

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاصل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد الرابع عشر : دجنبر 2013

➤ من مواضيع العدد الرابع عشر: دجنبر 2013 :

- ❖ حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.
- ❖ دور كتابة الضبط في ثبوت الزوجية.
- ❖ مساهمة المحاماة في استقلالية القضاء.
- ❖ سلطة القاضي في رخصة تعدد الزوجات.
- ❖ ضوابط ممارسة خدمات الانترنت.
- ❖ مسرح الجريمة ودوره في الإثبات الجنائي.
- ❖ التصرفات الخاضعة للشهر العقاري.
- ❖ القاضي بين واجب الحماية والحاجة إليها.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاصل بين الباحثين في الشرع والقانون

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

اسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي صيد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتين المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام القانوني للمواني (قانون 02/15) : الأستاذ الفقيه الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خميسات (2012/10/14)... المزيد	

الصفحة الرئيسية | اللجنة الاستشارية | أهداف المجلة | أخبار المجلة | اتصل بنا | المدير المسؤول | شروط النشر | مقالات قديمة | مقالات قادمة | مقالات مقترنة | مقالات بلقونية | حوارات علمية | تقارير جامعية | المساهمون بالمجلة | أعضاء المجلة | نشرات بالمجلة

العدد الرابع عشر دجنبر 2013

❖ 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.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : 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 السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615 - 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الرابع عشر : لشهر دجنبر 2013

محتويات العدد :

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

1. مدى دستورية تحديد ولاية رئيس الوزراء (بحث تأصيلي في ضوء تفسير نصوص دستور العراق لسنة 2005) فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد عباس محسن الساعدي أستاذ مادة القانون الدولي الخاص في كلية الرافدين الجامعة / بغداد - العراق / عضو اتحاد الحقوقيين العراقيين.....05
2. حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد خلف بني سلامة أستاذ الفقه وأصوله المشارك قسم الفقه وأصوله كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية - الأردن.....21
3. دور هيئة كتابة الضبط في دعوى ثبوت الزوجية الأستاذ : المصطفى الغشام الشعبي منتدب قضائي من الدرجة الثانية باحث بماستر القانون المدني والأعمال.....34
4. سبل مساهمة المحاماة في استقلالية القضاء الدكتور عبد الرحمان خلفي تخصص قانون جنائي و علوم جنائية أستاذ محاضر بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية محامي لدى المحكمة العليا و مجلس الدولة.....53
5. سلطة القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات - دراسة مقارنة - إعداد الدكتور بومدين محمد أستاذ محاضر بكلية الحقوق من جامعة أدرار - الجزائر.....59
6. حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي : دراسة من إعداد الدكتورة تيزا - حسين نوارا كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تيزي وزو - الجزائر.....76
7. إنقضاء الدعوى العمومية بالصلح في الجريمة الاقتصادية في التشريع الجزائري : الطالب الباحث محمد خميخم طالب دكتوراه تخصص قانون جنائي كلية الحقوق - جامعة تلمسان.....94
8. انقلاب 6 أغسطس 2008 في موريتانيا / أزمة الانقلاب و الانتخاب هل فشل التأسيس لعهد جديد ؟ الدكتور : بتار ولد إسلح باحث في العلاقات الدولية - موريتانيا الشقيقة -.....106
9. الضوابط المفاهيمية للصفقات العمومية في التشريع الجزائري : من إعداد الأستاذة لعور بدرة نائب رئيس قسم الحقوق لما بعد التدرج كلية الحقوق جامعة بسكرة الجزائر.....112
10. الإشعار للغير الحائز بين هاجس الفعالية و إكراهات التطبيق : الحايلة الحسين إطار عالي بالخرزينة العامة للمملكة طالبة بصف الدكتوراه بجامعة محمد الخامس السويسي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا - مسلك لقانون العام و العلوم السياسية - تخصص الأنظمة القانونية و القضائية الإدارية المقارنة.....137
11. الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بين نظريتين تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالرباط ، بتاريخ : 30/8/2012 ملف رقم : 34/5/2012 جمال العزوزي : حاصل على شهادة الماستر في القانون العام وحدة ماستر قانون المنازعات العمومية كلية الحقوق - فاس.....149
12. ضوابط ممارسة خدمات الانترنت في التشريع الجزائري عائق أم محفز للاستثمار : صالح شنين أستاذ مساعد كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية - الجزائر.....155
13. المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن جريمة تبييض الأموال الطالب الباحث : عماد الدين رحامية صف الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر.....161
14. الثقافة في الدستور المغربي من إعداد : الهاشم أمسكوري باحث في سلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا.....169

15. عموميات حول مسرح الجريمة ودوره في الإثبات الجنائي جنيح مونا: باحثة بماستر القانون الجنائي والعلوم الجنائية بكلية الحقوق السويسي الرباط.....175
16. دور اللجان البرلمانية الدائمة في تفعيل العمل البرلماني بالمغرب: عبد الغني السرار باحث بصف الدكتوراه-كلية الحقوق السويسي الرباط-.....184
17. التصرفات الخاضعة للشهر العقاري الحقوق العينية و الحقوق الشخصية من إعداد: الأستاذة إنجي هند زهدور - من جامعة وهران كلية الحقوق-.....200
18. المزايا القانونية في مجال الاستثمار: الأستاذة فلكاوي مريم أستاذة مساعدة قسم - أ جامعة 08 ماي 1945 قللة-الجزائر.....229
19. حماية القضاء الاستعجالي الإداري للملكية العقارية الخاصة بالمغرب سعيدة نازي: طالبة باحثة بصف الدكتوراه جامعة محمد الخامس السويسي / كلية الحقوق بسلا.....245
20. القاضي الجزائري بين واجب الحماية والحاجة إليها (قراءة في أحكام القانون الأساسي للقضاء): إعداد ماز حسن طالب باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق جامعة بلقايد وهران- الجزائر-.....257

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 21.Essai sur l'apostasie dans le droit positif marocain : CHAHDI Khalid Docteur en droit Institut Francophone de droit comparé Méditerranéen (I.F.D.C.M) Université de Perpignan, France.....267
- 22.Constat des infractions : limites du rôle et pouvoirs de l'inspecteur du travail à l'épreuve du choix de l'action pénale : Par Docteur. Khalid BOUKAICH.....275
- 23.LES DROITS DE LA FEMME MAROCAINE A TRAVERS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE : Par Si mohamed AKHDI.....283
- 24.Réflexion sur le système judiciaire mauritanien : Maître Mine Abdoullah Professeur à la faculté de Droit De Nouakchott – Mauritanie.....296
- 25.Le mimétisme administratif au Maroc : la difficile gestation d'un modèle administratif marocain : Mustapha FARISSI Docteur en droit public Université de Perpignan Via Domitia.....308
- 26.L'application du droit des ententes aux contrats de distribution exclusive : Nadia Lakli : Diplôme : magistère en droit des affaires comparé Première année de doctorat en droit des affaires comparée à l'Université d'Oran "Algérie".....327

ترتيب المقالات يخضع لاعتباراته فنية

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

دراسات وأبحاث بالعربية :

مدى دستورية تحديد ولاية رئيس الوزراء

بحث ناصلي في ضوء تفسير نصوص دستور العراق لسنة 2005

Extent of Constitutionality Limiting of Term the Prime Minister,

search an authenticating in the view of interpreting the texts of Iraqi Constitution 2005



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد عباس محسن الساعدي

أستاذ : مادة القانون الدولي الخاص في كلية الرافدين

الجامعة / بغداد - العراق / عضو اتحاد الحقوقيين العراقيين

المقدمة :

1- تمهيد :

يتطلب تفسير النص الدستوري تحديد الرؤية التي أدت إلى صياغة النص الدستوري، والأخذ بالاعتبار التوجهات الفكرية التي يقوم عليها الدستور، وتحديد الاتجاه الذي يربط نصوصه بعضها ببعض.

وهذه الرؤية لا يمكن فصلها عن الواقع السياسي الذي وضع الدستور في ضوء معطياته الاجتماعية والسياسية والثقافية والاقتصادية، بهدف تحقيق الانتظام العام والاستقرار، وإدارة الشأن العام بما يؤدي إلى توفير شروط العيش الكريم للمواطنين، ويتحقق ذلك من خلال انتظام أداء عمل المؤسسات الدستورية والقيام بالمهام المفترض أن تقوم بها.

لقد تضاربت النظريات بشأن تفسير الدستور، حيث ميز الفقيه ميشال تروبر بين التفسير فعل معرفة وبين التفسير فعل إرادة. التفسير القانوني كفعل معرفة لا يختلف عن أي تفسير آخر، كتفسير النصوص الأدبية أو الدينية، فالتفسير يتناول نصاً يتضمن معنى فريداً بفعل العلاقة بين الكلمات وما تنطوي عليه من معانٍ، وهكذا يصبح لكل نص معنى الواجب صياغته، وهذه الصياغة في تفسير ما، لا تصبح ضرورية إلا إذا كان المعنى مستتراً بسبب الغموض والإبهام واللبس في النص، فلا حاجة للتفسير عندما يكون النص واضحاً، لأن غاية التفسير تظهير المعنى. والمعنى يجد

ذاته يبدو أحياناً وكأنه نية كاتب النص، غير أنه يعتبر أحياناً أخرى الوظيفة الموضوعية الواجب أن يقوم بها المعيار في المنظومة القانونية أو الاجتماعية.

وبما أن التفسير فعل معرفة، يمكن أن يكون ناجحاً كما يمكن أن يكون فاشلاً، وما نتج عنه من معنى صحيحاً أو خاطئاً، حيث يبدو أن ليس للنص سوى تفسير وحيد صحيح، وكل التفسيرات الأخرى خاطئة. ما التصور الآخر للتفسير، فيتلخص بأن التفسير فعل إرادي، فكل نص لا ينطوي على معنى واحد وإنما على معانٍ متعددة، ينبغي اختيار واحد منها، وهذا الخيار لا يعبر عن واقع موضوعي إنما عن عبّر عنه، فهو قرار، لذلك مضمون التفسير ليس صحيحاً وليس خاطئاً، والجدال حول المعنى يمكن أن يستمر إلى ما لا نهاية¹.

إن التفسير الدستوري نوع من التفسير القانوني، غير أنه يتميز عن التفسير القانوني وتفسير المعاهدات الدولية والقرارات الإدارية والعقود في القانون الخاص، وهو تمايز يعود إلى طبيعة الدستور، فلا يجوز تفسير أحكام تؤسس لمجتمع سياسي له كيان حقوقي، بالطريقة نفسها التي تُفسر بها أحكام القانون العادي، فأحكام الدستور تنطوي على إرادة عليا جامعة، وعلى رؤية شاملة، تجمع بين الماضي والحاضر والمستقبل، يجب أن يأخذ المفسر بالاعتبار، ويغوص في مكنوناتها، وينظر إلى الأمور بشمولية وبعد نظر، لكي يتمكن من توضيح النص الدستوري واستخراج المعايير منه².

يختلف تفسير الدستور عن تفسير القانون العادي، فالأخير يدخل في التفاصيل التي تتطلبها نشاط محدد، بينما الدستور يقتصر عموماً على مبادئ، يعبر عنها بكلمات مقتضبة وموجزة، وعلى أحكام عامة، ففي تفسير الدستور كل كلمة يجب أخذها بالاعتبار نظراً لندرة الكلمات وغناها في آن معاً.

2- فرضيات البحث: يثور التساؤل في هذا الموضوع حول عدة تساؤلات تتمثل في الأتي، هل حدد الدستور العراقي لسنة 2005 ولاية رئيس الوزراء كيفما نص في تحديد ولاية رئيس الجمهورية، وما هو مركز رئيس الوزراء في النظام الدستوري العراقي، وهل أطلقت أحكام الدستور ولاية رئيس الوزراء أم قيدتها بنص أو دلالة، كما يثور التساؤل في مدى دستورية القانون رقم 8 لسنة 2013 تحديد ولاية رئيس الوزراء من عدمها.

3- أسباب اختيار موضوع البحث: تكمن في الأسباب الآتية، السبب الأول، تزويد المكتبة القانونية بموضوع يتناول جزئية معينة في النظام البرلماني العراقي، والسبب الثاني، ما ينطوي عليه الموضوع من أهمية دستورية في الجانب النظري والواقعي تلتصق بنظام جمهورية العراق السياسي، بحسبان أن المركز الدستوري لرئيس مجلس الوزراء وحزمة الصلاحيات الواسعة والشاملة كما نقرؤها في تضايف الوثيقة الدستورية لسنة 2005.

4- منهج البحث: أتبعنا في هذا البحث منهجان، الأول، المنهج الموضوعي، وبموجبه عرضنا لأهمية ومكانة الوزير الأول في نظام العراق السياسي ولمفهوم تحديد الولاية الوزارية (ولاية رئيس مجلس الوزراء) في الدساتير العراقية السابقة للدستور الحالي وفق منهج تأصيلي، وبيان الأسباب الموجبة لتفسير النصوص الدستورية ومناقشة مدى دستورية القانون محل البحث رقم 8 لسنة 2013، المنهج الثاني، المنهج التحليلي، يقوم على أساس تحليل الآراء

¹ - Michel Troper, Interprétation, Denis Allande et Stéphane Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF / Lamy, coll., Quadrige, Paris, 2003, p.8.

² - د. عصام سليمان، تفسير الدستور، المجلس الدستوري، الكتاب السنوي 2009 - 2010، المجلد الرابع، 2010، بيروت، ص 367.

والقواعد الفقهية و القانونية تتضمن تعريفات علماء أصول الفقه وأساتذة القانون الدستوري بهذا الشأن واستقراء قرارات القضاء الاتحادي، في تفسير النصوص ذات الصلة بالموضوع واستخراج الأحكام المناسبة لها، بما يتناغم مع الواقع الدستوري الحالي.

5- خطة البحث : في ضوء ما تقدم فقد تم تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاث مطالب وخاتمة، وعلى النحو الآتي، المقدمة، وقد تم توضيحها من خلال الفقرات السابقة، المطلب الأول مركز رئيس الوزراء في الدستور العراقي لسنة 2005، المطلب الثاني، الأسباب الموجبة لتفسير نصوص الدستور، المطلب الثالث، عدم دستورية قانون تحديد مدة ولاية رئيس مجلس الوزراء رقم (8) لسنة 2013 والمراد من التحديد هنا تقييد الولاية الوزارية بدورتين فحسب.

المطلب الأول: مركز رئيس الوزراء في الدستور العراقي لسنة 2005 :

يقتضي النظام البرلماني ثنائية الجهاز التنفيذي، وهذا ما قرره المادة 66 من دستور العراق لسنة 2005 بنصها على أن (تتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء تمارس صلاحياتها وفقاً للدستور والقانون)، فهناك رئيس للدولة، ثم رئيس مجلس الوزراء المهيم على الوزارة والمسؤول سياسياً أمام البرلمان، حتى أن النظام البرلماني يُعرف بنظام حكومة الوزارة¹.

فرئيس مجلس الوزراء هو الرجل الثاني في السلطة التنفيذية، المسؤول الفعلي عن هيئة الوزارة، والمسؤول سياسياً أمام البرلمان الذي يملك محاسبته وسحب الثقة منه وإسقاطه، ويتم اختيار رئيس مجلس الوزراء استمداداً من أحكام البند (أولاً) من المادة 76 من الدستور حيث جرى التنصيب فيها على (يكلف رئيس الجمهورية، مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً، بتشكيل مجلس الوزراء، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية)، وقد استمدت هذه القاعدة الدستورية مصدرها من النظام البرلماني في انكلترا عندما بدأ الملك يعين زعيم الحزب الذي يحصل على أغلبية المقاعد في مجلس العموم رئيساً لمجلس الوزراء²، فضلاً على أنه لا يستطيع أحد أن يقبل الآن منصب رئيس مجلس الوزراء إلا إذا كان حاصلًا على أغلبية برلمانية يستطيع الاعتماد عليها داخل البرلمان.

ورغم ما قد يبدو في الظاهر من أهمية وضخامة اختصاص رئيس الجمهورية في تكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً، بتشكيل مجلس الوزراء، فإن الحقيقة تنبئ عن محدودية هذا الدور، ذلك أنه في النظام البرلماني يجب أن تكون الوزارة محل ثقة البرلمان المنتخب من الشعب ويكون رئيس الدولة مقيداً في تكليف مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً بتشكيل مجلس الوزراء، بأن يكون متمتعاً بثقة المجلس المنتخب حتى ولو لم يكن محل رضا منه شخصياً³.

وفي البلاد ذات الأنظمة الحزبية نجد رئيس الدولة مضطراً لاختيار رئيس مجلس الوزراء من الحزب الفائز بالأغلبية البرلمانية⁴، وعملاً يُعتبر زعيم الحزب السياسي (أو من يرشحه لهذا المنصب) الحائز للأغلبية المطلقة لمقاعد البرلمان هو الشخص الوحيد المؤهل لتحمل عبئ تكليفه لمنصب رئيس مجلس الوزراء.

1- د. السيد صبري، حكومة الوزارة، بحث تحليلي لنشأة وتطور النظام البرلماني في انكلترا، المطبعة العالمية. بمصر، 1953، ص 23.

2- د. محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، 1966، ص 66.

3- محمد قدرى حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، ص 17.

4- د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار الشروق، ص 174.

ولا مجال للاستتابة، أن رئيس الدولة لا يملك سلطات كاملة لاختيار أي شخص يريده، إنما يجب أن يرسل للكتلة البرلمانية الأكثر عدداً لتسمية مرشحها لتشكيل مجلس الوزراء .

في قرار للمحكمة الاتحادية العليا يحمل الرقم 25/اتحادية/2010 جاء فيه (من استقراء نص المادة 76 من دستور جمهورية العراق بفقراتها الخمسة¹ ومن إستقراء بقية النصوص الدستورية ذات العلاقة، إن تطبيق أحكام المادة 76 من الدستور يأتي بعد انعقاد مجلس النواب بدورته الجديدة بناءً على دعوة رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام المادة 54 من الدستور، وبعد انتخاب مجلس النواب في أول جلسة له رئيساً للمجلس ثم نائباً أول ونائباً ثانياً له وفق أحكام المادة 55 من الدستور بعدها يتولى المجلس انتخاب رئيس الجمهورية الجديد وفق ما هو مرسوم في المادة 70 من الدستور، وبعد أن يتم انتخاب رئيس الجمهورية يكلف وخلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخابه مرشح "الكتلة النيابية الأكثر عدداً" بتشكيل مجلس الوزراء .

وتجد المحكمة أن تعبير "الكتلة النيابية الأكثر عدداً" يعني أما الكتلة التي تكونت بعد الانتخابات من خلال قائمة انتخابية واحدة، دخلت الانتخابات باسم ورقم معينين وحازت على العدد الأكثر من المقاعد، أو الكتلة التي تجمعت من قائمتين أو أكثر من القوائم الانتخابية التي دخلت الانتخابات بأسماء وأرقام مختلفة ثم تكتلت في كتلة واحدة ذات كيان واحد في مجلس النواب، أيهما أكثر عدداً من الكتلة أو الكتل الأخرى بتشكيل مجلس الوزراء استناداً إلى أحكام المادة 76 من الدستور)².

حدد الدستور ما يشترط فيمن يتولى منصب رئيس مجلس الوزراء بالإحالة إلى ما يشترط برئيس الجمهورية بموجب البند (أولاً) من المادة (77) من الدستور التي نصت (يشترط في رئيس مجلس الوزراء ما يشترط في رئيس الجمهورية³، وان يكون حائزاً الشهادة الجامعية أو ما يعادلها وأتم الخامسة والثلاثين سنة من عمره.

كما يترشح من نص المادة 80 من الدستور أن صلاحيات مجلس الوزراء :

أولاً : تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة ، والخطط العامة ، والإشراف على عمل الوزارات، والجهات غير المرتبطة بوزارة.

ثانياً : اقتراح مشروعات القوانين .

1- النص الكامل للمادة 76 من الدستور على (أولاً: يكلف رئيس الجمهورية، مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً، بتشكيل مجلس الوزراء، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية. ثانياً: يتولى رئيس مجلس الوزراء المكلف، تسمية أعضاء وزارته، خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ التكليف. ثالثاً: يكلف رئيس الجمهورية، مرشحاً جديداً لرئاسة مجلس الوزراء، خلال خمسة عشر يوماً، عند اخفاق رئيس مجلس الوزراء المكلف في تشكيل الوزارة، خلال المدة المنصوص عليها في البند ثانياً من هذه المادة. رابعاً: يعرض رئيس مجلس الوزراء المكلف، أسماء أعضاء وزارته، والمنهاج الوزاري، على مجلس النواب ويعد حائزاً ثقتهما وعند الموافقة على الوزراء منفردين و النهاج الوزاري، بالأغلبية المطلقة. خامساً: يتولى رئيس الجمهورية تكليف مرشح آخر بتشكيل الوزارة خلال خمسة عشر يوماً في حالة عدم نيل الوزارة الثقة).

<http://iraqfsc.iq/ar/node/482>

2- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 25/اتحادية/2010 في 2010/3/25، مشار للقرار في موقع المحكمة الاتحادية العليا .

3- نصت المادة 68 (يشترط في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون: أولاً: عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين. ثانياً: كامل الأهلية وأتم الأربعين سنة من عمره. ثالثاً: ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية ومشهوداً له بالترهة والاستقامة والعدالة والإخلاص للوطن. رابعاً: غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف).

ثالثا: إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين .

رابعا: إعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية.

خامسا: التوصية إلى مجلس النواب , بالموافقة على تعيين وكلاء الوزارات والسفراء وأصحاب الدرجات الخاصة , ورئيس أركان الجيش ومعاونيه ومن هم بمنصب قائد فرقة فما فوق و رئيس جهاز المخابرات الوطني , ورؤساء الأجهزة الأمنية .

سادسا: التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية , والتوقيع عليها أو من يخوله).

من خلال إمعان النظر في أحكام النصوص الدستورية سالفه الذكر، يتبين أن رئيس مجلس الوزراء هو المسؤول الأول أمام البرلمان وهو قائد العمل التنفيذي، الموجه والحرك لمجلس الوزراء وكل أجهزته ودوائره، ورغم أن رئيس الوزراء من الناحية القانونية ما هو إلا واحد من العديد من الوزراء، يعقد الاجتماعات ويفضها، ويتقيد برأي الأغلبية داخل مجلس الوزراء شأنه شأن أي وزير آخر، إلا أن له سلطات واسعة لا يتمتع بها أي من الوزراء الآخرين، فله سلطة اختيار وتعيين الوزراء وله أن يطلب استقالتهم، وهو الذي يقرر ما يمكن مناقشته في مجلس الوزراء وما لا يمكن مناقشته¹.

ويستطاع القول بأن رئيس مجلس الوزراء له اختصاصات إدارية تتمثل في اختيار الوزراء، والتنسيق الوزاري بينهم، ثم متابعة وطلب المعلومات، وله كذلك اختصاصات تنفيذية في مقدمتها التقدم بإعلان السياسة العامة للبرلمان بمجرد تشكيله للوزارة واختيار الوزراء، ثم يعقب ذلك ممارسة العمل التنفيذي والذي يتمثل في تنفيذ القوانين، وإذا ما عرضت للدولة ظروف طارئة فأن لرئيس مجلس الوزراء بعض الاختصاصات في أوقات الأزمات².

جدير بالإلماع إليه عند الحديث عن التاريخ الدستوري العراقي وبداية بالعهد الملكي، بموجب الفقرة (5) من المادة (26) من القانون الأساسي الصادر في 21 آذار سنة 1925، فإن للملك سلطة اختيار رئيس الوزراء، وهو حق يخضع لقواعد النظام البرلماني الذي يتطلب من المرشح لرئاسة الوزارة أن يكون قادراً على أن يجمع حوله أكثرية برلمانية، وعليه فإن حرية الملك تضيق وتتسع حسب الظروف ولو أن دور رئيس الدولة في هذا الخصوص مهم³.

مما يستدعي الانتباه أن التجربة البرلمانية في العهد الملكي، والتي تركز على حكومة ملكية وراثية شكلها نيابي⁴، تشير في تطبيقاتها بتشكيل الوزارات إلى تقلد العديد من الشخصيات السياسية لرئاسة الوزارة لأكثر من ولايتين وزاريتين، فمثلاً تقلد نوري السعيد (14) أربع عشرة وزارة، جميل المدفعي (7) سبع وزارات، عبد المحسن السعدون (4) أربع وزارات، رشيد عالي الكيلاني (4) أربع وزارات، عبد الرحمن النقيب (3) ثلاث وزارات، علي جودت الايوبي (3) ثلاث وزارات، وأخيراً توفيق السويدي (3) ثلاث وزارات⁵.

1- د. احمد حامد الأندلي، النظم الحكومية المقارنة، وكالة المطبوعات بالكويت، 1972، ص 166.

2- للمزيد ينظر، محمد قدرى حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، مصدر سابق، ص 48.

3- د. رعد ناجي الجدة، التطورات الدستورية في العراق، بغداد، بيت الحكمة، 2004، ص 56.

4- المادة الثانية من القانون الأساسي العراقي 21 آذار 1925.

5- د. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتير الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، ص 5.

ويدعم التطبيق العملي لهذا المبدأ أيضاً في ظل النظام الجمهوري وفقاً للدساتير المتعاقبة على العراق لغاية 2003/4/9¹، بعدم تحديد ولاية رئيس مجلس الوزراء، فمثلاً تقلد طاهر يحيى التكريتي منصب رئيس الوزراء أربع ولايات وزارية، الفترة الأولى من 1963/11/21 ولغاية 1964/6/17، الفترة الثانية من 1964/6/17 ولغاية 1964/11/14، الفترة الثالثة من 1964/11/14 ولغاية 6 أيلول 1965، الولاية الرابعة والأخيرة من 10 تموز 1967 ولغاية 17 تموز 1968²، وتسلم أحمد حسن البكر رئاسة الحكومة للفترة من 1963/2/8 ولغاية 1963/5/12، أما الولاية الثانية للفترة من 1963/5/12 ولغاية 1963/11/21، والولاية الثالثة والأخيرة من 1968/7/31 ولغاية 1979/7/16³.

المطلب الثاني: الأسباب الموجبة لتفسير نصوص الدستور:

تصاغ النصوص الدستورية عموماً بجمل مقتضبة وموجزة، فيها الكثير من العموميات وأحياناً الغموض، فالنصوص الدستورية الواجبة التفسير ليست تلك التي يشوبها الغموض والإبهام وحسب، فالنصوص الدستورية التي لا تحتوي على أحكام غامضة أو مبهمّة، لا يمكن التأكد من وضوحها إلا بعد تفسيرها، غير أن هذا التفسير لا يكون بعامة موضع خلاف، فالتفسير لا يكون فقط عند غموض في النص، وإنما عند وضع النص موضع التطبيق.

إن التدقيق في تضايف نصوص الدستور العراقي لسنة 2005 يبين أن فيه الكثير من المفاهيم التي تتطلب التوضيح، وبخاصة أنها عرضة لتفسيرات مختلفة وقد تكون متناقضة، ومن هذه المفاهيم تحديد ولاية رئيس الوزراء في الدستور، فبينما حدد البند (أولاً) من المادة 72 من الدستور ولاية رئيس الجمهورية بأربع سنوات ويجوز إعادة انتخابه لولاية ثانية فحسب، لم تشر أحكام المواد المنظمة للمركز الدستوري لرئيس الوزراء (76 - 83) من الدستور بالتحديد صراحةً مدة هذه الولاية، هل هي مطلقة أم مقيدة.

إن القول بأن تفسير الدستور يختلط فيه الفعل الإرادي بالفعل المعرفي على أساس أنه يأتي نتيجة خيار من بين الخيارات، تتحدد ضمن إطار يجري رسمه في ضوء المعرفة في القانون الدستوري والنظريات السياسية والاجتماعية والمعطيات الموضوعية، التي تحكم الواقع، والتجارب الدستورية في العالم، هذا القول بتفسير الدستور، يجعل تفسير الدستور من قبل مؤسسة دستورية ذات صفة قضائية ومستقلة عن جميع السلطات في الدولة، أقرب إلى الصحة الموضوعية.

تضمنت الدساتير، منذ نشأتها الأولى، توجهات نحو المستقبل، لذلك لم تدخل في التفاصيل واقتصرت عموماً على المبادئ، تاركة للقوانين معالجة التفاصيل التي ينبغي قوننتها، ولكن في إطار المبادئ الدستورية، التي غالباً ما تنبع من رؤية فلسفية أو أخلاقية، لذا يكتنفها الغموض الناجم عن سببين، السبب الأول، صياغتها في إطار العموميات، وهي تالياً تبتعد عن الدقة، وهذا لا يعني أنه ليس لها قيمة حقوقية وقانونية، حيث لا يجوز الخلط بين صياغة القواعد من جهة وإعتماد الدقة من جهة أخرى، فالقول بأن الشمس تشرق، في كل الفصول، في تمام الساعة السادسة صباحاً، لا ينطوي على أية قاعدة، ولا يمكننا من فرض رقابة على الكوكب الذي لا يمتثل لهذا القول، بينما يستطيع القاضي

1- دستور 27 تموز 1958 المؤقت و دستور 4 نيسان 1963 (قانون المجلس الوطني رقم 25 لسنة 1963) و دستور 22 نيسان 1964 (قانون المجلس الوطني رقم 61 لسنة 1964) و دستور 29 نيسان 1964 المؤقت و دستور أيلول 1968 وأخيراً دستور 16 تموز 1970 المؤقت.

2- د. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق، مصدر سابق، ص 269.

3- د. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق، مصدر سابق، ص 270.

الدستوري مراقبة القانون الذي يتجاهل مبدأ التضامن في حالة الكارثة الوطنية، لأن عدم الدقة في التعليمات لا يُفقد لها طابعها القاعدي¹.

السبب الثاني يعود إلى كون المبادئ الدستورية متعارضة بالضرورة، على حد قول الفقيه "يان أكيل" الدستور بسبب بنيته هو مكان تتصارع فيه القواعد، فكل فرع من فروع القانون يجد تماسكه الداخلي حول مبدأ عام، يشكل روح المادة الحقوقية، فعلى سبيل المثال، يتمحور القانون الإداري حول المصلحة العامة، بينما يتمحور القانون المدني حول الحرية الفردية، ولكن الدستور، لكونه قاعدة المنظومة القانونية مجملها في الدولة، لا بد له من أن يكرس مبادئ متناقضة، يعود للمشرع عندما يترجمها في قوانين، التوفيق بينها.

هذا يفسح المجال أمام القاضي للذهاب بعيداً في تفسير القانون، وأمام القاضي الدستوري للذهاب بعيداً في تفسير الدستور والقانون موضع الرقابة على دستورية القوانين، في غياب التراتبية بين القواعد الدستورية، يصبح الحل لصراع القواعد قائماً ليس على مستوى صلاحياتها، وإنما على مستوى تفسيرها، وينبغي إعطاء المبادئ الدستورية معاني لا تتناقض مع بعضها².

إن طبيعة القانون الدستوري المنفتحة تشكل تحدياً لمن يفسر الدستور بالطرق التقليدية التي لا تمكنه دائماً من الوصول إلى نتائج مرضية، فبعض المصطلحات التي يتضمنها الدستور تحمل أبعاداً متعددة، وتشكل مدىً رحباً جداً على مستوى القاعدة الدستورية، مثلاً على ذلك تعبير "اجتماعي" الذي أكدته القانون الأساسي لألمانيا الاتحادية في المادة (20) منه³، والذي أُعتبر الأساس لقواعد يرتبط بها تحقيق أهداف الدولة، ويشمل هذا التعبير الضمان الاجتماعي، والتوازن الاجتماعي، وتوفير شروط تكافؤ الفرص، وسعت اجتهادات المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا أثر هذا التعبير، من خلال تفسيره في إطار ارتباطه بنصوص دستورية أخرى، ما جعله النواة الصلبة التي تلزم الدولة بتوفير الشروط الضرورية ولو في حدها الأدنى، لعيش المواطنين جميعاً⁴.

المقصود من النص المعنى الصريح الواضح المستفاد من اللفظ، بمعنى آخر النص هو اللفظ الذي يفهم منه معنى عند النطق به⁵، حيث يترشح من النص المقيد للمطلق، أن يكون قد ورد لفظاً مطلقاً يفيد حكماً معيناً، ثم ورد نصاً آخر يفهم منه حكماً آخر يقيد ذلك الحكم المستفاد من اللفظ المطلق.

¹ - Georges Vedel, Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité', La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, p. 54.

² - Yann Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, Revue française de droit constitutionnel, no 21, janvier 1995, P. 14-17.

³ - Article (20) from of Constitution of Germany, Adopted on: 23 May 1949, state that, (1- The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state).

⁴ - Karl-Peter Sommermann, Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel – Normativité, in: Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. XVII (2001), Aix-en-Provence 2002, p.373.

⁵ - د. السيد صالح عوض، دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين، الطبعة الأولى، القاهرة، 1980، ص 141.

حزمة من الأسباب تؤدي إلى عدم الوصول إلى نية المشرع الدستوري وقد تؤدي إلى تعذر الوصول إلى نية المشرع أو ظهور أكثر من معنى للنص، كأسلوب الصياغة الدستورية والمتضمنة أسلوب الصياغة الجامدة أو المرنة لألفاظ النص أو عباراته في مجموعها أولاً، وتعارض النصوص ثانياً، والفراغ في النصوص الدستورية ثالثاً¹.

ويستطاع القول أن طرائق إجلاء غموض النصوص الدستورية، طرائق داخلية وخارجية، فالأولى، تتمثل خلال تحليل النص المراد تبيان معناه سواء أكان ذلك من خلال دلالة المنطوق²، أم في ضوء دلالة المفهوم³، أم في حكمة النص الدستوري، أما الثانية أي الطرائق الخارجية لإيضاح ما أعتري النص من غموض أو إبهام كالأعمال التحضيرية والمصدر التاريخي للقانون ومبادئ القانون العليا⁴.

على المستوى العملي، يتم اللجوء في تفسير النص إلى قواعد، يمكن تبيانها منطقياً، فكما يرى ميشال تروبار أن الصعوبة الكبرى في صياغة العملية الفكرية المعتمدة في تفسير النص⁵، تكمن في كونها لا تعود إلى النظرية الحقوقية

1- د. علي هادي عطية الهلالي، غموض النصوص الدستورية، دراسة تحليلية في ضوء نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ، مجلة جامعة ذي قار، العدد 3، المجلد 2، كانون الأول، 2006، ص 48.

2- دلالة المنطوق تعني التقيد بمنطوق مفردات النص، بمعنى تحليل مفردات النص وعباراته والتقيد بفهم النصوص بما جاءت به من إلفاظ، ينظر: محمد الحضري، أصول الفقه، الطبعة السادسة، المكتبة التجارية الكبرى، بمصر، 1969، ص 121.

3- يتم الاعتماد على دلالة المفهوم من خلال مفهوم الإشارة أو الاستنتاج، مفهوم الإشارة ما يستفاد من النص من معنى مما يعد من لوازم النص ومقتضياته ولا يظهر في عبارته صراحة، بمعنى إن دلالة اللفظ على معنى أو حكم غير مقصود لا أصالة ولا تبعاً، ولكنه تلازم ذاتي متأخر للمعنى الذي سبق النص من أجله، فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، ط 2، دمشق، 1985، ص 279.

أما الاستنتاج، يستفاد معنى النص في ضوء دلالة المبنية على الاستنتاج بوسائل، كالقياس (الاستنتاج بمفهوم الموافقة)، والاستنتاج من باب أولى، والاستنتاج بمفهوم المخالفة، فالاستنتاج بمفهوم الموافقة هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم المفهومة بطريقة اللغة، كنص المادة (709) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التي تقضي (إذا صالح المدعي خصمه على بعض المدعى به، كان هذا أخذاً لبعض حقه وإسقاطاً لباقيه)، يبدل النص بعبارته على جواز الصلح بين المتخاصمين وللمدعي أن يصلح خصمه على بعض المدعى به، وبذلك يكون قد أستوفى بعض حقه وتنازل عن الباقي، ويبدل النص بدلالته (مفهوم الموافقة) على أنه إذا تصالح مع خصمه على كل حقه يكون قد أستوفاه من باب أولى دون حاجة إلى نص خاص بشأنه بل يكفي أحكام الوفاء. د. هادي محمد عبد الله، دلالة النصوص على الأحكام، دراسة مقارنة في ضوء المادة الأولى من القانون المدني العراقي، مجلة جامعة السليمانية، الجزء الثاني، العلوم الإنسانية، العدد (26)، تموز 2009، ص 232، ينظر أيضاً محمد زكريا اليرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 376. أما الاستنتاج من باب أولى، هو قياس تكون علة الحكم في المقيس أقوى منها في المقيس عليه، لذلك يقال أن حكم الأصل ثابت للفرع من باب أولى، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج 1، ط 10، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، 2002، ص 126، فعدم جواز محاكمة الشخص عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه الوارد في المادة 40 من دستور 2005 ينسحب على الشخص الذي سبقت محاكمته عن التهمة ذاتها وان لم يرد ذلك في الدستور، كون علة الحكم - سبق إجراء المحاكمة - متوافرة حالتيه.

أما الاستنتاج بمفهوم المخالفة، فهو إثبات نقيض الحكم المنطوق للمسكوت، ويسمى دليل الخطاب لان دليله من جنس الخطاب او لان الخطاب دال عليه، أو هو انتفاء حكم المنطوق به عما عداه، د. محمد حسان عوض، مفهوم المخالفة (واثره في اختلاف الفقهاء)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الأول، 2008، ص 582، فالمادة (1/129) من القانون المدني العراقي تنص على (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة) فتدل بمنطوقها دلالة مطابقة على جواز كون محل الالتزام معدوماً حين انشاء العقد إذا توفر القيدان المذكوران (امكان الحصول والتعيين النافي للجهالة)، وتدل بمفهومها المخالف دلالة التزامية عقلية على عدم جواز ذلك إذا تخلف احد القيدين أو كلاهما. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، 1986، ص 18.

4- عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، طبعة سنة 1938، ص 164.

5 - Michel Troper, La motivation des décisions constitutionnelles, in La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, 1978, p.287.

الحقوقية بقدر ما تعود إلى علم التصرف والسلوك، فطبقاً لهذه النظرية المعروفة بالقياس الثانوي، كل تفسير هو نتاج قياس منطلقه الأساسي قاعدة تفسير.

ويبدو للوهلة الأولى أن التفكير القانوني يرتكز على قياس مزدوج، الأول هو المنطلق الأساسي وهو القاعدة الحقوقية المطبقة، أما الثاني أي الفرعي، فهو الوضعية المطروحة على المفسر، والاستنتاج هو التفسير.

المطلب الثالث: عدم دستورية قانون تحديد مدة ولاية رئيس مجلس الوزراء رقم (8) لسنة 2013:

النصوص القانونية مجموعة ألفاظ والألفاظ وسيلة انتقال الصورة الذهنية وتداولها عند التطبيق بين المخاطبين بها، تتضمن معانٍ، مما يتطلب من دارس القانون أو مطبقه، بعضاً من المعرفة في فهم علاقة الألفاظ بالمعاني، وعلاقة المعاني بعضها ببعض على وجه ما يفيد من حكم قانوني، لأجل ذلك، حينما يقال، مدلول اللفظ، فالمراد به هو الوجود الخارجي الذي يدل عليه اللفظ، والصورة الذهنية التي يدل عليها اللفظ تسمى (مفهوماً) والأشياء بمسمياتها الموجودة خارج الذهن التي تنطبق عليها الصورة الذهنية تسمى (مدلولاً)¹.

تتضح حقيقة النص القانوني والدلالة عليه وأثرهما في إثبات الأحكام القانونية، من خلال أن النص هو اللفظ الذي يفهم منه معنى عند النطق به²، أما عن دلالة النصوص على الأحكام فقد تكون دلالتها قطعية أو ظنية، وحقيقة الدلالة وأثرها في إثبات الأحكام، باختلاف فهم دلالات الألفاظ على معانيها ومدى وضوحها، حيث أن النصوص تتفاوت في وضوحها من حيث الدلالة، فالعديد من النصوص القانونية لا بد من إمعان النظر فيها وفي مدلولاتها للوصول إلى الحكم، كما قد تدل الأحكام الصريحة تدل عليها من خلال الألفاظ، ولكن الألفاظ قد تدل على معانٍ أخرى غير صريحة، تفهم بطريقة الدلالة، كما أن للدلالة بشكل عام أثر في إثبات الأحكام. إذن فهم الأحكام من النصوص يحتاج إلى مراعاة طرق الأدلة، فهناك اللفظ واضح الدلالة وهناك اللفظ مبهم الدلالة، نص المشرع العراقي في المادة الأولى من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 على العمل بما يدل عليه النص بعبارة، وإشارته، واقتضائه ومفهومه، عندما قررت الفقرة (1) من المادة أعلاه بأن (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناو لها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها)، وأكدت المادة الثانية من ذات القانون بأن (لامساغ للاجتهاد في مورد النص). قاعدة المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقيد نص أو دلالة³، تتضح من خلال أن دلالة اللفظ المطلق تدل على الحقيقة من حيث هي، وأنه لفظ غير مقيد بأي قيد.

الأصل إن اللفظ المطلق إذا ورد في نص من النصوص، ولم يرد ما يقيد فان يبقى على إطلاقه ويعمل به كما ورد، ولا يجوز تقييده بشئ حتى يرد ما يقيد، فيكون المقيد صارفاً له عن معناه المتبادر ابتداءً.

المقيد دلالة اللفظ على الماهية مقيدة بقيد ما يقلل من شيوعتها، أو على مدلول معين، بمعنى آخر المقيد ما كان من الألفاظ الدالة على مدلول معين، أو ما كان من الأوصاف دالاً على وصف مدلوله المطلق بصفة زائدة عليه، فالتقييد هو

1- د. هادي محمد عبد الله، دلالة النصوص على الأحكام، مصدر سابق، ص 221.

2- د. السيد صالح عوض، دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الطباعة المحمدية، 1980، ص 141.

3- جرى التنصيص على هذه القاعدة الفقهية في المادة 160 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

قصر الحكم على نوع معين من أفراد المطلق، كما لا يتعارض حكم المقيّد وحكم المطلق، بل يحمل المطلق على المقيّد بشروط معينة¹، إذا ورد نص مقيّد لنص آخر، فالأصل أن يعمل به على تقييده إلا إذا قام دليل على إلغاء هذا القيد.

المعنى الإجمالي للقاعدة، أن اللفظ إذا ورد مطلقاً فالأصل أن يبقى على إطلاقه كما ورد، ولا يقيد بأي قيد معين أو وصف معين، حتى يأتينا دليل يدل على التقييد، وهذا التقييد إما أن يكون جاء بالنص أو بالدلالة²، ذلك أن النصوص القانونية وضعت للإفهام، وكل لفظ من ألفاظها يدل على معنى محدد غالباً، فإن كان اللفظ يدل على العموم فيفهم منه العموم، وإن كان يدل على الإطلاق فكذلك، وهكذا، وعليه لا يقبل فهم لفظ على غير ما وضع له إلا بقريّة، حيث إن الإطلاق يبقى على إطلاقه إلا إذا قيد بقيد من نص أو دلالة³، والتقييد بالنص يكون بلفظ خاص مثل التقييد بصفة أو بلحال أو بالإضافة أو بالنهي أو بالشرط أو بالاستثناء، ومثال التقييد بالنص بالشرط نص البند (أولاً) من المادة (72) من الدستور (تحدد ولاية رئيس الجمهورية بأربع سنوات، ويجوز إعادة انتخابه لولاية ثانية فحسب). فالمطلق والمقيّد قطعان في مدلوليهما، ومعنى القطعية هنا عدم قيام احتمال ناشئ عن دليل، لا عدم الاحتمال مطلقاً، فإذا ورد لفظ مطلق وجب العمل به على إطلاقه إلا أن يقوم دليل يصرفه عن هذا الإطلاق، وإذا ورد لفظ مقيّد وجب العمل به بقيدته إلا أن يقوم دليل على أن القيد غير معتبر⁴، وهذا ما نستنتجه من نص المادة (76) من الدستور التي جاءت بصيغة المطلق القطعي الدلالة، بمعنى لا يوجد دليل يصرف النص عن الإطلاق، بخلاف دلالة نص المادة (72) من الدستور التي وردت بصيغة المقيّد المعتبر، ولا وجه للربط بين المادتين الدستوريّتين أعلاه لُبعد الشقة بين حكمي المادتين واختلافهما نطاقاً وأثراً.

عند الاستدلال بإشارة النص في تفسير النصوص القانونية يجب الاقتصار على أن يكون نص المعنى أو المعاني المستفاد بواسطتها لازمة لزوماً حتمياً، لأن المعنى اللازم هو الذي يكون النص دالاً عليه، فلا يجوز تحميل النص ما لا يتحمّله من معانٍ بعيدة لا تلازم بينها وبين المعنى المعياري للنص⁵.

وعند هذه الجزئية بقراءة نصوص القانون رقم 8 لسنة 2013 قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء، فإن الذي يهمننا في هذا المطلب هو تحديد ولاية رئيس مجلس الوزراء من دون أن ينسحب ذلك على أحكام تحديد ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب، وإن كان تحديد ولاية الأول أي رئيس الجمهورية قد تناوله المشرع الدستوري بالتنظيم في المادة (72) من الدستور، من دون حاجة إلى تنظيمه من قبل المشرع العادي، أما الثاني تحديد ولاية رئيس مجلس النواب، فإن الأحكام الخاصة بهذا المطلب بعدم دستورية قانون تحديد ولاية رئيس مجلس الوزراء تؤكد توافر مناط العلة مما يفرض عدم المغايرة في الحكم بالنسبة لكليهما أي رئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب.

1- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، تحقيق د. سيد الحميلي، الطبعة الأولى، 1984، ص 124.

2- محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2006، ص 27.

3- نادية حسين الغول، قاعدة المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية - غزة، 2011، ص 55.

4- إبراهيم بن عبد الله بن محمد آل إبراهيم، الدليل الشرعي بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، 1979، ص 70.

5- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، 1979، ص 513.

إن استدعاء نص المادة (77)¹ من الدستور وربطها حكماً بالمادة (68)² والبند (أولاً) من المادة (72)³ من الدستور للتدليل على دستورية تحديد ولاية رئيس الوزراء مما يصعب مسيرته ويحتاج إلى إيضاح لغموض يعتريه، فالمادة (68) من الدستور حددت شروط المرشح لرئاسة الجمهورية، بينما قيد البند (أولاً) من المادة (72) من الدستور مدة ولاية رئيس الجمهورية بأربع سنوات مع جواز انتخابه مرة ثانية فحسب، بمعنى آخر نظمت المادة (72) عدد المرات التي يسمح للفرد بتسليم منصب رئيس الجمهورية، ولا وجه للربط بين المادتين لبعدها الشقة بين حكميهما واختلافهما نطاقاً وأثراً، فحكم المادة (68) سابقة على منع تعدد الولايات⁴ لأكثر من مرتين بينما حكم المادة (72) لاحقة بعد توافر شروط الترشيح لرئاسة الجمهورية حيث تكون مانعة من الترشيح، فقد تتوافر في المرشح الرئاسي الشروط المنصوص عليها دستورياً وقانونياً⁵، لكن يمنع انتخابه دستورياً لأكثر من ولايتين.

نقرأ للمحكمة الاتحادية العليا في قرار لها بشأن الطعن المقدم بعدم دستورية القانون رقم 8 لسنة 2013 (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة وجد أن رئيس مجلس الوزراء/إضافة لوظيفته أقام هذه الدعوى وطعن فيها بعدم دستورية قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وذلك لمخالفته للدستور وما أستقر عليه القضاء الدستوري في العراق، وتبين للمحكمة من الاطلاع عليه بأن المدعى عليه / إضافة لوظيفته قد قام بتشريع القانون محل الطعن وهو (قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء رقم (8) لسنة 2013 وقد تم نشره في جريدة الوقائع العراقية بعدد المرقمة (4273) في 2013/4/8 وأصبح نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بموجب المادة (8) منه وقد حدد فيه مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وقد تبين للمحكمة من أقوال وكيل المدعى عليه المقدمة الى هذه المحكمة من قبل وكيله القانوني بأن أصل القانون محل الطعن هو مقترح قانون وليس مشروع قانون وقد قدم من أعضاء في مجلس النواب لتشريعه وأن مجلس النواب قام بتشريعه بعدد (8) لسنة 2013 ولم يتم أعداد هذا المشروع من قبل السلطة التنفيذية كما رسمته المادة (60/أولاً) من الدستور التي تقضي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس

1- البند (أولاً) من المادة (77) من الدستور تنص على (يشترط في رئيس مجلس الوزراء ما يشترط في رئيس الجمهورية، وان يكون حائزاً الشهادة الجامعية أو ما يعادلها واتم الخامسة والثلاثين سنة من عمره).

2- المادة (68) من الدستور تقضي بأنه (يشترط في المرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون: أولاً: عراقياً بالولادة ومن أبوين عراقيين).

ثانياً: كامل الأهلية وأتم الأربعين سنة من عمره. ثالثاً: ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية ومشهوداً له بالزاهة والاستقامة والعدالة والإخلاص للوطن. رابعاً: غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف).

3- يقرر البند (أولاً) من المادة (72) (تحدد ولاية رئيس الجمهورية بأربع سنوات، ويجوز إعادة انتخابه لولاية ثانية فحسب).

4- الولاية لغة، الولي الذي يلي عليك أمرك، وكل من قام أمراً أو قام به فهو مولاه ووليّه، وقد تختلف مصادر هذه الأسماء فالولاية بالكسر الإمارة، والولاية بمفهومها العام والمتعلق بممارسة السلطة العامة، صلاحية الشخص في القيام ببعض الاختصاصات الممنوحة له قانوناً، والسلطة العامة هي ولاية الأمر والنهي. ينظر، د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، 1995، بغداد، ص 230.

5- ويُستطاع القول، أن المشرع العادي ميز في القانون رقم 8 لسنة 2012 (قانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية) في المادتين (1) و(11) منه بين شروط الترشيح وشروط الولاية الرئاسية، فالمادة (1) حددت شروط الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية، بينما المادة (11) نصت على تحديد ولاية رئيس الجمهورية ب 4 سنوات تبدأ من تاريخ أدائه اليمين الدستورية ويجوز إعادة انتخابه مرة واحدة فقط.

الجمهورية ومجلس الوزراء) وأن مقترح القانون لم يتم إرساله إلى السلطة التنفيذية (رئاسة الجمهورية أو مجلس الوزراء) من قبل مجلس النواب وحسب توجه المحكمة الاتحادية العليا الوارد في الأحكام الصادرة عنها في عديد من الدعاوى منها الدعوى المرقمة (43/اتحادية/2010) و (44/اتحادية/2010) بموجب إرسال مقترحات القوانين التي تقدم من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى لجانه المختصة إلى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء) مصدره الأحكام الواردة في المادتين (60/أولاً و 80/أولاً و ثانياً) من الدستور إذ أن تطبيق أحكام هاتين المادتين ليس هدفه الحيلولة بين مجلس النواب وحقه الأصيل في تشريع القوانين لأن ذلك من صلب اختصاصاته المنصوص عليها في المادة (61/أولاً) من الدستور، وإنما لكي تأخذ (مقترحات القوانين) سياقاتها الدستورية في مجالس التشريع بأن تصاغ بصيغة (مشاريع قوانين) بالتنسيق مع السلطة التنفيذية التي أنطت بها المادة (80/أولاً) من الدستور مهام (تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة) وإن تنفيذ هذه المهام يلزم أن ترسل (مقترحات القوانين إلى السلطة التنفيذية لدراستها وجعلها على شكل مشاريع قوانين إذا كانت لا تتقاطع مع الأحكام الدستورية والقوانين ومنسجمة مع السياسة العامة للدولة ومع الخطط المعدة في المجالات كافة ومنها المجالات السياسية والاجتماعية والمالية وذلك وفق السياقات المحددة لإعداد مشاريع القوانين .. وحيث أن القانون رقم (8) لسنة 2013 قد شرع دون أتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه فإنه جاء مخالفاً للدستور لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستوريته وإلغائه¹. يلوح من قرار المحكمة الاتحادية أعلاه، أنها عندما تجيل ببصرها إلى موضوع الدعوى، تقوم بمطابقة النصوص التشريعية لأحكام الدستور من عدمها، والتي تكون رهناً ببراءتها مما قد يشوبها من مثالب دستورية، سواء في ذلك تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور، أم تلك التي يكون مبنائها مخالفة لقواعد موضوعية.

فيما يخص المخالفة الشكلية للدستور والمتمثلة في الخروج على قواعد الاختصاص، أو مخالفة قواعد الشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور لكي يكون القانون صحيحاً، وفحوى المخالفة الشكلية التي تتمثل بمخالفة الشكل الواجب إتباعه، فالتشريع يمر بمراحل متعددة، وتترتب على عدم إستيفائه للإجراءات الشكلية التي يوجب الدستور إتباعها في إصداره أن يصير باطلاً متعيناً إلغاؤه على الواقعة المعروضة، ومن أمثلة المخالفات الشكلية أن يصدر القانون من دون حضور الأغلبية المقررة لاعتبار اجتماع المجلس صحيحاً، أو من دون موافقة الأغلبية البرلمانية المحددة دستورياً، أو من دون تصديق رئيس الجمهورية في الأحوال التي يوجب فيها الدستور ذلك، ويلاحظ إن قواعد الشكل والإجراءات المصاحبة لعملية التشريع قد ترد في الدستور نفسه²، كما أنها ترد في اللوائح الداخلية للبرلمان، لذا يرى بعض الفقه³، أن العيب الشكلي يمكن أن يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية المتصلة باقتراح التشريع، أو إقراره، أو إصداره، سواء كانت تلك القواعد قد وردت في الدستور أو في اللوائح الداخلية للبرلمان .

1- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 64/اتحادية/2013 في 2013/8/26، مشار للقرار في موقع المحكمة

http://iraqfsc.ig/ar/Rulings_Verdicts-ar

2- محمد عباس محسن ،اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق ، (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة النهرين ، 2009، ص 144.

3- د.عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة ، انون الثاني ، 1952 ، ص 30.

وقد أسست المحكمة الاتحادية العليا مبدئها القانوني بإلغاء القانون الطعين رقم 8 لسنة 2013 على مخالفته للقواعد الشكلية من دون الولوج في النظر بالمخالفات الموضوعية لأحكام الدستور التي تتجسد في أن النص الدستوري (المادة 76) جاء مطلق ولا يمكن عدم إعمال الإطلاق إلا أن يقوم دليل يصرفه عن هذا الإطلاق بالنص أو بالدلالة، بخلاف نص المادة (72) من الدستور التي جاءت مقيدة .

الخاتمة :

بعد أن نفذت كلماتنا في هذا البحث وعسى أن يكون قولنا حق، نود أن نبين من باب التأكيد وليس التكرار بأنه جرى التنصيب دستورياً على تحديد عدد ولاية رئيس الجمهورية وسكت عن ولايتي رئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب، ولم ينص على أن مدة هاتين الولايتين تنظمان بقانون، وبذلك يكون الجواز هو الأصل، بمعنى أنه طالما أن الدستور حدد ولايات رئيس الجمهورية فقط ولم يحدد ولايات رئيس الوزراء فهذا يعني ان الدستور أطلق تجديد الولايات لرئيس الوزراء ولم يحددها أو يقيدتها.

إن تحديد من يتولى منصب رئيس مجلس الوزراء بحسب النظام السياسي العراقي، أمر يعود إلى الناخبين من خلال الكتلة البرلمانية الأكبر فقد أعطى الدستور الكتلة البرلمانية الأكبر الحق بترشيح من يتولى هذا المنصب .

إن تحديد ولاية رئيس الوزراء بدورتين انتخابيتين فقط لا قيمة له من الناحية الدستورية طالما انه يصدر بقانون من مجلس النواب، فإذا اتجهت إرادة الرأي العام أو السلطات الى تحديد ولاية رئيس الوزراء بدورتين فقط فإن الموضوع يتطلب تعديل دستوري لأن الدستور لا يمكن تعديله من قبل مجلس النواب فحسب ، وليس معنى ذلك إننا نبتدع هذا الرأي بلا رافد نعتمد عليه، فالأنظمة البرلمانية في إنكلترا وكندا وأستراليا تُعزز ما ذهبنا إليه من عدم تقييد حد زمني لولاية رئيس الوزراء.

وأياً ما كانت الأشكال ومهما اختلفت الصيغ، فلا مراء إن النظام الدستوري العراقي تضمن بعض الثغرات في الموضوع بعمومه، حيث يتبنى أهم المبادئ المعروفة في النظام البرلماني، وبكل تأكيد فإن التجربة والممارسة العملية كفيلتان باكتشاف المزيد من النقائص وبالتالي اقتراح المزيد من الحلول من أجل تطوير التجربة البرلمانية في العراق .

المصادر :

أولاً : باللغة العربية :

أ- الكتب :

1- د.احمد حامد الأفندي،النظم الحكومية المقارنة،وكالة المطبوعات بالكويت،1972.

2- د.السيد صالح عوض،دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين،الطبعة

الأولى،القاهرة،1980.

3- د.السيد صبري،حكومة الوزارة،بحث تحليلي لنشأة وتطور النظام البرلماني في انكلترا،المطبعة العالمية بمصر،1953.

4- د.السيد صالح عوض،دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين،الطبعة الأولى،القاهرة،دار الطباعة الحمديّة،1980.

- 5- د.عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيرة الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد.
- 6- د.عصام سليمان، تفسير الدستور، المجلس الدستوري، الكتاب السنوي 2009 - 2010، المجلد الرابع، 2010، بيروت.
- 7- عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، طبعة سنة 1938.
- 8- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي، بيروت، تحقيق د.سيد الحمبلي، الطبعة الأولى، 1984.
- 9- د.رعد ناجي الجدة، التطورات الدستورية في العراق، بغداد، بيت الحكمة، 2004.
- 10- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، 1985، 2.
- 11- محمد الخضري، أصول الفقه، الطبعة السادسة، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1969.
- 12- محمد عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2006.
- 13- محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة.
- 14- د.محمد فتح الله الخطيب، دراسات في الحكومات المقارنة، دار النهضة العربية، 1966.
- 15- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، 1979.
- 16- د.مصطفى ابراهيم الزلي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج 1، ط 10، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، 2002.
- 17- د.مصطفى إبراهيم الزلي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، 1986.
- 18- ديجيبي الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار الشروق.

ب - البحوث والمقالات :

- 1- د.عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، كانون الثاني، 1952.
- 2- د.علي هادي عطية الهلالي، غموض النصوص الدستورية، دراسة تحليلية في ضوء نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ، مجلة جامعة ذي قار، العدد 3، المجلد 2، كانون الأول، 2006.
- 3- د.محمد حسان عوض، مفهوم المخالفة (وأثره في اختلاف الفقهاء)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الأول، 2008.

4- دهادي محمد عبد الله، دلالة النصوص على الأحكام، دراسة مقارنة في ضوء المادة الأولى من القانون المدني العراقي، مجلة جامعة السليمانية، الجزء الثاني، العلوم الإنسانية، العدد (26)، تموز 2009.

ج- الرسائل والأطاريح الجامعية :

1- إبراهيم بن عبد الله بن محمد آل إبراهيم، الدليل الشرعي بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، 1979. 2- نادية حسين الغول، قاعدة المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية - غزة، 2011.

3- محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق ، (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهدين، 2009.

4- محمد قدري حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.

المعاجم :

د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، 1995، بغداد.

هـ - الدساتير والقوانين والأنظمة:

1- القانون الأساسي العراقي 21 آذار. 1925.

2- دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

3- دستور 27 تموز 1958 المؤقت.

4- دستور 4 نيسان 1963 (قانون المجلس الوطني رقم 25 لسنة 1963) .

5- دستور 22 نيسان 1964 (قانون المجلس الوطني رقم 61 لسنة 1964) .

6- دستور 29 نيسان 1964 المؤقت.

7- دستور أيلول 1968 .

8- دستور 16 تموز 1970 المؤقت.

9- القانون رقم 8 لسنة 2012 (قانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية).

10 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

و - المواقع الالكترونية :

موقع المحكمة الاتحادية العليا في العراق : <http://iraqfsc.iq/ar/node/482>

- 1- Georges Vedel ,Place de la Déclaration de 1789 dans le 'bloc de constitutionnalité ,La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989.
- 2- Karl-Peter Sommermann, Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel – Normativité, in: Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. XVII (2001), Aix-en-Provence 2002.
- 3- Michel Troper, Interprétation , Denis Allande et Stéphane Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF / Lamy, coll. ,Quadrige , Paris, 2003.
- 4- Michel Troper, La motivation des décisions constitutionnelles, in La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, 1978.
- 5- Yann Aguila, Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, Revue française de droit constitutionnel, no 21, janvier 1995.

حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد خلف بني سلامة
أستاذ الفقه وأصوله المشارك قسم الفقه وأصوله
كلية الشريعة والقانون جامعة العلوم الإسلامية العالمية – الأردن
Email : MohadBanisalameh@yahoo.com

الملخص :

خلق الله عز وجل البشر، واستخلفهم في الأرض لعمارته ويرتبط الاستخلاف والعمارة بقيام حياة الإنسان وترتبط حياة الإنسان بإشباع حاجاته وتوفيرها، لذا حرص الإسلام على حماية المستهلك من خلال ضوابط وتوجيهات سامية جاءت في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ، وقد اتضحت النظرة الإسلامية لمفهوم الاستهلاك وحماية المستهلك من خلال النظرة المميزة لطلب الحلال والابتعاد عن الحرام، وهذا ما يميز النظرة الإسلامية عن غيرها من الأنظمة الوضعية، فهناك بعض السلع والخدمات والمنافع المعتبرة في الاقتصاد الوضعي لا أساس لها في الإسلام لمخالفتها القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية وحرصت الشريعة الإسلامية على حماية المستهلك من نفسه ومن المنتج والتاجر والإجراءات الخاطئة الحكومية من خلال ضوابط واضحة بينتها الشريعة السمحة.

وعليه فإن هذه الدراسة تهدف إلى الوقوف على حقوق المستهلك في الشريعة الإسلامية وكيف ضمنت الشريعة حقوق الإنسان وخلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات منها تفعيل نظام الحسبة وغرس الوعي في المجتمع من خلال الوسائل المختلفة وتأسيس الفرق الرقابية في مختلف المؤسسات ويوصي الباحث بضرورة تشكيل جمعيات لحماية المستهلك وتمكينها من الدفاع عن حقوق المستهلك ضد كل من يجحف بحق المستهلك.

المقدمة :

في خضم الحياة اليومية التي يعيشها الناس يجد الإنسان صعوبات جمة من أهمها أزمة الاستهلاك، وكثرة المتطلبات اليومية، ومع تدني دخل الفرد فإن هناك العديد من الأسر التي لا تجد قوت يومها، فما هو الحل في ظل هذه الظروف ؟

قطعاً لا بد من الرجوع إلى القيم الإسلامية التي جاء بها ديننا الحنيف، والإسلام دين شامل ومنهج حياة شريعة وعقيدة. يوازن الإسلام بين متطلبات الروح والجسد يربط الدنيا بالآخرة، وجاءت الشريعة الإسلامية بمجموعة من المبادئ والأحكام التي تنظم حياة المسلم، ومن الجهل بمكان القول بأن الإسلام لم يقدم للعالم حلاً ونظريات اقتصادية متكاملة تكفل للمجتمعات الحياة الآمنة والمستقرة، فقد تمكن الإسلام من بناء حضارة إسلامية عظيمة امتدت إلى أقصى الدنيا، ومن أبرز دعائمها النظام الاقتصادي المتميز الذي يعتمد على السوق الحرة الخالية من كل ما هو محرم وخبيث ويعمل على تحقيق التنمية في المجتمع. وقد كان للتاجر المسلم الدور الأبرز في نشر الإسلام في دول إفريقيا وجنوب شرق آسيا من خلال أخلاق التجار والقيم الإيمانية التي يمتلكها التاجر، فكان الصدق حديثه والأمانة سلوكه. وعليه فقد وضعت الشريعة الإسلامية الدستور الكامل لحماية المستهلك والذي يبنى عليه تحقيق الخير والسعادة للمجتمع ككل. ومن هنا جاء هذا البحث والذي تناولت فيه دور الشريعة الإسلامية في حماية المستهلك. فالمستهلك هو أساس المجتمع، وقد جاءت هذه الدراسة على النحو الآتي :

المقدمة.

التمهيد : التعريف بالمستهلك.

المبحث الأول : طبيعة الأسواق الإسلامية ومبدأ حرية التجارة والمنافسة المشروعة.

المطلب الأول : طبيعة الأسواق الإسلامية

المطلب الثاني : الضوابط الشرعية للأسواق الإسلامية.

المبحث الثاني : حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول : تحديد ماهية حماية المستهلك.

المطلب الثاني : الضوابط الإيمانية لأزمة الاستهلاك.

المطلب الثالث : التدابير الإسلامية لحماية المستهلك.

المطلب الرابع : تطبيقات عملية لحماية الشريعة الإسلامية للمستهلك.

