

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد العاشر غشت 2013

➤ من مواضيع العدد العاشر غشت 2013 :

- المشرع المغربي وجريمة الإجهاض.
- السياسة العمومية في ميدان التشغيل .
- جرائم الاعتداء على حقوق الأبناء.
- ما جرى به العمل الفاسي معالم في النشأة.
- الإشهاد على جهاز العروس.
- حماية الملكية العقارية الخاصة.
- التعويض عن الضرر الطبي الأدبي.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أفعال المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مكنوني أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديفي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للموت (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن أمقدم محام ببنية الرباط محاميات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصلوا بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات فقهية | مقالات قانونية | مقالات مقارنة | مقالات بلغارية | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | إعداد المجلة | نشر المجلة

العدد العاشر غشت 2013

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السوسية بالرباط.
- الدكتور المبلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد العاشر : لشهر غشت 2013

محتويات العدد :

➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

- (1) موقف المشرع المغربي من جريمة الإجهاض للمحافظة على النسل : من إعداد الباحث جوال بوشعيب طالب باحث ماستر أحكام العقار في الفقه المالكي القانون المغربي (كلية الشريعة فاس).....05
- (2) السياسة العمومية في ميدان التشغيل بالمغرب : من حكومة السيد عبد اللطيف الفلالي إلى حكومة السيد عباس الفاسي محمد بوكطب : متصرف بوزارة الداخلية ، باحث في صف الدكتوراه تخصص التدبير الاستراتيجي للموارد البشرية بالادارة والمقاولات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة.....16
- (3) الجرائم المتعلقة بالاعتداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري : نصر الدين العايب / دبلوم الدراسات العربية العليا في القانون بمعهد البحوث والدراسات العربية- القاهرة- شهادة الماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة- شهلة الكفاءة المهنية في المحاماة- جامعة منتوري- قسنطينة.....54
- (4) تطبيقات العقوبة المقنعة في المجال التأديبي بوادي مصطفى : أستاذ مساعد قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة معسكر عضو بوحدة بحث علمي / عضو بمخبر (السياسة العقارية) بكلية الحقوق والعلوم السياسية / عضو في البرنامج الوطني للبحث.....65
- (5) ما جرى به العمل الفاسي؛ معالم في النشأة، والأصول، والخصائص من إعداد الأستاذ : إبراهيم والعيز باحث في الدراسات الإسلامية-المغرب.....77
- (6) الإشهاد على جهاز العروس وإثباته بين العمل السوسي والاجتهاد القضائي إعداد : الدكتور يوسف القسطاسي دكتوراه في الدراسات الإسلامية بجامعة القاضي عياض مراكش.....83
- (7) خصوصية النزاع التنافسي في قانون المنافسة : الأستاذ مقدم توفيق ، محامي و باحث في قانون الأعمال المقارن كلية الحقوق جامعة وهران (الجزائر).....88
- (8) الحق في البيئة : آليات حمايته و علاقته بالتنمية المستدامة فضيلة الأستاذة : سعود أمينة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الأغواط -الجزائر.....102
- (9) جهاز الشرطة القضائية-تركيبته و اختصاصاته- : ياسين المفيد باحث في ماستر قانون الأعمال و المقاولات كلية العلوم القانونية جامعة محمد الخامس- السويسي- الرباط. / أحمد العروسي : باحث في ماستر قانون الأعمال و المقاولات كلية العلوم القانونية جامعة محمد الخامس- السويسي- الرباط.....115
- (10) الحماية الدولية للاجئين الأستاذ : عماد إشوي أستاذ مؤقت بجامعة محمد شريف مساعدي- سوق أهراس - سنة أولى دكتوراه في القانون الدولي الإنساني.....128
- (11) دور قاضي الأمور المستعجلة الإداري في حماية الملكية العقارية الخاصة : إعداد سي محمد الحيان طالب باحث في مركز الدكتوراه بكلية الحقوق بسلا.....143
- (12) تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الطبي (المنعوي) : ذ. بوعبد الله مسعود باحث في القانون بصف الدكتوراه تخصص قانون وصحة من جامعة سيدي بلعباس الجزائر.....162

- 13) دور النيابة العامة في قضايا الجنسية : رشيد جمالي متصرف بوزارة الداخلية حاصل على ماستر في الاستشارة القانونية بكلية الحقوق بسلا 167

➤ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 1) L'ordre public hospitalier Dr Derdour Samir Nouredine Centre Universitaire de Nâma, Algérie.....178
- 2) La Coopération Internationale des Collectivités Territoriales à la lumière de la Constitution Marocaine de 2011 Réalisé par : CHEGGARI Karim Doctorant en Droit public à l'Université Mohammed V- Souissi, Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales-Souissi.....188
- 3) Le juge pénal : vers une évolution de son rôle dans la société contemporaine :Hicham MOUJAHID (DOCTEUR EN DROIT) Université de Perpignan Via Domitia, Académie de Montpellier.....209
- 4) LE PRINCIPE DE LA LIBERTE ET D'EGALITE DANS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE MAROCAIN Par : Si Mohamed AKHDI : Doctorant en droit privé, l'université de Nantes.....220

➤ تقارير جامعية :

- 1) تقرير مناقشة أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون المدني و الأعمال بجامعة عبد الملك السعدي كلية حقوق بطنجة : إعداد الباحث يوسف الزوجال إشراف الدكتورة وداد العيدوني..... 237

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نمر عن آراء كاتبها ولا نمر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

دراسات وأبحاث بالعربية

موقف المشرع المغربي من جريمة الإجهاض للمحافظة على النسل



جوال بوشعيب طالب باحث : بماستر أحكام العقار
في الفقه المالكي والقانون المغربي (كلية الشريعة فاس)

تمهيد :

إذا كان تجريم واقعة الإجهاض متفق عليه مبدئيا في اغلب القوانين الجنائية المقارنة، فإن هناك استثناءات أبحاثه، فرضتها إما ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر (المادة 453 ق ج قبل التعديل) وإما ضرورة المحافظة عليها فقط (القانون السويسري والقانون المغربي بعد تعديل الفصل 453 ق ج بمرسوم 1 يوليوز 1967) و إما ضرورة اتقاء العار الفضيحة، كأن تكون المرأة قد حملت بالجنين كرها إما من جراء اغتصاب أو نتيجة علاقة جنسية مع أحد المحارم الذي يحرم الزواج به (القانون الايطالي والباوني) لهذه الأسباب وغيرها حاولت أغلب القوانين معالجة الموقف الخطير وذلك بفرض قوانين صارمة بغية الحد من تفاقم هذه الظاهرة، وهذا ما سيظهر لنا جليا من خلال موقف المشرع المغربي⁽¹⁾ تعريف الإجهاض من الناحية اللغوية والاصطلاحية:

-الإجهاض لغة : جاء (في لسان العرب مادة جهض، أجهضت الناقة إجهاضا وهي مجهض ألقت لغير تمام والجمع مجاهيض. وقال الأصمعي في المجهض إنه يسمى مجهضا إذا لم يستبن خلقه، قال وهذا أصح من قول الليث⁽²⁾)).

¹-شرح القانون الجنائي المغربي الدكتور عبد الواحد العلمي، ط 2-2430-2003-ص 295.

²-لسان العرب لابن منظور مادة (جهض).

جاء في المصباح المنير مادة: (ج-ه-ض) : أجهضت الناقة والمرأة ولدها إجهاضاً أسقطته ناقص الخلق فهي جهيض ومجهضة بالهاء وقد تحذف⁽¹⁾.

وعلى هذا يطلق الإجهاض في اللغة على صورتين :

1- إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة سواء من المرأة أو غيرها والإطلاق اللغوي يصدق سواء كان الإلقاء بفعل فاعل أو تلقائياً.

2- ولا يخرج استعمال الفقهاء لكلمة إجهاض عن هذا المعنى وكثيراً ما يعبرون عن الإجهاض بمبرادفاته كالإسقاط والإلقاء والطرح والاملاص.

- الإجهاض في الاصطلاح :

عرف الإجهاض بتعريفات مختلفة ومتباينة أحياناً، وذلك أن الإجهاض تكلم فيه الأطباء لعلاقتهم به، وعلماء الطب الشرعي لأنه موضوع قضية أو جريمة يبحث فيها عن إثباتها وآثارها، وعلماء القانون لتطبيق مواد القانون عليه ،

1- تعريف الإجهاض في القانون :

الإجهاض إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، بأي وسيلة من الوسائل في غير الحالات التي يسمح بها القانون، ويقوم على أركان ثلاثة : وجود حمل، ووجود الفعل الموجب للإجهاض، وجود القصد الجنائي⁽²⁾ ولهذا ارتأيت تقسيم الموضوع الى مبحثين ،

المبحث الاول : تجريم الإجهاض في القانون المغربي :

من المعلوم أن جريمة الإجهاض قد استفحلت في عالمنا المعاصر بشكل مخيف بحيث صارت هذه الظاهرة أنجح الوسائل للتخلص من حمل غير مرغوب فيه، وقد أكد هذا الاتحاد الدولي للسكان أن حوالي 30 مليون حالة إجهاض تقع كل يوم.

¹-المصباح المنير (مادة جهض).

وفي المعجم الوسيط أن مجمع اللغة العربية: أقر إطلاق كلمة إجهاض على خروج الجنين قبل الشهر الرابع وكلمة إسقاط على القائمة ما بين الشهر الرابع والسابع، وهذا اصطلاح متأخر بعد القرن الثالث عشر الهجري.

²-ينظر الإجهاض وجرائم الأعراض بين الشريعة والقانون للمستشار عزت حسنين (ص) 15.

إذا فماهو الأساس القانوني المغربي لهذه الجريمة؟ (مطلب أول) وما هي عناصرها (مطلب ثاني)

المطلب الأول : الأساس القانوني :

لم يفت المشرع المغربي كغيره من التشريعات الحديثة تجريم الإجهاض والعقاب عليه وهكذا فقد نصت المادة 451 من القانون الجنائي على ما يلي : الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة وأطباء الأسنان والقابلات والمولدرات والصيدلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة وعمال الصيدليات والعشابون والمضمدون، وبائعو الأدوات والممرضون، والمدلكون، والمعالجون بالتسبب، والقابلات العرفية الذين يرشدون إلى وسائل تحدث الإجهاض أو ينصحون باستعمالها أو يباشرونها يعاقبون بالعقوبات المقررة في أحد الفصلين 449 و 450 حسب الأحوال.

وبحكم على مرتكب الجريمة علاوة على ذلك، بالحرمان من مزاولة المهنة المقررة في الفصل 87 إما بصفة نهائية أو لمدة محدودة.

وبالرجوع إلى أحكام المادتين 449 و 450 من القانون الجنائي نجد أنهما تنصان على ما يلي: المادة 449: " من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بوسيلة طعام أو شراب أو عقاقير أو تعاليل أو عنف أو أية وسيلة أخرى يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 120 درهم إلى 500 درهم، و إذا أدى ذلك إلى موتها بعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة".

المادة 450: إذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس الأفعال المشار إليها في الفصل السابق بصفة معتادة، ترفع عقوبة الحبس إلى الضعف في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى وتكون عقوبة السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية .

وفي الحالة التي تطبق فيها عقوبة جنحية فقط حسب هذا الفصل أو الفصل 449 فإنه يجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الفاعل بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 و بالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر"

يتبين مما سبق أن الإجهاض الذي عاقب عليه المشرع المغربي هو الإجهاض الجنائي الذي يرتكب عن قصد. وهكذا فالمشرع عاقب كل من أجهض امرأة حبلى سواء برضاها أو بدونه كيفما كانت الوسيلة المتبعة للإجهاض، وكذا كل من يدلها عليه أو يجبره لها أو يعاونها عليه سواء أكان طبيبا أو غير طبيب، كما جعل من الإجهاض في بداية

الأمر جنحة وجعل منه جناية إذا نتج عنه موت المجنى عليها أو كان الفاعل الطبيب ومن في حكمه قد تعود الإجهاض، كما عاقب المشرع المغربي على محاولة الإجهاض بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة، ويعرف الإجهاض بأنه إسقاط المرأة لولدها ناقص الخلق أو الخروج لمتحصلات الرحم قبل الوضع المعتاد.

ويذهب الأستاذ والخمليشي إلى القول: "أن الإجهاض يشكل خطرا كبيرا على حياة الأم، وعلى سلامتها"، و إن قام بها طبيب مختص وفي الأيام الأولى للحمل، ورضى الأم لا يغير شيئا من طبيعة هذه الخطورة لأن سلامة الأفراد حق اجتماعي، لا يملك الفرد التعامل فيه.

المطلب الثاني : عناصر الجريمة والأحوال التي تشدد فيها القانون :

✓ أولا : عناصر جريمة الإجهاض :

عاقب المشرع على الجريمة في الفصل 449 من ق ج كما سبقت الإشارة إليه آنفا لكننا نجد في الفصل 453 المعدل حلل مرتكب الإجهاض من أي عقاب إذا ما استوجبت هذا الأخير، أي الإجهاض، ضرورة المحافظة على صحة الأم متى قام به علانية طبيب أو جراح بإذن من الزوج ولا يطلب هذا الإذن إذا ارتأى أن حياة الأم في خطر غير أنه يجب عليه أن يشعر بذلك الطبيب الرئيس للعمالة أو الإقليم، وعند عدم وجود الزوج أو إذا امتنع من إعطاء موافقته أو عاقه من ذلك عائق فإنه لا يسوغ للطبيب أو الجراح أن يقوم بالعملية الجراحية أو يستعمل علاجا يمكن أن يترتب عنه الإجهاض إلا بشهادة مكتوبة من الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم يصرح فيها بأن صحة الأم لا تمكن المحافظة عليها إلا باستعمال مثل هذا العلاج (الفصل 453)⁽¹⁾ مما سبق يتبين أن قيام هذه الجريمة يستلزم توافر العناصر التالية:

الفرع الأول : العنصر المادي :

يفترض في الإجهاض وجود فعل مادي، والفعل المادي يتكون من فعل الإسقاط وقيام علاقة سببية وتحقيق النتيجة ففعل الإسقاط هو كل فعل يقوم به الطبيب أو الجراح من أجل إجهاض المرأة الحامل، أي من أجل طرد الجنين من رحم أمه وبعبارة أخرى كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على حياة الجنين أو إخراجه من رحم أمه قبل أوانه.

¹-وقد كان قبل التعديل يقضي بأنه : لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى قام به طبيب أو جراح علانية وبعد إبطار السلطة الإدارية".

والمرجع المغربي كغيره من التشريعات الحديثة لم يحصر وسائل الإجهاض في حالات معينة، وعليه فالجريمة تتحقق كيفما كانت الوسيلة المتبعة من طرف الطبيب أو الجراح للإسقاط الجنين، فهي تشمل كل ما يمكن استعماله لإجهاض المرأة سواء وقع الفعل على أعضاء الجسم كلها أو بعضها كأعضاء التناسلية، ولا يشترط لتحقيق الفعل الجرمي خروج الجنين حيا من رحم أمه قبل موعده الطبيعي بل أن الجريمة تتحقق سواء خرج الجنين حيا أو ميتا.

والجريمة تتحقق سواء كان الطبيب هو الذي تولى بنفسه عملية الإجهاض كأن يقدم الدواء للمرأة الحامل، كما يجب أنه تؤدي الوسيلة المستعملة إلى تحقيق الإجهاض بصورة فعلية.

كذلك تتحقق الجريمة إما برضا الحامل أو بدونه كأن تجهض عن طريق الاحتيل، كأن يوهمها الطبيب بإجراء كشف طبي على رحمها فيقوم بإجهاضها (الفصل 449)

الفرع الثاني : انتفاء ضرورة المحافظة على صحة الأم :

بناء على الفصل 453 ق ج (المعدل بمرسوم 1 يوليوز 1967) فإن المشرع لا يعاقب على الإجهاض إذا تطلبت إما ضرورة المحافظة على صحة الأم، كأن كانت هذه الأخيرة مصابة باضطرابات هرمونية يصعب معه إيقاف النزيف بعد الولادة أو العادات الشهرية التالية لها، إلا بمخاطرة كبيرة، أو كانت الأم مصابة بسرطان في عنق الرحم أو في غشائه، أو كانت ضعيفة القلب لا تحمل طول مدة الحمل بدون مخاطر عليها وعلى الجنين، أو مصابة بمرض السكري المتقدم، إلى غير ذلك من الأسباب التي تستوجب الإجهاض محافظة على صحة الحامل، و إما بالأحرى لضرورة إنقاذ حياتها الذي يستدعي إسقاط الجنين فوراً، و إلا أدى الأمر إلى وفاتها، ففي هاتين الحالتين يسمح بالإجهاض بالاعتماد على النص السابق، أما إذا كان الإجهاض لا تستدعيه لا ضرورة المحافظة على صحة الأم ولا إنقاذ حياتها، فإن الجريمة إذ ذاك تقوم إذا هو قام أي كان لإجهاضها فعلا أو حاول ذلك لأن من عناصر هذه الجريمة "وجود خطر يهدد الحامل" بحيث إذا انتفى فإن العقاب يكون واجبا على الفاعل مهما كانت النتيجة"⁽¹⁾

الفرع الثالث : القصد الجنائي :

يمكن تعريف القصد الجنائي هو اتجاه الإرادة إلى تحقيق واقعة إجرامية مع العلم بتحقيقها وبأن القانون الجنائي يجرمها، بمعنى أن القصد الجنائي يتحقق في صورتين العلم والإرادة⁽²⁾، وبعبارة أخرى يتجلى القصد الجنائي في كون الجاني يعلم باتجاه إرادته نحو ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل بصورة تخالف مقتضيات القانون الجنائي.

¹-شرح القانون الجنائي المغربي عبد الواحد العلمي، ص 298.

²-محاضرات في القانون الجنائي العام، للدكتور عبد العالي بنلياس، والدكتورة رشيدة بنسرغين، السنة الجامعية: 2010-2011.

إذن فالقصد الجنائي يكون كذلك إذا كان مؤتي الفعل المادي يعلم أنه يقوم بنشاط مخالف للقانون ويسعى في نفس الوقت بفعله إلى إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك من أجل القضاء على الجنين الذي بدأ في التكون، وبناء على ما سبق يكفي أن يقصد المرء بنشاطه إجهاض حبلى والقضاء على الجنين، ولا يشترط أن تكون المرأة حاملا فعلا، إذ يكفي أن يعتقد الجاني أنها كذلك حتى ولو كان هذا الاعتقاد على سبيل الظن، وعلة الحكم السابق تكمن في أن تجريم الإجهاض لغير ضرورة لم تكن الغاية منه حماية الجنين فقط، وإنما جرم من أجل حماية السلامة الجسدية للمرأة والذود عن حقها في الحياة ولذلك يعاقب الفاعل حتى ولو كان الإجهاض، مستحيلا ابتداء كما في حالة غياب الحمل لدى المرأة. ويتبين مما سبق أنه لا يكفي لقيام الجريمة أن يقترب الشخص السلوك المكون للركن المادي للجريمة.

ولكن يجب أن يتوافر إلى جانب ذلك صلة نفسية تربط هذا الشخص، وبين الفعل أو السلوك الذي قام به، وتتلور الصلة النفسية في صورة إرادة مذبذبة يعتد بها القانون.

وذلك بأن تكون تلك الإرادة خالية مما يعيها فينفي عنها القدرة على الإدراك أو الاختيار، وأن تتجه تلك الإرادة اتجاهها مخالفا للقانون بأن تكون غايتها تحقيق الجريمة التي يعاقب عليها القانون مع العلم بأركانها فإن تحقق ذلك أمكن القول بإسناد الجريمة معنويا لفاعلها، وبذلك يكون الركن المعنوي للجريمة هو تلك الصلة النفسية بين الفاعل والسلوك الذي قام به⁽¹⁾

ثانيا : الأحوال التي يشد فيها عقاب الإجهاض :

شدد المشرع عقوبة الإجهاض في ثلاث حالات وهي كالآتي :

✓ الحالة الأولى : وهي التي ينجم فيها عن الإجهاض موت المرأة. وهذا عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 449 من ق ج التي قررت بأنه إذا نتج عن الإجهاض موت المرأة فإن العقوبة تكون السجن من 10 إلى 20 سنة، مع ملاحظة أن الفصل 451 من ق ج جوز للمحكمة، الحكم على الفاعل بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 ق.ج. وبالمع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر سنوات إذا كانت المحكمة قد عاقبت إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصلين 449 و 450 من ق ج بعقوبة جنحية فقط.

الحالة الثانية : وهي التي يتحقق فيها الاعتياد على الإجهاض والاعتياد هو تكرار قيام الجاني بالعملية المجرمة حتى صارت عادة له كالطبيب الذي اشتهر بالإجهاض للراغبات في ذلك بدون ضرورة، وبذلك كان المشرع موفقا

¹ - جريمة إجهاض الحوامل (ص 576)، دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة - رسالة دكتوراه

حينما شدد العقاب على هذا الصنف من المجرمين المعتادين في الفصل 450 من ق ج، الذي جاء فيه: " إذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس الأفعال المشار إليها في الفصل السابق بصفة معتادة، ترفع عقوبة الحبس إلى الضعف في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى وتكون عقوبة السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية.

وفي حالة التي تطبق فيها عقوبة جنحية فقط حسب هذا الفصل أو الفصل 449، فإنه يجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الفاعل بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 وبالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر.

الحالة الثالثة : وهي التي تكون فيها المساعدة والتحريض على الإجهاض، فقد عاقب المشرع المساعدة على الإجهاض بالعقوبات المقررة في الفصلين 449 و 450 من المجموعة، وبحسب الأحوال الأطباء والجراحين وملاحظي الصحة... إذا هم أرشدوا إلى وسائل تحدث الإجهاض أو نصحوا باستعمالها أو باسروها بالفعل (ف 450 ق ج).

كما يحكم على من قام بالمساعد طبقا للفصل السابق علاوة على تلك العقوبة بالحرمان من مزاولة المهنة إما بصفة نهائية و إما لمدة محدودة (ف 87 ق ج) بالمادة 541 ق ج وقد علق الدكتور أحمد الخمليشي على ذلك بقوله وبذلك يكون المشرع قد خرج في جريمة الإجهاض عن الأحكام المتعلقة بالمشاركة فأعمال المساعدة المعاقب عليها هنا، أعم بكثير في صور المشاركة المحددة في المادة 129 من ق ج، كما أن المساعدة في جريمة الإجهاض يعاقب ولو لم تنفذ الجريمة في حين لا يعاقب المشارك إلا إذا نفذ الفاعل الأصلي الجريمة فعلا⁽¹⁾ والمرض الذي يقدم للطبيب أداة الإجهاض مع علمه بذلك يعاقب بنفس العقوبة التي يعاقب بها الطبيب. والعقوبة المقررة هنا تطبق على من يشترك في عملية الإجهاض حتى ولو لم يكن هناك طبيبا أو جراحا، شريطة أن يكون علما بقصد الفاعل الأصلي وبصفته الفنية.

وهذا ما ذهب إليه القضاء المغربي في قضية عرضت على أنظار ابتدائية ورزازات⁽²⁾.

المبحث الثاني : نموذج تطبيقي لحكم قضائي :

كثر الحديث للأسف الشديد عن ممارسات بعض الأطباء التي تسيء إلى هذه الهيئة وهذه المهنة المفروض أن تكون سامية وشريفة لا يطغى عليها هاجس الربح والاعتناء وذلك بسلك طريق غير مشروعة لتحقيق ذلك،

¹-شرح القانون الجنائي الخاص: للدكتور أحمد الخمليشي، الجزء الأول، ص: 168.

²-غرفة الجنايات: قضية جنائية، عدد 300م/89/336 بتاريخ 1989/12/13، غير منشور موجود في كتاب الأستاذ محمد أغريس 102.

كممارستهم للإجهاض غير القانوني غير مبالين بالقسم الذي أدوه وبتعاليم الشريعة التي تعتبره من جرائم الحدود- ولا بالنصوص القانونية التي تكيفه حسب الأحوال إما جنائية أو جنحة.

وفي هذا الإطار سأعرض نموذجا لقضية اشمأزت منها النفوس عرضت على أنظار استئنافية وجدة حسب ملف عدد 87/130 والتي صدر فيها الحكم بتاريخ 88/05/26 حكم عدد 88/68 وللإشارة فقد تم الطعن فيه بالنقض لكن المجلس الأعلى قام برفض الطلب بتاريخ 90/11/8 تخت عدد 9225، وسنخضع هذه القضية بدورها للدراسة من جانبين: الجانب المادي (وقائع النازلة مطلب أول) والجانب القانوني (السند القانوني مطلب ثاني).

المطلب الأول : وقائع النازلة :

تتلخص وقائع القضية حسب ما ورد في محضر الضابطة القضائية، أنه بلغ إلى علم الشرطة القضائية بواسطة (أ) التي تعمل كمنطقة بمصحة المتهم (ب) بأن هذا الأخير يقوم بعمليات الإجهاض للفتيات والنساء الحوامل- و أنه يقدم الأجنة أكلة لكلبه- بعد طبخها- وبعد استشارة السيد الوكيل العام للملك لهذه المحكمة- قامت الشرطة القضائية بالانتقال إلى عين المكان و أجرت تفتيشا، حيث عثر على كمية من العظام فوق سطح العيادة داخل سطل قرب مربط الكلب، و ثم عرضها على لجنة من الأطباء وأثبتوا بأن العظام المحجوزة لبني الإنسان.

وبعد ذلك أعيد الاستماع إلى المبلغة (أ) التي أوضحت بأنها سمعت من زميلتها (ج) التي تشتغل كمرضة بنفس العيادة بأن المتهم (ب) يجري عمليات إجهاض للفتيات الحوامل خصوصا منهن من حان وقت وضعها، ويقدم الأجنة كاملة أو يقطعها أحيانا بعد طبخها طعما لكلبه.

وعند الاستماع للضابطة القضائية (ج) أكدت أقوال (أ) وأوضحت بأنها شرعت في العمل عند مشغلها منذ سنة ونصف، وخلال هذه المدة علمت بوقوع ثلاث عمليات إجهاض في عيادة المتهم المذكور- الأولى في شهر مارس 86 أجراها لفتة وساعده الممرضة (د) وقد وضعت تلك الفتة طفلا ذكرا حيا- وقد تعمد المتهم قتله وذلك بإغراقه في " لافابو " ثم لفه في خرقة بيضاء ووضعه بجانب السرير الذي كانت تنام عليه والدته والعملية الثانية وقعت في شهر رمضان 89 أجراها المتهم لامرأة وهي في شهر وضعها- إذ أدخلها إلى العيادة مساء و أجهضها ليلا- وفي الصباح لما جاءت إلى عملها وجدت سكيناً لقطع الخبز موضوع فوق " البوتاجي " وقد علمت من الحارس بأنه شاهد من الطبيب وهو يقطع بالسكين المذكور أطراف جثة مولود وقدمها إلى كلبه فرفض أكلها فقام بطبخها وقدمها له فأكلها.

والعلمية الثالثة وقعت في 87/16 حيث ادخل الطبيب فتاة إلى عيادته من اجل إجهاضها وفي صباح الغد قصدت الممرضة تلك الفتاة وعلمت بأنها أجهضت من طرف المتهم ولما صعدت إلى السطح شاهدت الكلب يأكل المولودة، وقد ضبط رجال الشرطة الأم وهي نائمة في العيادة كما عاينوا بعض بقايا المولود داخل السطل فوق السطح.

واستمع رجال الشرطة إلى كل من (هـ) و (د) فأكدت صحة المعلومات التي صرحت بها (ح) و أوضحتا أنهما كانتا حاضرتان في إجراء عمليات الإجهاض وحضرنا واقعة قتل الوليد من طرف المتهم و أنهما لم تبغا اعتقادا منهما بأن ما قام به يدخل في سر المهنة وعند الاستماع إلى الحارس الليلي (و) صرح بأنه شاهد مولودا كامل الخلقة ميتا داخل صحن مملوء بالماء كما أكد أنه في 87/9/16 كلفه مشغله بتقديم جثة مولود ميت إلى كلبه ليأكله ففعل.

كما استمع رجال الشرطة إلى كل من (ز) و (ح) فصرحت الأولى بأن المتهم أجرى لها عملية إجهاض بمساعدة الممرضتين (د) و (هـ)، وقد ازداد لها مولودا حيا سمعته يصرخ بين يدي الممرضة (د) وبعد لحظة عادت وهي تبكي ومن ورائها المتهم و أخبرها هذا الأخير بأن المولود ازداد ميتا تركته في العيادة بعد خروجها، أما الثانية فقد صرحت بأنها كانت حاملا من خمسة أشهر، وقد اصطحبها خالها إلى الطبيب المتهم الذي قام بإجهاضها ولا تعلم إن كان مولودها ازداد حيا أو ميتا- و أوضحت بأنها مصابة بخلل عقلي.

وعند الاستماع إلى الضنين اعترف تلقائيا وبسهولة بقيامه بعدة عمليات إجهاض من بينهم (ز) في الشهر التاسع من حملها حيث ولدت ذكرا حيا، قام بإغراقه في الحوض، وضغط على عنقه حتى اختنق - ثم قطعه أطرافا ثم طبخه في إناء وسلمه إلى الحارس الليلي وأمره بتقديمه إلى كلبه- وسجل في بطاقات البيانات بأن الوليد ازداد ميتا، واعترف المتهم أيضا لدى رجال الشرطة، بإجراء عملية إجهاض للمسممة (ح) التي كانت حاملا في خمسة أشهر والتي وجدت نائمة في عيادته و أنه قدم مولودها ميتا إلى كلبه.

وقد تم الاستماع كذلك إلى بعض الفتيات اللواتي وقع إجهاضهن من طرف المتهم وعددهن ثلاثة، فاعترفن بوضع حملهن عن طريق الإجهاض.

وبعد إنجاز المحضر من طرف الضابطة القضائية في إطار البحث التمهيدي أحالته على السيد وكيل العام للملك الذي أحاله بدوره على السيد قاضي التحقيق، على أن القضية غير جاهزة وكذلك لأن التحقيق فيها إلزاميا.

وعند الاستماع إلى المتهم أمام قاضي التحقيق تراجع عن كل ما اعترف به أمام الضابطة القضائية، ونفى ما نسب إليه أمام المتهمتين (د) و (هـ) قد أكدنا جميع ما صرحتا به أمام الضابطة القضائية في كون المتهم اعتاد القيام

بعمليات الإجهاض في عيادته وقتل الأجنة وتقديمها طعاما إلى كلبه - و أنهما حضرتا واقعة قتل الوليد حيا بعد أن ازداد من المرأة المسماة (و) و أنهما لم تبلغا بهذه الحادثة لاعتقادهما أن ذلك يدخل في سر المهنة.

واستمع قاضي التحقيق إلى المتهم (و) فتراجع عن ما صرح به لدى رجال الشرطة وصرح بأن اعترافاته انتزعت منه عن طريق الضغوط والإكراه، كما استمع إلى المتهم (ز) أكدت ما سبق أن صرحت به لدى رجال الشرطة جملة وتفصيلا واستمع أيضا إلى المتهم (ح) فأكدت جميع ما صرحت به لدى الضابطة القضائية، كما تم الاستماع إلى الشاهدين (أ) و (ج) فصرحت كل واحدة منهما على انفراد بنفس ما صرحت به لدى رجال الشرطة.

وعرضت القضية على أنظار الغرفة الجنائية في عدة جلسات كان آخرها في 88/5/26 حضرها المتهم مؤازرا بدفاعه، كما حضرها المتهمون الموجودون في حالة سراح باستثناء (خ) وبعد الكلمة الأخيرة للمتهمين أعلنت المحكمة عن اختتام المناقشة وحجز القضية في المداولة لآخر الجلسة، وهي الجلسة التي صدر فيها الحكم بالإدانة والعقوبة في حق كل الأضناء.

المطلب الثاني : السند القانوني :

بالنسبة للدعوى العمومية في جانبها الشكلي، فإن النيابة العامة هي التي تحركها بعد تبليغها من طرف المنطقة (أ) بصفتها تمثل المجتمع والدولة وصاحبة الحق الأصلي و الرئيسي في تحريك الدعوى العمومية.

واستنادا إلى البحث التمهيدي الذي أجرته الجهة المختصة المتمثلة في الشرطة القضائية بوجدة.

كما يتضح أن النيابة العامة كيفت الوقائع التكييف القانوني السليم عندما اتهمت المتهم بجناية قتل الوليد حيا عمدا وتلويث جثته، والتمثيل بها وممارسة الإجهاض بصفة معتادة طبقا للفصول 392-397-350-271-272-299-490-454 من ق.ج. وتجب الإشارة إلى أن البحث التمهيدي الذي قامت به الشرطة القضائية خضع للضوابط المسطرية المحددة قانونا، كما أن المحكمة قامت بإدراج القضية بعدة جلسات كما ثم الامتثال للشكليات المسطرية بدءا من استدعاء الأطراف المعنية والاستماع إلى من حضر منهم وبسط دفاعهم لدفعاتهم من خلال المناقشة والمرافعة.

ومن كل هذا يتضح أن الدعوى العمومية خضعت لشروط الشكلية المسطرية، وبالتالي لا يمكن إثارة أي خرق قانوني للقواعد الجوهرية خصوصا و أن المرافعة المتعلقة بالدفاع لم تتضمن أي عيب أو بطلان في المسطرة.

أما بالنسبة للجانب الموضوعي في الدعوى العمومية فلا يمكن التطرق إليه إلا من خلال دراسة الأسس التي ارتكزت عليها المحكمة من أجل إدانة المتهمين، وكذا السلطة التي اعتمدت عليها في تقدير العقوبة.

في خصوص الجانب المتمثل في التحليل والحيثيات، نرى أن المحكمة ارتكزت بالأساس على البينات الواردة في محضر الضابطة القضائية، وبناء على اعترافات أطراف الدعوى.

ومن بينهم المتهم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى اعتمدت المحكمة على شهادة (أ) و (ج) وأقوال باقي المتهمين والتي تفيد جميعها ارتكاب المتهم للجرائم المنسوبة إليه.

وبخصوص الجانب المتعلق بالعقوبة المطبقة على كل متهم سنوردها مفصلة مع اقترانها بالفصول المطبقة قانونا.

المتهم الرئيسي " الطبيب " توبع من أجل جرائم قتل الوليد حيا عمدا وتلويث جثته والتمثيل بها وممارسة الإجهاض بصفة معتادة وعقابه ب 20 سنة حبسا طبقا للفصول : 392-397-350-371-372-454 من ق.ج.

وبمؤاخذة المتهمين (د) و(هـ) و(و) من أجل جريمة عدم التبليغ عن وقوع جناية عقاب كل واحد منهم بسنة حبسا نافذا و 500 درهم غرامة طبقا للفصل 299 من ق ج وبمؤاخذة المتهمين (ز) و(ح) من أجل جرمي الفساد وقبول الإجهاض عن طوعية وعقاب كل واحدة منهما بسنة حبسا نافذا و 500 درهم غرامة طبقا لمقتضيات الفصل 490 من ق ج.

أما بالنسبة للدعوى المدنية التابعة والتي تقدم المطالب بالحق المدني بصفته رئيسا عاما للمجلس الوطني لهيئة الأطباء بدرهم واحد رمزي في مواجهة المتهم (ب) وحيث تبين للمحكمة بعد مراجعتها للفصل 16 من ظهير 84/03/21 المعتبر بمثابة القانون المتعلق بهيئة الأطباء بأن لرئيس المجلس الوطني وحده بعد مداولة المجلس أن يقاضي أو يصلح أو يبرم اتفاق التحكيم.... وبما أن رئيس المجلس المذكور لم يدلي بما يفيد بأنه تداول فعلا فيما يخص رفع هذه الدعوى المدنية في اسمه ضد المتهم مما جعل المحكمة ترى بأن الطلب غير مستوف لهذا الشرط، وبالتالي يتعين عدم قبوله شكلا وبتحميل صاحبها المتقدم بها الصائر.

السياسة العمومية في ميدان التشغيل بالمغرب :

من حكومة السيد عبد اللطيف الفلالي الى حكومة السيد عباس الفاسي



محمد بوكطب :- متصرف بوزارة الداخلية ؛

- باحث في صف الدكتوراه، السنة الثالثة

تخصص التدبير الاستراتيجي للموارد البشرية بالادارة والمقاولات

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة

مقدمة :

إن تحليل السياسات العامة كعلم يرجع إلى هارولد لاسويل H. Lasswell في كتابه the policy science الذي ظهر في خمسينيات القرن الماضي. وكان ذلك العلم مرتبطا إلى حد كبير بالعلوم السياسية، وخاصة بمادة نظام الحكم الأمريكي. ومع ظهور المدرسة السلوكية في بداية الستينيات تزايد الاهتمام بمنهج تحليل النظم في العلوم السياسية الذي اهتم بتحليل مدخلات ومخرجات النظام السياسي¹.

ولعل أول صعوبة تعترض الباحث وهو يغوص في بحر البحث والتحليل، هو صعوبة إيجاد تعريف جامع ومانع حول ظاهرة معينة، مما يحتم علينا استعراض جملة من التعريفات والأفكار، قصد الوصول الى تعريف للظاهرة.

وعليه، تشير الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية، إلى أن السياسات العامة هي سياسات حكومية، كما أنه يمكن استخدام التعبيرين للدلالة على مضمون واحد. فالموسوعة حددت السياسية العامة بكونها: "مجموعة من الأهداف أو البرامج الأساسية التي تصاحبها مجموعة من القرارات، تحدد كيف تصنع الأهداف، وكيف يمكن تنفيذها"².

¹- سيدي أحمد بواجلال: السياسة الحكومية في ميدان التشغيل نموذج - حكومة جطو - ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص 1.

²- علي السهول: الجماعات الضاغطة والسياسة العامة، الاتحاد العام لمقاولات المغرب نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2001 - 2002، ص 49.

ويمكن تعريف السياسات العامة بأنها مجموعة من الخطط والبرامج والأهداف العامة، تعبر عن اتجاه العمل الحكومي لفترة زمنية مستقبلية، بحيث تكون لها المساندة الرسمية، وبذلك فإنها تعتبر نشاطا مؤسستيا إذ لا يمكن لأية سياسة أن تصبح عامة ما لم تتبناها السلطة الحاكمة¹.

ونعني بالسياسات العامة في أبسط اصطلاح لها: "هو ما تقوم به الحكومة وما لا تقوم به من أعمال ونشاطات متباينة، ثم أنها أقصى ما يمتد إليه نشاط كل مستوى من المستويات الحكومية"².

وهناك محاولات كثيرة من أجل وضع تعريف علمي للسياسة العمومية، فيقول بعض مثل Anderson و Bullok و Brady أن: "السياسة العامة هي نط من النشاط الحكومي تجاه موضوع أو شيء له هدف أو غرض معين، فالسياسة العامة هي سلوك تجاه هدف معين وليس سلوكا عشوائيا أو بمحض الصدفة".

ويرى بعض الكتاب مثل Preston و Post: "أن السياسة العامة هي مجموعة من القوانين والأنظمة والممارسات المحددة، إذ يعتبران أنها مجموعة من المبادئ التي ترشد الأفعال التي تتعلق بالمجتمع، وقد تكون ضمنية في أفعال الأشخاص وقراراتهم".

واعتبر Petrs Guy السياسة العامة: "هي أسلوب محدد من الأفعال التي يتخذها المجتمع بشكل جماعي، أو يتخذها ممثلوا ذلك المجتمع، وتنصب على مشكلة معينة تهم المجتمع، أو تعكس مصلحة ذلك المجتمع أو جزءا منه"³.

ومن خلال التعاريف السابقة نستنتج بأن السياسة العامة هي التصورات والبرامج والخطط والإستراتيجيات التي تعتزم الحكومة القيام بها، بحيث تجد هذه السياسة المساندة الرسمية من طرف البرلمان. وبالتالي فالسياسة العمومية، تهم مختلف المجالات والأنشطة من أجل تحقيق الصالح العام.

وتعكس هذه العملية جملة من الخصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية :

1 - إن السياسة العمومية هي بمثابة برنامج متصل يشمل عمليات التخطيط وإعداد القرار والبرمجة، وتشارك فيه عناصر كثيرة تتمتع بدرجات متفاوتة من السلطة والصلاحيات داخل النظام السياسي.

2 - تتفاوت درجة اشتراك المؤسسات السياسية في رسم السياسة العامة من نظام لآخر، بل ومن حقبة إلى أخرى داخل نفس النظام.

3 - إن أي سياسة عامة تخاطب طرف ما :شخص، جماعة، موضوع، هيئة، دولة أجنبية. وهذا القول يظل صحيحا حتى لو كان جوهر السياسة هو تجاهل المشكلة أو الموقف موضوع البحث. إن هذا الطرف المخاطب هو الذي يخلع على السياسة اسمها كأن يقال : سياسة التوظيف، سياسة الصحة...

¹ - محمد الرضواني، مرجع سابق، ص 163.

² - ج. هـ. هيرسون: سياسات وأفكار، ترجمة صلاح الدين الشريف، دار الوزان للطباعة والنشر، القاهرة، 1985، ص 27 .

³ - هذه التعاريف أوردها سيدي أحمد ابوالجال، مرجع سابق، ص 2.

4- تتميز السياسة العامة بطابعها الدينامي المتحرك، إذ هي نتاج أو محصلة تفاعل بين أفراد وجماعات مصالح ومؤسسات حكومية وعوامل خارجية بكل ما يتضمنه ذلك من مشاورات واتصالات وضغوطات تمارسها الأطراف المعنية.

5- تنطوي عملية إعداد السياسة العامة على الكثير من الحسابات والخيارات التي تستتبع طرح مجموعة من التساؤلات.

6- يرتبط إعداد أية سياسة بقضية أو مجال معين، وبنطاق معين¹.

و بالتالي، ولكي تكون هناك سياسة عمومية لا بد من هذه المراحل :

1- المعرفة بالمشكلة : تبدأ إعداد السياسة إثر إحاطة الحكومة علما بموقف أو مسألة أو مشكلة معينة، وتعلم الحكومة بالمشكلة إما عن طريق أحد صانعي السياسة في البرلمان أو الجهاز التنفيذي أو عن طريق إحدى إدارات الحكومة أو جماعة مصلحة أو الصحافة أو الشعب بوجه عام.

2- جمع الحقائق والتشاور مع الأطراف المعنية بالمشكلة قيد الاهتمام التي تمثل مصادر الحصول على المعلومات اللازمة لرسم السياسة العامة. وبرغم أن الحكومة، في أية دولة، تملك القدرة على فرض السياسة التي تراها. إلا أنه من قبيل حماقة وقصر النظر أن تدير الحكومة ظهرها لمشاعر وآراء القطاعات الشعبية التي تتوجه إليها السياسات العامة.

3- صياغة السياسات البديلة: وهو ما تنهض به الأطراف صاحبة المصلحة والمؤسسات العامة والإداريون الذين لهم اتصال ومعرفة بالمشكلة أو الذين تقع المشكلة في نطاق اختصاصهم، والأغلب أن تشهد هذه المرحلة بروز المؤيدين والمعارضين وتحديد نقاط الخلاف والاتفاق.

4- النقاش العام: تخضع مختلف بدائل السياسة المقترحة لنقاش يحدث داخل المؤسسات الحكومية، طبقا للإجراءات الدستورية وما استقر عليه العمل. كما يجري النقاش داخل مؤتمرات تعقدها الأحزاب أو جماعات المصلحة وعلى صفحات الجرائد، بل وفي الحملات الانتخابية.

5- اتخاذ القرار: تتضمن المرحلة الخامسة صدور قرار سلطوي أو ملزم من قبل الجهات الرسمية المختصة، ويعني ذلك حسم الاختيار بين البدائل المقترحة لصالح إحداها لتصبح بمثابة سياسة العامة.

6- تنفيذ السياسة : ويتطلب ذلك وسائل كافية للانتقال إلى حيز التنفيذ ورغبة في الانصياع له. ولهذا قد تفشل عملية التنفيذ أو ينتابها القصور بسبب تقصير واضعي السياسة في توفير الإعتمادات المطلوبة، أو بسبب تقصير القائمين على التنفيذ سواء كانوا إداريين أو ضباط شرطة أو جيش.

¹- عادل احمد غالب الحريبي : السياسة العامة في اليمن دراسة تحليلية لسنوات ما بعد الوحدة نموذج (التعليم والصحة)، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2000 - 2001، ص 7.

7 - التغذية العكسية: وهي آخر حلقة في عملية صنع السياسة وعن طريقها يعلم واضعو السياسة بما فيها من أوجه قوة أو ضعف وما رتبته من آثار متوقعة وغير متوقعة¹.

وعليه، إذا كانت المراقبة تهدف إلى التحقق من مدى تطبيق السياسات العمومية، من طرف الموظفين الموكلين إليهم تنفيذها دون الاهتمام بآثارها ونتائجها المتوقعة وغير المتوقعة على البيئة، ودون أخذ بالبعد الشمولي للتدخل العمومي في الحساب، فإن النتائج المتمخضة عنها لن يكون لها دور كبير في تحديث التدبير العمومي وحل أزمته².

وإدراكا من الحكومة بأن اشكالية سياسة التشغيل تمر بالضرورة عبر تحقيق نمو اقتصادي مرتفع ومستديم، كفيل بتحقيق دينامية اقتصادية جديدة ومنتجة للثروات وفرص الشغل، فقد سخرت كل جهودها من أجل توفير الشروط الملائمة لجعل الاستثمار محركا رئيسيا للاقتصاد الوطني.

وهكذا، فقد تم تبني مقاربة اقتصادية ترمي إلى تحفيز الاستثمار الوطني، وإلى تأهيل النسيج الإنتاجي بصفة عامة، وإلى الرفع من تنافسيته من خلال تطوير المهن الجديدة بالمغرب، ودعم الفروع الصناعية ذات المؤهلات الواعدة، ومواصلة دعم المقولة الوطنية لمسايرة مستجدات الانفتاح الاقتصادي العالمي، باعتماد تدابير تحفيزية تساعد على الرفع من إنتاجيتها وتحسين تأطيرها. وفي هذا الإطار، يشكل المخطط الجديد للاقلاع الاقتصادي والاوراش التنموية التي أعطى صاحب الجلالة نصره الله انطلاقتها، أهم مرتكزت هذه السياسة الاقتصادية والتي من شأنها أن تساهم بشكل كبير في خلق فرص عمل منتجة والتقليص من نسبة البطالة بشكل ملموس.

وحيث أن الانعكاس الإيجابي للتنمية الاقتصادية على التشغيل قد يتأخر في الظهور جليا في سوق الشغل، فإن الدولة قد تتدخل في هذه السوق بواسطة سياسات التشغيل العمومية. هذه الأخيرة عبارة عن اجراءات وتدابير، الغرض منها التأثير على سلوك المشغلين، وطالبي العمل على السواء. وخاصة من خلال التخفيض من كلفة التشغيل بالنسبة للمشغل، ودعم قدرات حظوظ التشغيل لدى طالب العمل.

وامتدادا للجهود التي قامت بها الحكومة في مجال إنعاش التشغيل، وعلى ضوء تشخيص الصعوبات والعوائق التي اعترضت تنفيذ البرامج الحكومية السابقة، وفي ظل تزايد أعداد البطالة والتداعيات التي تخلفها اجتماعيا واقتصاديا، فقد وجه جلالة الملك نصره الله خطاب إلى الأمة في يوليوز 2005 بمناسبة عيد العرش، حث على إيلاء العناية الكاملة لسياسة تشغيل الشباب، وكذلك من خلال المبادرة الوطنية للتنمية البشرية التي أعطى انطلاقتها من أجل تنفيذ المشروع المجتمعي التنموي.

وفي ذات السياق، تم تنظيم الأيام الوطنية "مبادرات التشغيل" أيام 22 و 23 شتنبر 2005 بالصخيرات تحت رئاسة السيد الوزير الأول، وقد شارك في هذه الأيام الهادفة إلى خلق ديناميكية جديدة حوالي ألف مشارك يمثلون المؤسسات التشريعية، والإدارات والمؤسسات العمومية، والجامعات، والمعاهد العليا والفرقاء الاجتماعيين، والمؤسسات المالية والمقاولات الكبرى والمنظمات غير الحكومية، وهيئة الإعلام والهيئات الدولية، للوصول إلى توافق حول خلق تدابير ملموسة لإنعاش التشغيل المباشر لحاملي الشهادات.

¹ - علي السهول، مرجع سابق، ص 61

² - العرابي الغمري: تحديث الإدارة الترابية للدولة في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2003 - 2004، ص 153.

وقد انتظمت أشغال هذه المناظرة في أربع لجان موضوعاتية وهي كالاتي :

❖ لجنة إنعاش التشغيل المأجور؛

❖ لجنة ملائمة التكوين والتشغيل؛

❖ لجنة دعم إحداث المقاولات؛

❖ لجنة الحكامة في سوق الشغل.

الإشكالية المطروحة :

إن هذا البحث يحاول معالجة إشكالية أساسية، وهي ما مدى فعالية السياسات الحكومية في ميدان التشغيل؟

خطة البحث :

اذن ، فمن خلال السياسة عمومية التي وضعتها الحكومة، والاشكالية المطروحة أعلاه، يجعلنا نقسم هذا البحث إلى فرعين: مضمون برامج التشغيل (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تقييم حصيلة مبادرات التشغيل (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أهمية التشغيل في البرنامج الحكومي :

إن عصرنة الاقتصاد ومواجهة المقتضيات الجديدة للمحيط الاقتصادي الذي يفتح بلادنا تدريجيا من الآن وإلى غاية 2010 للمنافسة العالمية، يتطلب مجهودات كبيرة لإعادة هيكلة وتكييف المقاولات المغربية.

ولن يتأتى ذلك إلا عبر تنشيط العمل المأجور من خلال سن تحفيزات لخلق مناصب العمل لفائدة المقاولات، وتحسين القدرة التشغيلية وأهميته في البرنامج الحكومي (الفقرة الأولى)، وكذلك خلال البرامج التالية: إدماج (الفقرة الثانية)، وبرنامج تأهيل (الفقرة الثالثة)، ثم برنامج مقاولتي (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى : التشغيل في البرنامج الحكومي :

يشكل البرنامج الحكومي أهم إطار سياسي يوضح بشكل عام ومركز التوجهات العامة للحكومة، أو إستراتيجياتها خلال مدة معينة ومحددة.

وقد حظيت مسألة التشغيل بدرجات متفاوتة من الأهمية*، ضمن مختلف البرامج الحكومية. لذلك سيتم التركيز على الفترة الممتدة من حكومة عبد اللطيف الفيلالي إلى حكومة عباس الفاسي. وفيما يخص البرنامج

* لقد جعل صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني قضية التشغيل في المرتبة الأولى ضمن سلم الأسبقيات. ولمواجهة ذلك التحدي، فإن استراتيجيات وطنية شمولية وحدها فقط كان يمكنها أن تفقد إلى ديناميكية إحداث الشغل، من خلال تعبئة كل الفاعلين وكل إمكانياتنا من أجل تنمية وتوسيع عروض العمل، والحفاظ على مناصب الشغل المتوفرة، وذلك عن طريق نمو مدعم ومستمر، وسياسات فعالة ومرنة لسوق الشغل.

ويبقى خطاب عيد الشباب بتاريخ 8 يوليوز 1998 مرجعا هاما وإطارا أساسيا لسياسة التشغيل بالمغرب، حيث تطرق لأزمة البطالة بالمغرب ولائرها السوسيو اقتصادي، كما أكد على مختلف الإجراءات والتوجهات المتخذة حيث قال: "... لقد توالت مشاريع التنمية الوطنية والتشغيل بإنشاء مكتب التكوين المهني وإحداث أوراش للإنعاش الوطني وتوسيع مجالات الشغل و إحداث المجلس الوطني للشباب والمستقبل، ومؤخرا يوضع برنامج للتكوين والإدماج لشبابنا الحامل للشهادات..."

كما أعلن في هذا الخطاب عن إجراء قانوني يتعلق بسياسة التشغيل بالمغرب، والمتمثل في القانون الإطار المتعلق بالتكوين من أجل إدماج الشباب حاملي الشهادات، والذي قال عنه: "... إن هذا القانون إذا طبق بمنصوصه ومعقوله ومفهومه سيتيح لنا تشغيل 25 ألف شابا وشابة كل سنة...".

كما أعلن في هذا الخطاب عن الدعوة الملكية بضرورة عقد ندوة وطنية حول التشغيل بالمغرب... "ندعو إلى ندوة أخرى في نفس الموسم تكون مهمتها الانكباب على تتبع تطبيق هذا القانون وجانبياته، وسوف نجتمع حول مائدة واحدة: الحكومة والجهاز التشريعي والجماعات المحلية والمصالح العمومية وشبه العمومية والتجار وأرباب العمل والصناعات والخدمات وكل من له صلة بالتشغيل والتكوين المستمر لإدماج شبابنا في مجتمعنا دون أي ثغرة في التنمية".

أما الخطاب الملكي لـ 8 يوليوز 1999 فقد تميز بكونه ربط بين التشغيل من جهة، وبين إشكالية التربية والتعليم والتكوين والاستثمار والتنمية الاقتصادية من جهة أخرى. كما تطرق جلالته في هذا الخطاب إلى أن عملية خوصصة الشطر الثاني من الرخصة المتعلقة بالهاتف النقّال G.S.M، والتي قدر اجراءها بـ 400 مليون دولار، ستمكن من جلب إيراد فعلي قدره مليار دولار أي 11 مليار درهم. ذلك أن السبعة ملايين الفائضة سيكون لها مغفول مضاعف من شأنه أن يوضع إلى حدود سنة 2001 رهن إشارة البرنامج المخصص لتشغيل الشباب، ولهذا سيتم فتح صندوق خاص لتمويل أوراش للتجهيز وخلق أنشطة إنتاجية.

= وعند افتتاح الندوة الوطنية الأولى للتشغيل بتاريخ 12 دجنبر 1998، تمحور الخطاب الملكي حول ضرورة تجاوز المفهوم التقليدي للتشغيل: "... إذ لم يعد التشغيل يعني بالضرورة إتاحة وضعية للتاجر أو التوظيف بالنسبة للأشخاص العاطلين، وإنما ينبغي أن ينظر إلى التشغيل ويمارس باعتباره موردا للدخل ومساهمة في خلق الثروة المجتمعية..."⁽²⁾، "... فالمفهوم التقليدي للتشغيل يجب أن يتطور إذن، وأن يتجاوز المنطق القائل بأن شهادة تعادل ضمان عمل وأن التوظيف بالإدارة العمومية من حقوق العاطل".

ويشكل تنشيط التنمية المحور الجوهري الذي تقوم عليه استراتيجية التشغيل. فالأمر يتعلق بتوظيف الترابط بين السياسات الماكرو – اقتصادية والسياسات الهيكلية لضمان تنمية مستدامة وخالقة لفرص العمل، وخاصة بتوفير الشروط اللازمة لتنشيط الاستثمارات.

وانه لمن الضروري، من أجل تمكين الفاعلين من العمل في مناخ اقتصادي ومؤسسي ملائم، إلغاء العراقيل الإدارية التي تعترض إحداث المقاولات والتخفيف من التبعات الجبائية والاجتماعية على المقاولات في مرحلة الانطلاق مع تحديث البنيات التحتية لاستقبال الاستثمارات وتعزيز البحث عن الأسواق والمستثمرين الأجانب وحول دور المقاولات الصغرى والمتوسطة في خلق فرص مهمة للشغل مع مراعاة الخصوصية الجهوية قال جلالته: "... وهنا تكمن مسؤولياتكم في البحث في مشاكل التشغيل انطلاقا من تعددية المظاهر والعلاقات المرتبطة بمشاكل التشغيل، إنطلاقا أيضا من الخصوصيات الجهوية والمحلية لبلادنا، وذلك بتعبئة كل الطاقات ولا سيما إحداث مقاولات وصناعات صغرى ومتوسطة وبالتحفيز على التشغيل الذاتي في حرف الصناعة التقليدية وامتثال مهني الخدمات والتجارة... فالاستثمار الضروري لإحداث شغل من خلال مشروع صغير قد يقتضي بضعة آلاف من الدراهم".

وقد تطرق الخطاب إلى أهمية إصلاح نظام التعليم والتكوين باعتباره مدخلا مهما لحل معضلة ومشكلة التشغيل: "... إن قضية الشغل ومشكلة التشغيل تقودنا حتما إلى الحديث عن قضية جوهرية وهي إصلاح نظام التعليم، هذا الإصلاح الذي لاشك في أنكم تدركون أهميته القصوى في مجال مستقبل اقتصادنا الوطني وتنمية قدراتنا التنافسية اتجاه تحديات العولمة، نلتم أن طبيعة العلاقة بين التكوين والتشغيل تقتضي من المربين وأصحاب القرار أن يفصلوا بين متطلبات أعداد أجيالنا المتمثلة في أربعة مرتكزات وهي: التكيف المستمر لمسالك التكوين لملاءمة وتيرة التطور لسوق العمل، الأخذ بيد الشباب المتعثر في دراسته عن طريق التكوين المهني قصد إدماجه في عالم الشغل وإحداث جسور على امتداد مداخل الدراسة بين مختلف أنواع التكوين المهني والجامعي بكل مستوياته، وأخيرا تعميق التكوينات المندمجة في التكوين المهني والتكوين المتعاقد. وهذا ما يوضح لكم ضرورة وضع مشكلة التشغيل في إطارها البنيوي اقتصاديا واجتماعيا وتربويا وثقافيا وتفعيل آليات تطويقها من منظور متكامل".

هذه إذن "... أول ندوة وطنية تجتمع للنظر في هذا المشكل، مشكل البطالة الذي يهم الجميع، جميع أنواع الشباب، شباب المدن وشباب البادية، الشباب الحاصل على الشهادات العليا والشباب الحاصل على الشهادات الوسطى، هذه أول ندوة تجتمع للنظر في هذا المشكل وتستعمل- ولي اليقين- أنها تستعمل بجد وجدية وبروح وطنية، تلك الروح الوطنية التي جعلتنا نحرر البلد وهي التي ستجعلنا نحرر المواطن المغربي ليصبح في داخل نفسه مكرما ومعتبرا ومحترما".

بنفس الخطى والفلسفة والمنهجية والتصورات، مضت خطب صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله في إيلاء العناية اللازمة، والمكانة الكبيرة لاشكالية التربية والتشغيل ضمن انشغالاته، وتجسد ذلك في أول خطاب للعرش يوم 30 يوليوز 1999 حيث صرح جلالته قائلا "... وسنولي هذا المشروع – الميثاق الوطني للتربية والتكوين – ما هو جدير له من عناية تتناسب وما نعلق عليه الآمال في هذا المجال الحيوي وفي التغلب على البطالة ومحو آثارها وفتح أبواب الشغل".

كما ركز خطاب 20 غشت سنة 2000 على معضلة البطالة معتبرا أن السبب الأساسي فيها هو انعدام التكوين المناسب وعدم مواكبة التقدم العلمي مع ضعف النسيج المقاولاتي.

الحكومي الأول والذي ألقاه السيد عبد اللطيف الفيلالي أمام مجلس النواب بتاريخ 5 مارس 1995¹، تطرق لمشكل البطالة باعتباره مشكل معقد وهيكل، " وأعترف بأن التعامل الروتيني والتقليدي مع هذا المشكل غير ذي جدوى...² ".

وإذ نقوم بقراءة ذلك البرنامج، نجد أنه قد وقف عند هذا الحد، أي حد الاعتراف بوجود مشكل دون أن يطرح أي حل، أو برنامج حقيقي، أو أي إجراء من شأنه بلورة مفهوم، أو سياسة معينة لسياسة التوظيف، قصد معالجة هذا الوضع بشكل علمي وواقعي وملموس.

أما البرنامج الحكومي الذي تقدم به السيد عبد الرحمن اليوسفي بتاريخ 17 أبريل 1998³ أمام البرلمان، فإنه اعتبر مسألة التشغيل ومحاربة البطالة، ضرورة ملحة ضمن العمل الحكومي ومن أهم أولوياته. وقد تم ربط البطالة بمستوى النمو الاقتصادي وبمستوى الاستثمار المتوقع. وفي هذا الصدد يقول السيد الوزير الأول: "... تعتبر البطالة أهم المظاهر الرئيسية للإقصاء الاجتماعي، فبطالة الشباب حاملو الشهادات والبطالة الطويلة الأمد تشكلان على الخصوص مصدر قلق بالنسبة للمجموعة الوطنية، لذا فإن التشغيل سيكون في صميم انشغالات الحكومة، وسيشكل حجر الزاوية في سياستنا الاجتماعية.

وفي هذا الصدد، يجب التأكيد على أن هذه المعضلة تكتسي بعدا خطيرا، يستدعي التزاما جماعيا ومسؤولا من طرف كافة الشركاء الاقتصاديين والاجتماعيين والسياسيين المعنيين في إطار لقاء وطني للتشغيل، وذلك من أجل توافق الجميع حول ميثاق وطني للتشغيل...⁴ ".

ثم تطرق البرنامج كذلك، إلى مجموعة من التدابير الأساسية التي تهم الإدماج الاقتصادي عبر تفعيل الاقتصاد والاستثمار وتأهيل المقاولات، وهي نقطة اعتبرها التصريح إستراتيجية. كذلك تدبير سوق الشغل عبر إنشاء مؤسسة أو وكالة وطنية للوساطة، وفي هذا الصدد يقول السيد الوزير الأول: "... وستسهر الحكومة فوراً على إحداث جهاز وطني للوساطة بين العرض والطلب في سوق الشغل ووضع برامج للأشغال ذات النفع العام. كما ستعمل على إيلاء أهمية قصوى للتكوين المهني من خلال العمل على بلورة رؤيا وأهداف واضحة لدوره في إدماج

وعليه، فإذا تتبعنا مضمون هذه الخطب لرأينا كيف تعاملت مع هذه المعضلة. لقد تميزت الخطابات الأولى قبل التسعينات عند معالجتها لقضية التشغيل بالمغرب دون طرح أي تصورات أو إجراءات عملية.

اذن، يمكن اعتبار خطاب العرش 8 يوليوز 1999 قد أرسى الخطوط العريضة في التعامل مع قضية التوظيف والتشغيل، إذ المتابعة تمت بالعملية والاجراء على أرض الواقع. بحيث تم وضع تصور عام وشمولي واضح المعالم لسياسة التشغيل، وذلك بوضعه اليد على مكان الخلل، واسبابه، وإشكالياته الاقتصادية والاجتماعية، بربطه وملاءمته بين محددات نظام التربية والتكوين وسوق الشغل مع تفعيل الاستثمار من جهة، وتأهيل قطاع المقاولات لضمان تنمية اقتصادية مستدامة كفيلة بخلق فرص للشغل من جهة أخرى.

بهذا التصور، يكون الخطاب الملكي قد حدد للحكومة المغربية المفهوم الجديد لسياسة التشغيل، وكيفية التعاطي مع هذا الملف، المتعدد المقتربات، والمتداخل المجالات، متجاوزين المفهوم التقليدي له، الذي كان يعتبر الدولة هي الفاعل الأوحد داخل المجتمع المغربي.

¹ - برنامج حكومة عبد اللطيف الفيلالي أمام البرلمان 5 مارس 1995 ج. ر. ع 4296 بتاريخ 3 مارس 1995.

² - نفس المرجع أعلاه.

³ - برنامج حكومة عبد الرحمن اليوسفي أمام البرلمان بتاريخ 17 أبريل 1998.

⁴ - نفس التصريح أعلاه.

الشباب في الحياة المهنية، وذلك بملاءمة التكوين لمتطلبات الحرف الجديدة وتحديث مناهج وأدوات التكوين وتشجيع الشراكة بين مؤسسات التكوين والمنظمات المهنية...¹.

لذلك، "فإن على الحكومة اليوم أن تواجه تحديات ذات بعد تاريخي، وفي ظرفية تتسم بتطلعات اجتماعية متعددة وملحة. فإصلاح الإدارة والعدل، والنمو، وإحداث مناصب الشغل، وتأهيل تنافسية النسيج الاقتصادي، والتحكم في التوازنات والانفتاح، وإصلاح النظام التربوي، والاندماج في مجتمع الإعلام، والتضامن والعدالة الاجتماعية تشكل جميعها ركائز لمواجهة تلك التحديات. وهذا ما يتطلب مقاربة جديدة للتدبير الحكومي.

على أن الاستجابة لهذه التطلعات المتعددة تتطلب عملا ذا نفس طويل يركز على منظور إستراتيجي ومنهجية شمولية، أو تتطلب بعبارة أخرى، رد الاعتبار للتخطيط، وذلك على أسس جديدة...².

لقد وضع البرنامج مقارنة شمولية لسياسة التشغيل تهم الإطار القانوني والاقتصادي والمؤسسي، كما وضع إطارا مرجعيا لمختلف المتدخلين في سوق الشغل، وتحديد الأهداف التي تحظى بالأولوية، والتي ينبغي تحقيقها في مجال إنعاش التشغيل.

فمثل هذه المقاربة لم تكن مطروحة في البرامج الحكومية السابقة، حيث لم يتم وضع أي إستراتيجية واضحة وعملية، من شأنها أن تؤطر العمل الحكومي وتطبقه على أرض الواقع.³

إن بلورة وتنفيذ تلك الاستراتيجية يشكّلان القرارات القوية للحكومة، الهادفة إلى جعل عمل السلطات الحكومية أكثر انسجاما في ميادين التنمية الاقتصادية، والتكوين وإنعاش التشغيل، وخلق تكامل بين الإجراءات المتخذة في هذه الميادين وتلك التي يتخذها الشركاء.

إن الحكومة بالتزامها بوضع إستراتيجية شمولية من أجل التشغيل ترمي إلى تحقيق أهداف متكاملة وهي :

- توسيع إمكانية العمل لتمكين طالبيه من الاندماج في الحياة النشطة والمساهمة في التنمية وثراء المجتمع المغربي؛

- الحفاظ على كرامة العمال من خلال المحافظة على استقرار الشغل المؤهل بواسطة سياسات نشطة ومرنة لسوق العمل؛

- إن الحكومة ترغب في أن يشاطرها الشركاء الاجتماعيون هذه الأهداف ويساهموا في تحقيقها.⁴

وفيما يخص التصريح الحكومي لحكومة التناوب، والذي تم تقديمه في منتصف شهر يناير 2000، فقد تم الحديث عن سياسة التشغيل بنوع من التفصيل والأجراً، إذ تم تقديم الحصيلة العملية لمجموعة من الإجراءات، والتي تنوي الحكومة تفعيلها ومن أهمها:

¹ - نفس التصريح اعلاه.

² - تصريح حكومة عبد الرحمن اليوسفي أمام البرلمان، مرجع سابق.

³ - فؤاد مذكري، مرجع سابق، ص 68.

⁴ - وزارة التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني: مقترحات من أجل استراتيجيات لإنعاش التشغيل، الندوة الوطنية حول التشغيل 1998، ص 14.

- التوجهات الإستراتيجية الكبرى لسياسة وطنية للتشغيل، والتي شرعت الحكومة في تنفيذها منذ عقد ندوة مراكش والتي تبناها البرنامج الحكومي الأول؛
- خلق الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، قصد تدبير محكم لسوق العمل الوطني من خلال التحسين النوعي لعروض وطلبات الشغل؛
- بلورة برنامج التشغيل الذاتي لحاملي الشهادات، وتنفيذ برنامج التكوين من أجل الإدماج، وكذا برنامج التكوين التأهيلي؛
- إعادة هيكلة ديون المقاولين الشباب مع إعادة النظر في الإطار المنظم لصندوق النهوض بتشغيل الشباب؛
- تقوية برنامج مشاتل المقاولات الموجهة للمراكز الصغرى والمتوسطة بتعاون مع الجماعات المحلية¹.

وفي 20 غشت 2002 تقدم الوزير الأول الأستاذ عبد الرحمن اليوسفي بخطاب يقدم فيه حصيلة العمل الحكومي أمام مجلس النواب إذ قال: ".....وتقديم هذه الحصيلة أمر منطقي في البلدان الديمقراطية، لكننا نسجل باعتزاز أن هذه أول مرة بالمغرب، تقوم فيه الحكومة بمثل هذه المبادرة، وهذا أسمى تعبير عن التعامل الحضاري مع مختلف مكونات البرلمان... وترى حكومة التناوب من صميم الانتقال الديمقراطي، أن تسن هذا العرف ترسيخا لدولة المؤسسات وإرساء لثقافة جديدة في تحمل المسؤولية على أعلى مستوى في أجهزة الدولة...²" وأضاف السيد الوزير قائلا: "...ولتجاوز وضعية كهذه، برزت ضرورة تحقيق قفزة وطنية نوعية، عمل التصريح الحكومي الذي تشرفت بتقديمه أمامكم في أبريل 1998، على بلورتها من خلال الميثاق من أجل التغيير، حيث انصهرت جهود الحكومة منذ البداية في سن مقاربة لتدبير الشأن الحكومي تقوم على مبادئ محورية تؤسس لمغرب الغد وكان التركيز على العنصر البشري، أو بعبارة أخرى تتمين الموارد البشرية تربية وتكويننا، وترسيخ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، كما عملنا على رد الاعتبار للمخطط مع تحديث أساليبه بهدف التوفر على رؤية بعيدة...³".

إن ما يمكن قوله من خلال ذلك التصريح المقدم من طرف الأستاذ عبد الرحمن اليوسفي، أنه أكثر فعالية وعملية وأجراة من حيث وضعه لسياسة تشغيل واضحة، كما تميز باعتماده على إحصائيات وأرقام وجداول زمنية للتنفيذ، مع تحديد مصادر وأدوات التمويل.

أما البرنامج الحكومي الذي تقدم به السيد إدريس جطو الوزير الأول أمام مجلس النواب، يتضح لنا التحول الذي وقع في السياسة الحكومية، إذ تم الانتقال من سياسة التوظيف إلى إنعاش التشغيل كبديل حقيقي. تلك السياسة التي أبانت منذ الوهلة الأولى، على أن الحكومة المغربية غير قادرة على نهج سياسة التوظيف في القطاع العمومي بسبب المشاكل التي يتخبط فيها اقتصادنا بدرجة كبيرة.

هذه الوضعية المتردية - والتي يعرفها الجميع -، والتي من بين أسبابها هو تضخم الأجهزة الإدارية وما سبب ذلك من ثقل على الميزانية العامة للدولة، بالإضافة إلى التبذير والاختلاسات، جعلت الحكومة تنتهج سياسة التشغيل كبديل من أجل التخفيف من وطأة البطالة، ويتضح ذلك من خلال ما قاله السيد الوزير الأول "... ونظرا لأهمية

¹ - عرض السيد الوزير الأول أمام مجلس المستشارين 17 يناير 2000.

² - خطاب الوزير الأول الأستاذ عبد الرحمن اليوسفي بمناسبة تقديم حصيلة العمل الحكومي أمام مجلس النواب 2002 - 08 - 02.

³ - خطاب الوزير الأول الأستاذ عبد الرحمن اليوسفي بمناسبة تقديم حصيلة العمل الحكومي أمام مجلس النواب 2002 - 08 - 02.

التشغيل بالنسبة لشبابنا، بوجه خاص، واقتصادنا بوجه عام، فقد عقدنا العزم على التصدي لمعضلة تفاقم البطالة والسعي إلى إعادة الأمل لشبابنا، وإيجاد الحلول وفي أسرع الآجال، لإنتظارات شرائح عريضة من المواطنين.

وعليه، واعتبارا لكون العجز السنوي من فرص الشغل يتراوح ما بين 30 و 40 ألف منصب، فإن تداركه لن يتأتى إلا باعتماد سياسة كفيلة بامتصاص هذه النسبة من البطالة...¹

لذلك فإن اعتبار سياسة إنعاش الاستثمار أولى الأولويات لخلق الثروات، ومنح فرص الشغل، بحيث اعتبرت تلك السياسة الدعامة الأساسية، والركيزة المتينة لأي سياسة تنموية هدفها توفير المناخ الملائم للمقاول، وتحسين ظروف استقطاب رؤوس الأموال. وبالتالي الارتهان على الحقل الاقتصادي، باعتباره رافعة جيدة لمعادلة التشغيل، لأن الحلول الاجتماعية أبانت عن قصورها وثقل عبئها على النفقات العمومية؛

بالإضافة إلى ذلك، فإن قضية التشغيل مرتبطة بالأساس بإصلاح وهيكلة وتحديث أنظمة التربية والتكوين. فمطابقة التكوين لمتطلبات سوق الشغل، وإصلاح الشعب والمسالك التي يواجه خريجوها صعوبات التشغيل، تشكل كلها مفاتيح ضرورية للحد من معضلة البطالة مستقبلا. وكذلك، إيلاء العناية الفائقة لقطاع التكوين المهني الذي سيستفيد منه زهاء 400.000 ألف خريج خلال الفترة الممتدة ما بين 2003 و 2007؛

وقد اتخذت الحكومة عدة تدابير من أجل التخفيف من حدة البطالة، وذلك بنهجها سياسة تهدف إلى أن معركة التشغيل - كما جاء في البرنامج الحكومي -، ستشمل كذلك مؤسسات الوساطة، والتوجيه، والتحفيز، وآليات إدماج الشباب. وفي هذا الإطار، عملت الحكومة على خلق مؤسسة الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، والتي لعبت دور الوساطة لفائدة الشباب الباحثين عن العمل، أو الشغل من جهة، وكذلك بالنسبة للمقاول من جهة أخرى. كما أن برنامج التكوين للاندماج الذي ساهم في ولوج عدد هام من المستفيدين بسوق الشغل، بحيث يستفيد من هذا البرنامج ما بين 20 و 25 ألف من الشباب حاملي الشهادات سنويا.

إن البرنامج الحكومي المقدم أمام مجلس النواب، كان خاليا من الأرقام والمعطيات، ومن أجل بلورة تلك الأهداف والتصورات والإستراتيجيات على أرض الواقع، كان لابد من الانتظار حتى نلمس تلك التصورات على أرض الواقع. ولقد تأكد ذلك من خلال تقديم حصيلة العمل الحكومي أمام البرلمان، حيث جاء في التصريح ما يلي: "... يبلغ الاستثمار الإجمالي لهذه الاتفاقيات قرابة 7.4 مليار درهم، كما توفر أزيد من 9000 منصب شغل، في قطاعات الصناعة والسياحة والتجارة والتوزيع، والنسيج والتكنولوجيا الحديثة للإعلام. ولقد بدأنا نلمس بالفعل الآثار الإيجابية لارتفاع حجم الاستثمارات، خاصة على التشغيل، حيث أن نسبة البطالة على الصعيد الوطني قد عرفت تراجعا نسبيا، إذ انتقلت من 12.5 % خلال الثلاثة أشهر الأخيرة لسنة 2001، إلى 11.9 % في الثلاثة أشهر الأولى لسنة الجارية، كما انتقلت نسبة البطالة في الوسط الحضري من 20.1 % إلى 19.6 % خلال نفس الفترة"².

أما فيما يخص قطاع التكوين المهني، والذي أولته الحكومة عناية بالغة، فقد جاء في الحصيلة ما يلي: "... لقد حرصنا على تهيئ البرنامج الحكومي على إيلاء قطاع التكوين المهني الأهمية البالغة، والتي يستحقها كعامل

¹ - البرنامج الذي تقدم به السيد الوزير الأول إدريس جطو أمام مجلس النواب بعد ما قام جلالة الملك نصره الله يوم 02 رمضان 1423 نوفمبر 2002 بتعيين أعضاء الحكومة.

² - خطاب السيد إدريس جطو الوزير الأول أمام مجلس النواب حول حصيلة الأولوية لإنجازات الحكومة يوم 10 - 07 - 2003.

أساسي لتطوير الكفاءات، وتأهيل المقاولات، وتيسير إدماج الشباب في الحياة العملية... فقد تم تسجيل نتائج إيجابية، حيث بلغ العدد الإجمالي للمتدربين برسم السنة الجارية 196 ألف بالتكوين الأساسي، أي بزيادة إيجابية تقدر ب 12 % مقارنة مع السنة الفارطة".¹

ويضيف: "... واعتبارا لهاته النتائج الأولية الجذبة المشجعة، فنحن على يقين أننا سنتمكن إن شاء الله من تجاوز التوقعات التي التزمنا بتحقيقها في التصريح الحكومي، والتي حددناها في 400 ألف خريج خلال الفترة 2003 و 2007، حيث من المنتظر أن يفوق هذا العدد 650 ألف مستفيد خلال نفس الفترة من خريجي القطاعين العام والخاص".²

لقد اعتبرت ندوة مراكش المقررة من طرف الملك الحسن الثاني طيب ثراه، بمثابة الطريق والنبراس لكل من حكومة التناوب التوافقي و حكومة إدريس جطو، حيث سارت كلا الحكومتين على التوجهات الأساسية التي أرسى قواعدها، وخطاطاتها، وتصوراتها، وإستراتيجياتها، واضعها الأول جلالة الملك الحسن الثاني طيب ثراه.

وبنفس التوجه، سارت حكومة عباس الفاسي حيث تقدم وصرح³ بأن حكومته ستولي العناية والاهتمام اللازمين لقطاع التشغيل، لما يمثله هذا الملف من حساسيات على الصعيد الوطني.

وفي هذا الصدد يقول السيد الوزير الأول: "... إن خلق مناصب شغل جديدة ليعتبر هدفا رئيسيا للحكومة، التي ستبذل كل الجهود لفتح أبواب الأمل للشباب، وتوفير حياة كريمة لكل المغاربة. وبما أن النسيج الاقتصادي يخلق سنويا أكثر من 98 % من مناصب الشغل، فإن الحكومة تستهدف رفع معدل نسبة النمو ليصل إلى 6% سنويا، عوض 5% خلال الخمس سنوات الأخيرة، وإحداث أكثر من 250.000 فرصة شغل إضافية سنويا حتى تنخفض نسبة البطالة على المستوى الوطني إلى 7% في أفق 2012".⁴

وفي هذا السياق، تهدف حكومة عباس الفاسي اعتماد إستراتيجية تعتمد على التوجهات الرئيسية التالية:

- التحفيز على الاستثمار العمومي والخاص باعتباره محركا أساسيا للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، ونواة لخلق الثروة وإنعاش الشغل، مع توجيه هذا الاستثمار نحو الجهات، وتقليص التفاوتات المالية فيما بينها بهدف تحويلها إلى أقطاب تنموية؛

- مواصلة إصلاح منظومة التربية والتكوين، من خلال ربطها بمجالات سوق الشغل المتجددة، والمهن الجديدة، والمستقبلية للاقتصاد المغربي والعالمي؛

- إعطاء دفعة جديدة لسياسة الأوراش الكبرى، التي سيبلغ حجم الاستثمار فيها ضعف ما تم إنجازه في السنوات الأخيرة، إيماننا من الحكومة بأهمية مساهمة هذه الأوراش في إنعاش التشغيل؛

¹ - خطاب السيد إدريس جطو الوزير الأول أمام مجلس النواب حول حصيلة، مرجع سابق.

² - نفس الخطاب اعلاه.

³ - تصريح الوزير الاول السيد عباس الفاسي أمام مجلس المستشارين لتقديم البرنامج الحكومي يوم الخميس 13 شوال 1428 الموافق ل 25 أكتوبر 2007

⁴ - نفس التصريح اعلاه.

- إنعاش تشغيل الشباب، عبر تنمية إجراءات التشغيل على خلق المقاولات، والعمل على توسيع قاعدة المقاولات المتوسطة التي تشكل قطرة ضرورية للاندماج الاقتصادي الوطني، ومساعدة المقاولات على ولوج الأسواق الجديدة، وتعزيز وتطوير الوساطة في سوق الشغل.

وتتوخى الحكومة لتنفيذ تلك الإستراتيجية في مجال إنعاش الشغل، مواصلة تنفيذ التدابير المعتمدة خلال الأيام الدراسية " مبادرات التشغيل "، وخاصة برامج - إدماج - تأهيل - مقاولتي. علما بأن ولوج مختلف أسلاك الوظيفة العمومية أصبح أمرا صعبا، ومنفذا لا يسمح باستيعاب الأعداد الهائلة لحاملي الشهادات العليا الباحثين عن العمل.

وفي هذا الصدد يقول السيد الوزير الأول: "... وضعت الحكومة مجموعة من التدابير، سواء في مجال التشغيل المباشر بالقطاع الخاص، أو في إطار التشغيل الذاتي بتشجيعهم على إحداث مقاولاتهم، أو تخصيص جزء من المناصب المقيدة في الميزانية العامة للدولة تيسيرا لولوجهم مختلف أسلاك الوظيفة العمومية، ورغم محدودية هذا المنفذ الأخير الذي لا يسمح باستيعاب الأعداد الهائلة من حاملي الشهادات العليا الباحثين عن العمل، فإن الحكومة ستعتمد مقاربة إرادية، وتضامنية، وتفضيلية، لكي يستفيد أكبر عدد ممكن منهم في إطارها، من 16.000 منصب شغل التي ستحدث برسم مشروع قانون المالية لسنة 2007..."¹.

الفقرة الثانية: برنامج إدماج:

يرتكز هذا البرنامج على القانون رقم 16 / 93، المعدل والمتمم بواسطة القانون رقم 13 / 98 المتعلق بتحديد تدابير لتشجيع المنشآت الاقتصادية التي تقوم بتدريب التكوين من أجل الإدماج.

ويتوجه هذا البرنامج للشباب الباحث عن العمل لاكتساب تجربة مهنية أولى من خلال إجراء تدريب داخل المقولة لمدة 18 شهرا، مع إمكانية الاستفادة من تكوين تكميلي، ويشترط للاستفادة من هذا البرنامج أن لا يتعدى عمر المستفيد 35 سنة، وأن يكون حاصلا على شهادة البكالوريا زائد سنتين، وفي وضعية باحث عن عمل لمدة لا تقل عن سنة².

وهكذا، فإن البرنامج يطمح إلى تحقيق الأهداف الرئيسية الثلاثة التالية:

أولا : إعطاء الإمكانية للمقولة لتجد بسهولة المؤهلات التي تحتاج إليها لتفعيل مجهوداتها التنموية ودعم تنافسيتها؛

ثانيا : تسهيل إدماج الشباب حاملي الشهادات الباحثين عن العمل منذ أزيد من سنة، عبر ربط الوساطة مع المقولة، وتلقي تكوين إضافي للملاءمة مع منصب الشغل بواسطة تدريب لمدة 18 شهرا، يساعدهم كذلك على التمتع بصفة أحسن في سوق الشغل؛

¹- تصريح الوزير الأول السيد عباس الفاسي أمام مجلس المستشارين لتقديم البرنامج الحكومي، مرجع سابق.

²- وزارة التوقعات الاقتصادية والتخطيط: التقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، الجزء الثاني، الأهداف والبرامج القطاعية، نونبر 2001، ص 50.

ثالثا: وضع ميكانيزمات منظمة للوساطة من شأنها تسهيل ربط الصلة بين عروض وطلبات العمل وضمن استقبال وإرشاد وتوجيه طالبي العمل¹.

ويهدف برنامج " مبادرات التشغيل " إلى إدماج 25.000 شابا حامل شهادة سنويا على مدى أربع سنوات². ولبلوغ تلك النتيجة تم اعتماد ميكانيزمات تحفيزية إضافية إلى تلك المتواجدة بالقانون المتعلق بالتكوين والإدماج. وتهم هذه الميكانيزمات ما يلي :

- منح المقابلة تعويضا لتأطير الشباب؛
- تقديم دعم مالي لإنجاز عمليات التكوين الإضافي.

الفقرة الثالثة : برنامج تأهيل :

يهدف هذا البرنامج إلى تحسين الملاءمة بين التكوين وحاجيات سوق الشغل بصفة عامة، والمقاولات على الخصوص، وجعل إدماج الباحثين عن شغل عملية ترافق ديناميكية التنمية الاقتصادية، وتواكب المشاريع الكبرى التي أعطى صاحب الجلالة انطلاقتها في أفق مواجهة التحديات التي تفرضها العولمة من خلال إحداث المهن الجديدة العالمية، واستغلال كل إمكانيات الإدماج بمختلف جهات المملكة³.

ولعل فلسفة هذا البرنامج تكمن في منح الشباب الباحث عن عمل لمدة لا تقل عن سنة، حاصل على الإجازة أو دبلوم الدراسات العليا أو ما يعادلها، والذي يعاني من صعوبات في الإدماج نتيجة عدم ملاءمة تكوينه الأولي لحاجيات المقاولات، تكوينا في تخصصات تسهل لهم الإدماج في الحياة المهنية لمدة حوالي عشرة أشهر منها شهرين من التدريب داخل المقولة.

وقد همت أول عملية من هذا البرنامج حوالي 1590 باحثا عن عمل برسم سنة 1999 - 2000، من خلال أزيد من 15 مؤسسة تكوينية تابعة للقطاع العام في 30 تخصصا. وستنطلق العملية الثانية خلال سنة 2001 لتشمل زهاء 3000 عاطل سيستفيدون من تكوين يهتم بالدرجة الأولى التقنيات الحديثة في مجال الإعلام والتواصل⁴.

ويتضمن هذا البرنامج نوعين من التكوين: تكوين تعاقدى من أجل التشغيل، وتكوين تحويلى.

¹ - وزارة التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني: الندوة الوطنية الأولى حول التشغيل، الإجراءات والتدابير المقترحة لإنعاش التشغيل، ص 10.

² - التقرير الاستراتيجي للمغرب 1999 / 2000، عدد 51 - 52، ص 215.

³ - أحمد جلولي: دور المقاولات الصغرى والمتوسطة في الحد من معضلة التشغيل بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2004-2005، ص 137.

⁴ - تقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، ص 51.

أولا : التكوين التعاقدى من أجل التشغيل :

١ - مضمون التكوين التعاقدى :

يستجيب لحاجيات محددة ومعبرة عنها من طرف المقاولات، ويمكن فاعلي التكوين من ملائمة برامجهم ووسائلهم البيداغوجية، وتسهر على تدبيره الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات¹.

وتحدد كلفة التكوين التعاقدى في 40 درهما على الأكثر عن كل ساعة تكوين، وعن كل مشاركة، على أنه تحدد مبالغ تفضيلية أقل بالاتفاق مع فاعلي التكوين، وكذلك مدة التكوين التي تساهم الدولة في تمويلها بمبلغ جزافي يقدر ب 10.000 دره عن كل مستفيد، في سنة على الأكثر.

علما بأن هذه المساهمة يمكن أن تتعدى مبلغ مساهمة الدولة المذكور أعلاه، دون أن تتجاوز مبلغ 24000 درهم عن كل مرشح في الحالات المتعلقة بالمقاولات الحديثة، والمقاولات التي تعمل في مجالات الأنشطة الحديثة كالترولوجيات الإعلامية والتواصل والمقاولات الوطنية والأجنبية التي تنجز برنامجا استثماريا مهما².

ثانيا: التكوين التحويلي أو التأهيلي :

١ - مضمون التكوين التأهيلي :

يهدف هذا التكوين إلى تحسين قابلية تشغيل الباحثين عن عمل عبر تكوينات للملاءمة في تخصصات واعدة كفيلة بأحداث مناصب الشغل. ويسهر على تدبير هذا النوع من التكوين لجن الجهوية من أجل تحسين قابلية التشغيل، التي تم أحداثها لهذا الغرض، والتي تضم جميع الفاعلين المعنيين مباشرة على المستوى المحلي والجهوي³.

وسيتم تحديد وتنفيذ هذا التكوين بناء على دفتر للتحملات تقوم بوضعه لجن الإشراف الجهوية.

وموازاة مع ذلك، وكإجراء وقائي، يقترح مشروع خطة العمل تدريبا من أجل اكتساب التجربة المهنية، وذلك داخل المقولة لمدة أقصاها ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة، ويتطلب هذا الإجراء وضع إطار قانوني ملائم⁴.

أما بالنسبة لطلبات المشاريع المودعة من طرف هيئات التكوين، فتحدد كلفة التكوين في مبلغ 36 درهما على الأكثر، عن كل ساعة تكوين وعن كل مشارك.

وينبغي أن تنجز هذه التكوينات داخل أجل سنة على الأكثر. على أن مساهمة الدولة في هذه التكوينات تحدد في 10.000 درهما دون أن تتجاوز 18.000 درهما عن كل مرشح، في الحالات المتعلقة بتكوينات تخص مهنا جديدة كالخدمات المنقولة عن بعد، واستباق الحاجيات المتعلقة بالتكوينات التي تهم مشاريع استثمارية جهوية وقطاعية⁵.

¹ - كلمة السيد الوزير التشغيل والتكوين المهني بمجلس النواب، أمام أعضاء لجنة القطاعات الاجتماعية لتقديم مشروع الميزانية الفرعية برسم السنة الحالية 2008، الخميس 22 نونبر 2007.

