travail. Edition 23 juillet 2018. Sur le site de commission national de l'informatique et de libertés de France [https:// www.CNIL.fr](https://www.CNIL.fr) / la vidéosurveillance vidéo protection au travail. Consulte le 26/03/2020.

¹⁴ - Jean Maurice verdier. Interaction entre vie personnelle a l'intérieur de l'entreprise gaz. Pal 1996 p 142.

الفقرة الأولى: تأثير الحياة الخاصة للأجير على سير المقابلة

أولاً: اضطراب العمل بالمقابلة بسبب الحياة الخاصة للأجير

في الحقيقة فإنه يصعب حصر الأفعال أو المواقف التي من شأنها إحداث اضطراب بالمقابلة، ذلك أن مجال الحياة الخاصة يتسع ويحتل مختلف الأنشطة، مما يجعل القضاء يظل هو المحدد الفعال لها، ففي قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات قامت بتسريح أحد أجراءها لأنه اعتدى بالضرب على إحدى الأجيرات معه خارج المقابلة أمام الأجراء الآخرين، فسرح المشغل ذلك الأجير، فلما عرض الأمر على القضاء اعتبر أن هذا التسريح كان مبرراً،¹⁵ وعلى هذا الأساس فإن واقعة الضرب وإن كانت خارج نطاق المقابلة من الناحية الزمنية و المكانية ولا صلة لها بالعمل إلا أن وقوعها بين الأجير وزميله التي تعمل في نفس المقابلة ومشاهدة الزملاء لهما، كان لهذا الأمر المتعلق بالحياة غير المهنية تأثيراً على حسن سير العمل مما جعل المحكمة تأخذ بعين الاعتبار هذا الأمر وتعتبر سببها حقيقياً وجدياً.

وفي قضية أخرى اعتبر القضاء الفرنسي أن نشر حكم في الصحف صدر بإدانة الأجير جنائياً كان من شأنه الإخلال بسير المقابلة، وبالتالي فهو يشكل عنصراً هاماً كسبب للفصل حتى ولو أفرج عنه في الاستئناف أ كانت الوقائع المجرمة منقطعة الصلة بعقد الشغل.¹⁶

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى بشأن أجير أدين بجريمة اغتصاب بنت أحد زملائه بالعمل، وبالرغم من أن الأجير لم تصدر عنه أية أفعال مزعجة داخل المقاول، إلا أن ما حدث خارجها أدى إلى فقدان الثقة به مما يشير إلا أن تسريحه لا يعتمد على معيار شخصي، بل تستمد من معيار موضوعي يعكس احتمالات تأثر المقابلة سلباً لأسباب خاصة بالأجير.

ثانياً: تعارض حياة الأجير الخاصة مع أهداف المقابلة

إن احترام الحياة الخاصة للأجير وحرية ممارستها لا يجب أن يكون سبباً موجهاً في وجه المشغل، بحيث تتأثر سلباً مصالحه بهذا المبدأ، إذ يفترض أن يتم تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية، وبالتالي لا ينبغي للأجير أن يتمسك بحقه في ألا تقتحم عليه حياته الخاصة على نحو يعكس تعسفه بشأن ممارسة هذا الحق، و قد لجأ القضاء الفرنسي إلى أهداف المقابلة كأحد العوامل التي تساهم في تبرير التسريح بسبب سلوك الأجير، فهناك بعض المؤسسات التي تتطلب قبل التعاقد مع الأجراء توفيرهم على بعض الصفات التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة، وتستهدف هذه المقاولات غالباً الدفاع عن مذاهب عقائدية أو سياسية أو نقابية، وبالتالي يفترض الانضمام لمثل هذه المقاولات الالتزام بالدفاع عن الأهداف و القيم التي تسعى إلى تحقيقها، مثل المناصب التي تعلن عنها إدارات الأحزاب السياسية أو المنظمات الدينية، وقد سبق للقضاء الفرنسي أن أقر عقوبة تسريح معلمة من مؤسسة تعليمية خاصة ذات توجه كاثوليكي إثر زواجها للمرة الثانية بعد الطلاق،

15 - قرار أورده بيو خلاف، المرجع السابق ص 93

16 - Cass social de 12 mars 1991 RJS n 569.

وهو أمر ممنوع في الديانة المسيحية حيث جاء في قرار له أن صاحب العمل لم يرتكب أي خطأ لأن المؤسسة تقوم على مبدأ عدم انحلال الزواج بالطلاق و أنها تصرفت بما يحافظ على سير عملها و غرضها وسمعتها وهو ما يمكن أن يقابله عندنا بالمغرب قيام أجير بمنظمة دينية بالقيام بتصرفات تتعارض مع مبادئها أو قيام أجير بإدارة حزب سياسي بالدفاع عن آخر، الأمر الذي يتعارض مع أهداف لمؤسسة التي يعمل بها.

الفقرة الثانية: تأثير الحياة الخاصة للأجير على مصالح المقابلة

أولاً: إدانة الأجير لارتكابه جرائم خارج المؤسسة

إذا كان المبدأ في علاقات الشغل أنه يوجد فصل بين حياة الأجير المهنية و حياته الخاصة، وأنه لا يمكن للمشغل أن يمارس سلطاته إلا أثناء وجود الأجير في وقت و مكان الشغل، فإن ذلك لا يمكن أن يمارس على أوسع نطاق، ذلك أن مصلحة المقابلة تظل فوق حياة الأجير الخاصة، حيث يجوز لصاحب العمل تسريح أجيره في حالة إدانته لارتكابه جرائم بغض النظر عن موضوعها أو مكان ارتكابها سواء ارتكبت داخل أو خارج دائرة العمل، والحكمة من ذلك أن هذه الجرائم تكشف دوماً عن خطورة فاعلها،¹⁷ ففي قرار لها بشأن قضية تسريح أجيرة من طرف بنك القرض الفلاحي لارتكابها خطأ جسيماً بعد صدور مذكرة توقيف في حقها لاكتشاف سيارة مسروقة في مرآبها وأوراق هوية مزورة وأسلحة ناربية، حيث اعتبر المشغل أن الأحداث التي أدينت من أجلها الأجييرة بصفة قطعية تمس بالاستقامة والنزاهة بدرجة من الجسامة ما يلحق بالمقابلة المالية نفسها، لأن هذه الأخيرة تتضرر كثيراً إذا تزعت ثقة الزبائن بها، ويفترض بالأجراء فيها أن يتحلوا بالنزاهة في مجال العمل و كذلك خارج ميدان العمل، غير أن المحكمة اعتبرت أن إدانة الأجييرة لم يلحق مشاكل بالمؤسسة ولم يعرقل نشاط البنك، و بالتالي اعتبرت تسريحها تعسفياً، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن أي إدانة تعرض لها الأجير خارج مكان العمل يسمح بتسريحه متى ألحق ذلك ضرراً بالمقابلة.¹⁸

وفي قضية أخرى تم تسريح أجير لإدانته من طرف المحكمة بفعل التحرش الجنسي المصحوب بالعنف خارج المقابلة استناداً لعدم الثقة فيه، لأن المقابلة تضم عدداً من الأجييرات، فاعتبرت المحكمة ذلك مبرراً مشروعاً وبعكس سبباً حقيقياً و جدياً.¹⁹

¹⁷ - سعاد بنور، المرجع السابق، ص 515

¹⁸ - Cass de 18 juin 2002 N 0.44111. RTD. Janv. 2004. P 29.

¹⁹ - قرار أورده خالد حمدي عبد الرحمان، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 98

ثانيا: فقدان الثقة في الأجير

سبق للقضاء الفرنسي أن أقر بأن اهتزاز ثقة المشغل في الأجير بسبب وجود اتصالات أو تبادل معلومات أو وجود علاقات عائلية أو ما يشابهها قد يعد مبررا لتسريحه من العمل، حيث جاء في إحدى القرارات بأن مشاكل زوج إحدى الأجيرات والمقابلة التي تعمل فيها يشكل سببا حقيقيا وجديا لقرار التسريح الذي اتخذته المشغل على أساس أن فقدان الثقة المتبادلة بين الأجير و المؤسسة يقف عقبة أمام علاقة الشغل،²⁰ غير أن محكمة النقض غيرت موقفها في مطلع التسعينات وأعدت النظر لحالة فقدان الثقة التي تظهر بين أطراف العلاقة أقرت بأن فقدان الثقة الذي يدعيه المشغل لا يشكل في حد ذاته سببا للتسريح،²¹ ذلك أن عدم الثقة في الأجير لا يكفي للتسريح لأن هذه الحالة النفسية المجردة يصعب تقييمها لاعتمادها على مفردات ذاتية لديه ومن ثم لا تعد سببا جديا وحقيقيا، ولا تعكس مبررا مشروعاً للتسريح.

فالمشغل قد تراوده في كثير من الأحيان شكوك في أحد أجراءه فيقوم بتسريحه بناء عليها، هذه الشكوك التي قد لا يكون لها وجود إلا في مخيلة المشغل فيتعسف في حق أجيريه وينهي عقد شغله بتسريحه، وهنا يبدأ دور القضاء ليسبغ حمايته على مثل هؤلاء الأجراء، ويحدد لهم التعويض المناسب عن هذا الفصل التعسفي، غير أنه إذا كانت لهذه الشكوك الأدلة القوية التي تؤكد حقيقتها وأن هناك أفعال يأتيها الأجير وتلحق ضررا بالمقابلة فلا ضير من فصله عن العمل.

²⁰ - Cass social de 26 juin 1980 N 79.40.859. bull.civ. N 573

²¹ - Cass social de 29 nov 1990 DR 1991 p 190. Not. J pelissier.

المبحث الثاني: ضمانات حماية الحياة الخاصة للأجير

من أجل حماية الحياة الخاصة للأجير فقد منحه المشرع بمجموعة من المقترضات في قانون 08.09 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، كما أن القضاء كانت له نظرة حامية لحياة الأجير الخاصة.

المطلب الأول: الآليات القانونية والمؤسسية لحماية المعطيات الخاصة للأجير

يحمل قانون 08.09 بين طياته مجموعة من المقترضات الزجرية التي تفرض الحماية اللازمة لحياة الأجير الخاصة، كما تلعب اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية للأجير دورا مهما في ذلك.

الفقرة الأولى: الآليات القانونية لحماية المعطيات الشخصية للأجير

أولا: ضوابط معالجة المعطيات الشخصية للأجير

تخضع معالجة المعطيات الشخصية للأجير لمجموعة من الالتزامات التي نص عليها القانون، حيث يتعين قبل الإقدام على استخدام التكنولوجيا الحديثة لمراقبة الأجراء ضرورة الحصول على إذن أو تصريح مسبق يودع لدى اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية،²² و قد حدد القانون 08.09 الحالات التي يتعين فيها الحصول على إذن بناء على الرضى الصريح للشخص المعني أو حينما تكون معالجة المعطيات ضرورية لضمان ممارسة المهام القانونية أو النظامية للمسؤول عن المعالجة.²³

وعندما لا يكون المشغل ملزما بالحصول على الإذن المسبق فإنه يكون مجبرا بذلك في حالة تقديم تصريح بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية قبل مباشرتها، وعند معالجة المعطيات الشخصية بدون رضى المعني بالأمر حالة وجوبه فإنه يترتب على ذلك عقوبات سواء غرامات مالية أو عقوبات حبسية أو هما معا.²⁴

وحسب المادتين 23 و 24 من القانون أعلاه فإن المشغل ملزم باتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية لحماية تلك المعطيات من التحريف أو الإتلاف والضياع ومن النقل غير المشروع للغير، ومن النشر أو الولوج غير المرخص بهما وكل أشكال المعالجة غير المشروعة،²⁵ حيث أن تخزين التسجيلات الخاصة بالأجير في شكل صوت وصورة و بتواريخ و أوقات مضبوطة يتعين على المشغل حفظ سريتها.

ثانيا: حقوق الأجير عند معالجة معطياته الشخصية

يتعين على المشغل الذي يقوم بعملية المعالجة إخبار جميع الأجراء الخاضعين لهذه المراقبة بتجميع معطياتهم الشخصية، ويكون هذا الإخبار صريحا لا يحتمل أي لبس، بل الأكثر من ذلك فقد حدد

²² - حفصة بولنوار، المرجع السابق، ص 72.

²³ - راجع المادة 21 قانون 08.09.

²⁴ - تنص المادة 56 على أنه يعاقب بالحبس من ثلاث أشهر إلى سنة و بغرامة من 20000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين من قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي خرقا لأحكام المادة 4.

²⁵ - راجع المادة 61 من قانون 08.09.

المشروع في قانون 08.09 عناصر الاختبار في مجموعة من البيانات و على رأسها هوية المسؤول عن المعالجة و هوية من يمثله و الغاية أو الغايات من المعالجة وكل المعلومات الإضافية الأخرى.²⁶ ويتمتع الأجير كذلك بالحق في الولوج إلى معطياته الشخصية محط المعالجة مع حقه في مراجعة المسؤول عن المعالجة للتأكد مما إذا كانت معطياته تحت المعالجة أم لا، ومعرفة الغاية من ذلك وفئات المعطيات التي تنصب عليها و الجهات التي توجه لها هذه المعطيات.²⁷

وبالإضافة حق الإخبار والولوج فإنه يمكن للأجير تصحيح معطياته وتكتملتها ومحوها، ويتم بتقديم طلب إلى المشغل وذلك بالإدلاء بما يثبت هويته أو بتقديم طلب خطي إلى اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية موقعا ومؤرخا أيا كانت دعامته، 28 ويحق كذلك للأجير الاعتراض على معالجة معطياته الشخصية، كلما كانت هناك مبررات مشروعة كما تضمنت ذلك المادة 9 من قانون 08.09.

الفقرة الثانية: دور اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية في حماية معطيات الأجير

أولاً: تلقي التصريحات و منح الإذن بمعالجة المعطيات

تقوم اللجنة الوطنية حسب لمادتين 12 و 13 من قانون 08.09 بتلقي التصريحات وتسليم الوصل، كما تقوم أيضا بمنح الأذن المنصوص عليها في المادة 21 من نفس القانون،²⁹ وكذا تسليم الإذن بنقل المعطيات المنصوص عليها في المادة 43، وهو ما يعني أن المشغل الذي يريد معالجة المعطيات الخاصة بالأجير أو بنقلها حسب الحالات، عليه استصدار إذن من اللجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية التي لها الحق في سحب الوصل أو الإذن اذا كانت المعالجة تمس بالأمن العام أو منافية للأخلاق العامة بموجب المادة 12 من نفس القانون.

وحسب المادة 30 فإنه للجنة الوطنية الأمر بإغلاق معطيات أو مسحها أو إتلافها وكذا منع معالجة معطيات بشكل مؤقت أو دائم بما في ذلك المعطيات المتضمنة في شبكة مفتوحة لإرسال المعطيات، وهو ما يعني أن من حق الأجير سواء كان العمل أو بعد نهاية عقد الشغل أن يلتزم من اللجنة الوطنية إغلاق معطياته أو مسحها أو إتلافها حسب الظروف.

ثانياً: تلقي الشكايات والقيام بالتحريات

يحق للأجير الذي يعتبر نفسه قد تضرر من نشر معطياته الشخصية أن يرفع شكاية للجنة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، حيث تختص هذه الأخيرة بالتحقق من ذلك و الاستجابة والرد عليها

²⁶ - راجع المادة 5 من قانون 08.09.

²⁷ - راجع المادة 7 من قانون 08.08.

²⁸ - راجع المادة 40 من نفس القانون.

²⁹ - حسن الحافضي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي بين التشريع الوطني والإتفاقيات الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والتعاون الدولي، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، 2018 ص 185.

سواء بنشر تصحيحات أو إحالتها على وكيل الملك قصد المتابعة³⁰ وذلك من خلال سلطتي التحري والمراقبة كما أشارت إلى ذلك المادة 30 من القانون 08.09 التي تضمنت أنه للجنة الوطنية سلطة التحري والبحث التي تمكن أعاونها المفوضين لهذا الغرض بصفة قانونية من طرف الرئيس بالولوج إلى المعطيات الخاضعة للمعالجة والمطالبة بالولوج المباشر للمحال التي تتم فيها المعالجة وتجميع جميع المعلومات والوثائق الضرورية للقيام بمهام المراقبة والمطالبة بها.

كما أنه للجنة الوطنية سلطة لأمر بتزويدها بالوثائق أيا كانت طبيعتها وكيفما كانت دعامتها التي تمكنتها من دراسة وقائع الشكايات المحالة عليها، وبالتالي فإن اللجنة الوطنية عند تلقيها شكاية من أي أجير يتهم فيها مشغله باستعمال معطياته الشخصية أو معالجتها بشكل يلحق ضررا به فإنها تقوم بالتحريات الممكنة المنصوص عليها قانونا، وتتخذ الإجراءات المناسبة التي خولها القانون لمعلق بحماية المعطيات الشخصية.

المطلب الثاني: الضمانات القضائية لحماية المعطيات الشخصية

يلعب القضاء دورا مهما في المجتمع الرقمي نتيجة شيوع استخدام التكنولوجيا الحديثة في سائر أوجه الحياة، وتعتبر الحياة الخاصة للأجير جزء لا يتجزأ من ذلك، حيث كانت للقضاء محطات مهمة في حماية الحياة الخاصة للأجير.

الفقرة لأولى: تطبيقات القضاء في حماية حياة الأجير الخاصة

أولا: حماية الحقوق الشخصية للأجير

الحقوق الشخصية هي تلك الحقوق التي تستمد أصلها من الشخصية و تضمن للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما له صلة بها،³¹ وبمراجعة العمل القضائي المغربي فإننا لا نكاد نعثر بين أحكامه في المادة الاجتماعية على ما يشير إلى حماية لحياة الخاصة إلا النزر القليل، ومن ذلك قرار فريد قضى برفع التعويض نتيجة فصل تعسفي بعدما ثبت للمحكمة أن طرد الأجيبة في شركة للطيران بسبب ارتدائها للحجاب يعتبر فصلا تعسفيا.³²

أما القضاء الفرنسي فقد تعرض لحماية الحياة الخاصة للأجير في مناسبات عديدة، فأقر للأجير الحرية في شراء المواد والسلع التي يشاء معتبرا أن شراء سيارة من شركة أخرى منافسة لا يعتبر سببا مبررا للفصل، و في نازلة أخرى أقر القضاء الفرنسي أنه لا يمكن للمشغل تحت طائلة البطالان أن يصرح بأي فصل له علاقة بأراء الأجير السياسية أو الدينية أو لها صلة بحياته الخاصة، وأن الأجير حر في اختيار مسكنه أو مقر إقامته أو التصرف في أمواله، فقد صدر حكم

³⁰ - راجع المادة 28 من قانون 08.09.

³¹ - محمد بنحساين، حماية الحقوق الشخصية في علاقات الشغل، الطبعة الأولى أبريل 2006، سلسلة دراسات قانونية مكتبة السلام، الرباط، ص 11

³² - قرار عدد 676 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22-06-2005 في الملف الإجتماعي عدد 267-1-5-2005

قضى بعدم صحة تسريح أجبر بنك بعدما أعطى شيكا من ماله الخاص للإذاعة المحلية،³³ وبالتالي تبقى حياة الأجير الخاصة منفصلة تماما عن حياته المهنية ولا يجوز للمشغل التدخل فيها، وهذا المبدأ يقتضي ضرورة أن يوجد حاجز منيع بين حياة الخاصة و المهنية للأجير،³⁴ لذلك فإن تسريح الأجير لأسباب مستمدة من الإطار غير المهني ينبغي أن يكون له ما يبرره، وبالتالي يستمد مشروعيته من كون هذه الأسباب كانت جدية وحقيقية بالنظر إلى ما خلفته من اضطراب في المقولة.³⁵

ثانيا: حماية الحقوق الاجتماعية للأجير

يوجد حاجز منيع بين الحياة المهنية والحياة الخاصة³⁶ فحق كل فرد في احترام حياته الخاصة يفرض بالأساس ضمان سرية الحياة الخاصة، فالأجير خارج مكان العمل لا يخضع لتبعية المشغل، وهو حر في حياته الشخصية، وذا كان من النادر أن نعثر على حكم في الموضوع صادر عن قضاةنا المغربي، فإن القضاء الفرنسي غني بذلك، حيث اعتبر أن للأجير الحرية في حياته العاطفية، وأن فصل الأجيرة بسبب زواجها من منافس مشغلها يعد فصلا تعسفيا،³⁷ ويرجع مبدأ عدم التدخل في الحياة الخاصة للأجير إلى رفض وصاية المشغل عن أجرائه خارج الحياة المهنية سيما الأسرية منها، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها أكدت فيه على الطابع التعسفي للتسريح الذي قام به المشغل في وجه أحد أجرائه عقب حدوث مشاكل عائلية بينهما،³⁸ حيث كان الأجير يعمل سائقا لإحدى السيارات و تم تسريحه بسبب عدم اللياقة و كان المشغل هو والد الأجير إذ طلب من ابنه أن ينفصل عن زوجته ولكنه رفض ذلك ولم ينسب إليه أي خطأ آخر، وهو ما يعني ضرورة الفصل بين الحياة المهنية التي يمكن للمشغل التدخل فيها دون غيرها، وبين الحياة العائلية الخاصة بالأجير،³⁹ كما أقر القضاء الفرنسي أن الحق في الزواج هو حق شخصي لا يمكن الحد منه أو التنازل عنه،⁴⁰ وعليه تم اعتبار الحق في الزواج من النظام العام فلا يمكن تقييده ولا الحد منه.

الفقرة الثانية: حجية الدليل المتحصل من مراقبة الأجير

أولا: ضرورة إعلام الأجير مسبقا بوسائل المراقبة

من قواعد العدالة أنه يلزم القضاء ألا يعترف بشرعية أدلة الإثبات التي يعتمد عليها المشغل في مواجهة الأجير باستخدامه وسيلة تكنولوجية إلا إذا كانت هذه الوسيلة معلومة سلفا من قبله لا خفية عن أنظاره، حيث إعطاء الأولوية لقيم لأمانة والنزاهة والثقة التي تسود علاقات الشغل عند

³³ سعاد بنور، المرجع السابق، ص 134

³⁴ - Despax M, la vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat du travail. J,C,P France. 1963. P 51

³⁵ - Cass social de 17 avril 1991. N 90.42.636. Bull 1991 vn 201. P 122

³⁶ - Jean Rivero. Les libertés publiques dans l'entreprise. Droit social collection Thémis. 1982 p 423.

³⁷ - Cass social de 5 novembre 1991. R,J,C. n 4411

³⁸ - Cass social de 8 juillet 1960. Pourvoi N 06 95 4270. Bull. civ. N 756

³⁹ - Despax M. op. cit. p 178

⁴⁰ - Jean Morellet. Le droit au mariage des hôtesse de l'air. Arrêt de la cour de paris du 30 avril 1963 p 484.

البحث عن الحقيقة،⁴¹ وقد أكد القضاء الفرنسي على حق المشغل في استعمال وسائل المراقبة في أماكن العمل شريطة إعلام الأجير بذلك حيث جاء في إحدى قراراته أنه إذا كان للمشغل الحق في مراقبة ورصد نشاط عماله خلال أوقات العمل، فإن أي تسجيل أيا كانت أسبابه لصور أو أقوال الأجراء دون علمهم يمثل طريقة إثبات غير مشروعة،⁴² وفي نفس الاتجاه جاء على لسان القضاء الفرنسي بأنه إذا كان للمشغل الحق في أن يراقب نشاط عماله أثناء وقت العمل، فإنه لا يمكن له أن يضع وسيلة مراقبة لم يكن العمال على علم مسبق بها،⁴³ وإذا كانت تلك هي نظرة القضاء الفرنسي فإننا لا نتوفر في محاكمنا المغربية على قضايا تخص ذلك، كما أن مدونة الشغل نفسها تنقذ للتوجيه القانوني لحجية الدليل المتحصل من وسائل مراقبة الأجير، وهو الأمر الذي تنبه له المشرع الفرنسي وفرض على المشغل أن يقوم بالاستشارة المسبقة للجنة المقاوله لكي يستفيد من وسائل المراقبة كدليل ضد أجراءه، وعليه فلا يمكن للمشغل أن يستفيد من وسيلة الإثبات المستعملة في المراقبة إذا لم يتم بإعلام الأجراء و لجنة المقاوله قبل الشروع في استخدامها.

ثانيا: لزوم دقة الوقائع الواردة في الدليل التكنولوجي

يعتبر استخدام الوسائل التكنولوجية من الناحية الفنية غير مضمون تماما، لأنها قد لا تعكس ما جرى في الوقائع نظرا لإمكانية تغيير أو حذف أو نقل ما تم تسجيله أو تصويره بحسب الأحوال،⁴⁴ أما من الناحية القانونية فإن هذه الوسائل قد تستعمل خفية، واستخدامها كذلك مبني على الحيلة التي تنطوي على الغش، لذلك فإن القضاء يعمل على التأكد من صحة الوقائع الواردة في الدليل المتحصل من الوسائل التكنولوجية،⁴⁵ حيث سبق للقضاء الفرنسي أن رفض الأخذ بشرط فيديو كدليل لإدانة أجير بسبب إهماله لقسم عمله، حيث قام مشغله بتصويره لكن المحكمة رأت هذا الدليل ليس فيه ما يؤكد أن الإهمال وقع من الأجير في زمان قيامه بعمله، وقضت بعدم مشروعية التسريح على أساس انعدام السبب الحقيقي و الجدي للتسريح، وقضت بأنه انطلاقا من إمكانيات المونتاج أو التركيب أو التلاعب الذي أفرزه التقدم التكنولوجي فإن هذا لفيلم المصور للأجير لا يمثل أي ضمانات كافية للوثوق فيه وفي تاريخه ومضمونه ولا يعتبر حجة على الأخطاء التي ادعاها المشغل كسبب للتسريح.⁴⁶

41 - سعاد بنور، المرجع السابق، ص 378

42 - Cass social de 20 novembre 1991 RJS. 92 N 1.

43 - Cass social de 22 mai 1995 RJS. 7.95. N 775.

44 - محمود خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، القاهرة، 1996، ص 341.

45 - علي أحمد عبود الزغبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الموسوعة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 335.

46 - قرار أورده سعاد بنور، المرجع السابق، ص 380.

كما قضى في واقعة أخرى بأن قيام المشغل بتسجيل وجود ملفات أجنبية عن النشاط المهني للأجير على جهاز الحاسب الآلي الذي يعمل عليه لا يعد دليلاً كافياً في مواجهة الأجير، إذ لا يوجد ما يؤكد أن الأجير نفسه هو الذي أنشأ هذه الملفات حيث يمكن لأي أجير آخر أن يقوم بتسجيل هذه الملفات على الجهاز طالما يعرف كلمة السر.⁴⁷

خاتمة

يتمتع الأجير بحياة خاصة داخل و خارج مكان العمل، وهو ما يلزم الفصل بين ما هو مهني وما هو شخصي، إلا أنه قد يحدث تداخل بينهما وهو ما يسمح للمشغل في حالات محددة بالتدخل في الحياة الخاصة للأجير إذا تسببت ممارسات هذا الأخير في اضطراب ملحوظ في سير العمل بالمقولة أو اصطدمت الحياة الخاصة للأجير مع طبيعة المهام الموكولة إليه، أو مع أهداف ومصالح المقولة، حيث يكفي بوجود هذه الحالة القول بمشروعية التسريح الذي يجد سببه في سلوك الأجير، الأمر الذي يجعل حياة الأجير الخاصة دائماً مهددة بالانتهاك، وهو ما دفع مجموعة من التشريعات إلى تنظيم القواعد المنظمة لحياة الأجير الخاصة في قوانينها الاجتماعية.

إن عدم وجود نص خاص في مدونة الشغل ينظم الحياة الخاصة للأجير لا يعني أنه يظل بدون حماية، ذلك أن قانون 08.09 يتضمن مجموعة من المقترضات التي تسعنا لحماية الحياة الخاصة للأجير سواء ما يتعلق بانتهاك حياته الخاصة أو بخصوص معالجة معطياته، وعلى الرغم من أن هذه النصوص جاءت عامة وشاملة لكل الميادين فإن الفقه و القضاء سيظل المصفاة التي تميز المعطيات الخاصة للأجير عن غيرها، لكن ذلك وقبل كل شيء يظل رهينا بنشر ثقافة حقوق الإنسان داخل المقولة، وكذا نشر الوعي بين الأجراء بوجود حدود فاصلة بين حياة الأجير المهنية وحياته الخاصة، باعتبار الوعي هو مناط طرق باب القضاء من طرف الأجراء لحماية حقوقهم و معطياتهم الشخصية.

47 - قرار أورده بيو خلاف، المرجع السابق، ص 112.

قائمة المراجع

باللغة العربية

الكتب

سمير الأمين، مراقبة التيلفون والتسجيلات الصوتية والمرئية، الطبعة الثالثة، دار الكتاب الذهبي، 2000

صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضمائنها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار الكتب القانونية بمصر، الطبعة الأولى، 2010

محمد بنحساين، حماية الحقوق الشخصية في علاقات الشغل، الطبعة الأولى، سلسلة دراسات قانونية مكتبة السلام، الرباط، أبريل 2006

محمود خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، القاهرة، 1996،

علي أحمد عبدو الزغبى، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الموسوعة الحديثة للكتاب، لبنان 2006

الأطروحات والرسائل

حبيبة العلوي السليمانى، حدود حماية الحياة الخاصة للأجير، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والمقولة، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، 2013

بيو خلاف، تطور حماية الحياة الخاصة للعامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011،

حفصة بولنوار، الحياة الخاصة للأجير في ظل التكنولوجيا الحديثة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، 2019

مليكة العروسي، تكنولوجيا الإعلام و الإتصال و آثاره على علاقات الشغل الفردية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، اكدال، الرباط، 2016،

سعاد بنور، حماية الحياة الخاصة للعامل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017

حسن الحافضي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي بين التشريع الوطني والإتفاقيات الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والتعاون الدولي، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، 2018

باللغة الفرنسية

Lefebvre s nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et ou Québec. Presses universitaires d'AIX _ Marseille France. 1998.

Despax M, la vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat du travail. J,C,P France. 1963.

CNIL : la vidéosurveillance_ vidéo protection au travail. Edition 23 juillet 2018. Sur le site de commission national de l'informatique et de libertés de France [https// www.CNIL.fr](https://www.CNIL.fr) / la vidéosurveillance vidéo protection au travail.

Jean Maurice verdier. Interaction entre vie personnelle a l'intérieur de l'entreprise gaz. Pal 1996

Jean Rivero. Les libertés publiques dans l'entreprise. Droit social collection Thémis. 1982

Morellet. Le droit au mariage des hôtesse de l'air. Arrêt de la cour de paris du 30 avril 1963

دور بدائل الدعوى العمومية في تحقيق نجاعة العدالة الجنائية

فيصل كرمات

باحث بسلك الدكتوراه

جاءت بدائل الدعوى العمومية لتمثل دورا هاما في الإجراءات الجنائية، كما أن السياسة الجنائية في معظم دول العالم أصبحت تأخذ منحى الفكر التصالحي، عبر إنهاء الخصومة الجنائية بأسلوب غير ذلك المتبع في الإجراءات الجنائية التقليدية الهادفة إلى إيقاع العقاب على الفاعل وقد وجدت هذه السياسات أصداءها في المؤتمرات الدولية، وفي العديد من التشريعات الإجرائية في العالم، سواء في النظام الانجلوسكسوني أو النظام اللاتيني، وتماشيا مع هذا التطور فقد تبنت العديد من دول العالم أنظمة قانونية مستحدثة لإنهاء الخصومة الجنائية، منها الصلح الجزري والوساطة الجنائية، ولقلة الأبحاث في هذا الموضوع من ناحية، ولإحجام التشريعات العربية عن تبنيه من ناحية أخرى، فقد جاءت هذه الدراسة لتلقي الضوء عليه، وتضعه في الميزان، سعيا منها لتقديم إضافة لما سبقها من دراسات حول هذا الموضوع، ولوضع التوصيات اللازمة بخصوصها، لعلها ترى النور في السياسة الجنائية المغربية.

ونعتقد أن البحث موضوع الدراسة لم يلق ما يستحق من الدراسة والتحليل من طرف الفقه المغربي ذلك أن الدراسات التي تناولته قليلة جدا وهذا راجع بالأساس إلى كون هذا الموضوع يدخل في خانة المواضيع الإجرائية التي يصعب الخوض في أغوارها بالرغم من أهميتها.

إن اختيارنا لموضوع بدائل الدعوى العمومية كعنوان لهذه الدراسة جاء بناء على وعي متجذر بأهمية هذه الإجراءات المسطرية في إنهاء النزاعات ذات الطابع الجنائي بصورة رضائية تكفل لجميع الأطراف ضمانات العدالة المنشودة، وكذا لارتباط هذه الأخيرة بعدة جوانب قانونية وأخرى مسطرية تتعلق ببيان كيفية ممارسة كل من مسطرة الصلح الجزري والوساطة الجنائية باعتبارهما بديلين من هذه البدائل كما هو منصوص عليه في المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بالنسبة لمسطرة الصلح الجزري، وفي مشروع قانون المسطرة الجنائية الجديد بالنسبة للوساطة الجنائية، هذه الجوانب للموضوع أعطت لمجال البحث اتساعا كبيرا، وجعلته موضوعا جديرا بالدراسة، خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار اختلاف التشريعات المقارنة في تنظيمها لإجراءاتها، وهو الاختلاف الذي امتد إلى الفقه القانوني فأثر فيه تأثيرا كبيرا حال دون إمكانية بلورة نظرية متكاملة وموحدة تحكم الموضوع.

سنحاول أن نتناول موضوع بدائل الدعوى العمومية من خلال إشكالية رئيسية يمكن صياغتها على النحو التالي:

إلى أي مدى تستطيع بدائل الدعوى العمومية أن تساهم في تحقيق نجاعة العدالة الجنائية؟

وتقتضي الإجابة عن هذا السؤال الجوهرى التطرق إلى أهم خصائص بدائل للدعوى العمومية (المبحث الأول)، ثم إلى الحديث عن دور بدائل الدعوى العمومية في الحد من أزمة العدالة الجنائية (المبحث الثانى).

المبحث الأول: خصائص بدائل للدعوى العمومية

تشهد السياسة الجنائية المعاصرة توجهها جديداً للأخذ بفكرة الرضائية والتخلي عن فكرة العقوبة وتبنى بدائل للدعوى العمومية، باعتبار أن الدعوى هي الوسيلة القانونية الوحيدة لتطبيق العقوبة التي أصبحت قاصرة عن تحقيق أهدافها في الردع والإصلاح، فنشأ ما يعرف بأزمة العدالة الجنائية، الأمر الذي زاد في تعقيد الإجراءات وتراكم الدعاوى الجنائية، فظهرت اتجاهات حديثة تنادي بتطبيق بدائل للدعوى العمومية تجسد العدالة التصالحية¹.

ونظراً للدور الهام الذي لعبته بدائل الدعوى العمومية عبر المد التاريخي، وللمكانة التي كانت تحتلها في تسوية النزاعات بين الأفراد والقبائل، وما أفرزته من نجاح في التئام صفوف الأفراد والمجتمعات، وللدور الهام الذي أصبحت تقوم به في عصرنا الحاضر، بأساليب جديدة تساهم في استقرار المجتمع والحفاظ على كيانه وتماسكه، فإن بدائل الدعوى العمومية لحل المنازعات أصبحت تحتل مكانة بارزة في الفكر القانوني الحديث سواء على مستوى الدراسات الفقهية أو على مستوى إقرارها بمختلف الأنظمة القانونية والقضائية العصرية، فبدائل الدعوى العمومية هي تلك الآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضاً عن القضاء عند نشوء خلاف بينهم بغية التوصل لحل الخلافات، وتمثل هذه الآليات أساساً في نظام الصلح الجزري والوساطة الجنائية والتسوية الجنائية ونظام الشكوى والتنازل عنها، ونظام مفاوضة الاعتراف، بالإضافة إلى نظام الأمر الجنائي.

هناك عدد مهم من المزايا التي توفرها بدائل الدعوى العمومية للأطراف المتنازعة، وهي ما يجعلها تمثل حظوظاً وافرة للنجاعة وهي في مجملها تهتم بالمتطلبات الأساسية الواجب على الوسيط الالتزام بمراعاتها، والسعي إلى استكمالها ضماناً لتهيئة البيئة المواتية لتمكينه من أداء مهمته، والتقريب بين وجهات النظر المتعارضة للأطراف المعنية، ومساعدته في التوصل إلى صيغة مقبولة من كليهما، والتوصل إلى تسوية أو حل لمشكلات أو قضايا النزاع، ومن ثم نجاح بدائل للدعوى العمومية، ومن بين أهم تلك الخصائص ما يتعلق بالقضايا والأبعاد المتصلة بحياد وشكل أو نمط الاجتماع.

¹ - امال فاضل عبد خشان عنوز، العدالة التصالحية دراسة قانونية مقارنة، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 1، العراق س2016، ص 11

ويوجه الكثير من الباحثين في مجال القانون انتقاداتهم للجهاز القضائي ويصفون هذا النوع من العدالة بأنها بطيئة وجد معقدة، ومتباعدة وغالبا ما تكون غير مؤكدة² في حين أن بدائل الدعوى العمومية تتميز بالخصائص التالية:

1/ سرعة الفصل في النزاع واختصار الوقت

يعتبر ازدياد نسبة الجرائم وكذا حالات العود من بين العوامل التي أثبتت فشل العقوبة في حماية المجتمع من الجريمة، وبما أن العقوبة تتوصل إليها من خلال مباشرة إجراءات الدعوى العمومية، دعا الفقه إلى هجر فكرة العقوبة، وبالتالي هجر الدعوى العمومية باعتبارها الوسيلة القانونية للوصول إلى تطبيق العقوبة، من هنا بدأ البحث عن أنظمة إجرائية بديلة للدعوى العمومية³.

من بين المشاكل التي تعاني منها جل الأنظمة القضائية، كثرة القضايا المعروضة على المحاكم وتزايدها بشكل ملفت للانتباه، وقلة الموارد البشرية، إضافة إلى ضرورة التقيد بالإجراءات الشكلية والتي يؤدي الإخلال بها إلى ضياع الحق من صاحبه، وصدور أحكام لا تتسجم في بعض الأحيان مع روح العدل والإنصاف.

وبالإضافة إلى ما ذكر، هناك البطء في إصدار الأحكام، بسبب تعدد المساطر والمراحل القضائية وما يرتبط بذلك من تبليغ وتنفيذ، بحيث أن المعدل العمري للقضايا قد يصل إلى أكثر من أربع سنوات ناهيك عن ضعف بعض الأحكام ونقصان جودتها⁴.

ومن خلال ما ذكر يتضح أن حل النزاع عن طريق بدائل للدعوى العمومية بصفة عامة يتم بالسرعة واختصار الوقت بالمقارنة مع النظام القضائي التقليدي، الذي يستغرق البت في النزاع أمامه مدة زمنية طويلة، حيث أن القانون لم يحدد مدة زمنية للفصل في النزاع.

2/ السرية

من المبادئ المسلم بها قانونيا ودستوريا مبدأ علنية الجلسات أمام المحاكم القضائية، باستثناء بعض القضايا التي يفرض القانون مناقشتها في السرية، في حين أن المبادئ الأساسية التي تقوم عليها إجراءات بدائل الدعوى العمومية هو مبدأ السرية، سواء تعلق الأمر بالوسيط أو بالأطراف المتنازعة، فمبدأ المحافظة على السرية يجعل الأطراف المعنية تعبر عما لديها بكل حرية، أو تقدم تنازلات لأنها تثق في الوسيط، ومن هنا فإن على هذا الأخير أن لا يقوم بإفشاء ما صرح له به الأطراف.

² - Jean-Marie COULON « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », Paris , économique, 2001, page 133.

³ - شنين سناء وسليمان النحوي، الوساطة الجزائية نموذج للتحويل من عدالة عقابية إلى عدالة إصلاحية، مقال نشر في مجلة جيل حقوق الانسان العدد 22 الصفحة37. نشر بالموقع <http://jilrc.com> تم الدخول إلى الموقع يوم الاثنين 05 مارس 2018 على الساعة 14:09 زولا.

⁴ - امحمد برادة غزبول، تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، الدار العلمية للكتاب الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص150.

3/ المرونة

وتتجلى هذه الخاصية في غياب القيود المسطرية والقانونية، التي من شأنها الحد من فعالية الوسيط ومبادرته، حيث يبقى للأطراف اتخاذ أية مبادرة مناسبة للتفاوض، والوصول إلى حلول ودية وفق اتفاقهم، وبشكل يسمح لكل طرف باقتراح عدة حلول وتصورات لفض النزاع، إلى أن يتم الوصول إلى حل مناسب ومرض للجميع⁵، فبدائل الدعوى العمومية وبخلاف المحاكمة التقليدية التي تُوَظِرُها عدة نصوص وقواعد تقلص من حرية الأطراف، تتميز بالمرونة التي تسمح بتحريك الوسيط بكل حرية، بهدف الوصول إلى اتفاق بين الأطراف المتنازعة، على المقاس الذي يرغبون فيه، دون أن يكون ملزماً باتتباع مسطرة معينة، مادام الهدف الأساسي هو حل يرضي الأطراف جميعاً.

وتبرز مرونة بدائل الدعوى العمومية في إمكانية توظيفها في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وإمكانية حل جزء من النزاع أو النزاع كله، وفي الصلاحية الممنوحة في تحديد موعد كل جلسة، وإشعار الأطراف بذلك مع إمكانية الاجتماع مع كل طرف على حدة أو بالأطراف مجتمعين، ومن بين المرونة المرتبطة ببدائل للدعوى العمومية، إمكانية مواصلة الدعوى العمومية أمام القضاء في حالة فشلها، بحيث لا يمكن أن يواجه الأطراف بسبقية البت في النزاع.

والواقع أنه لا مرونة دون صرامة، ولا حرية دون مسؤولية، ذلك أن بعض المواقف تقتضي من القضاء أن يتسلح بنوع من الصرامة، وهو ما يعني تطبيق وفرض الطرق والقواعد الأخلاقية التي يرضها القانون.

4 / مشاركة الأطراف في إجراءات بدائل الدعوى العمومية

تعد هذه الخاصية من أهم ما يميز إجراءات بدائل للدعوى العمومية، ومن خلالها يتمكن الطرفان في المنازعة الجنائية، وبمساعدة وسيط، من استعادة التواصل والحوار، بهدف خلق الحلول المرضية لهما معاً، وأحياناً إعادة بناء العلاقة من جديد، والحيلولة دون خلق بوادر الحقد والانتقام. فما يميز بدائل للدعوى العمومية بالتحديد، هو أن أطراف النزاع هم من يختارون العدالة بأنفسهم، بدل الخضوع لها، فحل مشاكلهم يكون على أيديهم، وبمساعدة الوسيط طبعاً، بعد الحوارات والمفاوضات التي تجمعهم، وتتيح لهم فرصة المكاشفة، والمصارحة لبعضهم البعض، وتفريغ المؤاذات المتبادلة، ثم بعد تهدئة النفوس، التطرق إلى جوهر النزاع ومحاولة إيجاد تسوية ودية له بتدخل الوسيط⁶.

فالمسئمة الكبرى التي تقوم عليها بدائل الدعوى العمومية بشكل عام، هي أن حل النزاع ينبغي أن يكون بصورة رئيسية، من صنع قطبي النزاع كليهما، إذ أن هدف البدائل، هو إتاحة الفرصة

⁵ - الحسن بويق، "مدى إمكانية تطبيق نظام الوساطة بالمغرب" مقال منشور بمجلة المرافعة العدد المزدوج 14 - 15 دجنبر 2004 ص 17.

⁶ - محمد سلام "الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء وتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية" الجزء الأول، مجلة الملف العدد 12 مارس 2008، ص 22.

للخصمين لفض نزاعهما، والتمكن من التعاون على إدارته، والسيطرة عليه وحله معا، ويبقى الوسيط مجرد ميسر ييسر التواصل بين الطرفين، كي يتمكننا من التعبير عن مشاكلهما، والاستماع لبعضهما البعض، والتفاهم والتوصل إلى اتفاق ودي.

ومن خلال ما ذكر يتضح أنه لا يوجد في بدائل الدعوى العمومية رابح أو خاسر، فالكل رابح ما دام النزاع يتم حله في إطار التراضي بين الطرفين المعنيين، ويتم التوصل لحل يرضيهما، وهو ما يعني أن طرفي النزاع سوف يحافظان على علاقتهما السابقة، ولا يكون هناك أي انقطاع لها، خلافا لتسوية النزاع أمام القضاء، والذي يترك لدى الطرفين انطبعا سينا ولا يتقبله الطرف الخاسر للدعوى العمومية، ونستحضر بالمناسبة تلك القولة المأثورة عن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه والذي قال فيها: "ردوا الخصوم ليتصالحوا، فإن حكم القضاء يورث البغضاء"⁷.

المبحث الثاني: دور بدائل الدعوى العمومية في الحد من أزمة العدالة الجنائية

إن من أهم وأبرز سمات أزمة العدالة الجنائية هي عجز العقوبة عن تحقيق أهدافها وعلى رأسها تحقيق العدالة، إلى جانب اعتماد أجهزة العدالة والقضاء على سياسة تأجيل الجلسات تارة وحفظ الدعوى وطول وتعقيد إجراءاتها الشكلية تارة أخرى، فولد لدى المتقاضين شعور بعدم الرضا عن أدائها مما ألجأهم إلى البحث عن بدائل يمكن من خلالها أن يحققوا عدالتهم عبر بدائل تبحث عن أسباب النزاع بل تمتد إلى القضاء عليها وعلى مخلفاتها وآثارها.

لذا ظهرت الوسائل البديلة لحل المنازعات والخلافات خارج الإطار القضائي، كنتاج لعدم فاعلية أساليب العدالة الجنائية التقليدية في حسم القضايا الجنائية العامة، فقد كانت ممارسة الدعوى العمومية تقتضي المرور عبر مراحلها الإجرائية في الاتهام والتحقيق والمحاكمة، فهذه الوسائل البديلة بمختلف أنواعها تستهدف بالدرجة الأولى، اختصار هذه الإجراءات والمساطر القانونية أملا في تحقيق فعالية العدالة الجنائية.

وإنه لمن أهم أهداف الوسائل البديلة إصلاح الجاني وتأهيله عبر البحث عن أسباب النزاع وبذل الجهود للقضاء على مسبباته، كما تعتبر الوسائل البديلة في الواقع مقاربة عملية لفض النزاعات تتميز بقلّة شكلياتها ومحدودية الخصومة فيها، وغلبة الجانب الرضائي والتعاقدية عليها، حيث تتشكل من جملة من الإجراءات المستحدثة المتميزة والمختلفة عن الإجراءات الجنائية التقليدية والمكملة لها في نفس الوقت.

والطرق البديلة لتسوية النزاعات هي منظومة فكرية، تتسع وتضيق تبعا لما يفترض أن البديل جاء ليحل محله، فنتحدث عن بدائل الدعوى العمومية، بدائل المسطرة القضائية، بدائل الحل القضائي، بدائل القانون، بدائل القضاء، بدائل العدالة، بل في المادة الجنائية بدائل تسطير المتابعة.

⁷ - ابن كثير الحافظ ابو الفداء إسماعيل، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط 1، الجزء 7، س 1999، ص 151.

وتعد منظومة الطرق البديلة نظاما قانونيا تنضوي تحته العديد من الآليات التي تتقاطع وتختلف بين الأنظمة الثلاث الريادية والتي هي على التوالي النظام اللاتيني والذي تمثل فرنسا وإيطاليا قطب الرحى فيه، وكذا النظام القانوني الألماني ورائدته ألمانيا وأخيرا النظام الانجلوسكسوني ممثلا أساسا بالمملكة المتحدة، والولايات المتحدة واستراليا، ليبقى هذا النظام الأخير، الرائد والمبدع للفلسفة الجديدة للطرق البديلة من حيث النظرة للمسار التفاوضي كمرحلة حاسمة وقائمة بذاتها، من خلال آلياتها، تقنياتها وشروط القائم عليها وخصوصيا الحل الذي يتوصل إليه في إطارها⁸.

ولقد تراكت مجموعة من الأسباب، ساهمت في التفكير بإيجاد بدائل للدعوى العمومية أمام قصور النظام العقابي في تحقيق أهداف وغايات السياسة الجنائية لمكافحة الجريمة وردع الجناة، فقد كان الاعتقاد السائد أن الدعوى العمومية جوهر القوانين الإجرائية المختلفة، وإن إقامتها هي الوسيلة التي تمنح للدولة حق إيقاع العقاب لأن هناك تلازم بين سلطة الدولة في العقاب وبين الضمانات التي يحفل بها القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية في إطار تحريك الدعوى العمومية.

فمن جهة أولى فإن الدعوى العمومية هي الوسيلة القانونية لتقرير الحق وصولا لاستيفائه بمعونة من النيابة العامة، من خلال اللجوء إلى السلطة القضائية لضمان استيفاء الحقوق، وجاءت بدائل الدعوى العمومية لإعطاء دور أكبر لأطراف الدعوى العمومية سواء كان المتهم أو المجني عليه وبمشاركة المجتمع في إنهاء الدعوى العمومية والسيطرة على مجرياتها المعروضة أمامه.

ومن جهة ثانية تعتبر بدائل الدعوى العمومية مؤشرا على مرحلة جديدة طابعها التحول من العدالة القهرية إلى العدالة الرضائية، وفي نفس الوقت تحقيق أهداف العدالة بأقل تكلفة مما يساهم في استقرار المراكز القانونية⁹.

وينبغي القول بأن العالم شهد حركة فقهية وتشريعية لتنظيم بدائل الدعوى العمومية لتكون أداة فاعلة ومؤثرة لتحقيق وترسيخ العدالة وصونا للحقوق وحماية للحريات، وذلك من خلال إيجاد إطار ملائم يضمن لهذه البدائل تتقنيها ثم تطبيقها، ومن الجدير ذكره بأنها تنسجم مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، التي تدعو إلى السلم والأمن والترابط المجتمعي، من خلال علاقات مبنية على العفو والتسامح والصفح والصلح، والقضاء على مسببات النزاع وتطهير آثاره.

فإذا كان بعض الباحثين يعتبرون أن المشاكل التي يعاني منها قضاء الدولة هي السبب الأساسي في اللجوء المتزايد إلى هذه البدائل، فإننا نظن أن الاهتمام بهذه الأخيرة راجع بالأساس إلى المزاي التي تتسم بها وإلى مدى اقتناع الأطراف بنجاحتها وفعاليتها في حل النزاعات، وهكذا يمكن القول

⁸ -ابن خدة رضى، الطرق البديلة لتسوية النزاعات بين الإطار النظري وهران التطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2014/2015، ص 1.

⁹ - سيد عتيق، التفاوض على الاعتراف في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية في ضوء أحدث التعديلات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2005، ص 13.

أن حل النزاعات الجنائية باللجوء إلى بدائل الدعوى العمومية أصبح من المظاهر الحضارية لتسوية النزاع، وذلك لأن الحل عن طريق الحوار الهادف والبناء الذي توفره يدل على حضارية هذه البدائل وحضارية المجتمعات التي تعمل بها¹⁰.

إن محاربة الجريمة بمختلف أشكالها كظاهرة اجتماعية تقتضي من الدولة سن سياسة جنائية محددة لضمان الأمن والسلامة والاستقرار وحق الفرد في التمتع بالحرية في إطار من المسؤولية، وهذا لا يتأتى إلا باتخاذ إجراءات قانونية للكشف عن الجريمة وعن وسائل مقاومتها للوقاية منها، ومن جهة ثانية فقد اجمع الباحثون على أن السياسة الجنائية تعتبر من المفاهيم القانونية التي تمخضت عن تفاعلات الفكر الجنائي الحديث¹¹.

وأمام عجز السياسة الجنائية التقليدية التي تتميز أساسا بطابعها الزجري في مكافحة الجريمة، وأمام تفاقم هذه الأخيرة وتعدد مظاهرها وظهور عدة علوم من بينها علم الإجرام وعلم الاجتماع وعلم النفس و التي تهتم بالأسباب المتنوعة للانحراف، أصبح من الضروري توسيع السياسة الجنائية لتضم إجراءات وقائية تربوية دون إغفال الإجراءات الزجرية¹².

وقد حاول المشرع المغربي السير على نهج أغلب التشريعات المقارنة بتبنيه لعدالة تصالحية تأخذ بعين الاعتبار رغبة الأطراف في إنهاء الخصومة الجنائية بطرق حبية دون حاجة لاستصدار حكم قضائي، وهو ما يؤدي لرأب الصدع وجبر الضرر والحد من النزعات الانتقامية، وما لذلك من اثر ايجابي على تصريف القضايا وتدبير النزعات أمام القضاء وإعفائه من الانتشغالات في نزعات تكلفه الكثير دون جدوى، ومن ناحية أخرى، فإن المجتمع يكتسب سواد الود والوثام بين أفرادها، حيث تقضي بدائل الدعوى العمومية إلى تهدئة النفوس وجبر الخواطر والقضاء على الحقد، وعلى اثر ذلك يستعيد الضحية اعتبارها كعضو مؤثر في سير الخصومة الجنائية، كما أن المشتبه فيه يدرأ عن نفسه متاعب المحاكمة وأثارها الوخيمة¹³.

من خلال كل ما سبق يمكن أن نتساءل: **حول أفاق بدائل الدعوى العمومية في التشريع الجنائي المغربي؟**

10 - محمد برادة غزبول، تقنيات الوساطة لتسوية النزعات دون اللجوء الى القضاء، الدار العلمية للكتاب الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 3.

11 - عبد النبي الزيتون، السياسة الجنائية على ضوء الدستور المغربي، مجلة المحامي، عدد مزدوج 60-61، يوليو 2013، ص 179.

12 - محمد مزروكي، السياسة الجنائية الاجتماعية ومساعدة الضحايا في مجال الأسرة والإحداث، مجلة الإشعاع، العدد 41-42 يوليو 2014، ص 14.

13 - رجاء الحرشي، مؤسسة الصلح الجنائي على ضوء المستجدات الحديثة للسياسة الجنائية المغربية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص- ماستر المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية 2015/2016، ص 90.

إن الإجابة عن هذا السؤال المركزي السابق، تقتضى منا الخوض في أسباب أزمة العدالة بالمغرب وذلك من خلال الاعتماد على الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل في ما يخص نشاط محاكم المملكة خلال السنوات القضائية الماضية.

هناك اضطراب بين ظاهرة أزمة العدالة الجنائية مع تضخم القضايا المطروحة أمام القضاء المغربي، الشيء الذي أضحى يهدد بعض المحاكم بالشلل، وحتى لا نكون مبالغين أو بعيدين عن الواقع، فالإحصائيات المنجز من طرف وزارة العدل تؤكد ضخامة القضايا المطروحة على مختلف المحاكم المغربية برسم السنة القضائية الأخيرة.

لقد بلغت القضايا المحكومة بمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء 6730 قضية، في حين بلغ المخلف 1992 قضية برسم السنة القضائية 2019، وبلغ المحكوم بدائرة القضائية التجارية باكاوير 9159 قضية، في حين بلغ المخلف 934 برسم نفس السنة القضائية 2019، مما جعل مجموع القضايا الراجعة على هذه الدائرة القضائية يصل إلى 10093 قضية¹⁴.

كما وصل مجموع القضايا المسجلة بالدائرة القضائية الدار البيضاء برسم السنة القضائية 2016، إلى 464231 قضية تم البت فيها في 482343 قضية، مع العلم أن عدد القضايا الراجعة خلال نفس السنة وصل إلى عدد 542851 قضية، لتصل نسبة المحكوم من الرائج بهذه الدائرة القضائية % 88.85، فيما وصلت هذه النسبة في الدائرة القضائية أسفي نسبة % 83.59¹⁵.

يمكن القول حسب المعطيات أعلاه المنجزة من طرف وزارة العدل برسم السنوات القضائية 2014 و2015 و2016، ومن خلال القضايا المحكومة ومقارنتها بالقضايا الراجعة والمخلفة برسم السنة القضائية 2013، بأن هناك صعوبة كبيرة لاحتواء المخلف، وبالتالي إرجاعه إلي سنة 2016 التي عرفت تسجيل قضايا بنفس العدد أو أكثر، مما يعني أن معالجة القضايا المخلفة يستلزم ما يقرب السنتين للقضاء على المخلف.

وتجدر الإشارة إلى أن عدد السادة القضاة خلال بداية سنة 2014، كان قد بلغ 4065 قاضيا بعد أن تم تعيين الملحقين القضائيين المنتميين للفوج 38 في السلك القضائي، غير انه نظرا لإحالة مجموعة من القضاة إلى التقاعد ولوفاة بعضهم ولصدور عقوبة العزل في حق البعض، فقد انخفض عدد السادة القضاة إلى 4001 إلى حدود سنة 2014، بزيادة 96 قاضي مقارنة مع السنة القضائية 2013 التي بلغ فيها عدد السادة القضاة 3905، ليصل عدد السادة القضاة في برسم السنة القضائية 2015 إلى 4166 قاضيا¹⁶.

14 - موقع وزارة العدل

15 - وزارة العدل و الحريات، معالم على درب الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة، حصيلة منجزات وزارة العدل والحريات مطبوعة Numarais، سنة 2016، ص191.

16 - وزارة العدل، الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة مطلب شعب وإرادة ملك وانجاز حكومة، س2016، ص31.

ومن جهة أخرى يبلغ عدد موظفي هيئة كتابة الضبط برسم السنة القضائية 2015 ما مجموعه 14941 موظفا وموظفة، منهم 7370 موظفة أي بنسبة % 49.35 ويتوزع الموظفون على الدوائر القضائية للمملكة، وقد سجل عدد الموظفين خلال سنوات الأخيرة تطور نسبي، حيث في سنة 2009 لم يكن يتعدى عددهم 13296 موظفا في حين وصل هذا العدد 14822 موظفا في سنة 2014، أي بزيادة تقدر بنسبة % 15، ليصل عدد موظفي كتابة الضبط في سنة القضائية 2015 إلى عدد 14941.

نتيجة لعدم قدرة آليات العدالة الجنائية على محاربة الجريمة أو الوقاية منها من جهة، وعجزها عن مسايرة هذا المد الإجماعي من جهة ثانية بسبب غياب سياسة عقابية دقيقة و ممنهجة تتناسب مع الواقع الجديد، فإن إدارة العدالة الجنائية أصبحت حاليا تعتمد على عقوبة الحبس القصيرة المدة، فإذا كانت هذه العقوبة غير صالحة، فإن نظام العدالة الجنائية كله، ليس له قيمة، بل إن هذه العقوبات هادمة للنظام القانوني فترتب عن ذلك البحث عن بدائل للعقوبات ليس فقط في القانون الجنائي، بل في قوانين أخرى¹⁷، وموازية مع ذلك أصبح ضروري البحث عن آليات العدالة التصالحية من أجل تجاوز أزمة العدالة الجنائية في النظام الجنائي المغربي.

ولا شك في أن دعوة المشرع المغربي إلى الأخذ بإجراءات بدائل الدعوى العمومية، يحل محل الدعوى العمومية لفض المنازعات الجنائية، قد يبدو للوهلة الأولى غير مقبول، غير أن الأمر يستوجب النظر إلى هذه الوسيلة بعين فاحصة، إذ هنا من النتائج والتوصيات ما يستدعي ذلك، بالإضافة إلى المميزات التي اشرنا إليها سابقا والتي تميز مؤسسة بدائل الدعوى العمومية .

وهكذا، فإن تحقيق تلك الغايات لم يتوصل إليها المشرع الجنائي المغربي، فالممارسة العملية أبانت عن عجز مسطرة الصلح الجزري عن مواكبة الظاهرة الإجرامية والحد من الجرائم البسيطة، وبالتالي فشلها في تحقيق الغايات والأهداف التي سطرت لأجلها.

ونظرا لأهمية بدائل الدعوى العمومية كحل لتسوية النزاعات الجنائية، فقد عرفت انتشارا واسعا في العديد من الدول، وأصبح ينظر إليها باعتبارها من بين أهم المعايير التي تعتمد في تقييم مدى فعالية الأنظمة القانونية والقضائية المعاصرة، نظرا لما توفره من وسائل وإمكانات لتسهيل الولوج إلى العدالة المرغوب فيها.

لذلك كان لا بد من البحث عن أنظمة قانونية مستحدثة تعالج هذه القضايا، ومن هنا أضحت الأساليب غير القضائية لإدارة الدعوى العمومية ضرورة ملحة لمواجهة البطء في الإجراءات الجنائية التقليدية بهدف اختصار تلك الإجراءات، وكان من أبرز معالم التطور العلمي الجنائي ضرورة إيجاد بدائل للدعوى العمومية للنظر في مكافحة الجرام بغير الإجراءات الجنائية التقليدية¹⁸.

17 - ادريس الحياتي، الإشراف القضائي على تطبيق العقوبات البديلة، المجلة المغربية للحكمة القانونية والقضائية، العدد 2، س 2007، ص 61.

18 - انور محمد صدقي المساعدة وبشير سعد زغول، الوساطة في إنهاء الخصومة الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابعون، اكتوبر 2009، ص 291.

ألهمتنا مختلف النتائج التي استعرضناها أنفا، توصيات واقتراحات، نوجهها إلى المسؤولين عن السياسة التشريعية ببلادنا، لعلها تساهم في إعطاء هذه البدائل الدور الذي يجب أن تؤديه كآلية قانونية حديثة في السياسة الجنائية المعاصرة، وذلك على الشكل التالي:

- ضرورة توعية المواطنين بمزايا سلوك بدائل الدعوى العمومية ومنها الصلح الزجري والوساطة الجنائية، ذلك أن خضوع المواطنين المخاطبين بالقاعدة القانونية واقتناعهم بفعاليتها من أسباب نجاح أية قاعدة قانونية، لذلك من الواجب القيام بحملات واسعة النطاق ترمي إلى بعث الثقة في نفوس المغاربة بمزايا وأهمية مسطرة الصلح الزجري، وكذا تحسيس الرأي العام بأهمية العدالة التصالحية، لأن تطوير العدالة الجنائية لا يتحقق بدون إشراك جميع الفاعلين فيها.
- إعادة النظر في الإرث التشريعي الجنائي بصفة عامة عن طريق تنظيم وإقرار مؤسسة الوساطة الجنائية بصفة خاصة.
- تدعيم الجهاز القضائي بالكفاءات الكافية وتأهيلها للقيام بدور الصلح على أكمل وجه، عن طريق عقد ندوات وتنظيم دورات تكوينية للقضاة، خاصة منهم قضاة النيابة العامة، لتدارس كيفية تفعيل هذه المستجدات، والوقوف على الصعوبات المثارة بهذا الخصوص.
- وضع الثقة في هذين البديلين وتهيئة كل الوسائل المادية والبشرية وتوفير الآليات القانونية الكفيلة لإنجاحهما.
- ضرورة التنصيص على نظام الوساطة الجنائية في التشريع الجنائي المغربي لما لهذا النظام من مزايا مهمة لاشك أنها سوف تساهم التخفيف من أزمة العدالة الجنائية المغربية.
- الاستفادة من تجارب الدول التي نجحت في تنظيم بدائل الدعوى العمومية في تشريعاتها الجنائية، حيث عرفت العديد من التشريعات تبني هذه البدائل.

حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري

رضوان الحيان

طالب باحث في القانون المدني الاقتصادي بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية - السويسي
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة

يشكل الائتمان ركيزة أساسية لقيام المشاريع الاقتصادية، ذلك أن ضعف القدرة الذاتية للفرد فرضت عليه ضرورة اللجوء إلى المؤسسات البنكية قصد تمويل هذه المشاريع، هذا ما جعل التعامل مع الأبنك أمرًا ضروريًا في الوقت الحاضر.

ويرتبط الائتمان ارتباطًا وثيقًا بالضمانات، حيث أن الدائن يجب أن تتوفر لديه الثقة عن طريق تقديم المدين إحدى الضمانات القانونية.

وإذا كان الأصل أن أموال المدين تعتبر ضمانًا عامًا لدائنيه، وهو ما نص عليه الفصل (1241 من ق.ل.ع)¹، هذا ما جعل الضمان العام يؤسس على قاعدتين أولهما رصد جميع أموال المدين، فتخصص للوفاء بديونه سواء كانت منقولات أو عقارات، ثانيهما هو أن جميع الدائنين متساوين في هذا الضمان إلا من تمتع بضمان خاص.

إلا أن هذه الضمانات أبانت عن محدوديتها في حماية مصالح الدائن، على أساس أن الدائن لا يرتبط حقه بمال معين من أموال مدينه، إضافة إلى أن الدائنين هم متساوين في هذه الأموال استنادًا إلى مبدأ المساواة بين الدائنين.

وعليه وجب إقرار ضمانات على عين معينة، تكفل سداد الدين كما تعطي للدائن حق استيفاء هذا الدين بالأولوية على باقي الدائنين.

من هنا ظهرت فكرة الضمانات الشخصية² والضمانات العينية³.

1- ينص الفصل 1241 ق.ل.ع المغربي على ما يلي "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية".

2- يقصد بالضمانات الشخصية: ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي بحيث يصبح للدائن بدلًا من مدين واحد مدينان أو أكثر يسألون جميعًا عن الدين إما في وقت واحد أو بتتابع لأن الضمان فيها يأتي من التزام أو التزامات شخصية تضاف إلى التزامات المدين الأصلي.

3- يقصد بالضمانات العينية: والتي يطلق عليها كذلك لدى بعض التشريعات بالتأمينات العينية، تخصيص مال معين مملوك للمدين أو لغيره لتأمين حق الدائن وذلك بإعطائه سلطة تمكنه من التنفيذ على المال وبيعه جبرًا واستيفاء حقه من ثمنه.

ويشكل الرهن الرسمي باعتباره حقاً عينياً عقارياً إحدى الضمانات العينية، حيث أضحى اليوم من أهم وسائل دعم الائتمان، بحيث يعتبر أداة مهمة لتمويل المشاريع الكبرى، وهو ما من شأنه أن يساهم في تحقيق التنمية بجميع جوانبها، خاصة وأنه يعتبر أحر ما وصل إليه الضمان من تطور حتى أضحى الآن من الضمانات الكلاسيكية.

ويعرف المشرع المغربي الرهن الرسمي بأنه " حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ و يخصص لضمان أداء دين"⁴.

كما عرفه بعض الفقه بأنه "حق عيني يترتب على عقار محفظ أو في طور التحفيظ، يبقى في حوزة صاحبه ويخصص لضمان الوفاء بالتزام بدين وبمقتضاه يمنح الدائن في حالة عدم أداء المدين الدين بيعه جبراً عن طريق القضاء، وحق نزع ملكية العقار محل الرهن، أيا كان حائزه، واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين"⁵.

من خلال التعريفات أعلاه يتضح على أن الرهن الرسمي العقاري يتميز بعدة خصائص، كونه حق عيني يولي صاحبه حق تتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له كما يوليه حق الأفضلية على غيره من الدائنين، كما أنه لا ينصب إلا على العقار مبدئياً، إلا أنه أصبح يشمل في نطاقه بعض الأموال المنقولة ذات الأهمية الاقتصادية، فالرهن الرسمي لا يستلزم ضرورة نقل الحيازة للدائن وهو ما يميز الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي.⁶

هذه الخصائص التي يتميز بها الرهن الرسمي هي التي جعلت المشرع يعمل على تطوير هذا الأخير من أجل توفير السيولة المالية المطلوبة للنهوض بعمليات الاستثمار والإسكان على وجه الخصوص، حيث أدخل تقنية جديدة وهي تقنية تسديد الديون الرهنية تسمح بتداول الرهن الرسمي في شكل سندات للملكية.⁷

وعليه فإذا كان المشرع قد وفر ضمانات قانونية للدائن المرتهن من خلال القواعد الموضوعية المؤطرة لعقد الرهن الرسمي العقاري، إلا أن ما يلاحظ هو أن هذه الضمانة العقارية تعوقها صعوبات مسطرية تتجلى في بطء مسطرة تحقيق الرهن، فكلما تأخر البنك في تحقيق الضمانة البنكية إلا وتزداد خسارة المؤسسة البنكية بحكم أن الدين غير المؤدى يبقى جامداً، مما لا ينتج

⁴ - المادة 165 من قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

⁵ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08، الطبعة الثانية سنة 2017 ص 327.

⁶ - مصطفى جذوع كريم السعد: "أثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 1980/1981، ص 21.

⁷ - طبقاً للقانون رقم 10.98 المتعلق بتسديد الديون الرهنية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4726 الصادرة بتاريخ 16 شتنبر 1999 ص 2270.

إمكانية إعادة تمويل قروض جديدة، كما يجعل الأبنك تعمل على ضرورة تخصيص مؤونات لتغطية الديون الغير المؤادات⁸.

هذا الاشكال العملي رسخه القضاء المغربي الذي يميل إلى المقترض، خاصة أمام النظرة العامية التي ترى بأن البنك يعد طرفاً قوياً يملئ شروطه على المقترض باعتباره طرف ضعيف، هذه النظرة وجب إعادة النظر فيها لكون أن القروض العقارية أصبحت تشكل ضرورة لدى كافة الأشخاص سواء منهم المعنويين أو الذاتيين، فإن الأمر يستدعي ضرورة توفير الآليات والضمانات القانونية اللازمة للمؤسسات البنكية، قصد تشجع هذه الأخيرة على منح القروض من خلال إيجاد قواعد محكمة للرهن الرسمي لتحقيق نوع من الحماية لكل من طرفيه بصفة عامة و للدائن المرتهن بصفة خاصة.

فما هي أهم الضمانات التشريعية التي يوفرها المشرع للدائن المرتهن من خلال الشروط المتطلبة لإنشاء الرهن الرسمي؟

وإلى أي حد كان المشرع موفقاً في تنظيمه لإجراءات تحقيق الرهن الرسمي، وهل بالفعل تحقق للدائن المرتهن غايته، وهي استيفاء دينه في أقرب الآجال؟

هذه الاشكالية التي يتمحور حولها موضوع العرض جعلتنا نقسمه إلى مبحثين على الشكل التالي:

- المبحث الأول: القواعد الموضوعية الكفيلة بتوفير الحماية للدائن المرتهن.
- المبحث الثاني: آثار تقييد رهون بالسجلات العقارية.

⁸ -الحسين الزياتي: "الائتمان العقاري وتحقيق رهون الرسمية العقارية في العقود البنكية" مقال منشور بالندوة الوطنية المنظمة من طرف جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة أيام 20/19 ماي 2006 وجدة، في موضوع - العقارة الاستثمار- مطبعة دار النشر الجسور، الطبعة الأولى 2007، ص 294.

المبحث الأول: القواعد الموضوعية الكفيلة بتوفير الحماية للدائن المرتهن

بعد مبدأ تخصيص الرهن من الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن وهو يعد في الحقيقة ركناً من أركان عقد الرهن المتمثل في حمل العقد، إلا أن هذا المبدأ يعتبر كذلك من الشروط الشكلية الخاصة بحيث يستلزم ضرورة توفر عقد الرهن على بيانات معينة، هذا ما جعلنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) دور قاعدة تخصيص الرهن في حماية الدائن المرتهن، وفي (المطلب الثاني) دور الشكلية في حماية مصالح الدائن المرتهن.

المطلب الأول: دور قاعدة تخصيص الرهن في حماية الدائن المرتهن

إن مبدأ تخصيص الرهن يقتضي أمرين هما: تخصيص العقار المرهون أي يجب تعيينه تعييناً دقيقاً في عقد الرهن، أما الثاني فيتمثل في تخصيص الدين المرهون أي يجب ذكر مقدار الدين الذي يضمنه الرهن الرسمي.

وعليه فإن قاعدة تخصيص الرهن الرسمي تشمل على شقين أحدهما من حيث العقار المرهون (الفقرة الأولى) أما الثاني يسمى بالتخصيص من حيث الدين المرهون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

نص المشرع المغربي على قاعدة تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون في الفصل 165 من مدونة الحقوق العينية أثناء تعريفه لعقد الرهن الرسمي حيث جاء فيه ما يلي: "الرهن الرسمي حق عيني تبغي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين"، وعليه يكون المشرع من خلال التعريف أعلاه قد نص على أن الرهن الرسمي لا يترتب إلا على العقارات ولا يتناول المنقولات، ولكن تجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة البحري والقانون الجوي أجاز استثناء وقوع الرهن الرسمي على السفن والطائرات⁹.

كما يجب كذلك أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً من حيث (.... بيان اسمه وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري أو مطلب تحفيظه....) طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 175 من مدونة الحقوق العينية. بمعنى وجب أن يتم تعيين العقار المرهون بالذات، وهو ما ينسجم مع قاعدة التخصيص متى لا يرهن المدين جميع الحقوق العقارية. إلا أنه وإن كان المشرع قد استلزم ضرورة تخصيص العقار المرهون من حيث موقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري أو مطلب تحفيظه، إلا أن أحد الباحثين¹⁰، يرى عن حق أنه يكفي فقط على مستوى الواقع الإشارة فقط إلى رقم الرسم العقاري للعقار المرهون. خاصة وأن الفصل 52 من ظهير التحفيظ العقاري (14.07) ينص على أن:

⁹ - عبد الكريم شهيون، مرجع سابق ص 327.

¹⁰ - نور الدين لعرج "الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكدال الرباط السنة الجامعية 1999/2000 ص 82.

" كل تحفيظ يقتضي من المحافظ على الأملاك العقارية إقامة رسم عقاري يتضمن:

- 1- وصفا مفصلا للعقار مع حدوده وبيان الأملاك المجاورة والملاصقة له ونوعه ومساحته،
- 2- الاسم الشخصي والعائلي للمالك ومحل سكناه وحالته المدنية وجنسيته وإن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزوج أو كل اتفاق تم طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة. ويتضمن في حالة الشياخ نفس البيانات المذكورة أعلاه بالنسبة لكل شريك نع التنصيب على نصيب كل واحد منهم. وإذا كان المالك شخصا اعتباريا فيجب بيان تسميته وشكله القانوني ومقره الاجتماعي وكذا ممثله القانوني.
- 3- الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقار".

ومن هنا تتضح لنا الأهمية الكبرى التي يلعبها العقار المحفظ بحيث أن تأسيس الرسم العقاري يعني عن البحث في طبيعة العقار محل الرهن. هذا ما يجعلنا نتساءل حول مدى إمكانية إنشاء رهن رسمي على عقار غير محفظ؟

ويذهب الفقه¹¹ إلى القول أن الرهن الرسمي يرد على العقار المحفظ، ذلك أن نظام التسجيل في الرسم العقاري كفيلا بأن يحقق الغاية من حيابة الدائن المرتهن للمرهون ومنع المدين الراهن من التصرف فيه على خلاف الرهن الحيازي الذي يقع على العقار غير المحفظ. وهو نفس ما ذهب إليه الأستاذ محمد خيرى بحيث يرى " على أن العقار الذي لم يؤسس على بشأنه رسم عقاري لا يمكن تصولا إنشاء رهن رسمي عليه بالمفهوم القانوني إلا إذا تم تأسيس رسم عقاري له"¹².

أمام هذين التوجيهين لا يسعنا إلا القول على أنه لا يمكن تصور قيام رهن رسمي على عقار غير محفظ، إلا أن هذه الإمكانية هي واردة في حالة ما إذا كان العقار في طور التحفيظ ومر آجال التعرضات حيث يمكن هنا للدائن المرتهن أن يودع عقد الرهن بالمحافظة العقارية طبقا لمقتضيات الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري ليتم تقييده عند تأسيس الرسم العقاري، كما أنه إذا تراخى طالب التحفيظ عن إتمام إجراءات التحفيظ يمكن له أن يباشر بنفسه إجراءات التحفيظ، وأن الفصل 11 من ظهير التحفيظ العقاري يعطي للدائن المرتهن هذه الإمكانية¹³.

إلا أن ما يلاحظ على مستوى الممارسة العملية أن الأبنك تطلب من زونها وثيقة الملكية (شهادة الملكية) والتي على ضوءها يوافق البنك أو يرفض منح الائتمان هذا ما يتحقق الا في حالة واحدة كون العقار محفظ الا ان المشكل المطروح هو تقييم العقار بحيث يرى احد الباحثين ضرورة

11- المختار بن أحمد عطار " التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي " مطبعة الجديدة الدار البيضاء طبعة 2008 ص 191.

12 - محمد خيرى "القرض المضمون برهن رسمي واقعه وافاقه" مقال منشور بمجلة الحدث عدد خاص 15 أبريل 1999 ص 12.

13 - الفصل 11 من ظهير التحفيظ العقاري: "يجوز للدائن، الذي لم يقبض دينه عند حلول أجله، طلب التحفيظ بناء على قرار قضائي صادر لفائدته بالحجز العقاري ضد مدينه".

تكوين لجنة تنتقل الى عن المكان مصحوبة بالوثائق اللازمة ا تكليف خبير عقاري لتحديد ثمن العقار وعلى ضوءه يمكن للبنك ان يتخذ القرار¹⁴.

إلا اننا نتساءل عن الحالة التي تكون فيها الديون المضمونة برهون رسمية والتي انصبت على عقار غير محفظ، هل يمكن لها ان تدخل في إطار عملية التسنييد؟

كإجابة عن التساؤل يرى البعض ان القروض المضمونة برهون رسمية الواردة على عقارات غير محفظة هي ديون قابلة للتسنييد¹⁵.

كما ذهب بعض الفقه الى القول ان عملية التسنييد تتطلب وجود ديون عقارية مضمونة برهون رسمية مسجلة بالرسوم العقارية او مودعة بمطلب التحفيظ¹⁶.

امام هذين التوجهين أحدهما يقبل إمكانية انشاء رهن على عقار في طور التحفيظ والأخر يذهب الى السماح بإنشاء رهن على عقار غير محفظ، يرى الأستاذ محمد خيرى¹⁷، على ان الرهن الرسمي المعتمد عموما كضمان بنكي هو الوارد على عقار محفظ، اما بخصوص الرهن الرسمي الوارد على عقار في طور التحفيظ فيرى الأستاذ سفيان ادريوش¹⁸، ان هذا النوع يعتبر رهنا احتمالي وان فعاليته معلقة عل تحفيظ العقار وهو ما يتعارض مع مبدأ الفعالية والضمانات اللازم توفرها، كما ان فيه مساس محتمل بشرط أساسي تتطلبه عملية تسنييد الديون الرهنية، ألا وهو ان تكون الديون المضمونة برهون عقارية من الدرجة الأولى.

وهذا لن يتأتى الا من خلال نظام التحفيظ العقاري، هذا الأخير يطهر العقار من كل نزاع ومن مجموع الحقوق السالفة الغير المضمنة بالرسم العقاري، كما اشار الى ذلك الفصل 62 من القانون رقم 14.07 (ان الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المقيدة).

كما انه يمنح للدائنين ضمانا عقاريا يركز على أرضية صلبة من حيث اوصافها القانونية وحدودها المادية.

14 - 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، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1996/1995 ص 72.

15 - محمد بن الحاج السلمي، "تسنييد الديون الرهنية وضمان فعالية السوق الرهني" مجلة التحفيظ العقاري عدد خاص نونبر 1999 ص 26.

16 - محمد بونبات " في الحقوق العينية دراسة مقارنة للحقوق العينية وجدواها الاقتصادية والاجتماعية" الطبعة الأولى سنة 2002 ص 130.

17 - محمد خيرى "عقار في طور التحفيظ والشهادة الخاصة بالرهن" مقال منشور بمجلة الحدث القانوني عدد 15 ابريل 1999 ص 12.

18 - سفيان ادريوش "تسنييد الديون الرهنية مقارنة قانونية ومالية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2005/2004 ص 163 و164.

وعليه فإن المبادئ التي جاء بها نظام التحفيظ العقاري تتلاءم مع طبيعة المعاملات البنكية بحيث يسهل الاطلاع على الوضعية العقارية لطالبي القرض بشكل صادق ونهائي، وهو ما يولد الثقة لدى الأبنك والمؤسسات المالية في منح الائتمان.

نخلص اذن على ان الرهن الرسمي على العقارات المحفظة كما ينصب كذلك على المنقولات المسخرة لخدمة العقار والمتصلة به، حيث تصبح عقارات بالتخصيص وبالتالي يسوغ انشاء الرهن عليها تبعا للعقار المتصلة به ولو لم يتم النص على ذلك في العقد، كما يحق للدائن المرتهن الاعتراض على كل ما من شأنه ان يفصل العقار بالتخصيص على العقار المرهون الذي يؤدي حتما الى تقليص قيمة الضمان¹⁹.

كما تجدر الإشارة كذلك الى ان عقد الرهن الرسمي لا يقتصر على العقار المرهون، ب يمتد ليشمل حقوق الارتفاق المقررة عليه، ويشمل أيضا التحسينات التي يقوم بها مالك العقار المرهون بنفسه. وإذا كان المشرع المغربي قد نص على قاعدة تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون كركن جوهري في عقد الرهن فان الملاحظ هو انه لم يفرد جزءا قانوني في حالة عدم تخصيص العقار المرهون.

وفي هذا الصدد يرى أحد الباحثين ان إمكانية بطلان عقد الرهن الرسمي لانعدام تخصيص العقار المرهون إمكانية غير واردة على اعتبار ان القانون المغربي خاصة الفصل 52 من ظهير التحفيظ العقاري يسعفنا في ذلك لكون انه يكفي فقط ذكر رقم الرسم العقاري ليتحقق مبدأ التخصيص من حيث العقار المرهون بحيث أمكن الوقوف على وصف للعقار لا من الناحية القانونية وكذا المادية. هذا عن قاعدة تخصيص الرهن في شقها الأول فكيف تعامل المشرع المغربي مع الشق الثاني هذا ما سنبحث عنه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: تخصيص الرهن من حيث الدين المرهون

أشار المشرع الى قاعدة تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون في الفصل 175 من مدونة الحقوق العينية حيث نصت على ".... بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه" وعليه يستشف من هذا الفصل ان الدين المضمون برهن عقاري يجب ان يكون محددا تحديدا دقيقا في عقد الرهن للقول بصحة الرهن، وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض في احدى قراراتها " حيث اعتبرت ان الدين المضمون برهن يعتبر بمثابة الأصل، والرهن الرسمي ليس الا ضمانا لهذا الأصل لهذا لا يعقل ان يحدد التابع دونه²⁰ كما ان قيمة المرهون تحدد بالدين المضمون، وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض في قرارها السابق.

19 - عبد الواحد شعير، مرجع سابق ص 76.

20- قرار رقم 402 ملف مدني رقم 77-777 الصادر بتاريخ 02 يوليوز 1980 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 29 ابريل 1982 ص 50.

وتجدر الإشارة الى ان مبدأ تخصيص الرهن من حيث المبالغ المضمونة ليس متطلبا فقط لصحة الرهن الرضائي فحسب، بل هو مبدأ عام يطبق على جميع الرهونات الرسمية حتى ولو كانت جبرية²¹.

لقد أتت قاعدة تخصيص الدين المضمون من كون ان عقد الرهن يعد حقا تابعا لعقد اخر، حيث ينشأ الرهن ضمانا لدين معين وعلى اعتبار ان القانون اوجب تحديد وتعيين التابع، فانه يجب ان يتعين كذلك الأصل الذي يضمه التابع²².

اذا كان المشرع قد الزم اطراف عقد الرهن الرسمي بتحديد مقدار الدين المضمون بالرهن فان القضاء المغربي²³، اوجب كذلك ان يتضمن عقد الرهن مصدر الدين، هل هو عقد او عمل غير مشروع او اطراء بلا سبب ومقداره وكذا الفوائد ومصدرها لكون الديون تتنوع وان كان لها محل ومتى تبدأ الفوائد في السريان؟

ولعل الحكمة من ذلك كما ذهب أحد الفقه²⁴ تكمن في أن تحديد الدين المضمون فيه حفاظ لمصالح كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن فتحديده يفيد الراهن بتمكينه من التصرف في مقدار أصل الدين والفوائد التي يلتزم بأدائها، كما يفيد المرتهن بانه يطمئنه على حقه فيتخذ ما يرسمه المشرع من إجراءات تكفل الحفاظ على رتبة دينه واقتضائه.

اما عن مصدر الدين فالأمر له أكثر من أهمية بحيث تسهل إثارة بطلان الالتزام المضمون في حالة ما إذا كان محل الالتزام سببه دين مقامرة او رهانا كما نص على ذلك الفصل 1093 من ق.ل.ع²⁵، اما عن تضمين سعر الفوائد بعقد الرهن، فان المشرع قد وضع مجموعة من الفرضيات امام الدائن المرتهن لا بد له من احترام شروط كل فرضية، بحيث وجب التمييز ما بين الفوائد التي كانت مستحقة وقت تقييد الرهن وبين الفوائد التي استحققت بعد التقييد.