المطلب الخامس : وسائل حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

الخاتمة والتوصيات.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

التمهيد: التعريف بالمستهلك:

جاء في القاموس المحيط: إن المستهلك أو المهلك هو (الذي ليس له هم إلا أن يتضيفه الناس، يظل نهاره فإذا جاء الليل أسرع إلى من يكفله خوف الهلاك لا يتمالك دونه)⁽¹⁾ والمستهلك من الناحية الفقهية: (هو كل من يؤول إليه الشيء بطريق الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال)⁽²⁾، والمستهلك بالمعنى الاقتصادي (هو تدمير أو هلاك السلع والخدمات المنتجة وذلك عن طريق الاستعمال)⁽³⁾. والمستهلك: هو الشخص الذي يستعمل المنتجات لإشباع الحاجات الإنسانية لديه سواء كان المنتج المستعمل مما يفنى باستعمال واحد كالمشروب والمأكول... الخ. أو مما لا يفنى إلا باستعمالات متعددة كوسائل النقل والملابس... الخ. وعليه فإن الشخص الذي يقتني هذه السلع والخدمات من أجل إشباع حاجاته وتحقيق أغراضه المشروعة هو مستهلك.

وقد عرّف القانون المستهلك بأنه (كل شخص يتعاقد على مال أو خدمة بغرض استخدامهما أو أحدهما في متطلباته الشخصية ومستلزماته المهنية)⁽⁴⁾. وقد ذهب اتجاه قانوني آخر في تعريف المستهلك بأنه (كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية)⁽⁵⁾.

وعليه فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن مصطلح المستهلك هنا يخص الأشخاص الذين يتعاقدون على شراء المواد الاستهلاكية لأغراض مهنيهم وصناعاتهم وحرفهم.

ومصطلح حماية المستهلك مصطلح حديث نسبياً دعت لظهوره العديد من الأسباب منها، زيادة إنتاج المواد الاستهلاكية، وزيادة الاستهلاك والدعاية المكثفة للمنتجات الاستهلاكية. والمخاطر التي قد ترافق الإنتاج والصناعة والاستهلاك مما دفع إلى ظهور هذا المصطلح وما رافق هذا المصطلح بعد ذلك من سن للقوانين والتشريعات⁽⁶⁾.

(1) أبادي، الفيروز، محمد بن يعقوب مجد الدين: القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، 3/335.

(2) الشرنباصي، رمضان السيد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص25.

(3) البراوي، راشد: الموسوعة الاقتصادية، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسب، 1998، ص10.

(4) عمران، السيد محمد السيد: حماية المستهلك إثناء تكوين العقد مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة، منشأة المعارف، 2008، ص1-5.

(5) المرجع السابق نفسه، ص7 وجميبي، حسن عبد الباسط: حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ط1، 1996، ص7.

(6) عمران، السيد محمد السيد: حماية المستهلك إثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص5.

المبحث الأول: طبيعة الأسواق الإسلامية ومبدأ حرية التجارة والمنافسة المشروعة.

من المسائل التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية مسائل الملكية الخاصة للمال خاصة وان المال⁽¹⁾ من أهم ضروريات الحياة, قال تعالى (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) (الكهف: 46).
فمن أقوى غرائز الإنسان غريزة حب التملك يقول (ص) (يهرم ابن آدم وتشيب منه اثنتان الحرص على المال والحرص على العمر).⁽²⁾

وقد حرص الإسلام على رعاية المال انطلاقاً من أهميته في حياة الإنسان وهو من المقاصد الشرعية دعت الشريعة لحمايته وقد بين الله عز وجل من خلال كتابه العزيز, على انه خالق ومالك لهذا الكون قال تعالى: (تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) (الملك: 1).

وقال تعالى: (قُلْ لِمَنْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ) (الأنعام: 12). وحث الإسلام على العمل وطلب من الإنسان الكسب الحلال واعتبره فريضة شرعية وواجباً⁽³⁾ دينياً لقوله تعالى: (وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ) (التوبة: 105).

ومن الأعمال المشروعة التجارة, والتجارة هي: (محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء)⁽⁴⁾. فهي إذاً, كسب للمال عن طريق البيع والشراء والفرق بين ما يباع ويشترى, هو: الربح وهو من أسباب الكسب الطيب الذي طلبه ودعا إليه الإسلام⁽⁵⁾.

وقد ثبتت مشروعة التجارة في كتاب الله وسنة نبيه محمد (ص), قال تعالى: (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (الجمعة: 10).

وفي هذا رخصة من الله تعالى الذي بيده مفاتيح خزائن الدنيا والآخرة⁽⁶⁾. وفي الآية (فانتشروا في الأرض) (الجمعة: 10), صيغة الأمر بمعنى الإباحة وغير ذلك الكثير من الآيات الدالة على مشروعية التجارة والكسب الحلال منها, (الآية 20 من سورة المزمل, 29 من سورة النساء وقوله (ص) (والذي نفسي بيده لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره خير له من أن يأتي رجلاً أعطاه الله من فضله فيسأله أعطاه أو منعه)⁽⁷⁾. وفي هذا الحديث دليل على أهميه التجارة والكسب المشروع والسعي من اجله.

وكان (ص) يعمل قبل البعثة في التجارة بأموال أم المؤمنين خديجة رضي الله عنها.⁽⁸⁾

وقد قامت التجارة في الإسلام على مجموعة من الأسس والمبادئ منها:-

1- إن الإنسان مستخلف في مال الله.

2- آداب التجارة وتنظيم السوق.

(1) المال هو كل ما يقبل الملك سواء كان عيباً أو منفعة الفيروز آبادي, مرجع سابق, 4/35.

(2) مسلم بن حجاج: صحيح مسلم, تحقيق نظر بن محمد الفاريابي, دار طيبة, 2006, 9/3.

(3) المبارك, محمد: نظام الإسلام, الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة, دار الفكر, 1972, ص23.

(4) ابن خلدون, عبد الرحمن, مقدمة ابن خلدون, مكتبة لبنان, ص447.

(5) أبو زهرة, محمد: موسوعة الفقه الإسلامي, مطبعة مخيمر, القاهرة, 31/2.

(6) الطبري, محمد بن جرير: جامع البيان عن تأويل اي القرآن (تفسير الطبري) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي, دار هجر للطباعة, 23/385.

(7) البخاري, محمد بن إسماعيل أبو عبد الله: صحيح البخاري, دار ابن كثير, دمشق, 2002, 535/2 حديث رقم 1401

(8) موسوعة الفقه الإسلامي, مرجع سابق, 301/2.

3- صفات التاجر.

المطلب الأول: - طبيعة الأسواق الإسلامية.

لقد اهتم الإسلام بتنظيم الأسواق ومراقبتها وكان من أبرز مبادئ هذا التنظيم والرقابة إنشاء ما يعرف بنظام الحسبة قال تعالى: (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ) (آل عمران: 104).

فهذا النظام الاقتصادي يقوم على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽¹⁾ وكان (ص) يقوم بهذه المهمة فقد قام بمراقبه الأسواق بنفسه ويحث التجار على الصلح وينهاهم عن اللغو وكان (ص) يقول (يا معشر التجار... إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبر وصدق)⁽²⁾.

وعلى ذلك فطبيعة الأسواق الإسلامية أسواق حرة لا احتكار فيها لأن الاحتكار جريمة اقتصادية يقول (ص) (من احتكر حكره يريد أن يغلي بها على المسلمين إلا خاطئ)⁽³⁾.
كما منع الغش في البيع والغش، هو الإضرار بالآخرين يقول تعالى (إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) (النحل: 116) ويقول p (ليس منا من غش)⁽⁴⁾.

وحرية الأسواق الإسلامية منظمة ومقيدة بقواعد الشريعة الإسلامية فلا سلع محرمة فيها. كما بينت طبيعة الأسواق الإسلامية آداب تداول السلع يقول (ص) (لا يسوم المسلم على سوم أخيه)⁽⁵⁾، وبالتالي تخضع هذه الأسواق للرقابة الرسمية في الدولة.

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية للأسواق الإسلامية.

لقد وضعت الشريعة الإسلامية الضوابط العقدية والقانونية التي تعمل على حماية الثقة والتوازن بين طرفي معادلة التداول وتعمل على إقامة العدل بين أفراد المجتمع واستقرار المعاملات التجارية وتحقيق المنافسة المشروعة ومنها:-

أولاً:- منع الغش في البيع: وفي منع الغش إشاعة لروح الثقة في صدور الناس ومنع إلحاق الضرر بالمجتمع يقول تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) (يونس: 116).

ومن صور الغش المنهي عنها:

1. التبخيس في الميزان قال تعالى: (وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ) (2) وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ) (المطففين: 1-3).

وهنا زجر من الله عز وجل عن التطفيف في المكيال وهو البنخس على سبيل الخفية⁽⁶⁾، والنهي الوارد في الآية للذين ينقصون الناس ويبخسونهم حقوقهم في المكيال⁽⁷⁾.

(1) مقدمة ابن خلدون، مرجع سابق، ص 283.

(2) ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، 455/6 حديث رقم 2229.

(3) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث 217/7/986.

(4) ابن حنبل، أحمد: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد معبد عبد الكريم، طبعه المكنز، 242/2، حديث رقم 2229.

(5) فتح الباري، مرجع سابق، 110/8.

(6) ابن كثير، إسماعيل بن عمر دمشقي أبو الفداء عماد الدين: تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، مجموعة من المحققين، مؤسسة قرطبة، 2000،

246/8.

(7) الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان عن تأويل إي القرآن (تفسير الطبري) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة، 277/24.

ويقول تعالى: (فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ) (الأعراف:85) أي لا تخونوا الناس في أموالهم⁽¹⁾.

ولقد أورد القرآن العظيم الكثير من الآيات الدالة على الوفاء بالميزان ومن السنة النبوية قوله (ص): (رحم الله عبداً سمحاً إذا باع وسمحاً إذا اشترى وسمحاً إذا اقتضى)⁽²⁾.

2. كتمان عيب المبيع وهو العمل على إخفاء عيب السلعة من أجل بيعها مع ما فيها من العيوب، فعلى التاجر أن يعمل على إظهار عيوب السلع وذلك من باب النصيحة الواجبة على المسلم للمسلم⁽³⁾.

فمن أبي هريرة (ض) أن رسول الله (ص): مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال (ص) ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال أصابته السماء فقال أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس قال من غش فليس منا⁽⁴⁾ فيجب تقديم البيانات الكاملة والكافية للمعروض، فيجب بيان نوع المعروض وصفته وكميته وإخراجه من الجهالة بحيث يتم التراضي عليه عن بينة كاملة وتامة يقول (ص) (المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه)⁽⁵⁾.

3. منع الغرر. وقد نهى النبي (ص) عن بيع الغرر ومن أمثله بيع السمك في البحر.

4. منع التجارة في المحرمات فعلى التاجر أن يتحرى الحلال في رزقه قال تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ) (البقرة: 188)، ويقول (ص) (إن الذي حرم شربها حرم بيعها)⁽⁶⁾.

فيما يتعلق بالخمير فيحرم ربح التجارة بالخمير لأنه أكل للمال بالباطل.

5. منع الوساطة غير المنتجة: فقد نهى النبي (ص) عن ذلك وأمر المنتجين أن يبيعوا محصولهم مباشرة لأن الوسيط يثقل كاهل المستهلك. يقول (ص) (لا يبيع حضر لباد دعوا الناس يرزقهم الله بعضهم من بعض)⁽⁷⁾.

6. ممارسة التجارة لا تمنع أداء حقوق الله.

لقد وازن الإسلام بين متطلبات الروح والجسد، فلا تكون التجارة ملهية للإنسان عن العبادة وذكر الله، قال تعالى: (وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ) (القصص: 77) ويقول تعالى: (وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَائِمًا قُلْ مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ اللَّهْوِ وَمِنَ التِّجَارَةِ وَاللَّهُ خَيْرُ الرَّازِقِينَ) (الجمعة 11).

7. النهي عن بعض البيوع: فقد نهى (ص) عن بيع المضطر، فيجب أن تُشترى السلعة بسعرها وعليه فقد اهتم الإسلام بمراقبة الأسواق ومنع كل ما يلحق الضرر بالناس، لقوله (ص) (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁸⁾ فكل بيع لم يتحقق به الرضا فهو بيع منهي عنه.

(1) تفسير ابن كثير مرجع سابق، 231/2.

(2) فتح الباري في صحيح البخاري، كتاب البيوع، مرجع سابق، 4-359.

(3) أبو سيد أحمد، محمد أحمد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ط1، 2004، وهو في الأصل رسالة علمية، ص772.

(4) صحيح مسلم، مرجع سابق، 99/1، رقم 1102.

(5) النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، دار المعرفة، 1998، 297/5.

(6) صحيح مسلم، مرجع سابق، حديث رقم 1206.

(7) فتح الباري، مرجع سابق، 307/5.

(8) الحنبلي، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، 2001، 198/2.

8. تنظيم الأسواق: وذلك من خلال تدخل الدولة في سياسة السوق، وقد أباح الإسلام لولي الأمر التدخل في سياسة السوق⁽¹⁾، وتدخل الدولة بتسعير السلع عند الضرورة وكذلك البعد عن الأيمان الكاذبة، يقول (ص) (إياكم وكثرة الحلف في البيع فإنه ينفق ثم يمحق)⁽²⁾.
9. حرمة التعدي على المال: إن حفظ المال من المقاصد الشرعية التي أوجبها الإسلام⁽³⁾، وعليه فقد أقر الإسلام الملكية الفردية، ووضع الإسلام حدودا لها، ومنع التعدي عليها، قال تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (المائدة 38). وقوله (ص) (أن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)⁽⁴⁾.

(1) ابن سلام، أبي عبيد الله القاسم: الأموال، تحقيق أبو أنس سيد رجب تقديم أبو إسحاق الحويني، دار الهدى النبوي، مصر، 1428هـ، ص89.

(2) صحيح مسلم مرجع سابق، حديث رقم 1607.

(3) ابن عبيد الله، مرجع سابق، ص92.

(4) صحيح مسلم مرجع سابق، حديث رقم 1218.

المبحث الثاني: حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية :

المطلب الأول : تحديد ماهية حماية المستهلك :

يعرف هذا المفهوم على أنه (حفظ حقوق المستهلك وضمان حصوله عليها)⁽¹⁾

المطلب الثاني : الضوابط الإيمانية لأزمة الاستهلاك.

وضع الإسلام ضوابط أساسية وشرعية في مجال حماية الاستهلاك نفسه للحد من الكثير من الأزمات التي يمكن أن تجتاح المجتمعات المختلفة⁽²⁾، فجاءت أحكامها للمحافظة على الكليات الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) فكانت الضوابط الإيمانية الآتية :

1- المال هو مال الله والإنسان مستخلف فيه وليس من حقه التبذير والإسراف فيه وأن هذا المال هو حق للجميع حتى لو وجد بيد فئة معينة.

2- الحث على التوسط والاعتدال في الإنفاق. قال تعالى : (وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا) (الفرقان: 67).

3- ضبط الاستهلاك بضوابط الشرع وما أمر الله تعالى به شأنه في ذلك شأن أي تصرف من التصرفات الأخرى قال تعالى : (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ) (الأعراف: 31).

4- على الإنسان أن يقوم بمراعاة تلبية الضروريات⁽³⁾ أولاً ثم الحاجيات⁽⁴⁾ ثانياً ثم التحسينات⁽⁵⁾ ثالثاً.

5- لا يجوز اشتمال الاستهلاك على محرم.

6- يكون مستوى الاستهلاك والإنفاق بقدره الإنسان فلا يحمل فوق طاقته.

7- مراعاة أولويات الاستهلاك عند التعارض.

المطلب الثالث : التدابير الإسلامية لحماية المستهلك.

امتاز النظام الاقتصادي الإسلامي بحماية المستهلك وعمل هذا النظام على توفير الضروريات الأساسية من أجل تحقيق مقاصد العباد الشرعية يقول الإمام النووي رحمه الله في معرض حديثه عما يجب توفيره للإنسان (المطعم والملبس والمسكن وسائر ما لا بد منه على ما يليق بحاله بغير إسراف ولا اكتناز لنفس الشخص ولن هو في نفقته)⁽⁶⁾.

ومن هنا فقد وضع فقهاء الإسلام دستوراً يقوم على حماية المستهلك من أجل تحقيق الخير للفرد والمجتمع على حد سواء , وعليه كانت التدابير الإسلامية من أجل حماية المستهلك والتي تتمثل في التدابير الوقائية القائمة على التربية الأخلاقية بحيث تمثل هذه التربية قانوناً داخلياً منبعه الإنسان نفسه وقد أقر الإسلام العديد من الأصول الأخلاقية مثل, التقوى, والوفاء بالعقود والتعاون وهذه الأصول تشكل بحد ذاتها أسس حماية المستهلك يقول تعالى:

(1) المساعد، زكي خليل، التسويق في المفهوم الشامل، دار زهران للنشر، الأردن، 1997، ص444.

(2) <http://www.aluken.net/social/0/2303>.

(3) الضروري : ما تتوقف عليه حياة الإنسان كالطعام والشراب.

(4) الحاجيات : ما يرفع الحرج ويدفع المشقة عن الناس.

(5) التحسينات : وهو ما يؤدي إلى رغد العيش ومتعة الحياة ولكن دون إسراف أو معصية.

(6) النووي، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا: المجموع شرح المهذب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، 191/6.

(وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ) (هود: 85).

كما كان من التدابير الإسلامية كذلك التدابير الرقابية والمتمثلة بوظيفة المحتسب مثلاً. والقائمة على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والذي دعت إليه نصوص القرآن والسنة النبوية يقول تعالى: (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) (آل عمران: 104). وقوله (ص) (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الإيمان) (1).

ويقع على كاهل المحتسب وظيفة تعهد الأسواق وضبط الموازين ومراقبة المصانع والتأكد من سلامة عرض البضاعة الاستهلاكية ومراقبة الأسعار الخاصة بكل صنف من أصناف البضاعة. ومن التدابير أيضاً الإجراءات التشريعية الخاصة بحماية المستهلك، فقد وضعت الشريعة الإسلامية العديد من الضوابط التشريعية لحماية المستهلك، ومنها تحريم الغش وكتمان عيب المبيع والاحتكار وهو حبس الطعام تربصاً به للغلاء، والنهي عن البيوع المحرمة مثل تلقي الركبان، وهم الذين يجلبون البضائع للبيع سواء ركباناً أو مشاة لقوله (ص) (لا تلقوا الركبان) (2) وفي تفسير الإمام مالك حماية للمستهلك من غلاء الأسعار من خلال هذا التدخل، أي تلقي الركبان (3) وبيع الحاضر للباد والنهي عنه ولما يلحق المشتري من ضرر ولقوله (ص) (لا يبيع حاضر لباد) (4) وصورة هذا البيع أن يأتي الغريب إلى بلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال فيأتيه الحاضر فيقول له ضعها عندي حتى أبيعها بالتقسيط بأعلى من هذا السعر (5)، وبيع النجش وهو الزيادة في سعر السلعة بهدف إغراء الآخرين بشرائها لا بهدف شرائها وهو حرام فعن ابن عمر رضي الله عنهما (نهى رسول الله عن النجش) (6).

كما حرم الإسلام الربا وهذا من وسائل حماية المستهلك في الإسلام، قال تعالى:

(وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (البقرة: 375).

وتتجلى حماية المستهلك في تحريم الربا بما يلي:

- 1- يحمي المستهلك من استغلال أصحاب الأموال.
- 2- يحمي المستهلك لأن فيه التوجيه والتشجيع على الاستثمار في مختلف نواحي الحياة.
- 3- تبقى النقود محافظة على وظيفتها المتمثلة في اعتبارها قيمة للسلع وليس سلعة تنافس السلع الأخرى.

(1) ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين زين الدين: نيل الإرب من جامع العلوم والحكم، تحقيق عثمان الخميس، وزارة الأوقاف، الكويت، 2006، 195/2.

(2) العيد، ابن دقيق، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الجليل، 1995، ص 293.

(3) ن.ج. كواسون: في تاريخ التشريع الإسلامي، ترجمة محمد أحمد سراج وحسن الشافعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1992، ص 383.

(4) الشوكاني، محمد علي: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد أبو معاذ، دار ابن القيم، 2005، 164/5.

(5) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 2011، 51/4.

(6) نيل الأوطار، مرجع سابق، 5/166.

ويعتبر التسعير كذلك من وسائل حماية المستهلك والتسعير هو تدخل الدولة لتحديد الأسعار عند الظروف التي تستدعي ذلك، يقول ابن القيم رحمه الله (جماع الأمر إن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل)⁽¹⁾.

ومع الخلاف الحاصل في هذه القضية بين الفقهاء، نقول: وإن كان الأصل في الإسلام عدم التسعير إلا أنه في حالة حصول ضرر يلحق المستهلك فإنه جائز لأن الضرر يزال ودرؤه مقرر في الإسلام، كما يعتبر مشروعية الخيار من وسائل حماية المستهلك وهو أن يكون للمتعاقد الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة إن كان خيار شرط مثلا أو عند فوات الوصف إن كان خيار وصف أو عندما يغرر البائع بالمشتري إذا كان خيار الغبن.. الخ⁽²⁾.

المطلب الرابع : تطبيقات عملية لحماية الشريعة الإسلامية للمستهلك.

أولاً : كيف حمت الشريعة المستهلك من نفسه ؟

المسلم الواعي يلتزم بكل أفعاله وتصرفاته بالأولويات، ففي الإنفاق مثلا ينفق على الضروريات ثم الحاجات ثم الكماليات ويتجنب شراء الخبائث وكل ما هو محرم لقوله تعالى: (وَيَجِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ) (الأعراف: 157) وقوله تعالى: (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ) (الأعراف: 31) والسبب بوجود هذا المستهلك المنضبط هو المنهج السوي والسليم الناتج عن التربية الإسلامية وبالتالي فإن التربية الإيمانية الصادقة والوعي الفكري والتربوي والثقافي من الأسباب الرئيسية في تنشئة جيل مؤمن يحب دينه ووطنه وأمتهم وأمنهم. وعليه راعت الشريعة سلم الأولويات في الاستهلاك ثم دعت الشريعة إلى الالتزام بقواعدها من حيث الحلال والحرام عند شراء السلع وحثت على التمتع بنعم الله وفق شرعه، وعليه فقد حرمت التبذير والإسراف والتقليد الأعمى في الاستهلاك.

ثانياً : حماية الشريعة الإسلامية للمستهلك من المنتج :

انطلاقاً من قوله p (من غشنا فليس منا)⁽³⁾ فقد أتقن المنتج صنعته وتجنب إنتاج كل ما هو خبيث، فإذا ما التزم المنتج بكل الضوابط الشرعية والأخلاقية في حماية المستهلك فلا ينتج المحرمات ويتعد عن السلع الرديئة والمغشوشة ليحقق بهذا الرفاهية والأمن والطمأنينة في المجتمع ويعود النفع بهذا على المستهلك والمنتج ككل.

وعليه فقد حرمت الشريعة على المنتج أن يغش في إنتاجه وأكدت على الإلتقان في إنتاج السلع وحرمت إنتاج السلع المحرمة وترشيد الاستهلاك في الإنتاج حتى لا تزيد تكلفة المنتج لأنها تعود في النهاية على المستهلك.

ثالثاً : حماية الشريعة الإسلامية للمستهلك من جشع التجار.

لقد أمر الإسلام بجرية المعاملات في الأسواق، وتضمنت الشريعة الإسلامية أسمى ضوابط العمل التجاري الذي يحمي من الغش والضرر والاحتكار والمعاملات الربوية وكل وسائل وطرق أكل أموال الآخرين بالباطل فحرمت الشريعة الإسلامية الاحتكار والرشوة وكل ما يعود على المستهلك بالجوهر والويل والظلم. يقول (ص) (من أدخل في شيء من أسعار المسلمين ليغلب عليهم كان حقاً على الله أن يقعه من النار يوم القيامة)⁽⁴⁾.

(1) ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، ص284.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/519.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/519.

(4) الجارود، سليمان بن داود: مسند أبي داود الطيالسي تحقيق محمد بن محسن التركي، 1999، حديث رقم 961.

وعليه فالتزام التاجر بقواعد الشريعة وضوابط العمل التجاري في الأسواق يحقق الأمن للمستهلك والمجتمع عامة، وعلى هذا فإن الشريعة دعت إلى حرية التعامل مباشرة بين التاجر والبائع وحرمت كل أنواع العقود التي تحتوي على التدليس والغش ونهت عن الحلف لبيع السلعة وأمرت الشريعة بعدم التلاعب بالكيل والميزان وتحريم البيع بعقود الربا والاحتكار، وأعطت الحق للمشتري في معاينة السلعة وعدم التدخل المفتعل في الأسواق لبث الإشاعات من أجل رفع الأسعار.

رابعاً: حماية الشريعة الإسلامية للمستهلك من جور أنظمة الحكم.

نظمت الشريعة الإسلامية مجموعة من الضوابط والقواعد الهامة لحماية المستهلك وعلى الأنظمة الحكومية إتباعها ولا يجوز لأي نظام أن يجرد عنها فليس للحاكم التسعير بدون ضرورة شرعية بينها أهل العلم وليس للحكومات فرض الضرائب الظلمة أو المكوس على التجار لأن هذا الأمر يعود على المستهلك بالويل، يقول (ص) (لا يدخل الجنة صاحب مكس)⁽¹⁾، كما لا يجوز للحكومات فرض الضرائب على التجار أو المستهلكين بدون وجه حق، وإذا ما فرضت يجب أن تكون ضمن قدرة التاجر والمستهلك، ويعود نفعها عليهما معاً، وبهذا حمت الشريعة الإسلامية المستهلك من استبداد الحكومات، وعليه فإن الشريعة الإسلامية عملت على عدم التدخل الحكومي في التسعير في الظروف الطبيعية، والنهي عن فرض الضرائب العشوائية والتي تؤثر على المستهلك.

المطلب الخامس: وسائل حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية.

شرع الإسلام النظم والوسائل الكافية والكفيلة لحماية المستهلك والتي تحقق له الأمن والطمأنينة في المجتمع الذي يعيش فيه وذلك في حالة إتباع هذه الوسائل والالتزام بها. ومن هذه الوسائل:

- 1- نظام الحسبة والقائم على مراقبة الأسواق والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ومنع الاحتكار ومراقبة الجودة وتطهير الأسواق مما يشوبها.
- 2- المسجد: يعد المسجد مركز الدعوة الأول وله دوره الفعال في حماية المستهلك وذلك من خلال الخطب والدروس والحلقات والندوات.. الخ.
- 3- الرقابة الذاتية: والمتمثلة بالقيم الإيمانية التي تراقب الضمير والرقابة الذاتية تعمل على تطهير المعاملات من كل خبث أو حرام وتحقق الخير للمجتمع.
- 4- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيعمل هذا الأسلوب على حماية المستهلك من الاستغلال والغرر والتدليس يقول (ص): " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان "⁽²⁾

الخاتمة والتوصيات:

لقد ختمت البحث بأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها ومنها:

- 1- إقامة الدورات التدريبية للتوعية في كافة المؤسسات وغرس الوعي في المجتمع من خلال الوسائل المختلفة
- 2- ضرورة تفعيل نظام الحسبة لكونه من المؤسسات الفاعلة في حماية المستهلك.
- 3- العمل على تأسيس الفرق الرقابية في مختلف المؤسسات من أجل تولي عملية حماية المستهلك.

(1) النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم: المستدرک على الصحيحين، تحقيق مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين، 1997، 375/4.

(2) سبق تخرجه.

4- تفعيل قانون العقوبات في الدولة وذلك من خلال إنزال أقصى العقوبة بكل من تسول له نفسه الأضرار بالآخرين. ونسأل الله العلي القدير أن يحقق لنا الوعي الفكري لإعادة بناء الشخصية المسلمة في المجتمع المسلم

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المراجع :

1. أبادي، الفيروز، محمد بن يعقوب مجد الدين : القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة.
2. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق د. محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة.
3. ابن حنبل، أحمد: مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد معبد عبد الكريم، طبعه المكنز.
4. ابن خلدون، عبد الرحمن، مقدمة ابن خلدون، مكتبة لبنان.
5. ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين زين الدين: نيل الإرب من جامع العلوم والحكم، تحقيق عثمان الخميس، وزارة الأوقاف، الكويت، 2006.
6. ابن سلام، أبي عبيد الله القاسم : الأموال، تحقيق أبو أنس سيد رجب تقديم أبو إسحاق الحويني، دار الهادي النبوي، مصر، 1428هـ.
7. ابن كثير، إسماعيل بن عمر الدمشقي أبو الفداء عماد الدين: تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، مجموعة من المحققين، مؤسسة قرطبة، 2000.
8. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
9. أبو زهرة، محمد، موسوعة الفقه الإسلامي، مطبعة مخيمر، القاهرة.
10. أبو سيد أحمد، محمد أحمد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، ط1، 2004.
11. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله: صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، 2002.
12. البراوي، راشد: الموسوعة الاقتصادية، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسب، 1998.
13. الجارود، سليمان بن داود: مسند أبي داود الطيالسي تحقيق محمد بن محسن التركي، 1999.
14. جميعي، حسن عبد الباسط: حماية المستهلك الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، ط1، 1996.
15. الحنبلي، ابن رجب: جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، 2001.
16. الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 2011.
17. الشرنباصي، رمضان، السيد: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
18. الشوكاني، محمد علي: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد أبو معاذ، دار ابن القيم، 2005.
19. الطبري، محمد بن جرير: جامع البيان عن تأويل إلى القرآن (تفسير الطبري) تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة.
20. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث.

21. عمران, السيد محمد السيد: حماية المستهلك إثناء تكوين العقد, دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة, منشأة المعارف, 2008.
22. العيد, ابن دقيق, إحكام الأحكام, شرح عمدة الأحكام, دار الجليل, 1995.
23. المبارك, محمد, نظام الإسلام: الاقتصاد مبادئ وقواعد عامة, دار الفكر, 1972.
24. المساعد, زكي خليل, التسويق في المفهوم الشامل, دار زهران للنشر, الأردن, 1997.
25. مسلم بن حجاج: صحيح مسلم, تحقيق نظر بن محمد الفاريابي, دار طيبة, 2006.
26. ن.ج. كواسون: في تاريخ التشريع الإسلامي, ترجمة محمد أحمد سراج وحسن الشافعي, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر, 1992.
27. النووي, يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا: المجموع شرح المذهب, تحقيق محمد نجيب المطيعي, مكتبة الإرشاد.
28. النيسابوري, محمد بن عبد الله الحاكم: المستدرک على الصحيحين, تحقيق مقبل بن هادي الوادعي, دار الحرمین, 1997.
29. الموقع الإلكتروني : <http://www.aluken.net/social/0/2303>

دور هيئة كتابة الضبط في دعوى ثبوت الزوجية¹



الأستاذ : المصطفى الغشام الشيبيني

منتدب قضائي من الدرجة الثانية

باحث بـمـاسـتـر القـانـون المـدني والأعمال

تمهيد :

لا شك أن هيئة كتابة الضبط هي جهاز اداري داخل منظومة العدالة بحيث يعمل على مساعدة القضاء في انجاز وتنفيذ الاحكام القضائية ، ولما كان الامر كذلك فان كتابة الضبط لها دور هام داخل هذه المنظومة يتجلى اساسا في ان القضايا تولد وتعيش حياتها وتموت بين يدي كاتب الضبط ، فتولد عندما يتم تقييد الدعوى امام كاتب الضبط ، وتعيش عند رواج الدعوى امام المحكمة المختصة والمشكلة تشكيلا قانونيا ، وتموت بحكم اصبح حائزا للشيء المقضي به والمنفذ طبقا للقانون.

وان دعوى ثبوت الزوجية لا تختلف كثيرا عن مسار كل الدعاوى التي تمر بين يدي كاتب الضبط ، فبعد ان يتم اداء الصوائر القضائية المتعلقة بالدعوى يتم تسجيلها في السجل العام لتسجيل قضايا الاسرة المختلفة وتحال على الرئيس ليعين القاضي المقرر وأول جلسة التي ستدرج فيها القضية ، ثم بعد رواج القضية بجلسة الموضوع يتم احوالها للبحث ثم للموضوع ، فالداولة ثم الحكم.

وأثناء هذه المساطر يلعب كاتب الضبط ادوار كثيرة تحكمها عدة مبادئ على رأسها مبدأ حسن التواصل والجدوة في القيام بالعمل والمساعدة و الارشاد والتوجيه. وكلها ادوار مهمة في دعاوى ثبوت الزوجية اذ لا بد من توجيه المواطنين وتحسيسهم بأهمية توثيق عقود زواجهم وإرشاد الذين لم يوثقوا عقودهم بضرورة توثيقها وأهم الوثائق التي يتطلبها القانون من اجل القيام برفع دعوى ثبوت الزوجية وتوجيههم بتزويدهم بالمطبوعات التي هي متوفرة فقط لدى كتابة الضبط.

¹ - مساهمة في الندوة المنظمة من طرف المحكمة الابتدائية بطنجة - قسم قضاء الأسرة - تحت شعار : "دعوى ثبوت الزوجية كآلية قانونية لتسوية الأوضاع الزوجية غير الموثقة" بتاريخ 19 يونيو 2013.

وبناء عليه فإن كتابة الضبط في مجال دعوى ثبوت الزوجية تقوم بدور حيوي على كل مستويات مسار الدعوى منذ تقييدها وحتى انتهائها بحيث يقوم كاتب الضبط بأخر خطوة التي تتمثل في القيام بوضع ملخصات الزواج وإرسالها إلى ضابط الحالة المدنية لمكان ازدياد الزوجين.

من هنا وقصد تحليل دور كتابة الضبط في دعوى ثبوت الزوجية لا بد لنا ان نتبع المنهجية التالية:

المبحث الأول: دعوى ثبوت الزوجية وإجراءاتها

المبحث الثاني: دور كاتب الضبط في ترتيب الاثار القانونية على دعوى ثبوت الزوجية.

المبحث الاول: دعوى ثبوت الزوجية وإجراءاتها:

لم يتضمن قانون المسطرة المدنية ولا مدونة الاسرة أي تعريف للدعوى، ونعتقد ان المشرع المغربي قد احسن فعلا حينما لم يتعرض لتعريف الدعوى، وذلك لصعوبة التفرقة بينها وبين بعض المصطلحات المرادفة لها كالقضية والخصومة والتقاضي ... لكن الفقه وهو متخصص في اعطاء التعاريف وتدقيق المفاهيم القانونية اقدم على تعريف الدعوى بأنها " وسيلة قانونية لحماية الحق، مؤداها تحويل صاحب الحق مكنة الالتجاء للقضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه"¹ ، واذا كانت الدعوى بصفة عامة كذلك فما هي دعوى ثبوت الزوجية؟ وما هي اهميتها؟ وخصائصها وشروطها؟ وإجراءاتها؟

المطلب الاول: مفهوم دعوى ثبوت الزوجية من المنظور الإجرائي :

سنخصص هذا المطلب لتعريف دعوى ثبوت الزوجية من المنظور الاجرائي وأهميتها في المجتمع في فقرة أولى ثم بعدها سنتطرق إلى خصائص دعوى ثبوت الزوجية وشروطها.

الفقرة الأولى: تعريف دعوى ثبوت الزوجية من المنظور الاجرائي وأهميتها في المجتمع :

1 - تعريف دعوى ثبوت الزوجية من المنظور الاجرائي :

يمكن تعريف دعوى ثبوت الزوجية في ظل غياب اي تعريف تشريعي لها لا في مدونة الاسرة باعتباره قانون خاص ولا في قانون المسطرة المدنية باعتباره قانون اجرائي عام في المادة المدنية على أنها: " هي وسيلة قانونية لإثبات حق الزوجين المتزوجين بالفاتحة وطبقا لما جرت به عادة الاسر المغربية في وثيقة عقد الزواج وترتيب آثاره "

ويترتب على هذا التعريف عدة نتائج :

- تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج وذلك طبقا للمادة 16 من مدونة الاسرة، ومن ثم فان عقد الزواج وبمقتضى هذا النص اصبح من حق الزوجين المتزوجين بزواج الفاتحة وجريا على عادات وتقاليد الاسر المغربية في الزواج دون عقد ولا وثيقة. وهذا الحق هو ثابت للزوجين طيلة مدة سريان مفعول هذا النص.

¹ - د. عبد الباسط الجميعي "مبادئ المرافعات" ص 52 . سنة : 1974.

- زواج الفاتحة ليس مقبولا ويجب على من تزوج بالفاتحة بعد ان احالت اسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته ان يلجأ للقضاء للمطالبة بإثبات الزوجية ، وتمثل الاسباب القاهرة خصوصا في مختلف الظروف الاجتماعية للزوجين وكذا الجهل بالمساطر الادارية المتعلقة بإبرام الزواج ، أو بعد المرافق المتخصصة بإبرام عقود الزواج عن محل سكنى الزوجين .

- المحكمة تعتمد في سماع دعوى ثبوت الزوجية انطلاقا من المادة 16 سائر وسائل الاثبات اهمها الخبرة ووجود اطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية ، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين. وهذه الوسائل يبقى للمحكمة الحق في اعتماد اي منها أو وسائل اخرى تضاف إليها من بينها شهادة الشهود ، وشهود من عائلة الزوجين التي يؤخذ بشهادتهم على وجه الاستئناس.

2 - اهمية دعوى ثبوت الزوجية في المجتمع :

تتجلى أهمية دعوى ثبوت في كون أن هذه المكنة القانونية تمكن الأزواج المتزوجين جريا على عادات الاسر المغربية من الحصول على عقد من خلاله يتم اثبات مختلف الاثار المتعلقة بالزوجية :

- بالنسبة للزوجين : فعقد الزواج يتيح افراز مختلف حقوق وواجبات الزوجية ويفرض القانون احترامها ، فيضمن للزوجين الحقوق المتبادلة فيما بينهما كإحسان كل منهما للأخر والمعاشرة بالمعروف ، وكذا يتيح لكلا منهما اللجوء للقضاء لضمان احترام حقوق وواجبات الزوجية من نفقة

- بالنسبة للأبناء : تتيح هذه الدعوى المؤدية لإنشاء عقد الزواج في حماية حقوق الاطفال في النسب والحضانة والنفقة والتعليم وولوج المرافق العمومية والى الحياة والعيش السليم داخل المجتمع

- بالنسبة للأقارب : لدعوى ثبوت الزوجية المؤدية لعقد الزواج اهمية كبرى في تحديد العلاقات والروابط الاسرية من مصاهرة وقراة ولها ايضا دور في تحديد الارث ومستحقوه.

الفقرة الثانية : خصائص دعوى ثبوت الزوجية وشروطها الاجرائية

لدعوى ثبوت الزوجية عدة خصائص كما انه يجب ان تتوفر في رافعها عدة شروط.

1 - خصائص دعوى ثبوت الزوجية :

دعوى ثبوت الزوجية بما أنها وسيلة للحصول على وثيقة عقد الزواج فإنها تختص بعدة خصائص :

خاصية 1 : دعوى ثبوت الزوجية الوسيلة المقبولة للحصول على عقد الزواج :

وهذه الخاصية نصت عليها المادة 16 من المدونة والتي اكدت ان وثيقة الزواج هي الوسيلة المقبولة لثبوت الزوجية ، وهذه الدعوى تهدف إلى حماية حق أو مركز قانوني معين ، أي أن الشخص يتوقع من القضاء تقرير الحق الذي يدعيه ، وهو ثبوت الزوجية بين الزوجين في مواجهة النيابة العامة التي تسهر على حماية القانون وحسن تطبيقه.

خاصية 2 : دعوى ثبوت الزوجية دعوى الزامية لمن لا يتوفر على عقد الزواج :

ان دعوى ثبوت الزوجية هي دعوى الزامية ، يجب اقامتها في مدة خمس سنوات من تاريخ دخول المدونة حيز التطبيق ، لكن هذه المدة مددت لمدة خمس سنوات أخرى ستنتهي في 14 فبراير 2014 لذا فإننا نشعر جميع المتزوجين الذين لا يتوفرون على عقود زواجهم لسبب ما ان يتقدموا بدعواهم لسماع الزوجية داخل هذه المدة المتبقية.

خاصية 3 : دعوى ثبوت الزوجية هي حق وواجب :

تمتاز دعوى ثبوت الزوجية عن غيرها من الدعاوى انها حق وواجب في نفس الوقت فهي حق على اعتبار ان اي زوجين لهم حق مطلق في الحصول على عقد الزواج ، وكذلك فإن دعوى ثبوت الزوجية واجب من حيث ضرورة اللجوء اليها داخل الاجال التي حددها القانون ، قصد تحقيق مبدأ المواطنة السليمة.

خاصية 4 : دعوى ثبوت الزوجية حق يمكن التوكيل على إبرامه :

وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 17 من مدونة الاسرة : " يتم عقد الزواج بحضور اطرافه ، غير أنه يمكن التوكيل على ابرامه بإذن من قاضي الاسرة المكلف بالزواج وفق الشروط التالية :

- 1 - وجود ظروف خاصة لا يتأتى معها للموكل ان يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه.
 - 2 - تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية او عرفية ، مصدق على توقيع الموكل فيها
 - 3 - ان يكون الوكيل راشدا ومتمتعا بكامل اهليته المدنية وفي حالة توكيله من الولي يجب ان تتوفر فيه شروط الولاية
 - 4 - ان يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الاخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها
 - 5 - ان تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل
 - 6 - ان يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.
- ## 2 - شروط دعوى ثبوت الزوجية :

تتمثل شروط دعوى ثبوت الزوجية فيما نص عليه الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية : " لا يجوز التقاضي إلا لمن له الصفة والأهلية أو المصلحة ... " :

الصفة : والمقصود بها بصفة عامة "المركز القانوني للشخص الذي يمنح له الحق في المطالبة بحق معين"¹ فالصفة اذن مكنته تحوّل لصاحب الحق رفع الدعوى والتقاضي فيها امام انظار المحكمة ، غير ان المميز في اطار دعوى ثبوت الزوجية أن المدعي غالبا ما يطلق عليه أسم الطالب والمدعى عليه يكون دائما النيابة العامة ، والمقصود

¹ - د محمد السلواني : " خصوصيات المسطرة في المادة الاسرية - دعوى انحلال ميثاق الزوجية نموذجا " الطبعة 1 لسنة 2011 المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات - مراكش . ص : 52.

بالطالب هنا هو الشخص الذي يطلب من المحكمة اثبات حقه ، والمطلوب ضده هو النيابة العامة الممثلة في السيد وكيل الملك. وارتباطا بهذا الوصف تكون دعوى ثبوت الزوجية في طبيعتها الاجرائية دعوى تقريرية كاشفة لحق وليست منشأة له. ورغم تنصيب الفصل الاول على المصلحة فان هذا الشرط هو مرتبط بالصفة إلى حد التطابق مما يعني انه من الصعب التفريق بين ما يعد مصلحة وما يعني صفة ، فصفة الادعاء في صاحب الحق نفسه لا تعدو سوى المصلحة الشخصية المباشرة التي يرمي إلى الحفاظ عليها وحمايتها.

الأهلية : تنقسم الاهلية الى نوعين : اهلية وجوب وأهلية اداء ، والأهلية المشترطة للتقاضي هي اهلية الاداء ، غير انه في اطار دعوى ثبوت الزوجية يوجد استثناء يتعلق بإمكانية رفع هذه الدعوى ولو من قاصرين دون السن 18 سنة ، وهذا ما يتبين من المادة 20 من مدونة الاسرة التي تنص على انه " يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 اعلاه ، الاهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ...)

ان تقدم دعوى ثبوت الزوجية ضد النيابة العامة : تنص المادة 3 من مدونة الاسرة على انه : " تعتبر النيابة العامة طرفا اصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق احكام هذه المدونة " وانطلاقا من هذه المادة يمكن القول على انه عند رفع دعوى ثبوت الزوجية توضع النيابة العامة موضع الخصم في القضية وينطبق عليها ما ينطبق على الخصم ، فلها ان تدلي بالمستنتجات والمتمستات والإطلاع على الملف ويكون حضورها الزاميا في الجلسات حسب الفصل 10 من ق م م ولا يمكن للخصم ان يجرحها انطلاقا من قاعدة ان الخصم لا يملك تجريح خصمه ، كما لها ان تستعمل جميع طرق الطعن ما عدا التعرض لأنه لا يمكن تصور غيابها عن الجلسة باعتبارها محكوم عليها وذلك داخل الاجال القانونية ، وإجمالا فإن النيابة العامة تأخذ صفة المدعى عليه في دعوى ثبوت الزوجية ، وتبعا لذلك تملك جميع صلاحيات المدعى عليه.

المطلب الثاني : اجراءات دعوى ثبوت الزوجية :

الفقرة الاولى : دور كاتب الضبط في مرحل تقييد الدعوى :

1 - تقييد الدعوى بصندوق المحكمة :

يمسك كاتب الضبط نائب وكيل الحسابات داخل قسم قضاء الاسرة طلب ثبوت الزوجية والذي يلتمس فيه الطالبين الحكم لهم بثبوت الزوجية وترتيب الاثار القانونية عنها ويتحقق من المرفقات المرفقة بالطلب ، ثم يطلب من مقدم الطلب اداء رسم قضائي محدد في مبلغ 160 درهما ، يسلم له وصل بعد الاداء يحمل الرقم الترتيبي والمبلغ المؤدي واسم مقدم الطلب مقتطع 216. بعدها يجب على صاحب الطلب ان يؤدي رسم المفوضين القضائيين والحدد في الدائرة القضائية لمدينة طنجة في مبلغ 88 درهما.

2 - احالة الملف على الشعبة المختصة :

ولا يقف دور كاتب الضبط في استخلاص الرسوم القضائية ، بل يتم احالة هذا الطلب المؤدى عنه الرسوم القضائية بصندوق المحكمة على الشعبة المختصة ، والشعبة المختصة في قسم قضاء الاسرة بمدينة طنجة هي مكتب الاحوال الشخصية المختلفة ، حيث يتم تسجيل هذا الطلب من طرف كاتب الضبط في السجل العام لتقييد طلبات

ثبوت الزوجية نموذج 05 ووضعه في ملف دعوى ثبوت الزوجية نموذج رقم 8 وبعدها يتم ادخال الملف في النظام المعلوماتي من طرف كاتب الضبط المختص في الاعلاميات.

3 - احالة الملف على رئيس المحكمة أو من ينوب عنه وتعين المقرر وأول جلسة :

بعد الخطوات السالفة الذكر يقوم كاتب الضبط المختص بإحالة الملف على السيد رئيس المحكمة الابتدائية قصد تعيين القاضي المقرر في الملف وتعيين اول جلسة ، وتجدر الاشارة على ان قضايا ثبوت الزوجية تمتاز بسرعة البث فيها حيث وبعد تعين القاضي المقرر يتم تعيين اقرب جلسة للبث في موضوع الطلب وغالبا يتم تعيين الجلسة الموالية ليوم تقديم الطلب.

الفقرة الثانية : دور كاتب الضبط في مرحلة رواج القضية :

1 - الاحالة على جلسة الموضوع :

بعد ان يتم تعيين جلسة الموضوع التي ستنظر فيه قضية ثبوت الزوجية ، وقبل الجلسة المحددة يقوم كاتب الضبط المختص بتسجيل الملف رفقة باقي الملفات في سجل الجلسات نموذج 309 ، وأما اثناء الجلسة فان كاتب الضبط يقوم بتحرير محضر الجلسة ، ومحضر الجلسة هو اختصاص حصري لكاتب الضبط ومما لا يختلف فيه اثنان ان انجاز محضر الجلسة هو اكبر دور يقوم به كاتب الضبط بحيث يعتبر الشاهد الامين على ما يروج بالجلسة ويجب ان يتضمن المحضر معاينة حضور الاطراف وتصريحاتهم وملتمساتهم واستنتاجاتهم وكذا مذكراتهم ، وكل ما يراه كاتب الضبط او رئيس الجلسة ضروريا لتسجيله بمحضر الجلسة ، وبناء عليه فانه وفي اطار دعوى ثبوت الزوجية غالبا ما يتم احالة الملف على جلسة البحث لأخر الجلسة وعلى كاتب الضبط ضرورة تسجيل هذا القرار المهم الذي تقرره المحكمة.

2 - الاحالة على جلسة البحث :

غالبا ما يتم احالة الملف على جلسة البحث بعد جلسة الموضوع الاولى تسريعا للإجراءات واقتصاد لوقت الخصوم والمحكمة ، ويتم اللجوء للبحث الشخصي بمكتب القاضي المقرر للتأكد مما جاء في مقال الطالبين حيث وفي إطار جلسة البحث يتم انجاز محضر البحث من طرف كاتب الضبط وهذا الاخير في إطار جلسة البحث يسجل ما يدور في الجلسة التي يحضرها الطالبين وشهودهما.

3 - الاحالة على المساعدة الاجتماعية إن اقتضى الحال :

يمكن طبقا لمقتضيات المادة 16 من مدونة الاسرة أن يحيل القاضي المقرر الملف على الخبرة ، التي يمكن ان تتجلى في الاحالة على بحث المساعدة الاجتماعية التي تلعب دورا هاما باعتبارها وسيلة هامة ذات مصداقية من وسائل الاثبات التي نصت عليها المادة المذكورة اعلاه ، والتي يلجأ اليها القاضي لتكوين قناعته .

وتجدر الاشارة إلى ان المساعدين الاجتماعيين هم كتاب الضبط متخصصون في المساعدة الاجتماعية ويقومون بدور هام في انجاز بحوث اجتماعية ذات مصداقية وذلك بعد احالة الملف عليهم بمقتضى امر تمهيدي محدد لأهم النقط التي يجب على المساعد الاجتماعي احاطة المحكمة بها علما ، وفي مجال عملهم يقومون :

1 - الاطلاع على الملف ودراسته لمعرفة الاطراف المتداخلة في الدعوى.

2 - استقبال الطرفين ومحاولة اجراء بحث بين الطرفين.

3 - التنقل إلى مقر سكنى الطالبين وإجراء بحث اجتماعي بينهما.

4 - انجاز تقرير يتضمن مختلف المعاينات والمشاهدات ومختلف النتائج التي سيتم التوصل إليها وتصريحات الشهود والمرفقات من صور وذلك طبقا للقرار التمهيدي.

المبحث الثاني : دور كاتب الضبط في ترتيب الاثار القانونية على دعوى ثبوت الزوجية :

يترتب على دعوى ثبوت الزوجية اثار قانونية متعددة ، لن ومن اجل ترتيب تلك الاثار يتعين سلوك مسطرة التبليغ ثم مسطرة التنفيذ ويلعب كاتب الضبط في هاتين المسطرتين دورا هاما.

المطلب الاول : دور كتابة الضبط في تبليغ حكم ثبوت الزوجية :

يتعين قبل الخوض في دور كاتب الضبط في مسطرة تبليغ دعوى الزوجية التعريف بالصيغة التبليغية أساسها القانوني ، ثم انواع تبليغ دعوى ثبوت الزوجية.

الفقرة الاولى : التذليل بالصيغة التبليغية :

1 - تعريف بالصيغة التبليغية :

الصيغة التبليغية او تبليغ الحكم القضائي هو اعلام المحكوم عليه بصدور حكم ثبوت الزوجية ضده إما لينفذه طوعا أو ليستعمل طرق الطعن فيه، فإذا لم يستعملها فإن الحكم يكتسب حجية الامر المقضي به ، وينفذ جبرا وعلى الفور بعدما يحصل المستفيد أو نائبه على نسخة تنفيذية منه فيها رقم التبليغ ، وتاريخه ، ومن توصل به بناء على طلب مؤدى عنه¹.

2 - التذليل بالصيغة التبليغية في ثلاث نسخ :

يتقدم طالب التبليغ للسيد كاتب الضبط بطلب تبليغ حكم ثبوت الزوجية للسيد وكيل الملك وفق نموذج تضعه المحكمة رهن اشارة العموم في ثلاث نسخ ، وبعد سحب الصيغة التنفيذية في ثلاث نسخ يحيلها على مكتب التبليغ الذي يفتح لها ملف تبليغي برقم محدد وترتيبي وفق السجل العام لتقييد التبليغات نموذج 601 الذي يتضمن الرقم الترتيبي وتاريخ التبليغ وتاريخ الارجاع ، وتجدد الاشارة إلى أن تبليغ حكم ثبوت الزوجية يتم وفق طرق وكيفيات التبليغ المنصوص عليها في الفصلين 37 و 38 من قانون المسطرة المدنية.

وترد على الفصلين استثناء يتمثل في اشتراط التوصل الشخصي للزوجة في مسطرة ثبوت الزوجية في إطار التعدد حيث يجب على كاتب الضبط طبقا لقرار المحكمة أو الحكم بثبوت الزوجية باستدعاء أو تبليغ الحكم للزوجة

¹ - ذ . عبد العالي العضاوي " التبليغات القضائية بين الصحة والبطان " مارس 2000 ص 9.

الأولى وتوصلها شخصيا بذلك حتى يتسنى للمحكمة النظر في القضية أو منح الصيغة التنفيذية للطالبين وذلك طبقا للمادة 43 من مدونة الأسرة.

3 - دور كاتب الضبط في الطعن على حكم ثبوت الزوجية :

- الإجراءات المتخذة عند الطعن بالتعرض.

التعرض هو طريق من طرق الطعن العادية منحه المشرع للمحكوم عليه غيابيا ، غايته تمكين نفس المحكمة من فتح الملف ثانية قصد اتاحة الفرصة أمام المحكوم عليه وهما طالبا ثبوت الزوجية لإبداء دوفوعاته وشرح واثبات زوجيته. ويشترط في الحكم الذي يقبل التعرض أن يكون غيابيا وغير قابل للاستئناف¹.

هذا وفي حالة صدور حكم ثبوت الزوجية غيابيا في حق الطالبين يكون لهما الحق في الطعن بالتعرض في أجل عشرة أيام و هي آجال كاملة تبتدئ منذ تاريخ توصله بتبليغ الحكم حسب الفصل 136 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على انه " يجوز التعرض على الاحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية اذا لم تكن قابلة للاستئناف وذلك في اجل عشرة ايام من تاريخ التبليغ ...".

هذا و يتم التصريح بالتعرض امام كاتب الضبط في سجل معد لذلك ، حيث يحرر به صك التعرض الذي يأخذ رقما ترتيبيا وكذا تاريخ التصريح بالتعرض ورقم الملف ونوعه وتاريخ الحكم ورقم القرار و كذا اسم كاتب الضبط المحرر لهذا الصك مع تسجيل التصريح بالتعرض المتضمن لتاريخ التبليغ و اسم المتعرض و توقيعه أو بصمته.

وتجدر الاشارة إلى ان النيابة العامة وان كانت تأخذ صفة الخصم في دعوى ثبوت الزوجية فإنه ليس من حقها التعرض على الحكم لكون حضورها اجباريا وإلزاميا ولا يمكن تصور غيابها وذلك طبقا للمادة 3 من مدونة الأسرة والفصل 9 من قانون المسطرة المدنية.

- الإجراءات المتخذة عند الطعن بالاستئناف.

الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية يقدم أمام المحكمة مصدرة الحكم أو القرار داخل الأجل المحدد قانونا ، و هو طعن يمارس في مواجهة جميع الاحكام الابتدائية بما فيها الاحكام التي تقضي بثبوت الزوجية طبقا للفصل 134 من م م م من الطالبين أو النيابة العامة.

و يتم التصريح بالاستئناف امام كاتب الضبط في سجل معد لذلك ، حيث يحرر به صك الاستئناف الذي يأخذ رقما ترتيبيا وكذا تاريخ التصريح بالاستئناف ورقم الملف ونوعه وتاريخ الحكم ورقم القرار و كذا اسم كاتب الضبط المحرر لهذا الصك مع تسجيل التصريح بالاستئناف المتضمن لتاريخ التبليغ و اسم المستأنف و توقيعه أو بصمته.

هذا وفي حالة صدور حكم ثبوت الزوجية يكون من حق جميع الاطراف الطعن بالاستئناف في الحكم في أجل خمسة عشرة يوما و هي آجال كاملة تبتدئ منذ تاريخ تبليغ الحكم للمحكوم عليه حسب الفصل 134 من قانون

¹ - د . محمد السماحي " طرق الطعن في الاحكام المدنية والإدارية - دراسة عملية مقارنة - الطبعة 1 سنة 1995 ص 27 .

المسطرة المدنية الذي ينص على انه " اذا تعلق الامر بقضايا الاسرة فإن استئناف الاحكام الصادرة في شأنها يجب تقديمه داخل اجل 15 يوما... يبتدىء هذا الاجل من تاريخ التبليغ ... " .

وتجدر الملاحظة انه في قسم قضاء الاسرة بمدينة طنجة لم يتجاوز عدد الملفات المطعون فيها بالاستئناف الى غاية 2013/06/03 سبعة ملفات ، وهي نسبة ضعيفة بالمقارنة مع باقي القضايا الاخرى بنفس القسم حيث يلاحظ ارتفاع نسبة استئناف تلك الملفات ، ولعل السبب في ذلك هو كون دعوى ثبوت الزوجية من الدعاوى التقريرية وان النيابة العامة لا تستأنف سوى الاحكام التي ترى انها لم تحترم القواعد القانونية الموضوعية والشكلية الجاري بها العمل.

وفي الاخير وبعد تسجيل الطعن بالاستئناف يقوم كاتب الضبط مجرد الملف وبعثه للمحكمة المختصة به قصد النظر فيه ، محتفظا بنسخة منه لديه.

الفقرة الثانية: انواع التبليغ في دعوى ثبوت الزوجية :

في اطار دعوى ثبوت الزوجية نجد نوعين من التبليغ :

1 - التبليغ للنيابة العامة :

وذلك لكون النيابة العامة طرف اصلي في الدعوى حيث تأخذ صفة المدعى عليه طبقا للمادة 3 من مدونة الاسرة والفصل 9 من المسطرة المدنية.

2 - التبليغ للزوجة الاولى في حالة ثبوت الزوجية في إطار التعدد :

اذا تعلق الامر بدعوى ثبوت الزوجية في اطار التعدد فإنه يلزم تبليغ الحكم بالإضافة إلى النيابة العامة ضرورة تبليغه للزوجة الاولى وذلك طبقا للمادة 43 من مدونة الاسرة.

المطلب الثاني: دور كاتب الضبط في تنفيذ حكم ثبوت الزوجية :

الفقرة الأولى: تعريف الصيغة التنفيذية واجل الحصول عليها :

1 - تعريف الصيغة التنفيذية :

يمكن تعريف الصيغة التنفيذية بأنها التأشيرة التي يذيل بها الحكم من اجل التنفيذ ، وطبقا للفصل 428 من قانون المسطرة المدنية فإنه لكل محكوم له يرغب في تنفيذ الحكم حق الحصول على نسخة تنفيذية منه ، ونسخ عادية بعدد المحكوم عليهم . وتسلم النسخة التنفيذية مختومة وموقعة من طرف كاتب ضبط المحكمة التي اصدرت الحكم حاملة العبارة التالية : " سلمت طبقا للأصل ولأجل التنفيذ " .

2 - أجل الحصول على الصيغة التنفيذية :

يتم استخراج الصيغة التنفيذية بعد مرور اجل التبليغ المنصوص عليه في الفقرة الثانية من الفصل 134 من ق م م وهو اجل 15 ابتداء من تاريخ التبليغ دون احتساب اليوم الاول والأخير ، وبعد عدم استئناف النيابة العامة وصيرورة الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي به.

الفقرة الثانية : وضع الصيغة التنفيذية وتوثيق الزواج :

1 - وضع الصيغة التنفيذية :

يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة التي اصدرت الحكم طبقا للفصل 429 من ق م م ، وطبقا للفصل 433 فإن كاتب الضبط يؤشر على نسخة الحكم بالصيغة التنفيذية التالية : " وبناء على ذلك يأمر جلالة الملك جميع الاعوان ويطلب منهم ان ينفذوا الحكم المذكور (او القرار) كما يأمر الوكلاء العامين للملك ووكلاء الملك لدى مختلف المحاكم أن يمدوا يد المعونة لجميع قواد وضباط القوة العمومية وأن يشدوا ازهرهم عندما يطلب منهم ذلك قانونا " .

2 - توثيق عقد الزواج لدى العدلين :

بعد الحصول على الصيغة التنفيذية يمكن للطرفين ان يذهبا لدى عدلين لتوثيق عقد الزواج ، طبقا للقواعد والمساطر الجاري به العمل لدى العدول.

وبعد انجاز عقد الزواج يسلم الأصل للزوجة ونظير منه للزوج طبقا للمادة 69 من المدونة ، كما يسجل طبقا للمادة 68 من نفس المدونة نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الاسرة من طرف كاتب الضبط ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين مرفقا بشهادة التسليم داخل اجل 15 يوما من تاريخ الخطاب عليه.

غير انه اذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب ، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

وعلى ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين .

الخاتمة :

أهم المقترحات بخصوص المادة 16 من مدونة الأسرة :

قبل الخوض في اهم مقترحاتنا بشأن المادة 16 من المدونة لنا ان نتساءل هل حذف المادة 16 والغاء العمل بدعوى ثبوت الزوجية هو الحل ؟ واذا تم الغاء هذه المادة ما هي الوسيلة القانونية التي ستحوي الزواج عن طريق الفاتحة ؟ هل سيغير القانون الواقع أم الواقع القانون؟

كل هذه الاسئلة لن نجد لها جوابا إلا اذا حللنا ظاهرة زواج الفاتحة بكل جوانبه وظروفه التي تجعل منه الحل السهل نحو انشاء اسرة بدون اية سند قانوني ، مما يجعلها لا تستفيد من ابسط وسائل حماية الدولة ، ولضمان المساواة

بين المواطنين في ولوج خدمات الدولة والاستفادة من حمايتها فان المشرع شرع في المادة 16 امكانية سماع الزوجية التي تمت عن طريق الفاتحة كمنخرج سهل نحو تقنين وضعية الاسر التي لم حالت ظروفها الى عدم توثيق العقد . واذا كانت غاية المشرع من المادة 16 هي تسوية الوضعية القانونية للزوجين والاطفال وحماية الحقوق وضماتها من نفقة وحضانة ونسب وإرث وغير ذلك وتأسيس الوثائق والاوراق الادارية المتعلقة بالزواج وفي طليعتها الدفتر العائلي للحالة المدنية للاسر التي حالت اسباب حقيقية ظروف ما دون توثيقها لعقد الزواج ، فإن كثيرا من الافراد يذهبون إلى التحايل على مقتضيات هذه المادة خصوصا في دعوى ثبوت الزوجية في إطار التعدد .

ونعتقد هذه المادة تركت الباب مفتوحا ايضا للذين يتزوجون بطرق غير شرعية ولا تمت للدين الاسلامي الحنيف بصلة ، لعدم قراءة الفاتحة ولعدم توفر الشروط الشرعية الاخرى للزواج الصحيح لكن وبمحكم كون هذه المادة تركت الباب مفتوحا فإنه يتم اللجوء لتقنين اوضاعهم الزوجية ، كثبوت الزوجية في إطار التعدد

ونعتقد ان وجود هذه المادة في مدونة الاسرة اليوم اصبحت ضرورة اساسية وإلا كيف للمتزوجين بالفاتحة وهي عادة البلد من اثبات الزوجية؟

وأمام هذه الاشكالات الواقعية فنحن نرى ما يلي :

الحل 1 : تمديد العمل بمقتضيات المادة 16 لمدة خمسة عشرة سنة أخرى حتى تذوب بعض المظاهر السلبية التي تطبع الزواج المغربي كالتزواج بالفاتحة ودون توثيق عقد الزواج وتستقر ثقافة العقد في نفوس المواطنين والمواطنات. ويجب ان تتخذ بالموازاة مع هذا الاجراء مجموعة من التدابير :

1 - نهج سياسة التوعية والتحسيس بأهمية توثيق عقود الزواج .

2 - تقريب القضاء من المتقاضين وذلك بفتح مصالح قضائية متعلقة بالزواج في كل المناطق بل وفي الاحياء والمدامر ايضا كباقي الخدمات الاخرى مثل التطبيب والتعليم ، ونحن نرى انه يخصص قسم في اية مدرسة تابعة لدوار ما لمصلحة قضائية مكلفة بالزواج تتكون من قاضي الزواج وكاتب الضبط والعدلين.

3 - تقريب الادارة من المواطنين والمواطنات عن طريق احداث مصالح خارجية تابعة لوزارة الداخلية تعنى بسجلات الحالة المدنية وضمها انتشارها بكل المناطق النائية أو البعيدة من الادارة.

4 - اشراك المجتمع المدني في عملية التحسيس والتوعية واعطاءه الموارد اللازمة لربط علاقات وجسور التواصل مع المواطنين.

الحل 2 : الغاء المادة 16 من المدونة وبموازاة الغائها يجب اتخاذ التدابير التالية :

1 - اطلاق حملة وطنية للتحسيس بأن الزواج لا يمكن ان يتم دون توثيقه لدى المصالح المختصة.

2 - تقريب القضاء من المواطنين والعمل على احداث وخلق مكاتب عدول في كل المناطق النائية.

3 - ايجاد بديل قانوني لثبوت الزوجية التي وقعت قبل الغاء المادة 16 من بينها من بينها تمديد سنة اخرى حتى يتسنى اثبات الزوجية التي حدثت قبل الغاء المادة 16.