² - حكومة المملكة المغربية، وزارة التشغيل والتكوين المهني، "مبادرات التشغيل"، أيام عمل حول دعم التشغيل 22 - 23 شتنبر 2005، ص 16.

³ - كلمة السيد الوزير التشغيل والتكوين المهني بمجلس النواب، أمام أعضاء لجنة القطاعات الاجتماعية، مرجع سابق.

⁴ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني، مبادرات من أجل التشغيل، إنعاش التشغيل ديناميكية دائمة وتدابير تحفيزية.

⁵ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني، مبادرات التشغيل، أيام عمل حول دعم التشغيل 22 - 23 شتنبر 2005، ص 42.

الفقرة الرابعة : برنامج مقاولتي :

نظرا لأهمية هذه المقاولات، فقد أصبحت تشغل بال الباحثين والمهتمين والسياسيين، في مجال الاقتصاد والسياسة والتسيير، في مختلف المعمور.

ففي فرنسا مثلا توجد عدة مجموعات للبحث مختصة في تتبع حركية هذه المقاولات الصغرى والمتوسطة ورصد تطورها. كما أصبحت تحتل هذه المقاولات مكانة هامة ومتميزة في مجال علوم التدبير الحديثة، وذلك راجع لخصوصيتها، وتميزها على المقاولات الكبرى. الشيء الذي دفع بالمهتمين إلى خلق جمعية علمية فرانكفونية مختصة في البحث العلمي حول هذه المقاولات، كما تم إصدار مجلة علمية متخصصة في هذا الصنف من المقاولات، وقد لقيت نجاحا وانتشارا عالميا واسعا وكبيراً¹.

وبما أن المقاولات الصغرى والمتوسطة تلعب دورا أساسيا داخل البنية الاقتصادية لدول العالم الثالث، الشيء الذي دفع بحكومات هاته الدول إلى إعطاء عناية خاصة لهذا القطاع، لأنه يلائم خصوصيتها، مما دفع هذه الحكومات إلى تنمية هذا النوع من المقاولات، وجعلها عنصرا أساسيا لا غنى عنه في إستراتيجيات التنمية.

أما في الجزائر فقد تم إحداث سنة 1992 وزارة مكلفة بالمقاولات الصغرى والمتوسطة، وفي تركيا توجد إدارة تابعة لوزارة الصناعة والتجارة تدعى KOSEYB مختصة في تدبير المشاكل التي تواجهها هاته المقاولات².

فالكل يدرك اليوم، أن التشغيل يعتبر من الإشكاليات الكبرى التي تواجهها جميع بلدان العالم، وهو يشكل المحور الرئيسي لاندماج الأفراد داخل المجتمع، وبالتالي فإن إحداث المزيد من مناصب الشغل يبقى التحدي الأكبر الذي تواجهه السياسات الاقتصادية والاجتماعية.

ويبقى تحقيق نسبة نمو مرتفعة شرطا أساسيا لإحداث مناصب الشغل. وتهدف الإستراتيجية المتبعة من طرف المغرب إلى النهوض بصفة مستدامة بمقومات النمو بواسطة سياسة لتشجيع الاستثمار والأنشطة الاقتصادية بصفة عامة، مع إيلاء اهتمام خاص لتنمية المقاولات الصغرى والمتوسطة.

وإدراكا من الحكومة بأن النمو الاقتصادي لا يكفي لوحده لحل مشكلة البطالة البنيوية، فإن هذه الأخيرة قد حرصت على وضع سياسة إرادية لإنعاش التشغيل تستهدف تشجيع العمل المأجور بالقطاع الخاص، لفائدة الباحثين عن العمل لأول مرة، وتكوينات للملاءمة مع متطلبات سوق الشغل، والتحفيز على إحداث المقاولات الصغرى³.

أولا - مضمون وأهداف برنامج مقاولتي :

لقد وضعت السلطات العمومية، ابتداء من سنة 1987، مجموعة من الآليات بهدف إنعاش وإحداث المقاولات الصغرى والمتوسطة، منها على الخصوص :

1 - القانون رقم 16 / 87 المتعلق باتخاذ تدابير لتشجيع خريجي مؤسسات التكوين المهني؛

¹ - أحمد جلولي، مرجع سابق، ص 60.

² - أحمد جلولي، مرجع سابق، ص 60.

³ - المملكة المغربية، وزارة التشغيل والتكوين المهني: ورشة حول " المزيد من مناصب التشغيل الجيدة " ينظمها البنك الدولي ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بتعاون مع وزارة التشغيل، مركز المؤتمرات الدولي محمد السادس، الصخيرات، 7 ماي 2008.

2 - القانون رقم 87 / 36، المعدل بالقانون رقم 14 / 94، المتعلق بمنح قروض لمساعدة الراغبين في إنجاز بعض المشاريع والحاصلين على شهادة التعليم العالي، أو شهادة التكوين المهني، أو الذين يدلون بشهادة تثبت حصولهم على تأهيل مهني يتيح لهم مزاولة مهنة من المهن (قروض المقاولين الشباب)؛

3 - القانون رقم 94 / 13 المعدل بالقانون رقم 15 / 96 المتعلق بإحداث صندوق النهوض بتشغيل الشباب، الذين لا يتوفرون على شرطي الدبلوم والشهادة المطلوبين في إطار القانون رقم 87/36 (قروض المستثمرين الشباب)¹.

إن برنامج دعم التشغيل الذاتي، يهدف إلى دعم الشباب الباحثين عن شغل، والحاملين لمشاريع اقتصادية لا تتعدى تكلفتها 250.000 درهم لإحداث مقاولاتهم على أن يكونوا حاصلين على شهادة البكالوريا زائد سنتين على الأقل، وأن لا تتجاوز أعمارهم 35 سنة².

وعليه، فإن هذا البرنامج جاء بفلسفة توفير المناخ الملائم لتشجيع الشباب من حملة الشواهد على التوجه نحو إحداث مشاريع صغيرة ومتوسطة تعتبر خزاناً هاماً لفرص العمل وخلق الثروات.

وقد تم إقرار بعض التحفيزات المهمة في هذا السياق، نذكر منها:

- توفير تسهيلات للحصول على قروض بنكية بشروط تفضيلية بالنسبة للمشاريع التي لا تتجاوز كلفتها الاستثمارية 250.000 درهم³.

- المواكبة المستمرة، قبل وخلال وبعد إنشاء المقولة :

- من طرف المؤسسات المختصة كالمراكز الجهوية للاستثمار، الوكالة الوطنية للتشغيل... وذلك عند انطلاق نشاطها (إقامة المشروع، المساعي لدى الإدارات المهنية...);

- من قبل لجنة الانتقاء ستحدث لدى المراكز الجهوية للاستثمار والتي تتولى البت في قابلية المشاريع المقترحة للتنفيذ⁴;

- تفويض تدبير ضمان 85 % من القروض من طرف الصندوق المركزي للضمان لفائدة الأبنك لحساب الدولة، وتقديم تسبيق بدون فائدة في حدود 10 % من مجموع مبلغ الاستثمار، ومسترجعة على مدى 6 سنوات، منها 3 سنوات مؤجلة الدفع؛

- تبسيط النظام القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة عبر تخفيض الرأسمال اللازم لإنشائها من 100000 درهم إلى 10.000 درهم⁵.

¹ - الندوة الوطنية الأولى حول التشغيل: الإجراءات والتدابير المقترحة، ص 20.

² - التقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، مرجع سابق، ص 52.

³ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني: حصيلة منجزات وزارة التشغيل والتكوين المهني قطاع التشغيل برسم سنة 2006، وبرنامج عمل برسم سنة 2007، نونبر 2006، ص 11. ويرجى العودة إلى:

- أحمد مفيد: الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالمغرب: واقع وآفاق، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2001 - 2002، ص 56 - 57 - 58.

⁴ - حصيلة منجزات وزارة التشغيل والتكوين المهني، نونبر 2006، مرجع سابق.

⁵ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني: مبادرات من أجل التشغيل، إنعاش التشغيل دينامية دائمة وتدابير تحفيزية، ص 13.

ومن أجل التنفيذ المحكم للبرنامج، فقد تم إعداد دليل للمساظر بتشاور مع جميع الفاعلين، تمت المصادقة عليه من طرف المجلس الإداري للوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، التي عهد إليها بتدبير البرنامج والتنسيق بشأنه بين مختلف المتدخلين مع اعتماد سياسة القرب في تنفيذه.

ولهذا الغرض، ومن أجل تفعيل سياسة القرب في تنفيذ البرنامج، تم إحداث لجن جهوية لدعم إحداث المقاولات الصغرى، أسندت لها مهمة استقبال حاملي المشاريع وتوجيههم، قصد مساعدتهم على إعداد مشاريعهم وإنجازها وتتبعها. كما تم خلق حوالي 134 شباك، تشكل المخاطب الرئيسي لحاملي المشاريع على الصعيد المحلي¹.

ووعيا بالدور الذي تقوم به اللجنة الجهوية لبرنامج مقاولتي، من أجل التعريف بالبرنامج من خلال خلق ديناميكية تشاركية بين مختلف الفاعلين على الصعيد المحلي، تم تنظيم حملات إعلامية، ولقاءات قصد تدارس حصيلة البرنامج، واقتراح الحلول الكفيلة لتجاوز الصعوبات التي تعترض تنفيذه.

وهكذا، فقد تم وضع دلائل ومنشورات بخصوص المساظر المتبعة من أجل الاستفادة من المزايا التي يخولها البرنامج، لاسيما فيما يتعلق بالتنسيق ومسطرة معالجة الملفات، وتكوين وتحسيس المستشارين في مجال دعم وإحداث المقاولات من طرف الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات².

الفرع الثاني : تقييم حصيلة مبادرات التشغيل :

إن الهدف من تقييم هذه البرامج، هو الوقوف عند التطبيق الميداني لهذه البرامج، لتطوير الجوانب الإيجابية ومحاولة تحسينها، وكذا الجوانب السلبية لإبعادها واستبدالها بغيرها.

لذا سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى تقييم برنامج إدماج (الفقرة الأولى)، بينما سنخصص الفقرة الثانية لتقييم برنامج تأهيل (الفقرة الثانية)، ثم في الأخير تقييم برنامج مقاولتي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : تقييم برنامج إدماج :

إلى غاية 31 أكتوبر 1998 بلغت النتائج المحصل عليها من برنامج ادماج ما يلي:

- أكثر من 11700 عرض تدريب تم التعبير عنها مباشرة على مستوى مراكز الإعلام والتوجيه من أجل التشغيل والمديريات الجهوية لمكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل؛

- 2000 عرض تدريب تم التعاقد بشأنها مع الجمعيات المهنية وبعض المقاولات الكبرى كمجموعة المكتب الشريف للفوسفات على وجه الخصوص؛

- 1295 عقد تشغيل من أجل التكوين ثم التوقيع على 1295 عقد تشغيل للتكوين أي بزيادة 15 عقدة أخرى وقعت في إطار القانون 16 / 93 أي إدماج ما مجموعه 14000 شاب عاطل طالب عمل.

1- سيدي أحمد بواجلال: السياسة الحكومية في ميدان التشغيل - نموذج حكومة جطو-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2007-2008، ص 142.

2- المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني، المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، الدورة الأولى، 25 فبراير 2008 الرباط، ص 69.

ومن جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن ما يناهز 48 % من المرشحين المدجنين هم من حملة الإجازة، وما يقارب 47 % من حملة شهادة تقني أو ما يعادلها¹.

إذن، بخصوص جانب التكوين الاندماجي، تفيد الأرقام بأن حوالي 6142 شابا معظمهم من حاملي الإجازة والتقنيين، استفادوا من هذا النظام إلى غاية أبريل 1999، ومعلوم أن القانون رقم 76 - 93 المتعلق بتشجيع المقاولات على تنظيم تداريب تكوين من أجل الاندماج لفائدة الشباب حاملي الشهادات، لعب دورا مهما في إنجاح سياسة التكوين الاندماجي، وخاصة من خلال التعديلات التي أدخلت عليه، والتي تتعلق برفع سقف منحة التدريب المعفوة من 1600 إلى 4500 درهم، مع إمكانية تمديد هذا الإعفاء لمدة إضافية (سنة واحدة).

إذ، تم توظيف المتدرب أثناء أو بعد مدة التدريب المحددة في 18 شهرا، كما ينص التعديل على أنه يمكن للمقولة أن تستفيد من سنة إعفاء إضافية أخرى (سنة واحدة)؛ إذا كان المتدرب الذي تم توظيفه من بين المتدربين الذين يلاقون صعوبة خاصة في دخول سوق التشغيل².

أما منجزات سنة 2000 فكانت على الشكل التالي :

- إدماج أزيد من 18.600 شاب داخل حوالي 12.000 مقولة منها أقل 100 مقولة متوسطة وصغيرة لا يفوق عدد مأجوريها 50 فردا، مما يرفع عدد المستفيدين من هذا البرنامج منذ انطلاقه في أكتوبر 1997 إلى أواخر سنة 2000 على أزيد من 65 ألف عقدة تدريب، ثم الإدماج النهائي لحوالي 57 % من مجموع المتدربين على الصعيد الوطني؛

- استفادة 62 % من المتدربين من تكوين تكميلي مؤطر من طرف 338 مؤسسة تكوينية؛
- تكافؤ فرص الإدماج بين الجنسين، حيث سجلت نسبة إدماج الإناث 51 من مجموع المدجنين؛
- استفادة المجازين بنسبة 53 % من مجموع المدجنين داخل المقاولات؛
- استقبال المقاولات التي تضم أقل من 10 مأجورين لما يزيد عن نسبة 60 % من المدجنين؛
- استقطاب قطاع الخدمات لما يناهز 48 % من المستفيدين من البرنامج؛

أما بخصوص الإدماج النهائي خلال أو بعد انقضاء مدة التدريب بالمقولة المنظمة للتدريب، فإن النتائج كانت كالتالي :

- ثمانية من أصل 10 مستفيدين أنهوا مدة التدريب؛
- ما يناهز 6 من أصل 10 موقعين لعقد تدريب يتم إدماجهم نهائيا داخل المقاولات المستقبلة؛
- سبعة من أصل 10 متمين للتدرب يدجون نهائيا داخل المقاولات المستقبلة³.

¹ - الندوة الوطنية الأولى حول التشغيل، الإجراءات والتدابير المقترحة، مرجع سابق، ص 11.

² - أحمد مفيد، مرجع سابق، ص 48.

³ - تقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، ص 51.

وفي كلمة ألقاها السيد وزير التشغيل والتكوين المهني، خلال افتتاح المناظرة الوطنية حول مبادرات التشغيل قال "... وعيا بمدى مساهمة التشغيل في إنجاح التنمية الاجتماعية، ومحاربة الإقصاء الاجتماعي، عمدت الحكومة إلى تبني إستراتيجية شمولية من أجل الحد من البطالة وإنعاش سوق الشغل. وقد قامت في هذا المجال بوضع تشريع اجتماعي حديث يهدف إلى تحسين مناخ الاستثمار، وخلق فرص الشغل عبر إضفاء المرونة في مجال التشغيل تمثل أساسا في إمكانية التقليل من مدة الشغل، والعمل بعقود الشغل المحددة المدة، إلى جانب إمكانية اللجوء إلى وكالات التشغيل المؤقت..."¹

وأضاف "... وفيما يتعلق بمجال التشغيل تم بموجب قانون الشغل الجديد، إحداث المجلس الأعلى، والمجالس الجهوية والإقليمية لإنعاش التشغيل، وهي آليات ثلاثية التركيب تضم كافة الفعاليات الاقتصادية والاجتماعية المتدخلة في سوق الشغل، يناط بها مهام التنشيط والتنسيق في مجال إنعاش الشغل والسياسات الاقتصادية المرتبطة بالشغل.

وارتباطا بسوق الشغل، أود أن أشير إلى أنه خلال سنة 2004 استطاعت الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات رغم محدودية إمكانياتها، إدماج حوالي 20.000 عاطل عن العمل. أما عدد المستفيدين من إجراءات التشغيل التي تم وضعها منذ سنة 1994 فقد بلغ حوالي 106700 منهم 35000 استفادوا من برنامج التكوين من أجل الإدماج و 71700 استفادوا من المساعدات المباشرة الممنوحة"².

وعليه، انعقدت الأيام الوطنية " مبادرات من أجل التشغيل " تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة نصره الله، وذلك يومي 22 و 23 شتنبر 2005 بالصخيرات التي خرجت بتدابير وتوصيات هامة لصالح الشغل³.

¹ - كلمة السيد وزير التشغيل والتكوين المهني خلال افتتاح المناظرة الوطنية حول مبادرات التشغيل، وذلك يومي 22- 23 شتنبر 2005 بالصخيرات.

وأضاف السيد الوزير: "... لقد عرف سوق العمل ببلادنا تطورا وإن ظل مستقرا خلال الفترة الممتدة بين 1999 و 2004 حيث تجاوز معدل مناصب الشغل المحدثة 200.000 منصب شغل في السنة، وارتفع هذا العدد إلى 289.000 منصب بين سنوات 2002 و 2004. وبالرغم من العدد الإجمالي المرتفع لطالبي العمل، فقد عرفت نسبة البطالة تراجعا ملحوظا خلال السنوات الأخيرة حيث انتقلت من 13.6 % سنة 2000 إلى 10.8 % سنة 2004. كما أشار إلى ذلك السيد الوزير الأول في خطابه..."

² - كلمة السيد وزير التشغيل والتكوين المهني خلال افتتاح المناظرة الوطنية حول مبادرات التشغيل، مرجع سابق.
³ - كلمة السيد الوزير الأول بمناسبة اختتام أشغال الملتقى الوطني حول مبادرات من أجل التشغيل يوم 23 شتنبر 2005.
قال فيها: "... واسمحوا لي في هذا الباب أن أذكر بأبرز ما تم التوصل إليه من تدابير هامة والمتمثلة في:

- 1 - عمل أفقي يروم وقف النزيف وذلك عبر تسريع وتيرة إصلاح أنظمة التعليم والتكوين لضمان مطابقتها مع حاجيات سوق الشغل؛
- 2 - معالجة العجز المتراكم من خلال سن نظامي التكوين التعاقدى للإدماج والتكوين من أجل إعادة التأهيل والمطابقة؛
- 3 - اعتماد عقود العمل الأول أو بتغيير التسمية كما طلبتم تحفيز على العمل الأول لتدبير اندماج الشباب حاملي الشهادات في المقاولات والرفع من تأطيرها مع الحرص على مطابقة هذه التوصية مع مدونة الشغل؛
- 4 - تشجيع الشغل الذاتي عبر تيسير إحداث مقاولات التي لا يتجاوز استثمارها 250 ألف درهم وذلك بوضع آليات المواكبة الضرورية و انتقاء أنجع المشاريع من طرف لجن جهوية مختصة؛
- 5 - تشجيع المجالس الجهوية على إحداث صناديق خاصة بإنعاش الشغل لضمان خلق دينامية أكبر عبر تدخلات إضافية؛
- 6 - تجديد أساليب حكمة سوق الشغل عبر إعادة هيكلة الوكالة الوطنية للتشغيل وتنمية شراكة مع قطاع الخاص وإحداث مرصد وطني للتشغيل."

وفي ذات الإطار، قامت وزارة التشغيل والتكوين المهني، وتنفيذا لسياستها العامة، بوضع إستراتيجية تمتد من سنة 2006 إلى سنة 2008، وهي إستراتيجية تنبثق من صميم اختصاصاتها، وتعتمد على ثلاثة مرتكزات أساسية وهي :

- إنعاش التشغيل¹؛
 - ترسيخ الحوار الاجتماعي داخل المقاولات؛
 - تعميم ديمومة الحماية الاجتماعية للعمال.
- وأخذا بعين الاعتبار؛ الأهمية البالغة للعمل الأول بالنسبة للباحثين عن العمل، واعتبارا للأهمية بالنسبة لمساهمة المهني، تمت إعادة النظر في عقود التكوين من أجل الإدماج بتطويرها إلى عقود من أجل أول عمل².
- وفي هذا الإطار؛ وضع البرنامج إدماج وتأهيل، اللذين سيساهمان في إدماج 105000 طالب عمل في أفق سنة 2008. وقد مكن برنامج إدماج منذ انطلاقته في يناير 2006 حتى نهاية أكتوبر من هذه السنة، من إدماج أزيد من 28000 طالب عمل من أصل 30.000، أي بنسبة إنجاز تصل إلى 94 % من الأهداف المسطرة برسم نفس السنة. ومن المرتقب أن تفوق الإنجازات التوقعات التي تم تحديدها برسم هذه السنة³.
- ولقد تم إدخال عدة تعديلات على هذا البرنامج منها:
- توسيع هذا الإجراء إلى فئات جديدة من العاطلين (حاملين شهادات التكوين المهني غير الحاصلين على البكالوريا المسجلين بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات منذ 12 شهرا). وإلى فئات جديدة من المشغلين (المقاولات العمومية، التعاونيات والمتشغلين الخاضعين للقانون الخاص)؛
 - تمديد مدة العقد إلى 24 شهرا بدل 18 شهرا المقررة سابقا⁴؛
 - الرفع من سقف المنح المعفاة من المستحقات الضريبية إلى حدود 6000 درهم عوض 4500 درهم⁵.
- وموازا مع ذلك، قررت الحكومة تعميم نظام المباراة من أجل ولوج الوظيفة العمومية وذلك بهدف:
- ديمقراطية ولوج أسلاك الإدارة العمومية؛
 - التوظيف بناء على أسس موضوعية وشفافة؛

¹ - تفيد المؤشرات المتوفرة حول سوق الشغل، بأن معدل البطالة عرف انخفاض ملموسا في الفترة ما بين 2000 و 2005 حيث تراجع من 13.6 % إلى 11 % على المستوى الوطني، مسجلة بذلك تراجع ب 2.6 نقطة. وقد انخفض ولول مرة منذ ما يفوق 35 سنة تحت عتبة 10 % بلغ على التوالي 9.8 % و 7.7 % خلال الفصلين الأول والثاني من سنة 2006. كما انخفض عدد العاطلين تحت سقف المليون عاطل خلال الفصل الثاني من سنة 2006، حيث بلغ 879.000 مقابل 1239.000 عاطل خلال نفس الفصل من السنة الماضية، مسجلا بذلك ترجعا نسبيا يقدر ب 29.10 %.

انظر عرض السيد مصطفى المنصوري وزير التشغيل والتكوين المهني أمام لجنة الفلاحة والشؤون الاقتصادية بمجلس المستشارين بمناسبة تقديم مشروع الميزانية الفرعية للوزارة برسم السنة المالية 2007، فاتح دجنبر 2006.

² - وزارة التشغيل والتكوين المهني: مبادرات من أجل التشغيل، إنعاش التشغيل دينامية وأئمة وتدابير تحفيزية ص 12.

³ - عرض السيد مصطفى المنصوري وزير التشغيل والتكوين المهني أمام لجنة الفلاحة والشؤون الاقتصادية بمجلس المستشارين بمناسبة تقديم مشروع الميزانية الفرعية للوزارة برسم السنة المالية 2007، فاتح دجنبر 2006.

⁴ - الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات: برنامج إدماج، الخطوة الأولى نحو الشغل، كفاءات جاهزة للشغل، وشغل جاهز للكفاءات.

⁵ - وزارة التشغيل والتكوين المهني: حصيلة منجزات وزارة التشغيل والتكوين المهني " قطاع التشغيل برسم سنة 2006 " و برنامج عمل برسم سنة 2007، نونبر 2006، ص 10. أنظر البرنامج التنفيذي لمبادرات التشغيل 07 يونيو 2006.

- ضمان المساواة في الفرص بالنسبة للمرشحين¹.
ومن خصائص الإدماجات المحققة نجد ما يلي²:

القطاعات	دورة نونبر 2006	دورة أكتوبر 2007	سنة 2008	منجزات سنة 2009
الخدمات	% 48	% 49	%44	%52
الصناعة	%32	% 30	%34	%31
البناء والأشغال العمومية	%7	% 4	%4	%5
التعليم	%5	% 6	%6	%5
الزراعة والصيد	%3	% 6	%7	%1
الفندقة و الطعامة	%3	% 5	%5	%6

¹- إنعاش التشغيل دينامية دائمة، مرجع سابق، ص 12.

²- تركيب شخصي تم الاعتماد على حصيلة منجزات وزارة التشغيل والتكوين المهني لدورة نونبر 2006 ودورة أكتوبر 2007 أمام مجلس النواب وبرنامج 2008.

- ملحوظة أهم الإدماجات تمت بقطاعي الخدمات والصناعة 78%.
وتتوزع هذه الحصيلة حسب الدبلوم كما يلي: ¹

الدبلومات	دورة نونبر 2006	دورة اكتوبر 2007	سنة 2008
تقنيون وتقنيون ممتازون	28%	-	10%
شهادة التعليم العالي	27%	25%	25%
البكالوريا	26%	22%	24%
شهادة التأهيل والتكوين المهني	10%	34%	32%
التعليم الأساسي	9%	-	9%

حصيلة البرنامج حسب النوع: إدماجات شبه متساوية ما بين الجنسين 48 % إناث مقابل 52% ذكور.
وعليه، كانت حصيلة برنامج إدماج إلى نهاية مايو 2008 على الشكل التالي:

- إدماج 92.273 باحث عن شغل.
32880 مستفيد برسم سنة 2006
40160 مستفيد برسم سنة 2007

19233 مستفيد، ما بين يناير ومايو 2008، أي بمعدل تجاوز 90% على بعد 7 أشهر من نهاية 2008. أما التوقعات إلى نهاية 2008 تقدر ب 110.000 إدماج أي بزيادة 5000 إدماج عن الهدف المسطر ².

أما حصيلة سنة 2010 فقد استفاد 55.881 طالب عمل من عقود الإدماج، مقابل 52.257 سنة 2009، وبهذا تم تجاوز الأهداف المرتقبة سنة 2010 و المحددة في 55.000 ادماج. وتكتسي هذه الإدماجات خصوصيات تتجلى فيما يلي:

- خريجو التكوين المهني: 43 %

¹- تركيب شخصي تم الاعتماد على المعلومات من:

- وزارة للتشغيل والتكوين المهني: حصيلة منجزات وزارة التشغيل والتكوين المهني قطاع التشغيل برسم سنة 2006 وبرنامج عمل برسم سنة 2007، نونبر 2006.

- المملكة المغربية: مجلس النواب: تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية حول مشروع الميزانية الفرعية لوزارة التشغيل والتكوين المهني، دورة أكتوبر 2007.

- المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني: تطور سوق الشغل بالمغرب - أهم المؤشرات - الآفاق - الإجراءات المصاحبة، ندوة صحفية بالدار البيضاء 23 يونيو 2008.

²- المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني: تطور سوق الشغل بالمغرب - أهم المؤشرات - الآفاق - الإجراءات المصاحبة، مرجع سابق.

-خريجو التعليم العالي: 21%

-قطاع الخدمات: اول قطاع مشغل بنسبة 43 %

- 56 % من الادماجات كانت في اطار عقود الادماج؛

- 44 % من الادماجات كانت عن طريق العقود محددة المدة او الغير محددة المدة؛

- 54 % من الادماجات تحققت على مستوى ثلاث جهات: جهة الدار البيضاء الكبرى وجهة الرباط سلا زمور زعير وجهة طنجة تطوان و 46 % بباقي الجهات.

وبالتالي يكون برنامج ادماج قد حقق 195.334 عملية ادماج منذ انطلاقة سنة 2007 الى نهاية 2010.

وابرز بحث اولي لتقييم اداء البرنامج ان :

- 46 % من المستفيدين من عقود الادماج ينهون فترة التدريب بالمؤسسات والمقاولات المستقبلية؛
- 83 % من المستفيدين من عقود الادماج يتم ادماجهم بصفة نهائية داخل المؤسسات المستقبلية؛
- 65 % من المستفيدين من عقود الادماج اصبحوا مصرح بهم لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.) للمزيد من الاطلاع يرجى العودة الى وزارة التشغيل والتكوين المهني: اهم مؤشرات التكوين المهني وسوق الشغل والمناخ الاجتماعي وشبكات الحماية الاجتماعية برسم سنة 2010).

بالرغم من الجهود المبذولة في إنجاح البرنامج المذكور، إلا أن تنفيذه عرف بعض الشوائب تجلت على الخصوص في عدم توحيد الاستفادة من نفس التشجيعات التي يخولها النظام بالنسبة لجميع الفئات المستهدفة، وإقصاء بعض المؤسسات من الاستفادة من مزايا البرنامج طبقا للتعديلات التي أدخلها قانون المالية لسنة 2006.

كما أن استفادة حاملي شهادة البكالوريا من الإعفاء الضريبي من النقط العالقة، بالإضافة إلى شرط التسجيل بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات لمدة ستة أشهر، الذي يستدعي أيضا التفكير من أجل اقتراح مقارنة تأخذ بعين الاعتبار الحاجيات المتجددة للقطاعات الإنتاجية والفئات المستهدفة.

الفقرة الثانية : تقييم برامج تأهيل :

يتكون برامج تأهيل من نوعين من التكوين: التكوين التعاقدى والتكوين التأهيلي.

أ- حصيلة التكوين التعاقدى :

بلغ عدد الاتفاقيات الموقعة برسم التكوين التعاقدى، منذ فاتح يناير 2006 إلى نهاية غشت 2007، حوالي 446 اتفاقية مع 369 مقاول، استفاد بمقتضاها 6182 باحث عن شغل¹.

ويمثل حاملوا الشهادات العليا (بكالوريا + 4) بنسبة 38 % من المستفيدين، متبوعين بحاملي شهادات التكوين المهني بنسبة 32 %، ثم الحاصلين على شهادات البكالوريا + 2 بنسبة 12 %. فيما تشكل نسبة المهندسين وحاملي شهادات السلك الثالث 3 %، هذا مع العلم أن نسبة النساء تقدر ب 54 % .

¹ - كلمة السيد الوزير التشغيل والتكوين المهني بمجلس النواب، أمام أعضاء لجنة القطاعات الاجتماعية ، مرجع سابق.

وقد ساهم في تنفيذ التكوينات التعاقدية من أجل التشغيل، كل من مؤسسات التكوين الخاص بنسبة 52 %، ومؤسسات التكوين العمومية بنسبة 48¹ %.

عرف تنفيذ التكوين التعاقدية، صعوبات ذات طابع هيكلي، مرتبط أساسا بقلّة خبرة ومهنية مؤسسات التكوين في بعض القطاعات الإنتاجية. كذلك انحصارها في مجموعات محدودة من المستفيدين، وعجز المشغلين في تحديد حاجياتهم الفعلية والآنية من الموارد البشرية. هذا، بالإضافة إلى لجوء بعض القطاعات الإنتاجية إلى التكوين التعاقدية بصفة محدودة².

ب - حصيلة التكوين التأهيلي :

لقد تم التعرف في إطار التكوين التعاقدية عن 2500 فرصة للتكوين، خصوصا في مجالات الخدمات المنقولة عن بعد، والمهن المرتبطة بالقطاع السياحي، كما تم الإعلان عن طلبات عروض من أجل التعرف عن فرص جديدة للتكوين تهم جهات الدار البيضاء الكبرى، والرباط - سلا - زمور - زعير، والجهة الشرقية، وفاس - بولمان. أما بالنسبة لباقي الجهات الأخرى، فإن اللجان الجهوية لتحسين قابلية التشغيل تجتمع باستمرار من أجل دراسة سبل البحث عن فرص جديدة للتكوين، واتخاذ الإجراءات اللازمة لاستغلالها في إطار هذا البرنامج³.

كما تم التعرف على 17.000 فرصة للتكوين سيتم إنجازها في أفق 2009، في إطار اتفاقيتين تم توقيعهما مع مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل⁴.

إذن، تقوم الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات بتحمل مصاريف هذين النوعين من التكوين، في حدود 10 ألف درهم لكل متدرب⁵.

ومن المنتظر أن يشمل هذا البرنامج ما مجموعه 50.000 متدرب خلال المدة 2006 - 2008 وهو ما يمثل كلفة إجمالية تقدر بـ 500 مليون درهم⁶.

أما حصيلة برنامج تأهيل إلى غاية نهاية مايو 2008 فكانت على الشكل التالي:

- التعرف على 23.000 فرصة للتكوين موزعة بين:

- التكوين التعاقدية 8300 فرصة للتكوين؛

- التكوين التحويلي 14500 فرصة للتكوين⁷.

¹ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني، المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، الدورة الأولى، 26 فبراير 2008 الرباط، ص 62.

² - المملكة المغربية: وزارة التكوين والتشغيل المهني: المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، الدورة الأولى 26 فبراير 2008 ص 64

³ - كلمة السيد الوزير التشغيل والتكوين المهني بمجلس النواب، أمام أعضاء لجنة القطاعات الاجتماعية، مرجع سابق.

⁴ - سيدي أحمد ابوجلال، مرجع سابق، ص 140.

⁵ - وزارة الاقتصاد والمالية: مشروع قانون المالية 2006، مذكرة تقديم، ص 31.

⁶ - وزارة الاقتصاد والمالية: مشروع قانون المالية 2006، الإيضاحات المتعلقة بأهم التساؤلات السادة النواب بلجنة المالية والتنمية الاقتصادية، ص 34.

⁷ - المملكة المغربية وزارة التشغيل والتكوين المهني، ندوة صحفية قام بها السيد الوزير بالدار البيضاء 23 يونيو 2008: تطور سوق الشغل بالمغرب - أهم المؤشرات - الآفاق - الإجراءات المصاحبة.

اما الحصيلة النهائية لبرنامج تأهيل فقد مكن سنة 2010 من استفادة 15.199، وبذلك يكون برنامج تأهيل قد حقق 63 % من الهدف المسطر 24.000 مستفيد، وبالتالي يكون برنامج تأهيل قد حقق 50.335، فرصة شغل منذ انطلاقتها سنة 2007 الى نهاية 2010. (للمزيد من الاطلاع يرجى العودة الى وزارة التشغيل والتكوين المهني: اهم مؤشرات التكوين المهني وسوق الشغل والمناخ الاجتماعي وشبكات الحماية الاجتماعية برسم سنة 2010).

وعليه، وبالرغم من إيجابيات إشراك عدد كبير من المتدخلين في تدبير هذا النوع من التكوين من خلال اللجن الجهوية، لتحسين قابلية التشغيل والتي تعتبر من مميزات البرنامج المذكور، فإن عدد المتدخلين في تنفيذ التكوين التأهيلي يتسبب في هذر الوقت، وبطء وعرقلة تنفيذ عمليات التكوين. كما أن عدم جدوى عروض المشاريع أو طلبات العروض المعلنة بسبب عدم وجود متعهدين، قد يؤخر إنجاز هذه العمليات.

هذا، بالإضافة إلى عدم وجود رؤيا واضحة فيما يخص تحديد حاجيات وإمكانيات الجهات من التكوين والإدماج، علاوة على أن عملية استغلال نتائج الدراسات الإستباقية يستغرق وقتا كبيرا من شأنه أن يتسبب في تأخير إنجاز التكوينات¹.

الفقرة الثالثة : تقييم برنامج مقاولتي :

لقد وصل عدد المشاريع الممولة منذ سنة 1988 إلى يوليوز 1998 في إطار القانونين رقم 36 / 87 و 13 / 94 الى 8937 و 245 مشروعا. ويقدر عدد مناصب الشغل المحدثة في إطار مختلف هذه المشاريع ب 37.000 منصب شغل، أي بمعدل أربعة (4) مناصب شغل لكل مشروع. ويصل مبلغ الإستثمار المتوسط لكل مشروع إلى حوالي 500.000 درهم.

ويبلغ عدد المشاريع التي إستفادت، بالإضافة إلى ذلك، من تشجيعات القانون رقم 16 / 87، منذ شتنبر 1990 إلى شتنبر 1998، إلى 964 مشروعا أنجزها 1150 خريجا. وقد ساهمت هذه المشاريع في إحداث 5103 منصب شغل، أي خمسة (5) مناصب شغل لكل مشروع.

إن المعطيات المتوفرة لدى البنك الشعبي، والبنك المغربي للتجارة الخارجية والصندوق الوطني للقرض الفلاحي، تبين أن عدد الملفات موضوع المستحقات غير المؤداة لهذه المؤسسات البنكية، التي تمول حوالي 80 % من المشاريع، بلغ 2270 ملفا إلى حدود 31 ماي 1998، أي بنسبة 32 % (منها 503 موضوع منازعات)².

ويبرز الجدول التالي وضعية المستحقات والمشاريع موضوع المنازعات الممولة من الأبنك الرئيسية المتدخلة في هذا المجال إلى غاية (31 ماي 1998) :

¹ - المملكة المغربية: وزارة التكوين والتشغيل المهني: المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، الدورة الأولى 26 فبراير 2008، ص 65.

² - الندوة الوطنية الأولى حول التشغيل: الإجراءات.... مرجع سابق، ص 21.

المؤسسة البنكية	عدد المشاريع الممولة	عدد المشاريع المنازعات	موضوع عدد المشاريع عليها مستحقات غير مؤداة
- البنك الشعبي	5400	412	1377
- الصندوق الوطني للقرض الفلاحي	741	—	270
- البنك المغربي للتجارة الخارجية	1065	91	120
المجموع	7206	503	1767

لقد عرف هذا البرنامج منذ إنطلاقه في سبتمبر 1999 إقبالا مهما، من طرف الشباب حاملي الشهادات، حيث بلغ عدد المرشحين للإستفادة منه أزيد من 7100 مرشحا، تم إنتقاء 3791 منهم. وأحيل 1200 مشروعا تم تأطيرها من قبل 214 مكتب إستشارة على البنكين المتعاقدين. أما المشاريع التي تم قبولها من طرف تلك الأبنك، فقد بلغت 562 مشروعا أدت إلى إنشاء 229 مقالة مكنة من إحداث 568 منصب شغل¹.

ويوضح الجدول الموالي الوضعية المالية لكل برنامج :

الفترة	ميزانية 1999 - 2000			ميزانية النصف الثاني من 2000		
المشاريع	المنقولات	إعتمادات الأداء	الإصدارات	المنقولات	إعتمادات الأداء	الإصدارات
- برنامج مبادرة التشغيل		150.000	87.360	62640	150.000	155.770
- برنامج دعم التشغيل الذاتي		10.000	-	10.000	10.000	6200
- برنامج التكوين التأهيلي		60.000	-	60.000	20.000	66.900
المجموع		22.000	87.360	132.640	180.000	228870

¹ - التقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، مرجع سابق، ص 52.

وبما أن برامج إنعاش التشغيل الثلاثة تمتد من حيث التنفيذ على عدة سنوات، فإن الحصيلة الإجمالية تبقى وحدها ذات دلالة وأكثر موضوعية.

وبالنسبة لبرنامج مبادرة التشغيل، فقد بلغت إلتزامات الدولة الإجمالية 1250 مليون درهم منذ إنطلاق هذا البرنامج. حيث تم تحويل منها 502 مليون درهم، وبلغت الأداءات 319.8 مليون درهم إلى نهاية يونيو 2001. ومكنت هذه الإعتمادات من إدماج ما يزيد عن 75 ألف حامل شهادة على مدى أربع سنوات.

وبخصوص برنامج دعم التشغيل الذاتي بلغت التزيمات الدولة الإجمالية منذ شتنبر 1999 إلى نهاية يونيو 2001، 27.4 مليون درهم تم تحويل 20 مليون درهم منها وبلغت الأداءات إلى حدود نهاية يونيو 2001، 4.1 مليون درهم.

وبالنسبة لبرنامج التكوين التأهيلي، فقد بلغت التحويلات من طرف الدولة 100 مليون درهم. تم الإلتزام بما قدره 66.9 مليون درهم، وبلغت الأداءات إلى نهاية نونبر 2001 ما مجموعه 33.73 مليون درهم¹.

إن المقاولات التي إستفادت من خدمة الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات برسم سنة 2004، فقد بلغ حوالي 3215 مقالة، وتعتبر فئة حاملي شهادة البكالوريا الفئة الأكثر إستفادة من هذه العملية.

أما فيما يخص دعم المقاولين الشباب والتشغيل الذاتي، فقد تم خلال الفترة 1988 - 2002 تمويل 11265 مشروعا في إطار قرض المستثمرين الشباب، وإحداث 43357 منصب شغل. كما تم في إطار قرض المقاولين الشباب تمويل 555 مشروع، وإحداث 2652 منصب شغل.

من جهة أخرى مكن برنامج دعم التشغيل الذاتي خلال الفترة 2001 و 2004 من إحداث 750 مقالة صغيرة و 2185 منصب شغل، كما تمكنت وحدات الدعم والإستشارة من معالجة حوالي 540 طلب عمل في السنة².

لقد تم إعطاء دفعة قوية لخلق المقاولات بفضل برنامج مقاولتي،الهادف إلى إحداث المقاولات ودعم القروض الصغرى التي تساهم في خلق المقاولات الصغرى، وكذا وضع صندوق جديد لتمويل مؤسسات التمويلات الصغرى "جايئة"³.

وبالتالي، عرف برنامج مقاولتي منذ إنطلاقته الفعلية في شتنبر 2006 إلى غاية 14 فبراير 2008، إقبالا كبيرا من طرف حاملي المشاريع، حيث تم تسجيل 14300 مرشحا (دون إحتساب المتخلين الذي يقدر عددهم ب 2500 مرشحا).

وقد تمكنت شبابيك دعم إحداث المقاولات من دراسة حوالي 11229 ملفا، تم إنتقاء 9663 منها في مرحلة أولية، و 5400 في مرحلة نهائية.

¹ - التقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، مرجع سابق، ص 54.

² - المملكة المغربية: وزارة التكوين والتشغيل المهني: كلمة افتتاح المناظرة الوطنية حول مبادرات التشغيل.

³ - المملكة المغربية: وزارة الاقتصاد والمالية: مشروع قانون المالية 2008، التقرير الاقتصادي والمالي 2008، ص 58.

هذا، وقد بلغ عدد المرشحين الذين أنهوا تكوينهم 3746، بينما لا زال 696 مرشحا في طور التكوين. وتم تتويج هذه العمليات بإيداع 2867 ملفا من أجل التمويل لدى البنوك، حظيت 1118 منها بالقبول. وعليه، فقد تم تمويل 836 مشروعا وإنشاء 603 مقولة، مكنت من إحداث 2650 منصب شغل¹.

وتفيد المعطيات المتوفرة بخصوص توزيع المشاريع المنتقلة، حسب القطاعات الإنتاجية، إحتلال قطاع الخدمات المرتبة الأولى ب 39% متبوعا بقطاع الفلاحة ب 27%، وقطاع الصناعة ب 21%، وقطاع البناء والأشغال العمومية ب 5%، وقطاع الصناعة التقليدية والتجارة على التوالي 3 %، وأخيرا قطاع السياحة ب 2 %.

وبخصوص توزيع المشاريع المنتقلة حسب الشهادات المحصل عليها من طرف حاملي المشاريع، فقد تصدر حاملوا البكالوريا + أربع سنوات المرتبة الأولى ب 39%، متبوعين بحاملي شهادات التكوين المهني ب 32 %، ثم البكالوريا ب 11 %، والحاصلين على دبلوم السلك الثالث ب 8%، علما بأن أزيد من 70 % من المشاريع تهم المذكور.

وبالنسبة للمشاريع المودعة لدى البنوك، يحتل البنك الشعبي المرتبة الأولى ب 55 %، متبوعا بالتجاري وفا بنك ب 19 %، والقروض الفلاحي ب 9 %، والبنك المغربي للتجارة الخارجية ب 8 %، والشركة العامة المغربية للأبنك ب 3 %، ومصرف المغرب ب 2%، وأخيرا البنك المغربي للتجارة الداخلية ب 1 %.

وتفيد المعطيات المتوفرة بخصوص المشاريع التي تمت الموافقة عليها من طرف البنوك، استفادة قطاع الخدمات بالدرجة الأولى ب 41 %، متبوعا بقطاع الصناعة ب 24 %، ثم قطاع الفلاحة ب 11 %، وقطاع البناء والأشغال العمومية ب 9 %، فقطاعي السياحة والصناعة التقليدية ب 5% على التوالي².

وحسب الوضعية المالية للبرامج المنجزة إلى غاية نهاية سنة 2006، فقد تم تحويل إعتمادات تقدر ب 76.904.000 درهم خلال سنة 2006 لفائدة الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات من أجل تمويل البرامج المتعلقة بإنعاش التشغيل، وذلك كما هو مبين في الجدول أسفله³:

¹ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني، المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، الدورة الأولى، 26 فبراير 2008 الرباط، ص 69 - 70.

² - سيدي أحمد ابوجلال، مرجع سابق، ص 145.

³ - المرجع أعلاه، ص 146.

البرامج	الاعتمادات برسم سنة 2006	الالتزامات	الأداءات	الأداءات المتبقية
- برنامج تأهيل	35.000.000.00	13.997.134.40	—	13.997.134.40
- برنامج مقاولي	30.000.000.00	24.440.000.00	1.800.000.00	22.640.000.00
- برنامج الخدمات	5.000.000.00	—	—	—
البرامج السابقة	2.904.287.00	556.162.435.15	—	556.162.435.15
- الدراسات وتدقيق برامج مبادرات التشغيل	4.000.000.00	3.640.835.00	—	3.640.835.00

الوضعية المالية لبرامج " مبادرات التشغيل " إلى نهاية نونبر 2007

البرامج	الاعتمادات برسم سنة 2007	الالتزامات برسم سنة 2007	نسبة الالتزام %
- برنامج تأهيل	200.000.000	170.227.281	85
- برنامج مقاولي	45.000.000	42.670.000	95
- برنامج الخدمات	40.000.000	24.275.000	61
- مساهمة الدولة في التكوين في مجال الخدمات عن بعد	—	2.108.360	—
- البرامج المتعلقة بالتواصل والدراسات	—	11.122.304	—
المجموع	—	250.402.946	—

تطور مؤشرات البرامج الادارية لانعاش التشغيل برسم سنوات 2007-2008-2009-2010

البرامج	السنوات	2010	2009	2008	المجموع
- برنامج تأهيل	2007	15.199	14.033	11.601	50.335
- برنامج مقاولتي	2007	1029	1012	688	3315
- برنامج ادماج	2007	55.881	52.257	47.036	195.334
- برنامج انفتاح	2007	6042	10853	11879	34305

بالرغم من الإقبال المتزايد الذي عرفه البرنامج من طرف الشباب المتوفر على حس مقاولتي، إلا أنه عرف بعض الشوائب، تتجلى على الخصوص في قلة التجربة لدى فئة كبيرة من مؤطري شبابيك " مقاولتي ". خاصة، فيما يتعلق بإعداد ملفات القروض ومرحلة التمويل من طرف البنوك. هذا بالإضافة إلى محدودية النظام المعلوماتي، حيث تم تسجيل نقص في المعلومات المتعلقة بالبرنامج لدى الوكالات البنكية، وصعوبات مرتبطة باستيعاب المساطر الخاصة بتدبيره.

كما تم من جهة أخرى، تسجيل تفاوت كبير ما بين انطلاق البرنامج، ووضع نظام فعلي لتبادل المعلومات المتعلقة بتنفيذ مقتضياته فيما بين البنوك والصندوق المركزي للضمان وصعوبات في ضبط وتنفيذ المساطر الخاصة بمنح القروض والتسبيقات¹.

إن الرقم المسجل حاليا فيما يخص برنامج " مقاولتي " يبقى هزيلا، والذي استفاد منه تقريبا 516 مشروع ممول. حيث لابد من تعزيزه وتطويره، وإيجاد حلول ناجعة للتمويل من طرف الأبنك. مع العلم أن الدولة تمنحها امتيازات كبيرة، خصوصا في مشروع القانون المالي لسنة 2008، دون أن تقوم تلك الأبنك بأي مجهود للمساهمة في هذا البرنامج الهام، الذي يشجع على المبادرة الحرة، ويحد من بطالة الخريجين، خصوصا ما للأبنك من أهمية ودور في تعزيز الاقتصاد الوطني².

والحال أن الحصيلة تثير الكثير من الملاحظات، نظرا لضعف الملفات المنتقاة، مقابل رقم 30 ألف مقولة التي أعلنت الحكومة تحقيقها مع متم سنة 2009.

فضعف الحصيلة كان من مسبباته بالإضافة إلى تأخر إطلاق العملية، عدم تحمس عدد من المؤسسات البنكية لمسألة التمويل، وامتناع عدد منها عن تمويل بعض المشاريع التي تنتمي إلى قطاعات متضررة، أو بسبب عدم وجود

¹ - المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، مرجع سابق، ص 73-74.

² - تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية دورة أكتوبر، مرجع سابق، ص 35.

تطابق بين تكوين ومؤهلات صاحب المشروع. فضلا عن نقص عدد الشبابيك الذي لم يسمح باستغلال كامل للإمكانات التي تتوفر عليها بعض المدن المغربية.¹

ثم، ليست البنوك وحدها التي تتحمل مسؤولية فشل هذا البرنامج، ولكن الجهات المسؤولة عن وضع هذا التصور تتحمل القسط الأكبر من المسؤولية، إذ لم تأخذ بعين الاعتبار كافة الإكراهات التي من الممكن أن تواجه البرنامج والراغبين في الانخراط فيه. كما أن السلطات العمومية لم توفر البنيات التحتية لاستقبال هذه المشاريع بأسعار وصيغ تمويلية في المتناول، تأخذ بعين الاعتبار وضعية هؤلاء الشباب، علما أن القروض المقدمة تحظى بضمانة من طرف الصندوق المركزي للضمان تصل إلى حدود 85 %.

ومن جهة أخرى، تم خلق شبابيك في مختلف جهات المملكة، بحيث وقعت اتفاقية بين الوكالة الوطنية لإنعاش الشغل والكفاءات من جهة، والمؤسسات التي ستأوي هذه الشبابيك من جهة أخرى منها غرف التجارة والصناعة والخدمات. وقد خصصت الاتفاقية دعما ماليا للجهات المحتضنة لهذه الشبابيك، والمحددة في 10 آلاف درهم عن كل مشروع محدث، ويصرف هذا المبلغ على أشطرى.

لكن بعد تنفيذ المشروع، بدأت غرف التجارة والصناعة والخدمات تطالب بمستحققاتها، لكنها لم تتوصل بها رغم مواكبتها للمشاريع. وبررت الجهات الحكومية المسؤولية عن باقي الشبابيك المحدثّة من قبل مؤسسات القروض الصغرى، بالطبيعة القانونية لهذه الغرف، إذ تعتبر بمثابة مؤسسات عمومية إدارية. وعليه، لا يسمح لها بإصدار بعض الوثائق المضمنة في ملف التعويض خاصة ذات الطابع التجاري، مثل الفاتورات.²

فمنذ انطلاق البرنامج، بدأت تظهر بعض المشاكل التي أثرت على مصداقيته، إذ أن مجموعة من الخطوات التي اتبعت لم تكن مضبوطة، خاصة على مستوى المصاحبة، فالإعلانات كانت تدعو الشباب إلى الانخراط في البرنامج - في حين لم تكن الشبابيك مهيأة لاستقبالهم، لأن المصاحبين كانوا ما زالوا يخضعون إلى تكوين للقيام بمهامهم.

أما المشكل الآخر الذي عرقل الانطلاقة الجيدة لمقاولتي فيتعلق بعدم اكتمال البرنامج المعلوماتي الذي يربط بين البنوك وصندوق الضمان المركزي. وبالتالي، فحتى في حالة قبول البنك تمويل الملفات المعنية، لن يتأتى له ذلك في غياب برنامج معلوماتي. أما المشكل الثالث فيتعلق بغياب نظام معلوماتي رابط بين شبابيك مقاولتي، بالإضافة إلى الإعلانات الإشهارية التي تشوب الوكالة عبر وسائل الإعلام.³

أما البنوك على المستوى الجهوي، لم تكن واعية ببرنامج مقاولتي. كما أن المصاحبين الذين خضعوا لذلك التكوين سابقا، كانوا يفتقدون إلى التكوين الضروري على مستوى التمويل، فهم يقومون بمصاحبة المستفيد إلى غاية

¹ - جريدة الأيام: العدد 25-29/281 ماي 2007 أنظر:

الصحيفة المغربية العدد 21/6 - 27 أكتوبر 2007، ص 32

² - عبد الواحد الكنفراوي، مقاولتي بصيغة جديدة وعقليات قديمة، جريدة الصباح، العدد 2844، الثلاثاء 2009/06/2، ص 6.

³ - محجوب شاهين، رئيس مصلحة التشغيل الذاتي بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، حاوره عبد الرحيم نذير، جريدة الصباح، عدد 2844، الثلاثاء 2009/06/2.

قبول تمويل ملفه من طرف البنوك، لكنهم لم يكونوا قادرين على القيام بالمصاحبة إلى حين تسلم القرض. كما ظهرت صعوبة الحصول على العقار، وغياب الثقافة المقاولة في صفوف الشباب¹.

دفعت تلك النتائج المخيبة للآمال الحكومة إلى إعادة النظر في الصيغة التي كان معمولاً بها سابقاً. واعتماد صيغة جديدة تأخذ بعين الاعتبار المعوقات، والصعوبات التي لاقاها البرنامج في صيغته الأولى.

وهكذا، كشف وزير الشؤون الاقتصادية والعمالة عن الصيغة الجديدة في فبراير 2009 الماضي، وصرح حينها بأن البرنامج الجديد يوفر فرصاً أكبر للنجاح، سيما أنه يوجد في محور السياسات الحكومية الطموحة لتعزيز التشغيل. مضيفاً أن البرنامج سيفتح في وجه كافة حاملي المشاريع، ولن يقتصر على حاملي الشهادات الرسمية. بالإضافة إلى ذلك، فقد تقرر زيادة عدد مكاتب مقاولتي والمستشارين، بحيث تم تكوين 112 مستشاراً جديداً².

ومن أجل تجاوز تلك الصعوبات، وإعطاء ديناميكية جديدة للبرنامج، قامت اللجنة التنفيذية المحدثّة من طرف اللجنة الوطنية التي يرأسها السيد الوزير الأول، والتي أسندت لها مهمة إنجاز تشخيص مفصل لبرنامج مقاولتي باقتراح الإجراءات والمساطر الكفيلة بتسهيل عملية خلق أكبر عدد ممكن من المقاولات³.

ولعل أول قرار اتخذته اللجنة التقنية الوطنية التي كانت تضم المجموعة المهنية لبنوك المغرب، والشبابيك والوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، القيام بجولات في مجموعة من المدن من أجل الوقوف على حاجيات كل منطقة. وخلال كل جولة، عمل المسؤولون عن البنوك والشبابيك على توضيح أهداف مقاولتي، وتبيان المساطر التي يجب إتباعها للحصول على القروض، وذلك من أجل توحيد الخطاب بين جميع المناطق. كما قاموا بتوزيع دليل عملي يشرح كل تفاصيل البرنامج، وإحداث النظام المعلوماتي الذي يربط صندوق الضمان المركزي بالبنوك، كما تعهدوا بمساعدة المستفيدين للحصول على تنسيق من القروض يمكنه من تغطية 10 % من قيمة المشروع⁴.

سيرتكز تدخل الحكومة على تحسين قابلية إدماج حوالي 20.000 باحث عن شغل في إطار برنامج تأهيل، ودعم إحداث 3000 مقالة صغيرة للتمكن من خلق 9000 منصب عمل في إطار برنامج مقاولتي.

هذا، بالإضافة إلى تمكين أزيد من 20.000 شخص من الاستفادة من خدمات التشغيل بالخارج في إطار اتفاقيات ثنائية لليد العاملة بالنسبة لسنة 2008⁵.

وعليه، ستنصب الجهود بخصوص برنامج إدماج على توسيع الاستفادة من الإعفاءات الضريبية التي يخولها البرنامج لتشمل حاملي البكالوريا، انطلاقاً من كون هذه الفئة تمثل نسبة كبيرة من الحاجيات المعبر عنها من طرف المقاولات.

¹ - محجوب شاهين، جريدة الصباح، مرجع سابق .

² - عبد الواحد الكنفراوي، مقاولتي بصيغة جديدة وعقليات قديمة، جريدة الصباح عدد 2844، الثلاثاء 2009/06/2 للمزيد من التفاصيل يرجى العودة إلى هذا المقال.

³ - سيدي أحمد بو أجلال، مرجع سابق، ص 180.

⁴ - محجوب شاهين، رئيس مصلحة التشغيل الذاتي بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، جريدة الصباح، مرجع سابق.

⁵ - المملكة المغربية: وزارة التشغيل والتكوين المهني، المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، مرجع سابق ص 98.

هذا، بالإضافة إلى التفكير من أجل اقتراح مقارنة تأخذ بعين الاعتبار الحاجيات المتجددة للقطاعات الإنتاجية والفئات المستهدفة، والتي تستدعي أيضا حذف شرط التسجيل لمدة 6 أشهر بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات.

كما سيتم العمل على تحسين خدمات الإدماج لفائدة الباحثين عن شغل، لاسيما الذين يلاقون صعوبات خاصة في ولوج سوق العمل، وذلك عبر إشراك القطاع الخاص في تدبيرها عن طريق المناولة.

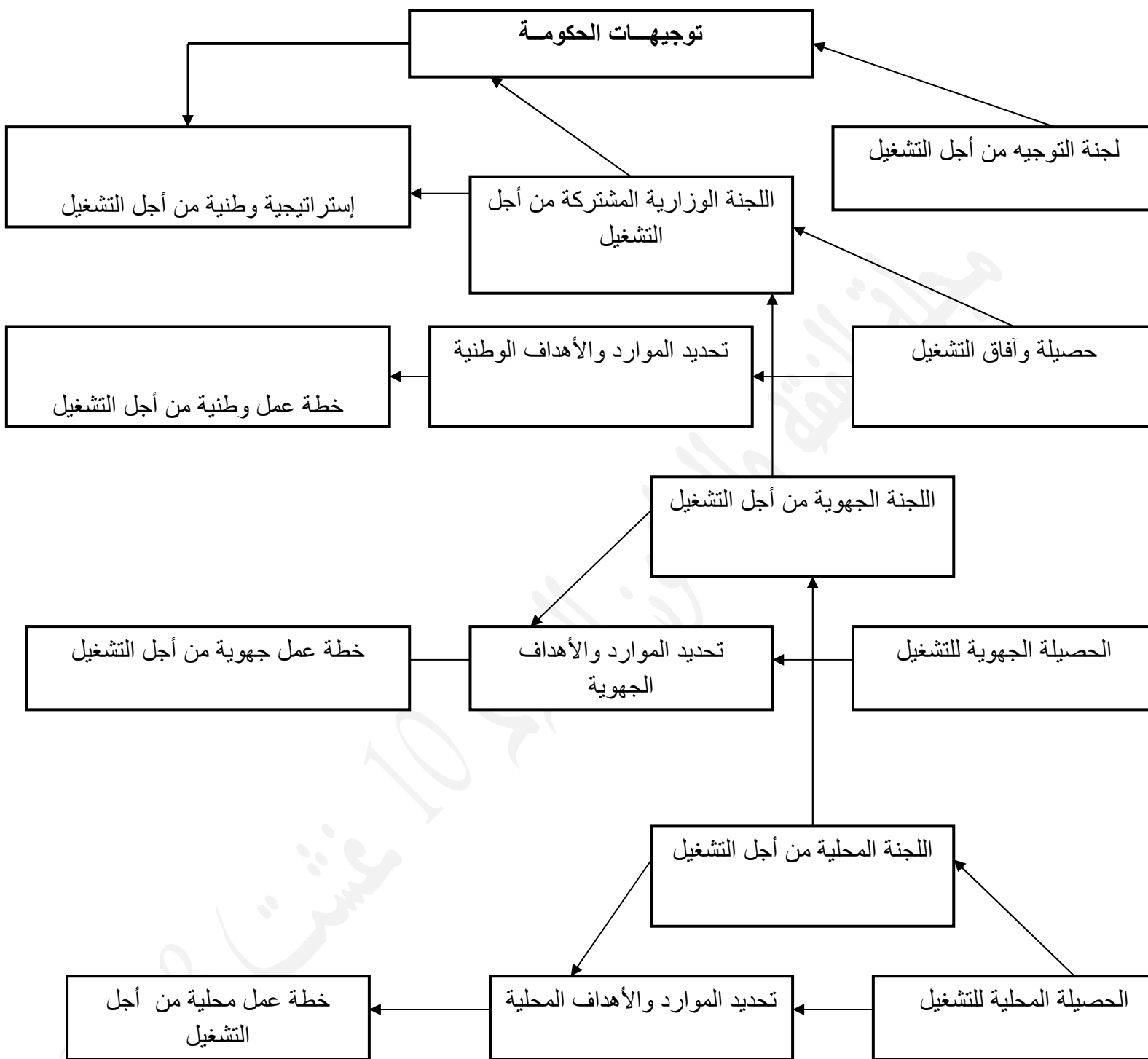
ومن أجل تمكين أكبر عدد ممكن من الشباب في ولوج عالم المقاولات بالانخراط في برنامج "مقاولتي"، انكبت اللجنة التقنية المحدثّة من طرف اللجنة المكلفة بمتابعة برنامج مقاولتي، على دراسة بعض المقترحات من أجل تحقيق الأهداف المسطرة من البرنامج استنادا إلى التشخيص الذي قامت به، وأهمها:

- تقييم النتائج المحصل عليها في إطار البرنامج؛
- اعتماد إستراتيجية تواصلية هادفة تركز على المشاريع الناجحة التي تم إحداثها في إطار البرنامج؛
- إمكانية توسيع الاستفادة منه إلى الشباب من ذوي الخبرة غير حاملي الشهادات؛
- تسريع عملية التنفيذ الفعلي لمسطرة منح التسيقات وتسهيل المساطر المتعلقة بمنح القروض؛
- تطوير الحس المقاولتي في طور المدارس¹.

تصميم إعداد خطط العمل من أجل التشغيل²

¹ - نفس المرجع أعلاه

² - الندوة الوطنية حول التشغيل 1998، مقترحات من استراتيجية، مرجع سابق ص 80



بالإضافة إلى ذلك، سيتمكن التقييم الشامل لإجراءات إنعاش التشغيل من اقتراح إجراءات جديدة من أجل التصدي للبطالة طويلة الأمد، لاسيما بالنسبة لفئة حاملي الشهادات.

ومن أجل تعزيز وتقوية دور الجهة في التشغيل، وانطلاقا من التجارب المحلية في هذا المجال، سيتم وضع الآليات الضرورية الكفيلة بتحقيق الانسجام والفعالية في تنفيذ برامج إنعاش التشغيل، وبتعبئة الوسائل المالية من خلال وضع أنظمة جهوية للتمويل.

خاتمة :

من المعلوم أنه لا يمكن تحقيق نمو اقتصادي قوي، ومحدث لمناصب الشغل، إلا من خلال تأهيل الاقتصاد الوطني، وتطوير الاستثمار. لكن للأسف لم تسمح وثيرة النمو الاقتصادي المسجلة لحد الآن بالاستجابة للحاجيات الأساسية المتزايدة للسكان، وعلى رأسها التشغيل، بسبب عدة عوامل منها ما هو مرتبط بأداء المقاولات، ومنها ما تعود مسبباته إلى المحيط الاقتصادي الوطني والدولي.

ومما لاشك فيه، أن تحقيق نمو قوي في الظروف الراهنة يتوقف على مدى تكييف الاقتصاد الوطني، مع تطور المحيط الدولي، علما بأن هذا النمو مرتبط جزئيا بتنشيط الصادرات، وكذلك مع معطيات السوق الداخلي الذي يجب أن يشكل قاعدة لانطلاق الصادرات، وخلفية لحماية المقاولات من تأثير التقلبات الخارجية.

ولبلوغ هذه الغاية، يتحتم تأهيل المقاولات، والمحيط العام للأعمال، بواسطة مجموعة من التدابير والقرارات، تهم في آن واحد المستوى الميكرواقتصادي، أي مستوى المقاولات، والمستوى القطاعي والمستوى الماكرواقتصادي الذي يهم محيطها.

لائحة المراجع :

* الكتب :

- ج.س. هبرسون: سياسات وأفكار، ترجمة صلاح الدين الشريف، دار الوزان القاهرة، 1985.

* الأطروحات والرسائل :

1- الأطروحات :

- أحمد مفيد : الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالمغرب: واقع وآفاق، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2001-2002.

- العرابي الغمري : تحديث الإدارة الترابية للدولة في المغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2003 - 2004.

- محمد الرضواني : التنمية السياسية في المغرب، تشكل السلطة التنفيذية وممارستها من سنة 1956 إلى سنة 2000، أطروحة لنيل الدكتوراه الوطنية في القانون العام، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2003-2004.

2 - الرسائل :

- أحمد جلولي: دور المقاولات الصغرى والمتوسطة في الحد من معضلة التشغيل بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2004-2005.
- سيدي أحمد بواجلال: السياسة الحكومية في ميدان التشغيل - نموذج حكومة جطو-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2007-2008.
- عادل أحمد غالب الحريبي: السياسة العامة في اليمن، دراسة تحليلية لسنوات ما بعد الوحدة نموذج (التعليم والصحة)، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2000-2001.
- علي السهول: الجماعات الضاغطة والسياسة العامة - الاتحاد العام لمقاولات المغرب نموذجاً- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2001-2002.

*الخطب والرسائل الملكية :

- خطاب الملك الحسن الثاني بمناسبة عيد الشباب 8 يوليوز 1998، انبعاث أمة، الجزء 44، القسم الأول.
- خطاب الملك الحسن الثاني في افتتاح الندوة الوطنية الأولى للتشغيل، بتاريخ السبت 12 دجنبر 1998، موافق 23 شعبان 1419، انبعاث أمة، الجزء 43.
- خطاب محمد السادس بمناسبة عيد العرش 30 يوليوز 1999، انبعاث أمة، الجزء 44.

*التصاريح الحكومية والكلمات الوزارية :

- برنامج حكومة عبد اللطيف الفيلاي أمام البرلمان 5 مارس 1995، ج.ر.ع 4296 بتاريخ 3 مارس 1995.
- برنامج حكومة عبد الرحمان اليوسفي أمام البرلمان بتاريخ 17 أبريل 1998.
- تصريح الوزير الأول عبد الرحمان اليوسفي بمناسبة تقديم حصيلة العمل الحكومي أمام مجلس النواب 2002/08/02.
- البرنامج الحكومي الذي تقدم به السيد الوزير الأول إدريس جطو أمام مجلس النواب، نونبر 2002.
- تصريح السيد إدريس جطو أمام مجلس النواب حول الحصيلة الأولية لإنجازات الحكومة يوم 10-07-2003.
- خطاب الوزير الأول عباس الفاسي أمام مجلس المستشارين لتقديم البرنامج الحكومي 25 أكتوبر 2007.
- كلمة السيد وزير التشغيل والتكوين المهني خلال افتتاح المناظرة الوطنية حول مبادرات التشغيل، وذلك يومي 22 و23 شتنبر 2005، بالصخيرات.

- كلمة السيد الوزير الأول بمناسبة افتتاح أشغال الملتقى الوطني حول مبادرات من أجل التشغيل يوم 23 شتنبر 2005.

*تقارير المجالس الوطنية و الوزارات :

- وزارة التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني: مقترحات من أجل استراتيجية لإنعاش التشغيل، الندوة الوطنية حول التشغيل 1998، ص 14.

1- وزارة التوقعات الاقتصادية والتخطيط: التقرير حول تنفيذ الشطر الأول من المخطط الخماسي 2000 - 2004، الجزء الثاني، الأهداف والبرامج القطاعية، نونبر 2001، ص 50.

- وزارة التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني: الندوة الوطنية الأولى حول التشغيل، الإجراءات والتدابير المقترحة لإنعاش التشغيل، ص 10.

- التقرير الاستراتيجي للمغرب 1999 / 2000، عدد 51 - 52، ص 215.

- المملكة المغربية ، وزارة التشغيل والتكوين المهني: ورشة حول " المزيد من مناصب التشغيل الجيدة " ينظمها البنك الدولي ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بتعاون مع وزارة التشغيل، مركز المؤتمرات الدولي محمد السادس، الصخيرات، 7 ماي 2008.

المملكة المغربية : وزارة التشغيل والتكوين المهني: مبادرات من أجل التشغيل، إنعاش التشغيل دينامية دائمة وتدابير تحفيزية، ص 13.

- المملكة المغربية، مجلس النواب، تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية حول مشروع الميزانية الفرعية لوزارة التشغيل والتكوين المهني، دورة أكتوبر 2007.

- المملكة المغربية : وزارة التشغيل والتكوين المهني، تطور سوق الشغل بالمغرب -أهم المؤشرات- الآفاق -، الإجراءات المصاحبة، ندوة صحفية بالدار البيضاء 23 يونيو 2008.

- المملكة المغربية : وزارة التشغيل والتكوين المهني، المجلس الأعلى لإنعاش التشغيل، إجراءات إنعاش التشغيل، الدورة الأولى، 25 فبراير 2008 الرباط، ص 69.

- المملكة المغربية : وزارة الاقتصاد والمالية: مشروع قانون المالية 2008، التقرير الاقتصادي والمالي 2008.

* الندوات والمناظرات :

- وزارة التنمية الاجتماعية والتضامن والتشغيل والتكوين المهني، مقترحات من أجل إستراتيجية لإنعاش التشغيل، الندوة الوطنية حول التشغيل 1998.

* الجرائد :

- عبد الواحد كنفراوي: مقاولتي بصيغة جديدة وعقليات قديمة، جريدة الصباح عدد 2844، الثلاثاء 2009/06/2.

- محجوب شاهين رئيس مصلحة التشغيل الذاتي بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات، حاوره عبد الرحيم ندير، جريدة الصباح، عدد 2844، الثلاثاء 2009/6/2.

- جريدة الأيام : العدد 29/281-25 ماي 2007.

- الصحيفة المغربية: العدد 21/6-27 أكتوبر 2007.

* التقارير:

- التقرير الاستراتيجي للمغرب 2000/1999 عدد 51-52.

الجرائع المتعلقة بالاعنداء على حقوق الأبناء في التشريع الجزائري



نصرالدين العايب : دبلوم الدراسات العربية العليا في القانون بمعهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة -

شهادة الماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة . -

شهادة الكفاءة المهنية في المحاماة - جامعة منتوري - قسنطينة

حظيت الأسرة باهتمام خاص في جل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع واللبنة الأساسية لتطوره وتماسكه وصلاحه، وعلى هذا الأساس حرصت القوانين الوضعية على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة وهذا حفاظا على قيامها وتماسكها وتقرير أحكام لحماية الأسرة من الأفعال التي تمس بكيانها واستقرارها.

إن القوانين الجزائرية على غرار التشريعات المقارنة اهتمت بنظام الأسرة ويأتي في مقدمتها الدستور الذي نص على أن تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع⁽¹⁾، كما تضمن كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية والقانون المدني قواعد لتنظيم وبناء الأسرة، أما قانون العقوبات فقد تضمن القواعد التي تكفل حماية الأسرة وتضمن احترام كافة حقوق أفرادها ومعاقبة كل من يتعدى على هذه الحقوق أو يخل بما يلزمه من واجبات.

وباعتبار الأبناء ثمرة عقد الزواج ويعيشون تحت سقف الأسرة وحمايتها فقد اهتم المشرع بثبوت نسب الأولاد وإلحاقهم بأبيهم لأنهم الهدف الذي يرمي إليه التشريع وهم اللبنة التي يقوم عليها الوجود البشري⁽²⁾، لهذا حرص المشرع الجزائري على حماية النسب من حيث ثبوته وعمل على تجريم الكثير من السلوكيات التي من شأنها إعاقة تحقيق هذا الهدف⁽³⁾ كما حرص على حق الطفل أن يتولى رعايته أبواه مند ولادته وطوال مدة صغره وحاجته إليهما وأن يسهر على حمايته من كل أذى يلحق به أو أي ضرر يصيبه، غير أنه ما فتئ الأطفال أن يكونوا عرضة لجرائم عديدة تشكل تهديدا صارخا لحقوقهم.

1 - المادة 58 من دستور الجزائر لسنة 1996.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2007، ص 188.

3 - بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 78.

والإشكالية الرئيسية التي نريد الإجابة عليها من خلال هذه الورقة البحثية هي ما مدى نجاعة المشرع الجزائري في مواجهة هذه الأفعال التي تشكل اعتداء على حقوق الأبناء والتصدي لها؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا هذه الورقة الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

البحث الأول : الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية.

المبحث الثاني : الجرائم المتعلقة بالرعاية الاجتماعية للطفل.

المبحث الثالث : جرائم ترك الأطفال العاجزين وتعريضهم للخطر.

المبحث الأول : الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية.

لكل شخص في مجتمعنا المعاصر حالة مدنية، تتكون من مجموعة من الصفات منها الميلاد والنسب وتعتبر عنصرا مهما للطفل من أجل تكوين شخصيته وأيضا من أجل اندماجه الاجتماعي لهذا تضمنت اتفاقية نيويورك المتعلقة بحقوق الطفل بتاريخ 26 جانفي 1999 المادة 07 منها حق الطفل في الاسم والجنسية والحق في معرفة أبويه أو بمعنى آخر الحق في الحالة المدنية⁽¹⁾، وسنتناول في هذا المبحث جريمة عدم التصريح بالميلاد وجريمة عدم تسليم طفل حديث عهد بالولادة المنصوص عليهما في المادة: 3/442 من قانون العقوبات⁽²⁾.

المطلب الأول : جرائم عدم التصريح.

أولا/ جريمة عدم التصريح بالميلاد.

تنص المادة 61 من قانون الحالة المدنية⁽³⁾ على أنه يجب أن يصرح بالمواليد خلال 05 أيام من الولادة لدى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة: 442 من قانون العقوبات.

وحسب المادة: 62 من قانون الحالة المدنية فإن التصريح بالولادة يقع على عاتق الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وإذا ولدت الأم خارج سكنها فيلزم الشخص الذي ولدت عنده بالتصريح بالولادة.

وتتكون الجريمة من الأركان التالية :

1 - محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم فرع قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري- قسنطينة، 2010، ص 124.

2 - الأمر 66-156 المؤرخ في 8-6-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

3 - قانون الحالة المدنية رقم 70 المؤرخ في 19/02/1970 يتعلق بالحالة المدنية.

الركن المادي : ويشمل العناصر التالية :

1- عنصر عدم التصريح بميلاد طفل: وهو ذلك التصرف السلبي الحاصل من الأب أو الأم أو أحد الأشخاص المذكورين في المادة 62 من قانون الحالة المدنية على سبيل الحصر و ذلك نتيجة سهو أو إهمال أو إغفال، ولا يشترط أن يولد الطفل حيا⁽¹⁾.

2- أن يكون الجاني من بين الأشخاص الملزمين بالتصريح بالولادة: وقد ذكرتهم المادة 62 من قانون الحالة المدنية، ويكون المسئول الأول الأب وبعده الأم ثم الأطباء والقبالات أو أي شخص آخر حضر الولادة ، وعندما تكون الأم قد ولدت خارج منزلها فالشخص الذي ولدت الأم عنده .

الركن المعنوي: يتمثل في القصد الجنائي وهو غير مطلوب لأن الأمر يتعلق بمخالفة بسيطة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد بنص المادة: 61 المذكورة سابقا أجلا معيناً للتصريح بالولادة و هي 05 أيام من اليوم الذي يلي الولادة في جميع الولايات ما عدا ولايتي الواحات والساورة فلمدة هي 60 يوما، وفي حالة ما إذا صادف آخر يوم من الأجل المحدد يوم عطلة رسمية فإن هذا الأجل يمدد إلى أول يوم يلي هذه العطلة.

ثانيا : جريمة عدم تسليم طفل حديث عهد بالولادة.

حسب المادة 67 قانون الحالة المدنية يتعين على كل من وجد مولودا حديثا أن يصرح به أو يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه مع الألبسة والأمتعة الموجودة معه.

فهذه المادة توجب على الشخص الذي وجد طفلا حديث عهد بالولادة أن يدلي بتصريح أمام ضابط الحالة المدنية بدائرة اختصاص بلديته، وإذا لم تكن له الرغبة في رعايته والتكفل به أن يسلمه مع الألبسة والأمتعة التي وجدها معه.

وعليه يعاقب كل من وجد طفلا حديث بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية، إلا إذا وافق على التكفل بهذا الطفل بموجب إقرار يوقعه أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي تم العثور على الطفل في دائرتها (المادة: 3/442 قانون العقوبات).

والعقوبة المقررة لهذه الجريمة هي نفسها تلك المقررة لجريمة عدم التصريح بالولادة وهي الحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 دج إلى 16000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، إلا أن التكفل بالطفل والإقرار بذلك أمام ضابط الحالة المدنية يضع حدا للمتابعة والعقاب.

ونسجل هنا بأن جريمة عدم تسليم طفل حديث عهد بالولادة تتطلب قصدا جنائيا عاما أي انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق وقائع الجريمة مع علمه بأركانها.

1 - أحسن بوسقيعة الوجيز في شرح القانون الجنائي الخاص - الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، دار هومة طبعة 2005.

المطلب الثاني : جرائم الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل.

حسب المادة 321 من قانون العقوبات تكون هذه الجريمة إما عن طريق إخفاء نسب الطفل حي أو بعدم تسليم جثة طفل في ظروف من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل وهو ما نوضحه على النحو الآتي:

أولا : جريمة إخفاء نسب طفل حي.

يكون ذلك بنقله عمدا أو إخفائه أو استبداله بطفل آخر أو بتقديمه على أنه ولد امرأة لم تضع حملا، وتأخذ هذه الجريمة صورتين، إحداها تشكل جنائية أما الثانية تشكل جنحة وذلك علة النحو التالي:

صورة إخفاء أو تغيير نسب طفل حي: هذه الصورة محددة في المادة 321 ف 1 من قانون العقوبات، وتشكل جنائية عقوبتها من 05 سنوات إلى 10 سنوات سجن والغرامة المالية من 500000 إلى 1000000 دينار.

صورة إسناد طفل لامرأة لم تلده بتسليم اختياري أو إهمال من والديه: في هذه الصورة يغيب الخطف أو النقل أو الإهمال ويدخل التسليم الاختياري أو الإهمال من الوالدين كعنصر في تغيير نسب الطفل، لذلك جعل منه المشرع ظرفا مخففا للعقوبة ونقلها من الجنائية إلى الجنحة، وهذه الصورة مختصة بحالة فقط من حالات تغيير نسب الطفل الواردة في المادة 321 من قانون العقوبات، هي حالة تقديم طفل على أنه ولد لامرأة وهي لم تضعه، وتصبح العقوبة في هذه الحالة الحبس من سنة إلى 05 سنوات والغرامة من 100000 إلى 500000 دينار.

ولا تقوم الجريمة في حالة نقل الطفل أو إخفائه أو استبداله بطفل آخر إذا احتفظ الطفل بنسبه أي بشخصيته الحقيقية، ففي مثل هذه الحالة يمكن تطبيق نص المادة 326 قانون العقوبات على الجاني أو نص المادة 269 قانون العقوبات إذا عرضت صحة الطفل للخطر⁽¹⁾.

ومنه يتبين لنا أن الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في السلوك الذي يأتيه الجاني والمتمثل في النقل أو الإخفاء أو استبدال طفل بطفل آخر أو تقديمه على أنه طفل لامرأة لم تضع حملا، وتكون النتيجة المترتبة على هذا الفعل هو إخفاء نسب الطفل وبالتالي الحيلولة دون التعرف أو التحقق على شخصيته، ويشترط في ذلك كله أن يكون الطفل حيا.

أما الركن المعنوي، فهذه الجريمة عمدية يلزمها توافر القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة.

ثانيا : جريمة عدم تسليم جثة طفل.

هنا لا يعاقب المشرع على الاعتداء على الحالة المدنية للطفل إنما على الاعتداء على شخص الطفل ذاته سواء تبث أنه لم يولد حيا وبالتالي لم تكن له حالة مدنية أو لم يثبت أنه لم يولد حيا، فالقانون هنا يقصد محاربة قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة أو الغير مثبتة حياتهم⁽²⁾. وتأخذ هذه الجريمة صورتين:

1 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 172.

2 - محمود لنكار، المرجع السابق، ص 124.

صورة الاعتداء على شخصية طفل لم يثبت أنه ولد حيا: تشكل هذه الصورة جنحة نصت عليها المادة 321 من قانون العقوبات، وعقوبتها الحبس من سنة إلى 05 سنوات.

صورة الاعتداء على شخصية طفل ثبت أنه لم يولد حيا: تشكل هذه الصورة مخالفة نصت عليها المادة 321 فقرة 3 وعقوبتها الحبس من شهر إلى شهرين والغرامة من 10000 إلى 20000 دينار⁽¹⁾.

المبحث الثاني : الجرائم المتعلقة بالرعاية الاجتماعية للطفل.

جاء قانون الأسرة بجملة من الواجبات قصد الحفاظ على الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم من أجل إرساء قواعد حماية الطفل، لذلك جاء قانون العقوبات وأورد جملة من الضوابط والأحكام لتدعيم حقوقه من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها مخالفة أحكام الحضانة أو إهمال وتعريض الأبناء للخطر نورد أهمها فيما يلي :

المطلب الأول : جريمة عدم تسليم طفل موضوع تحت رعاية الغير.

هي الجريمة التي نصت عليه المادة 327 قانون العقوبات بقولها "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى 05 سنوات".

والشخص الذي يحق له المطالبة بالطفل هو من يتمتع بحق حضانته سواء كان الأب أو الأم أو الوصي، ولا تقوم الجريمة إلا إذا تعمد الشخص الذي كان الطفل موضوعا تحت رعايته رفض تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به أو امتنع عن الإفصاح عن المكان الذي يوجد فيه الطفل⁽²⁾.

أما إذا أثبت المتهم أنه لم يمتنع عن تسليم الطفل الموضوع تحت رعايته فإنه لن يكون محلا للعقاب، وهو ما قضت به المحكمة العليا بقولها: "إن الطاعن لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البنيتين..... كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي، و متى كان كذلك فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم الطفل يعد خرقا للقانون لعدم توفر الركن المادي، مما يستوجب النقص"⁽³⁾.

المطلب الثاني : جريمة عدم تسليم طفل مخالفة لحكم قضائي بشأن الحضانة.

نظرا لأهمية الحضانة في تربية الطفل على النحو السليم حرص المشرع الجزائري على توفير حماية جنائية لهذا الحق، فقد نص عليها في المادة: 328 قانون العقوبات حيث يعاقب بالحبس من 01 شهر إلى 01 سنة و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته

1 - نشير إلى أنه بموجب تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يمكن أن يساءل جنائيا الشخص المعنوي عن هذه الجريمة وفقا لما قرره المادة 321 التي شددت العقوبة عليها لمواجهة هذه السلوكيات التي قد تعرف انتشارا واسعا خاصة مع اعتماد المصحات الخاصة.

2- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص175.

3- ملف رقم 130691 بتاريخ 14/07/1996، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1997، ص153، الديوان الوطني للأشغال التربوية.

بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي، أو أبعد عن حاضنه، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، ولو حصل ذلك بغير تحايل ولا عنف⁽¹⁾.

وأركان هذه الجريمة هي :

الركن المادي : ويتكون من عدة عناصر :

العنصر الأول : الامتناع عن التسليم.

أول العناصر التي يشترط القانون توفرها لقيام جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى من له الحق في حضائته هو عنصر الامتناع ذاته، وينبغي أن يحصل الامتناع بشكل متعمد و واضح ومقصود وبعد أن يكون الممتنع المتهم قد علم فعلا بوجود الحكم، و مع انتفاء الامتناع تنتفي معه الجريمة .

العنصر الثاني : وجود حكم قضائي سابق.

يجب أن تكون المطالبة بتسليم الطفل ممن صدر لصالحه حكما قضائيا لإسناد الحضانة إليه، وأن يكن هذا الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه أو أن يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل⁽²⁾، وقد قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون هذا الشرط لم يتوفر⁽³⁾.

والظاهر من نص المادة: 328 أعلاه أن أساس اهتمام المشرع ينصب في مصلحة الطفل وليست مصلحة الأبوين وذلك بوجوب تسليم الطفل لمن يكون أشفق وأحن عليه وأقدر على مراعاة مصلحته والعناية به أكثر من غيره⁽⁴⁾.

العنصر الثالث : يجب أن يكون الطفل المطلوب تسلمه موجود فعلا تحت سلطة المتهم الممتنع.

أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي يعيش فيها المتهم وكان الطفل يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون نفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم مسئولا عن عدم تسليم الطفل ولا يمكن متابعته⁽⁵⁾.

الركن المعنوي :

تقتضي هذه الجريمة توافر القصد الجنائي، ويتوفر القصد الجنائي بالعلم والإرادة، أي بأن يكون الجاني يعلم بوجود حكم قضائي يلزمه بدفع مبالغ النفقة ويمتنع مع قدرته على الدفع فلامتناع هنا عمدا⁽⁶⁾.

1- القاصر هنا هو من يحتاج إلى الحضانة وقد حددت المادة: 65 قانون الأسرة الجزائري نهاية مدة الحضانة بعشرة سنوات بالنسبة للذكر أما الأنثى ببلوغها سن الزواج، كما أن للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية.

2- راجع المادة 323 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 125.

4- شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 162.

5- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، طبعة الثانية 2002، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 124.

6- أحمد لعور، و نبيل صقر، قانون العقوبات نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر 2007، ص 202-203.

العقوبة :

يعاقب مرتكب جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه من شهر إلى سنة وغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج، وتزداد عقوبة الحبس إلى 03 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني (المادة 328 الفقرة الثانية قانون العقوبات).

المطلب الثالث : جريمة تقديم طفل إلى ملجأ أو مؤسسة خيرية.

هي الجريمة المنصوص عليها في المادة 03/442 قانون العقوبات، والتي يعاقب عليها بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قدم طفل يقل عمره عن 07 سنوات موضوعا تحت رعايته وكفالاته إلى ملجأ أو مؤسسة خيرية.

وتتكون هذه الجريمة من عنصرين هما :

الأول: أن يتعلق الأمر بطفل لم يتجاوز سن السابعة (07) من العمر.

الثاني: أن يكون الجاني شخصا مكلفا بتوفير الرعاية لهذا الطفل، سواء كان مصدر هذا الالتزام صلة الرحم أو عقد شرعي بالكفالة المنصوص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

وحسب المادة المذكورة أعلاه، لا تقوم الجريمة في حق من هو غير مكلف أو غير ملزم برعاية الطفل ومن ثم لا يمكن مساءلة من وجد طفلا فقدمه إلى ملجأ أو إلى مؤسسة خيرية⁽²⁾.

المبحث الثالث : جرائم ترك الأطفال العاجزين وتعريضهم للخطر.

لقد نصت المادة 37 من اتفاقية حقوق الطفل⁽³⁾ على أن لا يعرض أي طفل لضرب من ضروب المعاملة اللاإنسانية، كما نصت المادة 23 من نفس الاتفاقية على وجوب اعتراف الدول بتمتع الطفل المعوق عقليا أو جسديا بحياة كاملة وكرامة في ظروف تكفل له كرامته، وقد عمل المشرع الجزائري على تكريس هذه الحقوق ودعمها بحماية جنائية حيث جاء القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون العقوبات الجزائري تحت عنوان "في ترك الأطفال العاجزين وتعريضهم للخطر" وذلك في المواد من 314 إلى 320 منه لذلك سنعالج هذا المبحث في المطلبين الآتيين.

1- تنص المادة من قانون الأسرة الجزائري على أن " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام على ولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي".

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص171.

3- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل المؤرخة في 20 نوفمبر 1989.

المطلب الأول : جريمة تعريض الطفل العاجز للخطر.

هذه الجريمة تضمنتها المواد من 314 إلى 319 من قانون العقوبات، ونميز في هذه المواد معيارا كان محددًا للعقوبة استنادا إلى المكان الذي يعرض الطفل والعاجز للخطر وذلك بحسب ما إذا كان مأهولا أو خال من الناس، وسنتناول أركان هذه الجريمة والجزاء المقرر لها.

أ- أركان الجريمة : تتطلب هذه الجريمة وجود ركنين هما :

1- الركن المادي: هذا الركن متمثل في:

- ترك أو التعريض للخطر.

- حمل الغير على ترك الطفل أو تعريضه للخطر.