بالنسبة للفرضية الأولى: في حالة ما إذا ذكرها الدائن في صك الرهن فهنا يشملها الرهن وتكون مضمونة كأصل الدين، اما في الحالة التي يغفل الإشارة إليها فلا يشملها الرهن، ويكون الدائن المرتهن بمثابة دائن عادي²⁶.

21- مأمون الكزبري "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التسريع المغربي" الجزء الثاني الحقوق العينية الاصلية والتبعية الطبعة الثانية سنة 1987 ص 325.

22- رمضان أبو سعود، "الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الأولى 1980 ص 280.

23- حكم رقم 161 ملف رقم 4/04-155 مؤرخ في 08 مارس 2005 الصادر عن المحكمة التجارية بمكناس.

24- المختار بن احمد عطار، مرجع سابق ص 214.

25- ينص الفصل 1093 من ق.ل.ع على ما يلي: "ويبطل أيضا ما يجري من اعتراف او مصادقة على ديون يرجع سببها الى المقامرة او المرهنة في تاريخ لاحق لنشئها..."

26- قرار عدد 632 ملف مدني عدد 89/1924 بتاريخ 1989/11/21 صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة منشور بمجلة الاشعاع عدد 3 يوليوز 1990 ص 108 و109 ذهبت المحكمة في حثياتها الى ما يلي "الفائدة لا يمكن الحكم بها الا إذا كانت مشروطة في أصل سند الدين، ومادامت الأطراف لم تحددها فلا مجال للدائن للمطالبة بها ولا الحكم بها في الامر الأداء".

اما بالنسبة للفرضية الثانية: فإن كانت الفوائد قد استحققت بعد انعقاد الرهن فان الدائن لا يثبت له الا رأس المال وفائدة السنة الجارية والسنة التي قبلها بشرط ان يتضمن عقد الرهن ان الدين ينتج الفائدة ومقيد بالرسم العقاري وان يكون سعرها محددًا، وهو ما يستخلص من نص المادة 168 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على ما يلي: "ان الدائن الذي قيد رهنه لضمان اصل دين وفوائد او استحقاقات دورية له الحق ان يقيدها في نفس الرتبة التي قيد فيها اصل الدين وذلك لاستيفاء المستحق منها عن السنة الجارية والتي قبلها فقط، شرط ان يكون هذا الحق ناشئًا عن عقد الرهن ومقيدا بالرسم العقاري وان يكون سعر الفائدة معينًا".

اما الفوائد الأخرى التي تزيد عن السنتين فلا يضمنها الرهن الرسمي بل تعتبر دينًا عاديًا، على انه إذا أراد الدائن ان يجعل الرهن شاملًا لهذه الفوائد، فعليه ان يسجلها. ولكن هذا التسجيل، من شأنه ان يحول الفائدة المستحقة من دين عادي الى دين مضمون، لا يكون له اثر قانوني ولا يلزم الغير الا من تاريخ وقوعه²⁷، وهذا ما يتطلب شكلية خاصة في عقد الرهن الرسمي لتوفير حماية مصالح الدائن المرتهن وهذا ما سنحاول التطرق له في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: دور الشكلية في حماية مصالح الدائن المرتهن

يشترط لصحة عقد الرهن الرسمي أن يكون مكتوبًا إما في محرر ثابت التاريخ أو في محرر رسمي (الفقرة الأولى)، وذلك لكي يتمكن المحافظ على الأملاك العقارية من تفيد عقد الرهن حتى ينتج آثاره (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شكلية الكتابة

تعتبر الكتابة في الوقت الحاضر أهم وسيلة قانونية لإثبات الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها إنشاء أو نقل أو تعديل الالتزامات. هذا ما يجعل عقد الرهن الرسمي عقدا شكيا بامتياز، بحيث لا يمكن تصور إنشاء رهن رسمي من غير كتابة وهو ما تؤكد المادة 174 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري...".

والرهن الرسمي الاتفاقي كالرهن الرسمي الاجباري، يجب أن ينعقد وينشأ بعقد رسمي، أي محرر كتابة برضى الطرفين، الراهن والمرتهن من طرف العدول أو الموثقين الذين لهم الصلاحية في تحرير الرسوم الكتابية والتوثيقية، ولا يجوز انشاء عقد الرهن الجبري أو الاتفاقي بغير محرر رسمي²⁸.

وبعبارة أخرى، إن مجرد انعقاد الرهن الرسمي، لا يجعله نافذا منتجا لآثاره التي تتمثل في حق المرتهن في أن يطالب ببيع الشيء المرهون، وإنما يشترط لنفذ الرهن الاتفاقي وترتيب أثره

²⁷ - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق ص 334.

²⁸ - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق ص 340.

وإمكانية احتجاج الدائن المرتهن بهذا الرهن إزاء الغير. وبالنسبة لبقية دائني صاحب العقار المرهون، لا بد أن تكون هناك حجة كتابية رسمية²⁹، وهي التي تحرر من طرف العدول أو الموثقين الذين لهم صلاحية التوثيق، وتأتي في الشكل المحدد في القانون، غير أنه يشترط أن تكون هذه العقود موافقة لمقتضيات التشريع المتعلق بالنظام العقاري للحفاظ بالمغرب وفقا لأحكام ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 والمعدل و المغير بالقانون رقم 14.07.

وعليه فإن شرط الكتابة هو شرط ضروري ولازم لقيام عقد الرهن بحيث يعد ركنا من أركانه ويترتب على تخلفها بطلان العقد، فالشكالية هنا هي شكلية انعقاد وليست شكلية إثبات هذا فضلا عن ضرورة حصول التراضي بين طرفي عقد الرهن.

يذهب الفقه³⁰ إلى تبرير اشتراط الرسمية في عقد الرهن إلى كون هذا الأخير يعد من العقود الخطيرة بالنسبة إلى الراهن فهي تعمل على تنبيهه إلى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، فالشكالية هي إجراء لحماية المدين الراهن ونفس الشيء بالنسبة للدائن المرتهن، لكون أن هذا الأخير يجد نفسه في حاجة إلى التثبت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد فالتجاؤه إلى الرسمية يجعله في أمن من ذلك إذ يكون إلى جانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور يعفيه من تدبر أمره.

أكد أن أغلب الأنظمة العقارية الموجودة في العالم سواء المستمدة من نظام الشهر العيني أو نظام الشهر الشخصي اشترطت رسمية العقود المتعلقة بالملكية العقارية³¹. خاصة بعد أن تبين بالملحوس أن الورقة العرفية³² يعترها الضعف من كل الجوانب خاصة وأن مضمون الورقة العرفية يمكن الطعن فيها بالإنكار بينما الورقة الرسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور³³، هذا فبالإضافة إلى أنها لا تحمي حقوق ومصالح الأفراد خاصة إذا تعلق الأمر بمعاملات عقارية.

يبقى أن نشير في نهاية هذه الفقرة على أن المصروفات المتعلقة بعقد الرهن تقع على عاتق المدين، وتشمل نفقات الكتابة وكذلك الرسوم المستحقة من خلال عملية الإشهاد على صحة الإمضاء إذا كان محررا عرفيا بالإضافة إلى الوثائق اللازمة، إلا أن هذه القاعدة ليست أمرة إذا يمكن للدائن المرتهن أن يتحمل هذه النفقات أو يتقاسمها مع المدين الراهن مناصفة أو بنسب معينة. وفي مقابل هذا الالتزام فإن الدائن المرتهن يلتزم بالقيام بإجراءات القيد بالسجلات العقارية لكي ينتج عقد الرهن آثاره خاصة وأن شكالية الكتابة التي فرضها المشرع ستمكن المحافظ على الأملاك العقارية من مراقبة عملية القيد وتفعيل سلطاته وصلاحياته. وهذا ما سنحاول التطرق له في الفقرة الموالية.

29 - مأمون الكزبري "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية" ص 226.

30 - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 266.

31 - محمد خيري "التعاقد في الميدان العقاري" مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية عدد 12 السنة 1986 ص 27.

32 - طبقا للفصل 424 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

33 - عبد الرحمان بلعكيد "وثيقة البيع بين النظرية والتطبيق" مطبعة دار الثقافة طبعة 1994 ص 284.

الفقرة الثانية: شكلية القيد في السجلات العقارية

نص المشرع المغربي في الفصل 65 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتميمه بالقانون رقم 14.07 على أنه "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري..." حيث يذهب الفقه³⁴ إلا أن التقييد في السجل العقاري يعتبر قرينة قانونية وحجة قوية لأنه بالتسجيل يضمن الثبات والاستقرار.

هذا ما جعل القضاء المغربي يؤكد على ضرورة تقييد الحقوق بالسجلات العقارية حتى تصبح ذات حجة بين الأطراف المتعاقدة، ففي قرار لمحكمة النقض نجدها تؤكد على أنه "لا يكون أي أثر حتى بين المتعاقدين للاتفاقات الرامية إلى إنشاء أو نقل حق إلا من تاريخ تسجيلها في الرسم العقاري، ولا يمكن حصول حماية للحق العيني حتى بين المتعاقدين إلا عن طريق إشهاره"³⁵. وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض على أنه "إن الاتفاقات التعاقدية الرامية إلى نقل حق عيني أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ تقييدها في الرسم العقاري و أن هذه القاعدة لا تضر بحقوق الأطراف بعضهم على بعض و بإمكانية إقامة دعاوي فيما بينهم لتنفيذ اتفاقاتهم"³⁶.

وعقد الرهن الرسمي كغيره من الحقوق يخضع لضرورة التقييد، فهو مؤسسة مقترنة بفكرة التقييد لأن قوة الضمان فيها هي تقييد الرهن في السجلات العقارية المنصبة على ملكية العقار المرهون³⁷.

وعليه فإن الدائن المرتهن ملزم بتقييد عقد الرهن حتى يضمن لنفسه الحق الذي خوله له عقد الرهن ة ليعضن له حق الأفضلية على غيره من الدائنين وهو ما يؤكد الفصل 66 من ظهير لتحفيظ العقاري الذي جاء فيه "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية".

خاصة وأن الرهن الرسمي لا ينقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن ومن تم يتعين إعلام الغير به، خاصة وإن نظام الشهر العيني يمكن كل من له مصلحة على عقار معين أن يطلع بصورة واضحة على الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تنقل العقار، وحتى يكون على بينة من أمره وهو بصدد أي إجراء.

³⁴ - إدريس الفاخوري "نظام التحفيظ العقاري بالمغرب" مطبعة الجسور وجدة، ص156.

³⁵ - قرار عدد 307 ملف مدني الصادر بتاريخ 13 أبريل 1999 مجلة قضاء المجلس الأعلى الإصدار الرقمي، دجنبر 2000، العدد 9 ص 52.

³⁶ - قرار عدد 1729 صادر بتاريخ 5-06-2003 في الملف المدني عدد 178.43.02 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 ص 53 وما بعدها.

³⁷ - حليلة بن حفو "تقييد الرهن الرسمي في السجل العقاري" الطبعة الأولى سنة 2003 ص169.

هذا ما جعل بعض التشريعات كالشريع التونسية، بالرغم من اعتناقه لمبدأ (الشهر العقاري العيني) إلا أنه تخطى عن قاعدة الأثر المنشئ للقيود، إذ أجاز انتقال الحقوق بمجرد توقيع العقد و بدون أي قيد في السجل العقاري إلا من أجل الاحتجاج بها على الغير³⁸.

نشير قبل الانتقال إلى الحديث عن الإجراءات الواجب اتباعها لتقييد الرهن، أن الرهن الرسمي المقيد بصورة قانونية لا ضرورة لتجديده، وهذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة كالشريع الفرنسي (الفصل 2154) من القانون المدني الفرنسي والتشريع المدني المصري (الفصل 1054) اللذين أوجب ضرورة تجديد تقييد الرهن في كل 10 سنوات تحت طائلة سقوط التقييد.

كما نشير كذلك على أن المشرع استلزم ضرورة تقييد جميع رهون الرسمية سواء كانت اتفاقية أو جبرية، حيث يتم تقييد هذا النوع الأخير بناء على أمر من المحكمة لتنفيذ الحكم القضائي في الحالات التي تستوجب ذلك³⁹.

بخصوص إجراءات التقييد فيتم طلب تقييد الرهن في أغلب الأحوال بناء على طلب الدائن المرتهن باعتباره صاحب المصلحة كما يمكن للمدين نفسه من طلب ذلك وقد يكون كفيلا عينيا⁴⁰.

إن طالب تقييد الرهن ملزم بأن يقدم إلى المحافظة العقارية الوثائق التالية:

- نسخة من عقد الرهن التي يقع العقار في دائرتها مصحوبة بطلب تقييد مؤرخ وموقع من طرف المعني والذي يجب أن يتضمن بيانات معينة، تاريخ توثيق عقد الرهن، اسم الموثق أو العدلين الذين تلقوا الإشهاد بالنسبة لوثيقة الرهن الرسمية أما بالنسبة لوثيقة العرفية فيكفي الإشهاد على صحة توقيعها.

- أسماء أطراف عقد الرهن وعناوينهم وحالتهم المدنية حتى يتمكن المحافظ من التحقق من أهلية المدين الراهن، فالرهن يعد من أعمال التصرف التي تدور ما بين النفع والضرر فهو يرهن عقاره مقابل حصوله على الدين أو على أجل لسداد الدين، لذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف فلا تكفي فيه أهلية الإدارة.

أما بالنسبة للدائن المرتهن فإن الفصل 72 من ظهير التحفيظ العقاري لم يلزم المحافظ من التحقق من أهليته هذا ما جعل أحد الباحثين⁴¹، يرى بضرورة ذلك أي وجب على المحافظ التحقق من أهلية الدائن لكون أن الدائن المرتهن هو الآخر مرشح لكي يتصرف في حقه حيث يمكن له أن يتنازل عن الرهن كما أمكنه كذلك التنازل عن مرتبته لصالح أحد المرتهنين الآخرين. وبما أن

³⁸ - الفصلين 35 و342 من القانون العقاري التونسي.

³⁹ - الفصل 172 من مدونة الحقوق العينية الذي ينص على أنه "يمكن أن يخول البائع أو المعارض أو المتقاسم، الذي لم يضمن برهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك، رهنا إجباريا على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناء على حكم قضائي".

⁴⁰ - محمد خيرى "الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب" مكتبة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى 1986 ص 456.

⁴¹ - نور الدين لعرج، مرجع سابق، ص 101.

الأبنك تتخذ بشكل إلزامي شكل شركة مساهمة هذا يغني المحافظ عن ضرورة البحث في أهلية الدائن بل يشترط فقط ضرورة تعيين اسم الدائن المرتهن المستفيد، وهو ما ذهب إليه قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 يونيو 1943⁴²، حيث جاء فيه "لا يمكن قبول التسجيل على الرسم العقاري إذا كان الأمر يتعلق برهن لفائدة الحامل، فالقانون العقاري يشترط تعيين المستفيدين من كل حق عيني ينبغي تسجيله سواء كان حقا أصليا أو تبعيا".

وعليه فالمحافظ يراقب البيانات المتعلقة بالحالة المدنية بناء على العقود موضوع التقييد، هذا إضافة إلى ضرورة تضمين مبدأ تخصيص الرهن من حيث تعيين العقار المرهون ومقدار الدين.

وبمجرد تقديم الطلب المتوفر على البيانات أعلاه، يتم تسجيله حسب تاريخ تقديمه وساعته بسجل الإيداع، لكي يبدأ دور المحافظ في التحقق من هذه البيانات، ومدى توفرها على الشروط الشكلية والجوهرية، خاصة مطابقة العقار المذكور في عقد الرهن مع الرسم العقاري، حتى يتأكد من كون أن المدين الراهن هو المالك للرهن العقاري لأنه لا يجوز رهن ملك الغير وإلا بطل العقد⁴³.

وبعدما يتأكد المحافظ أن طلب التقييد تتوفر فيه جميع الشروط فإنه يأمر إما بتقييد الرهن بعد التأشير على عقد الرهن بكلمة "صالح للأداء"، ويتم تقييد الرهن بصفة قانونية منذ تاريخ إيداع الطلب، بحيث يتم الرجوع إلى التاريخ المحدد بسجل الإيداع، و يجب تحديد تاريخ التقييد على اعتبار أنه يعطي للدائن رتبته في التقييد خاصة عندما تتعدد طلبات التقييد علة نفس العقار، هذا ما يجعلنا أمام قاعدة "أسبقكم قيدا أسبقكم حقا" أو ما يعبر عنها بالسابق في التسجيل سابق في التقدم عند التوزيع⁴⁴.

وعلى إثر هذا الإجراء يمنح لطالب تقييد الرهن شهادة التقييد ثم شهادة التقييد الخاصة. أما في الحالة التي يمنح فيها لطالب تقييد الرهن شهادة التقييد لا تستجيب للنصوص القانونية المقررة، فإنه يرفض تقييد الرهن بناء على الفصل 73 من ظهير التحفيظ العقاري.

وفي هذه الحالة إذا ما تبين للدائن المرتهن أن أسباب الرفض غير مبنية على أساس يذهب البعض إلى القول إنه يحق للدائن المرتهن الطعن في قرار المحافظ إما أمام المحافظ العام باعتباره الرئيس الأعلى له أو أمام السلطة القضائية استنادا للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري الذي جاء فيه ما يلي:

42 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط 3 نونبر 1943 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 921 ص37.
43 - يرى الأستاذ شحاتة في معرض حديثه عن بيع ملك الغير، أقر على أن الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقدا موقوفا لا صحيحا ولا باطلا، وفي حالة ما إذا تم تقيده بناء على العقد فإن أثر القيد يظل متوقفا هو الآخر على الإقرار ولا ينشأ الرهن إلا إن أقره المالك الحقيقي أما إذا لم يقره فإن الرهن لن يتحقق له وجود. إلا أنه رغم وجهة هذا الرأي فإنه يصعب الأخذ به لما له من مخاطر على مستوى الائتمان ومصالح الدائن وكذا أمام صراحة نص المادة 183 من مدونة الحقوق العينية التي تنص " لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا".

44 - مصطفى جدوع كريم، مرجع سابق، ص 69.

"يجب على المحافظ علة الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيب عليه أن يعلل قراره ويبلغه للمعني بالأمر. يكون هذا القرار قابلاً للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبنت فيه مع الحق في الاستئناف. وتكون القرارات الاستئنافية قابلة للطعن بالنقض"

نشير في الأخير إلى أن عقد الرهن ينشأ بمجرد تقييده ويصبح حجة في مواجهة المتعاقدين وفي مواجهة الغير بحيث لا يتقرر للدائن المرتهن الحق في التتبع وحق الأفضلية إلا بعد تقييده، كما أنه يبقى موجوداً وثابتاً ولا ينقضي إلا بشكلية التشطيب⁴⁵، و الشخص الذي يطلب التشطيب هو المدين⁴⁶، إما بمقتضى الاتفاق و هو ما يعرف بالتشطيب الاتفاقي بناء على عقد رفع اليد عن الرهن أو بشهادة فك الرهن التي يسلمها الدائن المرتهن للمدين بعد أن استوفى جميع حقوقه و إما بموجب حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به و هو ما يطلق عليه بالتشطيب القضائي في حالة رفض الدائن المرتهن تبرئة المدين الراهن من الدين بعد استيفاء حقه و هو ما جعل محكمة الاستئناف بوجدة⁴⁷ تقر في إحدى قراراتها على ما يلي: "حيث يهدف الطالب إلى التشطيب على الرهن الرسمي العقاري.... حيث إن الثابت من خلال العقد الرابط بين الطرفين تبين أن الرهن الرسمي ضرب على العقار لأداء ما تبقى من ثمن البيع... وحيث تبين أن المبلغ المذكور وضع رهن إشارة صاحبه بصندوق المحكمة بالتالي وجب التشطيب على الرهن المذكور طالما أن السبب الذي كان بموجبه مفروضا قد زال".

45- نص المشرع المغربي من خلال الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي: "يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق"
46 - قضت محكمة النقض في إحدى قراراتها " برفض طلب تشطيب الرهن الذي لم يحدد المستفيد من العقار أو العقارات التي يشملها التشطيب" قرار عدد 45 صادر بتاريخ 1978/1/18 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 129 ص 60.

47- قرار رقم 450 ملف رقم 249/06 مؤرخ بتاريخ 2007/03/21 صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة أشار له الأستاذ ادريس الفاخوري في مرجعه السابق في ص 158.

المبحث الثاني: آثار تقييد الرهن الرسمي بالسجلات العقارية

إن الأهمية من تقييد عقد الرهن بالسجل العقاري تظهر بالأساس في إقرار ضمانات عينية للدائن المرتهن تسمح له بمواجهة الغير، من خلال ميزة تتبع العقار المرهون في يد من انتقل إليه، إضافة إلى ميزة التقدم في استيفاء الدين على غيره من الدائنين (المطلب الأول). وإن كان عقد الرهن من يعد من الحقوق الملزمة لجانب واحد هو الراهن فإن ذلك يترتب عنه التزامات معينة، قد تجعل سلطة المدين مقيدة على عقاره المرهون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إقرار ضمانات عينية

يعد الرهن الرسمي حقا عينياً بمجرد تقيده يعطي لصاحبه أي (الدائن المرتهن) حق تتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له (الفقرة الأولى) كما يعطي لصاحبه حق الأفضلية على غيره من الدائنين بالنسبة لثمن هذا العقار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق التتبع

تنص المادة 199 من مدونة الحقوق العينية على أنه "للدائن المرتهن رهنا رسمياً حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به". وتنص المادة 200 من نفس المدونة على أنه "يعتبر حائزاً للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرهن العقاري دون أن يكون ملتزماً شخصياً بالدين".

الواضح على أن إقرار المشرع لحق التتبع هو محاولة لإحداث نوع من التوازن بين مصالح أطراف عقد الرهن، و يتجلى ذلك في صلاحية وسلطة الراهن في التصرف في ملكية عقاره المرهون بدون إلحاق أي ضرر بمصالح الدائن المرتهن⁴⁸. بحيث أنه في حالة ما إذا ظل العقار المرهون في يد مالكة أي المدين لما احتاج الدائن المرتهن إلى ميزة التتبع بحيث سيعمل على استيفاء دينه من مالكة الأصلي أي المدين.

أما في الحالة التي تنتقل فيها ملكة العقار إلى مالك جديد -أي مشتري العقار المرهون- هنا تبرز أهمية قاعدة التتبع كما قلنا، إلا أن ذلك يستدعي أن يكون مشتري العقار المرهون قد قيد حقه بالسجل العقاري أخذاً بالمبادئ المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري إذ بدون هذا التقييد يعتبر العقار مازال في حيازة المدين الراهن وأن يكون الدائن المرتهن كذلك قد قيد حقه قبل تسجيل انتقال الملكية من المدين الراهن إلى الغير⁴⁹، كما أن حق التتبع فإنما نقصد بها تلك الحقوق المتفرعة عن حق الملكية و التي يجوز التصرف فيها تصرفاً مستقلاً عن هذا الحق⁵⁰.

48 - نور الدين لعرج، مرجع سابق، ص 197.

49 - محمد فركت "الرهن الرسمي والإجراءات المسطرية" الرباط سنة 1987 ص 171.

50 - مصطفى جدوع كري، مرجع سابق، ص 105.

إلا أنه لإعمال حق التتبع من قبل الدائن المرتهن ينبغي أن يكون أجل الدين قد حل أي بمفهوم المخالفة فالدين الذي لم يحل بعد لا يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر عليه حق التتبع و يعلق أحد الفقهاء المصريين⁵¹، على هذا الشرط بحيث لا يرى ضرورة الأخذ به فبمجرد تفويت العقار المرهون يمكن إعمال ح التتبع.

إلا أن هذا الرأي يبقى محل نظر لكون أن حلول الأجل يبقى ضروريا لإقرار نوع من التوازن ما بين مصالح كل من الدائن المرتهن و المدين و الحائز للعقار و عليه لا يوجب للدائن التنفيذ على العقار سواء بين يدي الراهن أو تحت يد الحائز ذلك أن هذا الأخير يستطيع أن يتمسك بالأجل و لو كان قضائيا منحه القاضي⁵².

كما وجب الانتباه كذلك إلى أن حق التتبع يعود لكل دائن مرتهن و لو كانت مرتبته متأخرة شريطة أن يكون أجل الدين قد حل⁵³.

أما بخصوص إعمال حق التتبع فإن المادة 215 من مدونة الحقوق العينية نصت على كيفية إعمال هذا الحق بحيث نجدها تنص على ما يلي " 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".

وعليه فإن خيارات الحائز للعقار المرهون في مواجهة الدائن المرتهن لا تخرج عن أحد الأمور التالية: إما أن يرجع الدين أو أن يتخلى عن العقار المرهون، لكن ما يلاحظ هو أن المشرع راعي جانب الحائز ولم يترك موقفه سلبيا بحيث يمكن له قبل ان يلجأ إلى إبداء خياراته بخصوص العقار المرهون أن يواجه الدائن المرتهن بعدة دفوع لكي يواجه إجراءات التتبع في حقه.

كالمطعن في صحة الرهن ويطالب ببطالان الرهن لأي سبب من الأسباب كعدم احترام إحدى الشروط الموضوعية أو عدم احترام إجراءات التقييد في السجلات العقارية، إلا أن الملاحظ هو أن المشرع المغربي لم يتعرض لإمكانية واحدة و هي الدفع بالتجريد⁵⁴، أما بخصوص الحالات الأخرى فيلجأ إليها الحائز تطبيقا للمبادئ العامة في الالتزامات.

⁵¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 442.

⁵² - محي الدين إسماعيل علم الدين "أصول القانون المدني الجزء الثالث الحقوق العينية الأصلية والتبعية" دار الجيل للطباعة ص 531.

⁵³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 334.

⁵⁴ - نص المشرع في المادة 202 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "للحائز الذي لم يكن ملتزم شخصيا بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين. يؤجل بيع الملك الذي بيد الحائز أثناء إجراءات التجريد".

الفقرة الثانية: حق الأولوية

للدائن المرتهن الحق في أن يستوفي دينه من ثمن العقار المرهون مقدما على غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين إلا أنه يشترط أن يكون الدائن قد قيد حقه بالسجل العقاري أما في حالة تعدد الدائنين أصحاب الرهن فتفضيل أحدهما على البعض الآخر يكون بالأسبقية في القيد، عملا بأحكام الفصل 77 من ظهير التحفيظ العقاري الذي ينص على ما يلي: "يحدد ترتيب الأولوية بين الحقوق المتعلقة بالعقار الواحد حسب ترتيب تقييدها، باستثناء الحالة المقررة بالفقرة الأخيرة من الفصل السابق والمتعلقة بالتقييدات الواقعة بنفس الرتبة".

وعليه فإن تاريخ القيد هو الذي يجعل الدائن المرتهن يستوفي دينه بالأولوية على غيره من الدائنين حتى ولو كانت حقوقه ناشئة قبل الرهن، وهو ما تؤكد مقتضيات المادة 197 من مدونة الحقوق العينية " يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين".

إلا أنه يثار إشكال بخصوص الحالة التي تكون فيها الرهون الرسمية في مرتبة واحدة ومسجلة في يوم واحد؟

يذهب الفقه⁵⁵ إلى أنه في الحالة التي تكون فيها الرهونات الرسمية في مرتبة واحدة كأن تكون مسجلة في يوم واحد، و يكون ثمن العقار غير كاف للوفاء بالديون جميعا، فإن الدائنين المرتهنين ذي الرتبة الواحدة يتقاسمون الثمن الذي يوزع عليهم بنسبة مبلغ دين كل واحد منهم.

وعليه فإن كانت أسبقية الدائنين تكون على أساس تاريخ القيد، وهو ما يعبر عنه بقاعدة (الأسبق في القيد أسبق في الحق)، فإن هذه القاعدة تعثرها بعض العوارض خاصة في حالة تزامن الدائن المرتهن مع أصحاب حقوق الامتياز، هذا ما سيجعلنا نبحث في مدى تأثير أصحاب حقوق الامتياز على مصالح الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري؟

إلا أنه وقبل ذلك ارتأينا البحث في مسألة إمكانية النزول عن مرتبة الرهن والتي تعد في الحقيقة استثناء عن مبدأ الأفضلية والذي يتم إقراره بإرادة الأطراف.

هذا ما يجعلنا نتساءل هل يجوز للدان المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه المتقدم إلى دائن متأخر في المرتبة مع احتفاظ الأول بحق الرهن الذي له؟

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع المصري قد أجاز للدائن المرتهن أن يتنازل عن رهنه لصالح دائن آخر ليحل محله وهو ما نصت عليه المادة 1059 من التقنين المدني المصري: "للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه، في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي

⁵⁵ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 334.

يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لا حقا للتنازل عن المرتبة".

فمن خلال استقراء النص أعلاه تتضح أهمية فكرة الحلول فقد يحدث أن يكون للدائن المرتهن رهن على عدة عقارات وكان أحدهما يكفي للوفاء بحقه، فيقوم هذا الدائن بالنزول عن مرتبة رهنه على العقارات الأخرى لدائن مرتهن متأخر في المرتبة، دون أن يعني ذلك تنازله عن حقه المضمون بالرهن أو حتى نزوله عن حق الراهن ذاته⁵⁶، إلا أنه لإعمال حق النزول يشترط في ذلك ما يلي:

- أن يتم النزول لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على ذات العقار لكون أن التنازل عن مرتبة الرهن يفترض وجود أكثر من دائن مرتهن على نفس العقار.
- يجب كذلك أن يكون الدائن الذي حل في المرتبة الأولى له دين أكبر من حق الدائن الآخر.

يمكن القول إن فكرة الحلول تقتضي بالأساس ضرورة حصول تراضي الأطراف حتى نكون أمام تنازل عن مرتبة الرهن إلا أنه في بعض الحالات الأخرى نجد أن إرادة المشرع هي التي تتدخل من أجل جعل الدائن المرتهن يتنازل عن مرتبته في استيفاء الدين بالأولوية. وهو ما يدفعنا إلى البحث في إشكالية حق الامتياز وتزاحمها مع الديون المضمونة برهن رسمي عقاري. اعتبر المشرع المغربي حق الامتياز من الحقوق العينية⁵⁷، ويعرف الفصل 1243 من ق.ل.ع حق الامتياز بقوله "الإمتياز حق أولوية يمنحه القانون على أوال المدين نظرا لسبب الدين". كما عرفته المادة 142 من مدونة الحقوق العينية بقولها " الإمتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين".

ما يمكن استنتاجه من خلال التعريفين أعلاه هو أن الدائن الذي يتمتع بحق الامتياز له أن يستوفي دينه بالأفضلية على باقي الدائنين الآخرين حتى ولو كانوا دائنين برهن رسمي.

والقانون عندما يقرر امتياز حق ما فإنه يراعي في هذا صفة الدين ذلك أن سبب امتياز بعض الحقوق يعود إلى فائدة هذه الديون التي تعود بالأساس إلى المنفعة أو الخدمة التي يقدمها حق الامتياز⁵⁸.

وبالتالي فإن إقرار حق الامتياز يعود بالأساس لسبب الدين وليس لشخص الدائن والقانون هو المصدر الوحيد لحقوق الامتياز. وعليه لا يجوز للطرفين أن ينشأ امتيازاً بإرادتهما ولا يجوز

⁵⁶ - سعاد الزروالي، مرجع سابق، ص 109.

⁵⁷ - نظم المشرع المغربي حق الامتياز في القسم العاشر من ظهير 19 رجب 1933 وخصه بالفصول 154 و155 و156 كما تناول أحكامه في القسم الثاني عشر من الكتاب الثاني من ق.ل.ع وذلك في الفصول من 1243 إلى 1250.

⁵⁸ - المختار بن أحمد عطار، مرجع سابق، ص 224.

للقاضي أن يقرر امتياز، فالامتياز هو استثناء لقاعدة المساواة بين الدائنين و الاستثناء ينبغي أن يفسر تفسيراً ضيقاً⁵⁹.

ومن بين هذه الامتيازات نجد حقوق الامتياز العقارية التي عدتها المادة 144 من مدونة الحقوق لعينية فيما يلي:

"إن الديون التي لها وحدها امتياز على عقارات المدين هي:

أولاً: المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه،

ثانياً: حقوق الخزينة العامة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها.

ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات."

وسعيًا من المشرع إلى تعزيز مركز حقوق الامتياز العقارية نجده قد أعفى هذه الأخيرة من القيد بنص صريح في المادة 143 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على ما يلي: "تنتج حقوق الامتياز أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون".

وعليه فالحق المضمون بامتياز عقاري يستوفى قبل أي حق حتى ولو كان مضموناً برهن عقاري مسجل أصلاً في السجل العقاري، أو لم تقيد حقوق الامتياز أصلاً، فإن حق الامتياز الواقع على عقار هو الذي يقدم على غيره بالرسم العقاري. بعبارة أخرى أنه إذا تزامم حق الامتياز الواقع على عقار مع حق امتياز آخر، فإن حق الامتياز الواقع على عقار هو الذي يقدم على غيره من الديون ولو كانت هذه الديون مضمونة برهن رسمي على ذلك العقار. لأن القانون يصرح بأن الامتياز الواقع على عقار يقدم على كافة الديون الأخرى حتى ولو كانت ممتازة، أي حتى التي تكون مضمونة برهن رسمي، لأن القانون هو الذي يحدد رتبة حقوق الامتياز⁶⁰.

يجب أن نشير إلى أن الامتيازات العقارية لا تباشر على العقارات إلا عند عدم وجود المنقولات ففي حالة عدم وجودها يمارس امتياز المصروفات القضائية بالأولوية على المبالغ المستحقة للخزينة العامة وذلك من خلال الترتيب الذي جاءت به المادة 144 حيث إن المصاريف القضائية جاءت في الرتبة الأولى ثم تلتها حقوق الخزينة⁶¹. وهو نف ما ذهب إليه أحد الباحثين⁶²، لكون أن حقوق الامتياز المقررة لضمان المصاريف القضائية تقدم على ديون الخزينة العامة الآن الأولى أنفقت من أجل المحافظة على مصالح الكافة بمن فيهم مصالح الخزينة العامة.

ويدخل في إطار المصاريف القضائية كل من الرسوم والنفقات التي تم تسخيرها من أجل بيع عقار، إلا أنه يجب الإشارة إلى الحالة التي يقوم بها الدائن صاحب رهن رسمي من الدرجة الثانية

⁵⁹- عبد الواحد شعير، مرجع سابق، 144.

⁶⁰- عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 295.

⁶¹- عبد الواحد شعير، مرجع سابق، ص 160.

⁶²- مصطفى جدوع، مرجع سابق، ص 75.

بمباشرة أعمال نزع الملكية لتحقيق الرهن من ماله الخاص، فإن ما أنفقته من مصاريف قضائية يعتبر دينا ممتازا يجعله يستوفي دينه على كافة الدائنين حتى على حساب الدائن صاحب الرهن الرسمي من الدرجة الأولى⁶³، وعليه تبرز لنا أهمية المصاريف القضائية في حماية مصالح الدائن المرتهن في جعله يستوفي دينه من ثمن العقار بعد أن أنفق مجموعة من المصاريف من أجل بيعه ومن تم يكون من العدل أن تقدم على حقوق الخزينة العامة، إلا أنه من غير العدل أن تقدم هذه الأخيرة على حقوق الدائن المرتهن فهذا يعد خروجاً عن منطوق الأفضلية الذي يعطى لأصحاب الرهن العقاري.

هذا ما جعل أحد الباحثين يرى بأن (الامتياز يعد من بين الأخطار التي تحدد بالقروض والرهن وتهدد الأبنك وتجعلها تنوع ضماناتها وتبالغ في تحصين قروضها وفي هذا نوع من عدم الإنصاف والمغالاة).

غير أنه وبالرجوع إلى المادة 105 وما يليها من قانون رقم 15-97 المتعلق بتحصيل الديون العمومية، نجدها لا تنص على أن الخزينة العامة تتمتع بأي امتياز على منتج بيع العقار وكذلك الشأن بالنسبة لديون الجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية وعليه الدائن المرتهن للعقار خارج هذا النقاش الفقهي الذي لم يعد مبرراً أمام سائر الدائنين العاديين والمرتهنين التاليين له في المرتبة بعد أن يتم خصم المصاريف القضائية التي تم إنفاقها من أجل بيع العقار وتوزيع الثمن⁶⁴.

إلا أنه وقبل إقرار المادة 105 من قانون رقم 15-97، نجد العمل القضائي المغربي ومنذ أمد بعيد دأب إلى إعطاء الأفضلية للدائن المرتهن للعقار على اعتبار أن قابض الضرائب يعد مجرد دائن عادي⁶⁵.

وهو ما ذهب إليه الأمر الاستعجالي الصادر عن ابتدائية عين السبع الذي قضى برفع تعرض قابض الضرائب و قد تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف بالدار البيضاء⁶⁶، وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف بمراكش حيث صرحت "على عدم تطبيق الامتياز على العقار لعدم وجود نص يخولها ذلك"⁶⁷

وعليه يكون القضاء المغربي قد عبر عن موقف يهدف في جوهره إلى حماية الدائن المرتهن وبالتالي حماية الائتمان والتشجيع على منح القروض خاصة وأن نص المادة 105 من مدونة

⁶³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 360.

⁶⁴ - الحسن الكاسم، "تحقيق الرهن والامتياز وحق الأسبقية" منشورات وزارة العدل الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي، ص 350.

⁶⁵ - عبد الرحمان المصباحي، "أولوية الدائن المرتهن للعقار على منتج البيع" مقال منشور بمجلة الحدث القانوني العدد 15 بتاريخ 1999 ص 11.

⁶⁶ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ملف مدني عدد 5310/97 الصادر بتاريخ 1997/11/14 منشور بمجلة الحدث القانوني عدد 03/1998 ص 15.

⁶⁷ - قرار محكمة الاستئناف بمراكش ملف مدني عدد 2303/86 الصادر بتاريخ 1987/07/13 منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 16 سنة 1988 ص 66.

تحصيل الديون العمومية ستجعل القضاء مما لا شك فيه باعتباره الجهاز الذي يعمل على تحريك النصوص القانونية يزكي هذا الطرح.

وكذلك نود أن نشير إلى مسألة أخرى جاءت بها الفقرة الثالثة من المادة 35 من القانون رقم 98/10 المتعلق بتسديد الديون الرهنية⁶⁸، التي تنص على أنه " يستفيد تقييد نقل الرهن المعنية من الأولوية علة أي طلب تقييد آخر يتعلق بالعقار المعني بالأمر و المقدم في نفس التاريخ الذي يحمله المستند ". وعليه تكون هذه الفقرة قد جاءت باستثناء آخر لمبدأ الأفضلية، غاية لمشروع من ذلك كما ترى أحد الباحثات⁶⁹، ذلك هو إعطاء الضمانات الكافية لمكتتبي الحصص الناتجة عن تسديد الديون الرهنية و لتلافي حالات عجز المدينين بالديون المفوتة.

وفي الأخير وجب الإشارة إلى أن " حق الأولوية" أو " حق الأفضلية" في حالة هلاك العقار المرتهن يتحول إلى تعويض عن التأمين في الحالة التي يكون فيها العقار مؤمن عليه، أو تعويض عن الضرر في حالة ثبوت المتسبب في هذا الهلاك.

المطلب الثاني: التزامات المدين الراهن

من مميزات الرهن الرسمي أنه لا يرفع يد المدين عن ملكه، بل يظل متمتعاً بكافة سلطات الملكية، إلا أن ذلك لا يكون بشكل مطلق بحيث ترد عليه بعض القيود التي وجب أن تراعى بالأساس مصلحة الدائن المرتهن (الفقرة الأولى) إلا أننا نتساءل فيما إذا كان هذا التصرف يعد إخلالاً بالتزام الراهن بالمحافظة على العقار المرهون الذي يعد أهم التزام يلقي على عاتق هذا الأخير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقييد سلطات المدين الراهن

على اعتبار أن الرهن الرسمي كما سبق وأن قلنا لا يحرم الراهن من التمتع بسلطات الملكية فالراهن له الحق في استعمال العقار المرهون بأي وجه من أوجه الاستعمال، كما كان يستعمله قبل الرهن، فإذا كان منزلاً فله الحق في الاستمرار في السكن فيه، أما إذا كان أرضاً فله أي يزرعها على أن حقه في الاستعمال يبقى مقيداً بقيد واحد هو الحفاظ على الضمان.

أما فيما يتعلق بالاستغلال الوجه الآخر لإقرار حق الملكية فالمدن كذلك له الحق في استغلال العقار سواء بنفسه أو بواسطة الغير.

فالراهن يتولى إدارة العقار المرهون⁷⁰ والحق في الإدارة يقتضي أن تكون للراهن السلطة الكاملة في الاستغلال دون أي قيد أو شرط، ومن أنواع الاستغلال كراء العقار وقبض أجرته إلى حين

⁶⁸ - قانون رقم 10/98 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 16/09/1999 ص 2270.

⁶⁹ - سعد الزروالي، مرجع سابق، ص 108.

⁷⁰ - وهو ما نصت عليه المادة 1044 من القانون المدني المصري " للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار "

تبلغ محضر الحجز التنفيذي حيث تصبح الثمار المدنية من ملحقات العقار المرهون ويستطيع الدائن ان ينفذ عليها⁷¹.

وعليه وان كانت سلطة المدين الراهن في استعمال واستغلال العقار لا تثير إشكالا فإنه أثير إشكال بخصوص إمكانية التصرف في العقار المرهون خاصة وأن المشرع المغربي وهو بصدد تنظيمه لأحكام الرهن الرسمي لم يتناول بصفة صريحة إمكانية تصرف الراهن في العقار المرهون، وهو على خلاف ما ذهب إليه القانون المدني المصري حيث نص صراحة من خلال المادة 1046 على أنه " يحق للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن". هذا التوجه الأخير سلكه المشرع المغربي بخصوص الرهن الحيازي، حيث نص في فصله 1177 من ق.ل.ع " على انه من رهن شيئاً لا يفقد الحق في تقيوته".

هذا ما جعل الفقه المغربي⁷² على الخصوص يرى بإمكانية التصرف في العقار المرهون بالبيع أو الهبة أو أن يعمل على رهنه مرة أخرى مادام أن هذا التصرف لا يؤثر سلبا على الدائن المرتهن. إلا أن هذا التوجه الفقهي⁷³ يعارضه اتجاه آخر يرى ضرورة تقييد سلطات المدين على العقار المرهون لكون ان الباعث إليه مشروع، يتجلى في حماية مصالح الدائن المرتهن من تقاضي إجراءات تتبع العقار بين يدي المالك الجديد وما يترتب عن ذلك من نفقات وجهد يتحملها الدائن. إلا أن هناك من عاب على هذا الرأي واعتبره لا يتناسب بالبت مع الضرر الذي يلحق بالراهن نتيجة تقييد حريته في التصرف في ملكه⁷⁴.

و ما يلاحظ على مستوى بعض التشريعات المقارنة، نجد أن المشرع اللبناني نص صراحة على بطلان تصرف المدين الراهن في ماله المرهون دون موافقة الدائن المرتهن⁷⁵، وهو ما ذهب إليه كذلك قانون التمويل العقاري المصري⁷⁶ إذ نص على ضرورة حصول موافقة مسبقة من الممول الذي هو الدائن المرتهن بالتصرف في العقار، كما اوجب كذلك ان تكون الموافقة مكتوبة.

71 - نص الفصل 475 من قانون المسطرة المدنية المغربي في فقرته الثانية "... يمنع على المنفذ عليه بمجرد تبليغه الحجز أي تقييد في العقار تحت طائلة البطلان... وتعقل ثمار هذا العقار ومداخيله عن المدة اللاحقة للتبليغ وتوزع بنفس المرتبة مع ثمن العقار نفسه".

72 - محمد ابن معجوز "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي" مطبعة دار النجاح الجديدة طبعة 1999 ص 488.

73 - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 335.

74 - محمد علي إمام "الموجز في التأمينات الشخصية والعينية" مطبعة نهضة مصر 1956 ص 214.

75 - نصت المادة 114 من القرار 3339 اللبناني " ليس للمدين ولا للدائن أن يتصرف بالعقار المرهون دون رضاهما المتبادل أو كل عقد يجري خلافا لهذه القواعد باطلا حكما".

76 - القانون رقم 48 سنة 2001 المنظم للتمويل العقاري صادر بالجريدة الرسمية المصرية العدد 30 المؤرخة في 24 يونيو 2001.

إلا إنه يمكن إن يجيز الممول التصرف بعد صدوره عملا بالقاعدة الأصولية التي تقول إن الإجازة اللاحق كالإذن السابق.

ومن تم يمكن القول إن هذا القانون قد عطل مفعول المادة 1046 من القانون المدني المصري، بحيث جعل حق الراهن في التصرف في العقار رهين بضرورة الحصول على إذن صريح ومكتوب من طرف الممول العقاري، ولعل أن هذا التدخل جاء بالأساس لتكريس الممارسة العملية لدى الأبنك خاصة وأن البنوك المغربية تشترك على الراهن ضرورة الرجوع إليها لحصول المدين الراهن على إذن في حالة ما إذا أراد هذا الأخير التصرف في العقار حيث اضحى هذا الشرط شرطا نموذجيا الهدف منه بالأساس إعلام الدائن بكل التصرفات التي يمكن ان تقع على العقار.

إلا أنه ورغم ذلك فإن بعض الفقه⁷⁷ يرى بكون هذا الشرط باطل و يؤدي إلى بطلان عقد الرهن، و يدافع عن وجهة نظره انطلاقا من الفصل 110 من ق.ل.ع الذي جاء فيه "الشرط الذي ينافي طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلا و يبطل الالتزام الذي يعلق عليه و مع ذلك، يجوز تصحيح هذا الالتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه".

لهل أن الدافع الأساسي الذي جعل هذا الرأي يرى ببطلان عقد الرهن هو تأثره بما ذهب إليه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري⁷⁸ "لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون، حيث أن المذكرة الإضافية للمشروع التمهيدي (المصري) نصت على أن، حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون لا يجب أن يقيد بها الدائن المرتهن و يكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون".

امام هذه التوجه الأخير نعتقد ان إقرار بطلان عقد الرهن فيه اجحاف لطرفي عقد الرهن كما انه اهدار للانتمان، كما يمكن تقرير البطلان لكون ان أسباب إقرار البطلان غير واضحة ان لم نقل منعدمة و عليه نرى بمشروعية هذا الشرط خاصة وانه يحمي مصالح الدائن المرتهن عن طريق اعلامه فقد بالتصرفات التي يمكن ان تقع على العقار المرهون.

نتفق على ان المشرع ومحاولة منه لأحداث نوع من التوازن في العلاقة التعاقدية الرهينة، اقر حق التتبع بحيث ان هذا الأخير لا وجود له في الحالة التي تنقيد فيها سلطات الراهن في المتصرف في ملكية العقار المرهون.

الفقرة الثانية: التزام المدين الراهن بالمحافظة على العقار المرهون

إذا كان مالك العقار المرهون يحتفظ بملكية العقار، فان هذه السلطة ذات حدين فهي ميزة للمالك كما انها تكليف له بالمحافظة على العقار المرهون.

77- عمر أزوكار، تعليق على حكم ابتدائية أكادير في الملف 381 بتاريخ 10/05/1999 منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 96 أكتوبر 2002 ص150.

78- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 398.

بحيث يعد التزام المدين بالمحافظة على العقار المرهون اهم التزام يلقي على عاتقه يمنعه من احداث أي تصرف مادي او قانوني يكون من شأنه ان ينقص من ضمانات الدائن خاصة وان الرهن الرسمي يعتبر من عقود الضمان التي يلتزم فيها المدين تجاه الدائن المرتهن بعدم التعرض والاستحقاق سواء منه او من أي شخص اخر يعمل على المس بحق الرهن كما يلتزم كذلك برد أي اعتداء او ادعاء من طرف الغير كان يدعي ملكية العقار.

والرجوع للمادة 189 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على ما يلي: "يضمن الراهن الملك المرهون وهو مسؤول عن سلامته كاملا حتى وفاء الدين، وللمرتهن أن تعترض على كل نقص بين ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه على أن يرجع على الراهن بما أنفق".

وبالرجوع إلى أحكام ق.ل.ع المغربي باعتباره الشريعة العامة نجده ينص في فصله 1179 "من أنشأ رهنا لا يحق له أن يجري أي فعل من شأنه، أن ينقص قيمة المرهون عما انت عليه عند إبرام الرهن ولا أن يمنع من مباشرة الحقوق الناشئة من الرهن لصالح الدائن...".

ويكمن مضمون التزام المدين بالمحافظة على العقار، في منع المدين من القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى الإنقاص من قيمة العقار كأن يهدمه كله أو بعضه أو أن يقتلع الأشجار المغروسة أو يفصل العقارات بالتخصيص بدون مبرر يقتضي الاستغلال⁷⁹، دون أن يقصد بالهلاك أو التعيب قص في قيمة المرهون لعوامل اقتصادية معينة، و عليه يكون أي إجراء يقوم به المدين يترتب عليه الانقاص من قيمة العقار المرهون، مآله البطالان و يكون عديم الأثر في مواجهة الدائن المرتهن.

هذا ما جعل المشرع من خلال المادة 190 من مدونة الحقوق العينية يقر بأنه " إذا هلك الملك المرهون أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء ينه فورا أو تقديم ضمان كاف لدينه".

ما يلاحظ هو ان المشرع من خلال مقتضيات المادة أعلاه لم يميز بين الهلاك أو التعيب الواقع من طرف الراهن والتعيب والهلاك الناجم عن فعل الغير أو لسبب أجنبي لا يد الراهن فيه.

وهذا على خلاف أحكام الرهن الحيازي التي ميزت ما بين الحالتين من خلال مقتضيات الفصلين 1182 و 1183 من ق.ل.ع⁸⁰ هذا ما يجعلنا نرجع مرة أخرى الى احكام ق.ل.ع بحيث نجد ان الفصل 139 من ق.ل.ع⁸¹ يعطي احتمالين يجب على الدائن المرتهن العمل بهما:

79- جميلة الشراوي "التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري" دار النهضة العربية ص 189.
80 - ينص الفصل 1182 " إذا تعيب المرهون بسبب لا يعزى لخطأ المرتهن لم يكن له ان يطلب ضمنا تكميليا ما لم يتفق على غير ذلك.

وينص الفصل 1183 " إذا هلك الشيء المرهون او تعيب بفعل المدين مان للدائن ان يطلب الوفاء بحقه على الفور حتى ولو كان مضافا إلى أجل لم يحل بعد وذلك ما لم يقدم له المدين ضمنا آخر معادل أو يكمل له الضمان"

81 - ينص الفصل 139 من ق.ل.ع "يفقد المدين مزية الأجل إذا شهر إفلاسه أو أضعف بفعلة الضمانات الشخصية الخاصة التي سبق له أن أعطاها بمقتضى العقد ... إذا كان إنقاص الضمانات الخاصة المعطاة بمقتضى العقد ناتجا

- في الحالة التي يتم اضعاف الضمان من قبل المدين هنا يفقد هذا الأخير ميزة الأجل.
 - أما في الحالة التي يكون فيها الإنقاص راجع الى سبب أجنبي عن إرادة المدين، يكون للدائن الحق في أن يطلب فقط ضمانات تكميلية.
- نشير الى انه في الحالة التي يهلك فيها العقار بشكل جزئي فان الرهن يظل على الجزء المتبقي ضامنا للوفاء بكل الدين طبقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن.
- كما ان من خلال المدين الراهن بالمحافظة على العقار المرهون يعرضه لعدة جزاءات مدنية⁸² وجنائية⁸³.

من سبب أجنبي عن إرادة المدين فإن هذا الأخير لا تسقط عنه مزية الأجل بقوة القانون ولكن يكون للدائن الحق في أن يطلب ضمانات تكميلية فإذا لم تقدم، حق له أن يطلب تنفيذ الالتزام على الفور".

⁸² - نص الفصل 261 من ق.ل.ع على الالتزام بعمل بتحول عند عدم الوفاء الى تعويض

نص الفصل 262 من ق.ل.ع " إذا كان محل الالتزام امتناع عن عمل أصبح المدين ملتزما بالتعويض بمجرد حصول الإخلال..."

⁸³ - الفصل 525 من القانون الجنائي جاء أكثر وضوحا حيث ينص على ان " الراهن الذي يبدد او يتلف شيئا مملوكا له رهنه في دين عليه او على غيره يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات وغرامة من مائة و عشرين الى خمسمائة درهم."

خاتمة :

إذا كان المشرع قد تبنى مؤخرا تقنية تسديد الديون الرهينة، والتي يعول عليها من أجل توفير السيولة المالية اللازمة لإنعاش المؤسسات المالية، فإن نجاح هذه العملية وضمن فعاليتها هو رهين بضرورة إيجاد قواعد موضوعية متينة لأحكام الرهن الرسمي ونظام متقن ومحكم للإشهار العقاري، كما وجب كذلك ضرورة إعادة النظر في القواعد المسطرية المنظمة لتحقيق خاصة وان هذه الأخيرة تشكل عقبة في وجه المستثمرين، وهذا لن يتأتى إلا عبر الأخذ بالإصلاحات التالية:

- على مستوى قواعد انشاء الرهن الرسمي العقاري:
 - إقرار رسمية الكتابة في عقد الرهن الرسمي العقاري، نظرا لما تحمله الكتابة العرفية من إشكاليات تتميز بالأساس في عدم الدقة هذا ما يعرض أطراف عقد الرهن لضياع حقوقهم وهو ما لا يتأتى الا عبر إقرار الرسمية، وهذا لن يتأتى الا عبر الاخذ بما جاءت به مدونة الحقوق العينية، لكون ان الرسمية تحقق للدائن ضمانا إضافية، كما انه تحمي كذلك مصالح المدين كما انها تحقق فائدة للرهن وللائتمان العقاري بصفة عامة، هذا مع ضرورة إقرار مسؤولية الموثق.
 - جعل العقار المحفظ هو المحل الوحيد لعقد الرهن الرسمي، لما تتميز به نظام التحفيظ العقاري من قوة ومثانة لتحصين الملكية العقارية ومنع انشاء رهون رسمية على عقارات غير محفظة في طور التحفيظ.
 - ضبط ورقابة صارمة على إجراءات تقييد الرهن بالسجل العقاري على اعتبار ان تقييد الرهن للدائن المرتهن عدة حقوق تجعله يقوي مرتبته كإقرار حق التتبع وحق الأفضلية وكذا منح الشهادة الخاصة بالتقييد.
 - تحفيز الابناك على تقييد الرهون بالسجلات العقارية لكون ان القيد يشكل الضمانة الفعلية للائتمان الرهني ويغني عن حيازة العقار وهذا على خلاف احكام الرهن الحيازي.

لائحة المراجع

- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08،
- مصطفى جذوع كريم السعد: "أثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 1980/1981،
- الحسين الزياني: "الائتمان العقاري وتحقيق الرهن الرسمية العقارية في العقود البنكية" مقال منشور بالندوة الوطنية المنظمة من طرف جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة أيام 20/19 ماي 2006 وجدة، في موضوع -العقارة الاستثمار- مطبعة دار النشر الجسور، الطبعة الأولى 2007،
- نور الدين لعرج "الشكلية في عقد الرهن في التشريع المغربي" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكدال الرباط السنة الجامعية 2000/1999
- المختار بن أحمد عطار " التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي" مطبعة الجديدة الدار البيضاء طبعة 2008
- محمد خيرى "القرض المضمون برهن رسمي واقعه وافاقه" مقال منشور بمجلة الحدث عدد خاص 15 أبريل 1999
- 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، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1996/1995
- محمد بن الحاج السلمي، "تسنيد الديون الرهنية وضمان فعالية السوق الرهني" مجلة التحفيظ العقاري عدد خاص نونبر 1999
- محمد بونبات " في الحقوق العينية دراسة مقارنة للحقوق العينية وجوها الاقتصادية والاجتماعية" الطبعة الأولى سنة 2002
- محمد خيرى "عقار في طور التحفيظ والشهادة الخاصة بالرهن" مقال منشور بمجلة الحدث القانوني عدد 15 ابريل 1999

- سفيان ادريوش "تسديد الديون الرهنية مقارنة قانونية ومالية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2005/2004
- مأمون الكزبري "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التسريع المغربي" الجزء الثاني الحقوق العينية الاصلية والتبعية الطبعة الثانية سنة 1987
- رمضان أبو سعود، " الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الأولى 1980
- مأمون الكزبري "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية "
- محمد خيرى "التعاقد في الميدان العقاري" مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية عدد 12 السنة 1986
- حليلة بن حفو "تقييد الرهن الرسمي في السجل العقاري" الطبعة الأولى سنة 2003
- عبد الرحمان بلعيد "وثيقة البيع بين النظرية والتطبيق" مطبعة دار الثقافة طبعة 1994
- إدريس الفاخوري "نظام التحفيظ العقاري بالمغرب" مطبعة الجسور وجدة،
- حليلة بن حفو "تقييد الرهن الرسمي في السجل العقاري" الطبعة الأولى سنة 2003
- محمد خيرى "الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب" مكتبة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى 1986
- محمد فركت "الرهن الرسمي والإجراءات المسطرية" الرباط سنة 1987
- محي الدين إسماعيل علم الدين "أصول القانون المدني الجزء الثالث الحقوق العينية الأصلية والتبعية" دار الجيل للطباعة
- عبد الرحمان المصباحي، "أولوية الدائن المرتهن للعقار على منتجوع البيع" مقال منشور بمجلة الحدث القانوني العدد 15 بتاريخ 1999
- الحسن الكاسم، "تحقيق الرهون والامتياز وحق الأسبقية" منشورات وزارة العدل الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي،
- محمد ابن معجوز "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي" مطبعة دار النجاح الجديدة طبعة 1999
- محمد علي إمام "الموجز في التأمينات الشخصية والعينية" مطبعة نهضة مصر 1956
- جميلة الشراوي "التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري" دار النهضة العربية.

الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء النصوص الخاصة "ظهير 1984 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع نموذجاً"

محمد حكيم

باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية أكدال
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة :

إن حماية المستهلك تعد في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة الحديثة التي تقع على عاتقها مسؤولية ضمان المستوى المناسب من الحياة الكريمة والحصول على السلع والحاجات الكفيلة بتحقيق رغبات كل فرد.

وفي هذا الإطار يعد المغرب من الدول التي اهتمت بالمستهلك كعنصر فعال داخل المجتمع، وذلك بإصدار أنظمة وقواعد قانونية تهدف إلى حماية المستهلك من كل خطرا وتلاعب¹ وتأخذ الحماية القانونية للمستهلك مظاهر وأساليب متعددة أهمها الناحية الجنائية التي هي موضوع الدراسة الحماية الجنائية للمستهلك في إطار القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع.

وعلى هذا الأساس عمل المشرع المغربي على مراجعة تجدر القانون 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع نجده يستعمل مصطلحات "إنسان"، "متعاقدا" مشتري كموضوع للحماية²، مما يثير التساؤل إذا كان القانون المذكور يتعلق بالمستهلك ويضمن له الحماية.

يبدو أن النظام القانوني المغربي³ لم يعرف المستهلك سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في بعض القوانين الخاصة الوثيقة الصلة بحماية المستهلك كالظهير الشريف رقم 1.59.380 في الزجر عن الجرائم الماسة بصحة الأمة⁴، أو القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في

1 - محمد شعيب: "الحماية القضائية للمستهلك في مادة زجر الغش في البضائع، محاكم الدار البيضاء نموذجاً"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد العاشر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، ص 799.

2 - القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.83.108 صادر في 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984)، الجريدة الرسمية عدد 3777 بتاريخ 27 جمادى الآخرة 1405 (20 مارس 1985)، ص 395.

3 - محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 8 .

4 - ظهير شريف رقم 1.59.380 في الزجر عن الجرائم الماسة بصحة الأمة، الجريدة الرسمية عدد 2453 بتاريخ 1959/10/30، ص 3203.

البضائع المومأ إليه أعلاه، أو في القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة،⁵ الذي استعمل عبارة المستهلك دون أن يعطي تعريفا له، ويؤثر هذا الفراغ التشريعي سلبا على الممارسة القضائية لأحكام قوانين حماية المستهلك.⁽⁶⁾

لكن القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك،⁽⁷⁾ نجده قد تدارك هذا النقص في الفقرة 2 من المادة حيث عرف المستهلك بأنه: "...كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي"، كما عرف جانب من الفقه المستهلك بأنه كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية،⁽⁸⁾ ولا يكتسب صفة المستهلك حسب هذا التعريف من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه، فأوجه التلاقي بين مفهوم المستهلك والمصطلحات المستعملة في القانون رقم 13.83 موجودة وتسعف للقول أن الحماية الجنائية للمستهلك في إطار هذا القانون موجودة.

ويعتبر القانون المتعلق بزجر عن الغش في البضائع تأكيدا لرغبة المشرع المغربي في حماية المستهلكين، سيما وأن النصوص المنظمة لزجر الغش عرفت تقلبات كثيرة، كانت بوادرها الأولى بالرسالة الدورية التي وجهها مندوب الإنسانية العامة الفرنسية بالمغرب إلى رؤساء البلديات بتاريخ 1913/09/17 والمنظمة لنص نموذجي يجب الاعتماد عليه في صياغة القرارات البلدية المتعلقة بالزجر عن الغش في المواد الغذائية والمواد المخصصة للمداولة.

وقد أصدرت بلدية الدار البيضاء تبعا لذلك بتاريخ: 1913/11/20 قرارا بلديا يمنع الغش في المواد الغذائية والمواد المخصصة للمداولة ويسند أمر البحث وتحرير الحاضر إلى الشرطة التي توجهها طبقا للفصل الخامس إلى التتصل أو السلطة المعنية في نفس الوقت مع جميع الأشياء والمنتوجات لكي يتابع المخالف طبقا لتشريع الدولة التي ينتمي إليها، ونظرا لعدم فعالية القرار بسبب ارتباط المغاربة بولاية الحسية والشدة العقوبات بالنسبة للفرنسيين أو غيرهم ن الأجانب المقيمين فإن السلطات الفرنسية أصدرت ظهيرا بتاريخ 1914/03/26 يتعلق بمخالفات قرارات القواد والباشاوات في ميدان الغش الذي ووجه لمعارضة صارمت لتوحيد العقوبة بالنسبة لجميع صدر الظهير المتعلق بزجر الغش الذي عرف حتى سنة 1959 وعرفت سنة 1959 كما هو معلوم

⁵ - القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014)، ص 6077.

(6) - Voy ; revue du réseau propriété intellectuelle et lutte anti -contrefaçon, n° 8 Mars/Avril,2006, publié in : http://www.exporter.gouv.fr/exporter/Pages.aspx?iddoc=251&pex=1-2-41-205-251_ « consulté le 15/5/2007 »

⁷ - القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072.

⁸ - محمد بوفادي: "حماية المستهلك في ضوء قانون زجر الغش في البضائع"، مجلة محكمة، العدد 1، السنة 2003، إصدارات السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص 76 و77.

الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء النصوص الخاصة "ظهير 1984 المتعلق بالزجر عن الغش
في البضائع نموذجاً"

صدر الظهير الشريف رقم 380.59.1 بتاريخ 1959/10/29 الذي جعل من جرائم الغش الماسة بصحة الأمة. لكن أهم ما ميز التشريع المغربي في مجال حماية المستهلك هو صدور القانون 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، هذا القانون يتكون من ثلاثة أقسام:

القسم الأول: يتعلق بالجرائم وعقوباتها (فصل 1 إلى الفصل 17).

القسم الثاني: يتعلق بمسطرة البحث عن الجرائم وإثباتها (الفصل من 18 إلى 42)

القسم الثالث: يتعلق بأحكام متنوعة عامة وانتقالية (الفصل من 34 إلى 47)

وأمام خطورة الأفعال الإجرامية في المعاملات التجارية على الاقتصاد بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة، من جهة وأمام الترسنة المنبثقة من القوانين التي تهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية، نتساءل عن مدى فعالية القانون رقم 13.83 بصفة خاصة في حماية المستهلك؟

أهمية البحث:

تتجلى أهمية موضوع الحماية الجنائية للمستهلك في ظل القانون 13.83 في عدة نقاط أهمها:

أولاً: تعد حماية المستهلك ترجمة فعلية للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان، حيث تعتبر سلامة الشخص في دينه وماليه ومعنوياته هدفاً يسمى الإنسان دائماً إلى تحقيقه في كافة المحالات وفي ظل كل الظروف، وهو ما تم تأكيده في العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

ثانياً: رغم كثرة البحوث التي اهتمت بموضوع حماية المستهلك في القانون المغربي، فإن الغالبية منها اقتصرت فقط على الجانب المدني لهذه الحماية.

ثالثاً: يعتبر المستهلك أحد مقومات الاقتصاد الوطني بل هو فاعل أساسي في تنشيط الدورة الاقتصادية وبالتالي فإن حماية المستهلك جنائياً تحمل في ثناياها حماية اقتصادية للدولة.

رابعاً: إن توجه الدولة المغربية نحو سياسة الاقتصاد الحر وتبني نظام الخصخصة في العديد من المجالات، والتخلي تدريجياً عن السياسة الحماية للسلع الوطنية من السلع الأجنبية أدى إلى عدم تورع الكثير من الأشخاص عن الاتجار بصحة الإنسان، وإغراق أسواق البلاد بالسلع الغذائية الفاسدة أو المغشوشة أو غير المطابقة للمواصفات القياسية.

من هنا تبدو أهمية دراسة جرائم الغش والتدليس والتلاعب بالأسعار في المواد الغذائية والطبية وغيرها.

خطة البحث:

بعد أن تم التمهيد لهذا البحث وبيان أهميته، لا بد من وضع إطار له.

فإذا كان القانون الجنائي التقليدي، قد اهتم في شقيه الموضوعي والإجرامي، بتجريم بعض الممارسات الضارة بالمستهلك، ووضع قواعد إجرائية وعقابية وعقابية تنظمها، فإن هاجس هذا البحث يتمثل في إلقاء الضوء على موقف بعض القوانين الخاصة في معالجتها للجرائم الضارة بالمستهلكين والقانون 13.83 نموذجاً، مركزين بخصوصه على القواعد العامة للتجريم والعقاب، والإجراءات الجنائية التي تميزها.

منهج البحث:

إن المنهج المتبع في دراسة هذا الموضوع هو المنهج التحليلي الذي يعتمد على جمع المعلومات والقواعد المرتبطة بالموضوع يقصد تحليلها، لاستخلاص أهم النتائج والأحكام. كما تمت الاستعانة على المنهج المقارن في بعض فقرات البحث لما له من أهمية كبيرة في موضوع الدراسة.

المحور الأول: نطاق الحماية الجنائية للمستهلك في إطار القانون رقم 13.83

إن فكرة حماية المستهلك ليست حديثة العهد في المنظومة القانونية المغربية بل ظهرت تشريعياً من خلال النصوص المتعلقة بزجر الغش في البضائع لاسيما القانون 13.83 الذي يمكن اعتباره أحد أهم الإرهاصات لظهور قانون الاستهلاك بالمغرب لأجل حماية جنائية لمستهلك البضائع والخدمات ألا وهي الإشهار (الفقرة الأولى)، فضلاً عن التنصيص على الجرائم في ظل هذا القانون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية لمستهلك البضائع والخدمات "الإشهار حصراً"

يقصد بالبضائع في مفهوم هذا القانون المواد الغذائية والمشروبات والمنتجات الفلاحية أو الطبيعية والمواد المستعملة للمداواة وتخرج من نطاق مفهوم البضائع العقارات والإنتاجات الفكرية والذهنية غير الخاضعة للتقويم ولو كانت تابعة بأي شكل من الأشكال.⁹ والحماية المقصودة هنا هي تلك الضمانات الأربعة الممنوحة قانوناً للمستهلك المتمثلة في الحق في السلامة، الحق في الإخبار، الحق في الاختيار، الحق في الإنصاف إليه.

أولاً: الضمانات القانونية الممنوحة للمستهلك في إطار القانون 13.83

1 - بخصوص ضمان الحق في السلامة للمستهلك

نجد أن الفصل 2 من القانون 13.83 ضاعف العقوبات المنصوص عليها في الفصل الأول (من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من ألف ومائتي درهم إلى أربعة وعشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط) إذا ارتكب الخداع أو التزييف أو التدليس بواسطة منتجات أو معالجات فيها خطر على صحة الإنسان أو الحيوان أو باع الفاعل أو عرض للبيع لحما أو أسقاط حيوانات يعلم أنها ماتت بأمراض أثبت الفحص أنها معدية أو مصابة بأمراض طفيلية تنتقل إلى الإنسان أو الحيوان أو أنها ذبحت لإصابتها بالأمراض المذكورة.¹⁰

9 - محمد برباحة: "قراءة لمفهوم الغش في إطار ظهير 5 أكتوبر 1984"، عرض غير منشور ألقى على الفوج 28 من الملحقين القضائيين، سنة 2000، ص 2.

10 - ويحكم بالعقوبات الآتية بغض النظر عن العقوبات الأشد المنصوص عليها في نصوص تشريعية خاصة ولاسيما ظهير 29 أكتوبر 1959 بزجر الجنايات على صحة الأمة:

1 - الحبس من سنتين إلى ست سنوات إذا سبب ابتلاع المواد المذكورة إصابة الغير بمرض أو عجز عن العمل تتجاوز مدته عشرين يوماً.

2 - السجن من خمس إلى عشر سنوات إذا سبب ابتلاع المواد المذكورة إصابة الغير بمرض يظهر أنه عضال أو بفقدان استعمال عضو أو بعاهة دائمة.

3 - السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا سبب ابتلاع المواد المذكورة الموت دون نية القتل. ولعل هاته المقضيات قد تشكل نظرياً ضمانات لحماية المستهلك من أي خطر قد تشكله البضائع المشتراة على صحته وسلامته.

وهذا الهاجس يؤكد المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 3 من القانون المذكور بمعاقبته لكل عسكري أو متصرف أو محاسب عسكري قام عمدا بتوزيع أو عمل على توزيع لحوم حيوانات مصابة بأمراض ثبت أنها مصابة بأمراض أو ثبت أنها معدية أو أمراض طفيلية تنتقل إلى الإنسان أو الحيوان أو مواد أو أغذية أو سوائل فاسدة أو عفنة بالحبس من أربع إلى عشر سنوات وبغرامة من 2400 إلى 48000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط؛ هذا فضلا عن العزل أو التجريد من الرتبة إذا كان الفاعل ضابطا أو له رتبة ضابط.

هذا عن الحماية الجنائية لحق سلامة مستهلك البضائع.

2 - بخصوص ضمان حق الالتزام بإخبار المستهلك

إن منح المستهلك رضا متبصرا ومتنورا، يعد أهم الأهداف الأساسية لقوانين الاستهلاك، فالمستهلك في حاجة ماسة إلى تبصيره وإعلامه بكافة المعلومات والبيانات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد.¹¹ وهنا يحق التساؤل إن كان القانون 13.83 يهدف بشكل مباشر أو غير مباشر لضمان حق المستهلك في الإخبار؛ عند قيامه بشراء بضاعة ما؟

يتضح أن التنصيص بشكل صريح على وجوب إعلام المستهلك "المتعاقدا" في القانون المذكور؛ حيث نجد الفصل الأول منه ينص على أنه: "يعد مرتكبا للغش عن طريق الخداع كل من غلط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به أو قام خرقا لأحكام القانون (13.83) أو النصوص المتخذة لتطبيقه أو خلافا للأعراف المهنية والتجارية بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما".¹²

ويعاقب الفاعل بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من ألف ومائتي درهم إلى أربعة وعشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ويمكن الأمر بنشر الحكم بالعقوبة في جريدة أو عدة جرائد وتعليقه في باب المؤسسة وفقا لأحكام مجموعة القانون الجنائي المتعلقة بنشر الأحكام القضائية وتعليقها. حيث جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 3931 ما يلي: "حيث إنه بالرجوع إلى قنينة زيت عافية موضوع النزاع يثبت أنها تضمنت صورة رسم نبات النرة بالإضافة إلى نبات الصوجاء، غير أن الرسم الأول يطغى بصورة أكثر وضوحا وأكبر مساحة على الغلاف الخارجي للزيت المذكور وهو ما من شأنه جعل المستهلك العادي يعتقد أن زيت عافية

11 - أحمد ابران،: "حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2000، ص 20.

12- فيما يتعلق بمضمون التدليس قضت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها بتاريخ 15 يناير 1971 أن "التدليس يمكن أن ينشأ عن طريق السكوت إذا تضمن السكوت إخفاء لواقعة لو علمها المتعاقد الآخر لامتنع عن إبرام العقد" أحمد ابران، مرجع سابق، ص 27.

كما جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 907/8 المؤرخ في 1/4/99 في الملف الجنائي عدد 17 833/3/9/97 "يكفي لتوفر سوء النية إنتاج وعرض الحليب للبيع وهي لا تتوفر على المواصفات المطلوبة بعدما أثبت المختبر الرسمي للتحليلات بأن نسبة الرطوبة في المادة المذكورة تفوق الحد الأدنى المطلوب" منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55، منشورة على شكل قرص مدمج.

مصنوعة أساساً من الذرة أو على الأقل بنسبة جد عالية منها خاصة أن القنينة لم تتضمن أية إشارة إلى نسب هذه المكونات في الزيت المذكورة.

وحيث إن تقرير الخبيرتين المدلى بهما بهذا الخصوص وغير المنازع في صحة ما تضمناه، أكدوا على أن الذرة لا تشكل سوى نسبة ضئيلة في تركيبة زيت عافية وهو عكس ما يظهر من صورة التلقيب موضوع الدعوى... لهذه الأسباب حكمت المحكمة... بالتوقف فوراً عن استعمال المصق المتضمن لرسم الذرة في تسويق منتجها زيت عافية ذي سعة لتر واحد".¹³

وقد جاء في الفصل 4 من القانون رقم 13.83 على أنه تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل الأول على كل من خادع المتعاقد أو حاول خداعه:

في ماهية البضائع وخصائصها الجوهرية وتركيبها ومحتواها من العناصر المفيدة.¹⁴

أو في نوعها أو منشئها عندما يتبين من الاتفاق أو الأعراف أن تعيين النوع أو المنشأ المنسوب زوراً إلى البضائع يجب اعتباره السبب الأساسي للالتزام المتعاقد.¹⁵

أو في كمية الأشياء المصنوعة أو المعبأة أو المخزونة من أجل البيع أو المبيعة أو المسلمة.¹⁶

أو في هويتها وذلك بتسليم بضاعة غير البضاعة المعينة التي كانت محل العقد ويحكم وجوباً بعقوبة الحبس إذا ارتكبت الجحفة أو وقعت محاولة ارتكابها بواسطة بيانات مدلس فيها تحمل على الاعتقاد

¹³ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 3931 بتاريخ 2006/3/20 في الملف رقم 2007/16/2418 بين شركة لوسبور كريسطل ش.م ضد شركة صافولا المغرب ش.م، حكم غير منشور . للإشارة فإن الأمر يتعلق بدعوى المنافسة الغير المشروعة رغم أن الأفعال المدعى حولها تشكل في الواقع مغالطة واضحة لجمهور المستهلكين حول جوهر وكمية الشيء المصرح به، إلا أنه في غياب جمعيات الدفاع عن المستهلكين فإن على المستهلك أن يستفيد بشكل غير مباشر من الدعوى التي يرفعها المهنيين للدفاع عن مصالحهم المهنية الخاصة.

¹⁴ - سنحاول أن نعالج حدود حماية المستهلك في إطار هذا المقتضى بالنسبة للمواد المعللة وراثياً في المبحث الثاني. (15) - L'article premier de la loi du 1^{er} août 1905 (en France) punit les tromperies sur les marchandises lorsqu'elles portent sur certains caractères : nature « qualités substantielles », quantité, etc et notamment « leur origine ... lorsque d'après la convention ou les usages, la désignation de l'origine faussement attribuée aux marchandises devra être considérée comme la cause principale de la vente ». Pour plus de détails sur le délit de tromperie sur l'origine et les qualités substantielles de la marchandise et le délit d'apposition sur un produit d'une appellation d'origine inexacte et le délit d'utilisation d'une appellation d'origine inexacte ; A.chavanne & J.J. Droit de la propriété industrielle, Dalloz / Delta , 5^{ème} édition, 1998, p.862

¹⁶ - مع ملاحظة انه جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 1072 الصادر بتاريخ 2003/5/7 في الملف الجنائي عدد 19640/2002 " المخالفة المتعلقة بعدم الإشارة إلى الوزن الصافي لمادة معبأة في علب معروضة في السوق المعاقب عنها بمقتضى الفصل السابع من ظهير 5 أكتوبر 1984 بالزجر عن الغش في البضائع يرجع الاختصاص للبت فيها إلى حاكم الجماعة أو المقاطعة وليس للمحكمة الابتدائية، قرار منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى 2003، مركز النشر والتوثيق القضائي، مطبعة أمنية، الرباط، 2003، ص 141.

أن الأمر يتعلق بعملية سابقة صحيحة أو بمراقبة رسمية لا أصل لها أو بواسطة موازين ومقاييس مزيفة أو غير صحيحة أو مناورات أو أساليب تهدف إلى تزييف عمليات الوزن أو القياس أو التحليل أو المعايرة.

3 - بخصوص ضمان حرية الاختيار للمستهلك

إذا كانت حرية الاختيار محدودة في ظل كل قوى الضغط والحث على الاستهلاك السائدة في مجتمعات اقتصاد السوق،¹⁷ فإن قانون زجر الغش في البضائع عاقب كل من حاول المس بحرية هذا الاختيار بالتحريض على استعمال منتجات و مواد مزيفة المبيئة في الفصل 55 الفقرة الأولى بواسطة أضيابير أو مناشير أو بيانات وضعية أو ملصقات أو إعلانات أو تعليمات كيفما كان نوعها أو أي طريقة أخرى من طرف الإعلان سواء كانت شفوية أو بصرية أو سمعية بصرية. وتحدد العقوبة بغرامة من 2000 إلى 7200 درهم هذا فضلا على إمكانية أمر المحكمة المرفوعة إليها المتابعة بالكف عن الإعلان محل النزاع عاجلا بالرغم من جميع طرق الطعن.¹⁸

4 - ضمان حق مستهلك البضائع في الإنصات إليه:

لقد جاء القانون رقم 13.83 بمجموعة من الإجراءات المسطرية وكذا أوكل اختصاص القيام بأعمال البحث والإثبات إلى مجموعة من السلطات.

فعلاوة على ضباط الشرطة القضائية، يباشر البحث عن المخالفات لأحكام القانون والنصوص الصادرة لتطبيقه:

- 1 - المحاسبون في نطاق اختصاصهم.
- 2 - موظفو ومأمورو زجر الغش المحلفون.
- 3 - المأمورون المعتمدون خصيصا لزجر الغش من لدن الوزارة المعنية (وزارة الفلاحة) هذا بالإضافة للأشخاص المحلفون التاليين أثناء مزاوله مهامهم:
 - البيطرة مفتشو تربية المواشي.
 - مفتشو الصيدلة.
 - المأمورون التابعون لمكتب التسويق والتصدير (آنذاك).

¹⁷- عبد الحميد أخريف: "حقوق المستهلكين: الأشهار و الحق في الاختيار، مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق بفاس، ص 3، منشور بموقع:

« consulté le 18/5/2007 » http://www.geocities.com/guid_conso/index_files/Page919.htm

¹⁸- (انظر الفصل 10 من القانون).

- مهندسو الصحة والأطباء مدير والمكاتب البلدية للمحافظة على الصحة وتقنيو المحافظة على الصحة والتطهير.
- مأمورو الجمارك والضرائب غير المباشرة.¹⁹

فالمستهلك لا يمكنه التعاطي مباشرة مع الخروقات التي يمارسها المهني بائع البضائع إلا باللجوء إلى هذه الأجهزة والاستفادة من ترسانتها البشرية والتنظيمية القادرة على حسن الاستماع إلى المستهلك والقيام بما يلزم لحمايته من المهنيين الغير النزهاء. هذا عن مستهلك البضائع فماذا عن الحماية الجنائية لمستهلك الخدمات؟

ثانيا: الحماية الجنائية لمستهلك الخدمات: الإشهار حصرا

يعتقد الكثير أن القانون رقم 13.83 ينظم حصرا البضائع إلا أن ذلك غير صحيح لكون تسمية الظهير جاءت لا تنطبق تماما مع مفهوم القانون الذي ينظم خدمة وحيدة ألا وهي الإشهار التي تعد من ركائز المجتمع الاستهلاكي؛ مع الإشارة أن الإشهار المضلل أو الكاذب يعتبر سببا من أسباب الاضطراب الاقتصادي وليس فقط مجرد اعتداء على مصالح الأفراد.²⁰ ويشكل الفصل 100 من ظهير زجر الغش الفصل الوحيد الذي يحكم الإشهار الكاذب في المغرب كنص خاص يعاقب على هذا النوع من الإشهار،²¹ إذ جاء فيه: "يمنع كل إعلان مهما كان شكله يشتمل على ادعاء أو بيان أو عرض كاذب أو من شأنه أن يوقع في الغلط بشأن أحد العناصر الآتية: وجود السلع أو الخدمات وطبيعتها وتركيباتها وجودتها ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وأثمان وشروط بيعها وشروط أو نتائج استعمالها وأسباب وأساليب البيع أو التسليم أو تقديم الخدمة ومدى الالتزامات وهوية أو صفة أو أهلية الصناع والباعة والمستثمرين والمعلنين ومنجزي الخدمات. ويمكن أن تأمر المحكمة المرفوعة إليها المتابعة بالكف عن الإعلان محل النزاع عاجلا بالرغم من جميع طرق الطعن، وذلك بناء على طلبات وكيل الملك. ويمكن طلب رفع المنع إلى المحكمة التي حكمت به كما يمكن الطعن في رفض المنع بالطرق العادية، وينتهي المنع في حالة الحكم بعدم المتابعة أو البراءة.

¹⁹ - أنظر الفصل 20 من القانون رقم 13.83.

مع ملاحظة أن الفصل 29 من القانون المنظم لمحاكم الجماعات والمقاطعات رقم 1.74.399 الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1974 يعاقب بالغرامة من 10 إلى 120 درهم من رفض أو تهاون في القيام بأشغال أو خدمة أو تقديم مساعدة كلف بها بوجه قانوني وكان في استطاعته القيام بها، وذلك في حالة حادثة أو اضطراب أو غرق أو فيضان أو حريق أو أية كارثة أخرى وكذا في حالة لصوصية أو نهب أو جريمة تلبس أو صياح الجمهور أو تنفيذ قضائي.

²⁰ - أحمد ابران، مرجع سابق، ص 61.

²¹ - أحمد ابران، نفس المرجع، ص 64.

Voy ; C.Moudden, la publicité mensongère, faculté de droit de fès, UFR droit de la concurrence et de la consommation, article non publié à notre connaissance, 2004/2005

ويمكن أن تأمر المحكمة في حالة المواخذه بأن ينشر على نفقة المحكوم عليه بيان يعيد الأمور إلى نصابها طبق نفس الكيفيات وفي نفس الأماكن التي تم فيها الإعلان الكاذب. ويكون المعلن المباشر للإعلان لحسابه مسؤولاً بصفة أصلية عن المخالفة المرتكبة. وإذا كان المخالف شخصاً معنوياً أُلقيت المسؤولية على مسيريه ويعتبر أن هناك جنحة بمجرد ما يقع الإعلان أو يتسلم أو يتلقى في المغرب.

ويعاقب على المخالفات لأحكام هذا الفصل بغرامة من 200 إلى 7200 درهم".

وإذا كان ظهير 5 أكتوبر 1984 المتعلق بزجر الغش في البضائع القانون الوحيد الذي يحكم الإشهار الكاذب، فإنه يبقى غير كاف أمام التطور السريع الذي يشهده عالم التجارة والصناعة بظهور أشكال متعددة من الإعلانات التجارية أحدثها الإشهار عن طريق المقارنة.²²

فإن العمل القضائي المغربي قد ساير هذه الوثيرة في ما يتعلق بوسائل الإثبات الإلكترونية، حيث جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء ما يلي: "وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على الشريط المدلى به ومعاينتها لما تضمنه الإشهار موضوعه، تبين لها أن هذا الإشهار تضمن فعلاً مقارنة بين منتوجين من زيت الذرة وأنه لئن كانت القنبنة موضوع المقارنة مغطاة بستر إلكتروني إلا أن شكلها المميز واللون الأصفر للغطاء الذي تضمنته وكذا التلميح إلى رسم الذرة الواردة بها والتي تنفرد به الشركتين طرفا النزاع دون غيرهما عن باقي المنافسين في السوق المغربية كلها معطيات لاتدع مجالاً للشك في كون المقصود في الإشهار هو قنبنة زيت عافية.