الملحقات :

1 - احصائيات ثبوت الزوجية :

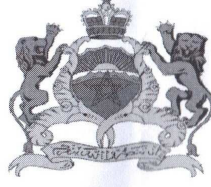
● سنة 2012

الممثلة المغربية

وزارة العدل و الحريات

محكمة الاستئناف بطنجة

المحكمة الابتدائية بطنجة



إحصائيات قضايا ثبوت الزوجية لسنة

2012

عدد الجلسات التنقلية	الباقي أي مخلف 2012	المحكوم المحكومة				المجموع	المسجل خلال السنة	المخلفة لغاية 2011/12/31
		عدم القبول	التنازل	الرفض	القبول			
--	125	59	7	17	179	387	282	105

● الدورة الاولى 2013 :

الممثلة المغربية

وزارة العدل و الحريات

محكمة الاستئناف بطنجة

المحكمة الابتدائية بطنجة



إحصائيات قضايا ثبوت الزوجية عن الدورة

الأولى (يناير- فبراير- مارس) 2013

عدد الجلسات التنقلية	الباقي	المحكوم المحكومة				المجموع	المسجل خلال الدورة الأولى	المخلفة لغاية 2012/12/31
		عدم القبول	التنازل	الرفض	القبول			
00	70	21	02	07	45	145	67	78

● شهر أبريل إلى غاية 31 مايو 2013 :

الممثلة المغربية

وزارة العدل و الحريات

محكمة الاستئناف بطنجة

المحكمة الابتدائية بطنجة



إحصائيات قضايا ثبوت الزوجية

خلال شهر أبريل إلى غاية 2013/05/31

عدد الجلسات التنقلية	الباقي	المحكوم المحكومة					المجموع	المسجل خلال ابريل إلى غاية 2013/05/31	المخلفة لغاية 2013/03/31
		عدم القبول	التنازل	الرفض	عدم الاختصاص	القبول			
00	64	16	00	03	01	49	133	63	70

2- طلب الحكم بثبوت الزوجية :

صحة باريح

طلب الحكم بثبوت الزوجية

إلى السيد الرئيس المحكمة الابتدائية بطنجة

لفائدة السيد :

الساكن :

والسيدة :

الساكنة :

بحضور السيد وكيل الملك بهذه المحكمة .

الوقائع

يتشرف الطالبان أن يعرضا عليكم أنهما متزوجان منذ تاريخ وان لهما أبناء وهم

وأن الزوجة حامل ، غير حامل وأن زواجهما كان طبقا للعرف المحلي للبلد ، عن طريق الفاتحة ، وإقاما

حفل الزفاف ، وحضور بعض أفراد العائلة ، و الشهود وهم

سكناهم

وأن ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج في حينه .

وحيث انه يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى عشر سنوات ابتداء من تاريخ دخول هذا

القانون حيز التنفيذ تطبيقا للمادة 16 من مدونة الأسرة .

لهذه الأسباب

نلتمس من المحكمة الموقرة الحكم بثبوت الزوجية بيننا منذ تاريخ وجعل

الصائر على من يجب قانونا .

توقيع الزوجة

توقيع الزوج

3 - طلب سحب نسخة الحكم :

طنجة في :

السيد(ة) :

رقم ب.ت.و :

رقم الملف :

تاريخ الحكم :

إلى السيد رئيس مصلحة كتابة الضبط

المحكمة الابتدائية بطنجة

-قسم قضاء الأسرة-

طلب سحب نسخة حكم

يشرفني أن أتقدم إليكم بطلبي هذا قصد الحصول على نسخة من الحكم الصادر في الملف المشار إلى مراجعه أعلاه.

و تقبلوا سيدي الرئيس فائق عبارات التقدير و الاحترام.

التوقيع

4 - طلب تبليغ حكم :

طنجة في :

السيد(ة) :

رقم ب.ت.و :

رقم الملف :

تاريخ الحكم :

إلى السيد رئيس مصلحة كتابة الضبط
المحكمة الابتدائية بطنجة
-قسم قضاء الأسرة-

طلب تبليغ حكم

يشرفني أن أتقدم إليكم الرامي الى تبليغ الحكم الصادر في الملف المشار الى
مراجعته أعلاه الى السيد :

و تقبلوا سيدي الرئيس فائق عبارات التقدير و الاحترام.

التوقيع

5 - طلب الصيغة التنفيذية :

طنجة في :

السيد(ة) :

رقم ب.ت.و :

رقم الملف :

تاريخ الحكم :

إلى السيد رئيس مصلحة كتابة الضبط

المحكمة الابتدائية بطنجة

-قسم قضاء الأسرة-

طلب سحب الصيغة التنفيذية

يشرفني أن أتقدم إليكم بطلبي هذا قصد الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم الصادر في الملف المشار إلى مراجعه أعلاه.

و تقبلوا سيدي الرئيس فائق عبارات التقدير و الاحترام.

التوقيع

6 - نموذج حكم ثبوت الزوجية :

اصل الحكم المحفوظ بكتابه الضبط
بالمحكمة الابتدائية بطنجة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الابتدائية بطنجة

بتاريخ 30 ماي 2013 في جلستها العلنية الحكم الآتي نصه :

بين : ادرس مغاري

المغربي، الراشد الكامل الأهلية

السكان حي المصلى زنقة 84 رقم 7 طنجة

السيدة : فاطمة الزهراء زغمور

بالمغربية، الراشدة، الكاملة الأهلية

السكان العرفان 2 مجموعة 3 عمارة رقم 1 طنجة

والسيد وكيل المحكمة الابتدائية بطنجة.

من جهة

من جهة ثانية

الوقائع :

حيث أنه بناء على الطلب المقدم من طرف المدعين إلى كتابة ضبط هاته المحكمة بتاريخ 29\04\2013 والمؤدى عنه الرسوم القضائية والذي يعرضان من خلاله أنه تربط بينهما علاقة زوجية نتج عنها ازدياد الطفلة المسمى " شيماء " بتاريخ 11-01-2013 وأنهما لا يتوفران على عقد زواج نظرا لظروف قاهرة لذلك يلتمسان الحكم بثبوت الزوجية بينهما مع ترتيب الآثار القانونية .

وأرفقا مقالهما ب صورة لبطاقة الوطنية للطالبين - نسختين من رسم ولادة الطالبين - شهادة الولادة الطبية .

وحيث أنه بناء على الحكم التمهيدي الصادر عن هاته المحكمة بتاريخ 02-05-2013 والقاضي بإجراء بحث في الموضوع .

وبناء على محضر الاستماع للزوجين والشهود .

وحيث أنه بناء على ملتمس النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون .

وبناء على إدراج الملف بجلسة 23-05-2013 تخلف الجميع والتمس السيد وكيل الملك تطبيق القانون حيث اعتبرت المحكمة القضية جاهزة فتم حجزها للمداولة لجلسة 30-05-2013

التعليل :في الشكل :

حيث قدم الطلب وفق الشروط المتطلبة قانونا مما يتعين التصريح بقبوله .

في الموضوع :

حيث يلتمس المدعي الحكم بثبوت الزوجية بينه وبين السيدة فاطمة العرقوب .

حيث بموجب الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الأسرة تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج .

وحيث استنادا للفقرة الثانية والثالثة من نفس المادة فإنه اذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات مع الأخذ بعين الاعتبار وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية وماذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين .

وحيث تحقيقا للدعوى استمعت المحكمة للزوجين بالجلسة المؤرخة في 02-05-2013 افاد خلالها أنه تقدم لخطبة السيدة فاطمة الزهراء وزغمور منذ شهر أبريل 2011 وتمت قراءة الفاتحة وتسمية الصداق وقدره 10000 درهم، وعاشرها معاشرة الأزواج نتج عنها ازدياد الطفلة " شيماء" بتاريخ 11-01-2013 الا أنه لم يوثق زواجه لكونه تعذر تهيئ الوثائق لطبيعة عمله كونه سائق شاحنة للنقل الدولي التي تتطلب السفر باستمرار ولا يكون يوم عطلته الا يوم السبت والأحد .

واستمعت المحكمة للزوجة التي أكدت ما صرح به الزوج .

وحيث أكدا الشاهدين كريم غمير ومصطفى حوض المستمع إليهما بصفة قانونية بعد نفيهما العداوة وأسباب التجريح وأدانتهما اليمين القانونية أكدا انهما يعرفان الطالبين متزوجين ولهما طفلين وأكد الأول أنه حضر عقيقة الطفلة في حين أكد الثاني أنه حضر حفل قرانها وأن العلاقة الزوجية لازالت قائمة

بـ

لـ

ة

نـ

طنجة

المحكمة

الابتدائية

بطنجة

حكم رقم : 1116

بتاريخ :

موافق 30 ربيع الثامن 1435

2013\05\30

ملف رقم : 866

2013\16

النيابة العامة

ادريس مغاري

فاطمة الزهراء

زغمور

النيابة العامة

مضمن قرار

محكمة

الإستئناف أو

المجلس

الأعلى

الرسوم

القضائية

أديت بتاريخ :

موافق :

رقم الوصل :

المبلغ :

بينهما لحد تاريخه نتج سندهما في ذلك المجاورة والمخالطة وشدة الإطلاع على الأحوال !
 وحيث كرس المجلس الأعلى في أحد قراراته أن حالة الأسباب القاهرة المبررة لسماع دعوى الزوجية
 ليست مقيدة بحالة معينة بل هي مرتبطة بوجود صعوبات اضطر معها الزوجان إلى عدم الإشهاد لدى
 العدليين . يراجع لطفا القرار عدد 1326 الصادر بتاريخ 21-10-1986 ملف عقاري عدد 84-4886
 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40 صفحة 165 .
 وحيث في نازلة الحال يكون عقد الزواج منعقدا بالإيجاب والقبول بين الطرفين وفقا للمادة 10 من مدونة
 الأسرة وان تخلف الزوج عن توثيق العقد لدى العدليين وذلك بسبب ظروف عمل الزوج التي تتطلب منه
 السفر باستمرار .
 وحيث تبعا لذلك يكون طلب المدعين مستجمعا لكافة عناصره الواقعية والقانونية مما يتعين الاستجابة له .
 وحيث يتعين تحميل المدعين الصائر .

الحكم:

وتطبيقا لمقتضيات المواد 1، 2، 3، 18، 27 - 32 إلى 40، 45، 50، 55، 124 من قانون المسطرة
 المدنية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا :

في الشكل : بقبول الطلب

في الموضوع : بثبوت الزوجية بين السيد ادريس مغاري المزداد بفاس بتاريخ 17-08-1976 الحامل
 لبطاقة التعريف الوطنية رقم C198632 والسيدة فاطمة الزهراء زغمور المزدادة بالعارشة القنيطرة
 بتاريخ 28-03-1989 الحاملة لبطاقة التعريف الوطنية رقم GY19823 تاريخ شهر أبريل 2011 مع
 ترتيب الأثار القانونية وتحميل المدعي الصائر .

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

وكانت المحكمة تتركب من :

السيدة : مينة المضري

السيدة : محمد العميري

السيدة : حنان الطواوي

السيد : بلال بورباب

السيد : المصطفى الغشام الشعبي

مقررة ورئيسة.

عضوا

عضوة

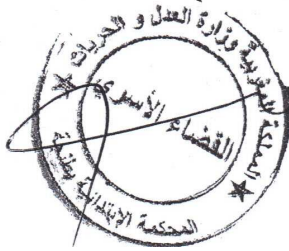
ممثل النيابة العامة.

كاتبا للضبط.

كاتب الضبط :

الرئيس : (نسخة طبق الأصل)

11 يونيو 2013



سبل مساهمة المحاماة في استقلالية القضاء



الدكتور عبد الرحمان خلفي

تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

أستاذ محاضر بجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

محامي لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة

khelfiabderrahmane@yahoo.fr

تقديم:

في جميع الأوطان العربية - تقريبا - تعلن الدساتير استقلال القضاء، وتنص على أن الأحكام القضائية تصدر باسم الشعوب، وتمنع من تدخل السلطة التنفيذية و كذا التشريعية في شؤون القضاء، بل نجد أن الخطابات السياسية الرسمية لا تدخر جهدا في نعت القضاء بالسلطة، وبأنه مستقل، وتؤكد على اعتباره الركيزة الأساسية لبلوغ الاستقرار والأمن الرئاسيين في المجتمع، وكذا لبلوغ التقدم على المستوى الاقتصادي والاجتماعي في الدولة، معتبرة تحقيق استقلال القضاء هدفا تشده دائما وهو من أهم أولوياتها⁽¹⁾.

ومع هذا لا تزال المنظومة القضائية منتهكة ومستباحة⁽²⁾، إما بتدخل السلطة التشريعية بوضع قوانين تحد من هذه الاستقلالية، أو بتدخل السلطة التنفيذية بجملة من المراسيم والتعليمات تعرقل بها العمل القضائي.

ويبقى المحامي في خضم هذه الأحداث يلعب دورا سلبيا، وكأنه بمنأى عن هذه العراقيل والتحديات، ناسيا أن المحاماة مهنة حرة ومستقلة، لازمة لزومية العدالة، وتشارك السلطة القضائية في تحقيق العدل والإنصاف⁽³⁾ وتأكيد سيادة القانون، فالمحاماة كالقضاء لا يمكن الحديث عن استقلالها إلا مع استقلال القضاء، فحينما يقوى القضاء ويتحقق له الاستقلال ستستقل المحاماة وتقوى، والعكس صحيح⁽⁴⁾.

لذلك على المحامي أن يشارك في تقوية القضاء، وأن يساهم في بسط العدالة، وتحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، وأن يعمل على إيصال العدالة للجميع عن طريق السعي لتحسين النظم القانونية، وتحسين مهاراته المهنية التي تمكنه من تقريب العدالة من الناس، وتمكينه من تعزيز استقلاليته التي يريجوها كل محام مؤمن بالتزاماته نحو مهنته.

كل هذه الأمور تشكل سبل مساهمة المحامي في تعزيز وتقوية استقلالية القضاء التي لا تكون إلا بدراسة محاور ثلاثة؛ تحسين مهارات المحامي، المشاركة في وضع النصوص القانونية، استقلالية المحاماة.

أولا : تحسين مهارات المحامي.

يبقى المحامي اليوم مبتعدا عن القيم العالية التي تحلى بها المحامون القدامى، الذين رسموا تقاليد هذه المهنة العريقة والقويمة، والذين رفعوا رايتها، فكانت ندا في كل المواقف.

فمحامي اليوم يجب أن يكون نسخة من ذلك، و أن يحافظ على مكتسبات هذه المهنة، وأن يكون قدوة في النزاهة، كما يجب عليه أن يُجدد معارفه، ويُعزز مداركه، فإذا تحقق ذلك كان أكثر احتراما و تقديرا، وأهلا لأن يُسمع حين يتحدث، وليقول كلمته بعد ذلك في تقويم سلوك القضاء واستقلال العدالة، وهو ما سوف نعرضه في النقاط التالية؛

1/ نزاهة المحامي :

يشترط في مهنة المحاماة حتى تساهم في استقلال القضاء، و تشارك السلطة القضائية في إدارة العدالة، أن تتمتع بكل الصفات التي يفترض أن يتحلى بها رجال القضاء، وهي النزاهة، والحيطة، والامتناع عن كل ما يتنافى وضميره، وأن يُعبر عن رأيه في اعتدال ووقار⁽⁵⁾.

وتكاد تُجمع قوانين المحاماة على وجوب توافر جملة من الصفات في المحامي؛ ألا و هي الأمانة، و الاعتدال و الكرامة، و عدم ممارسة أعمال تتنافى و آداب المهنة، كما يشترط في المحامي أن يكون حسن السيرة و حسن السمعة و أهلا للاحترام الواجب للمهنة.

كما تقتضي نزاهة المحامي أن يُقيم الدليل في كل وقت على مدى حرصه في الاحتفاظ بكرامته سواء أثناء ممارسته للمهنة أو في حياته الخاصة، فعليه أن يتجنب من التصرفات ما هو مُريب حتى لا يسيء إلى سمعته⁽⁶⁾.

فمن أقدس واجبات المحامي أن يتمسك بالأخلاق القويمة؛ فالمحاماة كما يقول عنها البعض علم، وخلق، ونبه، و شجاعة، و ثقافة، و تفكير، و مثابرة و جلد، و ثقة في النفس، و استقلال في الحياة، و أمانة، و استقامة وإخلاص في الدفاع⁽⁷⁾.

فالمحامي مهمته خدمة العدالة، و من يخدم العدالة لا يعمل على تظليلها فأخلاقه المهنية تتطلب منه أن يُسدي المشورة بإنصاف إلى موكله، و ذلك بالأ يثير الخصومات، و ألا يساعد على اختلاق الأدلة، أو يعاون موكله على ارتكاب الغش، أو مخالفة القانون، و ألا يحجز تحت يده مستندا لا يحق له حجزه⁽⁸⁾.

والمحاماة كذلك مهنة نبيلة و شريفة، و تستمد أهميتها من دورها المزدوج؛ فهي من جانب تحمي حقوق المظلومين، و تدافع عنهم، و ترعى لأصحاب المصالح مصالحهم، و تحفظ للناس شرفهم، و أعراضهم، و أموالهم ضد كل معتد أو طامع.

ومن جانب آخر تعد المحاماة أحد العناصر الأساسية التي تقوم على كواهلها صروح العدالة؛ فالمحامي باعتباره مشاركا للقضاء لتحقيق العدالة يضطلع بمهام جسام في علاقته بالمجتمع بما يحقق ويحفظ سيادة القانون، ويعمل على تسهيل سبل التقاضي على المواطنين وإظهار الحقيقة⁽⁹⁾.

2/ تكوين المحامي :

المحاماة فن ذات مستوى عالي؛ تعتمد على تنمية مهارات متعددة أهمها؛ سرعة البديهة، والقدرة على الإحاطة بالوقائع، والقدرة على ابتداع الحجج، وعرض وجهة نظر معينة تبعث على الإقناع، ولأجل ذلك توجب على المحامي التعليم القانوني، والتدريب المهني، فمن خلال ذلك يتلقى المحامي الثقافة القانونية كعلم وفن، وتتشكل لديه مجموعة من القيم أهمها الوعي بالمسؤوليات الاجتماعية للمحاماة، والاهتمام بحقوق الإنسان، والحريات الأساسية، فعدم الكفاءة المهنية للمحامين تُعد أحد الأسباب الأساسية لأزمة للعدالة⁽¹⁰⁾.

ولا تكفي الثقافة القانونية وحدها، بل على المحامي أن يتصل بالثقافة العامة، مثل كتب التاريخ والأدب والفلسفة والاجتماع وعلم النفس، وكل ما يتعلق بالإنسان والمجتمع والحضارة قديمها وحديثها، فكل ذلك له التأثير الكبير على تكوينه المهني والذاتي، مما يفيد لغته، وأسلوبه في مرافعاته، ومقدرته على فهم القضايا، وتنمية ملكة الإقناع لديه، فالتكوين الصحيح للمحامي ثقافيا ومهنيا يحميه بدرجة كبيرة من ارتكاب الخطأ المهني⁽¹¹⁾.

بل يجب على المحامين وأساتذة القانون المتخصصون تنظيم محاضرات في أماكن عامة، وفي مراكز تكوين المحامين، مستنديين على أهمية الثقافة العامة إلى جانب الثقافة القانونية في إطار التكوين المتواصل المفروض على المحامي، ولا بد كذلك من التكوين في حقوق الإنسان، لأن غياب الوعي والإدراك لهذه الحقوق إنما يعوق مسيرة التنمية والديمقراطية، ويقود كل محاولة لإصلاح المجتمع، لهذا نقول كذلك بوجود تنظيم دورات تدريبية للمحامي من أجل الوعي بالمواثيق الدولية التي ترسخ مبادئ حماية حقوق الإنسان، وعلى كيفية استخدام هذه المواثيق الدولية أمام القضاء، ذلك لأن المحامين يلعبون دورا كبيرا في تقديم الحماية والمساعدة القانونية لضحايا الانتهاكات الخاصة لحقوق الإنسان⁽¹²⁾.

دون أن ننسى وجوب تعلم وإتقان المحامي فن الإعلاميات، فهي مركز المعاملات في الوقت الحالي، وكذلك اللغات؛ خاصة اللغة الفرنسية والإنجليزية، لأنه بلا لغات أجنبية يبقى المحامي حبيس وسط ضيق ومحدود⁽¹³⁾، وعليه فالمحامي المكون جيدا وحده القدير على الفهم والتمثيل، وحتى إثراء أدبيات مهنة المحاماة، وفرض احترامها على المجتمع⁽¹⁴⁾.

فطلب العلم المستمر أمر مستحب بل واجب على المحامي طوال حياته، مهما ارتقى و نال من نجاح أو شهرة، و المواظب على ذلك يصبح تحصيل العلم لديه و الاستزادة منه عادة من عاداته، و سيظهر ذلك في مذكراته، و مرافعاته، و سائر أعماله، و ما يصل إليه من نجاح و شهرة، و ما يلقيه من حسن تقدير زبائنه و زملائه في المهنة و غيرهم⁽¹⁵⁾.

ثانيا : المشاركة في وضع النصوص القانونية :

لا يشك العارفين بمهنة المحاماة أن المحامي قبل أن يُوجَّح إلى عالم المحاماة كان قد درس القانون على تخصصاته، ثم تدرب حتى صار أهلا لمسؤولية تمثيل موكله على أحسن وأكمل وجه، ولا يصل إلى ذلك الحد إلا إذا كان له إطلاع بالقوانين السارية المفعول - أو على الأقل هذا ما يفترض فيه - وبمرور الوقت تتكون لديه قدرة على فهم النصوص، ثم ذاتية تميزه عن غيره في معالجة القضايا التي تطرح عليه، بل و قدرة على نقد النصوص وطرح البديل.

فالمحامي بفعل احتكاكه اليومي بالقضايا التي تعرض عليه، أو التي يُعابنها بنفسه في جهاز العدالة، يمكنه أن يرى التطبيق القانوني من زاوية أخرى غير الزاوية المنظور إليها من طرف وزارة العدل، لكونه يُعايش أهم الإشكالات والمعوقات التي تعترض تطبيقه، ويساهم بشكل كبير في التطبيق السليم للقانون.

ولعل ما نعيشه اليوم مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أهم مثال على ذلك؛ هذا القانون الذي قام بثورة على مستوى الإجراءات، لم تقم للأسف وزارة العدل قبل عرضه للمصادقة من استشارة أهل الاختصاص من قضاة، ومحامين، ومحضرين قضائيين، وخبراء، مترجمين، كل في مجال اختصاصه، وكذا رجال الفقه أصحاب البعد القانوني، هذا الذي جعلنا اليوم نعيش عراقيل في تطبيقه؛ فلقد فرمل الكثير من مهام المحامين، وضاعف من مأساة المتقاضين بجعل المقاضاة غير ممكنة لكل أصحاب الحقوق، مما جعله يتعارض مع مبادئ دستورية أهمها أن حق التقاضي مجاني ومضمون لكل مواطن، هذا الأمر الذي جعل الوزارة المعنية تصدر تعليمات تتعارض وتتناقض مع نصوص واردة في هذا القانون بُغية تفادي هذه العراقيل.

والمطلوب اليوم بشأن هذا القانون دفع رئيس الجمهورية إلى الطعن في عدم دستوريته، وإحالاته على المجلس الدستوري للنظر فيه و تعديله على النحو السليم، بعد مراجعة أهل الاختصاص، وأهمهم المحامي.

والمحامي اليوم إذا كان يرغب في المشاركة في وضع النصوص القانونية فهو مطالب بالقيام بما يلي؛

- تقديم اقتراحات جماعية أو فردية من طرف المحامين لتعديل وطرح بدائل لنصوص حالية أمام وزارة العدل.

- تبيان كل العراقيل الناشئة عن تطبيق بعض النصوص في العمل القضائي.

- مناقشة أهم المسائل التي تثار بشأن بعض النصوص، وذلك بإقامة ندوات و ملتقيات علمية تطرح الإشكالية و تخرج بتوصيات بذلك الشأن.

- إيصال انشغال المحامين في بعض النصوص أمام أعضاء البرلمان، و توعيتهم بشأن مخاطر تطبيقها على النحو المبين في المشاريع المطروحة من طرف الوزارة.

كل ذلك بعيدا عن الحسابات الخاصة، والمفاهيم السياسية الضيقة، وأن يجعل المحامي في ذلك همه استقلال العدالة والمحاماة أولا وأخيرا.

ثالثا: دعم استقلال مهنة المحاماة.

يقول أحد المحامين الغربيين عن استقلالية مهنة المحاماة " إنه لفخر للمرء أن يكون محاميا ليبقى مستقلا، لا ينتظر من السلطة شيئا، ويتكلم بصوت عال دون أن يقصر من قول كلمة الحق، وألا ينتظر شيئا إلا من ذاته".

صحيح أن أجمل شيء يعتز ويفتخر به المحامي هو استقلاليته، وعدم ارتباطه بأي جهاز من أجهزة الدولة، ولو كان هذا الارتباط معنويا، وعدم تبعيته لأي سلطة، غاية هي قول كلمة الحق بصوت عال، وألا يعتمد في عمله وعلمه وتكوينه إلا على نفسه.

وهذا الأمر يكاد يكون بديهيا؛ لأن القضاء حتى يكون مستقلا يجب ألا يكون تابعا ماديا ومعنويا ووظيفيا لأي سلطة كانت، فمن باب أولى ألا تكون المحاماة كذلك، وهي التي تستمد شرعيتها من نقاباتها الحرة والمستقلة.

فالمحاماة منذ نشأتها وهي معاونة للقضاء، تشاطره و تكمله في إقامة العدل، ولا يمكن أن تصل إلى هذه المرحلة إلا إذا كانت متحررة من كل تأثير أو ضغط من أي جهة كانت، وأن تكون كل السبل ميسرة أمامها من أجل القيام بعملها في جميع الإدارات والمحاكم، وأن يكون تمثيلها للمواطن ممكنا في كل الظروف والحالات بما فيه أمام الضبطية القضائية، وألا تخضع في كل ذلك إلا للضمير الحر والمستقل وأخلاقيات مهنتها العالية⁽¹⁶⁾.

ودعائم استقلالية المحاماة تبقى دائما حريتها المنصوص عليها قانونا، وإن كان هذه المهنة لا تحتاج إلى اعتراف القانون بحريتها، لأنها كذلك منذ نشأتها، وفي كل الأزمنة والأمكنة، لكن الجدل لا يمس صفة الحرية هذه وإنما يمس مضمونها الذي يعني الاستقلال وعدم التبعية، لأن مهنة المحاماة تحكم نفسها بنفسها وتتمتع باستقلالها العضوي والمادي، وليس من أمر عليها إلا أمر القانون والأنظمة الداخلية والأعراف والتقاليد⁽¹⁷⁾.

خاتمة:

تبقى نزاهة المحامي وكفاءته هما السبيل لوصول الدفاع إلى قدر من الاحترام، يؤهله لأن يعمل له الحساب الذي ينتظره ويستحقه، حينذاك يتمكن من قول كلمة الحق في تقويم سلوك القضاء واستقلال العدالة، ولا معقب لقلوبه، وتفتح له كل السبل للقيام بعمله دون أن تجرأ أي سلطة أن تلعب في ساحته، فإذا كان كذلك كان مستقلا بذاته، ثم عونا بيد القضاء يضرب معه لتحقيق استقلاليته، فإذا تحققت استقلالية القضاء تعززت أكثر حقوق الدفاع، وتنازل بعد ذلك المحاماة ما لم تناهه بالقوانين.

الهوامش:

(1) جهاد أكرم، مقال منشور بمنشور بمنتدى كلية الحقوق بجامعة المنصورة، مصر، على الموقع www.f-law.net

(2) أمين طه أبو العلا، قيم و تقاليد السلطة القضائية، محاضرات دورات تدريس رجال القضاء، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر سنة 1981 ص 69.

(3) محمد نور شحاته، استقلال المحاماة و حقوق الإنسان، مقال منشور بمجلة المحاماة الذي تصدرها مصر، العددان السابع و الثامن، سبتمبر، أكتوبر سنة

1986، ص 26.

(4) إبراهيم السملالي، أمين عام إتحاد المحامين العرب، تصريحاته في لقاء مع موقع المحامين العرب في شهر ديسمبر 2010 على الموقع

www.baegypt.org

(5) محمد شحاته، المقال السابق، ص 31.

(6) محمد شحاته، المقال السابق، ص 32

(7) عبد الرحمان الرفاعي، قيل عن المحامي و الحمالة، مقال إلكتروني منشور في منتدى الحقوق و العلوم القانونية، على الموقع www.droit-dz.com

(8) خالد خالص، استقلال القضاء و انعكاسه على مهنة الحمالة، مقال إلكتروني منشور بمنتدى الحوار المتمدن، على الموقع www.ahewar.org .

محمد شحاته، المقال السابق، ص 33.

(9) مقال إلكتروني بعنوان صفات المحامي و خصائص مهنة الحمالة، على منتدى الجزائرية للقانون و الحقوق، دون أن يجد له صاحب، على الموقع

forum.law-dz.com

(10) فهد بن عبد الرحمان السويديان، الحمالة شريكة للسلطة القضائية في تحقيق العدل، على الموقع www.al-jazirah.com ، محمد شحاته، المقال السابق

ص 34 .

(11) لكن الملاحظ هو وجود عدد من النقابات لا تقوم بتأطير محاميها، بل يقتصر دور الكثير من أفرادها على الصراعات الانتخابية الضيقة، المبنية على

التحالفات السياسية، كان من المفروض النظر إليها بعيون مهنية.

(12) عمر فتحي، الحاجة إلى تدريب المحامين و النشطاء الحقوقيين و أثر ذلك على تقديم ورقي المجتمع، مقال إلكتروني في منتدى قوانين قطر، على الموقع

www.mn940.net/forum

(13) جهاد أكرم، العولمة و الحمالة، على الموقع www.droitcivil.over-blog.com

(14) هائل نصر، في أدبيات المحامي، مقال إلكتروني وارد في موقع مدونات حقوق و سياسة على الموقع www.elaphblog.com

(15) عبد الفتاح خضر، أخلاق المحامي و فضائله، مقال إلكتروني منشور في منتدى روح القانون، وارد على الموقع www.legalsyria.com

(16) مفهوم استقلال الحمالة، في منتدى طلاب جامعة الخرطوم، دون أن تحدد لها صاحب على الموقع www.sudaneselaws.com

(17) محمد بن المحي، نظرة على استقلال الحمالة، مقال إلكتروني منشور في منتدى محامون بلا قيود، على الموقع www.bilakoyod.net

سلطة القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات : دراسة مقارنة



إعداد : الدكتور بومدين محمد

أستاذ محاضر بكلية الحقوق

من جامعة أدرار- الجزائر-

bm.boumediene@gmail.com

مقدمة :

كان الغالب في أحكام الأسرة في الدول العربية والإسلامية عدم تقييد تعدد الزوجات بأي قيود أخرى غير القيود الشرعية المتفق عليها في الفقه الإسلامي، والمتمثلة في عدم الجمع في عصمة الزوج أكثر من أربع زوجات، والقدرة على النفقة، وتحقيق العدل بينهما. غير أن الوضع بدأ يتغير منذ بداية القرن العشرين. فبعد سقوط الخلافة الإسلامية أعلن الزعيم التركي إلغاء الشريعة الإسلامية واستبدالها بقوانين عصرية على غرار القانون الفرنسي والسويسري. حيث أصبحت تركيا منذ 1926 تطبق قانون مدني يجمع الأحوال الشخصية والعينية مستوحى من القانون المدني السويسري. ومن ثم ألغي تعدد الزوجات وأصبح يحظر على الرجل التزوج بأكثر من واحدة¹ وأسوة بالمشرع التركي والسعي نحو العصرية والتمدد وتحرير المرأة الذي نادى به الزعيم التونسي بورقيبة، منع المشرع التونسي تعدد الزوجات ونص في قانون الأحوال الشخصية لعام 1956 على عقوبة الحبس والغرامة لكل من يتزوج بأخرى قبل أن يكون الزواج من الأولى قد انحل قانوناً². بعد استقلال معظم الدول العربية والإسلامية وانضمامها للأمم المتحدة ولاتفاقيات حقوق الإنسان، وتماشياً مع التطور في المجتمعات الحديثة وامثالاً لنصوص الاتفاقيات الدولية وخاصة إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة الصادر في 7 نوفمبر 1967، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، وتسمى اختصاراً (سيداو) (CEDAW).

¹ Orcu Esin, Turkey, reconciling traditional society and secular demands, 26 Journal of Family Law, 1987-8, P. 221-236.

² زبيدة إقروفة، قانون الأسرة الجزائري بين التأييد والتثديد، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 1999، ص128.

والتي تعتبر من حيث أهميتها للمرأة الميثاق الدولي لحقوق المرأة.¹ حيث أكدت على أن التمييز ضد المرأة يتنافى مع كرامة الإنسان وخير الأسرة والمجتمع، ويحول دون اشتراك المرأة على قدم المساواة مع الرجل في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية. وحثت جميع الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة، ولاسيما التشريعية منها، لكفالة تمتع المرأة، متزوجة كانت أو غير متزوجة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في ميدان القانون المدني، بحيث يكون للمرأة سواء بسواء مع الرجل حق اختيار الزوج بملء حريتها وعدم التزوج إلا بمحض رضاها الحر التام. كما نصت على ضرورة أن تتساوى المرأة مع الرجل في الحقوق أثناء قيام الزواج وعند حله، ويكون لمصلحة الأولاد في جميع الحالات الاعتبار الأول.

لقد أثرت هذه الاتفاقية الأخيرة في وضعية المرأة وحقوقها وحولت النقاش حولها من المستوى الدولي إلى نقاش داخلي في كل دولة.² ونتيجة لذلك عملت جل الدول الإسلامية على إدخال تعديلات على قوانين الأسرة بما يتلاءم مع أحكام تلك الاتفاقية ويضمن حقوقا أكثر للمرأة. لقد صادقت الدول الإسلامية على تلك الاتفاقية ولكن بتحفظ على بعض المسائل التي تعد في نظرها مخالفة للشريعة الإسلامية والأعراف المحلية. والمواد محل التحفظ من الدول الإسلامية هي: 2،9،15،16،29.³

¹ "Often called The International Bill of Rights for Women". Elizabeth F. Defeis, The United Nations and Women - A Critique, William & Mary Journal of Women and the Law, Volume 17, Issue 2, (2011), p. 400.

² Adriaan Bedner & Stijn van Huis, Plurality of marriage law and marriage registration for Muslims in Indonesia: a plea for pragmatism, Utrecht Law Review, Volume 6, Issue 2 (June) 2010, p.175.

³ وتتعلق هذه المواد بما يلي :

المادة 2: واجبات الدول في ترسيخ مبدأ المساواة في القانون والممارسة.

المادة 9: قوانين الجنسية وإلحاق الأطفال بجنسية الأم .

المادة 15: المساواة في الأهلية القانونية وحرية الحركة والسكن.

المادة 16: المساواة في مجال الزواج والطلاق والعلاقات الأسرية .

المادة 29: تحكيم محكمة العدل الدولية حول أي خلاف بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية. أنظر :

Economic and social commission for western Asia (ESCWA), best practice and successful experiences in implementation of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women in Arab countries, United Nations, New York, 2011, p.06.

وبينما سحبت تونس تحفظاتها على الاتفاقية عام 2006، رفعت الجزائر تحفظا من تحفظاتها¹ يتعلقة، بالمادة 9 م، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة² أما المغرب فقد رفع بعض تحفظاته على الاتفاقية في 10 ديسمبر 2008 بمناسبة الذكرى الستين للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.³ ورفع بتاريخ 18 أبريل 2011 تحفظات أخرى تتعلق بالمادة 9 والمادة 16 من الاتفاقية.⁴

ويستنتج من الاطلاع على تلك التحفظات أن الدول الإسلامية "غير العربية أقل تحفظا من الدول العربية على اتفاقية السيداو، مما يسقط حجة الخصوصية الثقافية الدينية عن بعض من يرى فيها سببا للتمسك بالتحفظات."⁵ وتعد مصر ودول الخليج أكثر الدول تحفظا على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وخاصة في مسائل الزواج، إذ أبقت على أحكام التعدد كما هي في الفقه الإسلامي. بينما بادرت معظم الدول الإسلامية إلى إدخال بعض التعديلات التي أخضعت تعدد الزوجات إلى سلطة القاضي. بحيث لا يمكن إبرام عقد الزواج على أكثر من واحدة إلا بعد استصدار رخصة مسبقة من القاضي المختص إقليميا.

وعليه فإن مجال البحث لهذا المقال سينحصر في دراسة سلطة القاضي في منح رخصة التعدد.

والإشكالية التي يطرحها هذا المقال تتمثل في البحث عن مجال سلطة القاضي في الترخيص لتعدد الزوجات. وبعبارة أخرى هل وسعت تلك التشريعات من سلطة القاضي في منح الترخيص في حالة الإقدام على تعدد الزوجات؟ أم أنها قيدت تلك السلطة وجعلتها ضيقة في حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر؟

¹ وتشمل تحفظات الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة: "المادة (2) التي تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة، وذلك بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية وتشريعاتها، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ - بما في ذلك التشريع- لتعديل أو إلغاء القوانين التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، حيث ربطت الجزائر ذلك بعدم تعارضها مع قانون الأسرة. والمادة (9 ف/2)، بشأن منح المرأة حقاً مساوياً للرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها لتعارضها مع قانون الجنسية الجزائري وقانون الأسرة. والمادة (15 ف/4)، التي تتعلق بحرية الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم لتعارضها مع قانون الأسرة والمادة (16)، التي تتعلق بالمساواة بين المرأة والرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، أثناء الزواج أو عند فسخه، بحيث لا تتعارض مع قانون الأسرة. والمادة (29 ف/1)، التي تتعلق بأسلوب حل النزاعات بين الدول الأطراف حول تطبيق أو تفسير الاتفاقية." أنظر ذلك في موقع المنظمة العربية لحقوق الإنسان:

<http://www.arabhumanrights.org/countries/country.aspx?cid=1>

² وذلك بإدخال تعديلات على قانون الجنسية بالأمر رقم 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005. وتهدف هذه التعديلات إلى تكريس المساواة بين الجنسين امتثالاً لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والاعتراف بالجنسية الجزائرية الأصلية بالنسب عن طريق الأم. قارة ولبيد، حقوق المرأة في القوانين الجزائرية، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني، ديسمبر 2012، ص 159.

³ أمانة الجبلوي، قراءة في التحفظات العربية على اتفاقية "السيداو" CEDAW، مقال منشور الأربعاء 29 ديسمبر 2010 في موقع الأوان:

<http://www.alawan.org/%D9%tml>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/10/2013 18:25

⁴ محسن الندوي، إلى أين يتجه المغرب برفع تحفظاته عن اتفاقية "سيداو"؟، مقال منشور في موقع الحوار نت:

<http://www.alhiwar.net/ShowNews.php?Tnd=22160#.UksZT9I2b8U>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/10/2013 19:53

⁵ أمانة الجبلوي، قراءة في التحفظات العربية على اتفاقية "السيداو" CEDAW، مقال منشور الأربعاء 29 ديسمبر 2010 في موقع الأوان:

<http://www.alawan.org/%D9%tml>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/10/2013 18:25

وباستقراء نصوص الأحوال الشخصية لهذه الدول الأخيرة التي ربطت التعدد بموافقة القاضي يتضح أنها انقسمت إلى نوعين أو قسمين :

القسم الأول : ضيق من السلطة التقديرية للقاضي. والقسم الثاني : وسع من السلطة التقديرية للقاضي في منح الترخيص في حالة التعدد.

وعليه سيتم تناول الموضوع من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : التشريعات التي ضيقت من سلطة القاضي في منح رخصة التعدد

المطلب الثاني : التشريعات التي وسعت سلطة القاضي في منح رخصة التعدد

المطلب الأول : التشريعات التي ضيقت من سلطة القاضي في منح رخصة التعدد :

هناك تشريعات رأت من الضروري أن لا تترك المجال واسعا للقاضي للبحث في كل زواج يراد التعدد فيه على حدة ثم يحكم بعد ذلك وفق ما توصل إليه اجتهاده وحسب اقتناعه بجدوى التعدد من عدمها، بحيث تتضارب أحكام المحاكم وتصبح عرضة للتشكيك. بالإضافة إلى أن الزواج بواحدة هو الأصل وأن التعدد حالة استثنائية. والاستثناء يجب أن يكون محددًا ومحصورًا ومن ثم لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره. وعلى هذا الأساس أخذت بعض التشريعات في الدول الإسلامية وخاصة غير العربية والمتقدمة منها كإندونيسيا وماليزيا، بخصر حالات وشروط التعدد بدقة بحيث لم تترك مجالًا واسعًا للسلطة التقديرية للقاضي في ذلك. وعليه يكتفى بالتطرق إلى القانون الإندونيسي في الفرع الأول والقانون الماليزي في الفرع الثاني.

الفرع الأول : سلطة القاضي في منح رخصة التعدد في القانون الإندونيسي :

في إندونيسيا نص قانون الزواج لعام 1974 في المادة الرابعة والخامسة منه على أن الرجل يمكنه الحصول على رخصة من المحكمة من أجل الزواج بأكثر من زوجة إذا وفقط:

- 1- إذا كانت زوجته غير قادرة على القيام بواجباتها الزوجية.
- 2- إذا أصبحت زوجته مشلولة أو مريضة نهائيًا.
- 3- إذا لم تستطيع زوجته أن تنجب له أطفالًا.
- 4- إذا كانت زوجته الحالية أو زوجاته سمحت له بذلك.
- 5- إذا كانت قدرته على النفقة على جميع زوجاته وأولاده، محققة.
- 6- إذا كانت قدرته على تحقيق العدل بين جميع زوجاته وأولاده، مؤكدة¹.

¹ Katz J..P Katz h., the new Indonesian Marriage Law: A mirror of Indonesia Asians Political, Cultural and Legal Systems, 23 American Journal of Comparative Law, 1975, 653-681, at p. 673.

فمن خلال هذه الحالات المحددة على سبيل الحصر قيد المشرع سلطة القاضي بحيث لا يستطيع الاجتهاد في إضافة حالة أخرى غير واردة في النصين السالفين. ومن ثم وجب على القاضي إذا أراد أن يرخص لشخص بالزواج بأكثر من واحدة عليه أن يثبت في حكمه حالة من الحالات الستة المذكورة أعلاه.

وقد أوضحت اللائحة التنفيذية رقم 1975/09 أن موافقة الزوجة أو الزوجات على التعدد يجب أن تتم إما كتابة أو شفاهة أمام المحكمة الشرعية المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الزوج. وعلى الزوج الذي يريد التعدد أن يثبت أمام المحكمة القدرة المالية لإعالة زوجاته وأطفاله جميعا بتقديم:

- كشف الراتب من الهيئة المستخدمة،
- أو شهادة تثبت مساهمته أو دفعه للضرائب وهذا بالنسبة للتجار والحرفيين والصناعيين،
- أو أي ورقة تثبت مداخيل أو مصادر مالية له تقبلها المحكمة الشرعية.¹

كما بينت الفقرة د من المادة 41 من اللائحة التنفيذية رقم 09 لسنة 1975 كيفية إثبات شرط العدل أو المعاملة العادلة بين الزوجات والأبناء بإثبات ذلك أمام المحكمة عن طريق عقد أو تصريح مكتوب.²

ومن الناحية العملية وطبقا للقانون الإندونيسي فإن الزوج المقبل على تعدد الزوجات عليه أن يتبع الخطوات التالية: أولا: يتقدم بطلب يعرض فيه قضيته على المحكمة الشرعية المختصة بموطن إقامته،

ثانيا: أن تتولى المحكمة استدعاء الزوجة أو الزوجات للحضور أمامها وإثبات موافقتهم على هذا الزواج بعد إيضاح الأمر لهم.

ثالثا: وفي أثناء ذلك تتولى المحكمة إجراء تحقيق شامل ودقيق عن مدى تحقق كل الشروط الواجب توافرها في ذلك. وعند تأكدها من تحقق كافة الشروط تصدر رخصة للزوج تسمح له بالتعدد.³

كما اعتبر القانون الإندونيسي كل الأشخاص الذين لم يلتزموا بالخطوات والشروط المحددة في القانون في حالة تعدد الزوجات، في حالة خرق وانتهاك للقانون. ومن ثم يمكن معاقبتهم بغرامة 7500 روبية طبقا للائحة التنفيذية رقم 09 لسنة 1975. كما يعاقب الموظفون في الخدمة المدنية إما بالتنزيل في الدرجة أو الفصل من مواقعهم أو الإحالة على التقاعد طبقا للائحة التنفيذية رقم 45 لسنة 1990.⁴

¹ "the financial ability of a husband to maintain his wives and children may be proven by (i) a certificate of his salary from his office, or (ii) a certificate of his tax payments, or (iii) other sources which are acceptable to the Islamic court." The Government Regulation No.9/1975 art. 41.c.

² "To guarantee the just treatment of a husband towards his wives and children, this can be proven by a written contract or declaration." The Government Regulation No.9/1975 art. 41.d.

³ أنظر تفاصيل ذلك في :

Khoiruddin Nasution, Polygamy in Indonesian Islamic Family Law, Shariah Journal, Vol. 16, No. 2 (2008) 207-222, p.210.

⁴ Khoiruddin Nasution, op.cit.p.211.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح رخصة التعدد في القانون الماليزي :

نص قانون الأسرة الإسلامي لماليزيا لعام 1984 في الفقرة الأولى من المادة 23، لا يمكن لأي رجل مع وجود الزواج قائماً، أن يبرم عقد زواج آخر، إلا برخصة مسبقة مكتوبة صادرة من قاضي الشريعة، ولا يمكن أن يعقد زواجاً ثانياً دون تلك الرخصة المنصوص عليها في هذا القانون.

كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 23 على أنه يمكن للمحكمة أن تمنح تلك الرخصة إذا أثبتت :

1- أن الزواج المقترح إبرامه عادل وضروري وذلك بالنظر إلى الوقائع، كالعقم أو عدم الملاءمة الجسدية أو الجسمية أو المعاشرة الجنسية، أو عدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية، أو الجنون بالنسبة للزوجة الحالية أو الزوجات

2- قدرته على النفقة على زوجاته وأبنائه بما فيهم الذين يصبحون أبناءه كنتيجة من الزواج المقترح.

3- قدرته على تحقيق العدل في المعاملة مع جميع زوجاته.

4- أن الزواج المقترح لا يسبب أي ضرر شرعي للزوجة الحالية أو للزوجات الحاليات.

5- أن الزواج المقترح لا يمكنه سواء مباشرة أو بطريق غير مباشر، أن يخفض في مستوى المعيشة الذي تعيشه الزوجة الحالية أو الزوجات الحاليات والأبناء والذي كان يمكن توقع عيشه في حالة عدم انعقاد الزواج.¹

ويلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع الماليزي قد قيد من حرية وسلطة القاضي في منح الرخصة لتعدد الزوجات. فلا يستطيع القاضي أن يسمح بالتعدد إلا إذا أثبت في حكمه أن الزواج المقترح إبرامه عادل وضروري. ويكون كذلك إذا أثبتت الوقائع أن الزوجة الحالية مريضة بمرض أو بها عيب يمنع من تحقق الغرض من الزواج: كعقم الزوجة بإثبات عدم القدرة على إنجاب الأطفال وهو نفس الشرط الذي نص عليه القانون الإندونيسي، أو بها عيب خلقي أو جسدي يمنع المعاشرة باعتبارها أحد أهداف الزواج والإحصان في المجتمعات الإسلامية التي تحظر فيه العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج. على خلاف المجتمعات التي تسمح بذلك كالمجتمعات الأوروبية مثلاً، يصبح عدم القدرة على المعاشرة أو الإنجاب ليس سبباً كافياً لفك الرابطة الزوجية مثلما أوضحت المحكمة العليا النمساوية في شهر يوليو 2012 رداً على طلب زوجة نمساوية التطليق من زوجها لعدم رغبتها في المعاشرة، باعتبار هذا إخلالاً بالواجبات الزوجية وهو كاف لإبطال الزواج. حيث أكدت المحكمة أن الزواج يقيم قائماً حتى ولو لم يكن هناك معاشرة زوجية أو لم يحصل إنجاب، علماً أساساً، "أن السبب كان قائماً منذ بداية الزواج وأن عدم معاشرتها له لا ينتج عنه الطلاق، أما عدم الإنجاب فهذا ليس عنصراً أساسياً يؤدي إلى الطلاق".²

¹ The Malaysian Islamic Family law (Federal Territory) ACT 1984, in Annual Review of Population Law, vol. 11, 1984, published by U.N.F.P.A. and Harvard L.S.L., 1987.

² خديجة بندوق، النمسا: المحكمة العليا النمساوية: "الزواج قائم ولو لم تكن هناك معاشرة زوجية"، منشور على موقع الجديدة نيوز:

كما سمح القانون الماليزي للزوج بالتعدد في حالة إصابة الزوجة الحالية بالجنون. وهي الحالة التي لم يتطرق لها القانون الإندونيسي. ويمكن للمحكمة التأكد من ذلك عن طريق الخبرة الطبية.

كما أضاف القانون الماليزي قيودا على التعدد بخلاف القانون الإندونيسي، يعد في صالح المرأة يتمثل في أن الزواج المقترح لا يسبب أي ضرر شرعي للزوجة الحالية أو للزوجات الحاليات. وهو ما يسمح للزوجة أن تعارض الزواج المقترح أمام المحكمة بإثبات أي ضرر شرعي قد يسببه لها الزواج المقترح.

وزيادة على شرط القدرة على الإنفاق وشرط العدل بين الزوجات، كما في القانون الإندونيسي، أضاف الماليزي قيودا آخر يتعلق بالوضع الاقتصادية، بحيث لا يكفي قدرة الزوج على الإنفاق على زوجاته وأبنائه المحتملين، بل يجب أن تثبت المحكمة الشرعية أن الزواج المقترح لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى تخفيض في مستوى المعيشة الذي تعيشه الزوجة الحالية أو الزوجات الحاليات والأبناء والذي كان يمكن توقع عيشه في حالة عدم انعقاد الزواج. إذ لا شك أن التعدد وزيادة الأبناء تؤدي حتما إلى الزيادة في المصاريف والنفقات اليومية لسد حاجيات الزوجات والأبناء. ومن ثم على المحكمة أن تثبت أن الزوج له من المصادر المالية الكافية التي لا تغطي فقط حاجيات الزوجات والأبناء المحتملين فحسب، بل عليه أن يثبت أنها لا تؤدي إلى تخفيض مستوى المعيشة التي كان عليه الزوجات والأبناء قبل الزواج المقترح.

المطلب الثاني: التشريعات التي وسعت سلطة القاضي في منح رخصة التعدد:

أما التشريعات التي وسعت من سلطة القاضي في منح رخصة التعدد فتنحصر معظمها في التشريعات العربية التي قيدت الزواج برخصة من القاضي. بالإضافة إلى بعض الدول الإسلامية غير العربية. ومن هذه التشريعات التي تعطي للقاضي السلطة التقديرية في منح رخصة التعدد: قانون الأسرة الإيراني لعام 1967، وقانون الأسرة الإسلامي لدولة باكستان وبنغلاديش لعام 1961، والقانون العراقي للأحوال الشخصية لعام 1959، والقانون السوري للأحوال الشخصية الصادر عام 1953 والمعدل عام 1967، والقانون الليبي رقم 10 لسنة 1984 المعدل بالقانون رقم 09 لعام 1994. ومدونة الأحوال الشخصية المغربية لعام 1958 المعدلة بالمدونة الجديدة لعام 2004. وقانون الأسرة الجزائري الصادر في 1984 المعدل بالقانون الصادر عام 2005.

وكما تم التركيز على القانونين الإندونيسي والماليزي كأنموذجين للتشريعات الإسلامية غير العربية المضيقه لسلطة القاضي في منح الرخصة للتعدد، سيتم الاقتصار على القانونين المغربي والجزائري كأنموذجين للقوانين العربية والتي وسعت من سلطة القاضي في منح الرخصة.

الفرع الأول: سلطة القاضي في منح رخصة التعدد في القانون المغربي:

بالنسبة للقانون المغربي بعد التعديل الجديد الصادر عام 2004 والذي بين في ديباجته العلة في تنظيم التعدد وحكمة الإسلام بترخيصه "لضرورات قاهرة وضوابط صارمة، وبإذن من القاضي، بدل اللجوء للتعدد الفعلي غير الشرعي، في حالة منع التعدد بصفة قطعية"¹، وبهدف التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص الاتفاقيات

¹ ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة في 05 فبراير 2004.

الدولية¹ أضاف التعديل مجموعة من الضوابط والشروط بعدما أخضع التعدد لرخصة مسبقة من القاضي. وأعطى للقاضي السلطة في منع التعدد أو السماح به وفق الشروط والوقائع وعلى ضوء الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون من المادة 40 إلى 46.

وقد بدأ القانون بمنع التعدد في المادة 40 كقاعدة عامة حاكمة للتعدد وذلك في حالتين :

1- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات.

2- إذا اشترطت الزوجة على الزوج عدم التزوج عليها.

كما نصت المادة 41 على حالتين لا تأذن فيهما المحكمة بالتعدد :

1- إذا لم يثبت لديها المبرر الموضوعي الاستثنائي،

2- إذا لم يثبت لديها من قبل طالب التعدد المصادر المالية الكافية لإعالة الزوجات والأولاد من نفقة وإسكان ومساواة في جميع نواحي الحياة.

ومن حيث الإجراءات العملية للتعدد فقد نصت المواد اللاحقة على ذلك. حيث يتقدم طالب التعدد إلى المحكمة بطلبه متضمنا الأسباب الموضوعية والاستثنائية للزواج مرفوقا بإقرار عن وضعيته المالية لتتأكد المحكمة من كفايتها لذلك، وذلك طبقا للمادة 42. ثم بعد ذلك تتولى المحكمة استدعاء الزوجة الأولى أو المراد التزوج عليها وإبلاغها من قبل القاضي بطلب زوجها التعدد. وإذا لم تحضر أو رفضت تسلم الاستدعاء، يتولى القاضي إنذارها عن طريق كتابة الضبط يشعرها فيه أنها إذا لم تحضر في الجلسة المحددة في الإشعار سيتم البت في طلب زوجها في غيابها. كما يمكن للمحكمة أن تبت في غيابها في طلب الزوج إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطنها أو محل إقامتها. لكن إذا ثبت لدى المحكمة عدم وصول الاستدعاء للزوجة بسبب سوء نية الزوج نتيجة تقديم معلومات خاطئة عن موطنها أو إقامتها أو تحريف في اسمها، فسيعاقب الزوج بالحبس والغرامة المنصوص عليهما في المادة 361 من القانون الجنائي، إذا طلبت هذا الزوجة المضرورة طبقا للمادة 43. تقوم المحكمة بمحاولة الصلح بين الزوجة المراد التزوج عليها وزوجها في غرفة المشاورة. وإذا ثبت فشل محاولة الصلح يمكن للمحكمة أن تأذن بالتعدد بقرار معلل غير قابل لأي طعن إذا ثبت لديها المبرر الموضوعي الاستثنائي مع توافر شروطه الشرعية. وللمحكمة أن تقيد هذا الإذن بشروط تراعي فيها مصلحة المتزوج عليها ومصلحة الأطفال (المادة 44). وإذا أصرت الزوجة المراد التزوج عليها على طلب التطلاق بعد محاولة المحكمة الصلح حددت المحكمة مبلغا يضمن حقوق الزوجة وحقوق أبنائها من هذا الزوج الذي يجب عليه إيداع المبلغ في أجل لا يتجاوز 07 أيام. فإذا تم إيداعه حكمت المحكمة بالتطلاق. ويعد عدم إيداع المبلغ في أجله تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد. وفي حالة تمسك الزوج بالإذن بالتعدد وتمسكت الزوجة برفضه ولم تطلب التطلاق تشرع المحكمة تلقائيا بتطبيق مسطرة الشقاق وهي إجراءات التطلاق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق المنصوص عليها في المواد 94-97، طبق للمادة 45.

¹ د. حكيمة الحطري، المرأة المغربية وقانون الأسرة : موضوع المشاركة في المؤتمر الدولي: المرأة المتوسطية والمعرفة لسنة 2009، منشور في مجلة الفقه والقانون الالكترونية بالمغرب، 14.

وفي حالة إذن المحكمة بالتعدد لا تقوم بعقد الزواج إلا بعد إشعار الزوجة الثانية أو المراد التزوج بها بان المرید الزواج بها متزوج ويجب التأكد من رضاها بذلك. ويجب إثبات إشعارها ورضاها في محضر رسمي طبقا للمادة 46.

يستخلص من المواد المذكورة أعلاه ما يلي :

1- أن القانون المغربي ربط التعدد برخصة مسبقة من القاضي

2- أعطى القانون سلطة تقديرية للقاضي في تقدير المبرر الموضوعي الاستثنائي. لأن القانون لم يحدده كما فعل القانون الإندونيسي والقانون الماليزي. ومن ثم يخضع تقديره للقاضي. فقد يرى البعض أنه يشمل رغبة الزوج في الإنجاب وزوجته عاقر، أو مصابة بمرض عضال يعيق قيامها بواجباتها الزوجية.¹ أو الرغبة في مزيد من الإحصان، أو أن الزوجة ليس لها الرغبة أو ليس لها القدرة على المعاشرة الزوجية. وقد أدى المبرر الموضوعي غير المحدد إلى التضارب في الأحكام، حيث أذنت المحكمة الابتدائية بتجارة وذلك في حكم (غير منشور) صادر بتاريخ 30-01-2007، بالتعدد بحجة رغبة الزوج في الزيادة في الإحصان بعد حضور الزوجة الأولى وموافقها على ذلك. بينما رفضت المحكمة الابتدائية بخنيفرة طلب التعدد بحجة أن كبر السن ليس مبررا موضوعيا.²

3- أعطى القانون المغربي سلطة للقاضي في تحديد الموارد المالية للزوج ومدى كفايتها لإعالة الزوجات والأولاد.

4- كما منح القانون للقاضي سلطة واسعة في تقييد الإذن بالتعدد بشروط على الزوج الالتزام بها تكون فيها فائدة للمراد التزوج عليها ولأطفالهما.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن القانون المغربي قيد القاضي في بعض الحالات :

1- لا يحكم القاضي بالتعدد إلا بعد إشعار المرأة المراد التزوج بها والتأكد من رضاها بذلك.

2- لا يمكن للقاضي أن يأذن بالتعدد في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

3- ألزم القانون القاضي بضرورة استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، وإذا لم تحضر أو لم تستلم الاستدعاء وجب إنذارها عن طريق كاتب الضبط.

4- ألزم القانون القاضي بضرورة إجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالتعدد.

5- ألزم القانون القاضي بتحديد مبلغ لاستيفاء كافة حقوق الزوجة والأولاد إذا أصرت على التطلاق.

6- ألزم القانون القاضي بإتباع مسطرة الشقاق إذا رفضت الزوجة التعدد وتمسك الزوج به.

¹ د. حميد مسرار، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي: رؤية حقوقية، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، يناير 2013، ص 205.

² حيث قدم الزوج مبرره الموضوعي للتعدد متمثلا في أن الزوجة لم تعد تستطيع القيام بشؤون البيت والمعاشرة الزوجية لبلوغها 54 سنة ولوجود تعفن في جهازها التناسلي. وقد رفضت المحكمة هذا المبرر " بعلة أن كبر السن وإن كان عنصرا موضوعيا في تحقيق نقصان القدرة على القيام بشؤون بيت الزوجية، فذلك أمر طبيعي وشرعي لقوله تعالى في سورة الروم الآية 53 : " الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد الضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة " وأن عدم القدرة على المعاشرة نتيجة وجود تعفن بجهازها التناسلي هو الذي سبب لها عدم الرغبة في ذلك ، وشتان بين عدم الرغبة في المعاشرة الزوجية وعدم القدرة عليها، كما أن وجود التعفن بالزوجة أمر عرضي مؤقت ... " ذ. صالح اشطبي، مسطرة تعدد الزوجات في ظل مدونة الأسرة، مقال منشور في الموقع التالي:

<http://www.startimes.com/?t=20472559>

03/10/2013 تم الاطلاع عليه بتاريخ

الفرع الثاني: سلطة القاضي في منح رخصة التعدد في القانون الجزائري:

بالنسبة للقانون الجزائري فقد كان ينص في ظل قانون الأسرة لعام 1984 وقبل تعديله سنة 2005 على إباحة التعدد كأصل عام مع تقييده ببعض القيود التي تمنع سوء استعماله من قبل الزوج للإضرار بالزوجة السابقة أو اللاحقة.¹ فقد قيد التعدد بالشروط الفقهية العامة المتعلقة بالعدد الذي لا يتجاوز أربع زوجات في عصمة الزوج، وشرط النفقة وشرط العدل، وأضيف شرط وجود المبرر الشرعي، وشرط علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة بهذا الزواج كما ورد في نص المادة 08 "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

ولم يربط القانون الجزائري لعام 1984 التعدد برخصة مسبقة من القاضي قبل الزواج. ولكن بعد الانتقادات الموجهة للمشروع الجزائري من قبل منظمات المجتمع المدني والمنظمات النسوية والمدافعين عن حقوق الإنسان عموماً والمرأة على الخصوص²، ورغبة السلطات الجزائرية في الانسجام مع التطور والاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز، والتي انضمت إليها الجزائر وصادقت عليها بتحفظ³ على المواد المذكورة أعلاه، على الرغم من وجود دراسات ميدانية تثبت أن تحولات اجتماعية وثقافية واقتصادية في المجتمع الجزائري أثرت على تدني نسبة تعدد الزوجات⁴، صدر التعديل الجديد لقانون الأسرة بأمر من رئيس الجمهورية بتاريخ 27 فبراير 2005⁵ ينص صراحة في المادة 08 معدلة: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. ويمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية⁶.

¹ د. علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1986، العدد 02، ص444.

² حيث وصف بأنه (المشرع) ينظر "إلى المرأة على أنها تابعة للرجل ومن هذا المنطلق قرر إطلاق سلطاته". د. دنوني بن الشيخ هبيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، السنة 1420-2000، ص 477.

³ مرسوم رئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق 22 يناير سنة 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979. الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 1996. والتي وافقت عليها بالأمر رقم 96-03 المؤرخ في 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير سنة 1996 والمتضمن الموافقة مع التحفظ على الاتفاقية المذكورة.

⁴ نادية بن فليس، تعدد الزوجات في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، رسالة ماجستير في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005، ص 179 وما بعدها.

⁵ أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

لقد ورد النص صريحا في تعليق الزواج بأكثر من واحدة على الرخصة المسبقة من القاضي. بحيث ألزم طالب الزواج أن يتقدم بطلبه إلى القاضي وهو رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. وعلى القاضي قبل أن يرخص بالزواج أن يتأكد من :

1- موافقة الزوجة الأولى والمرأة المراد الزواج بها،

2- تحقق المبرر الشرعي،

3- القدرة على توفير العدل،

4- القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

ويلاحظ أن القانون الجزائري عكس القانونين الإندونيسي والماليزي، لم يحدد للقاضي الخطوات أو المعايير التي يستطيع بها التحقق من توافر كل الشروط المذكورة.

فشرط موافقة الزوجة الأولى و المرأة المراد الزواج بها سهل التحقق والإثبات إذ يسهل على القاضي التأكد من هوية كل منهما والتحقق من موافقتهما على التعدد.

أما شرط توفير العدل فلا يتحقق ابتداء ولا يمكن للقاضي أن يتحقق منه. ولهذا لا مناص من أن يطلب (على غرار ما ورد في القانون الإندونيسي) من الزوج التقدم بتعهد أو تصريح مكتوب يثبت فيه الزوج التزامه بتحقيق العدل بين الزوجات.

أما بخصوص شرط القدرة على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية، فلم يحددها القانون أيضا. ولكن القاضي يستطيع التأكد منها عن طريق مطالبة الزوج إثبات مصادره المالية الكافية للحياة الكريمة للزوجة الأولى والمرأة المراد الزواج بها والأولاد إن وجدوا. وفي هذا الخصوص حدد القانون الإندونيسي عن طريق اللائحة التنفيذية كيفية التأكد من المصادر المالية للزوج. ويعتبر القانون الماليزي أكثر تحديدا عندما اشترط أن لا يؤدي الزواج المقترح بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى تخفيض مستوى المعيشة الذي تعيشه الزوجة الحالية أو الزوجات الحاليات والأبناء والذي كان يمكن توقع عيشه في حالة عدم انعقاد الزواج.

أما بخصوص شرط المبرر الشرعي فلم يحدده المشرع الجزائري على غرار المشرع المغربي، وعلى عكس المشرعين الماليزي والإندونيسي كما سبق. وعليه سيخضع للسلطة التقديرية للقاضي. فقد يهتم أن يشمل أي مبرر يقبله الشرع الإسلامي وهو ما يطلق عليه عادة في كتب الفقه وحتى في كتب شرح قانون الأسرة: بالحكمة من تعدد الزوجات والتي تتلخص في مرض الزوجة أو عقمها أو "في دوافع المصلحة أو في الحاجة الطبيعية، ومتنفس للخروج من المأزق، وكعلاج لضعف عدد الأمم أو زيادة عدد النساء على الرجال"¹. ويفسر البعض الآخر المبرر الشرعي بأنه "النقص الملحوظ في أداء الزوجة وصلاحيتها للقيام بوظائفها كربة بيت، كأن يتعلق الأمر بضعف صحي عندها يمنعها من تحمل الوطاء كل ليلة أو أصابها مرض قلل من قابليته التمتع بها أو عجزت عن أن تلبى حاجة المنزل

¹ د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005، ص 91.