أ- الترك أو التعريض للخطر: إن مجرد الترك والمقصود بالترك هو التحلل من العناية بالطفل أو مجرد تعريضه للخطر هو كاف لقيام الجريمة، وهنا لا بد أن نتفحص عبارة "أو تعريضه للخطر" وبالتالي فهو عنصر يتم تكوينه بمجرد الانتهاء من عملية النقل والترك دون حاجة إلى إثبات أي تصرف آخر⁽¹⁾.

وعليه فإن الجريمة تقوم في حق من يترك طفلا أمام باب ملجأ و كذا من يترك طفلا في مكان ما، ولو تم ذلك على مرأى الناس⁽²⁾.

ب- حمل الغير على ترك الطفل أو تعريضه للخطر: وهي صورة من صور التحريض معاقب عليها قانونا.

2- الركن المعنوي: هذه الجريمة تتطلب قصدا جنائيا متمثل بطبيعة الحال في علم وإرادة الجاني بالأفعال التي يقوم بها.

ب-الجزاء: إن الجزاء في هذه الجريمة يتغير بعدة معايير هي مكان ارتكاب الجريمة وكذلك النتائج المترتبة عنها إضافة إلى صلة الجاني بالضحية.

ففي حالة مكان ارتكاب الجريمة، نميز ارتكابها في مكان خال أو مأهول بالناس:

1- في المكان الخالي⁽³⁾: نجد ذلك في المادتين 314، 315 ويعاقب على مجرد ترك طفل أو عاجز غير قادر على حماية

نفسه بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، ويتم تشديد العقوبة بتوافر ظرفين:

• درجة الضرر الحاصل: نميز في ذلك الحالات الآتية:

- إذا كان العجز أو المرض لمدة تتجاوز 20 يوما فإن الجريمة جنحة وعقوبتها الحبس من سنتين إلى 05 سنوات.

- إذا بتر أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فالجريمة تعد جنائية وعقوبتها السجن من 05 إلى 10 سنوات.

1- عتيقة بلجبل، الحماية الجنائية للطفل كضحية في أسرته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، جامعة بسكرة، ص4.

2- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص177.

3- ليس المراد بالترك في المكان الخالي أن يكون المحل خاليا من جميع آدميين في جميع الأوقات كجزيرة مهجورة مثلا إنما المراد أن يكون المحل المذكور خاليا من الناس في الوقت الذي حصل فيه تعريض الطفل للخطر ولو كان من شأنه في غير هذا الوقت أن يكون أهلا بهم كالشارع العمومي فإنه من الجائز أن يعتبر خاليا من الناس في ساعة متقدمة من الليل ولو كان السير لا ينقطع منه مطلقا أثناء النهار وعلى ذلك فمسألة خلو الشارع أو عدم خلوه منهم هي موضوعية محضة تفصل فيها محكمة الموضوع. أنظر عبد المنعم عادل، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص 218.

- إذا حدث الموت تكون الجريمة جناية وعقوبتها السجن من 10 إلى 20 سنة.
- صفة الجاني: ونصت عليها المادة 315 وتكون العقوبة إذا كان الجاني من أصول الطفل أو العاجز أو ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته كما يلي :
- الحبس من سنتين إلى خمسة سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 314.
- السجن من 10 إلى 20 سنة في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة.
- السجن من 05 إلى 10 سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.
- السجن المؤبد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.
- 2- في المكان المأهول: وهو ما تضمنته المادتين 316، 317 من قانون العقوبات إن مجرد إتيان الفعل في مكان يعمه الناس يعاقب عليه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة ويتم تشديد العقوبة بتوافر ظرفين.
- درجة الضرر الحاصل: و في ذلك حالات عدة:
- إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز عشرين يوما فالعقوبة هي الحبس من 06 أشهر إلى سنتين.
- إذا نتج عن ذلك عجز أحد الأعضاء أو عاهة مستديمة فالعقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.
- إذا حدثت الوفاة للجريمة هي جناية وعقوبتها السجن من 05 إلى 10 سنوات.
- صفة الجاني: نصت على ذلك المادة 317 حيث يعاقب مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن يتولون رعايته على النحو الآتي:
- الحبس من 06 أشهر إلى سنتين في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 316.
- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة.
- الحبس من 05 إلى 10 سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة.
- السجن من 10 إلى 20 سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة المذكورة.
- وطبقا لنص المادة 318 فإنه وسواء حدثت الجريمة في مكان خال أو مأهول بالناس فإن الجاني يعاقب بالسجن المؤبد إذا حدثت الوفاة مع النية في إحداثها، أما إذا اقترن الفعل مع سبق الإصرار والترصد فالعقوبة هي الإعدام⁽¹⁾.
- المطلب الثاني : جريمة التحريض على ترك طفل.

هذه الجريمة تختلف عن الجرائم السابقة وذلك لكون أن العقوبة تسلط على شخص غير الأب والأم يلعب دورا فعالا في دفعهما أو دفع أحدهما إلى التخلي عن ولده لمصلحة هذا الغير، وذلك بإتباع طريقة التحريض أو بالحصول

1- يعاقب قانون العقوبات المصري في المواد من 285 إلى 287 بالحبس كل من عرض طفلا لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة، وتركه في محل خال من الأدميين أو حمل غيره على ذلك، فإذا نشأ عن هذا التعريض أو الترك انفصال عضو من أعضائه أو فقد منفعته يعاقب الفاعل بالعقوبات المقررة للجرح العمد، فإذا تسبب عن ذلك موت الطفل يحكم بالعقوبة المقررة للقتل العمد وتكون العقوبة بالحبس أو الغرامة إذا تم تعريض أو ترك في محل معمور بالأدميين. أنظر عبد الفتاح مراد، جرائم الامتناع في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 42-43.

على تعهد مكتوب أو بواسطة القيام بدور الوسيط بين الوالدين وبين الغير بقصد التوصل إلى مصلحة متمثلة في التخلي عن الولد الذي سيولد في المستقبل⁽¹⁾، وهذه الجريمة منصوص عليها في المادة 320 من قانون العقوبات.

أ- الصورة الأولى : وتتمثل في تحريض الوالدين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة أو منفعة⁽²⁾، ومن خلال قراءة المادة 320 تتلخص أركان هذه الجريمة في ما يلي:

- الركن المادي: ويتمثل في إقدام شخص على تحريض أو إغراء أحد الوالدين أو كليهما، وذلك عن طريق أي وسيلة مادية كانت أو معنوية إلى أن يتخلى أو يتخليا عن ابنهما المولود أو الذي سيكون في المستقبل، و يقوم بتسليمه بمقابل أو دون مقابل، ولا يشترط أن تتحقق النتيجة ويتم تسليم الطفل أو التخلي عنه حتى يقوم الركن المادي لأن النص القانوني لا يشترط ذلك.

- الركن المعنوي: لقد اشترط المشرع باعثا خاصا يجب أن يتوفر حتى يوجد القصد الجنائي، هو أن تتجه نية المحرض إلى الحصول على فائدة فلا يكفي فعل التحريض.

ب - الصورة الثانية : ومؤداها الحصول على عقد من الوالدين أو من أحدهما يتعهدان بمقتضاه التخلي عن ولدهما الذي سيولد أو الشروع في ذلك، وكذا حيازة مثل هذه العقد واستعماله أو الشروع في استعماله، وفيما يلي أركان هذه الجريمة في صورتها هذه:

- الركن المادي : ويتمثل في سلوك أحد الأشخاص الإيجابي بتوجهه إلى الأم أو الأب أو إليهما ويستكتبهما أو يستكتب أحدهما طالبا منهما تحرير وثيقة رسمية أو عرفية تثبت تعهدهما بالتخلي له عن الطفل الذي سيولد مستقبلا، ويلحق به من يجوز هذا العقد أو من يستعمله أو من يشرع في ذلك.

وتعتبر عقدا الممارسات التي بموجبها تقبل المرأة أن تحمل طفلا عن طريق التلقيح الاصطناعي على أن تتنازل عنه في عند ولادته، كما أن الفقرة الثانية من المادة من قانون العقوبات لا تقف عند تجريم التعاقد بل الشروع في ذلك أو حيازة هذا العقد أو استعمال أو الشروع في استعماله⁽³⁾.

- الركن المعنوي: لا يشترط في هذه الصورة مثلما كان في الصورة السابقة نية لدى المتهم في الحصول على فائدة، بل يكفي القصد العام وهو العلم بعناصر الجريمة.

ج- الصورة الثالثة : هذه الصورة نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة 320 من قانون العقوبات، وتتمثل في قيام شخص بالوساطة بين الأبوين أو بين أحدهما وبين شخص ثالث فيوصلهما ببعضهما ويقوم بمساع تمهيدية أو تنفيذية قصد جعل الأطراف يتفقون على التخلي عن الطفل المولود أو الذي سيولد من أجل تحقيق فائدة للوسيط أو للغير، وبغض النظر عن الفائدة ومقدارها، وفيما يلي نتعرف على ركنها المادي والمعنوي كما يلي:

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 137.

2- نشير هنا إلى أن فعل التخلي الوارد هنا يختلف عن مفهوم الترك الوارد في المادة 314 ق ع وما بعدها، في أنه لا يشترط أن يتم هنا تعريض صحة الطفل و أمه لأي خطر، لذلك الذي يقصد هنا المعاقبة عليه من هذه الصورة من الجريمة التي تقوم على فعل التحريض على التخلي بدافع الحصول على فائدة، هو الحماية وإن بطريقة غير مباشرة للحالة المدنية للطفل من الفساد، وليس الحماية لصحة الطفل وأمّه من التعرض للخطر، لأنها مضمونة بالمادة 314 وما بعدها من ق ع. أنظر محمود لنكار، المرجع السابق، ص 124.

3- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 181.

- الركن المادي : ويتمثل في السلوك الذي يقوم به الجاني فيفعل الوساطة مقابل فائدة بين الأبوين أو أحدهما وبين شخص آخر ويقوم بكل المساعي الموصلة أو المؤدية إلى تهيئة الجو المناسب لانجاز الغرض المطلوب حتى ولو لم تحصل النتيجة المرجوة فعلا.

- الركن المعنوي : تتطلب هذه الصورة قصدا خاصا ويتمثل في أن يصاحب فعل الوساطة نية الحصول على طفل بقصد التوصل إلى فائدة أو الشروع في ذلك.

ومن خلال هذا العرض الموجز نخلص إلى أن مجرد تحقق أية صورة من هذه الصور الثلاثة تكفي لقيام الحالة الجرمية وكل ذلك بغرض الحفاظ على تماسك الأسرة وحماية الأبناء الصغار من كل تهرب من المسؤولية عليهم أو تحويلهم إلى بضاعة تباع ويتصرف فيها بأثمان بخسة.

الجزاء :

إن الحالات الواردة في الفقرات الثلاث من المادة 320 تشكل جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 500 دج إلى 20.000 دج.

هذه أهم الجرائم التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون العقوبات المتعلقة بالاعتداء على حقوق الأبناء، وفيما يلي نورد بعض الاقتراحات التي من شأنها تفعيل هذه الحماية وهي كالتالي :

- ضرورة وجود تشريع خاص بحماية الطفل الجزائري يحتوي على جميع القواعد الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالطفل، على غرار بعض التشريعات المقارنة.

- إعادة النظر في بعض العقوبات حتى تتناسب ومدى فضاة الجرم الذي يقع في حق الطفل.

- استغلال كافة الوسائل والإمكانيات المتاحة من أجل التحسيس بضرورة حماية الأطفال وحسن معاملتهم، والتحذير من خطورة الإساءة إليهم، لما يمكن أن ينتج عنها من احتمالات الانحراف.

- ضرورة تفعيل دور المجتمع في التوعية والتحسيس حتى يشكل دعما للجهات الرسمية.

- تدعيم النظام العقابي والجزائي بوسائل من قلب المجتمع وصميم الأسس التي يقوم عليها.

نظيقات العقوبة المقنعة في المجال التأديبي



بوادي مصطفى : أستاذ مساعد قسم "أ"
بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة معسكر
عضو بوحدة بحث علمي / عضو بمخبر (السياسة العقارية)
بكلية الحقوق والعلوم السياسية / عضو في البرنامج الوطني للبحث

ملخص المقال :

على غرار الإجراءات التأديبية الصريحة التي تتخذها السلطة التأديبية، والتي يترتب عليها توقيع عقوبات تأديبية كما هو منصوص عليه قانونا، إلا أن هناك نوعا من العقوبات التي توقعها الإدارة على الموظف دون اللجوء إلى الإجراءات التأديبية المنصوص عليها قانونا، بغرض التخلص من الموظف بأيسر التكاليف، وحتى لا يتعرض قرارها للإلغاء من طرف القضاء الإداري، وما يترتب على الإلغاء من ضرورة إعادة الموظف إلى منصبه وتسوية وضعيته المهنية، وهذا النوع من العقوبات هو ما يعرف بالعقوبة المقنعة، كالنقل التلقائي للموظف، أو الإحالة على التقاعد... وعلى هذا الأساس تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم العقوبة المقنعة. في حين خصصنا المبحث الثاني إلى تطبيقات العقوبة المقنعة في المجال التأديبي.

كلمات مفتاح : الإجراءات التأديبية، السلطة التأديبية، العقوبة المقنعة.

Résumé :

La procédure disciplinaire est une procédure relativement lourde et contraignante. L'autorité investie du pouvoir disciplinaire peut être tentée de ne pas y recourir, dans un souci avouable de gain de temps et d'économie de discussion, ou dans un souci moins avouable d'absence d'élément sérieux. Elle va alors recourir à une mesure dont les effets seront équivalents à ceux d'une sanction dont le but sera d'évincer le fonctionnaire indésirable. Ces sanctions déguisées sont parfaitement illégales, de par leur caractère arbitraire en privant le fonctionnaire de ses garanties élémentaires, ou de par le vice de procédure dont elles découlent.

Cette étude visait à examiner dans la première partie la définition de la sanction déguisée.

Dans la deuxième partie ont à examiner les applications de la sanction déguisée dans le domaine disciplinaire.

Les mots clés : la procédure disciplinaire, le pouvoir disciplinaire, sanction déguisée.

مقدمة :

إذا كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، هي أكثر فاعلية من أجل تأكيد دولة القانون، وحماية حقوق الإنسان والمواطن، و في حماية الموظفين العاملين في مواجهة عدم شرعية أعمال السلطة الإدارية الرئاسية، ومن بينها سلطة اتخاذ قرارات تأديبية غير شرعية، حيث يترتب على اعتبار القرارات غير مشروعة إلغائها بأثر رجعي. إلا أنه في بعض الأحيان قد تتخذ سلطة التأديب إجراءات عقابية بغرض توقيع جزاءات تأديبية على الموظف، بعيدا عن رقابة القضاء الإداري، حتى لا يتعرض قرارها للإلغاء من خلال فحص مدى مشروعية، أو عدم مشروعية القرار الإداري المتخذ من طرف جهة الإدارة، والحكم بإلغائه، إذا ما ثبت عدم مشروعيته بواسطة حكم قضائي، وبالتالي تلتزم جهة الإدارة بتنفيذ الحكم القضائي، وما يترتب عليه من تعويضات عن الأضرار التي تلحق بالموظف، وذلك وفقا للحالات المعروفة في دعوى الإلغاء، كعيب عدم الاختصاص، أو غيرها من الأسباب التي تجعل القرار التأديبي معرضا للطعن فيه أمام القضاء.

على أن أهم عيب قد تتخذه سلطة التأديب في هذا الإطار، وكوجه من أوجه الانحراف في السلطة، ألا وهو العقوبة المقنعة، باعتبارها أخطر الحالات التي تسلكها سلطة التأديب في المجال التأديبي. وعليه سوف نركز في دراستنا هذه على الجزء التأديبي الذي يخضع للطعن أمام القضاء الإداري والذي يتخذ صورة عقوبة مقنعة. ومن ثم فلا تعد كل الإجراءات التي تتخذها السلطة الإدارية، ويترتب عليها الانتقاص من مزايا الموظف المالية أو الأدبية، من العقوبات التأديبية الخاضعة للطعن في مشروعيتها أمام القضاء الإداري. على أن الإشكال الذي قد يطرح في هذا الصدد هو ما مفهوم العقوبة المقنعة ؟ (المبحث الأول)، وما هي أهم تطبيقات العقوبة المقنعة في المجال التأديبي؟ (المبحث الثاني). الأمر الذي يدفعنا إلى البحث في هذا المقال من خلال العناصر التالية:

المبحث الأول : مفهوم العقوبة التأديبية المقنعة :

بالإضافة إلى العقوبات التأديبية الصريحة المنصوص عليها قانونا، هناك نوع آخر من العقوبات والتي تعد من ابتكار وتلاعب من طرف الإدارة، بل هي من أبرز صور الانحراف بالإجراءات التأديبية، نظرا لتجاوز جهة الإدارة للقانون. ومن ثم فهي إجراءات تتخذها السلطة الإدارية ضد الموظف، دون أن توجه له اتهامات معينة. وبالتالي يكون الهدف من هذه العقوبة النيل من الموظف، وإلحاق الأذى به، أو حتى محاولة التخلص منه بأيسر التكاليف، وهذا ما يتأتى لها من خلال تجاهل الضمانات المقررة له قانونا.

وترتبط العقوبة المقنعة في واقع الأمر بأخلاقيات السلطة الإدارية في مواجهة موظفيها، حيث تقوم بتوقيع عقوبات بالمعنى الصحيح للنيل من الموظف عن طريق خفي غير قانوني، مستخدمة في سبيل ذلك إجراءات غير منصوص

عليها قانونا، وفي بعض الأحيان إجراءات منصوص عليها، ولكن تستخدمها في غير الأغراض التي تقرر من أجلها¹.

على أن جهة الإدارة، قد تلجأ إلى مثل هذه العقوبات، نظرا لسهولة وسرعة تحقيق أهدافها من وراء هذه الإجراءات، بغرض توقيع العقوبة على الموظف بدلا من مواجهة طائفة من الضمانات، والإجراءات التي قد تعرقل وظيفتها، وتستغرق وقتا طويلا. وبالتالي يصعب عليها توقيع العقاب على الموظف.

ففي نطاق العقوبات التأديبية، نكون أمام إجراءات. الأول هو اتباع الإجراءات التأديبية المعروفة. والثاني هو استبعاد جهة الإدارة للطريق الإجرائي المتعارف عليه في نطاق النصوص القانونية التأديبية. وقد تعتمد الإدارة الطريق غير المشروع، رغم علمها بعدم توافر شروطه. ومن ثم فإن استعمال أي إجراء من الإجراءات الداخلية لتحقيق نتيجة معينة داخل المرفق، هو انحراف بهذا الإجراء عن موضوعه، وعن تحقيق نتيجة التي أعد لتحقيقها عن طريق اتباع طرق قانونية لتحقيقها بإجراء التأديب في إطاره القانوني. وبناء على ذلك إذا أعد المشرع لتحقيق الغرض وسيلة معينة، وجب اتباعها وعدم تجاوزها إلى غيرها، لأن الغاية والوسيلة يدخلان جميعا في مجال المشروعية².

على أن وقوع مثل هذا الإجراء يقع باطلا، حتى ولو كان في إطار التحقيق مع الموظف، مادام قد قصد من ورائه إيذاء وعقاب الموظف، ذلك أنه ليس من العقوبات المنصوص عليها قانونا. كما أنه يعد خرقا للإجراءات والضمانات المقررة لفائدة الموظف، كحق الدفاع مثلا.

والجدير بالإشارة، إلى أن الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة والتي لا تمس بالمركز الوظيفي للموظف لا تعتبر من قبيل العقوبات المقننة³.

كما أن الإجراءات التي تتخذ في مواجهة الموظف والتي تنقص من حقوقه بسبب غياب العمل الفعلي لا تعتبر من قبيل العقوبات المقننة، وهذا ما أكدته المجلس الدستوري الفرنسي⁴ من خلال تأكيده على حكم قضائي سابق في هذا الإطار.

أضف إلى ذلك أن التخفيض في التقرير السنوي للكفاية لا يرجع إلى الخطأ المرتكب من طرف الموظف، وإنما مرده إلى نوعية الخدمات التي يقدمها الموظف للمصلحة⁵.

والجدير بالذكر، إلى أن التشريع الجزائري قد استبعد من نطاق دعوى تجاوز السلطة التدابير الداخلية، وكذا الأعمال التحضيرية، وقرار اللجنة التأديبية. وهذا ما كرسته المحكمة العليا سابقا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1993/01/03⁶، إذ قررت عدم قبول دعوى الإلغاء شكلا، كونها انصبت على الطعن في قرار اللجنة التأديبية. وقد جاء في حشيات القرار: "حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن تعتبر اللجان التأديبية مجرد هيئة استشارية فإن الآراء الصادرة عنها لا تدخل ضمن تعريف القرار الإداري، وأن المقرر الذي يتخذ لاحقا بناء لهذا الرأي هو وحده الذي يكون محلا للطعن بالبطلان.

ومن ثمة فإن الطعن الذي تقدم به الطاعن والذي يرمي إلى إبطال رأي اللجنة التأديبية جاء مخالفا للقانون.

¹ أنظر: مصطفى عفيفي، العقوبة التأديبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1976، ص.121.

² René CHAPUS, Droit administratif général, t1, Montchrestien, 15 éd, 2001, p.348.

³ C.E., 20 janvier 1989, ministre de l'éducation nationale c/Mme Dubouch, Rec., p.757 ; C.E., 15 avril 1996, Syndicat intercommunal du collège d'enseignement d'Esblly et Crécy-la-Chapelle, n° 108819.

⁴ C.C., 20 juillet 1977, n° 7783, Rec., p.39.

⁵ C.E., 11 janvier 1980, Laveau et autres, Rec., p.5 ; C.E., 5 avril 1996, Lecourt, n° 144017.

⁶ المحكمة العليا، قرار رقم 87137، مؤرخ في 1993/01/03، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1993، ص.222.

ومتى كان الأمر كذلك يستوجب عدم قبول الطعن شكلا".

وإذا كان مثل هذه الإجراءات كالتدابير الداخلية التي قد تتخذها السلطة الإدارية في مواجهة الموظف لا تخضع كأصل عام للطعن في شرعيتها أمام القضاء الإداري، إلا أن الإدارة قد تستخدم تلك الإجراءات للنيل من الموظف العام، وبالتالي توقيع العقوبة عليه. وهذا النوع من العقوبات هو ما يعرف بالعقوبات التأديبية المقنعة، والتي يكون الغرض منها حرمان الموظف من الاستفادة من الضمانات المقررة له قانونا.

المبحث الثاني : تطبيقات العقوبة المقنعة في المجال التأديبي :

سنتناول في هذا المبحث أبرز التطبيقات العملية للعقوبة التأديبية المقنعة، والمتمثلة في النقل التلقائي للموظف (المطلب الأول)، ثم الإحالة إلى التقاعد المسبق (المطلب الثاني)، وحالة إلغاء الوظيفة (المطلب الثالث)، وكذا الوقف الاحتياطي (المطلب الرابع)، وأخيرا تسريح الموظف لعدم الكفاءة المهنية (المطلب الخامس).

المطلب الأول : النقل التلقائي للموظف :

يعتبر النقل من أبرز تطبيقات العقوبة التأديبية في نطاق التأديب، إذ أن للإدارة سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ قرارات النقل للموظفين الموضوعين تحت تصرفها، طالما استهدفت تحقيق مصلحة المرفق العام بتنظيم العمل داخل جهازها الإداري.

وعلى هذا الأساس، يعد النقل التلقائي إجراء أو تدبيرا داخلياً، تلجأ إليه الإدارة لضرورة مصلحة المرفق العام، دون أن تستند في ذلك إلى خطأ تأديبي من الموظف محل النقل، تطبيقاً لنص المادة 158 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة. وهو بذلك يختلف عن النقل الإجباري المنصوص عليه في المادة 163 من نفس الأمر، باعتبار هذا الأخير عقوبة تأديبية من الدرجة الثالثة، تتخذ نتيجة خطأ تأديبي يرتكبه الموظف.

والجدير بالذكر، أن جهة الإدارة قد تستخدم إجراء النقل بغرض تنظيم العمل بحكم إدارتها للمرفق العام، إلا أنها قد تستهدف في واقع الأمر توقيع عقوبة على الموظف، دون اتباع الإجراءات والضمانات التأديبية، كما هو الشأن في حال اتخاذ قرار النقل بقصد إخفاء الغرض الأصلي.

والجدير بالإشارة، أن إجراء النقل يختلف تماما عن إجراء التأديب. فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اتخاذها لإجراء النقل مع محدودية الضمانات التي يتمتع بها الموظف في هذه الحالة إن لم نقل أنها معدومة. بينما تكون سلطة الإدارة مقيدة بضوابط معينة، ويتمتع الموظف في مواجهتها بضمانات كثيرة وفعالة، وهو ما يدفع الإدارة إلى التخلص من قيود التأديب وضماناته، واللجوء إلى وسيلة تكون أيسر وأكثر أمنا لها¹. ولعل الفاصل في اعتبار قرار النقل بمثابة عقوبة تأديبية مقنعة، هو القضاء الذي يقدر من خلال الظروف وملابسات الحال، أن نية الإدارة قد اتجهت إلى توقيع العقاب على الموظف.

وفي هذا الصدد، تصدى مجلس الدولة الفرنسي لهذا النوع من العقوبات من خلال العديد من القضايا كقضية Bidault²، وكذا قضية Ferrand³. إلا أن مهمة القاضي الإداري، قد تكون شاقة وعميقة. وهذا ما يستشف من

¹ أنظر: عبد الفتاح عبد العليم عبد البر، الجزاء التأديبي المقنع، مجلة العلوم الإدارية، 1993، ص. 58.

² C.E., 11 juin 1993, BIDAULT, n° 105 576. Cité par Pierre BANDET, L'action disciplinaire dans les trios fonctions publiques, 3 édition, Berger-Levrault, Paris, 2001, p.25.

³ C.E., 4 février 1994 FERRAND, n° 98 233. Cité par Pierre BANDET, op.cit., p.26.

خلال ما توصل إليه اجتهاد الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى، في قرارها الصادر في 8 أبريل 1989¹، أين اعتبرت أن " النقل التلقائي الذي لم تحترم فيه الإدارة الإجراءات المنصوص عليها قانونا، يعد بمثابة عقوبة تأديبية، ومن ثم يستوجب بطلانه".

كما أن قضاء مجلس الدولة الجزائري تصدى هو الآخر لهذا النوع من العقوبات من خلال قراره الصادر في 06 سبتمبر 2000² في قضية السيدة (د) ضد مديرية التربية والتعليم بمستغانم. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة (د) كانت تعمل كأستاذة للتعليم المتوسط بإكمالية بوقيرات بمستغانم منذ سنة 1989.

وبموجب مقرر في 17/03/1997 صادر عن مجلس التأديب تم فصلها من عملها، فطعنت فيه أمام لجنة الطعن الولائية التي استجابت لطلبها وألغت المقرر في 31/05/1997 حيث تم إعادتها إلى منصبها بإكمالية بوقيرات، وقد نفذت مديرية التربية المقرر أعلاه، وأرجعتها بتاريخ 06/07/1997.

غير أنه بعد انقضاء العطلة الصيفية تم نقلها إجباريا إلى إكمالية منصورة بمقرر مؤرخ في 31/05/1997 دون علم المعنية بالأمر، والذي لم يبلغ لها إلا في 06/09/1997.

وبتاريخ 03/01/1998 رفعت الأستاذة أعلاه دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء مستغانم طالبة إرجاعها إلى منصب عملها الأصلي.

وبتاريخ 18/03/1998 أصدرت الغرفة الإدارية أعلاه قرارا بعدم قبول الدعوى شكلا لكونها رفعت خارج الآجال القانونية.

وبتاريخ 19/05/1998 استأنفت الأستاذة أعلاه قرار الغرفة الإدارية أمام مجلس الدولة مؤسسة إياه على سببين:

السبب الأول : أن مقرر النقل بلغ لها يوم 06/09/1997، وأنها رفعت دعواها أمام الغرفة الإدارية يوم 03/01/1998، وبالتالي فقد احترمت الأجل المذكور في المادة 169 مكرر (ميعاد أربعة أشهر).

السبب الثاني : أن مقرر النقل الإجباري صدر في نفس التاريخ الذي صدر فيه مقرر إرجاعها، وأنه تم نقلها دون أن تكون مسجلة في جدول حركة النقل السنوي، ولم يثبت ارتكابها لأي خطأ تأديبي.

أما المستأنف عليها؛ مديرية التربية والتعليم، فقد أجابت بأن الدعوى رفعت خارج الآجال، وأن مقرر النقل جاء طبقا للتشريعات الإدارية التي تحكم إدارة التربية، والتمست تأييد القرار المستأنف.

¹ الغرفة الإدارية، المجلس الأعلى، قرار رقم 543602، مؤرخ في 8 أبريل 1989، قضية (ط.ع)، ضد (وزير الصحة العمومية ووزير التعليم العالي)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1991، ص. 165-169.

أنظر كذلك : الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم 115657، مؤرخ في 5 جانفي 1997، قضية (والي ولاية بسكرة) ضد (ش.أ)، " النقل التلقائي دون احترام الإجراءات القانونية، يعتبر عقوبة تأديبية مقنعة، ومن ثم وجب إبطاله"، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 1997، ص. 101-105.

² مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 06-11-2000، الغرفة الأولى، فهرس رقم 747، قضية (د)، ضد (مديرية التربية والتعليم بمستغانم)، قرار أورده لحسين بن شيخ أث ملويا، المنقّى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، 2008، ص. 259 وما بعدها.

وقد أجاز مجلس الدولة في قراره بإلغاء القرار المستأنف مع إلزام المستأنف عليها بإعادة المستأنفة إلى منصب عملها الأصلي بإكتمالية بوقيرات.

ولقد أسس قراره على جهتين :

الجهة الأولى : وتتمثل في أنه لا يوجد بالملف ما يثبت بأن المستأنفة قد بلغت بقرار النقل تبليغا صحيحا، وعلى ذلك فإن الدعوى مرفوعة في أجلها القانوني.

الجهة الثانية : أن مقرر النقل يشكل تجاوزا للسلطة، وأن النقل يدخل ضمن العقوبات التأديبية، وأن المستأنفة لم يثبت ضدها أي خطأ تأديبي.

كما وقف مجلس الدولة الجزائري موقفا حاسما من إجراء النقل التلقائي من خلال قراره الصادر في 22 جويلية 2002¹، الذي قضى بالمصادقة على القرار الصادر عن الغرفة الإدارية، لمجلس قضاء قلالة، المتضمن بطلان مقرر نقل المستأنفة عليها (ب.ر) من مقر محافظة الغابات بقلالة إلى إقليم الغابات بالنشامية لولاية قلالة، المتخذ من طرف محافظ الغابات، مؤسسا قراره على أن المستأنف لم يحترم مقتضيات المادة 12 من المرسوم رقم 85-60، المحدد لإجراءات تطبيق المرسوم رقم 85-89، التي تقضي بالإلزامية عرض الملف الإداري للموظف محل النقل، على لجنة الموظفين لإبداء رأيها قبل اتخاذ هذا الإجراء. وهذا مما يؤكد أن قرار النقل كان يحمل في طياته عقوبة مقنعة، لذلك يجوز وصفه بالإنحراف بالسلطة من طرف سلطة التأديب، والحكم عليه بالإلغاء.

وعلى كل فإن صدور قرار النقل، بعد تحقيق أجري مع الموظف سواء اقترن هذا التحقيق بعقوبة أو لم يقترن، يعتبر قرينة على أن النقل يحمل في طياته عقوبة تأديبية. إلا أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، ويقع عبء إثبات وجهة المصلحة العامة على جهة الإدارة، من خلال اتخاذها لقرار النقل، أو حتى الإنتداب. ومن ثم فإن القضاء الإداري أضحي يمارس رقابة على مشروعية قرار النقل التلقائي للموظف، من خلال مد رقابته على مدى صحة الهدف الذي من أجله وجد هذا الإجراء، والمتمثل في الحفاظ على صحة العمل الإداري، وضمان سلامة المرفق العام. وبهذا يحكم بعدم المشروعية، إذا استهدف غاية أخرى، كتأديب الموظف العام انتقاما منه. الأمر الذي يعرض القرار للإلغاء القضائي بسبب عيب الإنحراف في السلطة. وبالتالي يخرج القرار التأديبي من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، إضافة إلى حق الموظف المعني المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر.

المطلب الثاني : الإحالة إلى التقاعد المسبق :

تعتبر الإحالة على التقاعد المسبق، من أبرز تطبيقات العقوبة المقنعة، عندما تسيء الإدارة استخدام هذا الإجراء. ذلك أن السلطة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إحالة الموظف على التقاعد، إذا اقتضى حسن تنظيم الجهاز الإداري اتخاذ مثل هذا الإجراء.

وكأصل عام، فإن إجراء الإحالة إلى التقاعد، لا يخضع لإجراءات وضمانات التأديب على اعتبار أنه إجراء غير تأديبي. فإجراء الإحالة إلى التقاعد المسبق هو إجراء تنظيمي لمصلحة المرفق العام إذا لم يقترن بعيب الإنحراف في

¹ مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 005485، مؤرخ في 22 جويلية 2002، قضية (محافظ الغابات لولاية قلالة)، ضد (ب.ر)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص. 164-168.

السلطة. ولا يعد عقوبة تأديبية مجرد أن هذا الإجراء يفقد الموظف الامتيازات المالية، أو ما ينتج عن هذا الإجراء من ضرر أدبي. وعليه ليست كل الإجراءات المتخذة في مواجهة الموظف والتي لا تكون في مصلحته هي إجراءات تأديبية.

وفي هذا الصدد، قرر مجلس الدولة الفرنسي أن إجراء الإحالة إلى التقاعد، إنما هو مقرر لتمكين جهة الإدارة من الاستغناء عن الموظفين الذين يثبت من خلال سلوكياتهم عدم ملائمة استمرارهم في أداء وظائفهم مع مقتضيات المصلحة العامة، ولم يتقرر لمعاقبة الأخطاء الوظيفية التي تقرر من أجلها الإجراءات التأديبية¹، على اعتبار أن عدم الكفاءة لا تبرر اتخاذ العقوبة التأديبية².

ونظرا لعدم كفاية إلغاء القرار التأديبي المشوب بانحراف بالسلطة لمواجهة الآثار الضارة المترتبة عنه، يمكن للمضرور أن يعقب هذا الإلغاء طلب تعويض عن الضرر الذي لحقه عن هذا الانحراف. وقد ذهب مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ في 15 أكتوبر 2002³، إلى رفض طلب المستأنفة، التي تطالب بتعويض عن التسريح التعسفي الصادر عن المستأنف عليه، الممثل في وزارة الشؤون الخارجية، مؤسسا في ذلك أن المستأنفة أحيلت إلى التقاعد بعد بلوغها السن القانوني.

وبالتالي ليس هناك ما يثبت وجود تسريح تعسفي في حقها، وعليه فإن طلب التعويض غير مؤسس لانعدام قرار العزل.

وعلى الرغم من عدم اعتبار مثل هذا الإجراء عقوبة تأديبية، إلا أن الواقع العملي يشهد أن الإدارة كثيرا ما تسلك هذا الطريق، باستخدامها لسلطتها، متجاوزة في ذلك كل الضمانات والإجراءات الواجب اتباعها، على اعتبار أن إجراء الإحالة إلى التقاعد، قد ترى فيه الإدارة الفرصة للتخلص من الموظف تفاديا للدخول في سلسلة الإجراءات، وما تتطلبها من ضرورة تأمين له كافة الضمانات الجوهرية في هذا الصدد. ومن ثم فإن هذا المسلك الذي تلجأ إليه الإدارة، يتنافى تماما مع أخلاقيات الوظيفة العامة والذي يجب أن يتجسد في صورة الإدارة التي يقع على عاتقها ضرورة التقيد بأخلاقيات المسؤولية. فالفرق شاسع بين نظام الإحالة إلى التقاعد وبين نظام التأديب، وبالتالي لا يجب إخفاء العقوبة التأديبية تحت إجراء الإحالة إلى التقاعد المسبق.

المطلب الثالث : حالة إلغاء الوظيفة :

ومفاد حالة إلغاء الوظيفة، هو أن السلطة الإدارية يمكنها أن تلجأ إلى طريقة إلغاء الوظيفة التي لم يعد لها مبرر. وعلى أساسها تستغني عن بعض الموظفين، بغرض إعادة تنظيم المرافق العامة، إذا توفرت الشروط الموضوعية لذلك، وليس لأسباب ترجع إلى شخص الموظف. إلا أنه لا يجوز لها استعمال هذا الإجراء للتخلص من الموظفين لأسباب شخصية، كما لو قامت بتسريح عدد منهم بناء على إلغاء وظائفهم، أو لتقليص عددهم، ثم أعادت تعيين موظفين مكانهم. ومن ثم اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن عزل الموظف عن طريق إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها، عند تخلف هذا الشرط الموضوعي، ينطوي على فصل تأديبي مقنع (Révocation déguisée). ومن الأحكام التي أكدت هذا

¹ C.E., 30 Janvier 1944 Godard, Rec., p.213.

² Frédéric COLIN, L'aptitude dans la fonction publique, L.G.D.J., 2000, p.112.

³ مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 006005، مؤرخ في 15 أكتوبر 2002، قضية (ت.خ) ضد (وزارة الشؤون الخارجية)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر، 2003، ص.117-119.

المبدأ في القضاء الفرنسي حكم مجلس الدولة الصادر في 27 جويلية 1923¹، في قضية Boulard والتي جاء ضمن حيثياته ما يلي: "حيث ثبت من التحقيق أن المجلس البلدي... حينما ألغى وظيفة من الوظائف الثلاث لحارس قروي، وأن العملة حينما أصدر قرار فصل السيد بولار، قد أراد تحت شكل مقنع إصدار قرار عزل هذا الموظف". ونفس المبدأ أورد في قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 27 فيفري 1924²، في قضية Limousis.

كما أكد مجلس الدولة هذا الحكم أيضا في قراره الصادر في 12 أفريل 1978³ الذي قضى بإلغاء قرار إلغاء الوظيفة التي كانت تشغلها الآنسة Rigot، المتخذ من طرف المجلس البلدي الذي كان يدعي بأن الهدف من إلغاء الوظيفة هو إصلاح المركز المالي للمجلس، في حين تبين أنه كان يقصد من وراءه فصل الموظفة وتأديبها لأغراض شخصية.

والحقيقة أن نية المجلس البلدي من إجراء إلغاء الوظيفة اتجهت إلى تأديب الموظفة Rigot، وكان بإمكانه اللجوء إلى الإجراءات التأديبية المحددة قانونا، وليس إجراء إلغاء الوظيفة الذي يعد عقوبة مقنعة.

والجدير بالإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي إشتراط لشرعية هذا الإجراء، عدم توافر شروط استحقاق التقاعد. فإذا ما توافرت شروط استحقاق التقاعد، فمن شأنها أن تنفي عن السلطة الإدارية صفة الفصل غير التأديبي، وتنتفي بذلك صفة العقوبة المقنعة⁴.

أما في الجزائر، فإن القضاء الجزائري، قد كرس هو الآخر هذا المبدأ مسائرا في ذلك القضاء الفرنسي، وذلك من خلال ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها بتاريخ 13 أفريل 1997⁵، ببطلان قرار الشطب المتخذ من طرف وزير الدفاع الوطني، في حق الطاعن (ع.س)، الذي كان يشغل رتبة ملازم أول بالمدرسة العسكرية، إضافة إلى تعويض له قدر بـ 250000 دج، مؤسسا في ذلك أن قرار الشطب لم يكن بهدف تقليص عدد الموظفين، وإنما بهدف تأديبه، خاصة أن وزير الدفاع لم يراع عند اتخاذ القرار، الأقدمية، ورتبة الموظفين. كما أن الشطب مس فقط موظفين من بين الموظفين التابعين للوحدة العسكرية، ومن ثم فإن قرار الشطب جاء لتحقيق الغرض المستتر، المتمثل في تأديب الموظف تأديبا مقنعا.

¹ C.E., 27 juillet 1923, Boulard, Rec., p.623.

² C.E., 27 février 1924, Limousis, Rec., p.225.

³ C.E., 12 avril 1978, Demoiselle Rigot.

أشار إليه علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة العراقي والفرنسي والمصري والإنجليزي، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص. 353.

⁴ محمد الأخضر بن عمران، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007/2006، ص. 322-323.

⁵ الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم 114884، مؤرخ في 13 أفريل 1997، قضية (ع.س) ضد (وزير الدفاع الوطني)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 1997، ص. 95-100.

المطلب الرابع : حالة الوقف الاحتياطي :

يعتبر الوقف الاحتياطي، من تطبيقات العقوبة المقنعة أيضا، نظرا لاستخدام جهة الإدارة سلطتها في بعض الأحيان في وقف الموظف احتياطيا كجزاء تأديبي، على الرغم مما هو مستقر عليه فقها، وقانونا أن الوقف الاحتياطي، هو مجرد إجراء احترازي، الغرض منه إبعاد الموظف مؤقتا، ريثما ينتهي التحقيق، وتقرير الإدانة.

وعلى هذا الأساس، فإن التساؤل الذي قد يطرح في هذا الصدد، هو هل يمكن اتخاذ إجراء الوقف عقب إلغاء قرار العقوبة المتضمن حق الموظف في العودة إلى منصب وظيفته، للحيلولة دون تنفيذ هذا القرار؟.

وللتذكير فإن إلغاء القرار المتضمن العقوبة التأديبية، يستوجب إعادة الموظف إلى منصب وظيفته، نظرا للحجية التي يتمتع بها الحكم القضائي، مما يستدعي إعادة إدماج الموظف بسرعة وكذا تسوية وضعيته المهنية. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي عندما ألغى حكم المحكمة الإدارية لمرسيليا بتاريخ 21 أكتوبر 1985¹، المتضمن إلغاء فصل السيدة Seban بسبب عدم الكفاية المهنية الموقع عليها بتاريخ 8 أوت 1983. وعليه قضى مجلس الدولة، بإعادة المعنية بالأمر في منصب عملها، واعتبار قرار الفصل كأن لم يقع أصلا، مع ضرورة تسوية وضعيتها المهنية.

إلا أن جهة الإدارة قد تلجأ إلى توقيف الموظف الذي تم إلغاء قرار فصله عن الوظيفة عن طريق حكم قضائي، للحيلولة دون إعادة إدماجه في وظيفته، بحجة المحافظة على مصلحة المرفق العام، مما يؤدي بنا إلى القول بإعادة فتح إجراءات جديدة في مواجهة هذا الموظف، أمر غير منطقي نظرا للحجية التي يتمتع بها الحكم القضائي. على أن القضاء الفرنسي قد ساند هذا التطبيق من خلال حكم محكمة الاستئناف الإدارية لنانت بتاريخ 30 ديسمبر 1997² في قضية عزل السيد Nedellec عن منصب وظيفته.

على أن إجراء الوقف الاحتياطي، ما هو إلا إجراء إداري تحفظي تمليه ظروف التحقيق، لا يستلزم اتخاذ الشكليات التي فرضها القانون لحالة التأديب.

المطلب الخامس : حالة تسريح الموظف لعدم الكفاءة المهنية :

من الحالات التي يأخذ فيها تسريح الموظف صفة التدبير الداخلي لمصلحة المرفق، هو تسريحه لعدم الكفاءة المهنية. غير أنه في حقيقته ما هو إلا عقوبة تأديبية مقنعة، تهدف لتحقيق غاية بعيدة عن مصلحة المرفق.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء فقد قيد المشرع سلطة الإدارة قبل اتخاذه أخذ رأي اللجان المتساوية الأعضاء³. كما يجب عليها التأكد من إمكانية إحالة الموظف إلى التقاعد، إذا ما استوفى الشروط القانونية، أو تخفيض رتبته، بما يتناسب مع

¹ C.E., 30 novembre 1994, Assistance publique à Marseille et autre, n° 100.875 et 130.502. Cité par Jacques BAZIN, La suspension dans le droit de la fonction publique, Editions du papyrus, 2000, p.156.

² C.A.A., Nantes 30 décembre 1997, M, Nedellec, n° 95 NTO01124 et 96 NT00453. Cité par Jacques BAZIN, op, cit., p.157.

³ أنظر على سبيل المثال المواد من 2 إلى 5 من مرسوم رقم 66-148، مؤرخ في 2 جوان 1966، المتعلق بتسريح الموظفين لعدم الكفاءة المهنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، بتاريخ 8 جوان 1966.

مؤهلاته المهنية، قبل اللجوء إلى هذا الإجراء. وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها بتاريخ 16 جوان 1990¹.

كما أكد القاضي الإداري رقابته على السلطة التأديبية، باعتبارها صاحبة الحق في تقدير عدم كفاءة الموظف، ومدى تأثيره على حسن سير المرفق العام، محاولاً في ذلك إقامة التفرقة بينه وبين عقوبة التسريح الناتجة عن خطأ تأديبي. وهذا ما ذهبت إليه الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها بتاريخ 10 فيفري 1990²، عندما رفضت الطعن ببطلان مقرر التسريح الصادر عن والي ولاية البويرة، في حق (ع.أ)، التي وظفت كأستاذة التعليم الثانوي، مؤسساً في ذلك أن مقرر التسريح اتخذ بناء على عجز مهني، وليس لسبب شخصي كما تدعي المدعية. ومن ثم فإن قرار الوالي جاء قانونياً وصحيحاً.

كما أن جهة الإدارة قد تلجأ إلى استعمال صفة الطابع الشرعي لاختصاصها. ويتحقق عندما تستعمل لتحقيق اختصاصها التأديبي، هدفاً أجنبياً بعيداً عن الذي منحت لها من أجله ذلك الاختصاص، غير أنه في حقيقة الأمر ما هي إلا عقوبة مقنعة. وأبرزها تحقيق مصلحة شخصية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة، أو ذاتية لها³. وتعد هذه الصور من أسوأ صور الانحراف التأديبي، كونها تفقد النظام التأديبي هيئته والغاية التي من أجلها وضع⁴.

على أنه وعلى الرغم من تمتع جهة الإدارة في تقدير عدم كفاءة الموظف ومدى تأثيره على مدى حسن سير الوظيفة الإدارية، إلا أنها مقيدة بالقدر اللازم لضمان هذا الهدف دون أن تستعمل هذا الهدف لتحقيق أهداف غير مشروعة.

الخاتمة :

يترتب على إلغاء القرار المتضمن العقوبة المقنعة، اعتبار الجزاء كأن لم يوقع. وهذا الأمر يستتبع العودة بالحالة وكأن القرار الملغى لم يصدر قط، أو لم يكن له أي وجود قانوني. ومن ثم يقتضي الأمر إهدار كل أثر للقرار المذكور من وقت صدوره. فإلغاء القرار التأديبي المقنع، هو إعدام لهذا القرار، سواء في الماضي، أو المستقبل، مع محو الآثار التي تترتب على هذا القرار الملغى، وحتى ولو كان في مرحلة التحقيق، باعتباره يعتبر خرقاً للضمانات والإجراءات المقررة في المجال التأديبي.

¹ الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم 74124، مؤرخ في 16 جوان 1990، قضية (ح.ن) ضد (وزير التربية الوطنية)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، الجزائر، 1992، ص. 149-151.

² الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم 80781، مؤرخ في 10 فيفري 1990، قضية (ع.أ) ضد (والي ولاية البويرة)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 1993، ص. 142-145.

³ وقد عبر مجلس الدولة الجزائر عن هذه الصورة بعبارة "تحويل السلطة لأغراض شخصية".

أنظر في هذا الصدد: مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم الفهرس 121، مؤرخ في 03 ماي 1999، قضية (بلدية بريكة)، ضد (مكي مبروك)، (قرار غير منشور). أورده لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 345.

⁴ أنظر: سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الانحراف بالسلطة، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، جامعة عين شمس، القاهرة، ص. 123.

إن إلغاء العقوبة المقنعة قد يقتصر على الشق المعيب فقط دون غيره من بقية الإجراءات التي تكون السلطة التأديبية قد اتخذتها، لما في إعادة تلك الإجراءات من مشقة بالغة.

والجدير بالذكر، أن بطلان إجراء معين يترتب عليه بطلان كل الإجراءات التي تليه، والتي استندت عليه، تأسيسا على القاعدة التي تقضي بأن ما يبنى على باطل فهو باطل.

وما ينبغي التنبيه عليه، هو أن هناك مسألة هي في غاية الأهمية، تتمثل في مدى فعالية الأحكام الصادرة بإلغاء العقوبة المقنعة في نطاق التأديب، والتي ترجع إلى عدة أسباب، لاسيما بسبب تزايدها في الواقع العملي. وعليه فإن من الآثار المترتبة على إلغاء تلك العقوبة تتمثل في حق الموظف في إعادة إدماجه، ثم تسوية وضعيته المهنية.

المراجع :

- باللغة العربية :

أ- الكتب والرسائل والدوريات :

- مصطفى عفيفي، العقوبة التأديبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1976.
- عبد الفتاح عبد العليم عبد البر، الجزء التأديبي المقنع، مجلة العلوم الإدارية، 1993.
- محمد الأخضر بن عمران، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006/2007.

- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2008.
- حسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الإنحراف بالسلطة، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، جامعة عين شمس، القاهرة.

المجلات القضائية :

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1991.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، الجزائر، 1992.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 1993.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1993.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 1997.
- مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر، 2003.
- مجلس مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004.

- Réne CHAPUS, Droit administratif général, t1, Montchrestien, 15 éd, 2001.
- Pierre BANDET, L'action disciplinaire dans les trios fonctions publiques, 3 édition, Berger-Levrault, Paris, 2001.
- Jacques BAZIN, La suspension dans le droit de la fonction publique, Editions du papyrus, 2000.
- Frédéric COLIN, L'aptitude dans la fonction publique, L.G.D.J, 2000.
- Recueil des arrêts du conseil d'Etat Français.

ما جرى به العمل الفاسي؛ معالج في النشأة، والأصول، والخصائص



من إعداد الأستاذ : إبراهيم والعيز

باحث في الدراسات الإسلامية-المغرب

ورد في المقال السابق الذي نشر في العدد التاسع من مجلة الفقه والقانون لشهر يوليوز تعريف ما جرى به العمل عند السادة المالكية ، كما سبق البيان أيضا أن ما جرى به العمل باعتبار الوضع الذي يجري فيه ينقسم إلى قسمين؛ العمل المطلق، وهو العمل الذي لا يختص ببلدة واحدة، وذلك مثل العمل الأندلسي، والعمل الإفريقي، والعمل المغربي، والعمل المقيد، وهو الذي يجري في بلد معين ولا يتعداه إلى بلدان أخرى، وذلك مثل العمل القرطبي، والعمل الفاسي، والعمل السوسي، والعمل المراكشي، والعمل التطواني. لذلك ارتأيت أن أخصص الحديث في هذا المقال للون من ألوان العمل المقيد وهو ما جرى به العمل الفاسي باعتباره أشهر أنواع العمل المقيد، وذلك من خلال المبحث التالية :

المبحث الأول : نشأة ما جرى به العمل الفاسي.

إن المعلومات حول دوافع وعوامل ظهور العمل الفاسي قليلة جدا، والمراجع التي اهتمت بهذا اللون الفقهي لم يرد فيها ما يشفي الغليل، لكن وبتتبع ما بين سطور هذه الكتب ومحاولة قراءتها قراءة فاحصة، يمكن إجمالا تحديد أهم أسباب ودوافع ظهور وانتشار عمل فاس فيما يلي:

1- التأثير بطابع الحياة في المشرق الإسلامي، وخاصة اقتداء علماء فاس بعمل أهل المدينة المنورة في الحجاز، وإن كان العمالان؛ عمل أهل المدينة والعمل الفاسي مختلفين في النشأة وطريقة التطبيق.

2- عمل فقهاء فاس على خلق نوع من التوازن والتمازج بين الأعراف المحلية، والأعراف الوافدة من الأندلس، وذلك بعد انتقال أهلها إلى بلاد المغرب- واستقرار الكثير من الأسر الأندلسية بفاس- بعد سقوط غرناطة في يد النصارى أواخر القرن 9هـ. مما جعل العرف بالعاصمة العلمية للمغرب يتجه اتجاها جديدا مخالفا للعرف الذي كان سائدا قبل هذه الفترة.

3- التحولات الاجتماعية الهائلة التي ظهرت في القرنين الثامن والتاسع الهجريين، وهذه التحولات هي قيام دولة المرينيين التي رفعت الحصار عن الفقهاء المضروب عليهم من قبل الموحدين¹، ثم مأساة الأندلس التي أدت إلى هجرة معظم أهلها إلى المغرب فانقلبت الأوضاع واضطربت الأحوال. وهنا تبين لفقهاء العصر أن كثيرا من الأمور لو درجوا فيها على ما كان الفقهاء المتقدمون يأخذون به من الترجيح لأصبحوا غير قادرين على تحقيق المصالح والمقاصد الشرعية التي من أجلها شرع الله جميع الأحكام.

4- رغبة فقهاء فاس في الاستقلال عن الأندلس في الفتيا والقضاء، وذلك بعد ظهور النبوغ العلمي بفاس على ساحة العلم في بلاد المغرب خاصة وبلاد الإسلام عامة، وبراعة الفاسيين في التفريع والتخريج سواء على مستوى الإفتاء أو القضاء.

5- الرغبة في القيام بتجديد أمر الدين وشأنه، حتى تستطيع أحكام الشريعة الإسلامية مواكبة المستجدات الطارئة والنوازل المستحدثة من أجل درء المفساد وجلب المصالح، ورفع الحرج عن الناس. وهو أمر نلمسه في الكثير من المسائل التي جرى بها العمل الفاسي، مثل: مسألة بيع الصفقة، ومسألة شهادة اللئيم وغيرهما من المسائل.

المبحث الثاني: أصول ما جرى به العمل الفاسي.

1- **العرف**، ووظيفته في هذا الباب ترجيح القول الضعيف على المشهور والراجح، وقد نص على هذا غالبية الذين ألفوا في ما جرى به العمل الفاسي، جاء في الزقاقية:
فإن قيل إن البعض مما نقلته ضعيف نعم لكن على العرف عولا².

قال أبو الشتاء الصنهاجي³: "وأصل العمل بالشاذ وترك المشهور الاستناد لاختيارات شيوخ أهل المذهب المتأخرين، وتصحيحهم لبعض الروايات والأقوال، ومن الموجبات؛ تبدل العرف، أو عروض جلب المصلحة ودرء المفسدة، فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما"⁴.

وقد صرح الشيخ عبد الرحمن الفاسي⁵ في منظومته حول مسائل العمل الفاسي، أن هذا العمل مبني على الأعراف ويتبعها ويختلف باختلافها:

جرى بها ليرفع الخلاف * عمل فاس يتبع الأعراف⁶.**

¹ - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، لمحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي. بعناية هيثم خليفة طعيمة. ط/ 1. 1427 هـ/ 2006 م. المكتبة العصرية-بيروت- لبنان. ج/ 2. ص/ 709.

² - فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للإمام أبي عبد الله محمد ميارة الفاسي. تحقيق رشيد البكاري. ط/ 1. 1429 هـ/ 2008 م. المكتبة العصرية-بيروت-لبنان. ص/ 448.

³ - هو أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي، توفي يوم الثلاثاء 22 رمضان 1365 هـ. تراجع مقدمة ولد المؤلف الأستاذ أحمد الغازي الحسيني لكتاب مواهب الخلاق لأبي الشتاء الصنهاجي. ج/ 1. ص/ 2 وما بعدها.

⁴ - مواهب الخلاق على شرح التأودي للامية الزقاق، لأبي الشتاء الصنهاجي. ط/ 2. 1375 هـ/ 1955 م شارع المامونية بالرباط- المغرب الأقصى. ج/ 2. ص/ 266.

⁵ - هو أبو زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفهري الفاسي، حافظ وقته المتقن في المنقول والمعقول، لقبه والده بسيوطي زمانه، له تواليف كثيرة تنيف عن مائة. منها، جزء نظم فيه النوازل التي جرى بها عمل فاس بالحكم بقول ضعيف نحو ثلاثمائة مسألة، توفي سنة؛ 1096 هـ. ينظر الفكر السامي، للحجوي. ج/ 2. ص/ 614.

⁶ - تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1422 هـ/ 2001 م. ج/ 1. ص/ 25.

ومن المسائل التي يظهر فيها اتباع العمل الفاسي للعرف؛ الاختلاف في متاع البيت بين الزوجين، فإذا شهد العرف به لأحد الزوجين كان من حقه ونصيبه.

وعليه، فإن بعض الأعراف دخلت في أحكام ما جرى به العمل، وأفتى بها المفتون وحكم بمقتضاها القضاة.

2- المصلحة. إن ترجيح الضعيف على الراجح والمشهور، يكون الدافع إليه أحيانا جلب المصلحة للناس ورفع الحرج والضيق عنهم، ونلمس هذا في كثير من المسائل التي جرى بها العمل الفاسي، ومنها على سبيل المثال؛ بيع الصفقة بصورته المعروفة وهي: "أن يكون دار أو حيوان بين شخصين فأكثر فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيعه جميعه بغير إذنهم، فيثبت الخيار لشركائه بين أن يكملوا البيع، أو يضموا لأنفسهم ويدفعوا للبائع مناب حصته من الثمن".

وبيع الصفقة بهذه الصورة لم تكن معروفة لدى متقدمي المالكية، لذلك كان الأصل فيها المنع كما ذكر ذلك بعض الشيوخ¹. ومنهم؛ العلامة ابن عاصم الذي قال في فصل القسمة من تحفته:

ومن دعا لبيع مالا ينقسم *** لم يسمع إلا حيث إضرار حتم
مثل اشتراك حائط أو دار *** وكالرحى والفرن في المختار².

قال ميارة في شرح البيتين: "ثم مالا ينقسم؛ توجيهه إن لم يتوافق الشريكان على الانتفاع به مشتركاً، والفرض أنه لا ينقسم ودعا أحدهما إلى البيع، فإن كان هذا المشترك مما يقصد الانتفاع بعينه، وفي الاشتراك فيه ضرر كالدار والحائط فإنه يجاب إليه وتسمع دعواه، وإن كان مما يقصد الانتفاع بخراجه كالفرن والرحى فلا تسمع دعوى من دعا إلى البيع إذ لا ضرر في بقاءه مشتركاً، وإلى هذا أشار البيتين"³.

لكن العمل الفاسي جرى بجواز هذا النوع من البيع لما يحققه من مصلحة زيادة الثمن عند بيع الشيء المشترك جملة، ونقصانه حين بيعه بالتبعض، قال في العمل الفاسي:

وإن بيع بصفقة يتم عن غائب للمشتري من يحكم⁴.

3- سد الذرائع. لقد اشتهر المذهب المالكي بأخذه بسد الذرائع وفتحها، حيث أشار الإمام الشاطبي في الموافقات أن مالكا حكم القاعلة: "في أكثر أبواب الفقه"⁵. وقال القاضي أبو بكر بن العربي: "إن مالكا انفرد بإثبات الذرائع وتابعه عليها أحمد في بعض رواياته وخفيت على الشافعي وأبي حنيفة مع تبرهما في الشريعة"⁶.

¹ - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1417 هـ / 1997 م. ص/ 300.

² - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، بعناية عبد اللطيف حسن عبد الرحمن. ط/ 1. 1420 هـ / 2000 م. دار الكتب العلمية - بيروت لبنان. ج/ 2. ص/ 105.

³ - نفسه. ج/ 2. ص/ 106.

⁴ - تحفة أكياس الناس. ج/ 1. ص/ 31.

⁵ - الموافقات في أصول الشريعة، للإمام الشاطبي. بعناية الشيخ عبد الله دراز. ط/ 1. 1425 هـ / 2004 م. دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان. ص/ 839.

⁶ - نظرية الأخذ بما جرى به العمل. ص/ 319.

ومن المسائل التي يظهر فيها تأثير العمل الفاسي بسد الذرائع، مسألة المخلق- بكسر اللام المشددة- وهو، الرجل يحمل المرأة على خلق يفسد به الرابطة الزوجية من محبة وغيرها فيوسوس لها في السر حتى تنشز وتسعى للطلاق من زوجها الأصلي للتزوج من مخلقها.

والحكم المشهور في المذهب في هذه المسألة عدم تأييد تحريم الزواج بين الطرفين، أما الشاذ الذي جرى به العمل الفاسي هو تأييد التحريم في المخلق، وعليه نص الشيخ عبد الرحمن الفاسي بقوله:
وأبدوا التحريم في مخلق¹.

ووجه تأييد التحريم هنا هو سد الذريعة على الذين يسعون في الأرض فسادا - خاصة عند ضعف سلطة الأمن في البلاد- ومعاملتهم بنقيض قصدهم. ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

4- الضرورة والحاجة. إن ما جرى به العمل الفاسي يستند في أحيان كثيرة على مراعاة ضرورات الناس وحاجاتهم رفعا للمشقة عنهم وجلبا لليسر والمصلحة لهم، ومن الأبواب التي يظهر فيها أثر مراعاة الضرورة في العمل الفاسي، باب الإشهاد. فمن المعلوم أن الشهادة لا يقوم بها إلا العدول مصداقا لقول الحق سبحانه: (وأشهدوا ذوي عدل منكم)²، وقوله عز من قائل: (ممن ترضون من الشهداء)³.

لكن وجود العدول عند الشهادة لا يتفق دائما، فقد تحدث للناس قضايا ومشاكل لا يتأتى فيها حضور العدول وقت الإشهاد، ويضطر الناس إلى طلب الشهادة ممن اتفق حضورهم من الناس ولو من العامة: "والعلماء أفتوا بأن شهادة غير العدول لا تجوز مطلقا، وكان قاضي قرطبة أبو عبد الله بن الحاج⁴ رد ورفض شهادة خمسين رجلا من عامة الناس، متمسكا بالمشهور وهو أن شهادة العوام لا تجوز، كما أن قاضي فاس أبا الحسن الصغير سئل عن شهادة اللفيف وقال: إنها لا أصل لها ولا مستند لها، واقتصرهم على اثني عشر رجلا في اللفيف لا يجوز"⁵.

ونلاحظ من خلال ما تقدم أن الناس لو ساروا على هذا النحو لما وقع بيع ولا شراء ولا تعامل بين الناس إلا إذا حضر العدول، والعدول لا يحضرون على الدوام في الوقت المطلوب ولتضرر الناس تضررا كبيرا، ولضاعت حقوق ووقعت مفسدة كبيرة، لذلك رجح كثير من علماء وقضاة فاس عن القول المشهور وأفتوا بجواز شهادة اللفيف⁶، وأخذوا بها حتى في باب النكاح وثبوت الزوجية⁷. كما أنهم أفتوا أن السارق يؤخذ بشهادة من رآه من

¹ - تحفة أكباس الناس، ج/1. ص/ 26.

² - سورة الطلاق/2.

³ - سورة البقرة/281.

⁴ - هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن الحاج العبدري الفاسي الأصل القاهري الدار الإمام العلم الشهير بالزهد والوقوف مع السنة، إمام في الفقه له كتاب المدخل وغيره، توفي رحمه الله؛ 737 هـ. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، لابن فرحون، دراسة وتحقيق؛ مأمون بن محيي الدين الجنان. ط/1. 1417هـ/1996م. دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان. ص/413-414.

⁵ - ما جرى به العمل، نموذج من تراثنا القضائي. دس حسني للدكتور عبد الكبير العلوي المدغري. رمضان 1416 هـ 1996م.

⁶ - في موضوع شهادة اللفيف ينظر:

* فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق. ص/ 448-449.

* نظرية الأخذ بما جرى به العمل. ص/ 336 وما بعدها.

* ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي.

⁷ - ولقد أخذت مدونة الأسرة المغربية بشهادة اللفيف في إثبات الزوجية كما جاء في المادة 16 من المدونة؛ "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات".

النساء والصبيان والرعاة وكل من اتفقت لهم رؤيته، وقالوا في الأمور التي تقع في الأماكن التي يبعد أو يستحيل فيها حضور العدول كالملاهي مثلا، يؤخذ فيها بشهادة بعض الحاضرين على بعض دون مراعاة عدالة أو غيرها.

وهكذا رجع العلماء عن المشهور الراجح ورجحوا الضعيف وهو شهادة العامة، وأصبحت شهادة اللفيف أو شهادة العامة مما جرى به العمل.

المبحث الثالث : خصائص ما جرى به العمل الفاسي.

تشح علينا المصادر والمراجع بتقديم معلومات وافية حول ما جرى به العمل الفاسي ولم تتناول كل الجوانب المتعلقة به، خاصة ما يتعلق بمقدماته الواجب الوقوف عندها قبل الغوص في مسأله.

وما سجلناه قبل عن أسباب نشأته نسجله هنا عن خصائصه، إذ تعذر علينا إيجاد مباحث خاصة تهتم بخصائصه ومميزاته. ولكن البحث لم يمنعنا أن نستخرج من بين ثنايا تلك المصادر والمراجع نتفا متعلقة ببيان بعض الخصائص الكبرى لعمل فاس، ونحاول - بعد الاعتماد على الله - تلخيصها فيما يلي :

1- قوة أصوله : ومن يتأمل مليا هذا العمل يجده معتمدا على أصول متعددة (العرف - المصالح - سد الذرائع...)، وهي كلها قوية ومتينة جعلت منه ذا طابع إشعاعي وحضاري على مستوى الفقه والقضاء، واستطاع بفضل قوة المستند الصمود لأجيال عدة كما استطاع اختراق آفاق المدن الأخرى.

2- قدرته على التطور والتحول : وذلك لملائمته للنوازل الجديدة والطوارئ المستحدثة، مما جعله يتحول إلى قواعد مطبقة في جهات المغرب كلها، وبذلك تحول من عمل مقيد إلى عمل مطلق أحيانا تنفذ به الأحكام في البوادي والمدن، إذا كانت متماثلة مع قضايا السكان خارج فاس، كما هو الحال في مسألة شركة الخماس، وفي قواعد فصل الأحكام الخاصة بالرعي والرعاة.

ونلمس في تطور انتشار العمل الفاسي خارج مدينة فاس تأثيرا فاسيا حضاريا على جميع مناطق المغرب، مما أعطى قيمة تشريعية لهذا العمل، وهذا "يعني فقهاء وحضاريا وجود قابلية عند جميع المغاربة لاحتواء التوحيد التشريعي"¹.

3- تميزه بالشهرة أكثر من غيره من الأعمال الأخرى المتواجدة بالمغرب : وذلك راجع إلى ماله من النفوذ والذويع أكثر من غيره، وهذا طبيعي نظرا لشهرة فاس العلمية، ولاحتوائها على فقهاء كبار كانوا معروفين بتفوقهم العلمي، وباطلاعهم الكبير والواسع على أسرار الفقه المالكي، وهم المعول عليهم في الاستنباط والتخريج وتحليل الأحكام وتعليلها، الشيء الذي كان سببا كبيرا في انتشار عملها في سائر بلاد المغرب حواضرها وبواديها.

4- لما نقارن العمل الفاسي بغيره من الأعمال المغربية الأخرى نجده مطبوعا بطابع حضري تمدني، فإذا أخذنا مثلا العمل السوسي نجده قد طغت عليه الظاهرة البدوية بصفة عامة، فكل ما فيه يوحي بأنه وقع ونزل في مجتمع

¹ - تحفة أكياس الناس. ج.1. ص/ 15.

بدوي، فنوازله تختص بكثير من الوقائع المرتبطة بزمان أهله البدو ومكانهم، بحيث يصعب تجريده عن بيئته ووسطه القروي¹.

أما العمل الفاسي فمختلف تماما عن عمل سوس، فإلى جانب صبغته التحضرية فهو يصطبغ كذلك بالطابع البدوي، ذلك أن علماء فاس كانوا قد تولوا القضاء والتدريس في بوادي المغرب، رغم كون دراستهم كانت بفاس الحضرية، الأمر الذي ساعدهم على الجمع والفهم لما يجري بالبادية والحاضرة.

ويظهر الطابع الحضري التمدني للعمل الفاسي في كثير من المسائل التي تم فيها إجراء العمل. ومنها: مسألة تبرع المرأة بمالها². فقد ذهب الفقهاء السوسيون إلى القول بعدم صحة تبرعات النساء السوسيات لجهالتهن فيما يرجع لصون الأموال وتنميتها، وكذا لأنهن لا يعرفن سوى سياسة البهائم، في حين نجد خلاف هذا في العمل الفاسي، إذ أفتى فقهاؤه بحق المرأة في التبرع بثلاث مالها، وليس للزوج منعها من ذلك ما لم تتجاوز الثلث، لأن النساء الفاسيات لهن علم بما يتعلق بجانب التبرع بالأموال.

إلى هذا الحد أنتهي، وأعد القراء الكرام لمجلة الفقه والقانون بالعمل على تقعيد وتأصيل بعض مسائل العمل الفاسي فيما سيأتي من المقالات، لغرض بيان أهمية ما جرى به العمل في باب تشريع الأحكام عن طريق الاجتهاد، وما يتبع ذلك من حسن تنزيلها على الواقع.

¹ - تحفة أكياس الناس. ج/1. ص/16.

² - نفسه. ج/1. ص/18.

الإشهاد على جهاز العروس وإثباته بين العمل السوسي والإجتهاد القضائي



إعداد : فضيلة الدكتور يوسف القسطاسي دكتوراه

في الدراسات الإسلامية بجامعة القاضي عياض مراكش

يطرح مشكل إثبات جهاز العروس غالبا عند انحلال ميثاق الزوجية، حيث تبرز إشكالات واقعية وقانونية للإشهاد على جهاز العروس وإثبات وجوده، وقد كان لعلماء سوس قدم سبق في الحديث عنه من خلال ما هو مبثوث في كتب النوازلهم، أحكام أقضياتهم.

فما موقف العمل السوسي من مشكل الإشهاد وإثبات جهاز العروس عند ادعائه؟ وما هو رأي الاجتهاد القضائي في ذلك؟

1- مفهوم الجهاز ودواعي :

الجهاز بفتح الجيم وكسرهما له معان ، جاء في روح المعاني: " وأصل الجهاز ما يحتاج إليه المسافر من زاد ومتاع ، وجهاز العروس ما تزف به إلى زوجها، والميت ما يحتاج إليه في دفنه " ¹.

ومنه قوله تعالى: [ولما جهزهم بجهازهم] ² ويسمى أيضا: " الشوار " ³.

وجهاز العروس المتعارف عليه في بلدنا وبالأخص في منطقة سوس : وهو مجموع الحلي والملابس والأثاث والمتاع التي تورّد صحبة الزوجة وقت زفافها لبית الزوجية .

والتطرق لموضوع إثبات جهاز العروس تبرز أسبابه فيما يلي :

¹- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للشيخ محمود الألوسي البغدادي ، دار الفكر – 1978، 8/13 .

²- من الآية 70 من سورة يوسف .

³- أنظر المادة 34 من مدونة الأسرة.

أولاً: كون الجهاز لا يزال مرتبطاً بإنشاء عقود الزواج فهو إذن من الناحية المالية من عقود الأسرة، له علاقة بالذمة المالية للزوجة .

ثانياً: انعدام نصوص تقنية وتنظيمية تضبط أحكامه وتبين قواعده من حيث الإشهاد، خاصة في مدونة الأسرة، إلا ما صدر من قرارات للمجلس الأعلى.

ثالثاً: جهل كثير من الأولياء والأزواج بالأحكام الفقهية النوازلية المتعلقة بالموضوع.

رابعاً: تزايد دعاوى المنازعات في المحاكم الأسرية بشأن الموضوع أغلب قضاياها بلغت درجة الطعن بالنقض .

كل هذه الأسباب تزيد تجعل تتصافر لتثير إشكاليات حول الإشهاد على جهاز العروس، وكيفية إثباته.

من المعروف عند بعض المغاربة أن الأب هو الذي يقوم بتجهيز ابنته بمجموعة من المتاع ليرفع شأن ابنته عند زوجها وعائلته، يتناسب والمستوى المادي والاجتماعي لأهلها، وأحياناً يكون مظهراً من مظاهر التباهي والتفاخر، ويكون في الغالب وسيلة من وسائل الضغط على الأزواج وإثقال ذمهم بكثرة الالتزامات والتبعات إلى جانب المؤجل من المهور .

وإن كثيراً من الناس يستهينون بهذا النوع من المعاملات المالية المرتبطة بعقد الزواج، ولا يدرون أحكامه فقها وقانوناً.

والسؤال المطروح هو: ما هو التكييف الفقهي لجهاز العروس وما المسؤولية التي يتحملها زوج المجهزة إذا ضاع الجهاز أو فقد، مادام التعاقد حاصل بين العروس ووليها؟ والزوج ليس أصلاً طرفاً في العقد ولم يلتزم بضمان أي شيء من ذلك؟

2 - إشكالية التكييف الفقهي لجهاز العروس عند علماء سوس :

يقول العلامة المحقق سيدي محمد بن العربي الأودزي موضحاً لهذا التكييف: "الجهاز إنما هو دائر بين أربعة أمور: لأنه إما مبيع وإما موهوب وإما عارية وكل منها صراحة أو عادة، وإما غير متضح لعدم الصراحة أو العادة المتحلة. بأن لم تكن أصلاً أو كانت واختلفت، فالأقسام الثلاثة ظاهرة أحكامها لا يمتري فيها ممتراً، لتقرر أحكامها ووضوح تفاريحها، فهي إنه إذا قلنا إن الجهاز مبيع فتمليك البنت له بالعقد إن كان صحيحاً، وبالقبض إن كان فاسداً لجهل ثمنه... وإن كان موهوباً فلا يخلو أن يهبه الأب لا لمقابلة ما سترثه منه إن مات قبلها... وإن كان عارية فمن يقول إن العارية غير مؤداة حتى يحتاج لرده إلى السداد والصواب... وأما القسم الرابع وهو الذي لم يظهر القصد فيه..."¹.

وهذا القسم الرابع الغير الواضح القصد، هو الذي جرى عليه العمل في أجهزة السوسيين بالخصوص، ودأب عليه العدول في توثيقهم لمثلها قديماً وحديثاً.

وقد جاء في المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية نقلاً عن أبي زيد الجشتيمي ما نصه: "أما بعد: فإن الجهاز قد كثر فيه اختلاف الفقهاء المتأخرين أعني الجهاز البدعي العرفي، وأما الجهاز القديم الفقهي السني فقد اتضح حكمه

¹ - للتفصيل انظر كتاب: "العكاز المضروب به من جوز للأب بعد موت ابنته أن يسترد الجهاز" للعلامة سيدي محمد بن العربي الأودزي السملالي الطبعة الأولى / مطبعة النسر نهج السودانيات بتونس، ص: 11-12-13، وانظر كذلك كتاب المنهل العذب للسبيل شرح نظم أبي زيد الجشتيمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم و خليل للأزاريقي محمد بن أبي بكر الشابي البيضاوي، الطبعة الأولى / 1979م، 266/1.

وتبين علمه بكلام قدماء علماء الأئمة في كتبهم رحمهم الله وأما هذا الحدث فجماعة قالوا إنه بيع فاسد، وقالت جماعة وفرقة إنه هبة بشرط السكوت عن طلب إرثها وقالت طائفة إنه سلف مسكوت عنه...¹.

وقد وضع فقهاؤنا رحمهم الله أحكاما دقيقة وصائبة لكل حالة منها وحسب كل نازلة تتعلق بها، ولمن أراد التفصيل فليرجع إلى مصادرها في كتب النوازل التي علجت الموضوع وهي وفيرة .

3- الإشكالات الواقعية للإشهاد على جهاز العروس :

تتضح مظاهر هذه الإشكالات من خلال استقراء مصادر ثلاث: الأول من الآباء والأولياء، والثاني من الأزواج، والثالث من العدول وتبعاً لذلك تتحدد مسؤولية كل جانب :

فبالنسبة للآباء فإن أغلبهم لا يتورعون أن يثقلوا كاهل أزواج بناتهم بأثقال من الالتزامات والشروط والمهور العالية والأجهزة الغالية، حيث إن من الهفوات والأخطاء أن يُقوّم الجهاز على الزوج بِقِيَمٍ خيالية لا تناسب القيمة الحقيقية لمكوناته على الإطلاق، بل إن أكبرها أن تُقوّم مع عناصرها تلك الهدايا التي أهديت للعروس، ومن الآباء من يظن في قرارة نفسه أن ذلك سيسهم في ثبات بيت الزوجية واستقرارها، وأن الزوج حين يشتد عليه الثقل والحمل فلن يستطيع الطلاق، وَهُوَ وَهُمْ .

نعم، إن بعض الأولياء يخشون على أجهزة بناتهم من بعض الأزواج سيئي النية من أن تضطره ظروف قاهرة فيبيع ذلك المتاع وينتفع بثمنه ثم يحدث -لا قدر الله - طلاق، فينتكسون في كل شيء، فكان ذلك منهم احتياطا اقتضته الضرورة بإقامة الحجة - على غرار عقد الزواج - لإمكانية استرداد ما ضاع منه من تلك الأموال والأمتعة عينا أو قيمة عن طريق القضاء.

ولعل ما يحمل المطلقة ووليها على استرداد الجهاز هو الثأر ورد الاعتبار بعد وقوع الطلاق، وقد " أفقّى الفقيه سيدي عبد الله بن يعقوب السملالي الأدوزي السوسي بأن ما فوته الزوج بالبيع فعليه الثمن الذي باعه به... " ².

وبالنسبة للأزواج؛ فإن كثيرا منهم يستهينون بعقود الأجهزة والأمتعة التي تورّد إلى بيته صحبة العروس ظنا منه أن ذلك تكريم له وفضل، حيث إن حداثة عهده بالزواج، وقلة تجربته في الميدان تجعلانه يدا طائعة في يد بعض الآباء والأولياء فيحملونه من ذلك مالا يطيق، فإذا وقع الطلاق فإن الزوج سيطلب برد الجهاز إذا ضمنه، إما بعينه أو بقيمته، وإن نقص أو خَلِقَ أو ضاع .

ومن الأزواج من يرفض رفضا قاطعا أن يورد أي شيء من الجهاز إلى بيته مهما كانت قيمته، كما يرفض الإشهاد عليه والالتزام به وضمّانه. وهذا هو عين الصواب، لأن الرجل حين يتزوج فإنما يريد المرأة ولا يريد جهازها .

أما بالنسبة للعدول فإنه يحسن بهم أن يسهموا في التخفيف والحد من مشاكل الجهاز بأن يوجهوا بعض الأسئلة إلى ولي العروس حول مقصده من الإشهاد على ذلك الجهاز؟ هل يقصد به هبة أو عارية أو سلفا أو بيعا؟ ،

¹- انظر المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، جمع وترتيب العلامة محمد المختار السوسي، منشورات جامعة القرويين كلية الشريعة بأكادير/ سلسلة كتب تراثية الطبعة الأولى/1995 ص 33/32 بتصرف .

²- المنهل العذب السلسبيل: 268 /1 .

كما يجب إخبارهم بوجوب إحضار الزوج للإشهاد على حيازته والالتزام بضمانه إذا أراد، وعدم الاكتفاء في ذلك بإشهاد الولي وحده، والاكتفاء في عقد الجهاز بعبارة: "كل ذلك حازه الزوج المذكور إلى بيته حوزا تاما". تصديقا من الولي على حيازة الزوج لكامل الجهاز. بل لا بد من أخذ رأي الزوج في ذلك بالإشهاد عليه بضمانه أو عدم ضمانه، وفي ذلك مأمّن لهم ومنجى، ولم ينشد السلامة من العدول، أن يتحرى و يتثبت في تلقي عقود الجهاز، يقول الشيخ محمد بن يحيى الشبي: "من أراد السلامة لدينه فلا يُفت في الجهاز ولا في الوصايا ولا في السعاية إلا بالصلح..."¹.

4- إثبات جهاز العروس في العمل سوسي وموقف المجلس الأعلى منه :

كانت وثيقة الجهاز توثق أسفل وثيقة النكاح، وكان هذا العرف متجذرا في الأعراف السوسية وسادت أدبياته في أوساط أسرها، وهو أيضا دأب العدول في طريقة توثيق عقود الأجهزة، وكانت الوثيقة التي تجمع بين عقدين الوسيلة التي يتم بها إثبات الجهاز عند الإدعاء، وفي هذا يقول القاضي عيسى السكتاني في إشارة إلى هذا الجمع: "ولا يضر كتبهما في عقد واحد"².

اشترط فقهاء سوس لإثبات جهاز العروس شرطا أساسيا وهو الالتزام بالضمان، وقد سار على ذلك قضاء المجلس الأعلى في بعض قراراته، ويبدو أن مدونة الأسرة قد سكتت عن الموضوع من حيث الإشهاد عليه فاكثفت في المادة 34³ بذكر حالة المنازعة فيه⁴.

ويشترط لصحة عقد الجهاز والاحتجاج به أن يصدر به إشهاد عدلي من الزوج بضمانه والالتزام به، فأما إذا لم يلتزم بضمانه فلا يلزمه من ذلك شيء .

وفي هذا الصدد سئل الشيخ محمد بن إبراهيم التمرتي عن جهاز الزوجة هل يضمه الزوج إذا خَلِقَ؟ فأجاب: "الحمد لله وما ذكر من عدم ضمان الزوج لما خلق وبلي إنما هو فيما لم يلتزم ضمانه وأما ما التزم ضمانه فعليه

¹ - يقصد البلاد السوسية وجبالها، (المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية)، مرجع سابق ص 33 .

² - المنهل العذب السلسيل، 269 / 1 .

³ - تنص هذه المادة على ما يلي : " كل ما أُنْتُ به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها. إذا وقع نزاع في باقي الأمّعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بيّنة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال ، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له "

⁴ - ولعل المدونة تحاشت الخوض فيما يتعلق بالإشهاد على الجهاز وضمانه من قبل الزوج واكتفت بحالة عدم الإثبات ووقوع النزاع والاختلاف في مناع البيت سيرا على نهج ابن عاصم في نظمه :

وإن مناع البيت فيه اختلافا *** ولم تقم بينة فتقتفى

فالقول قول الزوج مع يمين *** فيما به يلبق كالكسكين

وما يلبق بالنساء كالحلي *** فهو لزوجة إذا ما تأتلي

وان يكن لاق بكل منهما *** مثل الرقيق حلفا واقتسما

ومالك بذاك للزوج قضي *** مع اليمين وبقوله القضاء

وهو لمن يحلف مع نكول *** صاحبه من غير ما تفصيل

انظر: إحكام الأحكام على تحفة الحكام : لابن عاصم الغرناطي:ص: 110 .

وقضاء المجلس الأعلى الصادر في الملف الشرعي عدد 407/ بتاريخ 2003/01/02 قرار رقم 405 المؤرخ في 2004/07/28 (انظر مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 2003/62) .

وفق ما التزم إن تلف أو خلق ضمانه كما نص عليه جمهور الموثقين وجميع أجهزة القطر السوسي جرى العرف بالتزامه إياه فعليه الضمان حينئذ " ¹.

وفي شرط الاحتجاج بالجهاز في قرار المجلس الأعلى نجده سار على ما ذهب إليه الفقهاء السوسيون حيث أكد ذلك في نازلة له للجهاز، ومضمون قراره: أن الزوج لا يترتب عليه ضمان الأمتعة التي تجهزت بها الزوجة وقت زفافها لبيت الزوجية ما دام لم يلتزم بذلك بمقتضى إسهاد عليه بضمانه ونص على أن المحكمة التي لم تراع هذا المبدأ تكون قد بنت قرارها على غير أساس ومعرضا للنقض ². وفي نازلة أخرى له: أن إقرار الزوج بإيراد الجهاز إلى بيت الزوجية لا يترتب عليه ضمان ما دام لم يلتزم به بإسهاد ³.

¹ - المنهل العذب المرجع السابق ص 269/268 ، وانظر كذلك كتاب العمل السوسي في الميدان القضائي نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتيمي، شرح ومقارنة الرحمان بن عبد الله بن محمد الجشتيمي، مكتبة المعارف، ط 1 ، 1984، 1/ 291.

² - قرار المجلس الأعلى عدد 984 الصادر بتاريخ 18 / 10 / 2000 ملف شرعي عدد 98 / 02 / 198 .

³ - قرار عدد 35 بتاريخ 16 / 03 / 1970 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 20 ص 27 .

خصومية النزاع التنافسي في قانون المنافسة



الأستاذ مقدم توفيق ، محامي

وباحث في قانون الأعمال المقارن

كلية الحقوق جامعة وهران (الجزائر)

إن المنافسة الاقتصادية هي تلك الوضعية التي يعرض فيها عدد كبير من المتعاملين الاقتصاديين بيع منتجات أو تقديم خدمات متطابقة أو قابلة للتبادل فيما بينها بكل حرية، و بالمقابل يكون الزبائن المحتملين في وضعية اختيار بين كل ما يتم اقتراحه عليهم ، إلا إذا كانوا هم المنتجون .

فمبدأ حرية المنافسة و حمايتها هو غاية إنشاء قانون المنافسة¹، وخرق المبدأ هو من خرق القانون الذي يعنيه . و متى أتجه أي سلوك سواء بشكل مباشر أو غير مباشر نحو تحقيق ذات الغرض فكان يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لا سيما حين يتخذ ذلك شكل اتفاق أو تعسف ناتج عن وضعية هيمنة أو استغلال للوضعية الاقتصادية، نكون بصدد ممارسة مقيدة و/أو منافية للمنافسة² محظورة قانونا ، تحيل لنزاع تنافسي مفترض فيكون موضوعه محل متابعة إدارية (شبه قضائية) تتم على مستوى مجلس المنافسة أو سلطة الضبط القطاعية إن وجدت (حسب القطاع المعني) تحت رقابة قضائية ، إلى جانب المتابعة القضائية الخالصة التي تتم على مستوى هيآت قضائية .

¹ - الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة (الجزائري) المعدل و المتمم بالقانون 12-08 و بالقانون 05-10 (الأول صادر بتاريخ 2003/07/19 ج ر 43 مؤرخة في 2003/07/20 و الثاني صادر بتاريخ 2008/06/25 . ج ر 36 مؤرخة في 2008/07/02 و الثالث صادر بتاريخ 15 أوت 2010 . ج ر 46 المؤرخة في 18 أوت 2010) .

² - فمن جانب المشرع الجزائري من خلال قانون المنافسة : الأمر 03-03 المعدل و المتمم فقد إكتفى بذكر الممارسات المقيدة للمنافسة في فصله الثاني المعنون أصلا ب "الممارسات المقيدة للمنافسة" و بذلك قد أعتبر الممارسات المنافسة للمنافسة تنتمي إلى تلك المقيدة ، على خلاف المشرع الفرنسي الذي يعتمد التفريق بين النوعين من خلال الكتاب (IV) من القانون التجاري الفرنسي أين ميز بين الممارسات المنافسة للمنافسة لسيما التعسف في وضعية الهيمنة في الباب (II) منه و بين الممارسات المقيدة للمنافسة التي تم إضافتها في الباب (IV) منه .

فتنظيم الأسواق لا يخضع بالمطلق لأحكام قانون المنافسة فحسب، فذات التنظيم يتفاعل أيضا بنوعية القطاع : فبعض القطاعات تخضع فقط لقواعد المنافسة في حين أن قطاعات أخرى تخضع بالإضافة إلى ذلك ، إلى التنظيم القطاعي الذي يعينها مثلما هو حال قطاع الاتصالات¹.

و الأمر هنا ليس متروكا للحرية المطلقة للمؤسسات المتضررة في اختيار نوعية المتابعة أو تفضيل جهة عن أخرى : فحتى وإن تعلق الأمر بنفس الوقائع فالحيار يكون بالضرورة نسبي و هذا بالنظر إلى طلبات المؤسسات المتضررة ذاتها من جهة و مدى اختصاص كل من مجلس المنافسة ، سلطة الضبط القطاعية (المخولة قانونا بحسب القطاع) و المحاكم المختصة في البث في هذه الطلبات و الاستجابة لها من جهة أخرى².

فالمشرع الجزائري و إن كان قد أوكل الإختصاص بالفصل في قضايا الممارسات المقيدة للمنافسة لمجلس المنافسة بقوة القانون - و المحددة حصرا في المواد من 06 إلى 12 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم - و هذا كمبدأ عام إلا أنه أخضع ذلك إلى المراقبة القضائية إذ يمكن لأي متضرر من قرارات تلك الهيئة الإدارية المستقلة التوجه أمام القضاء قصد الطعن فيها و هو نفس موقف المشرع الفرنسي³.

فقد جعل المشرع من مجلس المنافسة الضابط الأساسي للمنافسة، و الحخير الرسمي في ميدان المنافسة بعدما أظهرت سلطة القضاء الموكله للقاضي محدوديتها فمن جهة هذه القطاعات جد تقنية و من جهة أخرى أظهرت العدالة الجزائية تأخرها.