وحيث إنه إذا كان الإشهار حق معترف به قانوناً لكل منافس بهدف التعريف بمنتجاته ومميزاتها وخصائصها عن غيرها من المنتجات المماثلة المعروفة في السوق فإن ذلك يجب ألا يخرج على نطاق أخلاقيات التجارة.

وحيث أن الإشهار موضوع الدعوى تضمن تلميحا صريحا لمنتوج المدعية بهدف ترسيخ انطباع سيء عن هذا المنتوج والتشهير به أنه منتوج يشتمل على بيانات كاذبة وأن من شأن ذلك المس بمصداقية الشركة المدعية في السوق والإساءة إلى سمعتها وتحويل الزبناء عن منتوجاتها وانصرافهم عنها كنتيجة حتمية للإشهار المذكور وهو ما يجعله يدخل في نطاق الإشهار الممنوع... لهذه الأسباب حكمت المحكمة... الأمر بإيقاف بث الإشهار موضوع الدعوى... ونشر الحكم

بعد صيرورته نهائياً في جريدين باختيار المدعية وعلى نفقة المدعى".²³

22 - أحمد ابران، مرجع سابق، ص 64.

23 - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 2006/72، بتاريخ: 2006/1/2، في ملف تجاري رقم: 2005/16/2879، بين شركة صافولا وبين شركة لوسبور كريسطل، غير منشور.

= le consommateur doit être suffisamment informé des opportunités et des inconvénients que comporte l'intégration des services et des supports des médias et télécoms à l'ère de la convergence d'une part. D'autre part, la convergence facilite le niveau d'accessibilité à l'information grâce aux nouveaux supports » R.A. Horéhou, droits des citoyens à l'ère de la convergence des médias et des

وعلى هذا الأساس يمكن القول إن المسألة تبقى نسبية لأنه يتعين على القضاء الزجر عن سلوك مسلك القضاء التجاري أعلاه، وهو بطبيعة الحال رهين كذلك بتحريك المتابعة.

الفقرة الثانية: الخصوصيات المميزة للجرائم المنصوص عليها في إطار القانون 13.83

خرج المشرع المغربي من خلال القانون رقم 13.83 المتعلق بزجر الغش في البضائع عن القواعد التقليدية للنظرية العامة للقانون الجنائي، لا سيما وأن جل الأفعال التي وردت بهذا القانون تمتاز بخصوصية دقيقة على مستوى الشكل والمضمون.

وفي هذا الإطار تتجلى هذه الخصوصيات التي جاء بها القانون السالف الذكر، في الأركان المكونة للجرائم الواردة فيه، وكذا وسائل البحث والتحري عن هذه الأفعال، إضافة إلى القيود الواردة على إقامة الدعوى العمومية، وختاماً بالعقوبات التي نص عليها المشرع.

أولاً: خصوصيات أركان الجرائم المنصوص عليها في قانون زجر الغش في البضائع

المقصود هنا الأسس الكبرى لقيام الجريمة مهما كان سياقها أو خطورتها وتتمثل أركان الجريمة في الركن المادي والركن المعنوي.

1 - الركن المادي: هو فعل خارجي له طبيعة مادية ملموسة تدركه الحواس، ولا يعرف القانون جرائم بغير ركن مادي، إذ يشكل طبيعته ضماناً للفرد لأنه لا يمكن أن يتابع الفرد من أجل جريمة إلا إذا أحدثت اضطراباً اجتماعياً مادياً ولموساً، إعمالاً للمبدأ القاضي ب: "لا جريمة بدون سلوك خارج"، وهو ما يعني استبعاد كل معتقد داخلي. وللركن المادي ثلاثة عناصر تتمثل في السلوك الإجرامي النتيجة وعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة وإذا اكتملت عناصر الركن المادي كانت الجريمة تامة أما إذا لم تكتمل أصبحت الجريمة ناقصة أو في مرحلة الشروع إلا أنه بالرجوع إلى أحكام الركن المادي وفقاً لقانون زجر الغش في البضائع خصوصاً، وقوانين الاستهلاكية عموماً يلاحظ أنها تختلف إلى حد ما عن أحكامه في القانون الجنائي العام، حيث تدرع المشرع بخروجه عن هذه الأحكام حماية للقيم الاقتصادية التي لها طابع خاص كما سلف الذكر.

فالمشرع المغربي في ظل النصوص التي جاء بها في القانون رقم 13.83 يعتمد على الفعل المادي فقط لقيام الجريمة دون مراعاة حدوث النتيجة، وهو ما يصطح عليه بجرائم الخطر، باعتبارها جرائم تهدد النظام الاقتصادي بصفة عامة ومصالح المستهلكين بصفة خاصة. كما هو الحال للفصل 10 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع المتعلقة بالإشهار الكاذب أو المضلل، إذ جرم المشرع المغربي وعاقب فقط على صدور الإعلان الكاذب دون توقف ذلك على حصول ضرر للمتلقي،

وذهب المشرع إلى حد تجريم الأعمال التحضيرية باعتبارها جريمة مستقلة، حيث نجده يعاقب على مجرد حيازة مواد غذائية أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية مزيفة أو فاسدة أو سامة (الفصل 6 من القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع) وذلك تقاديا للأضرار التي قد تحصل من وراء استهلاكها.

2 - الركن المعنوي: لكي توجد الجريمة قانونا لا يكفي وجود فعل أو ترك منصوص ومعاقب عليه من طرف القانون، وإنما يجب أن يكون هذا الفعل أو الامتناع قد نتج عن إرادة متبصرة ويكون الهدف من ذلك هو مخالفة القانون، فهذا الربط أو العلاقة بين النشاط الإجرامي وبين فاعله هو ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة.²⁴

ولم يخرج القانون 13.83 عن هذه القاعدة إذ نجده في الفصل الأول ينص على أنه: "يعد مرتكبا للغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتعاقد ... بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما...، وكذلك الفترة الثنائية من الفصل 5 من نفس القانون " كل من استورد مواد غذائية ... وهو يعلم أنها مزيفة أو فاسدة أو سامة ...

ثانيا: خصوصيات البحث والتحري عن الجرائم في ظل القانون رقم 13.83

أخضع المشرع الأفعال التي من شأنها إحداث ضرر بالمستهلكين لبعض الإجراءات التي تختلف عما قرره بشأن الإجراءات العادية، ولهذا الاختلاف ما يبرره في كثير من الأموال عندما يكون الباعث على ذلك هو الإسراع وتقادي البطء الذي يلزم الإجراءات العادية، أو إعداد متخصصين في البحث عن هذه الجرائم وضبطها وتحريك دعوى بشأنها لمحاكمة مرتكبيها.

ولما كانت جرائم الإضرار لمصالح المستهلك وتعريضها للخطر تتسم بشيء من التعقيد في ارتكابها، فكان من الصعب على ضباط الشرطة القضائية العادية اكتشافها، الشيء الذي دفع بالمشرع المغربي مثله مثل باقي التشريعات الأخرى إلى تخصيص أعضاء ذوي الخبرة في مختلف المجالات الصناعية والتجارية والزراعية، للبحث والتحري عن الجرائم ومرتكبيها إضافة إلى الإرشاد والتحذير وكل ما من شأنه أن يمنع وقوعها. وخول لهم مجموعة من الصلاحيات، علاوة على دخول الأماكن وتفتيشها، بسلطة أخذ العينات بفرض التحليل، وهو إجراء إداري للبحث والتحري، والباعث عليه هو نقص الوسائل الأخرى في الكشف عن الجرائم، حيث أن الغش يتم عادة في الخفاء والسرية وغالبا ملا لا يلاحظه المعين عليه نفسية.²⁵ وإزاء بضاعة عمليات الغش بشكل كبير إضافة إلى سلبية المستهلكين لم يتردد المشرع في المساس بقدر بسيط بحقوق وحرريات بعض التجار وذلك بتحويل أعضاء الضبط سلطة أخذ العينات بفرض التحليل في قانون زجر

²⁴- عبد السلام بنحدو....

²⁵- أحمد محمود محمد علي خلف، ص 372.

الغش في البضائع، رغبة في تحقيق حماية المستهلك في الوقت الذي يكون فيه غير قادم على حماية نفسه.²⁶

ويجب أن يتم إثبات واقعة أخذ عينات من السلعة حسب الفصل 30 من القانون سالف الذكر، في محضر ضبط المخالفة الذي يحرره الموظف المختص، حماية للتاجر صاحب السلعة، وحماية كذلك للمصلحة العامة على حد سواء، بحماية التاجر تفرض أن يكون لديه وسيلة إثبات لما أخذ منه على سبيل العينة، حتى يطالب بتعويض إذا تبين فيما بعد عدم أحقية الموظف في أخذ عينات من السلعة، وحماية للمصلحة العامة تقتضي إثبات أخذ العينات من السلع التي تم ضبطها، حتى لا يدعي التاجر الذي تم الضبط في محله أو في مستودعه أن هذه العينات لم تؤخذ من السلع الخاصة به، وإنما دست عليه من قبل الموظف المختص.

وفي سبيل إظهار الحقيقة، ومراعاة كذلك لمصلحة التاجر فقد عمل المشرع المغربي من خلال بعض فصول قانون زجر الغش في البضائع على توفير ضمانات تحفظ للتاجر سمعته وتجارته، ومن قبيل هذه الضمانات ما نص عليه الفصل 28 من القانون السالف الذكر...²⁷، يباشر حيناً وعلى وجه الأسبقية تحليل عينات البضائع الموقف بيعها" الأمر الذي يوضح مدى حرص المشرع على السرعة في تحليل العينات حتى لا يظل مصير التاجر المشبه فيه معلقاً على نتائج التحليل، إضافة إلى أن طول المدة بين أخذ العينة وبين تحليلها، قد يترتب عنه تلوث السلعة أو زيادة فسادها عما كانت عليه وقت ضبطها.

كما حافظ المشرع على مصلحة التاجر بتوضيحه لكيفية أخذ العينات والتصرف في مصيرها بطريقة تضمن عدم اختلاطها بغيرها من العينات، وللحيلولة دون حدوث ذلك نص الفصل 30 على أنه: "عندما يباشر أخذ عينة يجب أن يحرر في عين المكان محضر يتضمن على الخصوص البيانات المنصوص عليها في الفصل 28 إعلان" وللحرص أكثر بنص الفصل 31 على أنه توضع الأختام على كل عينة وقع أخذها...".

ومن خلال ما سبق تخلص إلى أن ضباط الشرطة القضائية في القانون رقم 13.83 لهم دور مزدوج إداري من جهة وقضائي من جهة أخرى، ولعل إضفاء الصفة الضبطية القضائية للأشخاص السابقين راجع بالأساس إلى الطبيعة الفنية والمعقدة التي تتسم بها وسائل ارتكاب جرائم الخداع والغش والاحتمام.

²⁶ - حسب إحصائيات وزارة الفلاحة فإنه من أجل 20 ألف إلى 25 ألف عينة تخضع.
²⁷ - ينص الفصل 30 من قانون زجر الغش في البضائع على أنه: "عندما يباشر أخذ عينة يجب أن يحرر في عين المكان محضر يتضمن على الخصوص البيانات المنصوص عليها الفصل 25 أعلاه".

ثالثاً: خصوصية إقامة الدعوى العمومية

تخضع الدعوى العمومية في جرائم الغش بصفة عامة لنفس القواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية، غير أن هناك بعض الاستثناءات ترد على هذه القواعد في القانون رقم 13.83 تجعل منه قانوناً متميزاً على المستوى الإجرائي،²⁸ كإحالة محاضر إثبات المخالفات من طرف السلطة الإدارية على المحاكم الابتدائية، وبتقييده لسلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بقيود إجرائية لازمة ضماناً لحماية وممارسة حقوق الدفاع في أوجه صورها.

1 - القيد المنصوص عليه في الفصل 28 الذي ينص على أنه: "لا يجوز لوكيل الملك أو الوكيل العام للملك بعد تسلم الملف إجراء أية متابعة أمام المحكمة قبل أن يخبر عاجلاً المحتمل إنه مرتكب الغش وكذلك حائز البضاعة عند الاقتضاء بأن في إمكانهما الاطلاع في النيابة العامة على نتائج التحليل...".²⁹ ويلاحظ أن المشرع استخدم أسلوب الحزم بعدم المتابعة من طرف النيابة العامة إلا بعد إخبار المشتبه فيه وكذلك حائز البضاعة عند الاقتضاء أن في إمكانهما يفسر أن هذا الإجراء جوهرى بحيث إذا تم الإخلال به يكون باطلاً، وهذا ما تم تأكيده من طرف المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في أحد قراراته.

2 - القيد الوارد في الفقرتين 3 و4 من الفصل 39: حيث جاء فيه: "... وإذا تبين من فحص المختبر، فيما يخص البضائع المقننة معاييرها الجرثومية، أنها غير مطابقة للمعايير المذكورة سلم رئيس المصلحة المختصة إنذار إلى المعني بالأمر، وبعد الإنذار الثالث المسلم خلال أجل ستة أشهر على إثر عمليات مراقبة بفصل بينها شهر على الأقل يتخذ عامل صاحب الجلالة باقتراح من رئيس المصلحة المختصة التدابير التي يراها مقيدة لمنع البيع خلال المدة اللازمة.

وترفع ملفات المتابعة إلى وكيل الملك أو الوكيل العام للملك.

يستخلص من الفصل السابق أن مرحلة استعمال النيابة العامة لسلطتها في ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية تأتي بعد مرحلة إدارية نص عليها المشرع (تبقى فيها النيابة العامة عاجزة عن تحريك الدعوى بخصوص الجرائم المرتكبة إلى أن تستفيد الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 39 سالف الذكر - توجيه الإنذارات - وتمر المدة المحددة من طرف المشرع - 3 أشهر -) يضيفي خصوصية على إجراءات إقامة الدعوى العمومية في قانون زجر الغش في البضائع.

²⁸ - القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 108.83.1 بتاريخ 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984) منشور بالجريدة الرسمية 3777 بتاريخ 20 مارس 1985، ص 395.

²⁹ - قرار المجلس الأعلى تحت عدد 7497، مؤرخ في: 12/11/1987، في الملف الجنحي عدد: 86/5622 حيث جاء فيه ما يلي: "... إن الإجراء المشار إليه في الفصل 28 إجراء جنحي جوهرى يتعلق بالنظام العام" وبذلك قضى بنقض القرار لخرقه الإجراء، جواد الغماري، المرجع السابق، ص: 426 (مشار إليه في الهامش).

رابعاً: خصوصيات العقوبة في قانون زجر الغش في البضائع

رجوعاً للنصوص القانونية المنظمة لحماية المستهلك عامة والقانون رقم 13.83 خاصة، نجد أن المشرع قد استعان بالعقوبة بجميع أشكالها من عقوبات سالبة للحرية وغرامات.

ففيما يخص العقوبات السالبة للحرية، نجد المشرع غالباً ما يستخدمها حينما تكون المصلحة المهذرة تكتسي أهمية داخل مجموعة مصالح المستهلكين، كمصلحة المستهلك في حمايته من الخداع والخطر،³⁰ ومصلحته في الحصول على سلع بكميات وأسعار مناسبة خصوصاً إذا كانت هذه السلع تشكل ضروريات الحياة اليومية للمواطن إلى غير ذلك من المصالح الجديرة بالحماية الجنائية³¹

أما فيما يخص الغرامات، فهمها قبل في أهمية تقرير العقوبات السالبة للحرية، فإنه لا ينبغي التعليل من دور العقوبات المالية كجزاء فعال على الجرائم الاقتصادية، بصفة عامة، بفضل ما تتميز به من مزايا من حيث إنهاء عقوبة اقتصادية لا تكلف شيئاً بل هي مصدر إيراد لخزينة الدولة، هذا بالإضافة إلى ما يتمتع به من مرونة على صعيد التطبيق العملي حيث يمكن ملائمتها مع حالة المحكوم عليه المادية، كما وأنها عقوبة مؤلمة ورادعة في مواجهة أولئك الذين اختاروا طريق الجريمة بعقد الإثراء السريع كما هو الحال في الغش التجاري والمضاربة غير المشروعة.³²

بالإضافة إلى هذين النوعين من العقوبة، يلاحظ في القانون رقم 13.83 تدابير احترازية إدارية إذ جاء في الفصل 27 من هذا القانون، يجب على الموظفين المأمورين المبنيين في الفصولين 20 و21 أعلاه... إذا كان الأمر يتعلق بالتلبس بجريمة تزيف أو بيع مواد آنية مزيفة أو منتجات تبث أنها فاسدة أو سامة أو انتهى أجل صلاحيتها وجب حجز المنتج.

كما جاء في الفصل 28 على أنه: "إذا رأى المأمور محرر المحضر عند آخر عينة ما ولأسباب يجب بيانها في المحضر أن المنتج المأخوذة منه العينة مشكوك في صلاحيته، جاز له إشعار حائزة بوجوب إيقاف بيعه.

ويمكن حينئذ اتخاذ التدابير اللازمة بمبادرة من المأمور المذكور لتلافي عدم تنفيذ هذا المنع...". هذا عن الجانب النظري، ماذا إذن عن تعامل محاكم الموضوع ومحكمة النقض بخصوص تطبيق القانون رقم 13.83 وهو موضوع الدراسة المخصصة في المبحث الثاني.

30 - محمود نجيب حسني : "علم العقاب"، دار النهضة العربية، 1988، ص : 224.

31 - أحمد ضياء الدين محمد خليل : "الجزاء الجنائي بين العقوبة والتدبير"، بدون اسم المطبعة، السنة 1993، ص 15.

32 - عبد الرحمان محمد أبو توتة : "أصول علم العقاب"، منشورات ELGA، السنة 2001، ص 36.

المحور الثاني: التطبيق القضائي لمقتضيات ظهير 1984/10/05 المتعلق بزجر الغش في البضائع

يلعب القضاء دورا هاما في إعطاء دينامية وحركية للنصوص القانونية عن طريق تنزيلها على أرض الواقع، وتشكل متابعات النيابة العامة في حق الأشخاص، منطلقا لمعرفة التكييفات القانونية للأوصاف والأفعال الإجرامية المرتكبة.

وقد أخذ القانون رقم 13.83 المتعلق بزجر الغش في البضائع نصيبا له على مستوى العمل القضائي، وعلى هذا الأساس سنجاول في هذا المحور من الدراسة التركيز على التطبيق القضائي لمقتضيات القانون المذكور.

ومثالا لا حصرا اقتصرنا في هذه الدراسة على حكم المحكمة الابتدائية بالرباط تحت عدد: 928، بتاريخ: 1999/04/23، في الملف جنحي تلبسي تحت رقم: 99/831، إذ تابعت النيابة العامة بهذه المحكمة مجموعة من الأشخاص متهمين بارتكابهم جنحة الغش عن طريق الخداع والتدليس بواسطة منتجات فيها خطر على صحة الإنسان والمشاركة طبقا للفصول 1 و2 و5 من ظهير 84/10/05 والفصل 129 من القانون الجنائي.

وعلى هذا الأساس سنجاول استعراض مجموع الدفوع الشكلية المثارة بخصوص المتابعة المسطرة في حق المتهمين وإجراءات البحث والتحري (الفقرة الأولى)، على أن نقف بعد ذلك لدراسة الجوانب الموضوعية في الحكم محللين خصوصية النصوص القانونية موضوع المتابعة وكيف تعاملت المحكمة معها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: من حيث الشكل

تابعت النيابة العامة المتهمين بجنحة الغش عن طريق الخداع والتدليس بواسطة منتجات فيها خطر على صحة الإنسان والمشاركة طبقا للفصول 1 و2 و5 من ظهير 1984/10/05. والفصل 129 من القانون الجنائي.

وحيث باشرت الشرطة القضائية بالرباط إجراءات البحث والتحري تحت إشراف النيابة العامة المختصة.

وحيث أثار الدفاع مجموعة من الدفوع الشكلية قصد استبعاد المحاضر المنجزة في الموضوع.

أولا: الدفوع الشكلية المثارة بخصوص محاضر الضابطة القضائية

تقدم دفاع المتهمين بدفوع شكلية تصب برمتها في ملتمس أساسي مفاده استبعاد محاضر الضابطة القضائية ورفع حالة الاعتقال على مؤازريهم ومتابعتهم في حالة سراح. مستندي في ذكر على الأسباب التالية:

- أنه لم يتم ضبط الأظناء الذين يؤازرونهم في حالة تلبس طبقا للفصل 58 من ق. م. ج.

- أن محرر محضر الضابطة القضائية أشار إلى أن هؤلاء وقعوا على ذلك المحضر في حين أنهم أبصموا عليه رغم أنهم يعرفون القراءة والكتابة.
- أنه لم يتم تحديد أسماء الأشخاص الذين تم إشعارهم من عائلة الأظناء من لدن الضابطة القضائية.
- انعدام الخبرة التقنية إذ لم يتم عرض المحجوز عليها.
- أن الأظناء صرحوا بأنه تم طرق منازلهم على الساعة 12 ليلاً دون أن يحصل ضابط الشرطة القضائية على إذن من السيد وكيل الملك بالتفتيش.
- أن الوثائق الجوهرية الملف محررة باللغة الأجنبية ولم تتم ترجمتها مما يشكل مخالفة لقانون توحيد وتعريب المحاكم. فماذا كان جواب المحكمة؟ وهل كانت موفقة في ذلك أم لا؟

ثانياً: جواب المحكمة عن الدفوع الشكلية المثارة والرأي الشخصي من ذلك

بخصوص الدفع الأول المتعلق بعدم توافر حالة التلبس لعدم ضبط الأظناء على هذه الحالة من قبل ضابط الشرطة القضائية، أجابت المحكمة أنه بعد رجوعها على قرار السيد وكيل الملك الموماً إليه بمحاضر استنطاق المتهمين من طرفه واستقرائها لها تبين لها بكل جلاء أنه أسس قراره باعتقال الأظناء على الضوابط التالية: خطورة الأشغال، انعدام الضمانات وثالثاً لتوفر شكليات المحضر وعليه لا تدخل ضمنها حالة التلبس التي أشار إليها الدفاع وأنه لم يتم اعتقالهم بناء على ذلك المقتضى المتمثل في توفر حالة التلبس. وكان جواب المحكمة في هذه النقطة معلل تعليلاً كافياً ويتضح أن الدفع لم يبني على أساس قانوني سليم.

بخصوص الدفع المتعلق فإن ضابط الشرطة القضائية أشار إلى أن هؤلاء وقعوا على ذلك المحضر في حين أنهم أبصموا عليه رغم أنهم يعرفون القراءة والكتابة أجابت المحكمة إن مشروع قانون المسطرة الجنائية لم يشر إلى الحالة التي يبصم فيها الظنين على محضر الاستماع إليه وبالتالي لم يرتب جزاء قانوني على المحضر الذي يحمل بصمة المتهم التوقيع عليه، ثم إن البصمة هي أكثر ضماناً لحقوق المتهم من التوقيع إذ أن هذا الأخير قد يتم إنكاره في حين يستعصى ذلك بالنسبة للبصمة التي لا يمكن إنكارها ثم إنه تمشياً مع القاعدة الفقهية القائلة لا بطلان بدون نص، ومن ثم لا يسوغ تقرير ذلك الجزاء.

والرأي الشخصي بخصوص هذه النقطة أنها شكلت تضارباً على مستوى العمل القضائي فتماشياً مع التوجهات الجديدة لحقوق الإنسان اعتبرت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها على أنه: "أن محضر الضابطة القضائية في مجال الجنايات هو للاستئناس، وأن هذا الأخير يثار عندما يتمسك الخاضعون للحراسة أمام القضاء بعدم إفضائهم بالتصريحات المسجلة عليهم وعدم إمضائهم لأي محضر، فإن مبدأ الاستئناس ينفرد وتنعدم صلاحياته وتصبح غير قابلة للاطمئنان

إليها، واستخلاص القناعة على ضوءها.³³ ومن الحيثيات التي تتضمنها إحدى القرارات الصادرة بهذا الشأن عن نفس المحكمة المذكورة ما يلي: "حيث إن مقتضيات المادة 292 من ق. م. ج لا تضي على المحاضر المنجزة من قبل الشرطة القضائية قوة الإثبات القاطع إلا عند ثبوت صحتها من حيث الشكل، وحيث إن انتقار المحاضر للشكليات الأساسية، ومنها توقيع الخاضعين للحراسة النظرية..."³⁴، وهو ما سايرته المحكمة الابتدائية بوزان تماشياً مع نهج محكمتي الاستئناف بالرباط وبني ملال حيث قضت ببراءة المتهم مرتكزة على عدم إضائه على المحضر الذي تم إنجازه من طرف القائد.³⁵

وعلى النقيض من ذلك جاء عن هيئة أخرى بنفس المحكمة الابتدائية بالرباط في حكم لها ما يلي: "حيث لم يرتب المشرع قانون المسطرة الجنائية أي إجراء قانوني معلى المحضر الذي يبصم فيه الظنين عوض التوقيع عليه، لذا فإن الملتمس الرامي إلى استبعاد محضر الضابطة القضائية للسبب المذكور بحوزة السند القانوني وبالتالي ينبغي رفضه".³⁶

أما المجلس الأعلى فذهب في مجموعة من القرارات إلى أن عدم إمضاء المشتبه فيه على محضر البحث التمهيدي لا يؤثر على قوته الإثباتية بقوله: "لا يشترط لصحة المحضر من الناحية الشكلية، والمعتمد عليه في الإثبات أن يكون ممضياً عليه من طرف المتهم".³⁷ وجاء في قرار آخر أن: "المحضر المستوفي لما يشترطه القانون يقوم حجة لا يمكن دحضها إلا بقيام الدليل القاطع على مخالفته للواقع... ولا تعتبر توقيعات المتهمين ضرورية لصحة المحضر"³⁸

وهكذا يلاحظ أن موقف المحاكم مختلف بخصوص الدفع المتعلق بعدم توقيع المتهم للمحضر رغم صراحة النص القانوني، فالأحكام السابقة الصادرة عن المجلس الأعلى تتحدث عن محضر البحث التمهيدي الذي يوقع عليه مضابط الشرطة القضائية فقط ولا علاقة له بالمشتبه فيه، فالتوقيع هو المثبت لصدوره عن الضابط وبالتالي لاتسامه بالصفة الرسمية وبين محضر استجواب المشتبه فيه حيث لم ينص المشرع على وجوب إمضاء المصرح وبالتالي لا يترتب البطلان إذا امتنع هذا الأخير عن الإمضاء. ونفس الأمر ينطبق عن البصمة لا سيما وأن المشرع لم يتطرق إلى توفر المشتبه فيه على مستوى ثقافي من عدم.

بخصوص الدفع المتعلق بأن ضابط الشرطة القضائية لم يذكر أسماء الأشخاص الذين أشعرهم من عائلة الأظناء. أجابت المحكمة بأن مشرع قانون المسطرة الجنائية وتبعاً للتعديلات التي طرأت على ذلك القانون لم يلزم ضابط الشرطة القضائية فإن يورد بدقة وتحديد اسم الشخص الذي أشعره

³³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط ملف عدد 542/89 قرار جنائي صادر بتاريخ 15/19921.

³⁴ - قرار محكمة الاستئناف ببني ملال رقم 28/89 ملف عدد 271/89 صادر بتاريخ 27/10/89 مجلة الإشعاع عدد 3 ص 195.

³⁵ - مذكور في كتاب "عمل الضابطة القضائية بالمغرب ص 110 للأستاذ الحسن البوعيسى

³⁶ - ملف رقم 293/1999 حكم جنحي تلبسي عدد 294/99 صادر بتاريخ 1999/02/9 حكم غير منشور.

³⁷ - قرار المجلس الأعلى عدد 1042 بتاريخ 12/07/1973 قضية عدد 46413.

³⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 1117 شتنبر 1976 قضية عدد 46413.

من عائلته الظنين فإن هذا الأخير قد تم بدقة وتحديد اسم الشخص الذي أشعره من عائلة الظنين فإن هذا الأخير قد تم وضعه في الحراسة النظرية وكل ما في الأمر أنه وطبقاً للقانون ألزمه بإشعار عائلة المتهم ليس إلا. وجواب المحكمة هذا كان سديداً بالنظر إلى الالتزامات التي تفرضها النصوص القانونية على الضابط والتي لم تتعدى هذا الحد.

بخصوص الدفع المتعلق بانعدام الخبرة التقنية إذا لم يتم عرض المحجوز عليها:

أجابت المحكمة أنه وبعد الاطلاع على محتويات الملف اتضح لها بأن ضابط الشرطة القضائية بمجرد أن حجز الكيس البلاستيكي المحتوي على سقوط الحيوانات وضعه رهن إشارة المصالح البيطرية بولاية الرباط لتحديد البيانات الخاصة بها ومعرفة الحيوان الذي تنتمي إليه. كما أن تلك المصالح قد أودعت تحت شهادة مكتوبة في الموضوع مؤرخة في 1999/04/06. وأن من له مصلحة في إثارة عدم صحة ما جاء في تلك الشهادة إلا أن يسلك الطرق القانونية لإثبات ذلك.

وهذا الدفع غير مؤسس لأنه يعوزه الإثبات، وأن الدفاع كان عليه أن يطعن فيه بالزور ليس إلا.

بخصوص الدفع المتعلق بالتفتيش: أجابت المحكمة أنه ودون الدخول إلى المواد المسطرية التي تنظم مسألة تفتيش المنازل فإن الادعاء فإن هذا التفتيش قد تم من طرف ضابط الشرطة القضائية على الساعة 12 ليلاً يبقى عارياً من كل إثبات لأنه بالقيام بإطلاق سريعة على محضر الانتقال والتفتيش والحجز يتجلى بأن ذلك قد تم على الساعة 10 صباحاً من يوم 99/09/07 من لدن ضابط الشرطة وليس على الساعة 12 ليلاً كما جاء على لسان الدفاع.

والملاحظ شخصياً أن هذا الدفع بلورة للإثبات لأنه من الأمور الواقعية حتى يتسنى للمحكمة ترتيب جزاء البطلان على التفتيش.

بخصوص الدفع المتعلق بأن الخبرة جاءت محررة بلغة أجنبية: أجابت المحكمة بأن الاحتجاج بإعمال أحكام قانون تعريب القضاء بخصوص الوثائق المكتوبة باللغة الفرنسية والمتعلقة أساساً بشهادة المصالح البيطرية لولاية الرباط المدلى بها في الملف لا محل له في النازلة على اعتبار أن مقتضيات قانون تعريب القضاء والمحاكم إنما تسري على المرافعات والمذكرات التي يدلي بها أمام المحكمة عموماً ولا تنطبق على الحجج والوثائق. وهذا ما سار عليه اجتهاد المجلس الأعلى (انظر مثلاً قرار المجلس الصادر بتاريخ 1987/06/08).

وبناء على ما ذكر يتضح أن تلك الدفوع لا مرتكز على أي أساس من القانون لذا يتعين التصريح برفضها لعدم جديتها.

بخصوص هذا الدفع الأخير المتعلق بلغة المقدمة أمام المحاكم. إذ تصدت عدة نصوص قانونية وتنظيمية لتحديد نطاق لغة التقاضي والتي هي اللغة العربية تذكر منها ما يلي:

- الدستور الذي أكدت ديباجته بأن اللغة الرسمية للدولة هي اللغة العربية فهذا إذن تعهد من أسمى قانون بحماية اللغة العربية بأوساط المحاكم. إنه التزام يضيف حالة القداسة على هذه اللغة التي هي قبل كل شيء لغة القرآن الكريم.
- قانون 3/64 الصادر في 26/01/1965 المتعلق بتوحيد المحاكم والمغربة والتعريب في نصه الخامس الذي نص على ما يلي: "اللغة العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعات والأحكام".
- قرار وزير العدل رقم 65-414 بتاريخ 29/06/1965 الخاص باستعمال اللغة العربية أمام المحاكم الذي نص في فصله الأول على ما يلي: "يجب أن تحرر باللغة العربية ابتداء من فاتح يوليوز 1965 جميع المقالات والعرائض والمذكرات وبصفة عامة جميع الوثائق المقدمة إلى مختلف المحاكم".
- منشور وزير العدل عدد 278/1966 بتاريخ 10/02/1966 الذي جاء فيه أن على القضاء ألا يقبل أية مذكرة أو وثيقة من لدن المتقاضين متى كانت محررة بلغة أجنبية.
- اتفاقية التنظيم القضائي الموحد بين دول اتحاد المغرب العربي الموقع بنواكشوط بتاريخ 11/11/1992 حيث جاء في مادتها الخامسة ما يلي: "لغة المحاكم هي اللغة العربية وتسمع المحكمة أقوال المتقاضين والشهود الذين يجهلون بها بواسطة مترجم".
- قانون المسطرة المدنية حيث جاء في فصله 431 حول مرفقات الطلب الرامي إلى تبديل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ما يلي: "يقدم الطلب، إلا إذا نصت مقتضيات مخالفة في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك - مقال يرفق بما يلي:

1 - نسخة من الحكم الأجنبي.

2 - شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض.

3 - ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف أي عندما يكون الحكم الأجنبي وغيره من المستندات الأخرى مدونة بلغة أجنبية غير اللغة العربية.

ويلاحظ أن المشرع مناط يعبر صراحة على جزاء عدم تقديم ترجمة تامة للمستندات المذكورة. وكان حريا به أن يقرر صراحة هذا الجزاء بجعله هو عدم قبول الدعوى، ومع ذلك من اللازم احترام إرادة المشرع الرامية إلى وجوب تقديم الدعوى التامة أعلاه، وإلا سيكون من العبث أن يضيف المقتضى الرابع. زد على ذلك أن المحكمة المرفوع إليها الطلب عليها طبقا للفصل 430 من قانون المسطرة المدنية تأكد من عدم مساس أي من محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي فمن باب أولى أن تأكد من أن الشكل الذي أفرغ الحكم الأجنبي غير مخالف لهذا النظام فلو كان الحكم باللغة العربية كأن يكون صادرا عن قضاء دولة عربية أخرى فإن المحكمة سوف تتأكد فقط

من عدم تعارض مضمونه مع النظام العام المغربي، وإلا أي في الحالة التي يكون مدونا بلغة أجنبية فإن شكله غير مقبول لمخالفته للنظام العام المغربي باعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة بصراحة الدستور، فضلا عما جرى عليه العمل قضاء، تطبيقا لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، من أن عدم تقديم مستندات الدعوى يؤدي إلى عدم قبول الدعوى. وقد استقر المجلس الأعلى على القول بأن نطاق لغة التقاضي أيضا يشمل فقط، تطبيقا لقانون المغربية والتوحيد والتعريب، المداولات والمرافعات والأحكام دون الوثائق.

جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 17-06-1992 بأنه ليس من الضروري اللجوء إلى المترجم قصد ترجمة وثيقة محررة بلغة أجنبية إلى العربية مادامت المحكمة آتت القدرة نهجها دون الاستعانة بالمترجم وما دام أن اللغة العربية إنما مطلوبة في المرافعات وتحرير المذكرات.

وعلى سبيل المقارنة فإن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية ذهبا إلى القول بأن اللغة الفرنسية هي لغة الوثائق وجوبا استنادا إلى مقتضيات الأمر الملكي المؤرخ في 10/08/1539 والموقع عليه من طرف الملك فرنسوا الأول والذي نص على أن جميع المستندات القانونية والموثقة يجب أن تحرر باللغة الفرنسية وهذا الموقف تدعم بالتعديل الدستوري المؤرخ في 25-06-1992 الذي أصبح بمقتضاه، ينص الفصل الثاني من الدستور على ما يلي: "الفرنسية هي لغة الجمهورية!" إضافة إلى القانون المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية بتاريخ 04/08/94 الذي نص على أن الفرنسية هي لغة المرافق العامة (Services publics) جاء في فصله الأول "اللغة الفرنسية هي لغة التعليم، العمل، المبادلات والمرافق العامة" ويقول المجلس الدستوري الفرنسي في قراره عدد 93-373 بتاريخ 09/04/96 فإن اللغة الفرنسية يشمل نطاقها "الأشخاص المعنوية للقانون العام وأشخاص القانون الخاص وذلك أثناء ممارسة مهمة تتعلق بمرفقي عمومي وكذلك بالنسبة للمرتفقين في علاقاتهم مع الإدارات والمرافق العمومية".

وخلاصة القول إن القاضي اليوم بإمكانه ترجمة الحجج المدلى بها أمامه كتابيا أو بأمر الأطراف بتقديم الترجمة الكاملة لها دون أن تترتب على عدم الإدلاء بها الجزاء المتعلق بعدم قبول الدعوى أو بطلان الوثيقة سيرا على ما جاء به قضاء المجلس الأعلى واستنادا أيضا إلى ما تفرضه ظروف الواقع الراهن من ضرورة انفتاح القاضي على اللغات الأخرى.

الفقرة الثانية: دراسة الحكم من حيث الموضوع

تابعت النيابة العامة المهتمين من أجل ارتكابهم جنحة الغش على طريق الخداع والتدليس بواسطة منتجات فيها خطر على صحة الإنسان والمشاركة طبقا للفصول 1 و2 و5 من ظهير 1984/10/05 والدخل 129 من ق. ج. فإلى أي حد توفقت في إبراز الأركان اللازمة لقيام الفعل الأصلي وفعل المشاركة من جهة، والعقوبة التي أصدرتها في حق المتهمين من جهة ثانية.

الفقرة الأولى: الفعل الأصلي لجنحة الغش عن طريق الخداع والتدليس بواسطة منتجات فيها خطر على صحة الإنسان

1 - النصوص القانونية

- نص الفصل 1 على أنه: "يعد مرتكبا الغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به أو قام خرقا لأحكام هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه أو خلافا للأعراف المهنية والتجارية، بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما...".
- نص الفصل 2 على أنه: "يمكن مضاعفة العقوبات المنصوص عليها في الفصل السابق إذا ارتكب الخداع أو التزييف أو التدليس بواسطة منتجات أو معالجات فيها خطر على صحة الإنسان والحيوان أو باع الفاعل أو عرض للبيع لحما أو إسقاطا لحيوانات يعلم أنها ماتت بأمراض أثبت الفحص أنها معدية أو أمراض طفيلية تنتقل إلى الإنسان أو الحيوان أو أنها ذبحت لإصابتها بالأمراض المذكورة".
- نص الفصل 5 على أنه: "تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفصل الأول على: "كل من زيف مواد غذائية يستهلكها الإنسان أو الحيوان أو مواد مستعملة للمداواة أو مشروبات أو كل منتجات فلاحية أو طبيعية معدة للبيع أو التوزيع.
- كل من استورد مواد غذائية يستهلكها الإنسان أو الحيوان أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية أو حاول استيرادها أو صنعها أو عرضها أو قدمها للبيع أو باعها أو وزعها وهو يعلم أنها مزيفة أو فاسدة أو سامة.
- كل من استورد أو منع أو حاز من أجل البيع أو التوزيع مواد غذائية أو مشروبات معدة لاستهلاك الإنسان أو الحيوان أضيفت إليها لأي سبب من الأسباب ولا سيما من أجل حفظها أو تلوينها أو تعطيها أو تحليلتها بمواد كيميائية أو بيولوجية أو من أي نوع آخر أو عرضت لإشعاعات قد تغير ماهيتها أو خصائصها ما لم يكن ذلك مرخصا به.
- كل من استورد مواد مستعملة للمداواة مزيفة أو فاسدة أو انتهى أجل صلاحيتها أو حاول استيرادها أو صنعها أو عرضها أو قدمها للبيع أو باعها أو وزعها.
- كل من استورد منتجات أو حاول استيرادها أو صنعها أو عرضها أو قدمها للبيع أو باعها أو وزعها وهو يعلم أنها معدة لتزييف مواد غذائية يستهلكها الإنسان أو الحيوان أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية أو مواد مستعملة للمداواة.
- كل من جعل مواد غذائية أو مشروبات في تماس مع أشياء مركبة من مواد غير المواد المأذون في استعمالها.

ثانياً: التكييف القانوني للجرائم المرتكبة من طرف المحكمة

1 - بخصوص الفعل الأصلي

وهو الفعل المتمثل في جنحة الغش عن طريق الخداع والتدليس بواسطة منتجات فيها خطر على صحة الإنسان. والمتاح بها المضمون من قبل النيابة العامة طبقاً للفصول 1.2.ق من ظهير 1984/10/5.

وحيث استجوب المتهمون من طرف الضابطة القضائية فأكد أمامها المتهم (ش. د) فإنه عندما توطدت العلاقة بينه وبين المتهم (ج. ب) المكلف بذبح وسلخ الحمير بالحديقة الوطنية للحيوانات أخذ يتصل به بمنزله ويزوده بأمعاء وأحشاء الحمير مقابل مبلغ قدره: 560 و 100 درهم وبذلك لم يعد يقتني أمعاء البقر من المجزرة البلدية مكتفياً بأحشاء الحمير إذ يقوم بطحنها ومزجها بعدة توابل مع زيادة الفلفل الأحمر الأشد مرورة إضافة إلى مادة الثوم وشحم البقر حتى تأخذ النقانق طابعا يصعب على المستهلك اكتشاف تركيبها من امعاء الحمير دون أن يبالي بما يعود على المستهلكين من ضرر بصحتهم ثم يشرع في بيعها بالشارع ... العكاري ولهذا هو الركن المادي للجريمة).

واتفق المتهم (ش. د) مع المتهم الآخر (ج. ب) الذي يشغل في الحديقة بأن مواعدهما السور المحادي للحديقة ليترك له هناك كيسا بلاستيكي يحتوي على أمعاء الحمير التي قام بذبحها وسلخها فيلتقطها ويضعها على متن دراجته ليتم ... في المساء.

وبالفعل توجه المتهم (ش. د) إلى عين المكان ليجد بين الأعشاب كيسا بلاستيكي وبعدما تبين له بأن الشيء الموجود في الكيس هو امعاء الحمير حملها على متن دراجته وهذا علم مسبق بأن البضاعة هي إسقاط الحيوانات يعلم أنها غير قابلة للاستهلاك (هنا يستشف الركن المعنوي للجريمة).

ويعتبر المتهم (د. ش) مرتكبا الغش عن طريق الخداع أو التزييف لكونه غالط جمهور المستهلكين الذين يتوافدون عليه بالوسائل المتاحة له (الثوم، الفلفل، شحم البقر..). ليحور جوهر المنتجات التي يقوم ببيعها وهو يعلم عدم قابليتها للاستهلاك وأنها تحوي خطرا على صحة الإنسان.

بالنسبة لأخوته (ع. د) (ع. ب. د) (ع. د) فرغم عليهم فإن أخوهم المتهم (ش. د) يتصل بأحد الجزارين بمجزرة الحيوانات الكائنة بالحديقة الوطنية ويقوم بصنع النقانق من أحشاء الحمير التي يتزود بها من ذلك الشخص فإنهم يتجاوزون منه بتلك النقانق المنضمة لأحشاء الحمير ويعملون على بيعها للعموم بعد إيهامهم بأنها مصنوعة من البقر مما جعلهم يحصلون على محصول كاف لتسديد مطالبهم وحاجياتهم اليومية.

ما يمكن القول هنا هو أن المحكمة قد توقفت في إبراز الركون المادي والركن المعنوي للجريمة الذي غالبا ما تستشفه المحكمة بخصوص الجرائم الاستهلاكية من ظروف وملابسات القضية،

وهو ما يشكل عيبا في غالبية الأحكام القضائية المتعلقة بهذه النقطة بالذات لاسيما وأن الأمر يتعلق بجنح يصل الحد في العقاب عنها أكثر من خمس سنوات.

2 - بخصوص أفعال المشاركة

وهذه الأفعال هي التي توبع بها المتهم (ب. ج) والمتهم (ح. ز) والمتهم (ش. د) إذ أن الأول هو الذي ساعد الفاعل الأصلي (ش. د) في العمل المقترف من لدن هذا الأخير مع علمه بذلك إذ أنه كان يرمي بأكياس تحتوي على امعاء الحمير للمتهم (ش. د) حيث كان هذا الأخير يحملها على متن دراجته ويقوم بتحضيرها وبيعها للعموم ويزود إخوانه أيضا بها لبيعها وأنه قام بهذا العمل لمرات متعددة مما يؤكد ارتكابه لجنحة المشاركة التي تستوجب فقها وقضاء العلم والتكرار لتحقيقها، لأنه لولا عمله ذلك لما تمكن المتهم (ش. د) من القيام بعمله الاجرام وفعل المشاركة ... كذلك على المتهم (ح. ز) الذي تولى في غيبة المتهم (ب. ج) رمي الأكياس البلاستيكية المحتوية لأحشاء الحمير بعدما يوهم المسؤولين عن الحديقة الوطنية بأنه يدفنها والحال أنه يلقي بها بالخارج تنفيذا للاتفاق المجرم بينه وبين المتهم (ب. ج) وذلك لعدة مرات.

كما أنه علاوة على تقديم تلك المساعدة أو الاعانة فإن المتهمين (ش. د) و(ب. ج) و(ح. ز) بعملهم السالف الذكر قد قدموا منتجات فيها خطر على صحة الإنسان وهي التي أستعملها المتهم (د. ش) وإخوانه الثلاثة في ارتكاب فعلهم المتمثل في الغش في تلك المنتجات مع علمهم اليقين بأنها ستستعمل في ذلك أي في تصريفها لجمهور المستهلكين وبذلك تكون صورتا المشاركة الواردتان في الفقرتين 2 و3 من الفصل 129 من ق. ج منطبقتان عليهما.

كما أن المحكمة جعلت الوصف على المشاركة ينطبق على الفعل الأصلي إذ تابعت المتهمين بالفعل الأصلي بجنحة الغش عن طريق الخداع والتدليس بواسطة منتجات فيها خطر على صحة الانسان، وجعلت من المتهمين (ب. ج) و(ح. ز) مشاركين في هذه الجريمة، عوض التكيف الذي تابعت به النيابة العامة. ثم إن المحكمة قد تعرفت على أن الأمر يتعلق بالغش عن طريق الخداع والتدليس من خلال (شهادة المصلحة البيطرية البلدية المؤرخة في: 99/04/06 والتي يستشف بأن تلك الأحشاء هي لحيوان الحمير وأنه يمنع بيعها، كما جعلت من القوة الثبوتية التي أسبغها المشرع على مضمن محاضر الضابطة القضائية وسيلة إثبات كافية لمؤاخذة المتهمين.

يضاف إلى ذلك أن المحكمة أزالت مقتضيات الفصل الخامس من ظهير 1984/10/05 الذي توبع به الأظناء لغيباب مجال إعماله في نازلة الحال، وعللت ذلك بكون ما دام الأمر يتعلق بإسقاطات الحيوانات تحوي خطرا فضيعا على صحة الإنسان فإن الفصل الثاني من ظهير المتابعة هو الواجب إعماله، والذي ينص على مضاعفة العقوبة المشار إليها في الفصل الأول من نفس الظهير.

وتكون المحكمة بتوجهها قد ألبست وقائع النازلة لبابها القانوني السليم، وتكون العقوبة التي أصدرتها في حق الفاعلين الأصليين والتي بلغت 8 سنوات حبسا نافذا أو غرامة نافذة قدرها 10.000 درهم وعلى المشاركين بخمس سنوات حبسا نافذة و غرامة قدرها 5000 درهم ومصادرة

الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء النصوص الخاصة "ظهير 1984 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع نموذجاً"

المحجوزات لفائدة إدارة الأملاك المخزنية، تبقى عقوبة رادعة بالنظر لخطورة الأفعال الإجرامية لاسيما وارتباطها بصحة الإنسان.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم قد استأنف بتاريخ 1999/11/4 وتم تأييده (مراجع القرار الملف عدد 99/5523، حكم جنحي عدد 8/26) كما تم تقديم طعن النقض فيه، إلا أنه تم التصريح فيه بعدم القبول لعدم تقديم المذكرة داخل الأجل طبقاً لما تنص عليه مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 579 من قانون المسطرة الجنائية.

وختاماً يمكن القول إن هذا الحكم ما هو إلا نموذج من القضايا التي عرضت على المحاكم المغربية، إلا أنه تميز بتنزيله السليم لمقتضيات ظهير 1984 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع من جهة، ولما ملسته للحماية الجنائية للمستهلك التي يتوخاها المشرع من جهة ثانية، إلا أن هذه الحماية التي يوفرها الظهير المذكور أبانت عن قصورها، مما جعل المشرع يدعمه بترسانة جديدة من النصوص الاستهلاكية ويبقى الضمير والأخلاق الواجب توافرها في المهني خبير علاج وخير حماية لصحة الأمة.

لائحة المراجع

- القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 108.83.1 بتاريخ 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984) منشور بالجريدة الرسمية 3777 بتاريخ 20 مارس 1985، ص 395.
- **محمد شعبي:** "الحماية القضائية للمستهلك في مادة زجر الغش في البضائع، محاكم الدار البيضاء نموذجاً"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد العاشر، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، ص 799.
- **محمد السيد عمران:** "حماية المستهلك أثناء تكوين العقد"، منشأة المعارف، الإسكندرية، السنة 1986.
- **محمد بوفادي:** "حماية المستهلك في ضوء قانون زجر الغش في البضائع"، إصدارات السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، مجلة محكمة، العدد 1، السنة 2003.
- **محمد براهيم:** "قراءة لمفهوم الغش في إطار ظهير 5 أكتوبر 1984"، عرض غير منشور ألقى على الفوج 28 من الملحقين القضائيين، السنة 2000.
- **أحمد ابران:** "حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2000.
- **عبد الحميد أخريف:** "حقوق المستهلكين: الإشهار والحق في الاختيار"، مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق بفاس، منشور بموقع
- أحمد ضياء الدين محمد خليل: "الجزاء الجنائي بين العقوبة والتدبير"، بدون مطبعة، السنة 1993.
- **محمود نجيب حسني:** "علم العقاب"، دار النهضة العربية، السنة 1988.
- **عبد الرحمان محمد أبو توتة:** "أصول علم العقاب"، منشورات ELGA، السنة 2001.
- محاضرات الأستاذ محمد مومن في الحماية الجنائية للمستهلك طلبة الفصل الثالث بسلك الماستر العلوم الجنائية وحقوق الإنسان.
- قرار المجلس الأعلى عدد 907/8 المؤرخ في 1/4/99 في الملف الجنائي عدد 17 833/3/9/97، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 55.
- حكم رقم 3931 بتاريخ 20/3/2006 في الملف رقم 2007/16/2418 بين شركة لوسبور كريستال ش.م ضد شركة صافولا المغرب ش.م، حكم غير منشور.

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط ملف عدد 542/89 قرار جنائي صادر بتاريخ 15/19921.
- قرار محكمة الاستئناف ببني ملال رقم 28/89 ملف عدد 271/89 صادر بتاريخ 27/10/89 مجلة الإشعاع، العدد 3.
- قرار المجلس الأعلى عدد 1042 بتاريخ 12/07/1973 قضية عدد 46413.
- قرار المجلس الأعلى عدد 1117 شتنبر 1976 قضية عدد 46413.
- http://www.geocities.com/guid_conso/index_files/Page919.htm consulté le 18/5/2007 »
- C. Moudden : « *la publicité mensongère* », faculté de droit de Fès, UFR droit de la concurrence et de la consommation, article non publié à notre connaissance, 2004/2005
- Revue du réseau propriété intellectuelle et lutte anti -contrefaçon, n° 8 Mars/Avril,2006, publié à :
- <http://www.exporter.gouv.fr/exporter/Pages.aspx?iddoc=251&pex=1-2-41-205-251> « consulté le 15/5/2007 »

امتياز ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بين القانون والعمل القضائي

البشير وبلا

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بسلا
جامعة محمد الخامس بالرباط

يعتبر الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مؤسسة عمومية مكلفة بتسيير نظام الضمان الاجتماعي للأجراء، فقد نص الفصل الأول من ظهير الضمان الاجتماعي¹ الصادر في 27 يوليوز 1972 على أنه "يبقى معهودا بتسيير الضمان الاجتماعي إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الذي يعتبر بمثابة مؤسسة عمومية موضوعة تحت الوصاية الإدارية للوزير المكلف بالتشغيل".

إن طابع المؤسسة العمومية الذي أعطاه المشرع لمؤسسة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أضفى على ديون هذه المؤسسة صفة الدين العمومي بنص المادة الثانية من مدونة تحصيل الديون العمومية²، وتتشكل هذه الديون بشكل أساسي من الاشتراكات التي يقطعها المشغل من أجرة الأجير إضافة إلى النسبة التي يؤديها المشغل، وتحدد هذه النسب بموجب مراسيم وقرارات خاصة بذلك، بإحالة صريحة من الفصل 19 من ظهير 1972.

وباعتبار المشغل هو المسؤول الوحيد عن أداء واجبات الاشتراك بصفة دورية، فإنه يكون الوحيد المدين بها لفائدة الصندوق بنص الفصل 21 من الظهير الذي جاء فيه ما يلي: "يعتبر المشغل مدينا إزاء الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بمجموع واجب الاشتراك ويكون مسؤولا عن أدائه".

فيعد أن يقوم المشغل بالانخراط في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، يتوصل دوريا كل شهر أو كل ثلاثة أشهر بقائمة التصريحات أو يتقدم أمام إدارة الصندوق ويحصل على هذه القوائم ليقوم بملئها، ثم يوجهها للصندوق مباشرة أو عبر البريد في العاشر من كل شهر، ويمكن للمشغل بناء على طلب منه القيام بالتصريح عبر الانترنت³.

¹ - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.72.184 صادر في 27 يوليوز 1972 يتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، جريدة رسمية عدد 3121 بتاريخ 23 غشت 1972، ص2178.

² - القانون رقم 15.97 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 بتاريخ 03 مايو 2000، الجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ 01 يونيو 2000، ص1256.

³ - الفصل 27 من النظام الداخلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، المصادق عليه بموجب قرار وزير التشغيل والتكوين المهني، رقم 1148، بتاريخ 20 مايو 2013.

تعد قائمة التصريحات عبارة عن أمر بالتحويل مسحوب على البنوك، يقتطع من حساب المشغل ويودع في حساب الصندوق المفتوح لدى البنك المعني، ولسبب من الأسباب لا يؤدي المشغل واجبات الاشتراك التي تقابل قائمة التصريحات فينشئ في ذمته الدين العمومي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، والذي يفرض على المشغل أداءه إما طواعية، أو جبرا عن طريق أعمال مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية.

وتتميز ديون الضمان الاجتماعي، عن غيرها من الديون العمومية المشابهة كالديون الضريبية، بمجموعة من الخصائص المميزة، فالإ جانب كونهما يشتركان في الصفة القانونية للدائن الذي يعد شخصا من أشخاص القانون العام، فإنهما يعتبران من الديون المحمولة كغيرهما من الديون العمومية، أي أنه على المدين أن يحمل الدين إلى دائنه، لا على الدائن أن يطالب به ويسعى لقبضه، فهي ديون إقرارية من حيث المبدأ.

بالإضافة إلى هذا، فقد اعتبر المشرع ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ديونا ممتازة بنص الفصل 28 من ظهير 1972، لما لهذا الامتياز من دور أساسي في إضفاء الضمان على استخلاص هذه الديون التي تعد الشريان الأساسي لحركة نظام الضمان الاجتماعي ككل.

ويعرف الامتياز بأنه حق مصدره القانون، إذ حيث لا يوجد نص لا يمكن أن يوجد امتياز، فقد عرف المشرع المغربي الامتياز في الفصل 1243 من قانون الالتزامات والعقود⁴ بما يلي: "الامتياز هو حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين"، كما عرفه في المادة 142 من مدونة الحقوق العينية⁵ بما يلي: "الامتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين".

أي أنه حق يعطي صاحبه الأولوية على باقي الدائنين في استيفاء دينه، فالفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن "الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية، وتتحدد الأفضلية بين الدائنين الممتازين على أساس الأنواع المختلفة للامتيازات".

فالامتياز حق أفضلية يمنحه القانون لبعض الديون، نظرا لسبب الدين، لتمكين الدائن الذي يتمتع بالامتياز أن يخول له الأولوية على باقي الدائنين فيما يخص توزيع ثمن الأمتعة وغيرها من الأشياء المتعلقة بالمدين.⁶

4 - ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.
5 - القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، 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.
6 - تعريف الفقيه Pierre SCHONSECK، أورده عبد اللطيف العمراني ومراد الخروبي، الإصلاح الجديد في ميدان تحصيل الضرائب والديون العمومية، مؤلف منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 22 سنة 2000، ص 138.

وبشكل عام، قد يكون حق الامتياز عاما يقع على كل أموال المدين، كما قد يكون خاصا فيرد على منقول أو عقار معين، فإذا كان حق الامتياز عاما كما هو حال الامتياز المقرر للخرانة العامة، فلا يلزم شهر الحق سواء تقرر على عقار أو على منقول، كما أن سلطة الدائن بحق ممتاز تتحدد في هذه الحالة بسلطة الأفضلية دون أن يكون له حق تتبع المال في يد مالكة الجديد، أما إذا كان حق الامتياز حقا خاصا، فإنه لا يحق لصاحب الحق الممتاز أن يحتج بحقه في مواجهة الحائز حسن النية الذي انتقلت إليه حيازة المنقول وهو يجهل بوجود حق الامتياز، لكن إذا ورد حق الامتياز الخاص على عقار، فإنه يلزم قيد حق الامتياز حتى يمكن لصاحب هذا الحق الاحتجاج به على الغير.⁷

لذلك سنحاول في هذه الدراسة الوقوف عند الطبيعة القانونية للامتياز الذي تتمتع به ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وأثار هذا الامتياز على مباشرة الصندوق لمسطرة الإشعار للغير الحائز من أجل تحصيل ديونه العمومية، وكذا الوقوف عند التضارب القضائي الحاصل في هذا المجال.

المبحث الأول: طبيعة امتياز ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي

من بين الضمانات القانونية التي يملكها الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من أجل استخلاص ديونه، حق الامتياز، والذي يسمح للصندوق باستخلاص ديونه بالأسبقية، لذلك تعتبر ديون الضمان الاجتماعي ديون امتيافية، بنص الفقرة الثالثة من الفصل 28 من ظهير 1972.

ينص الفصل 28 من ظهير الضمان الاجتماعي على ما يلي: "يضع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في حالة تأخير أداء واجبات الاشتراك وفي الحالات المشار إليها في الفصل 27 قائمة بالمداخل ليتأتى استخلاص جميع أو بعض واجبات الاشتراك والزيادات فيها والغرامات المفروضة عليها وكذا التعويضات التي تقاضاها الشغال بصفة غير قانونية أو التي احتفظ بها من غير موجب المشغل بعد أن وجهها إليه الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي طبقا للفصل 42.

ويباشر الاستخلاص وتجري المتابعات عند الاقتضاء كما هو الشأن في الضرائب المباشرة خلال أجل أربع سنوات يبتدىء من تاريخ تبليغ قائمة المداخل القابلة للتنفيذ إلى الملزم بالأداء.

وفيما يرجع لاستخلاص الديون المقررة في الفقرة الأولى أعلاه ولصوائر المتابعات يخول الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي امتيازاً عاما يسري مفعوله خلال نفس المدة المبينة أعلاه على جميع المنقولات والأمتعة التي يملكها المدينون له أينما كانت. ويرتب الامتياز العام المخول للصندوق مباشرة بعد الامتياز المخول للخرينة".

وباعتبار ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ديونا عمومية، كما هو منصوص عليه في المادة 2 من مدونة التحصيل التي نصت على أنه "تعتبر ديونا عمومية بمقتضى هذا القانون: سائر الديون الأخرى لفائدة الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية التي يعهد بقضائها

⁷ - إدريس الفخوري، الحقوق العينية وفق قانون 39.03، طبعة 2013، ص195.

للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، باستثناء الديون ذات الطابع التجاري المستحقة لفائدة المؤسسات العمومية".

فإن هذه الديون تبقى متمتعة بالامتياز المنصوص عليه في الباب السادس من مدونة تحصيل الديون العمومية تحت عنوان الضمانات والامتيازات، خاصة المادة 109 التي تنص على ما يلي: "تتمتع الخزينة أيضا بامتياز عام على الأثاث والمنقولات الأخرى التي يملكها المدينون أينما وجدت وذلك من أجل تحصيل الديون الأخرى غير تلك المنصوص عليها في المادة 105 أعلاه.

ويأتي هذا الامتياز العام في المرتبة الموالية لامتياز الخدم والعمال والأعوان والمستخدمين الآخرين بالنسبة لأجورهم ويمارس ابتداء من تاريخ إصدار الأمر بالمدخل أو تاريخ حلول أجل الدين".

بالرجوع إلى الفصل 28 من ظهير الضمان الاجتماعي في فقرته الأولى، يتضح نطاق الامتياز الممنوح للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، إذ يرد هذا الامتياز من أجل استيفاء:

- جميع أو بعض واجبات الاشتراك والزيادات فيها والغرامات المفروضة عليها.
- من أجل تحصيل الغرامات الناتجة عن عدم احترام الأحكام المتعلقة بدفع الاشتراكات.
- من أجل استرجاع التعويضات التي تقاضاها الشغل بصفة غير قانونية أو التي احتفظ بها من غير موجب المشغل.

أي أن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يستفيد من الامتياز المذكور من أجل استرجاع المصروفات القضائية وصوائر المتابعات، وعلى كل، فإذا كان الامتياز كمؤسسة قانونية فعالة لحماية أموال المؤسسات العمومية كما هو الشأن هنا، فإن هذا الامتياز المخول للصندوق تعثره بعض النقائص.

خاصة وأن حق الامتياز الممنوح للصندوق لا يشمل جميع أموال المدين، وإنما أمواله المنقولة وأمتعته فقط، لذلك فالامتياز المذكور لا يرد على الأموال العقارية للمدين، ولا يسري مفعوله إلا لمدة محددة في أربع سنوات ابتداء من تبليغ قائمة المداخل القابلة للتنفيذ، كما أن هذا الامتياز يأتي في المرتبة الثانية بعد الامتياز المخول للخزينة العامة.

وفي نطاق القانون المقارن، نجد أن هناك بعض القوانين، تمنح امتيازاً قانونياً مهماً لمؤسسات الضمان الاجتماعي، وعلى سبيل المثال نجد القانون الفرنسي يعطي الامتياز لديون الأجراء والضمان الاجتماعي على باقي الديون، ونفس الأمر بالنسبة للقانون التونسي الذي يعطي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في تونس نفس الامتياز القانوني المخول لفائدة الخزينة العامة للدولة،

ونجد المشرع المصري يمنح للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، امتيازاً عاماً يرد على جميع الأموال المنقولة والعقارية.⁸

بالتالي فإن الامتياز المخول للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي المغربي يبقى ضعيفاً بالنظر إلى كل هذه الثغرات والنقائص التي تعترى النص القانوني المنظم لحق الامتياز، فحري بالمشرع المغربي وضع إطار قانوني جديد لحق الامتياز المخول للصندوق من أجل ضمان استخلاص ديونه والحفاظ على أمواله.

إن الامتياز العام الممنوح لديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بموجب الفصل 28 من ظهير 1972 المتعلق بالضمان الاجتماعي، أو بموجب المادة 109 من مدونة تحصيل الديون العمومية، عرف اختلافاً على مستوى العمل القضائي في تحديد طبيعته ومداه.

فقد ذهبت معظم المحاكم إلى اعتبار امتياز ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي مشابهاً لامتياز الخزينة ويرتب نفس الآثار، خاصة تخويل الصندوق إمكانية تحصيل ديونه عن طريق مباشرة مسطرة الإشعار للغير الحائز المنصوص عليها في المادة 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

⁸- الحاج الكوري، قانون الضمان الاجتماعي دراسة تحليلية ومقارنة، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2001، ص 103.

المبحث الثاني: أثر امتياز ديون الضمان الاجتماعي على مباشرة مسطرة الإشعار للغير الحائز

لم يعرف المشرع المغربي الإشعار للغير الحائز تعريفاً خاصاً ومستقلاً، بل تطرق إليه في الباب الخامس من مدونة تحصيل الديون العمومية والمعنون بالتزامات المودع لديهم والأغيار الحائزين.⁹

ويمكن تعريف الإشعار للغير الحائز بأنه مسطرة يباشرها المحاسب المكلف بتحصيل دين عمومي، ثابت أو منازع فيه، ضد المدين، بين يدي مؤسسة ثالثة حائزة، مجبرة بقوة القانون بتسليم المبالغ المطالب بها، دون أي تحقيق في الدين أو حكم مسبق بل عن طريق مجرد سند تنفيذي، أو أنه يهدف إلى إجبار الغير لتسليم المبالغ التي يحوزها أو هو مدين بها للملزم وفاء بالضرائب والرسوم والديون الأخرى الواجبة على الغير والمتمتعة بامتياز الخزينة.¹⁰

فالإشعار للغير الحائز يشكل إجراء يشبه إلى حد ما الحجز لدى الغير، ويتجلى ذلك في كون الأمر يتعلق بدين ثابت ومحقق وحال الأداء، ويستوفى الدين في آخر المطاف من لدن شخص ثالث وهو المحجوز بين يديه المبلغ المالي.¹¹

وهكذا، فإن الإشعار للغير الحائز، وسيلة قانونية تمكن المحاسب المكلف بالتحصيل بصفة مباشرة من استخلاص الديون العمومية بين يدي الأغيار الحائزين لها، وذلك بعد استفاد مرحلة التحصيل الرضائي التي منحها المشرع للمدين من أجل تسوية وضعيته بشكل حبي، فهي إذن مسطرة جبرية تنطوي على وسيلة الإكراه المباشر التي تتمتع بها مختلف السلطات المالية المحددة قانوناً.

إلا أن إعمال مسطرة الإشعار للغير الحائز، رهين بتمتع الدين العمومي المراد تحصيله بامتياز الخزينة، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 101 من مدونة التحصيل، وهو ما يجعل كل عناصر القائمة الحصرية للديون العمومية الواردة في المادة 2 من المدونة بما فيها ديون المؤسسات العمومية غير ذات الطابع التجاري، مشمولة بهذا الإجراء وذلك باستحضار مقتضيات كل من المادة 101 والمادة 109 ثم المادة 137 من ذات القانون.

إن الامتياز الممنوح لديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، بموجب ظهير 1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي، وبموجب مدونة تحصيل الديون العمومية، عرف اختلافاً على مستوى

⁹ - تنص المادة 101 من مدونة التحصيل على أنه " يتعين على المحاسبين العموميين والمقتضدين والمكترين وكل الحائزين أو المدينين الآخرين بمبالغ يملكها أو ينبغي أن تعود لفائدة الملزمين بالضرائب والرسوم والديون الأخرى المتمتعة بامتياز الخزينة، أن يدفعوا وفاء عن الملزمين، بناء على طلب المحاسب المكلف بالتحصيل على شكل إشعار للغير الحائز، الأموال التي يحوزونها أو التي يدينون بها وذلك في حدود المبالغ الواجبة على هؤلاء الملزمين".

¹⁰ - ابتسام بغدالي، مسطرة الإشعار للغير الحائز بين التسليم الفوري و الناقص في التفعيل، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 9 لسنة 2015، ص 20.

¹¹ - عزيز بودالي، مدى اختصاص قاضي المستعجلات بالنظر في طلب رفع الإشعار للغير الحائز الذي يوقعه القابض أم أن الأمر يتعلق بمنزعة موضوعية تخرج عن نطاق اختصاصه، مقال منشور بمجلة المحاكم الإدارية، عدد 3 ماي 2008، ص 114.

العمل القضائي، خاصة تخويل الصندوق إمكانية تحصيل ديونه عن طريق الإشعار للغير الحائز كمسطرة خاصة منصوص عليها في المادة 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

وهكذا جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط خلال نظرها في طعن موجه ضد الأمر بالتحصيل الصادر عن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي في شكل إشعار للغير الحائز أنه "وحيث لما كان الإشعار للغير الحائز يعد وسيلة قانونية تمكن المحاسب المكلف بالتحصيل من تنفيذ الديون العمومية تنفيذًا جبريًا في مواجهة المدين بها، بشكل يجعله بمثابة حجز تنفيذي على أموال هذا الأخير".¹²

فالمحكمة الإدارية بالرباط لم تتطرق إلى مناقشة الامتياز وطبيعته ومداه، مما يعني إقرارًا ضمنيًا للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، بنفس الامتياز العام المخول للخرينة في مباشرة مسطرة الإشعار للغير الحائز من أجل استيفاء ديونه.

وهو التوجه نفسه الذي سارت عليه المحكمة الإدارية بمكناس، فقد جاء في حكم لها أنه "حيث إن الادعاء يهدف إلى الحكم ببطلان إجراءات التحصيل وإلغاء الإشعار للغير الحائز عدد P 35.2012.8 الموجه إلى حساب المدعي لدى كل من البنك المغربي للتجارة الخارجية والقرض العقاري والسياحي. حيث يتضح من وثائق الملف أن المدعي يتمسك بنفي علاقته بالصندوق المذكور وبالدين المطالب به موضحًا أن هذا الدين يهم والده. وان نفي المدعي لصفته كملزم وكونه غير مخاطب بالدين موضوع الإشعار للغير الحائز الموجه إلى حسابيه بالمؤسستين البنكيتين المذكورتين أعلاه...".¹³

وفي حكم آخر لنفس المحكمة جاء فيه ما يلي: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم ببطلان إجراءات التحصيل والإشعار للغير الحائز رقم 08/2011/136. وحيث إنه أمام الخلاف بين الطرفين في نقط تقنية وحسابية أمرت المحكمة بإجراء خبرة حسابية على يد السيد ...، الذي وضع تقريره بتاريخ 2011/12/30".¹⁴

بالتالي فالمحاكم الإدارية أقرت بتمتع ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بالامتياز العام المخول للخرينة المنصوص عليه في المادة 101 من مدونة التحصيل، والذي يمكن الصندوق من مباشرة عملية التحصيل الجبري من خلال مسطرة الإشعار للغير الحائز.

إلا أن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء كان لها توجه آخر، حيث اعتبرت أن الامتياز المخول للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا يمكن مساواته بامتياز الخرينة، مما يمنع الصندوق من

¹² - حكم عدد 3208 بتاريخ 2014/05/29 في الملف رقم 2013/7/57. أنظر في نفس الاتجاه، الحكم الصادر عن نفس المحكمة تحت عدد 5951 بتاريخ 2014/11/27 في الملف رقم 2014/7109/58.

¹³ - حكم عدد 9/2012/732 بتاريخ 2012/12/20 في الملف رقم 9/2012/151.

¹⁴ - حكم عدد 9/2012/317 بتاريخ 2012/07/04 في الملف رقم 9/2010/84. أنظر في نفس الاتجاه، حكم إدارية مكناس عدد 9/2012/650 بتاريخ 2012/11/28 في الملف رقم 9/2012/66.

اعتماد مسطرة الإشعار للغير الحائز لاستخلاص ديونه، بداعي أن هذه المسطرة خاصة بالديون العمومية التي تتمتع بامتياز الخزينة.

فقد جاء في حكم لإدارية الدار البيضاء أنه "وحيث تنص المادة 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية على أنه ... ، كما ورد في المادة 105 من نفس القانون بأنه تتمتع الخزينة ... بامتياز على المنقولات، وحيث إنه ولئن كان للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الحق في أعمال مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية لاستخلاص ديونه، فإن لجوئه إلى مباشرة مسطرة الإشعار للغير الحائز يبقى رهينا بتحديد ما إذا كانت ديونه تتمتع بامتياز الخزينة العامة للمملكة من عدمه. وحيث إنه بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 28 من ظهير 1972/07/27 المتعلق بالضمان الاجتماعي، نجدها تنص صراحة على أن امتياز الصندوق يأتي مباشرة بعد الامتياز العام للخزينة.

وحيث تأسيسا على ما ذكر وما دام أن المشرع قد ميز بين الامتياز المخول للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وامتياز الخزينة العامة وجعله في مرتبة موائية لهذا الأخير، فإنه لا يمكنه ممارسة مسطرة الإشعار للغير الحائز التي تبقى حكرا على الديون المتعلقة بالخزينة، فضلا أن المادة 105 من القانون الموما إليه أعلاه تؤكد على أنه تمارس الامتيازات المنصوص عليها في المادتين السابقتين قبل جميع الامتيازات العامة والخاصة الأخرى باستثناء تلك الواردة صراحة في هذه المادة وليس من بينها امتياز الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي".¹⁵

وقد سارت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء على هذا التوجه بصفة متواترة، وبالاعتماد أيضا على نفس التعليل، والحكم بإبطال الإشعار للغير الحائز الذي يقوم به الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لاستخلاص ديونه، لعدة عدم تمتع هذه الديون بامتياز الخزينة.¹⁶

وجاء في حكم آخر للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء ما يلي: "وحيث إنه بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 28 من ظهير 1972/07/27 المتعلق بالضمان الاجتماعي نجدها تنص صراحة على أن امتياز الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يأتي مباشرة بعد الامتياز العام للخزينة. وحيث يستفاد من المقتضى الأنف الذكر أن المشرع ميز بين الامتياز المخول للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وامتياز الخزينة العامة وجعله في مرتبة موائية لهذا الأخير، وبالتالي لا يمكنه ممارسة مسطرة الإشعار للغير الحائز التي تبقى حكرا على الديون المتعلقة بالخزينة. وحيث تبعا لذلك تكون مسطرة الإشعار للغير الحائز المباشرة من طرف الصندوق الوطني للضمان

¹⁵ - حكم عدد 1084 بتاريخ 2015/05/11 في الملف رقم 2015/7113/135.

¹⁶ - حكم إدارية الدار البيضاء عدد 15 بتاريخ 2015/01/12 في الملف رقم 2014/7113/349. والحكم عدد 1388 بتاريخ 2015/06/17 في الملف رقم 9/15/298. ثم الحكم عدد 3256 بتاريخ 2014/11/05 في الملف رقم 2014/7113/352.

الاجتماعي في مواجهة المدعية باطلة، الأمر الذي يستتبع الحكم برفع الحجز المنصب على حساباتها"¹⁷.

إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط كان لها رأي مغاير، فقد ألغت هذه الأخيرة الأحكام الصادرة عن إدارية الدار البيضاء، القاضية بإبطال مسطرة الإشعار للغير الحائز لعدة عدم توفر الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي على امتياز الخزينة.

وقد ورد في حيثيات قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط الذي ألغى حكم المحكمة الإدارية بالبيضاء الواردة حيثياته أعلاه، أنه "حيث يعيب الطرف المستأنف (الصندوق) الحكم المستأنف بمجانبته الصواب لما قضى برفع الحجز على اعتبار أن المستأنف لا يتمتع بامتياز مباشرة الإشعار للغير الحائز في حين أن هذا الحق مخول له بمقتضى القانون.

وحيث إن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وتطبيقا لمقتضيات الفصلين 1 و28 من ظهير 1972/7/27 المتعلق به، يعتبر مؤسسة عمومية تتمتع بامتياز مباشرة الإشعار للغير الحائز لتحصيل ديونها، والحكم المستأنف لما نحا غير هذا المنحى يكون مجانباً للصواب ويتعين إلغاؤه في هذا الشق وبعد التصدي الحكم برفض الطلب الرامي إلى رفع الحجز موضوع الإشعار لغير الحائز"¹⁸.

وبالتالي فمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط اعتبرت أن امتياز الخزينة المنصوص عليه في المادة 101 من مدونة تحصيل الديون العمومية، يسري أيضا على ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، استنادا إلى الفصل 28 من ظهير 1972 الذي ينص على أنه "ويباشر الاستخلاص وتجري المتابعات عند الاقتضاء، كما هو الشأن في الضرائب المباشرة خلال أجل أربع سنوات يبتدئ من تاريخ تبليغ قائمة المداخل القابلة للتنفيذ إلى الملزم بالأداء".

إلا أن هذا التوجه لم يدم طويلا، فقد صدر قرار للغرفة الإدارية بمحكمة النقض يساير اتجاه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ويعتبر أن الامتياز الممنوح للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لا يخول لهذا الأخير تحصيل ديونه عن طريق الإشعار للغير الحائز، لعدم تمتعه بامتياز الخزينة، بحيث تواتر الاجتهاد القضائي على هذا الوقف، الأمر الذي أدى إلى توقف الصندوق عن أعمال مسطرة الاشعار للغير الحائز من أجل تحصيل ديونه.

جاء في قرار محكمة النقض ما يلي: "لكن حيث بمقتضى المواد 100 إلى 104 من مدونة تحصيل الديون العمومية المتعلقة بالتزامات المودع لديهم والأغيار الحائزين التي توجب على المحاسبين العموميين والمقتضدين والمكترين وكل الحائزين أو المدينين الآخرين بمبالغ يملكوها أو ينبغي أن تعود لفائدة الملزمين بالضرائب والرسوم والديون الأخرى المتمتعة بامتياز الخزينة العامة أن يدفعوا وفاء على الملزمين بناء على طلب المحاسب المكلف بالتحصيل على شكل إشعار للغير

¹⁷- حكم عدد 1342 بتاريخ 2013/05/23 في الملف رقم 9/12/191.
¹⁸- قرار عدد 3703 بتاريخ 2015/09/16 في الملف رقم 2015/7213/487.

الحائز، الأموال التي بحوزتها أو التي يدينون بها وذلك في حدود المبالغ الواجبة على هؤلاء الملزمين وبدفع المبالغ الموجودة لديهم المتمتعة بامتياز الخزينة العامة إلى المحاسب المكلف بالتحصيل باستثناء اللجوء إلى مسطرة الإكراه البدني، ونزولا عند حكم مقتضيات المذكورة، فإن الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي وإن كان مؤسسة عمومية وتعتبر ديونه ديونا عمومية بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 15-97 بشأن مدونة تحصيل الديون العمومية، ويستوفى بها طبقا للمدونة المذكورة، إلا أن ذات المدونة في الباب الخامس المنظم لمسطرة الأشعار للغير الحائز لم تمنحه إمكانية ممارسة المسطرة المذكورة المحددة في الفصول الأربعة الذكر لعدم تمتيعه بامتياز الخزينة العامة، سيما وأن المادة 28 من ظهير 27/07/1972 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي تنص صراحة على أن امتيازها يباشر مباشرة بعد الامتياز العام للخزينة¹⁹.

وفي هذا الإطار، يمكن تسجيل مجموعة الملاحظات بخصوص القرار المذكور الصادر عن الغرفة الإدارية بمحكمة النقض:

1. إن القرار قد أغفل ما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 28 من ظهير الضمان الاجتماعي والتي جاء فيها: "ويباشر الاستخلاص وتجري المتابعات عند الاقتضاء كما هو الشأن في الضرائب المباشرة خلال أجل أربع سنوات بيتدى من تاريخ تبليغ قائمة المداخل القابلة للتنفيذ إلى الملزم بالأداء"، فعبارة كما هو الشأن في الضرائب المباشرة تفيد إمكانية اعتماد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لكافة إجراءات التحصيل بما فيها مسطرة الأشعار للغير الحائز، فالمشرع لم يستثنى الصندوق من ممارسة أي إجراء من إجراءات تحصيل الضرائب المباشرة المنصوص عليها في مدونة التحصيل سواء إجراءات التحصيل الرضائي أو الجبري.

2. إغفال القرار لما هو وارد في المادة 109 من مدونة التحصيل التي نصت على أنه "تتمتع الخزينة أيضا بامتياز عام على الأثاث والمنقولات الأخرى التي يملكها المدينون وإنما وجدت وذلك من أجل تحصيل الديون الأخرى غير تلك المنصوص عليها في المادة 105 أعلاه"، فعبارة الديون الأخرى الواردة في المادة 109 جاءت عامة، لتشمل باقي الديون العمومية الأخرى المنصوص عليها في المادة 2 من مدونة التحصيل غير المذكورة في المواد 105 (المتعلقة بالضرائب والرسوم)، والمادة 106 (المتعلقة بالضرائب المفروضة على العقارات)، والمادة 108 (متعلقة بالحقوق والرسوم الجمركية)، والمادة 111 (متعلقة بديون الجماعات الترابية وهيئاتها)، والمادة 112 (المتعلقة بصوائر التحصيل المدفوعة وزيادات التأخير والذعائر والغرامات)، ثم المادة 137 (الغرامات والإدانات النقدية والصوائر والمصاريف القضائية). أي أن الامتياز

¹⁹ - قرار عدد 1124/1 صادر بتاريخ 14/09/2017 في الملف الإداري رقم 3042/4/1/2015.

الوارد في المادة 109 يشمل ديون المؤسسات العمومية الواردة في المادة 2 من مدونة التحصيل، ومن بينها بالتأكيد ديون مؤسسة الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

3. إن الفقرة الأخيرة من الفصل 28 التي استند عليها قرار محكمة النقض والتي نصت على أنه "ويرتب الامتياز العام المخول للصندوق مباشرة بعد الامتياز المخول للخرينة"، لا يقصد منها تمتع الصندوق بالامتياز من عدمه، وإنما تتعلق بدرجة هذا الامتياز، أي أن مضمون هذه الفقرة يعمل به في حالة تزامم الديون فيكون دين الخريضة مقدما على دين الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، أما الامتياز العام في أصله فهو موجود بدليل المقطع الأول من نفس الفقرة، التي جاء فيها "وفيما يرجع لاستخلاص الديون المقررة في الفقرة الأولى أعلاه ولصوائر المتابعات يخول الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي امتيازاً عاماً يسري مفعوله خلال نفس المدة المبينة أعلاه على جميع المنقولات والأمتعة التي يملكها المدينون له أينما كانت".

خاتمة:

من خلال ما تقدم، يتضح أن امتياز ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ومن خلال آثاره على تطبيق مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية، أفرز العديد من الإشكاليات على المستوى العملي، فيما يتعلق بتحصيل ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والمنازعات المترتبة عنها، خاصة تفعيل مسطرة الإشعار للغير الحائز، وهو ما تعرض له العمل القضائي رغم التغيير في المواقف وأحيانا التضارب في الآراء بين المحاكم.

ويبقى الامتياز من الموضوعات الهامة في النظم القانونية، خاصة امتياز ديون الضمان الاجتماعي لارتباطه بصفة التأمين بالنسبة للصندوق لحماية حقوقه من مخاطر إفسار المدين، أو امتناعه عن الوفاء، وذلك بما يزوده هذا الحق من وسائل قانونية تكفل استيفاء الصندوق لحقه كاملا قبل غيره من الدائنين العاديين، وهذا راجع إلى الأهمية القصوى لأموال الصندوق التي تعتبر معينا مهما للأجراء الذين يستفيدون منها.

كما أن الاشتراكات المهنية التي تقتطع من أجرة الأجير، ثم يستخلصها الصندوق بعد ذلك من المشغل، تشكل المورد الأساسي والأول لهذه المؤسسة، وذلك بنص الفصل 18 من ظهير الضمان الاجتماعي الذي أكد أنه "تتكون موارد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من واجبات الاشتراك والزيادات والمبالغ المالية الواجب أدائها عملا بظهيرنا الشريف هذا".

أي أن الطبيعة الأجرية للاشتراكات المهنية التي يدفعها المشغل المنخرط لفائدة الصندوق، والتي تشكل الحيز الأكبر من ديون الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، يجعل من ديون هذا الأخير ديونا ممتازة ذات طبيعة خاصة ومتميزة.

وهو الأمر الذي يقتضي إعادة النظر في درجة الامتياز الممنوح للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والذي يأتي بعد الامتياز الممنوح للخزينة العامة، لأننا نظن أن ديون الصندوق لها من الأهمية ما يفوق أهمية ديون الخزينة العامة المتعددة الموارد، عكس الاشتراكات المهنية التي تعتبر المورد الرئيسي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، والتي تحول للأجير في شكل تعويضات ومعاشات لها من الأهمية ما لا يمكن تصوره.

وضعية المنهج التنازعي في ظل التوحيد الاتفاقي لقواعد التجارة الدولية

أيوب دينوري

باحث بسلك الدكتوراه
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة

تتسم العقود التجارية الدولية بخصوصيات تميزها عن العقود التجارية الداخلية، فإذا كان حل نزاعات هذه الأخيرة يتم بتطبيق قانون القاضي بشكل تلقائي، فإن العقود التجارية الدولية تحتاج ابتداءً لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها نظراً لارتباطها بقانون أكثر من دولة، ويتم تحديد هذا القانون من خلال ما يسمى بالمنهج التنازعي¹.