بالخدمات فيكون ذلك مبرراً شرعياً لإضافة زوجة ثانية¹. وفسره رئيس مجلس قضائي بأنه: "يتمثل عادة في مرض الزوجة مرضاً مزمناً يعطلها عن القيام بالواجبات الزوجية أو يعطلها عن القيام بالشؤون المنزلية والعناية اللازمة بالأولاد تعطيلًا جزئياً أو كلياً. وفي العقم وعدم إنجاب الأطفال وما شابه ذلك"². ويترتب عن ذلك أن المبرر الشرعي قد يختلف من حالة إلى أخرى ويختلف من قاض إلى آخر. فلا يقتصر على المرض أو عدم الإنجاب، بل قد يرى أحد القضاة أن الرغبة في الإحصان من قبل الزوج مبرراً شرعياً، بينما يرى آخر أن عزوف الزوجة عن المعاشرة مبرراً شرعياً. بينما لا يرى قاض آخر ذلك. ومن ثم ستعارض الأحكام القضائية كما سبق بيانه في القانون المغربي. وإذا كان القانون الجزائري في التعديل الجديد لم يحدد بدقة المبرر الشرعي كما فعل أيضاً في القانون القديم 1984، إلا أن المنشور الوزاري رقم 84/102 الصادر بتاريخ 1984/12/23 والذي صدر لتفسير المادة الثامنة من قانون الأسرة 1984 جاء على خلاف ذلك. فقد ألزم الموثق وضابط الحالة المدنية بضرورة التأكد من وجود المبرر الشرعي وعدم الاكتفاء فيه بالمشافهة أو الإقرار بل يجب تقديم شهادة طبية من طبيب مختص تثبت ذلك المبرر الشرعي، مما يفيد أن المنشور الوزاري قد حصر المبرر الشرعي في حالة مرض الزوجة أو حالة عدم الإنجاب أو العقم³. ومما يثار في هذا الشأن أن المنشور الوزاري صدر لتفسير المادة 8 من قانون الأسرة لعام 1984 وقد تعدل هذا القانون بموجب قانون 2005 فهل يظل المنشور ساري المفعول بعد تعديل القانون؟ خاصة وأن المنشور صدر ليخاطب الموثق وضابط الحالة المدنية عندما كان التعدد ينعقد أمامهما. أما وقد تغير الأمر وأصبح التعدد لا ينعقد إلا أمام القاضي وبرخصة مسبقة منه، فهل يستمر المنشور في السريان رغم أن شروط المادة 8 قد تغيرت؟

كما أن المشرع الجزائري لم يرتب أي جزاء عن مخالفة الزوج لشروط التعدد وخاصة شرط الرخصة المسبقة من القاضي. فالشروط الأخرى يمكن التأكد منها ومراقبتها من قبل القاضي. لكن إقدام الزوج على التعدد خارج نطاق القضاء لم يحدد له المشرع أي رادع. على عكس المشرع الإندونيسي الذي نص على عقوبة الغرامة لكل من يخالف شروط التعدد. كما نص على عقوبات إدارية تصل إلى التسريح من الخدمة لكل موظف مدني ساهم في إبرام عقد زواج مخالف لشروط التعدد المذكورة في القانون، مثلما سبق بيانه.

كما أن جزاء الفسخ الذي رتبته المشرع الجزائري على الإقدام على تعدد زوجات دون رخصة من القاضي ليس رادعاً لأنه يقتصر على فسخ عقد الزواج الثاني قبل الدخول فقط؟ ويثير كثيراً من التساؤلات: منها هل يحكم القاضي من تلقاء نفسه بالفسخ؟ أم بناء على طلب من الزوجة الأولى أم الثانية أم من كليهما؟ أم من المتضررة من التعدد نتيجة عدم علمها به؟ أم بتدخل من النيابة العامة؟

كما أن جزاء الإخلال بشرط الرخصة المسبقة من القاضي وهو الفسخ يتداخل مع جزاء التطليق وهو حق للزوجة التي لم تعلم بحقيقة التعدد سواء الزوجة الأولى أم الثانية. لأن المادة 8 معدلة تنص على أنه: "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها". وحددت المادة 8 مكرر "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق". ولكن المادة 8 معدلة تشترط على القاضي أن لا يسمح

¹ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري: في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 30.

² عبد العزيز سعد (رئيس المجلس القضائي في عنابة)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1986، ص 124.

³ د. صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة "المعيار" كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد التاسع، جويلية 2004، ص 135.

بالتعدد إلا بعد التأكد من موافقة المرأتين الأولى والثانية: "ويمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها..". فكيف يحصل التدليس عليهما؟ وقد تأكد القاضي من موافقتهما؟ إذن لا يتحقق التدليس بناء على ذلك إلا إذا وقع التعدد دون رخصة من القاضي؟ ومن ثم يكون لهذه المخالفة جزاء ان الفسخ قبل الدخول والتطليق؟

والحقيقة أن طلب التطليق حق للزوجة عند عدم موافقتها على التعدد. فلا يمكن إجبار الزوجة على مواصلة الحياة الزوجية مع زوجها الذي تتقاسمه مع امرأة أخرى. ولهذا منحها المشرع الحق في طلب التطليق عند عدم الموافقة على التعدد. وكذلك للزوجة الثانية حق التطليق عند اكتشافها أن الزوج متزوج بأخرى قبلها.

إذن يستنتج من هذا كله أن طلب التطليق ليس جزاء للتدليس. لأن الزوجة لو دلس عليها الزوج وأخفى زواجه سواء عن الأولى أو عن الثانية ثم علمت بعد ذلك ورضيت بالوضع فما هو الجزاء؟ لا شيء! كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة لرفع طلب التطليق على أساس التدليس كما هو الحال في القواعد العامة في القانون المدني الجزائري التي تحدد مدة خمس سنوات من يوم اكتشاف التدليس و10 سنوات من يوم إبرام العقد طبقا للمادة 101 معدلة من القانون المدني الجزائري.¹ ولا يمكن تطبيق هذه المدة على التطليق لسببين:

1- أنها مدد طويلة لا يمكن أن يبقى عقد الزواج مهتدا بالزوال طيلة هذه المدة.

2- أن جزاء التدليس في القانون المدني طلب إبطال العقد، على أساس أن التدليس عيب يصيب الرضا فيدفع المتعاقد إلى التعاقد بحيث لو علم الحقيقة لما أقدم على التعاقد.² وهذه الحالة يمكن تصورهما في حالة التعدد بالنسبة للزوجة الثانية. إذ يكون الزوج قد دلس عليها بإخفائه زواجه من الأولى، بحيث لو علمت بذلك لما أقدمت على الزواج. فيكون لها الحق في طلب إبطال العقد على أساس التدليس. ولها أيضا طلب التعويض على أساس أن التدليس عمل غير مشروع يوجب التعويض، طبقا للقواعد العامة في القانون المدني.

أما الزوجة الأولى فقد أبرمت عقد الزواج وانتهى الأمر، فإذا أقدم الزوج على الزواج من أخرى دون علمها. وهي ليست طرفا في هذا العقد الثاني فهل يكون لها الحق في طلب الإبطال على أساس التدليس؟

يستنتج من ما سبق أن على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة المذكورة أعلاه بحذف عبارة التدليس والإبقاء على جزاء التطليق عند رفض الزوجة التعدد، وتحديد مدة معينة لرفع دعوى التطليق سواء من الزوجة الأولى أو الثانية.

ولتفادي كل هذه الإشكالات كان على المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرع المغربي فيشترط على القاضي استدعاء الزوجة الأولى والمرأة التي يراد الزواج بها أمامه ويتأكد من موافقتهما على ذلك. وللزوجة التي رفضت التعدد حق طلب التطليق، وطلب حقوقها المالية ولأولادها وبيت القاضي في ذلك كله دون أي تأخير أو إجحاف للزوجة ولأولادها من الزوج.

¹ قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 26 يونيو 2005.

² د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 47.

خاتمة :

يستنتج من خلال ما تم تفصيله في هذا المقال ما يلي :

أولاً: أن أغلب تشريعات الدول الإسلامية ربطت التعدد بضرورة استصدار رخصة مسبقة من القاضي.

ثانياً: أن هذه التشريعات انقسمت بخصوص الرخصة وسلطة القاضي في منحها إلى قسمين: قسم منها كالقانون الإندونيسي والقانون الماليزي ضيق من سلطة القاضي بحيث حدد الحالات التي تعتبر مبرراً شرعياً للتعدد تنحصر - هذا بالإضافة إلى الشروط العامة الأخرى: كالعُدل والقدرة على النفقة - في :

1- عدم قدرة الزوجة على القيام بواجباتها الزوجية .

2- إذا أصبحت مشلولة أو مريضة نهائياً.

3- إذا كانت عقيماً لا تنجب له أطفالاً .

4- الملاءمة الجسدية أو الجسمية أو المعاشرة الجنسية.

5- الزواج المقترح لا يسبب أي ضرر شرعي للزوجة الحالية أو للزوجات الحاليات.

6- إذا كانت زوجته الحالية أو زوجاته سمحت له بذلك.

بينما وسعت تشريعات أخرى من سلطة القاضي في منح الرخصة دون أن تحصر له حالات المبرر الشرعي للتعدد كالقانون المغربي والقانون الجزائري. ولا شك أن التحديد وضبط حالات المبرر الشرعي للتعدد يعد حماية للزوجة، ويقضي على حالات التضارب في الأحكام القضائية كما تبين.

ثالثاً: أن التشريع المغربي أكثر دقة وحماية للمرأة عندما ألزم القاضي بضرورة استدعاء كل من الزوجة الأولى والمرأة المراد الزواج بها للتأكد من موافقتهما على ذلك. بينما جعل المشرع الجزائري مهمة إبلاغ الزوجة والمرأة المراد الزواج بها على عاتق الزوج مما يستوجب احتمال وقوع التدليس من قبل الزوج عليهما أو على إحداهما. وفي نفس الوقت ألزم القاضي بالتأكد من موافقتهما مما يتعارض مع التدليس؟

رابعاً: أن التشريع المغربي أكثر دقة في حماية الزوجة والأولاد عندما أعطى للقاضي عند منحه رخصة التعدد أن يضع شروطاً لفائدة المتزوج عليها وأولادها، تسمح له برقابة مدى التزام الزوج بها بعد ذلك.

كما يعد أيضاً أكثر دقة في حماية الزوجة والأولاد في حالة إصرار الزوجة المراد الزواج عليها على طلب التطلاق بعد محاولة الصلح، بأن يتولى القاضي تحديد مبلغ مالي يضمن حقوق الزوجة وحقوق أبنائها من هذا الزوج الذي يجب عليه إيداع المبلغ في أجل لا يتجاوز 07 أيام. وإلا عد ذلك تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد.

خامساً: لم يرتب القانون الجزائري أية عقوبة أو أي جزاء لمن يخالف الشروط القانونية لتعدد الزوجات باستثناء فسخ الزواج قبل الدخول. ولم يحدد ما إذا كان الفسخ يحكم به القاضي من تلقاء نفسه أم بناء على طلب من أحد الزوجات أم بتدخل من النيابة العامة ! على عكس القانون الإندونيسي الذي حدد عقوبة الغرامة بالنسبة للزوج

وعقوبات إدارية للموظفين في حالة مخالفة شروط التعدد. بينما القانون المغربي نص على عقوبة الحبس والغرامة للزوج فقط في الحالة التي يثبت لدى المحكمة عدم وصول الاستدعاء للزوجة بسبب سوء نية الزوج نتيجة تقديم معلومات خاطئة عن موطنها أو إقامتها أو تحريف في اسمها، ورخصت المحكمة بناء على ذلك بالتعدد في غيبة الزوجة، فسيعاقب الزوج بالحبس والغرامة المنصوص عليهما في المادة 361 من القانون الجنائي، بناء على طلب الزوجة المتضررة.

قائمة المراجع :

أولا : رسائل ماجستير :

01- زبيدة إقروفة، قانون الأسرة الجزائري بين التأييد والتنديد، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 1999.

02- نادية بن فليس، تعدد الزوجات في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، رسالة ماجستير في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005.

ثانيا: كتب

03- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005.

04- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري: في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

05- عبد العزيز سعد (رئيس المجلس القضائي في عناية)، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1986.

06- د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

ثالثا: مقالات :

07- د. حكيمة الخطري، المرأة المغربية وقانون الأسرة: موضوع المشاركة في المؤتمر الدولي: المرأة المتوسطة والمعرفة لسنة 2009، منشور في موقع مجلة الفقه والقانون الالكترونية بالمغرب.

08- د. حميد مسرار، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي: رؤية حقوقية، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث، يناير 2013، ص 205.

09- د. دنوني بن الشيخ هجيرة، إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، السنة 1420 - 2000، ص 477.

10- د. صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة "المعيار" كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد التاسع، جويلية 2004، ص 135.

11- قارة وليد، حقوق المرأة في القوانين الجزائرية، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني، ديسمبر 2012، ص 159.

12- د. علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1986، العدد 02، ص 444.

13- آمنة الجبلابوي، قراءة في التحفظات العربية على اتفاقية "السيداو CEDAW"، مقال منشور الأربعاء 29 ديسمبر 2010 في موقع الأوان:

<http://www.alawan.org/%D9%tml>

01/10/2013 18:25 تم الاطلاع عليه بتاريخ

14- محسن الندوي، إلى أين يتجه المغرب برفع تحفظاته عن اتفاقية "سيداو"؟، مقال منشور في موقع الحوار نت:

<http://www.alhiwar.net/ShowNews.php?Tnd=22160#.UksZT9I2b8U>

01/10/2013 19:53 تم الاطلاع عليه بتاريخ

15- خديجة بندوق، النمسا: المحكمة العليا النمساوية: "الزواج قائم ولو لم تكن هناك معاشرة زوجية"، منشور على موقع الجديدة نيوز:

<http://aljadidah.com/2013/07/%D8>

01/10/2013 07:50 تم الاطلاع عليه بتاريخ

16- ذ. صالح اشطبي، مسطرة تعدد الزوجات في ظل مدونة الأسرة، مقال منشور في الموقع التالي:

<http://www.startimes.com/?t=20472559>

03/10/2013 تم الاطلاع عليه بتاريخ

رابع: نصوص قانونية:

17- الأمر رقم 05-01 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم

70-86 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية، الجريدة الرسمية

العدد رقم 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

18- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم

84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة

الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

19- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادي الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر

رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني،

الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 26 يونيو 2005.

20- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون

رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة في 05 فبراير 2004.

21- مرسوم رئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 02 رمضان عام 1416 الموافق 22 يناير سنة 1996، يتضمن انضمام

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

لسنة 1979. الجريدة الرسمية العدد رقم 06 لسنة 1996.

خامسا: مراجع باللغة الأجنبية:

- 22- Adriaan Bedner & Stijn van Huis, Plurality of marriage law and marriage registration for Muslims in Indonesia: a plea for pragmatism, Utrecht Law Review, Volume 6, Issue 2 (June) 2010, p.175.
- 23- Economic and social commission for western Asia (ESCWA), best practice and successful experiences in implementation of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women in Arab countries, United Nations, New York, 2011, p.06.
- 24 -Elizabeth F. Defeis, The United Nations and Women - A Critique, William & Mary Journal of Women and the Law, Volume 17 , Issue 2, (2011), p. 400.
- 25 -Katz J..P Katz h., the New Indonesian Marriage Law: A mirror of Indonesia Asians Political, Cultural and Legal Systems, 23 American Journal of Comparative Law, 1975, 653-681.
- 26 -Khoiruddin Nasution, Polygamy in Indonesian Islamic Family Law, Shariah Journal, Vol. 16, No. 2 (2008) 207-222.
- 27 -Orcu Esin, Turkey, Reconciling traditional society and secular demands, 26 Journal of Family Law, 1987-8, P. 221-236.
- 28 -The Malaysian Islamic Family law (Federal Territory) ACT 1984, in Annual Review of Population Law, vol. 11, 1984, published by U.N.F.P.A. and Harvard L.S.L., 1987.

حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي



دراسة من إعداد : الدكتورة : تيزا - حسين نوار
كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو

مقدمة :

تسعى الدولة الجزائري بإرادتها المنفردة إلى رفع الحد الأدنى لحماية رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة على إقليمها بعد اقتناعها بأنها الحل الوحيد والمخرج الأساسي للأزمة الاقتصادية التي تتخبط فيها من جهة أولى، ورعاية لاعتبارات سياسية واقتصادية تجاه الدول التي ينتمي إليها المستثمرون بجنسياتهم من جهة ثانية، فتكرس عدّة وسائل لضمان الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي وتتصدى بكلّ الوسائل لكل المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها خلال فترة الاستثمار⁽¹⁾. وذلك مهما كانت طبيعة الإجراءات المتبعة في ذلك مباشرة أو تدريجية و غير مباشرة، تشريعية أو إدارية أو قضائية. وقد نظم المشرع الجزائري كل أشكال الحماية الواردة في كل من العرف والقوانين الدولية، أو وفق ما جرى عليه العمل في التشريعات والاتفاقيات الدولية، وذلك من أجل ضمان الحماية على المستويين الدولي والداخلي، الشكلي والموضوعي بطريقة تكاملية. كما يمنح للمستثمر الأجنبي هذه الحماية على ضوء الحماية الدولية التي تضمن تكريس مجموعة من الضمانات الدولية وإعمال مبادئ القانون الدولي، في هذه الدراسة نتساءل عن : مضمون الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي ؟

المبحث الأول - مبادئ القانون الدولي التي تركز حماية الاستثمار الأجنبي :

لقد كانت ولا تزال مشكلة حماية المستثمرين الأجانب قضية مهمة تراحم أهم المسائل التي تهتم بها الدولة عند إرسالها للنظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في قوانينها الداخلية، حيث يتمتع المستثمر الأجنبي بمركز قانوني لا بأس به بالمقارنة مع المركز القانوني الذي يتمتع به باقي الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم، وبحماية لا

¹ - نصّت عدّة قرارات تحكيمية على إلزامية ضمان حماية الاستثمار الأجنبي بمجرد نشأة الاستثمار، كقرار محكمة العدل الدولية في قضية

برشلونة تراكشن سنة 1970 التالي: « *Des lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi, et assume certaines obligations quand à leur traitement* ».

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000،

تقل أهمية عن ذلك، إلا أن هذه الحماية لم تعد تتماشى مع ما كانت تقتضيه قواعد القانون الدولي التقليدي الذي كان يحمي المستثمر الأجنبي حماية لا تخرج عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب⁽¹⁾ لتتطور مع تطور القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية الذي يتطلب إعمالاً جديداً⁽²⁾ وفق المبادئ الجديدة التي تتطلب تبديد الأفكار الكلاسيكية المبنية على أساس اعتبار الدول الأشخاص الوحيدة للقانون الدولي، وارتقاها إلى درجة مخاطبة الأشخاص الطبيعية كالمستثمر الأجنبي للسماح له بالوقوف كخصم للدولة المضيفة له أمام القضاء الدولي لفضّ منازعاته المتعلقة بالاستثمار الأجنبي شخصياً، بعد أن كانت منازعاتهم لا تُفضّ إلا في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية. وعليه أصبحت أهم الضمانات الدولية التي يكفلها إعمال الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي تتحقق من خلال مجموعة من المبادئ الدولية التالية :

أولاً - مبدأ الحد الأدنى في الحماية = *Principe du standard minimum* :

تقضي قواعد القانون الدولي بأن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ليست مطلقة الحرية في معاملة الأجانب الموجودين على إقليمها، لأنها ملزمة باحترام المعاهدات التي أبرمتها بخصوص معاملة وحماية الاستثمارات الأجنبية، كما أنها ملزمة بمراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب باعتبارها جوهر الحماية التي يشرها القانون الدولي، والتي لا يجوز لها النزول عنها في معاملة الأجانب وإن كانت تقل عن الحد المضمون في معاملة المواطنين. حيث يثير مفهوم "الحد الأدنى لحماية الأجانب ومعاملتهم" خلافاً من حيث مضمون الحد والحقوق التي يشملها. فرغم أن القانون الدولي قد أقر المبدأ وإلزامية احترامه من الجماعة الدولية، إلا أن مضمونه يبقى نسبياً وإطاره محدداً وفق وجهة نظر الدولة التي تقوم بإعماله أي الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية⁽³⁾، وقد حاولت إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في شأن تحديد مفهوم الحد الأدنى للمعاملة والحماية تعريفه كما يلي: « *إنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر، سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى والذي يكفل حدّاً أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب بما في ذلك حقوقهم المالية* ». ومعنى ذلك أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يقضي بتوفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود، بما في ذلك معاملة وحماية ممتلكاتهم بصفة عادلة ومنصفة، فلا تتعرض لأي إجراء كان كالتأميم أو نزع الملكية أو أي تدبير آخر مماثل سواء كان تشريعياً أو قضائياً أو إدارياً قد يحد من حق المستثمر الأجنبي في استعمال أمواله بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بصفة مؤقتة إلا في حدود العدل والإنصاف. لكن تعرض هذا التعريف لانتقادات فقهية عنيفة بسبب أن الحد الأدنى التقليدي بالمفهوم السابق أصبح غير كاف

¹ - عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص ص 85 - 93.

² - أصبحت ظاهرة النشاطات الاقتصادية في رحاب الاستثمارات الأجنبية العصب الأساسي للتطور الاقتصادي والاجتماعي داخل الدولة الشيء الذي جعل التنظيم التقليدي للأجانب، لاسيما مركز الأجانب والأموال والنشاطات، جامد ولا يستوعب العملية بكاملها، لذا تخلت الدول عن تنظيمها بموجب الأساليب التقليدية مثل اتفاقات و اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة والتعاون واتفاقيات الإقامة التي كانت سائدة في القرون الماضية.

³ - « *Le standard minimum est la norme minimum exigée en matière de protection et de traitement des investissements étrangers par les règles du droit international ou à défaut par les principes généraux du droit communs aux notions civilisées* ». Horchani Ferhat, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *J.D.I.*, N° 2, 131^{ème} Année, 2004it., p. 184.

لحماية وصيانة ملكية وأموال المستثمر الأجنبي خصوصاً مع تطور المركز القانوني للأجانب بصفة عامة، وللمستثمر الأجنبي بصفة خاصة هذا من جهة. وعلى أساس أن الالتزامات التي تضمنها الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية تتجاوز بكثير الحد الأدنى إذا كان مضمونه ينطبق أصلاً على مضمون التعريف، وتجعله في حالات كثيرة يستغني عن الحماية التي يضمنها القانون الدولي بموجب "الحد الأدنى" من جهة ثانية. إلا أن ذلك لا ينقص من أهمية حماية المستثمر الأجنبي بموجب مبدأ "الحد الأدنى للحماية والمعاملة" وفق القانون الدولي وبالخصوص في الحالات التي لا يضمن فيها المستثمر الأجنبي الحصول على هذا الحق بموجب الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾، أو في حالة الرجوع إلى حدود الحد الأدنى لإثارة مسؤولية الدولة المضيفة عن التقصير في الحماية والمعاملة بالمقارنة مع تلك الحماية والمعاملة التي يحظى بها المستثمر الوطني.

وقد قضت عدّة هيئات تحكيمية بإلزامية مراعاة مبدأ الحد الأدنى للحماية والمعاملة المكرّسة للأجانب، ومنه ما قضت به الهيئة التحكيمية في قضية : Myers c/Canada

« L'incorporation de la clause du standard minimum de traitement est nécessaire afin d'éviter ce qui pourrait autrement constituer un écart. Un gouvernement pourrait traiter un investisseur de manière sévère injurieuse et injuste, mais le fait de manière qui ne diffère pas de traitement infligé à ses propres nationaux. Le standard minimum de traitement est un seuil en dessous duquel le traitement des investisseurs étrangers ne peut descendre, même si le gouvernement n'a pas agi de manière discriminatoire »⁽²⁾

ثانياً - مبدأ الحق في الحماية الدبلوماسية *principe de la protection diplomatique* :

لعبت الحماية الدبلوماسية دوراً فعالاً في تطوير قواعد القانون الدولي، استعملتها الدول لحماية رعاياها المتواجدين على إقليم الدول الأجنبية من كل الأضرار التي تسببها شخصياً أو تمس أموالهم المستثمرة وهي ضمانة للاستثمار من جهة ووسيلة لازدهار الاقتصاد العالمي. حيث يقول د. حسين حنفي عمر عن الحماية الدبلوماسية ما يلي: « يستحق الفرد والمال الأجنبي الحماية... من مخاطر الاعتداء عليه أو تأميمه أو مصادرته وخاصة إذا تم ذلك بواسطة الدولة التي يتم الاستثمار على أراضيها. ولا شك أن الوسيلة المثلى للحماية هي في تبني دولة المستثمر المطالبة بإجراء الحماية الدبلوماسية »⁽³⁾. لقد كان مصدر حق الرعايا في الحماية الدبلوماسية في الفقه التقليدي هو القانون الداخلي وليس القانون الدولي لأنها مظهر من مظاهر السيادة الوطنية وهو حق خالص للدولة يخضع

¹ - صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 482.

² - Voir : <http://www.naf-teclaims.com> paragraphe 259.

³ - تعرضت نظرية الحماية الدبلوماسية لنقد شديد بسبب الشك في أهميتها وجدواها وخطورتها على سيادة الدول من جهة، ولكونها أداة للتدخل الأجنبي في شؤونها الداخلية. فلتجنب التدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية للدول لم تنص أمريكا اللاتينية على حظر الحماية الدبلوماسية واستبعادها فحسب، بل نصت على القضاء على مقدماتها ومسبباتها فحظرت على الأجانب تملك الأراضي والعقارات. أنظر حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 15، 17.

لصميم سلطتها التقديرية وليس حقاً للمواطنين⁽¹⁾. أما في الفقه الدولي الحديث فأصبحت الحماية الدبلوماسية من واجبات الدولة التي تلتزم بها تجاه رعاياها كنتيجة حتمية لرابطة الجنسية، وكحق من حقوقهم⁽²⁾، التي تمارسها الدولة باعتبارها إجراء من إجراءات القانون الدولي العام للحصول على التعويض المناسب من الدولة الأجنبية التي تتسبب بإجراءاتها أو تصرفاتها أو أفعالها غير المشروعة بضرر لرعاياها⁽³⁾. إلا أنه لا يترتب عن كل الأفعال التي تنتج عن الدولة والتي تسبب بها أضراراً المسؤولية الدولية ولا الحق في الحماية الدبلوماسية إلا إذا كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي وتمس بمصلحة شخصية قانونية تحميها قواعد القانون الدولي كالأفعال التي تمس الدولة في صفتها أو تمس ملكية رعاياها بموجب إجراءات النزاع أو التأميم أو غيرها...⁽⁴⁾.

ومن أهم الآثار القانونية المترتبة عن ثبوت المسؤولية الدولية عن الإجراءات التي قامت بها الدولة وسببت بها أضراراً لرعايا دولة أخرى في دعوى الحماية الدبلوماسية هي الحصول على التعويض بالشكل الذي يجعله مناسباً لمقدار الضرر. ويشترط على الدولة قبل مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية، أن يكون الشخص الذي تريد حمايته قد استنفذ كل طرق الطعن الداخلية المتاحة له في إطار القانون الداخلي للدولة المضيئة له باعتباره مبدأً مقراً به فقهاً وقضاً، فيمارس كل الوسائل القانونية للطعن بما فيها الطعن الإداري، والقضائي العادي و الاستئنافي والنقض... تحت سقوط الحق في اللجوء إلى القضاء الدولي بموجب الحماية الدبلوماسية. وقد نصت دول أمريكا اللاتينية في المعاهدة التي وقعت عليها عام 1949 على هذا الشرط في المادة السابعة منها كما يلي: « إن الأطراف المتعاقدة تلتزم بعدم ممارسة الحماية الدبلوماسية بغرض حماية مواطنيها، وتمتنع عن إحالة أي نزاع للاختصاص الدولي لذلك الغرض، طالما أن المواطنين المعنيين لديهم الوسائل لعرض النزاع أمام المحاكم الوطنية المختصة في الدولة ». ويقول د. حسين أحمد الجندي في هذا الصدد ما يلي: « الدول المضيئة للاستثمار تتعامل بحذر مع الاستثمارات الأجنبية، بسبب الحماية الدبلوماسية التي قد يلجأ إليها المستثمر سعياً إلى حماية الدولة التي ينتمي إليها في مواجهتها، والتي قد يترتب عليها مقاضاتها دولياً، لذا يشترط جانب من هذه الدول على المستثمرين الأجانب التنازل عن طلب الحماية الدبلوماسية من دولهم، على أن تتم تسوية المنازعات التي قد تثور بينهم أمام المحاكم الوطنية »⁽⁵⁾.

¹ - أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في قضية امتيازات "Macro Matis" عام 1964 كما يلي: « إن الدولة في تنبئها دعوى أحد رعاياها ولجونها إلى العمل الدبلوماسي أو إجراءات التقاضي الدولية نيابة عنه، فإن الدولة تؤكد في الواقع حقها الخاص في ضمان احترام قواعد القانون الدولي في شخص رعاياها ».

² - « *L'institution de la protection diplomatique impose au gouvernement intéressé l'obligation juridique d'exercer sa compétence... Son but unique étant de garantir à l'individu les facultés que lui reconnaît le droit commun international...* » ; George Scelle, Règles générales du droit et de la paix, R.C.A.D.I de La Haye, 1935, tome IV, pp 659 - 663.

³ - DE VISSCHER Paul, protection diplomatique des personnes Morales, R.C.A.D.I de La Haye, 1961, tome I, p. 427.

⁴ - صالح محمد محمود، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص ص 11، 12.

⁵ - حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص 1، 2.

وفي كل الأحوال، لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو أن ترفع دعوى مطالبتها دولياً بخصوص أي نزاع يتعلق برعاياها، متى اتفق بشأنه هذا الأخير مع الدولة التي استضافته باعتبارها طرفاً في النزاع على طرحه على التحكيم الدولي، أو تمّ طرحه فعلاً على التحكيم في إطار ما تمّ الاتفاق عليه في بنود عقد الاستثمار الدولي، وذلك إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة المعنية تنفيذ الحكم الصادر في النزاع.

ثالثاً - مبدأ المسؤولية الدولية للدولة المضيئة: *Principe de la responsabilité de l'Etat* :

تقوم المسؤولية الدولية للدولة تجاه دولة أخرى عندما تنتهك الأولى قاعدة من القواعد الدولية بموجب فعل غير مشروع تأتيه بموجب عمل معين أو الامتناع عن فعل تكون بذلك مخالفة للالتزامات المقررة في القانون الدولي لحماية الأشخاص أو أموالهم، فيستوي الفعل إيجابياً كان أم سلبياً ما دام يشكل خروجاً عن القاعدة الدولية أيّاً كان مصدرها اتفاقاً أو عرفاً أو مبدأً من مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.

إنّ إخلال الدولة المضيئة للاستثمار الأجنبي ببنود عقد الاستثمار الأجنبي يعد تصرفاً غير مشروع دولياً إذا كان محمياً بمعاهدة دولية، يترتب عن ذلك قيام المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة، الأمر الذي يجعل من المسؤولية الدولية ضماناً أساسية للمستثمر الأجنبي من شأنها تحقيق الاستقرار في العلاقة العقدية. ويترتب عن الإخلال بالالتزام الدولي إثارة المسؤولية الدولية للمخل من جهة ونشوء رابطة قانونية بين الشخص القانوني الدولي المخل والشخص القانوني الذي أصابه الضرر أو الذي حدث الإخلال في مواجهته ليصبح التزاماً جديداً على عاتق الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع⁽¹⁾، بحيث يتخذ شكل الالتزام بإزالة ما ترتب عن فعلها من نتائج سواء بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو بالتعويض. فالالتزام الدولي يرتبط بالضرورة بالمسؤولية الدولية وفق مبادئ القانون الدولي والأحكام القانونية العامة وعليه يترتب عن إخلال الدولة بتعهداتها الالتزام بالتعويض عنه على نحو كافٍ ولو لم ينص على ذلك في الاتفاقية التي تنشأ عن انتهاكها المسؤولية. فالتعويض وإن كان هو الشكل المألوف كجزاء يترتب عن المسؤولية⁽²⁾، فإنّ المفهوم الصحيح للالتزام بإزالة ما يترتب عن الإخلال من نتائج هو الذي يجعل من التعويض الأسلوب الأمثل والفعال أو الصورة المعتادة لجبر الضرر وتغطية آثاره. حيث يقول الأنزيلوتي في هذا الصدد أنه: « *تظهر في أعقاب تصرف غير مشروع بوجه عام كإنتهاك لالتزام دولي علاقة قانونية جديدة بين الدولة صاحبة التصرف والدولة التي وقع الإخلال في مواجهتها، فتلتزم الأولى بالتعويض، والثانية باقتضائه كنتيجة عن القواعد الدولية المعبرة عن الالتزامات المتبادلة بين الدول* ». وللمسؤولية الدولية شروط أساسية، الأول يتمثل في شرط وقوع الفعل غير المشروع دولياً بالنسبة للعلاقة التي تربط بين دولتين، حتى يكون للمسؤولية الدولية أساس قانوني في مواجهة قواعد القانون الدولي، وليكون لهيئات القضاء أو التحكيم الدوليين الفاصلة في النزاع أساساً لإسناد المسؤولية الدولية، وقد قضت بذلك هيئة التحكيم الدولية المشتركة بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك التي أنشئت عام 1923 في دعوى: " *Dic Ksan car whell company* " كما يلي: " *إنّ إسناد المسؤولية الدولية لدولة ما يكون بسبب فعل دولي*

¹ - قررت المادة الأولى من مشروع لجنة القانون الدولي على أنه « كل فعل غير مشروع دولياً يستتبع مسؤولية الدولة الدولية ». عصام زناتي، مرجع سابق، ص ص 15، 16.

² - حدد المؤتمر الثالث للجنة تقنين القانون الدولي بلاهاي لسنة 1930 المسؤولية الدولية من منطلق أنّ كل دولة باعتبارها شخصاً دولياً تلتزم بالوفاء بواجباتها القانونية الدولية، وتلتزم بدفع تعويض كامل عن الأضرار والخسائر المترتبة على مخالفة قانون دولي عام أو خاص.

غير مشروع يؤدي إلى انتهاك التزام تفرضه قاعدة قانونية دولية⁽¹⁾. فتصبح بذلك إجراءات الدولة التي تمس بملكية المستثمر الأجنبي في إطار العلاقة الدولية التي تربط الدولة المضيفة بالمصدرة للاستثمار الأجنبي " مبررة ومرتبة للمسؤولية الدولية " إذا كانت أفعالاً غير مشروعة لأنها تنتهك بصفة صريحة قواعد القانون الدولي التي تمنع ذلك. أما تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة في إطار العلاقة العقدية التي تربطها بصفة مباشرة بالمستثمر الأجنبي والتي ترتب أضراراً في حقه دون أن تكون أفعالاً غير مشروعة تبقى خارج نطاق الشرط الأول - لأنه تم وضعها في إطار القانون الدولي التقليدي - الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن طبيعتها القانونية ومدى إمكانية إثارة المسؤولية الدولية في مواجهة الدول التي تباشرها. إن أهم العناصر التي تأثرت بتطور قواعد القانون الدولي للاستثمار الأجنبي هي إمكانية طرح المسؤولية الدولية للدولة عن الإجراءات التي تسبب بها أضراراً للمستثمر الأجنبي دولياً ، حتى وإن كانت تلك الأفعال مشروعة بشرط أن تترتب عنها أضرار، السبب الذي يحملها على الالتزام بجزئها بالتعويض. وقد قضت بذلك هيئة تحكيم المركز الدولي CIRDI بتاريخ 17 فيفري 2000 في قضية *Compagnie de Desarrollo de Santa Elena / République de Costa Rica* كما يلي: *« Le tribunal arbitral aborde ensuite la question de l'indemnisation... L'Etat qui procède à une expropriation a l'obligation, tout en droit du Costa Rica qu'en droit international, de payer une indemnisation même pour une Iran/American International »*.
 Group " في سنة 1955 ما يلي: *« من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أنه حتى عند تأميم ممتلكات المستثمر الأجنبي تأميمًا قانونيًا فإن الدولة المضيفة للاستثمار تلتزم بدفع تعويض عن الممتلكات الموقوفة »*. فالوضعية القانونية التي تجد الدولة المضيفة للاستثمارات نفسها فيها إثر مباشر إجراءات نزع الملكية باعتبارها تدخل في صميم سيادتها الاقتصادية والسياسية لا تنفي مسؤوليتها الدولية عن الأضرار التي تلحقها بالأجانب وإن كانت بسبب أفعال مشروعة دولياً، كما أن عدم وجود معيار واضح ومتفق عليه في القانون الدولي حول أساس المسؤولية الدولية إذا كانت العلاقة تربط المستثمر بالدولة المضيفة له أو تربط دولته التي ينتمي إليها بجنسيته بهذه الأخيرة، عن الأضرار الناتجة عن الأفعال المشروعة أو غير المشروعة لمجرد وقوع الضرر الذي يتطلب التعويض، يحاول الفقهاء المختصون إيجاد الأسس المبررة للمسؤولية الدولية، فيشترط بعضهم توفر عنصر الخطأ والبعض الآخر يقر بقيام المسؤولية عن الضرر حتى دون خطأ، وذلك بتأييد من القضاء الدولي⁽²⁾. وفي هذا الصدد يقول د. محمد سامي عبد الحميد ما يلي: *« إن أساس المسؤولية الدولية كقاعدة عامة هو الفعل غير المشروع، لكنه يمكن أن تقوم المسؤولية الدولية إذا ما صدر من الدولة فعل يمثل خطورة استثنائية ترتب الأضرار بدولة أخرى ولو كان الفعل ذاته مشروعاً وذلك على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة »*⁽³⁾، حيث يستوي أن يكون الإجراء الذي تأتبه الدولة المضيفة للاستثمارات مشروعاً أو غير مشروع إذا كان مسبباً للأضرار للدولة

1 - صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 20.

2 - القاعدة العامة تتطلب لقيام المسؤولية الدولية ارتكاب الدولة لفعل غير مشروع لكن التحكيم الدولي رتب المسؤولية الدولية حتى في الحالات التي لم يشكّل فيها التصرف فعلاً غير مشروع لاكتفائه بالطابع "التحكيمي" كأساس لقيام المسؤولية ومنها الحكم الصادر في قضية "Valentine Petroleum". عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 157.

3 - محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج 2، القاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 367.

أو أحد رعاياها من المستثمرين، لأن المسؤولية الدولية في الأفعال غير المشروعة تتبع الضرر وتؤسس على أساس نظرية المخاطر وتحمل التبعة.

أما الشرط الثاني فيتمثل في انتساب الفعل للدولة المسؤولة أو إحدى هيئاتها أو سلطاتها العامة، فتتحمل الدولة في كل الأحوال مسؤوليتها الدولية عن التصرفات التي تبشرها سلطاتها ضد الأجانب والتي تمس بممتلكاتهم سواء بموجب إجراءات التأميم أو الاستيلاء أو غيرها، أو بالتمييز في معاملتهم بطريقة تحد من حقهم في استعمال واستغلال ممتلكاتهم، وهذا لتفادي تنصل الدولة من مسؤوليتها الدولية بحجة أن تلك الأفعال أو التصرفات قد أتتها هيئات إدارية أو سياسية⁽¹⁾.

وقد نصت المادة 6 من مشروع لجنة القانون الدولي المعتمد حول المسؤولية الدولية سنة 1978 على ما يلي: "يعتبر تصرف عضو من أعضاء الدولة فعلاً صادراً من هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي سواء كان هذا العضو ينتمي إلى السلطة التأسيسية أو التنفيذية أو غيرها من السلطات، سواء كانت وظائف ذات طابع دولي أو داخلي وسواء كان مركزه من جهاز الدولة مركز الرئيس أو المرؤوس". وقد قررت لجنة التحكيم في دعوى "Salvador Commercial Company" أن "الدولة مسؤولة عن أعمال قاداتها سواء كانوا من الهيئة التشريعية أم التنفيذية أم القضائية في الحكومة، طالما أن الأعمال قد اتخذت ضمن سلطاتهم الرسمية"⁽²⁾، وتلتزم أيضاً الدولة تحت طائلة هذا الشرط بالمسؤولية الدولية عن أفعال رعاياها لأنها مسؤولة عن حماية الرعايا الأجانب بالخصوص المستثمرون من الأعمال التي تقع من رعاياها على إقليمها، إلا في الحالات الطارئة كالقوة القاهرة، أما في حالات الاضطرابات وأعمال العنف فتبقى مسؤوليتها قائمة إذا لم تبذل الجهود الكافية لمنعها أو لم تتخذ الإجراءات الوقائية أو التدابير القمعية أو العلاجية. وقد قضت لجنة التحكيم المختلطة التي شكلتها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية في قضية "Home Missionary Society" بما يلي: "من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أنّ الحكومات لا تسأل عن أفعال المتظاهرين ما لم يثبت قبلها أي إخلال بواجباتها أو تقصير في قمع الفتنة، ولا تلتزم الدولة البريطانية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت رعايا الولايات المتحدة الأمريكية خلال المظاهرات". فالدولة في حالة الفوضى⁽³⁾ تكون غير مسؤولة إذا كان الوضع خارجاً عن إمكانياتها في السيطرة من أجل إضفاء الحماية على الأجانب وممتلكاتهم. أما الشرط الثالث فيتمثل في كون الفعل غير المشروع يسبب ضرراً يقع بالضرورة على الدولة الأخرى أو أحد رعاياها، وهذا يتحقق إما بكون الفعل غير المشروع يمس بقاعدة دولية مصدرها المعاهدات أو الاتفاقيات التي تبرمها الدولتان معاً، لتصبح الدولة المصدرة للاستثمار هي

¹ - « أي خطأ تقوم به الأجهزة التي تدخل مباشرة ضمن سلطات الدولة قبل المستثمر الأجنبي تكون الدولة مسؤولة عنه تجاه دولة المستثمر الأجنبي، ويترتب على ذلك دفع تعويض من أجل إزالة الضرر الذي نتج عن الخطأ ».

² - وهو المبدأ نفسه الذي تبنته محكمة العدل الدولية في تقرير المسؤولية الدولية عن أعمال أجهزة الدولة كما يلي: « ومن وجهة نظر القانون الدولي وهذه المحكمة... إن القوانين الداخلية هي مجرد حقائق تعبر عن نية وتؤلف أعمال الدولة، وذلك مثل القرارات القانونية والإجراءات الإدارية ». - خالد محمد الجمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)"، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص 78.

³ - « Face à la protection de l'investisseur et à sa sécurité notamment dans un contexte de troubles civils il ne sont certes pas astreints à une obligation de résultat, mais sont tenus d'assurer une protection pleine et entière qui selon une jurisprudence constante ne devrait pas être inférieur au niveau minimum de vigilance et prudence exigé par le droit international ».

- HORCHANI Ferhat, Le droit international, op.cit., p. 395.

المتضررة بصفة مباشرة، أو أن يكون الفعل مخالفاً بالالتزامات العقدية المنبثقة من عقد الاستثمار الأجنبي باعتباره عقداً دولياً، فيصبح المستثمر الأجنبي هنا هو الطرف المتضرر بصفة مباشرة. فالمسؤولية الدولية التي تنشئ حقوقاً للمستثمر الأجنبي بسبب الأضرار التي لحقت به تختلف فيما إذا كانت ناتجة عن فعل مشروع أو غير مشروع، وذلك باختلاف مصدر المسؤولية الدولية، فالأولى تكون عادة في إطار علاقة اقتصادية مؤطرة بموجب عقد الاستثمار، أما الثانية ففي إطار علاقة القانون الدولي ومؤطرة بموجب الاتفاقيات الدولية أو قواعد القانون الدولي. وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية "Chorzów" كما يلي:

« Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auxquels le même acte peut également porter atteinte : Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'Etat subira il ne peut que .fournir une mesure convenable à la réparation dû à l'Etat »

رابعاً - مبدأ الحق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي :

أدت الظروف المحيطة بالوسائل الداخلية لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة وضعف ثقة المستثمرين الأجانب فيها وما قد يترتب عنها من أثر في حركة رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة⁽¹⁾ إلى اقتناع الدول بمدى فائدة التحكيم كوسيلة فعالة بديلة⁽²⁾ لفض المنازعات الاستثمارية أمام المحاكم الوطنية⁽³⁾. حيث يقول الفقيه كارلستون بخصوص أهمية التحكيم بالنسبة للاستثمار الأجنبي أنه: " قد يحجم المستثمرون عن استثمار أموالهم في دولة يعلمون أن اللجوء إلى القضاء فيها هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها الضرر من جراء تصرف تأتية هذه الدولة، ذلك يعني أن الدولة المضيفة تصبح خصماً وحكماً في آن واحد، إذ يؤدي هذا الأمر إلى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدولة، ويشكل عائقاً لنمو النشاط التجاري والصناعي فيها، وعلى خلاف ذلك فإن الأخذ بنظام التحكيم يخلق مناخاً استثمارياً مفضلاً لدى المستثمرين الأجانب حتى يتمتع الأطراف بحرية اختيار قضائهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة والمعرفة الفنية اللازمة لموضوع النزاع... " ⁽⁴⁾.

فبالطور الأخير لقانون الاستثمار الدولي، حدث تغير ملحوظ في المركز القانوني للمستثمرين الأجانب على ضوء اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، من

¹ - حسين نواره، التحكيم التجاري الدولي في إطار الاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، يومي 15 - 14 ماي 2006، بجاية، ص 2.

² - « يرى جانب من الفقه أن الهدف الحقيقي وغير المعلن عنه لنظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة الطرف في النزاع... ». أنظر حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة في 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 5.

³ - التحكيم التجاري الدولي نظام قضاء عادي يحيل النزاع القائم حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أم لا تشمل كل المسائل التي تدخل في الاستثمار إلى أشخاص عاديين بدلاً من اختصاص المحاكم الوطنية للدولة المضيفة. أنظر سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، 1984، ص 13.

⁴ - عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص 7.

أبرزها منح المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً أو معنوياً الحق في رفع الدعوى مباشرة ضدّ الدولة المضيفة له⁽¹⁾ أو ضد مؤسساتها العامة أو هيئاتها أمام المحاكم الدولية بصفته الشخصية⁽²⁾، وذلك دون الحاجة إلى تدخل دولة جنسيته، الأمر الذي جعله يستغني في عدّة حالات عن الحماية الدبلوماسية التي تمارسها دولته لحمايته أو لحماية أملاكه من الإجراءات التحكيمية أو التعسفية.

ومن الإشكالات التي نطرحها في مسألة التحكيم الدولي هي طبيعة النزاعات المتعلقة بالاستثمار والقبالة للتسوية بأسلوب التحكيم، لنقول إنه أصبحت تتسع لتشمل كلّ المنازعات المنصبة على كلّ جوانب الاستثمار الأجنبي، وبالأخص تلك المنازعات المتعلقة بالملكية بكلّ جوانبها وعناصرها المعنوية والمادية.

لذا أصبح إصرار المستثمر الأجنبي على إخضاع المنازعة الاستثمارية للتحكيم التجاري الدولي ضماناً في حدّ ذاته لحماية نفسه وأمواله من تعسف المحاكم الوطنية للدولة المضيفة، وتغدياً للتعقيدات التي تتصف بها الإجراءات المتبعة أمامها من جهة⁽³⁾، وللميزة الهامة التي يتمتع بها التحكيم⁽⁴⁾ والمتمثلة في حرية الأطراف⁽⁵⁾ في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة⁽⁶⁾ في جانبها الموضوعي والإجرائي، وفي اختيار أعضاء الهيئة التحكيمية التي تفصل في المنازعة بكلّ حيادية وموضوعية. وفي القواعد المعتمدة من الدولة المضيفة لتنفيذ أحكام التحكيم لأجل ضمان حقّ المستثمر المحكوم له من تقاعس الأطراف الراضية للتنفيذ.

¹ - « للمستثمر حق الانتجاع المباشر للقضاء الدولي على خلاف الأصل المقرر في القانون الدولي التقليدي والذي لا يسمح للأفراد بالالتجاء إلى القضاء الدولي بصفتهم هذه، وهو ما يشكل ضماناً إجرائية هامة للمستثمر تحقق له الأمان الذي ينشده في القطر المضيف لاستثماره... ». أنظر هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن، ص 275.

² - « La procédure arbitrale ne peut être initiée que par la personne privée en cause, c'est -à-dire par l'investisseur, de plus, cet arbitrage est souvent destiné à la protection des droits substantiels unilatéraux conférés par le traité international ou la loi nationale aux investisseurs étrangers ». - BEN HAMIDA Walid, L'arbitrage Etat-investisseur étranger, Regard sur les traités et projets récents, JDI, N° 2, 131^{ème} Année, 2004, p. 421.

³ - جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 9.

⁴ - يحتل التحكيم رغم وجوده في القانون الداخلي مرتبة ثانوية، لإلزامية اللجوء للقضاء الوطني قبل مباشرة إجراءاته، بديلاً إرادياً بالنسبة للقضاء الدولي في حالة تعذر القضاء الإلزامي، لتمنعه بالصيغة التعاقدية الناتجة عن حرية الأطراف في الاتفاق على الهيئة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق. - سيف الدين محمد البلعاوي، مرجع سابق، ص 426.

⁵ - قضت محكمة العدل الدولية في قضية كارليا الشرقية في جويلية 1963 بأن: « التسوية بطريق التحكيم لأيّ خلاف دولي إنما يتأتى على أثر عمل إرادي لأطراف الخلاف... ». - سيف الدين محمد البلعاوي، المرجع نفسه، ص 425.

⁶ - مع تكريس دور الهيئة التحكيمية احتياطياً في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا لم يتفق الأطراف على ذلك.

- حسين نواره، مرجع سابق، ص 13.

فأهم الضمانات القضائية التي يكرسها التحكيم التجاري الدولي لحماية ملكية الاستثمار الأجنبي هي الحرية الواسعة للمستثمر الأجنبي في اختيار القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾ على موضوع النزاع وإجراءاته⁽²⁾.

وذلك لمنح المستثمر الأجنبي فرصة إخضاع أملاكه المتنازعة للقانون الأصلح واستبعاد إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين التي تحيل النزاع لقانون مكان تواجد المال⁽³⁾، إذا كان نظام الحماية التي يكرسها هذا الأخير غير كاف⁽⁴⁾ هذا من جهة، ومن جهة ثانية الحرية الواسعة من خلال حقهم في تحديد أعضاء الهيئة التحكيمية ضماناً للحياد الفعلي في الفصل في النزاع، فرغم كون الدولة طرفاً متعاقداً في عقد الاستثمار الدولي موضوع المنازعة، إلا أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الإخلال أيضاً بالحياد الذي يجب أن يتوافر لدى السلطة القضائية الوطنية لو كانت هي المختصة في النظر في النزاع، وتقول حفيظة السيد الحداد في ذلك ما يلي: « فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأياً ما كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنه في النهاية قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة »⁽⁵⁾.

¹ - تنص المادة 458 مكرر 2/16 من تقنين الإجراءات المدنية بعد التعديل الوارد بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 1993/04/25، ج.ر عدد 27، لسنة 1993 على أنه: « يمكن لاتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراءات اللازم اتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف ».

² - ميزت مختلف التشريعات بين القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالإجراءات والمسائل المتعلقة بالموضوع فلا تجبر المتنازعين على إخضاعها لقانون واحد لانفصال كل منهما عن الآخر، ولا تمنع ذلك.

³ - وفي القوانين الحالية حتى عند إحالة أطراف العقد لقواعد التنازع نجدها في المادة 18 تنص على أنه: « يسري على الالتزامات التعاقدية المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ... ». قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، المتضمن تعديل القانون المدني، ج.ر عدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.

⁴ - تخضع عقود الاستثمار الدولي من حيث القانون الواجب التطبيق لنفس المبادئ المطبقة على العقود الاقتصادية الدولية، التي تنص بعضها على إعمال قواعد تنازع القوانين والبعض الآخر على اختصاص قانون مكان إبرام العقد وذلك إذا كانت أصلح لها.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 6، 7.

كما تمتد الضمانات إلى المركز القانوني المكرّس لحكم التحكيم الدولي⁽¹⁾ الذي لا يحقق جدواه ولا يجد أساساً له إذا استحال على الطرف المتنازع المحكوم لصالحه إجبار خصمه على تنفيذ منطوق القرار التحكيمي⁽²⁾، الشيء الذي لا يتأتى إلاّ باعتراف الدولة بالأحكام التحكيمية⁽³⁾ لرفعها لدرجة الأحكام القضائية الوطنية الصادرة عن المحاكم الوطنية لخلق الإحساس لدى أطرافها بمدى الزاميتها، وإقرار حجيتها في تشريعاتها الوطنية المستقبلية لإجراء التحكيم التجاري الدولي⁽⁴⁾ كدلالة على مصداقيتها في الاعتراف بالتحكيم كضمانة إجرائية للاستثمار⁽⁵⁾. وقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 458 مكرر 16 من تقنين الإجراءات المدنية على ما يلي: « إنّ القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة التحكيم، ويكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه والمتعلق بالنزاع الذي فصل فيه ».

المبحث الثاني - امتداد أعمال مبادئ القانون الدولي المقررة لحماية المستثمرين على أموالهم: تضمن قواعد القانون الدولي في إطار النظام الدولي للاستثمارات الأجنبية إعمالاً حقيقياً لمجموعة من المبادئ الدولية التي تدخل في نطاق الحماية الدولية تحت ما يسمى " بالحد الأدنى للمعاملة الدولية للمال الأجنبي" بعد أن كانت المسائل المتعلقة بالمعاملة مكرسة بصفة عامة ضمن القواعد الداخلية للدولة، باعتبارها وسيلة فعالة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، لأنها ترمي إلى توحيد المعاملة بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية على إقليم الدولة المضيفة لها، حيث تلعب هذه المبادئ دوراً فعالاً في تعزيز الحماية عند تطبيقها في الحالات التي لم ترد الإشارة إليها في الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية. فالدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية تلتزم بالقيود التي تفرضها قواعد القانون الداخلي والدولي عند مباشرة الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية ضماناً لحق المستثمر الأجنبي المكرّس بموجب الحد الأدنى لحقوق الأجانب الذي يؤكدّه Charles Lebon فيما يلي: *La notion du standard international de justice concernant le traitement des étrangers énonce qu'il s'agit du standard exigé par les principes applicables du droit international*,

¹ - « لا يشكّل اعتناق الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية نزاعات الاستثمار بتنظيمه حسبما تراه ملائماً لظروفها الخاصة ضماناً بحد ذاته... بل بكيفية استقبال حكم التحكيم ومدى الاستعداد لتنفيذه، لأن العبرة ليست في تكريس التحكيم بل في القواعد التي تعتمدها الدولة لتمكين المستثمر صاحب الحق في حماية مصالحه ». أنظر حسين نوار، مرجع سابق، ص 17.

² - يرى البعض أن التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات تسهل عملية التنفيذ، وهذا ما يؤكده فوزي محمد سامي فيما يلي: « أطراف النزاع الاستثماري أو التجاري على ثقة من أنّ نزاعهم سوف يتم تسويته بشكل عادل وقانوني، الأمر الذي يجعل تنفيذ قرار التحكيم يتم في الغالب بشكل طوعي... ». أنظر فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 12.

³ - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص 13.

⁴ - أمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري - السعودي - الفرنسي - الإيطالي، منشأة المعارف، مصر، 1983، ص 78.

⁵ - « على سعيد المبادئ العامة، لا يتعين النظر إلى نظام التحكيم على أنه مجرد ضمانة إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار فقط بل يجب أيضاً أن يؤخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكل من طرفي العقد من خلال مصداقيتها في الاعتراف بالتحكيم كضمانة إجرائية ».

- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص 13، 14.

« *tels qu'ils sont établis par la coutume internationale...* »⁽¹⁾. علماً أنّ حماية المستثمر بموجب الحد الأدنى لحقوق الأجانب يحيلنا إلى أعمال مجموعة من مبادئ القانون الدولي⁽²⁾ التي يضمن امتداد إعمالها على الأموال التابعة له، فتحظى في إطار حمايتها بالحماية نفسها التي تحظى بها الأموال الوطنية أو الأموال الأجنبية الأخرى إذا كانت أفضل، وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ المعاملة الوطنية (أولاً)، ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (ثانياً)، ومبدأ الدولة الأكثر رعاية (ثالثاً).

أولاً - مبدأ المعاملة الوطنية: يقصد بمبدأ المعاملة الوطنية تشبيه الأجانب بالوطنيين، وقد نشأ في ظل المذهب الفردي الذي يدعو إلى تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري على الجميع دون تفرقة ما بين الوطنيين والأجانب⁽³⁾، حيث وجد هذا المبدأ تطبيقاً له عندما اقتنعت الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بمدى أهميته في جذب وتحفيز رؤوس الأموال الأجنبية. حيث تطبقه بعض الدول امتثالاً لبعض القواعد العامة المعتمدة لتنظيم المجتمع الدولي، والتي تقضي بتشبيه وتسوية الأجانب بالوطنيين في مجال الحقوق والالتزامات التي يستلزمها وجوده الإنساني والقانوني، حيث إنّه وُضع هذا المبدأ لأول مرة من الدول لتحديد المركز القانوني للأجانب مهما كانت صفتهم، لأنه عنصر هام من عناصر حماية الإنسان بصفة عامة ومن بينها القانون السويسري الصادر سنة 1921 الذي ينصّ في مادته الأولى على أنه: « لكل شخص التمتع بكافة الحقوق المدنية بصفته إنساناً دون الاعتداد بصفته الأجنبية ». وهو المبدأ نفسه المعتمد في المادة 122 من القانون السوفياتي الصادر عام 1961. وقد لاقى هذا المبدأ صدى فيما بين الدول العربية، حيث تبنته في تشريعاتها الداخلية وفي الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾ الثنائية والجماعية.

إنّ أعمال مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي وإن كان تحفيزاً لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية⁽⁵⁾ تحت شرط المقاييس الدولية في المعاملة التي لا يجدر أن تنزل تحت طائلة المسؤولية الدولية عن الحد الأدنى في معاملة الأجانب، تعتبر تنازلاً منحتة الدولة المضيفة لرعايا الدولة الأجنبية ليس إلا من باب ضمان تمتع رعاياها بدورهم بالمعاملة نفسها على الإقليم الأجنبي، هذه المعاملة التي تستدرج دون شك الحماية نفسها وتكون المعاملة قد بلغت أقصى الحدود عندما تنطبق على المعاملة الوطنية التي تضمنها الدولة لرعاياها شخصياً، فتخضع الاستثمارات

¹ - L'évolution du droit international des investissements, Octobre 2000. www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal, p. 10.

² - « Un standard international minimum de traitement dont la conformité, mesurée par rapport aux principes de droit international, ... Le traitement juste et équitable, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée... ». HORCHANI Ferhat, op cit, p. 388.

³ - فؤاد رياض، الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1966، ص 332.

⁴ - تنص المادة 1/6 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على أنه: « ... يعامل رأس المال العربي المستثمر في الدولة الطرف التي يقع فيها الاستثمار معاملة رأس المال المملوك لمواطني تلك الدولة بلا تمييز، ويكون له تلقائياً نفس المركز القانوني من حيث الحقوق والالتزامات والقواعد والإجراءات... »، مرجع سابق.

⁵ - « رغم أهمية هذه القاعدة في توفير الجوّ المناسب للاستثمار، بقيت محل خلاف بين الدول المصنعة التي تتمسك بها من أجل تحقيق حماية لمواطنيها وأملكهم في الخارج من خلال ضمان مساواة تنافسية، والدول النامية التي تحاول وضع حدود لها... ». - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 274.

الأجنبية للقواعد والإجراءات نفسها التي تخضع لها استثمارات المواطنين وفق مبدأ المساواة⁽¹⁾، فلا يمكن تعرضهم لإجراءات تمس ملكيتهم لا مباشرة ولا بالتدابير المماثلة المقتنعة إلا إذا كانت تلك الإجراءات مبررة ودون تمييز، الأمر الذي يجعل الاختلاف في المعاملة بين المواطنين والأجانب تمييزاً إذا كان قائماً على أسباب غير مشروعة أو يكون دافعها الأساسي هو جنسية المستثمر الأجنبي، لأنه إذا كانت مبررة فلا تشكل تمييزاً ما دام أنه يبقى من حق الدولة منح الامتيازات للمواطنين دون الأجانب في إطار سلطاتها المانعة التي لا تشكل أي صورة من صور التمييز⁽²⁾.

كما أن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية لا تكتفي بتكريس مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمرين الأجانب، بل تسهر حتى على التأكد من مدى تطبيقه وإعماله من طرف السلطات العمومية المختصة بذلك، وتراقب مدى احترامها للقواعد والالتزامات المتبادلة والمبرمة مع المستثمر الأجنبي وذلك عبر كل مراحل الاستثمار⁽³⁾. إلا أن هذا المبدأ لاق عدّة انتقادات من حيث المضمون، فرغم أن مفاده حماية الاستثمارات الأجنبية بضمان المعاملة الوطنية للاستثمارات الأجنبية، إلا أنه يجعل الحماية القانونية المراد كفالتها للأجانب بصفة عامة غير محدودة المضمون دائماً، لأنها معرضة للزيادة والنقصان، وتتوقف على إرادة المشرع في الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره ذا سلطة تجعله يغير من نطاق الحماية بتغيير مضمون القواعد التي تخاطب الوطنين بالزيادة أو النقصان. أما من حيث التطبيق، فانتقد المبدأ لأنه يواجه عدّة صعوبات بسبب عدم توازن المراكز القانونية للدولتين التي تمتاز عادة بعدم المساواة.

ثانياً - مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة: يعتبر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من أهم مبادئ القانون الدولي⁽⁴⁾ الذي يقتضي تمتع المستثمر الأجنبي بأمن وحماية بصفة مستمرة بعيداً كل البعد عن الإجراءات التعسفية غير المبررة أو

¹ - « مؤدى أعمال مبدأ تشبيه الأجانب بالمواطنين... هو أن تتعهد دولة متعاقدة بأن تقرّر لأموال مواطني الدولة المتعاقدة الأخرى وكذلك لأموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية هذه الأخيرة نفس الحماية المقررة لأموال مواطني الدولة الأولى وشركاتها بمقتضى التشريعات الداخلية... » - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 258.

² - تجدر الإشارة إلى أن تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية في التشريع الجزائري الحالي لا جدوى منه، لأن المستثمرين الأجانب يحظوا بمعاملة أحسن وأفضل من تلك الممنوحة للمواطنين في إطار النظام التحفيزي والتشجيعي للاستثمارات الأجنبية وخاصة تلك المستثمرة في المناطق الصناعية الخاصة.

³ - تنص المادة 2/30 من المرسوم التنفيذي رقم 94-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994، المتضمن صلاحيات وتنظيم وسير وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (الملغاة) على أنه: « تتمثل متابعة الاستثمارات... التأكد من مدى احترام القواعد والالتزامات المتبادلة والمبرمة مع المستثمر... ». وتضيف المادة 22 من المرسوم نفسه أنه: « يتم التأكد من احترام القواعد والالتزامات المتبادلة من طرف مكاتب إدارات الجمارك، وبنك الجزائر والسجل التجاري والأموال الوطنية والضرائب والتهيئة العمرانية والبيئة والتشغيل وأمور المجلس الشعبي البلدي... » ج.ر. عدد 67، مؤرخة في 19 أكتوبر 1994.

وهي الأحكام نفسها التي وردت في المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها. في نص المادة 32 كما يلي: « تتكفل الوكالة في مجال متابعة الاستثمارات... التأكد من احترام القواعد والالتزامات المتبادلة، المتفق عليها مع المستثمر... » ج.ر. عدد 55، مؤرخة في 25/9/2001.

⁴ - « *Le traitement juste et équitable exige de l'Etat le respect de toutes les règles conventionnelles et coutumières du droit international applicables à l'investissement étranger* ».

- BEN HAMIDA Walid, op.cit., p. 428.

التمييزية التي من شأنها عرقلة تسيير وضمان استعمال أمواله بصفة قانونية وفعالية، وبالقدر المضمون في إطار القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية باعتباره مبدأ لا يقل أهمية عن تلك المبادئ المستقرة في القانون الدولي بهدف حماية الاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾، ينتج آثاره حتى وإن تم إعماله بصفة مستقلة عن باقي المبادئ الاتفاقية أو الدولية، ويقول عيبوط محند وعلي في ذلك ما يلي: « يجب النظر إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بصفة مستقلة عن العلاقة الاتفاقية الموجودة بين الطرفين المتعاقدين، بحيث له مضمون موضوعي واضح من شأنه توفير حماية كاملة للاستثمار الأجنبي »⁽²⁾.