فاعتماد مبدأ إزالة التجريم "La dépénalisation" يَكُن مجلس المنافسة من الاستفادة من التدخل في مجالات مهمة لا يمكن ضبطها بالقنوات التقليدية وهكذا تم تبني فكرة السلطة القمعية لمجلس المنافسة في المجال الاقتصادي.

إذن الصلاحيات التنافسية لمجلس المنافسة حددها المشرع في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة كما نصت عليها المادة 44 من قانون بالمنافسة .

غير أنه ليس كل ما يتعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة يعد من اختصاص مجلس المنافسة و إنما هناك حالات بالرغم من كونها تدخل في إطار تطبيق المواد من 6 إلى 12 من قانون المنافسة و المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة إلا أنها

¹ - فمثلا فيما يخص قطاع الاتصالات فالمشرع الجزائري من خلال القانون 03-2000 (المؤرخ في 15 أوت 2000 ، ج ر عدد 48 الصادرة في 16 أوت 2000) المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية لا سيما المادة 13 منه قد خول سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية مهمة السهر على وجود منافسة فعلية و مشروعة في سوق البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية باتخاذ كل التدابير الضرورية لترقية و إستعادة المنافسة بين السوقيين وأيضاً الفصل في النزاعات فيما يتعلق بالتوصيل البيني و التحكيم في النزاعات القائمة بين المتعاملين أو مع المستعملين .

² - فبمفهوم أحكام قانون المنافسة (الأمر 03-03 المعدل و المتمم) فإن الردع الإداري لا يخرج عن إصدار أوامر للتوقف عن الممارسات المشنكى منها مع إمكانية التهديد بعقوبات مالية في شكل غرامات في حالة الإستمرار ، أو بإصدار عقوبات مالية مباشرة كنتيجة لإدانة المؤسسات المتورطة أو إتخاذ تدابير مؤقتة لغاية الفصل في مدى قيام الممارسات التعسفية المقيدة للمنافسة ، أو فيما يخص سلطة الضبط القطاعية كسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و إختصاصها في الفصل في النزاعات المتعلقة بالتوصيل البيني و إمكانية إقتراحها على الوزير المختص إصدار عقوبات بالسحب النهائي للترخيصات أو التعليق المؤقت لها ،و أما الردع القضائي فلا يخرج عن تقرير تعويضات للمتضررين من الممارسات التعسفية إذا ما تبثت الأخيرة أو إبطال الشروط المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية إذا ما تضمنت تعسفا منافيا أو مقيدا للمنافسة .

³ - إن القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة تكون قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر (الغرفة التجارية) بمقتضى أحكام المادة 63 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم و يقابله مجلس قضاء باريس بالنسبة للمشرع الفرنسي بمقتضى أحكام المادة 8-464.L من القانون التجاري الفرنسي.

تخرج من اختصاص مجلس المنافسة و نكون هنا بصدد الوقوف على حدود الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة ، مما يفسح المجال للمتابعة القضائية .

و النزاع التنافسي ذاته في كنف قانون المنافسة له من الخصوصية ما يميزه عن بقية النزاعات المتدولة في مواد و/أو مجالات أخرى، لا سيما ما تعلق منها باستقلالية الإجراءات أمام تلك الهيئة الإدارية المستقلة صاحبة سلطة توقيع الجزاء ، و جملة الضمانات التي يحضى بها المتنازعون ، من أجل حصولهم على محاكمة عادلة .

و نظرا لأهمية النزاع التنافسي وجدنا أنه من الضروري تسليط الضوء عليه من خلال هذه الدراسة من خلال عنوانين، الأول : طبيعة النزاع التنافسي و الثاني : ضمانات المتنازعين في الحصول على محاكمة عادلة .

أولا : طبيعة النزاع التنافسي :

إن مبدأ حظر كل ممارسة من شأنها تقييد حرية المنافسة ليس مطلق التطبيق إذ ترد عليه قيود أو استثناءات شرعية "Des exceptions légales"¹ :

فقد تبني المشرع الجزائري التصريح بعدم التدخل كقيد وارد على مبدأ حظر للممارسات المقيدة للمنافسة².

و بذلك فيعطي هذا التصريح الحماية القانونية لكل طالب تحصل عليه من كل من يحاول مهاجمته بإتيان التعسف المحظور و ذلك طيلة فترة صلاحية هذه الشهادة. و قد أراد المشرع بهذا الترخيص أن يأخذ بعين الاعتبار حركية و تعقد الواقع الاقتصادي التي لا تتماشى دائما مع المبادئ و النصوص القانونية التي قد تتصف بالجمود و الثبات³ ، في حين أن المشرع الفرنسي لم يتناول مثل هذا التصريح .

بالإضافة إلى التصريح بعدم التدخل نجد استثناءات أخرى تنتاب مبدأ الحظر لا سيما تلك المتعلقة بتطبيق نص قانوني أو المتعلقة بمساهمة الممارسة المقيدة للمنافسة - كالتعسف في وضعية الهيمنة - في التقدم الاقتصادي و التقني⁴.

و بشكل عام فإن أي ممارسة مقيدة للمنافسة محظورة قانونا ، هي منوطة بمجموعة من الإجراءات القانونية التي تتعلق بمدى توافر أدلة سواء الكشف عنها أو إثباتها و ذلك لإدانة مرتكبيها و من ثمة تطبيق العقوبات المقررة لها . و

¹ -V. IDOT.L., Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale, in: Revue internationale de droit comparé. Vol.54.n°2,Avril-Juin2002.p.385

² - المادة 08 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة ، و أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 2005/05/12 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم الدخول بخصوص الاتفاقات و وضعية الهيمنة على السوق، ج.ر عدد35 الصادرة في 2005/05/18 .

³ - كتو محمد الشريف ، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي)، أطروحة لنيل درجة دكتورا دولة في القانون،كلية الحقوق جامعة تيزي وزو،2005 ،ص 141 .

⁴ - المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجزائري و المادة 10 من الأمر 86-1243 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة الفرنسي .التي أصبحت بعد الإلغاء المادة L.420-5 من القانون التجاري الفرنسي

عندما نتكلم عن إجراءات إنفاذ نتكلم عن انتقال الوضع من حالة السكون إلى حالة الحركة فنكون بصدد المتابعة على أساس التعسف في وضعية الهيمنة المحظور .

ف نجد المشرع الجزائري و إن كان قد أوكل الاختصاص بالفصل في قضايا الممارسات المنافسة للمنافسة لمجلس المنافسة بقوة القانون¹، و أوكل جانبا من ذات الاختصاص إلى بعض سلطات الضبط القطاعية كسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية لا سيما تلك النزاعات القائمة حول مسألة التوصيل البيني ، و هذا كمبدأ عام إلا أنه أخضع ذلك إلى المراقبة القضائية إذ يمكن لأي متضرر من قرارات تلك الهيآت الإدارية المستقلة التوجه أمام القضاء قصد الطعن فيها و هو نفس موقف المشرع الفرنسي .

نشير أنه و في هذا الصدد فموقف المشرع الفرنسي فيما يخص النزاعات التنافسية² قد تبنى أن المخالفات التي تتم على قواعد المنافسة ، و قد ينتج عنها نوعين من النزاعات الكلاسيكية المختلفة و لكن قابلة للنفاذ أو التداخل فيما بينها³.

و هما : النزاع الموضوعي : و يدخل في إطار اختصاص السلطات المختصة ، و النزاع الشخصي أو الذاتي : الذي يدخل في إطار اختصاص القاضي الذي ينفذ النصوص الوطنية المتعلقة بإلغاء كل مشكل للمخالفات التنافسية و أيضا دعاوى التعويض ، إن النزاع الموضوعي يخضع لأحكام خاصة تنبثق عن القانون الداخلي (الفرنسي) من القانون التجاري تحديدا المواد L.450-1 و ما يليها و R.450-1 و ما يليها، و لكن أيضا إلى التنظيم الداخلي و الميثاق الأخلاقي لسلطة المنافسة ، و فيما يخص القانون الأوروبي فأساسا التنظيم رقم 2003/1 المؤرخ في 16 ديسمبر 2002 المتعلق بتنفيذ قواعد المنافسة الخاصة بالمواد 81 و 82 من المعاهدة و البديل للتنظيم رقم 62/17 المؤرخ في 6 فيفري 1962 المطبق للمواد 81 و 82 المذكورة⁴.

إن تنفيذ قانون المنافسة الفرنسي لسيما مواد القانون التجاري الفرنسي المذكورة من L.420-1 إلى L.420-5 يشكل موضوع تطبيق سواء تنافسي أو تكميلي و في ذلك نخص سلطة المنافسة و الإدارة العامة للمنافسة فيه من جهة و القاضي من جهة أخرى.

¹ - مع الإبقاء على بعض الصلاحيات التي تخرج عن نطاق إختصاصه و تعود إلى الإختصاص الخالص للقضاء لا سيما دعاوى التعويض و بطلان الإلتزامات التعاقدية بمفهوم المادة 48 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم .

² -V.M. Dumarçay, La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles .Etudes des procédures française et communautaire d'application du droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles , thèse Montpellier I,2008.

³ -V. E. Claudel, « La processualisation du droit de la concurrence », in G. Canivet , La modernisation du droit de la concurrence, LGDJ, 2006, p.285.

⁴ -V. L. Idot , "Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application) ", Cah dr.Eur.2003,p.283. L. Idot et C. Prieto, Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?,Bruylant , 2006 .

وفيما يخص الاختصاصات التكميلية بين سلطة المنافسة و القاضي فنقول إن الأولى تعاقب و لكن لا تعوض الأضرار الناجمة عن الممارسة المقيدة للمنافسة.

فالتعويضات المحكوم بها عن طريق القاضي فيما بعد تكون ذات طبيعة ردعية فتكون بذلك الدعاوى الشخصية او الخاصة حينها مطلوب تشجيعها¹.

ففي سنة 2001 في القرار Courage² :

فان مجلس قضاء المجتمعات الأوروبية قد قام بتذكير الضحايا (ضحايا الممارسات المنافية للمنافسة) بحقهم بالتعويض مشيرا إلى أن مثل هذا الحق يعزز الطابع العملي للقواعد الأوروبية للمنافسة و ذا طبيعة من شأنها إحباط كل تلك الممارسات المنافية للمنافسة ومن اجل ذلك فان مثل هذا التصرف القضائي أو بالأحرى الدعاوى المتعلقة بالتعويض و التي يتم رفعها أمام المؤسسات القضائية الوطنية من شأنها المساهمة في استتباب المنافسة الفعلية في المجتمع الأوروبي و هذا لغياب نصوص تنظيمية أوروبية تخص ذلك³ ،

ومن ثمة قد تسنى سد الثغرة السائدة قبل سنة 2003 حين أوكل للمؤسسات القضائية الوطنية اختصاص النظر في دعاوى التعويض التي تدخل في إطار المواد 81 و 82 مما أدى بالضرورة إلى ارتفاع نسبة هذا النوع من الدعاوى ضد المؤسسات المدانة⁴.

و بتطبيق مبدأ التوافق Le principe de convergence: فانه بناء على المادة 4 من التنظيم 1/2003 فانه يتوجب على سلطات المنافسة و المؤسسات القضائية الوطنية تطبيق القواعد الأوروبية "Les règles communautaires" بالموازاة مع القواعد الوطنية عندما يتعلق التحقيق فيها بممارسات تمس مجال التعاون بين

¹ -Cons. Conc., déc. n° 05-D-59, 7 nov. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit.

² -Arrêt de la Cour de justice, Courage, et Crehan, affaire C_ 453/99 (20 septembre 2001). Dans son arrêt du 20 septembre 2001, dans l'affaire C-453/99, Courage et Crehan, la Cour de justice rappelle que, ainsi qu'il découle d'une jurisprudence constante, il incombe aux juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit communautaire d'assurer le plein effet de ces normes et de protéger les droits qu'elles confèrent aux particuliers.

Disponible sur :

http://www.ena.lu/arret_cour_justice_courage_crehan_affaire_c_453_99_20_septembre_2001-010006919.html

<http://curia.eu.int/fr/content/juris/index.htm>.

³ -CJGE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99 : Rec. CJGE I 2001, p. 6297.

⁴ -V. A. PETROVIC, « De plus en plus de contentieux privés en droit de la concurrence », La Tribune, 28 déc. 2004. Sur ce thème, V. les actes du colloque organisé par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne le 29 avril 2004, Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles : Petites affiches 20 janv. 2005, n 14, p. 3 et suiv. J. RIFFAULT-SILK, « Les actions privées en droit de la concurrence : obstacles de procédure et de fond », RLC n° 6/2006, p. 84.

الدول الأعضاء و بالاحتماء بمبدأ "السمو" أو « La primauté » حينما تتعلق الممارسة بأحكام المواد 81 و 82 التي قد تم تناولها في احد قرارات اللجنة الأوروبية، فلا يمكن في أي حال من الأحوال اعتماد قرار مضاد.

- نشير أن سيطرة القانون الأوروبي على وظيفة المؤسسات الوطنية (لكل دولة عضو في الاتحاد الأوروبي) يتم على مرحلتين مختلفتين : أثناء تحديد القانون المطبق ، ثم أثناء الطريقة التي تتم بها تطبيق القاعدة المعتمدة ، فتتحوّل بذلك المؤسسات الوطنية من كيانات مستقلة تطبق في الغالب لقانونها الوطني (الداخلي) للمنافسة إلى كيانات مستقلة جزئيا ، موجهة في الغالب لتطبيق القانون الأوروبي للممارسات المنافية للمنافسة¹.

و قد تم إعتبار أيضا أن مؤسسات المنافسة الوطنية و المؤسسات القضائية الوطنية لا تتعدى أن تكون مجرد أعوانا للجنة الأوروبية².

لكن لا يجب النظر إلى ذلك من جانب المساس بسيادة المؤسسات الوطنية بل بالنظر إلى سياسة الاندماج التي يعتمدها المجتمع الأوروبي أين تشكل المؤسسات القضائية و مؤسسات المنافسة الوطنية أدوات هذا الاندماج ونجاحه من إخفاقه متوقف عن الدعم الذي تقدمه الأخيرة فهي بذلك تشكل حجر أساس هذا الاندماج و ليس مجرد أعوانا³.

و في هذا المجال دائما يجرنا الحديث إلى ذكر الشبكة الأوروبية (ECN) : فمن أجل تجانس قانون المنافسة الأوروبي، قد تم جمع السلطات الوطنية في الشبكة الأوروبية للمنافسة و التي تهدف إلى إحالة القضية إلى السلطة الأكثر ملائمة لعلاجها و أيضا لتنظيم تبادل المعلومات، و تكون اللجنة في قلب L'ECN ومن ثمة تبقى مختصة فإذا عرضت قضية أمام سلطة منافسة وطنية لا يجب اختصاص اللجنة في التحقيق في الوقائع أو بالأحرى استعادة القضية⁴.

وبناء على المادة 11 من التنظيم 1/2003 يفترض وجود تعاون مشترك بين سلطات المنافسة الوطنية و اللجنة الأوروبية لتطبيق قواعد المنافسة الأوروبية: يأخذ هذا التعاون أولا شكل إعلام مزدوج بمعنى السلطات الأوروبية تعلم اللجنة بالقضايا التي تم إخطارها بها و تقوم اللجنة بالتحويل إلى الأولى جميع الوثائق التي تحتكمها.

ثم تلزم السلطات الوطنية للمنافسة استشارة اللجنة إذا أرادت إصدار قرار أمر بوضع حد للمخالفة، أو قبول الالتزامات بمفهوم المادة 9 من التنظيم ، أو سحب فائدة من نظام استثناء الفئة *bénéficiaire du règlement*

¹ -Camile CARBONNAUX, Les instances nationales dans la procédure communautaire en droit de la libre concurrence (règlement n°1/2003),mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche ,spécialité droit communautaire , Lille 2 université du droit et de la santé 2004-2005,p.94

² -BEHAR-TOUCHAIS (m), « Internormativité et droit de la concurrence », petites affiches ,5 octobre 2004, n ° 199, p.58

³ -Camile CARBONNAUX, Les instances nationales dans la procédure communautaire en droit de la libre concurrence (règlement n°1/2003),mémoire présenté en vue de l'obtention du master droit recherche ,spécialité droit communautaire , Lille 2 université du droit et de la santé 2004-2005,p.95

⁴ -TPICE, 8 mars 2007, aff. T-339/04, France Télécom SA et 8 mars 2007, aff. T-340/04, France Télécom SA : JCP G 2007, II, 10124, note L. Idot.

d'exemption par catégorie، كما يمكن إستشارة اللجنة في أي أمر يتعلق بتطبيق القانون الأوروبي للمنافسة. كما أن المادة 15 من التنظيم المؤرخ في ديسمبر 2002 تتعلق بالتعاون المشترك الذي يربط اللجنة الأوروبية بالمؤسسات القضائية الوطنية.¹ فيرتكز هذا التعاون أولا في الإجراء المتعلق بطلب رأي القضاة الوطنيين، ثم بعده يتعلق الأمر بالتزام المؤسسات القضائية للدول الأعضاء بتحويلهم إلى اللجنة نسخة عن كل الأحكام و القرارات التي يصدرونها و المتعلقة بتطبيق المواد 81 و 82.²

و دائما في إطار توجيه نهج تطبيق القانون الأوروبي للمنافسة، تقوم اللجنة تلقائيا بتقديم ملاحظاتها الكتابية أمام المؤسسة القضائية ويجب أن تأخذ موافقة الأخيرة في حالة ما إذا أرادت التدخل شفهي (أي بتقديم ملاحظات شفوية).

فنصل الى كون ان النزاع الموضوعي الذي يخص المنافسة أصبح اليوم موضوع أحكام إجرائية عدة، فالقانون الإجرائي للمنافسة قد ظهر -فضلا عن شكله الأحادي و العقابي- . بميزة أكثر تفاوضية بإدخال الإجراءات الاختيارية أو Procédures alternatives³، و نقصد هنا إجراءات الصفح clémence⁴، الالتزامات الطوعية و الاتفاق على التسوية و هذا في القانون الأوروبي، La transaction communautaire، الودية الأوروبية و عدم مناقشة المآخذ في القانون الداخلي الفرنسي⁵.

و قد تناول المشرع الجزائري بدوره جانبا منها⁶. وبذلك يكون قانون المنافسة قد تمكن من إمكانية الجمع بين الطابع الردعي الممثل في الغرامات، و أساليب التدخل الجديدة التي تشمل جانبا من التفاوض مع المؤسسات المعنية.

و على العموم حتى يتسنى لنا الوقوف على معالجة تلك الممارسات المقيدة للمنافسة التي تدخل تحت لواء التعسف الناتج عن وضعية هيمنة، إرتأينا تناول ذلك من خلال سررد مختلف المراحل الإجرائية التي تثار سواء على مستوى

¹ -V.J.-L. FOURGOUX, « Quel rôle désormais pour les juridictions nationales dans le cadre du règlement n° 1/2003 sur les règles de concurrence ? », RLC n° 4/2005, p. 123. J. VIALENS, « L'intervention d'office des autorités spécialisées dans le règlement du contentieux communautaire de la concurrence soumis aux juridictions nationales », Petites affiches, 28 janv. 2008, n° 20, p. 17.

² - Ces décisions sont consultables sur le site de la direction générale de la Concurrence : <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>.

³ -V.D. WAELEBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », GCLC Working Paper, 01/08. A. VIALFONT, « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », RIDE 2007, p. 157.

⁴ - إن إجراء الصفح أو الرأفة يطبق على الإتفاقات المنافية للمنافسة و ليس على التعسف الناتج عن وضعية هيمنة.

⁵ - L. ARCELIN, « Les aspects procéduraux du contrôle des pratiques anticoncurrentielles en droit interne », in G. JAZOTTES, La modernisation du droit des affaires, Litec, coll. « Débats et Colloques », 2007, p. 145.

⁶ - المادة 60 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم تنص على أنه : "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية و تتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها و تتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر .

لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه ، في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة"، فعند إستقراء نص المادة نقف على أنها تعني مرحلة التحقيق، و ليس مرحلة ما قبل التحقيق مثلما هو الحال بالنسبة لإجراء المعاملة.

مجلس المنافسة أو سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية ، على إعتبارهما الهيآت الإدارية المستقلة المخولة قانونا بالنظر في النزاعات التنافسية المتعلقة بقطاع الاتصالات .

فعلى سبيل المثال تبدأ إجراءات متابعة التعسف في وضعية الهيمنة بمراحل عدة ، سواء تعلق الأمر بمجلس المنافسة أو حتى سلطة الضبط القطاعية (بحسب القطاع)، إذ رغم أن لمجلس المنافسة دور ريادي في متابعة الممارسات المقيدة للمنافسة كمبدأ أساسي ، إلا أنه يمكن أن تتدخل المصالح التابعة لوزارة التجارة المكلفة بالمنافسة و الهيآت القضائية المختلفة في ميدان حماية المنافسة ، و أيضا تدخل هيآت أخرى في مجال المنافسة ، إذ أن تعدد الفروع و القطاعات التي يمسها قانون المنافسة ، لا سيما ميادين الإنتاج و التوزيع و الخدمات و تعدد الأشخاص المعنية بتطبيق هذا القانون من أشخاص طبيعية و معنوية ، من القانون العام و القانون الخاص ، و من جمعيات مهنية و نقابية و جمعيات مستهلكين... الخ كل ذلك يؤدي بالضرورة إلى تعدد الهيآت التي لها أن تتدخل في هذا النطاق ، في مجالات مختلفة و على مستويات متنوعة و عندما نتكلم عن مجال المواصلات السلكية و اللاسلكية مثلا فإننا نعني بالضرورة سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية باعتبارها سلطة ضبط قطاعية، مستقلة ومختصة بحماية المنافسة في هذا المجال ، لا سيما ما تعلق بنزاعات التوصيل البيني حصريا و هو ما جعل اختصاص مجلس المنافسة يتقلص نظرا لخصوصية وتقنيات هذا المجال .

بالنسبة لاستقلالية الإجراءات :

يخضى قانون المنافسة باستقلالية من حيث الإجراءات ، فالإجراءات ذات الطبيعة الإدارية التي يتم اعتمادها أمام مجلس المنافسة لا ترتبط بأحكام قانون الإجراءات المدنية أو الإجراءات الجزائية ، حتى و إن كانت بعض أحكام القانون التجاري تعد مرجعا لها¹ ، ونكون بصدد استقلالية الإجراءات أيضا بالنظر إلى القانون الأوروبي المطبق لدى سلطات المنافسة² . فنجد أن في فرنسا من جراء هذه الإستقلالية (L'autonomie procédurale) ، فمجلس المنافسة تبنى قواعده الخاصة فيما يخص الإثبات من خلال قبوله للتسجيلات التلفونية³ .

¹ -V.Par exemple l'article L.450-4 du code de commerce français

² -Cass.com, 14déc.2004 : Europe 2005,comm.obs.L.Idot ;ADE 2005,obs.L.Arcelin

³ -Cons .conc,déc.n°05-D-66,5déc.2005,pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public :RTD com.2006,p.325,obs.E.Claudel ;Concurrences n°1/2006 ,p.133,obs.E.Claudel ;C.Momege, « Le conseil de la concurrence reconnaît la possibilité pour les parties d'utiliser les enregistrements sonores effectués à l'insu des intéressés , mais en borne l'exercice »,Concurrences n ° 1/2006 ,p.157 ; C. Nourissat, « admission d'enregistrements au rang des modes de preuves :attention danger ! »,RLC n°6/2006,p.70.

الأمر الذي يستحيل قبوله أمام الهيآت القضائية المدنية التي تعتبر مثل هذا الإجراء غير شرعي ، و على سبيل المثال فإن مجلس قضاء باريس قد أيد قرار مجلس المنافسة بإصداره لقراره بتاريخ 2007/06/19 بخصوص قبول تلك التسجيلات الصوتية كمادة للإثبات ، في حين جاء قرار محكمة النقض مخالف لذلك بتبني المادة 1/6 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان¹.

متأثرا بما جاء به الفقه في هذا المجال و إكتفى تعليلا بذكر أن تسجيل مكالمات هاتفية التي يقوم بها أحد الأطراف دون علم الطرف الآخر (الذي تم تسجيله) يشكل إجراء غير شرعي مما يجعله غير مقبولا كدليل إثبات ، فالتعليق الذي جاءت به محكمة النقض جاء قصريا بالنظر إلى ما جاء به مجلس قضاء باريس حين نفى في قراره أي خرق لنص المادة 1/6 المذكورة ، و أنه في غياب نصوص منظمة لأدلة الإثبات التي يأتي بها الأطراف أمام مجلس المنافسة و التي يكون موضوعها المادتان L.420-1 و L.420-2 ق.تجاري فرنسي و بالإعتراف باستقلالية الإجراءات التي يتمتع بها مجلس المنافسة على إعتباره هيئة إدارية مستقلة سواء بالنظر إلى القانون القضائي الداخلي (الفرنسي) أو القانون الأوروبي و من تم أسس مجلس القضاء قراره -على إعتباره يتولى مهمة حماية النظام الإقتصادي العام- أن قرار فرض العقوبات الصادر من مجلس المنافسة الذي إستند على التسجيلات الصوتية التي قام بها الطرف (الذي قام بالإخطار) و ليس المحققين أو المقرر فلا يمكن إستبعاد هذه التسجيلات فقط بسبب أنها جاءت بطريقة غير شرعية زعما ، و من ثمة فالتسجيلات مقبولة مادامت قد أخضعت لمبدأ الوجاهية « Le principe du contradictoire ».

و يعود للمجلس فقط تقدير مدى مقدار الإثبات ، و من هذا المنطلق فيرجع القضية إلى الشروط الثلاثة التي يضعها مجلس المنافسة لقبول التسجيل الصوتي كدليل إثبات وهي :

- يتم الحصول على التسجيل من طرف شخص آخر غير المحقق

- الاستفادة فقط بمقدار نسبي من الإثبات.

- خضوعه لمبدأ الوجاهية .

- و أيضا يعلل مجلس القضاء قراره بخصوصية المخالفات التنافسية².

- و أيضا فيما يخص وظيفة "مستشار سماع الأطراف" أو « Le conseiller auditeur »

¹- La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, usuellement appelée Convention européenne des droits de l'homme, est un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3 septembre 1953. La Convention a évolué au fil du temps et comprend plusieurs protocoles.

« Convention européenne des droits de l'homme », article de WIKIPEDIA l'encyclopédie libre .disponible sur :

http://fr.wikipedia.org/wiki/Convention_europ%C3%A9enne_des_droits_de_l'homme

²-Contrats,conc.,cosom.2007,comm.n°208,obs.G.Decocq,;

اعتمدا هذه (LME) فالقانون الأوروبي و أيضا الفرنسي منذ قانون تحديث الإقتصاد الوظيفة بهذه الصفة بغرض ضمان حقوق الدفاع في الإجراءات الخاصة بالمنافسة . ففي ما يخص القانون الأوروبي، قد تم إنشاء هذه الوظيفة في سنة 1982 من طرف اللجنة الأوروبية من أجل الحرص على تطبيق حق السماع في إطار إجراءات المنافسة المؤسسة على أحكام المادتين 81 و 82 من معاهدة المجتمعات الأوروبية (TCE) . و يعتبر موظفا ملحق أو مرتبط بالمحافظ المكلف بالمنافسة، ينظم و يرأس جلسات السماع (les auditions) و يلتزم بضمان السير الحسن لجلسة السماع ، و يساهم في الطابع الموضوعي لجلسة السماع ذاتها و أيضا لأي قرار لاحق ، و يسهر أيضا على أن تكون جميع الوقائع المعنية سواء التي في صالح المعنيين أو في غير صالحهم و أيضا الوقائع المتعلقة بمدى خطورة المخالفة ، مؤخوذة حقيقة بعين الاعتبار أثناء إستعراض مشاريع قرار اللجنة¹ ، بالنسبة للقانون الفرنسي نشير أنه قد تم إدخال هذه الوظيفة كما أسلفنا بموجب قانون تحديث الإقتصاد (LME)². رغم أن مجلس المنافسة قد أنكر حاجة القانون الفرنسي إلى مثل هذه الوظيفة ، فإن كان وجودها مبررا في اللجنة الأوروبية أين لا يوجد فصل بين وظائف التحقيق و أخذ القرار، فالأمر يختلف تماما أمام مجلس المنافسة الذي يشهد هذا الفصل ، و يمكن الأطراف من الاعتراض على سير التحقيق أمام هيئة عضوية مستقلة (un collège indépendant) و بذلك فالمجلس ليس بحاجة إلى خدمات هذا الموظف ما دام يشرف بنفسه على القيام بدوره الطبيعي في حماية سلامة الإجراء³.

و في نفس الصدد فإن المشرع الفرنسي من خلال المادة R.461-9 من القانون التجاري الفرنسي قد نص على أن المستشار يمكن له لفت انتباه المقرر العام حول السير الحسن للإجراء ، إذا ما رأى في القضية مسألة تتعلق باحترام حقوق الأطراف ، و يستطيع أيضا اقتراح تدابير من أجل تحسين ممارسة حقوقهم ، و يختم تدخله بتحرير محضر يودع لدى رئيس سلطة المنافسة في أجل 10 أيام على الأكثر قبل الجلسة ، و نسخة توجه إلى المقرر العام و الأطراف . و من أجل تحقيق مهمته يمكن من ملف القضية (المتعلقة بالإخطار)، و ليس معني بسرية الوثائق و الأعمال ، و لا يتم تدخله إلا بعد تبليغ المآخذ أي بداية مرحلة النقاشات و تقديم الملاحظات و ما يتبعها ، ورغم أنه معين من طرف الوزير لكن يتم ذلك بعد أخذ رأي الهيئة العضوية لسلطة المنافسة ، و حضوره إلى الجلسة لا يعد إلزاميا⁴.

ثانيا : ضمانات المتنازعين في الحصول على محاكمة عادلة : (Les garanties d'un procès équitable)

أمام استحالة تصنيف إجراء الفصل في النزاعات الذي يتم سواء على مستوى مجلس المنافسة أو سلطة الضبط في إطار محاكمة مجدولة قضائيا سواء مدنيا ، جزائيا أو إداريا ، لما يحويه الإجراء من عدم تبات و خصوصية ، أدى بجانب

¹ - Contrats, conc., cosom. 2007, comm. n°208, obs. G. Decocq.

L.ARCÉLIN, Droit de La concurrence les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, PUR 2009, p.246

² - Précisée par le décret n° 2009-335 du 26 mars 2009

³ - Cons, conc, avis n°08-A-05, du 18 avril 2008, relatif au projets de reforme du système français de régulation de la concurrence.

⁴ - Selon le texte « le président de l'autorité de la concurrence peut inviter le conseiller auditeur à assister à la séance et à y présenter son rapport »

من الفقه إلى وصف ذات الإجراء بالمحاكمة غير المسماة أو "Le procès innomé"¹ و في خضم ذلك قد تم اعتبار السلطات الإدارية المستقلة خصوصا دورها في فظ النزاعات بين المؤسسات -الخواص- يدخل ضمن مسمى القضاء الاقتصادي² : الذي يجمع بين الخبرة الاقتصادية خصوصا إذا تعلق الأمر بسلطة ضبط قطاعية أين يتطلب الأمر الوقوف على التقنية و التمكن من تحديدها، بين التصالح لما يقتضيه من لجوء إلى التفاوض و تطبيق الإجراءات الاختيارية أو البديلة لاحتواء الخلافات و أيضا التحكيم ، بين سلطة اتخاذ القرار أي تسليط أو إصدار القرارات التنازعية التي تخص فرض العقوبات الجزائية ، و بين الرقابة القضائية إذ أن قرارات السلطات الإدارية المستقلة المختصة قابلة للطعن فيها أمام الهيآت القضائية المختصة -من الدرجة الثانية-.

فرغم كون أن السلطات الإدارية المستقلة تستجيب لمقاييس الهيآت القضائية : بالنظر إلى مهمتها في التذكير بالقانون و الفصل في النزاعات ، و بالنظر إلى استقلاليتها ، إلا أنها تبقى هيآت إدارية ذات طبيعة غير قضائية لكونها لا تصدر أحكاما حائزة على قوة الشيء المقضي به و من ثمة يمكن وصفها بالهيآت الإدارية شبه القضائية -Quasi-juridictions"³.

و من ثمة فلعل مصطلح "محاكمة" لا يتناسب مع ما يتم من إجراءات خارج الهيآت القضائية ، و لكن إستخدامنا لهذا المصطلح جاء قياسا لهذه الأخيرة ، بالنظر إلى خصوصية الإجراءات التي تتم سواء أمام مجلس المنافسة ، أو سلطة الضبط القطاعية كسلطات إدارية مستقلة (مقررة لعقوبات جزائية) والتي و بتحفظ قد تشبه إلى حد ما ما يتم أمام الهيآت القضائية و لو أن "محاكمة" يبقى مصطلح أصيل يخض القضاء دون سواه. و قد حاولنا من خلال هذا المطلب ، تسليط الضوء على الضمانات التي يحضى بها كل ممثل أمام هذه السلطات بداعي إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة ، لا سيما تلك المتعلقة بالتعسف الناتج عن وضعية هيمنة .

مبدأ الواجهية (Principe du contradictoire) :

لا شك أن المشرع الجزائري قد إعتمد هذا المبدأ من خلال الأمر 03-03 المعدل و المتمم ، لا سيما في المواد 52 ، 53 و 55 منه فكل مأخذ أو تقرير (يعده المقرر) موجه ضد أحد الأطراف بعد تبليغهم إياه ، يكون عرضة للنقاش من خلال الرد حسب الآجال القانونية بإبداء ملاحظات كتابية حسب الإجراءات الإدارية المعتمدة أمام مجلس المنافسة .

بالنسبة للمشرع الأوروبي فإن التنظيم رقم 1/2003 يكرس هذا المبدأ في مادته 27 ، و يركز على حق المؤسسات المعنية بالإجراء بإبداء رأيهم في المآخذ التي تم تبليغهم بها ، و يؤكد أن اللجنة الأوروبية لا تؤسس قراراتها إلا بناء على تلك المآخذ التي قد تم فيها إبداء الملاحظات من المؤسسات المعنية .

بالنسبة للقانون الفرنسي فحسب المادة 1-463 L. من القانون التجاري الفرنسي ، فالتحقيق و الإجراءات أمام سلطة المنافسة يتم مناقشتها كليا ، و أيضا تبليغ المآخذ و التقرير أين يبدي فيهما الأطراف ملاحظاتهم ، و بالمقابل لا

¹-V.en ce sens C..Champaud, L'idée d'une magistrature économique (Bilan de deux décennies), Justices n°1 Janvier/Juin 2005,p.74.

² -V.METTOUDI. Robert, Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications, thèse pour le doctorat en droit, université de Nice-Sophia Antipolis, 2004.pp.107-109.

³- V.METTOUDI. Robert, Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications, thèse pour le doctorat en droit, université de Nice-Sophia Antipolis, 2004.p.112.

يوجد أي أحكام تفرض وجوب إتخاذ التقرير الشفهي للمقرر أو المقرر العام أو المقرر العام المساعد ، الشكل الكتابي مع تبليغه للأطراف المعنية . و هنا لا يوجد أي خرق لمبدأ المناقشة بالنظر إلى تمكن الأطراف من الرد على الملاحظات الشفهية أثناء الجلسة¹.

بالنسبة لسماع الشهود : فمبدأ الوجاهية يتبنى أيضا إمكانية الطلب من سلطة المنافسة سماع شهود آخرين².

كما أن لسلطة المنافسة تقدير نجاعة أو جدوى الطلب في النقاشات من عدمه و بالتالي قبوله من عدمه ، دون لزومها بتبرير قرارها بالرفض إذ لا يوجد أي نص يفرض عليها ذلك ، مما قد يعاكس أحكام المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان (CEDH)³.

مدة الإجراءات :

بالنسبة للأجل المعقول ، كثيرا ما تلام سلطة المنافسة على طول مدة الإجراءات مما يؤثر سلبا على قدرة الأطراف في الدفاع عن أنفسهم ، و من ثمة يتم فيه خرق لأحكام المادة 6 فقره 1 من المعاهدة الأوروبية (CEDH) التي تفرض إلزام الفصل في النزاع في أجل

معقول . و لكن يجب مراعاة تقدير تعقد الإجراءات ، فمثلا بخصوص كثرة و تشعب الوثائق الخاصة بالقضية و التي تستغرق وقتا لتفحصها في التحقيق قد يبرر طول الإجراءات .

لكن إذا كان ملف القضية لا يشوبه أي صعوبات خاصة تذكر ، فيمكن للأطراف المعنية إثارة طول مدة إجراءات التحقيق التي حالت دون تجميع أدوات ضرورية تتعلق بدفاعهم .

و في هذا الصدد لا يمكن للأطراف المعنية إثارة الأسباب الداخلية كاستحالة طلب تفسيرات جديدة من موظف قد غادر المؤسسة منذ بداية الإجراءات ، أو صعوبة إيجاد بعض الوثائق بسبب الاندماج ... إلخ و التي لا علاقة لها بأطوار التحقيق و الإجراءات المتبعة أمام سلطة المنافسة⁴.

بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن جزاء مخالفة أحكام المادة 6 فقره 1 من معاهدة حقوق الإنسان، لا سيما خرق الالتزام بالفصل في أجل معقول ، ليس بطلان الإجراءات ، إنما التعويض عن الضرر الذي يمكن وقوعه من جراء ذلك أو بالأحرى بطلان قرار الجزاء ، إن مجلس قضاء باريس قد أعتمد إمكانية إيقاع و تحديد الجزاءات مع الأخذ بعين

¹ -L'article L.463-7 du code de commerce français prévoit que les parties peuvent demander à être entendues par l'autorité

² -La faculté est prévue à l'article 27-3 du règlement n°1/2003 et à l'article L.463-7 alinéa 2 qui dispose que l'autorité de la concurrence peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information

³ -L.ARCELIN, Droit de La concurrence les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, PUR 2009, p.246

⁴ -L.ARCELIN, Droit de La concurrence les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, PUR 2009, p.248

الاعتبار بعض النتائج التي خلفها طول الإجراءات ، و أنه ليس من العدل اعتماد آخر رقم أعمال محقق من المؤسسة المدانة ، إذا ما أرتفع بشكل معتبر منذ بداية الإجراءات لأسباب خارجة عن الممارسة المعنية¹.

الفصل بين وظائف التحقيق و القرار :

المشرع الجزائري أعتمد الفصل بين وظائف التحقيق و اتخاذ القرار حين خص المقرر العام بالتنسيق مع مجموع المقررين، مهمة التحقيق دون إشراكه في المداولة المؤدية إلى إصدار القرار ،فالمقرر له صلاحيات واسعة من فحص،استلام و حجز أي وثيقة مهما كانت طبيعتها دون أن يكون معني بحجة السر المهني و له أيضا طلب كل معلومة ضرورية من الغير (غير الأطراف المعنية)².

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي :

فيتعلق الأمر بالقانون (NRE) الصادر في 15 ماي 2001 : فأتناء الإجراءات المعتمدة أمام سلطة المنافسة، فإن احترام مبدأ النزاهة (le principe de loyauté) تضمنه الوجاهية

(le contradictoire) بموجب المادة 1-463 L. من القانون التجاري الفرنسي و أيضا مبادئ الإستقلالية و المساواة المطبقة أمام سلطة المنافسة ، و من الأخير قد تم إحداث التطور باعتماد الفصل بين التحقيق و إصدار الحكم ،على أساس المادة 6-1 من معاهدة حقوق الإنسان .

إن تعزيز هذا الفصل بين وظائف التحقيق و الحكم قد جاء بفعل الأمر الصادر في 13 نوفمبر 2008 أين تم تحويل صلاحيات علة إلى المقرر العام لا سيما :

- منح أجل إضافي
- أخذ قرار إتباع الإجراء المبسط
- تسيير سرية الأعمال
- تسيير التمكين من الملف

و يضيف الأمر قدرة اقتراح الإخطار التلقائي على سلطة المنافسة بخصوص الوقائع التي من شأنها أن تشكل ممارسات منافية للمنافسة ، وسلطة المنافسة لا تستطيع أن تخطر نفسها تلقائيا إذ يجب أن يتم ذلك باقتراح مسبق من المقرر العام إلى الهيئة العضوية .

¹ -L.ARCÉLIN, op-cit, p.249

² - المادة 50 و 51 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

عدم إعلان النقاشات (Non publicité des débats) :

يمكن أن نقف على ذلك في اعتماد المشرع الجزائري على سرية الجلسات¹ ، لكن رغم ذلك و لاستتباب حقوق الدفاع يمكن للأطراف المعنية بحضور الجلسات قصد سماعهم ، أو حضور ممثليهم ، أو حضورهم مع محاميهم أو مع أي شخص يختارونه² ، لعل ما يميز المحكمة أو المؤسسة القضائية عن سلطة المنافسة هو اعتماد الأخيرة على الإجراءات الإدارية التي قد تتعلق بجمعية المرونة و الفعالية ، مما يجعلها تتدخل بشكل مسبق رغم كونها لا تتناسب طرديا مع ما جاء في المادة 6 من معاهدة حقوق الإنسان فيما يخص الشكل المعتمد قانونا.

و تأتي الرقابة القضائية عن ذلك التدخل الذي تقوم به سلطة المنافسة في حدود أحكام المادة 6 المذكورة : أي باعتماد قواعد سير الجلسات و المحاكمات قضائيا من علنية الجلسات كمبدأ عام و سريتها استثناءا ...إلخ.

و بالمقابل فإن أحكام المادة 25 فقرة 1 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 (التي أصبحت المادة L.463-7 فقرة 1 من القانون التجاري الفرنسي) ، تقضي بأن جلسات المجلس لا تكون علنية ، مع التذكير أنه و لحماية حقوق الدفاع فللأطراف الحق في الحضور ، و طلب سماعهم ، مع إمكانية تمثيلهم ، كما للمجلس إدخال أي شخص قد يساهم في إعلامه حسب الفقرة 2 من نفس المادة المذكورة.

¹ - المادة 28 فقرة 3 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم " جلسات مجلس المنافسة ليست علنية".

² - المادة 30 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم

الحق في البيئة : آليات حمايته و علاقته بالتنمية المستدامة



فضيلة الأستاذة : سعود أمينة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الأغواط : - الجزائر -

مقدمة :

مما لا شك فيه أن الله قد خلق الكون و خلق الانسان سيذا عليه، فخلق الله الانسان من أجل أن يعبد و خلق له الكون من أجل أن تستقيم له الحياة و يتفق له فيه ما يعينه على أداء مهمته الممنوعة به و كان لزاما عليه أن يتفاعل مع هذا الكون، ويسخر محتوياته لخدمته وفق ما يعينه عليه فكره و أدائه في اطار التماشي و التكيف مع نوااميس الطبيعة الكبرى فتلك سماء و هذه أرض و تلك بحار " وما خلقنا السموات و الأرض و ما بينهما لاعبين " وهذا قمر و تلك شمس " كل في فلك يسبحون " وعلى اختلافها و تنوعها " و كل شيء خلقناه بقدر " انه نظام رباني دقيق لا مجال فيه للعبث ولا للعشوائية بل كل مخلوق هو في منتهى الدقة و البراعة و النظام، كيف لا وهو من صنع الخالق.

لذا نجد الإنسان مع هذا الكون فاعلا تارة و فعولا فيه أخرى، مؤثرا تارة و متأثرا أخرى، انه كائن محتو في بيئة متشعبة الأبعاد طبيعيا و صناعيا و اقتصاديا و اجتماعيا... يفترض منه التأثير الايجابي فيها ومعها لا التأثير السلبي.

و مع تطور الحقوق و تنوعها و تباينها أصبح الحق في البيئة من أهمها و الأكثر مناداة به و الحق هذا ألحق ببقية الحقوق التي لا بد للإنسان التمتع بها .

مما يستدعي منا البحث في مجال هذا الحق، الحق في البيئة ومحاولة الإجابة على جملة من الإشكاليات التي تثور في هذا السياق و التي تتراوح بين :

ما هو مفهوم هذا الحق ؟ وما مدى تمتع الإنسان به؟ و ما هي آليات حمايته؟ و ما علاقة البيئة بالتنمية و تقدير مكانتها في المجتمع؟؟

و للإجابة على هذه الإشكالات قسمنا الدراسة إلى ثلاث محاور رئيسة، أولها مفهوم حق البيئة بإعطاء كل التعاريف و المفاهيم ذات الصلة بذلك . وثانيهما يتضمن حماية حق البيئة بعرض تناول هذا الحق و حمايته على الصعيدين

الدولي و الداخلي و الاتفاقيات المتناولة لذلك. أما الثالث فيكون عن علاقة البيئة بالتنمية المستدامة و تأثير و تأثير كل منهما بالأخر.

المبحث الأول : مفهوم البيئة :

إن الاهتمام بتنظيم مضمون القواعد القانونية و الشرعية في مجال البيئة يستلزم منا التمهيد ببيان مفهوم البيئة و معالم المشكلات التي تثيرها مقتضيات صونها و حفظها، حيث تتعدد مفاهيمها بتعدد اتجاهاتها و مجالاتها و الزوايا التي تنظر منها

المطلب الأول : البيئة عموما :

قد أصبحت البيئة محط اهتمام المفكرين و الباحثين خاصة في الآونة الأخيرة و ارتبطت سلامة الأشخاص بسلامة نظافة بيئته، و اعتبار البيئة تراث مشترك للإنسانية جميعا ينبغي حمايته و كفالته

أولا: تعاريف حول البيئة :

1. البيئة لغويا: يعود الأصل اللغوي لكلمة " بيئة" إلى الجذر "بؤأ" من الفعل الماضي "أبأ" أو " بآ" و الاسم "البيئة" و يقال بآ إلى الشيء أي رجع و تبوأ أي أقام و نزل. و جاء في الآية الكريمة لقوله تعالى " و كذلك مكنا ليوسف في الأرض يتبوأ منها حيث يشاء " يوسف 56 أي يتخذ الأرض مقاما حيث يشاء، و منه فالبيئة لغة هي النزول و الحلول و الإقامة في مكان معين.

2. البيئة اصطلاحا : هي المحيط المادي الذي يعيش فيه الإنسان بما يشتمل عليه

فهناك بيئة طبيعية و قوامها الماء و التراب و الهواء و الكائنات الحية ...، و هناك بيئة وضعية و هي من وضع الإنسان من مرافق و منشآت

3. البيئة قانونا : تمثل الوسط الذي يحيى فيه الإنسان و التي تنظم سلوكه و نشاطه في مجموعة من القواعد المجردة ذات الصبغة الفنية على نحو يحفظ له حياته و يحمي صحته.

رغم كل التعاريف التي أعطيت لذا اللفظ " لفظ البيئة" إلا أنه كان من الصعب إيجاد تعريف محدد مما أدى برجال الفقه القول عن مصطلح البيئة " أنه لا يوجد أحد لا يعرفه من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه ليس من السهولة إمكان إعطاء تعريف محدد له"¹.

ثانيا : البيئة في بعض التشريعات :

1. في الوم.أ: حيث نجد كثيرا من النصوص القانونية العامة التي تحمي عناصر البيئة، في ارتباطها بالإنسان، ففي عام 1980 صدر تشريع خاص لحماية الهواء من التلوث عرف بقانون الهواء النظيف و في العام نفسه صدر تشريع خاص للسيطرة على المواد السامة ، بالإضافة الى تشريعات خاصة للحفاظ على مصادر الثروة الطبيعية.²

¹ د. عبد الرزاق البauer: الأسس الدستورية لحماية البيئة من التلوث. دار الفكر الجامعي. 2007. ص34

² أ. أشرف هلال. جرائم البيئة بين النظرية و التطبيق. الطبعة الأولى. 2005. ص25

2. في فرنسا: حيث شددت في قانون عقوباتها مستزيدة من أحكام المسؤولية الجنائية للأعمال ضد البيئة، فقد جرمت مثلا أفعال تلويث الموارد المائية بإلقاء مواد ضارة فيها، كما أفعال الاضرار بالثروة السمكية الموجودة بالبحار و الأنهار.

3. في التشريع الكويتي: حيث تصاعد كثيرا في هذه البلاد العربية الاهتمام بحماية البيئة خاصة عقب أحداث حرب الخليج وما نجم عنها من تهديد للموارد الطبيعية و اهتم تشريعها باستحداث قوانين جديدة لذلك. فنجد أن القانون رقم 26 لسنة 1970 للمجلس الأعلى لحماية البيئة أعطى صلاحيات الأمر بوقف العمل بأية منشأة غير حكومية قد تلوث البيئة، كما وافق مجلس أمة الكويت على مشروع قانون الهيئة العامة لسنة 1995 في القانون رقم 21

4. في التشريع التونسي: هذا البلد ذو الموقع المتميز قد اهتمت الدولة فيه بحماية البيئة و قسمت حمايتها لها على محورين محور إداري ومحور جزائي، حيث توسع في هذا الأخير أكثر إلا أنها لم ترقى في ذلك إلى ما وصلت إليه الكويت حيث تعد الكويت البلد العربي الأمثل في ذلك.

المطلب الثاني : مفهوم الحق في البيئة :

إن الإنسان الذي هو أسمى المخلوقات قد سخرت لأجله و شرعت له عدة حقوق " ولقد كرّمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا" سورة الإسراء الآية 70، فتباين وتختلف أنواع الحقوق التي منحت حيث وزعت و قسمت إلى ثلاث أجيال، فالجيل الأول يضم مجموعة من الحقوق الفردية للصيقة بالإنسان تخص حماية حياته و أمنه و ظروف معيشته و كرامته، أما الجيل الثاني فتضمن مجموعة حقوق لمجموعة من الأفراد تشترك فيما بينها في مشترك معين و تسمى لذلك بالحقوق الجماعية.

و حديثا ومع ظهور دعاة السلام و العيش المشترك للإنسانية ظهر ما يعرف بالجيل الثالث لحقوق الإنسان و هو يهم الإنسانية جمعا بل و حتى جميع المخلوقات بمختلف أنواعها، كان أهم حق في هذه المجموعة هو الحق في البيئة الذي هو محل دراستنا إضافة إلى الحق في السلم و الحق في التنمية .

فوجود حق الإنسان في بيئة نظيفة و متوازنة على الأقل في نطاق القانون يرجع إلى عهد قريب لا يتجاوز العقدين من الزمان إلا بقليل إذ أن تقنين مشكلات الإنسان لم تعد إلا من أربع عقود و بضع سنوات و تحديدا من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 و بعده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10/12/1948¹، والذي تؤكد مادته 25 أن لكل شخص الحق في مستوى معيشي مناسب للحفاظ على صحته و كيانه و هذا ما شجع معظم الدول على دمج هذا الحق في تشريعاتها و قوانينها خاصة منها الدول النامية².

ومن هنا تقرر هذا الحق " الحق في البيئة" و اندمج رغم حداثة إلا أنه أصبح من أهم الحقوق التي يحتاج إليها الإنسان في وقتنا الحالي، ومع تطور ذلك تطورت أيضا آليات الحماية لهذا الحق وطرقها و هياكلها كما سنرى لاحقا.

¹ د. محسن أفكرين: القانون الدولي للبيئة. الطبعة الأولى. 2006. ص 18

² د. أمين مصطفى محمد. الحماية الاجرائية للبيئة. 2001. ص 07

المبحث الثاني : حماية الحق في البيئة :

لقد حظيت البيئة أو الحق في البيئة بحماية واسعة على النطاقين الدولي و الداخلي فلكل منهما كانت له وسائله و آلياته و هيئاته و هيكله فتختلف تارة و تتفق و تتلاقى تارات أخرى، إلا أننا قد ركزنا في دراستنا هاته على المقاربة و المقارنة بين القانون الدولي بصفة عامة و القانون الداخلي للجزائر بصفة خاصة.

المطلب الأول : الحماية على الصعيد الدولي وأهم الاتفاقيات :

أولا : في القانون الدولي:

إن التحديات المتعلقة بالبيئة و الموارد الطبيعية هي تحديات عالمية النطاق تتطلب حلول عالمية و منه تحتاج للتعاون بين الدول، لأن قضية البيئة ترتبط بحقوق الإنسان في كل قطب و مكان مما أدى إلى ظهرت القانون الدولي للبيئة لانبثاق المواثيق و القرارات و المعاهدات الدولية حيث يعد فرع من فروع القانون الدولي العام الجديد.

و تتمثل موضوعات القانون الدولي في ¹:

(1) منع تلوث المياه البحرية و توفير الحماية و الاستخدام المعقول للثروات و الأحياء البحرية.

(2) حماية مياه و ثروات الأنهار الدولية .

(3) حماية المحيط الجوي من التلوث.

(4) حماية النباتات و الغابات و الحيوانات البرية.

(5) حماية المخلوقات الفريدة.

(6) حماية البيئة من التلوث الذري و غيره.

و تظهر أهم مبادئ القانون الدولي للبيئة في إعلان استكهولم لعام 1972 وذلك بإيراد مبدئين: أ_ سيادة الدولة الكاملة على ثرواتها الطبيعية.

ب_ عدم الإضرار بالبيئة المحيطة خارج السيادة الإقليمية.

ومن ذلك إلى مبدأ الحفاظ على البيئة و حمايتها من التلوث و يتكون من خمسة عناصر :

(1) حماية و تحسين البيئة هي قضية ذات طابع عام و ضرورية لصحة و تحسين الوضع الاقتصادي للأجيال الحاضرة و المستقبلية.

(2) التزام الدول أشخاص القانون الدولي بأن لا يؤدي نشاطها داخل حدود سيادتها للإضرار بالبيئة المحيطة بالدول.

¹ أ. خالد شوكتات: الجريمة البيئية. دراسة حول المفهوم من منظور جنوبي. 2001. ص 58

(3) التزامها باتخاذ الإجراءات المناسبة سواء على المستوى الفردي أو الإقليمي أو العالمي من أجل الحفاظ على البيئة و حمايتها من التلوث.

(4) تكثيف جهودها على المستويين الوطني و الدولي للحفاظ عليها.

(5) التزام الدول باتخاذ كل الإجراءات اللازمة لعدم قيام الحروب النووية و تعرض الإنسان للخطر و منه عدم استعمال الأسلحة الخطيرة.

ثانيا : الاتفاقيات الدولية :

تلعب المؤتمرات و الاتفاقيات الدولية دورا أساسيا في بلورة تصوير قواعد هذا القانون و مبادئه لذا لابد من تتبع التسلسل الزمني لها و الذي يعبر عن التطور التشريعي البيئي العالمي.

أ/ على المستوى الدولي العالمي : حيث يمكن ذكر ¹ :

(1) اتفاقية لندن عام 1954 الخاصة بمنع تلوث البحار بالنفط.

(2) اتفاقية باريس عام 1960 التي كملتها اتفاقية بروكسل عام 1963 بشأن المسؤولية المدنية في ميدان الطاقة النووية.

(3) معاهدة موسكو عام 1963_1968 الأولى بشأن وقف التجارب النووية و الثانية بشأن المبادئ التي تحكم النشاط الدولي في استكشاف و استخدام النشاط الخارجي.

(4) اتفاقية بروكسل عام 1969 بشأن التدخل في أعمال البحار في حالات الكوارث الناجمة عن التلوث بالنفط.

(5) اتفاقية بروكسل عام 1970 بشأن حماية الطيور.

(6) اتفاقية بروكسل عام 1971 الخاصة بإنشاء صندوق دولي للتعويض عن الضرر الحادث عن التلوث بالنفط.

(7) اتفاقية باريس عام 1972 بشأن حماية التراث الطبيعي و الثقافي.

(8) اتفاقية واشنطن عام 1973 بشأن منع الاتجار الدولي في الأجناس المهددة بالانقراض

(9) اتفاقية مبرمة عام 1977 بشأن حظر إجراء أية تغيرات في البيئة لأغراض عسكرية أو أية أغراض عدائية .

(10) اتفاقية أوسلو عام 1978 بشأن التلوث البحري.

(11) اتفاقية بارن عام 1979 بشأن حفظ الأحياء البرية و النباتات الطبيعية.

(12) اتفاقية الأمم المتحدة عام 1982 لقانون البحار.

(13) اتفاقية فينا عام 1985 بشأن طبقة الأوزون.

¹ د. عبد العزيز المضمير: دور المنظمات الدولية في حماية البيئة. 1985. ص124

- 14) اتفاقية الدولية المبرمة عام 1986 بشأن المساعدة المتبادلة في حالة وقوع حادث نووي.
- 15) لإعلان العالمي للبيئة استكولم عام 1972 و يعتبر هذا الإعلان هو الأهم في القانون الدولي للبيئة.
- 16) الميثاق العالمي للطبيعة 1989.

17) إعلان قمة الأرض ريودي جايرو عام 1992 حيث ناقش قضايا متعددة .

ب/على المستوى الدولي الاقليمي: نذكر منها كذلك :

- 1) اتفاقية برشلونة عام 1976 بشأن حماية البحر الأبيض المتوسط من التلوث .
 - 2) اتفاقية الإفريقية عام 1968 لحفظ الطبيعة و الموارد الطبيعية.
 - 3) اتفاقية الأوربية المبرمة 1979 بشأن حفظ الأحياء البرية و السواحل الطبيعية الأوربية.
 - 4) اتفاقية المبرمة عام 1979 في اطار اللجنة الاقتصادية الأوربية لمكافحة التلوث بعيد المدى عبر الحدود.
 - 5) اتفاقية هلسينكي الموقعة عام 1974 بشأن حماية البيئة البحرية لبحر البلطيق.
 - 6) اتفاقية الكويت الاقليمية للتعاون في مجال حماية البيئة البحرية للبحر الأحمر و خليج عدن عام 1978.
 - 7) اعلان المبادئ الصادرة في اطار مجلس أوربا عام 1978 بشأن مكافحة تلوث الهواء
 - 8) مبادئ هلسينكي عام 1985 الصادرة عن مؤتمر الأمن و التعاون الأوربي
- ج/الاتفاقيات الثنائية : وهي محدودة¹:

- 1) المعاهدة البحرية النمساوية عام 1960 بشأن الاستخدام الاقتصادي للمياه.
 - 2) المعاهدة الهندية الباكستانية عام 1960 بشأن استخدام نهر الهندوس.
 - 3) المعاهدة الروسية البولندية عام 1964 بشأن المحافظة على المياه الطبيعية و الجوفية و مكافحة التلوث.
 - 4) المعاهدة الأمريكية الكندية عام 1982 بشأن خواص المياه في البحيرات العظمى
- مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة استكولم: انعقد في 05 يونيو 1972 مهتمتا الأساسية العناية بشؤون البيئة و ذلك ب :
- 1) ترقية التعاون الدولي في مجال البيئة.
 - 2) ترقية مساهمة الهيئات العلمية و المهنية المتصلة لاكتساب المعارف البيئية و تقويمها و تبادلها.
 - 3) وضع الأنظمة الإرشادية العامة لتوجيه البرامج البيئية و تنسيقها في اطار نظام الأمم المتحدة .

¹ أحمد رشيدى : الحماية الدولية للبيئة ص 140، 138

4) متابعة تنفيذ البرامج البيئية وجعل الوضع البيئي الدولي تحت البحث و المراجعة المستمرة

5) جعل كل ما سبق مستمرا في الدول النامية و تحت المراجعة المستمرة.

مؤتمر الأمم المتحدة الثاني للبيئة و التنمية (قمة الأرض) (ريودي جايزو) :

حيث شكل منعرجا حاسما ليس فقط لتطوير التشريع البيئي حيث يقول شعيب عبد الفتاح " تعتبر قمة الأرض على مرحلة جديدة في النظام الدولي حيث جاءت عقب انتهاء الحرب الباردة و بعد فراغ العالم من الصراعات الإيديولوجية و غيرها من الصراعات السياسية التي كانت تشغله عن حالة الأرض.

وهي أول تطبيق عملي لمنظومة مبادئ النظام العالمي الجديد و الذي يجعل من البيئة و التنمية و حقوق الإنسان ضمن أولوياتها.

بروتوكول كيوتو¹ عام 2005 حيث دخل حيز النفاذ في 16/04/2005 وفيه الحد من انبعاث الغازات الضارة بالبيئة التابع لمؤتمر بشأن تغيير المناخ بظاهرة المد البحري .

كذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب المادة 24 في حقه في بيئة صحية وكذا ميثاق حقوق الإنسان و الشعب في الوطن العربي².

المطلب الثاني : الحماية على الصعيد الداخلي (خاصة في الجزائر) :

إن الشعب الجزائري قد عان كثيرا من سياسة الاستعمار و الذي لم يتوصل إلى الحرية إلا بعد حرب دامية و طويلة قد اعتنى بالنص على حماية المبادئ الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان و ذلك من خلال الدساتير الأربعة التي عرفتها البلاد فقد كرست هذه الدساتير هذه الحقوق و تناولتها و تطورت و ازدادت هاته الأخيرة إلى تغييرات و التعديلات التي شهدتها الدساتير.

فلقانون حماية البيئة مجالات كثيرة و متنوعة موضوعها يتصل بعدة مفاهيم لها علاقة بالصحة العامة و السكينة العامة و لها علاقة بالتلوث (في مجال الضبط الإداري) و نظرا لتوسع مجالات البيئة فيصعب حصر كل القواعد الكفيلة بتنظيمها لأن مشاكلها تتطور و تزداد يوميا.

وبالرجوع الى القانون الجزائري لحماية البيئة والصادر سنة 1983 نجده ينص على:

1) حماية الطبيعة و المحافظة عليها بما فيها من فصائل (حيوان ،نبات...).

2) حماية الأوساط المستقبلية (الحيط الجوي،المياه المحيطة و المقاربة...).

3) الوقاية من جميع مظاهر التلوث المضرة بالحياة الناجمة عن المنشآت المصنعة و النفايات أو المواد المشعة.

² د.محسن أفكرين.مرجع سابق.ص122

² يحيوي نورة بن علي:حماية حقوق الانسان في القانون الدولي و القانون الداخلي، دار هومة ط2006.ص32

و المقصود بالحماية في الجزائر هي حماية بمفهومها الواسع و هي المجسدة في المواثيق الدولية و قواعد دستورية فاعلة في الدساتير، فإذا لم تضمن حماية خاصة بمجال من مجالات البيئة فهي على الأقل تضمن حق الحياة و تقدر الحقوق الأساسية للمواطن لإرساء مبدأ دستورية القوانين .

و كذلك مصادقة الجزائر لمجموعة من الاتفاقيات قد وسع في اطار الحماية و هذا ما أقره أول مؤتمر دولي للبيئة المنعقد باستكهولم بالسويد.

وقد حدد التشريع البيئي الجزائري الأهداف الأساسية التي ترمي إليها حماية البيئة حسب ما يأتي :

(1) حماية الموارد الطبيعية.

(2) القضاء على كل أشكال التلوث.

(3) تحسين الإطار المعيشي و ترقيته.

فنجد فيما يخص البيئة أن معظم الأديان قد اهتم بحماية الإنسان و ضمان بقائه، فنجد في الإسلام أنه قد أولى اهتمام كبير للبيئة و الحفاظ عليها لقوله تعالى " كلوا و اشربوا من رزق الله ولا تعثوا في الأرض مفسدين " البقرة 06 و قوله صلى الله عليه و سلم " ان قامت الساعة و في يد أحدكم فسيلة فان استطاع أن لا يقوم حتى يغرسها فليغرسها " وقال أيضا " ان الله طيب يحب الطيب نظيف يحب النظافة كريم يحب الكرم جواد يحب الجود فنظفوا أنفسكم " فالبيئة طبقا للإسلام هي واجب ديني قبل أن تكون واجب قومي.

و هيئات حماية البيئة تختلف و تتباين في الدول الغربية عنها في الدول العربية :

ففي الدول الغربية هناك وكالة حماية البيئة بالولايات المتحدة الأمريكية و تتبعها فروع متخصصة في مكافحة بغض نوعيات التلوث كادارة البيئة الفدرالية بكندا، والادارة الوطنية لحماية الوسط الطبيعي بالسويد، وهيئة مكافحة التلوث بالنرويج، كما وقد خصصت البيئة في مصر و مصلحة الأرصاد العليا لحماية البيئة بالسعودية و مجلس حماية البيئة بالكويت، ومن الدول العربية التي جعلت وزارة للبيئة كمثيلاتها العربية هي عمان¹.

المبحث الثالث : البيئة و التنمية المستدامة :

حيث أن هناك علاقة وطيدة بين هذين المفهومين لذلك نجد أن التنمية تحقق في عناق و تحت ظل سياسة واضحة للبيئة، وهذا ما سنراه في هذا الجزر من هذه الدراسة.

المطلب الأول : تعريف التنمية المستدامة و علاقتها بالبيئة :

لمعرفة العلاقة الموجودة بين التنمية و البيئة يجدر بنا أولا التعريف بالتنمية ثم كشف هذه العلاقة و تبيان مداها.

¹ د. ماجد راغب الحلو: قانون حماية البيئة، د.م. ج. 1994، ص 35

أولاً : تعريف التنمية :

لغة: هي عملة أو مجموع عمليات تغيير و تصدية هامة تتضافر فيها جهود الأفراد و المجتمع على السواء لتحقيق الرفاهية و السعادة التي يريجوها الفرد.

و يقصد بالتنمية المستدامة تحقيق أجيال الحاضر دون الإضرار بحاجات و قدرات أجيال المستقبل.

اصطلاحاً: حيث أنه قد شاع مصطلح التنمية المستدامة في أوساط عدة وكثرت الزوايا التي ترى منها تحت تأثير الاهتمام بالحفاظ على البيئة حيث تخلص في مجملها الى أنها التوفيق بين تنمية تتضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة و الأجيال المستقبلية¹.

ثانياً : علاقة التنمية المستدامة بالبيئة :

فبرز الاهتمام بالبيئة من قبل بعض الدول خلق ذلك نوعاً من التردد من جانب بعض الدول النامية باعتبار أن مشاكل البيئة بالنسبة للدول الآخذة في النمو يختلف كلياً عنه في الدول المتقدمة حيث تتمثل عند هذه الأخيرة في التلوث أو المخلفات الناتجة عن التصنيع أو الاستهلاك فكلها يرتبط بالتقدم الصناعي و الفني. لكن مشاكلها في الدول النامية تعني أساساً الفقر و سوء التغذية.

وفي مؤتمر الأمم المتحدة لعام 1998 في البرازيل و الذي اتخذ شعاره " البيئة و التنمية " نص في مبداه الثالث على أن " الحق في التنمية يجب أن يأخذ في الاعتبار البيئة، وحاجات الأجيال الحالية و المستقبلية ".

وقد قرر المبدأ الخامس من على " ضرورة تعاون الدول و الشعوب من أجل القضاء على الفقر كشرط لا بد للتنمية القابلة للاستمرار.

ومنه أصبح وجوب أن تأخذ الاعتبارات المتعلقة بالبيئة عند القيام بعملية التنمية .

و في مؤتمر القمة العالمي للتنمية الاجتماعية الذي انعقد عام 1995 و وضع مقترحات للمشاكل الاجتماعية حيث أكد المؤتمر على :

(1) أن التقدم الاجتماعي مستمد من كرامة كل شخص و من تنمية الموارد المادية و الروحية لكل مجتمع.

(2) التنمية المستدامة لا تحتاج لرأس مال فقط و إنما أيضاً إلى كل ما يحافظ على البيئة المطلوبة لتلك التنمية.

وقد تبنى المؤتمر العالمي للتنمية المستدامة المنعقد في جوهنزبورغ خمس مواضيع أساسية لتحقيق التنمية المستدامة و هي : المياه_ الطاقة_ الصحة_ الزراعة_ التنوع البيولوجي.

ومتى تكون أركان التنمية المستدامة التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و حماية البيئة مما يستوجب اتخاذ إجراءات علمية ملموسة لحصول التكامل بينها².

¹ د. محسن أفكرين ، مرجع سابق، ص 39

² مركز النور للأبحاث و الدراسات.

المطلب الثاني : الجهود العربية بخصوص التنمية المستدامة :

قد عقد الوزراء العرب المسؤولين عن الشؤون البيئية اجتماعا في " أبو ظبي " في شهر شباط عام 2001 للتحضير لاجتماع القمة العالمية للتنمية المستدامة.

كما انعقد مؤتمر للتنمية المستدامة في المنطقة العربية في عام 2003 وأصدر توصيات تناولت تحديد متطلبات و آليات تحقيق التنمية المستدامة في المنطقة العربية.

وفي شباط 2003 انضمت السكرتارية العربية المشتركة لمتابعة نتائج القمة العالمية للتنمية المستدامة المنعقدة في جوهانزبورغ بالتعاون مع حكومة الإمارات العربية بتنظيم اجتماع لوزراء الطاقة و البيئة العرب لتكريس الالتزام بتوصيات المؤتمر العالمي و تنفيذ التوصيات الخاصة بالتنمية.

وأصدر الوزراء الإعلان المسمى " إعلان أبو ظبي عن الطاقة والبيئة " و الذي تتلخص أهدافه في :

1) حق البلدان العربية في استخدام موارد الطاقة لأغراض التنمية مع ضمان تدفق النفط و الغاز إلى الأسواق العالمية.

2) أهمية تحقيق التنمية المستدامة و تخفيف وطأة الفقر.

3) تطوير الإمكانيات الوطنية لتعزيز إنتاج مصادر الطاقة و تقليل تأثيرها على البيئة و تطبيق التوصيات الواردة في الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية للحد من انبعاث الغازات الدفينة.

4) دعم النشاط البحثي و تشجيع التطور التكنولوجي.

المطلب الثالث : حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الجزائر :

بموجب القانون رقم 03_10 المؤرخ في 19 جمادى الأول عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ففي الباب الأول المعنون بأحكام عامة جاء في مواده¹ أنه تهدف حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على الخصوص إلى ما يلي:

- تحديد تنمية وطنية مستدامة بتحسين شروط المعيشة و العمل على ضمان إطار معيشي سليم
- الوقاية من كل أشكال التلوث و الإضرار الملحقة بالبيئة و ذلك لضمان الحفاظ على مكوناتها
- إصلاح الأوساط المتضررة
- ترقية الاستعمال البيئي العقلاني للموارد الطبيعية المتوفرة و كذا استغلال التكنولوجيا الأكثر نقاء
- تدعيم الإعلام و الحسيس و مشاركة الجمهور في تدابير حماية البيئة
- حيث يقوم و يتأسس هذا القانون على المبادئ التالية :
- مبدأ المحافظة على التنوع البيولوجي .
- مبدأ عدم تدهور الموارد الطبيعية.
- مبدأ الاستبدال .

¹ المادة 02 من القانون رقم 10_03

➤ مبدأ الإدماج .

➤ مبدأ النشاط الوقائي .

➤ مبدأ الحيطه من مبدأ التلوث .

➤ مبدأ الإعلام و المشاركة.

أما الباب الثاني فجاء تحت عنوان "أدوات تسيير البيئة" تفرع بدوره لعدة فصول.

أولا : تدخل الأشخاص و الجمعيات في مجال البيئة :

حيث تساهم الجمعيات المعتمدة قانونا بالمساعدة و إبداء الرأي في مجال حماية البيئة حيث يكون لها حق رفع دعوى أمام الجهات القضائية عن كل مساس بالبيئة فهي تختلف و تتباين و تتنوع.

ثانيا : مقتضيات الحماية البيئية :

بناء على المادة 39 من القانون السالف الذكر فهي تتمثل في ¹ :

1) مقتضيات حماية التنوع البيولوجي، حيث يمنع ما يلي :

• إتلاف البيض (الأعشاش أو سلبها، تشويه الحيوانات أو تخنيطها ..)

• إتلاف النبات من هذه الفصائل أو قطعه أو استئصاله و كذا استثماره أو بيعه

تخريب الوسط الخاص بهذه الفصائل الحيوانية و النباتية .

2) مقتضيات حماية الهواء و الجو، وهذا عند إدخال مواد من طبيعتها تشكيل خطر على الصحة البشرية:

• التأثير على التغيرات المناخية أو إفقار طبقة الأوزون .

• الإضرار بالموارد البيولوجية و الأنظمة البيئية.

• تهديد الأمن العمومي .

• إزعاج السكان إفراز روائح كريهة شديدة .

• تشويه النباتات .

3) مقتضيات حماية المياه و الأوساط المائية: و ذلك ولحماية المياه العذبة و حماية البحر .

4) مقتضيات حماية الأرض و باطنها: استغلالها بعقلانية، حمايتها من كل أشكال التلوث .

5) حماية الإطار المعيشي، عند الإخلال أو المساس بالغابات الصغيرة و الحدائق العمومية و المساحات الترفيهية، و كل مساحة ذات منفعة جماعية تحسن الإطار المعيشي.

عقوبة الإخلال بمقتضيات حماية البيئة :

وهذا في المواد من 81 الى 106 و مثالها :

(1) في التنوع البيولوجي: عقوبة من 10 أيام إلى ثلاثة أشهر و غرامة من 5000 دج إلى 50.000 حسب المادة 81 من القانون المذكور سابقا¹.

(2) حماية الهواء و الجو: عقوبة من 5000 دج إلى 15000 و كذا يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و غرامة من 50.000 إلى 150.000 دج

(3) في الماء و الأوساط المائية: يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و غرامة من 100.000 إلى 1000.000 دج كل ربان سفينة جزائرية أو قائد طائرة جزائرية في حالة العود تضعف استنادا إلى المواد 91_93_94 من نفس القانون.

الخاتمة :

ان قضية البيئة و تلوثها أصبح أكثر المواضيع جدلا نظرا للتقدم التكنولوجي الذي يشهده الإنسان و ما ينجم عنه من سوء تدبير و إدارة، لذا كان لزاما عليه أن يدرك تبعات أفعاله و أن تكون هذه الأفعال متناغمة مع القوانين الكونية الإلهية متفقة مع طبيعتها التي فطرها الله عليه غير متضادة معها ومع صبغة الله التي فطر الناس عليها ومن أحسن من الله صبغة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تكون أفعاله محترمة و موالية للقوانين الوضعية التي هي من وضع الإنسان و الحامية لهذه البيئة سواء دوليا أو داخليا كما رأينا.

فما نراه اليوم من ظواهر منافية و مضادة لهذه القوانين خاصة الإلهية و الكونية " كالاكتباس الحراري " و تغير المناخ " و المد البحري "... ما هي إلا خرق لتلك القوانين والتي لا تحمد عقباها و إن تبجح أصحابه و تواروا وتحت شعارات زائفة مثل التقدم و الحرية و الابتكار العلمي

فهلا أفاق هذا المخلوق (الإنسان) من غفلته و نظر بعين الواقع لمستقبله فحسن حاضره و سدد ذرائع الفساد، لذا وجب التنبيه و التحذير و التوعية و الإرشاد و التذكرة و التعاون، هذا لدى النفوس الخيرة و أما النفوس المصرة على الفساد فوجب ردعها بقوانين جزائية و عقوبات صارمة حتى لا تتمادى فيه لقوله تعالى " ظهر الفساد في البر و البحر بما كسبت أيدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون " سورة الروم الآية 41.

قائمة المراجع و المصادر :

1. د أمين مصطفى محمد. الحماية الإجرائية للبيئة (المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية و الإثبات في نطاق التشريعات البيئية) سنة 2001
2. أ. أشرف هلال. جرائم البيئة بين النظرية و التطبيق. ط. 1. سنة 2005
3. أ. خالد شوكت. الجريمة البيئية. دراسة حول المفهوم من منظور جنوبي. ط. 1. سنة 2001
4. د. داود عبد الرزاق الباز. الأساس الدستوري لحماية البيئة من التلوث دراسة تحليلية في إطار المفهوم القانوني للبيئة و التلوث. ط. 1. سنة 2006
5. أ. محمد محي الدين. محاضرات في حقوق الإنسان. سنة 2003
6. د. ملجد راغب الحلو. قانون حماية البيئة. د. م. ج. سنة 1994

¹ المادة 81 من القانون 03_10 السابق ذكره

- 7.د.محسن أفكربين.القانون الدولي للبيئة ط.1.سنة2006
- 8.د.محمد صدوق.دراسة مصادر حقوق الإنسان د.م.ج ط 1 .سنة2003
- 9.أ.عبد العزيز المضمير.دور المنظمات الدولية في حماية البيئة .سنة1985
- 10.أ.يحياوي نورة بن علي. حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي و القانون الداخلي ط.2 . سنة2006
- 11.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .العدد 43
- 12.القانون رقم 03_10 المؤرخ في جمادى الأولى 1424 الموافق ل19 يوليو 2003
- 13.موقع النور للدراسات و الأبحاث
- 14.موقع الشرطة العمرانية في الجزائر

جهاز الشرطة القضائية – تركيبه و اختصاصاته :



ياسين المفيد : باحث في ماستر قانون
الأعمال والمقاولات كلية العلوم القانونية
جامعة محمد الخامس – السويسي – الرباط.



أحمد العروسي : باحث في ماستر قانون
الأعمال والمقاولات كلية العلوم القانونية
جامعة محمد الخامس – السويسي – الرباط.

مقدمة :

لقد تم إحداث جهاز الشرطة القضائية بالمغرب سنة 1956 وذلك بمقتضى ظهير 115-56-1 وتنقسم الشرطة على نوعين حسب طبيعة المهام التي تقوم بها، فأما النوع الأول يتعلق بالشرطة الإدارية، حيث تتولى مهام

الضبط الإداري، ويقصد بهذا الأخير مجموعة من القواعد التي تفرضها الدول على الأفراد بغية تنظيم حرياتهم العامة أو بمناسبة ممارستها لنشاط معين بهدف المحافظة على النظام العام.¹

أما الشرطة القضائية فتبدأ مهمتها مباشرة بعد وقوع الفعل الإجرامي، وهي تعتبر هيئة مساعدة للجهاز القضائي.²

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي لم يميز بين الشرطة القضائية والإدارية وذلك بسبب عدم وجود جهاز للشرطة الإدارية مستقل بكيفية عضوية وإدارية وقانونية عن جهاز الشرطة القضائية،³ وبهذا يعتبر المغرب من بين العديد من الدول (فرنسا، تونس، الجزائر) التي أخذت بالنظام الإزدواجي لعمل الشرطة القضائية، وهي مأخوذة من القانون الفرنسي على خلاف القانون الانجليزي الذي أنط تبعية ضبط الشرطة القضائية لجهة واحدة مستقلة تستأثر بالهيمنة والسيطرة الرئاسية.⁴

وينتظم أعضاء الشرطة القضائية بالمغرب إلى جهات إدارية مختلفة، فمنهم من ينتمي إلى سلك القضاء، ومنهم من ينتمي إلى جهات إدارية مختلفة، ومن أجل تحقيق الفعالية المرجوة في عمل الضابطة القضائية نص المشرع المغربي في إطار المادة 27 من ق.م.ج على أصناف من الموظفين والأعوان المكلفين ببعض مهام الشرطة القضائية، تتصل بمجال اختصاصات كل منهم بصفة أساسية وذلك بحكم موقعهم وارتباطهم الوظيفي بالمجالات التي يخول لهم القيام بمثل هذه المهام.⁵

أهمية الموضوع :

يحتل موضوع جهاز الشرطة القضائية بأهمية بالغة، هاته الأخيرة يمكن استجلائها من خلال الوقوف عند المقتضيات القانونية المنظمة لجهاز الشرطة القضائية بالمغرب.

إشكالية النص :

تأسيسا على الأهمية التي يحظى بها جهاز الشرطة القضائية، تبرز إشكالية الموضوع فيما يلي:
ما هي أصناف الضباط المكونين لجهاز الشرطة القضائية بالمغرب؟ وما هي حدود اختصاصاتهم؟

تصميم الموضوع :

ارتأينا أن يكون بحثنا في موضوع جهاز الشرطة القضائية بالمغرب وفق تقسيم ثنائي على الشكلي التالي :

المبحث الأول : الهيكلية القانونية لجهاز الشرطة القضائية.

المبحث الثاني : صلاحيات جهاز الشرطة القضائية نوعيا ومكانيا.

1 - ياسين حسن كلزي: "حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي"، دراسة مقارنة، مركز الدراسات والبحوث الرياض، الطبعة الأولى، السنة 2007، ص: 55.

2 - عبد الغاني نافع: "المسطرة الجنائية المغربية في شروح"، الضابطة القضائية الأحمديّة للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2001، ص: 17.

3 - علي أحنين: "جهاز الشرطة القضائية بالمغرب بين الفعالية والمعوقات العملية"، رسالة لنيل دبلوم المساطر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2008 - 2009، ص: 3.

4 - ياسين حسن كلزي: مرجع سابق، ص: 77.

5 - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 3.

المبحث الأول : الهيكلية القانونية لجهاز الشرطة القضائية :

ينتمي رجال الشرطة القضائية إلى مصالح وجهات مختلفة، فمنهم من ينتمي إلى سلك القضاء، حصرهم المشرع في الوكيل العام للملك، ووكيل الملك، ونوابهما، بالإضافة إلى قاضي التحقيق، ومنهم من ينتمي إلى إدارة الدرك الملكي، والإدارة العامة للأمن الوطني، ووزارة الداخلية من جهة أخرى، ومراعاة لفعالية أعمال الشرطة القضائية منح المشرع المغربي بنصوص خاصة بعض مهام الشرطة القضائية لموظفين وأعوان المصالح الإدارية بحكم تخصصهم وقربهم من الميدان.¹

وبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية نلاحظ أنه منح الصفة الضبطية لفئات تنتمي للجهاز القضائي، يتعلق الأمر بضباط الشرطة القضائية السامين (المطلب الأول) بالإضافة إلى أشخاص تابعين للإدارة العامة لأمن الوطني والدرك الملكي يتعلق الأمر بضباط الشرطة القضائية العاديين (المطلب الثاني)، كما منح بمقتضى نصوص خاصة الاختصاص الضبطي لبعض الموظفين التابعين للإدارات العمومية (المطلب الثالث).

المطلب الأول : الضباط السامون للشرطة القضائية :

أسند المشرع المغربي صراحة بمقتضى المادة 19 من ق.م.ج صفة ضباط الشرطة السامون للوكيل العام للملك، ووكيل الملك ونوابهما وكذا قاضي التحقيق، وكما هو ملاحظ من خلال المادة السالفة الذكر فإن تحديد ضباط الشرطة القضائية السامون قد أتى على سبيل الحصر، بحيث لا يمكن تخويل هذه الصفة لأي كان إلا بناء على قانون يصدر من الجهة المخولة لها لذلك.²

وتجدر الإشارة إلى أن مضمون المادة 19 السالفة الذكر أن المشرع منح صفة ضابط سام فقط للأشخاص المنتمين إلى سلك القضاء، لكننا يجب تبيان أن نفس المادة لم تشر إلى الصفة الضبطية السامية للوكيل العام لدى محكمة النقض والمحامون العامون، خصوصاً في حالة إحالة القضية على محكمة النقض في إطار الامتياز القضائي، أي عندما يتدخل كمحكمة واقع وليس كمحكمة قانون.

غير أنه إذا كان منح الاختصاص الضبطي لجهاز النيابة العامة أمراً قانونياً وواقعياً على اعتبار أنه يقوم بالإشراف المباشر على أعمال الشرطة القضائية حسب ما هو منصوص عليه في المادتين 45 و49 من ق.م.ج فإن الأمر يبقى محل نظر بالنسبة لمنح صفة ضابط سام للشرطة القضائية بالنسبة لقاضي التحقيق، وذلك لتعارضه مع مبدأ استقلال سلطة الاتهام والمتابعة مع سلطة التحقيق،³ كما أنه من الصعب تصور قاضي التحقيق ضابطاً سامياً لأنه وفق هذا التوجه يبقى مسؤولاً للوكيل العام للملك، لأن المادة 17 من ق.م.ج تنص صراحة على أن هذا الأخير هو الرئيس المباشر للشرطة القضائية داخل نفوذ المحكمة التي يزاوّل بها مهامه، وكما هو معلوم فهذه المادة تتعارض بشكل واضح مع مقتضيات المادة 75 من ذات القانون التي تنص على أنه إذا حضر قاضي التحقيق بمكان ارتكاب الجريمة المتلبس بها فإن الوكيل العام للملك أو وكيل الملك حسب طبيعة الجرم المرتكب وضباط الشرطة القضائية يتخلون له عن القضية بقوة القانون، حيث يقوم قاضي التحقيق في هذه الحالة بجميع أعمال الشرطة القضائية والمتمثلة في البحث والتحري عن الجريمة وعن مرتكبها لا كجهة تحقيق قضائي وإنما كجهة بحث تمهيدية.

¹ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 8.

² - عبد الواحد العلمي: "شرح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2006، ص: 353.

³ - محمد أحدات: "قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2005، مطبعة وراقة سجلماسة، ص: 323.

يرى بعض الباحثين¹ أنه من الصعب جدا فهم طبيعة فلسفة المشرع، فلا يمكن اعتبار الوكيل العام هو الرئيس المباشر للشرطة القضائية دون تمييز بين الضباط السامين والعاديين وفي نفس الوقت يزاح من طرف مرؤوسه أي من قاضي التحقيق عندما يتصرف باعتباره ضابطا للشرطة القضائية.

لذلك يتعين إعادة النظر في الصفة الضبطية لقاضي التحقيق، انسجاما مع مبدأ الاستقلال المطلوب بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق، الذي ورد في ديباجة قانون المسطرة الجنائية، ومن ناحية أخرى فإن الظروف الاستثنائية التي بررت منح الصفة والمتمثلة في شساعة تراب المملكة وقلّة الأطر أصبحت غير موجودة.²

عموما من الناحية العملية نادرا ما يباشر قاضي التحقيق أعمال البحث التمهيدي نظرا لحجم الملفات المعروضة عليه، لذلك يتولى ضباط الشرطة القضائية العادية مهام البحث التمهيدي.

المطلب الثاني: الضباط العاديون للشرطة القضائية :

نظرا لأهمية وخطورة الأبحاث المنجزة من طرف ضباط للشرطة القضائية تولى المشرع المغربي تحديد الأشخاص الذين يتوفرون على الصفة الضبطية ويتعلق الأمر بـ:

المدير العام للأمن الوطني وولاة الأمن والمراقبون العامون للشرطة وعمداء الشرطة وضباطها. ضباط الدرك الملكي وذو الرتب فيه وكذا الدركيون الذين يتولون قيادة فرقة أو مركز للدرك الملكي طيلة مدة هذه القيادة.

الباشوات والقواد.

المدير العام لإدارة مراقبة التراب الوطني وولاة الأمن والمراقبون العامون للشرطة وعمداء الشرطة وضباطها بهذه الإدارة فيما يخص الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من ق.م.ج.

كما يمكن تخويل صفة ضابط للشرطة القضائية:

لمفتشي الشرطة التابعين للأمن الوطني ممن قضوا على الأقل ثلاث سنوات بهذه الصفة بقرار مشترك من وزير العدل ووزير الداخلية.

للدركيين الذين قضوا على الأقل ثلاث سنوات من الخدمة بالدرك وعينوا فيها بقرار مشترك من وزير العدل ووزير الداخلية.

ومن جهة أخرى ينتمي ضباط الشرطة القضائية حسب المادة 19 من ق.م.ج إلى أجهزة إدارية متعددة وهو ما سيتم تفصيله وفق التقسيم التالي:

أ. ضباط للشرطة القضائية المنتمون إلى إدارة الأمن الوطني.

يعتبر الظهير رقم 1.09.213 الصادر بتاريخ 8 ربيع الأول 1431هـ / 23 فبراير 2010 الإطار القانوني المنظم لإدارة الأمن الوطني، وهي تابعة إداريا لوزارة الداخلية حسب الفصل الأول المحدث لها، إذ توضع تحت إشراف المدير العام للأمن الوطني تطبيقا للفصل الثاني من ذات الظهير، وتتكون من عدة مديريات منها مديرية الموارد

¹ - نفس المرجع السابق، ص: 324..

² - عبد السلام بنحدو: "الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية"، دار وليلي للنشر، مراكش 1997، بدون طبعة، ص: 52.

البشرية، مديرية الميزانية، ومديرية الشرطة القضائية وهي محور بحثنا هذا، حيث تنقسم إلى عدة أقسام نذكر منها، قسن القضايا الجنائية، القسم المالي والاقتصادي وقسم القضايا الحضرية، وتشرف هذه المديرية على مصالح الشرطة القضائية على المستوى الإقليمي والولائي¹.

أما بخصوص الإطار القانوني لضباط الشرطة القضائية التابعين لإدارة الأمن الوطني فينظمها المرسوم الملكي رقم 2.75.879 الصادر بتاريخ 23 دجنبر 1975، حيث يتوزع الموظفون حسب الرتب وفق الشكل التالي :

سلك عمداء الشرطة وينقسمون إلى ثلاث درجات وهي: عميد شرطة، عميد شرطة ممتاز، عميد إقليمي.