ويقوم هذا المنهج على مجموعة من الآليات المؤدية إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي²، وهي آليات يعرف إعمالها بعض التعقيد والصعوبة ويحتاج قدراً من التخصص³، وسيؤدي في أغلب الأحوال إلى تطبيق قانون داخلي على عقد تجاري دولي لا تقبل

1- تطلق على المنهج التنازعي اصطلاحات أخرى من قبيل منهج قواعد الإسناد، المنهج الإسنادي، وهي تسميات تعبر عن مفهوم واحد.

2- يقوم المنهج التنازعي على مجموعة من الآليات الفنية التي ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة، ابتداءً من تكييف العلاقة القانونية؛ من خلال تحديد الطائفة التي تنتمي إليها هذه العلاقة الدولية الخاصة، هل تدخل مثلاً في نطاق طائفة العقود أو في طائفة المسؤولية التصديرية أو في غيرهما من الطوائف، هذا التكييف يستتبعه إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالطائفة المحددة، فتحدد القانون الواجب التطبيق من خلال ما يسمى بضابط الإسناد الذي قد يكون مثلاً الجنسية، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية حسب هذا المثال، وتختلف هذه الضوابط باختلاف الطوائف، فنجد الجنسية، الموطن، مكان وجود المال، مكان وقوع الضرر، مكان إبرام العقد، ...، بل حتى داخل الطائفة الواحدة قد تتعدد الضوابط، وبعد تحديد هذا القانون يكون القاضي أمام حالتين؛ إما أن يكون هذا القانون المشار إليه هو القانون القاضي فيطبقه وينتهي المنهج التنازعي، أو يكون قانوناً أجنبياً يستوجب مواصلة إعمال باقي الآليات الأخرى من قبول أو رفض للإحالة، وحل التنازع الانتقالي والتنازع المتحرك إن وُجد، وإثبات مضمون القانون الأجنبي، ثم تطبيقه أو استبعاده إذا تعذر إثبات مضمونه أو إذا كان تحديده ناتجاً عن تغيير تحالي لضابط الإسناد، أو إذا تعارض مع النظام العام الدولي.

3- تعرض المنهج التنازعي لانتقاد شديد من خلال هجمة جماعية مهدت لها أغلب الدراسات العامة لهذا الموضوع، فقد كانت أزمة هذا المنهج عنوان الدراسات العامة لأكاديمية لاهاي لسنة 1964، وُقِّمت مجموعة من الأبحاث في الذكرى الخمسين لنشأة الجمعية الفرنسية للقانون الدولي الخاص سنة 1989 تحت عنوان "المشاكل الحالية للمنهج التنازعي في القانون الدولي الخاص"، هذه المشاكل كان من بينها اتسام هذا المنهج بالحيادية والتجريد على اعتبار أنه يرشد إلى قانون داخلي بغض النظر عن تحقيقه لمصالح الدول أو الأطراف، أي دون النظر إلى مدى ملاءمة الحل الذي يقدمه لمضمون العلاقة التي سيطبق عليها فتكون حوله مجردة تماماً من أي بعد اجتماعي أو اقتصادي أو تجاري، ومنفصلة عن واقع العلاقة ومتطلباتها.

- Voir : Bernard Audit : "Flux et reflux de la crise des conflits de lois", T C F D I P, hors-série, journée du Cinquantenaire, 1988, p: 59 et s.

طبيعته أن يُطبق عليه قانون وُجد أساسا لتنظيم العقود الداخلية، خصوصا مع حاجة العقود التجارية الدولية لحلول تواكب تطور ونمو التجارة الدولية⁴.

هذا الأمر دفع مجتمع التجارة الدولية إلى إحياء منهج آخر كان هو الأصل في تنظيم العقود التجارية الدولية وتم الاستغناء عنه لأسباب متعددة⁵، ويطلق عليه "منهج القواعد الموضوعية"، والذي تمثل الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية أحد مصادره الأساسية⁶.

وتعتبر عملية التوحيد الاتفاقي للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية الوسيلة الفضلى لصياغة قواعد تتلاءم مع طبيعة العقود التجارية الدولية وتحقق الوضوح والأمن القانوني⁷.

والجدير بالذكر أن التوحيد الاتفاقي المقصود هنا هو ذلك الذي تمثله الاتفاقيات الدولية التي تحكم موضوع العقود التجارية الدولية المرتبطة بالقانون الخاص، فتقدم حولا موضوعية؛ مباشرة؛ محددة المضمون والهدف؛ سهلة التطبيق؛ ملائمة لنزاعات العقود التجارية الدولية؛ متفق عليها دوليا، وسنشير إليها اختصارا بمصطلح "الاتفاقية" في أكثر من موضع⁸.

واللجوء إلى الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية إنما جاء كمحاولة للاستغناء عن أعمال المنهج التنازعي وبالتالي تفادي ما يعرفه من تعقيدات. ومحاولة الاستغناء هذه يمكن استنتاجها على مستويين:

4- الجدير بالذكر أن المنهج التنازعي وإن كان يؤدي إلى تطبيق قانون داخلي، إلا أن هذا القانون لا يكون دائما غير ملائم لطبيعة العقود التجارية الدولية، بل قد يحتوي على قواعد منظمة للعقود التجارية الدولية كما هو الحال بالنسبة لقوانين بعض الدول التي عملت على تضمين تشريعاتها قواعد خاصة بالعقود التجارية الدولية كتشريع يوغوسلافيا سابقا لسنة 1954، وقانون تشيكوسلوفاكيا سابقا للتجارة الخارجية لسنة 1963، والتقنين التجاري الموحد الأمريكي، والتقنين الألماني الخاص بالعقود الدولية لسنة 1976.

ويمكن أيضا أن يؤدي المنهج التنازعي إلى تطبيق قانون دولة مصادقة على اتفاقية دولية منظمة للعقود التجارية الدولية، أو ينص قانونها على تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية وفي هذه الحالة سيطبق القاضي هذه الاتفاقية أو هذه الأعراف والعادات مستغنيا عن التنظيم الخاص بالعقود الداخلية. غير أن ما سبق ذكره يبقى في خانة الاستثناء مقارنة بعدد الدول التي لا تتضمن قوانينها الداخلية أي تنظيم مناسب للعقود التجارية الدولية.

5-Voir : Frank Baddack : "Lex Mercatoria : Scope and Application of the law Merchant in Arbitration", master, The University of the Western cape, faculty of law, 2005, p: 5.

6- لقواعد المنهج الموضوعي مجموعة من المصادر الأخرى غير الاتفاقيات الدولية، فهناك العادات والأعراف التجارية الدولية، السوابق التحكيمية والقضائية، العقود النموذجية، التشريعات الداخلية الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية، المبادئ العامة للقانون.

7- محمد عبد الله محمد المؤيد: "منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية 1997، الصفحة: 351.

8- تستثنى من هذه الاتفاقيات تلك التي تنظم المعاملات التجارية للدول من حيث تحديد حجمها مثلا، فلا تخاطب قواعدها أشخاص القانون الخاص وإنما أشخاص القانون العام، كما تستثنى منها الاتفاقيات الأخرى التي وإن اهتمت بالعقود التجارية الدولية إلا أنها اكتفت بتوحيد قواعد التنازع دون القواعد الموضوعية، وأيضا تلك التي توحد بعض القواعد الموضوعية المطبقة على العقود التجارية الدولية والداخلية فلا تقتصر على العلاقات الدولية الخاصة، واستبعادها هنا يرجع بالأساس للاختلاف الفقهي حول طبيعتها وأهدافها.

وبخصوص هذا الاختلاف الفقهي الذي دفعنا إلى استبعادها من نطاق هذه الدراسة؛ راجع محمود محمد باقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، طبعة 2000، الصفحة: 305.

الأول: من حيث آلية التطبيق، حيث يُراد لهذه الاتفاقيات أن تطبق مباشرة دون وساطة المنهج التنازعي.

الثاني: من حيث الحلول الموضوعية التي تقدمها هذه الاتفاقيات، حيث تحرص على تهميش دور المنهج التنازعي في حل النزاعات التي تدخل في نطاق اختصاصها⁹.

فهل تمكنت الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية من إقصاء المنهج التنازعي في المسائل التي اهتمت بتنظيمها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين نخصص الأول لدراسة مسألة تدخل المنهج التنازعي كأساس لتطبيق الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية، على أن نتطرق في المبحث الثاني لمسألة تدخل المنهج التنازعي كسبيل لسد ثغرات هذه الاتفاقيات في تنظيمها لما يدخل ضمن نطاق اختصاصها، وذلك حسب التصميم التالي:

المبحث الأول: تدخل المنهج التنازعي كسند يبرر تطبيق الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية

المبحث الثاني: تدخل المنهج التنازعي كسبيل لسد ثغرات الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية

⁹ - تهميش دور المنهج التنازعي يمكن أن نستنتجه - نظريا - من التوسيع من نطاق تطبيق الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية حيث:

- تتعدد المسائل التي اهتمت هذه الاتفاقيات بتنظيمها فنجد عقود البيع الدولي للبضائع، عقود الاعتماد الإيجاري

الدولي، النقل الجوي الدولي، الوكالة التجارية، بوليصة الشحن، ...

- تتوسع هذه الاتفاقيات في مفهوم دولية العقد من خلال اعتماد المعيار الاقتصادي بدل القانوني فمثلا نجد اتفاقية

فيينا للبيع الدولي للبضائع تنص في المادة الأولى على أنه لا تؤخذ بعين الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة

المدنية أو التجارية للأطراف أو العقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية، إذ يكفي وجود أماكن عمل الأطراف في

دول مختلفة حتى ينعقد الاختصاص لها.

المبحث الأول: تدخل المنهج التنازعي كسند يبرر تطبيق الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية

كان من بين الأسباب التي دفعت إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية؛ رغبة مجتمع التجارة الدولية في تطبيقها مباشرة دون وساطة المنهج التنازعي مُعولين في ذلك على الامتيازات التي تعرفها الاتفاقيات الدولية من قبيل سموها على القوانين الداخلية - بما فيها قاعدة التنازع - في أغلب الأنظمة الحديثة (المطلب الأول)، إلا أن هذا الامتياز كان مجرد استثناء من واقع التطبيق غير المباشر لهذه الاتفاقيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: محدودية التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية

يعرف التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية نوعاً من المحدودية إذ لا يمكن أن يتحقق إلا في فروض ضيقة يمكن إجمالها فيما يلي:

• التطبيق المباشر للاتفاقية الدولية لسموها على القانون الداخلي للقاضي بما فيه قاعدة التنازع

يعتبر مبدأ سمو الاتفاقيات على القوانين الداخلية من المبادئ الأساسية في الدساتير الحديثة¹⁰، ويلعب هذا المبدأ دوراً هاماً في إكسابها قيمة قانونية كبرى، وبالتالي تطبيقها مباشرة على نزاعات العقود التجارية الدولية كلما كانت الدولة المطروح النزاع أمام قضائها دولة مصادقة على الاتفاقية¹¹ وكان النزاع مستوفياً للشروط التي تفرضاها هذه الاتفاقية¹².

فإذا كان قضاء بعض الدول لا يعترف بعادات وأعراف التجارة الدولية وبأقي القواعد الموضوعية الدولية غير المقننة، فإنه لا يمكن أن يتصل من التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية المنصوص

10- يعتبر الدستور المغربي لسنة 2011 من بين الدساتير التي أقرت هذا المبدأ، كما نصت بعض القوانين المغربية المرتبطة بالتجارة الدولية عليه، منها القانون 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة، الظهير الشريف رقم 1.07.169 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 08-05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 06 دجنبر 2007، حيث جاء في الفرع المتعلق بالتحكيم الدولي الفصل 39-327 أنه "تطبق مقتضيات هذا الفرع على التحكيم الدولي دون الإخلال بما ورد في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من لدن المملكة والمنشورة بالجريدة الرسمية".
11- الجدير بالذكر أن الاتفاقيات التي تسمى على القانون الداخلي هي الاتفاقيات المصادق عليها والمنشورة، على اعتبار أن الدولة قد تكون موقعة على الاتفاقية وغير مصادقة عليها، فلا ترقى بذلك لدرجة سمو على القانون الداخلي. راجع بخصوص الفرق بين التوقيع والمصادقة، اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969.

راجع أيضا محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، الصفحة: 308.
12- لا يكفي لتطبيق الاتفاقية الدولية أن تكون دولة القاضي الناظر في النزاع مصادقة عليها بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتوفر في النزاع الشروط التي تحددها هذه الاتفاقية كذلك التي جاءت بها اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع من قبيل شرط وجود أماكن عمل أطراف عقد البيع في دول مصادقة على الاتفاقية، فإن يُعرض نزاع على قاضي دولة مصادقة على اتفاقية معينة لا يعني حتمية تطبيقها المباشر على النزاع.

عليها في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها والمنشورة إلا استثناء؛ كأن تكون مخالفة للنظام العام الدولي، أو أن يستبعدا الأطراف صراحة في عقودهم، مع ضرورة إشارة الاتفاقية إلى جواز ذلك¹³.

• التطبيق المباشر للاتفاقية الدولية باعتبارها كاشفة عن القواعد السائدة في مجال التجارة الدولية

تطبق الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية بشكل مباشر ولو لم تتوفر الشروط التقليدية لتطبيقها من قبيل مصادقة دولة القاضي عليها.

فخروجا عن هذا الشرط يمكن أن تطبق الاتفاقية بصفقتها كاشفة عن القواعد السائدة في مجال التجارة الدولية، وقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا التوجه عندما طبق بعض الاتفاقيات الدولية تطبيقا مباشرا على بعض النزاعات رغم عدم مصادقة الدولة الفرنسية عليها¹⁴.

كما اتجه القضاء المصري إلى إخضاع مسألة تعيين أسماء المحكمين للقواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر كسبيل لاجتناب إعمال المنهج التنازعي، وأيضا لتطبيق الحلول التي تتناسب وطبيعة عقود التجارة الدولية¹⁵.

وقد طبقت أيضا بعض الهيئات التحكيمية اتفاقيات دولية رغم عدم توفر شروط تطبيقها، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه بأنه تطبيق للاتفاقيات بوصفها تعبيراً عن قانون التجارة الدولية الذي يعتبر بمثابة قانون للمحكم الدولي¹⁶.

¹³ - لا يمكن الدفع بمخالفة الاتفاقية الدولية للنظام العام في دولة القاضي متى كان مصادقا عليها وغير متحفظ على بنودها ومناعة للدفع بالنظام العام ولو تعارض تطبيقها مع النظام العام في دولة القاضي، ومثاله ما ذهبت إليه اتفاقية بروكسيل المؤرخة في 28 أبريل 1968 والمتعلقة بالاعتراف المتبادل بالشركات والأشخاص المعنوية والتي وضعت تطبيقاً للمادة 220 من معاهدة روما، فيعد أن نصت هذه الاتفاقية في المادة 9 على الشرط التحفظي التقليدي للنظام العام، حددت بعدها حالة لا يمكن للنظام العام أن يتدخل فيها وهي " إذا تكونت شركة بمقتضى قانون يسمح بتأسيسها بشريك أو مساهم واحد، فإنه لا يمكن اعتبار هذه الشركة لنفس السبب متناقضة مع النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص".

راجع بهذا الخصوص مرجع عمر بلمامي: "أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 33 رقم 1، 1995، الصفحة 181.

كما لا يجوز للأطراف استبعاد أحكام الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية أو مخالفة نص من نصوصها إلا إذا سمحت بذلك، ومثاله ما ذهبت إليه المادة السادسة من اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع.

¹⁴ - محمد بلاق: "حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، الصفحة 124.

¹⁵ - راجع بهذا الصدد: محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، الصفحة 390.

¹⁶ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2001، الصفحة 562.

ومن الجدير بالذكر أن الاتفاقيات التي من الممكن أن تلعب دورا كاشفا للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية هي تلك التي تعرف انتماء عدد كبير من الدول، فتكون معبرة عن القواعد الموضوعية الشائعة والسائدة في مجتمع التجارة الدولية¹⁷.

غير أن هذه الاتفاقيات المعبرة عن القواعد السائدة في مجال التجارة الدولية تكاد تكون محدودة، كما أن العمل القضائي والتحكيمي قد يتباين في القيمة التي يعطيها لها، فيرى البعض أن اتفاقية ما هي اتفاقية كاشفة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية في حين يرى البعض الآخر عكس ذلك أو لا يقيم وزنا لهذه المسألة من الأساس، خصوصا إذا كان عمل القاضي والمحكم مؤطرا بقواعد أمرة تحد من تبني مثل هذه التوجهات، كمسألة كون قاعدة التنازع من النظام العام¹⁸؛ الأمر الذي يجعل أعمالها ضروريا ولو كانت هناك اتفاقيات دولية معبرة عن القواعد السائدة في مجال التجارة الدولية.

ويبقى التطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية الموجدة للقواعد الموضوعية أمرا محدودا واستثنائيا عند مقارنته بالحالات السائدة التي تحتاج فيها هذه الاتفاقيات لوساطة المنهج التنازعي على النحو الذي سنرى في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: توسع التطبيق التنازعي للاتفاقيات الدولية الموجدة للقواعد الموضوعية

إن أغلب حالات تطبيق الاتفاقيات الدولية الموجدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية تبقى رهينة وساطة المنهج التنازعي؛ خصوصا عند غياب مصادقة دولة القاضي على الاتفاقية المراد تطبيقها أو مصادقتها عليها دون سمو الاتفاقية، أو عند عدم تعبيرها عن المبادئ السائدة في ميدان التجارة الدولية؛ لتتسع بذلك حالات التطبيق المستند على المنهج التنازعي على حساب التطبيق المباشر على النحو التالي:

• تطبيق الاتفاقية الدولية عن طريق اختيارها اختيارا تنازعا

من المعلوم أن للأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي، وعلى هذا الأساس يمكن أن تتوجه إرادتهم إلى تطبيق الاتفاقيات الدولية الموجدة للقواعد الموضوعية؛ لكنه تطبيق غير مباشر لأنه يستند إلى ضابط الإرادة المنتمية لقاعدة التنازع التي تحكم العقود الدولية¹⁹.

17- عكاشة محمد عبد العال ومصطفى محمد الجمال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 1998، الصفحة 750.

18- تذهب مجموعة من التشريعات إلى اعتبار قاعدة التنازع من النظام العام ومثالها المشرع التونسي حيث جاء في الفصل 28 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص أن "قاعدة التنازع من النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف. وفي الحالات الأخرى تكون القاعدة ملزمة للقاضي إلا إذا عبرت الأطراف بصورة جلية عن إرادتها في عدم تطبيقها".

قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نونبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص.

19- ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد، قاعدة موضوعية وليست ضابط إسناد، فحسبهم يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم إياها، إسوة بالقاعدة

وقد تواتر القضاء على تحويل الأطراف حق اختيار تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية ولو لم تتوفر شروط سريانها²⁰؛ إلا أن تطبيقها في هذا الفرض بالإضافة إلى أنه غير مباشر فإنه أيضا يعرف بعض التضييق.

فالمنهج التنازعي وإن كان يعطي للأطراف حق اختيار تطبيق الاتفاقيات الدولية، إلا أنه ينزلها منزلة الشروط التعاقدية فقط، فهو لا يعترف إلا بالقوانين الصادرة عن دول ذات سيادة بناء على مفهوم القانون الدولي العام، أما ما دون ذلك من القواعد فهو يعتبرها مجرد شروط تعاقدية بما فيها الاتفاقيات الدولية التي يختار الأطراف تطبيقها على عقودهم التجارية الدولية مادامت غير مصادق عليها من طرف دولة القاضي الناظر في النزاع أو الدولة الواجب تطبيق قانونها المختص بموجب المنهج التنازعي.

فاختيار الأطراف لهذه الاتفاقيات لن يرقى إذن لمفهوم القانون الصادر عن دولة ذات سيادة، وهو ما يستوجب تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق بالرجوع مرة أخرى إلى المنهج التنازعي، فلا تطبق هذه الاتفاقية إلا عند عدم وجود قواعد بوليس واجبة التطبيق في هذا القانون²¹.

• تطبيق الاتفاقية عن طريق اختيار الأطراف لقانون دولة مصادقة عليها

قد يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة وبمصادف أن تكون مصادقة على الاتفاقية، فيتم تطبيقها بناء على انتمائها للقانون الواجب التطبيق بموجب المنهج التنازعي.

وعلى عكس الحالة السابقة فتطبيق الاتفاقية هنا لا يعتبر شرطا تعاقديا وإنما ترقى لوصف القانون مادامت تنتمي لقانون الدولة التي اختار الأطراف تطبيق قانونها، فلا يحد من تطبيقها سوى مخالفتها للنظام العام الدولي، أو وجود قواعد بوليس في دولة القاضي أقصت المنهج التنازعي من أساسه.

الموضوعية المماثلة في مجال العقود الداخلية التي تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا الفقه تعرض لمجموعة من الانتقادات.

راجع بخصوص هذه الانتقادات مرجع أحمد عبد الكريم سلامة: "قانون العقد الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، الصفحة 166 وما بعدها.

²⁰- محمد عبد الله محمد المؤيد، مرجع سابق، الصفحة: 448-449.

²¹- Dorra Kabani : "Champ d'application de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, Université de Montréal, Avril 2010, p: 79 - 80.

- يمكن القول باختصار شديد أن قواعد البوليس هي قواعد موضوعية تنتمي للقانون الداخلي للدولة التي سنتها، وُجدت أساسا لتنظيم العلاقات الداخلية، لكنها ترقى من حيث الأهمية لأن تطبيق تطبيقا ضروريا على كل العلاقات حتى الدولي منها وبغض النظر عن القانون الذي اختاره الأطراف أو القانون المحدد بموجب المنهج التنازعي، حيث تطبق بشكل استثنائي كلما كان النزاع داخلا في نطاق تطبيقها.

فتطبيق الاتفاقية هنا إنما هو تطبيق بالأساس للقانون الذي توجد ضمنه على اعتبار أن أحكام الاتفاقية تصبح كأحكام القانون الوطني - بالنسبة للدول التي لا تؤخذ بمبدأ سمو الاتفاقيات -، وتصبح أسمى من القانون الوطني بالنسبة للدول التي تأخذ بمبدأ سمو الاتفاقيات.

بل إن الاتفاقية نفسها يمكن أن تنص على انعقاد الاختصاص لها عن طريق وساطة المنهج التنازعي، ومثاله ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الأولى أنه " تطبق أحكام هذه الاتفاقية ... (ب) عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة ".

• تطبيق الاتفاقية من خلال إشارة المنهج التنازعي بتطبيق قانون دولة مصادقة

على عكس الحالتين السابقتين قد يغيب اختيار الأطراف الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق فينتقل القاضي لضوابط الإسناد الاحتياطية التي قد تشير بتطبيق قانون دولة مصادقة على الاتفاقية، فتجد هذه الاتفاقية طريقها للتطبيق بناء على انتمائها للقانون الذي حددته هذه الضوابط الاحتياطية²².

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية ما تزال تحتاج للمنهج التنازعي كأساس لتطبيقها في الكثير من الحالات، فكيف هو الحال بخصوص المسائل التي حاولت تنظيمها؟ هل حققت فيها اكتفاء ذاتيا أم احتاجت مرة أخرى لهذا المنهج؟

22- الجدير بالذكر أن قاعدة الإسناد المنظمة للعقود الدولية تحتوي ضابط إسناد أصلي وهو الإرادة، وضوابط إسناد احتياطية لا يتم إعمالها إلا عند غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليهم، ومثالها ما جاء في القانون المغربي في الفصل 13 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب لـ 12 عشت 1913 الذي ينص على أنه " تعين الشروط الجوهرية للعقود وأثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له. وفي حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية يتمسك القاضي بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وإن لم يكن لهما موطن مشترك طبق قانونهما الوطني المشترك، وإن لم يكن لهما لا موطن مشترك ولا قانون وطني مشترك طبق قانون مكان إبرام العقد".

المبحث الثاني : تدخل المنهج التنازعي كسبيل لسد ثغرات الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية

إذا كان المنهج التنازعي يفرض نفسه على مستوى آلية تطبيق الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية في العديد من الحالات كوسيط لا محيد عنه لتطبيقها، فإنه بالإضافة إلى ذلك يتدخل أيضا ليفرض نفسه على مستوى تقديم الحلول في المواضيع التي تنظمها هذه الاتفاقيات.

فقد حاولت الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية إحكام تنظيم مجموعة من العقود التجارية الدولية لتفادي تدخل المنهج التنازعي، لكنها اضطرت للرجوع إليه لتنظيم ما لم تستطع تنظيمه، فمن خلال دراسة العديد من هذه الاتفاقيات يتبين أنها تحيل على المنهج التنازعي في الكثير من الحالات، إما بشكل صريح (المطلب الأول)، أو بشكل ضمني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإحالة الصريحة للاتفاقية الدولية على المنهج التنازعي

تنص العديد من الاتفاقيات الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية على ضرورة اللجوء للمنهج التنازعي ليُطبق على مسائل معينة لم تتمكن من تنظيمها، حيث تحيل بصفة صريحة على هذا المنهج الذي وُجدت أساسا لتجاوزه، وهو ما يدل على حالة الاضطرار في الاتفاقية.

وعدم تمكن هذه الاتفاقيات من توحيد بعض القواعد إنما يرجع بالأساس لصعوبة اتفاق الدول على ذلك؛ نظرا لتباين خلفياتها القانونية والحقوقية والاقتصادية والاجتماعية.

ومن بين الاتفاقيات التي أشارت إلى أعمال المنهج التنازعي كسبيل لتنظيم ما لم تستطع تنظيمه؛ نجد اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الإيجاري الدولي للمنقول لسنة 1988، حيث نظمت العديد من الجوانب المتعلقة بعقد الاعتماد الإيجاري الدولي للمنقول بموجب قواعد موضوعية موحدة، لكنها نصت في الفقرة الثانية من المادة السادسة على أن "المسائل التي تحكمها الاتفاقية والتي لم تتم تسويتها فيها صراحة يجب الرجوع فيها للمبادئ العامة التي تستند عليها الاتفاقية وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ يتم تسويتها وفقا للقانون المعمول به بموجب قواعد القانون الدولي الخاص"²³.

كما أن مجموعة العمل التي سهرت على إعداد هذه الاتفاقية كانت قد اقترحت أن يكون للمؤجر الأولوية على المنقولات حتى ولو كان هناك مشتر حائز لها بحسن نية، إلا أن العديد من الدول

²³- تعتمد بعض الاتفاقيات الدولية على عبارة "قواعد القانون الدولي الخاص" للتعبير عن المنهج التنازعي، وهي عبارة فضفاضة تدخل في إطارها مجموعة من المفاهيم الأخرى التي قد تسبب لبسا بخصوص المقصود من هذا التعبير، واعتماد بعض الاتفاقيات لهذه العبارة دون عبارة المنهج التنازعي ربما يرجع لسببين؛ أولهما وجود فقه يرى بأن القانون الدولي الخاص يقتصر على المنهج التنازعي دون غيره فلا يرى إشكالا في اعتماد أحدهما للتعبير عن الآخر، وثانيهما أن هذه الاتفاقيات تُوقع نفسها في إطار قانون التجارة الدولية أكثر منه في إطار القانون الدولي الخاص مع العلم أن قانون التجارة الدولية نفسه يدخل في إطار المفهوم الواسع للقانون الدولي الخاص.

عارضت هذا الاقتراح باعتباره مخالفا للمبادئ القانونية التي تقوم عليها تشريعاتها والمرتبطة أساسا بحماية المشتري حسن النية، وهو ما دفع إلى التخلي عن أي توحيد بهذا الخصوص، وبالتالي إخراجها من نطاق تطبيق الاتفاقية لتبقى مسألة تنظيمه خاضعة للقانون الوطني الواجب التطبيق بموجب المنهج التنازعي²⁴.

وقد ذهبت الاتفاقية بخصوص القانون الذي يحكم الاحتجاج بملكية المؤجر التمويلي للأصول في مواجهة الغير إلى الاكتفاء بتوحيد قواعد الإسناد دون إعطاء حلول موضوعية، فجعلت القانون الواجب التطبيق بخصوص السفن والمراكب المسجلة هو قانون الدولة التي سجلت السفينة أو المركبة فيها باسم مالكيها، والمناطق المسجلة أخضعها لقانون الدولة التي سجل فيها "المنطاد"، والمعدات التي يمكن نقلها من دولة إلى أخرى مثل محركات الطائرات أخضعها لقانون دولة المركز الرئيسي للمستأجر التمويلي، والمعدات الأخرى أخضعها لقانون الدولة التي توجد فيها هذه المعدات²⁵.

كما تصدت اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 لمشكلة النقص الذي يشوب بعض المسائل التي نظمها نصوصها، فنصت على إمكانية اللجوء للمنهج التنازعي كحل أخير لسد هذا النقص فحاولت أن تعالجه ابتداء من داخل الاتفاقية نفسها، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة السابعة أن "المسائل التي تتعلق بالمواضيع التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها هذه الاتفاقية"، واعتمدت ذلك لتجنب اللجوء إلى المنهج التنازعي، إلا أنها اضطرت في الجزء الأخير من هذه الفقرة إلى التنصيص على أنه "... وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص"²⁶.

وقد يرى البعض ذلك بمثابة تضيق على إعمال المنهج التنازعي إلا أنه دليل أيضا على دور هذا المنهج في حل النزاعات التي لم تستطع الاتفاقية توحيد قواعد موضوعية بشأنها.

والجدير بالذكر أن النص أعلاه مرتبط بالنقص في تنظيم المسائل غير المستبعدة من مجال تطبيق الاتفاقية دون المسائل المستبعدة، حيث لا تسري عليها قاعدة النقص المذكورة لأن الاتفاقية لا تسري عليها من الأساس.

²⁴- موسى خليل منري: "توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، الصفحة 157.

²⁵- المادة السابعة من اتفاقية أوتاوا المتعلقة بعقد الاعتماد الإيجاري الدولي للمنقول لـ 28 ماي 1988.

²⁶- Franco Ferrari : "Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale", R I D C, Vol : 48, N 4, Octobre-décembre 1996, p: 851- 852.

المطلب الثاني: الإحالة الضمنية للاتفاقية الدولية على المنهج التنازعي

قد تسكت الاتفاقية عن تنظيم مسألة معينة تدخل في نطاق اختصاصها، وفي هذه الحالة يعتبر الأمر بمثابة إحالة ضمنية منها على المنهج التنازعي الذي يجب إعماله لإيجاد حل للنزاع المطروح، ونذكر على سبيل المثال اتفاقية فيينا السابق ذكرها، حيث تستبعد من نطاق تطبيقها مجموعة من المسائل من قبيل أهلية الأطراف والنتائج التي تترتب على بطلان العقد أو عدم صحته بسبب انعدام أهلية أي منهم، ومسألة نقل الملكية، وأثر العقد فيما يتعلق بأي شخص آخر غير الطرفين...، لتبقى هذه المسائل خاضعة للقانون الواجب التطبيق بموجب المنهج التنازعي²⁷.

كما يبرز دور المنهج التنازعي في سد ثغرات الاتفاقيات الدولية - بشكل جلي - في الحالات التي قد يؤدي فيها الإقتصار على قواعد الاتفاقية إلى ضياع حقوق أحد الأطراف لمجرد أن الاتفاقية لم تنص على هذا الحق، ومثاله سكوت اتفاقية وارسو الخاصة بالنقل الجوي الدولي عن تنظيم مسألة حلول المؤمن محل المؤمن له في حقوقه ضد الناقل، فهل ستضيع حقوق المؤمن لمجرد أن هذه الاتفاقية لم تقض بحلولة محل المؤمن له في الحقوق؟ وقد أثير هذا الأمر في قضية عرضت على القضاء الفرنسي في دعوى مؤمن فرنسي حل محل المؤمن له في الحقوق بمناسبة فقدان طرد منقول عبر طائرة، وحيث أن الاتفاقية لم تنظم هذا الحلول قام الناقل بالظعن في الدعوى بحجة أنه لا حق للمؤمن في الحلول مادامت الاتفاقية لا تخول له هذا الحق، غير أن المحكمة رفضت هذا الظعن واعتبرت أن سكوت الاتفاقية عن تنظيم هذه المسألة لا يعني سقوط حق المؤمن في الحلول محل المؤمن له، وبعد أن تبين لها أن الأطراف لم يخضعوا عقدهم لأي قانون احتياطي منحت المؤمن حق الحلول بناء على القانون الفرنسي الذي كان هو المختص بناء على قاعدة التنازع الفرنسية التي تقول بتطبيق قانون مكان إبرام العقد الذي كان هو فرنسا²⁸.

كما قد يؤدي التطبيق العملي لنصوص الاتفاقيات إلى وجود بعض الغموض في تنظيم بعض المسائل، ولتجاوزه تضع الاتفاقيات - عموما - مجموعة من المبادئ للتفسير من قبيل الرجوع للمبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية؛ كما هو الحال بالنسبة لمبادئ التفسير التي وضعتها اتفاقية فيينا السابق ذكرها كسبيل لضمان التنسيق الدولي للحلول، إلا أنها تبقى حسب بعض الفقه²⁹ مجرد إجراءات نظرية تؤدي إلى تعدد التفسيرات والتطبيقات وتناقضها؛ مما يستوجب أن يتم اللجوء إلى القوانين الوطنية عبر المنهج التنازعي كلما تضمنت نصا واضحا يعطي الحل للنزاع.

²⁷ بخصوص بعض المسائل التي استثنتها اتفاقية فيينا من نطاق تطبيقها كمسألة نقل الملكية يمكن القول أن هناك اتفاقية خاصة بهذه المسألة وهي اتفاقية لاهاي لـ 15 أبريل 1958 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على نقل الملكية في البيع الدولي للمنفولات المادية، غير أنها اتفاقية موحدة لقواعد الإسناد ولا تعطي حولا مباشرة، بالإضافة إلى أنها تعرف انضمام عدد محدود من الدول والأكثر من ذلك أن اتفاقية فيينا لم تشر بتطبيقها.

²⁸ راجع بخصوص هذه القضية:

- Jamal Mahmoud Elkourdi : "les règles matérielles en dip", thèse, Toulouse, 1993, p : 185.

²⁹ - موسى خليل مري، مرجع سابق، الصفحة: 163.

وكانت قد ذهبت الهيئة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية في قضية رقم 1994/7565 في نفس التوجه حيث كانت اتفاقية فيينا السابق ذكرها هي المختصة، غير أنها لم تستطع تقديم حل بخصوص سعر الفائدة، فقامت الهيئة التحكيمية بإعمال المادة السابعة من الاتفاقية والتي تنص على سد النقص من خلال المبادئ العامة التي تقوم عليها الاتفاقية، لكنها لم تجد في هذه المبادئ ما يمكن من حل النزاع، فكان لا بد من إعمال قواعد المنهج التنازعي لتحديد القانون الواجب التطبيق بخصوص سعر الفائدة³⁰.

خاتمة

حاولت الاتفاقيات الدولية الموحدة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية تنظيم مجموعة من المسائل المرتبطة بالعقود التجارية الدولية من خلال قواعد موحدة؛ موضوعية؛ مباشرة؛ سهلة التطبيق، وملائمة لمجتمع التجارة الدولية، وهذا ما كان يبتغيه واضعوها، لكنها لم تُوفق في الاستغناء عن المنهج التنازعي بشكل كامل رغم أنها وُجدت أساساً لتجاوزه، حيث تُضطر في العديد من الحالات إلى الرجوع إليه؛ إما للاستعانة به كسند يبرر تطبيقها عندما لا تتوفر شروط تطبيقها المباشر، أو لتنظيم ما يشوبها من نواقص وثغرات، وهو ما يستوجب تدارك ما فاتها تنظيمه باعتماد بروتوكولات أو إبرام اتفاقيات أخرى، وأيضاً من خلال حث أكبر عدد من الدول على المصادقة عليها حتى يتوسع نطاق تطبيقها، كما يجب إصلاح قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية بما يتناسب وطبيعة هذه العقود وتنوعها من خلال ضوابط إسناد متطورة؛ حتى تكون قادرة على إعطاء حلول جيدة وملائمة عند وجود أي نقص قد يشوب الحلول المقدمة من الاتفاقيات الدولية.

³⁰-انظر بخصوص هذه القضية الرابط <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/04/01 على الساعة 15:33.

المراجع المعتمدة

باللغة العربية

- أحمد عبد الكريم سلامة: "قانون العقد الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الكريم عسالي: "عقد الاعتماد الإيجاري الدولي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015.
- عكاشة محمد عبد العال ومصطفى محمد الجمال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- عمر بلمامي: "أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء ق د خ"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 33 رقم 1، 1995.
- محمد بلاق: "حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015-2016.
- محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2011-2012.
- محمد عبد الله محمد المؤيد: "منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 1997.
- محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف، 2000.
- موسى خليل ميري: "توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012.
- هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

باللغات الأجنبية

- Bernard Audit : "Flux et reflux de la crise des conflits de lois", T C F D I P, hors-série, journée du Cinquantenaire, 1988.
 - Dorra Kabani : "Champ d'application de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises", Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, Université de Montréal, Avril 2010.
 - Franco Ferrari : "Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale", R I D C, Vol : 48, N 4, Octobre-décembre 1996.
- François Rigaux : "Droit privé Matériel et règles de conflit de lois", Revue Belge de droit international , 1991, édition Bruylant, Bruxelles.
- Frank Baddack : "Lex Mercatoria : Scope and Application of the law Merchant in Arbitration", master, The University of the Western cape, faculty of law, 2005.
 - Jamal Mahmoud Elkourdi : "les règles matérielles en dip", thèse, Toulouse, 1993.

إثبات خطأ الأجير في المقابلة بين أصوله المدنية ومنطق الحماية الاجتماعية

حمد محمد حمد براك المري

باحث بسلك الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - أكادال
جامعة محمد الخامس بالرباط

مقدمة :

تحقيقاً لمبدأ حماية الأجير من تعسف المشغل، أعطى المشرع المغربي، متأثراً بالعمل القضائي، لمسألة الإثبات في المادة الاجتماعية، أهمية بالغة، نظراً لآثاره الخطير على استقرار الأجير في عمله، حيث أسند، في البداية، مسألة إثبات الخطأ المرتكب من طرف الأجير، صراحة لهذا الأخير متشبثاً في ذلك بمبادئ الإثبات في المادة المدنية والتي ظلت سائدة لفترة طويلة، مستندة على الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقوم على تكليف المدعي بعبء الإثبات "البينة على المدعي" والذي يكون غالباً هو الأجير. وبعد تردد، استقر العمل القضائي على صعوبة إسقاط هذه القاعدة على العلاقة الشغلية لطبيعتها الخاصة، متبينا مبدأ قلب عبء الإثبات وجعله على عاتق المشغل، بمقتضى المادة 63 من مدونة الشغل.

وقد أحسن المشرع صنعا من خلال ترسيخ الحماية الاجتماعية للأجير، باعتباره الحلقة الضعيفة في علاقة الشغل، التي كرسها العمل القضائي بدوره، انطلاقاً من أنه لا مجال للحديث عن الطبيعة الحمائية والتقدمية لقانون الشغل، واستقلاله عن القانون المدني، إلا من خلال استبعاد القواعد العامة للإثبات الذي يتضمنها هذا الأخير¹.

وعليه يثور التساؤل حول المبادئ والقواعد المنظمة للإثبات والطرف الذي يقع عليه عبء إثبات ارتكاب الأجير للخطأ التأديبي- المبحث الثاني- والطرق والوسائل الكفيلة بإثبات هذا الخطأ (المبحث الثالث). إلا أنه قبل ذلك لابد من إبراز دور العمل القضائي وأهميته في إرساء مقاربة حمائية وضممانية قضائية، تهدف حماية الأجير من التعسفات المحتملة، التي قد يسخرها المشغل لبسط الشك ونشر الغموض بخصوص حقيقة وجود الخطأ ودرجة جسامته وأسباب ارتكابه (المبحث الأول).

¹- للمزيد من الإطلاع حول استقلالية قانون الشغل عن القانون المدني يراجع، عبد اللطيف خالفي : استقلالية قانون الشغل بين الواقع والطموح، مجلة المرافعة العددان 2-3 ماي 1993، ص 24.

المبحث الأول: أهمية الضمانات القضائية المتعلقة بإثبات وجود الخطأ التأديبي

خول المشرع الاجتماعي المشغل سلطة تأديبية تمكنه من إنهاء علاقة الشغل لكل أجير ارتكب خطأ تأديبياً، يترتب عنه حرمانه من أجل الإخطار والتعويضات التي يستحقها استناداً للمادة 61 من مدونة الشغل². حيث تعتبر هذه السلطة، من جهة، الوسيلة والأداة الرئيسية لضمان السير الحسن للمقولة وتحقيق استمراريتها وتقديمها، إلا أنها تعتبر من جهة أخرى، أهم تهديد مباشر لاستقرار علاقة الشغل في المقولة أو المؤسسة، حيث تشكل هذه السلطة الهاجس الرئيسي الأجير المعرض دائماً لارتكابه لخطأ تأديبي في كل وقت وحين نظراً لتثعب وتعقيد دواليب الشغل في المؤسسة، وتنوع ودقة المهام المشكلة لمختلف وظائفها، وخاصة تعدد الالتزامات التي يتحملها الأجير تجاه المشغل لحظة تنفيذه هذه المهام.

ومن تم، فإن هذا التهديد الذي يتعايش معه الأجير في المقولة أو المؤسسة، ونظراً لآثاره الخطيرة على الأجير، قيد المشرع ممارسته من طرف المشغل بضرورة توفر أسباب موضوعية، أهمها ارتكاب الأجير التأديبي لخطأ تأديبي يستوجب إعفاءه من العمل، على اعتبار أن ممارسة المشغل لهذا الحق يعتبر حقاً من حقوقه الشبه مطلقة التي لا محيد عنها لإدارة وتبوير شؤون نشاطه الاقتصادي، والملازمة لمركزه القانوني.

إن ممارسة المشغل لهذا الحق، وترسيخاً لمبدأ الحماية الاجتماعية للطرف الضعيف في علاقة الشغل، تتم تحت رقابة القضاء الذي تعود إليه أساساً، مهمة حماية الأجير من كل تعسف محتمل أو تجاوزات كيدية في ممارسة فصله من الشغل. بسبب اتهامه ارتكاب خطأ جسيم، من خلال أعمال القضاء لسلطته التقديرية في إعادة تكيف الخطأ المنسوب للأجير والوقوف على الظروف والملايسات التي أحاطت بارتكابه، قصد تكيفه التكيف الصحيح والسليم، سواء كان الخطأ منصوصاً عليه في القانون أو الأخطاء التي أغفل المشرع الإشارة إليها والنص عليها، من خلال مقتضى أو قاعدة صريحة، مقيدا في ذلك بالمبادئ الأساسية القانونية المتعلقة بضرورة التمسك بالأسباب الواردة في مقرر الفصل وظروفه خلال تحليله وتفحصه للوصف الذي أعطاه المشغل للخطأ المنسوب للأجير.

إلا أن هذه الضمانات القضائية المتعلقة بتكيف الخطأ الذي يرتكبه الأجير رهينة قبل كل شيء، بضرورة التأكد من وجود الخطأ أصلاً، خاصة في الحالة التي يخيم فيها الشكل حول السبب الحقيقي لهذا الفصل من جهة المشغل، ونفي الأجير الخطأ المنسوب إليه، من خلال رفعه لدعوى قضائية ينازع فيها وجود الخطأ أصلاً، أو عدم تناسب الجزاء الذي تعرض له بالخطأ التأديبي المنسوب إليه، والتأكد من سلامة مسطرة الفصل الذي سلكها المشغل لفرض هذا الإجراء الخطير الذي يهدد الأجير في مصدر عيشه وعيش أسرته.

²- تنص المادة 61 من مدونة الشغل على أنه "يمكن فصل الأجير من الشغل، دون مراعاة أجل الإخطار، ودون تعويض عن الفعل، ولا تعويض عن الضرر، عند ارتكابه خطأ جسيماً.

وهو ما جعل مشرع قانون الشغل المغربي- على غرار باقي تشريعات الشغل المقارنة- يقيد هذا الإجراء الخطير بضمانات قانونية موضوعية تخول القضاء سلطة مراقبة مدى جدية الاتهام الموجه للأجير المخطئ، والبحث في الأسباب المحرك له، انطلاقا من تمكين الأجير من إقامة الدليل على براءته من الخطأ المنسوب إليه، اعتمادا على آلية "الإثبات".

ومن تم، فإن أهمية الإثبات تعود إلى كونه السند والوسيلة التي من خلالها يتقرر وجود الخطأ من عدمه، وإثبات الخطأ يخول للمشغل صلاحية فصل الأجير بدون أجل الإخطار وحرمانه من باقي التعويضات.

وبمعنى آخر فإثبات وجود الخطأ التأديبي يتجلى ويتمثل في البحث عن الدليل على الواقعة أو التصرف الخاطئ وكذا مرتكبه، ذلك أن غياب الدليل على جود الخطأ ومرتكبه، ينفي بشكل قاطع عنصر الخطأ بحيث يصبح والعدم سيان³.

إن مسألة إثبات ارتكاب الأجير لخطأ تأديبي كضمانة قضائية لحماية الأجير من التجاوزات والتعسف الذي قد يكون هذا الأخير معرضا له، تتطلب إذن، إلى جانب التأكد من وجود الخطأ التأديبي، تحديد الطرف الذي يكون عليه إثبات هذا الخطأ.

على أنه، إذا كانت مقتضيات المدنية عامة وشاملة لكل الميادين والمجالات القانونية بصفة عامة، فإن نزاعات الشغل غير بعيدة عن هذا المبدأ الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بفعالية الحماية القانونية من خلال كيفية مواجهتها لمشكل الإثبات⁴، الشيء الذي جعل المشرع المغربي، في إطار مدونة الشغل، يسعى إلى وضع مقاربة إثبات خاصة ومستقلة عن القواعد المدنية، مقاربة فرضها الطبيعية الخاصة لعلاقات الشغل، والتي تقوم على مبدأ هام وأساسي في مجال المفاوضة أو المؤسسة، ألا وهو "الحفاظ على استقرار علاقة الشغل وضمأن حسن واستمرار سير المفاوضة"⁵.

إن الحالة التي يستعمل فيها المشغل حقه في إنهاء علاقة الشغل وحرمان الأجير من كافة الحقوق المنصوص عليها في مدونة الشغل استنادا إلى واقعة ارتكاب الأجير لخطأ تأديبي، قد تدفع الأجير إلى رفع دعوى قضائية ينازع فيها وجود أو جسامه الخطأ المنسوب إليه، مما يجعل المشغل

³- للمزيد من التعمق تراجع، إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة، المحمدية 1977، الصفحتان: 5 و 6.

⁴- عبد ربو العماري : فقدان الأجر، كآثر لإنهاء علاقة الشغل على ضوء القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2004-2005، الصفحة 55 وما بعدها.

⁵- قرار المجلس الأعلى رقم 33 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/892 الصادر بتاريخ 12 يناير 2005، منشور بمجلة دلائل علمية، العدد الثاني، 2006، الصفحة 139.

مضطرا إلى إثبات هذا الخطأ. وبذلك فإنه في ظل المبادئ المدنية، يتبادل أطراف النزاع أدوار إثبات الوقائع، نظرا لكون المشرع لم يفرق بينهما في عبء الإثبات⁶.

المبحث الثاني : تقلبات عبء إثبات خطأ الأجير بين القواعد المدنية ومقتضيات قانون الشغل

استقر القضاء المغربي في فترة من الفترات على أن الأجير هو المكلف بإثبات وإقامة الدليل على تعسف المشغل في فصله من الشغل نتيجة ارتكابه لخطأ تأديبي، انطلاقها من كون الأجير هو من يرفع الدعوى القضائية، ينازع فيها وجود الخطأ التأديبي، فمن المنطقي إذن، أنه هو من يكلف بإثبات عدم وجود مبرر للفصل، وأنه لم يرتكب أي خطأ تأديبي يخول للمشغل حق فصله من الشغل، استنادا إلى المبادئ العامة في القانون المدني "البينة على من ادعى" (المطلب الأول).

إلا أنه أمام صعوبة إن لم نقل استحالة إثبات الأجير على ارتكابه لخطأ تأديبي، نظرا لأن الأمر يتطلب منه إثبات واقعة سلبية، مما جعل القضاء يسعى، فيما بعد، إلى قلب عبء الإثبات، وجعله على عاتق المشغل، ملزما إياه بإقامة الدليل على ارتكاب الأجير لخطأ تأديبي منسوب إليه، استنادا إلى مبادئ قانون الشغل، وهو المسلك الذي تأثر به التشريع، مكرسا بذلك، مبدأ قلب عبء الإثبات وجعله على عاتق المشغل (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مجافاة تطبيق المبادئ المدنية لإثبات خطأ الأجير للمنطق

تنطلق قاعدة الإثبات⁷ في المجال القانوني بصفة عامة من مبدأ عام يسري على جميع أنواع الالتزامات، ويقوم على قاعدة "البينة على من ادعى" والتي ارتقى بها المشرع المغربي إلى درجة

⁶- أحمد العبادي: القواعد المنظمة لطرق الإثبات وتوزيع أدوارها في دعوى الفسخ ودعوة نزاع الشغل الفردي عموما، الندوة الثانية للقضاء الاجتماعي، 25-26 فبراير 1992، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص 123.

⁷- يعرف الإثبات في اللغة على أنه تأكيد الحق بالبينة، ومنه ثباتا وثبوتا في المكان بمعنى استقر فيه، وثبت على الأمر دوامه وواظب عليه، وأثبت الحق أكده بالدلائل والبيانات.

والإثبات في الاصطلاح القانوني، يعني إقامة الدليل أمام القضاء، بالوسائل والآليات القانونية التي يحددها ويعينها القانون، لتأكيد وجود حق متنازع حوله تترتب عليه آثار قانونية، مما يجعل الإثبات يشكل حجر الزاوية في إقناع المحكمة بادعاء هذا الخصم أو ذلك.

ويعرف الفقه الإثبات بكونه، إقامة البينة والدليل أمام القضاء، انطلاقا من الوسائل التي عينها القانون وحددها لذلك على وجود واقعة قانونية يعتمدها الأفراد في صيانة حقوقهم والحفاظ عليها، خاصة وأن الإثبات هي الأداة الضرورية التي يعتد عليها القاضي لإثبات أو نفي الحق المتنازع حوله، ذلك أنه لا وجود لحق لا دليل يزكيه ويؤكد.

للمزيد من التفصيل والإطلاع يراجع :

- عبد المنعم فرج الصدة : الإثبات في المواد المدنية، مكتبة البابلي، القاهرة، 1955، صفحة5.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، الإثبات، آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، الصفحة 13 - سعيد الزهيري : القواعد المنظمة لطرق الإثبات

القاعدة القانونية، من خلال الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، الذي يقضي بأن "إثبات الالتزام على مدعيه"، فإثبات المدعى عليه لإثبات خلاف ما ادعاه المدعي، من خلال الفصل 400 من نفس القانون، والذي ينص على أنه "إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاء أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاؤه"، ما لم يعفيه المشرع من ذلك الإثبات لاعتبارات خاصة⁸.

إن تطبيق قاعدة "البينة على المدعي" الواردة في الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود، على المنازعات المتعلقة بفصل الأجير المرتكب لخطأ تأديبي، تجعل الأجير هو الملمزم بالإثبات، لأنه في هذه الحالة هو المدعي، وهو ما يجعله مكلفاً بإثبات أفعال سلبية أو تصرفات غير موجودة أصلاً، كما هو الحال بالنسبة لواقعة ادعاء المشغل كون الأجير ارتكب خطأ جسيماً، كالسرقة أو التغيب عن العمل، حيث يتعين على الأجير نفي واقعة السرقة أو التغيب عن العمل، ويترتب على تطبيق هذه القاعدة على النزاعات المتعلقة بارتكاب الأجير لخطأ تأديبي، أن هذا الأخير هو المدعي، وطبقاً لمنطق هذه القاعدة، فهو إذن الملمزم بإقامة الدليل وإثبات ادعائه، مما يترتب عنه تناقض في الأدوار، تناقضاً يجافي المنطق، انطلاقاً من كون الأجير يكلف بإقامة الدليل على عدم ارتكابه لأي خطأ، أي نفي واقعة سلبية، دون أن يبذل المشغل أدنى عناية لإثبات السبب المبرر للفصل⁹. وهو النهج الذي سلكته، في بداية الأمر بعض القوانين الوضعية وسارت عليه منهجية الشريعة الإسلامية¹⁰.

وعليه، فإنه حسب قاعدة "البينة على من ادعى" فإن الأجير الذي تم فصله من طرف مشغله بسبب ارتكابه لخطأ تأديبي، يكون ملزماً بإثبات أنه لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه، ويقوم الدليل على أن

في دعوى فسخ عقد الشغل، الندوة الثانية للقضاء الاجتماعي، 25 و 26 فبراير 1992، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة ومكتبة الأمنية، وزارة العدل، الرباط 1992، الصفحات 53 إلى 58.
8- للمزيد من الإطلاع يراجع :

- محمد الكشور: إنهاء عقد الشغل مع تحليل مفصل لأحكام الفصل التعسفي للأجير، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة،

مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008، الصفحة 172 وما بعدها.

- عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، رصد لمبادئ ولقرارات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف لسنة 1968-1998، سنة 2001، الصفحة 272 وما بعدها.

9- محمد سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، الصفحة 569 وما بعدها.

10- جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودمائهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، حديث حسن رواه البيهقي في سننه 25/10، وأورده الإمام زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين البغدادي: في كتابه جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً مع جوامع الكلام، الحديث الثالث والثلاثون، الطبعة السابعة، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت 2001، ص 226 وما بعدها.

فصله من الشغل من طرف مشغله، كان فصلا تعسفيا، وفي حالة عجزه عن القيام بذلك فإن القاضي يكون ملزما برد دعواه¹¹.

وإذا كان هذا المسلك القضائي في المغرب، سيرا على نهج العديد من المحاكم الأجنبية آنذاك، حيث كان متأثرا بالقاضي الفرنسي الذي كان مستقرا على هذا النهج إلى حدود سنة 1973¹².

وإن كان القضاء المغربي قد انحاز بدوره ولمدة طويلة إلى التوجه المدني في إثبات خطأ الأجير، فارضا على هذا الأخير إثبات عنصر التعسف الذي يشوب فصله من العمل، حيث تجلى هذا المسلك وبصورة واضحة في توجه المجلس الأعلى الذي طبق قاعدة، إثبات الالتزام على من يدعيه في إحدى حيثياته الذي جاء فيها "حيث إن الطرف الذي يطالب بالتعويض هو الذي يجب عليه إثبات أن فسخ العقد وقع من الجانب الآخر، وأنه كان بصفة غير مشروعة..."¹³. كما ذهب في قرار آخر إلى أن إلقاء عبء الإثبات على صاحب العمل، يعتبر بمثابة خرق لمبدأ الإثبات¹⁴.

والظاهر أن المجلس الأعلى، كان يساير موقف محكمة النقض الفرنسية قبل صدور قانون 23 يوليوز 1973، من خلال تطبيقه للقاعدة العامة للإثبات¹⁵

11- عبد اللطيف بلخيزر: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، السلسلة القانونية، دار الحداثة، لبنان بيروت 1986، الصفحة 366.
12- لقد عرف عبء إثبات الخطأ الجسيم في التشريع الفرنسي قبل قانون 23 يوليوز 1973، جدلا فقهيًا وقضائيًا نتيجة غموض النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات وكان الأجير يتوجب عليه أن يثبت خطأ المشغل وفقا لمقتضيات الفصلين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، بناء على الخطأ الشخصي الواجب الإثبات.
للمزيد من التفصيل حول موقف القضاء الفرنسي، يراجع :

- Gérard LYON CAEN, Jean PELISSIE, Alain SUPIOT : Droit du travail, 19^{ème} édition, Dalloz, Paris, p 416.
- Murielle Isabelle CAHEN : la cause réelle et sérieuse dans le licenciement, Revue AL MILAF, n° 5 janvier 2005, p 12.
- André ROUAST, Paul DURAND, Précis de législation industrielle, 4^{ème} édition, 1991, p 423.
- 13- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 دجنبر 1976 في الملف عدد 56480، تحدث عنه كل من محمد الكشور، إنهاء عقد الشغل، مرجع سابقن الصفحة 272 وما بعدها، وكذلك أوردته دنيا مباركة : الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عيد شمس، القاهرة 1987، الصفحة 120 وما يليها.
- 14- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 15 يونيو 1996، في الملف عدد 15774 أوردته محمد الكشور، إنهاء عقد الشغل، مرجع سابق، الصفحة 272 وكذلك دنيا مباركة، مرجع سابق، الصفحة 120 وما بعدها.
- 15- للمزيد من التفصيل يراجع، رشيد وهابي، خصوصيات الإثبات في علاقة الشغل الفردية، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 2007-2008، الصفحة 87 وما بعدها.
- وعمر تيزاوي، مدونة الشغل بين منطلقات المقابلة وحقوق الأجراء، مطبعة الصخور السوداء، الدار البيضاء، 2011، الصفحة 514 وما بعدها.

المطلب الثاني : تكليف المشغل بعبء إثبات خطأ الأجير مطابق للمنطق ومواز للإلتصاف

لقد عرفت مسألة تحديد الطرف الذي يتعين عليه إثبات الخطأ التأديبي جدلا فقهيًا حادًا، حول ما إذا كان إثبات الخطأ التأديبي يقع على عاتق المشغل أم الأجير، وركز النقاش أساسًا حول السند القانوني الذي يتعين اعتماده لحسم النقاش، حيث انطلق بدايةً، من اعتماد القواعد المدنية التي تقوم على المبدأ المدني الذي يرى ضرورة تطبيق قاعدة "البينة على من ادعى" الواردة في الفصل 399 من قانون الإلتزامات والعقود، والذي بمقتضاه يتعين على الأجير الذي رفع دعواه القضائية، منازعا فيها قرار المشغل في فصله من الشغل بسبب إدعائه ارتكاب خطأ تأديبي جسيم، أن يقدم الدليل القاطع على عدم ارتكابه الخطأ المنسوب إليه من طرف المشغل ويثبت كون فصله كان غير مبرر، لعدم ارتكابه لخطأ تأديبي جسيم أو أن جسامته الخطأ الذي ارتكبه لا ترقى إلى درجة فصله من الشغل بدون إخطار أو تعويض، وإذا كان هذا التوجه هو الذي سار فيه بعض الفقه¹⁶ فإن التطبيق العملي للقاعدة أثبت أنه من الصعب على الأجير إثبات انتفاء الخطأ التأديبي المنسوب إليه، نظرا لكون الأجير في هذه الحالة يتعين عليه إقامة الدليل على أنه لم يرتكب أي خطأ تأديبي، وهذا من شأنه إلزامه بإثبات واقعة سلبية، يستعصى، إن لم يكن مستحيلا إثباتها، نظرا لكون إثبات الوقائع السلبية يلقي هاجس الشك وعدم التأكد من حصولها، خلافا للمشغل الذي يسهل عليه إثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير، مادام هذا التصرف حسب اعتقاده واضحا ومحددا في وقائع وتصرفات يعتبرها سلوكا منافيا للقواعد العامة المتعلقة بتنظيم الشغل في المقاولة وضمنان حسن سير العمل بها، مما جعل الفقه¹⁷ يجمع على أن إلقاء عبء إثبات الخطأ التأديبي، وخاصة الخطأ الجسيم على عاتق الأجير يعتبر تهريا من المسؤولية¹⁸، وإعجازا يلحق ضررا كبيرا بالأجير، خاصة وأنه قد ينتهي دائما برفض دعواه¹⁹، نظرا لكون علاقة الشغل تنصف أساسا بالإثبات والاستقرار، وأن على الطرف المبادر لإنهاء هذه العلاقة أن يثبت المبرر المشروع لهذا الإنهاء، انطلاقا من المبدأ العام المتمثل في كون من يتمسك بالثابت حكما أو بالثابت فعلا لا يقع عليه الإثبات بل ينقل عبء الإثبات إلى من يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلا، على اعتبار أنه يدعي خلاف الأصل²⁰.

16- حسن كبيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية 1983، الصفحة 380، يراجع بخصوص الفقه المغربي، إدريس فجر: مساهمة في دراسة نظرية أسباب انقضاء عقد العمل، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998، 1999، الصفحة 58 وما بعدها.

17- محمد سعيد بناني، "قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل"، مرجع سابق، الصفحة 118 وما بعدها.

18- للمزيد من التفصيل يراجع، محمد الشرقاني، علاقات الشغل بين التشريع ومشروع مدونة الشغل، 2003، الصفحة 158.

19- أمام تمسك البعض بوجوب احترام مبدأ الإثبات وجعله على عاتق الأجير، باعتبار أن القرارات التأديبية تتمتع بقرينة شرعية، تطبيقا للقاعدة المدنية "البينة على من ادعى" الوارد في الفصل 399 من قانون الإلتزامات والعقود.

20- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، الإثبات، آثار الإلتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968، الصفحة 77 وما بعدها.

إن هذا الواقع المقلق الذي ينتهي بنتائج مؤلمة، تمس استقرار علاقة الشغل، هو الذي دفع المشرع المغربي إلى إيجاد مخرج قانوني لصالح الأجير، تجسد في الميل والانحياز نحو قلب عبء الإثبات من خلال نظرة جديدة، انطلقت بتنظيم المشرع المغربي للفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود، بمقتضى ظهير 26 سبتمبر 1938، والذي خول للمحكمة "إجراء بحث للوقوف على السبب المعتمد لاتخاذ مبادرة الإنهاء، وقيدها بضرورة تضمين الحكم صراحة، ذكر الميرر الذي يدعيه الطرف الذي أنهى العقد".

إضافة إلى الفصل السادس من النظام النموذجي الصادر في 23 أكتوبر 1948، الذي نص على "أن المحكمة تنظر في النزاع بالاعتماد على الأسباب المضمنة في رسالة الطرد المحررة من طرف صاحب العمل".

وفي هذا إشارة واضحة إلى كون المشغل هو الذي أصبح مطالباً بإثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير من خلال قلب عبء الإثبات²¹. قبل صدور مدونة الشغل التي أكدت بما لا يدع مجالاً للشك، ترسيخ حماية اجتماعية للأجير، من خلال بلورة منظور جديد للإثبات، يقوم على قلب عبء الإثبات، إذ عملت على نقل إقامة الدليل على وجود الخطأ التأديبي إلى المشغل الذي يتمسك بخلاف الأصل وهو استقرار علاقة الشغل، فهو الذي لجأ إلى فسخ عقد الشغل نتيجة اتهامه للأجير بارتكاب خطأ تأديبي، انطلاقاً من كون الأصل هو براءة المتهم إلى أن يثبت العكس.

وعليه، يمكن القول أن القاعدة العامة في مجال الإثبات، أصبحت متجاوزة، ولم تعد تسير الحماية الاجتماعية للأجير، مما جعل مدونة الشغل تواكب هذا التحول من خلال إرسائها لمبدأ خاص ومحدد، يقوم على حصر عبء الإثبات في المشغل، بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 63 التي نصت على أنه "يقع على عاتق المشغل عبء إثبات وجود مبرر مقبول للفصل...". إضافة إلى كون مدونة الشغل جعلت عبء إثبات المغادرة التلقائية على عاتق المشغل، بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 63.

وبذلك يكون مشروع قانون الشغل المغربي إلى جانب تشريعات الشغل المقارنة، التي وضعت حداً للجدل الفقهي المتعلق بقلب عبء الإثبات، مؤكداً صراحة على المبدأ الذي انحاز إليه الفقه وسانده بقوة²² على غرار باقي تشريعات الشغل المقارنة كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الإيطالي الذي كان سابقاً نقل عبء الإثبات من الأجير إلى المشغل بمقتضى المادة 15 من قانون العمل الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1977، والمادة الأولى من القانون الألماني للعمل الصادر بتاريخ

- للمزيد من التفصيل يراجع، محمد الشرفاني : علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل، 2003، ص158.

²¹- للمزيد من التفصيل يراجع، موسى عيود، دروس في القانون الاجتماعي، المركز الثقافي العربي، 1994، الصفحة 157.
²²- للمزيد من التفصيل يراجع محمد بوعزيز : السلطة التأديبية لرئيس المؤسسة في قطاع الشغل الخاص بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكاد، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983-1984، الصفحة 150.

1969/08/25 والمادة 38 من قانون العمل الجزائري²³. أما المشرع الفرنسي فإنه نقل عبء إثبات الأجير للخطأ الجسيم وجعله على عاتق المشغل بعد صدور قانون 13 يوليوز 1973²⁴.

وبذلك يكون القضاء المغربي، بعد تردد واضطراب في أحكامه²⁵ سرعان ما تراجع عن موقفه واستقر على التوجه الذي يقوم على قلب عبء الإثبات ليتحمل المشغل إقامة الدليل على ما يدعيه، خاصة وأن القضاء اقتناعاً منه بالصعوبات التي تعترض الأجير في إثبات عكس ما أدعاه المشغل²⁶، قد اختار الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية، وهو ما ظهر جلياً في توجه المجلس الأعلى، حيث ذهب إلى أنه "حقاً تبين صحة ما عاتبه الوسيلة على القرار، ذلك أن الطالب ينكر الطرد نهائياً، ويدعي أن المطلوب غادر محل عمله من تلقاء نفسه دون سابق إنذار، بفسخ عقدة الشغل بينه وبين الطالب، فكان على المطلوب أولاً أن يثبت أنه طرد من العمل، لترتب عليه الآثار القانونية وإذا وقع نزاع في تبرير الطرد يكون حينئذ على الطالب المشغل أن يثبت ما يبرره، حتى لا تترتب عليه الآثار القانونية لمغادرة الأجير لمحل عمله وطرده"²⁷.

وعلى هذا الأساس، اعتبر القضاء المغربي، بمناسبة تصديه لنزاعات الشغل بصفة عامة، وفي مجال الإثبات بصفة خاصة، أن إخضاع هذا المجال الأخير لتقنيات القانون المدني، يعتبر مجاف للمنطق وبعيد عن إنصاف الأجير، باعتباره أحق بالحماية، نظراً لمركزه الضعيف والهش في العلاقة الشغلية، خاصة كون القانون الفرنسي، أقر هذا التوجه بعد مبادرة المشرع الفرنسي من خلال قانون 30 دجنبر 1989، حيث أصبح المشغل هو المطالب بإثبات السبب الحقيقي والجدوي، طبقاً للفصل (L.122.14.3) من نفس القانون.

وفي هذا الشأن برز التوجه لقضائي الفرنسي واضحاً، خاصة بعد أن قضت محكمة النقض الفرنسية تطبيق المادة السابقة بشكل عام على جميع الأجراء وعلى جميع المناقولات والمؤسسات كيفما كان حجمها²⁸

²³- للتوسع في الموضوع يراجع، محمد الكهن، الإشكالات المثارة بخصوص الفصل التأديبي، مداخلة بندوة الشغل بعد سنتين من التطبيق، سلسلة النوات واللقاءات والأيام الدراسية، العدد التاسع 2007، الصفحة 141.

- ميمون الوكيل: المناقولة بين حرية التنبير ومبدأ استقرار الشغل، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007، الصفحة 418.

²⁴- للمزيد من التفصيل يراجع، عبد القادر بوبكري: حدود السلطة التأديبية للمشغل في ضوء مدونة الشغل -دراسة مقارنة- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة 2012-2013، الصفحة 121.

²⁵- قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى رقم 1446، بتاريخ 27 ماي 1992، في الملف المدني عدد 83/5199 منشور بقضاء المجلس الأعلى، العدد 46، 1992، ص 83.

²⁶- للمزيد من التفصيل يراجع، بشرى العلوي: الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2007، الصفحة 146.

²⁷- للتعلم في الموضوع يراجع، عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الجماعية، الجزء الثاني، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2009، الصفحة 493.

²⁸- Cass.SOC., 20 oct 1976, cité in A. BRUN et H.GALLAND : Les rapports individuels du travail, sans édition, sirey 1978.

ومن تم توالت القرارات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى في هذا الصدد، واضعة بذلك إطارا صريحا وثابتا بخصوص إلقاء عبء إثبات مشروعية فصل الأجير المرتكب لخطأ تأديبي على عاتق المشغل²⁹.

المبحث الثالث : طرق وسائل إثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير

بعد فترة من التردد والتذبذب، بخصوص تحديد الطرف الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير، استقر التشريع على قلب عبء الإثبات مكرسا بذلك ما استقر عليه العمل القضائي، بخصوص حرية توظيف طرق إثبات خطأ الأجير وجعله على عاتق المشغل (المطلب الأول) مبديا انحيازاً واضحاً نحو الاعتماد على شهادة الشهود كوسيلة لإثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير (المطلب الثاني).

المطلب الأول : حرية إثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير

خلصنا من خلال بحث موضوع الجهة المكلفة بعبء إثبات الخطأ التأديبي المنسوب للأجير، باعتباره يشكل الأداة الرئيسية في "مجال المراقبة القضائية"، من خلال تحديد وضبط القواعد القانونية القابلة للتطبيق، والمناسبة للنزاع المطروح على أنظار القضاء، حيث يعد إثبات أو نفي الخطأ الجسيم أمراً جوهرياً بالنسبة لادعاءات أطراف النزاع، ذلك أن الادعاءات إذا كانت مجردة من دليل يستند إليه النزاع، يصبح هو والعدم سواء.

ونظراً لكون الخطأ التأديبي واقعه مادية، كما أسلفنا، فإن العمل القضائي اعتمد في شأن إثباتها، بصفة عامة، جميع وسائل الإثبات، بما فيها وسائل الإثبات في القانون المدني: شهادة الشهود الكتابية والقرائن، مع اشتراط عدم مساس هذه الوسائل بالحياة الخاصة للأجير، والتي فصلتها المادة 404 من قانون الالتزامات والعقود³⁰، في حين نصت المسطرة المدنية على الخبرة والمعينة في

²⁹- قرار الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى عدد 1446 بتاريخ 27 ماي 1992 ملف عدد 83/5199، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 46 لسنة 1992، الصفحة 83.

للمزيد من التفصيل والتعمق، يراجع التوجه الثابت للمجلس الأعلى في مجموعة القرارات الواردة في المهدي حاتم: الخطأ الجسيم للأجير في مدونة الشغل المغربية - دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش 2010-2011، الصفحة 122 وما بعدها.

- محمد المنصوري: حماية عقد الشغل من خلال أهم القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى لمدة خمسين سنة، منشور بموقع عدالة، البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل بالمملكة المغربية.

- http://adala.justice.gov.ma/AE/Etudes_ouvrages/Etudes_travail.aspx.

- بشرى العلوي : الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، الصفحة 195 وما بعدها.

- محمد أوزيان : المراقبة القضائية للخطأ الجسيم، الملف، العدد 8 ابريل 2006، الصفحة 86.

³⁰- وقد تم تفصيل هذه الوسائل في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود، الذي ذكر الإقرار، الكتابة، شهادة الشهود القرائن واليمين كأهم وسائل الإثبات، خصوصا وأن المحكمة تتمتع بسلطات واسعة في تقدير طرق الإثبات التي يقدمها المشغل، ولا تخضع في ذلك لرقابة المجلس الأعلى، وهو ما أكدته قرار الغرفة الاجتماعية

المواد 59 إلى 84. كما أن ظهير 26 شتنبر 1938، المعدل للفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود عندما أشار إلى إمكانية إجراء تحقيق للنظر في ظروف إنهاء عقد الشغل، فإنه لم يحدد أية وسيلة معينة للإثبات. ويظهر من خلال مراجعة هذه المواد، أنها ليست لها نفس الطبيعة، فبعضها يتعلق بالتنظيم الموضوعي للإثبات وبعضها الآخر يخص جوانبه الشكلية والإجرائية³¹. على أنه إذا كانت المادة 404 من قانون الالتزامات والعقود قد تضمنت مختلف وسائل الإثبات بصفة عامة، منطلقاً من مبدأ "حرية الإثبات"، فإن مدونة الشغل قد فتحت، كذلك الباب على مصراعيه، في المادة 18 من المدونة، لاعتماد كافة وسائل الإثبات، مانحة القضاء الاجتماعي سلطة واسعة من أجل البحث والتحري وتقييم الأدلة والحجج³².

فبخصوص حرية الإثبات، فإنه على الرغم من أن سلطة المشغل في تأديب أجراءه تنشأ بقوة القانون، وماتستلزمه ضرورة تدبير شؤون مفاوضته، يمارسها متى توفرت شروطها اللازمة، وخاصة في حالة ارتكاب الأجير لخطأ تأديبي، إلا أنه من الناحية العملية، فإن إثبات الخطأ التأديبي يعتبر جوهرياً لممارسة المشغل سلطته التأديبية، حيث أن الخطأ إذا كان مجرداً من الدليل الذي يثبت أنه يصبح والعدم سيان، خاصة وأن الخطأ التأديبي المرتكب من طرف الأجير يشكل واقعة مادية يمكن إقامة الدليل على وجودها بجميع وسائل الممكنة³³.

إضافة إلى ذلك، فإن المشرع عندما ألقى عبء إثبات الخطأ التأديبي على عاتق المشغل³⁴، لم يحدد أية وسيلة معينة للإثبات، تاركاً له حرية إثبات تبريره للفصل بجميع الوسائل التي يراها كفيلة

بالمجلس الأعلى رقم 213 بتاريخ 25 فبراير 1997 في الملف الاجتماعي عدد 25/1/4/1091 منشور بقضاء المجلس الأعلى العدد 52 لسنة 1998، الصفحة 222 وما بعدها.

للمزيد من الإطلاع والتفصيل بخصوص هذه الوسائل يراجع:

- الحاج الكوري : مدونة الشغل الجديدة، أحكام عقد الشغل 2004، الصفحة 85.

- محمد عابي : الرقابة القضائية للفصل في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 1984-1985، الصفحة 121 وما بعدها.

³¹- سعيد الزهيري : القواعد المنظمة لطرق الإثبات في دعوى فسخ عقد الشغل منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة ومكتبة الأمانة، الرباط 1992، الصفحة 55 وما يليها.

³²- محمد الكشور : إنهاء عقد الشغل، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة، مرجع سابق، الصفحة 174.

³³- وهو التوجه الذي استقر عليه المجلس الأعلى في عدة قرارات نذكر منها :

- قرار الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى بتاريخ 215 فبراير 1997، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 52، الصفحة 221 وما بعدها.

- القرار عدد 1225 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى في الملف الاجتماعي عدد 2003/1/05/690، منشور بمجلة دلائل علمية، عدد 2 لسنة 2006، ص 183، و ص 184.

³⁴- الفقرة الأخيرة من المادة 63 التي نصت على أنه «يقع على عاتق المشغل عبء إثبات وجود مبرر مقبول للفصل...»

لإثبات الخطأ بكافة الوسائل المتاحة³⁵، وهو ما استقر عليه كذلك القضاء في العديد من الدول وخاصة المصري والفرنسي³⁶ وبصفة عامة، والعمل القضائي المغربي بصفة خاصة³⁷.

ونظرا لأهمية وسائل الإثبات في إقامة الدليل على ارتكاب الأجير للخطأ المنسوب إليه، باعتبارها تمس أهم الضمانات القضائية الممنوحة له، فإنه من المفروض على القضاء لتكوين قناعته، اللجوء إلى إجراء البحث والتحقيق الضروري من أجل تقييم وتقصي الأدلة قصد الوصول إلى حقيقة النزاع وسبب الفصل.

ذلك أن المحكمة ملزمة ببحث علاقة الخطأ المنسوب للأجير وواقعة الفصل، أي أن على المحكمة بحث ما إذا كان الخطأ هو السبب المباشر الذي ترتبت عنه عقوبة الفصل، استنادا إلى كون العقوبة ليست إلا رد فعل على الخطأ المرتكب من طرف الأجير. وبمعنى آخر يتعين على المحكمة أن تبحث في الدافع الرئيسي للعقوبة، من خلال الوقوف على نية المشغل من فرضها، للوصول إلى حقيقة السبب الرئيسي للفصل هل هو تأديب الأجير المخل بالمقتضيات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بحفظ النظام والمحافظة على السير الحسن للمقولة، أم الدافع الرئيسي لها، يتجلى في الانتقام من الأجير للتخلص منه نظرا لأقدميته أو ممارسته لنشاط نقابي يزعج مشغله.

وعليه فقد استقر القضاء المغربي³⁸ على أن الأطراف يمكنها توظيف كافة وسائل الإثبات لتحديد موقفهم وطلباتهم، وهو بذلك ترك للمشغل عند تبريره للفصل بجميع الوسائل التي يراها كفيلة لإثبات الخطأ، وعند اقتناعه بإحدى أو بعض هذه الوسائل، يشير في حكمه إلى مصدر اقتناعه، مع تعليل ذلك تعليلا قانونيا كافيا وإلا كان حكمه معرضا للنقض³⁹.

35- محمد سعيد بناني : قانون الشغل بالمغرب، مرجع سابق، الصفحة 194 وما يليها
ومحمد الشرقاني : علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومدونة الشغل، مرجع سابق، الصفحة 17 وما بعدها.

36- باعتبارهما مرجعا لتقافتنا القانونية.
للمزيد من التفصيل يراجع محمد عابي : الرقابة القضائية للفصل في القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق، الصفحة 116 وما بعدها

37- وهو ما استقر عليه القضاء في المغرب، بحيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط «وحيث إن الأخطاء الجسيمة هي من الوقائع المادية التي يمكن إثباتها بجميع الوسائل...» قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالرباط رقم 174 صادر بتاريخ 14 نوفمبر 2006، في الملف عدد 15.06.509 وفي قرار آخر ذكر أنه : "وحيث ثبت صدق ما عابته الوسيطتان على القرار، ذلك أن إثبات الأخطاء المادية التي اعتمدها الطاعنة كمبرر لفصل المطلوب في النقض من العمل ... لأن ما نسب إليه مجرد وقائع مادية يمكن إثباتها بجميع الوسائل"، قرار الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى عدد 160 بتاريخ 1999/02/24، ملف اجتماعي عدد 2/1/884 منشور بمجلة المحاكم المغربي عدد 80 بنابر فبراير 2000، ص 140 وما بعدها.

38- على غرار المشرع الفرنسي الذي سار في اتجاه إعطاء هامش واسع للقضاء للاعتداد بالادلة المقدمة إليه أو إقصائها بمقتضى الفصل L.122.14.3 من القانون رقم 86-1319 الصادر بتاريخ 30 دجنبر 1989.

للمزيد من التفصيل يراجع:

Christophe RADE et Caroline DECHRISTE : Code du travail, édition Dalloz, Paris, 2005, page 148.

39- للمزيد من التفصيل يراجع بشرى العلوي: الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 148. انظر كذلك القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى رقم 200 بتاريخ 11 أبريل 1988 في الملف الاجتماعي عدد 86/18233، مجلة المحاكم المغربية، العدد 53 سنة 1988، ص 58.

إن المحكمة، لتكوين قناعتها بالسبب الحقيقي للفصل، من خلال إثبات وإقامة الدليل على وجود هذا السبب وجديته، تنطلق من الخطأ المنسوب للأجير والمنصوص عليه في رسالة الطرد الموجهة إلى الأجير من طرف المشغل⁴⁰، حتى لا يفسح المجال أمام اتهامات أخرى⁴¹ من خلال أول إجراء تقوم به المحكمة والمتمثل في الاستماع إلى الأجير⁴²، متفحصاً وسيلة الإثبات التي يعرضها المشغل، متقصية ملابسات وظروف ارتكاب الأجير للخطأ التأديبي، والتي تقوم على:

- كون الواقعة المادية المراد مناقشتها والتأكد منها لها صلة وثيقة بموضوع النزاع.
- أن تكون الاستعانة بهذه الوسيلة مقبولة ولا يمنعها القانون.
- أن تكون مناقشتها ذات جدوى، وتفيد المحكمة، وإلا تم رفضها من طرف المحكمة.

المطلب الثاني: ميل القضاء إلى اعتماد شهادة الشهود لإثبات خطأ الأجير التأديبي

رغم تعدد وسائل الإثبات المتاحة أمام القضاء، كما اسلفنا، فإنه بالرجوع إلى العمل القضائي، نجد هذا الأخير، كثيراً ما تبنى شهادة الشهود إلى جانب القرائن⁴³، كوسيلة إثبات، لتكوين قناعته بخصوص إقامة الدليل على وجود الخطأ التأديبي المنسوب للأجير أو نفيه، أكثر من غيره من طرق ووسائل الإثبات، وخاصة شهادة الأجراء المنتمين لنفس المفاوضة.

فمادام الأمر يتعلق بكون إثبات خطأ الأجير يعتبر واقعة مادية، يكون إثباتها حراً بجميع وسائل الإثبات، فإن العمل القضائي يميل إلى بناء قناعته على طريق الاستماع إلى شهادة الشهود في اغلب الحالات⁴⁴، وخاصة شهادة الأجراء الذي يتواجدون في نفس المفاوضة أو المؤسسة، والذين تربطهم علاقة تبعية بالمشغل، مادام أنه ليس هناك ما يمنع من الاستعانة بهؤلاء.

ونظراً لما لأهمية شهادة الشهود، في مجال إثبات أو نفي ارتكاب الأجير لخطأ تأديبي، بالمقارنة مع باقي وسائل الإثبات الأخرى، فإنه لا يمكن استبعاد هذه الوسيلة أو التخلي عنها، بل يتعين على القضاء التعامل معها بنوع من الحيطة والحذر، نظراً لما يشكل ذلك من مساس بأهم ضمانات ممنوحة للأجير من أجل حمايته من تعسف مشغل، وتجاوزاته المحتملة، وهو ما يفرض على القضاء اللجوء إلى بحث وتقصى الحجج والأدلة قصد معرفة الأسباب الحقيقية والدوافع وراء الفصل.

40- استناداً إلى المادتين 62 و 64 من مدونة الشغل.

41- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 17 مارس 1986 الغرفة الاجتماعية، منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 39- ص 149 وكذلك قرار عدد 3257 الصادر بتاريخ 14 دجنبر 1990 ملف اجتماعي عدد 89/9567 -وقرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 19 دجنبر 1974 ملف عدد 45099 أورده سعيد بناني: قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، مرجع سابق، ص 1094.

42- طبقاً للمادة 62 من مدونة الشغل.

43- سعيد الزهير، القواعد المنظمة لطرق الإثبات في دعوى فسخ عقد الشغل، مرجع سابق، ص 53. وما بعدها.

44- المزيد من التفصيل يراجع، محمد الكشور: إنهاء عقد الشغل، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة، مرجع سابق، ص 174.

خاصة في حالة الاستعانة بشهادة الشهود المستمع إليهم، حيث يمكن للقضاة الأخذ بها أو رفضها في نطاق السلطة التقديرية المخولة لهم، مع تعليل ذلك تعليلاً قانونياً.⁴⁵

وعلى هذا الأساس، خول القانون للقضاء سلطة مطلقة في تقييم وتقدير قوة الأدلة والحجج المعروضة عليه، واستخلاص ما استقى عليه ضميره واهتدت إليه فناعته، بخصوص الكشف عن الحقيقة. وهو ما يبرز التوجه الذي سارت عليه اجتهادات المجلس الأعلى نذكر منها على سبيل المثال:

- القرار الذي يرى «أن لمحكمة الاستئناف السلطة المطلقة لتقدير الشهادات حق قدرها والنظر في وقائع الدعوى المعروضة عليها حسب ضميرها»⁴⁶.

وجاء في قرار آخر «إن المحكمة السلطة المطلقة الكاملة لقبول ما تراه من الشهادات ورفض ما لم تقتنع به»⁴⁷.

وفي نفس التوجه، ذهبت قرارات أخرى، أشارت إلى أنه «لقضاة الموضوع وحدهم حق النظر في حجج الفريقين، إما بالقبول أو الرفض»⁴⁸.

إلا أن ما يمكنه ملاحظته، بخصوص اعتماد القضاء بإشهاد الشهود في إثبات خطأ الأجير، التساؤل الذي يطرح نفسه، والمتعلق بمدى حجبية ومصداقية شهادة الإجراء الذين لا زالوا يرتبطون بعلاقة تبعية مع المشغل، وهل هذه (الشهادات تؤثر على الضمانات القضائية الممنوحة للأجراء؟) ذلك أن شهادة الشهود الذين لا زالوا يرتبطون بعلاقة تبعية للمشغل من شأنها أن تثير بعض الأشكال المتمثل في احتمال وجود آثار وضغوطات معنوية يخضعون لها هؤلاء الإجراء خلال أدائهم بشهاداتهم في إثبات أخطاء زملائهم، مما يطرح معه مدى صحة ومصداقية هذه الشهادات.