وهو مبدأ يجد أساسه وأصله في المبدأ الكلاسيكي للقانون الدولي الذي مفاده ضمان الحد الأدنى⁽³⁾ للمعاملة والحماية الشخصية والاقتصادية والإجرائية للأجانب⁽⁴⁾. فالبدأ من حيث التطبيق ترجمة لمبدأ حسن النية المعروف في القوانين الداخلية وعلى المستوى الدولي، لأن المعاملة العادلة والمنصفة مرتبطة بالوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة. وقد تبنته المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE في مشروع الاتفاقية المتعددة الأطراف حول حماية الأملاك الأجنبية عام 1967 كما يلي:

« L'expression traitement juste et équitable qui figure habituellement dans les instruments bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver d'après le droit international aux biens des ressortissants étrangers ... La norme exigée et conforme aux standard minimum du droit international ».

وورد كذلك هذا المبدأ في مشروع ميثاق هافانا⁽⁵⁾. حول المنظمة الدولية للتجارة لعام 1948 في المادة 2/11 كما يلي: « L'organisation... en faisant appel, s'il y a bien à la collaboration d'autres organisations intergouvernementales... à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise... »

ورد أيضاً في اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمارات في الفقرة د/4 من المادة 12 كما يلي: « على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي... ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفير المعاملة العادلة والحماية القانونية ». أما من جانب القضاء الدولي، فقد قضت محكمة العدل الدولية في أحد

¹ - « Le traitement juste et équitable constitue bien une norme minimale de l'ordre international dont les investisseurs internationaux doivent toujours être bénéficiaires quel que soit le régime juridique posé par le droit interne des investissements ».

² - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 269.

³ - « La règle relative au traitement juste et équitable n'est que l'expression de la règle coutumière du standard minimum que l'Etat doit accorder aux étrangers, un minimum de droits personnels procéduraux et économiques ». - BEN HAMIDA Walid, op.cit., p. 428.

⁴ - Dans la sentence "Pope and Talbot c/Canada" rendue le 10/4/2001: « Le tribunal arbitral a considéré que le traitement juste et équitable s'ajoutait au traitement conforme au droit international qui devient ainsi un standard supplémentaire que les Etats doivent accorder ». www.naftaclains.com

⁵ - La charte de la Havane de 1984, in:

http://www.La documentation française.fr/dossiers/OMC/pdf/doc la Havane pdf.

قراراتها بأهمية تطبيق قواعد القانون التي تحيلنا إلى مبادئ الإنصاف ، وتبنته أيضاً لجنة التحكيم في دعوى "Pope and Talbot c/Canada" في 2001 على أنه مبدأ يشكّل حدّاً إضافياً للحدّ الأدنى الدولي الذي يجب على كلّ الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية تبنيه في معاملتها للمستثمرين الأجانب⁽¹⁾. وأكدته أيضاً لجنة التحكيم في دعوى : "Metalclad c/Mexique" في 30 أوت 2000 بما يفيد أن مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة يلزم الدولة المضيفة بمنح للمستثمر الأجنبي بيئة عمل شفافة ، وهو الأمر نفسه بالنسبة للجنة تحكيم المركز الدولي CIRDI التي قررت في 29 ماي 2003 في دعوى " Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A " بين مستثمر إسباني ودولة المكسيك ما يلي :

« Un traitement juste et équitable impose aux Etats parties à un APPI d'observer un comportement qui ne déjoue pas les attentes pour lesquelles l'investisseur étranger a décidé de réaliser son investissement. L'Etat d'accueil devra se comporter de manière cohérente, dépourvue de toutes ambiguïtés et transparente... »⁽²⁾

كما أنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة التزام ذو طابع ثقافي يفسّر مضمونه على الأقل جزئياً عن طريق الاتفاق نفسه، وعلى هذا الأساس فالمحتوى الملموس للمبدأ يتغير حسب تأثير نوع المعاملة المختارة أي المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأكثر رعاية، الأمر الذي يجعلها معاملة منقحة والتي في كلّ الأحوال لا تنزل عن الحدّ الأدنى الذي يحدد قياسه وفق قواعد دولية

ثالثاً – معاملة الدولة الأكثر رعاية :

لقد كان شرط معاملة الدولة الأكثر رعاية موضوع عدّة مناقشات وتقارير دولية وخصوصاً في المبادلات التجارية⁽³⁾، حيث عرف ممارسة مكثفة على الصعيد ألتفاقي منذ عدّة قرون، ومع ذلك لم يعمّم إلاّ في القرن 18 الموافق لظهور وانتشار تعبير "الدولة الأولى بالرعاية"، وقد كان هذا المبدأ عمود الاتفاقات الخاصة بالملاحة والتجارة والإقامة ومعاملة الأشخاص⁽⁴⁾، خلق نوعاً من الانسجام في محتوى الاتفاقيات الاقتصادية الثنائية، وسمح بتجاوز الإطار الثنائي إلى الجماعي وذلك عن طريق الإحالة، باعتبارها التقنية الأساسية المعتمدة في شرط الدولة الأكثر رعاية، حيث إنّ المعاملة الممنوحة لدولة معينة تنسحب بالضرورة إعمالاً للمبدأ على جميع المستفيدين من الشرط.

¹ – www.naftaclains.com. op.cit

² – HORCHANI Ferhat, Le droit international des investissements..., op.cit., p p. 396, 397.

³ – SBAÏ Larbi, Le Maroc et la clause de la nation la plus favorisée, Thèse de doctorat, 3^{ème} cycle, Université de Grenoble II, 1982, p. 611.

⁴ – USTOR André, Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, Annuaire de l'institut du droit international, Vol. 2, 1969, p. 165.

إن شرط الدولة الأكثر رعاية من أهم مقتضيات الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾، إذ تضمن الدول على سبيل التبادل فيما بينها في إطار المعاملة بالمثل معاملة الدولة الأولى بالرعاية ضماناً للمعاملة غير التمييزية بين المواطنين والأجانب من جهة، وعدم التمييز بين الأجانب فيما بينهم من جهة ثانية⁽²⁾. وذلك لأنّ المبدأ يضمن رعاية ذات نطاق متسع وعم ويطبق من خلال سريان حرية التجارة الدولية، خصوصاً بالنسبة للعلاقات التي تنشأ في إطار الاستثمار الأجنبي، وإذا وجد أي استثناء على هذا المبدأ فإنه لا بدّ أن يصدر بموجب نصّ أو اتفاق يقضي بذلك⁽³⁾.

يعتبر مبدأ معاملة الدولة الأكثر رعاية من الوسائل الفنية المألوفة لرفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب في الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية، مؤداه أن تتعهد الدولة الملتزمة به "Etat concédant" بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على كافة المزايا التي قررتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أخرى أجنبية هي الدولة الأكثر رعاية "Etat Favorisé"⁽⁴⁾.

عرّفه هشام خالد بأنه: « مبدأ تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضاه في إطار الاتفاقية المبرمة ما بين الدولتين، بأن تعطي رعايا الدولة الطرف في الاتفاقية أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الأولى للدول الغير، حيث يترتب على الأخذ بالمبدأ أو تطبيقه تشابه مواطني الدولة المستفيدة مع مواطني الدولة الملتزمة، وقد يؤدي ذلك إلى سمو مركزهم على الوطنيين... ».

أما مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED فقد عرّفه كما يلي :

« Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) qui est un élément essentiel des accords internationaux concernant l'investissement signifie qu'un pays d'accueil accorde aux investissements d'un pays étranger un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ceux de tout autre pays étranger »⁽⁵⁾.

إن شرط الدولة الأكثر رعاية نشأ عند بداية فرض الحماية الجمركية على المنتجات، لذلك فالاتفاقيات المتعلقة بالشؤون الاقتصادية المبرمة على أساس هذا الشرط هي اتفاقيات عادية تعمل على تنظيم التجارة والشؤون الاقتصادية بشكل عام بما فيها انتقال رؤوس الأموال في إطار الاستثمارات الأجنبية بناءً على مبدأ المعاملة بالمثل،

¹ - تبنت هذا الشرط دول السوق الأوروبية المشتركة أثناء إبرام المعاهدة الجماعية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات العربية-الأوروبية، وتبنته المنظمة الدولية للتجارة في المادة الأولى من الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة لعام 1947، وورد في قرار لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة.

² - KHALILIAN Khalil, Investissements privés étrangers et souveraineté économique, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Paris II, 1976, p. 159.

³ - مصطفى سلامة، قواعد الجات، الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية، منظمة التجارة العالمية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص ص 16، 17.

⁴ - LEVEL Patrice, "Clause de la nation la plus favorisée", Revue de droit international, Tome I, Dalloz, 1968, pp. 332, 333.

⁵ - CNUCED, Traitement de la nation la plus favorisée, Nations Unies, New York-Genève, 2001.

الأمر الذي يؤدي بهذا المبدأ إلى تحقيق نوع من المساواة⁽¹⁾ الحسائية بين رعايا الدول الأجنبية المختلفة داخل إقليم الدولة المضيفة الملتزمة بالشرط، حيث يتم منح الامتياز للدولة الأكثر رعاية بمجرد منحه لدولة معينة أخرى عن طريق الإحالة. ومن حيث مجال تطبيق مبدأ المعاملة وفق شرط الدولة الأكثر رعاية، فالأمر يمتد إلى كل عناصر الاستثمار الأجنبي سواء ما تعلق منها بتسوية المنازعات، بالضمانات، التسهيلات، الامتيازات بكل أشكالها، وحتى كل الضمانات التي تمس بكيان الاستثمار الأجنبي سواء الجوانب المادية منه أو المعنوية كالتأميم ونزع الملكية، فإذا التزمت الدولة المضيفة بصفة مباشرة بالامتياز عن أحد التدابير المماثلة امتد الالتزام إلى الدولة الأكثر رعاية إعمالاً لهذا المبدأ.

ويقول الأستاذ HORCHANI Ferhat في ذلك ما يلي:

« Par le jeu croisé de la clause de la nation la plus favorisée... Les investissements des différents pays peuvent accéder pratiquement au même type de traitement accordé à n'importe quel investisseur étranger, ainsi sur la base de cette clause, l'investisseur peut accéder s'il le souhaite, à d'autres normes de traitement s'ils sont plus favorables non seulement relativement aux dispositions matérielles du régime normal de l'investissement mais aussi celles portant sur l'administration de la justice ».

أما من حيث مدة ووقت سريان إعمال شرط الدولة الأكثر رعاية فقد ثار نوع من الخلاف فيما إذا كانت ستنتقل من دخول المعاهدة المتضمنة للحقوق والمزايا التي تخضع للمبدأ حيز النفاذ، أو من دخول المعاهدة المقررة للشرط بالنسبة للدولة الملتزمة والمستفيدة معاً، وقد فصل القضاء الدولي في المسألة مقررًا أنّ المبدأ يدخل حيز النفاذ ما بين الدولتين من تاريخ نفاذ المعاهدة المتضمنة لشرط الدولة الأولى بالرعاية، وذلك دون ارتداد بأثر رجعي إلى وقت نفاذ المعاهدة المقررة للحقوق والمزايا الممنوحة. وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1960. وأكدت كذلك لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة في تقريرها الصادر عام 1978 بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل من حيث التطبيق ومدة سريانه مرحلة ما قبل وبعد دخول الاتفاقية المقررة بالمبدأ حيز التنفيذ، لكن مع استثناء حق الأطراف في الاتفاق على ما يخالف ذلك لجعل سريانها يبدأ بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ لا غير.

¹ - وقد أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في قضية حقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب كما يلي:

« La clause de la nation la plus favorisée avait pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés ».

وذلك أثناء التعرض لشرط الدولة الأكثر رعاية الوارد في الاتفاق المبرم بين الدولتين في 1836 الوارد في نص المادة 14 منه كما

يلي: **« Le commerce avec les Etats- Unis sera sur le même pied que le commerce avec la nation actuellement la**

plus favorisée... ». Voir <http://www.icj-cij.org/cij/www/c/decision.htm>

خاتمة :

من خلال كل ما سبق يمكن أن نقول أن مشكلة حماية المستثمرين الأجانب و أملاكهم قضية مهمة تزاخم أهم المسائل التي تهتم بها الدولة عند إرسائها للنظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في قوانينها الداخلية، حيث يتمتع المستثمر الأجنبي بمركز قانوني لا باس به بالمقارنة مع المركز القانوني الذي يتمتع به باقي الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم، و ذلك إعمالا- على الأقل - لقواعد القانون الدولي الذي يضمن للمستثمر الأجنبي حماية لا يمكن أن تنزل عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.

بل و قد تطور القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية الذي يكرس الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي الجديدة التي تتطلب تبديد الأفكار الكلاسيكية المبنية على أساس اعتبار الدول الأشخاص الوحيدة للقانون الدولي، وارتقائها إلى درجة مخاطبة الأشخاص الطبيعية كالمستثمر الأجنبي لاسيما من خلال قبوله كخصم للدولة المضيفة له أمام القضاء الدولي لفضّ منازعاته المتعلقة بالاستثمار الأجنبي شخصياً، بعد أن كانت منازعاتهم لا تُفض إلا في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية.

بل و تقضي قواعد القانون الدولي كذلك بأن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ليست مطلقة الحرية في معاملة الأجانب الموجودين على إقليمها مستثمرين كانوا أو غيرهم، لأنها ملزمة باحترام مبادئ القانون الدولي خصوصا " مبدأ الحد الأدنى لحقوق الأجانب " باعتبارها جوهر الحماية التي يثيرها القانون الدولي، بحيث لا يجوز النزول عنها في معاملة الأجانب وإن كانت تقل عن الحدّ المضمون في معاملة المواطنين.

إنقضاء الدعوى العمومية بالصلح في الجريمة الاقتصادية في التشريع الجزائري



الطالب الباحث : محمد خميخم

طالب دكتوراه تخصص قانون جنائي

كلية الحقوق - جامعة تلمسان

email: kaakaa17000@yahoo.fr

مقدمة :

يبدو الحديث عن الصلح في المادة الجزائية أمرا غريبا ، باعتبار أن قواعد القانون الجزائري وضعت حتى تطبق في مفهومها الردعي ، و باعتبار أنها من النظام العام فلا مكان للإرادة الفردية مبدئيا و لا تأثير لها على تطبيقها . إلا أن هذا النموذج بدأ بالتراجع و هذا تحت وطأة العدالة الجنائية التي تعاني منها الدول ، حيث اتجهت السياسة الجنائية الحديثة إلى نظام الصلح ، بعد أن فشل العقاب التقليدي في مكافحة الجريمة الاقتصادية المتزايدة . و نظرا لسرعتها و عجز القضاء عن التصدي لها ، كرسّت التشريعات الاقتصادية الصلح في هذا النوع من الجرائم و نصت عليه ، و تطبيقا لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الصلح في القواعد العامة ، و هذا ما نصت عليه المادة 4/6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري . و الإشكال المطروح هو :

هل نص المشرع الجزائري على ذلك في التشريع الاقتصادي ؟

و عليه سأطرق إلى مفهوم الصلح و شروطه في الجرائم الاقتصادية (المبحث الأول) لانتقل إلى آثاره و نطاقه (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : مفهوم الصلح في الجرائم الاقتصادية .

لم تتضمن نصوص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تعريفا للصلح ، ذلك أن مسألة التعريف لا تخلو من الصعوبات ، لأن التعريف يجب أن يكون جامعا مانعا ، و لهذا تركها المشرع للفقه و القضاء للقيام بذلك ، و حتى يكون للصلح آثارا قانونية اشترط المشرع بعض الشروط يجب أن تتوفر في الجاني . و بناء عليه سأتناول تعريف الصلح قضاء (المطلب الأول) و شروط الصلح في الجرائم الاقتصادية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تعريف الصلح .

نظرا لان التعريف ليس من اختصاص المشرع ، فقد ترك ذلك للفقه و القضاء ، و عليه سأتناول تعريف الصلح (الفرع الأول) أما في الفرع الثاني سأطرق إلى تعريفه فقها

الفرع الأول : تعريف الصلح قضاء : عرفت محكمة النقض المصرية الصلح بأنه : (تنازل الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح و يحدث أثره بقوة القانون)¹ .

فالصلح هو ما يؤديه الجاني من جعل لخزينة الدولة مقابل تنازل الهيئة الاجتماعية عن حقها في العقاب² ، فنظام الصلح عبارة عن عمل إجرائي إرادي رتب عليه القانون أثرا مهما و هو إنقضاء سلطة الدولة في العقاب مقابل مبلغ من المال يدفعه المتهم³ .

الفرع : تعريف الصلح فقها : اختلف فقهاء القانون بشأن تحديد تعريف جامع مانع للصلح ، بحيث يمكن أن نميز في هذا الصدد إتجاهين رئيسيين :

الإتجاه الأول : يرى أصحاب هذا الإتجاه ، أن الصلح كالصلح المدني يتم بين الجهة الإدارية والمتهم ، حيث يتنازل كل طرف عن بعض حقوقه .

فتتنازل جهة الإدارة عن طلب رفع الدعوى الجنائية و يتنازل مرتكب الجريمة عن ضمانات التحقيق و المحاكمة التي يكفلها له القانون ، بالإضافة إلى دفع الجعل المحدد في القانون كتعويض⁴ .

الإتجاه الثاني : يرى أصحاب هذا الإتجاه ، أنه لا يمكن التسليم للصلح بذات الطبيعة القانونية للصلح المدني ، و ذلك لإختلاف موضوع كل من الصلحين ، صحيح أن كل منهما ينعقد بإرادة أطرافه ، كما أن هذه الإرادة هي التي تحدد المبلغ الذي يدفعه الطرف الملتزم بالدفع ، و لكن في الجانب الآخر فإن إلتزام الإدارة في مقابل إلتزام المتهم تقوم على مسألة عامة و ليست خاصة ، هي التزامها بعدم رفع الدعوى الجنائية و المطالبة بعقاب المتهم⁵ .

وعلى ذلك فإن إرادة أطراف النزاع لا تتحكم في تحديد الأثر المترتب على الصلح ، بل إن القانون هو الذي يحدد هذا الأثر ، و هو انقضاء سلطة المجتمع في العقاب و ليس هذا من طبيعة العقد المدني الذي يحدد أطرافه بإرادتهما الأثار المترتبة عليه .

ولهذا يرى أصحاب هذا الرأي أن الصلح هو : تصرف قانوني إجرائي من جانب واحد ، لأن القانون يحدد دائما أساس التصالح ، سواء تمثل ذلك في المبلغ الواجب دفعه أو الأشياء التي يلزم تسليمها للإدارة ، و بالتالي فلا دخل

¹ - حكم محكمة النقض المصرية الصادر في : 1963/12/16 مجموعة أحكام النقض ، س 14 ، رقم : 166 ، ص 927 ، نقلا عن : نبيل لوقاباوي ، جرائم تهريب النقد بين القانون و الواقع ، دار الشعب للصحافة و الطباعة و النشر ، القاهرة ، مصر ، طبعة 1993 ، ص 239 .

² - أنظر : محمد السيد عرفة ، مقال بعنوان : التحكيم و الصلح و تطبيقاتهما في المجال الجنائي ، مجلة جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى 2007 ، ص 244 .

³ - أنظر : محمد السيد عرفة ، نفس المقال السابق ، ص 248 .

⁴ - أنظر : نبيل لوقاباوي ، مرجع سابق ، ص 239 .

⁵ - أنظر : عبد الرحمن حسين علام ، الأحكام الخاصة بالتصالح كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية في الجرائم الجرمية ، بدون ذكر دار النشر ، طبعة 1990 ، ص 28 و ما بعدها .

للمخالف أو الإدارة في تحديد أو تعديل تلك الشروط ، فالمخالف إما أن يقبلها و يبدي ذلك في طلبه الذي يعلن به الصلح أو يرفضها و حينئذ لا يتم الصلح و تسير إجراءات الدعوى في طريقها الطبيعي¹ .
و عليه فالصلح هو تنازل الهيئة الاجتماعية عن حقها في العقاب في بعض الجرائم المحددة مقابل الجعل الذي يقدمه الجاني للمجني عليه في الأحوال التي يسمح فيها القانون بذلك² .
المطلب الثاني : شروط الصلح في الجريمة الاقتصادية .

لا تتبع التشريعات المقارنة إجراءات واحدة بشأن شروط الصلح في الجرائم الاقتصادية ، ونلاحظ أن الصلح في هذه الجرائم ليس حقا للمتهم ، فلا تلتزم الإدارة المختصة بالاستجابة إليه إذا طلبه و عدم عرض الصلح على المتهم في هذه التشريعات لا ينفي حقه في طلبه³ .

و لكي يقوم الصلح كإجراء قانوني يجب أن يتوفر على شروط و إلا كان مشوبا بالبطلان ، و تتمثل أهم الشروط الواجب توفرها في الصلح على ما يلي :
الشرط الأول : أن يتعلق بجريمة من الجرائم الاقتصادية الجائز الصلح فيها.

لا يعتبر الصلح سببا عاما من أسباب انقضاء الدعوى العمومية في جميع الجرائم ، وإنما هو سبب خاص ببعض الجرائم فقط بحسب تقدير المشرع ، لذلك فانه يتعين ، حتى تنقضي سلطة الدولة في العقاب نتيجة للصلح ، أن ينص المشرع على الصلح كسبب لانقضاء الدعوى العمومية .

فالصلح مع المتهم يعد نظاما استثنائيا يقتصر على جرائم معينة⁴ ، كالجرائم الاقتصادية ، و هذا مثل ما نصت عليه المادة 265 من قانون الجمارك الجزائري و المادة 09 من القانون المتعلق بقمع مخالفات التشريع و التنظيم الخاصين بالصراف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج في التشريع الجزائري ، و مثل ما نصت عليه المادة 119 من قانون الجمارك المصري المعدل بالقانون 160 لسنة 2000 حيث تنص على إجازة الصلح في المخالفات الجمركية و المادة 21 من القانون رقم 03 لسنة 2008 و المتعلق بحماية المنافسة و منع ممارسات الاحتكار⁵ .

والحكمة من إجازة الصلح في هذا النوع من الجرائم هي أنه لا يهيم المجتمع أن ينزل بمرتكب الجريمة من الألم الناشئ عن توقيع العقوبة عليه بقدر ما يهيم تحقيق نفعه من مراعاة مصالحه المالية ، أي أن المشرع لما أجاز الصلح في هذا النوع من الجرائم وضع في اعتباره إقامة نوع من الترجيح بين المنفعة التي تعود على المجتمع من تطبيق العقوبة على المتهم ، من ناحية ، و المنفعة التي تعود عليه من تحصيل مبالغ مالية تسهم في تحقيق المصلحة العامة من ناحية أخرى ، و رجح الثانية على الأولى⁶ .

¹ - أنظر : أمين مصطفى محمد ، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح وفقا لأحكام القانون رقم 173 لسنة 1998 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية و قانون العقوبات - دراسة مقارنة - مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية ، الإسكندرية ، طبعة 2002 ، ص 19 .

² - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، الصلح في الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص 13 .

³ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 180 و 181 .

⁴ - أنظر : محمد السيد عرفة ، نفس المقال السابق ، ص 251 و 252 .

⁵ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 444 .

⁶ - أنظر : محمد السيد عرفة ، نفس المقال السابق ، ص 254 .

الشرط الثاني: أن تصدر الموافقة على الصلح من الجهة التي حددها القانون .

يحدد القانون الجهة الإدارية التي يجيز التصالح معها في الجرائم الاقتصادية، فهي الجهة المختصة بإبرام هذا الصلح ، وهذا نظرا لما ينطوي عليه من أهمية بالغة. إذ يترتب عليه انقضاء سلطة الدولة في توقيع العقاب .

وتختلف هذه الجهة بحسب نوع الجريمة الاقتصادية المرتكبة و التي أجاز المشرع الصلح فيها ، و قد نص المشرع الجزائري في المادة 265 من قانون الجمارك أن تحديد مسؤولي إدارة الجمارك المؤهلين لإجراء المصالحة يكون بقرار من الوزير المكلف بالمالية و تخضع المصالحة لرأي اللجنة الوطنية و اللجان المحلية ، وهذا حسب طبيعة المخالفة و مبلغ الحقوق و الرسوم المتقاضى عنها أو المتملص منها.

كما نصت بعض التشريعات المقارنة و هذا مثل التشريع المصري المتعلق بقانون الجمارك في المادة 124 مكرر من القانون 160 لسنة 2000 على أن الجهة الإدارية المختصة بالصلح هو مدير الجمارك .

أما في فرنسا فقد خول المشرع الجمركي الحق في الصلح في الجرائم الجمركية لكل من وزير المالية و الاقتصاد و المدير العام للجمارك و الضرائب غير المباشرة و رؤساء الإدارات الجمركية و الفرعية و الإقليمية حسب خطورة الجريمة و نوعها و القسم الذي تنتمي إليه¹.

و بديهي أنه إذا تم دفع المخالف لهذه التعويضات قبل رفع الدعوى العمومية ، فلن يكون ذلك إلا مقابل عدم رفع هذه الأخيرة .

الشرط الثالث: أن يتم الإتفاق بين الطرفين على الصلح.

كما سبق و أن بينا أن الصلح بين المتهم و الجهة الإدارية أو القضائية المختصة نظام إختياري لكل من جهة الإدارة و المتهم بإرتكاب الجريمة ، و لذلك يشترط أن يحصل إتفاق بين الطرفين على الصلح .

ذلك أن الصلح ليس حقا للمتهم يفرضه على جهة الإدارة ، ولا هو إجراء إلزامي بالنسبة للإدارة ، و إنما هو ممكنة جعلها المشرع في متناولهما ، بحيث يجوز لمرتكب الجريمة أن يطلب إجراءها و يجوز للسلطات الإدارية المختصة إجراؤها².

ولا يكفي مجرد وجود الرغبة لدى الطرفين على الصلح ، و إنما يجب أن يثبت ذلك بطلب مكتوب يتقدم به المتهم إلى الجهة المختصة بالصلح ، و يوضح فيه ما إذا كان قد تم قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها أو بعد صدور حكم فيها و المبالغ التي تم الإتفاق عليها مقابل الصلح ، و نوع الجريمة التي اتهم بها . فالصلح لا يتحقق إلا بتلاقي إرادتي الطرفين³.

الشرط الرابع: أن يقوم المتهم بدفع الحد الأدنى لمقابل الصلح .

اتجهت العديد من التشريعات إلى تقدير مقابل الصلح في الجرائم الاقتصادية ، فمنها من أخذ بتحديد مقابل الصلح بطريقة جزافية ، ومنها من يقوم بتقدير حد أدنى يجب دفعه إلى الجهة الإدارية المختصة ، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري .

حيث فرض على المتهم أن يقوم بإيداع كفالة تقدر ب : 30 بالمائة من قيمة محل الجريمة ، و هذا في جرائم الصرف على سبيل المثال ، بشرط أن يتم ذلك قبل صدور حكم قضائي نهائي ، أي أن ميعاد الصلح غير مقترن بأجل

¹ - أنظر : محمد نجيب السيد ، جريمة التهريب الجمركي في التشريع المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1990 ، ص 340 .

² - أنظر : أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 264 .

³ - أنظر : محمد السيد عرفة ، نفس المقال السابق ، ص 257 .

معين قبل صدور حكم قضائي بات ، وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من الأمر 22/96 المعدل و المتمم بالأمر 11/03 سالف الذكر .

و يلزم لانعقاد الصلح أن يقوم المتهم بدفع مقابل الصلح بالفعل إلى الجهة الإدارية و المتضررة من ذلك ، فلا يكفي مجرد قبوله دفع مبلغ معين ، لأن الأساس النفعي الذي تقوم عليه سياسة التجريم في الجرائم الاقتصادية هو الذي فرض نظام الصلح في هذه الجرائم و بمقتضاه يسهل على الدولة تحصيل مستحقاتها دون عناء و اتخاذ إجراءات الحجز و التحصيل ، وهذا الهدف لا يتحقق إلا إذا قام المتهم بالفعل بتسديد مبلغ الصلح المقرر قانونا ، وليس مجرد قبول الدفع¹.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد سار في نفس الاتجاه ، إذ نص في المادة 03 من المرسوم رقم 111/03 سالف الذكر على مقدم طلب الصلح أن يودع كفالة تقدر ب: 30 بالمائة من قيمة محل الجنحة لدى المحاسب العمومي المكلف بالتحصيل قبل النظر في طلب الصلح أمام اللجنة الوطنية أو اللجان المحلية المختصة بذلك .
الشرط الخامس : ميعاد الصلح .

يرى جانب من الفقه أن الصلح يتم في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية ، و هذا حتى بعد انقضائها بصدور حكم بات فيها².

وعليه يجوز الصلح بين المتهم و الجهة الإدارية بعد تحريك الدعوى العمومية و مباشرتها من طرف النيابة العامة أو بعد إحالة القضية إلى المحكمة المختصة أو في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، حتى ولو كانت أمام محكمة النقض ، بل يجوز الصلح بعد صدور الحكم البات³.

و نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي في مجال الجرائم الجمركية إثر تعديل قانون الجمارك لسنة 1998 ، بحيث يمكن إجراء الصلح قبل أو بعد الحكم النهائي و هذا بحسب نوع الجريمة و مبلغ الحقوق و الرسوم المتقاضى عنها أو المتملص منها مع أخذ رأي اللجنة الوطنية أو اللجان المحلية ، أما في جانب جرائم الصرف فإن المادة 09 مكرر من الأمر 22/96 المعدل و المتمم بالأمر 11/03 تشترط أن يتم الصلح في أجل 03 أشهر من يوم معاينة المخالفة ، فلا يحول ذلك دون إجراء الصلح بعد إنقضاء الأجل المذكور ، بل و حتى على إثر مباشرة المتابعات القضائية و إلى غاية ما يصبح الحكم نهائيا كما يتبين ذلك من الفقرة الأخيرة من المادة السابقة الذكر ، والتي أجازت إجراء المصالحة في أي مرحلة من الدعوى إلى حين صدور حكم قضائي نهائي .

و تجدر الإشارة إلى أنه حتى و قبل تعديل نص المادة 09 مكرر كانت المحكمة العليا قد أصدرت قرارا في : 1999/01/25 قضت فيه بأن عدم مراعاة مهلة الثلاثة أشهر لإرسال المحضر إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا من أجل المتابعة لا يترتب عليه البطالان⁴، على أن الصلح بعد صدور الحكم النهائي البات لا يؤثر في تنفيذ العقوبات المنطوق بها⁵، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 8/265 من قانون الجمارك .

¹ - أنظر : محمد السيد عرفة ، نفس المقال السابق ، ص 259 .

² - أنظر : عبد الرؤوف عبيد ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، مكتبة رجال القضاء ، القاهرة ، طبعة 2003 ، ص 798 .

³ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 369 .

⁴ - قرار الغرفة الجزائرية بالمحكمة العليا بالجزائر ، الصادر في : 1999/01/25 ، ملف رقم 180580 غير منشور .

⁵ - أنظر : محمود سمير عبد الفتاح ، النيابة العامة و سلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة ، المكتب الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2003 ،

على أنه عندما تجري المصالحة بعد صدور الحكم النهائي لا يترتب عليها أي أثر على العقوبات السالبة للحرية أو الغرامات الجزائية و المصاريف الأخرى ، و إنما يكون للصلح تأثير على إنقضاء الدعوى الجرمية فقط دون المساس بآثار الدعوى العمومية .

المبحث الثاني : آثار الصلح و نطاقه في الجرائم الاقتصادية .

يترتب على الصلح في الجرائم الاقتصادية إذا تم إبرامه بشكل صحيح آثارا قانونية عديدة ، تنعكس على أطرافه و على الغير (المطلب الأول) ، كما أن نطاقه يتسع و يضيق ، و هذا بحسب نوع الجرائم الاقتصادية المرتكبة و بحسب الظروف التي تمر بها كل دولة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الآثار القانونية المترتبة على الصلح في الجرائم الاقتصادية :

تختلف الآثار القانونية المترتبة على الصلح في الجرائم الاقتصادية ، و هذا بحسب إذا كان تجاه الأطراف (الفرع الأول) أو تجاه الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول : آثار الصلح بالنسبة للمتهم .

ينتج على الصلح في الجرائم الاقتصادية آثارا قانونية تتمثل فيما يلي :

1- إنقضاء الدعوى العمومية :

يترتب على الصلح انقضاء الدعوى العمومية متى كان الصلح قبل صدور حكم بات في الدعوى ، و هذا ما نصت عليه العديد من التشريعات المقارنة ، كالتشريع المصري مثلا في نص المادة 18 مكرر 18 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجنائية ، وكذلك التشريع الجزائري الجزائي في نص المادة 4/6 من قانون الإجراءات الجزائية ، حيث تنص على أنه : (كما يجوز أن تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يميزها صراحة).

فالصلح يحدث أثره في انقضاء الدعوى العمومية التي لم يصدر فيها حكم بات ، سواء قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها، و يترتب على ذلك أنه إذا وقع الصلح قبل تحريك الدعوى العمومية فإنه لا يجوز تحريكها ، فإذا أبلغت النيابة العامة بها فيتعين عليها أن تصدر قرارا بحفظ الدعوى ، أما إذا تم الصلح بعد رفع الدعوى إلى المحكمة فيتعين أن تصدر حكما بانقضاء الدعوى العمومية بالصلح¹.

و نشير هنا إلى أن القضاة غير متفقين في القضاء الجزائي الجزائي على الصيغة التي يجب أن يكون عليها منطوق الحكم أو القرار ، فمنهم من يفضل الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بسبب المصالحة ، و منهم من يحكم بالبراءة بسبب المصالحة²، و لقد تدخلت المحكمة العليا لحسم الموقف فقضت بأن المصالحة تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية و ليس إلى البراءة³.

¹ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 199 .

² - أنظر : أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص - الجرائم الاقتصادية و بعض الجرائم الخاصة - الطبعة الرابعة 2004 - دار هومة ، الجزائر ، ص 272 .

³ - قرار الغرفة الجزائية بالحكمة العليا بالجزائر الصادر في : 1991/06/09 ، ملف رقم 71509 ، غير منشور.

و يبدو أن هذا النقاش لا ينفرد به القضاء الجزائري لوحده ، فلقد قضي في مصر بأن الحكم الصادر بانقضاء الدعوى العمومية هو في الواقع و حقيقة الأمر حكم صادر في موضوع الدعوى إذا كان معناه انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح ، و يلاحظ أن بعض التشريعات اعتبرت الصلح كالحكم بالبراءة¹.

و قد أيد بعض الفقه هذا الاتجاه ، فذهبوا إلى أنه إذا تم الصلح بعد رفع الدعوى العمومية وجب الحكم ببراءة المتهم لانقضاء الدعوى العمومية إستنادا إلى أن القوانين المتعلقة بقيود رفع الدعوى العمومية و مباشرتها ذات طبيعة موضوعية لتعلقها في حق الدولة في العقاب ، كما استندوا إلى قضاء محكمة النقض المصرية بأن تنازل الإدارة العامة عن طلبها في إقامة الدعوى ينبي عليه الحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالتنازل و براءة المتهم² ، وأضاف بعض أنصار هذا الرأي ، أن البراءة بالصلح براءة قانونية ، لأن البراءة القضائية يجب أن تسبقها محاكمة تحرر خلالها ورقة إتهام ، و يكفل للمتهم خلالها الدفاع عن نفسه³.

في حين ذهب البعض الآخر⁴، إلى أنه في حالة قيام الصلح يجب على المحكمة أن تحكم بانقضاء الدعوى العمومية بالصلح لا الحكم ببراءة المتهم⁵، و حجته في ذلك ما يلي :

أن القضاء بالبراءة يعني أن الواقعة غير معاقب عليها أو أن الجريمة غير متوافرة الأركان ، و لا يتحقق أي أمر من هذه الأمور في الصلح .

مع التسليم جدلا بأن المحكمة تحكم بالبراءة في حالة التنازل عن الطلب أو سحب الشكوى في التشريعات التي تأخذ بالشكوى من قبل الجهة المختصة بذلك ، فإنه من غير المعقول أن تحكم بالبراءة في حالة الصلح ، لاسيما أن البعض من الفقهاء يرى أن رضا المتهم بالصلح يفترض تبعا لتسليمه بمسؤوليته عن الفعل المسند إليه ، لأنه لو كان يعتقد ببراءته لما كان قد تصالح⁶.

2- وقف تنفيذ الحكم القضائي و آثاره :

يترتب على الصلح إنهاء كافة الآثار القانونية لحكم الإدانة الذي كان محلا للصلح ، و هذا مثل عدم اعتباره سابقة في العود و عدم تقييده في صحيفة سوابق المتهم⁷. هذا إذا كان قبل صدور حكم بات في الدعوى العمومية العمومية فإنه يؤدي إلى إنقضائها ، أما إذا كان الصلح بعد صدور الحكم البات فإن المسألة تختلف ، و مرد ذلك أنه بصدور هذا الحكم تستقر المراكز القانونية لأطرافه⁸.

¹ - أنظر المادة 241 من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي ، حيث تنص على أن : (الأثر المترتب على الصلح أو العفو هو نفسه الأثر المترتب على الحكم بالبراءة) .

² - نقض جنائي مصري في : 1975/02/17 ، مجموعة أحكام النقض س 62 رقم 37 ، ص 167 ، نقلا عن : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 201 .

³ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، نفس الصفحة .

⁴ - أنظر : حمدي رجب عطية ، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 1990 ، ص 444 و ما بعدها .

⁵ - يؤيد الدكتور أحسن بوسقيعة هذا الإتجاه ، أنظر المرجع السابق ، ص 273 .

⁶ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 202 .

⁷ - أنظر : نبيل لوقاباوي ، مرجع سابق ، ص 243 .

⁸ - أنظر : عبد الأمير العكيلي ، أصول الإجراءات الجنائية في قانون المحاكمات الجزائية العراقي ، مطبعة جامعة بغداد ، طبعة 1977 ، ص 195 .

وقد تباينت إتجاهات التشريعات المقارنة التي أجازت الصلح بعد صدور حكم بات بشأن أثر الصلح على العقوبة ، فنجد بعض التشريعات التي أجازت الصلح بعد صدور حكم بات في الدعوى العمومية و رتبت عليه وقف تنفيذ الحكم المقضي به و ما يترتب عليه من آثار ، و من هذه التشريعات ، ما نص عليه المشرع المصري في المادتين 124 و 124 مكر من قانون الجمارك 66 لسنة 1963 المعدل بالقانون 160 لسنة 2000 على أنه : (يترتب على التصالح إنقضاء الدعوى العمومية و جميع الآثار المترتبة على الحكم و تأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة الجنائية إذا تم التصالح أثناء تنفيذها) و المادة 133 من القانون 88 لسنة 2003 بشأن البنك المركزي و الجهاز المصرفي و التقدر المعدل بالقانون 162 لسنة 2004 ، إذ يترتب على التصالح في هذه التشريعات وقف تنفيذ الحكم المقضي به و ما يترتب على ذلك من آثار¹ .

و بعض التشريعات الأخرى تقضي بقصر الصلح بعد صدور الحكم البات على وقف تنفيذ العقوبات المالية وحدها دون غيرها من العقوبات ، وهو ما نص عليه التشريع الجمركي الجزائري في نص المادة 8/265 و التي قصرت الصلح على العقوبات المالية دون البدنية أي الصلح في الدعوى الجنائية فقط دون الدعوى العمومية ، ذلك أن العقوبات الأخرى التي تمس الشخص في ذاته لا يمكن وقف تنفيذها بمقتضى الصلح² .

الفرع الثاني : بالنسبة للغير .

تتفق التشريعات الجمركية و الجزائرية التي تميز الصلح على حصر آثاره ، فيمن يتصلح مع الإدارة وحده ولا يمتد إلى الفاعلين الآخرين الذين ارتكبوا نفس الجريمة و لا إلى شركائه ، و عليه فإن أثر الصلح لا يمتد إلا إلى المتهم الذي كان طرفا في الصلح دون غيره من المتهمين³ .

و لا يشكل الصلح الذي تم مع أحد المتهمين حاجزا أمام متابعة الأشخاص الآخرين الذين ساهموا معه في ارتكاب المخالفة أو شاركوه في ارتكابها ، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها و الذي صدر بتاريخ : 1997/12/22 بشأن مخالفة جمركية⁴ .

و عليه فإن الصلح في المسائل الجمركية ينحصر أثرها بالنسبة لانقضاء الدعوى العمومية في المتصلحين وحدهم و لا يمتد للمتهمين غير المتصلحين سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء⁵ .

و لقد أثير التساؤل حول أثر الصلح في حالة تعدد المتهمين في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة النسبية ، و التي تلزم المتهمين بالتضامن فيما بينهم .

وفي الإجابة على هذا التساؤل فرق الفقه بين ما إذا كان الصلح قد تم قبل صدور الحكم البات ، و ما إذا كان قد تم بعد صدوره. ففي الحالة الأولى لا يستفيد من الصلح إلا من كان طرفا فيه دون سائر المتهمين ، أما في الحالة الثانية فإنه يتعين إلزام المتهمين الذين لم يكونوا طرفا في الصلح بأداء مبلغ الغرامة كله بطريق التضامن ، مع خصم المبلغ الذي يخص المتهم الذي كان طرفا في الصلح ، و ذلك تطبيقا لقاعدة المساواة في المسؤولية بين المتضامنين⁶ .

¹ - نقض في : 1982/01/19 مجموعة أحكام النقض ، س 33 ص 46 ، نقلا عن : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 206 .

² - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 207 .

³ - أنظر : أحمد فتحي سرور ، الجرائم الضريبية ، دار النهضة العربية ، طبعة 1990 ، ص 266 و 267 .

⁴ - قرار صادر عن الغرفة الجزائرية بالحكمة العليا ، بتاريخ : 1997/12/22 رقم الملف : 154107 ، غير منشور .

⁵ - أنظر : أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 274 .

⁶ - أنظر : طه أحمد محمد عبد العليم ، مرجع سابق ، ص 217 .

قد سار القضاء الفرنسي في هذا الإتجاه ، بحيث قضى في عدة مناسبات بأنه على الفاعلين الآخرين و الشركاء دفع الجزاءات المالية كاملة بالتضامن فيما بينهم بدون خصم حصة المتصلحين ، ولالإدارة عند تحصيل العقوبات المالية أن تخصص المبالغ التي سبق أن تحصلت عليها من المتهم المتصلح¹ .
المطلب الثاني : نطاق تطبيق الصلح في الجريمة الاقتصادية .

الأصل في قانون الإجراءات الجزائية أن الدعوى العمومية ملك للمجتمع يقيمها و يباشرها من خلال الجهاز الذي يمثل في هذا الشأن ، وهو النيابة العامة ، ومن هنا فإن النهاية العادية للدعوى العمومية هي صدور حكم نهائي بات بعد محاكمة عادلة تتوفر فيها كافة الضمانات القانونية التي تحترم فيها حقوق الإنسان .
ومع ذلك فقد لوحظ أن بعض القضايا لها طبيعة خاصة ، حيث تطول فيها الإجراءات مما يترتب عليه أن تتكبد الدولة نفقات باهظة ، و يتحمل المتقاضون أعباء ضخمة من الوقت و التكاليف المادية ، لهذا فقد أخذت بعض التشريعات الجزائية بنظام الصلح مع المتهم ، حيث أجازت تصالح المتهم مع الجهة الإدارية صراحة .
ولذلك سأتناول نطاق تطبيق الصلح في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (الفرع الأول) لانتقل بعدها إلى نطاق تطبيق الصلح في التشريعات الاقتصادية (الفرع الثاني) .
الفرع الأول : الصلح في قانون الإجراءات الجزائية .

مرت فكرة الصلح في التشريع الجزائري بعدة مراحل يمكن حصرها في ما يلي :

-المرحلة الأولى : وتمتد من 1962 إلى غاية 1975 حيث تم الإبقاء على التشريع الفرنسي إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية ، و الذي كان بدوره ينص على فكرة الصلح .

-المرحلة الثانية : وتمتد من 1975 إلى غاية 1986 ، حيث صدر الأمر 46/75 المؤرخ في : 17/06/1975 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية ، و الذي بموجبه تم تعديل الفقرة الأخيرة من نص المادة 06 والتي كانت تميز المصالحة في المواد الجزائية و ذلك بالنص صراحة على عدم الأخذ بنظام المصالحة في المسائل الجزائية .

-المرحلة الثالثة : وتمتد من 1986 إلى غاية يومنا هذا ، حيث أعاد المشرع الجزائري النص صراحة على المصالحة في المسائل الجزائية و كرسها في بعض الجرائم و هذا في مواد المخالفات المعاقب عليها بالغرامة فقط ، و هذا ما نصت عليه المادة من 381 من قانون الإجراءات الجزائية² ، و بصفة عامة كل المخالفات المنصوص عليها في الفصل الثاني من الباب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية .

وتمثل أطراف الصلح في قانون الإجراءات الجزائية الخاص بجرائم المخالفات في المتهم و النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية و تلتزم النيابة بعرض الصلح في المخالفات على المتهم و لهذا الأخير قبوله و دفع المقابل أو عدم قبوله و السير في الإجراءات العادية .

¹ - نقض فرنسي . Cass ; Crim 26/11/1964 ; bull ; crim , n314 ، نقلا عن أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق ، ص 275 .

² - نص المادة 381 من قانون الإجراءات الجزائية : (قبل كل تكليف بالحضور أمام المحكمة يقوم عضو النيابة العامة المحال عليه محضر مثبت المخالفة بإخطار المخالف بأنه مصرح له بدفع مبلغ على سبيل غرامة الصلح مساويا للحد الأدنى المنصوص عليه قانونا لعقوبة المخالفة) .

وعليه فالصلح اكتسى أهمية كبيرة في المسائل الجزائية لكونه أصبح أسلوبا متميزا في فض النزاعات القضائية، إلا أنه يزداد أهمية في الميدان الاقتصادي.

الفرع الثاني: الصلح في التشريعات الخاصة بالجرائم الاقتصادية.

تصدر الصلح مكانة متميزة في الجرائم الاقتصادية، و هذا نظرا للنتائج العملية التي حققها و اثبت مدى تطابقها مع الأهداف التي يسعى إليها التشريع الاقتصادي، و المتمثلة في السرعة و الفاعلية، خاصة أن النظام الجنائي أصبح غير قادر على استيعاب التضخم المتزايد في عدد الجرائم و الدعاوى العمومية، لذا تبرز أهمية اللجوء إلى الصلح و تتدعم مع كثرة مزاياه.

و عليه، فقد اتجهت السياسة الجنائية في العديد من التشريعات المقارنة إلى الأخذ بإجراء الصلح كسبب لانقضاء الدعوى العمومية في بعض الجرائم الاقتصادية¹، فالتجريم و العقاب في الجرائم الاقتصادية يرمي إلى كفالة حقوق الخزينة العامة، و مادام هناك وسيلة أخرى ناجعة مثل الصلح انتفت الحكمة من توقيع العقاب، فلا يهم المجتمع ما ينزل بمرتكب الجريمة من الألم المتمثل في العقوبة، بقدر ما يهم تحقيق نفع المجتمع من مراعاة مصالحه المادية و الاقتصادية².

و كغيره من التشريعات المقارنة، نص التشريع الجزائري في الجانب الاقتصادي على ذلك، نذكر منها على سبيل المثال ما جاء في الجرائم الجمركية و جرائم الصرف، حيث تنص المادة 2/265 من قانون الجمارك على الترخيص لإدارة الجمارك بإجراء مصالحه مع الأشخاص المتابعين بسبب المخالفات الجمركية بناء على طلبهم. و كذلك ما نصت عليه المادة 9 مكرر من الأمر 22/96 المعدل و المتمم بالأمر رقم: 11/03 صراحة على انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة سواء تمت المصالحة قبل المتابعة الجزائية أو بعدها أو حتى بعد صدور الحكم القضائي غير الحائز لقوة الشيء المقضي به.

أما في جانب الجرائم الضريبية، فلم ينص التشريع الاقتصادي الجزائري على إجراء الصلح، و هذا بالرغم من نصه على سحب الشكوى، و التي تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية حسب نص المادة 03/6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

خاتمة:

اكتسب نظام الصلح في الجرائم الاقتصادية مكانة متميزة في التشريع الجزائري، باعتباره بديلا عن تحريك الدعوى العمومية، و يكمن الهدف من وراء ذلك في الآثار الايجابية التي نتجت عنه. إذ أن إحدى أهداف العقاب هو جبر الضرر الذي يصيب المجتمع، و مادام أن الصلح يحقق ذلك، على اعتبار أن إعادة الأموال المعتدى عليها هي الهدف الرئيسي من القوانين الاقتصادية، فلم اللجوء إلى غير ذلك. فقد اعتمده المشرع في كثير من الجرائم الاقتصادية، و هذا مثل الجرائم الجمركية و جرائم الصرف.

¹ أنظر: محمد السيد عرفة، المقال السابق، ص 210.

² - أنظر: إدوار غالي الذهبي، مقال بعنوان: الصلح في جرائم التهرب من ضريبة الاستهلاك، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ص 28، ع 3، سبتمبر

1984، ص 146.

و بالرغم من اخذ المشرع الجزائري بنظام الصلح في الجرائم الاقتصادية ، إلا أن ذلك لم يصل إلى المستوى المطلوب خاصة في الجرائم الضريبية ، و عليه يجب على المشرع توسيع نطاق الصلح في هذه الجرائم ، و إعطاء الآليات القانونية لتحصيل الحقوق المالية للخرينة العامة.

كما نأمل أن يتم تنظيم إجراءات الصلح بشكل دقيق و تمكين الجهات القضائية من مراقبة هذه الإجراءات لتكفل عدم الخضوع لأي ضغط أو إكراه ، و هذا ضمنا لحقوق الأفراد .

المراجع :

أولا : الكتب :

- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص - الجرائم الاقتصادية و بعض الجرائم الخاصة - الطبعة الرابعة 2004 - دار هومة ، الجزائر.

- أحمد فتحي سرور ، الجرائم الضريبية ، دار النهضة العربية ، طبعة 1990.

- أمين مصطفى محمد ، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح وفقا لأحكام القانون رقم 173 لسنة 1998 بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية و قانون العقوبات - دراسة مقارنة - مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية ، طبعة 2002 ، الإسكندرية ، مصر .

- طه أحمد محمد عبد العليم ، الصلح في الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 2009 ، القاهرة ، مصر.

- عبد الرحمن حسين علام ، الأحكام الخاصة بالصلح كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية في الجرائم الجرمية ، بدون ذكر دار النشر ، طبعة 1990.

- عبد الأمير العكيلي ، أصول الإجراءات الجنائية في قانون المحاكمات الجزائية العراقي ، مطبعة جامعة بغداد ، طبعة 1977.

- عبد الرؤوف عبيد ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، مكتبة رجال القضاء ، طبعة 2003 ، القاهرة ، مصر .

- محمود سمير عبد الفتاح ، النيابة العامة و سلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة ، المكتب الجامعي ، طبعة 2003 . الإسكندرية ، مصر .

- نبيل لوقاباوي ، جرائم تهريب النقد بين القانون و الواقع ، دار الشعب للطباعة و النشر ، طبعة 1993 ، القاهرة ، مصر .

ثانيا : مقالات :

- إدوار غالي الذهبي ، مقال بعنوان : الصلح في جرائم التهريب من ضريبة الاستهلاك ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، س 28 ، ع 3 ، سبتمبر 1984.

-محمد السيد عرفة ، مقال بعنوان : التحكيم و الصلح و تطبيقاتهما في المجال الجنائي ، مجلة جامعة نايف للعلوم الأمنية ، العدد الأول 2007 .

ثالثا : رسائل جامعية :

-محمد نجيب السيد ، جريمة التهريب الجمركي في التشريع المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1990 .

رابعا : القرارات القضائية :

-قرار الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا بالجزائر ، الصادر في : 1999/01/25 ، ملف رقم 180580 غير منشور .

-قرار الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا بالجزائر الصادر في : 1991/06/09 ، ملف رقم 71509 ، غير منشور .

-قرار صادر عن الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا ، بتاريخ : 1997/12/22 رقم الملف : 154107 ، غير منشور .

انقلاب 6 أغسطس 2008 في موريتانيا... أزمة الانقلاب و الانتخابات هل فشل النأسيس لعهد جديد؟



الدكتور : بتار ولد إسلح

باحث في العلاقات الدولية

من موريتانيا الشقيقة

لقد دخلت موريتانيا عملية التحول الديمقراطي، و هي مثقلة بأزمتين كبيرتين، الأزمة الأولى هي أزمة نظام استبدادي دام 21 سنة من حكم معاوية ولد سيد محمد ولد الطابع، و لم تكن عملية التحول الديمقراطي التي شهدتها البلاد في تلك الفترة تزيد عن كونها طابع احتقاني أراد من خلاله ولد الطابع أن تكون أداة امتصاص للضغوطات الداخلية و الخارجية، و قاد هذا الاحتقان إلى مجموعة من الانقلابات. والأزمة الثانية هي انقلاب 2005 و قد تم من خلالها الإطاحة بنظام معاوية ولد الطابع الذي قام به مجموعة من القادة العسكريين، أطلقوا على أنفسهم اسم "المجلس العسكري للعدالة و الديمقراطية" و يحسب هذا الطور الأخير انه من أهم مراحل التحول التوافقي التي شهدته البلاد، عبر مراجعة الدستور و انتخابات ديمقراطية مشهود لها بالنزاهة إلا أن تلك المرحلة لم تدم طويلا، فبعد سنة من نظام الرئيس الموريتاني السابق سيد محمد ولد الشيخ عبد الله تم الانقلاب عليه يوم 6 غشت 2009، مما يعكس الصعود و الهبوط في مسار العملية السياسية في موريتانيا.

مما يثير الإشكالات التالية : كيف كان انعكاس الانقلاب الأخير على الساحة الداخلية و الخارجية في موريتانيا؟ هل نجح الانقلاب الأخير بالخروج بالبلاد من ظاهرة الاحتقان السياسي، أم أن الأزمة مازالت تراوح مكانها؟

➤ أسباب أزمة انقلاب 6 من غشت 2008 :

من الأسباب المعلنة أنه بعد سنة من حكم الرئيس السابق سيد محمد ولد الشيخ عبد الله ظهرت في الأفق بوادر أزمة خطيرة بين الرئيس السابق ولد الشيخ عبد الله و الجنرالات في الجيش، بعد الإعلان عن تشكيل الحكومة الجديدة في نسختها الثانية، و التي ضمت عناصر حسبت على نظام الرئيس السابق معاوية ولد سيد محمد الطابع متهمه بالفساد، و شكل العسكريون فرقة برلمانية سميت بكتلة حجب الثقة عن الحكومة الجديدة، و تفاقمت الأزمة تدريجيا مع إصرار الرئيس السابق سيد محمد ولد الشيخ عبد الله على الإبقاء على تشكيل الحكومة، و عندما تبين أنه لا مناص لوجود مخرج من الأزمة أقال الرئيس ولد الشيخ عبد الله الجنرالات الأربعة النافذون في المؤسسة العسكرية، و على رأسهم الجنرال محمد ولد عبد العزيز، و الجنرال محمد ولد الغزواني من مناصبهم العسكرية و إحالتهم إلى

التقاعد، و كانت ردة فعل الجنرالات المقالين عنيفة، و ذلك بإعلانهم عن انقلاب عسكري يوم 6 أغسطس 2008، و بوضع حد لسلطات رئيس الجمهورية ولد الشيخ عبد الله كما جاء في نص البيان رقم (1) و الذي تلاه الرئيس الموريتاني محمد ولد عبد العزيز بقوله: "جاءت هذه العملية التصحيحية نتيجة لعدة أسباب منها تعطيل الرئيس السابق للدستور خلال عمل البرلمان... و قد رفض الرئيس بتعنت مساعي البرلمان لحجب الثقة عن حكومة لا يرضون عنها، و رفضه لدورة طارئة في البرلمان، و تثبت هذه القضايا عجزه عن حل المشاكل التي يعاني منها المواطنون، و هكذا أعلن المجلس العسكري وضع حد لسلطات الرئيس السابق سيد محمد ولد الشيخ عبد الله"¹.

➤ المؤثرات الخارجية و مساعي الخروج من أزمة الانقلاب :

لقد شكل انقلاب 6 أغسطس مخاطرة كبيرة بالتعهدات الدولية التي تعهد بها الممولين الدوليين في شهر ديسمبر 2007 حيث كانت اتفاقية تمويل بمبلغ 600 مليون دولار قد وقعت، و 8 مليون دولار أخرى على وشك التوقيع، تم توقيفها فور الإعلان عن الانقلاب²، كما أعلن شركاء موريتانيا في التنمية عند تعليق التعاون مع موريتانيا حتى الرجوع بالبلاد إلى الشرعية الدستورية الممثلة في شخص الرئيس المنتخب و من بين تلك الهيئات الدولية، و الدول الولايات المتحدة الأمريكية، و الاتحاد الأوروبي، و صندوق النقد الدولي.

فعلى مستوى الاتحاد الأوروبي الذي يعتبر أن ضرورة احترام الديمقراطية خط أحمر لا يمكن تجاوزه، و علي لسان المفوض المكلف بشؤون التنمية و المساعدات الذي جدد إداثته للانقلاب و ذلك بقوله: "إن هذا الوضع قد يدفعنا إلى مراجعة سياستنا اتجاه موريتانيا... إن إدارات المفوضة و السلطات الموريتانية المعنية، انتهت منذ فترة قصيرة من وضع اللمسات الأخيرة على برنامج دعم موريتانيا بقيمة 165 مليون يورو في الفترة ما بين 2008-2013 و ينضاف إلى برامج المساعدات السارية المفعول... سوف نقيم لوضع على ضوء اتفاقية كوتونو التي وقعت عليها موريتانيا³.

و استنكر الاتحاد الأوروبي التدابير الاستثنائية التي أعلن عنها المجلس العسكري و المتمثلة في تشكيل حكومة جديدة في البلاد و جاء في بيان الاتحاد الأوروبي ما يلي: "إن المجموعة الأوروبية تجدد بأكثر قدر من الصرامة إداثتها الاستيلاء علي السلطة بالقوة الذي حصل في موريتانيا يوم السادس من غشت الماضي، و تعتبر الإجراءات الاستثنائية المتخذة من طرف المسؤولين العسكريين الذين استولوا على السلطة و المؤكدة بواسطة الأمر القانوني الصادر 11 غشت 2008، و خصوصا لإطاحة برئيس الجمهورية عارية من أية شرعية، إن الاتحاد الأوروبي يحذر الحكام العسكريين من المخاطر الحقيقية لعزله مستديمة للبلد على المشهد الدولي، و يحض الحكام العسكريين على إعادة الإطار المؤسسي لما قبل السادس من غشت و يدعوهم بدون مهلة إلى التعاون مع المجموعة الدولية"⁴.

و كإجراء لا حق قرر الإتحاد الأوروبي تعليق استفادة موريتانيا من المساعدات و القروض لمدة سنتين مؤكدا أنه لا يمكن استئناف التعاون من دون العودة إلى النظام الدستوري، و من بين التمويلات التي شملها وقف التعاون 65.5 مليار أوقية هي هبة غير معوضة لتمويل عشرة مشاريع تنموية.

¹- انظر النص الكامل لخطاب رئيس المجلس العسكري محمد ولد عبد العزيز بمناسبة الانقلاب، منشور على جريدة الأمل الجديد، العدد 595، 18/06/2008، ص 3.

²- انظر تصريح لوميشل جريدة الشرق الأوسط، 18 غشت 2008.

³- انظر fondation nationale pour la démocratie (FND) mémoire académique sr le coup d'état du 6 aout contre la démocratie en Mauritanie, Nouakchott, le 26 aout 2008.

⁴- انظر النص الكامل لبيان الاتحاد الأوروبي، منشور في جريدة الصحافة العدد 126 بتاريخ 14/08/2008، ص 4.

و على مستوى الاتحاد الأفريقي: الذي أذان باسم رئيس مجلس السلم و الأمن الإفريقي (Jon Biong) الانقلاب العسكري و ذلك بقوله "أؤكد رفض الاتحاد الإفريقي أي تغيير للحكومات بالطرق الغير دستورية، و محاولة الاستيلاء على الحكم بالقوة، وفقا لإعلان لومي الصادر في شهر يوليو 2000، و القانون الدستوري للاتحاد الإفريقي، و الميثاق الإفريقي للديمقراطية و الانتخابات و الحكم الرشيد الذي كانت موريتانيا آخر دولة تصادق عليه"¹. و على هذا الأساس قرر الاتحاد الإفريقي تعليق عضوية موريتانيا حتى العودة إلى الشرعية المتمثلة في عودة الرئيس المنتخب ديمقراطيا.

على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية فقد شكل الانقلاب أزمة غير مسبوقه بينها و بين الجنرال محمد ولد عبد العزيز، فقد علقت الولايات المتحدة جميع مساعداتها باستثناء المساعدات الإنسانية، و هو ما عبر عنه السفير الأمريكي في موريتانيا مارك بولير و ذلك بقوله "إن انقلاب السادس من غشت قد أطاح بحكومة منتخبة ديمقراطيا، و أن الشعب الموريتاني له الحق بالتمتع بالديمقراطية، التي تضمن له الأمن و التنمية، و أؤكد رفضنا التام للانقلاب، كما أؤكد دعوتنا إلى إعادة الشرعية و إطلاق سراح سيد محمد ولد الشيخ عبد الله"².

➤ اتفاق داكار و تعميق الأزمة السياسية :

لقد شكل التنسيق بين الهيآت الدولية السابقة على قرار شامل يعبر عن رأي هذه المجموعة إلى تهديد النظام العسكري من مغبة التماذي في تجاهل المطالب الدولية حول عودة الرئيس الموريتاني السابق سيد محمد ولد الشيخ عبد الله و إقراره من جانب واحد تحديد موعد زمني لانتخابات المبرجة يوم 2009/06/06 و التي أعلنت منسقية المعارضة عن مقاطعة تلك الانتخابات، و قد شكل سلاح المساعدات الرهيب إحدى الهواجس و التي أثرت بدون شك على النظام العسكري في موريتانيا، أمام مطالب المائحين الدوليين، فمثلا بادرت وكالة التنمية الفرنسية (MFD)، التي تعتبر أهم الجماعات الثنائية المائحة لموريتانيا إلى تعليق أي تمويل جديد إلا أن تقوم حكومة شرعية بإدارة شؤون البلاد، كما علق البنك الدولي تمويل عشرين مشروعا بتمويل إجمالي يفوق 80 مليار أوقية و يستهدف هذا التمويل مجالات مختلفة³.

و وفقا للإحصاء التي جمعتها شبكة المعلومات الإقليمية و مكتب الأمم المتحدة للتنسيق، ستفقد موريتانيا بموجب العقوبات الاقتصادية أكثر من 500 مليون دولار من المعونة الغير إنسانية⁴. و نتيجة لثقل العقوبات الاقتصادية و التي تعني افتقاد 20% من حجم الدخل القومي، كما ظلت المساعدات الدولية تغذي الاستثمارات الداخلية بما يفوق نسبة 60%. و أمام هذا الوضع المأساوي لم يبق أمام العسكريين سوى خيارين:

أولهما: إما أن يتمادى النظام العسكري في تجاهل المطالب الدولية، و ما سينجر عنه من نتائج غير محسوبة.

و ثانيهما: أن يقبل الانصياع لمطالب المائحين الدوليين، عبر صيغة متفق عليها، للخروج من الأزمة.

و على هذا الأساس لم يستطع المجلس العسكري المناورة على الجبهتين الداخلية في ظل تنامي أصوات المعارضة المناوئة للانقلاب، و الجبهة الخارجية المتمثلة في وقف المساعدات و القروض الدولية، و في ظل المساعي

¹- انظر تصريح جون بيونغ رئيس مجلس السلم و الأمن الإفريقي، جريدة الشرق الأوسط، 11 غشت 2002، العدد 10845.

²- انظر المقابلة الكاملة التي أجريت مع السفير الأمريكي مارك بولير من واشنطن إلى الصحافة الموريتانية، جريدة الأخبار، العدد 1014، بتاريخ 2008/08/31، ص 4.

³- محمد ولد فاه، مصادر و حجم التمويلات الخارجية لميزانية الاستثمار في موريتانيا، الأمل الاقتصادي، العدد 30 غشت 2007، ص 5.

⁴- انظر محمد السالك ولد إبراهيم، 6 أكتوبر الموعد النهائي لجميع المخاطر، جريدة الأخبار، نواكشوط، العدد 2059، بتاريخ 2009/10/07، ص 5.

الدولية التي قامت بها فرنسا تحديدا و الرئيس السنغالي السابق عبد الله واد، لوجود صيغة متفق عليها بين أطراف المعارضة، و العسكريين توجت تلك اللقاءات باتفاق تاريخي عرف فيما بعد باتفاق (داكار)، و قد شمل الاتفاق المذكور عدة محاور من أهمها:

- حول ضرورة مرحلة انتقالية تتم بشكل توافقي، و ضمان الثقة بين الفرقاء السياسيين، و إجراء انتخابات ديمقراطية جديدة حرة و نزيهة.
- حول الانتخابات الرئاسية التي حددت يوم 18 يونيو 2009 و تضمن الاتفاق أيضا إنشاء حكومة متفق عليها تشرف على الانتخابات الرئاسية، و كذلك طبيعة اللجنة المستقلة للانتخابات.
- حول إجراءات التهدئة و الثقة من أجل وقف الحملات و دعم المجتمع المدني من أجل تعزيز الممارسة الديمقراطية.
- حول مواصلة الحوار لا يضع هذا الاتفاق مواصلة للحوار، إن الحوار الوطني سيتواصل بشكل مكثف بين كافة القوى السياسية¹.