درجة المراقبين العامين، حيث يلج هذه الدرجة العمداء الإقليميون الذين قضوا سنتين على الأقل في الخدمة الفعلية.

ويعمار ضباط الشرطة القضائية التابعين للأمن الوطني عملهم ضمن مصلحتين وهما:

مصلحة الأمن العمومي : تعمل في إطاره الدوائر الأمنية المكلفة بضبط الجرائم البسيطة.

المصلحة الولائية أو الإقليمية: حيث يباشر ضباط الشرطة القضائية العاملون بها، في أغلب الأحيان الأبحاث التمهيديّة والتلبسية ويختصون بالجرائم المعقدة والخطيرة، التي تحتاج إلى بحث معمق يتطلب تنقلات ومواجهات وتقنيات متطورة لمكافحة العصابات الإجرامية، السرقات، تزييف الأموال، وغيرها من الأفعال الإجرامية المتسمة بالخطورة².

ب.ضباط الشرطة القضائية التابعين للدرك الملكي.

تأسس الدرك الملكي مباشرة بعد استقلال المغرب وذلك سنة 1957 بمقتضى ظهير شريف³، ويعتبر هذا الجهاز قوة عمومية مكلفة بالسهر على الأمن الوطني والقيام بحفظ النظام وتنفيذ القوانين، يشمل عمله جميع أنحاء البلاد ويسهر بصفة خاصة على الأمن بالبوادي وطرق المواصلات⁴.

ويعمار مهام الشرطة القضائية على مستوى القيادة العليا للدرك الملكي مصلحة الشرطة القضائية وهي أعلى سلطة مختصة بمهام الشرطة القضائية، حيث تعمل على مراقبة باقي المصالح الخارجية وتركز على الأبحاث ودراسة الوثائق الخاصة بالجرمين التي ينبغي على المصالح الخارجية إرسالها إليها⁵، أما على المستوى الخارجي لجهاز الدرك الملكي، فإن الشرطة القضائية مقسمة وفق الشكل التالي :

القيادة الإقليمية: موزعة وفق تصميم خاص بإدارة الدرك الملكي، لا علاقة له بالتقسيم الإداري للأقاليم والعمالات، حيث يمكن أن تشمل قيادة إقليمية واحدة أو عدة أقاليم إدارية، يرأسها رائد أو عقيد، يساعده في ذلك مجموعة من المصالح من بينها فصيلة قضائية تختص بمهام الشرطة القضائية، وتنقسم القيادة الإقليمية إلى عدة سريات.

¹ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 12.

² - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 13.

³ - ظهير شريف رقم 1.75.79 بتاريخ 28 رمضان 1376 الموافق 29 أبريل 1957 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 2325 بتاريخ 17 ماي 1957، ص: 1150.

⁴ - الفصل الثاني من الظهير المحدث للدرك الملكي.

⁵ - الحسن البوعيسى: "عمل الضابطة القضائية بالمغرب"، دراسة نظرية وتطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، سنة 201، ص: 64.

السريات: تتوزع السرية إلى عدة مراكز محلية ومركز قضائي، يشرف عليها ملازم أول أو نقيب ويكلف بالبحث في القضايا الجنائية ذات الطبيعة المعقدة، التي تحتاج إلى جهد ووقت يتعذر انجازه على المراكز المحلية. المراكز المحلية: تقوم هذه المراكز بعدة مهام تتعلق بالشرطة القضائية، يتولى الإشراف عليها رقيب أول أو مساعد أول.¹

ج. القوات والباشوات.

منح قانون المسطرة الجنائية طبقا للمادة 20 منه صفة ضابط الشرطة القضائية للباشوات والقواد، ويتميز الصنف بثنائية المهام وازدواجية أعمال الشرطة، فأما الأولى فتتمثل في كونهم يمثلون الجهاز التنفيذي على المستوى الإقليمي أو المحلي ومراقبة تسيير الجماعات المحلية الواقعة في دائرة نفوذ اختصاصهم الترابي بصفتهم تابعين لوزارة الداخلية وفي نفس الوقت يمارسون مهام الشرطة القضائية، حيث ينجزون الأبحاث في الجرائم وتحرير المحاضر بشأنها.²

ومن الناحية العملية تتميز الأبحاث التي يتم انجازها من طرف القائد أو الباشا، بكونها تركز في غالب الأحيان على الجرائم العادية والبسيطة كانتزاع لعقار أو السب والقذف أو الضرب والجرح....³

ونظرا لخطورة الآثار المترتبة على ممارسة مهام الشرطة القضائية (كوضع المشتبه فيه رهن الحراسة النظرية، التفتيش...) تفرض من الناحية العملية إلغاء الصفة الضبطية للقواد والباشوات،⁴ نظرا لطبيعة التكوين الذي يتلقاه القائد أو الباشا حيث ينصب على تكوين إداري ودروس في التدريب العسكري، دون أن يكون هناك تكوين تقني لمزاولة عمل الضابطة القضائية وذلك طبقا للفصل 12 من الرسوم الملكي المحدث بموجبه لمدرسة تكوين الأطر،⁵ ومنحهم مقابل ذلك سلطة التدخل بشكل مؤقت في انتظار حضور ضباط الشرطة القضائية التابعة لمصالح الأمن الوطني أو الدرك الملكي.⁶

د. أعوان الشرطة القضائية.

إلى جانب ضباط الشرطة القضائية العاديين، نص المشرع المغربي على فئة أعوان الشرطة القضائية حيث أوردها في إطار المادة 25 من ق.م.ج الذين يقتصر دورهم على مساعدة ضباط الشرطة القضائية في مباشرة مهامهم وإخبار رؤسائهم المباشرين بجميع الجرائم التي تبلغ إلى علمهم، بالإضافة إلى جمع كل المعلومات المؤدية إلى العثور على مرتكبها، تطبيقا للمادة 26 من ذات القانون، غير أن استجواب المشتبه فيه وتحرير المحاضر لا يقوم بها إلا ضباط الشرطة القضائية، وإلا كان الإجراء باطلا.⁷

غير أنه من الناحية العملية يمارس أعوان الشرطة القضائية العمل الضبطي كإجراء المعاينات والاستماع إلى المشتبه فيه، والتي قد تتم في غيبة الضابط الذي يكتفي بتبني هذه المحاضر والإجراءات حيث يذيلها بتوقيعه، ومرجع

¹ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 15.

² - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 16.

³ - السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، المجلد الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 3، الطبعة الثالثة، سنة 2004، ص: 207.

⁴ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 17.

⁵ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 16.

⁶ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 17.

⁷ - أحمد الخمليشي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، دار الطباعة الحديثة، الدار البيضاء، سنة 1980، ص: 269.

ذلك قلة ضباط الشرطة القضائية وصعوبة قيامهم بجميع الأعمال المكلفين بها نظرا لكثرة القضايا المعروضة عليهم.¹

هـ. المنتمون لإدارة مراقبة التراب الوطني

المدير العام لإدارة مراقبة التراب الوطني وولاة الأمن والمراقبون العامون للشرطة وعمداء الشرطة وضباطها بهذه الإدارة، فيما يخص الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون، والمتعلق بالخصوص بالجرائم التي تمس أمن الدولة أو جريمة إرهابية أو تتعلق بالعصابات الإجرامية، أو بالقتل أو التسميم، أو بالاختطاف وأخذ الرهائن، أو بتزيف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام، أو بالمخدرات والمؤثرات العقلية، أو بالأسلحة والدخيرة والمتفجرات، أو بحماية الصحة.

المطلب الثالث : بعض الموظفين المكلفين بمهام الشرطة القضائية.

بناء على المادة 27 منق.م. جالذي نص على ما يلي: "يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص".

هذا والنصوص الخاصة التي تكسب بعض الموظفين وأعوان الإدارات العمومية صفة ضباط الشرطة القضائية منها ما ورد في قانون المسطرة الجنائية (الفقرة الأولى) ومنها ما أتت به نصوص خاصة خارجها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : النصوص الواردة في ق.م.ج.

تنص المادة 28 منق.م.ج على أنه: "يجوز للوالي أو العامل في حالة الاستعجال، عند ارتكاب جرائم تمس أمن الدولة الداخلي أو الخارجي، أن يقوم شخصا بالإجراءات الضرورية للتثبت من ارتكاب الجرائم المبينة أعلاه، أو أن يأمر كتابة ضباط الشرطة القضائية المختصين بالقيام بذلك، ما لم يخبر بإحالة القضية إلى السلطة القضائية.

ويجب على الوالي أو العامل في حالة استعماله لهذا الحق، أن يخبر بذلك فوراً ممثل النيابة العامة لدى المحكمة المختصة، وأن يتخلى له عن القضية خلال الأربع والعشرين ساعة الموالية للشروع في العمليات ويوجه إليه جميع الوثائق ويقدم له جميع الأشخاص الذين ألقى عليهم القبض.

يجب على كل ضابط من ضباط الشرطة القضائية تلقي أمراً بالتسخير من الوالي أو العامل عملاً بالمقتضيات أعلاه وعلى كل موظف بلغ إليه أمر القيام بحجز عملاً بنفس المقتضيات أعلاه، أن يمثل لتلك الأوامر وأن يخبر بذلك فوراً ممثل النيابة العامة المشار إليه في الفقرة السابقة...".

فانطلاقاً من المقتضيات الواردة في المادة السالفة الذكر فإن الوالي أو العامل تمنح له الصفة الضبطية في حالة استثنائية، وهي الحالة المحددة أساساً في الجنايات والجناح الماسة بسلامة الدولة المغربية المنصوص عليها في الفصول 163 وما بعده إلى الفصل 218 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، ويعتبر تدخل الوالي أو العامل في مسيرة

¹ - يوسف سلموني زرهوني: "الضابطة القضائية على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد"، دراسة مقارنة بين ق.م.ج. المغربي والفرنسي، مقال منشور بمجلة أنفاس حقوقية، العدد 2 - 3، السنة 2003، ص: 77.

البحث التمهيدي باعتباره ضابطا للشرطة القضائية له طابع استثنائي محض، مقيد في حالة الاستعجال في القضية وبعدم علمه بأن السلطات القضائية قد وضعت يدها عليها باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل.¹

حيث يستفاد هنا أن الوالي أو العامل لا يجوز له مباشرة مسطرة البحث التمهيدي في غياب حالة الاستعجال أو أن السلطة القضائية قاد باشرت تحرياتها اللازمة.

وتجدر الإشارة إلى أن الوالي أو العامل ملزم بالتقيد بالمدة الزمنية المطلوبة قانونا للقيام باللائم وهي مدة 24 ساعة من الشروع في تحرياته وإحالاته القضائية على وكيل الملك أو الوكيل العام للملك، وتقديم الأشخاص المعتقلين بمناسبة ممارسته للصلاحيات المخولة له بمقتضى الصفة الضبطية.²

لكن الإشكال المطروح في هذا الصدد هو حالة رفض الوكيل العام للملك أو وكيل الملك للأمر الصادر من الوالي أو العامل إلى ضبط الشرطة القضائية خصوصا في حالة مخالفته لمسطرة البحث التمهيدي.

حيث يستشف من الأحكام الواردة في المادة 28 منق.م.جأن ضبط الشرطة القضائية ملزمون بالامتثال لأوامر العامل أو الوالي حتى ولو كانت هذه الأوامر مخالفة للقانون.³

إذن وانطلاقا مما سبق فيتعين إعادة النظر في الصفة الضبطية للعامل أو الوالي بناء على الاعتبار السالف الذكر من جهة، ومن جهة أخرى فمنحهما صلاحية توجيه الأوامر إلى الشرطة القضائية سيجعل جهاز الشرطة القضائية خاضع لسلطتين رئاسيتين،⁴ وهما النيابة العامة ممثلة في الوكيل العام للملك ووكيل الملك من جهة والوالي أو العامل من جهة ثانية، ومن الناحية العملية لا يستقيم أمر جهاز يشرف عليه في أن واحد أكثر من شخص.

الفقرة الثانية : النصوص الواردة في غير قانون المسطرة الجنائية.

أسند المشرع المغربي الاختصاص الضبطي لبعض موظفي الإدارة العمومية، بمقتضى نصوص خاصة، بحكم تخصصهم في الأعمال المناطة بهم، وسرعة تدخلهم اعتبارا لوجودهم في عين المكان بمناسبة مزاولتهم لمهامهم الوظيفية، وذلك تحقيقا للفعالية المؤملة في تطبيق القانون الجنائي في مجالات معينة وخصوصية وفي الغالب تكون تقنية، يكون أهلها أكثر دراية فيها من غيرهم.⁵

غير أن الصلاحيات الضبطية للموظفين والأعوان التابعين للإدارة العمومية، لا تخول لهم القيام ببعض الإجراءات ذات الطبيعة القسرية كإلقاء القبض على الأشخاص وإيداعهم رهن الحراسة النظرية، إلا بشرط حضور ضابط من ضبط الشرطة القضائية العاديين.

ومن بين النصوص التي منحت هذه الصفة لهؤلاء الموظفين، الفصل 237 من مدونة الجمارك، التي تخول لأعوان الجمارك بمناسبة مباشرتهم للأبحاث التمهيدية بشأن جنحة جهركية الحق في تفتيش المنازل وحضور الضابطة القضائية ليس قيادا إجرائيا لصحة التفتيش، والشئ نفسه تنص عليه المادة 238 من ذات القانون، حيث أنه يمكن

1 - عبد الواحد العلمي: مرجع سابق، ص: 362.

2 - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 19.

3 - محمد أحنين: مرجع سابق، ص: 346.

4 - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 21.

5 - عبد الواحد العلمي: مرجع سابق، ص: 363.

الاحتفاظ بالمتهم رهن إشارة الإدارة الجمركية، إذا اقتضت حاجيات البحث التمهيدي ذلك. وغيرها من النصوص المتناثرة في القوانين المغربية.¹

وفي الأخير يرى البعض² أن إسناد البحث التمهيدي إلى موظفي الإدارات العمومية لا يسحب الاختصاص المطلق للشرطة القضائية التي تبقى مختصة بالتثبت من ارتكاب الجرائم الواقعة في اختصاص هؤلاء الموظفين.

ويرى البعض³ في هذا الصدد أنه ليس هناك ما يمنع من تعاون هؤلاء الموظفين والأعوان المناط بهم القيام بالبحث والتحري في مجالات خاصة مع ضباط الشرطة القضائية في انجاز البحث التمهيدي بصورة مشتركة خصوصا وأن بعض النصوص تفرض هذه المشاركة صراحة، كالفصل 20 من ظهير المحافظة على السكك الحديدية وأمنها ومراقبتها واستغلالها.

المبحث الثاني : صلاحيات جهاز الشرطة القضائية نوعيا ومكانيا :

يتولى ضابط الشرطة القضائية مهامه وفقا للاختصاصات والصلاحيات المرسومة له قانونا، بحيث لا يجوز تجاوزها أو الخروج عنها، فلا يكفي أن تتوفر على الصفة الضبطية أو أن الجريمة قد وقعت، بل فوق ذلك يتعين عليه أن يكون مختصا نوعيا (المطلب الأول) ومكانيا (المطلب الثاني) حتى تنتج الأبحاث التمهيدية التي يقوم بها الآثار القانونية.

المطلب الأول : الاختصاص النوعي لضباط الشرطة القضائية :

يحدد الاختصاص النوعي نطاق عمل واختصاصات ضباط الشرطة القضائية، بالنظر إلى نوعية الجرائم التي يكلف رجال الضبط القضائي بالتصدي لها أيا كانت، فالكشف عن الجريمة يتطلب توافر خبرة فنية وإدارية في حدود الوظيفة الموكولة إليهم، كونهم أقدر على الإلمام بماهية العمل الذي يمارسونه، ويختلف الاختصاص النوعي تبعا لطبيعة الصفة الضبطية لرجال الشرطة، فمنهم من خول لهم المشرع الاختصاص النوعي العام ومنهم من جعل اختصاصهم مقتصرًا على نوع خاص من الجريمة.

ويكون الاختصاص النوعي عاما عندما يخول لرجال الشرطة القضائية صلاحية التحري والبحث في جميع الجرائم التي تقع في دائرة اختصاصه دون تمييزه، إلا ما استثنى بنص خاص، سواء كان ذلك في جميع أنحاء التراب الوطني، أو في حدود التقسيم الإداري المعمول به، وقد تناولت المسطرة الجنائية في الفصل 20 منها الفئات التي تمارس الاختصاص العام النوعي، يتعلق الأمر بضباط الشرطة القضائية السامين، بالإضافة إلى ضباط الشرطة القضائية، العاديين،⁴ حيث يباشرون السلطات المحددة في الفصل 18 من قانون المسطرة الجنائية، حيث يتلقون

¹ - ظهير شريف صادر بتاريخ 19 يناير 1953 بشأن المحافظة على الطرق العمومية ومراعاة السير الذي جاء في مادة 19 على أنه: "إثبات المخالفات والجناح المنصوص عليها في هذا الظهير ارتباط على الخصوص بمهندسي الجسور والأرصعة والمهندسين الممتازين ومهندسي الأقسام الفرعية وخلفائهم..."

ظهير صادر بتاريخ 12 نوفمبر 1932، المتعلق بنظام التتبع، حيث حددت المادتان 58 و76 منه الأشخاص الذين يحق لهم التثبت من الجرائم لواردة وتحرير المحاضر بشأنها.

ظهير شريف صادر بتاريخ 28 أبريل 1961 بشأن المحافظة على السكك الحديدية وأمنها ومراقبتها واستغلالها والذي جاء في مادته 20 على أنه: "يمكن أن تثبت الجنايات والجناح المنصوص عليها في هذا الظهير بواسطة محاضر يحررها، مهندسو الأشغال العمومية ومفتشوا المراقبة..."

² - أحمد الخليلشي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، مرجع سابق، ص: 201.

³ - عبد الواحد العلمي: مرجع سابق، ص: 360.

⁴ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 24.

الشكايات والوشايات ويجرون الأبحاث التمهيدية وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في الباب الثاني من القسم الثاني من الكتاب الأول المتعلق بالبحث التمهيدي.

أما الاختصاص النوعي الخاص فيسبغه القانون على بعض الموظفين الإداريين الذين يتوفرون على صفة ضابط الشرطة القضائية، حيث يحصر اختصاصهم في نوع محدد من الجرائم، نظرا لقدرة هؤلاء الأشخاص على البحث والتحري في الجرائم التي تقع في نطاق عملهم، وتنحصر مهمة رجال الشرطة القضائية ذوي الاختصاص الخاص في ضبط جرائم خاصة موضوعة تحت إشراف وإدارتهم.¹

بالإضافة إلى ذلك فإن الوالي أو العامل طبقا للفصل 28 من ق.م.جلا يجوز له أن يتجاوز اختصاصات المخولة له طبقا للقانون، حيث يقتصر اختصاصه الاستثنائي فقط في الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 163 إلى 218 من مجموعة القانون الجنائي.

إلى جانب الأعوان والموظفين التابعين للإدارات العمومية، ذوي الاختصاص النوعي الخاص، فقد نص قانون المسطرة الجنائية على نوعية خاصة من الضباط وهم ضباط الشرطة القضائية المكلفين بالأحداث، مختصون نوعيا في جميع الجرائم المرتكبة من طرف الأحداث أقل من 18 سنة انسجما مع التوجهات الدولية ذات الصلة بعدالة الأحداث،² وهذا النوع من ضباط الشرطة القضائية جاء به القانون الجديد للمسطرة الجنائية الذي استحدث في المادة 19 منه صنفا من ضباط الشرطة القضائية يكون ملما أكثر من غيره بشؤون الأحداث، وعقد له بذلك مهمة البحث في الجرائم التي يرتكبها هذا الصنف من المجرمين الذين لم يبلغوا سن الرشد الجنائي متوخيا من ذلك أن يكون أدائه بذلك أكثر مردودية مما لو أسندت لغيرهم من ضباط الشرطة القضائية من غير المتفرغين أساسا لشؤون الأحداث.³

خلاصة القول أن رجال الشرطة القضائية ذوي الاختصاص النوعي الخاص لا يحق لهم بأي حال من الأحوال التدخل في غير الجرائم الموكولة إليهم بموجب القانون، فليس لهم ضبط أي جريمة مما تدخل في نطاق الاختصاص النوعي العام، غير أنه استثناءا يمكن لضباط الشرطة القضائية المكلف بالأحداث إلى جانب الجرائم المتعلقة بالأحداث، أن يباشر مسطرة البحث التمهيدي بشأن قضايا الرشداء.⁴

المطلب الثاني: الاختصاص الترابي لضباط الشرطة القضائية :

يباشر رجال الشرطة القضائية اختصاصاتهم في البحث عن الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها، غير أنه لا يكفي أن يكون رجل الشرطة مختصا نوعيا في الجرائم التي يتم ضبطها، وإنما يجب أن تجرى هذه الأعمال في الحدود الترابية التي يعين فيها، ولا يجوز مباشرة عملهم خارج نطاق هذه الدائرة، وإلا انتفت صفته كضابط ولا تكون له من سلطات، إلا ما يكون للفرد العادي أو رجل السلطة العامة.⁵

وكما هو منصوص عليه في المادة 22 من ق.م.جأن لضباط الشرطة القضائية اختصاصين: الاختصاص العادي والاختصاص الاستثنائي.

1 - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 25.

2 - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 25.

3 - عبد الواحد العلمي: مرجع سابق، ص:

4 - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 25.

5 - رؤوف بيد: "مبادئ الإجراءات الجنائية"، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، ط. 1983، ص: 297.

فبخصوص الاختصاص المكاني لضباط الشرطة القضائية في الحالة العادية يكون بدوائر الاختصاص المكاني المحدد لهم حسب وظائفهم الأصلية، وبما أن ضباط الشرطة القضائية ينتمون إلى السلطتين القضائية والمدنية و إلى قوة الدرك وشرطة الأمن، فيمارس كل منهم أعمال الشرطة القضائية داخل الدائرة الترابية لعمله الأصلي في السلطة القضائية أو السلطة الإدارية أو قوة الدرك أو شرطة الأمن الوطني.

وبالنسبة لضباط الشرطة القضائية الذين ينتمون إلى وظائف وإدارات مختلفة كموظفي المياه والغابات والجمارك ومصلحة مراقبة الغش والموازن وغيرهم كثيرون، يحدد اختصاصهم في مجال الشرطة القضائية بالدائرة التي يباشرون فيها وظيفتهم الأصلية التي قد تشمل بعض الأحيان التراب الوطني كله، ويبقى الضباط مختصا في موضوع الدائرة التابعة له في وظيفته الأصلية ولو اشتملت هذه الدائرة على مراكز فرعية يوجد بها ضباط آخرون.¹

لكن استثناء من المقتضيات السالفة الذكر، يمكن أن يمتد اختصاص الشرطة القضائية في مباشرة القبض وتفتيش شخص المتهم بسبب ضرورة البحث، اختصاصها الترابي، لكن هذا يتطلب توفر شرطين أساسيين كما هو منصوص عليه في المادة 22 من ق.م.ج،² الأول ويمكن في حالة وجود حالة الاستعجال أو إذا استدعت ضرورة البحث ذلك، والثاني إذا طلبت السلطة العمومية من ضباط الشرطة القضائية القيام بمهامه خارج دائرة اختصاصه الأصلي.

وتجب الإشارة هنا وطبقا للمادة السالفة الذكر أنه لا بد من الشرطين معا ولا يكفي أحدهما، كما أن المقصود بالسلطة العامة السلطة التي تصدر الأوامر إلى ضباط الشرطة القضائية في إطار مهامهم الإدارية لا القضائية، وأن انتقال ضباط الشرطة بهذا الأمر الإداري هو لممارسة مهامه القضائية في المكان الذي انتقل إليه.³

لذا فإن ضباط الشرطة القضائية يمكنه أن يمارس أعمال البحث التمهيدي خارج دائرة نفوذه وذلك كلما خرج من هذه الدائرة لأداء مهمة إدارية تنفيذا لأمر مني مارس السلطة الرئاسية عليه كما أن شرط الاستعجال ليس له أهمية عند وجود أمر السلطة فهذه لا تأمر رجال الأمن بالقيام بمهام مؤقتة خارج دوائرهم العادية إلا لأسباب استثنائية واستعجالية.⁴

وفي حالة ما إذا وجد الاستعجال وحده دون أمر السلطة، فهل يحق لضباط الشرطة العمل خارج الدائرة المحددة له؟ فالقانون ينص صراحة بوجود الأمرين أي توفرهما معا، إلا أنه مع ذلك قد يكون الاستعجال كافيا وحده لقيام ضباط الشرطة القضائية ببعض إجراءات البحث التمهيدي خارج دائرته، كما إذا ضبط شخصا متلبسا بجريمة وعندما حاول إلقاء القبض عليه للتحري معه هرب إلى تحطي الحدود الترابية لدائرة عمل هذا الضابط،⁵ فهل يستبعد الضابط أم لا؟ في الواقع هناك نصوص أخرى صريحة تؤكد حق الضابطة القضائية في التدخل في الحالات الاستعجالية ولو لم يوجد أمر السلطة، ومنها الفصل 12 من قانون الدرك التي مفادها أن: "فيالق الدرك تعمل عادية في الدوائر التي تكلف بحراستها غير أنه يجب عليها أن لا تتردد في تجاوز كلما استلزمت ذلك صيغة استعجال الأمر، وكل تدخل من تدخلات الدرك يقوم به خارج حدود دائرته، يعلل بأسباب ويخبر المتدخل في أقرب وقت الفيلق وضباط الدائرة التي تم فيها التدخل بحضور محرر خصيصا لذلك".

¹ - لطيفة الداودي: "دراسة في قانون المسطرة الجنائية وفق آخر التعديلات"، الطبعة الخامسة 2012، ص: 160.

² - هذه المادة عدلت بمقتضى قانون 11-35 الصادر في 17 أكتوبر 2011.

³ - راجع أحمد الخليلشي: مرجع سابق، ص: 327.

⁴ - لطيفة الداودي: مرجع سابق، ص: 161.

⁵ - نفس المرجع السابق، ص: 161.

وكذلك الفصل 40 من المرسوم المكون للنظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة الأمن الوطني الذي ينص على أنه: "يمارس موظفو الشرطة الاختصاصات الإدارية القضائية المنوطة بهم بموجب القانون والأنظمة المعمول بها، ويجب عليهم التدخل من تلقاء أنفسهم لتقديم العون والمساعدة إلى كل شخص يكون في خطر (...) وأن موظف الشرطة الذي يتدخل من تلقاء نفسه أو يطلب من الغير يعتبر في حالة مزاولة العمل كيفما كانت الساعة والمكان والظروف التي يتدخل فيها".

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المشرع منح للمدير العام للأمن الوطني بناء على رتبته المهنية، الصفة الضبطية في جميع أنحاء المملكة، كما أنه يحق لبعض الأشخاص التابعين للإدارة العامة للأمن الوطني أو لإدارة الدرك الملكي صلاحية الاختصاص المكاني العام بحكم طبيعة وظيفتهم المتسمة بنوع من الخصوصية، ويتعلق الأمر بالفرقة الوطنية لجرائم الحاسوب، فرقة مكافحة الإرهاب...¹

خاتمة :

يتمتع جهاز الشرطة القضائية بصورة عامة بنوعين من السلطات: سلطات الضبط الإداري، و سلطات الضبط القضائي. أغلب الدول تمنح جهاز الشرطة كسلطة ضبط إداري صلاحيات الحفاظ على النظام العام بعناصره المختلفة (الأخلاق الحميدة و الآداب العامة، الأمن العام، السكينة العامة)، و عادة ما تتضمن تشريعاتها هذه الصلاحيات العامة، و لا تتضمن تفصيلات إضافية في هذا الصدد. أما بالنسبة لصلاحية جهاز الشرطة كسلطة ضبط قضائي، يلاحظ أن المشرع المغربي تبنى في هذا الصدد النظام اللاتيني الذي يقيد من الصلاحيات الممنوحة لجهاز الشرطة في التحقيق في الجرائم، و يجعل النيابة العامة الجهة الأصلية المختصة بذلك. وعلى المستوى العملي نجد جهاز الشرطة يقوم بصلاحيات واسعة في التحقيق في الجرائم أكثر مما هو مرسوم لها في القانون.

وقد عرف مفهوم الشرطة القضائية تطورا سائر به التطور الذي عرفه مجال الاختصاصات و المهام الموكلة لأطرها. وتبرز أهمية الشرطة القضائية في كونها تضمن لقواعد المسطرة الجنائية قدرتها الحقيقية والفعالية على الاشتغال باعتبارها آلية من آليات العدالة وكذا زجر المخالفات والجرائم المرتكبة ومباشرة عمليات البحث وتقديم مرتكبيها للعدالة وتنفيذ الأحكام الصادرة عن الهيئة القضائية باعتبارها آلية فعالة وحاسمة من آليات العدالة الجنائية.

ولهذا حول المشرع لضباط الشرطة القضائية سلطات واسعة لتمكينه من وسائل فعالة لأداء مهامه كالتفتيش و الحجز و الوضع رهن الحراسة النظرية...الخ، و نجده بالمقابل قد قيد هذه السلطات بوسائل مراقبة مختلفة تجنباً لأي انزلاق أو تجاوز صونا لحرية الأفراد و تكريسا لحقوق الدفاع.

لائحة المراجع :

- أحمد الخمليشي: "شرح قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، دار الطباعة الحديثة، الدار البيضاء، سنة 1980.
- عبد الغاني نافع: "المسطرة الجنائية المغربية في شروح"، الضابطة القضائية، الأحمدية للنشر، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2001.

¹ - علي أحنين: مرجع سابق، ص: 26.

- علي أحنين: "جهاز الشرطة القضائية بالمغرب بين الفعالية والمعوقات العملية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2008 - 2009.
- عبد الواحد العلمي: "شرح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2006.
- محمد أحداق: "قانون المسطرة الجنائية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2005، مطبعة وراقة سجلماصة.
- عبد السلام بنحدو: "الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية"، دار ويلي للنشر، مراكش 1997، بدون طبعة.
- الحسن البوعيسى: "عمل الضابطة القضائية بالمغرب"، دراسة نظرية وتطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة.
- ياسين حسن كلزي: "حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي"، دراسة مقارنة، مركز الدراسات والبحوث الرياض، الطبعة الأولى، السنة 2007.
- يوسف سلموني زرهوني: "الضابطة القضائية على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد"، دراسة مقارنة بين ق.م.ج. المغربي والفرنسي، مقال منشور بمجلة أنفاس حقوقية، العدد 2 - 3، السنة 2003.
- رؤوف بيد: "مبادئ الإجراءات الجنائية"، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، ط. 1983.
- لطيفة الداودي: "دراسة في قانون المسطرة الجنائية وفق آخر التعديلات"، الطبعة الخامسة 2012.

الحماية الدولية للاجئين



الأستاذ : عماد إشوي : أستاذ مؤقت بجامعة

محمد شريف مساعديّة : - سوق أهراس -

سنة أولى دكتوراه في القانون الدولي الإنساني

مقدمة :

لا شك في أن حقوق الإنسان وما يتصل بها من حريات أساسية، قد أضحت اليوم من بين الموضوعات التي تحظى بالاهتمام الكبير على الصعيد الداخلي وكذا الدولي، خاصة بشأن طوائف محددة كأسرى الحرب والأطفال المعوقين واللاجئين.

والمشاهد أن الاهتمام الدولي بمسألة اللاجئين قد برز على مستويين رئيسيين: المستوى الأول يتمثل في إبرام العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية لتنظيم المركز القانوني للاجئين، بدءاً من تعريف اللاجئ وتحديد الشروط التي يلزم توافرها لكي يُعترف له بهذا الوصف، ومروراً ببيان الحقوق التي يتمتع بها بموجب ذلك، والتزاماته تجاه دولة اللجوء¹.

أما المستوى الثاني، تجسّد من خلال آليات حماية هذه الفئة والمتمثلة في إنشاء العديد من المؤسسات والأجهزة التي تعنى بشؤون اللاجئين، كمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والمنظمة الدولية للاجئين، وكذا بعض المنظمات غير الحكومية مثل: اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة العفو الدولية.

وعلى هذا الأساس فنظام حماية اللاجئين، يمتد بين المبادئ العامة لحقوق الإنسان وكذا مواثيق القانون الدولي الإنساني، ناهيك عن الاتفاقيات الخاصة بشؤون اللاجئين، خاصة بعد تضاعف عدد اللاجئين بسبب الارتفاع الحاد في النزاعات المسلحة غير الدولية ما يجعلنا نتساءل :

¹ - أحمد الرشيد، الحماية الدولية للاجئين، مركز البحوث والدراسات السياسية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997، ص 61.

هل حققت المواثيق والآليات الدولية حماية كافية للاجئ؟

المبحث الأول : البنية القانونية للحماية الدولية للاجئ :

إن اللاجئين موجودون طوال التاريخ، لكن الوعي بمسؤولية المجتمع الدولي لتوفير الحماية لهم وإيجاد حلول لمشكلاتهم، يرجع إلى عصر عصبة الأمم بتعيين أول مفوض سام للاجئين الروس عام 1921، ثم إنشاء المنظمة الدولية للاجئين في 1947 لمعالجة وضع اللاجئين في أوروبا عقب الحرب العالمية الثانية، تلتها إنشاء المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، وذلك بموجب إتفاقية 1951 التي تعتبر الأداة العالمية الملزمة لحماية اللاجئين¹.

لكن قبل هذا لابد من التعرض إلى المواثيق التي تعرضت بصفة عامة إلى حماية اللاجئين كجزء من المدنيين.

المطلب الأول : المواثيق الدولية العامة لحماية اللاجئين :

إن اللاجئ هو الشخص الذي يقيم في مكان ما ويبحث عن اللجوء إلى الإقامة في مكان آخر، سواء كان ذلك راجع إلى إبعاد عن موطنه أو إذا كان ذلك راجعا إلى قيامه بترك موطنه إختيارا على إثر أحداث في النظام السياسي أو بهدف التخلص من الخضوع للنظام الحاكم في دولته².

وما يهتم به القانون الدولي الإنساني بصفة عامة فيما يخص اللاجئ، هو رعاية الذين يفقدون إرتباطهم بدولتهم الأصل، فخارج النصوص الخاصة المتبنة لأجل تنظيم وضعية اللاجئين بصفة عامة، الأشخاص قبل بداية الأعمال العدائية يعتبرون كعديمي الجنسية أو لاجئين في مفهوم الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالموضوع أو في تشريع الدول المستقبلية، أو دولة الإقامة وهم أشخاص محميين بمفهوم إتفاقية جنيف الرابعة³.

وكذلك يكونون في جميع الظروف ودون تمييز، أشخاص محميين بمفهوم الباب الأول والباب الثالث من إتفاقية جنيف الرابعة⁴.

كما لا يجب أن يعامل اللاجئين كأعداء بسبب كونهم تابعين لدولة معادية للدولة التي يعيشون فيها، في حين أنهم لا ينتفعون من أية حماية حكومية (المادة رقم: 44 من إتفاقية جنيف الرابعة).

ومحرروا هذه الإتفاقية لا يريدوا تعريف فكرة اللاجئين، بل أكتفوا بكونهم لا يستفيدون من الحماية القانونية لبلدهم الأصلي.

¹ - إريكا فيلر، الحماية الدولية للاجئين، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مكتب الدعم الإقليمي للإعلام، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، مصر، 2001، ص 136، 137.

² - د/ سعيد سالم الجويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، 2002، ص 124.

³ Mario BETTATI, Droit humanitaire, editions du seuil, 2000, p 70.

⁴ - Mario BETTATI, Ebid, pp70.

وهذه التدابير لا تستبعد الرقابة (وضع الإقامة الجبرية أو الإلزام بالإقامة في مكان معين)، إذا كان الأمر ضروري لأمن الدولة المعنية (المادة رقم: 45 من نفس الإتفاقية)¹.

أما عن القانون الدولي لحقوق الإنسان، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص في مادته رقم: 02/13 على حرية الانتقال وحق كل فرد في أن يغادر إقليم الدولة التي يعيش فيها أو إقليم أية دولة أخرى، وكذا في العودة إلى هذا الإقليم مرة ثانية وهو نفس المعنى الذي ذكر في المادة رقم: 02/12 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية².

كما نصت المادة رقم: 01/14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: يحق لكل فرد يعاني الإضطهاد والقهر السياسيين، أن يسعى إلى طلب اللجوء لدى أية دولة.

وبالنسبة للحماية الإقليمية في إطار حقوق الإنسان، وكحماية عامة للاجئين كذلك، فقد نصت الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المادة رقم: 07/22 سنة 1969 على الحق في طلب اللجوء في حالة الملاحقة بسبب جرائم سياسية أو عادية.

أما الإتفاقية الأوروبية سنة 1950، فلم تشر صراحة أو ضمنا إلى الحق في اللجوء، مما دعى الدول الأوروبية إلى أن تتدارك ذلك في مجلس أوروبا 1961، إذا ما توافرت أسباب وظروف اللجوء.

أما العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية السالف الذكر، فقد إكتفى بالتوكيد على حق كل شخص في مغادرة أي قطر بما في ذلك بلاده³.

كما لا ننكر في هذا الصدد دور الدساتير الوطنية ضمن الحماية العامة لحماية اللاجئين، ذلك لأن الإتفاقيات الدولية تلزم الدول باتخاذ حماية اللاجئين كإجراء ضمن دساتيرها، إضافة إلى أن الدساتير أصبحت شبه عالمية، وتعرضت للاجئين بصفة عامة ولم تأتي خصيصا لحمايتهم، وفي هذا نذكر الدستور المصري 1971 في المادة رقم: 51 نص على عدم جواز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها.

أما في مادته رقم: 52 أشار إلى حق المصريين في الهجرة الدائمة أو المؤقتة مكفول، وبما يتفق والإجراءات التي يحددها القانون⁴.

كما أشارت إلى ذات المعنى المادة رقم: 38 من دستور الإمارات والمادة رقم: 24 من الدستور العراقي القديم⁵.

كما لا ننسى إسهامات الدستور الجزائري في نص المادة رقم: 69 " لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسلم أو يطرد لاجئ سياسي يتمتع بحق اللجوء.

¹ - Ique HAROUËL, Bureloup, traité de droit humanitaire, presses universitaires de France, 1ere édition, paris, 2005, p 365.

² - د/ أحمد الرشيد، الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص 63.

³ - د أحمد الرشيد، الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - أحمد الرشيد، المرجع نفسه، ص 64.

⁵ - د أحمد الرشيد، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الثانية، 2005، ص 359.

المطلب الثاني : المواثيق والإعلانات الدولية الخاصة بحماية اللاجئين :

إن الدافع وراء إبرام العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية، التي عكفت أساسا على تنظيم المركز القانوني للاجئين، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الإقليمي، إنما يتبين من خلال إعتبارين أساسيين هما:

- 1- تزايد الإهتمام الدولي بالفرد وظهور الأفكار والاتجاهات الحديثة بشأن حماية حقوقه وحرياته الأساسية.
 - 2- ظهور العديد من النظم غير الديمقراطية وما قاد إليه ذلك من تعاظم ظاهرة الإضطهاد والقهر السياسيين، أو ما في حكمهما في أغلب هذه النظم، الأمر الذي أدى بالتبعية إلى زيادة مطردة في أعداد الأشخاص الذين سعوا إلى إلتماس الملجأ الآمن لهما خارج بلدانهم¹.
- وعلى هذا الأساس سنتطرق هنا إلى المعاهدات على المستوى الدولي والمعاهدات على المستوى الإقليمي.

أولا: المعاهدات والإعلانات على المستوى الدولي :

1- الإتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين 1951:

اعتمدت هذه الإتفاقية في 28 جوان 1951 من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، الذي دعتة الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الإنعقاد بمقتضى قرارها 429 المؤرخ في 14 ديسمبر 1950 ودخل حيز التنفيذ في 22 أفريل 1954²، وقد صادقت على هذه الإتفاقية حتى سبتمبر 2001 ، 141 دولة³.

تعتبر هذه الإتفاقية أساس القانون الدولي للاجئين وتعرف إتفاقية اللاجئين كلمة لاجئ وتحدد حقوق اللاجئين بما في ذلك حقوقه منها حرية العقيدة والتنقل من مكان إلى آخر، والحق في التعليم ووثائق السفر وإتاحة الفرصة للعمل، كما أنها تشدد على أهمية إلتزاماته تجاه الحكومة المضيفة، و ينص أحد الأحكام الرئيسة في هذه الإتفاقية على حظر إعادة اللاجئين، أو الرد إلى بلد يخشى فيه من التعرض للإضطهاد، كما أنها تحدد الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين لا تشملهم هذه الإتفاقية⁴.

لما كانت هذه الإتفاقية قد صيغت في أعقاب الحرب العالمية الثانية، فإن تعريفها كلمة لاجئ يركز على الأشخاص الذين يجودون خارج بلد منشئهم وصاروا لاجئين نتيجة لأحداث وقعت في أوروبا أو في أماكن أخرى قبل 1 جانفي 1951، ومع ظهور أزمات جديدة خاصة باللاجئين خلال السنوات الأخيرة من خمسينات القرن العشرين ومطلع الستينات منه، أصبح من الضروري توسيع النطاق الزمني والجغرافي لإتفاقية اللاجئين، ولذلك تمت صياغة وإقرار بروتوكول للإتفاقية⁵.

¹ - د أحمد الرشيد ، المرجع نفسه، ص 364.

² - وائل أنور بندق ، الأقليات وحقوق الإنسان ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 145.

³ - حماية اللاجئين، دليل القانون الدولي للاجئين، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، 2001، ص 8.

⁴ - إتفاقية 1951 الخاصة بوضع اللاجئين، أسئلة و أجوبة، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، 2005، ص 6.

⁵ - حماية اللاجئين، نفس المرجع، ص 12.

2- البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين 1967 :

إن الهدف من بروتوكول 1967 هو الاعتراف بإمكانية تطبيق إتفاقية 1951 على تحركات اللاجئين المعاصرة، والبروتوكول وثيقة مستقلة يمكن للدول الإنضمام إليها دون أن تكون طرفا في الإتفاقية مع العلم أن ذلك نادرا ما يحصل، والدول الموقعة على البروتوكول توافق على تطبيق بنود الإتفاقية على اللاجئين الذين يستوفون التعريف الذي وضعته لهم وذلك دون القيود التي الجغرافية والزمنية على الإتفاقية.

يمكن للدول عندما تصبح أطرافا في الإتفاقية أو البروتوكول أن تذكر صراحة أنها لن تطبق بعض أحكام الإتفاقية أو أنها لن تطبق بعض أحكام الإتفاقية أو أنها ستطبق بعض أحكامه بعد إجراء تعديلات عليها، مهما يكن لا يمكن إبداء هذه التحفظات على البنود الأساسية بما فيها المادة 1 و 3 و 4 و 1/16 و 33 وهي بنود يجب أن تقبلها كل الدول الأطراف في الإتفاقية والبروتوكول¹.

وتغطي إتفاقية اللاجئين والبروتوكول الملحق 1967 معا ثلاثة موضوعات رئيسة :

- التعريف الأساسي للاجئ بالإضافة إلى شروط توقف وضع اللاجئ، والاستبعاد من هذا الوضع.
- الوضع القانوني للاجئين في بلد لجوئهم، وواجباتهم وإلتزاماتهم، بما في ذلك الحق في الحصول على الحماية من العودة القسرية، أو الإبعاد، إلى أراضي بلد تتعرض فيه حياتهم أو حرياتهم للتهديد.
- إلتزامات الدول التي تتمثل أساسا في التعاون مع المفوضية، تقديم المعلومات عن التشريعات الوطنية إلى الأمين العام لضمان تطبيق الإتفاقية، وكذا الإعفاء من المعاملة بالمثل².

3- الإعلان حول اللجوء الإقليمي 1967 :

الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة والذي يعكس الإجماع الدولي حول الرأي القائل بأن منح اللجوء هو عمل سلمي وإنساني لا يجب أن تعتبره أية دولة أنه غير ودي، ويشير إلى أن مسؤولية تقدير إدعاءات اللجوء تعود للدولة التي يلتمس الفرد فيها الأمان³.

ثانيا : المعاهدات والإعلانات على المستوى الإقليمي :

1 - إتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969 :

اعتمدها مجلس رؤساء الدول والحكومات في دورته العادية السادسة ب أديس أبابا، في 10 سبتمبر 1969 والتي دخلت حيز النفاذ في 20 جويلية 1984 وانضمت إلى هذه الإتفاقية 45 دولة حتى سبتمبر 2001.

أدت النزاعات التي صاحبت نهاية الحقبة الإستعمارية في إفريقيا إلى تعاقب تحركات واسعة النطاق للاجئين.

¹ - مدخل إلى الحماية الدولية للاجئين ، حماية الأشخاص الذين هم موضع إهتمام المفوضية ، برنامج التعليم الذاتي 1، مطبوعات مفوضية الأمم

المتحدة لشؤون اللاجئين ، 2005، ص30.

² - حماية اللاجئين، المرجع السابق، ص10.

³ - مدخل إلى الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص32

عجلت حالات نزوح السكان ليس فقط بصياغة وإقرار بروتوكول 1967 الخاص باللاجئين ولكن أيضا إتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969 - المعروفة الآن بالإتحاد الإفريقي - التي تنظم جوانب محددة من مشكلات اللاجئين في إفريقيا، وتعتبر هذه الإتفاقية هي معاهدة اللاجئين الإقليمية الوحيدة الملزمة قانونا.

لعل الجزء الأكثر أهمية في الإتفاقية هو تعريفها للاجئ، وهي تتبع التعريف الوارد في إتفاقية 1951، ولكنها تضيف عبارة تستند إلى قدر أكبر من الموضوعية وهي: "إن لفظ (لاجئ) ينطبق كذلك على كل شخص، يجد نفسه مضطرا، بسبب عدوان أو احتلال خارجي، أو سيطرة أجنبية، أو بسبب أحداث تهدد بشكل خطير الأمن العام في جزء من البلد الأصل أو في أراضيه كلها، أو البلد الذي يحمل جنسيته."

يعني ذلك أن الأشخاص الذين يفرون من الإضطرابات المدنية، والعنف واسع الإنتشار والحرب، يكون لهم الحق في طلب الحصول على وضع اللاجئ في الدول الأطراف في هذه الإتفاقية بصرف النظر إذا كان لديهم خوف له ما يبرره من التعرض للإضطهاد¹.

2- إعلان قرطاجنة حول اللاجئين 1984 :

الذي تم إقراره بعد أزمات اللاجئين التي أصابت أمريكا الوسطى في الثمانينات والمرتبطة بالحروب الأهلية، من جانب ممثلي حكومات وفقهاء مرموقين ومحامين من المنطقة في قرطاجنة ب كولومبيا.

وكم هو الحال بالنسبة للإتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية حول اللاجئين، يتضمن الإعلان تعريف اللاجئ الوارد في إتفاقية 1951 ويتممه بتعريف أوسع، ووضع أيضا توصيات لتوفير المعاملة الإنسانية والحلول الدائمة للاجئين²، ومع أنه ليس ملزما قانونا للدول، فإن معظم دول أمريكا اللاتينية تطبق هذا التعريف عمليا، وقد أدخلته بعض الدول في تشريعاتها الوطنية، وقد صادقت على هذه الإعلان، منظمة الدول الأمريكية، والجمعية العامة للأمم المتحدة، واللجنة التنفيذية للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين³.

3- مبادئ بانكوك حول وضع ومعاملة اللاجئين :

وضعت في سنة 1966 وتم تحديثها في سنة 2001 وأقرتها عدد من الدول في آسيا والشرق الأوسط وإفريقيا، تكمن أهمية هذه المبادئ في كونها تعكس وجهة نظر العديد من الدول التي كان لها تجربة واسعة في توفير اللجوء، بما فيها دول ليست طرفا في إتفاقية 1951 وبروتوكول 1967، ومثلما فعلت إتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية وإعلان قرطاجنة، فقد اعتمد في المبادئ تعريف واسعا للاجئ بالمقارنة مع ورد في إتفاقية 1951⁴.

¹ - حماية اللاجئين، المرجع السابق، ص 13.

² - مدخل إلى الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص 32.

³ - حماية اللاجئين، المرجع السابق، ص 15.

⁴ - مدخل إلى الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص 33.

4- وثائق الاتحاد الأوروبي :

منذ منتصف الثمانينات سعت الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إلى توفيق سياساتها وممارساتها حول اللجوء، ففي البداية أخذ التعاون شكل مبادرات سياسية غير ملزمة قانونا، غير أنه منذ سنة 1999 عملت حكومات الاتحاد الأوروبي على وضع نظام أوروبي مشترك للجوء يركز على التطبيق الكامل والشامل للاتفاقية 1951.

وبحلول شهر ماي 2004، عندما انضمت 10 دول جديدة إلى الدول 15 الأخرى في الاتحاد الأوروبي، تم التوصل إلى إتفاق حول العناوين الأساسية للنظام الأوروبي المشترك للجوء، تضمن ذلك الإتفاق على مسائل مثل:

- الحماية المؤقتة.

- المعايير الدنيا لإستقبال طالبي اللجوء.
- نظام يحدد الدولة العضو المسؤولة عن نظر طلبات اللجوء (يكون هذا النظام وبالنسبة إلى هذه المسألة بديلا عن إتفاقية دبلن لسنة 1990).
- نظام لمقارنة بصمات أصابع طالبي اللجوء (المعروف ب أوروداك والمعمول به منذ جانفي 2003).
- إيعاز التأهيل الذي يحدد مفهوم اللجوء والحماية المتفرعة منه، وبالتالي يحدد المعايير الدنيا لهؤلاء الذين تأهلوا لنيل الحماية الدولية.
- إيعاز الإجراءات التي تحدد المعايير الدنيا المشتركة لإجراءات تحديد وضع اللاجئ.
- إن الموافقة على هذه البنود الأساسية والتي تؤسس الحد الأدنى من المعيار الإجرائي دمغت علامة النهاية للمرحلة الأولى من تأسسي نظام أوروبي مشترك للجوء، وستشمل المرحلة الثانية على ترجمة هذه المبادئ إلى تشريعات وطنية وتوفيق الممارسات بين الدول الأعضاء¹.

ختاما يمكن القول أن من أهم المواثيق الدولية العامة لحماية اللاجئين الإتفاقية الخاصة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان والذي يتميز بأنه :

- يطبق عموما على جميع الناس في الدولة، سواء كانوا مواطنين أم لا،
- هو أساسي لمفهوم الحماية الدولية واللجوء، إذا أن اللاجئين يلتمسون الحماية من إنتهاكات حقوق الإنسان،
- يساعد على كيفية معاملة اللاجئين وطالبي اللجوء في البلدان التي يلتمسون فيها اللجوء،
- يخضع لإشراف هيئات دولية مختلفة يمكن أن يطلب منها مساعدة لاجئين أفراد، مثلا من خلال منع العودة إلى حيث هناك خطر التعذيب،
- إذ أحسن تطبيقه، يمكن لهذا القانون منع الحالات التي تؤدي إلى تحركات اللاجئين وأن يساهم في العودة الآمنة للاجئين.

كما يوجد إلى جانب هذا القانون الدولي الإنساني الذي يطبق خلال النزاعات المسلحة، سواء كانت دولية أو داخلية، يشترط أن يعامل اللاجئين، كما المدنيين الآخرين، بطريقة إنسانية، وبشكل خاص، أن يكونوا محميين من أعمال العنف.

¹ - مدخل إلى الحماية الدولية للاجئين، المرجع نفسه، ص 31

إضافة إلى المواثيق العامة هناك المواثيق الخاصة والتي من أهمها إتفاقية 1951 الخاصة باللاجئين والبروتوكول الملحق بها لسنة 1967.

بعد دراسة هذه المواثيق فإن هذه الأخيرة لا يكون لها أي فعالية و لا فائدة ما لم توجد هناك آليات وهيئات تشرف على احترام هذه المواثيق والعمل على تطبيقها فما هي هذه الآليات وكيف تعمل في سبيل ذلك؟

وهو ما سيتم الإجابة عليه ، في المبحث الثاني.

المبحث الثاني : الآليات الدولية لحماية اللاجئين :

المطلب الأول : مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين :

تجدر الإشارة بداية إلى حقيقة أن هذه المفوضية ليست الجهاز الدولي الأول الذي تم إنشاؤه على المستوى الدولي لتوفير الحماية والمساعدة اللازمين للاجئين، فقد سبق قيامها إنشاء العديد من الأجهزة ذات الصلة، أبرزها ما يلي:

مكتب مفوض عصبة الأمم المتحدة للاجئين عام 1921، مكتب المفوض السامي للاجئين عام 1933، إدارة الأمم المتحدة للغوث وإعادة التأهيل، المنظمة الدولية للاجئين التي أنشأتها الأمم المتحدة.

وتعود فكرة إنشاء المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة إلى عام 1946¹ حيث أصدرت القرار الذي تضمن أنشطة الأمم المتحدة لدعم اللاجئين، وقد أوصت الجمعية العامة إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي بهدف النظر في جميع جوانب هذه القضية، وتنفيذا لذلك أنشأ المجلس لجنة لهذا الغرض، التي اجتمعت وقررت ضرورة تشكيل جهاز دولي للتعاطي مع هذه المسألة، كما أوصت المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قرار له النظر في مشروع دستور لمنظمة دولية للاجئين، وقد أقرت الجمعية العامة هذا الدستور ودعت الدول للتوقع على هذا الصك بغية تمكين هذه المنظمة من أداء مهامها².

ولقد أنشئت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في بداية 1951 بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 319 /د4 المؤرخ في 3 /12 /1949 وصادقت بقرارها رقم 5428 /د5 المؤرخ في 14 /12 /1950 على نظامها الأساسي الملحق بهذا القرار الأممي³، والتي بدأت في مباشرة مهامها اعتبارا من 1951 وتتخذ المفوضية من مدينة جنيف السويسرية مقرا لها، وعلى الرغم من أن قرار الجمعية العامة المنشئ للمفوضية قد حدد لها فترة 3 سنوات فقط أي 1951/01/01 وحتى 1953/12/31 إلا أن الجمعية العامة ظلت تمدد هذه الفترة إلى الآن.

يرأس المفوضية مفوض سام تختاره الجمعية العامة في ضوء ترشيحات الأمين العام وتعيينه عدد من المفوضين الدوليين.

¹ - د أحمد الرشدي ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، 231.

² - د جمال عبد الناصر مانع، التنظيم الدولي، النظرية العامة والمنظمات العالمية و الإقليمية والمتخصصة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2006، ص 228.

³ - د أحمد الرشدي ، الحماية الدولية للاجئين ، المرجع السابق، ص 115.

الأشخاص الذين تشملهم المفوضية بحمايتهم هم الأشخاص الطبيعيون الذين يقيمون خارج أوطانهم الأصلية، ومن ثم لا يتمتعون بحماية حكوماتهم، وفي الوقت ذاته لا يرغبون أو لا يستطيعون العودة إلى بلادهم خشية الإضطهاد، أو لأية أسباب أخرى¹.

أولاً: طبيعة عمل المفوضية :

إن المفوضية السامية تقوم بعمل ليست له أية سمة سياسية وهو عمل إنساني وإجتماعي وهي تعالج شؤون مجموعات وفئات من اللاجئين وأيا كان دينهم وعرقهم وإتجاههم السياسي بحيث منحت للمفوض السامي إمكانية الإستقلالية وعدم التأثير بتدخلات الحكومة المختلة من خلال إنتخابه مباشرة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة على غرار أمين عام لمنظمة أممية التي تقضي بتأمين الحماية والمساعدة الدولية من كل الحكومات المعنية.

ثانياً : أنشطة المفوضية :

قامت المفوضية السامية منذ إنشائها وإلى يومنا هذا بكل المهام التي كلفت بها وفي كل بلدان العالم من تأمين الحماية الدولية والمساعدة الغذائية والصحية والتعليمية لكل اللاجئين فرادى وجماعات، كما أنها ساهمت بالتعاون والتنسيق مع حكومات بلدان الملاذ الأصلية للاجئين ودول ثالثة في إيجاد الحلول الدائمة سواء كانت عودة طوعية أو إعادة توطين أو إدماج محلي حسب الإمكانيات المتوفرة، غير أنه أفضل حل سعت المفوضية لتحقيقه هو العودة الطوعية الآمنة والكرامة للاجئين أي الرجوع إلى الوضع الطبيعي لكل إنسان حيث يعيش في وطنه متمتعاً بالسلامة وبحقوق الإنسان السياسية والمدنية والإجتماعية والإقتصادية².

ترتكز أهم أنشطة المفوضية في مجال حماية اللاجئين فيما يلي :

- تقديم الإغاثة في حالات الطوارئ من خلال توفير مجموعة متنوعة من المستلزمات الأساسية، كالغذاء، والملأوى، والمعونات الطبية.
- المساعدة في عمليات الإعادة الطوعية إلى الوطن، وتقديم المساعدة الممكنة لدى وصول اللاجئين إلى وطنه.
- تقديم العون للاجئين لمساعدتهم على الاندماج في مجتمع الملجأ، إذا ما تعذر إعادتهم إلى بلدانهم الأصلية، وذلك من خلال عمليات التدريب والتأهيل والمساعدات المالية.
- إعادة التوطين من خلال الهجرة بتعاون وثيق مع الحكومات ذات الشأن.
- القيام بتوفير الخدمات التعليمية، على المستويين الابتدائي والمتوسط في المخيمات وغيرها من تجمعات اللاجئين، وتقديم المساعدة في المستويات التعليمية الأعلى، وخاصة في المراحل الجامعية، وإنشاء مراكز تثقيفية عامة داخل هذه التجمعات.
- إعادة تأهيل اللاجئين المعاقين وتقديم المشورة للاجئين عموماً، لإختيار الحلول المناسبة لمشكلاتهم والإستفادة من التسهيلات الممنوحة لهم.
- التشجيع على منح اللجوء لطالبيه، وإعتبار ذلك حقاً من حقوق الإنسان، وذلك ما لم توجد أحوال إستثنائية تحول دون كفالة التمتع بهذا الحق.

¹ - د أحمد الرشيدى ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 231.

² - د أحمد الرشيدى ، الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص 117.

- المساعدة القانونية من خلال إتاحة خدمات المحامين ذوي الخبر إلى اللاجئين.
 - حث الدول على الإنضمام إلى الإتفاقيات الدولية ذات الصلة باللاجئين، وإبرام إتفاقيات جديدة إذا لزم الأمر.
 - تنسيق جهود المنظمات المختلفة، الحكومية وغير الحكومية العاملة في مجال حماية اللاجئين.
- وتقوم المفوضية أنشطتها عن طريق المخصصات التي تقرها لها الجمعية العامة من ميزانية الأمم المتحدة، كما يمكنها قبول التبرعات النقدية والعينية متى أجازت لها الجمعية العامة ذلك كما تتعاون المفوضية في هذا الشأن مع المنظمات والأجهزة ذات الصلة والتابعة للأمم المتحدة، مثل برنامج الأمم المتحدة للتنمية وبرنامج الغذاء العالمي ومنظمة الصحة العالمية¹.

مدام أن المفوضية قد أنشئت بعد الحرب العالمية الثانية وبداية الحرب الباردة بين العسكريين السياسيين الشيوعي والغربي فأنشطتها في تأمين الحماية للحالات الجديدة من اللجوء وفي مقدمتها اللاجئين المجرىون بعد أحداث الفصل الأخير من 1956 ، ثم اللاجئين الصينيون الفارون من المناطق القارية إلى هونغ كونغ، واللاجئون الفارون من أوروبا الشرقية إلى أوروبا الغربية عبر النمسا واللاجئون الجزائريون الذين فروا إلى كل من المغرب وتونس ويعتبر اللجوء الناجم عن الأزمة الجزائرية سنة 1957 أول حالة طوارئ للاجئين في شمال إفريقيا تدخلت فيها المفوضية بعد تأسيسها.

لكن حالات اللجوء إستمرت في الظهور في كل قارات العالم بعد الستينات ولما ضاعف من نشاط المفوضية في التدخل لدى الحكومات بقصد فتح حدودها والسماح للاجئين من اجتيازها للتمتع بالحماية الدولية، ولقد قام بهذه المهمة سنة 1995 أربعة آلاف موظف يمثلون 80 % من مجموع موظفي المفوضية وذلك في 115 قطرا بواسطة خدمات 208 مكتب.

وبما أن عددا من الدول لم تصادق على الصكوك الدولية المتعلقة بحماية اللاجئين فإن دور المفوضية أساسي وضروري لتأمين التمتع بالحماية الدولية حيث أن مكاتب المفوضية تقوم مباشرة بتحديد صفة اللاجئ بالنسبة للمجموعات والحالات الفردية².

المطلب الثاني : وكالة غوث وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأدنى (الأونروا) :

أسست الجمعية العامة للأمم المتحدة في 8 ديسمبر 1949 وكالة الأمم المتحدة لإغاثة وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأدنى بموجب قرارها رقم 302/17 وقد بدأت الوكالة أعماله في ماي 1950 وكانت التوقعات أن لا تطول ولايتها كثيرا.

عمدت الجمعية العامة إلى تجديد تكليف الوكالة بشكل متكرر، حيث يمتد آخر تجديد إلى 2009.

تقدم الوكالة الإغاثة الإنسانية إلى أكثر من 700 ألف من اللاجئين والمشردين الفلسطينيين الذين أجبروا على الهرب من منازلهم في فلسطين نتيجة الحرب التي وقعت بين العرب وإسرائيل في عام 1948.

¹ - د أحمد الرشيد ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 232 و 233.

² - د أحمد الرشيد ، الحماية الدولية للاجئين، المرجع السابق، ص 118.

وحدد تكليف وكالة الأونروا بتنفيذ برامج الإغاثة والتشغيل لدعم اللاجئين الفلسطينيين أي اللاجئين الذين كانوا تحت الإنتداب البريطاني في فلسطين بغض النظر عن جنسياتهم، وتطورت عمليات وكالة الأونروا عبر الوقت لتلبي الحاجات المتغيرة على إختلاف الظروف.

وتقدم الوكالة حاليا خدمات الإغاثة الإنسانية وخدمات التنمية البشرية على حد سواء في منطقة عملياتها التي تشمل الأردن، لبنان، والجمهورية العربية السورية، والأراضي الفلسطينية المحتلة، ولقد كان هناك على مدى 55 سنة الماضية تعاون كبير بين وكالة الأونروا ومكتب المفوضية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، كل في نطاق تكليفه، وقد توطدت في الأعوام الأخيرة أوصل الشراكة بين الوكالتين مما أدى إلى المزيد من التعاون في العديد من المجالات بما في ذلك تبادل المعلومات والجهود المشتركة لحل مشاكل اللاجئين الفلسطينيين.

يعمل لدى وكالة الأونروا أكثر من 28 ألف موظف غالبيتهم العظمى من لاجئ فلسطين أنفسهم، ويضم هذا العدد 20 ألف من العاملين في مجال التدريس وحوالي 4 آلاف من العاملين في مجال الصحة وتقع المقرات الرئيسة للوكالة في مدينة غزة وفي عمان.

دور الوكالة في الحماية :

من خلال برامجها الأساسية في المساعدة والتنمية البشرية ونطاق التدخلات لدى السلطات في منطقة عملياتها ومن ناحية أخرى لا يضم تكليف الوكالة مهمة إيجاد حل شامل للنزاع الإسرائيلي الفلسطيني، وقضية لاجئ فلسطين، وإنما يعتبر القيام بهذه المهمة مسؤولية الأطراف المتنازعة وغيرها من الجهات الفاعلة السياسية.

كما تقدم الوكالة اليوم خدمات: التعليم، الرعاية الصحية، الخدمات والإجتماعية، والمأوى، والقروض الصغيرة، والمساعدة الطارئة للاجئ فلسطين في الميادين الخمسة لعملها والتي تضم الأردن ولبنان وسوريا وقطاع غزة والضفة الغربية.

ويكمن دور الوكالة فيما يلي :

- 1- تقدم الوكالة خدماتها من خلال موظفيها ومنشئاتها.
- 2- تقدم الوكالة المساعدة لحالات العسر مثل المساعدات الغذائية.
- 3- تتولى الحاجات الإنسانية ومتطلباتها، ومتطلبات التنمية البشرية للاجئين الفلسطينيين في الفترة المؤقتة.
- 4- كما يمكنها أن تتدخل في بعض الحالات لدى السلطات المختصة بالنيابة عن الأفراد والمجموعات من لاجئ فلسطين الذين يعيش أغلبهم في ظروف صعبة وغير آمنة.
- 5- تركز الوكالة وبشكل خاص على تلبية الحاجات الخاصة للنساء والأطفال والكهول.
- 6- تقدم الوكالة المساعدات الطارئة الإضافية إلى اللاجئين المسجلين لديها وكذلك إلى غيرهم ممن يحتاجون المساعدة.

المطلب الثالث : اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

كانت الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، منذ إنشائها عام 1863 وخاصة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، معنية بمحنة اللاجئين، ودن سرد لمختلف عمليات الحركة واللجنة لمساعدة اللاجئين في القرن الماضي حتى سقوط جدار برلين، تجدر الإشارة إلى العديد من المواقف البارزة من الإضطلاع بدور له دلالة¹.

وفيما يلي ندرس بعض التطورات الأساسية للجنة ثم إلى بعض مسؤوليتها.

أولا : بعض التطورات الأساسية :

دون دراسة الإطار الكلي للحماية القانونية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني، من المفيد أن نتذكر المواثيق الدولية، سواء قرارات أو إتفاقيات التي تحدد سياسة الحركة وخاصة سياسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بشأن اللاجئين².

1- قرارات اللجنة :

لقد إعتمدت اللجنة أو الحركة منذ نشأتها الكثير من القرارات في هذا المجال، لكن القرار 21 حول دعم الصليب الأحمر الدولي للاجئين الذي أعتمله المؤتمر الدولي الرابع والعشرين للصليب الأحمر الذي أُنْعِد في مانيلا عام 1981 حيث يمد هذا القرار الحركة سياسية أصلية في مجال العمل المستقبلي، كما أن البيان يرسى تقسيما واضحا للإختصاصات بين الحركة أو المفوضية السامية لشؤون اللاجئين من ناحية، وبين مختلف مكونات الحركة من الناحية الأخرى³.

2- إتفاق إشبيلية :

عن الاتفاق المتعلق بتنظيم الأنشطة الدولية لمكونات الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، والذي أقره مجلس المندوبين في إشبيلية عام 1997 يهدف إلى النهوض بالتعاون الوثيق بين مكونات الحركة في أنشطتها الدولية مع تجنب الخلاف بشأن تعريف وتنظيم أنشطتها ومسؤولياتها الدولية كما يحدد الاتفاق علاوة على ما سبق تطبيق عبارة " النتائج المباشرة للنزاع " أيضا على حالات وجود ضحايا النزاع على أراضي دولة ليست طرفا في نزاع ولا متأثرة باضطرابات داخلية وخصوصا بعد تنقل اللاجئين على نطاق واسع⁴.

¹ - فرسواز كرييل، سياسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر تجاه اللاجئين والمدينين النازحين داخل بلدانهم، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2001، ص 275.

² - فرسواز كرييل، المرجع نفسه، ص 279.

³ - فرسواز كرييل، المرجع نفسه، ص 280.

⁴ - فرسواز كرييل، المرجع نفسه ، ص 282.

ثانيا : مسؤوليات اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

بناء على قرار مانيلا الذي أشرنا إليه أعلاه، هناك أكثر من سيناريو واحد يتعلق بمسؤولية اللجنة: توازي مسؤولية المفوضية السامية لشؤون اللاجئين واللجنة ، وهي المسؤولية التي ينبغي أن يضطلع بها بروح من التكامل، وهناك المسؤولية المساعدة والمسؤولية التكميلية.

1- المسؤولية المتوازية للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين واللجنة :

هذه الحالة هي حالة أن يلجأ اللاجئين إلى دولة مجاورة، ثم تنخرط هذه الدولة بعد هروب اللاجئين إليها في نزاع دولي مع بلد الجنسية للاجئين فمن الطبيعي هنا أن تهتم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بهم بإعتبارهم ضحايا للنزاع، وهنا يتمتع اللاجئون بالحماية عن طريق القانون الدولي للاجئين وكذا القانون الدولي الإنساني، وبالتالي توجد لدى المنظمين مسؤولية موازية¹.

مثال هذه الحالة ما قامت به اللجنة الدولية للصليب الأحمر بمساعدة 25.000 من الإيرانيين من أصل كردي كانوا قد سعوا إلى اللجوء إلى العراق وهؤلاء مشمولين بحماية الإتفاقية الخاصة باللاجئين لسنة 1951 ولهذا يقعون في إطار مهمة المفوضية، لكن بعد وقوع النزاع بين إيران والعراق أصبحوا ضحايا للنزاع الدولي وبالتالي أصبحوا مشمولين بحماية إتفاقية جنيف الرابعة 1949 وبهذا يقعون في إطار مهمة اللجنة الدولية للصليب الأحمر².

2- المسؤولية المساعدة للجنة الدولية للصليب الأحمر:

وهنا تظهر من خلال تواجد اللجنة بالفعل في الموقع، وتكون الإحتياجات ضخمة وهي قادرة على الإستجابة لهذه الإحتياجات حتى تتولى المفوضية السامية الأمر، وإما لأنها تكون المؤسسة الوحيدة القادرة على القيام بالعمل إذا كانت المفوضية السامية ممنوعة من القيام بذلك³.

ومثال ذلك بالنسبة للحالة الأولى ما يتعلق باللاجئين الروانديين في شمال وجنوب كيفو في جويلية 1994، أما الحالة الثانية فيعد رفضت حكومة بنما السماح لوكالة الأمم المتحدة المتخصصة بالعمل بشكل مباشر، قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بدعم عمل الجمعية الوطنية لمساعدة لاجئ كولومبيا في منطقة داريان في بنما.

3- المسؤولية التكميلية للجنة الدولية للصليب الأحمر:

في الحالات التي تتمكن فيها المفوضية السامية لشؤون اللاجئين من إنجاز مهمتها، تظل اللجنة الدولية للصليب الأحمر متفرعة للمهام التي تتطلب قدراتها الخاصة، وبالتالي وتماشيا مع الممارسة طويلة الأمد، يمكن أن تمنح اللجنة الدولية للصليب الأحمر في أي وقت خدمات وكالتها المركزية للبحث عن المفقودين، بما يتفق والبند التاسع من بيان الساسة الذي صدر مصاحبا لقرار مانيلا 1981⁴.

¹ - فرسواز كريل، المرجع السابق، ص283.

² - فرسواز كريل، المرجع نفسه ، ص284

³ - فرسواز كريل، المرجع نفسه، ص285.

⁴ - فرسواز كريل، المرجع نفسه، ص286.

ومثال ذلك في سوريا بعد الصراع العربي الإسرائيلي، تحافظ اللجنة الدولية الأحمر على العلاقة بين أفراد الأسر التي تفرقت، وذلك عن طريق إرسال الرسائل الأسرية لكل المواطنين السوريين واللاجئين الفلسطينيين، كما قامت اللجنة بالتعاون مع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، بإصدار الهوية الضرورية للسفر إلى تلك الدولة¹.

الخاتمة :

إن مشكلات اللاجئين سواء اليوم أو في المستقبل، يصعب مواجهتها بصورة منفصلة، هناك على تقوية الشراكة بين جميع المنخرطين في الموضوع، فضلا عن تقوية فهم أوضح لأدوارهم، كما تعال على الدولة ذات السيادة واجب حماية مصالح سكانها وحدودها ضد أي إساءة أو سوء، عليها أن تتحمل أيضا مسؤوليات إنسانية إتجاه اللاجئين وغيرهم من ضحايا الترحيل الجبري، ويجب أن تلزم الدولة نفسها بإنشاء نظم للجوء من شأنها أن تحدد عل نحو مسئول من هو اللاجئ، ومن الذي على خلاف ذلك، يحتاج إلى الحماية ومن الذي لا يستحق الحماية وينبغي رفض طلبه وإعادةه إلى وطنه بأسلوب آمن وكريم.

كما يوجد شركاء آخرين مهمون في مجال التوصل إلى حلول دائمة لتوفير هذه الحماية للمنظمات غير الحكومية الدولية والإقليمية، والتي تقوم بدور مهم في تقديم الحماية والمساعدة للدولتين.

المراجع :

1- الاتفاقيات :

1- الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين 1951.

2- البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين 1967.

3- النظام الأساسي للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين 1950.

2- الكتب العربية :

1- د أحمد الرشيدي ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، مكتب الشروق الدولية ، القاهرة ، 2003.

2- د أحمد الرشيدي ، الحماية الدولية للاجئين ، مركز البحوث والدراسات السياسية ، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1997.

3- د جمال عبد الناصر مانع، التنظيم الدولي، النظرية العامة والمنظمات العالمية و الإقليمية والمتخصصة ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2006.

4- د سعيد سالم الجويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2001.

5- وائل أنور بندق ، الأقليات وحقوق الإنسان ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر، 2005.

¹ - فرسواز كريل، المرجع نفسه، ص287.

3-الدوريات :

- 1- إريكا فيلر ، الحماية الدولية للاجئين ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مكتب الدعم الإقليمي للإعلام ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر القاهرة ، مصر ، 2001.
- 2- فرسواز كريل ، سياسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر تجاه اللاجئين والمدنيين النازحين داخل بلدانهم ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، مختارات من أعداد 2001.
- 3- الأمم المتحدة واللاجئين الفلسطينيين ، الأنروا ، مكتب الإعلام ، جانفي 2007.
- 4- مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والحماية الدولية ، برنامج تمهيدي حول الحماية ، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ، 2006.
- 5- مدخل إلى الحماية الدولية للاجئين ، حماية الأشخاص الذين هم موضع إهتمام المفوضية ، برنامج التعليم الذاتي 1 ، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ، 2005
- 6- حقوق الإنسان وشؤون اللاجئين ، برنامج التعليم الذاتي 5 ، المجلد الأول ، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ، 2006.
- 7- حماية اللاجئين ، دليل القانون الدولي للاجئين ، مطبوعات مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ، 2001.

4-الكتب الأجنبية :

1. Mario Bettati, droit humanitaire, édition du seuil, 2000.
2. IQUE HAROUËL, Bureloup, traité de droit humanitaire, presses universitaires de France, 1ere édition, paris, 2005.

دور قاضي الأمور المسنجلة الإداري في حماية الملكية العقارية الخاصة



اعداد سي محمد الحيان طالب باحث
في مركز الدكتوراه بكلية الحقوق بسلا

مقدمة :

إن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المجتمع في الدولة الحديثة أدى إلى تزايد أهمية دور العقار في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية باعتباره الأرضية الأساسية للإنشاء أي مشروع تنموي لذلك تعمل الدولة باستمرار إلى تنمية رصيدها العقاري وذلك باعتماد مجموعة من الآليات القانونية على رأسها مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة إذ تعتبر هذه المسطرة آلية قانونية لحماية حق الملكية المنصوص على حمايته في المواثيق الدولية حيث جاء في المادة 17 من التصريح العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789 على أن حق الملكية مقدس ولا يمكن أن يجرم أي أحد منه إلا إذا فرضت ذلك قطعا للضرورة العامة و شرط تعويض عادل و مسبق ، كما نص الدستور المغربي لسنة 2011 في فصله الخامس والثلاثون على أن القانون يضمن "حق الملكية و يمكن الحد من نطاقها و ممارستها بموجب القانون ، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون..."، ويعتبر نزع الملكية عملية إدارية بواسطتها تقوم الإدارة بإلزام أحد الخواص على التخلي عن ملكيته العقارية ، التي تكون في حاجة إليها لتحقيق هدف يرتبط بالمصلحة العامة⁽¹⁾ كما يمكن تعريفها كامتياز يسمح للدولة ، عن طريق مبادرة شخص عام أو خاص إستعمال سلطته لكي يتخلى شخص عام أو شخص خاص ، و ذلك بهدف تحقيق منفعة عامة⁽²⁾ و تحقيق احترام مجموعة ضمانات ذات طابع إجرائي و موضوعي⁽³⁾

¹ Gustave pesier : Droit administratif ; Dalloz ; 1 er édition ; 1993 p 50

² مفهوم فضفاض يصعب تحديده نظرا لارتباطه الوثيق بتدخل الدولة المتزايد في شتى المجالات وقد احجم المشرع عن تحديده فاسحا المجال إلى الفقه و القضاء لهذه المهمة راجع A.Homont : L' expropriation pour cause d 'utité publique ; LITEC, 1ER edition 1957 p18

³ Auby (JM) et Bon(p): Droit administrative des bines ; Dalloz-paris 1991 p310

و تمتد فكرة نزع الملكية إلى ما قبل الحماية لا سيما من خلال الفصلين 113 و 114 من اتفاقية الجزيرة الخضراء ثم تلاه مجموعة من القوانين المنظمة لهذه المسطرة⁽¹⁾ توجت بالقانون⁽²⁾ رقم 7.89 الصادر بتاريخ 6 ماي 1982 و المرسوم التطبيقي⁽³⁾ له الصادر بتاريخ 16 ابريل 1983. و يؤدي خروج الادارة عن تطبيق هذه المسطرة و الاستيلاء على ملكية الغير اعتداء ماديا على حق اجمعت جميع المواثيق الدولية و القوانين بمستوياتها المتعدد على ضرور حفظها و حمايتها و يعد القضاء الإداري الحامي الطبيعي لهذا الحق و بالتبعية القضاء الإستعجالي الإداري

حيث اكتسب هذا الأخير أهمية كبيرة في العصر الحديث، بعد أن صار اللجوء إليه في كثير من الحالات طلباً للفصل في أحوال طارئة تتطلب اتخاذ تدابير مستعجلة ومؤقتة ريثما يفصل في أصل الحق، إذ يهدف القضاء المستعجل بصفة عامة إلى اتخاذ تدابير عاجلة ووقائية تقتضيها الضرورة لدفع ضرر وشيك أو محتمل الوقوع على حقوق المدعي أو لإزالة تعد حاصل على حقوق أو أوضاع مشروعة ظاهرة له. وقد حتم إنشاء هذا القضاء حاجة الخروج من اتباع الإجراءات العادية في المحاكمة التي قد تكون طويلة الأمد، ثقيلة الوقع، بطيئة الحركة مما يجعل الضرر يتفاقم، فإلى أي حد يمكن القول ان القاضي الإداري الإستعجالي يلعب دورا في حماية الملكية العقارية الخاصة و ماهي حدود هذه الحماية ؟ لمعالجة هذه الإشكالية سنعمد تقسيم هذه الدراسة إلى محورين و هما على الشكل التالي :

المبحث الأول : دور القاضي الإستعجالي الإداري في مادة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة .
المبحث الثاني : اختصاص القاضي الإستعجالي الإداري في رفع الإعتداء المادي.

المبحث الأول : دور القاضي الإستعجالي الإداري في مادة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة :

يستمد القاضي الإداري الإستعجالي تدخله في مجال نزع الملكية من القانون و قد حدد هذا الأخير مجال تدخله و شكل هذا التدخل (المطلب الأول) كما حدد القانون و الاجتهاد القضائي الجوانب الإجرائية و المسطرة الإدارية المتبعة في نزع الملكية و الخاضعة لرقابة القاضي الإداري الإستعجالي (المطلب الثاني)

المطلب الأول : مجال تدخل القاضي الإداري الإستعجالي :

قبل التطرق إلى الإطار المسطري لتدخل القاضي الإداري الإستعجالي (الفرع الثاني) كان لا بد من التعرف أولا على العقارات و الأملاك القابلة للنزع الملكية (الفرع الاول) .

¹ منشور فاتح نونبر 1912 الجريدة الرسمية لسنة 1912 و ظهير 26 مارس 1914 الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ 3 ابريل 1914 المتعلق بنزع الملكية بعوض و استغلالها مؤقتا للمصلحة العمومية المعدل بظهير 3 ابريل 1953 الجريدة الرسمية عدد 2011 بتاريخ 11 ماي 1951 ص 1033 و ظهير 25 يونيو 1927 المتعلق بتخفيف العقارات المنزوعة ملكيتها بسبب المنفعة العامة ، و الظهير الصادر بتاريخ 15 ماي 1925 المتعلق بنظام نزع الملكية في منطقة طنجة الدولية.

² قانون رقم 7-89 بتاريخ 6 ماي 1982 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة و الاحتلال المؤقت ، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1985 ص 180

³ مرسوم تطبيقي رقم 2.82.382 بتاريخ 13 ابريل 1987 الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1983 ص 988

الفرع الأول : العقارات محل الحماية القضائية المستعجلة :

العقار لغة المنزل و الضيعة و يقال أيضا أن العقار هو الضيعة و النخل و الأرض و نحو ذلك وعقار البيت متاعه¹ ، أما اصطلاحا فالعقارات إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص⁽²⁾ و قد اجمع الفقه أن العقارات القابلة للنزع الملكية هي العقارات بطبيعتها⁽³⁾ إلا أنهم اختلفوا على قابلية العقارات بالتخصيص⁽⁴⁾ لتكون موضوعا للنزع الملكية إذ يرى جانب منهم انه لا يمكن نزع ملكيتها إلا إذا شكلت جزءا متكاملا من العقار الأصلي⁽⁵⁾ و قد أجاز بعض الفقه نزع ملكية العقارات بالتخصيص متى أمكن إزالتها بدون تلف للعقار المتصل به⁽⁶⁾ و ذهب الأستاذ مامون الكزبري إلى انه يمكن تقرير نزع ملكية العقار بالتخصيص بشرط أن يتم ذكره صراحة و إلا أمكن للمالكها فصلها عن العقار الذي ترتبط به و الاحتفاظ بها⁽⁷⁾ كما يرى الأستاذ احمد اجعون أن هذه العقارات هي في الأصل منقولات رصدت لخدمة العقار و بالتالي لا يشملها نزع الملكية إلا إذا تعلق الأمر بأشياء ملتصقة بصفة أبدية و تمثل جزءا من العقار و تعتبر تابعة له و تبقى سلطة الفصل للقضاء في كل حالة على حدة⁽⁸⁾ ، و قد نص الفصل الأول من قانون نزع الملكية أن نزع الملكية تنصب على العقارات و الحقوق العينية⁽⁹⁾ الأصلية⁽¹⁰⁾ كحق الانتفاع أو السطحية و الحقوق المستمدة من الفقه الإسلامي أما الحقوق العينية التبعية⁽¹¹⁾ فلا يمكن نزع ملكيتها إلا مع العقار المترتبة عليه و لا يجوز نزع ملكية المباني ذات الصبغة الدينية المعلقة لإقامة مختلف الشعائر وكذا المقابر⁽¹²⁾ و العقارات التابعة للملك العام والمنشآت العسكرية⁽¹³⁾. ويمكن نزع بالإضافة إلى العقارات اللازمة لإنجاز المنشآت أو العمليات المعلن أنها ذات منفعة عامة على الجزء الباقي من هذه العقارات وعلى العقارات المجاورة لها إذا تبين أن نزع ملكيتها ضروري لتحقيق هدف المنفعة العامة المنشود أو إذا كان إنجاز الأشغال يؤدي إلى زيادة ملحوظة في قيمة العقارات المذكورة⁽¹⁴⁾ و تجدر الإشارة ان دعاوى الفسخ أو الاستحقاق وجميع الدعاوى العينية الأخرى لا يمكن لها ان توقف نزع الملكية أو أن تحول دون إنتاج آثاره ، وتحول حقوق المطالبين إلى حقوق في التعويض ويبقى العقار خالصا منه⁽¹⁵⁾.

¹ ابن منظور : لسان العرب ، دار المعرفة باب العين الجزء 34 ص 3037

² المادة 5 من القانون رقم 09-32-المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق

³ تنص المادة 6 القانون رقم 09-32-المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق بان العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته.

⁴ تنص المادة 7 من القانون رقم 09-32-المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ان العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه ماله في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار و استغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة.

⁵ Charles Debbach ; J M Poutier et JC Ricci : Institutions et droit administratif biens expropriation , Travaux publics » PUF Paris 1978 P229.

⁶ Jacques Ferbos et Georges Salles : « Expropriation et évaluation des biens » 4 éme édition mise à jour et augmentée – édition du moniteur 1979(collection actualité juridique) p 51

⁷ مأمون الكزبري : التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي , الجزء الاول , طبعة 1987 ص 233

⁸ احمد اجعون : أحمد اجعون: اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق اكدال الرباط، السنة الجامعية 1999 – 2000 ص 68

⁹ تنص المادة 8 من القانون رقم 09-32-المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ان " الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين و يكون الحق العيني أصليا أو تبعا"

¹⁰ المادة 9 من القانون رقم 09-32-المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق تنص ان الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى حق آخر يستند إليه

¹¹ تنص المادة 10 من القانون رقم 09-32-المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ان " الحق العيني التبعية هو الحق الذي لا يقوم بذاته ، و انما يستند في قيامه على وجود حق شخصي و يكون ضمانا للوفاء به و الحقوق العينية التبعية هي : الامتيازات- الرهن الحيازي – الرهن الرسمية .

¹² لا تعتبر الاراض العارية ذات صبغة دينية ولو أن ملكيتها ترجع إلى نظارة الاحباس راجع الامر عدد 95/154 بتاريخ 28 يونيو 1996 الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء .

¹³ المادة 4 من قانون رقم 7-89 بتاريخ 6 ماي 1982 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة و الاحتلال المؤقت ، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1985 ص 180

¹⁴ المادة 6 من قانون رقم 7-89 بتاريخ 6 ماي 1982 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة و الاحتلال المؤقت ، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1985 ص 180

¹⁵ المادة 38 من قانون نزع الملكية

الفرع الثاني : دعوى الإذن بالحيازة :

تعد هذه الدعوى الإطار المسطري لتدخل القاضي الإداري الإستعجالي في مادة نزاع الملكية و تتميز عن باقي الدعاوى الإدارية الإستعجالية كونها أولا تكون فيها الإدارة هي المدعية والمنزوع ملكيته هو المدعى عليه وهذا على خلاف القاعدة العامة المقررة أمام القضاء الإداري الإستعجالي⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته قرار للمحكمة الإدارية الإستئنافية بمراكش و الذي جاء فيه « وحيث لئن كان المكتب الوطني للكهرباء يتكفل بالمصلحة العمومية.....لا يخول له حق اللجوء إلى المحكمة الإدارية في شخص رئيسها للمطالبة بوضع حد لعرقلة مرور الخط الذي يعتزم إقامته مادام أن الإجراء المطلوب القيام به يهم أشخاصا ذاتيين وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة المذكورة كما هو محدد بموجب المادة 8 من ق 90/41 المحدث لها وبالتبعية عن اختصاص رئيسها وذلك في ظل غياب أي نص قانوني خاص يميز له ذلك وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - في القرار عدد 496 بتاريخ 2004/05/05 ملف إداري عدد 848-4-1-2004 »⁽²⁾.

كما أن خصوصية دعوى الإذن بالحيازة تتجلى في تميز قواعدها الشكلية والموضوعية عن الدعوى الإستعجالية الأخرى إذ يشترط القانون في المنازعات الإدارية الإستعجالية توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية. إلا أن دعوى الحيازة تستغني عن بعض هذه الشروط بحكم القانون فهي لا تشترط توفر عنصر الاستعجال لقيام اختصاص قاضي المستعجلات فهي دعوى إستعجالية بحكم القانون إذ يكون القاضي في حالتها في غنى عن البحث عن عنصر الاستعجال⁽³⁾ فاختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالنظر في هذه الدعوى يكون بمقتضى نص صريح في القانون حيث نصت المادة 19 من قانون نزاع الملكية على انه « يختص قاضي المستعجلات وحده بالإذن بواسطة أمر في الحيازة مقابل دفع أو إيداع تعويض احتياطي.... » وعليه لا يمكن للأشخاص المنزوعة ملكيتهم التمسك بانتفاء هذا العنصر وانعدامه⁽⁴⁾.

وأنه لا يمكن مطالبة نازع الملكية بإثباته ولا للمدعى عليه الحق في التمسك بانعدامه⁽⁵⁾ فالمرجع جرد قاضي المستعجلات من سلطته التقديرية في إقرار عنصر الاستعجال كما هو الحال في الدعوى الإستعجالية الأخرى ، وألزمه بقبول الدعوى والإذن بالحيازة إلا في حالة بطلان المسطرة .