إلا أنه بالرجوع إلى العمل القضائي، نجد يعتمد هذه الشهادات انطلاقاً من كون، أنه لا يوجد نص قانوني يمنع أو يقيد هذه الشهادات، وهو ما أكده المجلس الأعلى وخاصة في قرار صادر له يشير فيه إلى أنه «لا يوجد ما يمنع من الاستماع إلى شاهد لا زال في علاقة تبعية مع المشغل، والمحكمة

⁴⁵- وهو ما استقر عليه العمل القضائي، وما أكدته القرارات القضائية منها على سبيل المثال:
- قرار المجلس الأعلى عدد 536 المؤرخ في 18/05/2005، ملف اجتماعي عدد 223/1/5/2005، منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقالات عدد 9 شتبر 2005، ص 135 وما بعدها.
وكذلك القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى رقم 200 بتاريخ 11 أبريل 1988، في الملف الاجتماعي عدد 86/8233، منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 53، 1988 ص 98.
انظر أيضاً قرار الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى رقم 213 بتاريخ 25 فبراير 1997 في الملف الاجتماعي عدد 95/1/4/1091 منشور بقضاء المجلس الأعلى عدد 1998/52 ص 222 وما بعدها.
⁴⁶- قرار المجلس الأعلى عدد 51 بتاريخ 15 يوليوز 1958، مجلة القضاء والقانون عدد 17، ص 604.
⁴⁷- قرار المجلس الأعلى عدد 154 بتاريخ 26 يوليوز 1972، مجلة القضاء بالمجلس الأعلى عدد 124، ص 127.
⁴⁸- قرار المجلس الأعلى عدد 426 بتاريخ 19 أبريل 1972 مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 124، ص 127 وما يليها
وقرار عدد 1000 بتاريخ 6 ماي 1989 مجلة المحاكم المغربية، عدد 60 ص 69.

لما استمعت للشاهد.... بعد أدائه اليمين القانونية وأكد أن العامل غادر العمل بمحض إرادته جاءت شهادته واضحة ولا لبس فيها»⁴⁹.

ومن تم، فإن واقع العمل القضائي والتشريع استقرا على الأخذ بشهادة الشهود دون تمييز بينهم، خاصة وأن الفصل 280 من قانون المسطرة المدنية، جاء واضحا وصريحا⁵⁰ حيث أنه لم يقيد شهادة الشهود بأي شروط كيف ما كانت، تاركا للمحكمة سلطة الإستماع إليهم. انطلاقا من قناعتها واطمئنانها لظروف وملابسات النزاع، وتصريحات الشاهد، خاصة إذا كانت شهادة أجير ضد زميل له، مما جعل المحكمة تلجأ إلى الأخذ بالحدز والاحتياط، من خلال اللجوء إلى بحث إضافي يساعدها على الوصول إلى الحقيقة وبالتالي بناء قناعتها، وهو ما أكده المجلس الأعلى في عدة نوازل⁵¹

وتجدر الملاحظة أن المحاكم، وإن كانت تتجه في تكوين قناعتها إلى الاستماع إلى شهادة الشهود بناء على سلطتها التقديرية في قبول أو رفض ما تراه جدير بتأكيد قناعتها، فإن هناك بعض الإشكالات تعترض هذه الوسيلة، ذلك أن تكليف الأجير موضوع النزاع لزميل له في الشغل بأن يشهد لصالحه ضد مشغله، باعتباره الأوثق والأقرب لتقديم شهادة تطابق الواقع نظرا لوجوده ومزاولته الشغل في نفس المفاوضة أو المؤسسة، يطرح تساؤلات حول مدى مصداقية حياد الأجير الشاهد، حيث يمكن أن تجره شهادته ضد مشغله، للتعرض لنفس مصير زميله، وإذا كانت شهادة بعض الأطراف الخارجية عن علاقة التبعية القانونية للمشغل والمرتبطة معه بمصالح حيوية⁵²، تعتبر غالبا دون جدوى، كما لو تعلق الأمر بشهادة عميل بالنسبة للممثل التجاري أو شهادة مريض بالنسبة لطبيب المعالج، أو شهادة زبون بالنسبة لمهني تربطه به مصالح مشتركة كالمهندس أو المحاسب⁵³.

ومن تم فإن سلطة القاضي تمتد، بعد سماعه للشهود، إلى تقييم هذه الشهادة وتقدير قيمتها والوقوف على مدى نجاعتها في تقديم الدليل وإثبات وقائع النزاع، وهو في هذه المهمة:

- لا يتقيد بعدد الشهود، ولا بأوصافهم، فقد يقتنع القاضي بشهادة شاهد واحد ويرد شهادة أكثر شاهد، وقد يصدق أجيرة ولا يقتنع بشهادة أجير.

49- قرار اجتماعي، صادر في 21 فبراير 2007 منشور بمجلة الإشعاع، العدد 33، ص 217.
50- حيث نصت المادة 280 من قانون المسطرة المدنية في فقرتها الثانية والثالثة على أنه "يمكن له (القاضي) أن

يستدعي ويستمع إلى جميع الشهود

- يمكن له أيضا أن يأمر بكل إجراءات التحقيق وخاصة الخبرة..)

51- للمزيد من التفصيل والاطلاع على مجموعة من القرارات في الموضوع، يراجع أسماء الشراوي: الرقابة على سلطات المشغل في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 273 وما بعدها.

52- للمزيد من التفصيل يراجع، المهدي حاتم: الخطأ الجسيم للأجير في مدونة (الشغل المغربية مرجع سابق، ص 135.

53- للمزيد من التوسع، يراجع سعيد الزهيري: القواعد المنظمة لطرق الإثبات في دعوى فسخ عقد الشغل، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها.

- إضافة إلى ذلك، فإن السلطة التقديرية للقاضي، بصدد تقييم وتقدير القيمة الإثباتية لتصريحات الشهود قد تمكنه من الاقتناع والاطمئنان لشهادة بعض الأجراء دون غيرهم وإبعاد آخرين، ما دام قرار الإبعاد يتم تعليقه بصورة واضحة وكافية، وهو التوجه الذي دأب عليه العمل القضائي وسار على خطاه⁵⁴.

خاتمة:

لقد أصبح العمل القضائي المغربي- على غرار باقي التوجهات القضائية المقارنة- مستقر اليوم، على نقل عبء إثبات خطأ الأجير، وجعله على عاتق المشغل، بعد تردد النصوص القانونية والاجتهادات الفقهية والعمل القضائي، بخصوص طرق ووسائل إثبات هذا الخطأ، الذي من شأنه تحريك السلطة التأديبية للمشغل، وفصل الأجير بدون أجل أخطار وتعويض عن الفصل.

فبعد أن ظل، ولفترة من الزمن عبء إثبات الخطأ الذي يرتكبه الأجير، ملقى على عاتق هذا الأخير، وفق القواعد المدنية في مجال الإثبات التي تستند على الفصلين 399 و 400 إضافة إلى الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود، وتقوم على مبدأ "البينة على المدعي" والتي بمقتضاها يتعين على الأجير الذي رفع الدعوى منازعا في قرار فصله من الشغل، نتيجة اتهامه بارتكاب خطأ جسيم، أن يقيم الدليل والحجة على أنه لم يرتكب أي خطأ تأديبي. فكان من الطبيعي إذن أن الأجير بصفته مدعي، أن يتحمل وزر إقامة الدليل على براءته.

إلا أن صعوبة نفي الأجير ارتكابه للخطأ التأديبي باعتباره واقعة مادية سلبية يستحيل في كثير من الأحيان إقامة الدليل على عدم وقوعها من جهة، إضافة إلى التطور الحاصل في مجال الحماية الاجتماعية للطرف الضعيف في علاقة الشغل من جهة أخرى، حملت القضاء على التوجه نحو قلب عبء إثبات ارتكاب الأجير لخطأ تأديبي، وجعله على عاتق المشغل، ملزما إياه بإقامة الدليل على وجود الخطأ والطرف المتهم بارتكابه، لما في ذلك من مطابقة للنطق وموازاة للإنصاف.

وهو التوجه الذي تبناه المشرع، بعد صدور مدونة الشغل من خلال المادة 63 التي أرسى، بما لا يدع شك، إطارا عاما لإثبات خطأ الأجير، يعيد النظر في القواعد المدنية، من خلال نظرة شمولية، احتفظت من خلالها بطرق الإثبات المدنية، وطعمتها بأفكار وتوجهات تتميز بخصوصيات تقدمية، جعلتها أكثر واقعية ومطابقة للإنصاف بعد أن كانت المقترضات المدنية تتصف بمجافاتها للواقع والمنطق، حماية للطرف الضعيف في علاقة الشغل.

54 - للاطلاع على التوجه القضائي في الموضوع تراجع مجموعة من القرارات الواردة: أسماء الشرقاوي: الرقابة على سلطات المشغل في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 274 وما بعدها.

لائحة المراجع

الكتب

- إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة، المحمدية، المحمدية 1977.
- بشرى العلوي: الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2007.
- الحاج الكوري: مدونة الشغل الجديدة، أحكام عقد الشغل 2004.
- سعيد الزهيري: القواعد المنظمة لطرق الإثبات في دعوى فسخ عقد الشغل منشورات جمعية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة ومكتبة الأمانة، الرباط 1992.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، الإثبات، آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968.
- عبد اللطيف بلخيزر: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، السلسلة القانونية، دار الحداثة، لبنان بيروت 1986.
- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الجماعية، الجزء الثاني، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2009.
- عبد اللطيف خالفي، الاجتهاد القضائي في المادة الاجتماعية، رصد المبادئ والقرارات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف لسنة 1968-1998، سنة 2001.
- عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، مكتبة البابلي، القاهرة، 1955.
- محمد الشرقاني: علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل، 2003.
- محمد الكشور: إنهاء عقد الشغل مع تحليل مفصل لأحكام الفصل التعسفي للأجير، دراسة تشريعية وقضائية مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2008.
- محمد المنصوري: حماية عقد الشغل من خلال أهم القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى المدة خمسين سنة، منشور بموقع عدالة، البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل بالمملكة المغربية.

- محمد سعيد بناني : قانون الشغل بالمغرب على ضوء مدونة الشغل علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007.
- وعمر تيزاوي، مدونة الشغل بين منطلقات المقولة وحقوق الأجراء، مطبعة الصخور السوداء، الدار البيضاء، 2011.
- حسن كيرة : أصول قانون العمل، عقد العمل، نشأة المعارف الإسكندرية 1983.

الأطروحات والرسائل :

الأطروحات :

- إدريس فجر: مساهمة في دراسة نظرية أسباب انقضاء عقد العمل، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1988، 1999.
- عبد ربو العماري : فقدان الأجر، كأثر لإنهاء علاقة الشغل على ضوء القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2004-2005.
- عبد القادر بوبكري: حدود السلطة التأديبية للمشغل في ضوء مدونة الشغل - دراسة مقارنة- أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة 2012-2013.
- ميمون الوكيل: المقولة بين حرية التدبير ومبدأ استقرار الشغل، أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007.

الرسائل :

- رشيد وهابي، خصوصيات الإثبات في علاقة الشغل الفردية، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 2007-2008.
- محمد عابي : الرقابة القضائية للفصل في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء 1984-1985.

- المهدي حاتم: الخطأ الجسيم للأجير في مدونة الشغل المغربية -دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش 2010-2011.
- محمد بوعزيز : السلطة التأديبية لرئيس المؤسسة في قطاع الشغل الخاص بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983-1984.

المجلات والندوات :

- عبد اللطيف خالفي : استقلالية قانون الشغل بين الواقع والطموح، مجلة المرافعة العدان 2-3 ماي 1993.
- أحمد العبادي: القواعد المنظمة لطرق الإثبات وتوزيع أدواره في دعوى الفسخ ودعوة نزاع الشغل الفردي عموما، الندوة الثانية للقضاء الاجتماعي، 25-26 فبراير 1992 منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية.
- سعيد الزهيري : القواعد المنظمة لطرق الإثبات في دعوى فسخ عقد الشغل، الندوة الثانية للقضاء الاجتماعي، 25 و 26 فبراير 1992، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة ومكتبة الأمنية، وزارة العدل، الرباط 1992.
- محمد الكوهن، الإشكالات المثارة بخصوص الفصل التأديبي، مداخلة بندوة الشغل بعد سنتين من التطبيق، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، العدد التاسع 2007.

المراجع باللغة الأجنبية :

- André ROUAST, Paul DURAND, Précis de législation industrielle, 4^{ème} édition, 1991, p 423.
- Christophe RADE et Caroline DECHRISTE : code du travail, édition Dalloz, Paris, 2005, page 148.
- Gérard LYON CAEN, Jean PELISSIE, Alain SUPIOT : Droit du travail, 19^{ème} édition, Dalloz, Paris, p 416.
- Marielle Isabelle CAHEN : la cause réelle et sérieuse dans le licenciement, Revue AL MILAF, n° 5 janvier 205, p 12.



UNIVERSITE MOHAMMED V de RABAT

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Agdal

MOHAMMED V UNIVERSITY of RABAT

Faculty of Law, Economics and Social Sciences-Agdal

Série : Droit Public et Sciences Politiques et
Droit Privé

Cahiers de la Recherche

Journal of Research Papers

Revue
N° 03/2021

fsjes-agdal.um5.ac.ma



**Université Mohammed V de Rabat
Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales – Agdal**

**Mohammed V University of Rabat
Faculty of law, Economics and Social Sciences-Agdal**

Série : Droit Public et Sciences Politiques et Droit Privé

Cahiers de la Recherche

Journal of Research Papers

Revue N° 03/2021

Fsjes-agdal.um5.ac.ma

*Les opinions exprimées dans cette revue sont strictement
personnelles à leurs auteurs*

Titre de l'ouvrage : **Cahiers de la Recherche**

Edition : 2021

Dépôt Légal : 2021MO1644

ISBN : 978-9920-33-460-0

Impression : Live Event, Mail : liveevent79@gmail.com

Cahiers de la Recherche

Revue éditée par

**La Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales
Agdal- Rabat**

Directeur : Pr. Farid El Bacha, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales Agdal- Rabat

Coordonnateur : Pr. Abdelaziz Laaroussi, Vice-doyen chargé de la Recherche Scientifique, du Partenariat et de la Coopération

Comités de lecture et d'évaluation :

- Département de droit public et sciences politiques

- Pr. Amina El Masoudi, FSJES-Agdal
- Pr. Mohammed Madani, FSJES-Agdal
- Pr. Hamid Dlimi, FSJES-Agdal
- Pr. El Hadi Makdad, FSJES-Agdal
- Pr. Boujemaa Bouazaoui, FSJES-Agdal
- Pr. Fatima El Hamdan, FSJES-Agdal
- Pr. Zahra El Hiad, FSJES-Agdal
- Pr. Hassan El Arafî, FSJES-Agdal
- Pr. Jaouad Ennouhi, FSJES-Agdal
- Pr. Abderrahman Oustani, FSJES-Agdal

- **Département de droit privé**
 - Pr. Latifa El Mahdati, FSJES-Agdal
 - Pr. Bouabid Chalat, FSJES-Agdal
 - Pr. Ilham Hamdai, FSJES-Agdal
 - Pr. Haj El Kouri, FSJES-Agdal
 - Pr. Abdelkader El Arari, FSJES-Agdal
 - Pr. Abdessalem Benslimane, FSJES-Agdal
 - Pr. Hamza Abdelmouhaimin, FSJES-Agdal
 - Pr. Mohammed El Hilali, FSJES-Agdal

ADMINISTRATION

B.P. 721, Boulevard des Nations Unies -Agdal-Rabat.

Abonnement annuel (2 numéros)

Maroc140 DH
Etranger140 DH + port Vente
directe, tarif étudiant...50 DH le numéro

Modes de paiement : Espèces ou virement bancaire à la Trésorerie Générale du Royaume

au Compte n° 40220
**FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES,
 ECONOMIQUES ET SOCIALES**

B.P.721, Agdal -Rabat

SOMMAIRE

DROIT PUBLIC ET SCIENCES POLITIQUES.....	7
Le partenariat public privé comme mode de gestion du secteur agricole : Cas des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat	9
Ibrahim ELMAHRAOUI	
L'exception d'inconstitutionnalité au Maroc : perspectives d'introduction et quête d'équilibre en activation	29
RIAD Jamal	
La parafiscalité, un iceberg de la politique fiscale marocaine.....	51
Ranya ELALAOUI MOAD	
DROIT PRIVE.....	63
Droit international pénal point de convergence entre droit international humanitaire et droits de l'homme	65
Khalid SOLHI	
Les notions de la faute délictuelle et contractuelle dans LE D.O.C	91
Fatima Ezahra MEFTAH EL KHAIR	
Contribution du législateur à l'insécurité juridique d'une opération de LBO : cas de fusion entre la holding et la société cible	109
KAMAL EL IDRISSEI Khalid	
Un régime spécial de licenciement en procédure collective sans issue favorable aux salariés	123
Omar EL AYACHI	
L'intégration juridique par voie de la nationalité -cas des femmes immigrées au Maroc-.....	149
Mustapha SADNI	

Droit public
et
Sciences politiques

Le partenariat public privé comme mode de gestion du secteur agricole

Cas des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat

Ibrahim ELMAHRAOUI

Chercheur en finances publiques

Introduction

Les difficultés budgétaires et le retour en force des paradigmes libéraux ont donné l'occasion à un retour du secteur privé dans le financement du service public. Afin de remédier aux limites du financement public, ce retour s'est effectué par le moyen de partenariat public-privé qui introduit la logique de la gestion privée dans le secteur public. La théorie économique, et particulièrement la théorie de la firme, représente le cadre d'analyse qui a profondément abordé ce mode paradoxal de financement où le privé prend en charge la responsabilité de fournir un service de nature publique¹.

Face à ces constats, plusieurs réflexions ont été menées par autant des départements notamment celui de l'agriculture depuis la fin des années 1970 en vue d'identifier les meilleures solutions institutionnelles pour assurer une gestion efficace et un développement harmonieux du secteur agricole ; dans ce cadre, il a été démontré que le partenariat public-privé pourrait apporter des réponses à la hauteur des défis relevés. L'intérêt de ce mode de collaboration a été révélé à travers la réalisation des projets agricoles via le partenariat public privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat².

L'opération du partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine public de l'Etat consiste en location de longue durée (17 à 40 ans selon le type de projet) de ces terrains au profit de promoteurs qui s'engagent, dans un cadre contractuel avec l'Etat, à entreprendre des projets d'investissement agricoles permettant une bonne valorisation de ces terrains tout en créant de

¹ - Youssef El Kejbout, économie des partenariats public-privé : une revue de littérature théorique et empirique, revue marocain journal of business studies, vol 1, issue°2, p1.

² - nasserddinne maatala, philippe lebailly, la régulation du partenariat public-privé en irrigation - cas du projet el guerdane dans la région du souss-massa, revue marocaine de la science agronomique et vétérinaire, n° 7, 2017, p.182.

l'emploi en milieu rural. Ces terrains sont attribués dans le cadre des appels d'offres lancés par l'agence pour le développement agricole et pilotés par une commission interministérielle³.

Cet article examinera le partenariat public privé autour des terres agricoles comme nouveau mode de gestion des terres publiques et son efficacité pour atteindre les objectifs escomptés, dans ce cadre Nous posons la question suivante : est-ce que le partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat comme nouveau mode de gestion des terres agricoles publiques pourrait apporter des réponses à la hauteur des défis relevés dans le secteur agricole.

Afin de répondre à cette question, nous aborderons ce sujet en le divisons en deux parties, comme suit :

- * Le partenariat Public Privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat : une contribution à l'amélioration de la gestion ;
- * Freins et facteurs de réussite du partenariat public privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat.

Première partie : Partenariat Public Privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat : une contribution à l'amélioration de la gestion.

Le recours au partenariat public-privé dans le secteur agricole, notamment dans la gestion des terres agricoles publiques, constitue un outil très important de gestion pour faire face à la contrainte budgétaire des sociétés d'Etat relevant du ministère de l'agriculture (SODEA et SOGETA) et assurer l'optimisation des ressources publiques. En 1975, l'opération partenariat public privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat a été lancée, basée sur un arsenal juridique trop diversifié, mettant en location le domaine privé de l'Etat, auparavant géré par des sociétés Etatiques (SODEA) et (SOGETA), dans le but de valoriser le patrimoine foncier, promouvoir les investissements nationaux et étrangers, développer les principales filières agricoles notamment l'animal et végétale et créer l'emploi en milieu rural.

³ - Cette commission composée de :

* l'agence pour le développement agricole ;

* la direction des affaires rurales relevant du ministère de l'intérieur ;

* l'agence marocaine de développement des investissements et des exportations relevant du ministère de l'industrie, de l'investissement, du commerce et de l'économie numérique.

Section 1 : La mise en œuvre des formes de partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat

Les formes de partenariat public-privé ont été appliquées dans des projets vitaux du secteur agricole, deux projets sont successivement concernés par ce type de partenariat, à savoir le projet d'irrigation el guerdan⁴, et la gestion des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat qui sera l'exemple de notre étude.

Il y a lieu de signaler que ce partenariat a démarré au début des années 1970. Il consiste à mettre le foncier agricole à la disposition des investissements, dans l'objectif de drainer les investissements nationaux et étrangers.

Initialement, l'opération Partenariat Public Privé autour des terres agricoles est intervenue dans le cadre de la restructuration des Sociétés d'Etat : la société de développement agricole (SODEA) et la société de gestion des terres agricoles (SOGETA) qui souffraient d'une situation financière structurellement déséquilibrée et déficitaires. L'opération a été conduite par la SODEA suite au contrat de restructuration⁵ passé entre elle et l'Etat.

La durée de ce partenariat est différenciée selon le type du projet, elle est de 17 ans à compter de la date d'entrée en vigueur pour les projets portant sur les cultures annuelles, est de 25 années pour les projets portant sur l'élevage, elle

⁴ - Dans le cadre du plan directeur d'aménagement intégré des ressources en Eau (PDAIRE) du bassin Souss-Massa, approuvé lors de 9^{ème} session du conseil supérieur de l'Etat et du climat, le gouvernement a décidé d'allouer au périmètre d'El Guerdane, une dotation annuelle en eau de surface d'un volume de 45 millions de mètres cube à partir du complexe de barrages aoulouz-chakoukane. Ce volume correspondant à la moitié des besoins en eau du périmètre, vise à combler le déficit hydraulique patent que connaît la région.

Sur la base de ce plan directeur, Les autorités marocaines a initié en 1995 Le projet el guerdon en partenariat avec une société privé dans le but de transférer 45 millions de mettre cubes d'eau par an depuis un complexe de deux barrages vers un périmètre constitué en aval, il concerne une surface agricole utile irriguée régionale de près de 240.000 ha. Pour plus d'information, voir : Annabelle houdret, Simon bonnet, les premiers partenariats public-privé pour l'irrigation au Maroc : durable pour tous ? Revue cahier d'agriculture, volume 25, numéro 2, 25 mars 2016, p. 44.

⁵ - Le contrat de restructuration signé entre l'Etat et la SOGETA fixe 3 mission et objectifs pour la mise en œuvre de la politique agricole de l'Etat. Premièrement la sécurisation de la production nationale de semences s sélectionnées notamment par la production de 300.000 quintaux de céréale, 25.000 quintaux de légumineuse, 6.000 quintaux de tournesol et 5.000 tonnes de pommes de terre. Deuxièmes, la production et la commercialisation de 1.5 million de plants certifiés dans les différentes filières (agrumes, vignes, oliviers et rosacées). La dernière mission est la sauvegarde du patrimoine génétique animal national d'espèce bovine, ovine et caprine. Pour plus de détails, voir www.ada.com.

peut atteindre 40 années pour les projets à dominance de plantation arboricole, viticole et forestière et les projets intégrant des infrastructures agro-industrielles⁶.

L'Etat a fixé Le montant de loyer qui varie entre 3000 et 4000 DH/HA pour les terres irriguées, alors qu'il se situe entre 1500 et 2000 DH /HA pour le Bour (non irrigué) favorable et entre 700 à 800 DH pour le Bour défavorable.⁷

A travers ce partenariat, comme cela a été souligné, l'Etat s'est fixé comme objectifs.⁸ :

- Une meilleure valorisation du patrimoine foncier géré par les sociétés étatiques ;
- L'encouragement de l'investissement dans le secteur agricole à travers la mobilisation de capitaux privés nationaux et étrangers ;
- La contribution à la mise à niveau des principales filières agricoles (agrumes, olivier, rosacées, vigne, maraichage, élevage, production de semences certifiées ;
- La sauvegarde de l'emploi existant et la création de nouveaux emplois⁹.

1.1 - L'arsenal juridique du partenariat public privé autour des terres agricoles : de la diversité vers l'unification.

L'arsenal juridique régissant l'opération du partenariat public privé autour des terres agricoles est marqué par sa diversité, il est constitué, d'une part, des textes à caractère général, à savoir les contrats de restructuration de la SODEA et SOGETA, les circulaires du premier ministre et d'autre part, par les règlements et les conventions du partenariat, et enfin de la loi n° 86-12.

⁶ - partenariat public privé autour des terres agricoles relevant des domines privés de l'Etat. www.ada.com

⁷ - Lahcen Ahouat, Zineb Tamehmacht, le partenariat public privé comme un nouveau mode de gestion du foncier public agricole, option méditerranéennes, B 72, 2015, p. 74.

⁸ - Lahcen Ahouat, Zineb Tamehmacht, op-cit, p. 74.

⁹ - Amal Mecherfi, les nouvelles formes de partenariat public-privé au Maroc : entre l'absence de cadre juridique et l'épreuve de la pratique, acte du colloque international organisé le 10 et le 11 février 2012 par l'équipe de recherche sur la modernisation de droit et de la justice, vers un cadre juridique des contrats de partenariat public-privé au Maroc, 2014, 75.

1.1.1 - La circulaire du premier ministre n° 4/180 du 15 mai 1975.

La gestion indirecte de certaines propriétés d'Etat notamment celles relevant du domaine privé de l'Etat par le biais de locations de courtes durées était incompatible avec la mise en œuvre de projets d'investissement sur le long terme. Dans ce cadre intervient La circulaire du premier ministre n°4/180 du 15 mai 1975 pour constituer le premier cadre juridique permettant à l'Etat de céder ou louer à langue durée certains terrains à des organismes publics, semi-publics, ou privés pour la réalisation, soit de projets d'investissement d'intérêt général, soit d'opération importantes à caractère économique et social. Ladite circulaire a institué une commission interministérielle chargée de formuler son avis sur les demandes de location des terres qui lui sont présentées et de soumettre cet avis au premier ministre (chef de gouvernement) pour décision. En effet, les demandes ayant reçus un avis favorable ont concerné une superficie de 15.847 ha.¹⁰

1.1.2 - Les contrats de restructuration de la SODEA et SOGETA

Durant la période allant du 2003 jusqu'au 2006, les contrats de restructuration de la SODEA et SOGETA avaient constitués le cadre juridique du partenariat public-privé autour des terres agricoles. Lesdits contrats comportent des mesures de restructuration ponctuelle visant à résorber le déficit des deux sociétés (SODEA et SOGETA) plutôt qu'un cadre juridique stratégique de l'opération de partenariat fixant une vision claire dans le domaine de développement du secteur agricole avec des objectifs chiffrés. En effet, au moment du lancement de l'opération, l'Etat n'avait pas arrêté l'assiette foncière qui ferait l'objet du partenariat, ni le calendrier de sa réalisation, c'est au fur et à mesure de son déroulement, sauf que les trois tranches ont été décidés chacune selon son propre cahier des charges¹¹.

1.1.3 - La circulaire du premier ministre n°2/2007

A partir de 2007, L'attribution des terres agricoles aux opérateurs privés repose sur la circulaire du premier ministre n° 2/2007 du 29 janvier 2007 relative aux modalités de location des terres agricoles relevant du demain privé de l'Etat, ainsi que sur les règlements des appels d'offres.

¹⁰ - p. 144.

¹¹ - Rapport de la cour des comptes pour l'année 2011, p.82

Selon cette circulaire, peuvent participer aux appels d'offres, les personnes physiques ou morales, marocaines ou étrangères qui justifient des capacités juridiques, techniques et financières requises à l'exception des cas ci-après¹² :

- Les personnes physiques ayant la nationalité d'un pays n'entretenant pas des relations diplomatiques avec le royaume du Maroc ;
- Les personnes morales dont les principaux actionnaires sont citoyens d'un pays n'entretenant pas des relations diplomatiques avec le royaume du Maroc ;
- Les personnes physiques ou morales n'ayant pas honoré leurs engagements vis-à-vis de l'administration marocaine dans les opérations de locations des terres relevant du domaine privé de l'Etat, des terrains collectifs et des terres habous.

1.1.4 - La stratégie du plan Maroc vert comme fondement juridique du PPP

Depuis l'adoption du plan Maroc vert¹³ en 2008, et conformément aux orientations de la commission interministérielle présidée par le premier ministre en date du 11 mars 2010, la 3^{ème} tranche du partenariat lancée en date du 29 mars 2010, s'inscrit dans le cadre de ce plan¹⁴.

Avec le lancement de ce plan, une approche innovante a été adoptée. Elle consiste à orienter ce partenariat vers l'appui à la réalisation des projets prévus par le Plan Maroc Vert, notamment en matière d'agrégation. L'extension de ce mode de gouvernance par le Plan Maroc Vert prévoit ainsi la mobilisation de plus de 700.000 ha des terres à l'horizon du 2020 pour la réalisation des projets d'investissement dans le secteur agricole avec une ouverture élargie sur les terres collectives et autres types de foncier.

1.1.5 - Régulation du partenariat public-privé autour des terres agricoles.

Toutefois, conscient des importants investissements à réaliser, notamment au niveau des infrastructures, l'État a compris que la qualité du cadre institutionnel

¹² - Partenariat public-privé autour des terres agricoles, appel d'offre N° 25/2019, p.5

¹³ - La stratégie Maroc vert est une stratégie sectorielle dont le lancement a été donné par le roi Mohamed VI le 22 avril 2008 à Meknès est une stratégie ambitieuse qui vise à faire de l'agriculture le moteur de croissance économique du pays et un outil efficace de lutte contre la pauvreté, à travers l'amélioration du revenu et du niveau de vie des populations rurales. Chambre de l'agriculture de la région Fès-Meknès. iculture-fesmeknes.ma.

¹⁴ - Rapport annuel de la cour des comptes pour l'année 2011, p 82.

et règlementaire du Partenariat Public Privé est essentielle pour attirer davantage d'investisseurs privés vers les projets structurants. Sur la base des coûts des infrastructures et des risques élevés encourus par les investisseurs, le Royaume a mis en place la nouvelle Loi n° 86-12 relative aux contrats de PPP, promulguée le 24 décembre 2014 et entrée en vigueur le 4 juin 2015.¹⁵.

Cette loi a défini pour la première fois le contrat de partenariat public-privé comme un contrat de longue durée, à travers lequel la personne publique (Etat, les établissements publics et les entreprises publiques) confie à un partenaire privé la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de construction, de financement de tout ou partie, de maintenance ou de réhabilitation et d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure nécessaire mis en place devrait permettre d'encadrer cette pratique, en sécurisant les intérêts des citoyens, de l'économie nationale et le développement des entreprises locales et veiller à ce que l'Etat reste l'unique et l'ultime responsable de l'accès et la qualité des services publics¹⁶.

Ainsi, cette loi renforcée par la publication d'un décret n° 2-15-45 du 13 mai 2015¹⁷ qui a donné la priorité au renforcement des mécanismes de gouvernance permettant une régulation et un contrôle durant toutes les phases de projets : de sa préparation à sa réalisation¹⁸.

Sur la base de cette loi, l'agence pour le développement agricole (ADA) a lancé l'appel d'offre n° 25/2019 de partenariat public-privé autour des terres agricoles du domaine privé de l'Etat et ce à partir du 16 juillet 2019.

Cet appel d'offre porte sur 20 projets répartis en trois catégories :

- 1- grand projet agricoles (superficie supérieure à 100 ha) ;
- 2- 12 moyens projets agricoles (superficie entre 20 ha et 100 ha) ;
- 3- 7 petits projets agricoles (superficie inférieure à 20 ha).

¹⁵ - Conjoncture.info, PPP, un mode de financement pour projets structurants. Publié le 6 juin 2017, Consulté le 4/02/2020.

¹⁶ - Voir l'article premier de la loi 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé promulguée par le dahir n° 1.14.192, publiée le 15 rabii II 1436 (5-2-2015) B.o, n° 6332

¹⁷ - Décret n° 2-15-45 du 24 Rajib 1436 (13 mai 2015) pris pour l'application de la loi n° 86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé, B.o n° 6366 du 16 chaabane 1436 (4-6-2015), p. 3062.

¹⁸ - Nasserddinne Maatala, Philippe Lebailly, la régulation du partenariat public-privé en irrigation cas du projet el guerdane dans la région du souss-massa, revue marocaine du science agronomique et vétérinaire, n° 7, 2017, p.181.

En guise de conclusion, il y a lieu de signaler que le partenariat public-privé autour des terres agricoles durant la période antérieure à la publication de la loi n°86-12, a été mis en œuvre dehors de toutes dispositions légales ou réglementaires encadrant cette pratique. Celle-ci est intervenue dans un vide juridique total qui ne serait être comblé par les outils existant du droit de la commande publique, la loi sur la gestion déléguée applicable aux collectivités territoriales et aux établissements publics et Le décret des marchés publics, n'offrent pas les instruments juridiques suffisamment adaptés à ces nouvelles formes de partenariats contractuels qui, en l'état actuel du droit positif, restent au stade d'une simple pratique¹⁹.

Section 2 - La Portée des formes de partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat.

Sur la base des résultats de l'évaluation menée par la commission interministérielle chargée du suivi et évaluation des contrats du partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat, ce partenariat avait un impact positif sur le secteur, à savoir :

2. 1 -L'investissement

L'opération de partenariat public privé autour des terres agricoles a réussi de drainer plus d'investissements dans le secteur, étant donné que le taux des investissements engagé jusqu' à 2015 atteint près de 14 milliards de dirhams sur les 15.2 milliard de dirhams prévus à la même date d'engagement, ainsi un taux de réalisation très satisfaisant reflétant un fort engagement de la part des partenaires (92%).

Ces investissements concernent principalement la production végétale (2.2 milliards de dirham) l'élevage (1 milliard de dirhams) et les unités de valorisation (1.3 milliard de dirhams), en plus des actions transverses liées à la mise à niveau des exploitations concernées à savoir les aménagements hydro-agricole et foncier (4.7 milliards de dirham). Ils ont permis la création de 42.000 équivalent emploi permanent dont 687 ingénieurs et 1563 cadres de maîtrise²⁰.

Ainsi, L'opération a permis la mise en place du projet agricole durable et pérenne contribuant ainsi amplement à la mise à niveau du secteur agricole. En effet, cette opération à constituer un levier important pour l'extension du système

¹⁹ - Amal Mecherfi, op.cit, p. 75.

²⁰ - Evaluation de l'opération de partenariat public privé autour des terres agricoles de l'Etat, <http://www.agriculture.gov.ma/pages/actualites/evaluation-de-l%E2%80%99operation-de-partenariat-public-priv%C3%A9-autour-des-terres-agricoles-d>

d'irrigation avec l'équipement de 37.500 ha en irrigation localisée et la mise en place de l'infrastructure hydro-agricole nécessaire notamment les bassins d'accumulation d'eau dont le nombre s'élève à 315 avec capacité totale de 9.5 millions de m³.

2.2 - La valorisation agronomique de l'eau d'irrigation

La valorisation agronomique est définie comme étant un rapport entre la production totale des agrumes par exploitation et la qualité totale en eau consommée²¹.

Une étude de comparaison menée par une équipe relevant de la direction d'irrigation au niveau du ministère de l'agriculture, a montré qu'à grâce à ce nouveau mode de gestion, la quantité moyenne d'eau d'irrigation utilisé par an pour les agrumes dans la région du sousse et d'environ 8500 m³ et le bénéfice net dégagé par hectare et par an est estimé à 14175 MAD. Ces mêmes résultats montrent que la technicité d'irrigation utilisée dans les terres louées dans le cadre de partenariat, permet une économie d'eau d'environ 2961 m³ par hectare et par an et même en termes de rentabilité et en comparaison avec la culture d'aubergine, les agrumes permettent de dégager un bénéfice net supplémentaire d'environ 2759 DH par hectare et par an. La productivité économique de l'eau d'irrigation pour les agrumes ne dépasse pas 1 Dh/m³ par contre celle obtenue pour la culture d'aubergine est estimé à 2 Dh/ha. Ces résultats montrent que malgré la rareté de l'eau d'irrigation au niveau de cette région, la valorisation de cette eau reste très faible par rapport aux résultats obtenus au niveau des essais de démonstration sur les techniques d'utilisation efficace de l'eau d'irrigation²².

2.3- La valorisation agronomique de la production agricole :

Le foncier mobilisé dans le cadre de ce partenariat constitue une opportunité pour mettre en œuvre des projets agricoles.

Comme illustre le tableau suivant, la superficie mobilisée dans le cadre des trois premières tranches du partenariat public- privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat, représente près de 100.000 ha, répartis sur plus de 556 projets. Cette opération avait un impact sur les différentes filières :

²¹ - Souad amghar et jamaledine jallal, la valorisation de l'eau d'irrigation par la production végétale dans les périmètres irrigués de doukkala, revue ingénierie, N° 41, mars 2005, p. 39.

²² - Ministère de l'Agriculture et de la Pêche Maritime, étude de la contribution du partenariat public-privé dans la gestion durable et valorisation de l'eau d'irrigation dans les périmètres d'El Guerdane, rapport technique finale, janvier 2012, date de publication : avril 2015, p.21.

Tableau 1. Données sur les tranches partenariales publiques-privé autour des terres agricoles du domaine privé de l'Etat.

Filière (Ha)	Prévisions (ha)	Réalisations (ha)	2)/(1) en %	superficie	Nombre de projets
-agrumes	7700	10500	135	100.000	556
-olivier	6500	7620	115		
- vignes	3157	2440	77		
-rosacées	1416	1650	117		

Suite au tableau précédent, l'opération du partenariat public-privé autour des Terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat montre qu'il y avait un impact positif aussi bien en matière de production végétale qu'en production animale :

2.3.1 - En matière de production végétale

Les terres à vocation agricole destinées à la production végétale atteignent 22210 ha, on trouve en premier lieu les terres plantées en agrumes avec 10.500 ha et en olivier avec 7620 ha. Ces plantations contribuent significativement à la production nationale des filières concernées. En effet, à titre indicatif, la production d'agrumes et d'olivier émanant desdites exploitations qui s'élèvent actuellement à près de 260.000 tonnes et 57.000 tonnes respectivement atteindront en phase de croisière, près de 650.000 tonnes et 211.000 tonnes respectivement.

2.3.2 - En matière de Production animale,

Pour la valorisation de la production animale, l'opération a donné naissance jusqu'à présent à la construction de près de 80.000 m² d'étables moderne et 25000 m² de bergeries ainsi que la mise en place de 45 poulaillers, et l'acquisition de 9000 vaches, 18.000 têtes d'ovins.

Il y a lieu de signaler que ces résultats ne sont pas le fruit du hasard. Les projets de partenariat jouissent d'un suivi régulier, notamment ceux qui sont lancés récemment, par une commission interministérielle et d'un accompagnement de l'agence pour le développement agricole. Ce suivi a permis également d'accompagner les projets de partenariats ayant connu du retard et de sanctionner ceux dont les porteurs n'ont réalisé aucun investissement.

Deuxième partie : Freins et facteurs de réussite du partenariat public privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat.

Dans cette deuxième partie, nous abordons, les obstacles inhibant de la formation de l'opération partenariat public-privé autour des terres agricoles et la solution adéquate identifiée par les spécialistes dans le domaine.

Section 1 : Les obstacles associés aux partenariats publics-privés autour des terres agricoles

Il a été révélé que généralement le partenariat public privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat représente un véritable gage d'efficacité et d'efficience. Toutefois ceci n'est pas toujours évident, plusieurs preuves viennent à l'encontre des arguments en faveur de ces partenariats publics privés, divers facteurs paralysent et influencent négativement la relation partenariale.

1.1 -Une Gouvernance marquée par la multiplicité des intervenants

Depuis les années 75, la gestion des contrats publics-privés dans le secteur agricole notamment celle des terres agricoles est marquée par la multiplicité des intervenants. Cette opération a été gérée par plusieurs départements et marquée par l'intervention de plusieurs acteurs (l'agence pour le développement agricole –ADA-, la direction des domaines privé de l'Etat, la commission de suivi, la commission interministérielle et l'Etat marocain représenté par les ministres chargés de l'agriculture et des finances). Cet état déficit risque de porter atteinte au principe de la bonne gouvernance dans la mesure où il crée une confusion auprès des partenaires voir un chevauchement des compétences des différents intervenants dans le déroulement de l'opération. Cette situation est aggravée par la désignation d'un interlocuteur unique devant les partenaires représentant l'Etat marocain pour tout rapport concernant l'exécution et le suivi des conventions.

La multiplicité de ses acteurs a vidé le principe du guichet unique de tous son sens et a égaré sa symbolique et son efficacité de l'objectif initial pour lequel il a été créé²³.

1.2 - En matière de suivi et évaluation

En vue d'assurer le respect par les partenaires de leurs obligations, les conventions de partenariat ont prévu un certain nombre de mécanismes,

²³ - Rapport de la cour des comptes pour l'année 2015, mobilisation du demain privé de l'Etat au profit de l'investissement, p.1

notamment la désignation par décision conjointe des ministres chargés de l'agriculture et des finances, d'une commission administrative de suivi et la production par le partenaire d'un rapport annuel complet portant sur les investissements réalisés et les emplois créés qui sera transmis à la commission sus-indiquée.

Or, Depuis le lancement de l'opération dans les années 70, aucune entête administrative n'a été installée au niveau du ministère de l'agriculture, chargée de suivi et évaluation des projets partenariat public-privé, sauf qu'une commission temporaire a été désignée par le ministre de l'agriculture, regroupent les représentants de la SODEA et SOGETA, du ministre de l'agriculture et de la direction des domaines pour évaluer l'état d'avancement de certains projets. Cette commission s'est heurtée à des difficultés logistiques pour évaluer l'ensemble des projets à cause d'un manque de la production des rapports annuels prévus par l'article 21 des conventions qui n'est pas exigé par la SODEA. Son travail s'est donc limité à constater les réalisations d'un nombre limité de projets²⁴. En effet, ce n'est qu'au 15 juin 2011 qu'une décision conjointe des ministres chargés de l'agriculture et des finances a désigné une telle commission pour procéder annuellement à la vérification des réalisations.

Aussi la loi 86-12 qui a fixé parmi ses objectifs primordiaux, la performance lors de la phase de passation du contrat et prévoit un suivi régulier par une commission interministérielle pour en vérifier les respects des objectifs en phase d'exécution. Certes, les projets de partenariat bénéficient d'un accompagnement de proximité par l'agence pour le développement agricole afin de permettre aux partenaires de dépasser les contraintes rencontrées lors de la mise en œuvre de leurs projets. Or, la pratique montre que le contrôle porte seulement sur les réalisations matérielles prévues dans les contrats sans prendre en considération les autres éléments contextuels comme la préservation du sol, la rationalisation de l'exploitation des nappes d'eau souterraines ou autre. En effet, l'investisseur (étranger surtout) tend à chercher à rentabiliser son investissement dans une durée courte. Ce qui le pousse à une intensification de la lecture et une surexploitation des réserves en eau. Potentiellement, une dégradation de l'environnement est possible, à travers l'appauvrissement délibéré des ressources naturelles.²⁵

²⁴ - Dans ce sens, on peut citer le cas de la commission technique chargée de faire le constat de restitutions les cautions d'investissement aux partenaires concernés, institué En 2008 par le ministre chargé de l'agriculture.

²⁵ - Abdelrani Bouyad, Claude Napoléon, Aissam Zine-Dine, le partenariat public-privé dans le secteur agricole : enjeux de la mobilisation de la propriété immobilière au Maroc, p : 4.

1.3 - La défaillance de la loi 86-12

Cette nouvelle loi, malgré ces avantages au niveau de la gouvernance, pourrait freiner les ardeurs des groupes étrangers à investir dans le secteur agricole au Maroc, puisqu'elle vise dans son préambule la promotion de l'émergence de groupes nationaux de référence en matière du partenariat public-privé. En effet, sur le plan microéconomique, le dispositif définit des mesures visant à confier un avantage compétitif aux entreprises nationales durant la procédure de sélection. Quant au plan macro-économique, la loi 86-12 fixe des objectifs de performance lors de la phase de passation du contrat et prévoit un suivi régulier par une commission interministérielle pour en vérifier le respect des objectifs en phase d'exécution. Certes, les projets de partenariat bénéficiant d'un accompagnement de proximité par l'agence pour le développement agricole afin de permettre aux partenaires de dépasser les contraintes rencontrées lors de la mise en œuvre de leurs projets.²⁶

1.4 - Le déséquilibre de relation partenariale

Divers facteurs paralysent et influencent négativement la relation partenariale, une des contraintes prédominantes est l'asymétrie de taille entre les partenaires²⁷. Cette dernière, concerne la taille des acteurs et leur niveau d'expertise. De plus, Said Mouline²⁸ a ajouté, à l'issue d'une interview à l'occasion des journées scientifiques organisées lors de la COP 22, l'inégalité des ressources intangibles et les compétences engagées dans la collaboration, à la liste des critères identifiés précédemment. La littérature a analysé également les conséquences de l'asymétrie information qui se définit par la relation où l'une des parties possède une information primordiale que l'autre n'a pas. Dans ce cas, le détenteur de ce renseignement peut agir dans son propre intérêt et non pour le bien du projet.

On peut ajouter à ce qui sont précédés, un obstacle majeur qui entrave aussi la réussite des partenariats publics privés²⁹, c'est la différence de culture. En effet, le public et le privé possèdent deux visions antagonistes, et n'ont certainement pas les mêmes objectifs de collaboration. En ce sens, la notion de PPP exige une nouvelle culture propre à cette collaboration, capable de joindre entre l'économie des services publics et l'ouverture des solutions innovantes appartenant au

²⁶ - Ibedim, p : 4.

²⁷ - Zoubeyda Mahamadou, asymétries entre partenaires et confiance : le cas des alliances stratégique entre privé multinationales, revue internationale PME, volume 30, numéro 1, 2017, p.63.

²⁸ - Chef du pole partenariat public privé de la cop 22.

²⁹ - Issaka Oumarou Harou, le rôle et l'impact de la diversité culturelle dans les pratiques managériales en milieu professionnel, mémoire présenté comme exigence Partille de maitrise en sciences de la gestion, université du Québec à Montréal, juillet 2014, p. 65.

patrimoine du secteur privé. Ce qui n'est pas toujours réalisable. En plus de la complexité du type d'arrangement contractuel du fait de la nouveauté juridique que représentent les PPP.

Section 2 : Vers une gouvernance renouvelée du contrat de partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'État.

L'expérience a démontré qu'un contrat de partenariat public-privé peut être réussi si certains de ses aspects sont bien traités, notamment, l'instaurer une politique de changement au niveau des approches, assurer une bonne communication, revoir les textes régissant quelques aspects dans le secteur agricole, et améliorer le suivi et évaluation de ces contrats.

2.1 - L'instauration d'une politique de changement au niveau des approches.

Pour assurer le succès du Partenariat Public Privé autour des terres agricoles, il est primordial d'instaurer une politique de changement au niveau des approches de l'administration³⁰. Les problèmes inhibant le fonctionnement du Partenariat Public Privé sont relatifs à la convergence de logiques des deux secteurs partenaires. En effet, il faut trouver un terrain d'entente et concilier la logique du service public afin de garantir la performance de ces projets. Pour faire face à ces difficultés qui menacent la pérennité du contrat, le mieux serait de joindre les objectifs des parties pour créer une vision commune et de relever les défis auxquels sont confrontés les décideurs.

Selon Jacobson et ok Choi, il est important d'assurer une bonne communication à travers le dialogue public-privé continu et un transfert d'informations fiables aux membres du secteur privé, au moyen des réunions intensives très régulières et avec un processus apte à résoudre les défis et un acharnement à vouloir atteindre une vision partagée³¹. La disponibilité de l'information et son exactitude permet de réaliser les tâches plus efficacement et augmenter la satisfaction et

³⁰ - La disponibilité de l'information et son exactitude permet de réaliser les tâches plus efficacement, augmenter la satisfaction et enfin de réussir le partenariat. Pour plus d'information, voir : dimitry ivanov, les défierent formes de partenariat public-privé en resvue république 05-2011, février 2007, p 7.

³¹ - Dans le même sens, à l'issue d'une étude réalisé par fitz gerad Ramon javelot, il a nommée "capacité partenarial" les résultats analysées démontrent hors tout doute que la réussite des ppp est basés en grand partie sur la capacité des partenaires à se faire confiance à se cordonner et à communiquée. Pour plus d'information, voir : marie Hélène jobine, conditions de succès et obstacles aux collaborations public-privé en santé au Québec, rapport recherche, fédération des chambres de commerce du Québec, 4 février 2016.

enfin de réussir le partenariat³². En effet, Il est nécessaire également d'effectuer une évaluation préalable de l'utilité sociale du projet proposé pour satisfaire le public et qui peut correspondre en même temps aux exigences de l'exploitant privé. Ce diagnostic préliminaire est un passage obligé pour ce type de partenariat pour minimiser les échecs, même si ce n'est pas toujours évident.

L'administration agricole doit être capable d'exploiter les avantages qui s'offrent à lui à travers sa collaboration avec le secteur privé. Effectivement, le partenariat public privé autour des terres agricoles peut être une solution à tous les problèmes de l'investissement dans ces terres ou encore la réduction des charges de l'Etat à travers la répartition des risques entre les contractants. De plus, le secteur privé est doté d'un savoir-faire et d'une expertise lui permettant valoriser l'économie agricole du pays vers des créneaux générateurs de croissance à long terme³³.

2.2 - L'exploitation de la capacité d'innovation propre à l'un des partenaires du contrat

L'innovation est une dimension concurrentielle importante³⁴ pour tous les agricultures, elle est réputée pour être l'un des principaux moyens pour répondre aux besoins du marché et un garant de profitabilité et de survie pour le secteur agricole. Les autres solutions proposées par plusieurs auteurs s'inscrivent dans une optique de diminution de conflits potentiels entre les partenaires. Ainsi, le choix du partenaire est stratégique pour pouvoir aboutir à des résultats exemplaires. Il serait primordial de s'associer avec la bonne personne pour pouvoir réussir des projets particulièrement dans le cadre d'un PPP. En prenant en compte l'optimisation du choix du partenaire, les distorsions et les blocages dus aux conflits d'intérêt peuvent être réduits considérablement.³⁵

2.3 - Définir le rôle des différents partenaires et accorder les intérêts

Pour garantir le succès du partenaire autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat, il est indispensable d'harmoniser les intérêts et les visions des différentes parties et d'établir un consensus, en particulier sur les

³² - Dimitry Ivanov, les différentes formes de partenariat public-privé et leur implantation en ressuie, master en administration publique, école nationale d'administration, février 2007, p.7

³³ - Cyrine Nour Bahri, Rafla Hefaidh, freins et facteurs de réussite du partenaire public-privé : cas de deux entreprises opérant dans le secteur des TIC, association internationale de management stratégique. <https://www.strategie-aims.com/>

³⁴ - Marie Hélène Jobin, conditions de succès et obstacles aux collaborations public-privé en santé au Québec, conseil des entreprises privées en santé et mieux être, 4 février 2016, p.38.

³⁵ - Cyrine Nour Bahri, Rafla Hefaidh, freins et facteurs de réussite du partenaire public-privé : cas de deux entreprises opérant dans le secteur des TIC, association internationale de management stratégique. <https://www.strategie-aims.com/>

objectifs et les priorités du secteur public. Le partenaire public (l'administration chargée de l'agriculture) doit clairement comprendre les raisons pour lesquelles un système de partenariat public privé est préféré à d'autres mécanismes d'appui du secteur agricole, et d'être en mesure de savoir pour quels types de projets (végétale ou animal) les partenariats publics privés sont les plus efficaces pour combler les défaillances du marché de manière durable. Cela signifie que les objectifs publics et les avantages escomptés doivent être clairement formulés et assortis d'objectifs quantifiables, qui montrent comment le partenariat peut apporter une valeur ajoutée supérieure à celle qui aurait obtenue avec d'autres programmes d'achats publics ou avec des investissements privés uniquement. Le rôle de chaque partenaire doit être clairement défini en fonction des compétences et des connaissances que chacun peut apporter au partenariat, et les incitations doivent être conçues de manière à récompenser³⁶.

2.4 -Favoriser des méthodes de sélection et des procédures budgétaires prudentes et transparentes

Il est essentiel d'adopter des méthodes de sélection des projets de ppp transparentes³⁷ reposant sur des critères de rentabilité. La transparence fait ici référence à la définition et à la diffusion de critères accessibles à tous les investisseurs pour les procédures de sélection des projets et des entreprises privées qui participeront à la gestion de ces terres dans le cadre des ppp. La transparence est indispensable pour limiter les risques de corruption, de récupération politique et de recherche de profit³⁸.

On pourrait ainsi insister sur un certain nombre de points que l'on qualifierait des conditions du succès, il s'agit de :

- L'utilité socio-économique du projet qui doit constituer un préalable ;
- Le surcout lié au montage et à la structuration financière doit être plus que temps ;

³⁶ - Partenariat public privé. www.ada.ma.

³⁷ - La transparence est définie comme le processus par lequel les informations existantes, les décisions et les actions sont rendues accessibles, visibles et compréhensibles. Voir cofinancement international management stratégique, Luxembourg 1-4, juin 2010.

³⁸ - Partenariat public-privé pour une croissance agricole inclusive, conférence régionale de la FAO pour l'Afrique, Abidjan (côte d'Ivoire) 4- 8 avril 2016, p.9

- Les gains attendus en termes de couts et de délai impliquent un changement d'attitude des acheteurs publics : faire faire, au lieu de faire, et imposer des obligations de moyens³⁹.

2.5 - Améliorer le suivi - évaluation des projets

Le suivi-évaluation est un domaine essentiel qui n'a pas été traité de manière systématique dans les précédentes initiatives de partenariat public privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat. Le partenariat public privé n'étant pas considéré comme une fin en soi mais comme un moyen d'établir une relation commerciale de laquelle le secteur public se retire une fois que le dysfonctionnement initial du marché est corrigé, il est essentiel de comprendre comment le mécanisme aide toutes les parties à réaliser leurs objectifs⁴⁰.

Comme pour les contrats classiques de gestion déléguée lorsque la gestion d'un service public est confiée à un opérateur privé, on se doit s'établir un contrôle et suivi efficace des activités en questions, ce contrôle et suivi doit en plus être renforcé lorsque le partenaire privé gestionnaire se trouve en état de monopole⁴¹.

Selon Abdelaziz senhaji, l'évaluation doit être menée avec objectivité par des agents relevant de l'agence pour le développement agricole compétents et à l'aide d'outils scientifiques, particulièrement le calcul économique des projets surtout que l'évaluation préalable et une démarche essentielle pour apprécier l'opportunité d'un tel partenariat⁴².

Dans ce but, et pour faciliter l'opération de l'évaluation, tous les partenariats publics privés agricoles doivent contenir une définition claire des objectifs à atteindre par les différents partenaires. Un système solide de suivi et d'évaluation est essentiel pour pouvoir adapter rapidement le projet (au cas où les résultats seraient insuffisants) est en mesurer les effets.

2.6 - Lever les entraves juridiques à la mobilité et à l'accès au foncier

Il est nécessaire de réviser certains textes de loi qui constituent aujourd'hui une contrainte pour la dynamisation du marché foncier, en vue d'opérer une réallocation des terres en fonction de critères économiques. Tel est le cas de la

³⁹- E. Muller, les instruments juridiques du partenaires public-privé, l'Harmattan, 2012, p.551.

⁴⁰ - Fond International du Développement Agricole, note pratique créer des partenariats publics privé producteurs (4 p) dans les filières agricoles, aout 2016, p.22

⁴¹ - Mehdi Berradi, l'expérience de la ville de Casablanca, in partenariat public-privé, sous la direction d'Ali Sedjari, l'Harmattan, GRET, 2005, p.463.

⁴² - Les limites du partenariat public-privé. Albayane.press.ma

loi n° 34-94⁴³ sur la limitation du morcellement, qui interdit toute transaction de nature à créer des parcelles inférieures à 5 ha dans les périmètres d'irrigation ou en deçà d'une superficie minimale d'exploitation dans les périmètres de mise en valeur en Bour, et des textes interdisant l'acquisition de propriétés agricoles par les personnes physiques étrangères et les sociétés par actions (dahir n° 1-73-645 du 23 avril 1975⁴⁴).

Concernant le premier texte, les voies d'amélioration pourraient concerner une révision dans le sens de l'abrogation des dispositions d'interdiction et mesures coercitives, tout en maintenant les mesures incitatives à la préservation de l'intégrité des exploitations. Quant au deuxième texte, la réflexion s'oriente, d'une part vers une levée des interdictions qu'il a établie, et d'autre part, vers la suppression de toutes les clauses instituant l'inaliénabilité des terres agricoles (terres collectives, guiche, domaniales et de la réforme agraire)⁴⁵.

⁴³ - Dahir n° 1-95-152 du 13 rabii II 1416 (11 aout 1995) portant promulgation de la loi n° 34-94 relatif à la limitation du morcellement des propriétés agricole situées à l'intérieur des périmètres d'irrigation et des périmètre de mise en valeur en Bour. B.O n° : 4251 du 20 avril 1994, p.600.

⁴⁴ - Dahir portant loi n° 1-73-645 du 11 rabii II 1395 (23 avril 1975) relatif à l'acquisition des propriétés agricole ou à vocation agricole à l'extérieur des périmètre urbains, B.O : n° 32645, du 21-05-1975, p.656.

⁴⁵ - Mohammed bajeddi, développement agricole et régimes fonciers au Maroc. www.acadimia.edu .169.

Conclusion

Notre étude a montré que le partenariat public-privé autour des terres agricoles relevant du domaine privé de l'Etat constitue un vrai outil qui devrait compléter et non remplacer l'investissement de l'Etat dans le secteur agricole. Nous avons montré que, juridiquement, il repose sur des fondamentaux trop diversifiés, anciens, mais que la façon dont les pouvoirs publics s'en saisissent, tend à focaliser l'attention sur la performance économique des preneurs alors qu'il serait possible d'intégrer d'autres éléments contextuels à l'arbitrage public, comme l'environnement ou l'incidence sociale de la mesure (notamment la concurrence sur la ressource foncière).

De manière générale, la réussite de la démarche partenariat public privé ne peut être atteinte que dans un environnement juridique, institutionnel et financière évolutif, incitatif et adapté aux spécificités du secteur agricole et aux exigences des partenaires privés notamment les agricultures, en termes de transparence et de concurrence, de maîtrise des risques potentiels et les délais, de modes de passation et de simplification des procédures, assurant les bonnes conditions d'exécution des contrats de partenariat, de mise en œuvre des projets et de développement de mécanismes de suivi et d'évaluation de la qualité des opérations.

L'exception d'inconstitutionnalité au Maroc : perspectives d'introduction et quête d'équilibre en activation

RIAD Jamal

*Chercheur en droit constitutionnel comparé, FSJES
Agdal*

Université Mohammed V de Rabat

Il y a près de cinq cent ans, Thomas Hobbes abordait dans son LEVIATHAN les questions de la place et du rôle de l'État. Selon Hobbes, dans l'état de nature sans autorité de gouvernance, l'homme est face à une situation chaotique¹ dont personne ne peut vivre de façon stable et durable. Ainsi, l'homme doit former un État et lui abandonner sa liberté pour recevoir en retour sécurité, ordre et protection.

Cependant, s'il n'y a pas de limitation du pouvoir de l'Etat, trouvant sa raison profonde dans l'arbitraire inhérent à la nature humaine², les risques de violation des droits de l'homme par l'État sont évidents et très probablement réels. Le premier aspect de cette limitation réside dans la référence aux droits de l'homme³. Cette inscription des droits dans la Constitution est une condition nécessaire mais non suffisante pour leur protection. Il faut encore qu'une autre condition soit remplie : il s'agit de la limitation du pouvoir de l'État par des mécanismes de contrôle et de surveillance contre tout usage abusif.

Le juge constitutionnel, dans ce cadre, est le garant de cette protection constitutionnelle, son action agit dans le sens d'interdire les violations constitutionnelles qui prennent différentes formes, et dont les violations les plus

¹ - Pasqual PASQUINO, « Thomas HOBBS la condition naturelle de l'humanité », revue française de science politique, vol. 44, no. 2, 1994, p 294.

² - Marie ALAIN, « La violence faite à l'individu. (La communauté au révéléur de la sorcellerie) », Politique africaine, 2003/3 (N° 91), p. 14

³ - Jacques CHEVALLIER, « L'État de Droit », cinquième édition, Montchrestien, 2010, p. 52.

fréquentes sont celles commises par les institutions publiques, par des actes portant atteinte aux droits du citoyen reconnus par la Constitution⁴.

Au Maroc, les premières prémices d'une justice constitutionnelle sous la forme d'une procédure de contrôle de constitutionnalité remontent au 11 octobre 1908 avec l'article 54 du projet de la constitution de 1908 conférant au conseil des notables la compétence de rejeter toute disposition portant atteinte à la constitution⁵. Organiquement, ce n'est qu'avec la constitution de 1962 qu'on a assisté à l'institutionnalisation d'une chambre constitutionnelle auprès de la Cour suprême, mais, force est de constater que cette chambre n'était pas investie du réel pouvoir en matière de protéger les droits et libertés, puisque sa mission principale est de contrôler les équilibres constitutionnels et politiques en se prononçant uniquement sur les lois organiques⁶ et les règlements des chambres.

La nécessité de remédier aux insuffisances et limites de cette expérience et de celle du conseil a abouti à l'introduction des mécanismes plus efficaces, et dont la tendance actuelle est l'ouverture d'une voie de recours aux citoyens auprès des juridictions constitutionnelles. Ainsi, en vertu de l'article 133 de la constitution : « La Cour Constitutionnelle est compétente pour connaître d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès, lorsqu'il est soutenu par l'une des parties que la loi dont dépend l'issue du litige, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ». Par cette innovation, le constituant marocain a fait révéler sa conscience de l'impact déterminant de l'élargissement des voies d'accès à la justice constitutionnelle, sur la protection, la promotion et la mise en œuvre des droits de l'Homme constituant, à côté de la démocratie, l'indicateur de la consécration de l'Etat de droit, compte tenu de la relation indissoluble et organique qui les relie.

⁴ - Holo THEODORE, « Émergence de la justice constitutionnelle », Pouvoirs, 2009/2 (n° 129), p. 109

⁵ - Mohammed Amine BENABDALLAH, propos sur l'évolution constitutionnelle au Maroc, REMALD n° 36, 2001, p9

⁶ - La Chambre constitutionnelle instituée avec la Constitution de 1962 a à se prononcer sur la constitutionnalité des lois organiques, mais, elle n'a jamais exercé ce rôle du fait que toutes les lois organiques des deux périodes de 1965 à 1970 (Etat d'exception) et de 1972 à 1977 (Période transitoire) avaient été prises par le Roi et entraient immédiatement en application. Id. « Le juge constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », Communication présentée au colloque « Contrôle constitutionnel au Maghreb et en Europe » organisé les 12, 13 et 14 novembre 2008 à Venise par European Inter-University Centre EINC en collaboration avec la Fondation HANNS SEIDEL et la GTZ. Mise en ligne : <http://aminebenabdallah.hautetfort.com> consultée le 27 mai 2016.

Arrivant à ce stade, il est légitime de s'interroger sur l'introduction du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit interne marocain en terme de son éventuelle contribution à la protection des droits fondamentaux, et de ses modalités d'activation..

1. Les perspectives ouvertes par l'introduction du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité dans le droit marocain

Dans le cadre de la révision constitutionnelle étendue et profonde instituée par le Royaume en vertu de la Constitution promulguée le 29 juillet 2011 établissant une nouvelle atmosphère propice à l'ouverture et aux pistes « Etat de droit »⁷, une Cour constitutionnelle, qui se veut une place de choix pour une jurisprudence féconde orientée vers la protection des droits et libertés, a été instaurée avec de nouvelles compétences.

Ainsi, non seulement la Cour constitutionnelle peut être saisie pour déclarer qu'un engagement international comporte ou non une disposition contraire à la constitution⁸, mais elle peut connaître d'une exception d'inconstitutionnalité⁹ comme élargissement de son contrôle de constitutionnalité en passant de l'a priori à l'a posteriori, ce qui permettrait une protection des droits et libertés par la contestation de la loi (A), et une adaptation de la législation interne au droit international (B).

A- De l'a priori à l'a posteriori : Contrôle renforcé pour une protection argue

Dans le contentieux des actes, le juge constitutionnel peut, potentiellement, être saisi à trois moments : avant son adoption (le contrôle porte alors sur un projet), après celle-ci (le contrôle porte sur un texte adopté) ou après sa promulgation et/ou publication (le contrôle porte sur un texte appliqué ou en voie d'être

⁷ - Nadia Amal BERNOUSSI, « La Constitution de 2011 et le juge constitutionnel » In La constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires. CEI.LGDJ.2012.

⁸ - L'article 55 dispose : « Si la Cour Constitutionnelle, saisie par le Roi ou le Président de la Chambre des Représentants ou le Président de la Chambre des Conseillers ou le sixième des membres de la première Chambre ou le quart des membres de la deuxième Chambre, déclare qu'un engagement international comporte une disposition contraire à la Constitution, sa ratification ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

⁹ - Article 133 de la nouvelle constitution de 2011

appliqué). Le fait d'adopter un de ces modes ou plus, reflète le degré d'importance qu'accorde le constituant à la question de suprématie de la constitution, et par conséquent la profondeur de souci de purger l'arsenal juridique des textes inconstitutionnels et attentatoires aux droits et libertés garantis par la constitution

Auparavant on se limitait à un contrôle à priori des lois, mais, la nécessité de remédier aux insuffisances de ce seul contrôle¹⁰ a abouti à l'introduction des mécanismes de contrôle dit « a posteriori » ou « ex post » qui s'illustre par l'ouverture d'une nouvelle voie de recours aux citoyens dite « exception d'inconstitutionnalité »¹¹.

Faut-il le rappeler, parmi les inconvénients du premier contrôle adopté dès la constitution de 1962, son aspect politique qui interférerait avec la procédure législative. Ce contrôle préventif intervient dans un contexte politique qu'on peut qualifier d'« en mouvance avant stabilité », étant donné que : « statuant, alors que les clameurs du débat parlementaire ne se sont pas encore tues (...), le juge constitutionnel intervient sur le terrain encore brûlant des passions politiques »¹². Et quand il tranche la question soulevée entre deux prétentions opposées (majorité et opposition), il donne nécessairement « raison » à l'un des deux camps en présence ; et par suite il s'expose, ce faisant, à une critique tenant au caractère politique de sa décision.

S'inspirant du modèle français, le Maroc a institué le contrôle de constitutionnalité des lois depuis 1962¹³. Ce contrôle s'est ancré à travers les différentes révisions constitutionnelles et s'effectue de deux ordres : obligatoire

¹⁰ - R.BADINTER. « Une longue marche du conseil à la cour constitutionnelle » Cahiers du conseil constitutionnel n°25 (Dossier 50ème anniversaire) – août 2009.

¹¹ - En France, il est appelé question prioritaire de constitutionnalité QPC en raison du fait que quand elle est soulevée, le juge suspend la procédure judiciaire en cours au profit du mécanisme prévu pour le contrôle de constitutionnalité. Elle l'est aussi puisqu'elle doit être tranchée avant l'exception de conventionalité, si cette dernière est également soulevée.

¹² - Pierre BON, « Dictionnaire constitutionnel (O. Duhamel et Y. MENYDIR.), PUF, 1994, page ?

¹³ - Pour l'histoire, le professeur M.A. BENABDELLAH nous fait rappeler que le projet de constitution du 11 octobre 1908 sans instituer un Conseil constitutionnel prévoyait néanmoins une forme de contrôle de constitutionnalité. Son article 54 disposait, en effet, que le conseil des notables devait rejeter toute disposition portant atteinte à la constitution et son article 34, instituait une espèce d'exception d'inconstitutionnalité par la possibilité ouverte à tout sujet marocain de déposer, sans conditions ou précisions de délai, devant le Conseil consultatif une plainte contre tout acte contraire à un article de la Constitution.

pour les lois organiques, et facultatif pour les lois dites ordinaires. Ce contrôle s'est vu renforcé depuis 2011, avec l'institution d'un contrôle a posteriori visant la protection des droits et libertés consacrés par la constitution de 2011 notamment dans le titre II.

« La Cour Constitutionnelle est compétente pour connaître d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès, lorsqu'il est soutenu par l'une des parties que la loi dont dépend l'issue du litige, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution¹⁴ », tel est l'énoncé constitutionnel donnant naissance d'un contrôle a posteriori au Maroc, lequel sera bien détaillé en terme de détermination de ses conditions et de la procédure à suivre pour soulever une exception d'inconstitutionnalité, par la loi organique n°86.15 en cours d'adoption.

Ainsi, par ce mécanisme, le Maroc entame une nouvelle phase constitutionnelle en s'inscrivant dans la montée qu'a connue le monde, particulièrement l'Europe, en matière de contrôle a posteriori des lois au détriment du contrôle « ex ante ». Cette prépondérance peut être justifiée par deux facteurs. D'abord, confier le droit de saisir le juge constitutionnel aux seules autorités publiques y compris les parlementaires ne peut en aucun cas garantir le fait de lui déférer toutes les lois susceptibles d'être attentatoires aux droits et libertés, pour une des raisons faciles à imaginer, il s'agit de consensus entre la majorité et l'opposition, notamment dans le cas de lois sur le système électoral, rarement déferées au juge constitutionnel, ou d'une loi dont l'opposition, pour des raisons politiques complexes, préfère ne pas soulever l'inconstitutionnalité¹⁵, ou quand il s'agit d'un simple oubli, mais oubli fâcheux si des droits et libertés fondamentales ont pu ainsi être violés.

¹⁴ - L'article 133 de la constitution marocaine de 29 juillet 2011.

¹⁵ - L'exemple frappant pour l'expérience française est la loi du 13 juillet 1990, dite « Loi GAYSSOT », du nom d'un député communiste devenu Ministre du Gouvernement de Lionel Jospin, sanctionnant les propos racistes, et qui porterait atteinte à la liberté d'expression avec, en particulier, la notion dangereuse, venue des pays totalitaires, de « Vérité d'État » (art. 9). Cité par Roussillon Henry, « La saisine du Conseil constitutionnel. Contribution à un débat » In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 499-500.

Le deuxième facteur tient à ce que, avant de statuer la promulgation de la loi, le juge constitutionnel serait censé participer à la confection de celle-ci¹⁶. Alors que le contrôle a posteriori intervient après l'application de la disposition législative.

Par l'orientation d'étendre le contrôle en instaurant le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité, le constituant marocain ouvre une opportunité aux justiciables pour contester toute disposition législative portant atteinte à leurs droits garantis par la constitution, soit une voie qui dépasse le contrôle du « droit législatif en vigueur » au « droit socialement vivant ¹⁷ ». Cette extension a un avantage manifeste pour le juge constitutionnel, du fait qu'il statue sur un « droit vivant » qui a produit des effets juridiques socialement vécus contrairement au contrôle a priori dont l'appréciation de la constitutionnalité d'une norme se fait à partir d'une pensée pure¹⁸, indépendante de l'expérience, en essayant d'anticiper les effets hypothétiques ou potentiellement inconstitutionnels d'une disposition.

Cette distinction a tout le mérite, également, si on se rend compte qu'il n'est pas rare (...) que l'inconstitutionnalité d'une loi n'apparaisse clairement que lorsqu'on commence à l'appliquer »¹⁹. L'exemple concernant l'adoption d'enfants, en Italie, a permis de mettre en lumière une hypothèse d'inconstitutionnalité à laquelle nul n'avait songé auparavant²⁰.

L'exception d'inconstitutionnalité instaurée par l'article 133 de la constitution marocaine de 2011 est l'incarnation de la conscience de centrer l'individu au cœur des réformes constitutionnelles entreprises pour conforter les leviers de la transition démocratique souhaitée, soit la présence centrale de la question des

¹⁶ - Y. GAUDEMET, « Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif », in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 103.

¹⁷ - Le terme "Droit vivant" est une formule qui fait référence aux applications du droit formellement en vigueur, en attente de vivre lui-même dans ses applications ; La doctrine du "Droit vivant" implique l'uniformité des applications. En présence d'applications divergentes, il n'y aura pas un "Droit vivant", mais des tentatives de "Droit vivant" et, dans un pareil cas, l'interprétation autonome de juge constitutionnel devient inévitable. Gustavo ZAGREBELSKY, la doctrine du droit vivant. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 2-1986, 1988. L'interruption volontaire de grossesse dans les jurisprudences constitutionnelles européennes.

¹⁸ - G. DEL VECCHIO, « Philosophie du droit », 1953, éd. Dalloz 2003, p.114

¹⁹ - Pierre BON, « Dictionnaire constitutionnel ». Op.cit, préciser entrée ou page ?

²⁰ - Arrêts n° 148 de 1992 et 303 de 1996. Sur ce cas de figure, v. O. Le Bot, « La QPC met-elle fin à l'exception française en matière de protection des droits fondamentaux ? », in Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?, Les cahiers de l'Institut Louis FAVOREU, 2013.

droits des citoyens comme une préoccupation permanente pour le Pouvoir. Cette voie constitue une opportunité pour protéger les droits en contestant la loi, mais de quelle loi parle-t-on ?

D'après l'article 2 du projet de la loi organique n° 86.15, on entend par la loi qui peut être contestée toute disposition à caractère législatif qui sera appliquée, ou devrait l'être, au litige, à la procédure ou constitue le fondement de la poursuite. Par cette délimitation, le constituant marocain a rejoint son homologue français prévoyant dans l'article 61-1 de la constitution de 1958 que « lorsque à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés ...», la même expression « disposition législative » figure également à l'article 23-1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution²¹.

Cependant la notion de « disposition législative », à laquelle aucune explication n'est faite prêtait peut être moins à hésitation, contrairement à ce d'autre pays prévoient, clairement, dans ce sens. A titre d'exemple, pour l'Espagne le critère adopté pour définir la loi semble être large, ainsi les normes pouvant être soumises au contrôle du tribunal constitutionnel dans le cadre d'une question d'inconstitutionnalité sont prévues par l'article 163 de la constitution espagnole qui inclut toute « norme ayant force de loi », et l'article 27/2 de la loi organique n°2 relative au tribunal constitutionnel déterminant les six (6) types de normes concernées.

Pour le cas du Maroc, certes, ni la constitution ni la loi organique n° 86.15, ni plus la décision de la cour constitutionnelle n° 70.18 statuant sur la constitutionnalité de ladite loi organique ont clarifié ce qu'on peut entendre par la loi contestée, cependant se référer aux expériences étrangères susmentionnées nous conduit à dire que, d'une part, tous les types de lois ne peuvent faire l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité et les actes administratifs sont naturellement exclus du contrôle de constitutionnalité puisque le juge administratif se charge de leur régularité. Et d'autre part, peuvent faire l'objet d'une exception d'inconstitutionnalité, de point de vue doctrinal, les lois adoptées

²¹ - Journal officiel (de la France) du 11 décembre 2009, p. 21379

antérieurement à l'entrée en vigueur de la constitution du 29 juillet 2011 et non expressément abrogées, y compris les lois promulguées depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1962. Ces dernières, dans le cas où elles sont intervenues en dehors du domaine de la loi telle encadrée par l'article 71 de la Constitution de 2011 sont, à cet égard, sans incidence : ces dispositions conservent leur caractère législatif tant que le Gouvernement n'a pas procédé à leur modification par décret, après avis conforme de juge constitutionnel, selon la procédure prévue à l'article 73 de la Constitution de 2011.

Les lois ordinaires sont, donc, les plus concernées par cette contestation, mais d'autres catégories sont susceptibles de l'être, en l'occurrence les lois organiques et les décrets lois après leur ratification par le parlement²². En effet, en application de l'article 132 de la constitution de 2011, les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par la cour constitutionnelle de leur conformité à la constitution. Dès lors, ces lois ayant toutes bénéficié d'une telle déclaration de conformité, il appartient au requérant de convaincre les juridictions filtres de l'existence d'un « changement des circonstances », ou de « fondements » sur lesquels, le juge s'est basé pour statuer sur la conformité de la disposition à la constitution, en application de l'article 5 de la loi organique n° 86.15.

B- L'exception d'inconstitutionnalité : opportunité pour l'adaptation de la législation

Partant du caractère universel des droits de l'homme, et compte tenu de ses engagements internationaux en matière de respect, de promotion et de protection de ces droits, le Maroc déploie des efforts soutenus en vue de renforcer sa législation en la matière. Ainsi, par la constitutionnalisation du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité, une opportunité semble être ouverte afin de procéder à l'adaptation de sa législation aux normes du droit international.

Ceci dit, il est à souligner que l'implication du Maroc dans ce processus se voit intentionnée, comme le témoigne la multiplication des références au droit international et plus particulièrement aux accords internationaux dans la nouvelle Constitution. Ainsi, quantitativement, on peut compter 21 occurrences relatives

²² - Selon l'article 81 de la constitution marocaine du 29 juillet 2011 : Le gouvernement peut prendre, dans l'intervalle des sessions, avec l'accord des commissions concernées des deux Chambres, des décrets lois qui doivent être, au cours de la session ordinaire suivante du Parlement, soumis à ratification de celui-ci.

au droit international (traité, accord international, convention, engagement international, charte, pacte, respect du droit international) contre 4 dans la Constitution de 1996. En outre, elle fait référence à différentes sources de droit international auxquelles souscrit le Maroc²³ qui « s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans [les] chartes et conventions respectives (des organisations internationales (préambule) »²⁴.

Dans le même sillage, la Constitution de 2011 énonce expressément que le Maroc respecte les droits fondamentaux tels figurant dans « les conventions et pactes internationaux »²⁵, et intègre, implicitement, les engagements internationaux issus du droit humanitaire, en faisant allusion aux « chartes et convention » des organisations internationales (préambule) et en constitutionnalisant la répression du « génocide et tous autres crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et toutes les violations graves et systématiques des droits de l'homme »²⁶.

Pour que le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité fortifie cette intégration, et accélère le rythme d'adaptation de la législation marocaine au droit international, il fallait, d'après le Conseil National des Droits de l'Homme (CNDH), élargir le champ d'application de ce mécanisme, et adopter une définition large des « droits et libertés garantis par la constitution »²⁷ en considérant la portée de ces droits et libertés à la lumière du concept de bloc de constitutionnalité, soit une conception qui permet d'inclure les droits et les

²³ - Certes, la constitution marocaine de 2011 ne mentionne pas expressément la coutume, les principes généraux de droit et les actes unilatéraux des États. Mais, on peut toutefois considérer que les formules « respect du droit international » (art.16), « respect des engagements internationaux » par le royaume (art. 42) les incluent.

²⁴ - À noter que le Maroc n'a pas souscrit une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la cour internationale de justice CIJ.

²⁵ - L'article 19 de la constitution marocaine de 2011.

²⁶ - À noter que le Maroc est partie aux Conventions de Genève de 1949 (depuis le 26 juillet 1956) et aux protocoles additionnels I et II de 1977 (depuis le 3 juin 2011) et à d'autres Conventions humanitaires, voir à ce sujet le site web CICR. De même, il n'est pas partie au statut de la Cour pénale internationale.

²⁷ - Faut-il le rappeler, le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité tel constitutionnalisé par l'article 133 de la constitution ne concerne que les violations qui portent atteinte aux « droits et libertés garantis par la constitution ».

libertés universellement reconnus, y compris ceux garantis par les différents instruments des droits de l'Homme ratifiés par le Maroc et auxquels il a adhéré²⁸.

Ainsi, une fois une convention (ou un traité) sont ratifiés et publiés au bulletin officiel, étant un indice du bonne foi à son exécution, le juge, y compris le constitutionnel, est tenu de veiller à sa suprématie du fait que la constitution affirme que le Royaume du Maroc s'engage à « accorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale ²⁹ ».

Cette action exige du juge l'interprétation la plus démocratique et celle qui garantit, le mieux, la protection des droits inclus dans les conventions tout en rétrécissant les pouvoirs de l'Etat en matière d'interprétation. Dans ce sens, le juge constitutionnel égyptien Aouad ELMOR affirme que « si tout Etat contractant est libre d'interpréter la convention à sa guise, la donner les significations qui lui plaisent compte tenu de ses intérêts étroits, et conditionne sa mise en vigueur dans son territoire, la jouissance des individus de leurs droits y inclus dépendrait étroitement de sa volonté prenant en considération ses circonstances spéciales tantôt en étendant le champ des droits et tantôt en le serrant... [...], seuls les moyens juridictionnels assurent l'effectivité de l'exécution des conventions, du fait que ce sont les juridictions qui les interprètent selon leurs sujets et les objectifs y assignés en tenant compte les exigences de la bonne foi lors de son application », puis, il ajoute, en précisant la relation entre la constitution et la convention, que « s'ils (les citoyens) ont, dans la convention, les mêmes droits garantis par la constitution, statuer sur la constitutionnalité de ces droits (cités par la convention) doit être fondé sur les critères de son application dans les pays démocratiques les plus développés »³⁰.

²⁸ - Le Conseil National des Droits de l'Homme marocain. «Mémorandum sur la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité », p3. Publié sur le site du conseil : www.cndh.org.ma (consulté le 16 Février 2017)

²⁹ - Préambule de la constitution marocaine de 2011.

³⁰ - Aouad ELMOR, « les conventions internationales et le droit interne dans la jurisprudence », édition centre de documentation, de l'information et de la formation dans le domaine des droits de l'homme, les travaux d'une conférence scientifique, décembre 2002 (en langue arabe). Cité par,

Il en résulte que le juge constitutionnel marocain, à l'instar de tout juge, doit se référer à l'arsenal juridique international, notamment les conventions ratifiées par le royaume, pour en tirer la consistance et « la valeur exacte » des droits constitutionnalisés, et par conséquent veiller à s'aligner aux normes adoptées par les pays démocratiques. En outre, les observations générales des organes de traités des nations unies³¹ ne manquent pas d'intérêt, à la fois pour le juge constitutionnel et pour les avocats et les juges de fond qui seront invités lors de présentation du moyen d'inconstitutionnalité d'expliquer en quoi une disposition législative porte (ou pouvait porter) atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution.

Certes, la finalité de ce nouveau mécanisme du contrôle a posteriori est la même en France et au Maroc : doter les citoyens d'un droit d'accès à la justice constitutionnelle, même indirect, pour faire valoir leurs droits, mais, par quelles modalités d'activation ?

2. Les modalités d'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité : Quête d'un « juste équilibre »

L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas une spécificité marocaine. Bien au contraire, elle s'inspire largement des modèles constitutionnels étrangers, notamment européens. Ainsi, si les modèles dits anglo-saxon³² reconnaissent l'exception d'inconstitutionnalité pouvant être soulevée directement par le justiciable devant tout juge, les pays adoptant le modèle kelsenien de la justice constitutionnelle connaissent de contrôle a posteriori sous des formes divergentes.

Abdelaziz ENOUIDI, la cour constitutionnelle et l'exception d'inconstitutionnalité des lois, édition ENNAJAH ELJADIDA, 2019. P 137.

³¹ - Dans ce cadre, il est recommandé de consulter le site web relatif aux observations générales qui expliquent (interprètent) les droits contenus dans les deux pactes internationaux relatifs respectivement aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels :

- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/tbsearch.aspx?lang=fr&TreatyID=8&DocTypeID=11

- https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/tbsearch.aspx?lang=fr&TreatyID=9&DocTypeID=11

³²- Aux États-Unis, la forme de l'exception d'inconstitutionnalité remonte au 24 février 1803 lors de l'arrêt « MARBURY v. MADISON ».

Ainsi, si les grands traits de l'introduction de ce mécanisme dans le droit interne marocain ne posent pas de problèmes, du fait que le constituant opte pour un modèle qui diffère totalement de celui adopté en Amérique et qui présente de grandes similitudes avec les pays adoptant des mécanismes d'accès individuel indirect dans le cadre d'une procédure préjudicielle (A), les modalités d'introduction de ce mécanisme révèlent des points pendents, notamment en ce qui concerne le système de filtrage (B).