كان من نتائج الأزمة الكبرى التي أفرزتها تداعيات انقلاب 6 غشت 2008 اتفاق الأقطاب السياسية على تجاوز أزمة الانقلاب، بعد مفاوضات عسيرة استمرت شهورا في أديس بابا و باريس و طرابلس و نواكشوط².

إن الحدث الأهم لنتائج هذا الاتفاق هو فوز الرئيس محمد ولد عبد العزيز في الانتخابات الرئاسية التي أجريت يوم 18 يوليو 2009 بنسبة 52% أمام الثمانية الآخرين الذين دخلوا حلبة السباق على كرسي رئيس الجمهورية و الذين توزعوا بين مكونات الطيف السياسي و العرقي و الجهوي و الإيديولوجي.

الخاسرون اعترضوا على نتائج الانتخابات، و ما أسموه تزويرا في سير العملية الانتخابية و أكدوا أن الغش و التلاعب، وقع ولو أن المجلس الدستوري رفض الطعون التي قدمت خلال 48 ساعة فقط من إعلان وزارة الداخلية للنتائج، في حين قالت أطراف أخرى أنها لن تتوجه للمجلس الدستوري و أنها لا تعتبره حكما نزيها، بعد اتخاذ مواقف دلت على عدم حياده عندما رفض تأجيل الانتخابات لما بعد 18 يوليو و طالبت المعارضة بإعادة فرز الأصوات و تفحص أوراق التصويت التي أعدتها الشركة لبريطانية و تم التصويت بها³.

و قد تباينت تقارير المراقبين الدوليين حول نزاهة الانتخابات، فبينما أعلن الاتحاد الأوروبي أن التحقيقات التي قام بها في اتهام المعارضة للنظام بالتزوير أنه لم يتوصل بوجود خروقات على حد تعبير فالبير دناما عضو التنمية في البرلمان الأوروبي، على عكس تقرير اللجنة العربية لحقوق الإنسان و هو أول تقرير ينشر عن الانتخابات و الذي جاء فيه "نخلص إلى أن الاقتراع لم يجر في ظروف عادية و شفافية و نزاهة مشهود لها رغم ما قيل و يقال، و أن صناديق الاقتراع لم تستهل حكم الشعب"⁴.

¹- انظر النص الكامل لاتفاق داكار، منشور في جريدة الشرق الأوسط، الخميس 4 يونيو 2009.

²- للمزيد حول هذا الموضوع: يمكن الرجوع إلى أحمد المختار ولد السعد التحول الديمقراطي في موريتانيا السياق و الوقائع و آفاق المستقبل، دراسات إستراتيجية العدد 149.

³- انظر فليت داغير رئيسة اللجنة العربية لحقوق الإنسان، الانتخابات الموريتانية 2009 متوفر على الرابط الآتي:

www.achr.nul.art699.ktm

⁴- للمزيد حول تقرير اللجنة العربية لحقوق الإنسان حول الانتخابات الرئاسية في موريتانيا 2009، الرجوع على الرابط التالي:

www.achr.nul.art699.ktm

و بعد تنصيب محمد ولد عبد العزيز رئيسا للدولة، طالبت المعارضة فتح حوار معها، و منحها مقاعد في التشكيلة الوزارية، رفض ولد عبد العزيز طلب المعارضة و اعتبر انه من الأفضل أن تلعب دورها كمعارضة.

و بعد سنة من اتفاق داكار ووجهت المعارضة نداء إلى المجموعة الدولية مفاده أن الأزمة الموريتانية مازالت قائمة لما جاء في نص البيان " لقد مرت الآن سنة كاملة على توقيع اتفاق داكار... و نؤكد للمجتمع الدولي على أن كل القوانين أثبتت أن محمد ولد عبد العزيز لا يركن إلى الحوار... و أنه لا يلبث أن يدير ظهره لكل التزاماته سرعان ما يحصل على ما يريد مما يجعله شريكا غير مؤتمن"¹.

و لم تتأكد المعارضة أنها دخلت اتفاقا كانت خاسرة فيه إلا عندما رفض الرئيس الموريتاني فتح حوار مع المعارضة و تمثيلها في الحكومة و ذلك بقوله: "أعتبر أن العودة إلى ما قبل انتخابات 18 يوليو 2009 غير مطروحة... اتفاق داكار ليس قرآنا و لا نصا دستوريا يجب صيانته أو التمسك به، بل هو مجرد توافق بين الأطراف السياسية لتجاوز مرحلة بعينها، و من ثم فلا معنى للرجوع للوراء و التمسك بصيغ لم تكن لها مبررات و لا أهداف"².

➤ المراجعات الدستورية، إشكالية الاتفاق و الاختلاف :

لم تسفر النتائج الانتخابية عن وضع حد للتظاهرات الاحتجاجية لما اعتبرته المعارضة تملصا من روح اتفاق داكار، و أن النظام لم يلتزم بتعهداته عندما طالب المعارضة بالمشاركة في الحكومة الوزارية و فتح حوار سياسي معها و استقبال رئيسها الدوري أحمد ولد داداه الذي انتقد أوضاع البلاد في ظل نظام الرئيس الموريتاني محمد ولد عبد العزيز قائلا " إن وضع البلاد بعد سنتين من نظام الرئيس محمد ولد عبد العزيز في تدهور مستمر في جميع الأصعدة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية".

و أمام الضغوطات الدولية التي أخذت شكلها في الاتساع ممثلة في الاتحاد الأوروبي، و الولايات المتحدة الأمريكية، عبر التقارير الدولية، خصوصا تقرير وزارة الخارجية الأمريكية حول حقوق الإنسان لسنة 2010 مما اعتبرته الجوانب الايجابية في نظام الرئيس الموريتاني محمد ولد عبد العزيز التي عدتها في مواصلة المصلحة الوطنية، إلا أنه ذكر أن موريتانيا شهدت منذ 2009 تراجعا في وضعيات حقوق الإنسان، حيث حرم المواطنين من حقهم في اختيار حكومتهم³.

إضافة إلى ذلك الجو العربي المشحون بثورات (الربيع العربي)، و نتيجة لتجاذبات الداخلية المتعلقة بالحراك الشعبي للدول المغاربية التي تدخل أهدافها في ذات الإطار انبثقت الحركة الشبابية 25 فبراير التي طالبت النظام بالإصلاح السياسي و الاقتصادي، و لوحث بالمطالبة بإسقاط النظام، و عرفت الحكومة و الحالة هذه انه لا مناط من الاخرط في حوار مع المعارضة الذي تم يوم 17 سبتمبر و 19 أكتوبر 2011 بين بعض أحزاب المعارضة و الاغلبية الرئاسية برئاسة ولد عبد العزيز الذي اعلن في خطابه لافتتاحي بقوله " إن اللقاء الذي يجمعنا اليوم يشكل نقطة تحول مهم من تاريخ بلدنا إذ يعطي الفرصة لأول مرة لمختلف الشركاء السياسيين لتدارس الآليات الضرورية لتطوير حياتنا الديمقراطية من خلال الحوار البناء في أوضاعنا السياسية، إن تعزيز الديمقراطية في بلادنا يشكل بالنسبة لنا

¹- للرجوع للنص الكامل لبيان منسقية المعارضة، منشور في جريدة الأمل الجديد، العدد 878 بتاريخ 2011/06/09، ص 3.

²- مقابلة أجرتها مجلة الفرنسية "Jeune Afrique"، ترجمة وكالة الطوارئ، منشور في جريدة الحياة، العدد، 105 بتاريخ 2010/06/18، ص 3.

³- للمزيد حول الموضوع يمكن الرجوع إلى تقرير وزارة الخارجية الأمريكية حول موريتانيا الصادر بتاريخ 11 مارس 2010 الصادر عن السفارة الأمريكية بنواكشوط.

خيارا استراتيجيا ليست لتنمية البلاد فحسب و إنما لتعزيز استقرارها و نشر ثقافة الحوار بين مختلف مكوناتها، و ستظل أبواب هذا الحوار مفتوحة أمام الجميع للمشاركة في إرساء أسس جديدة لبناء موريتانيا حديثة"¹.

و رغم أن الحوار قد خرج بتوصيات مهمة من قبيل مراجعة الدستور، و تغيير المواد المثيرة للجدل و من بين المواد الجديدة التي تناوها الدستور الجديد قضايا الوحدة الوطنية، و تعزيز الديمقراطية. و المدونة الانتخابية فإن من أهم النقاط التي تناوها دستور 2012 هو تجريم الانقلابات لما نصت عليه المادة (2) (مادة جديدة) "تكسب السلطة السياسية و تمارس و تنتقل في إطار التداول السلمي وفقا للأحكام هذا الدستور و تعتبر الانقلابات و غيرها من أشكال تغيير السلطة المنافي للدستور جرائم لا تقبل التقادم ، و يعاقب أصحابها و المتمالئين معهم، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين بموجب القانون، لكن هذه الأفعال لا تكون محل ملاحقات إذا تم ارتكابها قبل تاريخ نفاذ هذا القانون الدستوري"². وقد أنقص من قيمة المراجعات الدستورية هو أن الدستور الجديد لم يكن مصدر إجماع، فقد عارضته أحزاب المعارضة التي اعتبرت أن التعديلات مهزلة يهدف النظام من خلالها إلى ذر الرماد في العيون، باستثناء الأحزاب الثلاثة التي شاركت في الحوار وهي التحالف الشعبي التقدمي، حزب الوئام، و حزب الصواب.

و خلاصة لما سبق فإن المراجعات الدستورية علي التوالي دستور 1991 و دستور 2005 إضافة للدستور الأخير 2012، فقد جاز القول بان موريتانيا وبدخولها عهد الجمهورية الثالثة تعد من بين البلدان العربية التي نجحت إلى حد كبير في وضع الضوابط القانونية المنظمة لعملية التحول الديمقراطي في البلاد.

إلا أنه في جانب آخر يمكن التأكيد على أنه لم توفق التجربة الديمقراطية على ما يبدو الخروج بالبلاد من ظاهرة الاحتقان السياسي، و يتبدى ذلك من خلال تلملمات الساحة السياسية، بحيث أعلنت أكبر لأحزاب المعارضة عن مقاطعتها للانتخابات البلدية و النيابية التي ستجري مع نهاية 2013. و هو ما يعني أن نجاح التجربة الديمقراطية في موريتانيا بصيغتها التوافقية ما زال أمرا بعيد المنال و حتى كتابة هذه السطور.

¹- انظر النص الكامل لخطاب الرئيس الموريتاني في حفل افتتاح الحوار الوطني بين الأغلبية الرئاسية و المعارضة 19 أكتوبر 2011 منشور على موقع الأخبار:

www.alakhbar.info

²- للمزيد حول التغييرات الدستورية يمكن الرجوع إلى دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية 2012.

الضوابط المفاهيمية للصفقات العمومية في التشريع الجزائري



من إعداد الأستاذة : لعور بدرة

نائب رئيس قسم الحقوق لما بعد التدرج

كلية الحقوق جامعة بسكرة الجزائر

Email : Assia.badr@yahoo.fr

عرف قانون الصفقات العمومية المنصوص عليه بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 العديد من التعديلات التي توحى من جهة بتحسين المشرع الجزائري لهذه الإطار الحساس. خاصة وانه منفذ من منافذ الخزينة العمومية بمبالغ ضخمة وفي هذا الإطار جاءت التشريعات التالية:
المرسوم رئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 يناير سنة 2013، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية).ج ر رقم 02 المؤرخة في 13/01/2013

- المرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير سنة 2012، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية).ج ر رقم 04 المؤرخة في 26 جانفي 2012

المرسوم رئاسي رقم 236-10 مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية). الجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 7 أكتوبر 2010
المرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في أول مارس سنة 2011، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية). الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 06 مارس 2011

المرسوم رئاسي رقم 222-11 مؤرخ في 16 يونيو سنة 2011، يعدل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية). الجريدة الرسمية رقم 34 المؤرخة في 19 جوان 2011

المرسوم تنفيذي 11-118 يتضمن الموافق على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية وإذا كانت الصفقة العمومية من أهم العقود التي تبرمها الدولة مما ساق اهتمام المشرع الجزائري بها، سنحاول الوقوف عند هذا الاهتمام بالتفصيل من خلال بيان مفهومها من جهة وبيان طرق وإجراءات إبرامها من جهة أخرى.

المبحث الأول: مفهوم الصفقات العمومية.

إن الإدارة العامة وفي إطار القيام بأعمالها، من أجل تحقيق الأهداف المرسومة لها والمتمثلة أساسا في تحقيق المنفعة العامة والصالح العام لا بد لها أن تستعين بالعديد من الجهات لمساعدتها في القيام بأعمالها، وتتجسد هذه الاستعانة أساسا في إبرام العقود الإدارية، ورغم تعدد وتنوع هاته الأخيرة إلا أنه يبقى من أبرزها وأهمها، عقد الصفقة العامة، وترجع أهميته إلى كونه ذو صلة مباشرة بمخرجة الدولة ويتطلب اعتمادات مالية ضخمة، وذلك لتعدد الصفقات العمومية من جهة وكثرة الهيئات الإدارية التي تبرمها من جهة أخرى.

وبحكم الأهمية الكبرى - كما سبق القول - التي يكتسبها موضوع الصفقات العمومية، فإننا نجد الاهتمام به كبيرا سواء في الوسط التشريعي أو القضائي أو الفقهي، إذ يبدأ هذا الاهتمام من تعريف الصفقة العامة إلى شروط صحتها ثم تطورها مروراً على تقسيماتها (أنواعها) وصولاً إلى أساليب وإجراءات إبرامها وهو ما سنحاول بيانه من خلال المطالب المدرجة ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية وشروط صحتها.

حتى نتمكن من فهم موضوع الصفقات العمومية والتحكم في جزئياته فلا بد من الوقوف على معنى مصطلح الصفقة العامة وبيان الشروط اللازم توافرها لصحة العقد وهذا ما سنوضحه من خلال فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية:

تعرف الصفقة بصفة عامة بأنها «عقد تبرمه الإدارة مع أشخاص طبيعية أو معنوية بهدف القيام بأعمال أو تقديم خدمات أو منتجات»⁽¹⁾.

وبالرغم من اختلاف الصيغ والتعابير إلا أننا نجد مختلف التعاريف سواء تشريعية أو فقهية أو قضائية، تنصب كلها في معنى واحد وهو ما سنراه من خلال ما يلي:

أولاً: التعريف التشريعي:

ورد تعريف الصفقات العمومية في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية والتي أصدرها المشرع الجزائري سواء في شكل أوامر أو مراسيم (تنفيذية، رئاسية) وستعرض هذه التعاريف حسب التدرج الزمني للقوانين التي أدرجت فيها.

1: تعريف الصفقات العمومية في ظل الأمر رقم 67 - 90.

جاء في الأمر 67 - 90 «إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون»⁽²⁾.

2: تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 82 - 145 :

عرف المرسوم رقم 82 - 145 الصفقات العمومية كالتالي: «صفقات المتعامل العمومي هي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات»⁽³⁾.

3: تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 91 - 343 :

لم يتعد المرسوم التنفيذي رقم 91 - 343 عن سابقه كثيرا في تعريف الصفقات العمومية حيث جاء فيه أن: «الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة»⁽⁴⁾.

4: تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 :

جاء تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 - 301 ثم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08 - 338 على أنها: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة»⁽⁵⁾.

5: تعريف الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 :

حافظ المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 على نفس تعريف الصفقات العمومية الوارد في المرسوم رقم 02 - 250 واكتفى باستبدال مصطلح المواد بمصطلح اللوازم لكونه أشمل وأعم⁽⁶⁾. (لكون هذا الأخير أشمل وأعم من المصطلح الأول).

وعليه يمكن القول ومن خلال ما سبق أن المشرع الجزائري وإن لمسنا منه بعض التغيير في الصيغ والتعبير اللفظية في إطار تعريفه لمصطلح الصفقات العمومية إلا أننا نجد أن كل هذه التعاريف تنصب في معنى واحد، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أهمية وضع تعريف لمصطلح الصفقات العمومية تكمن في كونها تمكننا من معرفة العقود الإدارية التي تدخل في إطار الصفقة العامة دون غيرها.

ثانيا: التعريف القضائي :

إن القضاء الإداري وهو بصدد الفصل في منازعات الصفقات العمومية - وإن كان ملزما بالتقيد بالتعريف التشريعي - إلا أنه وبحكم طبيعته تفرض عليه أحيانا إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف، خاصة إن كان هذا الأخير

يحتوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة، وذلك في محاولة من القاضي لربط التعريف بالوقائع محل الدعوى، خاصة أنه لا مانع أن تبادر الجهة القضائية المختصة في المادة الإدارية بإعطاء تعريف لمصطلح قانوني ما، وخاصة إن كانت هذه الجهة الإدارية تتموضع في قمة هرم القضاء الإداري وهو ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

1- تعريف الصفقات العمومية في ظل القضاء الإداري الجزائري:

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 حول قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول «... وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...»⁽⁷⁾.

ما نلمسه من خلال هذا التعريف أن مجلس الدولة الجزائري قد حصر مفهوم الصفقة العامة في كونها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص في حين أنه وفي حقيقة الأمر يمكن أن نجد صفقة عامة طرفاها هيئتان عموميتان، كما لا نجد في هذا التعريف القضائي أي إشارة للشكل الذي يجب أن تصب فيه الصفقة العامة رغم أن المشرع نجد- من خلال تعريفه للصفقة العامة- قد ركز وبصورة كبيرة على كون الصفقات العمومية تتم وفقا لأشكال وإجراءات محددة قانونا، هذا ولعل أهم ملاحظة يجب أن توجه لهذا التعريف هو استعمال لمصطلح "مقالة" رغم أنه كان من المفروض على مجلس الدولة أن لا يستخدم هذا المصطلح لأنه يدخل في إطار مصطلحات القانون المدني.⁽⁸⁾

2- تعريف الصفقات العمومية في ظل القضاء العربي:

ذهب القضاء المصري إلى تعريف الصفقات العمومية على أنها «العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص».⁽⁹⁾

وفي محاولة لتفصيل هذا التعريف ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بتاريخ 02 ديسمبر 1952 إلى القول «أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة، وفي أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام، وان كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة إذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد».⁽¹⁰⁾

ومن تعريف محكمة القضاء الإداري في مصر للعقود الإدارية يمكننا القول أن عناصر العقد الإداري تتمثل أساسا في:

1- أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام.

2- أن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام، والذي يستهدف في نشاطاته تحقيق مصلحة عامة.

3- أن تظهر في العقد نية الإدارة في الأخذ بقواعد القانون العام أي أن تضمن الإدارة العقد شروطا استثنائية غير مألوفة على صعيد القانون الخاص.

ولنفس الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية في تونس في قرار لها صدر بتاريخ 30 جانفي 1989 في القضية رقم 573 بالقول: « وحيث أن العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي وأحد الأفراد، لا يكفي بذاته باعتباره من صنف العقود الإدارية، بل لا بد أن يستهدف تشريك المتعاقد في تسيير مرفق عام بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته وأن تتضمن بنوده شرطا من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تنبئ عن نية الإدارة في انتهاج أسلوب القانون العام»⁽¹¹⁾.

وفي نفس المسار سارت المحكمة العليا في ليبيا في الكثير من قراراتها والتي من بينها القرار الصادر في 20 جوان 1976 والذي جاء فيه: « وحيث أنه تبين من الاطلاع على العقدين موضع التداعي إنهما يتصلان بمرفق عام هو مرفق الحج ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة هي تمكين الحجاج الليبيين الراغبين في أداء هذه الفريضة المقدسة على أكمل وجه... وإنهما قد تضمنتا شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة... ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون العقدان المذكوران قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصالهما بمرفق عام وأخذهما بأسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية ومن ثم يكونان عقدين إداريين»⁽¹²⁾.

ثالثا: التعريف الفقهي :

يجمع فقهاء القانون الإداري على أن نظرية العقد الإداري هي نظرية ذات نشأة قضائية أرسى مبادئها وأحكامها القضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة عبر اجتهاداته في القضايا والمنازعات المطروحة عليه.

وبالرغم من الطابع القضائي الذي تكتسيه نظرية العقد الإداري ومع محاولة المشرعين في غالبية النظم العالمية تقنين ولو جانب في النشاط التعاقدى للإدارة، إلا أن دور الفقه في تحليل مختلف أجزاء نظرية العقد الإداري والمدني يعبران عن توافق إرادتين بقصد ترتيب أثر قانوني معين، إلا أن العقد الإداري يبقى - وبصورة واضحة - متميزا عن العقد المدني وذلك في كثير من الجوانب والأجزاء، حيث يتولى الفقه الإداري توضيح وتحليل هذه الأخيرة.

ولقد عرف الفقه الإداري العقد الإداري على أنه «العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص»⁽¹³⁾.

الفرع الثاني: شروط صحة الصفقات العمومية :

لإبرام الصفقات العمومية لا بد من اتباع جملة من الإجراءات والشروط المنصوص عليها في القانون والتي أشار إليها المشرع بقوله: «... تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم...»⁽¹⁴⁾ وهذه الشروط كثيرة ومتنوعة سنحاول بيانها فيما يلي:

أولا: الشروط التشريعية لصحة الصفقات العمومية :

بالعودة إلى نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يمكننا حصر معايير أو شروط إبرام الصفقات العمومية في أربعة شروط رئيسية تتمثل في: المعيار العضوي، المعيار الشكلي، المعيار الموضوعي، المعيار المالي، إضافة إلى معيار خامس محل اختلاف وهو معيار الشرط غير المألوف.

1- المعيار العضوي :

يتمثل الشرط أو المعيار العضوي لصحة العقد الإداري أو الصفقة العامة في كون الدولة أو الولاية أو البلدية طرف في العقد أو بمعنى آخر وجوب كون احد أطراف الصفقة العامة شخصا من أشخاص القانون العام وذلك لكون العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، المحددين بموجب القانون لا يعد عقدا إداريا، وقد اصطلح المشرع على شخص القانون العام الذي يجب أن يكون طرفا في العقد حتى يدخل في إطار الصفقات العمومية بمصطلح المصلحة المتعاقدة وتتمثل هذه الأخيرة حسب قانون الصفقات العمومية الجزائري في: الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسات العمومية الاقتصادية.⁽¹⁵⁾ ومن نصوص قانون الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري حصر طرفي الصفقة العامة في شخص معنوي عام كطرف أول والذي يسمى - كما سبق وذكرنا - " مصلحة متعاقدة " وشخص أو عدة أشخاص كطرف ثاني والذي اصطلح عليه بمصطلح " المتعامل المتعاقد " مع الإدارة العامة (بمفهومها الواسع) وهو دائما شخص من أشخاص القانون الخاص.

2- المعيار الموضوعي :

يقصد بالمعيار المادي أو الموضوعي الرجوع إلى محل أو موضوع العقد، ويقصد بمحل الصفقة العمومية، موضوع الخدمة التي يقدمها المتعاقد مع الإدارة لهاته الأخيرة المتعاقدة معه، ولا يقصد به موضوع أو محل الالتزامات كما هو وارد في القانون الخاص⁽¹⁶⁾، ويشمل موضوع الصفقات العمومية: الأشغال، التوريد، الدراسات والخدمات.

وبحكم أن الإدارة تبرم عقودا كثيرة، فلا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة بمثابة عقود إدارية، بحيث أن الشرط الأساسي لاعتبار العقد إداريا هو أن تسلك الإدارة فيه طريق القانون العام، لذلك كان لزاما علينا إبعاد جملة من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية وعدم إطلاق وصف الصفقة العمومية عليها ومن أمثلتها: عقود التأمين، عقود النقل وغيرها من العقود الخاصة، ولمعرفة موضوع الصفقة العمومية فما علينا سوى الرجوع إلى النصوص التشريعية كون الصفقات العمومية هي عقود إدارية محددة في التشريع من حيث موضوعها والدليل على ذلك أن المادة 01 من الأمر 67-90 قد ذكرت كل من عقد انجاز الأشغال، التوريدات والخدمات على أنها صفقات عامة، في حين أشارت المادة 04 من المرسوم رقم 82-145 إلى عقود انجاز الأشغال، اقتناء المواد والخدمات وهي نفس الصفقات المشار إليها في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، في حين نجد أن المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم إضافة إلى ذكره لعقود الأشغال، التوريد والخدمات فإنه أضاف عقود الدراسات كنوع من أنواع الصفقات العمومية وهو نفس المنهج الذي انتهجه المرسوم الرئاسي رقم 10-236.⁽¹⁷⁾

3- المعيار الشكلي :

إن تحليل نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يوضح لنا أن المشرع قد ركز على مبدأ واحد من الناحية الشكلية والذي ينص على أن الصفقة العمومية عبارة عن عقود مكتوبة، ولعل سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في القانون الجزائري، يعود لسببين رئيسيين:

1- إن الصفقات العمومية هي أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب أن تكون مكتوبة.

2- إن الصفقات العمومية تحمل أعبائها المالية الخزينة العامة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو مرفقي أو محلي أو هيئة وطنية مستقلة تتحمل أعبائها الخزينة العامة ولذلك وجب أن تكون مكتوبة.⁽¹⁸⁾

ورغم تشديد المشرع الجزائري على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية إلا أنه أورد استثناء على القاعدة العامة وذلك بموجب نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي جاء فيها أنه: «تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات، وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا، أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة. وترسل نسخة من هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية...» ومن نص المادة يتضح لنا أن المشرع قد جعل الأصل أو القاعدة العامة في كون التنفيذ هو عملية لاحقة على الإبرام إذ أن هذا الأخير مرهون بالكتابة، فلا تنفيذ إلا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانونا بذلك، إلا أن المشرع واستثناء على القاعدة العامة منح ترخيصا للمصلحة المتعاقدة بحيث فسح لها المجال بتنفيذ العقد قبل إبرامه وعلق الأمر على ترخيص يمنح من الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة وبموجب مقرر معلل إذ يحتوي هذا الأخير على جملة من الأسباب التي تصوغ اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام.

4- المعيار المالي :

إن ارتباط الصفقات العمومية بالخزينة العامة يستلزم ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية ذلك لأنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات وأيا كانت قيمة ومبلغ الصفقة، وذلك لما ينطوي عليه إبرام الصفقة من مراحل وإجراءات طويلة، وكون المشرع قد وضع لتعاقد المصلحة المتعاقدة جملة من الإجراءات المعقدة فإنه من غير المنطقي أن تخضع المصلحة المتعاقدة في كل عقودها لهذا النظام المعقد لذلك وتسهيلا لتعاملات المصلحة المتعاقدة وضع المشرع قيمة مالية محددة للجوء إلى إبرام صفقة عامة، إذ تلزم المصلحة المتعاقدة بإجراء صفقة عامة متى فاق مقدار العقد المراد إبرامه أربعة ملايين دينار جزائري (4 ملايين دج) مع احتساب كل الرسوم وهذا فيما يخص عقود الخدمات والدراسات وثمانية ملايين دينار جزائري (08 ملايين دج) مع احتساب كل الرسوم أيضا بالنسبة لعقود الأشغال أو التوريد، هذا مع إمكانية تحيين هاته العقود دوريا بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا.⁽¹⁹⁾

5- معيار الشرط الاستثنائي غير المؤلف:

يذهب القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر إلى أن العقد لا يعتبر إداريا رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام إلا إذا تضمن شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويقصد بالشرط الاستثنائي غير المؤلف « إدراج بند أو قاعدة في العقد يعطي للطرفين أو أحدهما حقوقا أو يحملهما التزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية وإرادة المتعاقد في ظل القانون الخاص، ويعتبر مجلس الدولة الفرنسية إن مجرد الإحالة في العقد إلى دفتر من دفاتر الشروط الإدارية ليس شرطا استثنائيا إلا إذا كان الدفتر يشتمل فعلا على شرط استثنائي».

ثانيا: تطبيقات القضاء للشروط التشريعية لصحة الصفقات العمومية:

مثلا استثنى المشرع الجزائري العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية خاصة بتشريع خاص ولم يخضعها للقانون الخاص فقد حرص أيضا على تحديد جملة من المعايير التي تميز الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية المختلفة، والجلي والواضح إن المعايير التشريعية ساهمت مساهمة كبيرة في مساعدة أجهزة القضاء الإداري لتطبيق أو إبعاد قواعد الصفقات العمومية وذلك حسب توافر هذه المعايير من عدمها.

1- تطبيق القضاء لمعيار أو شرط الكتابة:

لقد تشدد القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة بشأن شرط الكتابة في قرار له صدر بتاريخ 14 ماي 2001 بين بلدية بوزريعة وإحدى المقاولات بالقول « من المقرر قانونا وفقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عقودا مكتوبة، وانه يلزم تحت طائلة البطلان إن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام»⁽²⁰⁾ ومن خلال هذا القرار يتضح لنا أن مجلس الدولة الجزائري قد طبق نصوص قانون الصفقات العمومية تطبيقا كاملا ولم يجد عنها، فالمشرع وصف في قانون الصفقات الصفقة على أنها عقد مكتوب، وما كان على القضاء الإداري - ممثلا في مجلس الدولة - إلا أن يعترف بهذا العنصر المميز للعقود الإدارية كونها عقود مكتوبة، ولما تنطوي عليه - كما سبق ووضحنا - من أهمية وخطورة في ذات الوقت.

2- تطبيق القضاء للمعيار العضوي:

في القرار الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 2002 ذهب مجلس الدولة إلى التقييد حرفيا بنصوص القانون وأقر مبدأ عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية، وبالتبعية أقر أيضا عدم اختصاص القاضي الإداري بالبت في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لصفقة عمومية.⁽²¹⁾

وما يعاب على مجلس الدولة في هذا القرار رغم أنه كان مصيبا من حيث المضمون أنه لم يوقف في تسبب القرار فبدل أن يشير القرار في حيثياته إلى المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 والتي ورد فيها فقط عبارة الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهو ما يعني إقصاء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لعدم ورودها في نص المادة 02 من المرسوم 91-434، أشار القرار للأمر 67-90 والذي أقر عدم خضوع عقود هذه المؤسسات لمحتوى أحكامه رغم أن هذا الأمر

قد ألغيت تقريبا كل مواه بموجب المرسوم رقم 82-145 وبموجب المرسوم التنفيذي 91-434 وخاصة المواد التي تتعلق بالمعيار العضوي وبمجال التطبيق.

ونجد هنا مجلس الدولة قد أسس قراره على المادة 59 من الأمر 67-90 والتي أقرت عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لمقتضيات الأمر 67-90 المؤرخ 17 جوان 1967 والمتعلق بالصفقات العمومية، في حين كان يجدر بمجلس الدولة والنزاع مطروح أمامه سنة 2002 أن يطبق التشريع المعمول به ساعة عرض النزاع ألا وهو المرسوم 95-434 دون حاجة لذكر تشريعات أخرى سبق إلغائها أكثر من مرة.

3- تطبيقات القضاء لشرط الحد المالي الأدنى المطلوب لإبرام الصفقة العمومية :

طبق القضاء الإداري الجزائري شرط الحد المالي الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عامة من خلال العديد من النزاعات المعروضة عليه، ففي قرار له صادر بتاريخ 30 جويلية 2001 ذهب مجلس الدولة إلى القول « شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 03 ملايين دينار جزائري - اتفاق على تقديم أشغال لصالح البلدية - نهاية الأشغال وتقويم الأشغال ب: 1.214.800 دج. اعتبار البلدية بالدين - شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 03 ملايين دج»، وعليه قرر مجلس الدولة إلزام بلدية مولاي العربي بدفع مبلغ 1.214.800 دج كمبلغ أصلي و 100.000 كتعويض.⁽²²⁾

ثالثا: الشروط الفقهية لصحة الصفقة العمومية :

يعرف الفقه العقد الإداري على انه « عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام قصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص» وانطلاقا من هذا التعريف نجد أن الفقه قد وضع شروطا لصحة العقد الإداري عامة والصفقة العمومية خاصة باعتبارها أهم نوع من أنواع هذا الأخير والمتمثلة أساسا في:

- المعيار العضوي.

- المعيار الموضوعي أي ارتباط العقد بمرفق عام.

- معيار الشرط الاستثنائي غير المألوف أي استعمال وسيلة القانون العام.

المطلب الثاني: أنواع (تقسيمات) الصفقات العمومية.

تعتبر كل صفقة عامة هي عقد إداري والعكس ليس صحيح وذلك لكون الصفقة العمومية - كما رأينا سابقا- تخضع لمعايير وشروط خاصة يجب توفرها لإدراج العقد في قائمة الصفقات العمومية، هذا بطبيعة الحال بعد توفر الشروط العامة للعقود الإدارية التي يستوجب توفرها حتما.

ولتمييز الصفقات العمومية فإن أنواعها تمثل بطبيعة الحال زمرة فقط ضمن قائمة العقود الإدارية، وهذا ما يتضح من خلال التشريعات والقوانين التي نصت على أنواع محددة من العقود وأدرجتها ضمن قائمة عقود

الصفقات العمومية دون غيرها من العقود الأخرى، ففي الجزائر نجد أنه- رغم وجود تشريع خاص منظم للصفقات العمومية- إلا أن هذا التشريع لم يتطرق بالذكر إلى كل أنواع الصفقات العمومية بل ذكر بعضها منها دون بعض في حين نجد البعض الآخر مذكورا في قانون الإدارة المحلية إضافة إلى إيراد قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعيار مختلف تماما في تصنيفه لأنواع الصفقات العمومية وهو ما سنراه من خلال فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: تقسيمات الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 :

إن المتصفح لقانون الصفقات العمومية⁽²³⁾، يجد بان المشرع الجزائري قد اعتمد لتقسيم الصفقات العمومية على ثلاثة معايير أساسية وهي: معيار طبيعة الصفقة، معيار موضوعها ومعيار موطن المتعامل المتعاقد.

فقد جاء في ظل التشريع أن: «الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة»⁽²⁴⁾.

ومن نص المادة أعلاه نجد أن المشرع حدد- بصفة عامة- أربعة أنواع من الصفقات العمومية والمتمثلة في: إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، الخدمات، الدراسات، في حين فصل القسم الثاني من الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 10 - 236 المعنون بعنوان " الصفقات " في المواد من 12 إلى 20 في أنواع (تقسيمات) الصفقات العمومية وسنحاول التفصيل في هذا الأنواع فيما يلي:

أولا: أنواع (تقسيمات) الصفقات العمومية حسب موضوعها:

تقسم عقود الصفقات العمومية حسب موضوعها إلى أربعة أنواع أساسية ورد ذكرها في نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10 - 236⁽²⁵⁾ وهو ما سنراه كالاتي:

1- صفقة إنجاز الأشغال العامة:

تعتبر صفقة إنجاز الأشغال العامة أهم أنواع الصفقات العمومية، ونظرا للأهمية التي تكتسبها فقد ورد ذكرها في كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية.

فقد جاء في نص المادة 01 من الأمر 67 - 90 سابق الذكر إن: «الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية، قصد إنجاز الأشغال أو توريدات أو خدمات...».

كما نصت المادة 04 من المرسوم 82 - 145 على أن: «صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد إنجاز أشغال واقتناء المواد والخدمات».

وجاء في نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 91 - 434 أن: «الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات...».

كما تم النص على عقد الأشغال في نصي المادتين 03، 11 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم والملغى حديثا.

وفي ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الساري العمل به، نجد أن المشرع قد نص على صفقة انجاز الأشغال كنوع من أنواع الصفقات العمومية.

والملاحظ من خلال تصفح كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية بداية من الأمر 67-90 وانتهاء عند المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم أن المشرع الجزائري، وإن نص على صفقة انجاز الأشغال كنوع من أنواع الصفقات العمومية، إلا أنه لم يضع تعريفا لها، الصفة مما استلزمنا العودة إلى الفقه لنجده يعرف صفقة الأشغال العامة أو كما يصطلح عليها بمصطلح عقد انجاز الأشغال العامة بأنه: « اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير - بمقابل - بإنشاء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة عامة». (26)

أو هو « اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو الشركات للقيام بإنشاء أو ترميم أو صيانة عقار، لحساب شخص معنوي عام في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد وبقصد تحقيق منفعة عامة». (27)

إلا أن المشرع الجزائري ومن خلال المرسوم الرئاسي 10-236 تدارك هذه النقطة ونص على أنه: «... تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها، في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

إذا تم النص على تقديم خدمات في الصفقة ولم تتجاوز مبالغها قيمة الأشغال، فإن الصفقة تكون صفقة أشغال...». (28)

ومما سبق يمكن القول أنه - وحتى يكون هناك عقد أشغال عامة لا بد من توافر ثلاثة شروط أساسية:

أ- أن ينصب العقد على عقار:

فلكي يصنف العقد ضمن خانة صفقات الأشغال العامة لا بد أن يتعلق بمشروع انجاز مجموعة سكنات أو ترميم هذه السكنات أو انجاز طريق عام أو جسر، ولذلك يعتبر هذا العقد من أهم عقود الصفقات العمومية من حيث الاعتمادات المالية التي ترصد له بهدف التجهيز مثل بناء السدود أو الجامعات أو الطرق، توصيل قنوات المياه الصالحة للشرب وحتى توصيل الأعمدة الكهربائية. (29)

والجدير بالذكر في هذا المقام أن هذا العقد وثيق الصلة بفكرة التنمية المحلية والوطنية على حد سواء، فإذا ما أعلنت السلطات العمومية أنها ستفك العزلة مثلا عن بعض المناطق وتمتد شبكة المواصلات أو تعد بالانجاز سكنات في مدة معينة، فإن تنفيذ سائر هذه البرامج الاستثمارية يجسد ميدانيا عن طريق صفقة الأشغال العامة.

ب- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي: (30)

يشترط في عقد الأشغال العامة أن يتم العمل المنصب على العقار لحساب شخص معنوي عام سواء كان هذا الشخص إقليميا كالدولة والولاية والبلدية أو شخص مرفقي كالجامعة والمؤسسات العامة الاستشفائية.

ج- ضرورة أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة :

في محاولة من الفقه في تفصيل عقد الأشغال العامة توصلوا إلى انه في حقيقة الأمر عقد مقاولة بالمفهوم الذي نص عليه القانون الخاص والذي يذهب إلى أن : « المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».⁽³¹⁾

إلا أن الفرق بين عقد المقاوله وعقد الأشغال العامة يكمن في كون هذا الأخير واجب الاتصال بمرفق عام ويهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وهو الهدف - بطبيعة الحال - الذي ترمي إلى تحقيقه عقود الصفقات العمومية خاصة والعقود الإدارية عامة، وهذا ما يجعله مدرجا ضمن لائحة العقود الإدارية ويستبعد من قائمة العقود المدنية نزولا عند مبدأ أن : « ما يصدق على الكل يصدق على جزءه».

2- صفة اقتناء اللوازم (عقود التوريد) :

إن الجهات الإدارية وهي تسعى إلى تحقيق الصالح العام وخدمة المجتمع تحتاج إلى جانب عقود الأشغال العامة إلى إبرام صفقات أخرى على غرار صفقة اقتناء اللوازم أو ما يصطلح عليه بعقد التوريد.

وصففة اقتناء اللوازم- كما سبق الذكر- تم النص عليها في كل من المادتين 04، 13 من المرسوم الرئاسي 10- 236، كما ورد ذكره حاله حال صففة الأشغال العامة في جميع قوانين الصفقات العمومية الجزائرية⁽³²⁾، ويعود سر اعتراف المشرع للإدارات بإبرام صفقات اقتناء اللوازم إلى كون النشاط الذي تمارسه قد يفرض توافر منتج معين لديها وذلك حتى لا تتعطل المصالح العامة.

وقد عرف المشرع الجزائري صففة اقتناء اللوازم بقوله:«... تهدف صففة اللوازم إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى المورد.

إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصففة لا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم فإن الصففة تكون صففة لوازم.

يمكن أن تشمل الصففة المتضمنة اقتناء اللوازم، مواد تجهيز أو منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمنان...»⁽³³⁾

وفي نفس المعنى ولكن بصياغة مختلفة ذهب الفقه الإداري إلى أن صففة اقتناء اللوازم هي:« اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد) بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات، وهذا لقاء مقابل تلزم بدفعه ويقصد تحقيق مصلحة عامة».⁽³⁴⁾

وبناء عليه يمكن القول أن الفرق بين عقد التوريد وعقد الأشغال العامة يكمن أساسا في كون هذا الأخير ينصب دائما على عقار في حين ينصب الأول دائما على منقول.

3- صفقة انجاز الدراسات :

كان المشرع الجزائري مضطربا بصورة ملحوظة فيما يخص هذا النوع من العقود فأحيانا يتناوله بالإشارة وأحيانا أخرى يغفل الإشارة إليه بنص صريح ليعود ويستدرك نفسه متناولا إياه بالذكر والنص.

فبالعودة إلى نص المادة 01 من الأمر 67-90 نجد أن المشرع لم يشر صراحة إلى صفقة انجاز الدراسات في حين ذكر باقي أنواع الصفقات الأخرى من أشغال عامة وخدمات واقتناء لوازم، إلا أننا نجد - وبتصفح نصوص الأمر المشار إليه أعلاه - قد تدارك خطأه وعاد ليذكر صفقة الدراسات.⁽³⁵⁾

حيث جاء في نص المادة 64: « تلجأ الإدارة إلى صفقات الدراسات عندما تكون غير قادرة على أن تنجز في الأجل المحددة الدراسات اللازمة للوصول مباشرة إلى انجازات.

ويجب أن يحدد بوضوح موضوع هذه الصفقات ونطاقها لإمكان عرضها على المنافسة وتحديد اجر القائم بالبحث».

كما نصت المادة 65 على أنه: « تبرم صفقة الدراسات بعد عرضها على المنافسة، ويعين صاحب الصفقة اعتبارا لكفاءته التي تقدر نظرا إلى مستنداته والوسائل التي يحوزها وشروط السعر التي يعرضها».

وجاء في نص المادة 66 أنه: « يجب أن ينص في الصفقة على إمكانية إيقاف الدراسة أما على اثر مدة محددة وأما عندما تصل المصاريف مبلغا معيناً.

تقسم الدراسة إلى عدة مراحل يخصص لكل منها سعر يناسبها إذا كان نوع الدراسة وأهميتها يبرزان ذلك. تنص الصفقة في هذه الحالة على إمكانية إيقاف الدراسة في نهاية كل من هذه المراحل».

ونصت المادة 67 على أن: « تتصرف الإدارة المتعاقدة في الدراسات وتنص الصفقة على أن حقوق الملكية الصناعية هي ملك لصاحب الصفقة أو أن هذه الحقوق يحتفظ بها للإدارة المتعاقدة».

في حين جاء المرسوم التنفيذي 82-145 خاليا من الإشارة بنص صريح لعقد الدراسات واكتفى المشرع في المادتين 1304 منه بالإشارة إلى كل من عقد الأشغال العامة، عقد التوريد وعقد الخدمات.

ولعل ما يمكننا قوله بالاستناد إلى نصي المادتين أعلاه، أن المشرع الجزائري أراد من مصطلح الخدمات الوارد في المادتين مفهوما واسعا وشاملا يضم معه عقد الدراسات من منطلق انه عقد خدمة وإن كانت هذه الخدمة مميزة عن غيرها من الخدمات كونها ذات طابع فني أو تقني أو علمي.⁽³⁶⁾

والى نفس الاتجاه ذهب المرسوم التنفيذي 91-434 حيث أوردت نصوص المادتين 03، 12 منه العقود الكلاسيكية فقط من: انجاز أشغال عامة، توريد، خدمات مغفلة بذلك ذكر صفقة انجاز الدراسات.⁽³⁷⁾

ليأتي أخيرا وبعد أكثر من عشر سنوات من الإغفال المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وفي المادتين 03، 11 وينص بصريح العبارة على صفقة انجاز الدراسات كنوع من أنواع الصفقات العمومية، وقد أكد اتجاه المشرع نصي المادتين 04، 13 من المرسوم الرئاسي 10-236 والجاري العمل به حاليا، وذهب المشرع في تعريفه لصفقة انجاز

الدراسات إلى القول: «... تهدف صفقة الدراسات إلى القيام بدراسات نضج، واحتمالا تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها و/ أو استغلالها.

تشمل صفقة الدراسات، عند إبرام صفقة أشغال، مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع...»⁽³⁸⁾ وفي نفس السياق يذهب الفقه إلى أن صفقة إنجاز الخدمات هي: «اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلتمز الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة»⁽³⁹⁾ ويمكن تمييز صفقة إنجاز الدراسات عن غيرها من أنواع الصفقات العمومية الأخرى في كون صفقة إنجاز الدراسات تنصب على جانب فني وتقني وعلمي، فبواسطة صفقة إنجاز الدراسات يتم توظيف مساحات أو تصاميم هندسية أو بحوث مثلا وتوضع تحت تصرف الإدارة المعنية ودائما بهدف تحقيق المصلحة العامة.

4- صفقة تقديم الخدمات :

إن الإدارة العامة وفي إطار ممارسة نشاطاتها التعاقدية تلجأ- إلى جانب الصفقات السالفة الذكر- إلى صفقة تقديم الخدمات، والتي لا تقل أهمية عن باقي أنواع الصفقات الأخرى، فالإدارة- بغض النظر عما إذا كانت ولاية أو بلدية أو جامعة أو غيرها من الإدارات العمومية الأخرى⁽⁴⁰⁾- فإنها وعندما تقدم خدماتها للأفراد تحتاج إلى من يبادلها المهام ويقوم بخدمتها هو الآخر في جانب معين من أوجه النشاط، ومن هذا المنطلق تأتي أهمية عقد الخدمات، والذي يمثل الإطار القانوني التعاقدية الذي يمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة يقدمها الغير بمقابل، تلتمز الإدارة بدفعه، ونظرا للأهمية البالغة التي يحتلها عقد تقديم الخدمات- حاله حال صفقة إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم- فإننا نجد المشرع قد تناوله بالذكر في كل قوانين الصفقات العمومية الجزائرية.⁽⁴¹⁾

وكالعادة والى غاية المرسوم الرئاسي 02- 250 لم يضع المشرع الجزائري- كما هو الحال بالنسبة لبقية أنواع الصفقات العمومية سابقة الذكر- تعريفا لصفقة تقديم الخدمات، ليتدارك المشرع هذا الأمر وتأتي المادة رقم 13 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 وتنص على أن: «... صفقة تقديم الخدمات هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات». (تعريف واسع وغامض ولا يف بالغرض أي لا يضع مفهوما واضحا لهذا النوع من الصفقات ولا يمكن الاعتماد عليه).

وبطبيعة الحال وفي تدارك من القضاء الإداري والفقه لهذا الأمر بأنه يذهب إلى تعريف صفقة تقديم الخدمات على أنها: «اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي، معنوي) قصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة، تتعلق بتسيير المرفق نظير مقابل مالي»⁽⁴²⁾.

وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل صفقة تقديم الخدمات بسيطا ولا يتطلب اعتمادات مالية كبيرة على عكس ما هو الحال عليه بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم، أي أن صفقة تقديم الخدمات لا تكلف المصلحة المتعاقدة- كقاعدة عامة- اعتمادات مالية ضخمة، بل هناك خدمات تستفيد منها الإدارة ولا تخضع لقانون الصفقات العمومية، في حالة ما إذا كان موضوع الخدمة بسيطا ولا يكلف جهة الإدارة اعتمادات مالية كبيرة، وهو ما رخص به المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية بتحديد حده مالي أدنى لعقد صفقة عامة.

قانونا- على ما سبق واستنادا إلى تقسيم المشرع الجزائري في ظل الصفقات العمومية لأنواع هذه الأخيرة حسب موضوعها.

يمكن القول أن هذه الصفقات العمومية - السابق ذكرها- وإن تم فصل بعضها عن الآخر إلا أنها تتداخل فيما بينها وعادة ما تكون هناك علاقة بين صفقة وأخرى، فعقد الأشغال العامة مثلا يستوجب دراسات سابقة وهو ما يتم تحقيقه بفضل صفقة انجاز الدراسات حتما، وهذا ما يعني أن الإدارة العمومية المختصة لا بد لها من عقد صفقة انجاز دراسات أولا لتجسد هذه الصفقة لاحقا في شكل صفقة انجاز أشغال عامة.

ثانيا: أنواع (تقسيمات) الصفقات العمومية حسب طبيعتها:

إضافة إلى أنواع الصفقات العمومية الرئيسية- السابقة الذكر- والتي تم النص عليها في المرسوم الرئاسي 10- 236 فقد أورد المشرع الجزائري أنواعا أخرى من الصفقات العمومية، بحيث تحدد هذه الأنواع- عكس الأنواع السابقة التي تحدد حسب موضوعها- بالاعتماد في هاته الحالة على طبيعة الصفقة.

1- الصفقة الجزئية: (43)

نص المشرع من خلال قانون الصفقات على أنه: «يمكن تلبية الحاجات المذكورة أعلاه، في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة، وتخصص الحصص الوحيدة لشريك متعاقد واحد، كما هو محدد في المادة 21 من هذا المرسوم، وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر، وفي هذه الحالة، يجب تقييم العروض حسب كل حصة... ويجب النص على التخصيص في دفتر شروط المناقصة، وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز، فإن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التسجيل الذي أعده الأمر بالصرف المعني، يجب أن تهيكّل في حصص».

وبناء عليه يمكن القول أن الصفقة الجزئية تهدف إلى تقديم الأشغال المراد انجازها في شكل مجموعات منفصلة، موزعة على عدة متعاملين متعاقدين مختلفين، بحيث يختص كل متعامل متعاقد منهم بتنفيذ قسم معين من المشروع وبصورة مستقلة عن المتعامل المتعاقد الآخر .

هذا وتقوم الصفقة الجزئية على شرط جوهري يلزم المصلحة المتعاقدة على عدم اللجوء إلى تجزئة المشروع إلا بناء على دفتر شروط المناقصة وهيكله رخصة البرنامج في حصص بموجب مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني.⁽⁴⁴⁾

2- عقد البرنامج: (45)

نص المشرع الجزائري على عقد البرنامج أو كما يصطلح عليه بعقد الخطة بموجب المادة 16 من المرسوم الرئاسي 10- 236 على أنه نوع من أنواع الصفقات العمومية، ونص بموجب المادة 17 من نفس المرسوم الرئاسي على أن عقد البرنامج يكتبي أو يأخذ شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات، بحيث تتخذ هذه الاتفاقية كمرجع، ويتم بناء عليها تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية.⁽⁴⁶⁾

هذا و أوجب المشرع الجزائري أن تحدد الاتفاقية طبيعة الخدمات الواجب تأديتها وأهميتها، موقع العقد ومبلغه و رزنامة انجازه.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع أعطى أولوية إبرام عقد البرنامج مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، المؤهلة والمصنفة قانونا كما لم يمنع في نفس الوقت من إبرام عقد البرنامج مع المتعاملين الأجانب الذين تتوفر فيهم ضمانات تقنية ومالية معينة لم يحددها المشرع.⁽⁴⁷⁾

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى أن عقد البرنامج هو العقد الوحيد الذي أجاز المشرع إبرامه بين شخصين عموميين⁽⁴⁸⁾، مستثنيا بذلك القاعدة العامة التي تنص على عدم جواز إبرام الصفقة العامة بين شخصين عموميين أو كما اصطلح عليها المشرع بمصطلح إدارتين عموميتين.⁽⁴⁹⁾

3- صفقة الطلبات: (50)

جاء في نص المادة 19 من المرسوم 10-236 أنه: «يمكن المصالح المتعاقدة أن تنسق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها...».

في حين نصت المادة 20 من نفس المرسوم على أنه: «تتضمن صفقة الطلبات على اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر...».

وعليه يمكن القول أنه- وفي إطار صفقة الطلبات- يمكن للمصلحة المتعاقدة تحديد الخدمات المراد إنجازها، سواء كانت ذات النمط العادي أو الطابع المتكرر- كما جاء في نص المادة أعلاه- وكيفية تنفيذها بدقة، كما يجب أن تحدد فيها قيمة أو كمية الحدود الدنيا أو القصوى للوازم والخدمات.

وتحدد مدة صفقة الطلبات بسنة واحدة قابلة للتجديد شرط أن لا تتجاوز خمس (05) سنوات، وتتعلق الصفقة عموما باقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي أو النمط التكراري، وتنفذ في كل مرة بموجب طلبات أو أوامر أو خدمات تحدد بمقتضاها الكميات والأجال.

هذا ونص المشرع على أنه يشرع في تنفيذ صفقة الطلبات بمجرد تبليغ الطلبات الجزئية التي تحدد كيفية التسليم.⁽⁵¹⁾

4- المزايدة:

تعتبر المزايدة نوعا من أنواع الصفقات العمومية التي نص عليها المشرع الجزائري في القوانين المنظمة للصفقات العمومية وتبرم المزايدة في شكل عقد بيع أو عقد إيجار، وبالرغم من أن عقود البيع وعقود الإيجار هي أعمال الإدارة المالية، والتي تصدر عنها عند تسييرها وإشرافها على أملاكها إلا أنها- ورغم ذلك- تخضع لأحكام القانون العام بقوة الشروط الاستثنائية.

أ- عقد الإيجار:

* تعريفه:

هو اتفاق بين الإدارة والفرد، حيث يؤدي هذا الأخير للإدارة عقارا بقصد تخصيصه لمرفق عام، أو يستأجر منها عقارا بقصد استغلاله في إطار ما يسمح به القانون، ويعتبر عقد الإيجار عقدا إداريا- إذا وفقط- إذا تضمن شروطا

استثنائية غير مألوفة، أو حين يستأجر الفرد من الإدارة عقارا لاستغلاله فيعتبر في هذه الحالة عقدا إداريا- إذا فقط- إذا تعلق بعقار تابع للدومين العام.

*** خصائصه :**

حتى يصنف عقد الإيجار في قائمة العقود الإدارية يجب أن يتضمن جملة من الخصائص تتمثل في :

- أن تكون الإدارة مؤجرة ويكون العقار تابعا للدومين العام.
- أن تكون الإدارة مستأجرة وتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة.

ب- عقد البيع :

*** تعريفه :**

هو اتفاق تلتزم بموجبه الإدارة العمومية ببيع منقول أو عقار تابع للدومين الخاص لفرد معين أو شركة معينة.

وقد جاء في نص المادة من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وكيفياته أن: «البيع يكون عن طريق البيع العلني وهو مفتوح للمنافسة على أساس دفتر الشروط الذي يعطي وصف الطبيعة الإدارية للبيع كما قد يكون بالتراضي، انطلاقا من نص المادة 11»⁽⁵²⁾.

وقد وضع القضاء الإداري الجزائري مثالا رائعا في مجال عقود البيع ووصف فيه أهم معيار في تكييف عقود الإدارة، وهو معيار المرفق العام، رغم اعتباره بأن عقد البيع هو عقد مدني، إلا أنه وبمفهوم المخالفة يمكن أن يكون عقدا إداريا.

*** خصائصه :**

الأصل أن عقد البيع يعتبر عقدا مدنيا، خاصة وأن الإدارة تسعى من وراء إبرامه إلى تحقيق الربح، وتتعامل مع الأفراد من خلاله من منطلق الربح والخسارة، إلا أنه قد يكون عقدا إداريا بناء على تجلي نية الإدارة في إخضاعه للقانون العام، وذلك بتضمينه شروطا استثنائية وغير مألوفة في إطار القانون الخاص، أو بناء على كون العقد يتعلق بمرفق عام يعمل وفق وسائل القانون العام.

ثالثا: تقسيمات الصفقات العمومية حسب معيار موطن المتعامل المتعاقد :

إضافة إلى أنواع الصفقات العمومية سالفه الذكر اعتمد قانون الصفقات العمومية على معيار ثالث يعتمد عن موطن المتعامل المتعاقد ويتفرع عن هذا المعيار ثلاث أنواع أساسية من الصفقات العمومية اصطلاح عليها المشرع بالناقصة، علما أنه لا تخضع لأسلوب المناقصة كطريقة لإبرام الصفقات العمومية إلا إذا صنف العقد على أنه صفقة عمومية، وتخضع لأحكام هذا المرسوم⁽⁵³⁾، وخاصة أنه جعل هذا المعيار أساسا لتصنيف عقود معينة دون غيرها بغض النظر عن موضوعها وطبيعتها.

1- المناقصة المحلية (الصفقة المحلية) :

باعتبار أن كل مناقصة خاضعة لأحكام قانون الصفقات 10- 236 هي صفقة عامة فإن ذلك يعني أن إدراج المناقصة المحلية ضمن نصوص قانون الصفقات السابق هو دليل على أنها نوع من أنواع الصفقات العمومية.

والمتصفح لقانون الصفقات الملغى رقم 02- 250 المعدل والمتمم فإنه لا يجده ينص على مثل هذه المناقصة وإن كان نص على النشر المحلي كأحد صور الإعلان عن الصفقة المحلية، وهو ما أثار التساؤل حول ما إذا كان هذا النشر المحلي يلمح للصفقات العمومية المحلية، أم أنه مجرد إجراء لتفعيل النشر أكثر لكل أنواع الصفقات العمومية، سواء المحلية منها أو الوطنية تجسيدا لمبدأ المنافسة الذي يستلزم ضرورة علم أكبر عدد ممكن من المعنيين والمهتمين بالتعاقد مع الإدارة العمومية.

إلا أن ما لا يخفى في حقيقة الأمر أن النشر المحلي في الواقع لا يخدم الصفقة الوطنية، فغالبا ما تكون الجرائد المحلية لا مجال لها لمنافسة الجرائد الوطنية وذات الانتشار الواسع حتى على المستوى المحلي.

إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا، ليأتي المرسوم الرئاسي 10- 236 ويضع حدا لهذه التأويلات والاجتهادات في البحث عن نية المشرع من النص على الإعلان المحلي بغموض وتحفظ حيث جاء في قانون الصفقات العمومية أنه: «يمكن إعلان مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات التي يساوي مبلغها، تبعا لتقدير إداري، على التوالي، خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية :

- نشر الإعلان عن المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية :
 - للولاية.
 - لكافة بلديات الولاية.
 - لغرف التجارة والصناعة، الحرف والفلاحة.
 - المديرية التقنية المعنية في الولاية⁽⁵⁴⁾.

ومن نص المادة نجد أن المشرع الجزائري جعل من الإشهار المحلي طريقة للإعلان عن المناقصة المحلية على مستوى الولاية، سواء نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين، وقد وضع لهذا النوع من الصفقات العمومية عتبة مالية خاصة تميزها عن الصفقات الوطنية، رغم أن موضوع الصفقة ظل ثابتا، فهي تستغرق صفقات الأشغال واللوام والدراسات والخدمات، ويمكن تعريف المناقصة المحلية بأنها: «الصفقة التي يقتصر الاشتراك فيها على المتعاقدين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق الولاية التي يتم بدائلتها تنفيذ التعاقد».

2- المناقصة الوطنية (الصفقة الوطنية) :

عكس المناقصة المحلية فإن المناقصة الوطنية يستدل عليها بمفهوم المخالفة لنص المادة 49 من المرسوم 10- 236 - سألغة الذكر - فكلما زادت العتبة المالية المذكورة عن الحد المذكور في نص المادة والتي تقدر بـ 50 مليون دج بالنسبة لصفقات الأشغال العامة واللوام وتزيد عن 20 مليون دج بالنسبة لصفقات الخدمات والدراسات، وجب

الإعلان عنها وبالنشر الإجمالي في النشرة الرسمية لصفقات التعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني، وهو ما يفتح باب المنافسة على المستوى الوطني، وتسمى الصفقة في هذه الحالة صفقة أو مناقصة وطنية.

وتم النص على هذا النوع من الصفقات العمومية صراحة في جملة من مواد المرسوم الرئاسي 10-236 المعمول به حاليا، حيث ذكر أن المناقصة يمكن أن تكون وطنية و/أو دولية⁽⁵⁵⁾، كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة أن تصدر مناقصة وطنية، عند توفر الشروط المنصوص عليها قانونا، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام قانون الصفقات.⁽⁵⁶⁾

3- المناقصة الدولية (الصفقة الدولية) :

المناقصة الدولية هي التي يتم التعاقد فيها مع متعامل متعاقد (شخص طبيعي، شخص معنوي) أجنبي، عن طريق فتح باب المنافسة للتعاقد مع المتعاملين المتعاقدين الوطنيين والأجانب.

فتمتى تم التعاقد مع متعامل متعاقد أجنبي كانت الصفقة دولية كما هو منصوص عليه في المادة 22 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي جاء فيها أنه: «يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و المؤسسات الأجنبية».

هذا وتم النص على المناقصة الدولية من خلال نص المادة 24 والتي جاء فيها: «يجب أن تتضمن دفاتر شروط المناقصات الدولية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على إلزامية الاستثمار في نفس ميدان النشاط، في إطار شركة مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون...».⁽⁵⁷⁾

الفرع الثاني: تقسيمات الصفقات العمومية في ظل التشريعات الأخرى :

إضافة إلى أنواع الصفقات العمومية السابقة الذكر والمنصوص عليها في إطار القوانين المنظمة لموضوع الصفقات العمومية نفسه فإننا نجد أنواعا أخرى لم يتم النص عليها في قوانين الصفقات العمومية وتطرق لها المشرع في قوانين أخرى كقوانين الإدارة المحلية⁽⁵⁸⁾ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁵⁹⁾ وهو ما سنراه فيما يلي:

أولاً: تقسيمات الصفقات العمومية في ظل قانون الإدارة المحلية.

إن العقود الإدارية التي تدخل في إطار الصفقات العمومية والتي لم يتطرق لها المشرع .

- كما سبق الذكر- في القوانين المنظمة لهذه الأخيرة وجاء على ذكرها في قانون الإدارة المحلية تتمثل أساسا في نوعين من العقود:

1- عقد القرض العام :

أ- تعريفه :

جاء ذكر عقد القرض العام في نص المادة 146 من قانون البلدية والتي أقرت صراحة مسؤولية البلدية في حالة الاقتراض أو إبرام عقد قرض عام، وقد جاء في نص المادة المذكورة أعلاه :

« تعتبر البلدية مسؤولة عن تسيير المالية الخاصة والمتمثلة في :

- حصيلة الموارد الجبائية والرسوم.
- مداخيل ممتلكاتها.
- الإعانات.
- الاقتراضات.

وهي المسؤولة عن تعبئة حصيلة هاته الإيرادات».

كما جاء في نص المادة 132 من قانون الولاية أن :

«الولاية مسؤولة عن تسيير وسائلها المالية التي تتكون مما يأتي :

- حصيلة الجبائية بالرسوم.
- مداخيل ممتلكاتها.
- الإعانات.
- الاقتراضات».

ويعرف عقد القرض العام في الوسط الفقهي على أنه: «استدانة أحد أشخاص القانون العام أموالاً من الغير (شخص طبيعي، شخص معنوي) مع التعهد بردها إليه بفوائدها مع ما يثيره ذلك من نقاش متعدد الأبعاد»⁽⁶⁰⁾.

كما أن هناك من يعرفه بأنه : « اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وأحد البنوك، بموجبه تستفيد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام (ولاية، بلدية...الخ) من قرض، وتلزم برده مع نسبة الفائدة التي قررها القانون»⁽⁶¹⁾.

ب- أشكاله وصوره :

يأخذ عقد القرض العام عدة أشكال وصور حسب المعيار المأخوذ وهو ما سنحاول بيانه فيما يلي :

* النطاق المكاني للإصدار:

تقسم عقود القرض العام حسب النطاق المكاني لإصدارها إلى قسمين أساسيين، أي أنها تأخذ شكلين أو صورتين تتمثلان في :

- القروض الداخلية :

تصنف عقود القرض العام في إطار القروض الداخلية إذا كان المقرض فيها أحد الأشخاص (طبيعية، معنوية) المقيمين داخل إقليم الدولة بغض النظر عن جنسية هذا المقرض سواء كانت جنسية جزائرية أو أجنبية.

- القروض الخارجية :

تدخل عقود القرض العام ضمن قائمة القروض الخارجية إذا كان المقرض فيها أحد الأشخاص (طبيعية، معنوية) المقيمين خارج إقليم الدولة بغض النظر عن جنسيتهم والذين يمكن أن يكونوا: رعايا، أجنب، دول، منظمات أو هيئات علمية (مثل صندوق النقد الدولي).

* حرية الاكتتاب في القرض :

وفقا لهذا المعيار تقسم القروض إلى قروض اختيارية وقروض أخرى إجبارية.

- القروض الاختيارية :

هي القروض التي يكون الأشخاص أحرارا في الاكتتاب فيها، دون أي إكراه من السلطة العامة (الدولة)، وتقوم هذه الأنواع من عقود القرض العام على أساس تعاقدية.