ويرى بعض الفقه⁽⁶⁾ أن الحكمة وراء تقرير هذا الاستثناء يكمن في أن هذه القضايا تتميز باستعجال واضح وبين حيث لا يمكن للإدارة نازعة الملكية أن تنتظر الحكم القاضي بنقل الملكية للبدء في الأشغال التي تقررت من أجلها مسطرة نزاع الملكية خاصة وأن بعض المشاريع تتميز بأهمية قصوى كبناء المستشفيات والمدارس وبعض السدود وطرق لفك العزلة عن بعض القرى و المداشر .

¹ قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1958/07/1 مجموع قرارات المجلس الأعلى 56-57 ص 159 محمد أجعون ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية - سلسلة مواضيع الساعة ، عدد 50 سنة 2005 ص 92 .

² المحكمة الإدارية الإستئنافية قرار رقم 37 صادر بتاريخ 2007/03/27 في الملف رقم 2007/02/05 مجلة الحقوق المغربية عدد 17 السنة 4 أبريل 2009 ص 255.

³ إبراهيم زعيم : مسطرة وقف التنفيذ ومسطرة الاستعجال في المادة الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية - السلسلة العادية ، يوليو - شتنبر 1995، ص 71.

⁴ محمد الكشور : نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة، الطبعة الأولى سنة 1989 ص 134.

⁵ أمر استعجالي عدد 6 بتاريخ 1995/02/14 ملف رقم 94/32 س ذكره محمد أجعون ص 28 م.س. أطروحة.

⁶ محمد أجعون : م.س ، ص 28.

وقد تطرق المشرع الجزائري من خلال قانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة في المادة 28 منه « أن السلطة الإدارية المخولة أن تطلب عند الضرورة من الجهة القضائية المختصة الإشهاد باستلام الأموال . ويصدر القرار القضائي حينئذ إجراء استعجاليا » ، و لا يقتصر دور القاضي الإداري الإستعجالي على مجرد الإشهاد للإدارة بحيازتها أو وضع يدها على الاموال المنزوعة للمنفعة العامة ، بل هو الذي يرخّص لها ذلك لكونه يتمتع بسلطة تقديرية لفحص حالة الضرورة من عدمه⁽¹⁾.

و الملاحظ أن النص العربي للمادة 28 من القانون الجزائري يتحدث عن الإشهاد في حين يتحدث النص الفرنسي للمادة نفسها عن الترخيص بالدخول في الحيازة للأموال، وهو الأقرب إلى الصواب حيث إن دور القاضي الإداري ليس مجرد الإشهاد للإدارة بحيازة بل هو الذي يرخّص لها بذلك لكونه يتمتع بسلطة تقديرية لفحص مدى وجود حالة الضرورة من عدمه فالقاضي يبقى مؤهلا لإصدار قرار بعد التحقق من مقتضيات الضرورة وبإمكانه أن يرفض ترخيص الإدارة إلى وضع اليد الفوري حتى يفصل النزاع إن وجهت له دعوى من طرف المالك المعني بمسألة تحديد مبلغ التعويض⁽²⁾. وهذا على خلاف المشرع المغربي حيث لا يملك القاضي الإستعجالي في إطار الإذن بالحيازة رفض الطلب إلا عند بطلان المسطرة أما مسألة التعويض وتحديد فيه تقام بدعوى مستقلة تدخل في اختصاص القضاء الموضوعي ، أما المشرع المصري فلم يتطرق لهذا النوع من الدعوى . إذ تقوم الإدارة نازعة الملكية بنزع الملكية دون الحاجة إلى استصدار أمر استعجالي لكن القانون المصري اعتمد بدوره دعوى التعويض⁽³⁾.

و إذا كان المشرع المغربي قد ميز دعوى الحيازة واعتبرها دعوى إستعجالية حكما فهل جاء بالجديد بخصوص شرط عدم المساس بالجوهر الذي يعتبر بدوره شرطا أساسيا للقيام باختصاص القضاء الإستعجالي.

لقد اختلف الفقه في هذا الشأن حيث اعتبر فريق منه أن دعوى الإذن بالحيازة كباقي الدعوى الإستعجالية لا يحق للقاضي أن يمس بالجوهر وذلك راجع لغياب مجموعة من الضمانات عن المسطرة الإستعجالية ولطابع السرعة الذي يميز هذه المنازعات عموما⁽⁴⁾ أما الاتجاه الآخر فيرى أن القضاء الإستعجالي في مادة نزع الملكية يدخل إطار القضاء الإستعجالي الموضوعي نسبة إلى أن القاضي يبت ولو تعلق الأمر بموضوع الحق⁽⁵⁾ ونحن نتفق مع هذا الرأي إذا ان شرط عدم مساس بجوهر الحق المدعى فيه متوافر في هاته الدعوى على الاعتبار أن قاضي المستعجلات يبت في الحيازة وليس في نقل الملكية إلا أن الإذن بالحيازة يعتبر في الحقيقة الأمر بإجراء لنقل الملكية فبمجرد صدور الحكم الإستعجالي في دعوى الحيازة يفقد المالك الأرض نهائيا إذ لا يحق لهم حتى الطعن في هذا الحكم كما سنرى لاحقا بتالي فقد مس هذا الحكم بحقوقهم في تملك العقار موضوع النزاع وهذا دليل على مساس هذا الأمر الإستعجالي بأصل الحق وقد ذهب الأستاذان محمد الأعرج وسمير أحيذار إلى القول أن " قاضي المستعجلات لا يأمر بإجراء وقتي يمكن العدول عنه ، وإنما في الحقيقة هو قاضي الموضوع ينظر على وجه السرعة في طلب موضوعي هو نقل حيازة عقار إلى من لم يسبق أن كان حائزا له " ⁽⁶⁾ و إذا كان تميز دعوى الإذن بالحيازة عن باقي الدعوى الإستعجالية الأخرى واضح على مستوى الشروط الموضوعية فإن تمييزها يظهر كذلك على مستوى بعض الشروط الشكلية فرقابة قاضي المستعجلات لا تحتل التعقب أو الاستدراك باللجوء إلى طرق الطعن العادية فدعوى الإذن بالحيازة غير قابلة

¹ أحمد رحمانى : نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، مجلة الإدارة ، المجلد 4 ، العدد 2 ، 1994 ص 13

² مسعود سيمو : المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص الجزء 3 الطبعة 4 سنة 2005 ص 60.

³ أحمد أجعون : م.س ، ص 25.

⁴ محمد أجعون : م.س ص 30.

⁵ محمد النجاري : في تعليق على الأمر الإستعجالي عدد 27/127 المتعلق بالنزع الملكية بالحيازة الفورية ، مجلة المحامي عدد سنة 1988 ص 66.

⁶ محمد الأعرج وسمير أحيذار : اختصاص القضاء الإداري الشامل في م.م.إ.م.ت عدد 71 نونبر - دجنبر 2006 ص 20

للاستئناف ولا للتعرض وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من الفصل 31 من قانون نزاع الملكية كما أنها غير قابلة للطعن بالطرق غير العادية كإعادة النظر و التعرض الخارج عن الخصومة التي سلم القضاء بقبولها في أحكام القضاء الإستعجالي⁽¹⁾.

ومن الاستثناءات المميزة لدعوى الإذن بالحيازة ما نصت عليه الفقرة 3 من الفصل 18 من قانون نزاع الملكية والذي جاء فيها « استثناء من أحكام الفصل 32 من ق م م تقبل الطلبات ولو لم ينص فيها على أحد البيانات المقررة في الفصل السابق إذا تعذر على نازع الملكية الإدلاء بها » ، وقد ورد في حيثيات أمر إستعجالي صدر عن المحكمة الابتدائية بالرباط ما يؤكد ذلك حيث جاء فيه " إن ما تدّرع به أحد المدعي عليهم من أن المقال غير مقبول شكلا دفع مردود لان فصل 18 صريح إذ يبيح للدولة عدم التقيد بمقتضيات الفصل 32 من م.م⁽²⁾ وهذا ما أكدته كذلك نفس المحكمة في إحدى أحكامها الإستعجالية بخصوص الدفع المتعلق بعدم التنصيب المدعي في المقال على مهن الأطراف وأهليتهم حيث أجابت أن « البيانات الأخرى الناقصة فإن الفقرة الثالثة من الفصل 18 من قانون نزاع الملكية تسمح بقبول طلبات نزاع الملكية سواء تعلق الأمر بطلب الحيازة أو بنقل الملكية ولو لم ينص فيها على أحد البيانات المقررة في الفصل المذكور إذا تعذر على نازع الملكية الإدلاء بها⁽³⁾ هذا الإجراء أصبح يعفي نازع الملكية من إصلاح مسطرة نزاع الملكية وذلك من أجل إدخال البيانات الخاصة بالملك الجدد للعقار إذا تعذر عليه معرفة ذلك وإجراء كذلك مكن الإدارة من ربح الوقت والجهد والإسراع في إنجاز الأشغال و تبسيط المسطرة⁽⁴⁾ وذلك من أجل المصلحة العامة. و يرى بعض الفقه أن خضوع دعوى الحيازة إلى قانون نزاع الملكية الذي تختلط فيه قواعد الموضوع بقواعد الشكل و خضوعها كذلك للقانون الحدث للمحاكم الإدارية الذي يعتبر قانونا شكليا يضيفي على هذا النوع من الدعوى طبيعة خاصة و متميزة⁽⁵⁾

المطلب الثاني : مراقبة القضاء الإستعجالي للمسطرة الإدارية و حدود اختصاصه :

الفرع الاول : دور القاضي الإستعجالي في مراقبة المسطرة الإدارية :

تعتبر مراقبة القاضي الإستعجالي للمسطرة الإدارية من أهم مظاهر الحماية المؤقت لحق الملكية التي أقرها القانون وتبدأ هذه الرقابة بالتأكد من تقديم الطلب داخل أجل القانوني ، فالإدارة ملزمة بأن تقديم طلب نقل الملكية خلال أجل السنتين من تاريخ نشر مقرر التخلي بالجريدة الرسمية وفي الحالة عدم احترام هذا المقتضى فلا يمكن للقاضي الإداري الإستعجالي الحكم بالحيازة إلا بموجب إعلان جديد للمنفعة العامة وقد اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط هذا المقتضى سببا لسقوط حق نقل الملكية ، إذا جاء في أحد أحكامها أن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 17 من ق.ن.م تشترط صراحة لأجل نقل الملكية بإيداع المقال من طرف نازع الملكية داخل أجل السنتين ابتداء من تاريخ نشر المقرر بالجريدة الرسمية و انه بالرجوع إلى اوراق الملف يتبين ان مقال المدعى مسجل بتاريخ 29 نونبر 1994 في حين ان المرسوم رقم 2-90-541 المتعلق باعلان المنفعة العامة صادر في 29 نونبر 1990 أي خارج أجل السنتين المنصوص عليها قانونا و بما ان أجل تنفيذ الدعوى تعتبر من النظام العام و بالتالي فإن المحكمة تعمل على مراقبتها

¹ موسى عبود ومحمد السامحي: المختصر في المسطرة المدنية والسلم القضائي، مطبعة الصومعة 1994 ص 170.

² المحكمة الابتدائية بالرباط ، أمر عدد 2533 في الملف الستعجالي عدد 86922/6 بتاريخ 23 دجنبر 1986 (غير منشور)

³ المحكمة الإدارية بالرباط الأمر رقم 21 بتاريخ 06/02/1995 ذكره أحمد اجعون اطروحة لنيل شهادة الدكتور المرجع السابق ص 34.

⁴ جيلالي امزيد: م س ص 112.

⁵ محمد الكشور : نظام المحاكم الإدارية وقانون نزاع الملكية ، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن ع 21- 1994 ص 123

تلقائيا لذا يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى شكلا⁽¹⁾ و في حكم أخر جاء فيه " عدم تقديم دعوى نقل الملكية داخل اجل سنتين من تاريخ نشر المرسوم وفق الكيفية المحددة أعلاه، يجعل الطلب غير مؤسس وبالتالي غير مقبول " ⁽²⁾ إلا أنه في بعض الحالات الخاصة و التي يكتفي فيها بالتبليغ فيتم احتساب هذا الاجل ابتداء من تاريخ التبليغ ⁽³⁾ .

وإذا كان يعتبر الخوض في جوهر النزاع ممنوع على القاضي الإستعجالي فإن المشرع أعطي للقاضي الإستعجالي الإختصاص بمراقبة الإجراءات الجوهرية والمسטרية والسهر على عدم التهاون أو تغافل الإدارة عن القيام بها، حيث تطرقت المادة 24 من قانون نزع الملكية أنه « لا يجوز لقاضي المستعجلات رفض الإذن في ذلك إلا بسبب بطلان المسطرة » وتتجسد صحة المسطرة في توفر الملف على الوثائق التالية:

- وصل إيداع مبلغ إحتياطي يعادل قيمة التعويض الذي اقترحتة اللجنة الإدارية مع صورة من محضر اللجنة .
- نسخة من الجريدة الرسمية التي تم بها المرسوم القاضي بإعلان المنفعة العامة وصورة لإعلان نفس المرسوم بإحدى الجرائد الوطنية المتخصصة في الإعلانات القانونية ، وصورة التصميم التجزيئي للعقارات المستهدفة بالنزع⁽⁴⁾ ،
- شهادة من المحافظ على الأملاك العقارية تتضمن قائمة أصحاب الحقوق العينية المثقلة للعقار المستهدف بالنزع إذا كان محفظا⁽⁵⁾ .
- شهادة من المحافظ على الأملاك العقارية بتقييد مشروع مقرر التخلي بالرسم أو بالرسوم العقارية المعنية بنزع الملكية، أو بتقييده بسجل التعرضات مع الإفادة عند الاقتضاء عن أسماء المتعرضين ونوع الحقوق المتعرض بشأنها بالنسبة للعقارات الموجودة في طور التحفيظ⁽⁶⁾
- شهادة من المحكمة الإدارية المختصة بتقييد مشروع النزع بالسجل المنصوص عليه في الفصل 455 من ق.م.م بالنسبة للعقارات التي لم يتم تحفيظها أو وضعها في طور التحفيظ.
- شهادة مسلمة من إدارة الجماعة المحلية تثبت إشهار مشروع نزع الملكية عن طريق وضعه رهن إشارة العموم مرفقا بالتصميم التجزيئي طيلة مدة شهرين⁽⁷⁾ .
- سجل التصريحات والملاحظات والتعرضات المحتملة المعبر عنها فترة الاشهار.

¹ المحكمة الإدارية للرباط حكم عدد 46 بتاريخ 1997/07/09 ملف اداري عدد 95/202 اشار اليه محمد الاعرج و سمير أحيّاز : المرجع السابق ، ص 17

² المحكمة الإدارية بالرباط الامر رقم 1014 ملف رقم 06/699 س بتاريخ 05/11/15 بين الوكالة الخاصة طنجة البحر الابيض المتوسط ضد الرابط عبد الحنين محمد الاعرج و سمير أحيّاز : المرجع السابق ، ص 17

³ تنص م 8 من قانون نزع الملكية « تتخذ بشأن المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة تدابير الاشهار الاتية : نشر المقرر بكامله في الجريدة الرسمية (الجزء الاول) ونشر إعلان بشأنه في جريدة أو عدة جرائد مآنون لها في نشر الاعلانات القانونية مع الاشارة إلى الجريدة الرسمية التي وقع نشره بها.

⁵ المادة 11 من قانون نزع الملكية ".... ويتعين على نازع الملكية أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية تسليمه شهادة تتضمن قائمة تتضمن الأشخاص الموجودة بأيديهم حقوق عينية مقيدة في السجلات العقارية ، ويمكن أن تكون هذه الشهادة جماعية."

⁶ م 12 من قانون نزع الملكية.

⁷ م 8 من ق نزع الملكية.

و بتالي فإن رقابة قاضي المستعجلات رهينة بمدى توفر طلب الاذن بالحياسة على الوثائق المشار إليها سابقا فهذه الرقابة كما يرى بعض الباحثين « تقتصر على التأكد من المطابقة بين الاجراءات الإدارية ومعياريها القانوني » وتعتبر هذه الرقابة من النظام العام أي أنها رقابة تلقائي⁽¹⁾ يارسها قاضي المستعجلات وإذ لم يثرها أصحاب المصلحة.

في حين يرى فريق آخر من الفقه أن هذه المراقبة تنصب بالأساس على عدم إحترام الفصول المتعلقة بالاعلان و النشر و الايداع و البحث⁽²⁾ من طرف الأشخاص المذكورين في الفصل 3 إذ أن أهم ما أتى به قانون نزع الملكية هو الغاء التبليغ إلى الملاك و ذوي الحقوق العينية كما كان معمولاً به في القوانين السابقة و حرصاً من المشرع على تعويض هذا الفراغ فإنه احاط عملية نزع الملكية بإشهار واسع النطاق حيث عدد إجراءات النشر و التعليق و ذلك لخلق نوع من التوازن بين متطلبات السرعة و ضرورة الحفاظ على حقوق الملاك و قد نصت المادة 8 على وجوب نشر المقرر المذكور بكامله في الجريدة الرسمية النشرة العامة كما يجب نشر نفس المقرر في جريدة وطنية أو أكثر مأذون لها بنشر الاعلانات القانونية كما أكدت المادة 8 من ق. ن. م. على تعليق النص كامل بمكاتب الجماعة التي تقع فيها المنطقة المقرر نزع ملكيتها كما أعطى القانون إمكانية اللجوء إلى وسائل الاشهار الاخرى كالمناداة في الأسواق مراعاة للمستوى الثقافي و الاجتماعي لبعض الملاك .

كما تكون المسطرة باطلة إذا لم يصدر مقرر إداري بتعيين المنطقة التي يمكن نزع ملكيتها أو صدر ولم يتخذ بشأنه تدابير الإشهار المنصوص عليها في الفصول 8-9-10-11-12⁽³⁾

وهذا ما أكدته بعض الاجتهادات القضائية حيث أن « المقصود ببطلان المسطرة حسب الفصل 24 من قانون نزع الملكية هو تخلف إحدى الإجراءات المنصوص عليها في فصل 8 وما يليه من ذات القانون»⁽⁴⁾ إلا أن الملاحظ أن قاضي المستعجلات الادري ييسر رقابته على مدى احترام إجراءات أخرى غير مسطرة النشر و التبليغ اذ جاء في احدي اجتهاداته " حيث إنه بموجب الفصل 7 من القانون 81-7 يمكن للمقرر المعلن المنفعة العامة أن يحدد مباشرة الأملاك التي يشملها نزع الملكية ، وفي هاته الحالة لا داعي لإصدار مقرر بالتخلي بالجريدة الرسمية أو تبليغه طبقاً للفصل 9 من القانون أعلاه .

وحيث تبين من دراسة أوراق الملف أن المرسوم القاضي بإعلان المنفعة العامة أعلاه عين مباشرة الأملاك التي تم نزع ملكيتها ، فلم يكن بالتالي مجال لإصدار مقرر بالتخلي في هاته الحالة طبقاً لمقتضيات الفصول 7 و 9 و 17 من القانون 81 - 7 أعلاه وهذا ما استقر عليه قضاء المجلس الأعلى في قراره عدد 28 بتاريخ 2000/1/13 بالملف الإداري 61/908 قضية الدهالي ضد المكتب الوطني للماء الصالح للشرب⁽⁵⁾ . إلا أن هذه الرقابة و على أهميتها تبقى جد محدودة ، فماهي إذن مظاهر هذه المحدودية ؟

¹ المحكمة الإدارية للرباط حكم عدد 74 بتاريخ 1995/04/27 ملف اداري عدد 94/57 (غير منشور)

² حسن صهيبي : القضاء الإداري ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، سلسلة مؤلفات و اعمال جامعية عدد 80 ، الطبعة الاولى ، 2008 ص 188

³ محمد النجاري في تعليقه على الأمر الإستعجالي رقم 97/127 مجلة المحامي عدد 88/12 ص 68 .

⁴ المحكمة الإدارية بالبيضاء الأمر عدد 6 الصادر بتاريخ 1995/02/14 في الملف عدد 94/ 32 س أوردة محمد أجعون أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ص 64.

⁵ المحكمة الإدارية بالرباط الامر رقم 1012 في الملف رقم 6/697 س بتاريخ 2006/11/15 بين الوكالة الخاصة طنجة البحر الأبيض المتوسط ضد الأزرق عبد السلام (غير منشور)

الفرع الثاني : حدود اختصاص القاضي الإداري الإستعجالي في مراقبة مسطرة نزع الملكية :

تظهر محدودية تدخل قاضي المستعجلات في الإجابة عن التساؤل التالي ، هل تقتصر مراقبته على الإجراءات المسطرية ام تمتد إلى غيرها كمراقبة الأموال القابلة للنزع أو الأشخاص المخول لهم حق النزع أو مراقبة شرط المنفعة العامة ؟

لقد أجابت المحكمة الإدارية بالرباط عن هذا التساؤل من خلال أحد أحكامها حيث جاء فيه " وحيث أنه استنادا لأحكام المادة 24 من القانون رقم 7/81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة فإن قاضي المستعجلات يمكن له الإذن في الحيازة لنزع الملكية متى تبين له بأن المسطرة المنصوص عليها في فصول 8،9،10،12 من القانون أعلاه قد تمت بصورة صحيحة وحيث أنه وبعد الاطلاع على الوثائق المعززة للطلب تبين لنا أن المدعية قد سلكت جميع الإجراءات الإدارية المنصوص عليها في الفصول المشار إليها أعلاه والمتمثلة في التعليق والإيداع والنشر وباقي الإجراءات الأخرى وحيث إن قاضي المستعجلات تحدد مهمته في إصدار الأذن بالحيازة ولا يمكنه أن يتطرق لمسألة البحث حول مالك العقار المراد نزع ملكيته بعد إثارة هذه النقطة من طرف الاطراف المدعى عليهم في نازلة الحال وإن ذلك يعود إلى اختصاص قاضي الموضوع....."⁽¹⁾

و من خلال مقتضيات هذا الحكم يتضح لنا محدودية دور قاضي المستعجلات في مجال نزع الملكية حيث يقتصر دوره على مراقبة الإجراءات المسطرية لنزع الملكية ⁽²⁾ فالقاضي الإستعجالي لا تمتد رقابته على الأسباب القانونية التي تحدد الحقوق والالتزامات الأطراف حيث يبحث في ظاهر مستندات الدعوى بحثا عرضيا وسطحيا وبالقدر الذي يوصله إلى الإجراء الوقائي المرغوب فيه ودون أن يخوض في أصل الحق الذي يتركه سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع ⁽³⁾

و من مظاهر محدودية مراقبة القاضي الإداري الإستعجالي لمسطرة نزع الملكية عدم اختصاصه في رقابة شرط المنفعة العامة من خلال مراقبة الموازنة بين منافعها و أضرارها إذ يرى بعض الفقه انه " لا يمكن قانونا اعتبار عملية نزع الملكية محققة للمنفعة العامة إلا إذا كانت الإضرار التي تلحق الملكية الخاصة من جرائها و ما تتطلبه من تكاليف مالية و كذلك ما يحتمل أن ينتج عنها من مضار اجتماعية لا تتجاوز بشكل مبالغ فيه المزايا او المنافع التي يمكن ان تترتب عليها"⁽⁴⁾

و إذا كان الاجتهاد القضائي أقر سابقا أحقية تدخل قاضي الموضوع في مراقبة الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من خلال ما أبدعه مجلس الدولة الفرنسي في القضية الشهيرة (المدنية الشرقية الجديدة) بتاريخ 28 ماي 1971 حيث أتى بقاعدة "أن أي مشروع لا يمكن الاعتراف له قانون بتوافر شرط المنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بمنفعة عامة أخرى ليست باهظة بالنظر إلى المنفعة التي تحققها"⁽⁵⁾ وقد ذهب المجلس الأعلى المغربي في نفس الاتجاه وتبنى نظرية الموازنة في قضايا نزع الملكية من خلال قراره في القضية الشركة العقارية ميموزة والذي جاء فيه " إذا كانت الإدارة تتوفر على السلطة التقديرية في خصوص المنفعة العامة التي تسعى إلى تحقيقها من وراء نزع الملكية ، فإن ذلك لا يمنع القضاء الإداري من مراقبة مضمون أغراض المنفعة العامة المذكورة وما إذا كان المنزوع

¹ المحكمة الإدارية بالرباط، الأمر رقم 565 الصادر بتاريخ 2005/07/27 في الملف عدد 05/524 س منشور في موقع وزارة العدل.

² التوسع أكثر راجع أطروحة الأستاذ محمد أجعون م.س.

³ إبراهيم زعيم م.س ص 72

⁴ Gustave Pesier : Droit administratif ; Dalloz ; 1 er édition ; 1993 p 52.

⁵ C E- 28/05/1971 ministre d'équipement et du logement /c/ fédération de défense de personnes concernées par le projet Dénomé « Ville nouvelle est » REC 409 Coucl Braibout

ملكيتها كما هو الحال في النازلة يسعى إلى تحقيق نفس الأغراض و الأهداف بموافقة الإدارة المسبقة لإنجاز هذا المشروع مما يعني أن الإدارة التي رخصت للطاعة لتحقيق هذا المشروع وتركبتها تحقق جزءا منه وتنفق مبالغ مالية هامة لا يمكنها أن تسعى إلى نزع هذه الملكية المنفعة العامة لتحقيق نفس الأغراض و إلا فأنها تكون مشتطة في استعمال سلطتها إن المنفعة العامة التي تتدرع بها الإدارة لإصدار المرسوم المطعون فيه تحققت بالفعل غير أن المشروع الذي أنجزت الطاعة طرفا مهما منه باعتراف الإدارة وبموافقتها الواضحة والصريحة مما يجب إلغاء المقرر المطعون فيه⁽¹⁾

وإذا كان قاضي الإداري الموضوعي تمكن من فرض رقابته على شرط المنفعة العامة فإن القاضي الإداري الإستعجالي مقيد بمجموعة من القيود تحول بينه و بين فرض هذه الرقابة و منها أن شرط المنفعة العامة يأتي في شكل قرار إداري و بالتالي فإن الطعن فيه هو من اختصاص قاضي الإلغاء ، أما القيد الثاني فهو نابع من طبيعة القضاء الإستعجالي نفسه إذ يفرض القانون لتدخل القاضي الإستعجالي عدم مساسه بجوهر الحق و يعتبر الخوض في شرط المنفعة العامة تدخل في محل قرار إداري و بالتالي تدخل في جوهر الحق .

إلا أن تدخل القاضي الإستعجالي يبقى في صالح أطراف الدعوى فالإدارة لا تنتظر الحكم القضائي لتنقل إليها الملكية والتي غالبا يتطلب هذا الحكم وقت كثيرا مما قد يعرقل عمل الإدارات العمومية وبالتالي المصلحة العامة ونفس الوقت فهو في صالح المنزوع ملكيته إذ على أقل فهو يستفيد من المبلغ التعويض المؤقت في انتظار الحكم له بالتعويض النهائي⁽²⁾

المبحث الثاني : دور القاضي الإستعجالي الإداري في رفع الإعتداء المادي :

إن الحديث عن مضمون سلطات القاضي الإداري الإستعجالي في رفع الاعتداء المادي (المطلب الثاني) يستلزم منا التعرف على محدداته و أشكاله أولا (المطلب الأول) .

المطلب الأول : محددات الاعتداء المادي :

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الاعتداء المادي عند الفقه و الاجتهاد القضائي (الفرع الأول) كما سنتطرق إلى طبيعة الأعمال المادية التي تشكل فعل التعدي (الفرع الثاني)

الفرع الأول : مفهوم الإعتداء المادي :

يعد الفقيه " لافير " أول من وضع فكرة الاعتداء المادي ووضع تعريفا له وذلك في تقريره الذي قدمه كمفوض للحكومة إلى محكمة التنازع في قضية **Leu Monnier** بتاريخ 05/05/1878 ، حيث ربط الاعتداء المادي بفكرة اغتصاب السلطة ، فذهب في هذا التقرير ، إلى أن الخطأ الفاحش ، والاغتصاب الواضح ، والاعتداء غير مبرر على الحقوق الخاصة ، مجرد القرار من صفته الإدارية ، ويصبح مجرد عمل من الأعمال الاعتداء المادي ، و انتهى في تقريره إلى تعريف الاعتداء المادي بأنه خروج الإدارة عن سلطتها وعن اختصاصاتها .

¹ قرار المجلس الأعلى رقم 378 الصادر بتاريخ 1992/02/10 ملف رقم 10023 الشركة العقارية ميموزة وضد وزير الأول ومن معه ذكره (أحمد أجعون : تطور رقابة المجلس الأعلى على شرط المنفعة العامة في موضوع نزع الملكية ، م.م.إ.م.ت سلسلة العادية عدد مزدوج 38-39 ماي غشت 2001 ص 139) .

² احمد أجعون : اختصاص القاضي الإداري الإستعجالي في المادة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة م.م.إ.م.ت سلسلة المواضع الساعة ع 50 ، 2005 ص ، 88 .

« il ya voie de fait au cas ou l'administration sortait non seulement de ses propres attributions mais des attribution même de l'autorité administrative »¹

الإعتداء المادي هو ذلك الصنف من الأعمال التي تخرج من خلاله الإدارة عن إطار مبدأ الشرعية بشكل سافر مما يجعله منقطع الصلة بأي نص تشريعي أو تنظيمي⁽²⁾ و يتحقق الإعتداء المادي في مجال حق الملكية عند قيام الإدارة بتصرف يمس بحرية التملك دون أن يكون لها بأي شكل من الأشكال صلة بالممارسة المشروعة للامتيازات القانونية الممنوحة لها كسلطة إدارية⁽³⁾.

كما عرف بعض الفقه « الإعتداء المادي » بأنه إرتكاب الإدارة أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي عدم مشروعية جسيم ظاهر من شأنه أن يتضمن اعتداء على حق الملكية أو مساسا بحرية من الحريات العامة⁽⁴⁾. وانطلاقا من هذا التعريف يتضح لنا أن الإعتداء المادي عنصران أساسيان : العنصر الاول يتمثل في التنفيذ المادي بمعنى أنه يجب أن يكون هناك عمل تنفيذي مادي مباشر يرى القاضي أنه يكفي أن يكون تهديدا لحق الملكية. كالقيام بعملية بناء أو إقامة سياج أو هدم محل أو اقتحامه بالقوة بدون الاستناد في ذلك إلى القانون وقد استقر الاجتهاد القضائي في تعريف الإعتداء المادي حول فكرة مفادها أنه خرق فادح لحق الملكية ترتكبه الإدارة ضدا على كل الضمانات الأساسية التي نص عليها القانون⁽⁵⁾ وقد اعتبر المجلس الأعلى « احتلال الإدارة لملك الغير قبل أن تتخذ القرار بالاحتلال المؤقت هو عمل يكتسي صبغة اعتداء وقت إنجازه »⁽⁶⁾.

وقد استقر القضاء الإداري على تحديد مفهوم الإعتداء المادي على أنه كل نشاط يستعص إدخاله ضمن ممارسة السلطة الإدارية⁽⁷⁾، وعرفته المحكمة الإدارية بالرباط بقولها « إن الإدارة حينما تقوم بارتكاب الإعتداء سواء في صورة قرار إداري صارخ في عدم مشروعيته أو في تنفيذ عمل مشروع الذي يصبح بعد هذا التنفيذ قرارا معدوما - كما في نازلة الحال - فإنها تكون في الحالتين معا قد ارتكبت اعتداء مادي يخرجها عن مبدأ الشرعية ويجرد عملها من صفته الإدارية. وحيث إذا حصل أن الإدارة أثناء مباشرتها لوظائفها الإدارية خرجت عن الحدود المقررة لها في القانون خروجاً يشكل 'اعتداء صارخاً وجسيماً على مبدأ الشرعية فإن العمل الإداري يفقد في هذه الحالة طبيعته الإدارية وتنقطع الصلة بينه وبين القانون و يصبح مجرد عمل مادي يشبه عمل الافراد العاديين »⁽⁸⁾.

الفرع الثاني : طبيعة الأعمال الإدارية التي تشكل فعل التعدي :

انطلاقاً مما سبق يتضح لنا أن الإعتداء المادي يتأسس على عنصران أساسيان : العنصر الاول يتمثل في التنفيذ المادي بمعنى أنه يجب أن يكون هناك عمل تنفيذي مادي مباشر يرى القاضي أنه يكفي أن يكون تهديدا لحق الملكية. كالقيام بعملية بناء أو إقامة سياج أو هدم محل أو اقتحامه بالقوة بدون الاستناد في ذلك إلى القانون.

¹ مصطفى التراب : استيلاء الإدارة على الملكية الخاصة ومدى تعارضه مع مشروعية وسيادة القانون ، م.م.إ.م.ت سلسلة عادية ، ع 75 يوليوز غشت 2007 ص 15

² عبد الكريم حيزرة : إشكالية الاختصاص القضائي في دعوى الإعتداء المادي بالمغرب RAMALD مواضيع الساعة عدد 47 سنة 2004 ص 45.

³ جيلالي أمزي : مباحث في مستجدات القضاء الإداري م.س ص 104.

⁴ J. Waline : Droit administrative ; Paris , Dalloz, 21ème edition , 2006 P502

⁵ جيلالي أمزي : م.س ص 105

⁶ قرار المجلس الأعلى عدد 345 بتاريخ 1978/08/4 في الملف الإداري رقم 54269 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 س 1980 ص 173 .
C.S.A arrêté n°27 du 4 décembre 1958 ; consorts félix ; c . Etat chérifien . Rec/ p 164

ذكره ح اربيعي خديجة امعيزة : الإعتداء المادي وحدود اختصاص قاضي المستعجلات : تعليق على الأمر الإستعجالي رقم 25 الصادر عن إدارية وجدة بتاريخ 5 يونيو 2006 . المجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد 4 سنة 2007 ص 127.

⁸ م.إ.د.ا بالرباط حكم عدد 96 بتاريخ 1995/04/13، شركة بروموبوعا ضد المجلس البلدي ، مجلة المعيار عدد 21 يناير 1996 ص 226.

إلا أن بعض الفقه يرى « أن الأساس القانوني للغصب والإعتداء ليس العمل المادي التنفيذي الذي تقوم به الإدارة على العقار المستولى عليه لأن ذلك إنما هو مظهر واقعي خارجي له فقط، وإنما أساسه اعتماد الإدارة في القيام به على قرار إداري معدوم مادامت مرجعية هذا القرار لا تستند على أي مقتضى قانوني»⁽¹⁾ بحيث تستند الإدارة في هذه الحالة إلى قرار أصدرته من أجل الإستيلاء على ملكية خاصة بدون أن يكون بهذا القرار أي سند قانوني، فهو معدوم لأنه ينطوي على مخالفة صارخة لمبدأ المشروعية وبالتالي لا يمكن أن يرتب أي أثر قانوني⁽²⁾.

أما العنصر الثاني يتجلى في عدم مشروعية جسيم وظاهر للعمل الإدارة وهذا يعني أن عدم مشروعية بسيط لا يكون في حد ذاته اعتداء ماديا بل يشترط أن يكون هناك عدم مشروعية جسيم⁽³⁾. كما عرفه بعض الفقه أنه تصرف يصدر عن الإدارة أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي يتسم بعدم المشروعية الجسيم والظاهر لاعتدائه على حق الملكية الخاص أو مساسه بحرية من الحريات العامة المصونة بالدستور فالاعتداء المادي هو كل عمل لا صلة له مطلقا بتطبيق نص قانوني أو تنظيمي أو حتى بإحدى الصلاحيات المسندة للإدارة فهو العمل الذي لا يمكن اعتباره عملا ذي طبيعة إدارية يمكن إدراجه ضمن ممارسة السلطة الإدارية.

وتجدر الإشارة أن الإعتداء المادي قد تنصب على حق الملكية لذاته كما أنه قد ينصب على حق من الحقوق العينية والارتفاقات الأخرى التي هي في خدمة العقار كما هو الشأن بالنسبة للأشغال التي تقوم بها الإدارة خارج العقار.

ويأخذ الاعتداء المادي عدة أشكال منها إقامة إدارات عمومية أو بناء مدارس فوق ملك الخواص دون موافقتهم⁽⁴⁾ أو بناء مشاريع سكنية اجتماعية⁽⁵⁾ أو تمرير و مد الأسلاك الكهربائية عالية التوتر أو مد قنوات الصرف الصحي أو تشيد مستشفيات أو مساكن وظيفية⁽⁶⁾ كما نجد بعض الجماعات الترابية تقوم بالاستيلاء على عقارات الخواص لاستعمالها كأسواق أسبوعية أو مستودعات للسيارات أو المحجوزات ...

المطلب الثاني : مضمون سلطات القضاء الإستعجالي في دعوى الإعتداء المادي :

ان الحديث عن مضمون سلطات القاضي الإداري الإستعجالي في رفع الاعتداء المادي (الفرع الثاني) يستدعي منا الحديث أولا عن الإطار القانوني لاختصاصه في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تأسيس الاختصاص للقضاء الإداري الإستعجالي في رفع الاعتداء المادي :

يعتبر القضاء الإداري هو الحامي الطبيعي لحق الملكية من الإعتداء المادي للإدارة عليه رغم أنه عرف في بداية إحداث المحاكم الإدارية⁽⁷⁾ اضطرابا من حيث إسناد الاختصاص إليه في هذا النوع من القضايا متأثرا في ذلك على ما يبدو

¹ عبد الحميد الحمداوي: العمل القضائي في مجال الغصب ونقل الملكية، رسالة المحاماة عدد 27 ص 2.

² مصطفى التراب : استيلاء الإدارة على الملكية الخاصة ومدى تعارضه مع المشروعية وسيادة القانون ، م.م.إ.م.ت سلسلة عادية - يوليو- غشت ، عدد 75. 2007 ص 13 .

³ الحسن الوزاني شاعدي : الاعتداء المادي الإداري و اختصاص قاضي المستعجلات ، المجلة المغربية للقانون عدد 3 سنة ، 1985 ، ص160.

⁴ المحكمة الإدارية بالرباط حكم عدد 65 بتاريخ 23 فبراير 1995 العناية بنداود و من معه ضد الجماعة القروية لعين السبت ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد 13 أكتوبر-دجنبر السلسلة العادية 1995 ص 66

⁵ المجلس الأعلى ، الغرف الإدارية ، قرار عدد393 بتاريخ 12 أكتوبر 1995، مايوخل الحاج بلقاسم ضد الدولة المغربية ، المجلة المغربية للإدارة المحلية للتنمية عدد 14-15 السلسلة العادية 1996 ص162

⁶ المجلس الأعلى الغرفة الإدارية قرار رقم 296 بتاريخ 2 إبريل 1998 الوكيل القضائي ضد الحاج عبد الرزاق ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية السلسلة العادية عدد 44-45 غشت 2002 ص 166

⁷ الملاحظ أن المشرع المغربي عندما تعرض لاختصاصات المحاكم الإدارية الجديدة سيما في المواد 8-9-11-44 من قانون 41/90 لم يشر إلى دعوى الإعتداء المادي

بالاجتهاد القضائي الفرنسي⁽¹⁾ إذ يعتبر هذا الأخير أن المحاكم العادية هي المختصة بنظر الدعاوى الناتجة عن الاعتداء المادي مستند في ذلك إلى التبريرات التالية :

- كون المحاكم العادية هي الحامي الطبيعي للملكية الخاصة .
- كون القاضي العادي يملك سلطة قوية و استثنائية لا يملكها القاضي العادي للوقاية من الاعتداء المادي أو إيقافه.
- كون الاعتداء المادي و طبيعته و الشكل الذي صدر عليه أو الطريقة التي نفذ بها هو الذي أنزل الإدارة منزلة الأفراد العاديين و أفقدها ميزة التقاضي أمام القضاء العادي⁽²⁾.

و قد سار المجلس الأعلى في نفس الاتجاه إذ كان يعتبر هذه القضايا من اختصاص المحاكم العادية حيث كان يعلل موقفه بكون الفصل 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية قد عدد اختصاص المحاكم الإدارية على سبيل الحصر ولم يمنحها الولاية للبث في جميع المنازعات الإدارية وأنه لم يرد فيه على أن هذه المحاكم مختصة في إزالة التعدي الناتج عن أعمال ونشاطات الإدارة و مادام الأمر كذلك فإن أي موضوع لم يتم التنصيب عليه في تلك المادة فهو يعود لاختصاص القاضي العادي⁽³⁾، وقد انقسمت المحاكم الإدارية في البداية بين مؤيد لهذا الاتجاه مبررين أن ما ورد في المادة 8 من القانون 90/4 جاء على سبيل الحصر ولا يمكن تجاوزه⁽⁴⁾ وقد أسس هذا الاتجاه موقفه على اعتبار أن المادة 19 من قانون رقم 90/41 التي تؤسس اختصاص رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضي المستعجلات لم تشر صراحة إلى اختصاصه لوقف أعمال التعدي الصادرة عن الإدارة نظر للطبيعة الخاصة بحالة الاعتداء المادي التي تتخلل فيه الإدارة عن امتيازاتها و تنزل منزلة الخواص و بالتالي فإن رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص لوقف أعمال التعدي⁽⁵⁾ و يرى الأستاذ مصطفى التراب أن تبني هذا الموقف يرجع إلى تأثير القضاء المغربي بالقضاء الفرنسي و الذي يعتبر القاضي العادي هو الحامي الطبيعي لحق الملكية و هو مبرر خاص بفرنسا و بماضيها التاريخي⁽⁶⁾ و بما أن المغرب لم يعرف مثل هذه المعطيات التاريخية فإن ليس هناك ما يدعو قانونا و واقعا إلى التشبث بهذا الموقف و مادامت المادة 8 من قانون رقم 90/41 لم تستثني صراحة قضايا الاعتداء المادي من دائرة اختصاصها النوعي فإنها مبدئيا هي المختصة⁽⁷⁾ وقد ذهب بعض الفقه إلى تبرير هذا الموقف بأن المحاكم الإدارية كانت حريصة على ألا تفاجئ بالتسرع في التجديد و قطع الصلة مع الماضي فجاء موقفها متميز بالتراث و الثاني و عملت في الفترة الأولى على الحفاظ على النهج السابق و عدم الخروج عما هو مستقر و متواتر و لم تسع إلى تطوير و تغيير هذا القطاع⁽⁸⁾ و سرعان ما استقر القضاء المغربي على اعتبار المحاكم الإدارية هي الجهة المختصة⁽⁹⁾ للبث في طلبات رفع الاعتداء المادي وإيقاف أشغاله وكانت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في قضية « كدليا غاشيل KADALIA RACHALL » أول محكمة أقرت هذا المبدأ في أمر استعجالي بتاريخ 26 أبريل 1994 وقد بنت هذه المحكمة موقفها على تفسير منطقي حيث اعتبرت أن الفصل 19 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية أعطى لرئيس المحكمة اختصاصات قاضي

¹ لقد حسم القانون رقم 112 لسنة 1946 المنشئ لمجلس الدولة المصري المعدل بالقانون رقم 47 لسنة 1972 ان الاختصاص في دعوى الاعتداء المادي من اختصاص القضاء الإداري .

² الحسن سيمو : قضاء الإلغاء و الأعمال المادية للإدارة ، مجلة الإشعاع ، عدد 13 لسنة 7 دجنبر 1995 ص 12

³ المجلس الأعلى ، قرار عدد 393 منشور المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد مزدوج 14-15 سنة 1996 ص 159.

⁴ المحكمة الإدارية بمكناس نالملك الإستعجالي رقم 1 س/94 بتاريخ 14/06/1994 ، منشور المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية - السلسلة العادية عدد 1 سنة 1995

⁵ M A Benabdallah : compétence administrative et voie de fait ; REMALD ; N°13 p 83

⁶ مصطفى التراب : استيلاء الإدارة على الملكية الخاصة ومدى تعارضه مع المشروعية وسيادة القانون ، م.م.إ.م.ت سلسلة عادية - يوليو - غشت ، عدد 75 2007 ص 17

⁷ J.Hassoun « A propos de la voie de fait » REMALD N°16 P 70

⁸ أمال المشرفي : م س ص 17

⁹ للتوسع أكثر راجع عبد الكريم حيزرة م.س ص 46 و مايليها.

المستعجلات ومن بينها النظر في دعوى الإعتداء المادي خاصة انه ليس هناك نص قانوني يمنع قاضي المستعجلات الإداري من مزاولة هذا الاختصاص⁽¹⁾ ، و قد استقر القضاء الإداري على اعتباره مختصا في طلبات رفع الإعتداء المادي و إيقاف إشغاله مند أن أقرت الغرفة الإدارية هذا الاتجاه بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 1996/06/20 في الملف الإداري رقم 96.150 الذي أقر اختصاص المحاكم الإدارية تم كرس المجلس الأعلى نفس الموقف في قراره عدد 658 الصادر بتاريخ 1996/09/19 و الذي جاء فيه « وحيث إنه إذا كان الاجتهاد القضائي السابق للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قد سار على أن المحاكم الإدارية تقتصر على الإختصاص بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن نشاطات أشخاص القانون العام ومنها دعاوى التعويض عن احتلال الإدارة غير المشروع لأراضي الخواص كما يفهم من الفصل 8 من قانون 41.90 المنشئ للمحاكم الإدارية دون النظر في رفع الإعتداء المادي على أساس أنه من اختصاص المحاكم العادية، فإن الاتجاه الجديد للغرفة الإدارية كما ترجمه القرار الصادر بتاريخ 1996/06/20 في الملف 96/150 هو اختصاص المحكمة الإدارية وهي بصدد البت في طلبات التعويض عن الأضرار الناتجة عن نشاطات أشخاص القانون العام في مجال الإعتداء المادي تكون ملزمة لا محالة بالبت والتأكد من قيام عناصر الإعتداء المادي والمبررات التي تتذرع بها الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى فإنها في هذه الحالة ستنظر في شقين متلازمين لدعوى واحدة تجمعها رابطة واحدة ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وإلا فما هي المحكمة المتوخاة من إسناد الإختصاص بالبت في طلبات التعويض عن الإعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم العادية في الوقت الذي كان من المفروض قانونا أن يكون الإختصاص في المجالين معا موكولا لجهة قضائية واحدة.

وحيث إن الفصلين 79 و 88 من قانون العقود والالتزامات اللذين تمسك بهما المستأنف لتأكيد اختصاص المحاكم العادية للبت في النزاع الحالي المتعلق برفع الإعتداء المادي للإدارة ولا مجال لهما في النازلة الحالية إذ الفصل 79 المذكور يتعلق بترتيب مسؤولية الدولة والبلديات عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها، بينما الفصل 80 المذكور يتعلق بالمسؤولية الشخصية لمستخدمي الدولة والبلديات⁽²⁾.

حيث تقدم المدعي بعدة طلبات من بينها الحكم بطرد المدعى عليه من أرضه و حيث انه بخصوص هذا الطلب فان الامر يتعلق باعتداء مادي لادارة على ملكية الخاصة للمدعي ، و ان هذه المحكمة دأبت سابقا على اعتبار القاضي العادي هو الحامي للحريات العامة و بالتالي للملكيات الخاصة حيث كانت تصرح بعدم اختصاصها بالبت في مثل هذه الطلبات ، مسايرة للقضاء الفرنسي....و تماشيا مع مقاصد المشرع يكون القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي للبت في طلب رفع الاعتداء المادي⁽³⁾.

و إذا كان القضاء الإداري الموضوعي من خلال ما سبق مختص بالبت في قضايا الإعتداء المادي فإنه و بالتبعية يحق للقاضي الإستعجالي الأمر برفع الإعتداء المادي ووضع حد له سواء بطرد الإدارة او إيقاف الاشغال التي تمارسها على العقار⁽⁴⁾ باعتبار ان القضاء الإستعجالي الإداري يستمد اختصاصه من اختصاص المحكمة الإدارية نفسها و يعتبر قرار قرار الغرفة الإدارية عدد 474 الصادر بتاريخ 20 شتنبر 1996 من أولى القرارات التي اعطت تأويلا واسعا لمقتضيات الفصل 19 من قانون رقم 90/41 و الذي جاء فيه : والحالة كذلك أن المحاكم الإدارية إذا كانت مقيدة من

¹ T. A. Casablanca ; 26 avril 1994 ; Rachele et consorts , Note Michel Rousset « Le juge administratif et la voie de fait au Maroc » In l'administration marocaine , son juge ; PUMAG 1995 P 407.

² المجلس الاعلى قرار عدد 658 بتاريخ 1996/09/19 ، اينوس عبد الغني ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، عدد 22 ص 165

³ المحكمة الإدارية بالرباط حكم عدد 87 بتاريخ 1996/05/09 قضية عمر اكوح ضد الوكالة الوطنية لمحاربة السكن غير اللائق ، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية السلسلة العادية سنة 1996 ص 149.

⁴ عبد الحميد حمداني : م.س.ص 3

حيث الإختصاص النوعي بنص الفصل 8 من قانون 90-41 المنشئ لها فإن هذا الفصل عندما خول البت في طلبات التعويض عن الأضرار الناتجة عن أعمال الإدارة المادية فإنها تكون من باب أولى وأخرى مؤهلة للبت كذلك في طلبات رفع الإعتداء المادي، مما يخول المحكمة الإدارية النظر في شقين متلازمين لدعوى واحدة تجمعهما رابطة واحدة ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وإلا فما هي المحكمة المتوخة من إسناد الإختصاص بالبت في التعويض عن الإعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم الإدارية وإسناد الإختصاص فيما يخص رفع الإعتداء المادي للإدارة إلى المحاكم العادية في الوقت الذي كان من المفروض قانوناً أن يكون الإختصاص في المجالين معا موكولا لجهة قضائية واحدة...

وحيث إنه من جهة أخرى، فإذا كان الإختصاص قبل إحداث المحاكم الإدارية منعقدا للمحاكم الابتدائية كدرجة أولى وللمحاكم الاستئناف كدرجة ثانية للنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام وكانت هذه المحاكم تنظر في دعاوى التعويض عن الإعتداء المادي في هذا الإطار، وتقضي تبعا لذلك إذا طلب منها برفع حالة الإعتداء المادي وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه كطلب تابع أو بأمر استعجالي وقتي من قاضي المستعجلات أو بحكم قطعي بناء على طلب منفرد بذلك فإن المشرع عندما نقل اختصاص النظر في دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ومنها دعاوى التعويض عن الإعتداء المادي على المحاكم الإدارية ونقل اختصاص قاضي المستعجلات الوقتية المرتبط من رئيس المحكمة الابتدائية إلى رئيس المحكمة الإدارية يكون بذلك قد نقل على المحاكم وإلى رئيسها اختصاص النظر في الطلبات التبعية، وأصبح اختصاصها بالتبع إذا طلب منها ذلك النظر في رفع الإعتداء المادي الممارس من طرف الإدارة⁽¹⁾.

و خلاصة القول ان الاجتهاد القضائي مستقر في الوقت الراهن على الرأي القائل بإختصاص المحاكم الإدارية بالطلبات الوقتية و الرامية إلى رفع حالة الإعتداء المادي و جبر الضرر الناجم عنه مما يؤثر على تقوية الحماية القضائية لحق الملكية⁽²⁾.

الفرع الثاني : مظاهر الحماية المؤقت لحق الملكية من الاعتداء المادي :

من صور الإعتداء المادي على الملكية الخاصة و التي يتدخل القضاء الإستعجالي لحمايتها، إقدام الدولة على إقامة مدرسة على ملك الغير الخاص⁽³⁾ ، أو مد قنوات الصرف الصحي بأرض الخواص أو احتلال ملك الغير و البناء فيه بنايات تجارية إلى غيرها من أشكال التعدي و قد تصدى القضاء الإستعجالي للاعتداء المادي على أملاك الغير حيث اعتبر « إن احتلال ملك الغير بدون حق و لا سند من طرف الجماعة الحلية وبنائها فيه بناءات تجارية و اجتماعية يشكل وضعاً غير قانوني، تقتضي المصلحة العامة و كذلك مصلحة المالك وضع حد له في اقرب وقت الأمر الذي يعطي لدعوى الإفراغ صبغة استعجال يختص قاضي المستعجلات بالنظر فيها⁽⁴⁾ »

وقد اعتبر القاضي الإداري الإستعجالي خروج الإدارة عن قواعد قانون نزع الملكية، اعتداء مادي يستوجب إيقافه باعتبار حق الملك مضمون دستوريا ولا يجوز نزعه من يد صاحبه إلا وفق الإجراءات المقررة لقانون نزع الملكية المتمثلة في استصدار مرسوم نزع الملكية واستئذان القضاء الإستعجالي في حيازة العقار موضوع نزع الملكية والمطالبة بنقل

¹ ذكره عبد الحميد حمداني : م.س ص 3

² الجبالي امزيد : مباحث في مستجدات القضاء الإداري ، م.س ص 110

³ المحكمة الإدارية بالرباط ، أمر عدد 09 الصادر بتاريخ 2006/01/18 بين بين حروش زهرة و الدولة المغربية حكم غير منشور .

⁴ المجلس الأعلى قرار رقم 155 الصادر بتاريخ 1983/07/01 في الملف المدني عدد 85764 ذكره حميد حمداني ، م.س ص 4

ملكية مقابل التعويض المحدد قضاء ، وأن كل إخلال لهاته المقتضيات القانونية وحيازة العقار حيادا عليها يضفي صبغة الغصب والتعدي على تلك الحيازة التي لا ترتب عنها أي آثار قانونية ولو بطول أمدھا سواء فيما يخص سقوط الحق بالتقادم أو اكتساب الملكية ويملك القضاء الإستعجالي حق التصدي لذلك الاعتداء المادي عن طريق إيقافه أو رفعه بحسب الأحوال ، " وحيث يؤخذ من ظاهر أوراق الملف ومستنداته أن الطالب هو مالك العقار موضوع الطلب وأن الإدارة المطلوب ضدها بصدد القيام بأشغال به حيادا على الإجراءات المقررة لنزع الملكية ، مما تبقى معه تلك الأشغال جارية على وجه التعدي ، والطلب حول إيقافها مؤسس لهذه الأسباب نأمر علنيا ابتداءيا غيايبا إيقاف أشغال بناء السور الجارية بالقطعة الأرضية موضوع الطلب ، مع النفاذ المعجل وإرجاء البت في الصائر " (1). وثم تأكيد نفس الأمر في حكم آخر جاء فيه " وحيث يؤخذ من ظاهر أوراق الملف ومستنداته أن الطالبين هم مالكو العقار موضوع الطلب و أن المطلوب ضده لا ينازع في ذلك ولا في الأشغال الجارية به بقدر ما يدفع بالمساهمة المجانية المنصوص عليها بالفصل 37 من قانون التعمير، علما بأن المساهمة المجانية ولو في حالة ما إذا كان المالك العقار المجاور للطريق ملزما بها فإن تطبيقها على أرض الواقع تستدعي سلوك المسطرة القانونية لوضع اليد على العقار المعني بها مما تبقى معه الأشغال الجارية بالملك موضوع الطلب حيادا على قانون نزع الملكية و على وجه التعدي و الغصب و الطلب حول إيقافها مؤسس، سيما و أن حالة الاستعجال قائمة بالنظر عن ما يترتب عن إتمامها من تعذر إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه " (2)،

نستنتج من هذا الحكم ان القاضي الإستعجالي لا يكتفي بالحكم برفع الاعتداء المادي بل يذهب إلى الحكم بارجاع الحالة إلى ما كانت عليه و هو امر ايجابي حيث إن بعض الأشغال المقامة على العقار المسلوب قد يصعب على المتضرر إزالة مخلفاتها أو إعادتها لما كانت عليه سابقا .

و من مظاهر الحماية التي يوفرها القاضي الإداري الإستعجالي لحق الملكية في مجال الاعتداء المادي هو فرض الغرامة التهديدية على الإدارة في حالة عدم تنفيذ الأوامر القضائية الصادرة عنه خاصة و انها مشمولة بالنفاذ المعجل حيث أكد القاضي الإستعجالي الإداري أن " طلب تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة المدعى عليها باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام مؤسساً ، طبقاً لمقتضيات الفصل 448 من ق م م الحال عليه بموجب المادة 7 والقانون 90-41 مادام أن تنفيذ الأمر لصيق شخص المنفذ عليه وتلزم إدارته في تنفيذه دونها إمكانية للتنفيذ الجبري وبما لنا من سلطة تقديرية في تحديدها أخذا بعين الاعتبار طبيعة الأمر المعني بالتنفيذ نرى تحديدها في ضوء الطلب في مبلغ 500 درهم يوميا عن كل يوم تأخير عن التنفيذ " (3).

وهذا أمر ايجابي كذلك إذ يعتبر عدم تنفيذ الأوامر القضائية ضربا لحرمة وهيبة وقدسية القضاء كما انه يزرع الشك حول فعالية وجدوى القضاء الإداري . و ترجع إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية إلى غياب مسطرة فعالة وناجعة لإجبار الإدارة على التنفيذ، فقانون المحاكم الإدارية وكذلك قانون المسطرة المدنية لا يتضمنان الوسائل اللازمة

¹ لمحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 688 بتاريخ 2009/06/10 في الملف رقم 09/1/261 بين المدعي : السيد محمد تملو كاتان ضد رئيس المجلس القروي لجماعة باب برد (حكم غير منشور)

² لمحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 631 بتاريخ 2009/05/27 في الملف رقم 09/1/368 بين المدعي : ورثة عبد السلام البارودي ضد الدولة المغربية (حكم غير منشور)

³ لمحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 850 بتاريخ 2006/11/1 في الملف رقم 06/485 بين المدعي : السيد ناصر الحسين ضد رئيس المجلس البلدي للعرائش (حكم غير منشور)

لجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، لذلك استنبط القاضي الإدارية بعض الآليات القانونية المعمول بها أمام المحاكم العادية لحل هذه الإشكالية ومنها الغرامة التهديدية وهي وسيلة قانونية منحها المشرع بمقتضى المادة 448 من قانون المسطرة المدنية للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني متى كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه لصيق بشخص المنفذ عليه، ممكن وجائز قانونا وتلزم إرادته في تنفيذه ولا تسعف فيه إجراءات التنفيذ الجبري ومن خصائص الغرامة التهديدية أنها تهديدية وتحذيرية وتحكمية ولا يقضى بها إلا بناء على طلب.

لكن رغم كل هذه يبقى دور القاضي الإستعجالي الإداري محدودا إذ لا يمكن له إزالة الأشغال التي ترتبط بالمنفعة العامة و التي ستؤدي إزالتها إلى أضرار بهذه المنفعة تفوق الضرر الناتج للمتعدى عليه و هذا ما أكدته حكم للمحكمة الإدارية بالرباط و الذي جاء فيه : وحيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بإفراغ وزارة التعليم من العقار موضوع الطلب للاحتلال بدون سند ولا قانون .

وحيث إنه إذا كان من المقرر دستورا أن حق الملك مضمون دستوريا ولا يجوز نزع من يد صاحبه إلا في إطار الإجراءات المقررة بقانون نزع الملكية 81-7 أو الفصل 15 من دستور المملكة ، وأن القضاء الإستعجالي يملك حق رفع كل اعتداء مادي واقع على العقار المغصوب ، فإنه من المقرر كذلك أنه لا يجوز تعطيل المرفق العام المنشأ على وجه غير صحيح لانتفاع جمهور الناس بخدماته ، وأن قاضي المستعجلات يملك سلطة الموازنة بين الصالح العام والصالح الخاص مع ترجيح المصلحة العامة على كل مصلحة خاصة متى كان لذلك مبرر.

وحيث إنه إذا كان ذلك يشكل غصبا واعتداء مادي على العقار المذكور، فقد تم صرف أموال عمومية على إنشاء المرفق التعليمي أعلاه و أضحي مشغلا ومنتفعا بخدماته من طرف المواطنين لذلك فالموازنة بين المصلحة الخاصة للطالب المتمثلة في رفع الاعتداء المادي على ملكه والمصلحة العامة المتمثلة في انتفاع المواطنين من خدمات المرفق العمومي والمحافظة على المال العام تقتضي ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وبالتالي عدم الاستجابة لطلب الإفراغ أعلاه ، سيما وأن حقوق الطالب محفوظة في مقاضاة الإدارة بالتعويض عن فقدان الملك والحرمان من الاستغلال لغاية إنشاء المرفق العمومي ، خصوصا وأنه لم يتقدم بطلب بإيقاف الأشغال في الإبان وقبل صيرورة العقار مرفقا عموميا⁽¹⁾.

و باستقراء للإحكام السابقة يتبين ان دور القاضي الإستعجالي في مجال حماية العقار من الإعتداء المادي تحله نظرية الموازنة بين المنفعة العامة و المنفعة الخاصة حيث تعطى الأسبقية للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة في رفع الاعتداء المادي و من الأشياء الأخرى التي تحد من دور القاضي الإداري الإستعجالي الالتزام بالقواعد العامة للقضاء الإستعجالي خاصة شرط عدم المساس بجوهر الحق حيث أكدت مجموعة من الأحكام التزام القاضي بهذا الشرط و منها حكم للمحكمة الإدارية بالرباط الذي جاء فيه "وحيث في نازلة الحال ، فإن الإدارة المدعى عليها استظهرت بقرار للاحتلال المؤقت مؤرخ في 2008/2/19 يعطيها الحق في احتلال القطعة الأرضية موضوع النزاع لمدة سنة قابلة للتجديد قصد إقامة ممرات لآليات الورش وإنجاز الأشغال التحضيرية اللازمة لإنجاز أشغال بناء مدخل مدينة الفينديق انطلاقا من الطريق السيار الرابط بين تطوان و الفينديق ، في حين أن محضر المعاينة وتقرير الخبرة المدلى بهما من طرف

¹ المحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 09 بتاريخ 2006/01/18 في الملف رقم 05/1419 بين المدعي : السيدة حروش زهرة ضد الدولة المغربية (حكم غير منشور)

المدعية لا يفيدان بأن المدعى عليها تجاوزت ما هو مسموح لها بموجب قرار الاحتلال المذكور ، الأمر الذي تكون معه واقعة الاعتداء المادي موضوع منازعة جدية ، وبالتالي يبقى الإجراء المطلوب فيه مساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر ، ويتعين بالتالي التصريح برفع النظر لعدم الاختصاص⁽¹⁾ . " و في حكم آخر عمل القاضي إلى توضيح الالتزام بهذا الشرط معلل ذلك بأنه "لئن كان من المقرر فقها وقضاء أنه يرجع لقاضي الأمور المستعجلة الاختصاص بجعل حد لكل اعتداء مادي أو غصب أو قطع تعسفي لوضعية قانونية أو تعاقدية ، وذلك بإرجاع الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل حدوث الغضب حماية منه للمراكز القانونية الواضحة وضرورة صيرورة وترتيب آثارها القانونية فإن اختصاصه بالبت في مثل الطلب وبالإستجابة إليه مشروط بمقتضى الفصولين 149 و 152 من قانون المسطرة المدنية بتوافر حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وهما شرطان متلازمان، إذا انعدم أحدهما زال اختصاص قاضي الأمور المستعجلة لفائدة قضاء الموضوع ، و أن المقصود بأصل الحق المنوع على القضاء المستعجل المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق كل من الطرفين والتزاماته قبل الآخر إذ يحظر عليه تناوله بالتفسير والتأويل وتأسيس قضاءه بذلك على أسباب تمس أصل الحق أو تعرض لقيمة المستندات المدلى بها أو تأمر بالتخاذ إجراء تهيدي بإثبات أصل الحق المقصود بالحماية من خلال الإجراء المطلوب، غير أن شرط عدم المساس بأصل الحق هذا لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من البحث في المستندات المقدمة إليه بحثا عرضيا يلتزم من ظاهره في ضوء سلطته التقديرية من جهة أي الطرفين أجدر بالحماية ومن جهة أخرى مبلغ الجد في المنازعة على ضوء أوجه الدفاع الموضوعية القانونية المثارة فإذا استبان له أن المنازعة جدية وأن أصل الحق والمركز القانوني للطالب - سند الطلب - لم يعد واضحا وضوحا يستوجب الحماية من طرف القضاء المستعجل بالإجراء المطلوب وأن البت فيه من شأنه المساس بأصل الحق حكم بعدم اختصاصه بالبت في الطلب ومتى إذا كانت المنازعة حوله مفتعلة والغاية منها إبعاد اختصاص القضاء الإستعجالي من البت في الطلب حكم باختصاصه وبالإجراء المطلوب حماية للأوضاع القانونية القائمة .

وحيث إنه إعمالا للقواعد سالفة الذكر التي تحكم وتنظم اختصاص القضاء الإستعجالي وتطبيقها على ظاهر واقع النزاع ومستنداته ، ولما كانت المطالبة باتخاذ الإجراء المطلوب تنطوي على استجلاء عناصر الاعتداء المادي مما يفضي ذلك إلى المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر ، وهو أمر محذور على قاضي المستعجلات مما يقضي إلى التصريح برفع النظر لعدم الاختصاص⁽²⁾ .

كما أن القاضي الإداري الإستعجالي لا يتدخل إلا عند قيام اعتداء مادي على أرض الواقع و أن مجرد مبادرة الإدارة من الوجهة القانونية للقيام به لا يملك معها الحق في التدخل و هذا ما أكدته حكم للمحكمة الإدارية بالرباط اذ جاء في حيثياته " لئن كان قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية يختص بإيقاف الاعتداء المادي ويرفعه متى كان في بدايته ولم يكن هناك أي نزاع حول قيامه ، فإنه في نازلة الحال لا خلاف بين الطرفين أن الجزء غير المشمول بالتعويض بموجب الحكم عدد 709 الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 2008/4/28 في الملف عدد 05/7/645 لازال عاريا ولم

¹ المحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 329 بتاريخ 2008/06/25 في الملف رقم 08/211 بين المدعي : السيدة فاطمة يونس ضد الدولة المغربية (حكم غير منشور)

² المحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 272 بتاريخ 2008/05/28 في الملف رقم 08/255 بين المدعي : شركة حافلات الكرامة للنقل العمومي ، ش ذ م م . Ste KARAMA BUS sarl ضد السيد والي جهة الرباط سلا زمور زعير (حكم غير منشور)

تضع الإدارة يدها عليه واقعيًا وإنما بادرت إلى تخصيصه من الوجهة القانونية لمنطقة خضراء تحمل علامة V 186 بموجب تصميم التهيئة الجديد لمقاطعة بني مكادة المصادق عليه بموجب المرسوم عدد 2.05.1595 بتاريخ 2006/01/09 والصادر بالجريدة الرسمية عدد 5391 بتاريخ 2006/1/30، مما حصله أن ذلك التخصيص يدخله تحت الأثر الملزم لوثائق التعمير، وأن القول بوجود الاعتداء المادي واقعيًا في غياب وضع الإدارة يدها على العقار يقتضي فحصًا موضوعيًا للنزاع مما يخرج عن اختصاص قاضي المستعجلات⁽¹⁾

خاتمة :

يتأسس تدخل القاضي الإداري الاستعجالي في مادة نزاع الملكية على الفصل 24 من قانون نزاع الملكية و ينحصر دوره كما رأينا سابقًا في مراقبة سلامة الإجراءات الإدارية و المسطرية و لا يملك فحص شرعية القرارات الصادرة في هذا المجال أو مناقشة الأسباب القانونية أو موازنة بين شرط المنفعة العامة و المصلحة الخاصة، إلا أن دوره في مجال حماية العقارات الخاصة لا يقف عند مراقبة مسطرة نزاع الملكية بل ينتقل إلى حماية العقارات الخاصة في حالة الاعتداء المادي للإدارة على هاته الأخيرة و إن كانت تعوقه بعض المعوقات القانونية و المسطرية من ممارسة رقابة فعالة، فهل تطور النظام القانوني المغربي و خطط الحكومة لتطوير منظومة العدالة قد تعطي مجالًا أوسع لمؤسسة قاضي المستعجلات الإداري في فرض رقابة واسعة على الإدارة في مجال حماية الحقوق و الحريات بصفة عامة و حق الملكية العقارية بصفة خاصة ؟

¹ المحكمة الإدارية بالرباط أمر رقم : 523 بتاريخ 2009/04/29 في الملف رقم 09/ 01/129 بين المدعية : السيدة لطيفة العربي الغرناط ضد رئيس المجلس الحضري لطنجة (حكم غير منشور)

نقدير القاضي للتعويض عن الضرر الطبي (المعنوي)



ذ. بوعبد الله مسعود باحث في القانون بصف الدكتوراه

تخصص قانون وصحة من جامعة سيدي بلعباس الجزائر

إن الضرر كركن أساسي في المسؤولية المدنية بصفة عامة والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص مهم وضروري من أجل المطالبة بالتعويض ، وهذا الضرر قد يكون مادي (جسماني) وقد يكون أدبي (معنوي)، فإذا كانت مسألة التعويض عن الضرر المادي لا تُثير أي إشكال في مجال المسؤولية بصفة عامة فإن الجدل ثار واحتدم بشأن الضرر الأدبي الذي أقرت بعض التشريعات والقضاء التعويض عنه بينما أنكر ذلك آخرون⁽¹⁾، نظراً لطبيعته المختلفة عن الضرر المادي الذي يمكن تقويمه بالمال .

وفي إطار ذلك سوف تتم الإشارة إلى هذا الضرر المعنوي وكيفية تقدير القاضي له في هذه المقالة التي أفرغناها في مبحث مقسم بدوره إلى مطلبين، خصص الأول منهما إلى بيان الأساس القانوني والقضائي للتعويض عن الضرر الطبي الأدبي، أما المطلب الثاني فسنبين فيه كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الطبي الأدبي على النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول : الأساس القانوني والقضائي للتعويض عن الضرر الطبي الأدبي :

قبل الحديث عن الأساس القانوني والقضائي للتعويض عن الضرر الطبي الأدبي (المعنوي) يجدر بنا التعرّيج على بيان الأساس القانوني والقضائي للتعويض عن الضرر الأدبي بصفة عامة ، ثم ننتهي إلى بيان الأمر في المجال الطبي.

¹ زهدي يكن ، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة ، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د.ت. ص 36 . " جمهور الفقهاء المسلمون اقتصرُوا في تعويض الأضرار على النواحي المادية دون المعنوية التي اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها كحد القذف ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم أو التعزير أي العقوبة المقدرة من طرف القاضي ومع هذا فقد قرر أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أنه " يجب التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني " أكثر تفصيل في هذا الصدد أنظر وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر للنشر، دمشق، ط 1982 م-1402 هـ، ص 24 .

Philip Malaurie.et laurent Aynés.droit civile les obligations.Defrèns 2^{em} édition. Paris 2005 .p 135 ,voir aussi ,Corine Renault . Brahinsky. Droit des obligations , Gualino Editeur , paris 2003.p 264.

الفرع الأول : الأساس القانوني والقضائي للتعويض عن الضرر الأدبي بصفة عامة :

لقد كان القانون الروماني يوجب التعويض عن الضرر المعنوي ، سواء كان ذلك في المسؤولية العقدية أو التقصيرية ، وتطبيقاً لذلك حكم القضاء الروماني للمتضرر معنوياً بسبب تصرفات الأشخاص أو كتاباتهم التي آلمته ومست بشعوره وإحساسه وراحة باله⁽¹⁾.

ثم سرعان ما انتقل الأمر إلى القانون الفرنسي، حيث أجاز بعض الفقهاء في فرنسا إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي (المعنوي) بناء على نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على وجوب التعويض عن كل فعل يسبب ضرراً رغم الإبهام الذي اعتري المادة فيما إذا كانت تقصد بالضرر كذلك الضرر الأدبي⁽²⁾. وعملاً بذلك حكمت محكمة التمييز الفرنسية لأول مرة بالتعويض عنه في 15 جوان 1833.⁽³⁾

أما القوانين العربية فكانت مواقفها فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي متأرجحة، فهناك من أقرت به وهناك من تجاهله. فالقانون المدني المصري جاء بحكم بات في المادة 1/222، حيث نصت "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء". وبذلك ساوى المشرع المدني المصري بين الضرر المادي والأدبي في وجوبية التعويض عنهما، وعلى ذلك سار المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود في المادة 134 منه.⁽⁴⁾

فقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بتعويض الوالد عن الضرر الذي أصابه نتيجة فقدان له لأبنة، كما أقرت بأنه إذا كان الضرر أدبياً و ناشئاً عن موت المصاب فإن أقرباءه لا يعوضون جميعاً، عملاً بنص المادة 2/222 من القانون المدني المصري التي قصرت التعويض على الأقارب إلى الدرجة الثانية.⁽⁵⁾

أما المشرع الجزائري فرغم إقراره بالتعويض عن الضرر الأدبي في قانون الإجراءات الجزائية، حيث نصت المادة 4/3 منه "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية.."، كما تنص المادة 2/5 من قانون الأسرة الجزائري فيما يخص الضرر المترتب جراء العدول عن الخطبة: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"⁽⁶⁾.

فإنه في القانون المدني الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم يظهر جلياً في المادة 124 المعدلة بقانون 05-10 منه المقابلة للمادة 1382 قانون مدني فرنسي - السابقة الذكر - إفصاحه عن التعويض عن الضرر المعنوي كما فعل المشرع المدني المصري في المادة 222 على النحو الذي سبق ، إلا أن المشرع المدني الجزائري في

¹ علي عصام غصن ، الخطأ الطبي ، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2006 ، ص 187 .

² لعشب محفوظ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر 1993 ، ص 177. تنص المادة 1382 ق م

ف « tout fait quel conque de l'homme qui cause a autrui un dommage oblige celui par la faut du quel' il est arrivé a le réparer »

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، ص 865 .

⁴ محمد جلال حسن الأتروشي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2008 ، ص 155 .

⁵ طعن مدني مصري رقم 450 سنة 29 ق جلسة 30- 04- 1964 أشار إليه ، عبد الحكم فودة ، التعويض المدني في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998 ، ص 434 .

Voir aussi. M.M.Hannouz et Hakem .précis de droit médical .réimpression OPU Alger.p73

⁶ أنظر المواد: المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري حسب آخر تعديل له في 2006 ، و المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له في 2005 .

تعديل سنة 2005 بموجب قانون 05-10 ، أضاف المادة 182 مكرر و التي نصت على أنه " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة " مما يفيد تدارك المشرع الجزائري للأمر و أخذه بالتعويض عن الضرر المعنوي.⁽¹⁾

وعلى خلاف المشرع فإن القضاء الجزائري كان يحكم به حتى في ظل غياب التصريح من المشرع ، فقد أشارت الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا صراحة إلى التعويض على الاضطرابات النفسية التي تعرضت لها الأم جراء وفاة ولدها⁽²⁾ .

كما أن الغرفة المدنية للمحكمة العليا أقرته و جعلته من ضمن سلطات القاضي التقديرية التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽³⁾ .

مما سبق يتبين بأن الضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص في مصلحة غير مالية ، أي الذي يصيبه في عواطفه و أحاسيسه و يسبب له آلام نفسية⁽⁴⁾ .

وقد عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: " ذلك الضر الذي قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو تشويه وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض وقد يصيب لعاطفة والحنان والشعور".⁽⁵⁾

الفرع الثاني : الأساس القانوني والقضائي للتعويض عن الضرر الطبي الأدبي :

أما الضرر الطبي الأدبي (المعنوي) فهو ذلك الناتج عن الخطأ الطبي والذي يمس بسلامة جسم المريض فيصيبه بعجز يسبب له ألم نتيجة لتشوهات أو قصور الأعضاء على أداء وظائفها،⁽⁶⁾ كالضرر الأدبي الناتج إفشاء الطبيب لسر لمريضه متعلق بسمعته فيستوجب التعويض⁽⁷⁾ ، كذلك الآلام الجسدية الناشئة عن عمليات نقل الدم الملوث و الإصابة بفيروس، تعتبر كذلك أضرارا أدبية نظراً لما تُحدثه للمصاب من آلام و صعوبة في ممارسة حياته بشكل طبيعي ، وقد أقر قانون الصحة العامة في فرنسا الصادر في سنة 1991 في المادة 47 منه " أن حق التعويض للضرر الجسدي هو حق أساسي و جوهري يضمن الحماية الكاملة لجسم الضحية و يكون ذلك من خلال تعويض عادل للمتضرر " . فالتعويض الكلي لا يقتصر على الضرر الجسدي فقط⁽⁸⁾ .

فقد قضت الغرفة الجزائية لدى محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها بالتعويض لورثة طفل توفي جرّاء حادث أقعده في المستشفى 08 سنوات على الآلام الجسدية والمعنوية ، أما المشرع الطبي الجزائري سواء في مدونة أخلاقيات

¹ انظر المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري حسب آخر تعديل له في 2007 بالقانون 07-05 مؤرخ في 13- ماي 2007 .

² قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى الجزائري سابقاً في 18 يونيو 1971 ، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المسؤولية الإدارية ، الكتاب الثالث ، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية ط 1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة القديمة الجزائر 2007 ، ص 56 . أنظر كذلك قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقاً في قضية بن احمد ضد وزير الداخلية في 1977/07/09 أين عوضت عن الضرر المعنوي ، و قرارها في 1979/03/17 في قضية وزير الشباب و الرياضة ضد منصوري عيسى ، كما أشار إليهما نفس المرجع ص 63 .

³ قرار المحكمة بتاريخ 1992/02/18 (ملف رقم 87410) نفس المرجع ، ص 66 .

⁴ أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، المجلد الثاني ، ص 981 .

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط ، نظرية الالتزام . الجزء الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ص 559 .

⁶ عشوش كريم ، العقد الطبي، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2007 ، ص 201 .

⁷ إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2007 ، ص 67 .

⁸ محمد جلال حسن الأتروشي ، مرجع سابق ، ص 158 .

الطب أو في قانون حماية الصحة وترقيتها والنصوص القانونية الأخرى الداخلة في هذا الإطار فإنها تفتقد إلى تحديد طبيعة التعويض عن الأضرار وشكلها مادية كانت أم معنوية حيث يبدو الأمر غامض مما يفيد باللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني⁽¹⁾.

المطلب الثاني : كيفية تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الطبي الأدبي :

إن مسألة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي (المعنوي) صعبة جداً نظراً لصعوبة تقويمه بالمال، لكن مهما كان الأمر فالقاضي يقدر التعويض عنه⁽²⁾. وفي الضرر الأدبي فإن تقدير التعويض يخضع لسلطة القاضي التقديرية المطلقة، إذ يقدره كما يتبين له من خلال الوقائع والقضية التي أمامه مما يجعل تقديره يختلف باختلاف الأشخاص والمحكم وتقويمه بالمال أمر غير دقيق ومنه البعد عن العدالة⁽³⁾.

ومن خلال هذا المطلب سنشير إلى بيان أهم شروط الضرر الطبي الأدبي المقدر من قبل القاضي في الفرع الأول، ثم نختتم بالصعوبات التي تواجه القاضي وهو يقدر هذا النوع من الضرر وذلك في الفرع الثاني على النحو الآتي بيانه :

الفرع الأول : شروط الضرر الطبي الأدبي المقدر من قبل القاضي :

إن الصعوبة التي تعترى الضرر الأدبي والطبي منه على وجه الخصوص لا يمكن أن تكون حائلاً دون التقدير - خاصة بعد ما أقره المشرع من قوانين عدة منها القانون المدني - وإلا تحلل المتسببون في الأضرار المعنوية كالأطباء مثلاً من المسؤولية المدنية، ويشترط في الضرر الأدبي حتى يعرض ويقدر تعويضه أن يكون محققاً وشخصياً، وأن تكون هناك صلة القرابة بين المدعي والمصاب، وأن يكون لم يسبق تعويضه، وكل ذلك خاضع للسلطة التقديرية للقاضي⁽⁴⁾.

ويرى البعض أنه عند تقدير الجوانب المختلفة للضرر الذي يلحق المضرور من عملية نقل الدم مثلاً أن يأخذ القاضي وهو يقدر بالمعيار الشخصي الذي ينظر فيه ما أصاب المضرور نفسه وفقاً لظروفه الشخصية واستعداداته النفسية، إذ المنطق يقضي بمطالبة الناقل بالتعويض⁽⁵⁾.

والضرر المعنوي يقدر جملة واحدة على خلاف الضرر المادي - الذي ينقسم إلى عنصرين - ، فالقاضي وهو يقدره لا يستطيع الفصل بين شعوره الشخصي وشعور المضرور تجاه المسؤول، حيث يسترجع حريته المطلقة في التقدير التي سُلِّبت منه في تعويض الضرر المادي⁽⁶⁾.

وفي جراحة التجميل التي ينجر عنها ضرر معنوي يؤدي إلى حزن وألم يمس شعور وعاطفة المضرور نتيجة التشويه أو الحرق أو الخياطة الرديئة للحروق فيستحق المصاب المضرور تعويضاً حسب مكان الضرر ومدى الآلام و

1 بن صغير مراد (المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية) مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس الجزائر، عدد 3 سنة 2007 ص 71.

2 قرار محكمة التمييز الفرنسية 22 جوان 1993 ، أشار إليه زهدي يكن ، مرجع سابق ، ص 47 .

3 زهدي يكن ، نفس المرجع ، ص 47 ..

4 قرار محكمة التمييز الفرنسية في 02 فبراير 1931 والذي رفضت فيه التعويض لشخص لا يمت بصلة القرابة إلى المتوفى والمتضرر ، أشار إليه زهدي يكن ، المرجع السابق، ص 50 .

5 محمد جلال حسن الأتروشي ، المرجع السابق ، ص 155.

6 محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، دت، ص 476 وما بعدها .

طبيعة العمل⁽¹⁾ " فجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة جسمية وإنما إصلاح تشويه قد لا يعرض حياته لأي خطر"⁽²⁾.

الفرع الثاني : الصعوبات التي تواجه القاضي أثناء مسألة التقدير :

إن الضرر الأدبي مهما قُدر بالنقود فإنه غير قابل للإصلاح لذلك فإن أي مبلغ من النقود لا يكفي لجر الضرر الناتج عن فقدان ابن عزيز مثلاً، فالأموال التي تقدم للمضروور كتعويض عنه لن تقلل من الخسارة التي لحقت بدمته الأدبية⁽³⁾.

ونظراً لهذه الصعوبات بشأن تقدير تعويض الضرر الأدبي اتجهت غالبية الفقه في فرنسا إلى فكرة العقوبة الخاصة، بدلاً من التعويض في هذا الضرر، نظراً لحرية القاضي المطلقة البادية في تقديره تعويض هذا الضرر، كما تمت الإشارة والتي تجاوزت المبدأ الأصل في أن التعويض لا يكون إلا بقدر الضرر، فالقاضي يتلقى صعوبة في تخيل نفسيات المضروورين من أجل معرفة الألم الذي يقاسونه بداخلهم جراء أخطاء الأطباء مثلاً فبديهي لا مفر له من مجرد قياس شعوره هو نفسه تجاه الخطأ ويقدر التعويض على أساس ما يشعر به تجاه المسؤول عن مدى جسامة الخطأ المنسوب إليه، وهنا يبدو الأمر سهل على القاضي أفضل من البحث عن مدى الضرر، فالمضروور يطلب عقاباً وليس تعويضاً، فالعقوبة الخاصة مختلفة في هذا التعويض المقاس بمدى جسامة الخطأ⁽⁴⁾.

فالعقوبة الخاصة حسب هذا الفقه هي التي أملت قواعد التعويض عن الضرر الأدبي، إلا أن هذا الفقه أنتقد على أساس أن العقوبة تفترض الخطأ بينما التعويض عن الضرر الأدبي يكون حتى في المسؤولية بدون خطأ، إضافة إلى تنافي هذه الفكرة مع الأخلاق لاستنادها لفكرة الانتقام⁽⁵⁾.

وعن القضاء الجزائري يمكن إدراج المثال التالي والمتعلق بقرار مجلس الدولة الجزائري ضد مدير القطاع الصحي بدائرة مجانة⁽⁶⁾، والذي قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي لامرأة نتيجة فقدانها لجنينها .

ومما جاء فيه "حيث أنه ونظراً لهُذين الضررين يتعين إذن الاستجابة لطلبها بمنح مبلغ ثلاثمائة ألف دينار جزائري 300000 دج لها تعويضاً عن الضررين اللذين أصيبت بهما"⁽⁷⁾.

وعموماً فإن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي مهما كان طيباً أو غير ذلك فإن منحه وتقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي (أي قاضي الموضوع) ولا خضوع له في ذلك للحكمة العليا⁽⁸⁾.

1 منذر الفضل ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، مقارنة، عمان، دت، ص56 .
2 نقض مصري في 26-07-1969 أشار إليه ، رايس محمد ، (المسؤولية المدنية للأطباء في عمليات جراحة التجميل) مجلة المحاماة ، دورية تصدر عن منظمة المحامين بسبدي بلعباس الجزائر ، عدد 4 نوفمبر 2004 ، ص15.
Voir : Yvonne Lambert. Faivre. Dommage corporel . systèmes d'indemnisation.^{4em} édition. Dalloz 2000. p121
3 محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق ، ص 469 .
4 محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق ص 471.
5 نفس المرجع ، ص 467 وما بعدها .
6 مجانة هي إحدى الدوائر بولاية برج بوعريش بالجزائر.
7 قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 09-03-2004 قضية هـ. ع. ضد مدير القطاع الصحي ، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا مرجع سابق ، ص 63 .
8 قرار المحكمة العليا الجزائرية في 18-02-1992 (ملف رقم 78410) ، أشار إليه لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 66 . أنظر كذلك نقض مدني مصري في 26-01-1936 ، أشار إليه أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2008، ص 166 .

دور النيابة العامة في قضايا الجنسية



رشيد جمالي : متصرف بوزارة الداخلية

حاصل على ماستر في الاستشارة

القانونية بكلية الحقوق بسلا

مقدمة :

يراد بالجنسية كمقابل للفظ « Nationalité » تلك الرابطة القانونية التي تربط الفرد بدولة ما¹، وهي تمس بتكوين الدولة ذاتها لأنها تعين شروط التمتع بصفة مواطن مع العلم بأن المواطنين يؤلفون العنصر الشخصي في تكوين الدولة.

وينتج عن صفة المواطن هاته آثار عديدة سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، ففي الميدان الدولي لا يتمتع بالحماية الدبلوماسية لدولة ما إلا الأشخاص الذين يحملون جنسيتها، كما أنهم وحدهم يتمتعون بالمزايا التي تترتب على المعاهدات التي تبرمها تلك الدولة لفائدة مواطنيها مع دول أخرى... أما في الميدان الداخلي فيقتصر على المواطنين الحق في مباشرة الحقوق السياسية كحق الانتخاب وتولي الوظائف العامة وتعاطي بعض المهن والتمتع ببعض الحقوق الخاصة كامتلاك الأراضي بصرف النظر عما يلحق هذه القيود من تسهيلات بمقتضى معاهدات ثنائية.

ولم يعرف المغرب الجنسية كمفهوم قانوني إلا بتاريخ 20 غشت 1863، تاريخ إبرام اتفاقية مدريد بطنجة بين ممثلي الدول الأجنبية ونائب السلطان بشأن حق الحماية، وبمقتضاها أصبح يعتبر مغربيا ويعامل كالمغاربة كل مسلم أو يهودي مستقر في المغرب ولا ينتسب إلى دولة أبرمت مع المغرب اتفاقية تقضي ببقاء رعاياها المسلمين أو اليهود المقيمين في المغرب محتفظين بجنسيتهم.

أما في عهد الحماية فلم يصدر أي تشريع بشأن الجنسية المغربية، ولعل ذلك كان راجعا لعدة أسباب من بينها مبدأ الخضوع الدائم للسلطان وتقسيم المغرب إلى عدة مناطق مستقلة تشريعا بعضها عن بعض، فصدور تشريع بشأن الجنسية المغربية في الجنوب دون أن يكون مطبقا في الشمال معناه القضاء على وحدة الجنسية، لذلك وعلى إثر إعلان الاستقلال كانت مسألة تنظيم الجنسية المغربية بمقتضى نص قانوني من المسائل التي أولتها الحكومة المغربية

¹ د. موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى 1994، المركز الثقافي العربي، الصفحة 36.

عنايتها، وفعلا صدر هذا القانون في شكل ظهير بتاريخ 6 شتنبر 1958 الذي عمر قرابة نصف قرن دون أن يمسه أي تعديل إلى حين 23 مارس 2007 تاريخ صدور القانون رقم 62.06 الذي أقر قواعد هامة لعل أبرزها على الإطلاق اعتبار الولد مغربيا إذا كان مولودا من أب مغربي أو أم مغربية، بمعنى أنه ربط منح الجنسية المغربية بالبنوة أيضا بعدما كانت مقتصرة على النسب فقط.