A- L'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité à la lumière de certains modèles européens

Le mécanisme mis en place par le constituant marocain conformément à l'article 133 de la constitution de 2011, s'analyse comme un recours indirect des justiciables au juge constitutionnel. C'est la même voie d'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité qu'ont adoptée l'Italie et la France, respectivement par la question incidente de constitutionnalité³³, et la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), et que le doyen Jean Claude ESCARRAS appelle : contrôle et procès « par voie indirecte », « par voie d'exception », ou « par voie incidente »³⁴.

C'est, en effet, une autorité juridictionnelle qui, dans le cadre d'une instance en cours devant elle, est l'intermédiaire obligé entre les parties et le juge constitutionnel, ce n'est donc qu'à l'occasion d'un procès qu'un juge (le juge a quo), sous certaines conditions et dans le respect des modalités procédurales

³³ - Elle est instituée par l'article 23 de la loi n° 87 du 11 mars 1953 relative aux dispositions sur la constitution et sur le fonctionnement de la cour constitutionnelle qui dispose que, « au cours d'un procès pendant devant une autorité juridictionnelle, l'une des parties ou le Ministère public peuvent soulever une question de constitutionnalité au moyen d'une requête expresse indiquant : a) les dispositions de la loi ou de l'acte ayant force de loi de l'état ou d'une région entachées d'inconstitutionnalité ; b) les dispositions de la constitution ou des lois constitutionnelles dont la violation est invoquée. Dans le cas où l'autorité juridictionnelle estime que le procès ne peut être tranché indépendamment de la résolution de la question de constitutionnalité et si elle ne considère pas que la question soulevée est manifestement infondée, elle rend une ordonnance par laquelle [...] elle décide la transmission immédiate des actes à la cour constitutionnelle et suspend le procès en cours. La question de constitutionnalité peut être relevée d'office par l'autorité juridictionnelle devant laquelle le procès est pendant, par une ordonnance contenant les indications prévues aux lettres a) et b) du premier alinéa et les dispositions dont il est fait état à l'alinéa précédent ».

³⁴ - Jean-Claude ESCARRAS, « Éléments de référence », Les Cahiers du Centre de droit et de politiques comparés, vol. 1, 1987, p. 30.

fixées par les textes pertinents, pourra déclencher la saisine du juge constitutionnel.

Sur ce point, la différence entre les trois systèmes tient déjà à ce qu'il convient d'entendre par juridiction ou autorité juridictionnelle devant laquelle peut être posée la question de constitutionnalité. Elle réside ensuite dans l'impossibilité, pour le juge ordinaire marocain (et français), de prendre lui-même l'initiative du procès constitutionnel

Le premier point singularisant le modèle marocain envisagé par l'article 133 se situe dans la condition nécessaire pour qu'une question de constitutionnalité puisse être posée, c'est-à-dire le fait qu'elle soit devant un juge à l'occasion d'une instance portée devant lui. Si, l'article 23 de la loi n° 87 de 1953 instituant ce mécanisme en Italie vise, sans autre précision, toute « autorité juridictionnelle », l'article 133 de la constitution marocaine, en utilisant l'expression « au cours d'un procès », ne vise pas seulement « les juridictions relevant de la cour de cassation », puisque le mot « procès » renvoie « aux procédures qui, quelles que soient leur nature et les modalités, sont mises en œuvre en présence et sous la direction d'un organe doté d'une fonction juridictionnelle »³⁵.

À l'évidence donc, la texture constitutionnelle marocaine, faisant pièce au texte français qui limite l'étendue aux seules juridictions relevant du conseil d'Etat ou de la cour de cassation, semble être moins restrictif, ce pendant le projet de la loi 86.15 dans l'article 3 fait anéantir cette semblance en le rejoignant. Certes, toutes les autorités juridictionnelles relevant de la cour de cassation placée au sommet de l'ordre juridictionnel sont concernées, qu'elles soient de droit commun ou spécialisées, qu'il s'agisse de juridictions de jugement ou de juridictions d'instruction, que ces juridictions statuent en matière civile, pénale, sociale, administrative ou financière. Mais si large soit le champ de ces autorités juridictionnelles, il n'égale en aucun cas celui dont la cour constitutionnelle italienne a délimité très tôt le périmètre.

³⁵ - Jean Jacques PARDINI, « Question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne », *pouvoir* 2011/2 n° 137, p 106

Selon la cour italienne, dans sa décision 83 de 1966³⁶, sont des autorités juridictionnelles « tous les organes qui, même étrangers à l'organisation de la fonction juridictionnelle et dotés, sur le plan institutionnel, de missions de nature différente, sont néanmoins investis, de manière exceptionnelle, d'une fonction de jugement afin d'assurer l'application objective de la loi et, à ce titre, occupent une position super partes »³⁷.

Le deuxième point qui fait différencier le modèle marocain par rapport aux autres adoptant ladite voie pourrait tenir à la question de l'auto-saisine du juge constitutionnel. Conformément à l'alinéa 4 de l'article 3 du projet de la loi n° 86.15, il est interdit au juge ordinaire de soulever d'office la question d'inconstitutionnalité, soit la même position du constituant français et contrairement à ce que l'exemple italien a prévu en précisant que la cour constitutionnelle peut être amenée à confronter la loi et mettre en doute devant elle la constitutionnalité d'une norme. Une telle solution se justifie par le fait qu'il serait, à tout le moins, paradoxal que le juge constitutionnel se résigne à faire application d'une loi alors que la constitution lui donne pour mission principale d'expurger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles.

De ce point de vue, le législateur marocain rejoint son homologue français, il est dans l'obligation de priver le juge ordinaire du pouvoir de prendre lui-même l'initiative du procès constitutionnel. Ce constat est justifié par l'emploi de la formule impersonnelle « il est soutenu » dans le texte de l'article 133, qui (le fait qu'il doit être soutenu) a pour conséquence que ce moyen de pur droit diffère des autres moyens de même nature. Cette interdiction, pour le cas français, est éclairé par le conseil constitutionnel qui, dans sa décision 2009-595, affirme que « les termes de l'article 61-1 de la constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution

³⁶ - Alessandro PIZZORUSSO, Cour constitutionnelle italienne, article téléchargé à partir du site web de Persée : http://www.persee.fr/doc/AsPDF/ridc_0035-3337_1981_num_33_2_3274.pdf. Voir aussi, cour constitutionnelle, sentence n° 83 du 15 juin 1966.

³⁷ - La Cour constitutionnelle a donc admis que des commissions ou autorités équivalentes aux AAI puissent la saisir dans le cadre du procès incident de constitutionnalité des lois. Dans l'arrêt 376 du 22 novembre 2001, elle a également considéré que les tribunaux arbitraux pouvaient valablement la saisir dans ce cadre.

garantit »³⁸, le législateur marocain était-il convaincu par l'affirmation du conseil constitutionnel français en adoptant la même modalité?

Arrivant à ce stade, on voit, là, quelques traits dessinant le prototype de l'exception d'inconstitutionnalité telle conçue par l'article 133 et telle prévue par la loi organique n° 86.15, il s'agit de points suivants :

- Le recours dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité est un recours indépendant, depuis son soulèvement jusqu'au fait de statuer par la cour constitutionnelle, et le moyen tiré doit être présenté dans un écrit distinct et motivé³⁹.
- L'exception d'inconstitutionnalité a pour vocation la confrontation de la loi avec les dispositions de la constitution, et cette pour cette raison qu'elle peut être soulevée à tout moment de l'instance et devant n'importe quelle juridiction y compris constitutionnelle à l'occasion des recours relatifs aux élections législatives⁴⁰.
- Statuer sur une exception d'inconstitutionnalité est un contrôle de constitutionnalité de la loi semi-abstrait dont la contestation n'est pas objective ni concrète, ainsi il est possible de la soulever pour la première fois devant la cour de cassation⁴¹.
- L'exception d'inconstitutionnalité n'est pas une procédure de droit public mais plutôt un droit conféré aux individus, de ce fait le juge a quo, comme le juge constitutionnel, ne peut pas soulever d'office la question d'inconstitutionnalité⁴², et le recours constitutionnel direct par les citoyens n'est pas permis.
- Seules les juridictions de l'organisation judiciaire du royaume peuvent saisir la cour constitutionnelle quant à une exception d'inconstitutionnalité.

³⁸ - CC, 3 décembre 2009, 2009-595 DC, JO, 11 décembre 2009, p. 21381 (cons. n° 9).

³⁹ - L'article 5 de la loi organique n° 86.15 susdit.

⁴⁰ - L'article 3 de la loi organique n° 86.15 susdit.

⁴¹ - L'article 3 de la loi organique n° 86.15 susdit.

⁴² - L'article 3 de la loi organique n° 86.15 susdit.

Ces modalités ont fait de ce mécanisme un système moins « ouvert » que celui qui a cours en Italie, en Allemagne, en Espagne et en d'autres pays, et on se demande si le choix fait par le constituant marocain et, à sa suite, par le législateur organique n'aurait pas dû être davantage réfléchi.

B- L'activation de l'exception d'inconstitutionnalité : quête d'un système de filtrage efficient

Si la première version du projet de la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité avait prévu un double filtrage impliquant la cour de cassation étant l'institution suprême chargée de vérifier le caractère sérieux du moyen avant de décider une telle saisine de la cour constitutionnelle⁴³, la décision de la Cour Constitutionnelle du 06 mars 2018 statuant sur la constitutionnalité de la loi organique n° 86.15 a chamboulé le processus de filtrage envisagé en déclarant contraire à la constitution le fait de confier aux juridictions ordinaires le contrôle de la constitutionnalité des lois considéré, par le juge constitutionnel, une matière qui relève de sa seule compétence, et par conséquent le législatif s'est trouvé contraint de revoir le schéma qu'il a adopté dans la construction de l'édifice de l'exception d'inconstitutionnalité. Une chose qui est faite en proposant de constituer une instance ou des instances composées des membres de la cour constitutionnelle pour procéder au filtrage des recours.

Ceci dit, deux scénarii sont proposés par le législateur organique, le premier prévoit une saisine directe par le juge a quo sans l'implication de la cour de cassation et le deuxième a prévu un deuxième filtrage au niveau de la cour de cassation. Certes, ce dernier a été jugé inconstitutionnel par la cour constitutionnelle dans sa décision n°70.81 du 06 mars 2018, cependant l'exposer, à cet égard, semble être important pour expliquer dans quelle mesure il constituait une solution à plusieurs problèmes.

Le Scénario d'un seul filtrage de « moyen d'inconstitutionnalité soulevé », opéré par le juge « a quo » (le juge du fond), est la proposition du législateur pour donner conséquence à la décision de la cour constitutionnelle qui, par la lettre de

⁴³ - Le même système de filtrage adopté par le pouvoir législatif français dans le cadre de la Question Prioritaires de Constitutionnalité, puisque le contrôle du caractère sérieux revient à la cour de cassation ou le conseil d'Etat selon la nature de l'instance.

la constitution, s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et n'est susceptible d'aucun recours⁴⁴.

La procédure consiste à ce que, seule la cour constitutionnelle est compétente pour se prononcer sur la recevabilité des demandes d'exception d'inconstitutionnalité et aussi sur le fond pour savoir si la loi est conforme ou non conforme à la loi fondamentale, sachant que l'instance à créer auprès d'elle s'occupe de vérifier auparavant le caractère sérieux du moyen⁴⁵.

Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un écrit distinct. Si l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être posée directement par le juge comme déjà éclairé auparavant, ce dernier est, à l'inverse, tenu de relever d'office l'irrecevabilité du moyen d'inconstitutionnalité qui ne serait pas présenté dans un écrit distinct. Qu'en est-il des critères applicables pour que la saisine soit valable ?

Afin d'éviter que des questions ne soient soulevées à des fins dilatoires, la juridiction devant laquelle l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée doit procéder à un premier examen portant sur deux aspects principaux auxquels s'ajoutent des conditions inhérentes à l'écrit. Selon l'article 5 de la LO n° 86.15, elle doit vérifier que la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites, et qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution sauf changement des circonstances. En outre, l'écrit présentant le moyen doit être distinct, signé par l'intéressé ou par un avocat inscrit au barreau, portant la disposition contestée et expliquant dans quelle mesure celle-ci porte atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution.

On peut déjà déduire que le constituant marocain a limité la compétence du juge ordinaire en la vérification qualifiée superficielle, contrairement à son homologue français qui lui confère l'appréciation du caractère sérieux de la

⁴⁴ - Article 134 de la constitution marocaine de 29 juillet 2011

⁴⁵ - Article 15 du projet de la loi organique n° 86.15 relative à l'exception d'inconstitutionnalité au Maroc dans sa version revue.

question puisque parmi les critères de recevabilité de la QPC en France, le juge a quo doit s'assurer si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux⁴⁶.

Le Scénario d'un double filtrage de « moyen d'inconstitutionnalité soulevé », opéré par, à la fois par le juge « a quo » et le juge de la cour de cassation, est le processus proposé par le législateur organique dans la première version de la loi organique n° 86.15 adoptée par la chambre des représentants, dans une deuxième lecture, le 6 Février 2018. Ce scénario, dans son intégralité, est similaire à celui adopté par le législateur français dans le cadre du QPC.

Ainsi, si la question soulevée satisfait aux conditions susvisées⁴⁷, la juridiction la transmet, dans les huit jours de son dépôt, à la Cour de cassation, laquelle devra à son tour se prononcer dans les trois mois à compter de la réception de la transmission, et transmet l'exception à la cour constitutionnelle accompagnée de mémoires et des observations des parties (article 11). La Cour de cassation saisit la cour constitutionnelle de la question de constitutionnalité si le moyen soulevé, au-delà des cinq premiers critères guidant l'analyse des juges du fond (cités dans l'article 5 de la LO 86.15), présente un caractère sérieux.

Après avoir exposé la procédure de filtrage qu'adopte le législateur organique pour que la question soulevée soit présentée devant le juge constitutionnel, on a jugé opportun de procéder à une comparaison entre les deux scénarii tout en faisant référence à la procédure de la question incidente en Italie et de la QPC en France pour révéler, d'une part, le défi qu'a à affronter le constituant marocain pour instaurer un système conjuguant la fluidité et l'efficacité nécessaire, et d'autre part la complexité de la procédure envisagée par lui.

Rappelons d'abord, que la loi organique n° 86.15 a connu des changements suite à la décision de la cour constitutionnelle n° 70.18. Certes, les dispositions censurées par la Cour ne sont pas nombreuses⁴⁸, cependant, il n'en demeure pas moins que leur impact est important vu que c'est toute l'architecture du texte initial qui se trouve totalement transformée. Deux principales dispositions ont été

⁴⁶ - L'article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution française de 1958, JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE de 11 décembre 2009.

⁴⁷ - Les conditions précitées dans l'article 5 du projet de la loi organique N° 86.15

⁴⁸ - Il s'agit des articles 6,7,8,10, 11, 12, 13, 14, et 21 de la loi n° 86.15 portant la procédure de soulever une exception d'inconstitutionnalité conformément à l'article 133 de la constitution.

revues. Ainsi, la cour constitutionnelle estime, d'une part, que la possibilité d'invoquer l'exception d'inconstitutionnalité doit être ouverte à toutes les parties au procès y compris le ministère public, et d'autre part, que le système de filtrage des recours d'exception d'inconstitutionnalité retenu par le législateur doit être revu pour qu'un filtrage à deux niveaux soit prévu : le premier confié aux juridictions ordinaires et le second assuré par la Cour constitutionnelle.

On est, ainsi, devant deux scénarii similaires à ceux proposés par le CNDH dans son mémorandum portant sur la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité. Le premier scénario propose une procédure de l'exception d'inconstitutionnalité avec un examen préalable de recevabilité au niveau de la Cour constitutionnelle, et le deuxième propose une procédure de l'exception d'inconstitutionnalité avec un double examen de recevabilité⁴⁹. Le défi qui se pose, avec acuité, aux institutions concernées est d'améliorer le cheminement procédural de manière à ce qu'il garantisse à la fois la rapidité, la fluidité des recours et l'efficacité judiciaire.

Si le système du double filtrage, proposé au début, a l'avantage de prévenir tout engorgement de la cour constitutionnelle et d'éviter des procédures purement dilatoires via une régulation des flux des exceptions d'inconstitutionnalité. Il n'en demeure pas moins qu'il présente, plusieurs inconvénients, puisque sa procédure est lourde et risque de créer des étapes intermédiaires entre les justiciables et la justice constitutionnelle. En outre, les délais de la procédure peuvent impacter les affaires en cours, et rendre l'accès du justiciable à la justice constitutionnelle difficile⁵⁰. Ceci dit, sans faire appel à la décision de la cour constitutionnelle n° 70.18 qui a mis l'accent sur deux points essentiels remettant ce scénario entaché d'inconstitutionnalité et soulevant une éventuelle atteinte à l'exclusif contrôle de constitutionnalité confié à la cour constitutionnelle.

Ce scénario, tel mis en œuvre par le législateur dans la première version de la loi organique n° 86.15, confie à la cour de cassation le rôle, d'une part, d'apprécier le caractère sérieux du moyen tiré de ce qu'une loi dont dépend l'issue du litige

⁴⁹ - CNDH, « mémorandum sur la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité », Op cit. p 10.

⁵⁰ - CNDH, « mémorandum sur la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité », Op cit. p 11.

porte atteinte aux droits, soit un risque d'abus et un glissement au pré-contrôle de constitutionnalité quant à l'appréciation de ce caractère, et d'autre part, de statuer sur la nature législative des dispositions juridiques objet de l'exception et déterminer ce qui est inhérent aux droits et libertés garantis par la Constitution (article 5 et deuxième alinéa de l'article 10), soit une extension des conditions que le juge doit vérifier avant de renvoyer le moyen à la cour constitutionnelle, dans la mesure où ce rôle rend le juge ordinaire un « contrôleur primaire⁵¹ » ou « pré-contrôleur » de constitutionnalité .

Attendu que la compétence de la Cour constitutionnelle pour examiner toute exception d'inconstitutionnalité est une compétence générale comprenant à la fois l'examen des moyens qui lui sont soumis dans la forme et l'objet, et rien dans la constitution ne permet pas la répartition de cette compétence dans sa globalité, ni justifie son transfert à un autre organisme que celui désigné par la Constitution⁵², cette interprétation de juge a remis le premier scénario à côté, tout en démontrant que :

« Considérant que la conciliation, d'une part, entre le droit de soulever une exception d'inconstitutionnalité au cours d'un procès et la compétence de la Cour constitutionnelle pour statuer sur la forme et le fond des moyens qui lui sont soumis, et d'autre part, entre les exigences d'efficacité judiciaire et du bon déroulement de la justice et la rapidité de décider sur les moyens dans des délais raisonnables, requièrent de législateur la limitation de la portée des conditions que le juge vérifie à l'occasion d'une exception soulevée à celles qui ne constituent pas des éléments d'une appréciation préalable de la constitutionnalité, et la création d'un mécanisme susceptible d'instaurer un système de filtrage au sein de la Cour constitutionnelle »⁵³

Ainsi, pour permettre à la cour constitutionnelle de se consacrer au noyau dur de son métier, à savoir le contrôle de constitutionnalité, et écarter tout filtrage en dehors de la cour conformément aux conclusions de juge constitutionnel dans sa décision susdite, le législateur organique a proposé l'établissement d'une ou

⁵¹ - Expression utilisé par le juge constitutionnel dans sa décision n° 70.18 de 6 Mars 2018.

⁵² - Décision de la cour constitutionnelle n° 70.18 de 6 Mars 2018.

⁵³ - Décision de la cour constitutionnelle n° 70.18 de 6 Mars 2018.

plusieurs instances intra-cour composée de membres de la cour constitutionnelle⁵⁴.

Etant donné que le système de filtrage en dehors de la cour constitue la garantie que celle-ci ne sera saisie qu'à bon escient, le fait d'instaurer une telle instance n'aurait pour conséquence, également, que l'engorgement voir la paralysie du juge, dans la mesure où la composition de cette instance limitée aux seuls membres de la cour rendra la tâche lourde et la procédure de statuer lente. Ainsi, on peut se demander si le législateur n'aurait pas le choix d'étendre la composition à d'autres membres en profitant de la possibilité qu'offre la décision du juge qui n'a pas expressément procédé à cette limitation.

Il importe de doter la cour constitutionnelle de l'assistance nécessaire en conseillers qualifiés pour faire face à la prolifération des affaires qui sera due à la mise en œuvre de ce mécanisme, à l'instar des expériences étrangères, notamment française et espagnole, et ce en faisant appel à l'application de l'article 46 de la loi organique n° 66.13 relative à la cour constitutionnelle qui permet aux magistrats et aux fonctionnaires d'être en position de détachement ou de mise à disposition auprès de la cour constitutionnelle.

Conclusion :

L'institution de juge constitutionnel au Maroc traduisait d'une part, et prioritairement, l'une des orientations importantes de la Constitution, celle du parlementarisme rationalisé, et répondait, progressivement, d'autre part au souci du constituant marocain de garantir les droits et les libertés affirmés dans le corpus constitutionnel. Ce constat est le résultat de la prise de conscience par le constituant que l'affirmation des droits fondamentaux ne revête une réelle signification que si les autorités publiques sont placées dans une situation telle qu'elles ne puissent violer impunément le texte fondamental auquel on devait assurer la primauté.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois, constitue l'occasion principale pour le juge constitutionnel afin de protéger les droits fondamentaux du citoyen, compte tenu de la richesse de leur contenu en la matière. Son intervention

⁵⁴ - Article 14 de la nouvelle version de la loi organique n° 86.15

procédurale permet d'une part, la prévention des abus législatifs potentiels que ces lois portent dans leurs dispositions, et d'autre part, « l'orientation » du pouvoir législatif pour une meilleure codification de certaines libertés et droits, et ce via les techniques d'interprétation incluses dans ses décisions qui s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Devant la portée positive qu'offre le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité étant un contrôle de constitutionnalité a posteriori, en ouvrant aux citoyens un large éventail pour l'accès à la justice constitutionnelle pour leur permettre de faire valoir leurs droits et libertés garantis par la constitution, plusieurs domaines seront le cadre d'une œuvre protectrice des droits par le juge. L'avenir le confirmera, mais sans vouloir nous livrer à un exercice de pure prospective juridique (toujours périlleux), nous voudrions montrer que cet apport risque au contraire d'être relativement limité. Ainsi, outre que les limites que représentent les modalités d'activation, des entraves touchant le corps de la justice elle-même ou l'environnement structurel de la société marocaine peuvent atténuer le rayonnement de ce mécanisme.

La multiplicité des exemples, sans qu'on soit obligé de les citer, dressant les affaires sur lesquelles le juge constitutionnel, dans le cadre d'un type de contrôle a posteriori, a statué dans les divers systèmes étatiques, nous conduit à une seule conclusion, à savoir la contribution importante de ce mécanisme de contrôle à la protection des droits et libertés, ce qui rend la volonté du constituant marocain d'instaurer cette exception d'inconstitutionnalité légitime et attendue par la société malgré certaines limites que pouvait présenter son cheminement procédural.

La parafiscalité, un iceberg de la politique fiscale marocaine

Ranya ELALAOUI MOAD

Doctorante, FSJES-Agdal

Université Mohammed V de Rabat

Le législateur marocain a défini les taxes parafiscales, à travers les dispositions de l'article 67 de la loi organique n° 130-13 relative à la loi de finances (LOLF), comme étant des prélèvements perçus dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne morale de droit public autre que l'État et les collectivités territoriales, ou d'une personne morale de droit privé chargée des missions de service public, sont établies par décret, pris sur proposition du ministre intéressé et du ministre chargé des finances. Il s'agit de taxes Établies par **voie réglementaire**, permettant ainsi de financer l'action publique dans un domaine sectoriel, au moyen d'un organisme, privé ou public, chargé d'une mission de service public.

En fait, c'est la même définition qui a été formulé par L'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 française (abrogée), qui précisait que ces taxes ne pouvaient être perçues qu'au profit « d'une personne morale de droit public ou privé autre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs ».

Seulement, la différence est que le législateur français a supprimé de la LOLF française ces taxes, à compter du 1er janvier 2004, suite à un avis du Conseil d'État¹ qui les a qualifiées de taxes fiscales ordinaires recevant, au même titre que les autres prélèvements fiscaux, une affectation déterminée, mais institués généralement dans un but d'ordre économique, professionnel ou social.

La spécificité de la parafiscalité dans le système fiscal marocain réside, de prime abord, dans sa particularité « réglementaire » et non législative pour l'institution des taxes parafiscales est susceptible de provoquer des questionnements sur la légitimité constitutionnelle de ce type de taxation, dans la mesure où les dispositions de l'article 39 de la Constitution prévoit expressément le caractère

¹ - CE, Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens

législatif des contributions fiscales², ainsi que celles de l'article 71 qui fait de la fiscalité un domaine de la loi³.

De même, la parafiscalité faisait cruellement défaut dans les réflexions ou les débats menés dans le cadre des initiatives de réforme (Loi cadre 1984, rapport du Conseil économique et Sociale de 1012, assises fiscales de 2013...). Elle est autant marqué par un déficit informationnel (rapports accompagnant les projets de Lois de finances, Tableau des Opérations Financières du Trésor, publications de l'Administration fiscale, ...)

Pourtant, le secteur de la parafiscalité est une source importante, voire incontournable pour financer certains secteurs sociaux (notamment l'Habitat) : taxe sur le sable, taxe sur le ciment, ...).

Il en résulte que le sujet de la parafiscalité est porteur d'une problématique centrale sur la pertinence de ce type de taxation sous le double angle de l'équité et l'efficacité dans le cadre de la politique fiscale marocaine. D'autres questions sous-jacentes découlent, évidemment, de cette grande question : Quelle légitimité constitutionnelle peut-on attribuer à la parafiscalité, du fait qu'elle constitue, d'emblée, un échappatoire au principe de la légalité de l'impôt ? Dans le même ordre d'interrogation comment instituer un contrôle parlementaire sur la parafiscalité, alors qu'elle demeure un domaine relevant du pouvoir réglementaire ? La parafiscalité, telle que appliquée dans le système fiscal marocaine n'est-elle pas pourvue de plusieurs avatars : prélèvement fiscal à l'insu du pouvoir parlementaire ... ; née dans le désordre, subsistant dans la confusion ; l'instauration des taxes parafiscales ces dernières années (sur le ciment, sur le fer à béton, sur le sable) ne repose sur aucun fondement économique et pénalise le développement de certains secteurs d'activités, notamment l'industrie ; taxation à forte incidence fiscale sur le consommateur ; toutes les taxes parafiscales, à l'exception de la taxe spéciale sur le ciment, sont non déductibles fiscalement. Ce qui pénalise doublement les entreprises. ; rendement demeure faible ; une source de migration vers l'informel ; etc... En l'absence d'études monographiques sur la fiscalité, quelle est la cartographie de la parafiscalité au Maroc ? et Comment est-elle appréciée dans le cadre benchmarking international ? Quelle est la pesanteur des taxes parafiscale dans les secteurs productifs cible (bâtiment, industrie, environnement, ...) et pourquoi certains pans entiers de l'économie n'y échappent pas par rapport à d'autres ? Suivant

² - Article 39 de la constitution : Tous supportent, en proportion de leurs facultés contributives, les charges publiques que seule la loi peut, dans les formes prévues par la présente Constitution, créer et répartir.

³ - Article 71 de la constitution : Sont du domaine de la loi, outre les matières qui lui sont expressément dévolues par d'autres articles de la Constitution :.... le régime fiscal et l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impôts

quelles normes la réglementation institue les bases de liquidation de certaines taxes parafiscales, en l'absence d'études d'impacts préalables ? La non-déductibilité des taxes parafiscales ne créent pas des distorsions en termes de double imposition et d'incidence fiscale, dont seul le consommateur en est victime ? Au demeurant, autant de questions qui alternent avec des observations qui laissent réfléchir que la parafiscalité est peut être « *un type de taxation qui est née dans le désordre, et subsistant dans la confusion* »⁴

Dans l'espoir de fournir des éléments de réponse à cette panoplie de questionnement qui alternent avec des observations de départ, nous serions tentés de structurer notre réflexion en essayant dans un premier temps de démystifier ce genre de taxation (I), avant de le présenter, dans un second temps, dans une manière empirique à travers un cas pratique (II).

Démystification des taxes parafiscales

I.1. Nébulosité de la notion de taxes parafiscales

La parafiscalité est apparemment une notion moins claire que celle de l'impôt ou celle de la taxe, même si la doctrine revendique certaines conditionnalités pour son institution⁵. D'autant plus que le droit fiscal marocain n'en donne pas une définition précise par rapport aux impôts et par rapport surtout aux taxes administratives⁶.

Sur le plan doctrinal, bien que certains apports théoriques revendiquent des prérequis pour son institution, à telle enseigne que trois conditions doivent être satisfaites pour qu'il y ait taxes parafiscales :

- Un besoin d'intérêt général non couvert par la fiscalité classique ;
- Un organisme qui soit distinct de l'État, des communes, des départements et des établissements publics et qui puisse répondre à ce besoin ;

⁴ - Cf. La parafiscalité : née dans le désordre, subsistant dans la confusion, par Robert Hertzog (p. 73), in RFFP n° 21 – 1988 in parafiscalité

⁵ - La doctrine convient à ce que trois conditions doivent être satisfaites pour qu'il y ait taxes parafiscales: 1°. Un besoin d'intérêt général non couvert par la fiscalité classique; 2°. Un organisme qui soit distinct de l'État, des communes, des départements et des établissements publics et qui puisse répondre à ce besoin ; 3°. Une technique de financement pour faire face à ce besoin.

⁶ - Cf. EL ARAFI (H.), gestion des finances de l'État, : Budget comptabilité Trésor, Edition REJES, 2006. pp.116-117

- Une technique de financement pour faire face à ce besoin.

Sur le plan juridique, la législation financière et fiscale marocaine n'en donne pas une définition précise par rapport aux impôts et par rapport surtout aux taxes administratives. Seules les dispositions de l'article 67 de la LOLF n° 130-13, citées ci-avant, prévoit que « *les taxes parafiscales, perçues dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne morale de droit public autre que l'État et les collectivités territoriales, ou d'une personne morale de droit privé chargée des missions de service public, sont établies par décret, pris sur proposition du ministre intéressé et du ministre chargé des finances* ». Il en découle que la particularité des taxes parafiscales est qu'elles représentent des redevances perçues au profit d'un service particulier et versées par les usagers en échange des avantages qu'ils retirent du service. Cela veut dire que les taxes parafiscales, perçues dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne morale de droit public autre que l'État et les collectivités locales, sont établies par décret, pris sur proposition du ministre chargé des finances et du ministre intéressé. Cela veut dire qu'on peut qualifier de "parafiscal" les taxes opérées sur leurs usagers par certains organismes publics, afin d'assurer leur financement autonome. D'une part, celles-ci bénéficient exclusivement aux organes auxquelles sont attribuées (Ex. taxe sur les Assurances, taxe sur les bois importés, taxe sur le poisson pélagique, taxe pour la promotion des apprentis dans le secteur du tapis, etc.). D'autre part, le produit de ces taxes ne constitue pas des recettes budgétaires et les dépenses des organismes bénéficiaires ne figurent pas dans la loi de finances.

Sur le plan économique, les taxes parafiscales devront, à vrai dire, être instituées sur la base de deux connotations principales : soit la correction ou la compensation d'une externalité ou la création d'un effet redistributif. D'un côté, l'une des grandes raisons susceptible de justifier l'interventionnisme de l'État, notamment par son pouvoir fiscal, à travers l'institution de taxes parafiscale est la correction des externalités (négative ou positive), issues des distorsions du marché. Globalement, une externalité existe lorsqu'un acteur économique par son activité (de production ou de consommation) influence le bien-être d'un autre acteur sans que ce dernier reçoive ou paye une compensation pour cet effet. D'un autre côté, une taxe parafiscale peut être justifiée par sa capacité de créer un effet redistributif. Il consiste à corriger et à limiter les inégalités de revenus, qui peut donc être utilisée pour modifier la répartition du revenu national, dans le sens d'une réduction des inégalités sociales.

II.2 - Classification fonctionnelle des taxes parafiscales

Au Maroc, parmi les premiers organismes ayant bénéficié de ressources issues de la parafiscalité, on cite à titre indicatif l'EACCE, le CMPE, la Maison de l'artisan, l'ONMT, la SNRT.... Or, le fait qu'elle déroge au principe de la légalité de l'impôt, il n'existe pas, jusqu'à l'heure actuelle, une nomenclature des taxes parafiscales appliquées au Maroc et les rapports accompagnant les projets de lois de finances ou les rapports émis par la cour des comptes restent muets sur ce genre de taxation. Autrement dit, ils sont établies, définies, constatées, liquidées et recouvrées à l'insu de toutes les instances de contrôle habilitées : le Parlement et la cour des comptes.

C'est la raison pour laquelle nous avons jugé pertinent d'en faire la reconstitution à travers cette classification fonctionnelle pour fin de prise de connaissance et d'analyse :

Tableau 1 : classification fonctionnelle des taxes parafiscales

Taxe parafiscale	Secteur d'application	Organismes affectataires
Taxe écologique sur la plasturgie	Habitat	Fonds de solidarité habitat et intégration urbaine
Taxe spéciale sur le fer à béton	Habitat	Fonds de Solidarité Habitat et Intégration Urbaine
Taxe spéciale sur la vente du sable	Habitat	Fonds de solidarité habitat et intégration urbaine
Taxe spéciale sur le ciment	Habitat	Fonds de solidarité habitat et intégration urbaine
Taxe d'équipement aéroportuaire	Transport	Office National des Aéroports
taxe parafiscale sur les spectacles cinématographiques	Culture	- Centre Cinématographique Marocain - l'Entraide Nationale
Taxe parafiscale pour la conservation et le développement des ressources cynégétiques	Forestier	Fédération royale marocaine de chasse
Taxe parafiscale à l'importation pour le financement de la promotion économique et de l'inspection des exportations	Exportation	- Établissement autonome de contrôle et de coordination des exportations (40%) - Centre de promotion des exportations (25%)

Taxe parafiscale	Secteur d'application	Organismes affectataires
		<ul style="list-style-type: none"> - Office de développement industrie (15%) - La maison de l'artisan (10%)
Taxe de promotion touristique	Tourisme	Office national marocain du tourisme
Taxe de développement coopératif	Économie sociale	Office du Développement de la Coopération
Taxe d'inspection sanitaire des plantes et des produits végétaux	Agriculture	Office national de sécurité sanitaire des produits alimentaires
Taxe d'inspection sanitaire d'animaux et de produits animaux	Agriculture	Office national de sécurité sanitaire des produits alimentaires
Taxe sur les permis de recherches minières, permis d'exploitation, taxe de mutation	Minier	Office national des hydrocarbures et des mines
Taxe parafiscale sur les vins et bière	Consommation	Association dite le Croissant-Rouge
Taxe annuelle sur la publicité par affiches aux bords des voies de communication routières de l'État	Équipement	Fonds spécial routier
Taxe pour la promotion du paysage audiovisuel national	Communication	<ul style="list-style-type: none"> - SNRT - 2M
Taxe sur la publicité radiodiffusée	Communication	Fonds pour la promotion du paysage audio-visuel national
Taxe d'affrètement pour la pêche des espèces pélagiques	Pêche maritime	Office national des pêches
Taxe sur la viande cachère	Consommation	Comités des communautés israélites marocaines
Taxes au profit du Comité national de prévention des accidents de la circulation	Transport	Comité national de prévention des accidents de la circulation
Taxe de recherche halieutique	Pêche maritime	Institut national de recherche halieutique
Taxe de commercialisation des céréales et des légumineuses	Agriculture	Office national interprofessionnel des céréales et des légumineuses

La parafiscalité, un iceberg de la politique fiscale marocaine

Taxe parafiscale	Secteur d'application	Organismes affectataires
Taxe pour la promotion des apprentis dans le secteur du tapis	Artisanat	L'entraide nationale
Taxe parafiscale sur les tapis estampillés	Artisanat	Maison de l'artisan
Taxe parafiscale au profit du CDVM dite de contrôle du marché boursier	Finance	Conseil Déontologique des Valeurs Mobilières
Taxe sur le poisson pélagique	Pêche maritime	Office national des pêche
Taxe sur les prix de cession des produits des forets	Forestier	Haut-commissariat aux eaux et foret
Taxe de commercialisation de la pulpe sèche de betterave	Agriculture	
Taxe sur les bois importés	Commerce	Fonds national Forestier
Taxes perçues par les agents diplomatiques et consulaires au titre des actes relatifs à la navigation, au commerce et aux divers certificats	Affaires consulaires	Affaires Étrangères
Droits de Chancellerie	Affaires consulaires	Affaires Étrangères
Taxes sur les transports privés	Transport	Office national des transports
Taxe sur les Assurances	Assurance	<ul style="list-style-type: none"> - Fonds pour le développement des collectivités locales et de leurs groupements (13%) - Budget de l'État et le Fonds de solidarité des assurances
Taxe de licence à percevoir sur les établissements de consommation de boissons alcooliques ou alcoolisées	Consommation	Collectivités territoriales

A travers les taxes parafiscales étudiées il est déjà possibles d'avancer certaines observations préliminaires dans l'espoir d'approfondir l'analyse dans d'autres contributions :

- Plusieurs taxes parafiscales marquent une double imposition dans la mesure où elles sont soumises à d'autres taxes en sus du principal ; c'est le cas par exemple de la taxe sur le sable et la taxe sur le ciment qui frappent la consommation (des TIC ou TVA).

- Certaines taxes sont perçues par des Administrations d'État et non des organismes autres que l'État, ce qui contredit les dispositions de l'article 67 de la LOLF qui limite le recouvrement des taxes parafiscales aux seules organismes « autres que l'État » ; c'est le cas par exemple des Taxes perçues par les agents diplomatiques et consulaires au titre des actes relatifs à la navigation, au commerce et aux divers certificats et droits de Chancellerie qui sont perçues par les services consulaires relevant du Ministère chargé des affaires étrangères.
- Le même secteur, voire le même produit peut être frappé par deux taxes parafiscales ; ç'est le cas par exemple de la Taxe pour la promotion des apprentis dans le secteur du tapis et la Taxe parafiscale sur les tapis estampillés qui grèvent à la fois les tapis fabriqués par les artisans.
- Lorsque certains décrets régissant des taxes parafiscales étaient adoptés en retard, ces dernières sont recouvrables sans assise juridique.
- Fidèles à leur nature dans plusieurs cas, le produit de certaines taxes dépassent parfois les besoins de ces établissements affectataires et génèrent une trésorerie pléthorique

Au demeurant, en sus de la faiblesse de leur encadrement juridique, les taxes parafiscales sont dépourvues de la sécurité juridique résultant de leur statut, ainsi que de la stabilité dans le temps. Des amendements de décrets sont souvent émis pour assurer leur pérennité.

La parafiscalité un moyen occulte de financement public : cas du secteur de construction

Bien que la parafiscalité puisse constituer un moyen de financement des besoins collectifs sociaux, sa mise en œuvre est marquée parfois par effet d'aubaine. La parafiscalité appliquée au secteur de construction constitue une illustration frappante à cet égard.

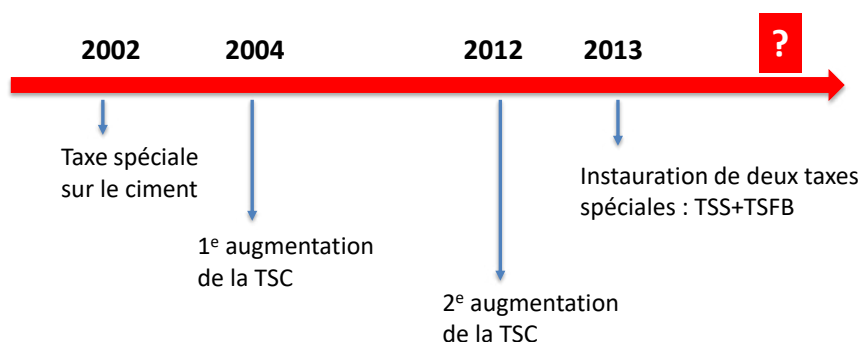
En fait, le choix de ce secteur comme étude de cas de notre réflexion est dicté par le fait que Taxes spéciales sur les Matériaux de Construction (TSMC)⁷ contribuent au financement du secteur de logement au Maroc, à concurrence de 80% du Fonds de solidarité habitat et intégration urbaine (FSHIU) qui finance les programmes de lutte contre l'habitat insalubre (principalement les

⁷ - Ces taxes parafiscales appliquées aux matériaux de construction sont appliquées comme suit : 150 DH/T pour le ciment, 10 DH/m³ pour le sable de concassage et 25 DH/m³ pour le sable de mer et 100 DH/T le rond à béton

bidonvilles et les quartiers d'habitat non réglementaire)⁸ et 5% du Fonds de Développement Rural (FDR).

L'application de ces taxes parafiscales a été introduite progressivement pour s'établir à trois taxes spéciales appliquées aux prix du ciment, du sable et du fer à béton en 2013⁹.

Graphie 1 : Évolution de la parafiscalité liée au secteur des bâtiments et de construction



Encadré 1 : caractéristiques Taxes spéciales sur les Matériaux de Construction (TSMC)

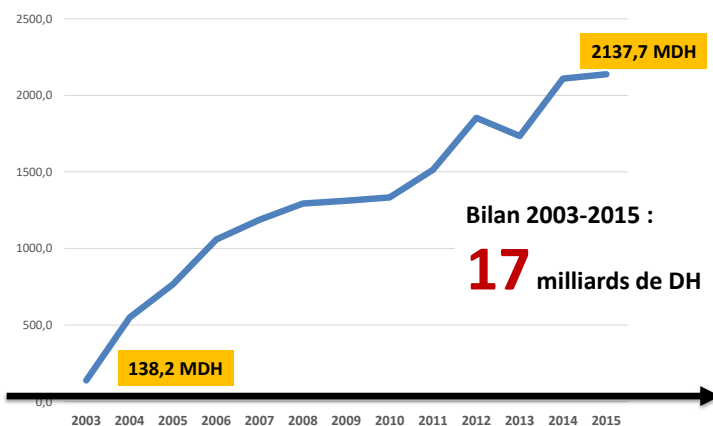
- Sa collecte est à la **charge** des groupes cimentiers;
- La taxe est appliquée au **prix** du ciment **sortie usine**;
- Son taux initial a été fixé à **50 DH/Tonne** Hors TVA puis augmenté deux fois, en 2004 pour passer à 100 DH puis en 2012, à **150 DH HT**. L'augmentation de 2004 a été supportée par les cimentiers;
- La TSC représente actuellement un poids fiscal de **18%** du prix de vente du ciment sortie usine.
- Les ressources de la TSMC alimentent totalement le **Fonds Spécial de l'Habitat (FSH)**

⁸ - Ce fonds est un compte spécial dont l'ordonnateur est le Ministre de l'Habitat et de la Politique de la Ville et contrôlé par le Ministère de l'Économie et des Finances

⁹ - Ces taxes sont déductibles de plein droit, et ce depuis le 1er janvier 2018

Le FSHIU, après avoir régulièrement gagné en envergure sur les dernières années (le fonds a engrangé 2,13 milliards DH de recettes en 2015 contre 138,2 MDH en 2003), devrait prendre encore plus de poids à l'avenir. Le Fonds de solidarité est aujourd'hui engagé à financer des projets de lutte contre l'habitat insalubre qui totalisent un montant de plus de 51,2 milliards DH, à comparer à 21,3 milliards DH mobilisés par le fonds depuis sa création. Avec de tels besoins, les industriels des matériaux de construction sont loin d'en avoir fini avec les taxes parafiscales. Tout porte plutôt à croire qu'ils pourraient en supporter de nouvelles à l'avenir.

Graphe 2 : Évolution des recettes du FSHIU (2003-2015)



Source : Ministère des finances 2016

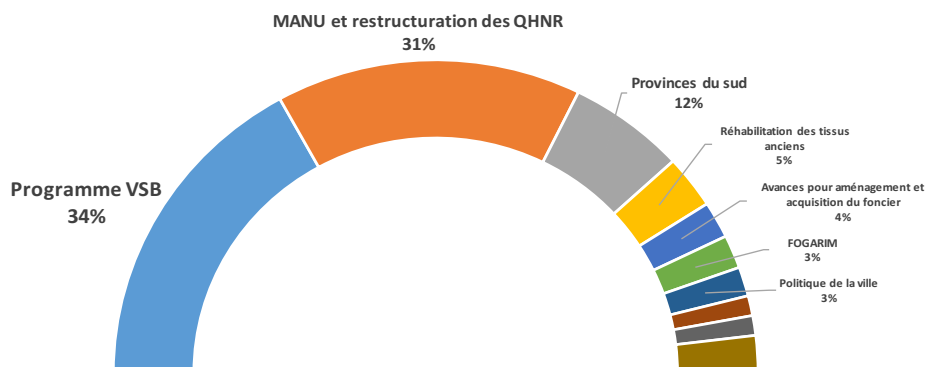
A vrai dire les TPSMC sont devenus, via FSHIU, le **principal levier** du financement de la politique d'habitat. Le FSH s'est engagé, durant la période 2002-2015, à financer des projets de lutte contre l'habitat insalubre qui totalisent un montant de plus de **51,2 milliards de DH**. En effet, Grâce à ce financement parafiscal le déficit en habitat a reculé de 60% entre 2002 et 2015 passant de plus de 1,2 million de logements à 500.000 unités. Aussi, le taux des bidonvilles en milieu urbain a baissé de 38% sur la période.

Graphe 3 : ressources des TSMC



Source : HCP, 2016

Graph 4 : contribution des TSMC à la réalisation de la politique de logement au Maroc



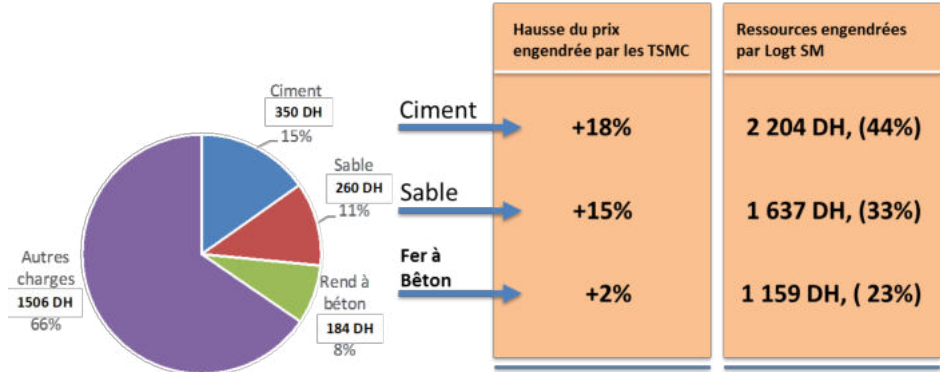
Source : Ministère des finances 2016

Depuis la refonte de 2002, les emplois du FSH sont dominés par les programmes de lutte contre les bidonvilles, les programmes de mise à niveau urbaine et la restructuration des quartiers sous-équipés. Les programmes dits de la politique de la ville émergent depuis 2012.

Or, les opérateurs du secteur¹⁰ ont induit une inflation des prix non négligeable. L'étude estime ainsi que la taxe spéciale sur le ciment, depuis son instauration en 2002, est responsable à elle seule d'une hausse de 18% du prix de ce matériau. Les TSMC ont rendu chers les produits concernés directement et les produits à base de ces produits (doubles effets). Les utilisateurs de ces matériaux dans leur processus de production ont vu leurs marges se réduire en plus des manques à gagner en termes du chiffre d'affaires. De même, elles ont déjà engendré des distorsions multiples au sein des filières concernées, en contribuant au renchérissement du coût de construction (le BTP représente près de 50% des investissements globaux).

¹⁰ - Fédération Marocaine de Construction in <http://aujourd'hui.ma/economie/immobilier/des-anomalies-entourent-le-FSHU-faut-il-supprimer-le-fonds-de-solidarite-habitat>

Graphe 5 : Effets négatives de l'application des TSMC



Source : Ministère des finances 2016

D'après les réalisations constatées il semble que les TSMC pénalisent davantage les citoyens qui consomment les matériaux de construction soumis à ces taxes, ce qui représente une discrimination aberrante. Ces citoyens ne sont pas les seuls responsables des problématiques financées par les ressources de ces taxes. D'autant plus que le recours aux taxes parafiscales **pénalise des secteurs** et non pas d'autres ce qui engendre une distorsion fiscale globale dans l'économie. Cela pousse à s'interroger sur les **critères économiques** du choix de ces secteurs et non d'autres.

Droit privé

Droit international pénal point de convergence entre droit international humanitaire et droits de l'homme

Khalid SOLHI

Doctorant, FSJES-Agdal

Université Mohammed V de Rabat

Introduction

Le XX^{ème} siècle n'est pas seulement un siècle de conflits mais aussi un siècle rongé par des crimes perpétrés à grande échelle contre des populations civiles. De ce fait, la mutation des conflits armés est devenue un sujet relevant intimement des droits de protection des personnes et la préservation de leur dignité. Cette situation a poussé les internatinionnalistes à s'interroger sur la capacité du droit international à empêcher les conflits et à protéger les populations civiles, en particulier, les personnes vulnérables tant en période de guerre que de paix. Face à ce dilemme entre le droit international et la préservation de la dignité humaine, le Droit international pénal s'avère un terrain privilégié de convergence. En effet, la justice pénale institue un cadre juridictionnel pour l'application concomitante du Droit international des droits de l'homme (DIDH) et du Droit international humanitaire (DIH). Le rapprochement entre ces **3D** s'est réalisé en réaction aux massacres commis lors de la Première guerre mondiale, la Seconde guerre mondiale, les conflits en ex-Yougoslavie et la guerre au Rwanda, qui ont notamment constitué les épisodes les plus marquants de ce processus.

Sans doute, le nouvel ordre international visant la protection des droits de la personne humaine, a permis au droit international pénal d'être la synthèse normative entre le DIDH et le DIH. C'est la formulation juridique du rapprochement institutionnel entre organisations chargées des droits de l'homme (ONU) et organisations humanitaires (CICR). Conséquemment, la création des juridictions pénales internationales fut la fin de dichotomie entre ces deux organisations. Grâce à ce consensus, différents points de controverse ont éclaté pour donner naissance à une alliance plus effective de la protection de la personne

humaine contre les violations les plus graves de ses droits. Nous avons donc eu une réunification d'efforts afin de dépasser l'entrave de la souveraineté des États.

D'ailleurs, la création des tribunaux pénaux *ad hoc* constitue un moment crucial dans l'histoire de cette fusion des droits humains. Elle a permis la cristallisation d'une discipline formée par des règles du droit humanitaire classique, des droits de l'homme et du droit international pénal. Ces différentes disciplines ont pour objectif commun de réduire la souffrance de la personne humaine, à la fois en temps de paix que de guerre. Ajoutons à cela la punition des responsables des atrocités commises à son encontre est un fait. Finalement, le couronnement de cette convergence fut la création de la Cour Pénale Internationale (CPI). C'est une juridiction permanente et universelle jugeant les violations les plus sérieuses à la fois du DIDH et du DIH.

Il en ensuit que le droit international pénal a changé les contours des rapports entre le DIDH et le DIH. Le déplacement du centre de gravité du droit international des États vers les individus est le point crucial de l'humanisation, donnant ainsi place à l'être humain sur la scène internationale.

Pour mieux comprendre l'intervention des juridictions pénales internationales dans les violations du DIDH et du DIH, Cet article aborde dans un premier lieu les dimensions du DIDH et du DIH comme outils de préservation de la dignité humaine, pour ensuite déboucher sur l'intervention du droit international pénal comme instrument de justice international et de protection aux victimes de ces atrocités.

I. Droit International des Droits de l'Homme (DIDH) et Droit International Humanitaire (DIH)

Rappelons que le droit international des droits de l'homme (DIDH) et le droit international humanitaire (DIH) partagent l'objectif commun de préserver la dignité et la dimension humaine de chacun. Toutefois, leur champ d'application est différent. Ainsi, le DIH s'applique dans les situations de conflit armé, alors que les DIDH protègent la personne humaine constamment contre les comportements arbitraires de leur propre gouvernement. Néanmoins, le DIH et le DIDH offrent pendant les périodes de guerres une série de protections aux civils et aux personnes n'étant pas impliqués directement aux hostilités et aux

conflits armés. Leurs organes conventionnels et leurs procédures offrent des protections complémentaires consolidées mutuellement.

Afin de saisir les dissemblances et les affinités structurelles caractérisant les deux disciplines, il est judicieux de recourir aux sources afin d'analyser postérieurement leur nature et leurs caractéristiques.

1.1 DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME (DIDH)

Le droit international des droits de l'homme (DIDH) se définit comme « *l'ensemble des principes et des normes fondés sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains et qui visent à en assurer le respect universel et effectif* »¹. C'est aussi « *l'ensemble des règles juridiques internationales qui reconnaissent sans discrimination aux individus des droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles* »².

En dépit de la rhétorique, des deux témoignages cités ci-dessus, qui verse dans de la compassion ; il en demeure pas moins que sur le plan international, la protection des droits de l'homme occupe une place prépondérante en droit international³. La notion même des droits de l'homme, tout en ayant son origine dans les droits internes, a connu d'importants développements. En effet, les victimes ont eu toujours une place non négligeable en droit de La Haye ainsi qu'en droit de Genève. Seulement les procédés mis pour les protéger se distinguent. Le droit de La Haye opère « *en amont* » et, s'intéresse à protéger les combattants et les non combattants, Quant au droit de Genève, il met essentiellement l'accent sur la prévention⁴. Cependant, la Cour internationale de

¹ - Marie J-B, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, André- Jean Arnaud (dir.), L.G.D.J., Paris, 2^{ème} édition, 1993, p. 208.

² - Sudre F. Droit européen et international des droits de l'homme, 10e éd., Paris, PUF, 2011, § 2, p. 14

³ - Virally V.M., «Panorama du droit international contemporain cours général de droit international public » R.C.A.D.I., t.183, 1983-V, 7-382, pp. 123-137

⁴ - Assez couramment on utilise en doctrine l'expression Droit de Genève pour désigner les règles de droit humanitaire fixant le droit des victimes à la protection et l'expression droit de La Haye pour désigner les règles de droit humanitaire qui régissent la conduite des hostilités. (...) Cette distinction est aujourd'hui quelque peu artificielle, les Protocoles contenant des règles des deux types.» Sandoz Y. C. Swinarski B.. Zimmermann (éds), *Commentaire des Protocoles additionnels*

justice a présenté le DIH comme une *lex specialis* par rapport au droit international des droits de l'homme⁵.

En parallèle aux textes de base de la déclaration universelle et les deux pactes, une série d'autres instruments internationaux ont permis d'améliorer et compléter la notion internationale des droits de l'homme. En conséquence, le DIDH est la somme des droits internationaux présents dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et les traités internationaux sur les droits de l'homme, y compris les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme⁶.

De nos jours, un ensemble d'instruments internationaux et régionaux protègent les droits de l'homme. Au niveau international, ces derniers se sont développés dans le cadre de l'ONU. Dans sa Charte de 1945, celle-ci se fixait déjà théoriquement pour but de « [développer] et d' [encourager] le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (Article 1, chapitre 3). Le premier pas vers l'accomplissement de ce but a été l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948⁷. Celle-ci contient un catalogue des libertés et des droits fondamentaux classiques, Il en va de même pour certaines garanties de procédure (Article 8, 10 et 11) ainsi qu'une série de droits fondamentaux de nature sociale, tels que : le droit à la sécurité sociale (Article 22) ou le droit au travail (Article 23). L'article 29 attribue par ailleurs à chaque individu une responsabilité envers la communauté dans laquelle il vit, postulant ainsi l'existence de « devoirs fondamentaux ».

du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. XXVII.

⁵ - CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis, 9/7/2004, Rec. 2004, § 25. Sur la signification de cette approche de la CIJ: Amna GUELLALI, *Lex specialis*, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés, *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 542-547.

⁶ - Ces traités des Nations unies contiennent :

- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté en 1966).
- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté en 1966). Entre autres, on nomme l'ensemble de ces deux pactes, joints à la Déclaration universelle des droits de l'homme, la « Charte internationale des droits de l'homme ».

⁷ - A signaler la dichotomie des fondateurs : bien que la majorité des pays ont été encore colonisé

1.1.1 Construction historique du DIDH

De toute évidence, l'Histoire nous enseigne la providence de l'évolution, la notion droits de l'homme n'échappe pas à la règle. En effet, elle s'est développée au fil d'un long processus et continuera d'évoluer avec le temps. Le développement du droit international des droits de l'homme (DIDH) est probablement l'une des plus importantes avancées juridiques des XX^{ème} et XXI^{ème} siècles. D'ailleurs, Ce concept est né au début du XVI^{ème} siècle en Amérique Latine. Bartolomeo de las Casas, défenseur des droits des peuples indigènes au début de la colonisation du continent par la couronne espagnole, déclara que tous les êtres humains étaient égaux⁸. On nous attelons à retracer la généalogie des droits de l'homme, on discerne d'abord un ensemble de textes inspirés du droit catégoriel. C'est le cas de la *Magna Carta* de 1215 qui énumère les privilèges accordés à l'Église d'Angleterre, à la cité de Londres, aux marchands, aux seigneurs féodaux. Cette « *Grande Charte des libertés d'Angleterre* » garantit la liberté individuelle⁹. Elle limitait aussi l'arbitraire royal et établit en droit l'habeas corpus empêchant, entre autres, l'emprisonnement arbitraire. Le texte assure aussi les droits féodaux, les libertés des villes contre l'arbitraire royal et institue le contrôle de l'impôt par le Grand Conseil du Royaume. Depuis, la *Magna Carta*, ou « Grande Charte », représente sans doute l'influence la plus ancienne et la plus importante dans l'élaboration historique des lois en usage aujourd'hui dans le monde occidental.

La notion de DIDH dans sa dimension actuelle résulte d'une évolution historique scindée en trois volets. Chacune d'elles correspondraient à un certain type de droit identifié, marque évidente de leur évolution progressive.¹⁰

La première pierre de construction remonte à 1789 avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Ce texte est basé essentiellement sur

⁸ - Garcia Sayan D., "Constitutional review: the Inter-american Court and constitutionalism in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, juin 2011, p. 1835.

⁹ - La *Magna Carta* sur le site de la bibliothèque Jeanne Hersch de l'Association Internet pour la promotion des droits de l'homme

¹⁰ - Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Ce Pacte est entré en vigueur depuis le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

la description des libertés que l'homme doit pouvoir faire valoir à l'encontre de l'Etat. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 fut le corollaire du développement du DIDH en considérant que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »¹¹.

Toutefois, le fait marquant de cette évolution a été souligné par l'assemblée des Nations Unies avec l'élaboration de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme¹². Les buts et objectifs de la Charte contenus dans les articles 1 et 2 cheminent dans le même sens, ces dispositions sont rendues plus explicites à l'article 55c stipulant que les Nations Unies visent « *le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* ». A l'image des tourments humains qui convergent vers les droits de l'homme, l'intégralité des principaux organes de l'organisation des Nations Unies abordent d'une façon et d'une autre la question des droits de l'homme.

1.1.2 Dignité humaine dans le DIDH

La notion de dignité humaine, du moins sur le plan des intentions, dénote une évolution idéologique de la société internationale et de son ordre juridique qui résulte du progrès de l'interdépendance et qui est en train de changer le droit international. « *Il est évident que c'est une conscience accrue de la dignité humaine qui est au fondement du mouvement de proclamation et de protection des droits de l'homme sur le plan international, notamment après les horreurs de la seconde Guerre mondiale. Les textes internationaux en la matière sont du reste plus explicite à cet égard.* »¹³.

L'« *humanisation du droit international* » ne consiste pas simplement en une doctrine. Dans la pratique, la consolidation de la protection des droits de l'homme

¹¹ - La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a été adoptée et proclamé par l'Assemblée des Nations Unies le 10 décembre 1948, dans sa Résolution 217 A (III).

¹² - La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a été adoptée et proclamé par l'Assemblée des Nations Unies le 10 décembre 1948, dans sa Résolution 217 A (III).

¹³ - Olinga A-D, La notion de dignité en droit international des droits de l'homme, principe d'unification ou prétexte à manipulation ? Dignité humaine en Afrique, Cahier de l'UCAC n°1, Yaoundé, PUCAC, 1996, pp. 233-234

emporte graduellement la relativisation du principe de la souveraineté étatique, l'apparition des nouveaux concepts et encore l'assujettissement de la volonté du seul sujet souverain du droit international : l'Etat. Ainsi, face à cette évolution structurelle conduite par une conscientisation humaniste, il importe de s'interroger sur éventuellement une réelle révolution du droit international.

En effet, tout droit existe pour l'être humain, et le droit des gens ne fait pas exception, puisqu'il garantit à l'individu ses droits et le respect de sa personnalité. Au niveau international, ce respect est instrumentalisé par le droit international de pétition individuelle. Les droits de l'homme s'affirment contre toute forme de domination ou de pouvoir arbitraire¹⁴.

Les écrits des « pères fondateurs » du droit international au cours des XVIème et XVIIème siècles, particulièrement F. Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, A. Gentili et S. Pufendorf, concevaient la *civitas maxima gentium* comme constituée des êtres humains organisés socialement et politiquement en des Etats émergents, coextensifs avec l'humanité elle-même. (. . .) Le monde a entièrement changé après les idées développées par F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili, H. Grotius, S. Pufendorf et C. Wolff, mais les aspirations humaines à la réalisation de la justice et la préservation de la paix restent les mêmes dans cette première décennie du XXIème siècle. (...)

En somme, « L'humanisme judiciaire » est une méthodologie qui souscrit une régulation de la procédure pénale internationale, qui permet au DIH de s'ajuster à la vision d'un hypothétique Etat de droit international. Pour une justice de dernier ressort¹⁵. même si elle procure une solution très limitée aux victimes : poursuite internationale, indemnisation et punition. La justice globale, qui doit s'adresser à tous, se préoccupe du fait que la fin de l'impunité ne permet pas de prévenir les conflits, mais l'humanisation de ces derniers, laquelle aura un effet

¹⁴ - Cançado Trindade A.A., "The Future of the International Protection of Human Rights", in B. Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986. - Sur le besoin de surmonter les défis et les obstacles actuels à la prévalence des droits de l'homme, cf. Cançado Trindade A.A., "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582.

¹⁵ - Hawkins K., *Law As Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulating Agency*, New York, Oxford University Press, 2002.

bénéfique pour la prévention des crimes humanitaires. Cette humanisation permette la codification formelle des normes d'équité dans les procédures pénales internationales afin que les droits de la défense soient appliqués à toutes les personnes suspectées ou accusées, ainsi qu'aux victimes d'abus de pouvoir, d'erreurs judiciaires et de dysfonctionnement dans l'administration de la justice pénale internationale sans discrimination de statut¹⁶ ?

Les droits de l'homme selon Cassin, se définissent « *comme une branche particulière des sciences sociales qui a pour objet d'étudier les rapports entre les hommes en fonction de la dignité humaine, en déterminant les droits et les facultés dont l'ensemble est nécessaire à l'épanouissement de la personnalité de chaque être humain* »¹⁷. En revanche pour Madiot, « *L'objet des droits de l'homme est l'étude des droits de la personne reconnus au plan national et international et qui - dans un certain état de civilisation - assurent la conciliation entre, d'une part, l'affirmation de la dignité de la personne et sa protection et, d'autre part, le maintien de l'ordre public* »¹⁸.

Enfin, selon le dictionnaire constitutionnel, les droits de l'homme sont des « *droits de l'individu saisi dans son essence universelle abstraite, ils sont conçus comme antérieurs et supérieurs au droit positif afin d'être l'étalon de sa validité et la limite fixée au pouvoir légitime de l'Etat* »¹⁹.

1.1.3 Construction et Développement du DIDH

Les droits de l'homme se définissent comme « *l'ensemble des principes et des normes fondés sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains et qui visent à en assurer le respect universel et effectif* »²⁰.

¹⁶ - PIDCP, *supra* note 4, art. 2(1) : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

¹⁷ Becet J. M., D. Colard, « Les droits de l'homme, dimensions nationales et internationales », Paris, Economica, 1982, pp. 9-10

¹⁸ - Ibidem, pp. 10-11

¹⁹ - Duhamel O. et Meny Y., « Dictionnaire constitutionnel », Paris, PUF, 1992, p. 33

²⁰ - Marie J-B, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, André- Jean Arnaud (dir.), L.G.D.J., Paris, 2ème édition, 1993, p. 208.

La notion de droit international des droits de l'homme résulte d'une construction historique et qui pourrait se caractériser en trois volets. La première pierre de construction remonte à 1789 avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Ce texte est basé essentiellement sur la description des libertés que l'homme doit pouvoir faire valoir à l'encontre de l'Etat. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 fut le corollaire du développement du DIDH en considérant que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ».

Le DIDH se démarque par le regroupement de trois générations.

- La première regroupe les droits civils et politiques présentés comme des droits-liberté,
- la seconde les droits économiques, sociaux et culturels qui sont considérés comme des droits-créance et,
- la troisième les droits de solidarité qui sont des droits-participation²¹.

Depuis, la notion de droits de l'homme enregistre plusieurs définitions pour ne retenir que celle de J.B Marie (1993) « *l'ensemble des principes et des normes fondés sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains et qui visent à en assurer le respect universel et effectif* »²². En somme, le DIDH se démarque par le regroupement de trois générations. La première regroupe les droits civils et politiques présentés comme des droits-liberté, la seconde les droits économiques, sociaux et culturels qui sont considérés comme des droits-créance et la troisième les droits de solidarité qui sont des droits-participation²³.

²¹ - Rousseau D., Les droits de l'homme de la troisième génération, in : Droit constitutionnel et droits de l'homme, Economica, Paris, 1987, p. 135.

²² - Marie J-B, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, André- Jean Arnaud (dir.), L.G.D.J., Paris, 2ème édition, 1993, p. 208.

²³ - Rousseau D., Les droits de l'homme de la troisième génération, in : Droit constitutionnel et droits de l'homme, Economica, Paris, 1987, p. 135.

1.2 DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE (DIH)

Le DIH peut être perçu comme faisant partie du DIDH applicable dans les conflits armés. Le droit international humanitaire est « *cette portion considérable du droit international qui s'inspire du sentiment d'humanité et qui est centrée sur la protection de la personne en cas de guerre* »²⁴. Le DIH a été conçu comme un ensemble de règles visant à réduire les effets des conflits armés sur les personnes vulnérables. La série de conventions et protocoles qui le composent porte sur de nombreux domaines, tels que la protection des blessés et des malades, des civils, des prisonniers de guerre et des biens, ainsi que sur la restriction ou l'interdiction de certains moyens et méthodes de guerre. En conséquence, la protection des victimes de violations graves est devenue le centre d'intérêt de la communauté internationale. C'est sous l'influence du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et d'autres ONG que les premiers principes humanitaires introduisent les droits de l'homme dans les conflits armés.

1.2.1 Origines du DIH

Le DIH appelé aussi « droit de la guerre » ou « droit des conflits armés », a ses racines dans les règles des civilisations et religions anciennes – la guerre a toujours été soumise à certains principes et à certaines coutumes. Mais, la codification du DIH au niveau universel n'a commencé qu'au XIX^{ème} siècle. En effet, toute au long de l'histoire, les guerres ont fait de plus en plus de victimes humaines; le XX^{ème} siècle étant le plus sanglant. Ceci est dû en partie d'une part aux types de conflits qui se sont révélés (guerres de libération nationale, guérillas) et d'autre part au développement de nombreuses armes très performantes qui résultent des progrès technologiques. Depuis, les États ont digéré un ensemble de règles fondées sur l'expérience amère de la guerre moderne.

Bien que la doctrine s'accorde généralement sur le fait que le DIH soit né en 1864 avec l'adoption de la Première Convention de Genève, il est clair que les règles contenues dans cette Convention proviennent d'un long processus historique. En réalité, une grande partie de la Première Convention de Genève trouve sa source dans le Droit international coutumier préexistant. En fait, on peut apercevoir des règles protégeant certaines catégories de victimes des conflits armés. Bien

²⁴ - Pictet J., Le droit international humanitaire : définition, in Les dimensions internationales du droit humanitaire, Unesco-Institut Henry Dunant, Pedone, Paris, 1986, p. 13.

évidemment, reste à prendre en considération les coutumes concernant les moyens et méthodes de combat autorisés ou interdits, ceci depuis l'Antiquité classique et plus précisément à partir de 1000 avant JC.

1.2.2 Droit de Genève et droit de La Haye

Conventionnellement, le DIH se subdivise en deux branches dont l'une, le «droit de La Haye», concerne la conduite des hostilités alors que l'autre, le « droit de Genève », protège les personnes qui se trouvent au pouvoir de la partie adverse²⁵. Cette distinction tend à s'estomper²⁶. En effet, ces deux droits *«ont développé des rapports si étroits qu'ils sont regardés comme ayant fondé graduellement un seul système complexe nommé aujourd'hui droit international humanitaire »*²⁷.

Les principes qui sous-tendent les règles du droit de Genève et celles du droit de La Haye sont dans une large mesure presque identique. Historiquement, ils ont été posés dans les considérants de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 et dans la Convention de La Haye relative aux lois et coutumes de la guerre terrestre de 1907. De même, les dispositions relatives à la répression des crimes de guerre ont englobé dans une même définition la violation des règles du droit de Genève et la violation des règles du droit de la conduite des hostilités. Ainsi, l'Article 6, b), du Statut du tribunal militaire international, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe, signé à Londres le 8 août 1945, définit comme crimes de guerre : *« les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour les travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des*

²⁵ - Bugnion F, Droit de Genève et droit de La Haye, R.I.C.R., 2001, n°844, p. 901.

²⁶ - Stanislaw E. Nahlik, Droit dit « de Genève » et droit dit « de La Haye » : unicité ou dualité ?, A.F.D.I., 1978, pp. 9-27. Les protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) recouvrent d'ailleurs ces deux domaines.

²⁷ - Affirmation de la CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis, 8/7/1996, Rec. 1996, § 75.

otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes ou des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires»²⁸

La même constatation est à mettre au crédit du Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, celui du Tribunal pénal pour le Rwanda, ainsi que celui de la Cour pénale internationale. Enfin, ces deux courants normatifs se sont rejoints dans le cadre des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949, adoptés le 8 juin 1977.

« Ces deux branches du droit applicable dans les conflits armés ont développé des rapports si étroits qu'elles sont regardées comme ayant fondé graduellement un seul système complexe, qu'on appelle aujourd'hui droit international humanitaire. Les dispositions des Protocoles additionnels de 1977 expriment et attestent l'unité et la complexité de ce droit.»²⁹ Il est à noter qu'une partie essentielle du DIH apparaît dans les quatre Conventions de Genève de 1949. Celles-ci ont été développées et complétées plus par trois autres accords :

- les Protocoles additionnels I et II de 1977, relatifs à la protection des victimes de conflits armés, et
- le Protocole additionnel III de 2005, relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel. Mais, La véritable naissance du DIH peut être retracée à la bataille de Solferino, un engagement sanglant entre les Français et les Autrichiens, qui s'est déroulé dans le Nord de l'Italie en 1859. Témoin de ce carnage, un homme d'affaire de Genève, Henry Dunant, fut épouvanté non pas tant par la violence de la bataille que par la situation désespérée et misérable des blessés laissés sur le champ de bataille. Avec l'aide de la population locale, Dunant décida immédiatement de relever et soigner les blessés.

²⁸ - Statut du Tribunal militaire international, annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, signé à Londres le 8 août 1945, art. 6 b)

²⁹ - Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, p. 34.

Droit international pénal point de convergence entre droit international humanitaire et droits de l'homme

<i>INFRACTIONS GRAVES ENONCEES DANS LES CONVENTIONS DE GENEVE DE 1949 ET LE PROTOCOLE ADDITIONNEL I DE 1977</i>		
Infractions graves énoncées dans les quatre Conventions de Genève de 1949 (Articles 50, 51, 130 et 147, respectivement)	Infractions graves énoncées dans les troisième et quatrième Conventions de Genève de 1949 (Articles 130 et 147, respectivement)	Infractions graves énoncées dans la quatrième Convention de Genève de 1949 (Article 147)
<ul style="list-style-type: none"> - homicide intentionnel - torture ou traitement inhumain - expériences biologiques - fait de causer intentionnellement de grandes souffrances - fait de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé - destruction et appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire (cette dernière disposition ne se trouve pas à l'Article 130 de la troisième Convention) 	<ul style="list-style-type: none"> - fait de contraindre un prisonnier de guerre ou un civil protégé à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie - fait de priver un prisonnier de guerre ou une personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions des Conventions 	<ul style="list-style-type: none"> - déportation ou transfert illégaux - détention illégale d'une personne protégée - prise d'otages

*INFRACTIONS GRAVES ENONCEES DANS LE PROTOCOLE ADDITIONNEL I DE 1977
(ARTICLES. 11 ET 85)*

fait de compromettre gravement, par un acte ou une omission intentionnel et injustifié, la santé ou l'intégrité physique ou mentale des personnes au pouvoir de la Partie adverse ou internées, détenues ou d'une autre manière privées de liberté en raison d'un conflit armé, en particulier les mutilations physiques, les expériences médicales ou scientifiques, les prélèvements de tissus ou d'organes pour des transplantations qui ne seraient pas motivés par l'état de santé de la personne concernée et qui ne seraient pas conformes aux normes médicales généralement reconnues que la Partie responsable de l'acte appliquerait dans des circonstances médicales analogues à ses propres ressortissants jouissant de leur liberté; Lorsqu'ils sont commis intentionnellement et qu'ils entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé :

- soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque; - lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs; - lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies

- soumettre une personne à une attaque en la sachant hors de combat; - utiliser perfidement le signe distinctif de la croix rouge, du croissant rouge ou d'autres signes protecteurs; Lorsqu'ils sont commis intentionnellement et en violation des Conventions et du Protocole : - le transfert par la Puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l'intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d'une partie de la population de ce territoire;

- tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils; - les pratiques de l'apartheid et les autres pratiques inhumaines et dégradantes, fondées sur la discrimination raciale, qui donnent lieu à des outrages à la dignité personnelle;

- le fait de diriger des attaques contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée, provoquant ainsi leur destruction sur une grande échelle, alors que les monuments historiques, œuvres d'art et lieux de culte en question ne sont pas situés à proximité immédiate d'objectifs militaires ou utilisés par la

humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs; - soumettre à une attaque des localités non défendues et des zones démilitarisées;	partie adverse à l'appui de l'effort militaire; - le fait de priver une personne protégée par les Conventions ou par le Protocole I de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement.
---	---

1.3 DIFFERENCE VS COMPLEMENTARITE ENTRE DIDH ET DIH

Si le DIDH et le DIH ont évolué séparément, les traités récents englobent des dispositions qui relèvent de ces deux branches du droit. La Convention relative aux droits de l'enfant et son Protocole facultatif relatif à l'implication d'enfants dans des conflits armés, ainsi que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale en sont des exemples.

Certes, le DIDH et le DIH sont complémentaires puisqu'ils visent ensemble à protéger la vie, la santé et la dignité de la personne humaine, toutefois sous une optique différente. Le DIH impose aux États de prendre des mesures pratiques et juridiques, telles que la promulgation d'une législation pénale et la diffusion du DIH. De même, les États sont tenus, en application du droit des DIDH, d'adapter la législation nationale aux dispositions des traités internationaux. Ainsi, le DIH prévoit plusieurs mécanismes spécifiques destinés à faciliter sa mise en œuvre. De ce fait, les États ont l'obligation de faire respecter le DIH. Sont également prévus une procédure d'enquête, le mécanisme des Puissances protectrices et la Commission internationale d'établissement des faits. En outre, le CICR est appelé à jouer un rôle clé en veillant à ce que les règles humanitaires soient respectées.

Les mécanismes d'application du DIDH sont complexes et, contrairement au DIH, comprennent des systèmes régionaux. Les organes de surveillance, comme la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, sont soit fondés sur la Charte soit créés en application de certains traités (c'est le cas du Comité des droits de l'homme, qui est une émanation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966). La Commission des droits de l'homme et ses sous-commissions ont établi le mécanisme des "rapporteurs spéciaux" et des groupes de travail par pays ou par thème, qui sont chargés de contrôler et de rendre compte sur les situations des droits de l'homme.

Il est à noter que six des principaux traités des droits de l'homme prévoient la création de comités d'experts indépendants chargés de surveiller leur mise en œuvre (tel que le Comité des droits de l'homme). Certains traités régionaux (européens et américains) établissent aussi des tribunaux des droits de l'homme. Le Haut-commissariat aux droits de l'homme œuvre aussi à la protection et à la promotion des droits de l'homme. Il endosse le rôle d'accroître l'efficacité de l'appareil des droits de l'homme des Nations Unies, celui de renforcer les moyens disponibles aux échelons national, régional et international pour promouvoir et protéger les droits de l'homme, et de diffuser l'information sur les droits de l'homme.

Le DIH impose des obligations aux individus et prévoit la responsabilité pénale individuelle en cas d'«infractions graves» aux Conventions de Genève et au Protocole I, et d'autres violations graves des lois et coutumes de la guerre (crimes de guerre). Il établit pareillement la compétence juridique universelle sur les auteurs présumés de tels actes. Après l'entrée en vigueur du Statut de la Cour pénale internationale, les individus devront également rendre compte des crimes de guerre commis lors d'un conflit armé non international.

Si les individus n'ont pas de devoirs spécifiques en application des traités de DIDH, en revanche celui-ci établit la responsabilité pénale individuelle pour les violations qui peuvent constituer des crimes internationaux, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et la torture. Ces crimes sont aussi soumis à la compétence juridique universelle.

Les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda sont compétents pour juger les violations du DIH et du DIDH, ainsi que la Cour pénale internationale. D'ailleurs, la Cour internationale de justice présente le DIH comme une *lex specialis* par rapport au DIDH³⁰.

En somme, les différentes situations de violence entraînent l'application des normes soit du DIDH, soit du DIH, soit des deux à la fois. Le niveau de protection fourni par le DIDH atteint son maximum en temps de paix et diminue au fur et à mesure qu'on s'approche de la situation de guerre. A l'inverse, le niveau de

³⁰ - CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis, 9/7/2004, Rec. 2004, § 25. Sur la signification de cette approche de la CIJ : Amna GUELLALI, *Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés*, R.G.D.I.P., 2007, pp. 542-547.

protection du DIH est relativement restreint en temps de paix. Toutefois, on remarque que le niveau de protection tant du DIDH que du DIH ne descend jamais en deçà du respect des normes ayant le caractère de *jus cogens*³¹.

II. Répression des violations du DIDH et DIH par le Droit International Pénal

La problématique de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux et des graves violations des DIDH et DIH sont au centre des préoccupations des instances juridictions internationales. La question de poursuite des responsables de ces crimes mérite une poursuite judiciaire afin de donner gain de cause aux victimes de ces atrocités. A cet égard, l'émergence et le développement rapide du droit international pénal et de la procédure pénale internationale ont marqué un tournant décisif. Cette branche du droit est née de la fusion du droit international et du droit pénal (ainsi que de la procédure pénale), et s'applique essentiellement aux atrocités commises en masse, telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et aussi, les agressions et le terrorisme.

Le droit international pénal est l'ensemble des règles de droit international réglementant la responsabilité pénale des individus ayant enfreint des normes de droit international. Il organise la sanction et la répression des comportements illicites qualifiés de crime d'agression, crime de guerre, crime contre l'humanité ou crime de génocide. Comme le droit pénal interne, le droit international pénal est un droit *sanctionnateur*, un droit de la responsabilité qui s'adresse à des sujets responsables³². De même que « le droit pénal ne crée pas par lui-même d'obligation nouvelle, [et] se contente d'apporter une sanction (...) aux règles déjà posées dans quelque autre branche du droit »³³, de même, le droit

³¹ - selon l'article 53 de la Convention de Vienne, d'une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Bats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international ayant le même caractère.

³² - Chaumette A-L, Droit international pénal et droit international des droits de l'homme, illustration d'un dialogue des juges.

³³ - Bouloc B., Droit pénal général, 20^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007, 710 p., p. 25. Dans le même sens, R. MERLE R., Vitu A., Traité de droit criminel, 7^{ème} éd., Paris, Ed. Cujas, 1997, t. 1, p. 216:

international pénal « est là pour sauvegarder les intérêts supérieurs dont la protection appartient au droit international »³⁴. De cet extrait, on en déduit que le droit international pénal a été très influencé par le DIDH et le DIH. Ces deux domaines partagent des fondements communs, puisqu'ils sont apparus suite aux violations flagrantes des droits humains perpétrées pendant les deux Guerres mondiales. D'ailleurs, les tribunaux *ad hoc* ont été créés afin de mettre fin aux infractions massives des droits de l'homme par des États à l'égard de leurs propres citoyens ou d'autres au sein de leur territoire³⁵.

Droit international pénal et DIDH

Un lien étroit et complexe existe entre le droit international pénal et DIDH. Toute violation des droits humains est sanctionnée par le droit international pénal. Le droit international est -du moins au niveau de intentions- le « *siège de la garantie des droits [de l'homme]* »³⁶ puisque leur protection est consacrée par des conventions internationales³⁷ et par la coutume.

Il en va de même pour l'apparition du thème des droits de l'homme sur la scène internationale et celle du droit international pénal qui sont concomitantes. En 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention contre le génocide³⁸ et la Déclaration universelle des droits de l'homme³⁹. Vraisemblablement, il existe un lien matériel entre ces deux corps de règles puisqu'ils se sont attachés à faire de l'individu un sujet du droit international.

« le droit criminel se présente sous les traits plus singuliers d'un droit *sanctionnateur* qui prête son appui à toutes les disciplines du droit public et du droit privé ».

³⁴ - Glaser S., *Infraction internationale – Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1957, 225 p., p. 9

³⁵ - Cryer et al *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (CUP, Cambridge 2007) 2; Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law* (3e édition Routledge, Oxford 2007) (n4) 9.

³⁶ - Wachsmann P., « Protection internationale des droits de l'homme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 542.

³⁷ - Qu'il s'agisse de conventions à portée universelle (tel que le Pacte international des droits civils et politiques ou celui des droits économiques, sociaux et culturels). N'oublions pas aussi le Pacte à portée régionale (en particulier, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples)

³⁸ - Résolution 260 (III), Prévention et répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 (A/RES/20(III)).

³⁹ - 3 Résolution 217 (III), Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948 (A/RES/217(III)).

Grâce à l'évolution du droit des droits de l'homme et du droit international pénal depuis la seconde partie du XX^{ème} siècle, la valeur de l'individu n'a cessé de croître dans l'ordre juridique international. Les individus ont désormais des droits, protégés par le DIDH, et des obligations, sanctionnées par le droit international pénal. Enfin, il subsiste un lien formel entre ces deux corpus normatifs puisque le droit international pénal et le DIDH reposent sur des sources formelles de droit international. Finalement, le droit international pénal et le droit international des droits de l'homme relèvent donc du droit international comme étant des branches du droit international.

Enfin, le rapprochement entre le DIDH et le droit international pénal a progressivement eu lieu grâce aux affinités existantes entre DIH et DIDH. Cette concordance a conduit les juges régionaux des droits de l'homme à appliquer directement le droit de Genève. Désormais, les juges régionaux de protection des droits de l'homme se réfèrent aux instruments du droit international pénal, et même, à la jurisprudence des juridictions internationales pénales.

En conséquence, les interactions entre DIDH et droit international pénal contribuent à un approfondissement de la protection de l'humanité permettant ainsi à ces deux corpus de se renforcer mutuellement et de créer une dynamique par laquelle, d'une part, le DIDH est un facteur de légitimation du droit international pénal et, d'autre part, le droit international Pénal est lui-même un facteur d'effectivité du droit international des droits de l'homme. De manière implicite, notre démarche propose -à travers cette thèse- un éclaircissement au sujet de la reconstruction de la cohérence de ces deux branches du droit international, ayant pour objectif la protection de l'humanité.

2.1 RELATION ENTRE LE DIH ET LE DROIT INTERNATIONAL PENAL

On peut décrire la relation existante entre le DIH et le droit international pénal comme étant deux cercles qui se chevauchent en partie. Le droit international pénal criminalise des parties du DIH, ainsi que le génocide et d'autres crimes, avec les sanctions associées du droit pénal.

La création des tribunaux pénaux *ad hoc* constitue une réelle avancée vers la protection des droits humains à travers un procès pénal « équitable ». Ils ont

permis l'apparition, d'une discipline formée par la convergence des règles du droit humanitaire, des DIDH avec et du droit international pénal.