- القروض الإجبارية :

يكون الاكتتاب في هذا النوع من عقود القرض العام بإجبار من السلطات العليا بموجب ما لها من امتيازات عن الأشخاص.⁽⁶²⁾

* توقيت القرض العام :

تقسم القروض العامة وفق هذا المعيار إلى قروض مؤقتة وقروض أخرى مؤبدة.

- القروض المؤقتة :

ويسمى هذا النوع أيضا بالقروض القابلة للاستهلاك وهي القروض التي تلتزم فيها الجهة الإدارية المقترضة بالوفاء بها في الأجل والأوضاع الواردة في قانون إصدارها.

ويأخذ هذا النوع من القروض صورة قروض قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل.

- القروض المؤبدة :

يقصد بهذا النوع من القروض تلك التي لا تلتزم الدولة بالوفاء بها في أجل معين، مع التزامها بدفع فوائدها في أجل محدد (حين الوفاء).

وصفة التأييد أو الدوام في هذه الحالة مقررة لصالح الدولة دون أن تكون لصالح المقرضين.

2- عقد الامتياز :

* تعريفه :

جاء في نص المادة 138 من قانون البلدية انه: «إذا تعذر استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا، دون أن ينجم عن ذلك ضرر جاز للبلدية منح هذا الامتياز...».

كما نصت المادة 130 من قانون الولاية أنه: «إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية في شكل استغلال مباشر أو مؤسسات يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز...».

ويعرف عقد الامتياز بأنه: « اتفاق يجمع بين الإدارة المعنية والملتزم، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير، سواء كان فردا أو شركة بإدارة مرفق اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين»⁽⁶³⁾.

* شروطه: (64)

يتضمن عقد الامتياز نوعين من الشروط:

- شروط لائحية:

تختص الإدارة المعنية بالتعاقد بوضع هذه الشروط، دون أي مشاركة من المتعاقد معها، ويجب على هذا الأخير إن أراد التعاقد معها الخضوع لهذه الشروط، وعادة ما تكون هذه الشروط بالأساس حول كيفية أداء الخدمة للمنتفعين.

كما يجوز للإدارة المعنية تعديل هذه الشروط حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، انطلاقا من سلطتها في تعديل العقد بصورة منفردة، ويعود اعتبار الامتياز من العقود الإدارية إلى كون الإدارة فيه تتمتع بسلطة منفردة في وضع الشروط اللائحية هذا من جهة، والاعتراف لها بها بتعديل هذه الشروط إذا اقتضت المصلحة العامة التعديل دون أن يكون للملتزم حق الاحتجاج على هذا التعديل.

- شروط عقدية:

يتولى صياغة ووضع الشروط العقدية كل من الإدارة المتعاقدة والملتزم أو المتعاقدة معها، كون الأمر أولا وأخيرا يرتبط برباط عقدي، ولا يمكننا في هذه الحالة إقصاء إرادة الملتزم وعدم إعطائه فرصة في وضع أحكام عقدية تحم مصالحته، وقد ذهب الفقه إلى القول إن الإدارة المتعاقدة، لا تستطيع تعديل هذه الشروط العقدية بإرادتها المنفردة خلافا للشروط اللائحية.

ثانيا: تقسيمات الصفقات العمومية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نوعين من الصفقات العمومية اعتمادا على معيار جنسية المتعامل المتعاقد (وطني، أجنبي) ليفرق بناء على هذا المعيار بين نوعين من الصفقات العمومية: صفقات وطنية، صفقات دولية.

وذهب المشرع وحسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية- السالف الذكر- إلى هذا التصنيف، لكون النوعين يخضعان لأحكام مختلفة فيما يخص آليات فض نزاعاتها حيث يلجأ إلى التحكيم في الصفقات الدولية، لكون العقود الإدارية بصفة عامة تخضع لأحكام التحكيم الدولي لفض نزاعاتها حتى لا تتصادم قوانين طرفي العقد فيما بينها، أو بين إخضاعها للقانون الدولي في بعض الاتفاقيات في الجزائر، وذلك حتى لا تقع فيما يسمى بتنازع القوانين .

إن ارتباط الصفقة العمومية بالخزينة العامة يمنحها أهمية كبرى مقارنة بباقي العقود الإدارية، وتكمن أهميتها في كونها تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية كبيرة من جهة وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى، وهو ما يتطلب ضبطها بنظام قانوني محكم حماية للمال والصالح العام على حد سواء وهو ما نلمسه من خلال اهتمام المشرع بتنظيمها خطوة خطوة سواء من حيث ضبط تعريفها أو من حيث تحديد شروط صحتها أو من حيث الاهتمام

بأنواعها، وحتى من حيث بيان طرق وأساليب إبرامها والإجراءات المتبعة بداية بمرحلة تحضيرها والى غاية منحها للمتعهد المؤهل قانونا والمتوفرة فيه جميع الشروط المطلوبة.

الهوامش :

- (1) - ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، ص 184.
- (2) - أنظر المادة 01 من الأمر 67- 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52.
- (3) أنظر المادة 04 من المرسوم 82- 145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية رقم 15.
- (4) أنظر نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 343 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 57.
- (5) أنظر المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المعدل والمتمم المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- (6) - أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10- 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- (7) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 36.
- (8) جاء في نص المادة 549 من القانون المدني الجزائري أن عقد المقاوله هو: « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر».
- (9) ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 04.
- (10) نفس المرجع، ص 05.
- (11) رضا جنيج، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004، ص 2003.
- نقلا عن: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق ص 39.
- (12) مازن ليلو راضي، العقود الإداري في القانون الليبي والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 19 .
- (13) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 40، 41.
- (14) أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236، مرجع سابق .
- (15) أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236، مرجع سابق.
- (16) قدودج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 ص 105.
- (17) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236، مرجع سابق.
- (18) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 54.
- (19) أنظر نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10- 236، مرجع سابق.
- (20) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق، ص 63.
- (21) قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي لشرق قسنطينة، منشور بمجلة مجلس الدولة ، صادر عن مجلس الدولة الجزائري، العدد 2003- 03، ص 109.
- نقلا عن: عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 63.
- (22) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 65.
- (23) المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مرجع سابق.
- (24) أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10- 236، نفس المرجع.
- (25) جاء في نص المادة 13 من المرسوم 10- 236 : « تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر: إنجاز الأشغال ، اقتناء اللوازم ، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات».
- (26) هيبه سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 26.
- (27) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 46.
- (28) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10- 236، مرجع سابق.
- (29) نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، سنة 2001- 2004.
- (30) أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10- 236، مرجع سابق، 236.
- (31) أنظر نص المادة 549 من القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 والمتعلق بالقانون المدني.

- (32) أنظر في هذا الإطار:
- المادة 01 من الأمر 67-90، مرجع سابق.
 - المادة 04 من المرسوم 82-145، مرجع سابق .
 - المادة 03 من المرسوم التنفيذي 91-434، مرجع سابق.
 - المادة 03-11 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 والمرسوم الرئاسي 08-338، مرجع سابق.
- (33) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (34) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 80.
- (35) لمزيد من التفاصيل انظر:
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 191.
 - هيئة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 26.
 - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، ب د، ب س، ص 407.
- (36) أنظر المواد 64-65-67 من الأمر 67-90، مرجع سابق.
- (37) راجع الأمر 67-90، مرجع سابق.
- (38) راجع المرسوم التنفيذي 91-434، مرجع سابق.
- (39) أنظر المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (40) راجع في هذا الإطار :
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 84.
 - هيئة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 26.
- (41) راجع نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (42) راجع في هذا الإطار :
- المادة 01 من الأمر 67-90، المادة 04 من المرسوم 82-145، مرجع سابق.
 - المادة 03 من المرسوم التنفيذي 82-434، مرجع سابق.
 - المادة 03، 11 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم، مرجع سابق.
 - المادة 04، 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (43) راجع في هذا الإطار :
- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 81.
 - هيئة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مرجع سابق، ص 26.
 - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة- الجزائر، 2005، ص 23.
- (44) أنظر في هذا الإطار :
- المادة 12 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة والمتممة، مرجع سابق.
 - المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (45) - لعور بدرة، دروس في الصفقات العمومية (أعمال موجهة)، ألقيت على طلبة السنة الثانية، ل م د، إداري، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2009/2010.
- (46) أنظر في هذا الإطار :
- المادة 14 من المرسوم الرئاسي 02-250، مرجع سابق.
 - المادة 16، 17 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (47) أنظر المادة 16 من المرسوم الرئاسي 10-236، نفس المرجع.
- (48) أنظر المادة 17 من المرسوم الرئاسي 10-236، نفس المرجع.
- (49) لعور بدرة، دروس في الصفقات العمومية (أعمال موجهة)، مرجع سابق.
- (50) أنظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (51) أنظر في هذا الإطار:
- المادة 16 من المرسوم الرئاسي 02-250، مرجع سابق.
 - المادة 19، 20 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.
- (52) أنظر المادة 20 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق.

- (53) لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 والحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة للدولة وتسييرها وكيفيةها.
- (54) المرسوم الرئاسي 10-236 ، مرجع سابق.
- (55) أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، مرجع سابق.
- (56) أنظر نص المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، مرجع سابق.
- (57) أنظر نص المادة 54 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، نفس المرجع.
- (58) أنظر نص المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236 ، نفس المرجع.
- (59) قانون رقم 90-08 المؤرخ في 10 أبريل 1990 والمتعلق بتنظيم نشاط البلدية، الجريدة الرسمية رقم 15.
- قانون رقم 90-09 المؤرخ في 10 أبريل 1990 المتعلق بتنظيم نشاط الولاية ، الجريدة الرسمية رقم 15.
- (60) قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (61) محمود نور، أسس ومبادئ المالية العامة، المطبعة العربية الحديثة، مصر، 1988، ص 46.
- (62) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 88.
- (63) محمود نور، مرجع سابق، ص 53.
- (64) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 86.

الإشعار للغير الحائز بين هاجس الفعالية و إكراهات التطبيق



الحايلة الحسين : إطار عالي بالخزينة العامة للمملكة

طالبة بصف الدكتوراه بجامعة محمد الخامس السويسي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – سلا-

تخصص الأنظمة القانونية والقضائية الإدارية المقارنة

نظرا لوجوب تحصيل الديون العمومية اعتبارا لدورها الاستراتيجي في تغذية ميزانية الدولة بنصيب هام من الأموال التي من شأنها تغطية النفقات العمومية الضرورية وتمكين مختلف أجهزة الدولة من القيام بأدوارها على الوجه المطلوب، فقد وضع المشرع بين يدي الجهة المكلفة بالتحصيل مجموعة من الآليات لمواجهة المدين المتقاعس عن الدفع وجبره على الأداء، اصطلاح على تسميتها قانونا وعملا بإجراءات التحصيل الجبري.

وتعتبر هذه الإجراءات من أهم الضمانات التي منحها المشرع لإدارة التحصيل لاستخلاص الدين العمومي عموما والدين الضريبي على وجه الخصوص، فهي تعطي للمحاسب المكلف بالتحصيل سلطات واسعة لتمكينه من ضمان الحفاظ على حقوق الخزينة⁽¹⁾.

وتتمثل إجراءات التحصيل الجبري في كل من الإنذار والحجز ثم البيع كإجراءات تنفيذية عادية، هذا بالإضافة إلى الإكراه البدني كإجراء استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا بعد فشل وسائل التنفيذ الأخرى.

إن مباشرة القابض لهذه الإجراءات على الرغم من نجاعتها يتطلب منه إلى جانب تسخير كل إمكانياته المادية والبشرية وقتا كبيرا وصبرا وأناة واحترام حقوق الملتزمين والسهر على ضمان حقوق الخزينة والكل تحت طائلة الجزاء فكان من المشرع أن سن طريقة أخرى غير مكلفة وسريعة لا تحتاج إلى ما تحتاجه الإجراءات الجبرية الأخرى ويتعلق الأمر بالإشعار للغير الحائز.

وللإشارة فهذا الإجراء اقتبسه المشرع من القانون الفرنسي⁽²⁾ وذلك في الوقت الذي راكمت فيه محكمة النقض ومجلس الدولة من التجارب بما يسمح لهذه المنظومة القضائية من إعطاء قيمة مضافة

لهذه الإجراءات، وبما يمكن الخزينة من وسيلة إضافية غير مكلفة وفعالة لتحصيل ديونها⁽³⁾.

فهل فعلا استطاعت هذه الآلية ببساطتها وسرعتها أن تقلص ولو بشكل جزئي من مشاكل التحصيل في المغرب؟ إذا كانت فعالية أي إجراء لا تكمن في النتيجة المحصل عليها فقط بقدر ما تكمن في مشروعية هذا الإجراء في حد ذاته، خاصة إذا علمنا أن صياغة المواد المنظمة للإشعار للغير الحائز لا تسعف في اللجوء إلى هذا الإجراء نتيجة للغموض الذي يكتنفها .

فلجواب إذن سيكون بالطبع لا، لأن مدونة تحصيل الديون العمومية أهملت في الفصول المذكورة ما هو أهم من تحقيق النتائج والفعالية ألا وهي المشروعية نتيجة لكونها لم تتعرض لا لطرق تبليغ هذا الإجراء وآجاله، ولا لدرجة توقعه بين إجراءات التحصيل الأخرى لتكون بذلك قد قزمت من حجم أية فعالية كانت ستحقق، ووضعت في نفس الوقت حجرة عثرة أمام المحاسب عوض أن تمده بآلية تكون نهاية لمشاكل التحصيل.

لكن وحيث أن التجربة القانونية علمتنا أن أي غموض يكتنف المنظومة التشريعية، لا بد أن يؤدي في وقت ما إلى تدخل القضاء لتبديد هذا الغموض، فإن السؤال الذي يطرح نفسه بلحاح هو إلى أي حد استطاع القضاء الإداري رفع اللبس القانوني المرتبط بهذا الإجراء وما مدى انعكاس ذلك على امتيازات إدارة التحصيل و ضمانات الملمزم الضريبي؟.

إن الإجابة على هذه التساؤلات يجب أن يتم في اعتقادنا من خلال خطة بحث تجمع بين رصد أهم الإشكاليات والثغرات التي تحد من فعالية الإجراء سواء على المستوى القانوني والعملي (المطلب الأول)، أو على المستوى القضائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإشكالات القانونية والعملية لمسطرة الإشعار للغير الحائز.

بالرجوع إلى المقتضيات القانونية المنظمة لمسطرة الإشعار للغير الحائز يتبين لنا أن المشرع المغربي كنظيره الفرنسي لم يتطرق إلى الشكليات ولا إلى التراتبية التي يجب أن يحترمها هذا الإجراء قبل أن يكون له أي أثر أو مفعول على ذمة المدين مما يكون معه قد أسس لجملة من الإشكالات القانونية (الفقرة الأولى)، هذا ونشير إلى أن المشرع بعدم تحديده لمفهوم الأموال التي ينصب عليها الحجز يكون قد أسس أيضا لعدة إشكالات عملية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : واقع الإشعار للغير الحائز بين وجوب احترام الشكليات وتراتبية الإجراءات :

أولا : إشكالية تبليغ الإشعار للغير الحائز وآثاره :

إن اعتبار الإشعار للغير الحائز كآلية دفاع ابتكرها المشرع ووضعها في متناول المحاسب المكلف بالتحصيل لمواجهة المدينين المتهربين من أداء الواجب الضريبي، أو كوسيلة لمباغته الملمزم السيئ النية لا يجب أن تحمل على إطلاقها وذلك باعتبار أن إثبات سوء النية يصعب تحقيقه على مستوى الواقع اللهم في حالات استثنائية .

كما أن العلاقة التي يجب أن تربط إدارة التحصيل بالملمزم يفترض أن تكون مبنية على أساس المواطنة والوعي الكامل بالمسؤولية وليس على أساس المباغته، وهو ما لم يتم مراعاته على مستوى النص القانوني. فالمشرع في المواد المنظمة للإشعار للغير الحائز لم ينص على كيفية التبليغ ولا على شكلياته وعلى ما إذا كان وجوبيا بالنسبة للملمزم

فقط أم كذلك بالنسبة للحائز، مكتفيا بتبيان الأشخاص المستهدفين بهذا الإجراء. ومن تم كان من اللازم التساؤل حول انعكاسات هذا الغموض على المستوى العملي والقضائي؟

على الصعيد العملي يعتبر المحاسبين المكلفين بالتحصيل أن عدم تطرق المشرع إلى الشكل أو الطريقة التي يجب أن يتم به تبليغ إجراء الإشعار للغير الحائز ليس غموضا بقدر ما هو امتياز للإدارة ضد كل تهرب أو سوء نية من جانب الملزمين، إذ كيف يمكن أن يحقق هذا الإجراء الفعالية المرجوة منه إذ علم به الملزم وقام بسحب أمواله قبل مصادرتها من قبل الإدارة.

إن هذه القراءة من جانب الإدارة كثيرا ما اصطدمت بقاض إداري لا يتوانى في تفسير النصوص القانونية بما يراعي مبادئ المشروعية وآثار خرقها على مصالح الأفراد، فغموض النص لا يجب أن ينظر إليه (حسب وجهة نظر لقاضي) على أنه منح صلاحية واسعة للإدارة الجبائية في استعمال امتيازاتها دون قيد أو شرط، إذ كيف يعقل أن تطالب الإدارة الأغيار بتسليم ما بين أيديهم من أموال تعود للملزم دون أن يكون هذا الأخير على علم بذلك⁽⁴⁾.

إن هذه القراءة والتي سبق أن تبنتها محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁾ ترجمها القاضي الإداري المغربي بدوره في كثير من أحكامه منها حكمه الصادر بتاريخ 2010/03/13 حيث جاء فيه "وحيث إنه باستقرار المقتضيات القانونية أعلاه يتبين أن المشرع وإن كان لم يشترط ضرورة احترام إجراءات معينة إزاء الملزم قبل اللجوء إلى مسطرة الإشعار للغير الحائز فإنه ونظرا للطابع الاستثنائي للمسطرة المذكورة وما يترتب عنها من تسليم فوري للمبالغ الموجودة في حوزة الأغيار والمودع لديهم مع ما قد يسفر عنه ذلك للمعني بالأمر من أضرار، واعتبارا كذلك لمبدأ حق الدفاع الذي يعد من المبادئ الأساسية الواجب احترامها حتى في حالة عدم النص عليها صراحة، فإن القابض يبقى ملزما بتوجيه إشعار إلى الخاضع قصد إخباره بإجراءات الاستخلاص المباشرة في حقه عن طريق الإشعار للغير الحائز"⁽⁶⁾ وهو بطبيعة الحال اتجاه مخالف لمن يرى في الإشعار امتيازاً للإدارة ووسيلة لمحاربة التهرب من أداء الواجب الضريبي أو وسيلة لمباغته الملزم السيئ النية وعلى علة اعتبار التبليغ شكلية جوهرية لصحة مسطرة الإشعار للغير الحائز وإن كنا نختلف مع بعض القضاء حول وجوب تبليغه إلى الملزم قبل الحائز⁽⁷⁾، فإن الصيغة التي سن بها التبليغ في بعض مواد مدونة تحصيل الديون العمومية لا تسعف و الحالة هذه في اللجوء إلى هذا الإجراء دون أن يكون محل منازعة بعدية.

ويمكن ملامسة الإشكالات القانونية المتعلقة بالتبليغ على مستويين :

1 - حالات تعذر التبليغ: عدد المشرع على سبيل المثال مجموعة من الحالات التي يتعذر فيها التبليغ وهي كالاتي :

← حالة تعذر تبليغ الإجراء لعدم العثور على المدين أو ممثله :

قياسا على مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 43 من م.ت.د.ع المتعلقة بواقعة تعذر تبليغ الإنذار ، فإنه في الحالة التي يتعذر فيها تسلم الإشعار للغير الحائز نظرا لعدم العثور على المدين أو على أي شخص آخر في موطنه أو محل إقامته ، يعتبر الإشعار قد تم فعلا و بلغ تبليغا صحيحا في اليوم العاشر الموالي لتاريخ تعليقه في آخر موطن للملزم .

إن تطبيق هذا القياس سوف يطرح عدة إشكاليات منها أنه لا يجوز للإدارة أن تتمسك بنتائجه إلا في حالة إثبات قيامها بالإجراءات السابقة حسب تسلسلها القانوني تحت طائلة عدم الاحتجاج بمقتضياته ثم إن صياغة « آخر موطن » سوف تثير العديد من المنازعات منها أن المدين سوف يدفع في مواجهة الإدارة بمناسبة الطعن في التبليغ أن

المواطن الذي علق فيه الإشعار ليس بآخر موطن له علما بان الإدارة هي الملزمة في هاته الحالة بإثبات واقعة آخر موطن⁽⁸⁾، كما أن المدين قد يثير في مواجهة الإدارة للقول ببطلان التبليغ جميع الدفوعات المتعلقة بنفي واقعة التعليق وبقاء الإشعار معلقا بآخر موطن له طيلة عشرة أيام التي تعتبر قرينة على التبليغ وهنا يطرح الإشكال حول إثبات واقعة التبليغ ووسائلها بالنسبة للإدارة وبقاء الإشعار معلقا خلال عشرة أيام وما هي الوسائل الكفيلة بضمان بقاءه معلقا طيلة تلك المدة.

نخلص من كل ذلك إلى القول أن اعتماد الفقرة الأخيرة من المادة 43 المشار إليها أعلاه سوف يخلق للقباض مجموعة من الصعوبات هم في غنى عنها الشيء الذي سينعكس لا محالة على عملية التحصيل ككل.

← حالة رجوع الطي بعبارة " غير مطلوب " أو " غير مطالب به " :

يمكن تصور هذه الحالة عندما تلجأ الإدارة الجبائية إلى طريقة التبليغ عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتسلم . فهنا غالبا ما يتم إرجاع الظرف يحمل عبارة " غير مطلوب " .

إن ما يلاحظ على مستوى هذه الطريقة من التبليغ هو أن المشرع على الرغم من إعطائه الحق للإدارة في استعمال جميع وسائل التبليغ الممكنة و منها التبليغ عن طريق البريد ، فإنه و الحالة ما ذكر لم يشر في مضمون النص إلى حالة رجوع الطي بعبارة " غير مطلوب " فهل يعتبر ذلك تبليغا؟

نعتقد أنه إذا كانت المادة 42 من م.ت.د.ع لا تسعف في معالجة هذه الإشكالية ، فيجب إخضاع هذا الإجراء إلى مقتضى قانوني آخر و هو في هذه الحالة المادة 10 من القانون رقم 26 - 04 المتعلق بالمساطر الجبائية للسنة المالية 2005 ، و التي اعتبرت أن رجوع الطي بعبارة " غير مطلوب " يفيد التوصل بعد انصرام 10 أيام التي تلي تاريخ إثبات تعذر التسليم .

غير أن الملاحظ على مستوى قضاء المجلس الأعلى و المحاكم الإدارية أن القاعدة المعمول بها ، هي أن أي إجراء لا يمكن ترتيب الأثر القانوني عليه إلا من تاريخ توصل المعني به توصلا قانونيا مفسرا بذلك عبارة " غير مطلوب " بكونها لا تعني ولا تفيد التوصل⁽⁹⁾.

← حالة مغادرة الخاضع للضريبة محل إقامته :

من المفروض أن تكون العلاقة التي تربط الإدارة الجبائية بالملزمين علاقة أساسها الشفافية و الوضوح فإذا كانت هذه الإدارة ملزمة بتبليغ الملزمين في عناوينهم المصرح بها في مراسلاتهم أو إقراراتهم أو عقودهم . فإنه في حالة تغيير العنوان أو إغلاق المحل من الضروري إخبار الإدارة بذلك ، ما دام أن الحق يجب أن يقابله دائما الواجب ، و الواجب هنا في نظرنا هو ضرورة إعلام إدارة الضرائب بأي طارئ يطرأ على وضعية الملزم و إلا فإنه لا يمكن التمسك بواقعة عدم التبليغ و هو ما أكدته إدارية وجدة في حكمها بتاريخ 2003/01/23 في ملف عدد 02/54 معتبرة " أنه بغض النظر على أن الاعتقال لا يحول دون ممارسة المدعي لحقوقه في جميع الميادين و خاصة التي تمس ذمته المالية ، فإن عدم إدلائه بما يثبت الشكل المتطلب قانونا لإعلامه للإدارة الجبائية لواقعة الاعتقال ، يكون معه دفعه بعدم التبليغ غير مؤسس " .

2 - إشكالات مرتبطة بالشخص المسلمة إليه الوثيقة :

لقد حددت المادة 43 من م.ت.د.ع الأشخاص الذين يحق لهم تسلم طي التبليغ و التوقيع عليه في كل من الملزم شخصيا أو بموطنه لأقاربه أو مستخدميه أو لكل شخص آخر يسكن أو يعمل معه.

إلا أن هذا التحديد يطرح في اعتقادنا عدة إشكالات منها على الخصوص المقصود بالموطن، هل هو الموطن المصرح به لدى الضرائب أم الموطن الأخير خاصة و أن المشرع استعمل عبارة " في آخر موطن له " . و من جهة أخرى فرغم أن المشرع قد أشار إلى إمكانية تسلم طي التبليغ بواسطة الأقارب إلا أنه لم يحدد درجة و نوع هذه القرابة و هل تمتد إلى الأصهار و الورثة و هو الأمر الذي يثير صعوبة عملية لدى القباض .

بل إن الأخطر من ذلك أن استعمال المشرع لعبارة أو " أي شخص آخر يسكن معه " أدى في كثير من الأحيان إلى تبليغ الطي من طرف مأموري التنفيذ إلى أشخاص لا يمتون للملزم بصلة قرابة كأصدقائه وجيرانه بل و في بعض الأحيان إلى أبناء الملزم القاصرين معرضين بذلك لإجراءاتهم إلى البطلان⁽¹⁰⁾ .

هذا و نشير بالإضافة إلى ذلك إلى مشاكل أخرى قد يتعرض لها القباض نتيجة عدم تضمين محضر التبليغ البيانات الواجبة كالإشارة إلى صفة العون و تاريخ التسليم و هوية المتسلم للطبي، فهل يمكن اعتبار واقعة التبليغ في هذه الحالة منتجة لأثارها؟.

إجابة عن هذا السؤال ذهبت المحكمة الإدارية بوجدة في حكمها عدد 201 بتاريخ 2004/7/15 في الملف رقم 03/695 إلا أنه " حيث لم تدل الإدارة الجبائية لا بالطبي الذي يتضمن ملاحظة العنوان الناقص و لا بمحضر التبليغ المنجز من طرف أحد مأموريها المحلفين، وبالتالي يبقى ما تدفع به بهذا الخصوص غير مدعم بالحجج المثبتة له، ومن جهة أخرى فإن الاكتفاء بالقول بأن أحد الورثة قد رفض التوصل دون ذكر اسمه ودون بيان من أين استقى أنه من الورثة، كل ذلك يجعل التبليغ بهذه الكيفية غير قانوني"⁽¹¹⁾ .

تبعا لما سبق يتبين لنا أنه إذا كان الإشعار للغير الحائز، إجراء يروم من خلاله المحاسب تسلم الأموال والمبالغ الموجودة في حوزة الأغيار، تسلما فوريا، وهو بالتالي يعتبر على هذا النحو كغيره من إجراءات التحصيل الجبري قاطعا للتقادم، فإنه والحالة ما ذكر لا يمكن أن يتحقق هذا الأثر ما لم يصل هذا الإجراء إلى علم المدين والغير الحائز، عن طريق قائمة تبليغ مستوفية لجميع شروطها وشكلياتها تحت طائلة تحمل المحاسب للآثار الناجمة عن عدم صحة هذا التبليغ، خاصة إذا علمنا أن التبليغ الباطل لأي سبب من الأسباب لا يقطع التقادم طبقا للقاعدة الفقهية " ما بني على باطل فهو باطل " .

وصفوة القول ، إذا كان تبليغ إجراء الإشعار للغير الحائز إلى الملزم يعتبر مسطرة جوهرية ، قبل مباشرة أي تنفيذ على أموال هذا الأخير لدى الأغيار الحائزين، فإننا نتساءل على هذا الأساس عن موقعه ضمن إجراءات المتابعة الأخرى ؟

ثانيا : مسطرة الإشعار للغير الحائز ومبدأ تدرج المتابعات :

بخصوص موقع الإشعار للغير الحائز من درجات المتابعة ، فإن المشرع لم يفصل في هذه المسألة، إذ لم يدخل الإشعار للغير الحائز ضمن مساطر التحصيل الجبري، بل أورده في البابين الرابع و الخامس المتعلقين بالتزامات الأغيار المسؤولين أو المتضامنين ، وكذا التزامات المودع لديهم و الأغيار الحائزين (المواد 93 إلى 104 من مدونة

التحصيل)، مما يدفعنا إلى التساؤل عن ما إذا كان هذا الإجراء يخضع لمبدأ تدرج المتابعات المنصوص عليها بالقانون 97-15 أم يعتبر إجراء مباغتا لا يتقيد بالمبدأ المذكور؟.

جوابا على هذا السؤال يرى بعض الباحثين⁽¹²⁾ أنه ما دام أن المشرع المغربي قد اقتدى بالقضاء الفرنسي الذي يعتبر الإشعار للغير الحائز بمثابة حكم بالتصديق على حجز ما للمدين لدى الغير المكتسب لقوة الأمر المقضي به (قرار محكمة النقض الفرنسية 1980/6/2)، فإنه لا يمكن للقابض سلوك هذا الإجراء في أي مرحلة من مراحل مسطرة التحصيل، بل لابد أن يخضعه للتسلسل الترتيبي للمتابعات الجبرية المنصوص عليه في المادة 39 من مدونة التحصيل، وبالتالي يكون باطلا كل إشعار للغير الحائز يوجهه المحاسب المكلف بالتحصيل قبل توجيهه إشعارا بدون صائر وإنذارا قانونيا للملزم⁽¹³⁾.

بل إن هذا الرأي يذهب إلى أكثر من ذلك، معتبرا أنه لا يجوز بأية حال من الأحوال للمحاسب المكلف بالتحصيل أن يلجأ إلى إجراء الإشعار للغير الحائز حتى ولو احترمت شكليات تبليغه وبلغ بعد إنذار قانوني سليم. وذلك إذا كان بوسع المحاسب أن يحصل الديون بوسيلة أخرى تغني عن الإشعار للغير الحائز وهو الأمر الذي أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر بتاريخ 2006/04/19 حيث جاء فيه: " إذا كان بإمكان شركة القرض الفلاحي للمغرب بناء على المادة 15 من القانون رقم 15/99 بتاريخ 2003/11/11 المتعلق بإصلاح القرض الفلاحي مواصلة تحصيل مبالغ القروض الممنوحة من لدن الصندوق الوطني للقرض الفلاحي قبل تحويلها إلى شركة مساهمة وفقا للتشريع المتعلق بتحصيل الديون العمومية، فإنه لا يمكن لتلك الشركة استخلاص الدين العمومي عن طريق مسطرة الحجز لدى الغير إلى بعد استيفاء مسطرة تحقيق الرهن المنصب مسبقا على عقارات المدين و حصول عدم كفاية الضمانات الرهينة لتغطية مجموعة الدين " ⁽¹⁴⁾.

هذا وتجدر الإشارة دائما في إطار الحديث عن محدودية مؤسسة الإشعار للغير الحائز أن القابض المكلف بالتحصيل لا يمكن أن يلجأ إلى هذه المسطرة متى قام الملزم باستصدار أمر قضائي بإيقاف إجراءات التحصيل الخاصة بذات الدين تحت طائلة اعتباره لاغيا، وذلك اعتبارا على أن الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ تسموا على القاعدة القانونية وعلى كل إجراء من الإجراءات الإدارية⁽¹⁵⁾.

كخلاصة إذا كان الإشعار للغير الحائز الذي بلغ إلى الملزم وفق الشكليات التي استلزمها المشرع بعد إنذار قانوني ومتى لم توجد وسيلة أخرى تغني عن لجوء المحاسب إليه، هو فقط الذي يمكن من تحقيق الأثر الفوري لتسليم الأموال المحجوزة بين يدي المحاسب، فإنه على المستوى العملي يصطدم بعدة عراقيل.

الفقرة الثانية: مفهوم الأموال القابلة للحجز واشكالياتها العملية:

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 102 من م.ت.د.ع والتي تنص صراحة على أنه " يترتب على الإشعار للغير الحائز، التسليم الفوري للمبالغ الموجودة في حوزة الأغيار ... " يتبين لنا أن المشرع لم يحدد المقصود بالأموال القابلة للحجز مما قد يخلق في اعتقادنا عدة إشكاليات وصعوبات عملية للقابض أثناء ممارسة هذا الإجراء خاصة عندما يتعلق الأمر بأموال مودعة لدى البنوك سواء على شاکلة حسابات جارية أو حسابات ودائع.

إن من بين التعقيدات التي يمكن تصورها في الحسابات الجارية، هو عدم وضوح الرؤيا في الرصيد الممكن إجراء الحجز عليه، على اعتبار أن هناك أبواب دائنة وأبواب مدينة مشتركة بين البنك وزبونه⁽¹⁶⁾ فالقابض هنا لا يمكنه

إجراء الحجز إلا بعد استصدار الأطراف لأمر استعجالي بناء على طلب يقضي بإغلاق الحساب الجاري وحصره في الرصيد المدين . وهذا في اعتقادنا قد يتيح للملزم على غفلة من القابض فرصة لسحب جزء من أمواله قبل حصول عملية الدمج لاستخراج الرصيد الدائن المؤقت خاصة إذا علمنا أن التزام البنك بمنع المدين من التصرف في الأموال موضوع الدين في حدود مبلغ الدين منذ تاريخ التوصل بالإشعار لا يمكن أن يتحقق في هذه الحالة لعدم معرفة الرصيد المدين أثناء الإشعار ، كما أن البنك لا يمكنه أن يحجز على مبلغ الحساب الجاري بكامله لما في ذلك من ضرر للمدين خاصة إذا كان هذا الأخير تجرا أو شركة .

أما بالنسبة لحسابات الودائع فإن الإشكالية التي قد تثار بالنسبة للقاضي هي صعوبة إثبات ملكية الحساب خاصة عندما يكون الملزم الذي صدر في حقه الإشعار للغير الحائز محاميا أو موثقا ، إذ غالبا ما يتعلل هؤلاء بأن الأموال المودعة في حساباتهم تعود ملكيتها لزبائنهم .

ولقد استجاب القضاء في عدة أحكام لهذه التعليقات متجاهلا ضمانات تحصيل الدين منها حكمه في قضية شركة النقل البلدي ضد الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي حيث جاء فيه : " الحساب المهني للمحامي المنظم بنص 1224/1/10 وظ 93/9/10 يعتبر حسابا للزبون وليس حسابا خاصا للمحامي مما يجعل الحجز المضروب عليه لتنفيذ دين ضريبي في ذمة المحامي غير مؤسس - رفضه - نعم " (17) .

كما قضى في حكم آخر : " حيث يؤخذ من ظاهر أوراق الملف أن المدين الحقيقي بالضريبة موضوع إجراءات الحجز عن طريق مسطرة الإشعار للغير الحائز هي شركة أموال ... دون الطالب الذي يعتبر مجرد شريك بها وهي تتوفر على ذمة مالية وشخصية مستقلة مما يبقى معه إجراء الحجز في مواجهة الشريك المتابع مشوبا بالبطلان " (18) .

المطلب الثاني : منازعات الإشعار للغير الحائز أمام قاضي المستعجلات بين حقوق الملزم و ضمانات الخزينة :

بعد أن أثبتنا بناء على ما سبق أن اعتبار نظام الإشعار للغير الحائز كآلية تمكن الخاسب في مواجهة الملزمين سيئي النية من تحصيل ديون الدولة بشكل تنفيذي، مباحث ، وفعال ودون تكلفة هو مجرد حبر على ورق وذلك بحكم أن هذا الإجراء يخضع لنفس الشكليات القانونية والبيانات الجوهرية التي اشترطها المشرع عند ممارسة باقي الإجراءات الجبرية، بل والأكثر من ذلك هو مجرد إجراء استثنائي .فانه والحالة ما ذكر سنحاول أن نثبت على مستوى هذا المطلب أن الصيغة التنفيذية لهذا الإجراء و المتمثلة في استلام الأموال بشكل فوري تبقى بدورها غير ذات جدوى أمام إمكانية إيقاف مفعول هذا الإجراء (الفقرة الأولى) ، إضافة إلى تنصل القضاء من الضمانات التي سننها المشرع لحماية مصالح الخزينة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : واقع الصيغة التنفيذية للإشعار للغير الحائز بين النص القانوني والاجتهاد القضائي.

لقد هدف المشرع من خلال سنه المؤسسة للإشعار للغير الحائز، تمكين الإدارة المكلفة بالتحصيل من وسيلة فعالة تتيح لها كلما دعت الضرورة إلى ذلك النفاذ إلى أموال المدين بسرعة وبأقل ضرر وتكلفة، وحجزها في يد الأشخاص المؤتمنين عليها دون أن يجد من إمكانية ذلك أي تعرض أو مطالبة أو تدخل من أي سلطة كانت لإيقافها أو الحد من مفعولها.

وهو ما عبر عنه المشرع صراحة في المادة 117 من مدونة تحصيل الديون العمومية عندما نص على أنه " بصرف النظر عن أية مطالبة أو دعوى ينبغي على المدينين أن يؤديوا ما بذمتهم من ضرائب ورسوم وديون أخرى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون.

إلا أنه يمكن للمدين الذي ينازع كلا أو بعضا في المبالغ المطالب بها أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه شريطة أن يكون قد رفع مطالبته داخل الأجل المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل ، و أن يكون ضمانات من شأنها أن تؤمن تحصيل الديون المتنازع فيها".

وأكد عليه أيضا في المادة 124 من نفس المدونة حيث نص على أنه " لا يحق لأي سلطة عمومية أو إدارية أن توقف أو تؤجل تحصيل الضرائب و الرسوم و الديون الأخرى ا وان تعرقل سيره العادي تحت طائلة إثارة مسؤوليتها الشخصية المالية..."

من خلال التمعن في مقتضيات المواد المذكورة أعلاه يتبين لنا بما لا يدع مجالا للشك أن المحاسب المكلف بالتحصيل هو الجهة الوحيدة المختصة بتلقي الطلبات التي تروم مخاصمة قرار التحصيل كلما تم المساس بالمركز القانوني للملزم، وبالتالي فهو وحده المختص خلال هذه المرحلة بقبول أو رفض طلب إيقاف التنفيذ دون عن أي سلطة أخرى إدارية كانت أو قضائية تحت طائلة إثارة مسؤوليتها .

وهو الرأي الذي يشاطرنا فيه الأستاذ عبد الرحمان ابليللا⁽¹⁹⁾ حيث اعتبر أن هذه المادة تخاطب الجميع باعتبار القضاء سلطة عمومية إلى جانب السلطة التشريعية و التنفيذية. كما أن الأوامر القضائية الموجهة للإدارة بوقف تنفيذ تحصيل الضريبة قد تحمل أمرا موجها من سلطة قضائية إلى سلطة تنفيذية وهو ما لا يجوز لمسه مبدأ دستوري وهو مبدأ الفصل بين السلطات.

غير أنه في مقابل هذا الرأي يرى اتجاه آخر من الفقه⁽²⁰⁾ أن السلطة القضائية غير معنية بهذه المادة معتبرا أن هذا المنع يخص السلطات الإدارية دون القضائية التي تبقى ذات الاختصاص الأصيل في مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية. ومن تم يجوز للقضاء الاستعجالي في إطار القواعد العامة للاستعجال المنصوص عليها بالفصول 149 وما يليه من ق.م.م في حالة الاستناد إلى منازعة جدية في قانونية الضريبة أو حالة التوفر على شروط الإعفاء الضريبي أن يعمل على إيقاف تنفيذ الضريبة.

وللإشارة فإن هذا التفسير هو نفسه الذي أخذ به القضاء الإداري، وواتر عليه أحكامه وقراراته والتي نورد منها القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس و الذي قضى في حيثياته بأن " الطالب ينازع جديا في قانونية إجراءات المتابعة سواء من زاوية مسطرة الاستخلاص أو من زاوية عنصر تقادم الضريبة ونظرا لوضوح مركزه القانوني حول جدية المنازعة في مسطرة استخلاصها التي تبقى مشوبة بالبطالان و التقادم و أن حالة الاستعجال تبقى قائمة بالنظر لما يترتب عن تنفيذ الحجز و تسليم المبالغ المحجوزة لحساب الخزينة العامة من أضرار يصعب تداركها بعد التنفيذ لأجله يبقى استصدار الإجراء المطلوب مؤسسا"⁽²¹⁾.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش⁽²²⁾ وهي تناقش الدفع بعدم الاختصاص الذي إثارتته الإدارة إلى أنه " وبغض النظر عن الطبيعة الموضوعية فان قضاء الاستعجال دأب على تحويل الطلبات المقدمة إليه

بشان رفع الحجز الموقع على الحساب البنكي وإعادة تكييفها إلى طلبات إيقاف إجراءات التحصيل باعتبار أن هذا هو الجوهر الحقيقي لتلك الطلبات ما دام تم تقديمها إلى قضاء الاستعجال.

وحيث أن الاستجابة لطلب إيقاف تنفيذ إجراءات التحصيل رهينة بتوفر عنصري الاستعجال وجدية الطلب. وحيث أن إيقاف الحجز على الحساب البنكي للطالب لدى بنك المغرب بمقتضى الإشعار للغير الحائز موضوع الطلب من شأنه أن يوفر حالة الاستعجال في النازلة."

وفي السياق نفسه نشير إلى أن اجتهاد الغرفة الإدارية⁽²³⁾ قد استقر في العديد من قراراته على القول بولاية القضاء الاستعجالي فيما يخص الاستجابة لطلبات إيقاف إجراءات الإشعار للغير الحائز وذلك متى استبان لها من ظاهر الأوراق أن هناك منازعة جدية في الدين العمومي وتوافرت حالة الاستعجال بصرف النظر عن توفر الضمانات الكفيلة باستخلاصه.

الفقرة الثانية: موقف القضاء الاستعجالي من ضمانات إيقاف الدين العمومي على ضوء مسطرة الإشعار للغير الحائز:

في مقابل الامتيازات التي أتاحتها القانون لإدارة التحصيل بغية تمكينها من تحصيل مستحققاتها الضريبية في أسرع وقت وبأقل مجهود ممكن لم يغفل المشرع حقوق المكلف الذي قد يشعر أحيانا بعدم شرعية تلك المطالبة لسبب من الأسباب - كأن ينازع في المقدار المطلوب أدائه إما كليا أو جزئيا - فأباح له في هذه الحالة بمقتضى المادة 117 إمكانية " أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه".

غير أنه لما كان المبدأ السائد أن كل حق إلا ويتبعه واجب أو التزام، فإن المشرع لم يترك للملزم ممارسة هذا الحق على إطلاقه، بل قيده بمجموعة من الإجراءات الجوهرية تحت طائلة عدم القبول، كضرورة تقديم مطالبة إدارية داخل الأجل القانونية وكذا تكوين الضمانات التي من شأنها أن تؤمن تحصيل الديون المتنازع حولها.

ذلك أنه لو أجبنا لكل من يدعي عدم شرعية مطالبته بالضرائب أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه لأدى ذلك إلى تعطيل عملية التحصيل وبالتالي الإضرار بحقوق الخزينة مع ما قد يترتب عن ذلك من نتائج سلبية قد تنعكس أثارها على دواليب الاقتصاد الوطني مما يسبب بالتالي إخلال خطيرا في سير المرافق العمومية للدولة نتيجة الإضرار بميزانيتها.

كخلاصة إذا كان هذا هو الموقف الرسمي و التشريعي فإن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة لواقع هذه الضمانات في الاجتهاد القضائي المغربي؟.

* فيما يخص الوسيلة الأولى المتعلقة بضرورة تقديم مطالبة إدارية داخل الأجل القانونية و التي جعلها المشرع شرطا جوهريا للاستجابة لطلب وقف الأداء نشير إلى أن القضاء الاستعجالي شد عن هذا المقتضى التشريعي معتبرا أنه " إذا كان المشرع قد حدد للملزم أجلا لرفع مطالبته وحدد للإدارة الضريبية أجلا للجواب فإن ذلك لا يجب أن يمتد إلى الدعاوى الاستعجالية لتنافيه و طبيعتها العاجلة... نعم.

ثبوت أن الملزم مواجه بإشعار للغير الحائز الذي يترتب عنه الأداء الفوري للمبالغ المحجوزة يجعله في حل من سلوك المسطرة المنصوص عليها في المادتين 117 و 120 من مدونة تحصيل الديون العمومية... نعم"⁽²⁴⁾.

ولقد سارت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على نفس الخطى في قرارها عدد 156 بتاريخ 2003/03/13 والذي قضت فيه على أنه " لكن من جهة حيث أن قاضي الأمور المستعجلة مختص للنظر في طلب رفع الحجز على ما للمدين لدى الغير باعتباره طلبا يكتسي طابع الاستعجال... وحيث من جهة ثالثة إن سلوك مسطرة الطعن الإداري المنصوص عليها في القانون 97-15 قبل اللجوء للقضاء المستعجل لرفع الحجز يعتبر غير ملزم لتعارضه مع حالة الاستعجال التي يفرضها هذا الإجراء والتي لا تتحمل بطبيعتها الانتظار..."⁽²⁵⁾

* فيما يخص الوسيلة الثانية المتعلقة بضرورة تكوين الضمانات الكفيلة بتأمين تحصيل الديون العمومية فإنه يلاحظ أن هناك تغير جذري في توجه القضاء الإداري. فبعد أن كان هذا الأخير ولاسيما قبل دخول مدونة تحصيل الديون العمومية حيز التنفيذ لا يعفي طالب إيقاف التنفيذ من تقديم الضمانة إلا إذا كان ينازع بصفة جدية وشاملة لمبلغ الدين العمومي⁽²⁶⁾ وذلك بإعمال مفهوم المخالفة لمقتضيات المادة 15 من ظهير 1935/05/21 التي تستوجب تقديم الضمانة إذا كانت منازعة المدين جزئية ولا تشمل الدين بأكمله وهو ما استمر في العمل به حتى بعد دخول مدونة تحصيل الديون العمومية حيز التنفيذ بالرغم من وضوح مقتضيات المادة 117 منها والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه " يمكن للمدين الذي ينازع كلا أو بعضا في المبالغ المطالب بها أن يوقف أداء الجزء المتنازع فيه..."

فانه سرعان ما سيتخلى عن هذا التفسير لصالح تعزيز أكبر لضمانات الملزم الضريبي وهو ما أكدته في عدة قرارات منها الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط والذي جاء فيه " حيث أن الطالب ينازع جديا في قانونية إجراءات المتابعة لدى الضريبة سواء من زاوية مسطرة الاستخلاص أو من زاوية عنصر تقادم المطالبة باستخلاص الضريبة مما يجعله في حل من تقديم الضمانة الكفيلة لتأمين استيفاء دين الضريبة لوضوح مركزه القانوني حول جدية المنازعة في مسطرة استخلاصها التي تبقى مشوبة بالبطالان و التقدّم وأن حالة الاستعجال تبقى قائمة بالنظر لما يترتب عن تنفيذ الحجز وتحويل المبالغ المحجوزة لحساب الخزينة العامة من أضرار يصعب تداركها بعد التنفيذ لأجله يبقى الطلب استصدار الإجراء المطلوب مؤسسا."⁽²⁷⁾

ولقد تم تأييد هذا الاجتهاد أيضا من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى وهي تجيب عن الوسيلة المتعلقة بعدم اشتراط ضرورة تبليغ الإنذار القانوني قبل اللجوء إلى مسطرة الإشعار للغير الحائز ومخالفة مقتضيات الفصل 117 من القانون 97-15 حيث جاء في قرارها عدد 158 بتاريخ 2003/03/03 " لكن حيث أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 117 يتبين أن الكفالة التي يلزمها الفصل المذكور كشرط لتقديم طلب إيقاف التنفيذ يخص فقط الجزء غير المنازع فيه من الضريبة وموجهة إلى القابض أما إذا كانت المنازعة جدية وشاملة لمجموع مبلغ الضريبة يبقى طلب إيقاف التنفيذ خاضعا للقواعد المتعلقة بالاستعجال المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية فكان ما قضى الأمر المستأنف مؤسس وواجب التأييد"⁽²⁸⁾.

من خلال قراءة سريعة لمختلف القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية الموما إليها أعلاه يتبين لنا أن القضاء الإداري لدى بته في المنازعات المتعلقة بالإشعار للغير الحائز يوجد أمام معادلة صعبة خاصة إذا علمنا أن تأجيل الوفاء بالديون الضريبية له عواقب وخيمة على الميزانية العامة للدولة. غير أن هذا التأجيل بالرغم من سلبياته ففي بعض الحالات يكون عادلا ومستحقا بالنسبة للملزم المطالب بأداء دين ضريبي يفتقد إلى السند القانوني أو يتسم بعدم المشروعية ، إلا أن مسطرة إيقاف التنفيذ ينبغي ألا تمنح بصفة مطلقة بهدف عرقلة التحصيل لذلك يجب أن تحتفظ بطابعها

الاستثنائي وتعتمد على جميع ضوابطها وشروطها القانونية مما يدفعنا إلى القول بان الأمر أصبح يستدعي تدخلا تشريعيا سريعا وحاسما لوضع نظام قانوني محدد وملزم لجميع أطراف المنازعة الضريبية.

خاتمة :

في الختام ورغم ما يمكن إبدائه من ملاحظات وانتقادات بخصوص المقتضيات المتعلقة بمؤسسة الإشعار للغير الحائز والتي لا تنقص من قيمتها فانه لا يسعنا إلا التنويه بهذه المبادرة التشريعية الهامة التي تندرج ضمن الإصلاح العام للمنظومة الإجرائية باعتبارها من أهم الإصلاحات التي شملت تنظيم العلاقة بين الإدارة و المواطن من خلال تحقيق التوازن المنشود بين المصالح المشروعة

للطرفين معا. غير أن ذلك لا يمنعنا من مناقشة المشرع للتدخل مرة جديدة بنصوص واضحة لرفع اللبس والغموض الذي يكتنف هذا الإجراء الاستثنائي خاصة وانه يعتبر في غياب الإشكالات المشار إليها أنفا ضمانا حقيقية للخزينة العامة في مواجهة الملزمين المتهربين من أداء واجبهم الضريبي.

الهوامش :

1- عبد الرحمان ابليل ورحيم الطور " تحصيل الضرائب و الديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة قانون رقم 97-15 " مطبعة الأمنية، طبعة 2000 الصفحة 12

من كتاب المساطر الجبائية. L632 - L622 - 2- نظم المشرع الفرنسي هذا الإجراء في المواد

3- هناك ما يناهز 611.260 إشعار للغير الحائز سنة 1997 تمت الاستجابة بالأداء إلى ما يقارب 188.995 بنسبة مئوية تقدر

ذكرته جهد كان حجبية " تحصيل الديون العمومية بين ق.م.م وخصوصيات التشريع الجبائي " طبعة 2006، 30.9 الصفحة 248.ب

4- جهد كان حجبية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

5- قرار مبدأ محكمة النقض الفرنسية- الغرفة التجارية مؤرخ في 1973/11/13.

6- قرار المحكمة الإدارية بمراكش رقم 216 بتاريخ 2010/03/13 بالملف عدد 2009/09/843.

7- رأي الأستاذ محمد النميري الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الإدارية بمراكش ورد في مقاله " الإشعار للغير الحائز " منشور بدفاتر المجلس الأعلى، عدد 16 الصفحة 256.

8- عبد الرحيم حزيكر " إشكالية تحصيل الضرائب بالمغرب " أطروحة لنيل الدكتوراه جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء السنة الجامعية 2003-2004 الصفحة 94.

9- قرار س1 بتاريخ 1978/12/27 في الملف المدني رقم 67701 غير منشور.

10- أنظر الأستاذة فتيحة السوسي : " التبليغ في الميدان الضريبي وفق المسطرة الجديدة و الإشكالات المطروحة في الميدان العلمي " ، مقال منشور بمجلة الحاملة العدد 14-2006 .

11- حكم غير منشور.

12- مصطفى التراب "مدى المقاربة بين الحجز لدى الغير و الإشعار للغير الحائز" مقال منشور في سلسلة الندوات الجهوية تحت عنوان " المنازعات الانتخابية و الجبائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى " مطبعة الأمنية، الرباط 2007، ص341.

13- الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1015 بتاريخ 2009/07/28 بالملف عدد 09/01/860.

- 14- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 2006/04/19 غير منشور.
- 15- أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 476 بتاريخ 2009/03/30 بالملف عدد 09/01/1296.
- 16- انظر الفصلين 493 و 495 من مدونة التجارة.
- 17- .أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 701 بتاريخ 06/27 بالملف عدد 06/476.
- 18- أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط رقم 28 بتاريخ 07/07/31 بالملف عدد 06/1511.
- 19- هذا الرأي ثم اقتباسه من رسالة " المنازعات الضريبية المتعلقة بتحصيل ديون الخزينة العامة أمام القضاء الإداري " لفاطمة حنان المرابط، المدرسة الوطنية للإدارة بالرباط، الفوج الخامس 2008، الصفحة 212.
- 20- محمد القصري " المنازعات الجبائية المتعلقة بربط و تحصيل الضريبة أمام القضاء الإداري " منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، الصفحة 134.
- 21- أمر رئيس المحكمة الإدارية بفاس عدد 1090 بالملف الاستعجالي عدد 19 س 041 غير منشور.
- 22- قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد 142 بتاريخ 2008/9/07 ملف عدد 07/2/76 منشور بمجلة المحاكم الادارية عدد 2008/3 الصفحة 198.
- 23- انظر في هذا الشأن قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 128 بتاريخ 2000/11/02 بالملف الإداري عدد 2000/01/04/1522.
- 24- أمر رقم 2001/20 بتاريخ 2001/2/21 بالملف رقم 2001/3 في قضية هادي ميمون ضد الخزينة العامة.
- 25- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 156 بتاريخ 2003/03/13 بالملف الإداري 02/04/2180 غير منشور.
- 26- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 187 بتاريخ 2000/11/30 بالملف الإداري 1999/01/04/585 منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 2005/9 الصفحة 225.
- 27- هذا القرار أورده الأستاذ محمد القصري في مقاله " نماذج من الإشكاليات التي يثيرها تطبيق القانون المتعلق بتحصيل الدين العمومي أمام القضاء الاستعجالي " المنشور في مجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 2008/16 الصفحة 213.
- 28- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 158 بتاريخ 2003/03/03 بالملف الإداري 02/02/09/2343.

الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بين نظريتين

تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالرباط

، بتاريخ: 30/8/2012 ملف رقم: 34/5/2012،



جمال الغزوي : حاصل على شهادة الماستر في القانون العام

وحدة : ماستر قانون المنازعات العمومية كلية الحقوق – فاس

قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها بتاريخ: 30/8/2012، ملف رقم: 34/5/2012، بما يلي : لقد استقر القضاء الإداري على ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، سواء في جانب المشروعية أو جانب عدم الملائمة، في إطار نظرية الغلو في التقدير، لأن الملائمة أضحت عنصرا أساسيا من عناصر المشروعية .

و يثير هذا الحكم موضوع الرقابة التي يمكن أن يمارسها القضاء الإداري على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، و كذلك مختلف الحجج و النظريات التي يمكن الإعتماد عليها في تطبيق هذا النوع من الرقابة .

للتعليق على هذا الحكم لابد من استعراض الوقائع و الحثيات، وكذا التعليل الذي اعتمده المحكمة .

- الوقائع :

بناء على المقال الإفتتاحي المسجل بكتابة ضبط المحكمة، تعرض المدعية أنها تشتغل بوكالة المغرب العربي للأبناء بلندن، و أنها تعرضت لمضايقات من طرف رئيس مكتب الوكالة، فقامت بإرسال عدة شكايات إلى المدير العام للوكالة بالرباط، لكنها فوجئت بقرار يقضي بنقلها من لندن إلى الرباط، مع العلم أن للمدعية زوجها يشتغل بنفس المدينة أي لندن، و كذلك لها بنت تتابع الدراسة بنفس المدينة، وقد كاتبت المدعية المدير العام للوكالة بهدف إنصافها لكن دون جدوى، وقد أرفقت المدعية طلبها الموجه للمحكمة، بنسخة من القرار المطعون فيه، و كذلك نسخة من التظلم .

وذهبت إلى أن قرار النقل هو قرار عقابي وغير مناسب ويتسم بعدم المشروعية، وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف الوكالة المدعى عليها، فإن النقل لا يكتسي طابعا عقابيا و إنما أمله المنفعة العامة، وأنه لا يمكن الإستجابة لرغبات الموظف الشخصية على حساب حسن سير المرفق العام، و التمسست رفض الطلب.

- التعليق :

بالنظر لوضعية الطاعنة كامرأة متزوجة، تعمل بوكالة المغرب العربي للأبناء بلندن ولها زوج يعمل بنفس المدينة، ولها بنت تتابع دراستها بنفس المدينة، فإن قرار نقلها خصوصا بعد بداية الموسم الدراسي يعتبر غير مناسب ولا ملائم، لأنه قد يؤدي إلى تشتيت شمل أسرة بكاملها، مع صعوبة نقل البنت لمؤسسة تعليمية بالمغرب في هذا الوقت، فضلا على أن الإدارة لم تدلي بما يؤكد أن قرار النقل أملت اعتبارات المصلحة العامة، أو ما يبين النقص أو الفائض في الأطر الإدارية بالنسبة لمكاتب الوكالة، وكذلك تبيان سبب كون القرار شمل الطاعنة بالذات، مما يجعل القرار الطعين غير مرتكز على أساس صحيح من القانون، و مشوب بالتجاوز في استخدام السلطة، و بالتالي وجب إلغائه.

- منطوق الحكم :

لهذه الأسباب حكمت المحكمة الإدارية علنا و حضوريا و ابتدائيا .

في الشكل : بقبول الطلب .

في الموضوع : بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية .

- التعليق :

يطرح حكم المحكمة الإدارية الذي بين أيدينا مسألة الرقابة التي يمكن أن يمارسها القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، إذ أن القانون و في محاولة منه للتخفيف من الجمود الذي يتسم به مبدأ المشروعية، قد حاول إضفاء نوع من المرونة على هذا المبدأ، وهو ما يعرف بموازنة مبدأ المشروعية، و بموجب هذه الموازنة تمنح للإدارة سلطة تقديرية للتصرف في حالات لا يمكن لغيرها التصرف فيها لقربها من الحالة موضوع التصرف، أو توفرها على الإمكانيات اللازمة أو المعلومات الضرورية لمواجهتها، وذلك في حل من قيد مبدأ المشروعية، و خروجاً عن الأصل الذي يجعل كل تصرفات الإدارة و قراراتها خاضعة لهذا المبدأ، كما قد تقتصر السلطة التقديرية للإدارة في مجرد اختيار الإجراء المناسب، إذ قد يعمل القانون على وضع حلول أو تدابير معينة يتم بموجبها مواجهة حالات معينة، ويترك للإدارة حرية اختيار الحل أو التدبير المناسب من ضمن الحلول و التدابير التي حددها القانون لمواجهة حالة معينة، وبذلك يتضح أن الإدارة في ظل ممارستها للسلطة التقديرية تكون أكثر حرية، لانفلاتها من رقابة القاضي الإداري في إطار مبدأ المشروعية، وهو ما من شأنه الانعكاس بشكل خطير على حقوق الأفراد و حرياتهم، إذ من المعروف أن مبدأ المشروعية يضمن الحماية الأزمة للأفراد، و يحميهم من تعسف الإدارة نظراً للقيود التي يفرضها عليها في ممارسة نشاطها، لذلك فإن انفلاتها من هذا النوع من الرقابة يمكن أن يؤدي إلى إطلاق يدها، و يؤدي إلى المس بحقوق الأفراد، خصوصا مع ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة مقارنة بالأفراد.

ومع ازدياد احتكاك الإدارة بالمجتمع، و تنوع الأنشطة التي امتد إليها النشاط الإداري، من زراعة و عمران و بيئة، و أنشطة اجتماعية أخرى، و نظراً لما تتميز به هذه الأنشطة المتنوعة من دينامية، فإن ذلك استدعى بالضرورة اتساع سلطة الإدارة التقديرية، مما نبه القاضي الإداري إلى عدم كفاية الرقابة التقليدية، الممارسة على النشاط الإداري، أي رقابة المشروعية، و التي لم تعد تنسجم مع التطورات الحديثة، في مجال النشاط الإداري، و إنما مد هذه الرقابة إلى الملاءمة في التقدير الإداري، وذلك في محاولة لإقامة نوع من التوازن بين ضرورة ضمان فاعلية العمل الإداري من جهة، و بين ضمان حقوق الأفراد و حرياتهم من جهة أخرى، و ذلك

بالاعتماد على مجموعة من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري، كمنظريّة الغلو في استخدام السلطة التقديرية، ومنظريّة الخطأ الظاهر، ثم نظرية الموازنة بين المنافع و المضار.

وبالرجوع للقرار الإداري موضوع الطعن، و المتعلق بنقل المدعية من مكتب وكالة المغرب العربي للأنباء الكائن بمدينة لندن ببريطانيا، إلى مدينة الرباط بالمغرب، فإنه يندرج ضمن نطاق السلطة التقديرية المخولة للإدارة، وينفقت من الرقابة المؤسسة على مبدأ المشروعية، ذلك أن الإدارة في هذه الحالة تعتبر أقدر على معرفة مواقع الخصائص ومواقع الفائص في مصالحها بالنسبة للأطر التي تتوفر عليها، وبالتالي يترك لها سلطة توزيع هته الأطر على مصالحها حسب الحاجات، دون تدخل في هذه السلطة من طرف القضاء، لكن تطور القضاء الإداري الموازي لتطور النشاط الإداري، و توغله في مجالات متعددة، جعل القاضي الإداري يوسع من رقابته على هذا النشاط ليشمل السلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال، فعلى أي أساس أو نظرية عمل القاضي الإداري من خلال الحكم الذي بين أيدينا على ممارسة رقابته؟

1- نظرية الغلو في استخدام السلطة التقديرية :

ذهبت المحكمة الإدارية في تعليل حكمها بإلغاء قرار النقل، إلى أن القضاء الإداري قد استقر في ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة سواء في جانب المشروعية أو جانب عدم الملاءمة، في إطار نظرية الغلو في التقدير، لأن الملاءمة أضحت عنصرا أساسيا من عناصر المشروعية.

ويقصد بالغلو في استخدام السلطة التقديرية، بالعيب الذي يمكن أن يشوب تكييف الإدارة و تقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، بحيث يبدو هذا العيب بينا وجسيما، على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، و يكون بالتالي سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب، ولا يظهر الغلو في التقدير إلا إذا كان تقدير الإدارة مشوبا بخلل جسيم بين سبب العمل الإداري و محله، فإذا كان من الجائز للإدارة أن تخطأ في ممارسة سلطتها التقديرية، فإنه من غير الجائز أن يكون هذا الخطأ ظاهرا ينم عن سوء تقدير واضح، أو إهمال فادح أو رعونة بالغة، الأمر الذي تأباه الفطرة السليمة، مما لا يمكن للقاضي التغاضي عنه. وتعرف نظرية الغلو في السلطة التقديرية بكونها مصرية المنشأ، وقد استخدمت لأول مرة في مجال التأديب، إذ جاء في حكم المحكمة العليا الإدارية بمصر المؤرخ 11 نونبر 1961 "إذا كانت للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب وما يناسبه من جزاء، ومن غير تعقيب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية تلك السلطات شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء و مقداره".

وبالرجوع للحكم الذي بين أيدينا فقد ذهبت المدعية إلى أن قرار النقل يكتسي طابعا عقابيا فيما نفت الإدارة ذلك، و الحقيقة أن القرارات التي تتضمن عقوبات تأديبية تعتبر المجال الأكثر الذي يمكن أن يتسم فيه سلوك الإدارة بالغلو في استخدام السلطة التقديرية، إذ بالرجوع للحالات التي يمكن أن تمنح فيها للإدارة سلطة تقديرية، نجد تحديد القانون محل القرار الإداري دون تحديد للسبب الذي يقوم عليه، ونجد التطبيق العملي لهذه الحالة في المغرب ضمن ظهير 1، 1958، المتعلق بالنظام الأساسي للتوظيف العمومية، إذ بالرجوع للفصل 66 من ظهير 1958، نجد أنه قد وضع قائمة من العقوبات التي يمكن توقيعها على الموظفين، وقد حددت على سبيل الحصر، وتم ترتيبها حسب

¹- ظهير شريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للتوظيف العمومية.