ويضطلع جهاز النيابة العامة بأدوار هامة في القضايا المتعلقة بالجنسية، إن على المستوى الإداري أو القضائي، وسواء تعلق الأمر باكتساب الجنسية المغربية أو الخروج منها، وهي بذلك تمارس مهامها في إطار ما رسمه القانون تحت سلطة وزير العدل ابتغاء الدفاع عن الحق والمشروعية، ويحكمها في ذلك ما سطره قانون الجنسية وقانون المسطرة المدنية وقرارات وزير العدل وبعض المناشير والدوريات التنظيمية الصادرة بهذا الشأن.

ولإبراز هذه الأدوار وأهميتها، سنسائر في تقسيم هذا العرض التنوع الذي تعرفه هذه الأدوار نفسها، بحيث سنتعرض لدور النيابة العامة في الإجراءات الإدارية المتعلقة بالجنسية إضافة إلى دورها الولائي في منح شهادة الجنسية، لنعكف بعد ذلك على ملامسة دورها في الدعاوى القضائية الناشئة عن النزاعات المتعلقة بالجنسية، وعليه سيكون تصميم العرض على الشكل التالي :

المبحث الأول : الدور الإداري والولائي للنيابة العامة في قضايا الجنسية.

المبحث الثاني : الدور القضائي للنيابة العامة في قضايا الجنسية.

المبحث الأول : الدور الإداري والولائي للنيابة العامة في قضايا الجنسية :

إن الدولة المغربية لا تفرض جنسيتها فرضا، بل لا بد للمعني بالأمر أن يعبر عن رغبته في ذلك لاكتساب إما بواسطة تصريح أو طلب، إلى جانب بعض الوثائق التي تدعم الملف، وتختص النيابة العامة بتلقي هذه الملفات وتهيئها وإجراء الأبحاث اللازمة لذلك دون أن تقرر بشأنها، كما يدخل ضمن مهامها تسليم شهادات الجنسية بعد التأكد من حاملها من أنه فعلا يتمتع بالجنسية المغربية ، ولها في ذلك الاستعانة بجميع وسائل الإثبات الممكنة، وهو اختصاص ولائي على اعتبار أن المشرع خص النيابة العامة وحدها بذلك حصرا، دون غيرها من السلطات القضائية أو الإدارية كما سنرى في حينه.

المطلب الأول : الدور الإداري للنيابة العامة في قضايا الجنسية :

يبرز هذا الدور من خلال تخويل النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف حق تلقي التصريحات والطلبات الرامية إلى اكتساب الجنسية المغربية مع تهيئ الملف ، وكذلك من خلال صلاحيتها في منح شهادة إثبات المستوى في اللغة العربية لطالبي التجنس، وهي أدوار كما سنرى منحت للنيابة العامة بموجب تشريعات استثنائية تتمثل في قرارات أو مناشير صادرة عن وزارة العدل.

الفقرة الأولى : تلقي تصريحات وطلبات اكتساب الجنسية أو التخلي عنها :

إن الطلبات والتصريحات المقدمة لاكتساب الجنسية المغربية أو لفقدانها أو التنازل عنها وكذا استرجاعها ترفع في الأصل إلى مصلحة الجنسية التابعة لوزارة العدل مرفوقة بجملة من الشهادات وعدد من الوثائق والمستندات التي

من شأنها أن تثبت توافر الشروط القانونية لاكتساب الجنسية المغربية أو التخلي عنها وأيضا التي من شأنها أن تسمح بالبت فيما إذا كان في منح الجنسية مبرر من الوجهة الوطنية¹.

ويختلف التصريح عن الطلب² من حيث أن الأول يعبر عن رغبة الشخص في استعمال حق خوله له القانون، في حالة توفر بعض الشروط، فهو إجراء منتج بحد ذاته للآثار القانونية وإن كان المشرع المغربي قد قيده بحق وزير العدل في التعرض، كما أن سكوته بعدم إفصاحه عن هذا التعرض داخل الأجل الذي عينه القانون يعتبر بمثابة موافقة على التصريح.

أما الطلب، فلا ينتج بحد ذاته أي حق، بل لابد أن يتبعه مقرر إداري يعتبر هو المنشئ للحق المطلوب، كما أن سكوت الإدارة يعتبر في هذه الحالة رفضا، وعليه فإن نقطة الانطلاق لاكتساب الجنسية المغربية وللخروج منها هي غالبا إما تصريح وإما طلب.

والتصريحات على نوعين :

- نوع يرمي إلى التعبير عن الرغبة في اكتساب الجنسية المغربية وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفصلين التاسع³ والعاشر⁴.
- نوع يرمي إلى التخلي عن الجنسية المغربية وذلك في الحالة المنصوص عليها في البند الرابع من الفصل 19 والفقرة 3 من الفصل 18⁵.

أما الطلبات فهي كالتصريحات على نوعين كذلك :

- نوع يرمي إلى اكتساب الجنسية المغربية وهو يشمل طلب التجنيس (الفصل 11) وطلب استرجاع الجنسية المغربية (الفصل 15).
- ونوع يرمي إلى التخلي عن الجنسية المغربية وهو يشمل الحالات المنصوص عليها في البند الأول والثاني والثالث من الفصل 19.

وتقديم التصريح أو الطلب يمكن أن يكون إما مباشرة إلى وزير العدل بصفة شخصية، وإما بواسطة البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل، غير أن تراكم التصريحات على مصلحة الجنسية، دفع بوزارة العدل إلى إصدار منشور تحت عدد 852 بتاريخ 17 ماي 1979 تقضي فيه بوجوب إيداع التصريحات لدى الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف التي يوجد بدائرة نفوذها موطن أو محل إقامة صاحب التصريح، فقد جاء في المنشور أنه " تقرر أن يوجه الراغبون في اكتساب الجنسية المغربية طلباتهم إلى السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي لهم موطن أو محل إقامة بدائرة نفوذها، ليسهر هذا الأخير على تهيين الملف وتلقي جميع المعلومات المتعلقة به قبل توجيهه إلى الوزارة، لتتخذ فيه جميع الإجراءات التي يفرضها القانون".

¹ أنظر الفصل 25 من قانون الجنسية المعدل بقانون 62.06 .

² د. موسى عبود، مرجع سابق، الصفحة 107.

³ حالة اكتساب الجنسية المغربية بحكم القانون عن طريق الازدياد في المغرب والإقامة به.

⁴ حالة اكتساب الجنسية المغربية بحكم القانون عن طريق الزواج.

⁵ حالة القاصر الذي كان عمره يزيد عن 16 سنة في تاريخ تجنيسه كأثر جماعي لتجنس أبيه، ويصرح عن التخلي عن الجنسية المغربية بين السنة 18 و20 من عمره.

ويفهم من ذلك بأن وزير العدل أعطى للنيابة العامة لدى محاكم الاستئناف، حق مراقبة التصريحات المتعلقة باكتساب الجنسية المغربية، والنظر فيما إذا كانت مرفقة بجميع الوثائق الإدارية التي يتطلبها القانون أو ليست كذلك، وذلك من أجل رفعها إلى السيد وزير العدل أو عدم رفعها إليه¹، وهذا الأمر لا يهم التصريحات فحسب بل تهم الطلبات أيضا.

وحسب دورية لوزير العدل² فإن ملف الجنسية الذي تم تهيئته يجب أن يوجه إلى مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل داخل أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ إيداع التصريح (أو الطلب) بمصالح النيابة العامة بمحكمة الاستئناف مرفقا بقائمة الوثائق والمستندات التي يشتمل عليها.

وحين يرفع التصريح إلى وزير العدل فإنه يبت فيه باعتباره السلطة المختصة داخل أجل سنة من إيداعه حسب الفصل 27 من قانون الجنسية، بعدما كان النص القديم بنص على مدة 6 أشهر فقط، ولعل الغاية من رفع هذه المدة هي إعطاء السلطة المكلفة المدة الكافية للبت في طلبات الجنسية، ذلك أن التجربة العملية أثبتت "أن مدة 6 أشهر التي كان معمولا بها غير كافية لتجهيز ملفات الجنسية، وذلك لما تتطلبه من معالجة على مستوى النيابة العامة أمام محاكم الاستئناف، وإجراء الأبحاث الضرورية بواسطة مصالح الأمن المتخصصة، الشيء الذي يتعدى بكثير مدة ستة أشهر"³.

وفي جميع الأحوال فإنه يجب على النيابة العامة المكلفة بتلقي التصريحات أو الطلبات أن تسلم وصلا مقابل ذلك تبين فيه تاريخ تقديم هذا التصريح أو الطلب وذلك نظرا لأهمية هذا التاريخ بخصوص مفعول الأثر الرجعي لاكتساب الجنسية المغربية، وكذلك فيما يتعلق بتقادم دعوى الطعن بصحة التصريح الذي تم تحديده بمرور 5 سنوات من تاريخ إيداع التصريح.

الفقرة الثانية : منح شهادة إثبات مستوى اللغة العربية لطالبي التجنيس :

بالرجوع إلى المادة 11 من قانون الجنسية، المتعلقة بالشروط الواجب توافرها بالنسبة للأجنبي الذي يطلب اكتساب الجنسية المغربية عن طريق التجنيس، نجد أنها تنص في البند الخامس⁴ عن شرط المعرفة الكافية باللغة العربية.

وحسب منشور وزارة العدل رقم 732 الصادر بتاريخ 2 ماي 1975، فقد تم إسناد مسألة منح الشهادة التي تثبت مستوى طالب الجنسية في اللغة العربية إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التي يسكن المعني بالأمر بدائرتها، بعد التعرف على هذا المستوى، وتعوض هذه الشهادة البحث الذي كان يجري حول معلوماته في اللغة المذكورة.

¹ د. محمد التغويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة 2009، ص: 157.

² دورية عدد 42873/2 بتاريخ 1988/12/28.

³ من تقديم السيد وزير العدل لمشروع القانون رقم 62.06 المتمم والمغير للظهير رقم 1.58.250 بمثابة قانون الجنسية أمام لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب.

⁴ نص الفصل 11 على مجموعة من الشروط منها :

- الإقامة الاعتيادية والمنظمة في المغرب
- بلوغ سن الرشد القانوني
- سلامة الجسم والعقل
- الاتصاف بسيرة وسلوك حسن
- التوفر على وسائل كافية للعيش....

المطلب الثاني : الدور الولائي للنيابة العامة في قضايا الجنسية :

إن هذا الدور يجد سنده القانوني في الفصل 33 من قانون الجنسية، الذي نص على أن الجنسية المغربية تثبت بالإدلاء بشهادة الجنسية المغربية، يسلمها وزير العدل أو السلطات القضائية أو الإدارية التي يعينها لهذا الغرض.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل المذكور، أصدر وزير العدل قرارا بتاريخ 27 أكتوبر 1958 أسند فيه التفويض لتسليم الشهادة إلى وكلاء الدولة لدى المحاكم الإقليمية "أي وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية حسب التنظيم القضائي الجديد" دون غيرهم، وعليه لا يجوز لأية سلطة أخرى قضائية كانت أو إدارية أن تسلم هذه الشهادة، ويشمل هذا المنع الممثلين الدبلوماسيين والقنصلين الذين يقتصر دورهم على تلقي الطلبات من طرف المغاربة المقيمين في الخارج، وتوجيهها إلى وزير العدل عن طريق وزارة الخارجية طبقا للمادة 53 من مرسوم 29 يناير 1970¹، حيث يقوم هذا الأخير بدوره بتوجيه الطلب مشفوعا بالأوراق المثبتة إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التابع لها آخر محل لسكنى أو إقامة الطالب في المغرب، أو لدى المحكمة الابتدائية التابع لها مكان ازدياده، أو إذا تعذر ذلك إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

وطبقا لمنشور وزارة العدل تحت رقم 63 صادر بتاريخ 23 فبراير 1958، فإن النيابة العامة ملزمة بأن توجه إلى هذه الوزارة على رأس كل شهر نسخ من جميع شهادات الجنسية التي تم تسليمها، كما حث هذا المنشور النيابة العامة باتخاذ جميع تدابير الحيطة والتدقيق عند تسليم هذه الشهادات، وذلك عن طريق القيام بجميع الإجراءات المفيدة للتأكد من الإدلاء بجميع الحجج اللازمة درءا لكل احتيال يمكن وقوعه.

والملاحظ أن تسليم شهادة الجنسية لا يكون ملزما لوكيل الملك بحيث يجوز له مراجعة رئيسه وزير العدل إذا ما ارتاب في الأمر، ولا يسلمها إلا بعد توصله بالتعليمات الخاصة بذلك.

ورغم أن هذه الشهادة لها أهميتها الخاصة من حيث أنها تعد قرينة معترف بها تجعل المعني بالأمر في وضع إيجابي من الجنسية المغربية، إلا أنها لا تعتبر حجة قاطعة وإنما قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس²، ولكنها مع ذلك تسهم في رفع عبء الإثبات عن عاتق حاملها وإلقائه على من ينكر عليه صفته القانونية.

وجدير بالذكر أنه إذا ما سلمت شهادة الجنسية فلا يمكن سحبها بالطريق الإداري، بل لابد من دعوى قضائية تقيمها النيابة العامة تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها إثبات عدم تمتع المعني بالأمر بالجنسية المغربية.

وإذا رفض وكيل الملك تسليم الشهادة، جاز للمعني بالأمر التظلم لدى وزير العدل، أما في حالة رفض هذا الأخير فلا يمكن اللجوء إلى مسطرة الطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية، وإنما تبقى وسيلة الطعن الوحيدة هي إقامة دعوى ضد النيابة العامة قصد طلب الحكم له بتمتعه بالجنسية المغربية، وهذا ما سنحاول دراسته في المبحث الثاني عند تعرضنا لدور النيابة العامة في المنازعات القضائية.

¹ الصادر بتطبيق ظهير 20 أكتوبر 1969 المتعلق باختصاص الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العامين بالخارج.

² حسب المنشور الصادر عن وزارة العدل رقم 58 بتاريخ 11 نونبر 1958.

المبحث الثاني : الدور القضائي للنياحة العامة في قضايا الجنسية :

تضطلع النياحة العامة بأدوار هامة على المستوى القضائي، باعتباره الميدان الأساسي لوظيفتها، وتتجلى تلك الأدوار في الطعن في صحة التصريح وتقديم طلبات التأويل (المطلب الأول)، فضلا عن دورها في الدعاوى القضائية التي تعنى بالجنسية بشكل عام (المطلب الثاني).

المطلب الأول : دور النياحة العامة في الطعون في صحة التصريحات وطلبات التأويل :

يتعلق الأمر باختصاصين متباينين، يتمثل الأول في الطعن بصحة التصريحات (الفقرة الأولى)، ويتناول الثاني تقديم طلبات التأويل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الطعن في صحة التصريح من أجل اكتساب الجنسية :

قد يحدث ألا يكون التصريح مستوفيا لجميع الشروط الشكلية والجوهرية ومع ذلك تقع الموافقة عليه من طرف وزير العدل، إما بواسطة قرار صريح بالموافقة وإما بواسطة قرار ضمني ناتج عن عدم التعرض داخل الأجل القانوني، ففي هذه الحالة يجيز الفصل 28 للنياحة العامة أن تطعن في صحة هذا التصريح، ويعتبر هذا الطعن قضائيا وليس إداريا.

ويمكن أن تقدم دعوى الطعن النياحة العامة ضد صاحب التصريح، كما يمكن أيضا أن يقدمها كل شخص له مصلحة شخصية ومباشرة في ذلك، وفي هذه الحالة يجب إدخال النياحة العامة في هذه الدعوى، كما يمكن لصاحب التصريح نفسه أن يقدم الدعوى ضد النياحة العامة، وقد تبدو هذه الحالة لأول وهلة مخالفة للمبدأ القائل بأنه لا يجوز للشخص أن يطعن في التصرفات الصادرة عنه هو نفسه، ولكن قد يتبين لصاحب التصريح أنه بنى تصريحاته على وقائع كان يعتقد عن حسن نية أنها صحيحة ثم يتبين له عكس ذلك، فليس من المعقول أن يحرم في هذه الحالة من حق الطعن في صحة التصريح¹.

وتعتبر المحكمة الابتدائية هي المحكمة المختصة نوعيا للبث في هذه الدعوى، أما ترايا فتطبق مقتضيات الفصل 38 أي أنه إذا كان موطن صاحب التصريح في المغرب، فإن المحكمة المختصة هي التي يوجد موطنه في دائرة نفوذها، وإن لم يكن له موطن في المغرب فالمحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية بالرباط.

وتتقادم هذه الدعوى بمرور 5 سنوات ابتداء من يوم ثبوت إيداع التصريح ولا يقبل هذا التقادم التوقف ولا الانقطاع، وليس للمحكمة التي تنظر في الدعوى أن تبت فيما إذا كان الشخص حائزا للجنسية المغربية أم لا، بل يقتصر دورها على الحكم بصحة التصريح أو عدمه، ويكون هذا الحكم قابلا للاستئناف حسب القواعد العامة.

الفقرة الثانية : طلب تأويل مقتضيات دولية تتعلق بالجنسية من وزارة الشؤون الخارجية :

لئن كانت الفقرة الأولى من الفصل 36 تؤكد بأن القاعدة العامة هي خضوع النزاعات القضائية المتعلقة بالجنسية إلى اختصاص المحاكم الابتدائية نوعيا ومحليا، فإن الفقرة الثالثة أوردت استثناء يتعلق بوجوب الأخذ بالتأويل الذي يقول به وزير الشؤون الخارجية إذا كان النزاع القضائي يتعلق بتأويل مقتضيات دولية تتعلق بالجنسية، فإذا

¹ د. موسى عبود، مرجع سابق، ص: 110.

اقتضى البت في النزاع الرائج لدى المحكمة تأويل تلك المقتضيات، وجب على النيابة العامة لدى تلك المحكمة، بناء على طلب هذه الأخيرة، أن تطلب ذلك التأويل من وزير الشؤون الخارجية، حيث ينشر في الجريدة الرسمية ويكون ملزما للمحكمة لا في النزاع المعروض عليها فحسب، بل في كل نزاع من نفس النوع يعرض أمامها أو أمام أية محكمة أخرى، والتأويل الإداري في هذه الحالة له قيمة تفسير تشريعي نظرا لكونه يلزم المحاكم¹.

وقد عقب بعض الفقه على هذا الاستثناء بأن الأمر فيه لا يتعلق بنزاع قضائي مرتبط بتمتع أو عدم تمتع شخص بالجنسية المغربية حتى يتم إخضاع النظر فيه إلى جهة قضائية أخرى غير المحاكم الابتدائية، وإنما يتعلق بتأويل مقتضيات دولية تخص ذات الجنسية وليس بالنزاع فيها أو حولها².

المطلب الثاني : دور النيابة العامة في الدعاوى القضائية المتعلقة بالجنسية :

بقراءة الفصول 37، 39، 40، 41 و 42 من قانون الجنسية، يتأكد لنا بأن المشرع المغربي أعطى اهتماما خاصا للدعاوى الناشئة عن النزاعات المترتبة عن الجنسية المغربية، حيث نص على ثلاثة أنواع من الدعاوى، ويبدو أن هذا التنوع قد جاء نتيجة افتراض نفس المشرع لقيام النزاع على ذات الجنسية فاعتبر بأن الدعاوى التي تنشأ عن هذا النزاع هي دعوى رئيسية (الفقرة الأولى)، أو تنشأ الدعوى نتيجة الدفع بهذه الجنسية أمام محكمة أخرى غير مختصة بالنظر في هذا الدفع فتأمر هذه المحكمة بإحالة على المحكمة المختصة ولذلك سميت بالدعوى بموجب الإحالة (الفقرة الثانية)، وأخيرا ارتأت المشرع المغربي أنه قد ينشأ النزاع حول الجنسية بصفة اعتراضية بعد إثارة الدعوى الرئيسية، بحيث لا يمكن الفصل في الثانية دون الفصل في الدعوى الاعتراضية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : الدعوى الرئيسية (الفصل 39) :

يقصد بالدعوى الرئيسية هنا الدعوى التي تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها الحكم بأن شخصا ما يتمتع بالجنسية المغربية أو غير متمتع بها، ويمكن أن يكون الشخص المعني بالأمر إما مدعيا في هذه الدعوى أو مدعى عليه، ويبرز دور النيابة العامة في كلتا الحالتين :

أ- المعني بالأمر هو المدعي :

يجوز لكل شخص أن يكون مدعيا في هذه الدعوى، وقد أكدت هذه القاعدة الفقرة الأولى من الفصل 39، وتوجه ضد ممثل النيابة العامة الذي يكون له وحده صفة مدعى عليه، وبالتالي لا يمكن أن توجه ضد السلطات الإدارية ولو كانت هي المتسببة في النزاع.

ويجوز للغير أن يتدخل في الدعوى طبقا لقواعد التدخل من طرف الغير.

ويجب أن يبلغ المقال الافتتاحي إلى وكيل الملك في نظيرين، حيث يوجه أحدهما إلى وزير العدل، ويتعين عليه أن يدلي بجوابه على المقال داخل أجل ثلاثة أشهر، أما إذا لم يقدم جوابه أو مر أجل الثلاثة أشهر دون أن يدلي بأي جواب فإن المحكمة تبت في القضية اعتمادا على الوثائق المقدمة من طرف المدعي³.

¹ د. موسى عبود، مرجع سابق، ص: 130.

² د. محمد التغدويني، مرجع سابق، ص: 169.

³ الفصل 42 من قانون الجنسية.

ب- المعني بالأمر هو المدعى عليه :

نص المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من الفصل 39 على أن " للنيابة العامة وحدها الحق في أن تقيم على أي شخص كان دعوى تكون الغاية الرئيسية والمباشرة منها إثبات تمتع المدعى عليه بالجنسية المغربية أو عدم تمتعه بها"، وهذا يعني أن الأغيار لا يملكون هذا الحق وإنما يمكنهم أن يستعملوا مسطرة التدخل في الدعوى إلى جانب ممثل النيابة العامة، ولهذا الأخيرة سلطة تقديرية واسعة لإقامة الدعوى من عدمها حين تكون المبادرة صادرة عنها، إلا أنها تصبح ملزمة بإقامتها إذا ما طلبت منها ذلك إحدى الإدارات العمومية.

الفقرة الثانية : الدعوى بموجب الإحالة (الفصل 40) :

يقصد بهذه الدعوى تلك " التي تنشأ نتيجة استحالة بت المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الرئيسية إلا بعد البت أولا في مسألة الجنسية التي يلزم إحالتها بسبب دفع أحد الخصوم بها على محكمة أخرى مختصة للبت فيها"¹.

وبمقتضى الفقرة الأولى من الفصل 40، يمكن أن تقام هذه الدعوى إما بطلب من النيابة العامة أو بطلب من أحد طرفي النزاع.

أ- مبادرة النيابة العامة :

تأخذ النيابة العامة مبادرة رفع الدعوى بموجب الإحالة وذلك في ثلاث حالات :

1- إذا دفعت أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية بمسألة الجنسية، وفي هذه الحالة تضرب لها المحكمة المذكورة أجلا لا يتعدى الشهر قصد إثارة الدعوى، ولا يعني ذلك أن النيابة العامة ملزمة بإثارتها، ولكنه إذا انصرم أجل الشهر دون أن تثبت النيابة العامة إقامتها لتلك الدعوى، فإن المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية تبت أيضا في مسألة الجنسية، دون أن يكون لحكمها في هذه النقطة قوة الشيء المقضي به، بل يستند عليه للبت فقط في القضية الرئيسية.

2- في حالة قيام المحكمة بإثارة مسألة الجنسية تلقائيا ومطالبتها بإجراء دعوى في الموضوع أمام المحكمة الابتدائية.

3- في حالة إذا ما طالبها أحد الأطراف بالتدخل وإقامة الدعوى.

ب- مبادرة أطراف النزاع :

إذا تقدم أحد طرفي الدعوى الأصلية بدفع بشأن جنسيته أو جنسية الطرف الآخر وأرجأت المحكمة البت في الدعوى الرئيسية ريثما يقع البت في موضوع الدفع، فإنه يتعين على المحكمة أن تضرب للطرف الذي تقدم بالدفع أجلا قدره شهر واحد ليقوم الدعوى اللازمة بشأن ذلك الدفع.

غير أنه إذا كان الدفع متعلقا بجنسية الطرف الذي يثيره، كأن يدعي أنه يتمتع أو لا يتمتع بالجنسية المغربية، فإن الدعوى ترفع ضد النيابة العامة وحدها، أما إذا كان الدفع متعلقا بجنسية الطرف الآخر فإن الدعوى توجه في آن واحد ضد الشخص المتنازع في جنسيته وضد النيابة العامة².

¹ د. محمد التغدويني، مرجع سابق، ص: 224.

² د. موسى عبود، مرجع سابق، ص: 134.

وتجب الإشارة هنا إلى ما أقرته الفقرة الثانية من الفصل 37، من حيث وجوب إثارة الدفع بالجنسية في الدعوى الرئيسية التي تعرض على المحاكم الجنائية أمام قاضي التحقيق حصرا، أما إذا أثير أمام هيئة الحكم فلا يمكن التمسك به.

ويتبين مما سبق بأن الدفع بمسألة الجنسية هي من الأمور المتعلقة بالنظام العام كما تشير إلى ذلك الفقرة الأولى من الفصل 37، ولذلك يجب مراعاة أمرين في هذه الحالة، يتعلق أحدهما بوجوب إرجاء البت في الدعوى الرئيسية إلى ما بعد البت أولا في هذه المسألة، ويتعلق ثانيهما بأن الدفع المذكور يجب أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يثره أحد الخصوم أو النيابة العامة.

الفقرة الثالثة : الدعوى الاعتراضية (الفصل 41) :

تناول هذه الدعوى الفصل 41 من قانون الجنسية، وهي تشبه إلى حد كبير الدعوى بموجب الإحالة باعتبار أن كلا منهما تعتبر دعوى فرعية ناتجة عن الدفع بمسألة الجنسية في قضية أخرى رئيسية يتوقف البت فيها على البت أولا في مسألة الجنسية، لكن تختلف الدعويان من حيث إن الدعوى بموجب الإحالة تنتج عن الدفع بمسألة الجنسية لدى محكمة غير مختصة للبت فيها (محكمة مدنية أو جنائية أو إدارية أو تجارية)، فتحال إذاً هذه المسألة الفرعية على المحكمة المختصة، وهي المحكمة الابتدائية لتبت فيها أولا قبل البت في الدعوى الرئيسية، في حين أن الدعوى الاعتراضية تنتج عن الدفع بمسألة الجنسية أثناء دعوى راجعة لدى المحكمة الابتدائية نفسها والتي هي أيضا مختصة بالبت في موضوع الجنسية¹.

وقد أحاط المشرع المغربي هذه الدعوى بمجموعة من الإجراءات حتى يمكن قبولها شكلا:

- 1- وجوب إدخال النيابة العامة في هذه الدعوى، باعتبار أن المشرع المغربي أوجب على المحكمة المختصة أن تبلغ الدفع بمسألة الجنسية إليها.
- 2- يجب على النيابة العامة أن تقدم مستنداتها كتابة خلال 3 أشهر من تاريخ إدخالها في الدعوى، وإلا كان الحكم معيبا من الناحية الشكلية، ومعرضا للإبطال من قبل محكمة أعلى درجة.

خاتمة :

يتبين مما سبق تفصيله بأن النيابة العامة تضطلع بأدوار رائدة في قضايا الجنسية، حيث أنيط بها مهام عظام، ومسؤوليات جسام، تساهم في تحديد مصير عدد غير يسير من الأشخاص الراغبين في اكتساب الجنسية المغربية أو الخروج منها، ورغبة من المشرع في بلوغ مقاصده وغاياته، فقد بادر إلى تعزيز مركزها، وتوفير آليات الاشتغال من وسائل قانونية وبشرية ومادية، لتيسير عملها من جهة وتخفيف العبء عن الإدارة المركزية من جهة أخرى.

غير أن هذا الجهاز لا زال يعاني من بعض المعوقات التي تسبب قصورا واضحا في أدائه نجملها فيما يلي :

✓ ضعف الموارد البشرية المؤهلة وقلتها في هذا الجهاز مما يعرقل السير العادي للملفات خصوصا في حالة الضغط .

¹ د. محمد التغدويني، مرجع سابق، ص: 226.

- ✓ تراكم الملفات على هذا الجهاز بصورة كبيرة أدى إلى إغفال الكثير من الإجراءات الضرورية وعدم الاكتراث بالعديد من الأبحاث اللازمة.
- ✓ ضعف الإمكانيات المتوفرة لدى النيابة العامة من أجل البحث والتدقيق في ملفات الجنسية المعروضة عليها، خاصة إذا علمنا بأن وزارة العدل تعتمد بشكل كبير على مستنتاجات النيابة العامة في اتخاذ قرارات منح الجنسية أو التخلي عنها.
- ✓ ضرورة إقرار ضوابط قانونية واضحة تحكم سير عمل النيابة العامة في قضايا الجنسية، بدل البحث في مختلف التشريعات الاستثنائية المتمثلة في القرارات و المنشورات و الدوريات الصادرة عن وزارة العدل.

دراسات وأبحاث بالفرنسية

L'ordre public hospitalier



Dr Dardour Samir Noureddine

Centre Universitaire de Nâama, Algérie

Introduction :

Présenté comme le miroir d'une société, ou « *la mesure de la civilisation d'un peuple* »⁽¹⁾ l'hôpital est contraint d'accommoder son statut en qualité de service public aux exigences de la société et de se familiariser de plus en plus avec les principes de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité.

Dans son évolution historique, l'hôpital a progressé en fonction de l'accroissement des besoins de la population et du niveau de maturation et de civilisation des sociétés. L'hôpital, connu sous l'appellation d'hospice qui reflétait les principes de « *la charité évangéliques* »⁽²⁾ a été créé principalement pour répondre à une situation alarmante générée par les épidémies. L'ordre religieux en Europe fixait une liste d'interdits destinés aux malades atteints de la lèpre à travers des mesures préventives rigoureuses: « *ils leur est notamment interdit d'entrer dans les églises, se laver dans les fontaines, entrer dans les tavernes, toucher des gens sains dont les enfants et répondre aux gens sur le chemin* ». ⁽³⁾

Etymologiquement, le mot « hôpital » vient du latin « *hostis* », l'étranger, qu'il soit ami ou ennemi. ⁽⁴⁾

« *Les temples d'Asclépios de l'Antiquité et les fondations charitables de la Rome païenne de l'an 100 étaient avant cette ère des établissements à vocation similaire* ». ⁽⁵⁾

-
1. D.Baisset, préface, *patrimoine hospitalier d'Afrique*, C.Mésenge, Riveneuve Editions, Paris, 2010, p.7.
 2. P.Laget et F.Salaün, *Revue : les tribunes de la santé*, N°3, Paris, 2004, p. 19.
 3. J.Imbert, *les hôpitaux en droit canonique*, Ed. Vrin, Paris. 1947, p.172.
 4. E.Molinié, *l'hôpital public en France : Bilan et perspectives*, N°10, Paris, 2005, P.5, §2.
 5. Pomey.M-P, Poullier.J-P, Lejeune.B, *Santé Publique*, Ellipses, Paris, 2000. p. 412 § 1.

Dans le monde musulman, les hôpitaux sont apparus pour la première fois sous la dénomination de « Bîmâristâns ». C'est un mot persan composé de « Bîmâr » (malade) et de « stân »⁽⁶⁾ (qui caractérise le nom de lieu) « *Le premier Bîmâristân fut construit par El Walid Ben Abdelmalik, Le Calife Omeiyade en 706 Ap.J.C (88 H) en Syrie.* »⁽⁷⁾

En France, la mutation de l'hôpital « hôtel-Dieu » vers l'hôpital soignant a connu un transfert du pouvoir hospitalier du religieux à l'autorité municipale sous la pression de la révolution française. Un nouveau système régulé et contrôlé par l'Etat est alors fondé sur l'assistance médicale et non sur la charité religieuse. Les hôpitaux ont été, au fur et à mesure, laïcisés. « *Les institutions placées sous autorités laïques n'avaient plus seulement pour objet social d'apporter la rémission des péchés, certes elles conservaient toujours cette fonction première, mais désormais une charge à dimension plus sanitaire s'imposait à elles.* »⁽⁸⁾

L'hôpital est appelé à devenir un lieu de soins, de formation et de recherche médicale. A cet endroit, l'hôpital et la faculté de médecine allait participer aux « *prémices d'une police médicale* ». ⁽⁹⁾

L'ordre au sein de l'hôpital public renvoie à la notion de service public et l'exécution des pouvoirs de police administrative.

1^{ère} partie : Le service public hospitalier

L'hôpital public se trouve partagé entre son statut en tant que service public et sa mission en termes d'assurance et de garantie de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité « *passage d'une fonction sociale de contrôle de la déviance et de protection de la société à une fonction technique de soins qui repose sur une dynamique de la recherche et de l'innovation. On serait passé d'un système répressif à une industrie de pointe avec toutes les conséquences organisationnelles et économiques* » ⁽¹⁰⁾

6. C.Mésenge, op.cit, p. 43.

7. A.Bek, *Histoire des Bîmâristâns en Islam*, Dar Arraid El Arabi, Beyrouth, 1981, p.10.

8. P.Laget et F.Salaün, op.cit, p. 22

9. C.Mésenge, op.cit, p. 5.

10. F.Z.Oufriha, *transition et système de santé en Algérie*, CREAD, Alger, 2009, p.53.

La fonction régaliennne de l'administration hospitalière doit raccommoder les libertés individuelles et leurs réductions, dans le respect des lois et règlements. Le représentant légal de cette institution, titulaire du pouvoir de l'ordre hospitalier est tenu de prendre les mesures de prévention et de précaution pour préserver son établissement de tout dysfonctionnement ou préjudice. Il s'agit, là, de la mise en œuvre du

concept de l'ordre public dans un contexte de police administrative spéciale. Toutes fois, les exigences de prise en charge des pathologies psychiatriques et des maladies infectieuses et l'application des normes de salubrité sanitaires posent l'autorité hospitalière dans une obligation d'édiction de décisions administratives réglementaires ou individuelles, ayant le pouvoir d'écarter les malades concernés du statut ordinaire d'hospitalisation et de rétrécir leurs libertés individuelles. La présence de l'incivilité chez les usagers du service public, incite aussi l'hôpital à prendre les mesures préventives ayant trait à la sécurité des personnes et des biens.

Chapitre 1 : Le service public hospitalier et libertés

La notion de service public miroite, donc, une activité répondant à un besoin social indispensable, créé, assuré, régulé et contrôlé par l'Etat. Pour accomplir ses missions, l'hôpital public doit s'appuyer sur des valeurs universelles respectant les principes de la dignité et des libertés.

1. Critères du service public hospitalier

L'hôpital public exerce ses missions dans le respect des critères du service public, faute de quoi, sa responsabilité sera engagée. La responsabilité administrative de l'hôpital public, peut être évoquée en cas de manquement aux critères du service public.

a. L'égalité

Le principe d'égalité signifie que toute personne de la collectivité puisse prétendre à un service public dans les mêmes conditions et dans les mêmes situations. Fondé essentiellement sur le principe d'égalité devant la loi, ce critère véhicule de notions fondamentales : l'égalité d'accès aux prestations et l'égalité devant les charges du service public.

-3-

« Il a une valeur constitutionnelle et constitue aussi un principe général du droit consacré par le juge administratif. »⁽¹¹⁾

Le principe d'égalité à l'admission qui régit le fonctionnement des services publics est une conséquence du principe universel d'égalité devant la loi.⁽¹²⁾

b. La neutralité

Ce principe interdit que le service public soit assuré d'une façon distinguée en fonction des convictions politiques ou religieuses ou des appartenances tribales du personnel ou des usagers du service public. En conséquence, il peut être exigé aux usagers et au personnel de limiter l'expression de leurs opinions politiques dans les établissements hospitaliers publics et d'y interdire toute distribution de documents à caractère partisan. La neutralité doit refléter les valeurs de l'impartialité de l'administration publique dans

l'exécution de sa mission vis-à-vis des usagers quelque soit leur appartenance ethnique, sociale, tribale, religieuse, politique ou syndicale.

c. La continuité

La continuité du service public justifie l'exercice d'un pouvoir réglementaire d'organisation fondé sur la satisfaction d'un intérêt général. Tout arrêt engendre un dysfonctionnement qui peut mener à l'immobilité graduelle de la collectivité. De ce fait, l'hôpital public doit fonctionner d'une manière incessante et régulière pour garantir sans cesse l'intérêt général. En cas de manquement, et en présence d'un préjudice, il pourrait y avoir lieu à un engagement de la responsabilité publique.

« Le service public hospitalier ne serait pas continuellement assuré en l'absence d'un de ses éléments constitutifs : sécurité physique des personnes, continuité des soins dispensés, et des services hôteliers fournis aux hospitalisés » ⁽¹³⁾

2. R.Zouaïmia, M-C.Rouault, *Droit administratif*, Editions Berti, Alger, 2009, p.221.

3. Déclaration des droits de l'Homme de 1789, art. 1er « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

4. CE, 7 janvier 1976, CHR d'Orléans, n° 92162; en l'espèce : « Pouvant subir des restrictions à leur droit de grève, les agents de service, les agents de sécurité et de prestations hôtelières d'un centre hospitalier ».

-4-

d. La mutabilité

Le principe de mutabilité ou d'adaptation signifie que le service public doit pouvoir s'adapter aux situations qui se présentent en fonction de l'évolution de la société, des progrès scientifiques et des exigences de l'intérêt général. Cependant, *« les usagers ont droit au fonctionnement normal du service tant que ses règles ne sont pas modifiées »*. ⁽¹⁴⁾

2. La conciliation des libertés

Le service public hospitalier se base, dans sa gestion, sur des valeurs générales qui visent essentiellement la caractéristique humaine de l'homme. On peut les résumer dans les points suivants : la non-discrimination dans l'accès aux soins, le respect de la vie privée du malade, le droit d'information, le respect du consentement libre et éclairé, le droit à la réparation de l'éventuel accident médical.

La liberté d'aller et venir dans les établissements hospitaliers est un droit inaliénable. Toutefois cette liberté peut être exceptionnellement rétrécie pour des raisons médicales ou des contraintes d'ordre fonctionnel ou organisationnel de l'hôpital. Il faut arriver à rapprocher deux principes différents, la liberté et la sécurité. La liberté d'aller et venir dans les services hospitaliers miroite le fond de la liberté individuelle et donne

l'occasion au patient hospitalisé de mener une vie ordinaire. « *Cette liberté s'interprète de manière extensive et prend appui sur les notions d'autonomie, de vie privée et de dignité de la personne.* » ⁽¹⁵⁾

Une attention particulière est donnée à la promotion de l'hôpital public pour éviter qu'il véhicule les valeurs de fermeture ou de déconnection du monde extérieur. L'organisation interne des hôpitaux est perçue comme un justificatif de restriction des libertés individuelles. Elle ne doit prendre l'aspect réglementaire que si les dispositions relatives aux libertés émanent d'un règlement intérieur.

5. R.Zouaïmia, M-C.Rouault, op.cit, p.221.

6. F.Vialla, *Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité*. Conférence organisée par la Fédération hospitalière de France à Paris, 24 et 25/11/2004, page 8.

Chapitre II : Les finalités du service public hospitalier

L'ordre public est parmi les fonctions essentielles de l'administration. Il s'exécute par des opérations matérielles destinés à guider la conduite des administrés et de définir un régime des libertés individuelles. La finalité recherchée par l'instauration de l'ordre public est la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques. Cette fonction se résume dans les missions principales de la police administrative, qui peut être définie essentiellement par son but de prévenir des atteintes à l'ordre public. Deux finalités sont, alors, évoquées: la garantie de l'intégrité physique des usagers et de leur dignité.

1. Garantie de l'intégrité physique

Mieux reconnaître, conforter et préciser les droits des patients est une nécessité qui répond aux attentes légitimes des malades et pose les bases d'un nouvel équilibre entre les usagers et les professionnels de santé.

La personne malade devient ainsi, comme les professionnels et les établissements de santé, un acteur à part entière dans la démarche de la réforme hospitalière initiée par plusieurs pays du monde. Une réforme qui met en valeur le respect de la dignité du malade et de ses libertés individuelles et la mise en conformité des moyens matériels et humains en vue de préserver la sécurité des usagers des services hospitaliers.

2. Garantie de la dignité

Le malade a le droit au respect de sa dignité. ⁽¹⁶⁾ Le respect de la dignité humaine de la personne est une des composantes de l'ordre public et toute atteinte à ce principe, justifie la mesure de police spéciale ou générale. La dignité est absolue, intangible, et définit un ordre public abstrait.

7. La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, reprend le texte du préambule de la Charte de San Francisco et énonce 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* »

-6-

En conséquence, sa liberté se voit limitée par le principe de la dignité : sa liberté s'arrête là où commence la liberté d'autrui mais aussi sa propre dignité.

« Le fondement éthique de la médecine palliative est le respect de la dignité de la personne humaine. Pour aider le malade incurable à vivre sa vie jusqu'au bout et à mourir dans la dignité, deux démarches se conjuguent : la suppression de la douleur qui déshumanise et l'implication relationnelle de soignants formés à la spécificité des soins palliatifs. Une révolution à laquelle l'hôpital est mal préparé. » ⁽¹⁷⁾

L'exécution de la police administrative dans un milieu hospitalier est complexe, elle doit miroiter les valeurs de la considération humaine et de l'application du droit. Elle fait appel à des précisions indispensables, notamment au champ d'application de la police administrative, à l'orientation de la responsabilité à l'obligation de résultats et aux autorités exerçant des pouvoirs de cette police.

S'inspirant de valeurs universelles de droit de l'homme et du respect de la dignité humaine, la réforme hospitalière ne peut s'appliquer efficacement sans la mise en œuvre de la police administrative. En droit algérien, cette police n'est pas citée officiellement dans le contexte des plans d'action des pouvoirs publics dans la promotion des hôpitaux publics, mais le raisonnement de la réforme laisse à penser qu'il faut instituer cette police à titre impératif.

Elucider l'exécution des pouvoirs de police administrative dans l'hôpital public nous oblige à délimiter les domaines d'intervention de la police administrative, de signaler l'importance primordiale de cette police en matière de sécurité sanitaire et de préciser les domaines d'intervention et les moyens d'exécution.

8. C.Etourneau, *décision Santé*, N°157, 15 au 29 février 2000, p.20.

-7-

2^{ème} partie : La police administrative

« Dans le langage courant, le mot « police » est utilisé pour désigner, d'un point de vue organique, l'ensemble des personnels chargés du service public de la police. »⁽¹⁸⁾

Au sens juridique, elle peut se définir comme l'ensemble des règles imposées par une autorité publique aux administrés en vue maintenir un certain ordre. Elle désigne dans cet ordre d'idée le respect de la bienséance et de la vie en société. En exécution de ce pouvoir, l'autorité de police administrative peut imposer des dispositions générales et des règles de conduite restrictives de libertés et qui sont pénalement sanctionnées. Et c'est cette sanction qui attribue à la police administrative son propre caractère. Les décisions particulières sont normalement fondées sur une règle générale. L'autorité de police peut utiliser la force matérielle afin de prévenir ou faire cesser un désordre dans un milieu hospitalier.

L'exécution de la police administrative dans un hôpital constitue un outil d'anticipation des risques, et permet la mise en œuvre de mesures destinées à ce que le risque hospitalier ne se produise pas. Il demeure évident que dans un milieu hospitalier ouvert aux grands risques de contamination et d'accidents, l'exercice des pouvoirs de police est non seulement une action essentielle, mais strictement obligatoire. Elle est soumise au principe de légalité et au contrôle du juge du juge lors des actions en responsabilité administrative. En effet, les conditions relatives au fond et à la forme doit être réunies pour donner la légalité aux actes de la police administrative. Le juge vérifie que la mesure administrative a été prise pour maintenir un ordre public et examine la nécessité de cette action et le degré de son exécution.

La mesure est, donc, légale si l'ordre public ne pouvait être maintenu par une mesure moins contraignante.

L'exercice de pouvoirs de police doit respecter les attributions et les champs réglementaires.

9. R.Zouaïmia, M-C.Rouault, op.cit, p.197.

« Il ne met pas le ou les individus que l'autorité de police veut soumettre à cet acte en état d'impuissance totale. Il est difficile de trouver l'équilibre entre les pouvoirs de l'autorité de police qui aspire au maximum de puissance et les droits des individus qui aspirent au maximum de liberté. Cet équilibre est apprécié en fonction du lieu ou des circonstances. »⁽¹⁹⁾

De part sa nature de service public, les restrictions d'accès à l'hôpital public ne sauraient trouver leur argument que dans les textes réglementaires.

Chapitre I : Les domaines d'intervention de la police administrative

L'application de la police administrative dans un hôpital public est tenue de respecter la dignité des patients et préserver son intimité et sa prise en charge ne doit souffrir de discrimination et d'illégalité. La structure hospitalière publique doit prendre en considération dans ses actes administratifs : « *la reconnaissance des droits fondamentaux, la participation des usagers à son fonctionnement et la concrétisation du principe de neutralité* ». ⁽²⁰⁾ Parmi les nombreux cas d'admission à l'hôpital, beaucoup concernent la mise en œuvre de mesures de police. Ce sont en général des cas où le rôle des autorités publiques consiste à placer le patient dans une position juridique pour des raisons de santé ou de sécurité. Il s'agit, en effet, de l'admission des patients atteints de maladies transmissibles, les patients porteurs de stupéfiants, les malades porteurs d'armes, les victimes de sévices, l'admission des mineurs. ⁽²¹⁾, des personnes privées de liberté, des personnes majeures en difficulté. L'ordre public peut se définir par la réunion de trois éléments essentiels : la tranquillité, la salubrité et la sécurité.

10. R.Zouaïmia, M-C.Rouault, op.cit, p.210.

11. P.Lefève, *Guide de la fonction de directeur d'établissement dans les organisations sociales et médico-sociales*, Ed.Dunod, Paris 1991, p.25.

12. Au sens de l'article 1 de la convention de New York relative aux droits de l'enfant édictée sous l'égide de l'ONU en 1990, est considéré comme mineur « *l'enfant âgé de moins de dix huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation applicable* ».

1. La sécurité

Le remise à niveau des conditions de mise œuvre de la sécurité sanitaire dans les hôpitaux publics constitue un progrès majeur et une nécessité absolue dans le fonctionnement du service public hospitalier. L'application des normes sanitaires, universellement connues, doit s'accompagner d'une consolidation des contrôles par l'administration sanitaire pour s'assurer du maintien de l'ordre.

L'hôpital est un établissement public recevant le public. Il est de son obligation d'assurer l'accès des personnes à mobilité réduite. L'accessibilité permet l'autonomie et la participation des personnes ayant un handicap, en réduisant, voire supprimant, les discordances entre les capacités et les besoins et en favorisant le déplacement et l'accès en sécurité. L'architecture hospitalière doit, également, répondre à des normes techniques qui les rendent accessibles aux personnes handicapées dans une vision globale centrée sur l'humanisation de l'accès aux structures de santé.

2. La salubrité

La police de salubrité peut s'exécuter par le directeur de l'hôpital dans un cadre de prévention des maladies transmissibles et du respect des règles d'hygiène sanitaire et hospitalière. Dans le cadre de la mise en œuvre des mesures de promotion et de conservation de la salubrité publique, l'hôpital public est tenu de promouvoir l'hygiène hospitalière. Il constitue, à cet effet, un indicateur de qualité des soins et de sécurité. Elle est l'initiale préoccupation des ministères de la santé en vertu de son importance primordiale. Dans le cadre de l'exercice de la police sanitaire, les professionnels de la santé doivent observer le respect de la règle de la sécurité en stérilisation⁽²²⁾ comme un moyen de prévention des infections nosocomiales.

22. (EN 285 : « Cette norme donne une définition précise des termes « stérilité » et « stérilisation ». Stérilité = « Absence de microorganisme viables ». Stérilisation : « Soumettre les agents infectieux à un procédé physique en vue de leur élimination ». EN 554 : Validation et contrôle de routine pour la stérilisation à la vapeur d'eau. Cette norme fixe les conditions de validation et de contrôle des stérilisateur à la vapeur d'eau. NF EN ISO 14937 : stérilisation des dispositifs médicaux. – Exigences générales pour la caractérisation d'un agent stérilisant et pour le développement, la validation et la vérification de routine d'un processus de stérilisation pour dispositifs médicaux ». Conférence de F.Fremont, *la Logistique Hospitalière*, Institut Supérieur des Sciences et Techniques, Saint Quentin, /12/2009, p.15.

-10-

Entre dans le cadre de la police sanitaire ou administrative, aussi, la filière de la stérilisation des équipements, du linge et des instrumentations. C'est une discipline très importante dans le processus de prise en charge des malades, et peut engager la responsabilité administrative et personnelle en cas de manquement à ses règles. Il est donc primordial de connaître les normes qui régissent la stérilisation dans le milieu hospitalier.

3. Tranquillité

La tranquillité dans le milieu hospitalier renvoie à la mission de quiétude des usagers que l'établissement de santé est censé remplir. Cette tranquillité qui a été négligée dans plusieurs hôpitaux publics était à l'origine de crises dont la responsabilité était engagée à plusieurs reprises. Le dispositif mis en place dans le cadre de la police administrative vise à la fois à éviter la reproduction de l'inquiétude et à restaurer la capacité de l'hôpital à assurer la tranquillité des malades et des usagers.

La préservation de la tranquillité dans les hôpitaux publics exprime une obligation de protéger les patients et les personnels de santé. L'image de cette tranquillité, en général, est confrontée aux différents types d'hospitalisation qui nécessitent une gestion spécifique aux patients, notamment, les aliénés mentaux.

Chapitre II. Les moyens d'exécution de la police administrative

La police administrative se caractérise par l'édition de prescriptions unilatérales en forme de décisions administratives réglementaires ou individuelles.

1. Les décisions réglementaires :

Les décisions réglementaires émanent d'une autorité supérieure en forme de décrets, d'arrêtés ministériels ou interministériels ou d'arrêtés préfectoraux ; quant aux décisions individuelles, elles sont du ressort de l'autorité hiérarchiquement inférieure. « *Est un acte réglementaire tout acte qui définit une norme impersonnelle dans son objet et permanente en principe dans la portée, indéfinie ou non, qu'elle se fixe dans le temps, et qui sert ou peut servir de base à des décisions individuelles prises pour son application,*

-11-

et assujettissant à ladite norme des catégories de personnes limitativement dénommées »⁽²³⁾

2. Les décisions individuelles :

La décision individuelle concerne les personnes et même les services nommément désignées. A titre d'exemple, une décision du directeur de l'hôpital portant interdiction de visite de malades admis dans un service de maladies infectieuses pour des raisons de risque de contamination. Le directeur de cet établissement doit observer le fond et la forme de l'acte administratif. Il veille au respect de la procédure d'isolement, les moyens de protection. L'autorité administrative doit s'appuyer sur des faits réels et non sur des suppositions.

Une telle décision individuelle ayant un caractère dérogatoire, qui limite le droit à la visite doit faire l'objet d'une motivation écrite et doit exposer clairement les raisons de l'interdiction. Les considérations de fait qui justifient la décision doivent être circonstanciées, précises, et exactes.

Cette décision, qui est à l'origine une recommandation des conseils scientifiques des hôpitaux, produit des effets sur les malades, leurs visiteurs, les personnels du service médical et sur l'hôpital lui-même. Elle peut être, donc, exposée à un recours auprès de la tutelle de l'hôpital au devant le juge.

23. J. Rigaud, concl. sur CE 19 novembre 1965, Époux Delattre-Floury, Rec.p. 623 ; in J-M.Pontier, *La notion d'acte administratif unilatéral*, université numérique juridique francophone, 2012, p.19.

-12-

La Coopération Internationale des Collectivités Territoriales à la lumière de la Constitution Marocaine de 2011



Réalisé par : CHEGGARI Karim Doctorant en Droit public
à l'Université Mohammed V- Souissi, Faculté des Sciences
Juridiques, Économiques et Sociales-Souissi

INTRODUCTION :

Le phénomène de la coopération internationale des collectivités territoriales Marocaines est l'une des conséquences les plus directes des deux conflits armés marquant l'histoire du vingtième siècle (1).

Les premières initiatives sont nées précisément dans le vieux monde, qui a subi durement les épreuves de la guerre. L'aspiration à dépasser les querelles et à faire triompher l'idéal de la paix a conduit notamment les villes françaises et allemandes à établir des jumelages et à promouvoir des échanges culturels et sportifs (2).

Ces jumelages, d'ordre humaniste, se sont développés en Europe puis se sont ensuite élargis à toutes les régions du monde avant d'évoluer vers de nouvelles formes de partenariats dont les finalités se sont enrichies (3).

Le Maroc a accumulé une expérience considérable dans le domaine de la coopération décentralisée (4). La majorité des collectivités territoriales marocaines sont liées avec leurs homologues étrangers par multiples actions de coopération et de partenariat.

- (1) HACHCHAM Lekbir : « La coopération intercommunale internationale : Cas des Collectivités Locales européennes et africaines membres de la FMVJ-CU », Mémoire du cycle supérieur, ENAP, Rabat, 1989-1990, p.4.
- (2) BRAHIMI Mohamed : « La coopération décentralisée en Méditerranée », REMALD, n° 10, janvier-mars, 1995, p.50.
- (3) HAMZAOUI Hind : « La coopération internationale des collectivités locales " Cas du Maroc "», Mémoire pour le DESS en droit public, U.F.R : Organisations Internationales et Communautaires, Université Mohammed V, Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales- Rabat-Agdal, Année Universitaire : 2007-2008, p.24.
- (4) EL ALAOUI Fatima Zahra : « La coopération décentralisée des collectivités locales Marocaines », Mémoire de fin d'études du cycle de formation en gestion administrative : 6^{ème} promotion : 2006-2009, Filière : Diplomatie, Option : partenariat et coopération internationale, Premier Ministère de la Modernisation des Secteurs Publics, École Nationale d'Administration, Direction des Stages, p.17.

La coopération internationale des collectivités territoriales a été amorcée depuis plus d'une quarantaine d'années, et ce malgré l'absence de dispositions expresses en la matière dans les textes régissant alors les collectivités locales (5) (Dahir du 23 juin 1960 relatif à l'organisation communale (6) ; Dahir du 12 septembre 1963 relatif à l'organisation des préfectures, des provinces et de leurs assemblées (7) ; Dahir du 30 septembre 1976 relatif à l'organisation communale (8)).

Un saut qualitatif a été également franchi dans le cadre des constitutions de 1992 (9) et 1996 (10) qui ont élevé la région au rang de collectivité territoriale. La loi n° 47-96 relative à l'organisation de la région (11) ne consacre pas expressément le droit à la coopération internationale au bénéfice de la région.

Toutefois, en sa qualité de collectivité locale dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière librement gérée par une assemblée délibérante, rien n'interdit à la région de promouvoir et de développer des relations d'amitié et de coopération avec des partenaires étrangers.

- (5) MENTAK Mounir : « La coopération décentralisée », in la gestion des affaires locales, Actes des séminaires organisés au titre 2005, Ministère de l'Intérieur, Direction Générale des

Collectivités Locales, Direction des Affaires Juridiques, des Études, de la Documentation et de la Coopération, p.135.

(6) Dahir n° 1-59-315 du 28 hija 1379 (23 juin 1960) relatif à l'organisation communale, B.O n° 2487 du 24 juin 1960, p.1230.

(7) Dahir n° 1-63-273 du 22 rebia II 1383 (12 septembre 1963) relatif à l'organisation des préfectures, des provinces et de leurs assemblées, B.O n° 2655 du 13 septembre 1963, p.1469.

(8) Dahir portant loi n° 1-76-583 du 5 chaoual 1396 (30 septembre 1976) relatif à l'organisation communale, B.O n° 3335 bis du 6 chaoual 1396 (1^{er} octobre 1976), p.1051.

(9) Dahir n° 1-92-155 du 11 rebia II 1413 (9 octobre 1992) portant promulgation du texte de la Constitution révisée, B.O n° 4173 du 23 rebia II 1413 (21 octobre 1992), p.420.

(10) Dahir n° 1-96-157 du 23 jourmada I 1417 (7 octobre 1996) portant promulgation du texte de la Constitution révisée, B.O n° 4420 bis du 26 jourmada I 1417 (10 octobre 1996), p.643.

(11) Dahir n° 1-97-84 du 23 kaada 1417 (2 avril 1997) portant promulgation de la loi n° 47-96 relative à l'organisation de la région, B.O n° 4470 du 24 kaada 1417 (3 avril 1997), p.292.

La loi n° 78-00 portant charte communale (12) et la loi n° 79-00 relative à l'organisation des collectivités préfectorales et provinciales (13) ont innové en autorisant le conseil communal et le conseil préfectoral ou provincial, et ce, après accord de l'autorité de tutelle et dans le respect des engagements internationaux du Royaume à :

- Conclure les conventions de jumelage et de coopération décentralisée ;
- Décider de l'adhésion aux associations des pouvoirs locaux et de la participation à leurs activités ;
- Engager toutefois formes d'échanges avec des collectivités territoriales étrangères (14).

La coopération décentralisée internationale a connu un tournant historique depuis la promulgation de la Constitution Marocaine de 2011 (15) qui a consacré dans son préambule les dispositions suivantes :

« Se fondant sur ces valeurs et ces principes immuables, et fort de sa ferme volonté de raffermir les liens de fraternité, de coopération, de solidarité et de partenariat constructif avec

les autres Etats, et d'œuvrer pour le progrès commun, le Royaume du Maroc, Etat uni, totalement souverain, appartenant au Grand Maghreb, réaffirme ce qui suit et s'y engage :

– Œuvrer à la construction de l'Union du Maghreb, comme option stratégique ;

(12) Dahir n° 1-02-297 du 25 rejev 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communale, B.O n° 5058 du 16 ramadan 1423 (21 novembre 2002), p.1351.

(13) Dahir n° 1-02-269 du 25 rejev 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 79-00 relative à l'organisation des collectivités préfectorales et provinciales, B.O n° 5058 du 16 ramadan 1423 (21 novembre 2002), p.1370.

(14) ZARROUK Najat : « La problématique de l'intercommunalité au Maroc », REMALD, n° 72-73, janvier- avril, 2007, p.69.

(15) Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1423 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution, B.O n° 5964 bis du 28 chaabane 1432 (30 juillet 2011), p.1902.

- Approfondir les liens d'appartenance à la Oumma arabe et islamique, et renforcer les liens de fraternité et de solidarité avec ses peuples frères ;
- Consolider les relations de coopération et de solidarité avec les peuples et les pays d'Afrique, notamment les pays subsahariens et du Sahel ;
- Intensifier les relations de coopération, de rapprochement et de partenariat avec les pays du voisinage euro-méditerranéen ;
- Élargir et diversifier ses relations d'amitié et ses rapports d'échanges humains, économiques, scientifiques, techniques et culturels avec tous les pays du monde ;
- Renforcer la coopération Sud-Sud. »

L'analyse de ces données sur la Coopération des Collectivités Territoriales, reste incomplète sans mettre en exergue les notions utilisées à savoir :

- I. La notion de coopération décentralisée qui présente une difficulté au niveau de sa définition dans la mesure où il n'existe pas aujourd'hui de définition unanimement reconnue, et cela tient vraisemblablement au caractère polysémique de ces termes. Il

importe néanmoins de procéder à une clarification du concept et à une délimitation de son objet à partir de deux grandes conceptions actuelles en la matière (16) :

A. La conception extensive, en usage dans certains pays ou grands organismes multilatéraux accorde à une multitude d'intervenants locaux la qualité d'acteur principal de la coopération décentralisée. Il y a donc coopération décentralisée à partir du moment où l'un des deux partenaires, ou les deux, ont une assise locale, quel que soit leur statut : collectivités territoriales (communes, régions, etc), associations et groupements locaux (ONG, etc), organisations du secteur de la production (syndicats, coopératives). Les programmes Med de la commission européenne renvoient à cette acception extensive et font également du fonctionnement en réseau un des critères de base de la coopération décentralisée ;

(16) MENTAK Mounir : « La coopération décentralisée », op.cit, p.130-131.

B. La conception restrictive qui limite les acteurs de la coopération décentralisée dans les collectivités territoriales (communes, préfectures ou provinces, régions et leurs groupements) (17). La loi d'orientation de 1992 relative à l'administration territoriale de la république française (18) renvoie à cette conception.

II. Alors que la notion de collectivité territoriale est employée pour désigner :

A. C'est d'abord une portion du territoire national qui suppose une délimitation géographique précise, basée sur des considérations historiques, socio-tribales, culturelles, économiques ou institutionnelles ou sur la volonté de réaliser des solidarités et des complémentarités entre les composantes de la région ;

B. C'est ensuite une personne morale de droit public dotée de l'autonomie financière, et comme telle, elle est apte à accomplir les actes de la vie juridique (droits, obligations, avec des conséquences patrimoniales, fiscales, contentieuses qui en résultent) ;

C. Son fonctionnement implique aussi des organes qui lui sont propres : conseils élus, exécutif élu ou nommé ;

D.Ce fonctionnement doit également rester subordonné à l'ordre juridique Etatique dans le souci de préserver l'unité nationale et d'éviter le dispersement de l'action de l'Etat et ce, à travers un contrôle administratif par le Pouvoir central ou par le juge (19) ;

(17) المراكشي عبد الجبار : « التعاون اللامركزي في العلاقات الأورو مغربية », بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، تخصص : العلاقات الدولية، وحدة : الدبلوماسية المغربية، جامعة محمد الخامس - السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا الجديدة، السنة الجامعية : 2005-2006، ص.2.

(18) Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative l'administration territoriale de la République Française, JORF du 8 février 1992, p.2083.

(19) Collectivités Locales en chiffres, Ministère de l'Intérieur, Direction Générale des Collectivités Locales, Édition 2011, p.7.

E.La modification de l'intitulé du Titre XI qui deviendrait « Des collectivités territoriales » au lieu de l'actuel libellé « Des collectivités locales ». ce dernier intitulé tend à se référer plus aux vertus d'une gestion de proximité qui, est à titre essentiel, celle de la commune, qu'à la nouvelle mission de développement qui est conférée à la régionalisation avancée et en vertu de laquelle l'entité régionale décentralisée dispose d'une certaine prééminence (20).

L'étude de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales à la lumière de la Constitution Marocaine de 2011 présente deux intérêts fondamentaux :

- Au niveau théorique, l'analyse des nouveautés constitutionnelles de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales
- Alors qu'au niveau pratique, les mesures d'accompagnement des nouveautés constitutionnelles.

La question essentielle qui mérite d'être posée est de savoir comment la Constitution Marocaine de 2011 a abordé la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales et quels sont les meures d'accompagnement de cette Coopération ?

Pour répondre à cette question, nous traiterons successivement :

- I. Les nouveautés constitutionnelles de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales ;
 - II. Les mesures d'accompagnement de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales.
-

(20) Rapport sur la régionalisation avancée soumis à la Haute attention de Sa Majesté le Roi Mohammed V, Commission Consultative de la Régionalisation, p.29.

I. Les nouveautés constitutionnelles de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales

Par sa situation géographique- il se place à l'extrême occident du monde arabo-islamique, le Maroc, qui se trouve au carrefour des continents africain et européen, est tout proche de l'Europe et ses eaux rencontrent celles de l'Amérique du nord ; il est un point de jonction de civilisations, un pont reliant diverses contrées, une terre de rencontre, un lieu privilégié pour le dialogue (21).

Ainsi, le Maroc, pays de traditions démocratiques séculaires, trait d'union entre les civilisations arabo-musulmanes, africaines et occidentales, est appelé à jouer sur le plan international un rôle important que lui confère sa position géo-politique (22).

La Constitution Marocaine de 2011 a renforcé la situation géo-politique du Royaume du Maroc dans ses relations et rapports avec les différents continents du monde.

À partir de ces idées, nous analyserons successivement : la Construction de l'Union du Maghreb (A), l'approfondissement des liens d'appartenance à l'Oumma arabe et islamique (B), la Consolidation des relations de coopération et de solidarité avec les pays d'Afrique (C), l'intensification des relations de coopération, de rapprochement et de partenariat avec la méditerranée (D).

A. La Construction de l'Union du Maghreb

Les entités non étatiques des pays de l'Afrique du Nord à savoir le Maroc, l'Algérie, la Mauritanie, la Tunisie et la Lybie peuvent participer aux efforts d'établissement d'un ensemble économique de nature à faire face aux blocs économiques des pays du Nord (l'Union européenne par exemple).

(21) BOUTALEB Abdelhadi : « Continuité de la politique arabe et islamique au Maroc : l'engagement dans l'esprit d'ouverture », in Édification d'un Etat moderne : le Maroc de Hassan II, Ouvrage collectif sous la direction de : D.BASRI- A.BELHAJ- M.J ESSAÏD- A.LAROUI- A.OSMAN- M.ROUSSET, Éditions ALBIN Michel, Paris, 1986, p.403.

(22) BASRI Driss : « L'administration territoriale : l'expérience marocaine », Bordas, Paris, 1990, p.400.

Les Collectivités Territoriales représentent dès lors un acteur et un partenaire réel dans l'œuvre de développement aux côtés des autres acteurs à savoir les Etats, le secteur privé et la Société civile (23).

Conscientes de leur qualité d'acteur du développement, les Collectivités Territoriales multiplient les actions relatives à la gestion économique par la mise en œuvre de projets pilotes susceptibles de stimuler le développement autour d'eux, par des apports liés à la formation, la recherche, complexes universitaires, pôles culturels, centres commerciaux (24)...

La Constitution Marocaine de 2011 a approfondi également les liens d'appartenance à l'Oumma arabe et islamique.

B. L'approfondissement des liens d'appartenance à l'Oumma arabe et islamique

Dès son retour d'exil, le Roi Mohammed V (Discours du Trône, 18 novembre 1955) déclarait au sujet des futures relations avec l'ancienne puissance protectrice : *« Au cours des négociations, le gouvernement marocain aura à définir le régime d'indépendance et les formes d'une nouvelle alliance des deux pays sur la base du respect mutuel de leurs souverainetés, de l'égalité et de l'interdépendance. Ce type d'alliance n'est pas incompatible avec le maintien des liens religieux et culturels de notre pays avec l'orient arabe... »* (25).

(23) Le mouvement associatif marocain face à l'Etat : autonomie, partenariat ou instrumentalisation, Revue Marocaine d'audit et de développement, n° 18, juin 2004, p.27.

(24) BELHAMRI Ahmed : « Situation et signification de la diplomatie des Collectivités Locales dans les relations internationales : Contribution à l'analyse des relations extérieures des pouvoirs locaux à la lumière de l'expérience française et marocaine », Thèse pour l'obtention

مجلة الفقه والقانون العدد العاشر غشت 2013.....
du Doctorat d'Etat en Droit public, Université Mohammed V, Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales- Rabat Agdal, Année Universitaire : 2004-2005, p.205.

(25) BOUTALEB Abdelhadi : « Continuité de la politique arabe et islamique au Maroc : l'engagement dans l'esprit d'ouverture », op.cit, p.408.

Dans sa première proclamation, après son accession au trône, le 3 mars 1961, Sa. Majesté Hassan II déclare que : « *je m'engage envers Dieu et envers vous à assumer, dans le respect des intérêts supérieurs de la Patrie, mes responsabilités, à accomplir mon devoir conformément aux principes de l'Islam, à ses valeurs spirituelles et à nos traditions nationales séculaires* » (26).

Les Constitutions du Maroc ont mentionné clairement l'attachement du Maroc à la préservation de son identité arabe et son attachement à l'Oumma arabe comme fondements essentiels de la Monarchie Marocaine.

Dans ce sens, on cite les dispositions suivantes :

- L'Islam est la religion de l'Etat qui garantit à tous le libre exercice des Cultes (27) ;
- La Nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée, l'unité nationale aux affluents multiples, la monarchie constitutionnelle et le choix démocratique (28) ;
- L'arabe demeure la langue officielle de l'Etat.

L'Etat œuvre à la protection et au développement de la langue arabe, ainsi qu'à la promotion de son utilisation (29).

À l'instar de l'approfondissement des liens d'appartenance à l'Oumma arabe et islamique, la Constitution Marocaine de 2011 a consolidé les relations de coopération et de solidarité avec les pays d'Afrique.

(26) Première proclamation de S.M Hassan II après son accession au trône (3 mars 1961), in HASSAN II : « Le défi », Éditions ALBIN Michel, Paris, 1976, p.273.

(27) Articles 6 des Constitutions Marocaines de 1962, 1970, 1972, 1992, 1996.

(28) Article premier alinéa 3 de la Constitution Marocaine de 2011.

(29) Article 5 alinéas 1 et 2 de la Constitution Marocaine de 2011.

C. La Consolidation des relations de coopération et de solidarité avec les pays d'Afrique

Le Maroc a dès son accession à l'indépendance, œuvré pour la réalisation de l'unité africaine, en participant aux différentes conférences panafricaines et en créant en janvier 1961 le premier jalon de cette unité, le groupe de Casablanca (30).

De la même manière, la première Constitution marocaine de 1962 (31) porte témoignage de l'attachement du pays à cet idéal africain. En effet, son préambule dispose que : « Etat africain, il s'assigne, en outre, comme l'un de ses objectifs la réalisation de l'Unité africaine ».

Ensuite, les Constitutions Marocaines de 1970, 1972, 1992, 1996, ont repris la même disposition en disposant que :

- Etat africain, il s'assigne, en outre, comme l'un de ses objectifs, la réalisation de l'Unité africaine (32).

Enfin, la Constitution Marocaine de 2011 a consolidé les relations de coopération et de solidarité avec les pays d'Afrique comme partenaires privilégiés du Royaume.

À travers sa dernière visite au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Gabon, SM le Roi donne tous son sens à la coopération Sud-Sud (33). Ces visites que SM le Roi Mohammed VI a multipliées durant les dix dernières années, notamment dans la sous-région de l'Afrique de l'ouest, ne doivent pas être prises seulement sous le prisme de la diplomatie et les relations étrangères au sens strict du terme.

(30) HASBI Aziz et AMJAD Ahmed : « L'OUA et la question nationale du Sahara », in Édition d'un Etat moderne : Le Maroc de Hassan II, op.cit, p.365-366.

(31) Dahir de promulgation et texte de la Constitution du 17 rejev 1382 (14 décembre 1962), B.O n° 2616 bis du 19 décembre 1962, p.1773.

(32) Préambule des Constitutions Marocaines de 1970, 1972, 1992, 1996.

(33) Visite royale en Afrique : aux entreprises de consolider les acquis, publié sur le site électronique www.lavieeco.com/news/actualités.

La Constitution Marocaine de 2011 a intensifié les relations de coopération, de rapprochement et de partenariat avec la méditerranée.

D. L'intensification des relations de coopération, de rapprochement et de partenariat avec la méditerranée

Le premier mouvement associatif des Collectivités Territoriales qui œuvre à la consolidation des pays de la Méditerranée a vu le jour au lendemain de la guerre guidée par les mêmes idéaux de paix et de solidarité. Ces idéaux ont amené les entités décentralisées à établir des relations bilatérales de coopération à travers les jumelages. Cependant ce mouvement a été suivi par d'autres créés autour d'objectifs plus précis : francophonie, capitales et grandes métropoles, villes martyres, villes nouvelles, villes patrimoine du monde (34)...

Néanmoins, cette participation des Collectivités Territoriales marocaines au mouvement associatif de la Méditerranée n'est pas seulement d'ordre quantitatif. Elle est aussi de qualité puisque ces Collectivités Territoriales se trouvent à la tête des instances dirigeantes de ces associations à la suite de leur élection par leurs semblables dans l'OVA (l'Organisation des Villes Arabes), l'OVCI (l'Organisation des Villes et des Capitales Islamiques) et dans la FMVJ- CU (la Fédération des Villes Jumelées- Cités Unies) (35).

L'ensemble des Collectivités Territoriales de la méditerranée s'avèrent si elles se réunissent pour constituer une seule force commune un acteur de taille à même de donner une nouvelle impulsion à la région Sud. Réunies avec les Etats dont elles constituent les démembrements, elles peuvent réaliser l'intégration économique et sociale de la rive sud de la méditerranée (36).

(34) BRAHIMI Mohamed et LESIRE ORGEL Hubert : « Les Villes entre elles », in la méditerranée réinventée, sous la direction de BALTA Paul, la découverte, Fondation SEYDOUX René, 1992, p.123.

(35) BRAHIMI Mohamed : « Les relations internationales des pouvoirs locaux : l'expérience marocaine », in la revanche des territoires sous la direction de SEDJARI Ali, l'Harmattan-Gret, 1997, p.273.

(36) DOLHEM Nancy : « Aux frontières de l'Union Européenne : quel Maghreb pour demain ? », le Monde diplomatique, septembre 2004, p.35.

Avec la déclaration de Barcelone, l'Europe invite les pays méditerranéens à sa table, mais sans leur proposer de faire un jour une partie de la famille.

Ainsi, la première conférence euro-méditerranéenne s'est tenue à Barcelone les 27 et 28 novembre 1995 et a réuni les 15 membres de l'Union Européenne avec 12 Pays du Tiers Méditerranéens : Maroc, Tunisie, Algérie, Egypte, Israël, Liban, Syrie, Jordanie, Autorité Palestinienne, Turquie, Chypre, Malte. Cette conférence a eu lieu dans le contexte des accords d'Oslo qui avaient ouvert la voie à un processus de paix au Proche-Orient. Des objectifs très ambitieux ont été proclamés lors de la conférence de Barcelone, adoptée le 28 novembre 1995 par les Ministres des Affaires Étrangères de 27 Etats. Cette déclaration a défini trois volets d'un partenariat qui se veut global et multilatéral :

- Un volet politique ;
- Un volet économique ;
- Un volet social, culturel et humain.

L'analyse des nouveautés constitutionnelles de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales nous amène à dresser des mesures d'accompagnement de la Coopération des Collectivités Territoriales.

II. Les mesures d'accompagnement de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales

La Coopération Internationale des Collectivités Territoriales a occupé une grande place dans Notre nouvelle Constitution Marocaine de 2011 dans la mesure où celle-ci a consacré dans son préambule des dispositions qui ont renforcé le cadre juridique de la Coopération Internationale de nos Collectivités Territoriales.

Ces dispositions nécessitent la prise d'un nombre de mesures qui vont consolider les nouveautés constitutionnelles de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales.

Partant de ces idées, nous allons aborder : les mesures juridiques (A), et les mesures empiriques (B).

A. Les mesures juridiques

Cette nécessité trouve sa justification dans le fait que notre nouvelle constitution a réalisé une mutation profonde en matière de décentralisation et de déconcentration à travers le renforcement de la démocratie locale et l'élargissement des attributions des représentants locaux du pouvoir central.

À partir de ces idées, nous analyserons successivement : la loi organique relative aux régions et aux autres collectivités territoriales (1), et la charte nationale de la déconcentration administrative (2).

1. La loi organique relative aux régions et aux autres collectivités territoriales

En vertu de l'article 146 de la Constitution Marocaine de 2011 : « Une loi organique fixe notamment :

- Les conditions de gestion démocratique de leurs affaires par les régions et les autres collectivités territoriales, le nombre des membres de leurs conseils, les règles relatives à l'éligibilité, aux incompatibilités et aux cas d'interdiction du cumul de mandats, ainsi que le régime électoral et les dispositions visant à assurer une meilleure représentation des femmes au sein de ces conseils ;
- Les conditions d'exécution, par les présidents des conseils des régions et les présidents des conseils des autres collectivités territoriales, des délibérations et des décisions desdits conseils, conformément aux dispositions de l'article 138 ;
- Les conditions d'exercice par les citoyennes et les citoyens et les associations du droit de pétition prévu à l'article 139 ;
- Les compétences propres, les compétences partagées avec l'Etat et celles qui sont transférées aux régions et aux autres collectivités territoriales, prévues à l'article 140 ;
- Le régime financier des régions et des autres collectivités territoriales ;
- L'origine des ressources financières des régions et des autres collectivités territoriales prévues à l'article 141 ;
- Les ressources et les modalités de fonctionnement du Fonds de mise à niveau sociale et du Fonds de solidarité interrégionale prévus à l'article 142 ;

- Les conditions et les modalités de constitution des groupements visés à l'article 144 ;
- Les dispositions favorisant le développement de l'intercommunalité, ainsi que les mécanismes destinés à assurer l'adaptation de l'organisation territoriale dans ce sens ;
- Les règles de gouvernance relatives au bon fonctionnement de la libre administration, au contrôle de la gestion des fonds et programmes, à l'évaluation des actions et à la reddition des comptes.

Cet article oblige le législateur de procéder à la promulgation de la loi organique relative aux régions et aux autres collectivités territoriales en vue d'accompagner les dispositions constitutionnelles dans le domaine des collectivités territoriales qui ont constitué une mutation profonde dans le domaine de la démocratie territoriale et de la bonne gouvernance (37).

2. La charte nationale de la déconcentration administrative

L'élaboration de la charte nationale de la déconcentration administrative constitue une priorité pour le Maroc en vue d'être au diapason des impératifs de la bonne gouvernance territoriale (38).

La répartition des missions entre les administrations centrales et les administrations déconcentrées doit s'organiser selon des principes et des règles préétablis qui font de la déconcentration la règle générale d'organisation et de répartition des attributions, des moyens et des activités administratives entre les différents échelons des administrations civiles de l'Etat (39).

Seront confiées aux administrations centrales les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial.

Sous réserve des dispositions fixant les attributions et l'organisation des départements ministériels, les administrations centrales doivent assurer, au niveau national, sous l'autorité des ministres concernés, un rôle de régulation, de réglementation, d'organisation, d'élaboration des politiques générales et sectorielles de conception, de planification, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle, et exceptionnellement, de gestion des services ayant un caractère national non déconcentré.

(37) الشكاري كريم : « الجهوية المتقدمة بين مقتضيات الدستور المغربي الجديد وآفاق الوضع المتقدم », منشورة على الموقع الإلكتروني www.marocdroit.com, 26 أبريل 2012، ص.12.

(38) Administration territoriale : vers l'élaboration d'une charte nationale de déconcentration, <http://www.maghress.com/fr/aujourd'hui/73018>.

(39) FIKRI Mostapha : « La bonne gouvernance administrative au Maroc : Mission possible », Espace Art & Culture, 2005, p.111-112.

Alors que les missions non conférées aux administrations centrales, notamment celles qui intéressent les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, seront confiées aux administrations déconcentrées.

Pour exercer leurs missions, les administrations déconcentrées seront, sauf disposition législative ou réglementaire, organisées dans le cadre des circonscriptions territoriales suivantes :

- _ Les Directions Régionales ;
- _ Les Délégations Préfectorales ou Provinciales ;
- _ Les services annexes (éventuellement).

Les administrations déconcentrées seront chargées, au niveau territorial, de l'exécution de la politique gouvernementale et de toutes les décisions et directives des autorités compétentes dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Les administrations déconcentrées peuvent concourir par leur appui technique, leur conseil et leur assistance, aux projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et des établissements publics locaux qui en font la demande. Dans ce cas, cet appui sera fourni dans des conditions définies par convention passée entre le représentant de l'Etat et, selon le cas, le représentant de la collectivité territoriale concernée ou le président de l'établissement public local concerné.

Les moyens nécessaires au fonctionnement de ces administrations, dans le cadre de leurs attributions, seront mis à leur disposition par les administrations centrales.

La direction régionale sera l'échelon territorial chargé :

- _ De la conception et de la planification de la politique nationale en matière de développement économique et social et d'aménagement du territoire ;

- _ De l'animation et de la coordination des politiques de l'Etat relatives aux secteurs relevant de la compétence de l'échelon régional ;
- _ De la coordination des actions de toute nature intéressant plusieurs préfectures et provinces de la région.

La prise des mesures juridiques exigent l'adoption d'un autre volet pratique qui va assurer la matérialisation de ces mesures dans le cadre de ce qu'on appelle les mesures pratiques.

B. Les mesures pratiques

À l'instar des mesures juridiques, la coopération Internationale des Collectivités Territoriales nécessite l'adoption d'un certain nombre de mesures empiriques qui vont contribuer à la bonne incarnation de ladite coopération.

De ce fait, nous traiterons successivement : l'adoption d'un Statut juridique international des Collectivités Territoriales (1), et le renforcement du rôle de la région en tant que centre de décision économique

1. L'adoption d'un Statut juridique international des Collectivités Territoriales

L'institutionnalisation croissante des activités et travaux des Collectivités Territoriales dans les structures des échanges et de la coopération internationale semble déterminée par le besoin de chercher à définir et à élaborer une situation statutaire en faveur de la diplomatie des villes qui tiendrait compte de ses intérêts et qui légitimerait son comportement extérieur (40). Une telle envie paraît après toute légitime eu égard à l'importance prise par les pouvoirs locaux au plan local et international (41). Les performances accomplies au contact de la réalité du sous développement attestent l'efficacité et du dynamisme dont les Collectivités Territoriales ont fait preuve pour participer aux efforts de coopération internationale.

(41) BELHAMRI Ahmed : « Situation et signification de la diplomatie des Collectivités Locales dans les relations internationales : Contribution à l'analyse des relations extérieures des pouvoirs locaux à la lumière de l'expérience française et marocaine », op.cit, p.449.

(42) FIKRI Abdelkbir : « L'élue et la pratique communale : le cas de la région de Casablanca », Revue Marocaine de Droit et d'Economie, n° 47, 2002, p.183.

Naturellement dans cette démarché, les Collectivités Territoriales profitent du contexte de crise du Droit International dont les manifestations (43) faisant l'unanimité des observateurs et de la doctrine révèlent non seulement des difficultés d'adaptation aux transformations économiques, sociales et politiques dues à la mondialisation mais surtout signes d'éclatement entre une multiplicité de branches et de disciplines (droit transnational, droit administratif international, droit commercial international...). De tels symptômes s'avèrent certes favorables au mouvement des relations extérieures des Collectivités Territoriales mais ne reflètent nullement un dépassement ou un quelconque dépérissement du Droit International. Tout au plus, relatant-ils incontestablement une période difficile à confronter et pleine de menaces à traverser (44).

Malgré les réticences, certaines initiatives se sont faites pour encadrer les relations extérieures foisonnantes des pouvoirs locaux. Il en est résulté un certain nombre renforcement du statut des Collectivités Territoriales à l'échelle internationale. Ce résultat est dû pour une bonne part à l'action déployée depuis le début dans ce domaine de l'action extérieure par le Conseil de l'Europe.

Plusieurs organisations ont entrepris des efforts en vue d'adopter des instruments de droit destinés à préciser et à définir le comportement et l'activité des Collectivités Territoriales dans le domaine des relations extérieures.

Dans ce cadre, le Conseil de l'Europe a développé une activité à la fois constante et diversifiée. Outre la loi du 6 février 1992 modifiée, le principal texte régissant les actions de coopération transfrontalière est la convention-cadre européenne pour la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales, élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe et adoptée à Madrid le 21 mai 1980. Elle a été ratifiée par la France le 23 décembre 1983 et est entrée en vigueur, pour la France, le 14 mai 1984 (45).

(43) QUOC DINH Nguyen, DAILLER Patrick et PELLET Alain : « Droit International Public », LGDJ, 5^{ème} édition, 1994, p.676.

(44) VIRALLY Michel : « Le Droit International en devenir », PUF, 1990, p.29.

(45) Guide de la Coopération Décentralisée : échanges et partenaires internationaux des Collectivités Territoriales, Ministère des Affaires Étrangères, DGCID, CNCD, 2^{ème} édition, 2006, p.29.

Les parties signataires de la Convention se sont engagées à favoriser la coopération transfrontalière, celle qui rentre dans le cadre des compétences des Collectivités Territoriales définies par le droit interne de ces parties (46). Certes, d'autres modalités de la coopération sont prévues mais la mise en œuvre de ces actions de coopération confronte la triste réalité de l'absence de structures juridiques appropriées. Ainsi est mis en place le protocole additionnel de 1996. Dès lors fait surface le droit des pouvoirs locaux de conclure des accords de coopération conformément au droit national et aux engagements internationaux des signataires. Ces derniers se sont engagés à respecter ce droit des Collectivités Territoriales à conclure des accords et c'est ainsi qu'est mis en place l'obligation de garantir le droit des pouvoirs locaux à la coopération, ce qu'est un progrès par rapport à la convention cadre de 1980 (C.SCHNEIDER 1995) (47).

L'adoption d'un Statut Juridique international des Collectivités Territoriales doit être accompagnée par la nécessité de former une nouvelle génération des élus locaux pour incarner les nouveautés constitutionnelles de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales.

L'adoption d'un Statut juridique international des Collectivités Territoriales doit être accompagnée par le renforcement du rôle de la région en tant que centre de décision économique.

2. Le renforcement du rôle de la région en tant que centre de décision économique

Pour que la région centre de décision économique soit en mesure du grand défi qui lui pose, il faut qu'on procède à l'élaboration des outils performants pour servir les dessins d'une nouvelle action régionale qui porte notamment sur une planification régionale rigoureuse en tant que cadre privilégié et une nécessité impérieuse pour un pays en voie de développement comme le Maroc.

(46) BELHAMRI Ahmed : « Situation et signification de la diplomatie des Collectivités Locales dans les relations extérieures : Contribution à l'analyse des relations extérieures des pouvoirs locaux à la lumière de l'expérience française et marocaine », op.cit, p.512.

(47) ROUSSET Michel : « L'action internationale des Collectivités Locales », LGDJ, Paris, 1998, p.59.

La planification régionale doit pouvoir exprimer les actions et les projets de développement régional à travers :

- La fixation des orientations et des objectifs à moyen et long terme du développement de la région ;
- L'élaboration des programmes d'action à réaliser, et la définition des programmes d'aménagement du territoire régional.

L'élaboration et la mise en œuvre des objectifs susmentionnés impliquent la participation des partenaires économiques et sociaux de la région et l'association des Collectivités Territoriales infrarégionales à la conception et à la mise en œuvre des actions qui les concernent directement ou indirectement (48).

Il faudrait également rechercher une plus grande cohérence intersectorielle à travers une connaissance approfondie de la logique des systèmes productifs régionaux existants ou à promouvoir ainsi que la maîtrise des mécanismes qui commandent l'organisation et le développement des économies territoriales (49).

La qualité, la pertinence sociale et l'efficacité des actions de développement régional ne sauraient être laissées à l'approximation mais doivent être désormais le produit de recherche et d'études scientifiques et le couronnement d'un processus de prise de décision basée sur la rationalité des choix entre plusieurs options et projets possibles en fonction de leurs avantages, de leurs inconvénients et leur coût.

Le rôle de la recherche est fondamental dans les domaines de la politique régionale puisque les expériences nationales de développement régional qui ont abouti à des réalisations importantes sont celles qui ont pu développer des structures de recherche en rapport avec l'action régionale et instauré des liens solides entre le monde de recherche et le monde des affaires au niveau régional.

(48) HAMZAOUI Hind : « La coopération internationale des collectivités locales " Cas du Maroc », op.cit, p.153.

(49) Ibid.

On pense par exemple aux instituts de recherches régionales en Italie, au fonds national de suisse pour la recherche scientifique, au Groupe d'expert sur la recherche du développement régional en Suède, au Centre National de Recherche Scientifique et centre d'économie régionale en France (50)...

Quant aux domaines privilégiés de recherche universitaire sur l'économie régionale qui peuvent consister dans l'étude d'un secteur ou une branche déterminée, un projet, une opération spécifique ou un programme intégré, ils peuvent concerner :

- Des politiques globales dans les régions telles que l'économie urbaine, l'économie rurale, les mécanismes des marchés de l'emploi, le fonctionnement du marché foncier, les systèmes protecteurs de l'environnement, la migration et l'urbanisation ;
- Des politiques sectorielles telles que les réseaux de transport, la politique de logement, les facteurs de localisation industrielle ;
- L'élaboration des modèles de comportement des structures à travers l'analyse des échanges intersectoriels et interindustriels au niveau régional, et de l'impact cumulatif des stimulants à l'industrie dans le développement régional ainsi que de l'impact de certains grands projets sur le comportement des variables démographiques régionales... ;
- L'élaboration des modèles de simulation des effets des mesures de politique économique nationale sur le comportement et l'évolution des économies régionales (51).

(50) ZRIOULI M'Hamed : « Édification de la région économique au Maroc : approche prospective fondement et implications », Éditions Okad, Novembre 1996, p.337.

(51) HAMZAOUI Hind : « La coopération internationale des collectivités locales " Cas du Maroc », op.cit, p.158-159.

CONCLUSION :

Finalement, il apparait nettement que la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales a occupé une grande place dans la Constitution Marocaine de 2011 qui a consacré dans son préambule des dispositions innovantes.

Ces dispositions doivent être complétées par des mesures juridiques et pratiques qui vont renforcer les acquis constitutionnelles dans le domaine de la Coopération Internationale des Collectivités Territoriales.