En effet, l'ambiguïté est que le DIH n'avait pas considéré de juridiction pénale internationale pour juger les crimes de guerre, comme c'est le cas d'autres instruments de droit international (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Article VI et Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, Article V, mais il ne l'exclut pas non plus. Cette compétence peut découler d'un accord entre États, sous forme de traité international à vocation universelle, ou d'une décision du Conseil de sécurité. Cela a été notamment le cas pour le " *Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991* " (Résolution 808 (1993) et 827 (1993) du Conseil de sécurité) et pour la création du Tribunal pour le Rwanda.

Le CICR considère la création des Tribunaux *ad hoc* (TPIY et TPIR) comme une avancée distinctive pour mettre réellement en œuvre l'obligation de punir les crimes de guerre. Ces deux Tribunaux spéciaux ont apporté des avancées considérables en matière de droit international pénal. Tant en termes de définition des crimes, de responsabilité pénale individuelle, de l'application du droit des conflits armés en particulier pour les conflits armés non internationaux et de la possibilité donnée aux victimes de pouvoir témoigner. Ces réalisations manifestes ont dévoilé la possibilité de rendre effectif le droit international pénal et de réprimer les crimes les plus graves. Le corollaire de cette initiative fut la création en 1998 d'une juridiction pénale internationale permanente (la cour pénale internationale : CPI). Ainsi née une autre vision d'un « système pénal » au niveau international, ayant la victime comme préoccupation centrale, tel qu'il est reconnu dans le Préambule du Statut de Rome⁴⁰. Il est important d'insister sur le fait que cette instance a pour mission principale la répression des crimes commis contre de nombreuses victimes, notamment dans les conflits armés.

Selon le jargon de la Cour internationale de justice, le concept d'humanité se réfère aux intérêts communs des Hommes, et à l'existence d'une communauté internationale plus solidaire. Ces règles font apparaître l'importance capitale que

⁴⁰ - Statut de Rome : création de la CPI.

revêt la protection des droits fondamentaux de la personne humaine et des règles du droit humanitaire dans les relations interétatiques, et elles contribuent, ce faisant, à garantir effectivement le respect des règles d'humanité fondamentales en toutes circonstances.

2.2 DIH, DIP ET REPRESSION DES CRIMES DE GUERRE

Au regard du DIH, les personnes sont tenues individuellement responsables des violations qu'elles commettent et les auteurs de violations graves doivent être poursuivis et punis. Les quatre Conventions de Genève de 1949 (CG I-IV) et leur Protocole additionnel I de 1977 (PA I), de même que d'autres traités, énoncent les obligations explicites des États parties de réprimer pénalement les violations graves des règles qu'ils contiennent.

Par crimes de guerre, on entend les violations graves du DIH commises lors d'un conflit armé international ou non international. Plusieurs textes juridiques contiennent une définition des crimes de guerre. ... Il est important de relever qu'un seul acte peut constituer un crime de guerre.

Sur le plan pénal, une personne ne doit pas seulement être capable de prévoir les conséquences de ses actes ; elle a le droit de connaître par avance quels sont les comportements jugés criminels par l'Etat en droit interne ou par la communauté internationale⁴¹. Pour être notoirement coupable d'un crime, cet acte doit être défini par une norme juridique. Ce principe fondamental du droit romain, socle du droit international occidental : (*Nullum crimen Nulla poena, sine lege*), en droit pénal interne vaut aussi pour le droit international pénal. C'est dans ce cadre que le statut de Rome, pour palier à toute ambiguïté et assurer un bon fonctionnement de la Cour a au préalable posé les actes auxquels doivent répondre les personnes considérées comme ayant commis des actes de violations graves aux conventions de Genève de 1949. L'Article 5 du Statut de Rome (adopté le 17 juillet 1998) énumère et précise les crimes relevant des compétences de la Cour. L'Article 5 paragraphe 1 stipule que : « La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants : a) Le crime

⁴¹ - P. Currat, « *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale* » Genève, Schulthess, 2006, page 52

de génocide; b) Les crimes contre l'humanité ; c) Les crimes de guerre ; d) Le crime d'agression ».

L'Article 6 du statut entend par crime contre l'humanité « Meurtre ; Extermination ; Réduction en esclavage ; Déportation ou transfert forcé de population ; Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; Torture ; Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; Disparitions forcées de personnes ; Crime d'apartheid ; et autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale lorsqu'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque».

Quant aux crimes de guerre, les éléments constitutifs de celui-ci se trouvent contenu dans les dispositions de l'Article 8 du Statut de Rome. Il s'agit précisément de : « *L'homicide intentionnel ; la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ; le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ; la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ; le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces d'une puissance ennemie ; le fait de priver intentionnellement un prisonnier de guerre ou toute autre personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement ; la déportation ou le transfert illégal ou la détention illégale ; la prise d'otages ; les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international...* »

Conclusion

La jurisprudence évolutive de la juridiction pénale internationale fondée sur la protection de l'humanité et la répression des violations du Droit International des

Droits de l'Homme (DIDH) et du Droit International Humanitaire (DIH) font désormais partie du patrimoine juridique de l'ensemble des Etats et des peuples.

La construction d'une Justice Internationale marque les avancées en matière de droit des victimes ainsi qu'une évolution d'un consensus au sein de la communauté internationale pour que génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre soient évités mais aussi punis. Toutes ces années ont marqué le progrès réalisé par le droit international pénal afin de préserver la dignité humaine et la répression des violations en leur droit. En conséquence, la justice pénale internationale apparaît comme le chaperon et la voix mondiale des droits de l'homme. En conséquence, les instances pénales internationales développées dans ce contexte apparaissent comme une revendication primordiale de l'ordre juridique et humanitaire international, pour occulter un côté négative du droit international humanitaire moderne. Cette multitude juridictionnelle, construites au fil des temps, répond en réalité à un besoin clair de la communauté internationale et du droit. Elle s'affirme comme les défenseurs des droits de l'humanité. Certes, le droit international pénal a instauré de nouveaux rapports entre les DIDH et le DIH, mais l'apport majeur et le renversement des rôles. Le centre de gravité du droit international sont désormais les individus et non les Etats. Marquant par cet avènement un point en faveur de l'humanisation, et à l'être humain sur la scène internationale.

Aujourd'hui et face à toutes les juridictions internationales ayant succéder dans le temps et dans l'espace, la CPI apparaît comme la juridiction internationale capable d'entourer les conflits et litiges à vocation internationale. Jusqu'à preuve du contraire, la CPI est scrutée comme le seul organe de l'ordre juridique international humanitaire. Aujourd'hui elle est le socle du DIDH et du DIH. Par son Statut et son caractère universel et permanent, elle concouru à faire face aux défis que lance la multiplication des juridictions internationales.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Articles et ouvrages

- Becet J. et M, D. Colard, Les droits de l'homme, dimensions nationales et internationales. Paris, Economica, 1982.
- Bouloc B., Droit pénal général, 20^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007.
- Bugnion F., Droit de Genève et droit de La Haye, R.I.C.R., 2001, n°844, p. 901.
- Cançado Trindade A.A., “L’interdépendance de tous les droits de l’homme et leur mise-en-oeuvre: obstacles et enjeux”, 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998).
- Cançado Trindade A.A., “The Future of the International Protection of Human Rights”, in *B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986. - Sur le besoin de surmonter les défis et les obstacles actuels à la prévalence des droits de l’homme,
- Chaumette A-L., Droit international pénal et droit international des droits de l'homme, illustration d'un dialogue des juges. Anuário Brasileiro de Direito Internacional/Brazilian yearbook of international law/Annuaire brésilien de droit international, CEDIN, 2014.
- CIJ, Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996.
- CIJ, Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis, 9/7/2004, Rec. 2004.
- Cryer R. and al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (CUP, Cambridge 2007) 2; Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law* (3rd ed Routledge, Oxford 2007) .
- Currat P., *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*. Genève, Schulthess, 2006.
- Duhamel O.et Y. Meny, « Dictionnaire constitutionnel », Paris, PUF, 1992.

- Garcia Sayan D., “Constitutional review: the Inter-american Court and constitutionalism in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, juin 2011.
- Glaser S., *Infraction internationale – Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1957.
- Guellali A., *Lex specialis*, droit international humanitaire et droits de l'homme : leur interaction dans les nouveaux conflits armés, *R.G.D.I.P.*, 2007.
- Hawkins K., *Law As Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulating Agency*, New York, Oxford University Press, 2002.
- Marie J-B, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André- Jean Arnaud (dir.), L.G.D.J., Paris, 2^{ème} édition, 1993.
- Merle R., Vitu A., *Traité de droit criminel*, 7^{ème} éd., Paris, Ed. Cujas, 1997, T.1.
- Olinga A-D, *La notion de dignité en droit international des droits de l'homme, principe d'unification ou prétexte à manipulation ? Dignité humaine en Afrique*, Cahier de l'UCAC n°1, Yaoundé, PUCAC, 1996.
- Pictet J., *Le droit international humanitaire : définition*, in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Unesco-Institut Henry Dunant, Pedone, Paris, 1986, p. 13.
- Rousseau D., *Les droits de l'homme de la troisième génération*, in : *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, Paris, 1987.
- Sandoz Y. C. Swinarski B. Zimmermann (éds), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. XXVII.
- Stanislaw E. Nahlik, *Droit dit « de Genève » et droit dit « de La Haye » : unicité ou dualité ?*, A.F.D.I., 1978.
- Sudre F. *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, PUF, 2011.
- Virally V.M., “Panorama du droit international contemporain cours général de droit international public » *R.C.A.D.I.*, t.183, 1983-V, 7-382.

-
- Wachsmann P., Protection internationale des droits de l'homme », in Dictionnaire de la culture juridique, Paris, PUF, 2003.
 - Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a été adoptée et proclamé par l'Assemblée des Nations Unies le 10 décembre 1948, dans sa Résolution 217 A (III).
 - Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (adopté en 1966).
 - Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.
 - Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II).
 - Résolution 217 (III), Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948 (A/RES/217(III)).
 - Résolution 260 (III), Prévention et répression du crime de génocide, 9 décembre 1948 (A/RES/20(III)).
 - Statut de Rome : création de la CPI.
 - Statut du Tribunal militaire international.

Les notions de la faute délictuelle et contractuelle dans LE D.O.C

Fatima Ezahra MEFTAH EL KHAIR

Doctorant, FSJES-Agdal

Université Mohammed V de Rabat

Le Code Civil français ainsi que le Dahir des Obligations et Contrats lient étroitement la responsabilité civile à la notion de faute. En effet, ce qui frappe à notre époque, c'est l'importance des règles relatives aux responsabilités civiles (contractuelles et délictuelles).

Beaucoup plus qu'autrefois, l'homme est aujourd'hui à la recherche du responsable lorsqu'un préjudice lui a été causé. Chacun de nous serait obligé de réparer tous les dommages commis par sa faute.

Le mot faute vient du verbe latin FALLERE devenu FAILLIR en ancien français. Il traduit un écart par rapport à la voie tracée par les règles divines, morales ou sociales qui conduit au bien commun, à la perfection de l'individu et au progrès de l'humanité.

Lorsqu'elle enfreint la loi divine, la faute constitue un péché ;

Lorsqu'elle enfreint la loi morale, elle constitue une faute au sens étroit ;

Lorsqu'elle enfreint la loi civile, elle constitue un délit civil. C'est cette faute qui va constituer l'objet de ce projet.

Ainsi désignée, la faute peut alors être définie comme étant l'action de faillir, de manquer aux prescriptions de la religion, de la morale ou de la loi et suppose un acte répréhensible à quelque titre et à quelque degré que ce soit. En outre, dans une formule célèbre, PLANIOL a dit que « la faute est la violation d'une obligation préexistante ».

En raison de son imprécision, ce terme est en principe étranger au pur droit pénal où l'on parle plutôt d'impéritie, d'imprudence, d'inattention, de négligence.

En France, la notion de faute a été régit par les articles 1382 et 1383 du Code Civil et après ce sont les articles 1240 et suivants qui ont pris la relève. Ceux-ci disposent que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » et que

« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

Au Maroc, l'article 78 du Dahir des Obligations et Contrats dispose que « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe ».

De même l'article 78 ajoute que « La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage ».

Donc la faute représente le fait à l'origine du dommage qui va permettre la détermination de la responsabilité, elle se manifeste par une action volontaire ou non ou même par une omission contraire au devoir général de ne pas nuire à autrui ou à un engagement contractuel.

Dans le premier cas, il s'agit d'une faute délictuelle parce que le dommage résultant de cette faute a été causé à la victime en dehors de tout lien de droit préalable entre elle et le responsable, notamment par la négligence de son auteur.

Dans le second cas, il s'agit d'une faute contractuelle puisque le préjudice trouve sa source dans l'inexécution ou l'exécution tardive ou défectueuse d'une obligation contractuelle¹.

Sur le plan historique, que ce soit à Rome ou dans les coutumes germaniques, on ne trouve nulle part le principe général des articles 1382 du Code Civil Français et 78 du D.O.C. La loi ne prévoyait que des délits particuliers.

L'idée que toute faute doit imposer la réparation du dommage qu'elle cause a été développée dans le droit canonique. Elle a été exprimée par Jean Domat au XVII^e siècle qui la définit comme étant un comportement différent de celui qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances, un bon père de famille.

Le Code civil français a repris ces idées et les juristes français leur sont restés fidèles. Elles ont été adoptées par tous les pays d'inspiration latine notamment en Amérique du Sud et au Moyen-Orient ainsi que par les pays scandinaves et par presque tous les pays socialisés, Chine comprise.

D'une vue globale, le fondement de la responsabilité civile a connu une grande évolution. Avec la promulgation du code civil en 1804, dans une époque connue

¹ - Marcel Planiol et Georges Ripert. Traité élémentaire de droit civil. 10^e édition. T II. 1931.

par un libéralisme intégral, la responsabilité avait un fondement essentiellement subjectif se basant sur la faute prouvée autorisant la victime ou son ayant droit à en exiger la réparation, mais petit à petit, on a assisté au changement de la nature du fondement de la responsabilité civile qui devient objectif.

A la fin du 20^{ème} siècle se sont développés d'autres faits générateurs de la responsabilité civile à savoir la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du fait d'autrui. On constate que ces deux types de responsabilité ont peu à peu pris leur autonomie par rapport à la notion de faute et ont tendance à devenir objectif.

Il convient d'ajouter que le principe énoncé par les articles 1382 du Code Civil Français et 78 du D.O.C se rattache à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dont le principe est que « tout fait dommageable exige réparation ». On constate donc que le but de la responsabilité civile n'est pas de punir le coupable mais bien de dédommager la victime.

Le problème qui se pose c'est que les dommages causés sont de plus en plus nombreux et variés et sont parfois causés par des accidents anonymes sans qu'une faute quelconque puisse être établie. C'est la notion de risque qui apparaît.

Sous un angle objectif, la notion de risque va supplanter celle de faute ; c'est sur la victime que l'on se penche plus que sur l'auteur du dommage.

Cela permet de mettre en évidence la volonté d'assurer une indemnisation de la victime.

Au fond, ne peut-on pas dire que la responsabilité ainsi réduite à sa fonction indemnitaire, perd alors toute sa signification originelle et moralisatrice ? Comment apprécie-t-on de nos jours la notion de la faute dans l'établissement de la responsabilité délictuelle ? A-t-elle encore une place dans le processus de responsabilisation ?

La faute conçue comme une source traditionnelle de responsabilité n'en est pas la seule. Bien que son importance soit rapidement ressortie, elle a montré ses limites avec le développement industriel et la multiplication des dommages qui en a découlé. La place de la faute dans l'engagement de la responsabilité a été ainsi fortement remise en question aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence et le législateur.

En matière délictuelle, c'est à la victime d'apporter la preuve de la responsabilité d'autrui en montrant qu'il a commis une faute et que cette preuve est parfois difficile à apporter.

Le législateur et les juges ont voulu protéger la victime en simplifiant la preuve de la responsabilité. C'est ainsi que certains juristes ont imaginé fonder la responsabilité délictuelle non sur la faute mais sur le risque ; selon eux la notion de faute ne devrait pas intervenir dans le droit de la responsabilité délictuelle et l'obligation de réparer le dommage ne devrait pas être la sanction d'une attitude fautive de la personne mais la contrepartie du profit que cette personne retire de son activité et du risque que cette activité fait courir aux tiers.

Le législateur marocain ne semble pas avoir adopté cette théorie dont il s'est cependant inspiré que dans le domaine de la responsabilité de l'employeur à raison des accidents de travail subis par son personnel².

Toutefois, sans renoncer à fonder la responsabilité sur la faute, le législateur marocain protège la victime contre les difficultés de la preuve en instituant à côté de la responsabilité pour faute prouvée qui constitue le droit commun une responsabilité du fait d'autrui et une responsabilité du fait des animaux, du fait des choses inanimées et du fait des bâtiments.

C'est dans cet objectif que le système juridique a évolué dans deux sens. D'une part, un élargissement de la responsabilité pour faute. D'autre part, une possibilité d'agir en justice contre des responsables non fautifs mais responsables notamment du fait d'autrui et du fait des choses.

Cependant, la responsabilité sans faute (du fait d'autrui et du fait des choses) semble rester une exception du principe de responsabilité pour faute (du fait personnel)³.

Il convient de souligner également le problème lié à l'assurance de responsabilité. Désormais, le responsable ne répond plus des conséquences de ses fautes, il paie une prime précisément pour qu'un assureur prenne sa place.

Au profit de l'assuré, le principe fondamental selon lequel chacun doit répondre du dommage causé par sa faute est entièrement écarté du moins tant que la faute n'est pas intentionnelle.

Or, dans la plupart des pays, l'Etat lui-même impose l'assurance de responsabilité en divers domaines notamment dans celui des accidents de la circulation. Même quand elle n'est pas imposée, l'assurance de responsabilité se répand du fait même de l'extension ininterrompue de la responsabilité à laquelle elle contribue

² - Dahir du 06 février 1963 portant modification en la forme du Dahir du 25 juin 1927 relatif à la réparation des accidents du travail qui a été modifié par le Dahir du 23 juillet 2002.

³ - Professeur Merbouh Kaoutar. Responsabilité civile. 2014

par un mouvement dialectique, car le juge hésite moins à condamner lorsqu'il sait que derrière le responsable se tient un assureur.

Ainsi, il est utile de se demander comment la notion de faute a évolué au cours des temps et s'il n'est pas difficile de nos jours de qualifier de façon précise cette faute, qui demeure une condition de la responsabilité civile vu la pratique des assurances qui a largement influencé le législateur ?

Partie I : Les caractères de la faute

I : L'élément objectif de la faute : l'élément matériel

L'article 78 du D.O.C dispose que « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait mais par sa faute ».

Mais c'est dans l'alinéa 3 que la notion de faute est présentée. « La faute consiste soit à omettre ce qu'on était tenu de faire soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir »⁴.

Si la commission est une action volontaire ou non portant atteinte au droit d'autrui en lui causant un dommage, l'omission relève d'une abstention, d'un acte négatif mais qui engage malgré l'absence d'intention de son auteur sa responsabilité. Pourtant cette responsabilité n'est engagée que lorsqu'une obligation légale d'agir s'est vue transgressée. Ainsi, s'il s'agit d'une abstention dans l'action c'est-à-dire que la personne aurait du prendre par exemple certaines précautions dans un cas particulier mais qu'elle ne l'a pas fait. Dans ce cas, la référence par rapport à l'acte se fera par le biais du « Bon père de famille ». Mais l'abstention pure peut aussi engager la responsabilité de son auteur, le même principe est retrouvé dans l'article 32 du Code des Assurances Marocain où l'omission dans la déclaration de souscription peut lui donner un acte frauduleux⁵.

L'article 78 du D.O.C dispose que « Toute stipulation contraire est sans effet ». Cette disposition est appuyée par l'article 232 du D.O.C « On ne peut stipuler d'avance qu'on ne sera pas tenu de sa faute lourde ou de son dol ».

Il est cependant parfois nécessaire de caractériser la faute car dans certains cas la responsabilité ne peut être engagée que si la faute revêt une gravité suffisante.

⁴ - Dahir du 09 ramadan 1331 portant code des obligations et contrats (BO du 12 septembre 1913)

⁵ - Dahir N° 1-02-238 du 2 Rajeb 1423 (3 octobre 2012) portant promulgation de la loi 17.99 portant code des assurances.

Compte tenu des termes généraux de la notion de faute il est cependant impossible de faire abstraction de la gravité de la faute pour la caractériser.

Le principe étant l'unité, toute faute quelque soit sa gravité doit normalement être sanctionnée par la même responsabilité : peu importe la gravité de la faute, l'auteur doit réparer intégralement le dommage, disposition reprise par l'article 18 de la loi 17-99 « L'assureur est garant des pertes causées par les personnes dont l'assuré est civilement responsable quelles que soient la nature ou la gravité de la faute ».

Mais dans certains domaines, la faute peut être prise en compte :

- A titre de sanction (circonstances aggravantes) : en responsabilité contractuelle, la faute dolosive aggrave la responsabilité du contractant car elle permet d'écartier les clauses limitatives de responsabilité ou les clauses pénales.
- Comme une condition même de l'engagement de la responsabilité : En matière de responsabilité du salarié ou de l'employé, il faut une faute particulière, une simple faute ne suffit pas. La responsabilité est engagée pour faute inexcusable.

II : Les éléments subjectifs de la faute

A. L'élément humain

1/ personnes fautives

- En matière contractuelle (la faute personnelle du contractant) :

Toute personne liée par un contrat avec une autre partie peut se retrouver responsable pour une faute qu'elle a commise. Seulement il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une obligation de moyen comme pour les médecins, avocats, gardiens ou une obligation de résultat comme pour les notaires, architectes, entrepreneurs, intermédiaires d'assurance, banquiers...

Les articles 903 et 904 du D.O.C subordonnent la responsabilité du mandataire salarié à l'existence d'une faute grave de sa part. Dans l'article 678 du D.O.C, le preneur répond de la perte et la dégradation de la chose causées par son fait, sa faute ou par l'abus de la chose louée.

- En matière délictuelle (la faute d'autrui) :

L'article 85 exprime l'idée que l'on n'est pas seulement responsable du dommage causé par son propre fait et faute comme annoncé dans l'article 77 mais aussi du fait des personnes dont on doit répondre. Ainsi il vise 3 groupes de personnes responsables du fait d'autrui, il précise que les pères et mères sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ; que les commettants sont responsables des dommages causés par leurs préposés ; que les instituteurs et artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis.

La responsabilité est dite de plein droit car attachée en général à un devoir de surveillance ou de garantie. On peut par exemple reprocher aux parents la faute de négligence ou inattention.

L'article 678 du D.O.C dans son alinéa 2 dispose que « le preneur d'une hôtellerie ou autre établissement public répond aussi du fait des voyageurs et des clients qu'il reçoit dans son établissement ».

De même, comme cité dans l'article 79 du D.O.C « la faute de service des agents des administrations engage la responsabilité de l'Etat ».

2/ CONDITIONS DE CAPACITE

Les articles 96 et 97 du D.O.C disposent que « les mineurs, les sourds muets et les infirmes répondent du dommage causé par leur fait ou faute s'ils possèdent le degré de discernement nécessaire pour apprécier les conséquences de leurs actes ».

Mais l'on considère que l'enfant dépourvu de discernement ne pouvant commettre de faute et par suite ne pouvant répondre de son acte. C'est pourquoi l'on considère que la faute de l'enfant n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité des parents, celle-ci repose sur leur propre faute présumée.

En matière de capacité, la majorité est exigée pour le contractant et le discernement pour le représentant contrairement à la responsabilité délictuelle où seul le discernement suffit.

Cependant, l'auteur du dommage demeure responsable si c'est par sa faute qu'il était privé de raison au moment où le dommage a été causé, par exemple s'il s'est enivré volontairement selon l'article 93 du D.O.C ou s'il a volontairement et sans nécessité médicale absorbé des stupéfiants. Pour être exonéré de sa responsabilité, celui qui a agi au cours d'une crise provoquée par l'usage d'un

stupéfiant doit prouver qu'il a été drogué à son insu, tel est le cas de toute personne qui agit sous l'effet de l'alcool. L'article 93 du D.O.C dispose que « l'ivresse, lorsqu'elle est volontaire, n'empêche point la responsabilité civile dans les obligations dérivant des délits et quasi délits. Il n'y a point de responsabilité civile lorsque l'ivresse était involontaire, la preuve de ce fait incombe au prévenu ».

B. L'élément moral

1/ Faute intentionnelle ou non intentionnelle

Deux conceptions peuvent être rencontrées. La faute intentionnelle est une faute volontaire. Cette conception implique la volonté de causer le dommage qui implique forcément l'intention de nuire avec une connaissance de la certitude de dommage.

Cependant la jurisprudence n'adopte pas de conception unitaire de la faute, elle sera différente selon les cas d'espèce :

- En matière contractuelle, la jurisprudence retient la seule faute volontaire selon une conception large⁶ :

En l'espèce, un comédien avait tourné un film malgré l'interdiction de son administrateur. Ce dernier réclame des dommages-intérêts supérieurs à ceux qui étaient prévus dans les clauses car estimait que la faute était intentionnelle.

La Cour d'Appel refuse d'écarter la clause pénale. Selon elle, la faute dolosive serait une faute commise dans l'intention de nuire. La preuve de cette intention de nuire n'étant pas apportée la clause pénale doit donc être appliquée. La Cour de Cassation casse l'arrêt d'appel et reconnaît que la faute intentionnelle est seulement une faute volontaire (manquement à une obligation contractuelle en l'espèce).

Dans le même sens va l'article 263 du D.O.C qui dans le cadre de la faute contractuelle dispose que « les dommages –intérêts sont dus soit à raison de l'inexécution de l'obligation soit à raison du retard de l'exécution et encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de la part du débiteur ».

⁶ - Cour de Cassation. Chambre civile. Audience publique du mardi 04 février 1969. Publication N° 60

- En matière délictuelle, plus particulièrement dans le domaine des assurances, la conception est plus restrictive car nécessite l'intention de nuire de l'auteur :

Aux termes de l'article 113-1 du Code des assurances français correspondant à l'article 17 alinéa 2 de la loi 17-99 « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

La qualification ou non de faute intentionnelle revêt ainsi une importance particulière pour l'auteur du dommage.

Dans l'hypothèse où une faute intentionnelle serait retenue contre ce dernier, il ne sera pas assuré, si bien que la réparation du dommage sera à sa charge.

Dans un arrêt du 27 mai 2003, la Cour de cassation a estimé que « la faute intentionnelle implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu ».

Il ressort de cette jurisprudence une conception pour le moins restrictive de la faute intentionnelle.

La faute intentionnelle n'est caractérisée que lorsque l'auteur de la faute a eu conscience des risques occasionnés par sa conduite et lorsque l'auteur de la faute a eu la volonté de produire le dommage.

Ces deux critères sont cumulatifs.

En l'espèce, un enfant avait blessé un de ses camarades en lui mettant un crayon dans l'œil.

L'assureur, au vu de ne pas indemniser la victime vient démontrer que la faute n'était pas intentionnelle. La Cour d'Appel reconnaît la responsabilité de l'enfant et avait considéré la faute de l'enfant intentionnelle. La Cour d'Appel adopte ici une conception large : la faute intentionnelle est la faute volontaire.

La Cour de Cassation casse l'arrêt d'appel pour défaut de base légale de l'article 113 du Code des Assurances Français correspondant à l'article 17 de la loi 17-99. Au sens de ce texte, la faute intentionnelle ne peut exister que si l'assuré a eu une intention de nuire.

Pour s'avoir s'il y a faute intentionnelle, le juge doit se livrer à un examen subjectif. Il doit étudier un état d'âme, y découvrir l'intention malfaisante ou délibérée.

- Faute non intentionnelle : il s'agit d'un quasi-délit civil causant non intentionnellement un dommage :

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais par sa négligence ou par son imprudence. Le quasi-délit est donc une source d'obligations constituée des faits fautifs obligeant à réparation. Les quasi-délits sont des engagements qui résultent du dommage qu'une personne a provoqué sans droit mais involontairement au détriment d'autrui et qui l'oblige à en réparer les conséquences.

2/ Gradation des fautes

La gradation de la faute, dont la fonction à l'origine était de déterminer le principe de la responsabilité, a pour effet principal de commander l'efficacité des limitations de responsabilité. La faute dolosive ou intentionnelle est celle qui est commise avec l'intention de nuire. Elle a pour effet de rendre inefficaces les limitations légales ou conventionnelles de responsabilité.

On assimile à la faute dolosive la mauvaise foi ce qui explique le fait qu'elle ne soit pas assurable. La constatation d'une telle faute aurait de graves conséquences dans le domaine des assurances (voir article 17 du Code des Assurances Marocain).

La faute lourde ne comporte aucun élément intentionnel mais est particulièrement grave, en raison soit de l'écart de conduite du débiteur soit de ses conséquences qui ruinent l'essence du contrat. C'est une faute non volontaire mais particulièrement grossière soit en raison du comportement anormalement déficient de l'agent soit en raison de l'exceptionnelle gravité du dommage. Son auteur n'a pas voulu réaliser le dommage mais il s'est comporté comme s'il l'avait voulu.

La faute lourde a les mêmes effets que la faute intentionnelle. C'est ainsi qu'elle peut écarter les clauses d'irresponsabilité pénale. Mais il faut noter qu'il n'y a pas d'alignement complet entre ces deux fautes : la faute lourde ne produit pas tous les effets de la faute intentionnelle.

Prenant l'exemple de l'article 273 du D.O.C qui énonce qu'à partir du moment où le créancier est constitué en demeure, la perte ou la détérioration de la chose sont à ses risques et le débiteur ne répond plus que de son dol ou de sa faute lourde.

PARTIE II : Les transformations de la notion de faute par les techniques de l'assurance

L'assurance de responsabilité a exercé une influence fondamentale dans le développement et la transformation de la responsabilité en général, influence qui a été renforcée par l'intervention du législateur dans un but d'indemnisation des victimes des accidents de circulation, dont le chiffre augmente de jour en jour, à instituer une obligation d'assurance.

L'entrée en jeu de l'assurance a foncièrement changé les données du problème puisqu'il ne s'agit plus de la confrontation entre deux patrimoines individuels celui du gardien et celui de la victime mais d'un patrimoine collectif représenté par l'assureur de responsabilité et le patrimoine individuel de cette victime (piéton, patient, voisin, consommateur...).

Autrement dit la substitution de l'assureur à son assuré a socialisé les risques en accentuant l'effacement du rôle joué depuis longtemps par celui-ci. Cette socialisation a poussé les tribunaux, dans leur souci d'indemniser les victimes, à élargir le domaine de la responsabilité civile en dénaturant la notion de faute sur laquelle se fondait la théorie générale de la responsabilité civile.

Si donc l'élargissement de la responsabilité a permis aux juges de dénaturer la faute, la socialisation du risque a quant à elle contribué à évacuer le responsable du dommage du procès civil. L'emprise ou l'influence de l'assurance sur la responsabilité civile a eu pour principal effet d'entamer le concept de faute tel qu'il a été unanimement admis comme étant le fait que n'aurait pas commis un individu diligent, autrement dit le type même du bon père de famille ⁷.

Or, comme il est devenu de plus en plus difficile de déceler une quelconque faute à l'origine du dommage, les tribunaux n'ont pas hésité à déclarer la responsabilité du défendeur même en l'absence de toute faute. C'est le cas dans la responsabilité médicale.

I : La dénaturation de la faute

A. La faute de la victime dans les accidents de circulation

Le D.O.C retient comme fondement de la responsabilité civile deux grandes règles : la responsabilité fondée sur la faute et un régime de responsabilité fondée sur la garde. Cette distinction n'a pas toujours été nette en jurisprudence qui en

⁷ - Maurice Picard et André Besson. Les assurances terrestres en droit français. T1. 3^e édition. Paris 1971. Revue internationale de droit comparé.

1925 avait considéré que l'article 1384 du Code Civil Français établissait une présomption de faute⁸.

Or la simple lecture des dispositions des articles 1384 et 88 permet de constater qu'il ne s'agit pas de présomption de faute mais de présomption de responsabilité. Mais la jurisprudence a dû dans un souci d'indemnisation des victimes condamner le gardien du véhicule assuré, même acquitté pénalement par le juge répressif, à réparer le dommage subi par la victime chaque fois qu'il n'apporte pas la preuve qu'il a pris toutes les dispositions nécessaires pour éviter l'accident en tentant une opération de sauvetage.

La jurisprudence en développant ce système de responsabilité de plein droit a, tout en altérant ou en dénaturant la notion de faute, réduit le rôle de la responsabilité civile, qui est devenu par ce fait un simple support de l'assurance⁹.

Mais si les juges ont altéré la faute en ce qui concerne la responsabilité du gardien du véhicule, ils ont toutefois en vertu des textes en vigueur (article 88 du D.O.C) maintenu quand ils jugent du comportement de la victime pour réduire voire exclure son droit à réparation. En droit marocain la notion de faute est retenue dans les articles 77 et 78 du D.O.C ainsi que l'article 88 qui l'utilise comme moyen d'échapper à la responsabilité (faute de la victime). La faute de la victime est pour le présumé responsable un moyen favori ou le cheval de bataille pour espérer une exonération totale ou éventuellement partielle. Cette situation est d'autant plus préoccupante que le procès en responsabilité civile ne met plus en confrontation la victime au responsable du dommage mais la victime face aux assureurs de responsabilité du gardien¹⁰.

La jurisprudence a en effet considéré que l'article 88 du D.O.C ne met pas obstacle à un partage de responsabilité entre la victime dont la faute a encouru à la réalisation du dommage et le gardien qui ne démontre pas avoir accompli tout le nécessaire pour éviter le dommage.

⁸ - Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public. 1925. Paris.

⁹ - Geneviève Viney. Le déclin de la responsabilité individuelle. Parution 2013.

¹⁰ - A. Khial. L'indemnisation des accidents de la circulation au Maroc. Thèse de doctorat d'Etat du 28 juin 1985.

B. L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DU MEDECIN

En l'absence d'une loi spécifique aux fautes et erreurs médicales, les décisions judiciaires relèvent pour le moment de la jurisprudence. Chaque juge établit sa propre appréciation. Il y a donc un problème d'unicité des jugements, qui empêche la délimitation des contours de l'erreur médicale. L'erreur médicale est le centre des préoccupations internationales suite au rapport de l'Institute of Medicine commandé en 1999 par l'administration américaine, l'OMS a manifesté son inquiétude. Le document a montré que l'erreur médicale est devenue la huitième cause de mortalité aux Etats-Unis devant les accidents de la route et les cancers de sein. On dénombre également 40 000 morts au Royaume-Uni et quelques milliers en France. Au Maroc Dieu seul le sait.

Donc une définition de l'erreur devient une nécessité fondamentale devant la multiplication des jugements portant sur la responsabilité des médecins et la genèse en parallèle d'un droit des plus épars et confus. La jurisprudence rattache chaque fois la responsabilité du médecin au régime général de la responsabilité délictuelle en l'occurrence les articles 77 et 78 pour assurer l'indemnisation des victimes tout en omettant de mettre en exerce la responsabilité contractuelle qui est la base en cas de médecine libérale.

Etablir une loi spécifique impose la détermination des devoirs et des obligations de tous les intervenants : médecins, patients, Etat mais aussi compagnies d'assurance. Ce sont elles qui indemnisent les victimes au cas où le médecin condamné aurait contracté une assurance responsabilité civile professionnelle.

Si donc l'intervention de l'assurance a permis aux juges de dénaturer la faute en déclarant le défendeur responsable du dommage, même si son activité a été irréprochable elle a aussi contribué en grande partie à transformer les règles de la responsabilité civile en effaçant le rôle du défendeur du procès civil, devenu un simple intermédiaire.

II : L'effacement du responsable fautif par la substitution de son assureur dans la réparation de la dette

La mise en jeu de l'intervention de l'assureur de responsabilité a changé fondamentalement la physionomie du procès civil qui opposait jadis ce dernier à la victime. Cette intervention ou substitution a eu pour principal effet de socialiser le risque automobile puisque ce n'est plus le patrimoine du gardien responsable du dommage qui va être affecté directement par la condamnation aux dommages-intérêts en faveur de la victime mais la masse de tous les assurés représentés par l'assureur du gardien.

Le gardien du véhicule assuré n'est donc plus effectivement responsable des dommages qu'il a causés à la victime et sa responsabilité est réduite à une simple question de primes.

Cette réduction du rôle du responsable va aller jusqu'à son exclusion même complètement du procès civil. Si la consécration de l'action directe a mis au premier plan l'assureur en effaçant du même coup le rôle du véritable responsable du dommage, d'autres règles instituées allaient accentuer cet effacement. Il s'agit essentiellement de la clause de direction du procès qui interdit formellement à l'assuré de s'immiscer dans le déroulement du procès qui va être géré par le seul assureur.

A. Assurance de responsabilité et faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré

D'après les dispositions de l'article 17 alinéa 2 du Code des Assurances « l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Ainsi la loi interdit l'assurance de la faute intentionnelle de l'assuré qui fera dépendre le jeu de l'assurance de la volonté de l'assuré et se serait contraire à la notion du risque aléatoire (élément fondamental du contrat d'assurance). Cette disposition d'ordre public ne vise que la faute intentionnelle de l'assuré et non celle des personnes dont il est reconnu civilement responsable. Ainsi l'article 18 du Code des Assurances dispose que « l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 85 du D.O.C quelles que soit la gravité des fautes de ces personnes.

La faute intentionnelle ne peut être confondue ni avec la faute pénale ni avec la faute lourde elle doit être commise volontairement. Il ne suffit pas qu'il y ait un fait fautif commis délibérément mais aussi qu'il y ait volonté de provoquer un dommage à autrui. La doctrine a relevé qu'il n'y a pas de coïncidence entre la faute délictuelle relevant de l'article 77 du D.O.C et la faute intentionnelle exclue en assurance de responsabilité. Cela veut dire que l'exclusion ne recevra application que dans de très rares hypothèses où l'assureur aura rapporté la preuve des deux conditions nécessaires (intention de commettre la faute et d'occasionner le dommage) puisque la charge de la preuve lui incombe¹¹.

¹¹ - Sur l'appréciation souveraine par les juges du fond du caractère intentionnel de la faute de l'assuré. Cour de Cassation. Chambre civile 2. Audience publique du 23 septembre 2004. Numéro du pourvoi 03-14389.

B. Assurance de responsabilité et infractions pénales

La responsabilité résultant d'infractions pénales n'est pas couverte. La faute intentionnelle au sens de l'article 113 du Code des Assurances qui implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu, n'exclut de la garantie due par l'assureur à l'assuré condamné pénalement que le dommage que cet assuré a recherché en commettant l'infraction¹².

L'assureur pour dénier sa garantie sur le fondement de l'article 113 a fait valoir que les dommages dont l'indemnisation était réclamée avaient pour origine la faute intentionnelle du fils du gérant de la société SIRA, condamné pénalement pour complicité d'incendie volontaire. L'arrêt attaqué retient que la faute génératrice du dommage causé à l'immeuble a été définitivement reconnue comme intentionnelle par une décision dont l'autorité s'impose à la juridiction civile.

La Cour de Cassation a considéré que la faute intentionnelle, qui implique la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu, n'exclut de la garantie due par l'assureur à l'assuré condamné pénalement, que le dommage que cet assuré a recherché en commettant l'infraction.

¹² - Cour de Cassation. Chambre civile 1. Audience Publique du 06 avril 2004. Numéro du pourvoi 01-03494

CONCLUSION

En guise de conclusion, on observe que les conditions que le droit propose à la demande et au succès d'une action en responsabilité civile sont plus ou moins rigoureuses.

Toutefois, la pratique, par un souci de compassion pour les victimes fit sauter maintes barrières de telle sorte que le droit de la responsabilité tend à absorber tout le droit.

Les qualités de ce mécanisme présentent leurs revers : la souplesse, l'adaptabilité, conduisent à l'imprécision et aux revirements de jurisprudence.

S'il est une matière difficile à cerner et à dominer c'est bien celle-ci, elle s'oppose à tous les essais de mise en ordre.

Le droit de la responsabilité, loin d'être figé, est vivant et dynamique. Il connaît comme la nature le rythme des saisons. Un certain équilibre précaire et fragile qui n'accable pas trop les auteurs des dommages tout en prenant compte les légitimes intérêts des victimes.

BIBLIOGRAPHIE

- Code civil Français – Edition originale et seule officielle – Paris – Imprimerie de la République – 1804
- Dahir du 09 Ramadan 1331 portant code des obligations et contrats (BO du 12 septembre 1913)
- Dahir N° 1-02-238 du 25 Rejeb 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi N° 17-99 portant code des assurances
- Code des assurances Français
- Marie Leveneur Azemar. Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. 1^e Edition. Tome 577. Parution 2017
- Abdallah Khial. L'indemnisation des accidents de la circulation au Maroc. Thèse de Doctorat d'Etat du 28 juin 1985
- Arnaud Borges. L'abus de droit et la faute dans l'exercice d'un droit. Mémoire de D.E.A. Paris. 1996
- Jean Carbonnier. Droit civil. T4. Les obligations. PUF. 22^e édition. 2000
- Cartigny. La distinction entre la faute personnelle du préposé et la faute commise dans l'exercice de ses fonctions. Paris. 1995
- Constantinesco. Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (Droit Français, Allemand, Anglais). Stuttgart. Edition Kohlhamm. 1960
- Ahmad Ghafourian. Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit Français. Etude Jurisprudentielle. Thèse. Paris. 1984
- Renée Jaillet. La faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle. Paris. Fenixx Réédition Numérique. 1980
- Henri Mazeaud. La faute objective et la responsabilité sans faute. 1985
- Penneau. Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale. Paris. PUF. 1975
- Planiol et Ripert. Traite élémentaire de droit civil. 10^e édition. T II

- André Laubadère. Le fondement de la responsabilité des collectivités publiques au Maroc : La Faute ou le risque ? Gaz. Trib. Maroc. 20 février 1943

Contribution du législateur à l'insécurité juridique d'une opération de LBO : cas de fusion entre la holding et la société cible

KAMAL EL IDRISSEI Khalid

Doctorant, FSJES -Tanger

Université Abdelmalek Essaadi

Introduction

Une opération d'acquisition par effet de levier (Leverage Buy-Out où LBO) est une opération financière qui consiste à acquérir une société avec un apport en fonds propres très limité, le reste du financement est contracté auprès des établissements de crédit, en espérant que la société rachetée finance toutes les charges de son acquisition¹.

Ce montage était l'œuvre d'ingénieurs financiers. Il est apparu pour la première fois aux Etats-Unis d'Amérique. Ensuite, il était pratiqué partout dans le monde, spécialement dans les pays européens. Elle constitue une opération d'ingénierie financière avec un fort potentiel de croissance au Maroc. Selon l'Association Marocaine des Investisseurs en Capital (AMIC), une multitude d'opérations de LBO a été pratiquées ces dernières années, surtout par des sociétés de capital investissement².

Une opération du LBO nécessite la constitution d'une société holding. Les titres représentatifs du capital de cette dernière peuvent être détenus par un seul ou plusieurs investisseurs. Le holding procédera ensuite à l'acquisition du contrôle de la société cible. Le prix à payer est constitué, dans sa grande partie, par des emprunts contractés auprès des établissements de crédit, le reste est constitué par un apport propre du holding.

¹ - Les principes d'une opération de LBO est la réalisation des effets de levier, il s'agit essentiellement de l'effet de levier financier, de l'effet de levier fiscal et de l'effet de levier juridique.

²- Capital investissement au Maroc. Rapport AMIC (Association marocaine des Investisseurs en Capital), 2012, p 11. En ligne : (https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diac_insurance2011d06_en.pdf). (Consulté la dernière fois le 23/03/2020)

Dans la majorité des cas cependant, le holding est dépourvu des actifs propres importants. Il est créé uniquement pour réaliser les effets de levier escomptés de l'opération du LBO. Il attend la distribution des dividendes par la société cible, qui lui permet d'assurer un remboursement régulier des dettes de la holding. Toutefois, ces dividendes ne sont pas toujours suffisants. D'une part les montants alloués peuvent ne pas assurer un remboursement des emprunts dans les délais³. D'autre part, l'absence d'un régime d'intégration fiscale ainsi qu'un régime fiscal de société mère-filiale, ne permet pas d'économiser des fonds pour les utiliser au remboursement de la dette d'acquisition de la société rachetée⁴.

La fusion de la société cible avec la holding de reprise paraît donc comme une technique efficace pour favoriser le désendettement plus rapide de cette dernière⁵. Elle permet en effet au reprenneur d'accéder directement à la trésorerie de la société cible.

Il faut noter que le législateur avait introduit des modifications à la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes en 2008, qui ont visé également les opérations de fusion, et a inséré des dispositions fiscales incitatives dans le code général des impôts à partir de la loi de finance de 2010. Ces modifications avaient pour but d'encourager le regroupement des sociétés, et de créer un climat propice à l'émergence des firmes compétitives au niveau mondial.

Toutefois, la problématique est de savoir comment le législateur a contribué, à travers ces modifications, à l'insécurité juridique d'une opération de fusion entre la holding de rachat et la société cible, étant donné que cette fusion recèle déjà des risques juridiques pour les intérêts de cette dernière.

Ainsi, Nous procéderons d'abord à une présentation des intérêts de la fusion entre la holding et la société cible (I). Ensuite, nous analysons les risques de cette opération, et nous verrons finalement comment le législateur a contribué à l'insécurité juridique d'une telle opération (II).

³ - CTORZA, Caroline. De l'intérêt des fusions rapides. Revue les nouvelles fiscales, 2000, n° 823, p 1.

⁴ - BASRI, Hatim. Proposition d'un guide pratique pour l'accompagnement des opérations de Leverage Buy Out (LBO). Mémoire présenté en vue de l'obtention du Diplôme national d'Expert Comptable. Institut Supérieur du Commerce et d'Administration des Entreprises (ISCAE), Rabat, 2011, p 49.

⁵ - Pour cette raison, la fusion est dénommée "la fusion rapide" en droit français. SORENSEN, Anker. La fusion rapide en question. Bulletin Joly Sociétés, 2002, n° 03, p 325.

I -Intérêts de la société holding à fusionner avec la société rachetée.

A-Intérêts de la fusion

Dans une opération d'acquisition par effet de levier c'est la société cible qui doit assurer le remboursement des dettes contractées par le holding. Cependant, le repreneur se trouverait dans une situation problématique s'il ne pouvait pas rembourser les dettes dans les échéances convenues avec les prêteurs, à cause de l'insuffisance des fonds remontés de la société cible.

La transmission universelle du patrimoine de la société cible au holding réalisée suite à la fusion de ces deux sociétés permet, en effet, un désendettement rapide des emprunts liés à l'acquisition. Cette technique est particulièrement intéressante sur le plan financier ; les charges financières du holding, constituées principalement par des charges d'emprunts, seront imputées sur les actifs apportés de la société cible. Les prêteurs du holding peuvent bénéficier des conditions plus avantageuses pour le remboursement de leurs dettes. Le repreneur peut consentir notamment des sûretés sur les actifs de la nouvelle société résultant de la fusion⁶.

L'optimisation financière de la fusion peut s'accompagner également d'une optimisation fiscale. La remontée des fonds de la société cible, que ce soit sous forme de dividendes ou sous forme de rémunérations des services rendus, ne sera plus taxée aussi au niveau de la société holding, à défaut de régime fiscal de faveur⁷.

En outre, les crédits octroyés au repreneur sont en effet mieux garantis après la fusion⁸. Car, à l'opposé de la société holding, la société cible détient effectivement un patrimoine réel. Aussi, les créanciers du holding seront mieux protégés en cas de défaillance de ce dernier. Ils auront le droit de se faire payer sur les actifs apportés suite à la fusion, au même titre que les créanciers de la société cible⁹. A défaut d'une telle fusion, les créanciers du holding n'auraient

⁶ - MALKA, Léa. Les intérêts de la fusion rapide. *Revue Petites affiches*, 2009, n° 142, p 08.

⁷ - BENKANDIL, Hamza., EL GHAZALI, M'barka. Optimisation fiscale des groupes : que est l'impact des prix de transfert et l'intégration fiscale sur la performance financière au Maroc. *Revue du contrôle de la comptabilité et de l'audit*, juin 2018, N° 5, p 635.

⁸ - PAROCCHIA, Didier. MERLAND, Laure. LBO (Acquisition avec effet de levier). *Revue Dalloz, droit des sociétés*, 2014, p 58.

⁹ - S'ils ne s'opposent pas à la fusion et acceptent d'être les créanciers de la société absorbante au même titre que les créanciers de la société holding.

que les actifs nantis de ce dernier à saisir en cas de non-paiement de la dette, et qui sont constitués le plus souvent par les titres de la société cible.

Le holding pourrait octroyer ainsi plus de sûretés à ces créanciers. Ces sûretés porteraient sur les actifs de la société rachetée après l'opération de fusion. Lors de l'octroi des emprunts par les prêteurs, il est souvent exigé de la société holding de s'obliger à établir un nantissement sur ses actifs actuels et futurs. Les prêteurs espéraient en effet que le holding de reprise fusionne avec la société cible pour mieux garantir leurs créances¹⁰.

B-Intérêts fiscaux de la fusion

Comme toute opération à titre onéreux, la fusion entraîne également des conséquences fiscales. La société absorbée et la société absorbante sont soumises ainsi à un certain nombre d'impôts.

Deux régimes fiscaux sont instaurés par le législateur. Un régime fiscal de droit commun et un régime fiscal de faveur. Si les deux sociétés choisissent d'appliquer un régime fiscal de droit commun, elles doivent verser des sommes importantes au fisc dès la réalisation de l'opération de fusion. Le droit fiscal considère, en effet, l'opération de fusion comme une cession d'entreprise. Il ne reconnaît pas la continuation de la société absorbée au sein de la société absorbante. La fusion produit alors les mêmes effets qu'une cessation d'activité.

La société absorbée subira ainsi une multitude d'impositions. Elle doit payer d'abord l'impôt sur les bénéfices non encore taxés, réalisés durant la période qui précède la fusion et qui suit la clôture du dernier exercice comptable bien évidemment. En plus, elle doit régler l'impôt sur les provisions et sur la plus-value d'actifs¹¹, puisque le régime fiscal de droit commun, considère la société absorbée en état de cessation d'activité. Elle ne bénéficie en fait d'aucune exonération ou traitement de faveur.

La société absorbante subie, elle aussi, les effets fiscaux de la fusion. La société holding dans ce cas doit verser un impôt sur le profit de la fusion réalisé sur sa participation dans la société cible. En outre, les actifs qui lui sont apportés par la société absorbée sont considérés fiscalement comme une augmentation de

¹⁰ - Pour cette raison, il est souvent stipulé dans le contrat de financement une obligation pour la société holding d'opérer cette fusion. GOLISTEANU, Florentina. La défaillance financière dans les opérations de rachat avec effet de levier, aspects du droit français, roumain et communautaire. Thèse de doctorat : UFR droit des affaires. Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Paris, 2012, p 86.

¹¹ - Art 161 du CGI 2020.

capital¹². Ils seront soumis donc à une imposition immédiate et aux droits d'enregistrement au taux proportionnel de 1% sur leur valeur¹³. Ce qui peut constituer un montant important par rapport au montant global de l'opération de fusion.

Le régime fiscal de droit commun paraît donc plus ou moins contraignant à une opération de fusion dans le cadre d'une acquisition avec effet de levier. Le repreneur voudrait en effet réaliser une optimisation financière la plus grande possible, et ce à travers un amoindrissement de frais fiscaux. Les sommes à verser au fisc seraient d'une importance que l'opération même de LBO perdrait une partie de son intérêt.

Pour éviter de telles conséquences et dans un objectif d'encourager les opérations de regroupements et de restructurations des sociétés, le législateur a inséré dans le code général des impôts¹⁴ un régime fiscal de faveur dérogatoire à celui de droit commun, pour un certain nombre d'opérations, parmi elles, il y a l'opération de fusion¹⁵.

En outre, à défaut d'un régime d'intégration fiscale ou d'un régime fiscal de société mère/filiale, le repreneur peut préférer ce régime de faveur.

Ce régime de faveur procure aux initiateurs d'une opération de fusion des avantages importants. Le législateur a estimé en effet que la fusion ne constitue pas une cessation d'activité de la société absorbée. Il a considéré que son activité subsiste et se prolonge dans la société absorbante. Il a évité donc de lui appliquer le régime de droit commun sur les dissolutions de sociétés. Ce régime fiscal particulier ou de faveur est édicté par l'article 162 du code général des impôts.

L'article 162 du CGI dispose ainsi que ' les sociétés fusionnées ou scindées ne sont pas imposées sur la plus-value nette réalisée à la suite de l'apport de

¹²- Il était déjà mentionné que s'il est appliqué un régime fiscal de droit commun, la fusion sera considérée comme une dissolution de la société est par conséquent l'incorporation des actifs de la société absorbée dans la société absorbante et l'émission des titres de capital qui en résulte sera analysée fiscalement comme une augmentation de capital par apport..infra. p 4.

¹³ - Art 133 du CGI 2020.

¹⁴ - Ce régime de faveur a été instauré par le législateur au début pour une période transitoire entre 2010 et 2016. Dorénavant ce régime est devenu permanent depuis l'année 2017.

¹⁵ - Ce régime est appliqué également sur les opérations de cessions, ou retraits d'éléments d'actif, cessations, et transformation de la forme juridique. V. Articles 161 et 162 du CGI 2020.

l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé et des titres de participation' Le législateur précise par la suite les conditions d'octroi de ce traitement de faveur.

En effet, ce traitement de faveur édicté par le code général des impôts octroie des sursis d'imposition, un étalement d'impôt et des exonérations fiscales.

Les sursis d'imposition visent d'abord l'échange des titres. L'article 162-II-D dispose que ' Les plus-values résultant de l'échange des titres de la société absorbée ou scindée contre des titres de la société absorbante, réalisées dans le cadre des opérations de fusion ou de scission visées au A ci-dessus, ne sont imposables chez les personnes physiques ou morales actionnaires de la société absorbée ou scindée qu'au moment de cession ou de retrait de ces titres'. La fusion entraîne ainsi un échange des titres entre les deux sociétés. Les associés de la société cible peuvent réaliser une plus-value lors de l'échange de leurs titres contre ceux de la société holding. Cette plus-value est en sursis d'impôt jusqu'à la cession ou le retrait de ces titres. Ils ne peuvent bénéficier ainsi de ce régime de faveur qu'à condition bien sûr de conserver leurs titres après l'opération de fusion.

En outre, les éléments non amortissables (terrains, fonds de commerce, etc.) apportés à la société absorbante bénéficient sur les plus-values réalisées d'un sursis d'imposition jusqu'à leur cession ou leur retrait. C'est le cas aussi de la plus-value résultant de l'apport des titres de participations détenus par la société absorbée dans d'autres sociétés.

Ce régime de faveur octroie également la possibilité à la société absorbante d'étaler l'impôt sur plus-values réalisées au titre d'apport des éléments amortissables, par fractions égales, sur la période de leur amortissement déjà inscrit dans l'actif de la société absorbée.

Le régime fiscal de faveur prévoit aussi des exonérations fiscales. Elles concernent d'abord la prime de fusion réalisée par la société holding sur sa participation dans la société cible absorbée. L'augmentation de capital résultant de l'opération de fusion, ainsi que le transfert d'actif et la prise en charge du passif sont exonérés également des droits d'enregistrement.

Finalement, le régime fiscal de faveur permet la non-imposition des stocks de la société absorbée et apporté à la société absorbante à leur valeur d'origine.

Cependant, pour bénéficier de ce régime fiscal de faveur, la société absorbante doit s'engager à respecter un certain nombre de conditions¹⁶. L'article 162 précise

¹⁶ - La société absorbante doit déposer au service local des impôts dans un délai de 30 jours suivant l'opération de fusion, une déclaration écrite accompagnée d'un état récapitulatif des apports

que l'administration fiscale procède à la régularisation de la situation de la société absorbante s'il ne respecte pas l'une de ces conditions. Dans ce cadre on doit s'interroger si ce contrôle effecteur par le fisc porterait également sur l'opportunité de cette opération¹⁷, s'il s'avère qu'elle aurait uniquement pour motif d'absorber les déficits et les charges de la société holding.

II : Une fusion facilitée par le législateur malgré les risques inhérents à cette opération

A-Risques sur l'intérêt social et les intérêts des actionnaires minoritaires de la société rachetée.

La fusion entre la société holding et la société cible suscite également des interrogations sur son éventuelle contrariété aux intérêts de la société cible. En effet, cette opération pourrait être extrêmement nuisible à l'intérêt social de cette dernière.

Il ne s'agit pas ici de s'interroger sur la contrariété ou pas de tous les mécanismes mis en œuvre par le repreneur dans un montage de LBO à l'intérêt social de la société cible, mais il s'agit uniquement de se demander si une fusion entre la société holding et la société cible pourrait être contraire à l'intérêt social de cette dernière.

réalisés. Cet état doit comporter tous les détails des plus-values réalisées et des moins-values subies et dégageant la plus-value nette qui ne sera pas imposé chez la société absorbante.

La déclaration écrite doit être accompagnée également d'un état des provisions figurant au passif du bilan avec indication de celles qui non pas fait l'objet de déduction dans chacune des sociétés fusionnées. La société absorbante doit s'engager ainsi à reprendre intégralement les provisions dont l'imposition a été différée.

En outre, la société absorbante doit s'engager à réintégrer dans ses bénéfices imposables les plus-values nettes, soit de l'ensemble des titres de participations et des éléments de l'actif immobilisé lorsqu'il figure parmi ces éléments des terrains construits ou non, et dont la valeur d'apport est égale ou supérieure à 75% de la valeur globale de l'actif net immobilisé. Les plus-values doivent être réintégrées dans ce cas au résultat du premier exercice comptable clos après la fusion. Soit de réintégrer uniquement la plus-value nette des éléments amortissables lorsque cette proportion de 75% n'est pas atteinte. La plus-value est réintégrée dans le résultat fiscal dans ce cas, par fractions égales, sur la période d'amortissement desdits éléments.

La société absorbante doit s'engager aussi à se désister au droit de report de déficits cumulés durant l'exercice dernier précédent l'opération de fusion et qui figure dans sa déclaration fiscale.

Finalement, aucune clause de la convention de fusion ne doit prévoir un effet rétroactif de l'opération, antérieur à l'exercice comptable de la réalisation de ladite fusion. Aussi, les amortissements ne doivent pas être inscrits aux bilans de la société absorbée et de la société absorbante. V. art 162 du CGI 2020.

¹⁷ - MALKA, Léa. Les intérêts de la fusion rapide. Revue Petites affiches, 2009, n° 142, p 10.

Il faut noter d'abord que la notion d'intérêt social n'est pas définie ni par le législateur ni par la jurisprudence. De nombreuses acceptions ont été avancées en effet par la doctrine, sans pour autant aboutir sur un consensus¹⁸.

« L'examen de la doctrine conduit à constater que cette notion juridique ne fait pas l'objet d'une définition unitaire. Les courants doctrinaux en la matière sont à la fois fleurissants et distincts. On peut les grouper en deux ensembles : ceux qui rattachent la définition de l'intérêt social à la nature même de la société¹⁹, et ceux qui s'écartent de cette manière d'analyse pour adopter d'autres critères de définition²⁰. »²¹

La fusion peut présenter en effet des risques sur l'intérêt social de la société rachetée, car il est difficile d'expliquer l'intérêt de cette dernière de se fusionner avec une entité fortement endettée. Surtout si elle est opérée peu de temps après l'acquisition de la société rachetée. L'opération de fusion apparaîtrait ainsi comme un mécanisme privilégié pour accéder aux actifs de la société cible au détriment de ses intérêts propres²².

Il est difficile ainsi de trouver un intérêt de groupe entre deux sociétés qui ne partagent aucune activité commerciale. La société rachetée ici est seulement au service du holding pour lui permettre de rembourser ses dettes²³.

En outre, Lorsqu'il y a des actionnaires minoritaires, la fusion entre les deux sociétés peut être réalisée au profit exclusif du holding majoritaire. L'opération se traduira inévitablement par une contribution de l'absorbée au remboursement des dettes contractées par l'absorbante. Les titres remis aux actionnaires de l'absorbée auront donc une valeur inférieure à leur valeur initiale ; la valeur qu'ils reçoivent est inférieure à la valeur qu'ils apportent. Il y a apparemment rupture d'égalité dans la mesure où le holding recueillera les actifs de la cible alors que les minoritaires n'auront que des titres dont la valeur sera minorée par rapport à

¹⁸- SAVATIER, Louis-Marie. Les montages de LBO à l'épreuve de la notion de l'intérêt social. Mémoire de master de recherche, droit des affaires. Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, 2016, p 6.

¹⁹- Il s'agit d'une définition dite classique de l'intérêt social. Cette définition se diffère selon la nature juridique qu'on octroie à la société, s'elle est considérée comme un contrat ou une institution.

²⁰ - Cette définition prend en considération la réalité économique de la société, ainsi que les intérêts de différents intervenants dans le fonctionnement de la société.

²¹- BELHAJ, Abdelali. L'incidence de l'intérêt social sur la gouvernance de la société anonyme. Thèse de doctorat en droit privé. FSJES de Tanger : Université Abdelmalek Essaadi, 2015, p 18.

²² - Dénouement du LBO-Fusion entre holding et cible. Revue Lamy sociétés commerciales, 2017, p 1.

²³ - PAROCCHIA, Didier. MERLAND, Laure. LBO (Acquisition avec effet de levier). Revue Dalloz, droit des sociétés, 2014, p 69.

ceux qu'ils ont apportés. Si tel est le cas, peut-on encore considérer que l'actionnaire minoritaire se retrouve dans une situation où le partage des richesses conduira à lui octroyer moins que sa part légitime, car sa participation dans la structure issue de la fusion ne refléterait pas celle qu'il détenait avant.

B-Une fusion facilitée par le législateur

Eu égard aux risques que peut présenter une opération de fusion entre une société holding fortement endettée et sa société filiale rachetée, le législateur devrait prévoir des dispositions juridiques qui limiteraient ces risques. En effet, il avait procédé effectivement à une réforme de la loi n° 17-95 en 2008, à travers la loi n° 20-08²⁴, qui englobait également un allègement de la procédure de fusion des sociétés anonymes. Mais il n'avait pas conscience, nous semble-t-il, de l'ampleur de ces risques juridiques.

La logique qui expliquait, à notre sens, ce tempérament apporté à la procédure de fusion est la volonté du législateur de faciliter les regroupements et les restructurations des groupes de sociétés. Or, il est difficile de procurer de tel avantage à un groupe constitué par la société holding et la société cible, lorsque la constitution de ce groupe est le résultat d'une opération de LBO²⁵.

Au lieu d'apporter ainsi des modifications qui contribueraient à une sécurisation plus importante d'une opération de fusion, il avait au contraire facilité au repreneur de fusionner un holding avec un passif important avec une société en bonne situation financière, sans pour autant être astreint à respecter la procédure de fusion établie par les articles 232 et 233 de la loi n° 17-95.

Ainsi, l'article 232 de la loi 17-95 dispose que lorsqu'il y a une opération de fusion entre une société qui ne détient pas la majorité des titres dans l'autre société, le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires, et que ce rapport doit expliquer et justifier le projet de manière détaillée du point de vue juridique et économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluation utilisées, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation. Il fait également mention expresse et détaillée de l'existence, le cas échéant, de tous liens d'intérêts existant entre un ou plusieurs membres du conseil

²⁴ - La loi n° 20-08 a été promulguée par le dahir n° 1-08-18 du 23/05/2008, B.O n° 5640 du 19/06/2008, p. 384.

²⁵ - MALKA, Léa. Les obstacles à la réalisation d'une fusion rapide : hésitations compte à la validité de ce type d'opération. Revue Petites affiches, 2009, n° 142, p 21.

d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance, et la ou les autres sociétés participant à la fusion.

De surcroît, l'article 233 dispose que le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion communique le projet au ou aux commissaires aux comptes au moins 45 jours avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur ledit projet. Aussi, le commissaire aux comptes doit vérifier que la valeur relative attribuée aux actions des sociétés participant à l'opération est pertinente et que le rapport d'échange est équitable. Le rapport du commissaire aux comptes indique, également, la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé, si elles sont adéquates en l'espèce, et les difficultés particulières à l'évaluation s'il en existe. Il vérifie notamment si le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante ou au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion.

Le législateur a voulu donc soumettre l'opération de fusion à ces conditions afin de préserver les intérêts en présence, notamment les intérêts des actionnaires et l'intérêt social de la société elle-même. En application des articles précités, les organes dirigeants des deux sociétés doivent démontrer ainsi les intérêts juridiques et économiques de la fusion entre la société holding et la société cible dans leur rapport. Chose qui serait difficile à justifier compte tenu de la disproportion de la situation financière des deux sociétés dans une opération de LBO.

En outre, le commissaire aux comptes doit mentionner dans son rapport que le rapport d'échange des sociétés fusionnées est équitable. En effet, dans une opération de LBO, il est difficile d'affirmer que l'échange des actions est équitable, dans la mesure où les actionnaires de la société absorbée recevraient des actions dont la valeur réelle est inférieure à celles qui détenaient dans la société rachetée.

Une fusion entre la société holding et la société cible serait inconcevable, à notre sens, du moins à cause de l'opposition que pourrait formuler le commissaire aux comptes dans son rapport remis à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion.

Cependant, le législateur a facilité, à notre sens, cette fusion malgré les risques qu'elle comporte, à travers les modifications qu'il a introduites par la loi 20-08. Ainsi, Suivant l'article 231²⁶, ces deux exigences sont écartées lorsque la société absorbante détient la totalité des actions de la société absorbée. Ainsi, si la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant le capital de

²⁶ - L'article 231 a été modifié en 2008 par la loi n° 20.08.

la société absorbée depuis le dépôt au greffe du tribunal du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, il n'y a lieu ni à la rédaction d'un rapport écrit par le conseil d'administration ou le directoire, ni d'un rapport rédigé par le commissaire aux comptes. Aussi, les assemblées générales extraordinaires des deux sociétés ne sont pas obligées de statuer sur ces rapports. L'article 231 ajoute que ces dispositions sont appliquées aussi entre des filiales, lorsque leurs actions sont détenues en totalité par la même société mère.

En effet, comme c'est déjà signaler, dans la majorité des opérations de LBO, une société holding détient effectivement la totalité des actions de la société cible. Ce qui laisse à penser que le législateur facilite même une telle fusion malgré les risques inhérents à cette opération.

Il ne faut pas oublier que le holding est créé uniquement pour réaliser les différents effets de leviers escomptés de l'opération de LBO. Il n'a pas dans la majorité des cas des actifs propres qui lui permettraient de rembourser les emprunts contractés pour acquérir la société cible. Le holding s'est endetté en effet pour financer le rachat et ne détient pas des actifs pour rembourser l'emprunt. On craint ainsi que la fusion n'aurait lieu que pour effectuer le remboursement de l'emprunt d'acquisition au détriment de l'intérêt social de société la cible.

Une seule exigence est instaurée par l'article 231 est l'obligation de désigner un commissaire aux apports conformément aux dispositions de l'article 24, pour évaluer les actifs apportés par la société absorbée, et c'est l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante qui doit statuer sur le rapport rédigé par ce commissaire aux apports.

Il faut signaler dans ce cadre que l'apport en nature suscitait également des critiques sur un ensemble de points, surtout sur la responsabilité du commissaire aux apports et sur l'objectivité des démarches et des méthodes d'évaluation utilisées afin de rédiger le rapport pour lequel il était désigné²⁷.

²⁷ - La responsabilité du commissaire aux apports pourra être engagée en effet en cas de majoration frauduleuse de l'apport. Or, l'appréciation de la notion de la majoration frauduleuse est très délicate dans la mesure où la valeur d'un bien peut faire l'objet de discussion. Aussi, le législateur ne précise pas depuis quelle proportion un apport en nature aurait une évaluation supérieure à sa valeur réelle, afin d'infliger les peines édictées par l'article 379 de la loi 17-95. L'évaluation d'un apport peut être une opération complexe et il a semblé difficile donc au législateur de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation que leur application pourraient aller à l'encontre de l'objectif de protection des intérêts en présence. Toutefois, la préférence d'une ou des méthodes sur d'autres peut conduire à des évaluations différentes. L'opération d'apport en

Conclusion

Il paraît donc que le législateur a contribué à l'insécurité juridique de l'opération de fusion entre la société holding et la société cible. Une réforme de l'article 231 de la loi n° 17-95 est vivement souhaitable. Il est possible de garder la disposition de l'article précité comme il était avant la réforme de 2008, ou bien s'inspirer d'autres systèmes juridiques. Dans ce cadre, Le législateur espagnol a introduit des modifications sur l'opération de fusion spécifique à une opération de LBO²⁸. Le législateur français a instauré, quant à lui, des garde-fous d'ordre fiscal pour remettre en cause la fusion liée à une opération de LBO, nuisible aux intérêts des parties prenantes²⁹.

nature peut aussi compromettre les intérêts moraux des actionnaires minoritaires. En principe les actionnaires jouissent du droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital. Cependant, ils ne bénéficient pas de ce droit en cas d'augmentation de capital par un apport en nature. Ainsi, après l'augmentation du capital, les actionnaires minoritaires se retrouveraient avec une participation proportionnellement moindre. KAMAL EL IDRISSE, Khalid. L'apport en nature dans les sociétés anonymes. Mémoire, master droit des affaires, FSJES de Tanger : Université Abdelmalek Essaadi, 2009, p 4-7.

²⁸ - Le législateur espagnol a procédé en 2009 à une réforme de la loi sur les sociétés anonymes et sur les sociétés à responsabilité limitée pour à travers la loi n° 3/2009, l'article 35 de cette loi encadre cette opération en introduisant une modification de l'opération de fusion en cas d'acquisition d'une société par un recours à l'endettement. Artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente.

²⁹- Le droit fiscal permet en effet de réduire les risques juridiques de la fusion liée à une d'acquisition par effet de levier à travers sa requalification juridique. Il remet en cause cette opération chaque fois qu'il considérerait qu'elle aurait pour finalité d'éluider l'impôt, ou bien d'augmenter les charges financières de la société cible. LBO : juridique, fiscal, social. Dossiers pratiques Francis Lefebvre : Editions Francis Lefebvre, Paris, 2012, p 267.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- BOSHIN, Nicolas. Le guide pratique du LBO. Paris : Editions Eyrolles, 2009, 356 p.
- LBO : juridique, fiscal, social. Dossiers pratiques Francis Lefebvre : Editions Francis Lefebvre, Paris, 2012, 298 p.

Thèses et mémoires :

- BELHAJ, Abdelali. L'incidence de l'intérêt social sur la gouvernance de la société anonyme. Thèse de doctorat en droit privé. FSJES de Tanger : Université Abdelmalek Essaadi, 2015, 258 p.
- GOLISTEANU, Florentina. La défaillance financière dans les opérations de rachat avec effet de levier, aspects du droit français, roumain et communautaire. Thèse de doctorat : UFR droit des affaires. Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Paris, 2012, 308 p.
- BASRI, Hatim. Proposition d'un guide pratique pour l'accompagnement des opérations de Leverage Buy Out (LBO). Mémoire présenté en vue de l'obtention du Diplôme national d'Expert-Comptable. Institut Supérieur du Commerce et d'Administration des Entreprises (ISCAE), Rabat, 2011, 205 p.
- KAMAL EL IDRISSE, Khalid. L'apport en nature dans les sociétés anonymes. Mémoire, master droit des affaires, FSJES de Tanger : Université Abdelmalek Essaadi, 2009, 98p.
- SAVATIER, Louis-Marie. Les montages de LBO à l'épreuve de la notion de l'intérêt social. Mémoire de master de recherche, droit des affaires. Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, 2016, p 6.

Articles :

- BENKANDIL, Hamza., EL GHAZALI, M'barka. Optimisation fiscale des groupes : quel est l'impact des prix de transfert et l'intégration fiscale sur la performance financière au Maroc. Revue du contrôle de la comptabilité et de l'audit, juin 2018, N° 5, p 620-641.
- CHENUT, Charles-Henry. Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères. Dalloz, revue des sociétés, 2013, p 71-111.

-
- CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE. Investigations préalables à un LBO : Les due diligences ou l'audit. Bulletin Rapide Droit des Affaires-Francis Lefebvre, N° 24, 2012, p.12-17
 - CTORZA, Caroline. De l'intérêt des fusions rapides. Revue les nouvelles fiscales, 2000, n° 823, p 1-7.
 - EL MEJRI, Akram. Montages LBO : quelle structure sociale pour la holding d'acquisition. Revue Petites affiches, N°43, 2013, p 1-7.
 - LIBCHABER, Rémy. L'immixtion est-elle un concept opératoire dans les groupes de sociétés ?. Revue des contrats, 2016, n° 01, p 35-39.
 - MALKA, Léa. Les intérêts de la fusion rapide. Revue Petites affiches, 2009, n° 142, p 08-22.
 - MALKA, Léa. Les obstacles à la réalisation d'une fusion rapide : hésitations compte à la validité de ce type d'opération. Revue Petites affiches, 2009, n° 142, p 21-33.
 - MEYER, Christian. Acquérir une société par effet de levier : Le LBO.-Guide à la rédaction d'actes. In : Encyclopédie sociétés, fascicule. Q-41. Editions lexisNexis. Paris, 2016, p 1-8.
 - SORENSEN, Anker. La fusion rapide en question. Bulletin Joly Sociétés, 2002, n° 03, p 325-338.
 - PAROCCHIA, Didier. MERLAND, Laure. LBO (Acquisition avec effet de levier). Revue Dalloz, droit des sociétés, 2014, p 1-108.
 - PAROCCHIA, Didier. La fusion rapide dans les LBO. Revue Droit et Patrimoine, 2006, n° 152, p 1-20.
 - PERROTIN, Frédérique. Holding animatrice : une définition toujours lacunaire. Revue Petites Affiches, 2017, n° 13, p 4-7
- Dénouement du LBO-Fusion entre holding et cible. Revue Lamy sociétés commerciales, 2017, p 1-4

Rapports

- Capital investissement au Maroc. Rapport AMIC (Association marocaine des Investisseurs en Capital), 2012. En ligne : (https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diae_insurance2011d06_en.pdf). (Consulté la dernière fois le 23/03/2020)

Un régime spécial de licenciement en procédure collective sans issue favorable aux salariés

Omar EL AYACHI

Doctorant, FSJES- Agdal

Université Mohammed V de Rabat

Introduction

« Quant à ceux qui sont durement exploités par leurs employeurs, ils sont toujours les premiers à payer chèrement le prix d'un libéralisme sauvage. »
Thomas Hobbes.

L'entreprise au sein de la société a une double fonction, sociale, économique, mais également lucrative. Car elle est un outil à réaliser des gains et des bénéfices, c'est une nécessité vitale de la société moderne. Donc la laisser seule affronter un sort tragique ne peut que générer de mauvaises répercussions, surtout que les entreprises aujourd'hui meurent aussi rapidement qu'elles naissent.¹

La cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur intervient pour diverses raisons. En cas de licenciement collectif, cette mesure peut parfois s'interpréter comme une simple somme de résiliations unilatérales de contrats de travail en dehors de toute faute pouvant être reprochée aux salariés. Même l'employeur qui procède à la fermeture partielle ou totale de son entreprise n'a pas, lui aussi, commis de faute car il a été contraint de prendre cette décision.

Dans le droit des entreprises en difficulté, il convient, plus précisément, de distinguer deux volets. D'une part, celui des procédures de prévention en l'occurrence la conciliation et la sauvegarde que le droit du travail l'ignore totalement et d'autre part, celui des procédures collectives proprement dites, redressement et liquidation judiciaires, pour lesquelles un droit spécial des licenciements économiques existe.²

¹ - LYAZAMI Nahid, « La prévention des difficultés des entreprises, Etude comparative entre le droit français et le droit Marocain », Thèse de doctorat en droit privé, Université du Sud Toulon-Var, Faculté de droit, Ecole doctorale « civilisation et sociétés euro-méditerranéennes et comparées », Centre de droit et de politique comparé Jean-claude Escarras, 2013, P 260

² - MARTINON Arnaud, « Le licenciement pour motif économique », Cercle de droit social de l'entreprise, édition Lexis Nexis, 2012, P83

Le droit des entreprises en difficulté s'intègre mal dans le droit commun du travail. Et pourtant, les licenciements économiques sont largement issus d'entreprises faisant l'objet de procédures collectives. Les licenciements économiques s'écartent pour partie du droit commun des licenciements.³

Les raisons sont multiples :

- Il est difficile de nier l'existence de difficultés économiques.
- Le sort même de l'entreprise est en jeu.
- Les licenciements sont intégrés dans un processus judiciaire.

Le juge commercial doit rechercher une issue répondant à un triple objectif, à la fois complémentaire et contradictoire : apurer le passif, assurer la continuité de l'entreprise tout en maintenant l'emploi.

La protection des salariés a toujours été l'une des principales préoccupations dans le traitement des entreprises en difficulté, vu l'impact social qu'elle représente.

C'est que, dès les premiers jours de l'apparition des difficultés, le top management de l'entreprise a généralement pour premier réflexe de penser à réduire la masse salariale pour effectuer des économies immédiates.⁴

Toute procédure collective ne conduit pas nécessairement à des licenciements économiques et tous les licenciements économiques n'interviennent pas toujours dans une entreprise qui fait l'objet d'une procédure collective.

Les initiatives du législateur et du juge assurent-elles une sécurité effective du salarié, sachant que l'entreprise marocaine, en tant que grand employeur se trouve confrontée à un défi d'insertion et de compétitivité dans une économie mondiale ouverte et qui nécessite plus de flexibilité dans la relation employeur-salarié ?

Est-ce que le nouveau système instauré dans le cadre de la réforme du livre V est réellement protecteur à l'égard du salarié, victime d'un licenciement pour motif économique ?

³ - MAZEAU Antoine, Droit du travail, 5^{ème} édition, Montchrestien, 2006, P 460 et 461

⁴ - Exemple standard de la fermeture de l'usine Arena à Libourne, résumant la situation du sacrifice des salariés suite aux difficultés financières, invoqué par Laetitia LETHIELLEUX. « Managemet des entreprises en difficulté » Gualino 2008, P146

Le régime des licenciements pour motif économique va varier selon les difficultés que connaît l'entreprise. Plus l'entreprise est en difficulté, on pense notamment à l'entreprise placée en liquidation judiciaire, plus le régime de licenciement va être simplifié par rapport au droit commun. En ce sens on peut parler d'une adaptation du droit de licenciement aux difficultés de l'entreprise (**Partie1**).

Les licenciements dans les entreprises en difficulté nécessitent une autorisation préalable du tribunal de la procédure. Cette compétence juridictionnelle du tribunal de commerce empiète sur la compétence exclusive en matière de licenciement du tribunal social. On assiste donc à une concurrence juridictionnelle en matière de recours à l'encontre des licenciements réalisés en procédure collective (**Partie2**).

Partie 1: l'adaptation du droit des licenciements aux difficultés de l'entreprise

Le régime des licenciements est facilité selon les difficultés que connaît l'entreprise. Mais il ne faudrait pas croire que le régime des licenciements est simplifié pour toutes les entreprises en difficulté. Pour qu'une entreprise puisse bénéficier d'une simplification dans le régime des licenciements, elle doit être en cessation de paiement.

Il existe deux variables dans l'adaptation des licenciements dans les entreprises en difficulté. D'une part, le régime des licenciements va dépendre de la nature de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'entreprise en difficulté.

D'autre part, le régime des licenciements dans les entreprises en difficulté va aussi varier en fonction des phases à l'intérieur d'une même procédure.⁵

L'article 588 du code de commerce pose le principe du maintien des contrats en cours. Ce principe de maintien des contrats en cours dans les entreprises en difficulté est une dérogation au droit commun des contrats, puisque le cocontractant ne peut résilier le contrat encours pour inexécution de la part du débiteur.

En droit commun des contrats, l'exception d'inexécution, nommé **exceptio non adimpleti contractus**,⁶ est le droit qu'a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui est due. On a donc un principe absolu de continuation des contrats de travail.

La règle majeure de cette adaptation des licenciements dans les entreprises en difficulté est l'autorisation judiciaire préalable seulement devant le tribunal de la procédure (Chapitre I).

A cette autorisation judiciaire s'ajoute une accélération de la procédure des licenciements, à la vue de la situation d'urgence de l'entreprise en difficulté et la

⁵ - RANC Sébastien, « Les licenciements pour motif économique dans les entreprises en difficulté », Mémoire Master 2 Recherche mention droit du travail et de la protection sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Année 2012-2013, P18.

⁶ - En latin, l'exception d'inexécution est désignée : « exceptio non adimpleti contractus »

L'exception d'inexécution est un droit dont dispose chaque partie à un [contrat synallagmatique](#) de refuser d'exécuter totalement ou partiellement l'obligation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. L'exception d'inexécution n'entraîne pas la disparition de l'[obligation](#) mais seulement son ajournement, c'est-à-dire la suspension de son obligation.

nécessité d'éviter tout ralentissement de la procédure qui pourrait s'avérer préjudiciable à l'entreprise que l'on cherche à sauver (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une simple autorisation préalable

Le licenciement en procédure collective était soumis avant la réforme du livre V de 2018 à une double autorisation préalable judiciaire et administrative malgré la controverse doctrinale dans ce sens sur l'interprétation des articles du code de commerce qui mentionnaient le recours aux dispositions du code de travail en cas de résiliation des contrats de travail à l'initiative de l'employeur.

L'autorisation judiciaire est ordonnée par l'article 588 du CC, quant à l'autorisation administrative, elle trouve son fondement dans l'article 67 du CT.

L'article 588 ordonne au syndic seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant de l'entreprise et le contrat est résilié de plein droit après mise en demeure adressé au syndic et resté plus d'un mois sans réponse.

Quant à l'article 67 du CT, ce dernier ordonne l'autorité administrative de motiver sa décision de licenciement sur la base des conclusions et des propositions de la commission provinciale, c'est à dire que la motivation de la décision ne doit pas être basée seulement sur la conviction personnelle de l'auteur de la décision, mais encore sur la certitude de la commission provinciale y compris le gouverneur.

Certes, dans les entreprises en bonne santé, l'esprit du législateur dans ce type de licenciements a un double souci d'une part, la sécurité et la stabilité sociale et d'autre part, le contrôle du pouvoir de gestion de l'employeur, alors ce n'est pas le cas dans les entreprises en difficulté qui nécessitent plus de célérité afin de sauver le plus vite possible l'entreprise.

L'autorisation administrative de licenciement constituait un handicap pour sauver les entreprises en difficulté et n'a cessé d'être critiquée par différents acteurs du droit et du monde des affaires.⁷

La réforme du livre V du CC a vu le jour dans un temps record selon les spécialistes du monde des affaires et dans une séance plénière exceptionnelle durant l'année 2018, ce qui constitue de ce fait une mesure ou une tentative, aussi

7 - حكيمة أنفة، الضمانات القانونية لحماية الأجراء في ظل نظام صعوبات المقاول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في وحدة قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، السنة الجامعية 2000-2001، ص 54

bien juridique que politique pour l'amélioration de la note du Maroc dans le classement Doing Business sur le critère de règlement de l'insolvabilité.

La loi n° 73-17 abrogeant le livre V de la loi n°15-95 formant le CC et qui concerne les difficultés de l'entreprise a bien mis fin à cette controverse toute en limitant cette rupture à une simple autorisation judiciaire (Section1) et l'écartement totale de l'autorisation administrative (Section 2)

Section 1 : Maintien de l'autorisation judiciaire

L'article 588 du CC concernant les contrats en cours donne au syndic seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours comme il peut mettre fin à cette relation contractuelle.⁸

Il advient que le syndic décide de ne pas continuer l'exécution du contrat du salarié de l'entreprise alors que celui-ci est débiteur vis-à-vis de son employeur des sommes déterminées que ce dernier lui a avancées dans le cadre de l'exécution de ses obligations issues du contrat liant contractant et employeur.⁹

Dans le droit des entreprises en difficulté, il convient, plus précisément de distinguer deux volets : la prévention (la conciliation et la sauvegarde), le redressement et la liquidation judiciaire.

Le licenciement pour motif économique peut être observé pendant la procédure de sauvegarde, comme il peut être prononcé pendant la période d'observation du redressement judiciaire et en application soit lors du plan de continuation, ou du plan de cession, soit, enfin, du jugement de liquidation judiciaire lui-même. Les moments des licenciements économiques sont donc multiples.

Section 2 : L'autorisation administrative finalement écartée

Avant la réforme de 2018 du livre V, des plaideurs continuent à prétendre cependant revenir à ce qu'ils appellent « l'esprit du texte » c'est à dire

⁸ - Art 588 de la loi n° 73-17 abrogeant et remplaçant le livre V de la loi n°15-95 formant code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise, publiée au BO n°6732 en date du 06 Décembre 2018.

⁹ - Au Maroc, le syndic est choisi par le tribunal de commerce parmi les experts judiciaires. Mais en l'absence de tout cadre réglementaire, sa sélection et sa désignation ne sont soumises à aucune condition de formation, d'ancienneté ou de déontologie. Des personnes sans aucun passé de gestionnaire ou de financier aguerris peuvent se retrouver responsables de dossiers complexes pesant plusieurs millions de dirhams, voir même plusieurs milliards de dirhams.

l'application intégrale de l'article 66 et 67 du CT et qui exige au syndic de demander l'autorisation administrative pour effectuer tout licenciement.¹⁰

D'autres interprètent les choses d'un angle de vision différent du moment que les organes judiciaires de la procédure ne sont pas des employeurs et que le législateur dans l'article 66 du CT adresse cette requête à l'employeur.¹¹

Par ailleurs, la cour de cassation dans plusieurs arrêts a mis fin à cette divergence doctrinale et considère que l'autorisation administrative est une condition impérative lors du licenciement pour motif économique même si l'entreprise a fait l'objet d'un jugement d'ouverture de procédure collective.¹²

En revanche, l'article 624 du nouveau CC qui abroge l'ancien article 592 du même CC écarte complètement l'autorisation de licenciement délivré par le gouverneur durant la procédure de redressement et de liquidation judiciaire.¹³

Chapitre 2 : L'accélération de la procédure de licenciement

Si en matière de redressement judiciaire on peut encore espérer un sursaut de l'entreprise et sa survie, ce qui reste souvent, hélas, hypothétique, ce n'est même pas le cas en matière de liquidation judiciaire où il s'agit de licencier le personnel et de réaliser les actifs subsistants pour régler les créanciers afin, notamment d'éviter pour certains d'entre eux de subir le même sort.

L'entreprise en difficulté est dans une situation d'urgence d'où la nécessité d'éviter tout ralentissement de la procédure qui pourrait s'avérer préjudiciable à l'entreprise qu'on veut sauver. Il ne faut pas oublier que les licenciements de

10 - محمد أبو الحسين تقويت المقاوله كحل في إطار التسوية القضائية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003، ص 156

11 - امحمد لفرجي، صعوبات المقاوله والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، فبراير 2000، ص 398

12- قرار المجلس الأعلى رقم 785 الصادر بتاريخ 2006/09/27 في الملف الاجتماعي عدد 2006/5/1/460 أشار إليه عمر تيزاوي، مدونة الشغل بين متطلبات المقاوله وحقوق الأجراء، دار النشر سوما كرام، الدار البيضاء، يونيو 2011، ص 518

13 - Article 624 du CC dispose que : « ...Lorsque les décisions accompagnant la continuation précitée entraînent la résiliation des contrats de travail, Cette résiliation est réputée avoir lieu pour motif économique nonobstant toute disposition légale contraire. Toutefois, ladite résiliation n'a d'effet qu'après avis adressé par le syndic au délégué provincial chargé du travail et au gouverneur de la préfecture ou de la province concerné. Les salariés ainsi licenciés conservent tous les droits qui leur sont reconnus par la loi »

certain salariés peuvent permettre de maintenir d'autres emplois au sein de l'entreprise en difficulté.¹⁴

Les exigences de célérité qu'implique nécessairement le traitement de l'entreprise en difficulté ont contraint le législateur à aménager les procédures de licenciement pour motif économique d'une part au niveau de la procédure de consultation et d'information des institutions représentatives du personnel (Section 1) et d'autre part au niveau de l'autorisation administrative (Section 2).

Section 1 : Consultation formelle des institutions représentatives

Selon un auteur, la consultation et l'information des institutions représentatives du personnel et de l'administration du travail ralentissent la procédure collective au sein de l'entreprise en difficulté.¹⁵

Nous ne partageons pas cet avis, car l'objectif de ces consultations et ces informations est de garantir pour le salarié le respect par l'employeur des obligations de la procédure de licenciement.

Cependant, aucune disposition légale n'oblige les organes de la procédure de consulter les institutions représentatives du personnel afin de les informer sur l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entreprise.

Selon le législateur, plusieurs articles dispersés entre le CC et le CT qui mentionnent la consultation des représentants des salariés soit directement dans l'article 622 du CC ou indirectement, respectivement dans l'article 466 du CT et 582,597 du CC.

Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le chef de l'entreprise en chambre de conseil ou toute personne qualifiée dont l'audition lui paraît utile, comme il peut obtenir des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Quant à l'article 466 du CT qui explique la mission consultative du comité d'entreprise instaurée dans les entreprises employant habituellement au moins

¹⁴ - Dès l'apparition des premiers signes de détérioration, il est nécessaire de décider le plus rapidement possible, des mesures « avant que le navire ne prenne du gîte ». CHARTIER Yves « droit des affaires, entreprises en difficultés, prévention-redressement-liquidation » édition Thémis, Paris PUF. Droit 1989. Page 529.

¹⁵ - A.Boyer, « Un droit social contre-productif dans les entreprises en difficulté », Gaz Pal, Avril 2010, p 8 cité par RANC Sébastien, Op cit, p 40

cinquante salariés. Cette dernière se réunit deux fois par an pour avis sur des questions relatives aux transformations structurelles et technologiques à effectuer dans l'entreprise, y compris le licenciement pour motif économique.

Cette mission de consultation formelle ne peut qu'affaiblir le rôle de ces institutions représentatives du personnel et rendre cette représentation juste un organe formel dépourvu de pouvoir de décision et sans aucune importance.

Au niveau international, l'information et la consultation des instances représentatives trouve son fondement juridique dans l'article 13 de la convention n°158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, ainsi que la recommandation n°166 sur le licenciement.¹⁶

Toutefois, certaines législations comparées ne se limitent pas à une simple information et négociations avec les représentants du personnel, mais s'ajoutent d'autres conditions comme l'accord de ses représentants pour toute rupture éventuelle et l'obligation de l'employeur de motiver sa décision en cas de refus de leurs propositions.¹⁷

En revanche, le législateur marocain vient d'accorder dans la réforme du livre V de 2018 un privilège aux délégués des salariés de donner leurs avis au moment où le syndic et le chef de l'entreprise dresse une liste déclarative des créances salariales nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.¹⁸

¹⁶ - Convention n° 158 de 1982 entrée en vigueur le 23 Novembre 1985 de l'Organisation Internationale du travail sur la cessation de la relation du travail à l'initiative de l'employeur.

« ... Aux termes de l'article 13 de la dite convention, l'employeur qui en visage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire devra fournir en temps utile aux représentants des travailleurs intéressés des informations pertinentes, y compris les motifs des licenciements envisagés, le nombre et les catégories de travailleurs qu'ils sont susceptibles d'affecter et la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder.

... Les dispositions de l'article 13 prévoient également de donner, aussi longtemps que possible, l'occasion aux représentants des travailleurs intéressés d'être consultés sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les licenciements et les mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi ».

¹⁷ - مثلا في التشريع السعودي يلتزم المشغل بالتفاوض مع النقابة المعنية ولا يجوز له إنهاء علاقات العمل إلا بالاتفاق معها ، في التشريع البريطاني يلتزم رب العمل بفحص مقترحات ممثلي العمال وفي حالة رفضها يلتزم بتعليل رفضه، في حين نجد التشريع في ألمانيا وفرنسا وبلجيكا وإيرلندا والبرتغال تحدد كفاية للتشاور البحث عن الوسائل التي تسمح بتجنب أو الحد من الإنهاء الجماعي أو التخفيف من آثاره السلبية على الأجراء المعنيين بالتسريح، أشار إليه ميمون الوكيل، المقابلة بين حرية التدبير ومبدأ استقرار الشغل، الجزء الثاني، التلاؤم بين حق التدبير واستقرار الشغل، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، 2011، ص 330

¹⁸ - Article 728 du CC dispose que : « Dans le délai prévu à l'article précédent, le syndic établit, avec l'assistance du chef de l'entreprise et après avis des délégués de salariés, la liste de créances des salariés »

Section 2 : L'information des autorités administratives.

Jusqu'à une date antérieure de la réforme du livre V, l'autorisation administrative délivrée par le gouverneur de la préfecture ou de la province a été une des clés de voûte du régime juridique des licenciements économiques.¹⁹

Une autorisation conçue par le dernier paragraphe de l'article 592 de l'ancien CC (actuellement art 624 du CC). La jurisprudence a bien décidé que le licenciement pour motif économique ne pouvait être prononcé en l'absence d'une autorisation administrative.²⁰

Actuellement, le dit paragraphe a été supprimé et par la suite, le pouvoir juridique des autorités administratives en matière de licenciement pour motif économique sera limité à une simple notification à priori du licenciement qui met fin à toute forme d'abstention de réponse ou de retard des autorités administratives.²¹

Quoiqu'elle soit la solution adoptée par le tribunal de commerce sur le sort d'une demande d'ouverture de procédure collective, la décision peut faire l'objet de recours devant les instances judiciaires concernées. Cela peut entraîner une concurrence juridictionnelle en matière de recours, ce qui fera l'objet de la seconde partie.

¹⁹ كان هذا النوع من الفصل يخضع للقواعد العامة الخاصة بإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، وقد أعاد المشرع المغربي تنظيم الفصل الاقتصادي بمقتضى ظهير 1940/10/31، الذي يعد أول نص مغربي ينظم الفصل الاقتصادي، من تم أصبح المشغل ملزم بإتباع إجراءات مسطرية محددة، تنحصر في ضرورة استصدار موافقة السلطات الإدارية المختصة عند كل إغلاق كلي أو جزئي للمؤسسة أو المقولة، وكذا عند فصل كلي أو جزئي للأجراء، ليعرض هذا الظهير بالمرسوم الملكي المؤرخ في 1967/08/14، تم مدونة الشغل التي حافظت على نظام الإذن الإداري، مع العلم أنها لم تأت بمستجدات.

²⁰ - قرار عدد 60 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/01/19 في الملف الاجتماعي عدد 2004/1/5/971 أشار إليه بوعبيد الترابي، مرجع سابق، الصفحة 154

²¹ - Le paragraphe 5 et 6 de l'article 624 du CC prévoit que la résiliation des contrats de travail ne prend effet qu'après une notification adressé par le syndic de la décision de licenciement à l'inspecteur préfectoral du travail et au gouverneur de la préfecture ou de la province concernée.

Partie 2 : La concurrence juridictionnelle en matière de recours

C'est sans aucun doute, sur le plan de la compétence matérielle que des problèmes complexes se posent, en raison de la spécificité des conflits et de leur notion extensive selon le code de procédure civile.²²

Le problème de conflit de compétence s'impose avec sincérité entre les tribunaux ordinaires (civils) et les tribunaux spécialisés (administratifs et de commerce).

Une dispersion du contentieux est remarquée en procédure collective, celle née des recours à l'encontre des décisions de licenciement dans les entreprises en difficulté. En effet, il existe une dualité des recours à l'encontre des décisions de licenciement.²³ Un recours devant le juge social et un autre devant le juge commercial.

Le législateur a opté, en matière de voies de recours, pour un régime d'exception qui s'explique par le besoin de célérité et d'efficacité dans le déroulement des procédures judiciaires de traitement des difficultés de l'entreprise.²⁴

Ainsi exception faite des jugements et ordonnances rendues en matière de sanctions applicables aux dirigeants de l'entreprise en difficulté, les jugements et ordonnances rendus en matière des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire sont de plein droit assorties de l'exécution provisoire.²⁵

Toutefois, le droit de recours effectif est reconnu universellement et n'est qu'un aspect du droit à un procès équitable.²⁶

La question du contrôle juridictionnel du licenciement pour motif économique dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire met en présence deux types de juridictions potentiellement compétentes.

D'une part, le juge social tire une compétence générale et exclusive pour tous les litiges individuels de travail de l'article 20 du CPC,²⁷ d'autre part, les textes

²² - BOUDAHRAIN Abdellah, « le droit du travail au Maroc », Tome II, Op cit, p258

²³ - RANC Sébastien, Op cit, ,P53

²⁴ - EL HAMMOUMI Abdeljalil, « Droit des difficultés de l'entreprise », 3^{ème} édition Darassalam2008, Rabat, P 17

²⁵ - Article 761 du CC

²⁶ - Article 10 de la DUDH de 1948

²⁷ - L'article 20 du CPC dispose que : le tribunal de première instance est compétent en matière sociale pour connaître :

spécifiques concernant les procédures collectives et tout particulièrement le livre V du CC récemment réformé par la loi n°73-17 organisent le recours contre les décisions prises en ces matières.

Il existe une dualité des recours à l'encontre des décisions de licenciement : des recours sont ouverts devant le juge commercial, juge naturel de l'entreprise, et devant le juge social, juge naturel des salariés (Chapitre 1).

Le tribunal de commerce bénéficie d'une compétence prépondérante, mais le tribunal de première instance reste toujours à la disposition des salariés pour toute éventuelle requête qui les concernent, dans l'objectif de donner aux salariés une possibilité de recours indirect contre les décisions du tribunal de la procédure (Chapitre 2).

Chapitre 1: la répartition du contentieux entre plusieurs juridictions

L'ouverture d'une procédure collective, par son impact non seulement sur le débiteur mais également sur les salariés, les créanciers et les cocontractants, génère un contentieux nourri et varié pour lequel les délais et les voies de recours sont différents selon la nature du litige.

Ce contentieux relève à la fois du droit spécifique des procédures collectives, du droit des contrats et obligations et du droit du travail, au surplus le droit de la procédure civile s'applique chaque fois qu'il n'y a pas de texte spécifique.

Dans de nombreux cas, le droit des procédures collectives a délimité, de manière précise, les contours de ce contentieux en précisant les délais, les compétences (juge-commissaire, tribunal de la procédure), la qualité à agir (mandataires, ministère public, tiers) etc.

Plusieurs types de contentieux peuvent être distingués :-recours spécifique devant le tribunal de la procédure : tierce-opposition au jugement et oppositions à certaines ordonnances du juge-commissaire - actions en responsabilité (nullité de

a/ Des contestations d'ordre individuel relatives aux contrats du travail ou d'apprentissage et des différends individuels en relation avec le travail ou l'apprentissage ;

b/ De la réparation des demandes résultant des accidents du travail et des maladies professionnelles conformément à la réglementation en vigueur ;

c/ Des contestations auxquelles peut donner lieu l'application des législations et réglementations sur la sécurité sociale.

la période suspecte, extension de procédures, soutien abusif etc.) - sanctions professionnelles ou patrimoniales contre le dirigeant.

Quant au recours à l'encontre des décisions de licenciement, il existe deux recours : Devant le tribunal de commerce : Un recours peut être exercé en ce qui concerne l'aspect collectif des licenciements, tandis que devant le juge social, un recours peut être exercé en ce qui concerne l'aspect individuel des licenciements.

Cette dualité de recours engendre deux situations : une compétence prépondérante du tribunal de commerce (Section1) et une compétence accessoire du tribunal de première instance (Section 2).

Section 1 : Compétence prépondérante du tribunal de commerce

Le tribunal de la procédure ayant autorisé les licenciements dans les entreprises en difficulté est compétent pour les recours à l'encontre de ses propres autorisations de licenciement.²⁸

Le juge commissaire n'est pas le juge naturel de la rupture des contrats de travail. Toutefois le droit des entreprises en difficulté lui a donné cette compétence spéciale en la matière.

Nous constatons que le législateur Marocain a opté en matière des voies de recours pour un régime encadré et limité simplement en opposition, en appel, tierce opposition et en pourvoi en cassation.²⁹

Quant au recours en rétractation, le législateur dans la nouvelle réforme du livre V a mis fin à une grande controverse doctrinale et jurisprudentielle sur la possibilité de recourir à ce type de recours en introduisant une règle jurisprudentielle interdisant la rétractation contre les jugements, ordonnances et arrêts rendus en matière de procédures relatives aux difficultés de l'entreprise inspirée de deux arrêts.³⁰

²⁸ - RANC Sébastien, Op cit, ,P 53 et 54

²⁹ - L'article 672 du CC dispose que : «...les décisions du juge commissaire peuvent faire l'objet de recours devant la cour d'appel dans les dix jours suivant la date de leur prononcé à l'égard du syndic et la date de leur notification à l'égard des autres parties.

³⁰ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2005/4446 الصادر بتاريخ 2005/12/02 في الملف رقم 11/2005/2625 و قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 14 الصادر بتاريخ 2012/3/7 في الملف رقم 2011/10 أشار إليهما علال فالي، "التعليق على قانون مساطر صعوبات المقاوله على ضوء 20 سنة من القضاء التجاري 1998-2018"، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2018، الصفحتين 510 و 511

Face à ce vide juridique, le législateur a mis fin par l'article 766 du CC tout en interdisant ce recours extraordinaire,³¹ qui peut provoquer un étirement de la procédure qui s'explique par le besoin de célérité et d'efficacité dans le déroulement des procédures judiciaires.³²

Le tribunal de la procédure statue sur toutes les contestations nées de la procédure qui sont portées devant lui. En application de la règle **specialia generalibus dérogant**.³³

Le contrôle du tribunal de commerce s'effectuera sur l'aspect collectif des licenciements. Ce contrôle s'effectuera sur trois points essentiels :

la régularité des procédures de consultation des représentants du personnel et d'information de l'inspecteur préfectoral du travail et du gouverneur, le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements, ainsi que le nombre des salariés dont le licenciement a été autorisé et la catégorie professionnelle concernée.³⁴

Autrement dit, le contrôle du tribunal de commerce ne peut porter que sur les obligations citées dans le CC. En pratique, ce contrôle s'exerce uniquement sur le caractère urgent, inévitable et indispensable des licenciements.

A l'exception de la possibilité d'interjeter appel contre les décisions rendues en matière d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire par le salarié créancier, ce recours n'est recevable que s'il a demandé personnellement l'ouverture de la procédure.

Cependant, le salarié licencié ne peut interjeter appel à l'encontre des autres décisions qui sont accompagnées des licenciements notamment l'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou la conversion du redressement en liquidation judiciaire.³⁵

Même si le législateur a accordé un droit indirect de recours au salarié par le biais de l'assemblée des créanciers, instance nouvellement créée pour toute entreprise

³¹ - Article 766 du CC dispose que : « les jugements, ordonnances et arrêts rendus en matière de procédures relatives aux difficultés de l'entreprise ne sont susceptibles d'aucun recours en rétractation ».

³² - LYAZAMI Nahid, Op cit ,P 243

³³ - Latinisme en droit : Les lois spéciales dérogent aux lois générales. Signifie que lorsque deux cadres juridiques peuvent s'appliquer à une situation, l'un spécifique et l'autre général, c'est le cadre spécifique qui doit être appliqué.

³⁴ - RANC Sébastien, Op cit ,P55.

³⁵ - Article 762 du CC

soumise à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes et qui peut comporter dans sa composition tout créancier y compris le salarié.³⁶

Cela nous permet de poser la question suivante : jusqu'à quel point, le salarié créancier de l'entreprise s'impose dans une instance qui regroupent des créanciers de haut calibre tel que les établissements de crédits, les banques et les fournisseurs ?

De ce fait, plusieurs salariés qui travaillent dans les petites et moyennes entreprises et qui ne répondent aux critères mentionnés dans l'article 606 seront privés de ce droit par la simple raison l'absence par la force de la loi de cette assemblée de créanciers.

Section 2 : Compétence accessoire du tribunal de première instance

Le tribunal de première instance est la juridiction à laquelle doit être soumis le contentieux du **licenciement économique**, que le licenciement en question soit individuel ou collectif.

En matière de licenciement collectif, le tribunal de première instance bénéficie d'une compétence accessoire au regard de l'étendue de la chose jugée en matière de licenciement économique rendu par le tribunal de commerce.

En effet, le juge social est chargé de statuer sur l'aspect individuel des licenciements. Ceci permet de délimiter une frontière de champ de compétence entre le juge social et le juge de la procédure.

Dans le cadre du licenciement individuel, le tribunal de première instance bénéficie d'une compétence exclusive en matière de contentieux de rupture du contrat de travail selon

l'article 20 du CPC, tandis que le tribunal de la procédure bénéficie d'une compétence spéciale dans les entreprises en difficulté sur les recours à l'encontre des autorisations de licenciement. On a donc un conflit de compétence.

Le juge social demeure compétent pour statuer dans le cadre de l'ordonnance du juge-commissaire au regard de la situation individuelle des salariés licenciés, sur

³⁶ - Article 606 du CC dispose que : « Lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, une assemblée des créanciers doit être constituée à l'égard de toute entreprise soumise à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes conformément à la législation en vigueur ou dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 25 millions de dirhams ou le nombre de salariés dépasse 25 salariés pendant l'année qui précède celle de l'ouverture de la procédure ».

les demandes formulées par ces derniers contre leur employeur. L'individualisation est donc le fondement de la compétence du tribunal de première instance.

Chapitre 2 : La réappropriation du contentieux par le tribunal social

Le droit des entreprises en difficulté a pour philosophie de restreindre les voies de recours offertes aux salariés afin d'accéder à la procédure. Il ne fait pas des salariés et leurs représentants des parties.

Il est logique que le juge-commissaire ne notifie pas l'ordonnance, puisqu'elle ne peut pas viser nominativement les salariés qui ont été autorisés à être licenciés. Mais ne serait-il pas possible de notifier l'ordonnance, non pas à tous les salariés de l'entreprise, mais uniquement à ceux qui rentrent dans les activités et catégories professionnelles concernés.³⁷

Le tribunal de première instance bénéficie d'une compétence exclusive en matière de contentieux de rupture du contrat de travail selon l'article 20 du code de procédure civile.

Néanmoins, le principe de la compétence du tribunal du lieu de travail déroge du droit commun de la compétence du domicile ou de la résidence du défendeur, tel qu'il est exprimé par l'article 27 du CPC.³⁸

Cette dérogation se justifie par la nécessité de faciliter apparemment au travailleur l'accès à la juridiction compétente. Il aurait toutefois fallu laisser à ce salarié le choix entre le tribunal du lieu de travail et celui de sa résidence habituelle, quel que soit le lieu de cette dernière, d'autant plus qu'il ne saisit souvent cette juridiction qu'après avoir quitté l'employeur à la suite d'une mesure de licenciement sans espoir de retour. Dans ce cas, le respect du principe du rapprochement de la justice du justiciable aura une certaine signification, compte tenu de la précarité de son statut, en permettant au travailleur d'agir devant le tribunal le plus proche de lui, selon sa convenance.³⁹

Toutefois, le salarié victime d'un licenciement pour motif économique bénéficie d'une assistance judiciaire gratuite selon l'article 273 du CPC au niveau de

³⁷ - RANC Sébastien, Op cit, ,P65

³⁸ - Article 27 du CPC dispose que:« la compétence territoriale appartient au tribunal du domicile réel ou élu du défendeur... »

³⁹ - BOUDAHRAIN Abdellah, « le droit du travail au Maroc », Tome II, Op cit, p266.

première instance et de l'appel.⁴⁰ Quant au niveau du pourvoi en cassation, cette gratuité n'est plus accordée. Il semblait bon d'éviter que cette haute juridiction ne soit, elle aussi, surchargée d'affaires⁴¹

La réappropriation du contentieux par la juridiction sociale a pour origine le fait que les salariés ne peuvent pas exercer souvent des voies de recours à l'encontre des décisions du tribunal de commerce (Section1).les salariés peuvent se retourner contre ses décisions devant le juge naturel du contrat de travail (Section 2).

Section 1 : Un accès mis en condition au tribunal de la procédure

D'une manière générale et sur la base de l'article 1 du CPC qui dispose que : Ne peuvent ester en justice que ceux qui ont la qualité, la capacité et intérêt pour faire valoir leurs droits. Le juge relève d'office le défaut de qualité ou de capacité ou d'intérêt.

L'article 762 du CC fixe les décisions rendues en procédure collective qui sont susceptibles d'appel, ainsi que les parties habilitées à interjeter cette voie de recours.

En définitive, les droits des créanciers se trouvent plutôt bien protégés sur le plan théorique lorsque le débiteur tombe en difficulté. Le problème qui se pose est relatif au degré d'efficacité de cette protection.

Ce qui est le plus critiquable, ce sont les modalités d'intervention des créanciers en général qui ne garantissent pas vraiment l'équilibre tant escompté entre créanciers et débiteur. Un équilibre illusoire. Cet équilibre devient encore plus utopique lorsque les créanciers sont des salariés de l'entreprise en difficulté.

Il s'agit bien des voies d'appel limité par le législateur pour les salariés. En procédure collective, le salarié créancier doit suffisamment disposer de capacité intellectuelle et de pouvoir d'accéder à l'information pour réagir au moment opportun afin de saisir le tribunal de commerce et éventuellement demander l'ouverture d'une procédure collective.

Une règle jurisprudentielle du créancier assignant vient d'être introduite dans cette réforme du livre V. C'est à dire que le salarié créancier ne peut interjeter

⁴⁰ - Article 273 du CPC dispose que « le bénéfice de l'assistance judiciaire est accordé de plein droit au travailleur, demandeur ou défendeur ou ses ayants droits, pour toute procédure jusque et y compris l'appel. Il s'étend de plein droit à tous les actes d'exécution des décisions judiciaires.

⁴¹ - BOUDAHRAIN Abdellah, « le droit du travail au Maroc », Tome II, Op cit, p268

appel contre une décision en procédure collective que s'il a demandé lui-même l'ouverture de la procédure.⁴²

La cour de cassation confirme précédemment ce principe dans l'un de ses arrêts en date du 26/09/2001: la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire peut être ouverte par un créancier quelle que soit la nature de sa créance après l'avoir sollicité par une requête introductive d'instance.⁴³

A défaut de cette initiative du salarié créancier, le juge prononce systématiquement l'irrecevabilité de recours pour la simple raison, l'absence de la qualité pour agir et c'est ce qui confirme un autre arrêt de la cour de cassation numéro 632/1 en date du 06/06/2007.⁴⁴

D'une manière générale, nous pensons que le recours en appel accordé au salarié créancier est inexistant vue la nature et le niveau d'instruction de la plupart des salariés. C'est un refus déguisé par le législateur à l'encontre du salarié licencié afin d'accéder au tribunal de la procédure.

Cela peut être qualifié comme une atteinte à un recours effectif des salariés dans la mesure que le droit à un recours effectif n'est qu'un aspect du droit à un procès équitable.⁴⁵

Faute de ne reconnaître ce recours individuel devant le tribunal de la procédure, la protection va être recherchée par le salarié devant son juge naturel.

42- قرار المحكمة التجارية للدار البيضاء بتاريخ 2007/05/24 في الملف رقم 2007/19/313 أشار إليه رشيد مستغفر: "وضعية الأجراء في مساطر صعوبات المقاوله"، بحث نهاية تدريب الملحقين القضائيين، المعهد العالي للقضاء، الرباط، السنة القضائية 2007-2009، ص 36 و 37.

43 - قرار محكمة النقض رقم 1964 بتاريخ 2001/09/26، ملف تجاري عدد 500/46، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، سلسلة القانون والممارسات القضائية، العدد 2005، ص 144.

44 - قرار محكمة النقض رقم 1/632 بتاريخ 2007/06/06 في الملف التجاري رقم 2004/1/3/1206 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69، ص 99، وتم بمقتضى هذا القرار رفض طلب الطعن بالنقض المقدم ضد قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 2004/46 بتاريخ 2004/07/14 في الملف رقم 2007/17 من طرف المستأنفة التي لا تتصف بصفة الدائن المتابع بملول المادة 563 من مدونة التجارة السابقة (حاليا المادة 578) وأن الحكم المستأنف في هذه النازلة والقاضي بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق شركة جينيكوف قد صدر بناء على طلب هذه الأخيرة فقط، وأن المستأنفة الحالية هي مجرد دائنة من بين الدائنين للمقاوله المحكوم عليها بالتصفية القضائية.

45 - Article 10 de la DUDH de 1948 : « Toute personne à droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Section 2 : Un licenciement recontesté devant le juge social

En vertu de l'accès limité au tribunal de la procédure par les salariés, victime d'un licenciement pour motif économique, voir même inexistant selon l'article 762 du CC.

Néanmoins, les salariés peuvent exercer des recours indirects devant le juge social contre les décisions du tribunal de la procédure. Un recours qui conteste la légalité de la décision de licenciement et cherche l'issu de la réintégration ou de l'indemnisation.

Il existe des cas où le juge social, malgré l'autorisation de licenciement du tribunal de la procédure, remet en cause l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Ce sera le cas lorsque l'autorisation de licenciement sera obtenue par fraude, ou le non respect d'une obligation de forme. Ce licenciement est sanctionné par une absence de cause réelle et sérieuse.⁴⁶

D'une part, il y aura fraude au licenciement autorisé par le tribunal de la procédure dès lors que le salarié licencié sera remplacé immédiatement par un salarié. C'est le signe que l'emploi n'a pas été supprimé et que le salarié a été remplacé immédiatement après son licenciement, faisant ainsi ressortir que l'employeur a obtenue l'autorisation judiciaire de licencier par fraude. D'autre part, le juge social dispose d'un pouvoir de contrôle indirect sur la cause réelle et sérieuse, ce dernier remet indirectement en question l'autorisation de licenciement du tribunal de commerce.

Il examine aussi le caractère réel et sérieux de cette suppression ou transformation d'emploi par rapport à la cause invoquée. Des difficultés économiques, quoique réelles, peuvent par exemple ne pas être jugées suffisamment sérieuses pour justifier la suppression de l'emploi.⁴⁷

L'analyse d'une situation économique repose pourtant sur un ensemble d'indicateurs quantitatifs, souvent financiers, qui ne sont pas dans les compétences particulières ni des juges ni des avocats. La mobilisation discrétionnaire d'un expert venant expliquer et analyser la situation économique présente l'avantage de rendre intelligible un discours comptable abstrait. C'est ainsi que le juge social est habilité à contrôler d'abord le respect par l'employeur de la procédure de licenciement (Le paragraphe 5 et 6 de l'article 624 du CC), avant d'apprécier la pertinence et le sérieux du motif économique invoqué.

⁴⁶ - RANC Sébastien, Op cit, ,P 70

⁴⁷ - Article publié par Jean-Yves (conseiller à la cour de cassation), « Ordre des avocats de paris, travaux de commission ouverte de droit social », 6 Mars 2009, P3 et suivant.

La cause réelle est généralement comprise par la doctrine comme la cause objective, existante et exacte.⁴⁸ Elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles.⁴⁹ Tandis qu'une cause est dite sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement.

Le juge social marocain contrôle également de sa part, la réalité et le sérieux du motif du licenciement dans une décision du tribunal de première instance de Casablanca qui a considéré que : « le licenciement d'un salarié suite à une réorganisation de l'entreprise ne peut être justifié qu'en absence de possibilité de sa réintégration dans l'une de ses filiales ».⁵⁰

Le contrôle de la réalité et le sérieux du motif peut s'étendre au sein du groupe d'entreprise, c'est ce qui confirme un arrêt de la cour d'appel de Casablanca, cette dernière a décidé d'octroyer au salarié licencié une indemnité sur toute la période qu'il a accompli au sein des deux sociétés « Centrale Laitière » et « Lesieur Cristal » qui font parties du même groupe « ONA » en se basant sur le statut du groupe et la mutation du salarié de la « Centrale

Laitière » au « Lesieur Cristal » à la demande de la première ne constitue pas une rupture du contrat de travail entre le salarié et la société « Centrale Laitière ».⁵¹

Les juges doivent progresser, être capables scientifiquement de pouvoir exercer la mission qui leur est confiée. Selon certains auteurs, les juges marocains ont besoin d'une formation qui touche des domaines aussi importants comme les finances, la fiscalité et la comptabilité. Ils sont condamnés à poursuivre une formation purement académique avec un cours magistral ennuyeux qui explique surtout le déroulement de la procédure et des audiences.⁵²

⁴⁸ - MURIELLE-Isabelle Cohen, «la cause réelle et sérieuse dans le licenciement», *Almilaf*, n°5,2005,P12 et s.

⁴⁹ - COEURET Alain, GAURIAUD Bernard et MINE Michel, « Droit du travail »,2eme édition SIREY, 2009, P 334.

⁵⁰ - حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء رقم 3024 بتاريخ 03/11/1998، أشارت إليه وفاء المطاغري، الفصل الجماعي للأجراء رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص 31.

⁵¹ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 3580 بتاريخ 2010/06/01 ملف رقم 02/2939 (غير منشور)

⁵² - Il faut ajouter les problèmes de langues longtemps soulignés chez nos magistrats, qui sont, pour la plupart, exclusivement arabophones. Faut-il rappeler que l'ex-ministre de la Justice, feu Mohamed Naciri, avait affirmé que 9 magistrats sur 10 ne savent pas lire un bilan comptable dans un entretien publié dans le journal l'économiste (édition n° 3528 du 12/ 05/ 2011)

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

- Abdellah BOUDAHRAIN, « Le droit du travail au Maroc », Tome II, édition al Madariss, Rabat, 2005.
- Bouchra NADIR, « L'essentiel du droit de travail marocain », édition Bouregreg, Rabat, 2012.
- Jean Jacques DUPEROUX, « Droit de la sécurité sociale », édition Dalloz, 2011.
- Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, « Droit du travail », précis Dalloz, 23^{ème} édition ,2006.
- Jean PELISSIER, Alain SUPIOT, Antoine JEAMMAUD, « droit du travail »,20^{ème} édition, Dalloz,2001.
- M'hamed EL FEKKAK, « Répertoire de la législation du travail », Librairie Al wahda Al arabia, Casablanca, 1994.
- Michel MINE et Daniel MARCHAND, « Le droit du travail en pratique »,Eyrolles,23^{ème} édition 2011.
- Mohamed TADILI, « La Reforme de la législation sociale au Maroc », Maarif El jadida, 2004.
- Nicolas VALTCOS, « Droit international du travail», dalloz, 2^{ème} édition, 1983.

Ouvrages Spéciaux :

- Abdelaziz EL HILA, « Précis de droits de l'Homme »,1^{ère} édition Al Omnia, 2008.
- Abdeljalil EL HAMOUMI, « Droit des difficultés de l'entreprise »,3^{ème} édition Darassalam, 2008.
- MARTINON Arnaud, « Le licenciement pour motif économique », Cercle de droit social de l'entreprise, édition Lexis Nexis, 2012

Ouvrages en arabe :

- ادريس الكراوي- إشكالية التشغيل مقاربات و توجهات- منشورات جمعية الدراسات والأبحاث للتنمية- مطبعة البيضاوي- مارس 2014
- عمر أزوكار- قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية- منشورات دار القضاء بالمغرب يصدرها مكتب أزوكار للمحاماة والاستشارة والتحكيم- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2014
- عمر أزوكار- قضاء محكمة النقض في مدونة الشغل- منشورات يصدرها مكتب أزوكار للمحاماة والاستشارة والتحكيم- الجزء الرابع- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2013
- د/محمد سعيد بناني - قانون الشغل بالمغرب - علاقات الشغل الفردية - الجزء الثاني - المجلد الثاني-2007
- محمد سعد جرندي- الطرد التعسفي للأجير في ظل مدونة الشغل والقضاء المغربي - مطبعة الأمنية الرباط - الطبعة الثانية 2007
- د/محمد سعيد بناني - المراقبة القضائية للخطأ الفادح- المنشور بكتاب الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي - مارس 2004
- ادريس فجر- الخصوصية وأثارها على عقود العمل- الندوة 11 للقضاء الاجتماعي- منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية سابقا- المعهد العالي للقضاء حاليا
- - موسى عبود- دروس في القانون الاجتماعي - مطبعة النجاح الجديدة 1987

Thèses en français :

- Nahid LYAZAMI , « La prévention des difficultés des entreprises, Etude comparative entre le droit français et le droit Marocain », Thèse de doctorat en droit privé, Université du Sud Toulon-Var, Faculté de droit, Ecole doctorale « civilisation et sociétés euro-méditerranéennes et comparées », Centre de droit et de politique comparé Jean-claude Escarras
- Hanane TOUZANI, « Protection du salarié et Régulation de la relation salariale au Maroc », thèse de Doctorat en sciences économiques, Université Mohammed V, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-Agdal ,Avril 2011.

- Farid EL BACHA, «Le droit au travail ,thèse de Doctorat d'Etat en Droit , Université Mohammed V, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-Agdal, Novembre 2001.
- Mohamed MAMOUNI, «Le contrôle judiciaire du licenciement droit marocain et comparé »,thèse de Doctorat en Droit ,Université Mohammed V, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-Agdal 1993.

Thèses en arabe :

- يونس العياشي – استقرار علاقات الشغل في القانون الاجتماعي المغربي والمقارن - أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص – جامعة محمد الخامس الرباط/أكداال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السنة الجامعية 2011/2012.

Mémoire en français :

- Claire MAIGNE, « Les Entreprises en Difficulté : Réagir Avant La Défaillance », Mémoire Master 2 CCA, Université de Poitiers, Institut d'Administration des Entreprises, Année 2012-2013.
- Sébastien RANC, « Les licenciements pour motif économique dans les entreprises en difficulté », Mémoire Master 2 Recherche mention droit du travail et de la protection sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Année 2012-2013

Mémoires en arabe :

- محمد الورياشي- دور السلطة المحلية في استقرار علاقات الشغل - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص- جامعة محمد الخامس الرباط/أكداال - كلية العلوم القانونية والعلوم الاقتصادية والاجتماعية- السنة الجامعية 2006/2007
- يونس العياشي – دور التشريع والقضاء في حماية حق الشغل في أفق 2010 - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص- جامعة محمد الخامس الرباط/أكداال - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السنة الجامعية 2005/2006

Revue en arabe :

- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 46
- مجلة قضاء المجلس الأعلى - العدد 47 يوليو 1995
- مجلة قضاء المجلس الأعلى- العدد المزدوج 60/59 – يناير / يوليو 2002
- مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 67

- مجلة القضاء والقانون عدد 142
- مجلة القضاء والقانون العدد 27-1978
- مجلة المحاكم المغربية عدد 149
- مجلة المحاكم المغربية عدد 5

Rapports :

- Publication trimestriel du Haut Commissariat au plan, « Activité, Emploi et Chômage», troisième trimestre 2013.
- Rapport du Ministère de l'emploi et des affaires sociales « bilan social 2015 » accessible sur www.emploi.gov.ma
- Publication du Ministère du travail et de l'insertion professionnelle, Direction de l'observatoire du Marché de travail, le marché de travail en 2017, édition 2018

Textes de lois :

- La constitution Marocaine de 2011
- Dahir des obligations et des contrats
- Code de procédure civile ; Code pénal ; Code de commerce ; Code de Travail.
- Loi 17-02 Promulguée par le dahir n°1-04-127 du 21 ramadan 1425 (4 novembre 2004), BO n°5266 du 18 Novembre 2004 sur la sécurité sociale.
- Loi 39-89 promulguée par le Dahir n° 1-90-01 du 11 Avril 1990 publiée au BO n°4042 en date du 18 Avril 1990 sur la privatisation.
- Loi n° 03-14 modifiant et complétant le Dahir n°1-72-184 du 27 Juillet 1972 relatif au régime de sécurité sociale publiée au BO n°6292 en date du 18 septembre 2014
- Loi 104-12 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le Dahir n°1-14-116 du 30 Juin 2014 publiée au BO n°6280 en date du 07 Août 2014.

- Loi n° 73-17 abrogeant le livre V de la loi n°15-95 formant le code de commerce et qui concerne les difficultés de l'entreprise, publiée au BO n°6667 en date du 23 Avril 2018 (version arabe)
- Loi 18-95 promulguée par le Dahir n°1-95-213 du 08 Novembre 1995 publiée au BO n° 4336 en date du 06 Décembre 1995 formant la charte de l'investissement.
- Loi 16-12 portant probation de la convention n°187 adoptée à Genève par l'Assemblée Générale de l'ONU le 15 juin 2006 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail publiée au BO n° 6166 en date du 04 Juillet 2013.

Site WEB :

- www.emploi.gov.ma
- www.sgg.gov.ma
- www.cnss.ma
- www.hcp.gov.ma
- www.jurisprudence.ma
- www.usaid.org.ma
- www.ilo.org
- www.calssiques.uqac.ca

L'intégration juridique par voie de la nationalité -cas des femmes immigrées au Maroc-

Mustapha SADNI

Doctorant, FSJES-Souissi

Université Mohammed V Rabat

Résumé

La femme immigrée en tant que nouvelle thématique dans le discours scientifique sur la condition féminine est le produit récent de la féminisation de la migration. Absente pendant longtemps du phénomène migratoire, la femme immigrée commence à s'investir progressivement dans le domaine du travail. Cette nouvelle situation a été favorisée par des mesures prises dans la politique marocaine sur la migration et de l'asile.

La problématique de l'intégration de la femme immigrante dans la société marocaine revêt un intérêt particulier : d'une part, elle se pose dans un contexte migratoire marqué par une dynamique remarquable des flux migratoires vers le Maroc, qu'est devenu un pays d'installation définitif pour un certains nombres d'immigrés ; d'autre part, elle se pose dans un contexte juridique qui induit une harmonisation progressive de l'arsenal juridique vis-à-vis de l'immigré installé sur le territoire marocain.

Fortement attaché aux principes universaux des droits de l'homme, le Maroc a opté pour une politique migratoire qui met la femme immigrante au centre de ces préoccupations selon une approche humanitaire, intégrée et participative.

Parallèlement, le Maroc dispose d'un arsenal juridique favorisant la condition juridique de l'immigrée. Dans cette optique, le code de la nationalité marocaine dispose d'un ensemble de mécanismes permettant l'acquisition de la nationalité marocaine notamment par voie du mariage mixte et par voie de la naturalisation.

Certes, l'acquisition de la qualité marocaine constitue un facteur favorable pour l'intégration juridique de la femme immigrée dans la société marocaine, et une introduction essentielle pour la réussite de la stratégie nationale pour l'immigration et d'Asile qui vise la réalisation de quatre objectifs stratégiques, et notamment le premier intitulé : « Faciliter l'intégration des immigrés réguliers ».

Mots-clés

Intégration, Nationalité, Immigration, Émigration, Migration, naturalisation, mariage mixte.

Introduction

La tendance à la féminisation de la migration est un phénomène mondial. Selon les nations unies, les femmes représentent près la moitié des 200 millions de personnes vivant dans d'autres pays que celui d'origine (48.6%). Toutefois et jusqu'au début des années 1980, les recherches sur les migrations féminines sont restées peu développées.

L'approche classique du phénomène migratoire partait de l'idée qu'une migration est déclenchée essentiellement pour des raisons économiques, ceci a contribué à la visibilité des hommes migrants travailleurs et à l'invisibilité des femmes migrantes.

Il a fallu attendre les années 1980 pour que la notion de « féminisation » des migrations surgisse dans le champ de la recherche. En effet, les migrantes étaient perçues dans une mobilité dépendante de celle des hommes dans le cadre de la politique du regroupement familial. Dans cette conception, la visibilité de la femme est circonscrite à leur statut de membre de la famille.

De nos jours, les femmes continuent d'émigrer comme dans le passé, mais parallèlement, de plus en plus de femmes émigrent à titre autonome et constituent parfois la locomotive du fait migratoire¹. A cet égard, le Maroc, terre des migrations, se démarque des autres pays comparés par l'importance de sa migration féminine, qui touche aussi bien les femmes marocaines émigrantes que les femmes étrangères immigrantes.

Si ces flux migratoires féminins sont bien gérés, ils peuvent constituer un puissant facteur pour la lutte contre la pauvreté et de sous-développement, mais également un facteur d'intégration des immigrées dans les sociétés d'accueils.

Dans ce cadre, les politiques d'intégrations des immigrés se différencient d'un pays à l'autre. S'agissant l'expérience marocaine, une nouvelle feuille de route est née où l'intégration des immigrés occupe une place capitale. À cette fin, des dispositions sont mises en place concernant un certains droits fondamentaux comme le séjour, la scolarisation, la justice, la santé, l'habitat l'emploi et la situation administrative.

Certes, deux opérations de régularisation de la situation administrative des immigrés irréguliers ont été organisées à partir de 2014. Cependant, ces deux campagnes de régularisation n'ont pas modifié significativement la situation des immigrés en termes d'accès à leurs droits fondamentaux, et notamment le droit à

¹- Mohamed KHACHANI, L'émigration au féminin : tendances récentes au Maroc, CARIM, 2009, p 06.

l'intégration juridique dans la société marocaine par voie de l'acquisition de la nationalité.

La présente contribution a pour objectif de déterminer le rôle de l'acquisition de la nationalité dans le processus de l'intégration juridique des femmes immigrées dans la société marocaine. Il s'agit exactement d'apprécier le modèle marocain de l'intégration par voie de la nationalité en analysant les différentes modalités permettant l'acquisition de la nationalité marocaine prévues par la législation en vigueur.

De ce fait notre problématique centrale s'articule autour de la question suivante : dans quelle mesure les dispositions juridiques relative à l'acquisition de la nationalité marocaine constituent un facteur favorable pour la réussite du modèle marocain de l'intégration des immigrées.

De cette problématique de l'étude découle un ensemble de sous-problématiques présentées sous formes de questions suivantes :

- Quelles sont les principales spécificités de la politique marocaine de l'intégration ?
- Quelles sont les spécificités juridiques de l'intégration par voie du mariage mixte ?
- Quelles sont les spécificités juridiques de l'intégration par voie la naturalisation ?

Pour approcher cette problématique et répondre aux questionnements annexes, nous allons opter pour une méthodologie analytique qui permettrait de décomposer le statut juridique régissant l'acquisition de la nationalité marocaine par voie du mariage et par voie de la naturalisation, afin de dégager les principales spécificités de cette procédure.

Pour le faire, nous allons procéder à une étude théorique et conceptuelle de notre sujet (I), ensuite, nous déterminons les différentes spécificités juridiques de l'intégration des femmes immigrées par l'acquisition de la nationalité marocaine (II).

I- Les spécificités de la politique marocaine d'immigration, élément de réflexion

1- Cadre théorique et conceptuel

- La migration

Les termes « déplacement », « migration » sont utilisés pour définir la mobilité d'une population, qu'elle soit professionnelle, spatiale...les migrations peuvent se définir comme un ensemble de déplacements ayant pour effet de transférer la résidence des intéressés d'un certain lieu d'origine ou lieu de départ à un certain lieu de destination ou lieu d'arrivée. La migration se caractérise donc essentiellement par le fait qu'elle entraîne un changement de domicile ou de lieu de résidence « habituelle » et que la vie reprend dans lieu nouveau ou différent².

Selon de la définition du centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL), la migration signifie le déplacement de personnes d'un lieu dans un autre, en particulier d'un pays (**émigration**) dans un autre (**immigration**) pour des raisons politiques, sociales, économiques ou personnelles, et qui est fait soit d'une population entière, soit d'individus s'intégrant dans un phénomène de société plus large³.

- L'immigration

L'immigration est l'action d'immigrer, c'est-à-dire le fait de venir dans un pays pour s'y fixer de manière temporaire ou définitive. En 1990, dans le premier rapport du haut conseil à l'intégration français, est explicitement définie cette notion. La définition retenue pour l'immigré est alors fonction d'un double critère, le lieu et la nationalité de naissance : "L'immigré est une personne née étrangère dans un pays étranger, mais qui vit en France qu'elle ait ou non acquis la nationalité française".

Sont exclus de cette définition, les personnes nées françaises à l'étranger, les Français par acquisition nés en France et les étrangers nés en France⁴.

² - Michel PICOUET, Les migrations, Presse universitaires de France, 1995, Paris, p 4.

³ - <https://www.cnrtl.fr/ddfinition/migration>, consulté le 16/10/2019 à 11h00.

⁴ - Le conseil économique et social français, L'insertion des jeunes d'origine étrangère, 2001, p 6.

- L'émigration

L'émigration vient du verbe émigré, c'est-à-dire quitter son pays pour s'installer dans un autre. Le préfixe é de ce verbe est une variante de ex, qui signifie hors de. C'est donc par rapport au pays de départ qu'on parle d'émigration.

Selon l'organisation internationale pour les migrations, l'émigration signifie l'action de quitter son Etat de résidence pour s'installer dans un Etat étranger⁵.

Le droit international reconnaît à chacun le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et n'admet sa restriction que dans des circonstances exceptionnelles. Ce droit de départ ne s'accompagne d'aucun droit d'entrer sur le territoire d'un Etat que l'Etat d'origine.

- L'intégration

Selon Le haut conseil de l'intégration français, le terme intégration (généralement référé à la situation des immigrés installés de façon durable dans le pays d'accueil) désigne à la fois un processus et les politiques qui ont pour objet de faciliter sa mise en œuvre.

Le haut conseil a considéré "qu'il faut concevoir l'intégration non comme une voie moyenne entre assimilation et insertion, mais comme un processus spécifique qui suscite la participation active à la société nationale d'éléments variés et différents tout en acceptant la substance de spécificités culturelles, sociales et morales et en tenant pour vrai que l'ensemble s'enrichit de cette variété, de cette complexité.

Sans nier les différences, mais sans les exalter, c'est sur les ressemblances et les convergences qu'une politique d'intégration met l'accent afin, dans l'égalité des droits et des obligations, de rendre solidaires les différentes composantes ethniques et culturelles de notre société et de donner à chacun qu'elle que soit son origine, la possibilité de vivre dans une société dont il a accepté les règles et dont il devient un élément constituant. Bien entendu, une politique d'intégration implique l'adhésion de tous à un minimum de valeurs communes"⁶.

En sociologie, Durkheim ou l'École de Chicago la définit comme un processus par lequel l'individu prend place dans une société, par lequel il se socialise. Ainsi, elle est le processus ethnologique qui permet à une personne ou à un

⁵ - L'Organisation internationale pour les migrations, Droit international de la migration : Glossaire de la migration, n° 09, Genève, 2007, p 26.

⁶ - Le Haut Conseil à l'Intégration, 1990-2010 2 ans au service de l'intégration, Paris 2010, p 23.

groupe de personnes de rapprocher et de devenir membre d'un autre groupe plus vaste par l'adoption de ses valeurs et des normes de son système social⁷.

L'assimilation

L'assimilation signifie l'adhésion complète de l'étranger par une conversion des mentalités et des comportements aux normes et modes de vie de la société d'accueil. Elle est conçue comme un processus sans retour, l'abandon du particularisme pour se fondre dans la société d'accueil⁸. L'assimilation suppose que l'étranger se fonde dans la société d'accueil et en adopte la mentalité, les comportements, les normes et les modes de vie. Il y'a plus de caractère d'extranéité dans cette situation qui pousse à l'obtention irréversible de la nationalité.

L'organisation internationale pour les migrations (OIM) définit l'assimilation comme suit : « processus par lequel un premier groupe social ou ethnique généralement minoritaire adopte les traits culturels (langue, traditions, valeurs, mœurs...) d'un second groupe, généralement majoritaire. L'adoption se traduit par une altération du sentiment d'appartenance⁹.

- L'insertion

L'insertion consiste à reconnaître à l'étranger la place qu'il occupe dans une économie, un cadre social et culturel à préserver, au moins partiellement, l'identité d'origine, les spécificités culturelles, les modes de vie...

L'insertion reconnaît à l'étranger la place qu'il occupe, tout en préservant son particularisme d'origine, ses spécificités culturelles et son mode de vie¹⁰.

L'insertion est une notion administrative qui sert de qualificatif à différents dispositifs de politique sociale mis en place par l'Etat. Elle est une catégorie d'action publique visant à pallier les défaillances des mécanismes d'intégration à un niveau essentiellement individuel¹¹.

⁷ - Serge PAUGAM, Concepts clés gravitant autour de l'insertion sociale et professionnelle en sociologie, Presses universitaires de France, 2010, p 04.

⁸ - La cour des comptes française, L'accueil des immigrants des populations issues de l'immigration, novembre 2004, p 10.

⁹ - L'Organisation internationale pour les migrations, Droit international de la migration : Glossaire de la migration, n° 09, Genève, 2007, p 09.

¹⁰ - Michel PICOUET, Les migrations, presses universitaires de France, Paris, 1^{ère} édition, 1995 p 84.

¹¹ - Marc LORIOU, Qu'est-ce que l'insertion ?, Harmattan, Paris, 1999, p 07.

- L'étranger

Selon la définition de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), un étranger est une personne qui réside en France qui ne possède pas de nationalité française, soit qu'elle possède une autre nationalité (à titre exclusif), soit qu'elle n'en ait aucune (c'est le cas des personnes apatrides).

Les personnes de nationalité française possédant une autre nationalité (ou plusieurs) sont considérées en France comme françaises. Un étranger n'est forcément immigré, il peut être né en France (les mineurs notamment)¹².

S'agissant la législation marocaine, le deuxième paragraphe du premier article de la loi relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières définit l'étranger comment suit : « On entend par étranger, au sens de la présente loi, les personnes n'ayant pas la nationalité marocaine, n'ayant pas de nationalité connue, ou dont la nationalité n'a pas pu être déterminée »¹³.

- La nationalité

Selon l'Institut national de la statistique et des études économiques français (INSEE), la nationalité est le lien juridique qui relie un individu à un Etat déterminé. De ce lien découlent des obligations à la charge des personnes qui possèdent la qualité de français, en contrepartie desquelles sont conférés des droits politiques, civils et professionnels, ainsi que le bénéfice des libertés publiques.

Selon la doctrine française, le terme de nationalité désigne une notion de droit, mais aussi une notion de fait. Certes, la nationalité de fait est l'appartenance à une communauté dont la notion relève à la sociologie. Quant à la nationalité de droit, elle signifie l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat¹⁴.

La doctrine et la législation marocaines et comparées en matière de la nationalité, prévoient deux modalités de l'acquisition de la nationalité : par le bien fait (naissance et résidence, **mariage mixte...**) de la loi et par la **naturalisation**.

¹²- <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/définition/c1198>, consulté le 15/10/2019 à 10h00.

¹³ - La loi n° 02-03 relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, publiée au bulletin officiel n° 51620 du 20/11/2003.

¹⁴ - HENRI Batiffol, droit international privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949, p 57-58.

- **Le mariage mixte**

Le terme mixte signifie quelque chose qui comprend deux ou plusieurs éléments de nature différente. Un mariage mixte peut se manifester à plusieurs niveaux, il se rapporte à la nationalité (mariage transnational), race et/ou couleur, ethnie (mariage inter-ethnique), culturel (mariage interculturel), religion du conjoint (mariage inter-religieux).

Ainsi, un couple mixte serait un couple qui unit des partenaires dissemblables, issus de deux groupes hétérogènes, potentiellement antagonique. C'est toute union conjugale conclue entre les personnes appartenant à des religions, à des ethnies ou à des races différentes, si ces différences provoquent une réaction de l'environnement social¹⁵.

Concernant la législation marocaine, la loi sur la nationalité n'a pas cité une définition du terme, mais plutôt elle a déterminé les conditions requises pour la femme étrangère qui se marie avec un homme marocain, pour acquérir la nationalité marocaine.

Cependant, l'acceptation de la déclaration de l'acquisition de la nationalité par voie du mariage mixte est conditionnée par le non opposition du ministère de la justice. Dans ce cas-là, la femme étrangère dispose d'une autre modalité pour acquérir la qualité marocaine, c'est par la naturalisation.

- **La naturalisation**

La naturalisation vient du verbe naturaliser, c'est-à-dire le fait de donner à un étranger le statut juridique et les droits attachés à une nationalité déterminée. En d'autre terme c'est l'acte par lequel l'Etat octroi la nationalité à un étranger qui la demande.

Selon la doctrine française, la naturalisation est une concession de la nationalité française par le gouvernement français à l'étranger qui la demande¹⁶; c'est l'octroi de la nationalité française par le gouvernement à l'étranger qui la demande¹⁷.

¹⁵ - Bensimon DORIS et Lautman François, Un mariage deux traditions Chrétiens et Juifs, paris, CNRS, Université de Bruxelles, Centre national des hautes études juives, 1977, p 09.

¹⁶ - Jean Derruppé et Jean-Pierre Laborde, Droit international privé, 16ème édition, DALLOZ, 2008, p 30.

¹⁷ - Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, Droit international privé, 5^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1970, p 123.

Quant à la doctrine marocaine, la naturalisation est l'octroi de la qualité marocaine par l'autorité compétente à une personne étrangère qui satisfait un certain nombre de conditions¹⁸. De même, c'est un don octroyé par l'Etat en vertu du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente en faveur d'un étranger qui la demande après la satisfaction des conditions prévues par la loi¹⁹.

Bref, on peut dire que la naturalisation est la combinaison de deux volontés, celle de l'étranger et de l'Etat. La première se concrétise par une demande expressément manifeste la volonté de la personne intéressée à acquérir la nationalité, c'est donc un acte volontaire. Quant à la deuxième, elle est liée à l'accord de l'Etat, car ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire et souverain en la matière.

2- Présentation de la politique nationale d'immigration

Initialement le Maroc était considéré comme une terre d'émigration ou de transit vers l'Europe. Depuis le début des années 2000, le Maroc est devenu un pays d'accueil d'immigrés provenant de l'Afrique subsaharienne et du moyen Orient mais plus en plus d'Asie et d'Europe.

Face aux différents et profonds changements des dynamiques migratoires, le Maroc a choisi souverainement de mettre en place une nouvelle politique migratoire, basée sur une approche humaniste, cohérente et globale.

En effet, le Maroc a pris un ensemble de mesures concernant les migrants, afin de protéger leurs droits et libertés fondamentales grâce à la stratégie nationale d'immigration et d'asile.

Cette stratégie, a permis d'aboutir à quatre grands objectifs, à travers une approche participative et qui sont : faciliter l'intégration des immigrés réguliers, mettre à niveau le cadre réglementaire, mettre en place un cadre institutionnel adapté et gérer les flux migratoires dans le respect des droits de l'homme.

À cette fin, la stratégie marocaine comporte onze programmes touchant des domaines fondamentaux, à savoir : l'éducation, la santé, le logement, l'assistance sociale et humanitaire, la formation professionnelle et l'emploi, la gestion des flux migratoire et la lutte contre la traite des êtres humains, la coopération et partenariat internationaux, la gouvernance et la communication, le cadre conventionnel et réglementaire.

¹⁸ - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 1994، ص 74.

¹⁹ - أحمد زوكاغي، أحكام الجنسية في التشريع المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، 2006، ص 67.

Sur le plan réglementaire, le Maroc dispose d'un cadre juridique cohérent pour la migration, conformément à la loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration clandestine.

Cette loi fait l'objet actuellement d'une refonte en vue de l'adapter au contexte migratoire actuel du pays. Aussi, la loi n° 27-14 relative à la lutte contre la traite des êtres humains a été adoptée en 2016, et la loi sur la nationalité marocaine révisée en 2006.

Constitutionnellement parlant, l'article 30 dispose que : « Les étrangers jouissent des libertés fondamentales reconnues aux citoyens marocains, conformément à la loi. Ceux d'entre eux qui résident au Maroc peuvent participer aux élections locales en vertu de la loi, de l'application de conventions internationales ou de pratiques de réciprocité ».

Le Maroc est également actif sur le plan international. En effet, il participe positivement, en tant que membre de l'OIM, à un certain nombre d'initiatives animées par celle-ci. Il est aussi membre du comité exécutif du HCR depuis 1979, et signataire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés.

Ainsi, le 10^{er} et 11 décembre 2018 à Marrakech, le Maroc a accueilli la Conférence inter-gouvernementale chargée d'adopter le Pacte mondial pour les migrations sûres, ordonnées et régulières. La Déclaration du Marrakech comprend 23 objectifs pour une bonne gouvernance migratoire.

Certes, l'objectif n° 04, intitulé « munir tous les migrants d'une preuve d'identité légale et de papiers adéquats », la mesure (e) relative à son application prévoit le renforcement des dispositions qui vise à déduire les cas d'apatridie, notamment par l'enregistrement des naissances des migrants, en veillant à ce que les femmes et les hommes disposent de la même capacité de transmettre leur nationalité à leurs enfants et en accordant la nationalité aux enfants nés sur le territoire d'un autre Etat.

Quant à l'objectif n° 16, celui-ci est relative à l'intégration des immigrés dans la mesure où il prévoit la nécessité de donner aux migrants et aux sociétés des moyens en faveur de la pleine intégration et de la cohésion sociale. À fin de tenir cet objectif, un ensemble de mesures d'action ont été retenus. La mesure (c) prévoit la définition des objectifs politiques nationaux à court, moyen et long en vue de l'intégration des migrants dans la société, notamment en ce qui concerne le marché du travail, le regroupement familial...

Si les domaines d'intégration (économique, social, culturel) énoncés par le pacte de Marrakech et visé par le Maroc sont nécessaires pour une bonne intégration

dans la société marocaine, ils restent néanmoins insuffisants car ils n'ont pas rapprochés le volet juridique relatif à la nationalité comme forme d'intégration des immigrés dans le tissu national.

II- La nationalité, forme d'intégration juridique dans la société marocaine

Le droit constitue un outil de taille qui contribue à l'intégration des immigrés dans les pays d'accueils. En effet, le droit peut faciliter le processus d'intégration par des mesures favorisant la concrétisation du principe de la légalité de traitement entre les immigrés et les nationaux, pour lutter contre les phénomènes d'exclusion politique et social en offrant à tous les mêmes chances pour la promotion sociale.

Le droit peut, en outre, prévenir et sanctionner les différentes formes de discrimination vis-à-vis des immigrés étrangers et assurer pleinement le droit d'acquérir la nationalité du pays de résidence. En revanche, le droit peut constituer un frein à tout processus intégrationniste, il peut même être manipulé dans sens qui génère le séparatisme et les exclusions.

Dans cette optique, le droit à une nationalité est parmi les droits garantis par les conventions et traités internationaux, il permet aux étrangers et les nationaux une reconnaissance au niveau national et international. Une telle reconnaissance garantira une protection diplomatique dans la société internationale, tandis qu'au niveau interne, le droit à une nationalité permettra aux nationaux et aux immigrés de jouir, sur le même pied égalité, des droits politiques économiques sociaux et culturels.

L'acquisition de la nationalité est donc un instrument réglementaire de base, parmi d'autres, qui permet à l'immigré étranger une intégration juridique dans la société d'installation. Dans ce cadre, l'immigrée étrangère installée sur le territoire marocain a commencé progressivement leur entrée sur la scène migratoire marocaine.

En effet, 43.5% (36517) des immigrés résidant au Maroc (recensement général de la population et de l'habitat en 2014) sont de sexe féminin, contre 56.5% (47484) de sexe masculin²⁰.

Cependant, la femme immigrée demeure toujours doublement victime : de son statut immigrée et de son statut genre. En tant que femme, l'immigrée est victime d'exclusion sociale, 60% des immigrées installées au Maroc sont de provenance

²⁰ - HCP, Les résidents étrangers au Maroc, Rabat, 2014, p 09.

des pays sous-développés, 31.6% entre eux sont célibataires, 50.5% sont chaumées, 19.4% sont chefs de ménages.

En tant que immigrante, la femme étrangère, souffre de la complexité des procédures administratives permettant l'acquisition de la nationalité marocaine, ce que nous incite à s'interroger sur les différentes modalités de l'acquisition de la nationalité marocaine dans la législation marocaine.

1- L'acquisition de la nationalité marocaine par mariage mixte

Selon le RGPH (2014), les immigrés résidant sur le territoire national appartenant au tranche d'âge [25-49 ans] constitue 43% de l'ensemble des immigrés. La jeunesse de cette catégorie majoritaire et son accès au marché du travail, les incite à contracter des actes de mariage avec les marocains ou bien avec les marocaines dans le cadre du mariage mixte.

Cependant, le mariage mixte soulève des problématiques juridiques et pratiques au niveau de l'effet cet acte conjugal sur la nationalité de deux conjoints, les enfants et les problèmes liés à garde, de fait que le mariage est fortement lié à la doctrine islamique²¹, ce qui génère des difficultés d'ordre social, humanitaire et juridique.

De point de vue juridique, et avant 1958, la femme étrangère qui se mariait avec un Marocain ne pouvait, en aucun cas, acquérir la nationalité de son mari, puisqu'aucune disposition légale ne permettait cette acquisition.

Néanmoins, les dispositions édictées en la matière par le code de la nationalité de 1958 n'entraînent pas une acquisition automatique et obligatoire de la nationalité marocaine au profit de la femme étrangère qui épouse un Marocain.

En effet, une déclaration en vue d'acquérir la nationalité de son mari doit être faite par femme, et adressée au ministre de la justice, qui statue sur cette déclaration dans un délai de six mois. La femme immigrée doit également justifiée son résidence habituelle et régulière au Maroc depuis au moins deux ans.

En 2006, la loi sur la nationalité a subi des modifications qu'ont favorisées l'égalité du sexe en matière du transfert de la nationalité marocaine des parents au profit de leurs enfants. La nouvelle version de ladite loi a porté également des dispositions nouvelles sur la condition de la femme étrangère.

²¹ - خالد الحمدوني، السياسة الجديدة للمغرب في مجال الهجرة وإشكالية إدماج المهاجرين، أعمال المؤتمر الدولي الأول تحت عنوان: ظاهرة الهجرة كآزمة عالمية بين الواقع والتداعيات، الجزء الثاني، 18/17 أكتوبر 2019 ببرلين، ص 267.

Certes, le législateur marocain a augmenté la durée de la résidence régulière et habituelle au Maroc, à partir de laquelle la femme étrangère peut dresser sa déclaration pour acquérir la nationalité marocaine, de deux ans à cinq ans. De plus, le mariage prend effet à compter de la date du dépôt de la déclaration, contrairement à la disposition de l'ancienne version de loi qu'a fixé cette date à partir de la date de la conclusion de l'union conjugal.

De même, le délai fixé par la loi pour statuer sur ladite déclaration par le ministre de la justice est également augmenté de six mois à un an, et le non opposition du ministre dans ce délai ne vaut plus acceptation implicite, cette dernière doit être explicite.

Le ministre de la justice dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou refuser la déclaration de l'acquisition de la nationalité marocaine par voie de mariage mixte, ce qui signifie que la législation marocaine n'applique pas le principe de l'unité de nationalité dans le mariage mixte, ce dernier n'entraîne pas nécessairement la perte de la nationalité d'origine de la femme étrangère.

Quant aux conditions légales relatives à l'acquisition de la nationalité marocaine par voie de mariage mixte, l'article 10 du code de la nationalité marocaine de 2006, expose que la femme étrangère qui a épousé un Marocain peut, après une résidence habituelle et régulière au Maroc du ménage depuis cinq ans au moins, souscrire, pendant la relation conjugale, une déclaration adressée au ministre de la justice, en vue d'acquérir la nationalité marocaine.

En effet, la femme candidate à acquérir la qualité marocaine par voie de mariage mixte doit satisfaire les conditions suivantes :

- La femme immigrée doit avoir contracté un mariage valable avec un Marocain et au moment de la déclaration d'acquisition. L'acte de mariage devrait être apprécié au regard des règles du statut personnel de chacun des époux, en réalité elles ne le sont qu'au regard de la loi du mari.
- Le ménage doit avoir eu une résidence habituelle et régulière au Maroc depuis cinq ans au moins.
- Après l'expiration de ce délai minimum de cinq ans, la femme étrangère doit souscrire une déclaration en vue d'acquérir la nationalité marocaine.
- Cette déclaration d'acquisition ne doit pas avoir l'objet d'une opposition explicite ou implicite dans le délai d'un an de son dépôt de la part du ministère de la justice.
- Si ces conditions sont remplies, la nationalité marocaine est acquise à la femme, et ce avec effet rétroactif à compter de la date du dépôt de la déclaration.

De ce fait, le législateur marocain n'a pas imposé à la femme étrangère de perdre sa nationalité d'origine en vue d'acquérir la nationalité marocaine, ce qui rend la femme binationale²².

La loi marocaine sur la nationalité marocaine favorise par conséquent le principe de l'indépendance de la nationalité dans la famille, dans la mesure où elle consolide la liberté de la femme de déclarer l'acquisition de la nationalité marocaine par voie du mariage mixte sans contraintes, toute en satisfaisant les conditions requises.

Toutefois, la déclaration de l'acquisition de la nationalité par voie du mariage avec un marocain peut être objet d'une opposition explicite ou implicite, et ce dans le cadre du pouvoir discrétionnaire dont dispose le ministre de la justice en vertu de l'article 27 du code de la nationalité marocaine.

De même le ministère public peut également contester la validation d'une déclaration ayant fait l'objet d'un acquiescement explicite ou implicite, ou par toute personne intéressée devant le tribunal d'instance.

Dans ce cas-là, la porte de l'acquisition de la qualité marocaine n'est pas absolument fermée, la femme étrangère peut lancer une autre procédure de l'acquisition de la nationalité marocaine, cette fois par voie de la naturalisation.

2- L'acquisition de la nationalité marocaine par naturalisation

Rappelant que la naturalisation est l'octroi de la qualité marocaine par l'autorité compétente à une personne étrangère qui satisfait un certain nombre de conditions. Généralement on distingue entre deux types de naturalisation : la naturalisation de droit commun qui est une naturalisation simple ou ordinaire, et la naturalisation par faveur, d'exception ou privilégiée. Ces deux modes diffèrent entre eux en raison d'une part des conditions particulières prévues et d'autre part de l'autorité compétente pour l'accorder.

S'agissant des conditions de la naturalisation en droit commun (simple ou ordinaire) en vertu de l'article 11 du code de la nationalité marocaine, l'étranger doit avoir une résidence habituelle et régulière au Maroc pendant les cinq années précédant le dépôt de sa demande auprès du ministère de la justice, et résider au Maroc jusqu'à ce qu'il soit statué sur cette demande.

²² - SADNI Mustapha, The legal status of woman and child in the moroccan nationality act, Jil Journal of Human Rights, n° 36 March 2019, p 47.

Une résidence est habituelle lorsqu'elle est effective et permanente, et constitue ainsi le véritable centre de vie de l'intéressé ; ainsi, une résidence est régulière lorsqu'elle satisfait aux conditions légales relatives au séjour des étrangers²³.

En outre, l'étranger doit être majeur au moment du dépôt de la demande, et être sain de corps et d'esprit, et être de bonne conduite et de bonnes mœurs et ne pas avoir fait l'objet de condamnation pour : crime, délit infamant, actes constituant une infraction de terrorisme, actes contraires aux lois de la résidence légale au Maroc, ou actes entraînant la déchéance de la capacité commerciale, non effacé dans tous les cas par la réhabilitation.

Également, l'intéressé doit justifier d'une connaissance suffisante de la langue arabe, et de moyens d'existence suffisants. En réalité cette condition soulève des problématiques juridique et pratique. Là il s'agit d'une certaine "assimilation" à la communauté marocaine en ce qui concerne la langue officielle du royaume.

Juridiquement parlant, la langue arabe n'est pas la seule langue officielle, dans la mesure où la nouvelle constitution de 2011 a constitutionalisé également la langue amazighe comme langue officielle, et que le gouvernement a publié la loi organique qui définit le processus de mise en œuvre du caractère officiel de cette langue et les modalités de son intégration dans l'enseignement et aux domaines prioritaires de la vie publique²⁴.

En pratique, ladite condition se heurte également avec une réalité pratique et quotidienne, c'est celle de la dominance du dialecte "darija" dans le discours de la société marocaine. Ainsi, le législateur n'a pas précisé le degré de la "connaissance suffisante" de la langue arabe, est ce qu'il s'agit de la maîtrise au niveau phonétique ou graphique ?

De plus, la loi de la nationalité n'a pas précisée la religion du candidat à la naturalisation, ce qui constitue pour nous, un avantage pour l'étranger dans la mesure où elle élargit le champ de l'application de ladite condition, et permet à l'intéressé de se naturaliser quel que soit sa religion.

En outre, l'octroi de la qualité marocaine est conditionné également par une demande rédigée par l'étranger et adressée au ministre de la justice accompagnée par les titres et les documents justificatifs.

²³ - Paul DECROUX, Droit international privé, Edition la Porte, Rabat, 1965, p 39.

²⁴- La loi organique n° 26-16 du 12 septembre 20109, relative au processus de mise en œuvre du caractère officiel de la langue amazigh et les modalités de son intégration dans l'enseignement et aux domaines prioritaires, bulletin officiel n° 6816 du 26 septembre 2019, p 9314 (version arabe).

Si ces conditions ne sont pas remplies, la demande fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité motivée ; et si les conditions légales sont remplies, le ministre peut, par une décision qui est motivée à l'intéressé, rejeter la demande. Ce rejet n'a pas à être motivé.

L'Etat a donc une pleine liberté afin d'apprécier s'il lui semble souhaitable, ou non, d'accorder sa nationalité à la personne qui la demande, alors que, dans les autres cas d'acquisition, il ne peut que vérifier si les conditions légales sont remplies²⁵.

Cependant, ce pouvoir discrétionnaire dont dispose l'Etat en matière de l'octroi de la nationalité par voie de naturalisation est conditionné par le non détournement de pouvoir par l'administration, car l'intéressé a le droit de demander l'annulation de la décision explicite ou implicite de l'administration pour accès aux pouvoirs devant la juridiction administrative dans les délais habituels du recours contentieux²⁶.

Une fois que les conditions précitées ci-dessus sont bien remplies, et s'il y a une acceptation de la demande de la naturalisation, celle-ci serait publiée au bulletin officiel. On parle de la publication d'un acte de naturalisation²⁷.

Quant à la naturalisation exceptionnelle ou par faveur, celle-ci s'accord dans deux cas. Si l'étranger a rendu un ou des services au Maroc dont la naturalisation de l'intéressé est bénéfique pour le Maroc.

À titre d'exemple, le chanteur algérien « Cheb Khaled »²⁸, l'entraîneur français « Henri Michel », l'acteur français « Gérard DARMON »²⁹, le joueur algérien

²⁵- Thierry Vignal, Droit international privé, 3^{ème} édition, SIREY, 2014, p 464.

²⁶ - Pierre MAYER et Vincent HEUZE, Droit international privé, 7^{ème} édition, Montchrestien, 2001, p 598.

²⁷ - Le ministère de la justice marocaine publie dans le bulletin officiel des décrets de la naturalisation des étrangers de différentes nationalités, voir BO (version arabe) n° 2985 du 14/01/1970 p 39, n° 2988 du 04/02/1970 p 358, n° 4055 du 18/06/1990 p 1089, n° 4059 du 15/08/1990 p 1194. Voir également BO (version française) n° 2553 du 29/09/1961 p 1442, n° 3557 du 27/10/1961 p 1585, n° 2548 du 25/08/1961 p 1228, n° 2544 du 28/07/1961 p 1942, n° 2474 du 25/03/1960 p 716, n° 2517 du 20/01/1961 p 92.

Le ministère publie également des Dahirs de la naturalisation des étrangers, voir BO (version arabe) n° 6772 du 25/04/2019 p 2165.

²⁸ -voir le Dahir n° 1-13-68 du 20/08/2013 portant sur la naturalisation à titre exceptionnel pour Monsieur Khalid Haj Ibrahim (cheb Khakid) né à Oran (Algérie) en 29/02/1960, publié dans le BO n° 6184 du 05/09/2013, page 5960.

²⁹- voir le Dahir n° 1-12-12 du 17/06/2012 portant sur la naturalisation à titre exceptionnel pour Monsieur Gérard DARMON né à Paris en 29/02/1948, publié dans le BO n° 6066 du 19/07/2012, page 2480.

« Lamine Wahab »³⁰ ont tous bénéficié de la nationalité marocaine par faveur accordée par Dahir.

Nonobstant des conditions prévues par la naturalisation simple, le candidat à acquérir la nationalité marocaine en faveur doit satisfaire juste les deux conditions suivantes : l'étranger doit être majeur c'est-à-dire avoir 18 ans ou plus, et être de bonne conduite, et bien évidemment la publication de l'acte sur le bulletin officiel, la preuve solide de cette acquisition.

Comme c'est le cas de l'acquisition de la nationalité par le bien fait de la loi (acquisition par naissance et résidence au Maroc, par Kafala, et par mariage mixte), la nationalité marocaine acquise par naturalisation produit des effets qui sont individuels et collectifs.

Quant aux effets individuels, la personne qui a acquis la nationalité marocaine jouit à dater du jour de cette acquisition de tous les droits attachés à la qualité de marocain, sous réserve des incapacités pendant une durée de cinq ans. Autrement dit, le naturalisé est soumis à certaines incapacités temporaires qui sont de nature politique et professionnelle.

En effet, l'étranger naturalisé ne peut être investi de fonctions publiques ou de mandats électifs pour l'exercice desquels la qualité de Marocain est nécessaire, ainsi il ne peut être électeur lorsque la qualité de Marocain est exigée pour l'inscription sur les listes électorales.

Cependant, il y a toujours le risque de la déchéance de la nationalité marocaine au bout de délai de dix ans à compter de la date de l'acquisition de la qualité marocaine par naturalisation.

Certes, toute personne naturalisée peut être déchue si elle est condamnée, soit pour attentat ou offense contre le souverain ou membres de la famille royale, soit pour un acte qualifié crime ou délit contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, soit pour acte qualifié crime à une peine de plus de cinq ans de réclusion. Ainsi, c'est l'intéressé s'est soustrait à ses obligations militaires, et s'il a accompli au profit d'un Etat étranger des actes incompatibles avec la qualité de Marocain ou préjudiciable aux intérêts du Maroc.

Certains effets liés à l'acquisition de la nationalité concernent les enfants mineurs, on parle habituellement à ce sujet d'effets collectifs de l'acquisition de la

³⁰- voir le Dahir n° 1-13-110 du 07/11/2013 portant sur la naturalisation à titre exceptionnel pour Monsieur Lamine Wahab né à l'Algérie en 22/12/1984, publié dans le BO n° 6203 du 11/11/2013, page 7005.

nationalité³¹. En effet, l'acte de naturalisation peut accorder la nationalité marocaine aux enfants mineurs non mariés de l'étranger naturalisé.

Toutefois, les enfants mineurs naturalisés qui étaient âgés de 16 ans ou moins lors de leur naturalisation ont la faculté de renoncer à la nationalité marocaine entre les 18 et 20 ans, conformément à l'article 18 du code de la nationalité marocaine.

Néanmoins, l'acte de la naturalisation peut à tout moment être retiré, suivant des conditions bien précises, lorsqu'il s'agit d'une cause illégitime, c'est-à-dire une faute d'administration, ainsi lorsqu'il y a un usage des moyens frauduleux.

Pour la cause illégitime, l'administration a donné la nationalité par faute, à titre d'exemple lorsqu'il y a un manque de conditions. En outre, l'existence de la faute de l'administration doit être antérieure à la signature de l'acte de la naturalisation. La faute doit être apparue postérieurement à la signature de l'acte de la naturalisation, et le retrait doit intervenir dans un délai d'un an à compter du jour de la publication au bulletin officiel.

Pour l'usage de moyens frauduleux, il se concrétise à travers une déclaration erronée, l'apparition du fait après l'acquisition. L'intéressé doit être averti des accusations adressées contre lui-même pour qu'il puisse se défendre, et cela dans un délai de trois mois à compter du jour de sa convocation.

Pour l'usage de moyen frauduleux, le retrait ne se prescrit pas, c'est-à-dire que le retrait de l'acte de la naturalisation en cas d'usage de moyens frauduleux, il peut intervenir à tout moment là où il est apparu, sans délai.

Conclusion

Le traitement de la problématique de l'intégration des immigrés, et notamment les femmes immigrées dans les sociétés d'accueil, nécessite un repositionnement de cette problématique afin qu'elle intègre les dimensions humaines, économiques et sociales de l'immigrées, et dénonce tous les choix à caractère sécuritaires, exclusive et coercitifs.

En effet, la concrétisation de ce défi est conditionnée par la mise en place des réformes profondes et à long terme, de nature économique et sociale, au niveau des pays de départ. Ainsi la coordination et la participation effectives des pays développés attractifs des migrants, dans le processus de la démocratisation

³¹- François MELIN, droit international privé : droit de la nationalité, 5^{ème} édition, Lextenso-édition, 2012, p 235.

politique et économique des projets d'investissement en vue de créer les richesses et de protéger la dignité humaine de l'immigré, ce qui permettra la stabilisation des flux migratoires dans leurs pays d'origine.

S'agissant le modèle marocain de l'intégration, ce dernier est fortement influencé doublement par la nouvelle politique de l'immigration, qu'est exceptionnelle dans région, et les ressources limités dont dispose le Maroc.

Dans cette optique, le Maroc a décidé volontairement de régulariser la situation administrative des immigrés installés irrégulièrement sur le territoire national. Certes, les deux opérations de la régularisation en 2014 et 2016, constituent un facteur favorable pour la réussite du model migratoire marocain, mais elles restent néanmoins insuffisantes, si elles ne sont accompagnées de mesures de nature législative permettant une intégration juridique dans la tissu national.

En effet, le code sur la nationalité permet en principe aux femmes immigrées d'acquérir la nationalité marocaine, mais ce droit est conditionné par le droit du ministère de s'opposer contre les déclarations dressées pour l'acquisition de la qualité marocaine par voie de naturalisation ou par voie du mariage mixte.

La femme immigrante est donc dans une situation plus favorable que celle de la femme marocaine, car celle-ci ne peut pas juridiquement transmettre sa nationalité marocaine à son époux étranger dans le cadre du mariage mixte. Et la seule procédure dont dispose l'époux étranger est la naturalisation.

Par conséquent, le législateur marocain doit relever le défi de l'approche genre dans le code de la nationalité en vue d'accorder à la femme immigrée une discrimination positive leur permettant de promouvoir son statut juridique, sans négliger la consolidation des effets collectifs du mariage mixte sur la situation juridique des enfants issus de ce lien conjugal.

De même, il serait opportun de mettre à niveau les lois nationales vers une convergence avec les normes internationales, ce qui appelle en premier de ratification de certaines conventions internationales et créer une dynamique et une interaction entre ces instruments internationaux et le droit national surtout que le Maroc a pris des initiatives à dimension continentale et international dans le domaine de la migration.

Il convient dans ce sens d'accélérer le processus d'amendement de la loi sur la nationalité en adoptant le projet de loi n° 19-13 modifiant l'article 10 portant sur l'obtention de la nationalité marocaine.

BIBLIOGRAPHIE

- Bensimon DORIS et Lautman François, Un mariage deux traditions Chrétiens et Juifs, paris, CNRS, Université de Bruxelles, Centre national des hautes études juives, 1977.
- François MELIN, droit international privé : droit de la nationalité, 5^{ème} édition, Lextenso-édition, 2012.
- Grazyna Amokran Legutowska, Le mariage islamo-chrétien en France : une approche anthropologique, Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 2012.
- HCP, Les résidents étrangers au Maroc, Rabat, 2014.
- Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, Droit international privé, 5^{ème} édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1970.
- HENRI Batiffol, droit international privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949.
- Jean Derruppé et Jean-Pierre Laborde, Droit international privé, 16^{ème} édition, DALLOZ, 2008.
- L'Organisation international pour les migrations, Droit international de la migration : Glossaire de la migration, n° 09, Genève, 2007.
- L'Organisation international pour les migrations, Droit international de la migration : Glossaire de la migration, n° 09, Genève, 2007.
- La cour des comptes française, L'accueil des immigrants des populations issues de l'immigration, novembre 2004.
- Le conseil économique et social français, L'insertion des jeunes d'origine étrangère, 2001.
- Le Haut Conseil à l'Intégration, 1990-2010 2 ans au service de l'intégration, paris 2010.
- Marc LORIOL, Qu'est-ce que l'insertion ? Harmattan, Paris, 1999.
- Michel PICOUET, Les migrations, Presse universitaires de France, Paris 1995.
- Michel PICOUET, Les migrations, presses universitaires de France, Paris, 1^{ère} édition, 1995.
- Mohamed KHACHANI, L'émigration au féminine : tendances récentes au Maroc, CARIM, 2009.
- Paul DECROUX, Droit international privé, Edition la Porte, Rabat, 1965.

-
- Pierre MAYER et Vincent HEUZE, Droit international privé, 7^{ème} édition, Montchrestien, 2001.
 - SADNI Mustapha, The legal status of woman and child in the moroccan nationality act, Jil Journal of Human Rights, n° 36 March 2019.
 - Serge PAUGAM, Concepts clés gravitant autour de l'insertion sociale et professionnelle en sociologie, Presses universitaire de France, 2010.
 - Thierry Vignal, Droit international privé, 3^{ème} édition, SIREY, 2014.

▪ **Référence en langue arabe**

- أحمد زوكاغي، أحكام الجنسية في التشريع المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، 2006.
- خالد الحمدوني، السياسة الجديدة للمغرب في مجال الهجرة وإشكالية إدماج المهاجرين، أعمال المؤتمر الدولي الأول تحت عنوان: ظاهرة الهجرة كأزمة عالمية بين الواقع والتداعيات، الجزء الثاني، 18/17 أكتوبر 2019 ببرلين.
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 1994.

▪ **Sites d'internet**

- <https://www.cnrtl.fr/ddfinition/migration>, consulté le 16/10/2019 à 11h00.
- <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/définition/c1198>, consulté le 15/10/2019 à 10h00.