Le juge pénal : vers une évolution de son rôle dans la société contemporaine



Hicham MOUJAHID (DOCTEUR EN DROIT)

Université de Perpignan Via Domitia,

Académie de Montpellier

Le juge pénal est lié aux fonctions que lui reconnaît le système juridique, et aux missions qui lui sont dévolues. Certes, cela implique une certaine marge de liberté et d'initiative. Mais cela suppose surtout, que le juge soit encadré par des normes qu'il doit mettre en œuvre, interpréter et appliquer, ainsi que par les limites du litige, essentiellement sinon uniquement tracées par les prétentions des parties. Cela nécessite que, le juge respecte certains principes fondamentaux du système pénal comme le principe de légalité (*section1*), le principe de séparation des pouvoirs (*section2*) et le principe de la présomption d'innocence (*section3*).

Effectivement, ces principes que nous avons cité assure convenablement au juge son rôle de protecteur des droits de l'Homme, afin qu'il ne reste pas comme la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peut modérer ni la force ni la vigueur. De plus, ces principes lui réservent également de nouveaux rôles : vers un juge qui juge au lieu d'homologuer, et le pouvoir de relaxer acquitter en cas de doute (le principe d'innocence).

Section 1 : Le juge pénal et le principe de la légalité

Le principe de la légalité est considéré comme un pilier sur lequel doit s'ériger l'idéal de justice. Plus on renforce ces principes, plus on consolide l'édifice et plus on se rapproche

d'un idéal de justice. Cela constitue le fondement des droits de l'Homme, que la déclaration universelle et les pactes et conventions internationaux des droits de l'Homme proclament. Ceux-ci appellent les Etats à en promouvoir le respect, et à en assurer la protection¹.

Le principe de la légalité est une véritable garantie de la protection des droits et des libertés du citoyen dans le droit positif en vigueur. La signification du principe de légalité, quand au rôle du juge pénal est un sujet assez délicat, puisqu'il impose au juge répressif le respect de certaines règles de fonds et de formes. Le principe de la légalité suppose plusieurs caractéristiques à déterminer, afin de comprendre l'adage « *nullem crimen, nulle poena sine lege* » qui signifie, qu'il n'y a pas d'infraction sans peine. Ce principe figure aussi bien en France dans le code pénal de 1810, que dans le code de 1992².

De même, le code pénal marocain adopte ce principe. Le principe signifie qu'une infraction n'est punissable que si elle a été définie et punie par la loi, cela consiste que, le juge ne peut sanctionner un acte ou une abstention que grâce à l'appui d'un texte énonçant cette faute. Le législateur doit prévoir une sanction à établir en cas de dépassement d'une interdiction. Ce principe permet d'éviter tout arbitraire, afin de protéger les individus, puisque le juge n'a pas de pouvoir sans que le législateur n'ait édicté une loi qui détermine l'infraction, il permet de garantir les libertés individuelles.

L'étude de ce principe, a pour objectif de révéler ses avantages dans le processus de la recherche de la vérité. Parmi ses avantages, c'est qu'il lie le juge à une interprétation stricte de la loi, et de ce fait, il est une garantie contre l'arbitraire du juge³. Ce dernier doit déterminer l'exacte qualification des faits poursuivis, c'est-à-dire rechercher quel texte leur est applicable et constater ensuite l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi, il doit se limiter au texte, tel qu'il a été voté par le législateur, aussi bien sur le plan de la définition de l'infraction que sur le plan de la détermination de la sanction. Son rôle est donc réduit à dire le droit.

¹ Le principe de la légalité impose une double condition, la première se rapporte au mode de création de la norme pénale tandis que la deuxième se rattache au contenu de cette norme : la création de la norme pénale illustre l'incidence du principe de la séparation des pouvoirs sur le principe de la légalité des délits et des peines. « *Le Maroc et les droits de l'homme : positions, réalisations et perspectives* », par, BASSRI Driss, ROUSSET Michel, VEDEL Georges, année 1994.

² Le droit français repose sur une tradition romano-germanique donnant un rôle prépondérant à la loi, rôle constamment réaffirmé par la décision du conseil constitutionnel du 27 juillet 2000 n° 2000-433 DC, JCP 27 septembre 2000, p. 1739. Le droit anglais, quant à lui s'inspire de la *common Law* où le droit pénal est dominé par la manière dont les juges le mettent en œuvre, l'Angleterre a une tradition juridique complètement différente qui a été à l'origine de l'évolution du droit dans une grande partie du monde, notamment aux Etats Unis et au Canada. Le juge y est l'organe dominant. Il existe un véritable pouvoir judiciaire qui, par son importance, n'est pas inférieur au pouvoir législatif. Peut-on parler alors de principe de légalité. La cour européenne des droits de l'homme en donne la réponse en adaptant les textes des articles 8 et 10 de la convention européenne des droits de l'homme. Dans ses arrêts « Sunday Times » du 26 avril 1979, recueil, série A, n° 30 et « Huvig et Kruslin du 24 avril 1990, Recueil, série A, n° 176*A et 176-B, elle considère que la loi s'entend aussi bien au sens matériel (contenu d principe) que formel (exigence d'un texte). « *L'indispensable du droit pénal* », par GENINET Béatrice, Studyrama, 2^{ème} édition.

³ C'est à dire que la loi pénale doit être interprétée restrictivement par le juge dès lors que sa signification est dépourvue d'ambiguïté. C'est ce qu'on l'appel l'interprétation stricte de la loi. Le juge n'a pas le droit d'étendre la loi à des situations autres que celle visées, ce qui prohibe l'interprétation par analogie. C'est un des corollaires du principe de la légalité. En effet si l'on étendait le texte au-delà de ce qui est visé, on en arriverait à condamner sans texte. « *L'indispensable du droit pénal* », par GENINET Béatrice, Studyrama, 2^{ème} édition, année 2005.

L'interprétation de la règle judiciaire consiste alors à vérifier seulement, que le fait commis tombe dans le champ de la qualification légale du délit. Il ne peut faire appel dans sa démarche à des éléments extérieurs au texte de la loi. Par contre, l'interprétation des lois par le juge, ou la recherche de leur vrai sens constitue une nécessité. Le magistrat est tenu de statuer sur chaque cas, qui lui est présentée et les textes laissent parfois place à l'hésitation. Il ne peut pas en résulter la création de textes. Ceux-ci n'auraient pas force de la loi. Le juge ne peut créer, ou étendre abusivement des infractions nouvelles à partir de l'interprétation plus ou moins exacte d'une loi. Par contre, il est tenu de rechercher l'esprit de la loi. Ainsi, le juge ne peut ni créer comme on l'a déjà signalé des sanctions, ni prononcer des peines supérieures au maximum prévu par la loi.

De même, l'utilisation du raisonnement par analogie en principe interdit, parce que ce mode d'interprétation est directement contraire au principe d'interprétation restrictive. A partir de tous qu'on a vu le principe de la légalité doit en effet, prévaloir parce qu'il est conçu dans l'intérêt du prévenu pour garantir une protection effective des droits de l'Homme.

Une autre conséquence du principe de la légalité, apparaît avec l'interdiction de donner aux lois nouvelles une portée rétroactive. Il serait injuste, de poursuivre un individu, pour un acte ultérieurement défendu par la loi. C'est la sécurité du citoyen qui l'exige. Il lui suffit, de respecter les lois en vigueur pour se prémunir contre toute poursuite. La règle du non rétroactivité s'applique aux lois de fond, parce que ce sont ces lois qui définissent les infractions qui déterminent les peines et exposent par conséquent les individus à des sanctions pénales.

Par ailleurs, le non rétroactivité étant prévue dans le souci de protéger l'individu, ne peut être étendu aux lois plus douces. C'est ce qui résulte de l'article 15, alinéa 1^{er} du pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 6 du code pénal marocain, qui précise la période de parution de la nouvelle loi applicable rétroactivement à l'acte incriminé. Il en résulte que, la rétroactivité s'applique aux instances en cours et aux procès dont le jugement n'est pas encore passé en force de chose jugée. Le condamné peut exercer la voie de recours, qui lui est encore ouverte et se prévaloir de la nouvelle loi.

De même, une loi est rétroactive lorsqu'elle s'applique à des situations juridiques constituées avant sa mise en vigueur, ainsi qu'aux effets passés de cette situation. Le principe de non rétroactivité protège l'Homme contre la loi. En son absence, la loi pourrait

remettre en question les actes passés. On peut exiger aux citoyens, l'obéissance à une règle qu'ils ne pouvaient pas connaître, puisqu'elle n'existait pas. C'est un principe dit de sécurité juridique et qui permet le maintien de l'ordre public et le respect des libertés individuelles.

En définitif, il faut rappeler que la règle de l'interprétation stricte de la loi et celle de la non rétroactivité, sont parmi les conséquences du principe de la légalité des délits et des peines consacrées par la charte internationale des droits de l'Homme, dans le but de protéger ces droits et sauvegarder la liberté individuelle. De même, ce principe est considéré comme un frein à l'arbitraire du juge¹. Par conséquent, ce dernier se limite à une bouche, qui prononce les dispositions pénales déjà prononcées par le législateur. Cela veut dire que, le juge s'érige en une sorte de rival du législateur, c'est ce qui risque de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, fondement de nos sociétés démocratiques modernes.

Afin d'éviter cette situation on doit reconnaître au juge un rôle plus efficace avec une détermination de la marge de liberté qui peut lui être reconnue, entre autre le respect des droits de l'Homme par la réalisation de l'équilibre entre le maintien de l'ordre public et protection des libertés individuelles².

Section 2 : principe de la séparation des pouvoirs Vers un juge pénal qui juge au lieu d'homologuer

Dans toutes les civilisations et dans tous les systèmes juridiques, le juge, quelles que soient les formes qu'il peut revêtir, occupe une place de choix. Dans la tradition anglo-saxonne, anglaise surtout c'est par le juge que les droits et les libertés ont été consacrés. Dans les droits romano-germaniques, en revanche, c'est essentiellement par la loi qu'ils ont été établis. Le juge a alors pour fonction primordiale d'appliquer la loi à des cas particuliers. Il lui revient néanmoins toujours, dans tous les systèmes, d'apaiser les conflits de trancher les litiges et de légitimer les solutions qu'il retient.

¹ Certes, le principe de l'interprétation stricte ne signifie pas qu'il faut exclusivement s'attacher à la lettre de la loi. Lorsqu'il existe une incertitude sur la portée d'un texte pénal, le juge peut par exemple rechercher celle-ci à travers *le ratio legis* de la loi. Cependant, chaque fois qu'elle est claire et précise, la lettre de la loi s'avère la barrière la plus sûre contre des appréciations plus au moins arbitraires de l'autorité judiciaire, en l'occurrence de l'organe judiciaire, en l'occurrence de l'organe chargé des poursuites. « *La question de la preuve devant le tribunal pénal international pour le Rwanda* » le cas *Cyangugu*, par FOFE Jean Pierre et MALEWA Djofia, L'harmattan, année 2006, p.62.

² Le juge pénal doit protéger non seulement l'intérêt public mais également l'intérêt individuel, ce qui laisse place à d'avantage de dirigisme judiciaire, ce qui signifie que le juge pénal est censé donner leur qualification exacte aux faits et actes. Il s'agit donc d'une disposition qui met à la charge du juge l'obligation de qualification et de requalification. Lorsque les droits et libertés des parties risquent d'être violés, l'application de la convention permet au juge pénal d'aider et d'appliquer la convention et ses protocoles sans que l'une des parties au litige ne doive l'invoquer. Dans les procès pénaux, cette particularité renforce le rôle du juge comme protecteur des droits de l'homme. « *La liberté d'expression en Turquie à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme* », édition de L'harmattan, année 2010, p. 403.

En France, le juge ne saurait pour autant disposer, à cet égard, d'un pouvoir autonome lui permettant de s'affranchir librement, dans ses fonctions juridictionnelles, des textes qu'il lui appartient d'appliquer ni des prétentions des parties sur lesquelles il doit se prononcer. Cela implique que, le juge s'érige alors en une sorte de rival du législateur. Mais avec le principe de séparation des pouvoirs, la fonction du juge ne saurait se limiter à un simple légidiction mécanique, comme il ne peut se réduire à un organe inerte du système juridique, à une simple courroie de transmission de règles abstraites, préétablies et statiques à des cas particuliers.

Le principe de séparation avait reconnu également au juge un rôle de véritable acteur du système juridique, qui dispose d'un certain pouvoir créateur de droit, doté d'une véritable responsabilité dans l'évolution du droit positif. Ainsi, le juge, est lié aux fonctions que lui reconnaît le système juridique et aux missions qui lui sont dévolues en respectant le principe de légalité des peines.

Il convient de rappeler que le principe de séparation des pouvoirs, implique une certaine marge de liberté et d'initiative. Mais cela suppose que le juge soit encadré par des normes qu'il doit mettre en œuvre, interpréter et appliquer, ainsi que par les limites du litige, essentiellement sinon uniquement tracées par les prétentions des parties. Cela implique aussi, un système processuel exigeant auquel le juge doit impérativement se soumettre.

Par ailleurs, le principe de séparation exige que le juge ait une place déterminante dans la composition pénale, qui se manifeste dans son rôle de l'application, de l'interprétation et de l'évolution du droit et de la solution du procès. Il s'agit de reconnaître au juge sur la base du principe de séparation du pouvoir, le droit et même la mission de transformer la société en réformant les données actuelles ou inversement d'en figer l'état actuel pour en préserver les acquis.

Dans les régimes socialistes, le juge avait ainsi pour rôle de maintenir les acquis révolutionnaire et la légalité socialiste. En revanche, le juge pourrait s'affranchir des contraintes de la loi pour imaginer la règle que, selon lui le législateur contemporain pourrait édicter en fonction des données présentes de la vie sociale. C'est ainsi que, selon le réalisme juridique américain, le juge aurait le pouvoir d'adapter le droit aux changements incessants de la société en privilégiant sa conception de la morale et de la politique sur la règle de droit en vigueur¹.

¹ « La fonction de juger, étude historique et positive », par COLSON Renaud, version 1-8 juillet 2009, p. 67.

Le droit n'est alors que ce que font les tribunaux selon « *feel of the Law* », c'est à dire leur intuition au-delà des textes, de l'équité, de la morale, de la politique, de l'opportunité sociale..... . En général le juge peut se libérer du texte de la loi tout en s'y référant lorsque celle-ci s'avère insuffisante ou inadaptée aux circonstances et au contexte actuel au niveau social.

Au niveau juridictionnel nous envisageons au Maroc une intervention plus efficace du juge pénal, intervention conçue comme une garantie exigée par le principe de séparation des autorités chargées de la poursuite et du jugement. Or, l'objectif de ce principe ne consiste pas simplement à séparer les autorités. Il s'agit d'une part, de permettre au juge pénal de juger au lieu d'homologuer, d'autre part de permettre ainsi à deux démarches intellectuelles distinctes et incompatibles d'exister chacune de son côté, étant donné que leur cumul par une seule autorité ne peut que porter atteinte au droit du justiciable à un procès équitable.

Nous envisageons aussi, que le juge ait le pouvoir et l'autorité nécessaires pour prononcer des décisions exécutoires, Il peut cependant, puisque aucun minimum n'est fixé, les moduler en fonction de la gravité des faits ou de la personnalité de l'auteur, voir de la victime¹. Comme il possède un pouvoir d'appréciation de la loi, si celle-ci se trouve obscure, le juge doit chercher à comprendre le sens véritable du texte, ou s'il n'y parvient pas, à choisir l'interprétation la plus favorable à l'individu. Ce qui a été fait lors de l'élaboration de la nouvelle constitution de 2011, l'autorité judiciaire est indépendante des autres autorités législative et exécutive (l'article 107)². De plus la nouvelle constitution a consacré aux juges une protection, par son droit de recourir au conseil suprême de l'autorité judiciaire dans le cas où son indépendance est menacée (article 109)³.

La fonction du juge qui est censé arriver avec un esprit nouveau, dépourvu de tout préjugement, afin de confronter au premier contact avec l'affaire, les éléments à charge et à décharge, qui sont présentés loin du contexte qui les a produits et qui sont débattus contradictoirement par les parties. La phase du jugement est organisée de telle sorte que la démarche intellectuelle du juge puisse procéder selon un processus critique, grâce à la

¹ De même la sanction n'est laissée au libre arbitre du juge. Le magistrat assurément, dispose d'un large pouvoir d'interprétation dans la mesure où la loi prévoit pour chaque infraction un maximum, qu'il faut arrêter la sanction en tenant en compte des circonstances de la cause. Cette sanction peut être assortie du sursis, mesure de bienveillance, et s'apparente alors à un avertissement solennel. Le juge adapte la peine au regard de la personnalité du délinquant. Donc le juge par son pouvoir d'appréciation doit prononcer la peine juste qui permette à réparer, par cette mesure d'ordre général, le trouble causé à l'ordre public, tout en permettant, parce qu'elle n'est pas trop sévère, au prévenu de s'amender et ainsi de tourner la page. C'est le paradoxe du droit pénal : droit répressif, fondé sur la conviction humaniste que l'être humain est amendable. Si celui qui a troublé l'ordre public doit être sanctionné, il doit être dans le même temps, protégé pour retrouver sa place dans la communauté humaine. En ce sens, la sanction adaptée permet ce retour dans la mesure où la personne condamnée a le sentiment qu'elle a payé sa dette vis-à-vis de la société. « *Soignons : tous ce que vous avez toujours voulu savoir sur le droit* », collection dirigé par DEVERS Gilles, édition Lammare. Edition 2, année 2007.

² Dahir n°1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la constitution.

³ Dahir n°1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la constitution.

confrontation continue et concomitante de tout élément susceptible de conduire la conviction du magistrat d'un côté ou d'un autre de la question de la culpabilité.

Il en résulte que le juge ne saurait s'improviser ni devin, ni dieu, ni même justicier. Il doit s'abstenir de décider en fonction de sa propre vision, de ce qui lui paraît équitable ou inéquitable. Il ne saurait imposer arbitrairement son propre sentiment de ce qui est juste ou non, en fonction de ses réactions émotionnelles, de ces conceptions personnelles du monde et de la société, parce que livrer les justiciables aux sentiments du juge, ou même aux aléas de ses réactions personnelles équivaldrait à créer l'insécurité et favoriser l'arbitraire. Il n'y a de justice et d'issue prévisible au procès, que si le juge se détermine en fonction des règles de droit connues de tous et qu'il appartient à chacun de respecter.

Le juge pénal n'est donc pas un simple arbitre entre les parties, ni un simple bouche qui prononce la loi¹, mais un organe qui juge et ne se limite pas qu'à homologuer afin de s'assurer sa mission que lui confiait la loi.

Section 3 : Le juge pénal et la présomption d'innocence fondement du principe de la séparation des pouvoirs

En principe le prévenu n'est pas tenu de prouver son innocence. Il bénéficie d'une présomption d'innocence exprimée dans l'article 11 de la déclaration universelle des droits de l'Homme, ainsi que dans l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, et repris par la nouvelle constitution de 2011 dans son article 23. Cette présomption d'innocence prévue en faveur du prévenu tend à le protéger contre toute détention arbitraire².

Ainsi, la présomption d'innocence constitue à ce titre, la consécration des droits inaliénables des individus et la garantie de tous les citoyens, dans une matière où l'honneur et la liberté des individus sont en jeu. Elle est l'expression d'une justice fondée

¹ L'interprétation est un raisonnement logique suivant plusieurs phases : la découverte, la recherche de référence, l'énoncé d'une hypothèse, vérification de l'hypothèse par son application à l'espèce, énoncé des règles générales qui lui permettront d'accéder à son tour au rang des références. Cette méthode présente un avantage certain car elle se rapproche du modèle de la spirale délassant la dimension fermée du cercle. La bouche du juge n'est jamais bouclée et le travail d'interprétation continue. En plus une application restrictive du principe de la légalité pénale conduirait à une réponse négative, le juge étant cantonné à une distribution automatique des peines assortissant les qualifications retenues. Cette analyse découlerait directement de la vision de Montesquieu qui voyait le juge comme la bouche prononçant les paroles de la loi, Actes du Colloque des Sénats, l'office du juge, Vendredi 29 et Samedi 30 Septembre 2006, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », Mme GHICA MEMARCHAND, Claudia.

² En plus l'exigence d'impartialité est étroitement liée à la présomption dans la mesure où cette dernière concerne principalement l'état d'esprit et l'attitude du juge qui doit statuer sur le bien fondé d'une accusation en matière pénale. Elle tend à ce qu'en remplissant leurs fonctions, les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé, ni qu'ils expriment durant les débats l'opinion selon laquelle ils le considèrent comme coupable de celui-ci. La présomption d'innocence est garantie notamment par l'impartialité avec le juge répressif apprécie les éléments de la cause. Elle exige avant tout que le juge soit impartial envers les parties au procès. Tant l'exigence d'impartialité du juge que la présomption d'innocence interdisent tout préjugé, parti pris au préjugement irrévocable sur la culpabilité du prévenu. Elle commande que le juge forme sa conviction le plus tard possible, qu'il aborde les réquisitions et plaidoiries l'esprit ouvert à toutes les solutions. La présomption d'innocence d'un prévenu est méconnue lorsque le juge exprime durant les débats, l'opinion qu'il le considère comme coupable de l'infraction à lui reproché. Il en va de même du devoir d'impartialité. « L'impartialité du juge en procédure pénale, de la confiance décrétee à la confiance justifiée », Collection de thèses, KUTY Franklin, année 2005, p.103,

sur le respect des droits sacrés de la défense et des libertés individuelles, dont le juge pénal et en particulier le juge de l'instruction joue un rôle déterminé pour la suite des procédures. Ce dernier doit accomplir des formalités bien précises, notamment faire connaître à l'inculpé les faits qui lui sont imputés, ainsi que les textes de loi applicable et l'avertir surtout de son droit de ne répondre qu'en présence d'un avocat de son choix. A défaut de choix de sa part et sur sa demande, lorsqu'il est inculpé de crime, un défenseur doit lui être désigné d'office.

Donc le juge doit assurer un procès équitable basé sur la présomption d'innocence, qui constitue le fondement du principe de la séparation du pouvoir.

Le conseil constitutionnel Français insiste sur l'élément fondamental, consistant en ce que le véritable auteur de la décision sur la sanction de l'auteur de l'infraction soit le juge¹. Il s'applique à assurer que l'accord conclu entre le procureur et le suspect ne suffit pas à rendre exécutoire la sanction qui en fait l'objet. Celle-ci est impérativement soumise à l'appréciation du juge, qui doit décider de sa pertinence au regard des divers intérêts en jeu et du respect des formalités légales requises.

Le juge est ainsi tenu, en premier lieu de vérifier la réalité des faits en cause et leur qualification juridique. Le fait que le ministère public affirme qu'il s'agit d'infraction couverte par cette procédure et que le suspect ait accepté cette qualification, ne devrait pas dispenser le juge de la constater personnellement. Ce dernier est ensuite chargé de s'assurer, que le prévenu renonce en toute conscience et liberté à la présomption de son innocence qui lui garantit de ne jamais être inquiété par l'application d'une norme pénale, en vérifiant la réalité et le sérieux de son consentement.

La présomption d'innocence entraîne une dispense de preuve au profit de la personne poursuivie. En effet, l'individu suspect ou poursuivi n'a pas à prouver qu'il est innocent. Si la preuve de sa culpabilité, faite par le ministère public ou la partie civile, est insuffisante et qu'il subsiste un doute, il doit être acquitté ou relaxé. Le doute, dit-on profite à l'accusé (*in dubio pro reo*) si le poursuivant échoue ou lorsque les preuves produites sont insuffisantes, le juge doit faire bénéficier le prévenu du doute et le relaxer. Cette règle, ne constitue qu'une pratique illégale et malheureuse et qu'elle n'est plus obligatoire pour le juger.

En effet, l'article 286 du CPPM dispose : « ... Et le juge décide d'après son intime conviction. S'il estime que la preuve n'est point rapportée, il constate la non culpabilité du prévenu et

¹ « Droit pénal et droit constitutionnel », par le service du conseil constitutionnel, janvier 2007.

prononce son acquittement ». L'idée de doute salvateur de l'individu poursuivi est consacrée en législation française au moins à deux reprises. Lors du délibéré de la cours d'assise, les bulletins blancs sont comptés comme favorables à l'accusé (art 358, al 2 CCP). Un second exemple est tiré de l'art 622 al 4 CCP qui autorise la révision d'une décision de condamnation lorsque, après celle-ci vient à se produire un fait nouveau de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné. C'est une possibilité qui n'existe pas en droit marocain.

Il convient de signaler, qu'un doute quelconque éprouvé par le juge n'est pas suffisant pour que le prévenu soit acquitté. En effet, celui-ci doit porter sur les faits de la cause et en principe, celui portant sur un point de droit est indifférent. En droit marocain, le doute sur un point de droit est inopérant, qu'il soit le fait du juge ou du coupable. L'article 2 du code pénal est très net à cet égard : « nul ne peut invoquer par son excuse l'ignorance de la loi ». l'individu poursuivi ne pourra donc pas se prévaloir du fait, qu'il aie été victime d'une erreur de droit pour bénéficier d'un acquittement du bénéfice du doute éprouvé par le juge sur le sens exacte ou la portée d'un texte pénal.

Donc si le juge doit interpréter la loi et qu'il le fait dans un sens favorable au prévenu, l'acquittement ou la relaxe découle de cette recherche et non pas du doute du juge. Le doute qu'on ne doit pas le confondre avec l'intime conviction, qui est plus que la probabilité de la culpabilité permettant la condamnation. A moins que certains juges puissent se contenter d'une probabilité simple de la sorte que, par le jeu de la collégialité, une condamnation sera faite d'un tiers de doute et de deux tiers de probabilité¹.

La France avait adopté le système de la légalité de la preuve : principe selon lequel la preuve n'est recevable qu'à la condition d'être présentée conformément à la loi². Il permettait de tempérer les pouvoirs exorbitants du juge dans la recherche, la production et l'administration des preuves. Cependant, ce principe était dangereux, aussi bien pour la société que pour l'accusé. En effet, dans le cas ou l'une ou l'autre des conditions légales faisaient défaut, ce dernier pouvait échapper à la répression, alors même que le juge était convaincu de sa culpabilité.

A l'inverse, si les charges relevées répondaient aux exigences légales, les personnes innocentes étaient condamnées, malgré le sentiment contraire de la juridiction de

¹ PRADEL Jean, « *procédure pénale* », édition 2002-2003, p. 319.

² VOUIN Robert et LEAUTE Jacques, « *droit pénal et procédure pénal* », 2^{ème} édition, p.228.

jugement. Ce système apparaissait ainsi tout à fait illogique. Et c'est le droit révolutionnaire qui y mit fin, il le remplaça par celui de l'intime conviction.

L'intime conviction au contraire du doute laisse au juge, une libre appréciation de la valeur des preuves. C'est ce système qui est aujourd'hui en vigueur au Maroc, « le ministère public, le prévenu et la partie civile peuvent utiliser tous les moyens de preuves dans les limites de l'art 286 du CPPM marocain et de la loyauté, il était traditionnel et nécessaire que le juge puisse les évaluer en bénéficiant de la même liberté et en obéissant aux mêmes limites »¹.

Ainsi, la liberté d'appréciation s'imposait en raison de la liberté des moyens de preuves et elle doit aboutir à l'intime conviction. L'article 286 CPPM prévoit comme nous avons déjà signalé que : « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, et le juge décide d'après son intime conviction. La jurisprudence rappelle, quant à elle, dès qu'elle en à l'occasion, le principe suivant : « il appartient (...) aux juges du fond d'apprécier souverainement la valeur des éléments de preuve qui leur sont soumis »².

En définitive, le Maroc est appelé à renforcer la présomption d'innocence. Ce principe qui exige comme on l'a déjà signalé, qu'une personne accusée d'une infraction est présumée innocente tant et aussi longtemps qu'elle n'a pas plaidé coupable à l'infraction reprochée ou tant, que sa culpabilité n'a pas été prouvée hors de toute doute raisonnable au cours d'un procès, cela contribue au maintien de l'ordre public et à la protection des libertés individuelles.

Pour conclure, nous constatons que le juge et en particulier le juge pénal et l'un des éléments les plus importants du champ juridique, ce qui a été confirmé dans la nouvelle constitution de 2011. Donc, actuellement c'est au législateur marocain de jouer le jeu, en octroyant au juge pénal un rôle plus efficace, afin qu'il ne reste pas comme la bouche qui prononce les paroles de la loi et de passer vers un juge qui juge au lieu d'homologuer.

¹ MACHICHI Driss Alami, sp. Cit, p.235.

² Cour suprême du 3 novembre 1960, chambre pénale, numéro d'arrêt, p. 735

Bibliographie :

- « Le Maroc et les droits de l'homme : positions, réalisations et perspectives », par, BASSRI Driss, ROUSSET Michel, VEDEL Georges, année 1994.
- « *L'indispensable du droit pénal* », par GENINET Béatrice, Studyrama, 2^{ème} édition, année 2005.
- « La question de la preuve devant le tribunal pénal international pour le Rwanda » le cas Cyangu, par FOFE Jean Pierre et MALEWA Djofia, L'harmattan, année 2006.
- « La fonction de juger, étude historique et positive », par COLSON Renaud, version 1-8 juillet 2009.
- « *Soignons : tous ce que vous avez toujours voulu savoir sur le droit* », collection dirigé par DEVERS Gilles, édition Lammare. Edition 2, année 2007.
- « l'interprétation de la loi pénale par le juge », Mme GHICA MEMARCHAND, Claudia.
- « L'impartialité du juge en procédure pénale, de la confiance décrétée à la confiance justifiée », Collection de thèses, KUTY Franklin, année 2005.
- PRADEL Jean, « *procédure pénale* », édition 2002-2003.
- VOUIN Robert et LEAUTE Jacques, « *droit pénal et procédure pénal* », 2^{ème} édition,

LE PRINCIPE DE LA LIBERTE ET D'EGALITE DANS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE MAROCAIN



Par Si Mohamed AKHDI :

Doctorant en droit privé,

l'université de Nantes

La loi du 03 février 2004¹ relative au Code de la famille marocain, transforme en profondeur les règles du droit de la famille au Maroc dans un double objectif : liberté et l'égalité du sexe. A cette fin, le législateur marocain a renforcé le Code de la famille par de nombreuses dispositions et mécanismes, pour « veiller sur la famille contre toutes les formes d'injustice et de discrimination »².

Il est nécessaire donc de présenter ces nouvelles dispositions comme destinées à harmoniser la loi avec l'évolution de la société, évolution liée à l'industrialisation et aux phénomènes qui lui sont associés : urbanisation, l'exode rural, la mutation de la famille d'où est issue une modification des mœurs.

Par conséquent, le Roi Mohamed VI confia à une commission³ le soin de préparer les grandes réformes de la Moudawana. Le but était l'adaptation d'un nouveau système juridique avec la nouvelle société marocaine.

¹ La loi n° 70-03, dahir n° 1.04.22 du 12 Hija 1424 (03 février 2004), Bulletin officiel, n° 5184 du 5 février 2004.

² Rapport annuel sur l'application du Code de la famille, La ligue démocratique pour les droits des femmes, Centre d'information et d'observation des femmes marocain, 2005, p. 3.

³ Commission chargée de la révision de la Moudawana.

La commission qui était l'origine de toute cette grande réforme, a fait modifier nombreuses dispositions dans l'institution du mariage et du divorce, et dans les rapports des parents avec leurs enfants.

Mais l'action des mœurs a été soutenue et évoluée par deux concepts : liberté et égalité.

On doit d'ailleurs reconnaître que ces deux concepts liberté et égalité sont devenues universelles, comme elle témoigne la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1948.

La question qui se pose est de savoir, comment le nouveau Code de la famille marocain traduit les idées de liberté et d'égalité ?

Pour répondre à cette question, un double éclairage nous paraît nécessaire pour traiter d'une façon pertinente notre étude. D'un côté, la liberté et l'égalité dans l'institution du mariage, et d'autre côté, la liberté et la l'égalité dans la dissolution du mariage.

I – LA LIBERTE ET L'EGALITE DU MARIAGE

Liberté et l'égalité ont caractérisé le nouveau Code de la famille marocain. Ces deux valeurs ont toutes deux profondément bouleversé le contenu du Code de la famille au Maroc. D'un côté, le cadre traditionnel du mariage fondé sur le principe de l'hierarchie va, après un changement dans la famille marocaine(1), connaître une mutation profonde avant d'aboutir, d'un autre côté, à la consécration de l'égalité des époux (2).

1) L'émergence d'une famille moderne

C'est à la fin du XXe siècle que les changements les plus importants se sont réalisés dans les mœurs et au sein de la famille. La révolution industrielle¹, l'exode rural ainsi que l'urbanisation ont largement contribué à faire éclater la famille. Face à cette réalité sociale, le Maroc ne peut plus échapper à l'intervention de la norme internationale, en particulier celle relative aux droits de l'Homme², ce qui est constitué une étape importante dans le processus d'évolution de la famille marocaine (a). D'autre facteur a également participé à cette évolution, il s'agit de l'émergence de mouvements et d'associations féministes qui ont conquis la société marocaine (b). Ces dernières ont, en effet, participé à la prise de conscience générale du rôle actif des femmes dans la société et à la nécessité d'un corpus juridique moderne³.

¹ Surtout avec l'évolution scientifique, par exemple : les avancés de la génétique.

² Cette délicate idée a été posée par Mr H. Fulchiron, professeur à l'université de Lyon 3.

³ F. TOBICH, « Les statuts personnels dans les Pays Arabes : de l'éclatement à l'harmonisation », PUAM – 2008. p 29.

a – L'évolution de la famille marocaine

La famille marocaine a connu ces dernières années de profonds bouleversements. Les institutions qui la fondent ont changé, les concepts qui la caractérisent également. La société qui l'entoure a largement évolué.

Cependant, l'ancienne Moudawana nous reflète un droit familial qui correspond peut-être à la situation sociale et économique de l'époque ; la famille était une institution qui devrait satisfaire aux coutumes qu'il implique : un chef (le mari) qui fixe lui-même le lieu du domicile familial, l'épouse avait un devoir d'obéissance envers son mari, lequel devait lui assurer en contrepartie protection. Par ailleurs, c'est au mari et à lui seul, qu'incombait la direction de la famille. Il disposait des pouvoirs supérieurs. La famille reposait donc sur un socle inégalitaire, la femme étant effacée face à la toute puissance de l'homme, elle était soumise à son autorité. En ce sens, Mme le professeur R. NAJI dit que « l'ancienne Moudawana interprétée et appliquée dans un contexte influencé par les coutumes ségrégationnistes, fut amplement déformée dans la pratique, notamment dans l'œuvre juridictionnelle »¹.

Dans ce contexte, le mariage était basé sur des caractères inégalitaire et discriminatoire, exclusifs de toute autonomie individuelle. En effet, ce caractère discriminatoire du mariage expliquait et légitimait la volonté unilatérale du père à diriger la famille. La femme était frappée d'une incapacité générale et ne pouvait pas contribuer aux décisions relatives à la gestion des affaires de la famille.

En outre, le divorce et la répudiation constituaient une prorogative exercée, quasi exclusivement, par le mari de manière discrétionnaire et souvent abusive². Le maintien de cette forme inégalitaire en matière du divorce a pu paraître comme une menace continue de l'avenir de la femme.

Toutefois, avec l'évolution de la société marocaine et le changement des mœurs, les jeunes femmes du XXIème siècle sont mieux armées que leurs aînées. Elles ont acquis plus souvent les moyens de pourvoir à leur propre survie, à leur propre sécurité financière et sociale. De plus en plus d'épouses ont rompu avec l'idéal traditionnel de la femme au foyer pour exercer une profession indépendante³. Cette activité extérieure a asservi un peu plus les femmes, dans la mesure où elles

¹ Rajaâ NAJI, La Moudawana, le Référentiel et le Conventionnel et Harmonie, 3ème Ed 2009. op. cit.

² Ibid, p 39.

³ L'examen des données fait apparaître que la proportion des femmes dans la population active n'a pas cessé de croître au cours de dernières années. Pour plus de détaille, voir, R. MEJJATI-ALAMI « Femmes et marché du travail au Maroc » XXIV Congrès Général de la Population, Salvador-Brésil, 18-24 Aout 2001. U.I.E.S.P. (L'union Internationale pour l'Etude Scientifique de la Population), disponible sur : http://www.iussp.org/brizil2001/s50/s57_P01_Mejjati.pdf

sont amenées à assurer leur part de responsabilité au sein de la famille¹, elles acquièrent une grande partie d'indépendance. Dans ce cadre, Mme M. RODARY estime que « Ces activités engendrent, pour les femmes qui les pratiquent, des outils de résistance au pouvoir des hommes qui n'existent pas forcément dans les autres sphères de l'économie – notamment dans les activités du secteur dit « moderne »².

La vie avec un homme est de plus en plus envisagée en fonction du bonheur et de l'épanouissement qui peut en résulter et de moins en moins selon les contraintes familiales.

Par ailleurs, la place de l'enfant au sein de la société a évolué. Le droit lui prête d'ailleurs un regard attentif. L'enfant n'est plus considéré comme une charge ou un risque pour la société, mais comme un individu à protéger, puisque plus fragile qu'une personne qui a atteint l'âge adulte. Il doit être protégé de lui-même, de sa famille et du reste de la société. Il est du devoir de l'Etat d'assurer la protection de l'enfant en érigeant des règles et des institutions adaptées.

Le Code de la famille marocain ne reconnu pas le droit du jabr ou contrainte matrimoniale, connu dans le droit musulman classique, dont le père ou le tuteur disposait dans ses propres intérêts pour marier ses enfants, garçon ou filles, considérés comme incapables juridiquement, parfois impubères, physiologiquement incapables d'entretenir une relation sexuelle à un âge prématuré³. L'article 10 du Code de la famille prévoit que « Le mariage est valablement conclu par l'échange du consentement du époux ».

L'internationalisation du droit de l'enfant marque au Maroc la volonté de lutter plus efficacement contre toute menace. Le législateur marocain déploie des efforts pour promouvoir et assurer la défense et la promotion des droits de l'enfant⁴.

L'émergence de droits de l'enfant a permis peu à peu au législateur marocain de réfléchir à une législation plus protectrice ; destinée à protéger l'enfant au sein de sa famille et dans la société en général⁵.

Dans ce courant de la mutation de la famille marocaine, est ainsi apparu un nouveau visage de l'institution du mariage. En effet, l'institution du mariage traditionnel adopté par l'ancienne Moudawana ne répondait pas ni à l'évolution des mœurs, ni aux aspirations des individus. Parmi

¹ L'article 51 du Code de la famille prévoit « La prise en charge, par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants ».

² Mariem RODARY, « Le travail des femmes dans le Maroc précolonial, entre oppression et résistance ». Cahiers d'études africaines.(en ligne). 187-188. 2007.

³ E. RUDE-ANTOINE, « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », revue international interdiscipline « Droit et culture », 2010, p. 43-57.

⁴ La ratification de la convention internationale relative aux droits de l'enfant en 2003. La création d'une Comité des droits de l'enfant.

⁵ On peut citer ici, le célèbre discours du Roi MOHAMED VI, qui insiste sur « La préservation des droits de l'enfant en insérant dans le Code les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc »,

les critiques les plus vives, on retrouve de façon constante celle qui provient des associations féministes, relatives aux effets destructeurs de la toute puissance du mari et l'incapacité de la femme.

b -Le rôle des associations féministes

La fin des années quatre-vingt vit une évolution importante, dont un vent de liberté souffle dans les pays maghrébins, tout le monde veut être libre et en particulier la femme.

Ceci contribuait à l'apparition d'un mouvement féministe¹ qui s'est regroupées au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, au sein des associations féministes pour contester les injustices qu'elles subissaient et demander la réforme de la Moudawana. Ces associations appelèrent à la démocratie, à la justice et au partage des responsabilités au sein de la société et de la famille. La critique que formulaient ces associations se dirigeait contre les dispositions de la Moudawana qui devenaient inadaptable avec l'évolution de la société marocaine, tels que la polygamie, la répudiation etc.

La revendication première des associations a été de réclamer le changement de certaines dispositions de la Moudawana qui plaçaient les femmes dans un état de subordination et leur conférait un statut de mineure au sein de la famille, alors que la constitution² et le droit musulman leur donnaient des droits supérieurs comme les hommes.

Les dispositions de la Moudawana qui sont revendiquées leurs changements s'étaient le tuteur matrimonial, responsabilité conjointe du couple dans la famille, la suppression de la répudiation et de la polygamie, l'égalité des sexes concernant l'âge matrimonial et droit de garde des enfants et du domicile conjugal pour la femme divorcée. Les féministes s'efforcent de placer les changements réclamés dans le cadre d'une nouvelle interprétation de la Shariâ, fondée sur l'Ijtihad³ et l'évolution de la société marocaine.

En revanche, ces revendications ont trouvés un refus par les opposants qui présentent les « conservateurs », pour ces derniers, la charia est un corps de lois qui forment un univers de référence clos qui s'oppose à toute évolution et à toute lecture historique et contextualisée⁴. Ce mouvement, s'oppose à l'usage du terme « réforme » car ils y voient un triple danger quant à la fidélité à la tradition islamique⁵. Pour eux, la réforme voudrait dire changer l'Islam, le dénaturer

¹ Des associations féminines, en particulier, (ADFM) l'Association Démocratie des Femmes Marocaines et (UAF) l'Union de l'Action Féminine.

² La constitution dans son article 35, stipule l'égalité entre les sexes devant la loi.

³ Signifiant « la lecture critique des textes de référence » (le Coran et la tradition prophétique).

⁴ T. RAMADAN, « A propos du Concept de Réforme », www.tariqramadan.com

⁵ Ibid.

afin de l'adapter à l'époque contemporaine, ce qu'est interdit pour une conscience croyante. La seconde critique provient de celles et de ceux qui voient dans « la réforme » une donnée étrangère, une approche importée de la tradition chrétienne pour faire vivre à l'Islam la même évolution que le christianisme et lui faire perdre ainsi sa substance et son âme. La troisième critique s'appuie sur le caractère universel des enseignements de l'Islam qui n'ont donc pas besoin de « réforme » et peuvent s'appliquer en tous temps et en tous lieu¹.

Tout ceci contribuera à des débats sur la famille demeure marqué par l'opposition entre « les modernistes » et les « conservateurs ». Cette opposition qui prolonge la division entre famille traditionnelle et moderne. L'opposition entre les deux « camps » a repris naissance à la fin des années 90, qui a été confondue autour du Plan national d'intégration de la femme au développement². La polémique avait atteint son point le plus haut le 12 mars 2000, lorsque les deux camps avaient, chacun de son côté, organisé à Rabat et à Casablanca deux manifestations pour et contre une révision de la Moudawana telle que présenté par le Plan.

L'aboutissement était donc, la réforme de la Moudawana, avec la loi du 2004. Cette loi a consacré des principes fondamentaux tels que la promotion et la protection des droits de l'homme, des libertés et l'égalité entre l'homme et la femme.

2) La consécration de la liberté et l'égalité des époux

L'histoire du mariage au Maroc a été dominée, pendant des siècles, par deux conceptions : la toute puissance du mari et l'incapacité de la femme. Le mari, en tant que chef de famille, était bénéficiaire des large pouvoirs au sein de sa famille, et l'épouse, considérée comme incapable, était soumise, tant sur le plan personnel que sur le plan patrimonial, à l'autorité de son conjoint. Il faudra attendre le XXI^e siècle pour que cette hiérarchie dans le mariage soit, par la réforme de la Moudawana, brisée et ainsi que l'épouse s'émancipe et avoir sa liberté.

En ce sens, le nouveau Code de la famille marocain a voulu marqué une évolution accrue dans la matière. Progressivement, une place important a été laissée à la volonté de deux époux pour diriger ensemble la famille (a), ainsi que le nouveau Code a édicté un certain nombre de règles pour instaurer une véritable liberté et égalité entre époux en matière du lien conjugal (b).

¹ T. RAMADAN, « Vers une réforme radicale », www.tariqramadan.com.

² Proposition adoptée par l'ancien secrétaire d'Etat auprès du ministre du développement social, 1999-2000.

a – Une direction familiale conjointe

Au nom de la liberté individuelle et l'égalité des sexes, le législateur marocain a rompu avec le model traditionnel, il a affaibli l'autorité du chef de famille, et adopté une formulation moderne, et placer la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux¹.

L'article 1^{er} de l'ancienne Moudawana prévu que, « le mariage est un contrat légal (...) il a pour but la vie dans la fidélité (...) sous la direction du mari ». Cet article reflète la tradition patriarcale dans laquelle a été enracinée la société marocaine. Le nouveau code bouleverse les concepts, il a rendu justice à la femme et il a levé toutes les inquiétudes dont elle a souffert² : cet objectif est traduit dès la définition du mariage, dont le législateur a remplacé la formule « sous la direction de l'époux » par « sous la direction des deux époux »³. Désormais, l'épouse n'est plus l'adjoint de son mari mais elle dirige avec lui la famille. Il n'y a plus un seul chef de famille mais deux. Ce principe de codirection, finalisé dans l'intérêt de la famille⁴, implique un accord des deux époux sur chaque décision relative à la gestion des affaires familiales⁵. Or, l'évolution a été importante dans la matière. L'ancienne Moudawana consacrait de façon très vigoureuse la puissance maritale⁶ et l'incapacité de la femme mariée. Le législateur contemporain tient compte l'évolution du rôle de la femme dans la société et notamment dans la famille. La femme actuellement travaille, occupe des postes remarquables, elle jouit d'un statut social, il serait donc injuste de ne pas lui accorder un statut dans la famille.

Le Code de la famille marocain réformant l'ancienne Moudawana a mis fin à la prédominance maritale dans les affaires du domicile conjugal, désormais, tous les actes de disposition soumis au principe de cogestion, ils ne peuvent être frappés par une gestion unilatérale du mari⁷.

Cette évolution de la législation marocaine se traduit aussi par la mise en place des nouvelles règles égalitaire.

¹ Préambule servant de Charte de bonne application Du Code de la famille marocain.

² M. MONJID, « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français », sous la dir de J. POUSSON.PETIT. Ed, l'Harmattan, 2009. p. 54.

³ L'article 4 du nouveau Code de la famille qui prévoit que « Le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel et une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour fin la vie dans la fidélité, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux conformément aux dispositions du présent code ».

⁴ Cette finalité est confirmée par l'article 51 du Code de la famille marocain qui énonce : « Le maintien de bons rapports de la vie commune, le respect, l'affection et la sollicitude mutuels ainsi que la préservation de l'intérêt de la famille ».

⁵ Ce qui prévu par le même article 51 du Code de la famille, « La consécration dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial ».

⁶ On peut citer par exemple, la doctrine traditionnelle accordait au mari le droit de battre son épouse quand elle ne voulait pas lui obéir.

⁷ Ce qui est confirmé par l'article 51 du Code de la famille marocain, selon cet article « La prise en charge par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants ».

b – La mise en place des règles égalitaire

Le nouveau Code de la famille a édicté un certain nombre de règles applicables à tous les époux en matière du mariage. Cet ensemble de dispositions est pour but de consacrer un véritable principe de liberté et de l'égalité du sexe.

En matière de l'âge du mariage, le législateur marocain a instauré une égalité entre les deux parties pour toutes les dispositions relatives à l'âge du mariage. L'article 19 du Code de la famille prévoit que « Cet âge est fixé à 18 ans révolus pour les deux parties ». Dans l'ancienne Moudawana, le statut et la situation de la femme restent marqués par des profondes inégalités comparés à ceux des hommes.

Cependant, le législateur contemporain a amélioré la situation de la femme, en la mettant sur même pied d'égalité avec l'homme. En ce sens, l'article 20 du Code de la famille énonce « La dispense d'âge est soumise aux mêmes conditions pour l'homme et la femme ».

Le Maroc, en ramenant l'âge du mariage des filles à leur majorité et en supprimant la distinction entre les deux sexes, ne fera que rejoindre enfin les positions des pays européens, et certains pays arabe comme la Tunisie.

Une autre innovation qui est aussi importante est la fin de l'obligation d'obéissance de l'épouse au mari. Le nouveau Code de la famille fait de l'homme et de la femme des partenaires, il les traite sur le même pied d'égalité.

L'ancienne Moudawana a fait de l'obéissance la plus importante obligation que l'épouse se doit de respecter. L'épouse en droit musulman ne doit quitter le domicile conjugal qu'avec l'accord de son mari, et ne doit ni se refuser à lui quand elle est pure ni le trahir dans ses finances. Elle doit se joindre à lui dans la prière, recevoir généreusement ses parents et proches, ne doit pas lui répondre agressivement ; elle doit lui apporter son concours autant que faire se peut¹. En d'autres termes, la femme obéissante « se doit d'être au service de son mari et de répondre à ses besoins matériels et moraux »².

Au cours du XXI^e siècle, l'évolution politique, économique et surtout la promotion sociale de la femme, rendait anachronique cette hiérarchisation de la vie conjugale. A cet effet, le nouveau Code de la famille marocain a supprimé l'obligation d'obéissance pour éviter toute expression qui

¹ A. ALAWA « Les repères de générosité dans la pensée arabe », Damas, Al-Amal, 1969. p. 167.

² Ibid. p. 141.

peut dégrader la situation de la femme¹. Désormais, la femme marocaine n'est plus contrainte d'obéir à toute demande de son mari.

De même, avec le nouveau Code de la famille marocain, la femme majeure n'est plus soumise à la tutelle matrimoniale. L'article 25 du Code de la famille prévoit que « Il appartient à la fille majeure de conclure l'acte de son mariage elle-même ou de mandater à cet effet son père ou un de ses proches ». Dans l'ancien régime, la femme mineure ou majeure était frappée d'une incapacité générale dans sa personne, ne pouvait se marier sans le consentement de son tutelle. Sa situation est encore aggravée par l'adoption, dans certains pays musulmans, de régime du mariage forcé, qui consiste à marier une femme contre sa volonté. Cette pratique a été abolie par l'ancienne Moudawana, tout en consacrant une place particulière à la présence d'un tuteur matrimonial pour la femme ou wali, dont le rôle était d'accepter ou de refuser le mariage d'une jeune fille ou d'une jeune femme, même majeure. Ce qui a été supprimé par l'article précité.

Avec le nouveau Code de la famille, la tutelle matrimoniale est un droit qui appartient à la femme, la femme majeure exerce ce droit selon son choix et son intérêt².

Le nouveau Code de la famille a également introduit une égalité entre les époux dans les décisions concernant la vie des enfants communes. La mère a les mêmes droits que le père, elle peut autoriser au même titre que le père le mariage de l'enfant mineur. L'article 51 du Code de la famille consacre le principe de la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial.

Cependant, diverses règles sont accordées à la femme marocaine afin de faire contrepoids aux pouvoirs exorbitants de l'homme. Le Code de la famille marocain est présenté comme une profonde révolution dans le sens de la consécration de la liberté et l'égalité entre l'homme et la femme.

Les développements qui précèdent ont montré que le mariage d'aujourd'hui n'est plus le rapport hiérarchique dans lequel le mari était pourvu des puissances maritale et paternelle. Depuis 2004, il est, en droit marocain, une union égale entre un homme et une femme. Le mariage actuel est très différent de celui de l'ancien régime surtout avec la réforme de sa dissolution, qu'il nous faut à présent analyser : la liberté et l'égalité dans la dissolution du mariage.

¹ M. MOUNJID, « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français », sous la direction de J. POUSSON-PETIT. L'Harmattan, 2009, op cit. p. 54.

² L'article 24 du Code de la famille.

II- LA LIBERTE ET L'EGALITE EN MATIERE DU DIVORCE

L'ancienne Moudawana avait rendu la dissolution du mariage beaucoup inégalitaire, puisque la répudiation unilatérale par le mari primait toujours sur celui de divorce permet à la femme. La réforme de 2004 est allée encore plus loin en instaurant un nouveau visage du divorce (1) qui se traduit par la consécration des véritables principes directifs (2).

1) – Le nouveau visage du divorce

Pendant longtemps, le divorce au Maroc est apparu comme un mode inégalitaire. Toutefois, le nouveau Code de la famille avait profondément modifié cette image, en instaurant un droit égaux en matière de divorce (b), protéger par un contrôle judiciaire (a).

a – Divorce sous contrôle judiciaire

Selon le nouveau code de la famille marocain, l'action en divorce est, désormais, sous le contrôle judiciaire¹. Avant la réforme, la répudiation n'était soumise à aucune formalité ni à aucune procédure². Cette dernière était exercé par l'unique volonté du mari, ce qui était contraire aux conventions internationale ratifiées par le Maroc, puisqu'elle était inégalitaire et elle n'accordait au conjoint victime (la femme) ni pension alimentaire ni dommages-intérêts³. Pour remédier à cette situation, le nouveau Code de la famille marocain accorde au juge des prérogatives nombreuses. Or, le législateur a crée une compétence territoriale du tribunal suivant une hiérarchie de chefs de compétence dans un but de protéger le droit de l'épouse à l'information⁴.

L'article 79 du code de la famille prévoit que « Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte par deux Adouls habilités à cet effet ». D'autre part, le code de la famille assure également à l'épouse un droit à l'information en exigeant dans son article 81 que l'épouse reçoit personnellement la convention. De plus, il faut, vérifier que le mari n'a pas choisi frauduleusement une résidence en vue de créer un chef de compétence qui lui convienne, au préjudice de son conjoint. Or, le mari encourt des sanctions pénales⁵.

¹ A l'occasion du discours du Roi Mohamed VI adressé au Parlement, le Roi a dit « Faire du divorce, en tant que dissolution des liens de mariage, un droit exercé par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire ».

² Dans le système antérieur, le mari pouvait répudier sa femme à n'importe quel moment et sans aucun motif.

³ En ce sens, voir, Cass, 1^{er} civ, 7 nov. 1995, Cass. 16 juillet. 1992. CA, Toulouse, 6 fev 2001.

⁴ J.POUSSON-PETIT. « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français », ed. 2009. L'Harmoton. Op, cit. p. 128.

⁵ Article 81 prévoit que « S'il est établi que l'époux a utilisé des manœuvres frauduleuses, la sanction prévue à l'article 361 du code pénal lui est applicable à la demande de l'épouse ».

En plus, le juge doit, désormais, tenter à concilier les époux, afin de préserver le lien conjugal, c'est pourquoi, la tentative de conciliation est obligatoire dans toutes les procédures de divorce¹.

Cette tentative de la conciliation suppose la présence personnelle des époux. Ils ne peuvent pas se faire représenter. Mais si l'époux demandeur ne se présente pas devant le juge, il peut être considéré comme renoncer à sa demande de divorce. Afin de réconcilier les époux, le juge doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour la réussite de cette conciliation. Il peut désigner des arbitres, recours au conseil de famille ou à quiconque en mesure de réconcilier les époux. Si le couple a des enfants, la tentative de la réconciliation aura lieu à deux reprises et doit être espacée d'au moins 30 jours. Si après avoir tenté de concilier les époux, le juge constate que le mari maintient sa demande, le juge prend des mesures d'urgence, pour statuer sur le divorce, notamment, il fixe un montant à payer par le mari dans un délai de 30 jours². Il s'agit, d'une réparation pécuniaire fixée par l'article 84 du code de la famille, comporte : le reliquat de la dot, le cas échéant, la pension de la durée de viduité (Idda) et le don de consolation (Mout'â) qui doit prendre en considération ; la durée du mariage, la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.

Mais avant de fixer le montant correspondant aux droits de l'épouse, le juge demande au mari de lui fournir des informations relatives à la situation professionnelle des conjoints, au nombre des enfants, « S'il y a lieu, leur âge, leur état de santé et leur situation scolaire »³.

Lorsque le montant fixé par le juge est déposé auprès du tribunal, le juge donne l'autorisation au mari de faire consigner le divorce par les adouls⁴.

En effet, le nouveau code de la famille constitue une avancée dans la protection des droits de la femme face au divorce⁵, en lui accordant, désormais, des droit égaux en matière du divorce comme le mari⁶, et en lui prescrivant des avantages financières importantes après le divorce.

b – Droits égaux en matière de divorce

Le Code de la famille maintient la répudiation comme mode de la dissolution du mariage, mais par rapport à l'ancien texte lui donne une nouvelle définition. Ainsi que, l'article 44 de l'ancien

¹ Article 82 code de la famille.

² Article 83, code de la famille.

³ Article 80, code de la famille.

⁴ Article 87, code de la famille.

⁵ J.POUSSON-PETIT. « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français ». Ed. 2008. L'Harmoton. Op, cit. p. 129.

⁶ On ce sens, on peut citer le discours du roi Mohamed VI « Faire du divorce, en tant que dissolution des liens de mariage, un droit exercé et par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire ».

texte déclarait que « La répudiation est la dissolution des liens du mariage prononcée par l'époux, son mandataire ou toute autre personne désignée par lui à cet effet ». Le nouvel article 78 du code de la famille remplace le mot répudiation par divorce : « Le divorce est la dissolution du pacte conjugal exercé par l'époux et par l'épouse, chacun selon les conditions auxquelles il est soumis, sous contrôle de la justice... ». Cependant, Avec le nouveau code de la famille, celui qui veut mettre fin au mariage aurait le droit de rompre ce lien même s'il n'y a pas de faute à reprocher à son conjoint, même si celui-ci s'y oppose.

- la rupture du lien conjugal par le mari

L'idée de divorce par répudiation qui avait présidé les fondements de l'ancienne Moudawana a été nettement dépassée par Le nouveau Code de la famille. Pour permettre au mari de divorcer sa femme, les articles 79 à 87 du Code de la famille lui imposent le respect des mesures dont certaines peuvent être considérée comme une innovation¹. Ces réformes ont pour objectif surtout de limiter le pouvoir discrétionnaire du mari dans le divorce unilatéral et de garantir les droits de la femme en cas de rupture du lien conjugal. A cette fin, le législateur de 2004 a créé des mesures d'ordre financière ont pour objectif la protection des droits de la femme et des ses enfants.

Cependant, lorsque le mari insiste sur sa demande de divorce, le tribunal fixe un montant que l'époux doit déposer à la caisse du tribunal dans un délai trente jours pour la couverture des droits dus à l'épouse et aux enfants à l'égard desquels il a l'obligation d'entretien², prévus dans les article 84 et 85 du Code³. Si l'époux ne consigne pas la somme fixée par le tribunal dans le délai imparti, il est considéré comme ayant renoncé à son intention de répudier sa femme et sa demande ne sera pas prise en considération, le tout sera constaté par le tribunal. La relation conjugale demeure alors valable avec tous ses effets⁴. Par contre, dès que l'époux produit le reçu de dépôt de la somme exigé par le tribunal, le tribunal lui accord l'autorisation de faire constater le divorce par deux « Adouls », en fonction de la circonscription territoriale de son ressort. Cette autorisation ne peut faire l'objet d'aucun recours⁵.

Les nouvelles dispositions du Code de la famille marocain en matière du divorce permettent à l'épouse d'obtenir plus des droits, afin d'être protégé contre le pouvoir discrétionnaire du mari, et

¹ B. AGAHI-ALAOUI, « L'autorité maritale en droit iranien et marocain », éd, 2010. p. 392.

² Article 83 du Code de la famille.

³ Ces droits comprennent : Article 84 : « Les droits dus à l'épouse comportent : le reliquat du sadaq, le cas échéant, la pension de la retraite de viduité (Idda) et le don de consolation (Mut'a) qui sera évalué en prenant en considération la durée du mariage, la situation financière de l'époux, les motifs du divorce et le degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux. Durant la retraite de viduité (Idda), l'épouse réside dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement qui lui convient et en fonction de la situation financière de l'époux. A défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement qui sera également consigné au secrétariat-greffe du tribunal au même titre que les autres droits dus à l'épouse ».

Article 85 : « Les droits à pension alimentaire dus aux enfants sont fixés conformément aux articles 168 et 190 ci-dessous, en tenant en compte de leurs conditions de vie et de leur situation scolaire avant le divorce ».

⁴ Article 86 du Code de la famille.

⁵ Article 87 du Code de la famille .

d'assurer que l'épouse pourrait faire valoir ses droits, notamment en ce qui concerne la réparation du préjudice moral ou matériel causé par le divorce, la garde des enfants, la pension alimentaire, le logement, le partage des biens acquis pendant le mariage, etc.

- la rupture du lien conjugal par la femme

En général, dans la plupart des pays d'obéissance musulmane, la femme ne jouit pas des droits égaux à ceux de l'homme lors de la dissolution du mariage. Elle peut inclure dans le contrat de mariage une clause qui lui donnerait le droit de se faire répudier¹.

Toutefois, le législateur marocain, pour remédier aux difficultés de l'obtention du divorce par la femme, a créé de nouvelles procédures permettant à la femme de demander le divorce sur un pied d'égalité avec l'homme.

Si l'homme dispose toujours du divorce par volonté unilatérale, la femme obtient, désormais, le divorce par le recours au divorce pour discorde².

Il est admis, aujourd'hui, que les tribunaux peuvent, sans contredire aux principes de droit musulman, accorder la rupture du lien conjugal à l'initiative de la femme. Dans cette hypothèse, la procédure de cette rupture est ouverte dans les cas suivants :

- Lorsque l'épouse refuse la polygamie de son époux³
- Lorsqu'elle n'arrive pas à prouver le préjudice, dans le cas de divorce pour préjudice⁴.
- Lorsque le mari refuse de consentir au khôl'a ; alors que l'épouse persiste dans sa demande pour l'obtenir⁵.
- Lorsque le mari procède à la révocation du divorce, pendant le délai viduité, alors que la femme refuse de reprendre la vie conjugale⁶.

En effet, le divorce pour discorde, est venu résoudre la situation où l'application de certaines dispositions du code conduit la femme à une impasse⁷. La création de ce mode de la dissolution du mariage a profondément amélioré la situation de la femme. Nous démontrerons cette transformation en mettant en lumière les nouveaux principes en matière de divorce.

¹ Le femme peut utiliser la formule de « Talaq » dans l'une des situations suivantes : - Le « Tamlik » quand elle possède le droit de répudier (ce droit peut être consigné dans le contrat matrimonial ou dans un autre contrat).

- Le « Takhyr » ou le droit d'option, quand le mari ne veut pas divorcer, mais lui confie l'option de maintenir ou mettre fin à leur vie conjugale.
- Le « Tafwid » ou la délégation, il s'agit là d'une procuration donnée oralement ou par écrit par l'époux à son épouse pour formuler le Talaq.

² Article 94 du nouveau Code de la famille marocain.

³ Article 45 du nouveau Code de la famille marocain.

⁴ Article 100 du nouveau Code de la famille marocain.

⁵ Article 120 du nouveau Code de la famille marocain.

⁶ Article 124 du nouveau Code de la famille marocain.

⁷ F. SAREHANE, « L'application du Code marocain de la famille : le mariage et le divorce », sous la direction de J. POUSON-PETIT, op. cit. p. 82.

2) – L'avènement des nouveaux principes en matière de divorce

Les principes qui se sont imposés dans le Code de la famille, sont la liberté (a), l'égalité (b). Cependant, la mise en œuvre de leur fonctionnement, leur portée, leurs limites, permet de réaliser une véritable évolution du système juridique marocain.

Il nous faut donc montrer comment ces principes se sont immiscés dans notre Code de la famille.

a – Le principe de l'égalité

Le Code de la famille marocain s'inspire des règles de l'Ijtihad fondées sur le respect du principe de l'égalité des sexes. La nouvelle réforme, abroge ou complète certaines dispositions de droit musulman, est caractérisée par une recherche de l'égalité entre époux et entre les enfants.

Jusqu'à l'année 2004 la législation marocaine en matière de la dissolution du mariage est restée conservatrice et inégalitaire. À partir du février 2004, l'apparition du phénomène de la démocratie et de l'égalité ont contribué à la mise en œuvre des solutions doctrinales¹ prônant des droits égaux à la dissolution du mariage tantôt comme sanction², tantôt comme convention³ et enfin comme répudiation⁴.

En effet, avec la nouvelle réforme, le Maroc est passée à la consécration d'un équilibre entre les époux, pour l'accès à la dissolution du mariage. Si l'homme dispose toujours du divorce par volonté unilatérale⁵, la femme obtient nécessairement le divorce par le recours au divorce pour discorde⁶.

La situation de la femme et des enfants ont bien été améliorée avec ce nouveau Code de la famille qui les a offerts des nouveaux droits afin de leurs protéger face aux droits exorbitants du mari.

Le nouveau divorce pour discorde a profondément bouleversé les conditions de la séparation. Ce divorce occupe désormais quatre articles dans le nouveau Code de la famille⁷.

En vertu des dispositions de ces articles, le divorce peut être demandé par l'un des partis en cas d'une discorde qui oppose les époux. Il y a donc ici un vrai changement. Le divorce pour discorde se base sur la notion de l'égalité dans la séparation conjugale, en opposition avec la notion

¹ Surtout l'école Hanafite qui prône plus de liberté et égalité entre l'homme et la femme.

² Lorsque le divorce est destiné à réprimer les fautes conjugales commises par un époux. C'est le divorce pour préjudice.

³ Il peut être prononcé du consentement mutuel des époux. C'est la conception qui est innovée par le nouveau Code de la famille marocain.

⁴ Lorsqu'un conjoint peut décider unilatéralement de mettre fin au mariage. C'est le type le plus pratiqué dans la plupart des pays musulmans.

⁵ Surtout par la répudiation dont le mari peut répudier sa femme à tout moment et pour n'importe quelle cause.

⁶ Article 94 du nouveau Code de la famille marocain.

⁷ Les articles 94, 95, 96, 97.

discriminatoire pratiquée pendant longtemps. Ce nouveau divorce pourra être demandé par l'un des époux qui persiste sur sa volonté de la rupture de lien conjugal.

Le divorce pour discorde consacre un véritable principe de l'égalité des sexes. Au nom de ce principe, on reconnu désormais à chaque époux le droit de faire librement le constat de l'échec de son union en mettant fin à une communauté de vie à laquelle il ne consent plus, même si aucune faute ne peut être invoquée devant le juge.

Le législateur marocain a donc équilibré la notion de divorce, tant pour l'homme que pour la femme, chacun selon ses conditions propres.

Néanmoins, le principe de l'égalité appliqué au Maroc n'est pas conçu comme impliquant une identité de droits et de devoirs entre les deux époux. Mais, il édicte des règles différentes pour l'homme et pour la femme, construisent plutôt l'égalité en terme de spécificité et de complémentarité des statut de l'homme et de la femme, dans la famille et dans la société¹. Ceux qui risque fort de ne pas trouvé un bon accueil par les juridictions étrangères, surtout européennes.

b – Le principe de la liberté

Comme l'égalité, le principe de la liberté est attaché à l'accès au divorce. Il découle de la faculté de réaliser sans entrave imprévue la rupture du lien conjugal.

Pendent longtemps, la dissolution du mariage a reposé sur des principes intangibles et immuables, exclusifs de toute autonomie individuelle. Le caractère de la famille à l'époque, expliquait et légitimait la volonté de l'Etat d'exercer un pouvoir pour garantir et légitimer les décisions du mari. Mais l'évolution individualiste au cours de la fin du XXe siècle, conséquence de la libération des mœurs, a entraîné une évolution de la conception même du divorce. La liberté individuelle devait alors également être protégée contre les atteintes que pourraient lui porter, de façon générale, les liens familiaux. Progressivement, une place importante a été laissée à la volonté des époux (surtout la femme) en matière de la dissolution du mariage. Si les époux avaient été libres de s'unir et qu'ils devaient, de la même façon, être libres de se séparer.

Cependant, dans le cadre du Code de la famille marocain, les époux ont désormais une liberté importante, notamment celle qui concerne la rupture unilatérale du lien conjugal. A cet égard, le législateur de 2004 a privilégié de manière générale, la volonté des parties en matière du divorce et laisse très peu de marge à l'intervention du Juge. Le législateur a en effet promu un

¹ H. FULCHIRON, « Polygamie et répudiation en France, entre ouverture et prohibition », rapport d'activité du réseau de recherche Droits fondamentaux relatif à la vie familial. Nov 2004.

divorce-liberté, notamment symbolisé par le divorce par discorde et le divorce par consentement mutuel.

Corrélativement on a constaté un déclin de la répudiation qui était considérée comme une possibilité au mari de se défaire d'une manière unilatérale et sans motif des liens du mariage. Désormais, les limites¹ imposées au mari qui veut répudier sa femme, constituent un obstacle qui lui empêche de répudier sa femme sans motif valable.

Cependant, l'instauration du divorce pour discorde est le résultat d'une libération continue du divorce dont la liberté individuelle constitue le moteur. Un respect absolu de la liberté individuelle d'un époux serait de pouvoir retrouver sa liberté et donc mettre un terme à son mariage à tout moment. Et la loi du 2004 a considérablement consacré ce principe, dont le législateur a assoupli la procédure d'accès au divorce.

En général, l'évolution des mœurs a fait surgir un phénomène important : celle de la liberté individuelle. Aujourd'hui, il n'est plus concevable d'imposer le maintien d'un lien conjugal entre deux personnes qui ne le souhaitent plus, voire lorsque l'un d'eux ressent le lien conjugal comme définitivement altéré.

La réforme de la Moudawana constitue une avancée dans la protection de ce principe. Désormais, ce n'est plus la loi qui exerce une contrainte sur les époux mais leurs libertés individuelles.

Le principe de la liberté individuelle posé par le nouveau Code de la famille est réaffirmé par la nouvelle constitution², cette dernière consacre indirectement la liberté des couples, en abolissant toute distinction entre l'époux et l'épouse en matière familiale.

En définitif, il est clair que le législateur marocain a fait preuve dans ce nouveau Code d'un esprit de modernité de la société, bien qu'il ait donné naissance à des principes fondamentaux : liberté et l'égalité dans la famille marocaine. Toutefois, cette libération a profondément affaibli l'engagement conjugal. Il ne s'agit plus d'un engagement réciproque pris pour la durée de l'existence puisque chacun peut décider librement de le rompre sur le seul motif que l'union ne lui convient plus.

¹ Voir nos développements, p. 13 ;

² L'article 19 de la constitution marocaine : « L'homme et la femme jouissent à égalité des droits et liberté à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncé dans le présent titre et dans les autres dispositions de la constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume. »

نقّارير جامعية

نقرير مناقشة أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في الحقوق

نخصص القانون المدني و الأعمال بجامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنجة



إعداد الباحث يوسف الزوجال

إشراف الدكتورة و داد العيدوني

ناقش الباحث يوسف الزوجال تحت إشراف الدكتورة و داد العيدوني أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون المدني و الأعمال تحت عنوان : حماية المستهلك في العقود التجارية ، وذلك يوم السبت 29 يونيو 2013 بالملحقة 1 المدرج 1 من الساعة 9.30 صباحا الى 13.30 زوالا ، وتكونت لجنة المناقشة من الاساتذة :

الدكتور عبد الخالق احمدون : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة / رئيسا .

الدكتورة و داد العيدوني : أستاذة مؤهلة بكلية الحقوق بطنجة / مشرفا .

الدكتور عبد السلام فيغو : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط / عضوا .

الدكتورة جميلة العماري : أستاذة مؤهلة بكلية الحقوق بطنجة / عضوا .

الدكتورة بهيجة فردوس : أستاذة مؤهلة بكلية الحقوق بمراكش / عضوا .

وبعد المناقشة و المداولة قررت اللجنة العلمية ماييلي :

قبول الاطروحة ومنح الباحث لقب دكتور في الحقوق بميزة مشرف جدا ، وبهذه المناسبة السعيدة تتقدم مجلة الفقه والقانون إلى الباحث يوسف الزوجال بأحر التهاني سائلة من العلي القدير ان يمتعه بالصحة والعافية وبمزيد من النجاحات العلمية ، وما ذلك على الله بعزيز .

التقرير :

ان السياق العام لموضوع الاطروحة يندرج في اطار تحديث المشرع المغربي لمنظومته القانونية عبر اصداره لمجموعة من القوانين العامة و الخاصة و التي يوجد على رأسها على سبيل المثال لا الحصر قانون 31.08 ودستور 2011

فهذا الأخير يزخر بالعديد من الحقوق و الحريات الاساسية المرتبطة بالحياة الانسانية الفردية أو الجماعية في شتى مجالاتها المتشعبة و المعقدة , اذ ان الحق في الحياة وفي السلامة الجسدية, و كذا الحق في الملكية الخاصة , و المبادرة و الحق في التعبير عن الرأي يمكن اعتبارها بمثابة مكتسبات قانونية لفائدة الشخص العادي سواء كان طبيعيا أو معنوياً على أساس أنها تدخل في اطار مقومات العيش الكريم و المواطنة الحقيقية داخل المجتمع

وإذا تأملنا جملة هذه الحقوق فإنها توصف بكونها ضمن الوسائل الفعالة التي يهدف المشرع عادة من خلال التنصيب عليها الى تكريس بعض الضمانات الحمائية للعلاقات التعاقدية و التصرفات المدنية أو التجارية المبرمة من طرف المعنيين بها بشكل مباشر باختلاف المراكز و الوضعيات التي يتخذونها ازاء ذلك في سبيل خلق القدر الكافي من التوازن على الاقل من الناحيتين النظرية و الواقعية .

وانطلاقاً من هذا المعطى , بات من اللازم التساؤل منطقياً حول كيفية بلوغ المشرع المغربي أو المقارن الهدف الاسمي و المنشود المتمثل في الحفاظ على كافة الحريات و الحقوق التي يتمتع بها كل فرد على حده خصوصاً عند ممارستها , في خضم جو مطبوع بظاهرة الاستهلاك المتنامية بصفة منقطعة النظير بعد اتجاه معظم بلدان المعمور الى نهج سياسة اقتصادية مندمجة تعتمد في جوهرها على مبدأ تحرير الاسعار و فتح الاسواق أمام تدفق رؤوس الاموال و الاستثمارات , وعلى حركية و تنقل الممتلكات و البضائع حتى أضحى من الصعب جدا اعمال المقاربة القانونية من أجل ضبط العمليات و الانشطة التي يشهدها ميدان المال و الاعمال المبني على معيار العرض و الطلب , و التحولات الجذرية و المتسارعة المفروضة حالياً بفعل تيار العولمة الجارحة .

وقد وضعت التطورات المتلاحقة على الصعيدين الاجتماعي و الاقتصادي في غضون العقود الاخيرة تلك القواعد التشريعية على المحك الشيء الذي أدى حتما الى المطالبة بإعادة التفكير فيها حتى تستجيب للحاجيات الراهنة و المستقبلية .

ان مختلف العوامل ليس فقط ذات الطابع الثقافي و السياسي و التاريخي وإنما أيضا ذات الطابع الاقتصادي و الاجتماعي بالرغم من تداخلها فيما بينها شكلت أرضية محورية لبروز اشكالية حماية المستهلك التي استدعت من الدول النامية و المتقدمة توظيف جميع الميكانيزمات و تسخير الاليات القانونية قصد توفير الظروف الملائمة لتنزيل و تفعيل طائفة الحقوق و الحريات التي جاء بها التشريع .

وعليه, فالأطروحة التي تقدمنا بها لنيل شهادة الدكتوراه انصبت على تبيان نطاق وحدود تلك الحماية عبر الخوض في الفحص و التحليل الدقيق للنصوص العامة و الخاصة و للنظريات الموجودة في التشريعين الداخلي و الدولي مع العلم أن المسألة تعد في حد ذاتها مجازفة لان البحث يقتضي تقييم جدوى الاسس القانونية برمتها و بالتالي الحكم بالإيجاب أو السلب حول الجوانب المتعلقة بالموضوع مما جعله تحدياً شخصياً بالفعل وان كان محاطاً بمجموعة من الصعوبات , بحيث أن شموليته دفعت بنا عند صياغة المنهجية الى العودة الى الجذور المتأصلة كالمسبب الوحيد للمهدد لفهم النقاشات الفقهية و القضائية المثارة بهذا الشأن , و للإحاطة الكاملة بالتساؤلات الرئيسية و الفرعية المنبثقة عن موضوع الحماية القانونية للمستهلك في العقود التجارية و المتمثلة في : مدى استطاعة المنظومة القانونية الوطنية و الدولية في توفير الحماية الكافية للمستهلك في العقد بصفة عامة و في العقود التجارية على وجه التحديد ؟

والى اي حد عمل المشرع المغربي على تطوير نظرية خاصة بالاستهلاك ؟

لذلك كان من الواجب تجميعها في فكرتين أساسيتين نظرا للأهمية القصوى التي تكتسيهما عبر اتخاذهما حجر الزاوية الذي سيتم عن طريقه الاجابة عن تفاصيل و جزئيات الاجراءات المشار اليها في التشريع الاستهلاكي ورصد الملامح الايجابية التي يحتوي عليها دون اغفال تحديد أوجه النقص فيها .

فمن جهة اولى , حاولنا في الباب الاول التطرق بإسهاب الى الاطار التشريعي الخاص بحماية المستهلك عملا بالمقاربة الوصفية و النقدية معا للوقوف على مظاهر التفاوت الحاصل بين الانظمة القانونية المعاصرة , بحيث ميزنا بين نوعين :

النوع الاول : وهي فئة القوانين المعروفة في الدول العربية عموما التي يندرج تحت غطاءها المغرب لأنها تستند على ازدواجية في مرجعيتها الحماية للمستهلك على اعتبار أنها تمزج بين ما هو ديني محض (قواعد الشريعة الاسلامية) وبين ما هو كوني (منظومة حقوق الانسان والاتفاقيات الدولية) .

النوع الثاني : وهي فئة الدول الاجنبية التي تجتهد كثيرا في توحيد منظومتها الحماية للمستهلك وملائمة تشريعاتها الداخلية مع مضمون الاتفاقيات المصادق عليها .

وقد استقر الاختيار على نموذج فريد و رائد في هذا المجال وهو دول الاتحاد الأوروبي.

فمن جهة ثانية , استطعنا الى حد كبير الامام بالإطار المؤسساتي الخاص بحماية المستهلك بتعدد آلياته في الباب الثاني بغية القاء الضوء على مدى مساهمة أجهزة الدولة الرسمية و الموازية .

فبالنسبة للسلطة القضائية , يلاحظ أنها تقوم بدور طلائعي لا يستهان به في حفظ حقوق المستهلك اثر تضرره من الممارسات غير المشروعة التي يصطدم بها عند الاقدام على ابرام أو تنفيذ تصرفاته المدنية / التجارية لأنها في الحقيقة هي الجهة الموكول اليها مهمة تطبيق القانون وقواعد العدالة و الانصاف وفق الامكانيات المتاحة عبر (القضاء العادي) أي قضاء الموضوع الذي يتدخل في المادتين المدنية و التجارية بل وحتى الجنائية, و القضاء الرئاسي الذي يختص لوحده في النوازل الاستعجالية و المساطر البديلة (كالتحكيم و الصلح و الوساطة) .

أما بالنسبة للسلطة الادارية , فهي تنقسم الى صنفين :

- الاجهزة التابعة للسلطة التنفيذية الحكومية أي الوزارات التي ينعقد لها الاختصاص للبت في بعض المجالات المرتبطة بشكل مباشر أو غير مباشر بحماية المستهلك
- الاجهزة الادارية المستقلة التي تسمح بحماية اضافية للمستهلك بفعل صلاحيتها الواسعة كهيئات رقابية .

وفيما يخص وسائل الاعلام نسجل بأنها سلاح ذو حدين ، اذ في الوقت الذي تلعب فيه الدور التربوي و التوعوي بامتياز فهي بالمقابل تظل محدودة من حيث نطاق الاشتغال بسبب وجود مجموعة من العراقيل البنيوية في المقام الاول الى جانب عوامل أخرى مجتمعية بالأساس .

تقريبا ، ينطبق نفس الواقع على مكونات النسيج الجمعي العامل في المجال الحقوقي عامة وفي قضايا الاستهلاك بالتحديد باعتبارها تساعد في الدفاع عن مصالح فئة عريضة من الطبقات الاجتماعية لكن في ظروف غير عادية لما في القانون من معيقات بالنسبة اليها .

وقد خالصنا في نهاية هذا البحث الى مجموعة من الاستنتاجات العامة بشكل مركز اضافة الى عدة اقتراحات أو توصيات و المخاطب الرئيسي فيها هو المشرع من جهة ، وباقي المؤسسات الحماية سواء كانت سلطة قضائية أو تنفيذية أو ادارية أو أجهزة غير حكومية من جهة أخرى .

فعلى مدى سائر صفحات البحث ، حاولنا ابراز الجانب الحماي للمستهلك من الناحيتين النظرية و التطبيقية من خلال تناول النصوص المتوفرة في التشريع المغربي و العربي مع تقديم أوجه التشابه أو الاختلاف بينهما وبين القوانين الاجنبية المقارنة ، ثم معالجة الدور الذي تمليه الاجهزة الرسمية و المجتمع المدني في حماية المستهلك باعتبارها هيئات يلجأ اليها هذا الاخير .

ان بلوغ الهدف الاسمي ذات البعد القانوني المتمثل في حماية المستهلك في المعاملات المدنية و التجارية ، لا بد أن ينطلق من نقطة التنظيم و التقويم الداخلي أي من ذات وجوه التشريع المطبق على قضايا الاستهلاك بصفة عامة . لهذا ينبغي على واضعي النصوص القانونية ونقصد به البرلمان تحسين أدائية هذه الاخيرة بكيفية مستمرة مع السهر على ضرورة تحقيق النجاعة و الفاعلية .

و اليوم ، يمكن القول بأن الفئات العريضة من المستهلكين في علاقتهم بالمؤسسات المكلفة بتوفير الحماية القانونية لهم و المنتظرين لخدماتها المختلفة ، موثوقة بأنه لا سبيل الى انجاز أي اصلاح تشريعي فعال وذي نتائج ملموسة على أرض الواقع ، ما لم تقم بتعبئة شاملة للفاعلين الاقتصاديين و الاجتماعيين عبر مقاربة تشاركية وتعاقدية .

وانطلاقا من هذا التصور لمعنى و دور التشريع و المؤسسات في اطفاء الحماية القانونية للمستهلك في مختلف التصرفات التعاقدية التي يبرمها في المادتين المدنية و التجارية لا يسعنا في هذا المقام إلا تقديم بعض الاقتراحات و ابداء بعض التوصيات في سبيل الرفع من سبل الحماية القانونية للمستهلك ،

- I على مستوى التشريع :

- أولا : الالتفات إلى ضرورة جمع شتات النصوص القانونية المتناثرة ، إذ أن تفرقها لا يخدم المستهلك كثيرا (ق.ل.ع ، مدونة التجارة ، مدونة التأمينات... إلخ)، لذلك يتعين التفكير في بناء إطار تشريعي استهلاكي موحد على غرار القوانين المقارنة الأجنبية التي عملت على إصدار مدونات خاصة منظمة لقضايا وعقود الاستهلاك مثل التشريع الفرنسي. فإصدار قانون 31.08 يعتبر خطوة إيجابية نحو بناء نظرية استهلاكية بالمغرب ، ولكنها جاءت في شكل قانون مكمل فقط لما سبقه وهو الأمر الذي يستدعي الانكباب على معالجته من خلال دمج في ق.ل.ع في مرحلة أولى (كما هو الحال بالنسبة لعدة قوانين كقانون 44.04 المتعلق

بيع العقار في طور الإنجاز وقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني...) في انتظار تهييء صيغة ملائمة جديدة في القانون المدني من خلال تبني مفاهيم الاستهلاك والمستهلك وتجاوز كل التناقضات القائمة أو المحتملة قبل الوصول إلى مدونة شاملة ، بحيث من شأن هذا المعطى تفادي الإحالات المتكررة على قوانين أخرى.

- **ثانيا : التعجيل بإخراج النصوص التنظيمية والمراسيم التطبيقية المصاحبة لقانون 31.08 المرتبطة بسير بعض المؤسسات والهيئات الموكول إليها ضمن اختصاصاتها المساهمة في صيانة حقوق المستهلك وتوعيته مثل المجلس الأعلى للاستهلاك أو المرتبطة ببعض المسائل أو العناصر التقنية (الإشهار ، الالتزام بالإعلام...).**
- **ثالثا : الحرص على مراجعة المنظومة التشريعية كلما اقتضى الحال أو في كل ولاية تشريعية برلمانية اعتبارا للتحويلات السريعة التي يشهدها مجال المعاملات المدنية والتجارية على الصعيد الوطني والدولي ونظرا للتطورات التكنولوجية والثقافية في أنماط الاستهلاك راجين من المشرع المغربي الاقتداء بالتجارب التشريعية الرائدة على مستوى القوانين المقارنة والاستفادة منها بما يتناسب مع طبيعة المجتمع والعوامل المتشعبة المتحركة جذريا في تحديد سلوك الاستهلاك ببلادنا (الأمية ، الفقر ، القدرة الشرائية ، الوازع الديني...).**

II - على مستوى الهيئات المؤسساتية :

- **أولا : السعي إلى توسيع رقعة التدخل القضائي في عقود الاستهلاك من خلال منح السلطة القضائية صلاحيات تقديرية تسمح بتحقيق قيم العدل والإنصاف واحترام الإرادة التعاقدية مع مراعاة المرونة في التعامل بالنظر إلى خصوصية المركز القانوني للمتعاقد الضعيف بدل التشدد في المواقف الاجتهادية المعتمدة على تكريس فكرة التطبيق الحرفي للنصوص التشريعية.**
- **ثانيا : تبدو فكرة إحداث قضاء متخصص يهتم بقضايا الاستهلاك كما هو الحال في المحاكم المالية مثلا اقتراحا غير ذات نفع ، بل يجدر في المقابل الالتزام بإعادة النظر في برامج التكوين المستمر للسادة القضاة المعمول بها حاليا داخل المعهد العالي للقضاء عن طريق إعداد دروس بيداغوجية خاصة عن كيفية التعامل مع المستجدات التي تعرفها قضايا الاستهلاك من الناحيتين النظرية والتطبيقية.**
- **ثالثا : الاعتماد على مبدأ التراتبية في البت في نزاعات الاستهلاك وذلك عبر جعل الالتجاء إلى الطرق البديلة من أولوية العمل القضائي واعتباره استثناء على القواعد المسطرية المعمول بها في الحالات العادية (البت طبقا لطلبات الأطراف فقط) قبل النظر في جوهر الخلاف القائم بين المستهلك والمهني.**
- **رابعا : الإسراع بتوحيد جهود أجهزة الرقابة والبحث والتحري بمختلف أشكالها (تنفيذي ، إداري...) من خلال توضيح الرؤى والاستراتيجيات والمخططات المعتمدة والفصل بين السلط والاختصاصات الممنوحة لكل جهاز على حدة .**

وعلى هذا الأساس ، لابد في نظرنا من تجميع كل الصلاحيات الموزعة حاليا على العديد من الجهات الحكومية الرسمية (الوزارات) في يد هيئة مستقلة ماليا وإداريا في إطار إستراتيجية تشاركية تضمن انخراط مختلف الأطراف المعنية بقضايا الاستهلاك ، ولن يتأتى ذلك إلا بواسطة عقد لقاءات مستمرة على مدار السنة بدل الاكتفاء بأيام دراسية أو ندوات علمية موسمية يكون الغرض منها فتح نقاش حول المستجدات القانونية في هذا المجال كمحاولة في سبيل التغلب على العراقيل القانونية والإشكاليات العملية التي تحد من فعالية إستراتيجية الدولة

وآلياتها التشريعية والمؤسسية والعمل على سد الثغرات التي تعثر بها وبالتالي بدل قصارى الجهود لتطويرها وتحسين أدائها.

- خامسا : التكثيف من جمعيات حماية المستهلك وتزويدها بجميع الإمكانيات المادية واللوجيستية من أجل تسهيل مهامها التوعوية والتمثيلية والاعتماد على المواقع الإلكترونية والسهر على مواكبتها من خلال الحرص على تكوين العاملين بها وحتى تستطيع خلق فروع أخرى لها على صعيد مجموع جهات التراب الوطني سواء على مستوى المناطق الحضرية أو القروية إضافة إلى ضرورة تذويب الصعوبات الإدارية والمادية التي تعاني منها (كغياب التنسيق وحذف لشرط المنفعة العامة...) وتشجيعها على التكتل في إطار جامعات وطنية وتحفيزها قصد الانفتاح على محيطها الإقليمي والدولي عن طريق البحث عن شراكات مع جمعيات عربية أو دولية للاستفادة من تجاربها ولتعزيز سبل التعاون في اتجاه إنشاء حركة منظمة وذات قوة ضاغطة هدفها الحفاظ على المكتسبات والدفاع عن حقوق المستهلك ودعمها باعتباره حقا إنسانيا بامتياز.

و السلام عليكم ورحمة الله تعالى و بركاته .

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st