خطورتها، {الإنداز - التوبيخ - الحذف من لائحة الترقى - الانحدار من الطبقة - القهقرة من الرتبة - العزل من غير توقيف حق التقاعد - العزل المصحوب بتوقيف حق التقاعد}، وذلك دون تحديد للأخطاء التأديبية، بل اكتفى المشرع من خلال المادة 17 من ظهير 1958، إلى أنه كلما صدر عن الموظف عمل من شأنه الإخلال بالتزاماته المهنية أو المس بالحق العام، فإنه يعتبر خطأً تأديبياً يستوجب الجزاء¹، وذلك دون تحديد لهذه الأخطاء أو توضيح لمعنى و حدود الإلتزامات المهنية، و المس بالحق العام، مما يفتح المجال للسلطة التقديرية للإدارة، لتكييف الفعل المرتكب من طرف الموظف، هل يعتبر خطأً تأديبياً أم لا، وكذلك اختيار العقوبة المناسبة من ضمن العقوبات المحددة من طرف المشرع، لذلك فقد ابتكر القضاء الإداري نظرية الغلو في استخدام السلطة التقديرية، لمراقبة مدى الملائمة بين خطورة المخالفة، وبين نوع العقوبة التأديبية، أي مراقبة مدى مناسبة الإجراء المتخذ للوقائع التي دفعت إلى اتخاذه، أي تناسب الخلل مع السبب، ويجدر التنبيه إلى أن الإدارة من خلال الحكم الذي بين أيدينا قد نفت أن يكون قرار النقل قد اكتسى طابعاً عقابياً، وإنما اقتضته مستلزمات المصلحة العامة، مما قد يدفعنا إلى الظن أن الباب قد أغلق هنا أمام اعتماد نظرية الغلو في استخدام السلطة التقديرية إذا ثبت صحة كون القرار لا يكتسي طابعاً عقابياً، خصوصاً و أن نظرية الغلو كما قلنا سابقاً قد ارتبطت بشكل كبير بالقرارات التأديبية، لكونها تعمل على التصدي لعدم التناسب الظاهر بين درجة خطورة الذنب وبين نوع الجزاء و مقداره، لكن بالرجوع إلى الحكم موضوع التعليق فإننا نجد أن المحكمة في تعليها لإلغاء قرار النقل، قد اعتمدت على نظرية أخرى إلى جانب نظرية الغلو، وهي نظرية الموازنة بين المنافع و المضار .

2- نظرية الموازنة بين المنافع و المضار :

جاء في تعليق المحكمة إدارية بالرباط الذي بين أيدينا لحكمها بإلغاء قرار النقل، " إذا كان للإدارة المطلوبة في الطعن سلطة تقديرية في اتخاذ قرارات النقل التي تراها مناسبة في حق مستخدميها، فإنه بالنظر إلى وضعية الطاعنة كامرأة متزوجة تعمل بوكالة المغرب العربي للأنباء بلندن، ولها بنت عمرها سبع سنوات تتابع دراستها بالمستوى الأول، بالمعهد البريطاني بلندن، وزوجها يعمل أيضاً ببريطانيا، فإن قرار نقلها لمدينة الرباط بعد انطلاق الموسم الدراسي يعتبر غير مناسب ولا ملائم، لأنه قد يؤدي إلى تشتيت شمل الأسرة بكاملها، مع صعوبة نقل البنت لمؤسسة تعليمية بالمغرب، مع عدم تبيان الإدارة لما يثبت ضرورة النقل في هذا الوقت "

ويظهر من خلال هذا التعليق أن القاضي الإداري قد ركز على الظروف المحيطة بالقرار الإداري، و مدى الأضرار التي يمكن أن يسببها مقارنة بالمنفعة العامة المتوخات من القرار، وقد بدأ تطبيق هذه النظرية مع مجلس الدولة الفرنسي، في رقابته للقرارات المتعلقة بنزع الملكية لغرض المنفعة العامة، إذ كانت الرقابة في البداية محدودة في كون قرار نزع الملكية يحقق منفعة عامة أم لا، إذ كان المجلس ينظر فقط إلى عملية نزع الملكية في ذاتها دون النظر إلى الظروف المحيطة بها، كالأضرار التي يمكن أن تسببها للملكية الخاصة، أو تكاليف المشروع و أعبائه المالية، وذلك لتعلق هذه الأمور بالسلطة التقديرية المخولة للإدارة، وبذلك كانت رقابته على قرارات نزع الملكية تقف عند حدود الرقابة التقليدية، إذ تقتصر على الوجود المادي للوقائع التي يبنى عليها القرار، و التكييف القانوني لهذه الوقائع.

¹ - المادة 17 من الظهير الشريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

ومع تطور وتعقد المجالات العلمية و الفنية و ازدياد تدخل الإدارة في المجتمع مع صاحب ذلك من تطور لسلطتها التقديرية ، عمل القضاء الإداري على ابتكار نظرية الموازنة بين المنافع و المضار للحد من تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة ،وقد ساهم في ظهور هذه النظرية تطور مفهوم المنفعة العامة ، إذ لم يعد هذا المفهوم مفهوما مجردا ،بل أصبح فكرة موضوعية تقدر وفقا لظروف المشروع ، و ما يتوخى تحقيقه من مزايا اجتماعية و اقتصادية، تأخذ في الإعتبار الأضرار المترتبة عليه ،¹ و ما يتكلفه من أعباء مالية ،قصد إقامة توازن بين الأعباء و التكاليف .

وعلى ضوء ذلك أصبح مجلس الدولة الفرنسي يقوم بعملية موازنة بين المنافع و المضار،التي قد تترتب عن القرارات التي تصدرها الإدارة بنزع الملكية بغرض المنفعة العامة ،إذ توضع كل من المنافع و المضار التي اتخذ قرار المنفعة العامة على ضوءها في كفتي ميزان ،بحيث يكون القرار غير مشروع إذا جاءت الأضرار و الأعباء الناجمة عنه شديدة أو مفرطة ،بالنسبة لما يحققه من مزايا و منافع .

وبذلك فقد عمل القضاء الإداري على صياغة نظرية جديدة ،و أصبح لايسمح بتقرير المنفعة العامة لعملية ما ،إلى إذا كان ما تتضمنه من مساس بمصالح الأفراد و التكلفة المالية ،و المضار المحتملة على المجتمع ، ليست باهضة بالنسبة إلى المصلحة أو المنفعة التي تحققها.

و بالرجوع لحكم إدارية الرباط الذي بين أيدينا ،نلاحظ أن القاضي الإداري قد حاول إجراء نوع من الموازنة و الترجيح يراعا فيها حماية حقوق الأفراد من جهة ،و مقتضيات حسن سير الإدارة من جهة أخرى ،وحيث أن الإدارة لم تدل بما من شأنه أن يثبت ضرورة قرار النقل الذي أقدمت عليه ، أي أن هناك غياب واضح لضرورات المنفعة العامة من وراء قرار النقل ، وبالمقابل هناك ضرر جلي سينتج عن هذا القرار ينعكس بشكل واضح على المدعية وعائلتها، من خلال نقلها إلى المغرب و بالتالي فقد عمل القاضي الإداري على ترجيح كفة المضار الناتجة عن قرار النقل مقابل كفة المنافع الناتجة عنه ،و بالتالي قضى بإلغاء القرار المذكور .

وهكذا يمكن القول أن مضمون نظرية الموازنة ،ينصرف إلى التقييم الذي يجريه القضاء الإداري للمنافع و المضار المترتبة على القرار ،من خلال الموازنة بينهما في كفتين ،بحيث إذا تبين أن كفة المنافع هي الراجحة على كفة المضار ،كان القرار مشروعا ،و إذا تبين أن كفة المضار هي الراجحة ،كان القرار غير مشروع .

لقد عمل القاضي الإداري من خلال هذا الحكم على اعتماد نظريتين أساسيتين في تطبيق رقابته على السلطة التقديرية المخولة للإدارة ،وهما نظرية الغلو في استخدام السلطة التقديرية ،و نظرية الموازنة بين المنافع و المضار ،وبتطبيق النظريتين معا يكون قد أعطى لهذا الحكم قوة أكبر في التعليل، ذلك أن كل من النظريتين تكمل الأخرى ، وهو ما ينسجم مع مسار القضاء الإداري في المغرب الذي لم يتردد في اقتحام مجالات جديدة ،فرضها تطور المجتمع و تطور ظروف المحيط الاجتماعي و الإقتصادي ، وذلك في سبيل تحقيق هدفه الأساسي في حماية الحقوق و الحريات .

¹خليفة سالم الجهمي ،ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، {رقابة التناسب} .

المراجع :

- خليفة سالم الجهمي ،ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ،{رقابة التناسب}.
- حكم المحكمة الإدارية بتاريخ : 30/8/2012 ،ملف رقم :34/5/2012 ، منشور بموقع العلوم القانونية .marocdroit .com
- الظهير الشريف رقم 1-58-008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية.

ضوابط ممارسة خدمات الإنترنت في التشريع الجزائري عائق أم محفز للاستثمار



صالح شنين أستاذ مساعد (أ)
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

مقدمة :

إن تشغيل شبكة الانترنت يقتضي تضافر جهود العديد من الأشخاص تتنوع أدوارهم في النشاط الالكتروني ، ويطلق عليهم الوسطاء في خدمة الانترنت أو مقدمو خدمات الانترنت والوسطاء هم مجموعة من الأشخاص ينحصر دورهم في تمكين المستخدم من الدخول إلى شبكة الانترنت و الاطلاع على ما يريد¹، فهم يتولون تقديم الخدمات الوسيطة في الانترنت مثل متعهد الوصول والدخول إلى شبكة الانترنت الذي يتولى توفير الوسائل التقنية التي تسمح لعملائه بالدخول إلى الشبكة والتجوال فيها ومقدم خدمات الإيواء (متعهد الإيواء) الذي يتولى تخزين وحفظ البيانات والمعلومات لعملائه ويمدهم بالوسائل الفنية التي تسمح لهم بالحصول على هذه البيانات عن طريق الشبكة وكذلك مورد المعلومات أو منتجها الذي يقوم ببث المعلومات والرسائل المتعلقة بموضوع معين على الانترنت².

ولقد نظم المشرع الجزائري نشاط مقدمو خدمات الانترنت بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998³ ، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الثاني: الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر 2002 ، ص134-135.

² - ويتميز دور هؤلاء الأشخاص في عملية بث المعلومة عبر الشبكة بأنه لا يتعدى المساهمة المادية في بثها من خلال دور فني بحت ، ويتسم هذا الدور بأهمية بالغة، إذ من خلاله يتمكن المستخدم من الاتصال بالموقع المراد الدخول إليه والحصول على المعلومات المنشورة فيه.

³ - المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، جريدة رسمية عدد 63، صادرة في 1998.

2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000¹، وبموجب قانون رقم 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن للقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها. عرف المشرع الجزائري في المادة 02/د من قانون 04/09 أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية، أو نظام اتصالات، وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمات الاتصال المذكورة أو لمستعملها².

نص المشرع الجزائري في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 307/2000 على أنه لا يرخص بإقامة خدمات انترنت واستغلالها لأغراض تجارية ضمن الشروط إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، الذين يدعون مقدمي خدمات الانترنت.

فهل ضوابط ممارسة خدمات الانترنت تعوق أم تحفز الاستثمار؟
ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدت الخطة الآتية:

المبحث الأول: الترخيص عائق أمام الاستثمار.

المطلب الأول: مفهوم الترخيص.

المطلب الثاني: شروط الحصول على الترخيص.

المبحث الثاني: مقدم خدمات الانترنت شخص معنوي من عائق إلى محفز للاستثمار.

المطلب الأول: في إطار المرسوم التنفيذي 98-257.

المطلب الثاني: في إطار المرسوم التنفيذي 2000-307.

المبحث الأول: الترخيص عائق أمام الاستثمار:

نص المشرع الجزائري على الترخيص في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 98-257 المتعلق بضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها.

وستتطرق إلى شرط الترخيص من خلال مفهومه (المطلب الأول)، ثم شروط الحصول عليه (المطلب الثاني)، على التفصيل الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الترخيص:

لم يعرف المشرع الجزائري الترخيص، بل اكتفى بتنظيم شروطه في المواد 05 إلى 08 من المرسوم التنفيذي 98-257.

أولاً- تعريف الترخيص:

لم يعرف المشرع الجزائري الترخيص، ويقصد بالترخيص عمل تسمح بموجبه السلطة الإدارية لمستفيد بممارسة نشاط أو التمتع بحق ممارسته.

¹ - المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، ج ر عدد 15 صادرة 60 أكتوبر 2000.

² - عرف المشرع الفرنسي الصادر سنة 2000 مزودي الخدمات بأنهم الذين يقومون بمقابل أو بدون مقابل بالتخزين المباشر والدائم، ويضعون تحت الجمهور إشارات أو صور أو رسائل يمكن الحصول عليها بالخدمات التي يعرضونها.

يمكن هذا الإجراء الإدارة من ممارسة رقابتها على الأنشطة الاقتصادية وذلك من اجل الوصول لتحقيق الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة، أي لضمان تحقيق الضبط الإداري، فنظام الترخيص أداة فعالة للرقابة الإدارية المسبقة¹.

ثانيا : الطبيعة القانونية للترخيص :

أما من حيث الطبيعة القانونية للترخيص فهو تصرف قانوني في صورة قرار إداري إنفرادي²، وهذا القرار منشئ للحق وليس كاشف له³.

إن نظام الترخيص يختلف عن نظام التصريح، فنظام الترخيص ليس بنظام إداري بسيط، بل يشكل أداة فعالة للرقابة الإدارية المسبقة، ويؤسس لنظام رقابي إداري⁴.

يظهر نظام الترخيص بأنه أحد القواعد والشروط المطبقة عمليا على مجموع القطاع الخاص، كما يبرر هذا النظام لأسباب تقنية خاصة، مهما كانت السلطة التي تقوم به، وأن وجود مثل هذا النظام يظهر لأول مرة وكأنه يتعرض مع حرية الاتصال، غير أن الواقع القانوني يثبت خلاف ذلك.

ولا يسلم الوزير المكلف بالاتصالات ترخيص بالاستغلال إلا بناء على موافقة لجنة مكونة من ممثلي وزارات مختلفة⁵. وفي حالة الموافقة يسلم الترخيص بالاستغلال لمدة غير محدد ولا يمكن التنازل عنه للغير⁶.

المطلب الثاني : شروط الحصول على الترخيص :

نص المشرع الجزائري على شروط الحصول على ترخيص لإقامة واستغلال خدمات الانترنت في المواد 05 إلى 08 من المرسوم التنفيذي 98-257.

وللحصول على ترخيص يجب أن يرسل طلب إلى الوزير المكلف بالاتصالات ويجب أن يرفق الطلب بملف يتكون من طلب يجرر على نموذج تعده لجنة خدمات انترنت، وأن يقدم عرض مفصل عن الخدمات التي يقترح تقديمها، وكذلك شروط وكيفية النفاذ إلى هذه الخدمات.

يشترط أيضا دراسة تقنية حول الشبكة المقترحة وحول التجهيزات والبرامج المعلوماتية التابعة لهان مع تحديد هيكلها، وكذا صيغ الوصل بالشبكة العمومية للاتصالات، كذلك يجب على المستثمر أن يقدم التزام من المصالح المختصة في الوزارة المكلفة بالاتصالات يثبت إمكانية إقامة الوصلة المخصصة، الضرورية لنقل خدمات الانترنت⁷.

1 - أعراب أحمد، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بومرداس 2006/2007، ص64.

2 - أعراب أحمد، المرجع السابق، ص65.

3- André CHAMINADE ? poste et communications électroniques 'Régime' Juridique des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques, JCP, la semaine juridique N°43,24 Octobre

4-Emmanuel Derieux, Droit de la communication; 3eme éd, LGDJ 1999, P113

5- راجع المادة 07 من المرسوم التنفيذي 98-257، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307.

6 - راجع المادة 8 من نفس المرسوم .

7 - راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي 98-257 .

يجب إيداع ملف الطلب الترخيص لدى المصالح المختصة في الوزارة المكلفة بالاتصالات مقابل وصل استلام. ولا يسلم الترخيص بالاستغلال إلا بعد تحقيق تأهيلي يأمر به وزير الاتصالات فور استلام طلب الترخيص بالاستغلال¹.

وبعد انتهاء التحقيق يعرض الملف المرفق بالطلب على اللجنة المنصوص عليها في المادة 15²، و يسلم الترخيص لمدة غير محددة ولا يمكن التنازل عنه³.

ويسلم الوزير المكلف بالاتصالات رخصة الاستغلال بناء على موافقة اللجنة المذكورة، وفي حالة رفض طلب الرخصة يجب على الوزير المكلف بالاتصالات أن يبرر قرار الرفض وأن يبلغها للطالب⁴.

يمكن لطلب الرخصة في حالة رفض الرخصة، تقديم طعن مكتوب إلى الوزير المكلف بالاتصالات قصد تقديم عناصر معلومات أو إثباتات جديدة لدعم طلبه والحصول على دراسة تكميلية.

غير أن طلب الطعن يجب أن يصل إلى الوزير المكلف بالاتصالات في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر، ابتداء من تاريخ تبليغ رفض الرخصة.

المبحث الثاني: مقدم خدمات الانترنت شخص معنوي من عائق إلى محفز للاستثمار:

إضافة إلى شرط الترخيص اشترط المشرع أن يكون مقدم خدمات الانترنت شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري في المرسوم التنفيذي 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها⁵، وفي إطار المرسوم التنفيذي 2000-307 المعدل والمتمم⁶.

¹ - راجع المادة 06 من نفس المرسوم .

² - تنص المادة 15 من المرسوم 98-257 على تشكل لجنة تتولى مايلي :

- دراسة طلبات الترخيص باستغلال خدمات انترنت والبت فيها ،

- تقديم توصيات في مجال تطوير خدمات انترنت وترقيتها وتأمينها،

- إنشاء لجان خاصة بها ضمنها حسب الحاجة ،

- البت في كل المسائل المعروضة عليها والمتعلقة مجال نشاطها.

تعد اللجنة نظامها الداخلي وتصادق عليه.

³ - راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي 98-257 .

⁴ - راجع المادتين 07 و09 من نفس المرسوم.

⁵ - تنص المادة 04 من المرسوم 98-257 المتعلق بشروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها ، على أنه لا يرخص بالدخول لنشاط

الانترنت إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، المدعويين أدناه مقدمو الخدمات وبرأس مال يملكه فقط أشخاص معنويين

خاضعون للقانون العام، و/أو أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية.

⁶ - تنص المادة 04 من التنفيذي 2000-307 تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 307/200 على أنه " لا يرخص بالدخول لنشاط الانترنت

إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، الذين يدعون أدناه مقدمي خدمات الانترنت " .

وعليه سنتطرق إلى مقدم خدمات الانترنت في إطار المرسوم التنفيذي 98-257 (المطلب الأول) ثم مقدم خدمات الانترنت في إطار قانون رقم 200-307 المعدل والمتمم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: في إطار المرسوم التنفيذي 98-257 المتعلق بشروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها: تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 257/98 المتعلق بشروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، على أنه لا يرخص بالدخول لنشاط الانترنت إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، المدعويين أدناه مقدمو الخدمات وبرأس مال يملكه فقط أشخاص معنويين خاضعون للقانون العام، و/أو أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية.

يتبين لنا من هذه المادة بأن كل شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يمكنه ممارسة هذا النشاط، سواء كان هذا الشخص عام أو خاص، وسواء كان وطنيين أم أجنبى يقبلون الخضوع للقانون الجزائري، كما يشترط المشرع الجزائري أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام و/أو أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية.

وبذلك المشرع الجزائري يقصي الأشخاص الطبيعيين الأجنبى من الاستثمار في نشاط الانترنت، وهذا يمس بأحد أهم المبادئ التي جاء بها قانون المنافسة، وهو مبدأ عدم التمييز والفرقة بين الوطنيين والأجنبى.

المطلب الثاني: في إطار المرسوم التنفيذي 2000-307 المعدل والمتمم:

تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 307/200 على أنه " لا يرخص بالدخول لنشاط الانترنت إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، الذين يدعون أدناه مقدمي خدمات الانترنت " .

يتضح بأن كل شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري يمكنه ممارسة هذا النشاط، سواء كان هذا الشخص عام أو خاص، وبغض النظر عن جنسيته.

إذ كان المشرع الجزائري يشترط أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنويين خاضعون للقانون العام، و/أو أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية، ثم تراجع بعد ذلك عن هذا التمييز بعد تعديل المادة 04 بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307، حيث فتح باب الاستثمار.

وعليه يستطيع كل الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري الدخول في ممارسة خدمات الانترنت، دون أن اشتراط أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام و/أو أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية.

خاتمة:

رأينا سابقا أن المشرع الجزائري اشترط لممارسة خدمات الانترنت الترخيص وأن يكون مقدم خدمات الانترنت من الأشخاص المعنوية الخاضعين للقانون الجزائري بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 2000-307 المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي 98-257، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

- على الرغم من أن الوزير المكلف بالاتصالات يسلم رخصة الاستغلال بناء على موافقة اللجنة المذكورة، وفي حالة رفض طلب الرخصة يجب على الوزير المكلف بالاتصالات أن يبرر قرار الرفض وأن يبلغها للطالب، يمكن لطلب الرخصة في حالة رفض الرخصة، تقديم طعن مكتوب إلى الوزير المكلف بالاتصالات، إلا أن نظام الترخيص فنظام الترخيص ليس بنظام إداري بسيط، بل هو نظام إداري معقد إجرائيا كون الترخيص يمنح من جهة مركزية هي وزير

الاتصالات بعد تحقيق تأهيلي يأمر به وزير الاتصالات، ، كما أن الترخيص يقتضي موافقة مكونة من وزارات عديدة ومختلفة وهذا يستغرق وقت كبير، وعليه من الأحسن اعتماد نظام التصريح بدل الترخيص .

- لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حين فتح المجال للممارسة خدمات الانترنت لكل الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري ، دون اشتراط أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام و/أو أشخاص طبيعية من جنسية جزائرية ، إذ أن تحديد الجنسية الجزائرية لرأس المال الذي يمتلكه أشخاص طبيعيين يقصي الأشخاص الطبيعيين الأجانب من الاستثمار في نشاط الانترنت، وهذا يمس بأحد أهم المبادئ التي جاء بها قانون المنافسة، وهو مبدأ عدم التمييز والتفرقة بين الوطنيين والأجانب.

المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن جريمة تبييض الأموال



الطالب الباحث : عماد الدين رحامية

صف الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر

مقدمة :

إنّ الجريمة ظاهرة اجتماعية قديمة قدم البشرية ذاتها ، وقد سعت المجتمعات عن طريق التشريعات إلى مكافحتها من أجل نشر الأمن والطمأنينة في نفوس مواطنيها، وإذا كانت الجريمة ترتكب في العصور البدائية بوسائل تقليدية فإن تطور المجتمع في شتى مجالات العلم والتكنولوجيا قد شهد ظهور نوع جديد من الإجرام أطلق عليه جريمة تبييض الاموال التي تعتبر من اخطر جرائم الفساد.

والهدف من هذه الدراسة هو توضيح المسؤولية الجزائية ومدى قيامها في جانب المؤسسات المالية كشخص معنويا كان او طبيعيا، وكذا الوقوف على المستجدات التشريعية بخصوص هذه المسؤولية عن هذا النوع من الإجرام المنظم في منظومتنا القانونية.

ولمعالجة و مكافحة جريمة تبييض الاموال فان المشرع الجزائري قد أفرد تشريعا خاصا و وضع فيه أحكام شكلية وموضوعية من شأنها التضييق والحد من ظاهرة تبييض الأموال بموجب القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها و المعدل بالأمر رقم 02/12 المؤرخ في 2012/02/13.

وتتمحور اشكالية الدراسة حول مدى قيام المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن جريمة تبييض الأموال. وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت الموضوع إلى مبحثين ، حيث تناولنا في المحور الاول اساس المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية ، وفي المحور الثاني تطرقنا إلى المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية عن جريمة تبييض الاموال ، وذلك حسب الخطة التالية :

المحور الاول : أساس المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية :

اولا: ماهية المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية

ثانيا: مدى قيام المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية

ثالثا: أسس المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية

المحور الثاني: المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن جريمة تبييض الأموال :

أولا: الاشتراك في جرائم تبييض الأموال والشروع في ارتكابها
 ثانيا: القواعد الإجرائية لمتابعة المؤسسات المالية في جرائم تبييض الأموال
 ثالثا: إعفاء المؤسسات المالية من المسؤولية والعقاب الخاتمة .

المحور الأول: أساس المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية

لقد قسمنا هذا المحور الى ثلاث نقاط نتناولها على الشكل التالي :

أولا : ماهية المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية :

قبل التطرق الى المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية وجب التعرّيج على التعريف الذي جاء به التعديل المؤرخ في 2012/02/13 الخاص بقانون الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهم في المادة الرابعة منه اذا جاء فيها" يقصد بالمؤسسة المالية كل شخص طبيعي او معنوي يمارس لأغراض تجارية نشاطا او اكثر من الانشطة أو العمليات الآتية باسم او لحساب الزبون :

1- تلقي الاموال و الودائع الاخرى القابلة للاسترجاع ،

2- القروض او السلفيات ،

3- القرض الايجاري ،

4- تحويل الاموال او القيم ،

5- اصدار كل وسائل الدفع و تسييرها ،

6- منح الضمانات و اکتتاب الالتمات،

7- التداول و التعامل في:

أ- وسائل السوق النقدية

ب- سوق الصرف

ت- وسائل عمولات الصرف و نسبة الفائدة و المؤشرات

ث- القيم المنقولة

ج- الاتجار بالسلع الآجلة التسليم

8- المشاركة في اصدار قيم منقولة و تقديم خدمات مالية ،

9- التسيير الفردي و الجماعي للممتلكات ،

10- حفظ القيم المنقولة نقدا او سيولة او ادارتها لحساب الغير ،

11- عمليات اخرى للاستثمار و ادارة الاموال او النقود و تسييرها لحساب الغير،

12- اکتتاب و توظيف تأمينات على حياة و مواد استثمارية اخرى ذات صلة بالتأمين،

13- صرف النقود و العمولات الاجنبية."

يفهم من النص القانوني المذكور انفا ان المؤسسة المالية تشمل كل من البنوك العمومية و الخاصة و المصالح المالية للبريد و الضرائب و الجمارك و الخزينة العمومية و الدواوين الترقية و التسيير العقاري و وكالات عدل و غيرها من المؤسسات المالية الناشطة في ذات المجال.

أما عن قيام المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية فلا يمكن التحدث عنها الا بقيام و توافر الشرطين التاليين :

الشرط الأول : الخطأ الجزائي :

و هو اتيان فعل مجرم قانونا و معاقب عليه سواء عن قصد او عن غير قصد(1)، وهذا كله احتراماً لمبدئي شرعية الجريمة و العقوبة المنصوص عليهما في قانون العقوبات(2).

الشرط الثاني : توافر الاهلية :

و المقصود بالأهلية قدرة الشخص الذي ارتكب الجريمة على ادراك ما قام به ، وبالتالي فلا تقوم المسؤولية الجزائية على المجنون او على الشخص الذي لا يمكنه ان يدفع بالجريمة المرتكبة نتيجة اكراه سواء كان ماديا او معنويا ، خارجيا او داخليا على اساس ان الارادة غير متوفرة في هاته الحالة.

ثانيا : مدى قيام المسؤولية الجزائية على المؤسسات المالية :

لقد أقر التعديل الخاص بالقانون المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهم الصادر سنة 2012 المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية على اساس انها خاضعة لواجب الاخطار بالشبهة **DÉCLARATION DE SOUPÇONS** و عدة التزامات قانونية تحت طائلة العقوبات و بالتالي قد قطع الجدل

الفقهي المتعلق بمدى قيام المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية اذا كانت شخصا معنويا و ذلك بمناسبة قيامها بأعمالها.

ثالثا : أساس المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية :

في هذا الاطار وجب التفريق اذا ما كانت المؤسسة المالية شخص معنويا (3) او شخصا طبيعيا :
أ/ المؤسسة المالية شخصا معنويا :

طبقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري فانه لا مسؤولية جزائية على الشخص المعنوي الا اذا ارتكبت الجريمة من طرف اجهزته او ممثله الشرعي على ان تكون فائدة الجريمة لحسابه الخاص(4)، لكن الملاحظ عند استقراء أحكام القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهم ان المشرع الجزائري لم يربط قيام المسؤولية الجزائية للمؤسسة المالية اذا كانت في شكل شخص معنوي بأن ترتكب الجريمة لحسابها فيكفي توافر الركن المادي لها مع نية احداثها دون البحث عن ابعادها.

ب/ المسؤولية المالية شخصا طبيعيا :

في هاته الحالة نطبق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الاجراءات الجزائية و بالتالي تقوم المسؤولية الجزائية بمجرد اتيان الفعل المجرم قانونا على ان لا يتوافر احدي اسباب الاباحة المنصوص عليهما في المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات .

المحور الثاني : المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية عن جريمة تبييض الأموال :

بغية الوقاية من ظاهرة تبييض الاموال افرد المشرع الجزائري نصوصا صارمة ضد المتدخلين في عملية تبييض الاموال و هذا رغبة منه اعطاء الفعالية اللازمة لقمع كل سلوك قد يؤدي و يشجع مبيضي الاموال عن تغطية مصدر تلك الاموال و اعطاءها الطابع الشرعي و القانوني ، و لمعالجة الموضوع ارتأينا تقسيمه الى ثلاث نقاط و ذلك على النحو التالي :

أولا: الاشتراك في جريمة تبييض الاموال و الشروع في ارتكابها :

ان اساس و عماد جريمة تبييض الاموال هو قطع الرابطة و الصلة بين الاموال(5) المتحصل عليها من الانشطة الاجرامية و مصدرها غير المشروع، لهذا فان معظم التشريعات الدولية قد قامت بسن ترسانة من القوانين و الانظمة للوقاية من الظاهرة و قمعها في حالة وقوعها ، و لمعالجة موضوع الاشتراك في جريمة تبييض الاموال ارتأينا التطرق الى الواجبات الملقة على عاتق الخاضعون و ذلك على النحو التالي :

أ/ واجب الاخطار بالشبهة (6): لقد نصت المادة 20 من القانون رقم 02/12 المؤرخ في 13/02/2012 المعدل و المتمم للقانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتها على ما يلي: " دون الاخلال بأحكام المادة 32 من قانون الاجراءات الجزائية ، يتعين على الخاضعين، ابلاغ الهيئة المتخصصة(7) بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه انها متحصل عليها من جريمة او يبدو انها موجهة لتبييض الاموال و/او تمويل الارهاب...." ،

ولقد نصت المادة 32 من نفس القانون على العقوبة المقررة للخاضعين في حالة عدم قيامهم بالإخطار بالشبهة و لك على النحو التالي: " يعاقب كل خاضع يمتنع عمدا و بسابق معرفة عن تحرير و /او ارسال الاخطار بالشبهة المنصوص عليه في هذا القانون ، بغرامة 1.000.000.00 دج الى 10.000.000.00 دج دون الاخلال بعقوبة اشد(8) او بلي عقوبة تأديبية اخرى." في حين كان مبلغ الغرامة قبل تعديل قانون الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتها لسنة 2012 يدور ما بين 100.000.00 دج و 1.000.000.00 دج.

ب/ واجب عدم الابلاغ العمدي لصاحب الاموال او العمليات موضوع الاخطار :

لقد نصت لمادة 33 من القانون رقم 02/12 المذكور انفا على ما يلي: " يعاقب مسيرو و اعوان المؤسسات المالية و الخاضعون الذين ابلغوا عمدا اصحاب الاموال او العمليات موضوع الاخطار بالشبهة ، بوجود هذا الاخطار او اطعوه على العمليات حول النتائج التي تخصه ، بغرامة من 2.000.000.00 الى 20.000.000.00 دج دون الاخلال بعقوبات اشد او بأية عقوبة تأديبية اخرى." ، في حين كان مبلغ الغرامة قبل تعديل قانون الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتها لسنة 2012 يدور ما بين 200.000.00 دج و 2.000.000.00 دج .

يتبين من النص الجديد ان المشرع الجزائري كان صارما في تحديد العقوبات المقررة للخاضعين مقارنة بجريمة الامتناع عن الاخطار بالشبهة و حسن ما فعل على اساس ان ابلاغ الخاضعين لمبضي الاموال حول الاخطار بالشبهة قد يجعل الاثنان في مرتبة واحدة من الجرم المقترف.

ت/ المخالفات العمدية و المتكررة لتدابير الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب :

وهي تلك الواجبات المفروضة بالمواد 7 و 8 و 9 و 10 و 10 مكرر و 10 مكرر 1 و 10 مكرر 2 و 14 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتها و قد نصت المادة 34 من ذات القانون على عقوبة الغرامة اذا تم خرق الواجبات المذكورة انفا و التي تكون ما بين 500.000.00 دج الى 10.000.000.00 دج اذا كان مرتكب الجريمة شخصا طبيعيا، اما اذا كان مرتكب الجريمة شخصا معنويا فيكون مقدار الغرامة ما بين 10.000.000.00 دج الى 50.000.000.00 دج ، و لتطبيق ذات المادة و جب توافر شرطين:

الشرط الأول : مخالفة التزام او اكثر من الالتزامات المفروضة في المواد 7 و 8 و 9 و 10 و 10 مكرر و 10 مكرر 1 و 10 مكرر 2 و 14 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتها كواجب الاحتفاظ بالوثائق و جعلها في متناول السلطات المختصة.

الشرط الثاني : وجوب توافر ركني العمد و التكرار و يقع عبء اثبات ذلك على النيابة العامة بصفتها ممثلة المجتمع و صاحبة سلطة الاتهام و لا يمكن بأي حال قلب عبء الاثبات و جعله على الخاضعين بمفهوم قانون الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتها.

هذا و نشير الى ان المشرع الجزائري لم ينص على معاقبة المؤسسات المالية على الشروع او المحاولة في الجرائم السالفة الذكر، و بالتالي و ما دام كل الجرائم عبارة عن جنح و ليس جنایات فلا متابعة جزائية و لا عقوبة اذا لم ترتكب الجريمة بصفة كاملة و تامة عملا بأحكام المادتين 30 و 31 من قانون العقوبات.

ثانيا : القواعد الإجرائية لمتابعة المؤسسة المالية :

القاعدة العامة انه لا توجد خصائص و مميزات تتعلق بمتابعة الدعوى العمومية حول الجرائم المرتكبة، الا ان المشرع الجزائري قد استحدث اجراءات خاصة لمتابعة جميع الجرائم الخاصة بتبييض الاموال سواء كان الفاعل مؤسسات المالية او غيرها وهو ما سوف نتطرق له على النحو التالي :

- أساليب التحري الخاصة :

لقد استحدث المشرع الجزائري في تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2006 اختصاصين جديدين لمصالح الشرطة القضائية رغم أنهما يمسان الحقوق و الحريات الفردية للأشخاص و هذا له ما يبرره على أساس خصوصية بعض الجرائم التي تتسم بالتكنولوجيا و السرعة في التنفيذ و يتعلق الأمر بالإجرائيين التاليين :

- 1- اعتراض المراسلات و تسجيل المكالمات و التقاط الصور،
- 2- التسرب.

و هذا ما سوف نقوم بتحليله من خلال تبيان المفهوم و الشروط الواجبة لكل إجراء :

1/ اعتراض المراسلات و تسجيل المكالمات و التقاط الصور:

لقد اتخذ المشرع من اعتراض المراسلات و تسجيل المكالمات و التقاط الصور وسيلة للكشف عن الجرائم و هي إجراءات تباشر بشكل خفي (9).

- مجال التطبيق :

يطبق هذا الإجراء في جميع الجرائم الخاصة بالإرهاب و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف و جرائم الفساد .

• إجراءات التطبيق :

1 - لا يمكن مباشرة الإجراء إلا بعد إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب الحالة لمدة أقصاها 4 أشهر قابلة للتجديد.

2 - أن يتضمن الإذن كل العناصر التي تسمح بتطبيقه و كذا الهدف من تنفيذه.

3 - أن تبرز الجريمة المبررة لهذه الإجراءات (10)

4- أن يجر محضر في الأخير يودع في الملف يتضمن جميع الإجراءات المتبعة مع إيداع كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة القضائية .

2/ أسلوب التسرب أو الاختراق :

التسرب هو قيام ضابط الشرطة القضائية أو أحد أعوانه تحت مسؤولية الضابط بإيهام الفاعلين الأصليين أو الشركاء انه شريك معهم في العملية الإجرامية على أن يستعمل في ذلك هوية مستعارة دون أن يكون مسئولا جزائيا و قد نظم المشرع هذا الأسلوب في المواد من 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية .

- شروط أسلوب التسرب :

1 - أن يكون هناك إذن مكتوب من طرف السيد وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق حسب الحالة على أن يكون مسببا تسببا كافيا و يتضمن جميع المعلومات الضرورية الخاصة بالمهام و هوية المتسرب .

2- أن لا يخرج التسرب عن الجرائم المسموح القيام بشأنها.

3- أن لا تتجاوز مدة الإجراء 4 اشهر قابلة للتجديد مرة ثانية طبقا للمادة 65 مكرر 17 من قانون الإجراءات الجزائية .

• الضمانات القانونية الممنوحة للمتسرب (11) :

قصد ضمان حماية و سلامة الشخص المتسرب سواء كان ضابط شرطة قضائية أو أحد أعوان أحاطه المشرع بجملة من الضمانات من أهمها:

1- الحماية الجزائية لهوية المتسرب : أي أن المشرع الجزائي يجرم و يعاقب كل فعل يؤدي إلى كشف الهوية الحقيقية للمتسرب بعقوبة من 2 إلى 5 سنوات حبس و غرامة مالية من 50.000 دج إلى 200.000 دج .

2- الإعفاء من المتابعة الجزائية أي أنه لا يمكن متابعة المتسرب جزائيا متى كان الإجراء قد تم وفق الشروط السالفة الذكر .

3- عدم سماع المتسرب كشاهد و هو أمر طبيعي للحفاظ على سلامة المتسرب و عدم الكشف عن هويته الحقيقية. وفي الاخير وبعد اتخاذ كل الاجراءات القانونية التي قد تفيد في الوصول الى الحقيقة ، يتم ارسال كل الملف الى النيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسبا ، و هنا نكون امام احدي الحالات التالية:

أ/ الامر بحفظ الملف : و هذا في حالة ما اذا كانت الوقائع غير ثابتة في حق المشتبه فيه او ان الوقائع قد مسها التقادم المسقط (12).

ب/ الامر بفتح تحقيق قضائي : عملا بنص المادة 67 من قانون الاجراءات الجزائية فان لوكيل الجمهورية أو احد مساعديه الحق في طلب فتح تحقيق قضائي من طرف قاضي التحقيق الذي يختاره ، وغالبا ما نكون امام هذه الحالة في حالة ما اذا كان التحقيق الذي قامت به مصالح الضبطية القضائية سواء تعلق الامر بالدرك الوطني او الشرطة او المصالح العسكرية للأمن غير كاف و تنقصه بعض النقاط التي يقوم باستكمالها التحقيق القضائي تحت رقابة غرفة الاتهام المختصة اقليميا.

ت/ القيام باستدعاء المتهم مباشرة امام قاضي الحكم : عملا بأحكام المادتين 333 و 334 من قانون الاجراءات الجزائية فانه يجوز لسيد وكيل الجمهورية او احد مساعديه القيام باستدعاء المتهم مباشرة امام قاضي الحكم ليتم البث في القضية المطروحة ضده ولكي يتحدد مصيره اما بالإدانة او البراءة.

ثالثا : اعفاء المؤسسات المالية من المسؤولية و العقاب :

تنص المادة 24 من القانون رقم 01/05 المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب ومكافحتهما على ما يلي : " يعفى الاشخاص الطبيعيون و المعنويون الخاضعون للإخطار بالشبهة و الذي تصرفوا بحسن نية ، من اية مسؤولية ادارية او مدنية او جزائية.

و يبقى هذا الاعفاء من المسؤولية قائما حتى لو لم تؤد التحقيقات الى اية نتيجة ، او انتهت المتابعات بقرارات الوجة للمتابعة او التسريح او البراءة."

يفهم من هذا النص القانوني ان الاعفاء لا يمس الجرائم المنصوص عليها في المادتين 33 و 34 من القانون السالف الذكر و المتعلقةن بالإبلاغ العمدي لمرتكب جنحة تبييض الاموال و المخالفات العمدية و المتكررة لتدابير الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب ، كما يفهم ايضا ان الاعفاء لا يتعلق فقط بالمسؤولية الجزائية فحسب بل يمتد حتى للمسؤولية المدنية و الادارية (التأديبية).

الخاتمة :

تقوم المسؤولية الجزائية للمؤسسات المالية متى ثبت تورطها في قبول أو تحويل الأموال المشبوهة المودعة لديها أو التي تدور حولها شبهة تبييض الأموال دون الإبلاغ عنها و كذا في الحالتين المتعلقةين بالإبلاغ العمدي لأصحاب الاموال او العمليات موضوع الاخطار بالشبهة بوجود هذا الاخطار او اطلاعهم على العمليات حول النتائج التي تخصه و قيامها بالمخالفات العمدية و المتكررة لتدابير الوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب، إلا أن المشرع الجزائري أعفى المؤسسات المالية من أية مسؤولية جزائية في حالة الإبلاغ عن جريمة تبييض الأموال إذا ما ثارت هناك شبهة حول العمليات المالية، او في حالة الامتناع عن الاخطار بالشبهة بحسن نية و حسن ما فعل المشرع الجزائري على اساس الاعتداد بالركن المعنوي (القصد الجنائي) للفعل المجرم.

و في اطار ممارسة المؤسسات المالية لعملها اليومي و المعتاد وجب عليها عندما تثور لديها شبهة تبييض الاموال أن تمتنع عن إجراء العملية لصالح المشتبه فيه إلا بعد إبلاغ السلطات المختصة ، كما يجب أن تتبنى سياسات داخلية واضحة لمقاومة الجريمة كالاستعانة بنظام مركزي للمعلومات داخل كل مؤسسة وتدريب العاملين فيها على التعامل مع العملاء المشتبه بهم بطريقة ذكية لعدم لفت انباههم و بالتالي امكانية فرارهم من قبضة السلطات الامنية والقضائية.

أما من الجانب التشريعي البحت فمن الافضل جعل الدعوى العمومية لمتابعة المؤسسات المالية عن الاشتراك في جريمة تبييض الأموال غير قابلة للتقادم مثلها مثل الجرائم الارهابية و التخريبية و تلك العابرة للحدود الوطنية و الرشوة ، خصوصا أن جريمة تبييض الاموال صعبة الاكتشاف في حينها و لا حبذا لو تم توضيح مصطلح الممتلكات محل جريمة تبييض الأموال على اساس أنه غير واضح بما فيه الكفاية مع العمل على تنظيم صحيفة السوابق القضائية للمؤسسات المالية اذا كانت في شكل شخص معنوي لغرض استعمالها من طرف القضاة عند تقرير إفادة المؤسسة المالية بظروف التخفيف أو وقف تنفيذ العقوبة.

الهوامش:

(1) الدكتور احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، دارة هومة ، الطبعة العاشرة ، سنة 2011 ، الجزائر، صفحة 202.

(2) تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على مبدأي شرعية الجريمة و العقوبة و ذلك على النحو التالي : "لا جريمة و لا عقوبة و لا تدبير امن بغير قانون."

(3) يقصد بالشخص المعنوي (UNE PERSONNE MORALE) الشخص الاعتباري المنصوص عليه في المادتين 49 و 50 من القانون المدني الجزائري و الذي يتمتع بالذمة المالية و اهلية التقاضي و الوطن و الشخص الذي يمثله قانونا.

(4) ان الشخص المعنوي الذي يمكن تطبيق العقوبات الجزائية عليه هو الشخص الخاضع للقانون الخاص سواء تعلق الامر بالشركات التجارية الخاصة او المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي او التجاري (LES EPIC) كدواوين الترقية والتسيير العقاري او المؤسسات العمومي الاقتصادية (LES EPE) كالبنوك و شركات التأمين العمومية.

(5) يقصد بالأموال في مفهوم قانون الوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها اي نوع من الممتلكات او الأموال المادية او غير المادية لا سيما المنقولة و غير المنقولة التي يحصل عليها بأية وسيلة كانت مباشرة

او غير مباشرة و الوثائق و السندات اي كان شكلها بما فيها ذلك الشكل الالكتروني او الرقمي و التي تدل على ملكية تلك الاموال او مصلحة فيها بما في ذلك على الخصوص الائتمانات المصرفية و الشيكات و شيكات السفر و حوالات و الاسهم و الأوراق المالية و السندات و الكمبيالات و خطابات الاعتماد.

(6) لقد تم تحديد نموذج الاخطار بالشبهة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05/06 المؤرخ في 2006/01/09 المتضمن شكل الاخطار بالشبهة و نمودجه و محتواه و وصل استلامه.

(7) يقصد بالهيئة المتخصصة خلية معالجة المعلومات المالية **CELLULE DE TRAITEMENT DE RENSEIGNEMENT FINANCIER** التابعة اداريا لمصالح وزير المالية المنشئة بموجب المرسوم رقم 127/02 المؤرخ في 2002/04/07.

(8) و هو ما يتطابق و يتماشى مع احكام المادة (32) من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على وجوب وصف الجريمة الواحدة التي تحدث عدة اوصاف بالجريمة الاشد.

(9) الأستاذة بوزبرن سهيلة ، الكشف عن الجرائم باستعمال أساليب التحري الخاصة ، مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني الأول حول التعديلات المستحدثة في مجال القانون الجنائي ، يومي 07 و 08 ديسمبر 2009 بجامعة سكيكدة.

(10) الدكتور عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار هومة، سنة 2008 ، الجزائر، صفحة 280.

(11) مصطفى عبد القادر النائب العام لدى مجلس قضاء بشار، أساليب البحث و التحري الخاصة و إجراءاتها، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2009، صفحة 67.

(12) ما دام كافة العقوبات المقررة ضد المؤسسة المالية هي عقوبات جنحية فان مدة تقادم الدعوى العمومية فيها لا تتجاوز ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب الوقائع المجرمة أو آخر إجراء قضائي بشأنها عملا بأحكام المادة الثامنة من قانون الإجراءات الجزائية.

الثقافة في الدستور المغربي



من إعداد: الهاشم أمسكوري باحث في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

ملخص :

تعتبر الثقافة دعامة أساسية لتحديد الهوية الوطنية لأي بلد، وبعدها أساسيا للتنمية المستدامة، ويمكن استقراء درجة الاهتمام بالجانب الثقافي تنمية وهوية من خلال مجموعة من المحددات والمعطيات، ومن أبرزها الدستور الذي يعتبر أسمى قانون في الدولة، والمعبر الأساسي عن خصوصياتها السياسية والاجتماعية والثقافية.

بناء على ذلك، فقد اخترنا أن تناول كيفية التعاطي الدستوري مع المسألة الثقافية بالمغرب، مع إبراز التطور الذي عرفته مكانة الثقافة في الدستور المغربي لسنة 2011، مقارنة مع الوثيقة الدستورية السابقة لسنة 1996.

وقد تناول الدستور المغربي لسنة 2011 الثقافة والمسألة الثقافية، من زوايا مختلفة يمكن إجمالها في أربعة مستويات، وهي: الثقافة في الهوية الوطنية؛ التعدد اللغوي والثقافي؛ الحقوق الثقافية؛ والثقافة كبعد من أبعاد التنمية.

مقدمة :

تعتبر الثقافة دعامة أساسية لتحديد الهوية الوطنية لأي بلد، وبعدها أساسيا للتنمية المستدامة، إلى جانب الأبعاد الأخرى الاقتصادية والاجتماعية والبيئية. ويمكن استقراء درجة الاهتمام بالجانب الثقافي تنمية وهوية من خلال مجموعة من المحددات والمعطيات القانونية والسياسية والتدبيرية.

وإذا كان الدستور هو أسمى قانون في الدولة، والمعبر الأساسي عن خصوصياتها السياسية والاجتماعية والثقافية، فقد اخترنا أن تناول كيفية التعاطي الدستوري مع المسألة الثقافية بالمغرب، مع إبراز التطور الذي عرفته مكانة الثقافة في الدستور المغربي، بين دستوري 1996 و2011.

عندما نبحث عن كلمة "ثقافة" في الدستور المغربي لسنة 1996 نجدها قد وردت مرتين (2) فقط، في حين أن القيام بنفس العملية على وثيقة دستور 2011، نكتشف من خلالها بأن كلمة "الثقافة" قد تكررت عشرين

(20) مرة. وبذلك فإن مجرد التأمل في هذين الرقمين يحيلنا إلى وجود تطور/ تحسن في التعامل الدستوري مع المسألة الثقافية، وبالتالي النية في المضي قدما في اتجاه الرقي والاهتمام أكثر بالثقافة في إطار التنمية الشاملة.

وبالنظر لكون موضوع الثقافة يشمل أبعادا مختلفة، ويعالج من زوايا متفرقة، فإننا سنتناول مكانة الثقافة في الدستور المغربية ل 29 يوليوز 2011، من خلال الإحاطة بمختلف جوانبه، التي حددناها في أربعة محاور، هي: الثقافة في الهوية الوطنية، التعدد اللغوي والثقافي، الحقوق الثقافية، ثم الثقافة كبعد من أبعاد التنمية.

أولا : الثقافة في الهوية الوطنية :

لقد خصص الدستور المغربي لسنة 2011 حيزا هاما للهوية الثقافية للمغرب، بالمقارنة مع دستور 1996. ففيما يتعلق بهوية الدولة المغربية وانتمائها، نصت ديباجة الدستور على أن :

"المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، متشعبة بوحدتها الوطنية والترايبية، وبصيانة تلاحم مقومات هويتها الوطنية، الموحدة بانصهار كل مكوناتها، العربية - الإسلامية، والأمازيغية، والصحراوية الحسانية، والغنية بروافدها الإفريقية والأندلسية والعبرية والمتوسطية. كما أن الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، وذلك في ظل تشبث الشعب المغربي بقيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار، والتفاهم المتبادل بين الثقافات والحضارات الإنسانية جمعاء".

في حين نصت ديباجة دستور 1996 في نفس الإطار على أن : "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة، لغتها الرسمية هي اللغة العربية، وهي جزء من المغرب العربي الكبير".

وبذلك، فإن السمة الأساسية التي أضفتها ديباجة الدستور الجديد، تتمحور أساسا حول دسترة التعدد الثقافي للمغرب في إطار هويته الوطنية الموحدة، وإدراج المكونات أخرى للهوية الثقافية للمغرب المتمثلة أساسا في الأمازيغية والصحراوية الحسانية، إضافة إلى العربية - الإسلامية. علاوة على الإقرار بالبعد الكوني في الثقافة المغربية، من خلال قيم الانفتاح والاعتدال والتسامح والحوار والتبادل الثقافي والحضاري.

ودائما في إطار تكريس التعددية الثقافية والقطع مع الأحادية التي لا تتناسب مع التاريخ والواقع الاجتماعي والثقافي للمغرب ومنطقة شمال افريقيا عامة، فإن دستور 2011 ألغى استعمال عبارة "المغرب العربي"، وتم استبدالها "المغرب الكبير"، و"الاتحاد المغاربي" التي تشمل كل المكونات الثقافية للمنطقة، حيث يقول النص الدستوري:

"فإن المملكة المغربية، الدولة الموحدة، ذات السيادة الكاملة، المنتمية إلى المغرب الكبير، تؤكد وتلتزم بما يلي : - العمل على بناء الاتحاد المغاربي، كخيار استراتيجي".

كما تم التأكيد على الانتماء الإفريقي، من خلال التنصيص ضمن التزامات المغرب على: "تقوية علاقات التعاون والتضامن مع الشعوب والبلدان الإفريقية، ولاسيما مع بلدان الساحل والصحراء". وبالمقارنة مع دستور 1996، فقد تمت الإشارة إلى البعد الكوني للثقافة المغربية ولتوجهاته الانفتاحية، من خلال التزام المغرب بـ "توسيع وتنويع علاقات الصداقة، والمبادلات الإنسانية والاقتصادية والعلمية والتقنية، والثقافية مع كل بلدان العالم".

من خلال التأمل في الفقرة المتعلقة بالهوية في ديباجة الدستور، نجد أنها بمثابة تفعيل لما ورد في الخطاب الملكي بتاريخ 9 مارس 2011، وهو الخطاب الذي مهد للتعديل الدستوري الشامل في يوليوز من نفس السنة، وحدد مرتكزاته الأساسية، وكان من بينها المرتكز الأول الذي يهتم الجانب الهوياتي، ويتضمن: "التكريس الدستوري للطابع التعددي للهوية المغربية الموحدة، الغنية بتنوع روافدها، وفي صلبها الأمازيغية، كرسيد لجميع المغاربة". إلا أنه بالتمعن في هذه العبارة - المرتكز، يتضح أن النص الدستوري حمل تراجعاً وتغييراً في المضمون الذي جاء في الخطاب الملكي، حيث أن هذا الأخير جعل الأمازيغية "في صلب" الهوية المغربية الموحدة، في حين أن ديباجة الدستور وضعت الأمازيغية بشكل عادي مع المكونات الأخرى بعد العربية-الإسلامية، وقبل الصحراوية الحسانية.

ثانياً: التعدد اللغوي والثقافي :

في إطار تكريس الحقوق الثقافية واللغوية، يبقى من أبرز المقترحات التي جاء بها دستور 2011 هو جعل اللغة الأمازيغية لغة رسمية للدولة المغربية إلى جانب العربية، حيث نص الفصل الخامس من الدستور على أنه: "تعد الأمازيغية أيضاً لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيداً مشتركاً لجميع المغاربة، بدون استثناء. يحدد قانون تنظيمي مراحل تفعيل الطابع الرسمي للأمازيغية، وكيفية إدماجها في مجال التعليم، وفي مجالات الحياة العامة ذات الأولوية، وذلك لكي تتمكن من القيام مستقبلاً بوظيفتها، بصفتها لغة رسمية"¹.

وبالرغم من ما يمكن أن يقال عن الطريقة التي جاء بها ترسيم اللغة الأمازيغية في الدستور، من خلال ورودها بعد اللغة العربية، وربط تفعيل طابعها الرسمي بصدر قانون تنظيمي، فإن ذلك لا ينزع عنها مكانتها وصفتها القانونية كلغة رسمية للدولة المغربية مثلها مثل اللغة العربية، وأما عن ربطها بقانون تنظيمي، فإن ذلك يعود إلى الوضعية التي تعيشها اللغة الأمازيغية في الواقع المغربي بالمقارنة مع اللغة العربية، بحيث أنها بحاجة إلى تدابير خاصة تعيد لها الاعتبار وتضمن تعميمها وتفعيل رسميتها.

وقد كان مطلب دسترة اللغة الأمازيغية أحد المطالب الأساسية إن لم نقل أهمها على الإطلاق، التي رفعتها الحركة الأمازيغية منذ صدور ميثاق أكادير سنة 1991، إلى جانب مطالب أخرى تشمل مختلف مجالات الحياة العامة. وتعتبر الاستجابة لهذا المطلب استمراراً لنهج المصالحة مع الثقافة الأمازيغية وتكريس طابع التعدد اللغوي والثقافي بالمغرب، هذا المسلسل الذي انطلق منذ سنة 2001 من خلال خطاب العرش لنفس السنة، وتأسيس المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية بعد خطاب أجدير في 17 أكتوبر من نفس السنة.

وينم ترسيم اللغة الأمازيغية "باعتبارها رصيداً مشتركاً لجميع المغاربة بدون استثناء" عن السير في نهج اللغة الموحدة الممعيمة من خلال العمل الذي قام به المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية، باعتبار أن الفقرة الموالية من الفصل الخامس تنص على أنه:

"تعمل الدولة على صيانة الحسانية، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من الهوية الثقافية المغربية الموحدة، وعلى حماية اللهجات والتعبيرات الثقافية المستعملة في المغرب"². وبالتالي فإن فروع اللغة الأمازيغية بالمناطق المختلفة تدخل ضمن

¹ - الفصل الخامس من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

² - الفصل الخامس من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

اللهجات والتعبيرات الثقافية التي ميزها النص الدستوري عن اللغة الأمازيغية كمنظومة لغوية موحدة، إلى جانب الحسانية كفرع يدخل ضمن منظومة اللغة العربية.

ووفاء لروح الانفتاح والبعد الكوني للثقافة المغربية، فإن الدولة تسهر على: "تعليم وإتقان اللغات الأجنبية الأكثر تداولاً في العالم، باعتبارها وسائل للتواصل، والانخراط والتفاعل مع مجتمع المعرفة، والانفتاح على مختلف الثقافات، وعلى حضارة العصر".

إن التعاطي الدستوري الجديد مع المسألة اللغوية والثقافية، يشير إلى الإرادة في بلورة سياسة واضحة في هذا المجال، ويتجلى ذلك من خلال التنصيب على أن الدولة "تسهر على انسجام السياسة اللغوية والثقافية الوطنية"¹.

ومن أجل التأطير المؤسسي للسياسة الثقافية وتدبير التعدد اللغوي والثقافي، فقد جاءت مأسسة الثقافة في الدستور الجديد، من خلال التنصيب في الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس على إحداث المجلس الوطني للغات والثقافة المغربية، والذي تحددت مهمته الأساسية في "حماية وتنمية اللغات العربية والأمازيغية، ومختلف التعبيرات الثقافية المغربية، تراثاً أصيلاً وإبداعاً معاصراً"².

وإذا كانت حماية وتنمية اللغات العربية والأمازيغية، من صميم الاختصاصات التي سيضطلع بها المجلس على المستوى المركزي، فإن مهمة تنمية مختلف التعبيرات الثقافية المغربية، ينبغي أن تمتد - بالإضافة إلى المستوى المركزي - إلى المستوى الجهوي والمحلي. ومن هنا نشير إلى إمكانية إحداث فروع للمجلس الوطني للغات والثقافة المغربية على المستوى الجهوي، على غرار تجربة اللجان الجهوية التابعة للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، خصوصاً وأن الثقافة تعتبر محورا أساسيا من الجيل الثاني لحقوق الإنسان. وهو ما يمكن أن نعتبره بمثابة إعادة إحياء المجالس الجهوية للثقافة، التي تفرعت عن المجلس الأعلى للثقافة، والتي لم تستطع القيام بواجباتها بحكم الظروف التي رافقت إنشائها خلال النصف الثاني من تسعينيات القرن الماضي، وبذلك يمكن أن تتولى هذه الفروع الجهوية للمجلس وضع السياسة الثقافية على صعيد الجهات.

ثالثا: الحقوق الثقافية :

كانت مقتضيات دستور 1996 المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات والمساواة تتوقف عند الحقوق المدنية والسياسية، وتشمل إلى الحقوق الاجتماعية في أبعاد حدودها. وخلافا لهذا الأمر فقد امتد مجال الحقوق في دستور 2011 إلى الحقوق الثقافية، كبعد أساسي من أبعاد حقوق الإنسان في شموليتها، وقد جاء ذلك في العديد من المقتضيات، أهمها :

- الفصل السادس المتعلق بالمساواة أمام القانون وحرية المواطنين والمساواة فيما بينهم، حيث جاء في الفقرة الثانية من هذا الفصل على أن السلطات العمومية "تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية

¹- الفصل الخامس من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

²- الفصل الخامس من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

والاجتماعية"¹. في حين اكتفى الفصل الخامس من دستور 1996 بجملة واحدة في هذا الإطار، حيث جاء مضمونه كما يلي: "جميع المغاربة سواء أمام القانون"²

- فيما يتعلق بالمساواة بين الجنسين، وبينما اكتفى الفصل الثامن من دستور 1996 بالمساواة بينهما في الحقوق المدنية والسياسية على النحو التالي: "الرجل والمرأة متساويان في التمتع بالحقوق السياسية.. لكل مواطن ذكرا كان أو أنثى الحق في أن يكون نائبا إذا كان بالغاً سن الرشد وتمتعا بحقوقه المدنية والسياسية"³. فإن الفصل التاسع عشر من دستور 2011 قد امتد إلى المساواة بين الرجل والمرأة في مختلف أبعاد الحقوق والحريات بما فيها الثقافية. حيث جاء فيه أنه: "يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية..."⁴.

- اشتملت المقتضيات المتعلقة بالحقوق والحريات لأول مرة في دستور 2011 على حقوق المغاربة المقيمين بالخارج، من خلال مضمون الفصل السادس عشر، الذي نص بالإضافة إلى حماية حقوق ومصالح المواطنين والمواطنات المقيمين بالخارج، على أن المملكة المغربية "تحرص على الحفاظ على الوشائج الإنسانية معهم، ولا سيما الثقافية منها، وتعمل على تمهيتها وصيانة هويتهم الوطنية"⁵. وبذلك فقد ركز الدستور على ضرورة صيانة والحفاظ على الوشائج الثقافية، من خلال توظيف عبارة "ولاسيما"، إقرارا لمكانة البعد الثقافي كرابط أساسي بين المغاربة المقيمين بالخارج وبلدهم الأم.

رابعا: الثقافة كبعد من أبعاد التنمية :

كما سبقت الإشارة إليه في المقدمة، فقد وردت كلمة الثقافة في دستور 1996 مرتين (2)، وكانت المناسبة هي المقتضيات التي تناولت الثقافة كبعد من أبعاد التنمية، ويتعلق الأمر بالفصل السادس والأربعون، الذي تناول سلط البرلمان في مجال التشريع: "للبرلمان صلاحية التصويت على قوانين تضع إطارا للأهداف الأساسية لنشاط الدولة في المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"⁶. ثم الفصل الستون، وبالضبط الفقرة الثانية المتعلقة بمضامين البرنامج الحكومي، حيث جاء في هذا الفصل على أنه "يجب أن يتضمن هذا البرنامج الخطوط الرئيسية للعمل الذي تنوي الحكومة القيام به في مختلف مجالات النشاط الوطني وبالأخص في ميادين السياسة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والخارجية"⁷.

في حين أن دستور 2011 وسع من المجالات والمناسبات التي تم فيها التنصيص على الثقافة كبعد من أبعاد التنمية. فبالإضافة إلى التنصيص على الثقافة كمجال للتشريع، من خلال مضمون الفصل 71 المتعلق بسلط البرلمان، وكذلك في المحاور التي ينبغي أن يشملها البرنامج الحكومي من خلال الفصل 88 المتعلق بالسلطة التنفيذية. نجد أن الاهتمام الدستوري بالثقافة توسع ليشمل مجالات أخرى، تتمثل أساسا:

1- الفصل السادس من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

2- الفصل الخامس من الدستور المغربي لسنة 1996.

3- الفصل الثامن من الدستور المغربي لسنة 1996.

4- الفصل التاسع عشر من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

5- الفصل السادس عشر من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

6- الفصل 46 من الدستور المغربي لسنة 1996.

7- الفصل 60 من الدستور المغربي لسنة 1996.

- مشاركة الشباب في الحياة العامة، حيث نص الفقرة الفصل 33 على أن السلطات العمومية عليها اتخاذ التدابير الملائمة لتحقيق: "توسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد".
وزادت الفقرة الأخيرة من نفس الفصل "تيسير ولوج الشباب للثقافة والعلم والتكنولوجيا، والفن والرياضة والأنشطة الترفيهية، مع توفير الظروف المواتية لتفتق طاقاتهم الخلاقة والإبداعية في كل هذه المجالات"¹؛

- دسترة التعددية اللغوية والثقافية في وسائل الإعلام العمومية، من خلال الفصل 28 الذي نص على أنه: "يحدد القانون قواعد تنظيم وسائل الإعلام العمومية ومراقبتها. ويضمن الاستفادة من هذه الوسائل، مع احترام التعددية اللغوية والثقافية والسياسية للمجتمع المغربي"². وقد أوكل للهيئة العليا للاتصال السمعي البصري السهر على احترام هذه التعددية؛

- اشتمال مجالات تدخل المجلس الاستشاري للشباب والعمل الجمعي كهيئة من هيآت الحكامة على المواضيع ذات الطابع الثقافي، وتنمية الطاقات الإبداعية لدى الشباب، حيث نص الفصل 170 على أنه: "... مكلف بدراسة وتتبع المسائل التي تهتم هذه الميادين، وتقديم اقتراحات حول كل موضوع اقتصادي واجتماعي وثقافي، يهتم مباشرة النهوض بأوضاع الشباب والعمل الجمعي، وتنمية طاقاتهم الإبداعية، وتحفيزهم على الانخراط في الحياة الوطنية، بروح المواطنة المسؤولة"³.

- دسترة الثقافة كسلوك مواطن، من خلال التنصيص في الفصل 167 ضمن هيئات الحكامة، وبالضبط ضمن مهام الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة على: "... وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة، وثقافة المرفق العام، وقيم المواطنة المسؤولة"⁴.

خاتمة :

بناء على المعطيات السالفة الذكر، فإن التواجد القوي للثقافة في الدستور المغربي الجديد، هو حضور ليس فقط على المستوى الكمي، بل هو حضور نوعي، يعكس القيمة التي أعطيت للثقافة في الوثيقة الدستورية، وهو ما يمكن اعتباره مؤشرا على بداية سياسة ثقافية تمتد على مستويات وأبعاد مختلفة هوياتية، لغوية، تعددية، حقوقية وتنموية.

وعليه، فإن الفاعلين الحكوميين والتشريعيين ملزمين بمضاعفة الجهود من أجل انسجام النصوص القانونية والسياسات العمومية في المجال الثقافي مع روح ومضامين الدستور، ويشكل إصدار القانونين التنظيميين المتعلقين بتفعيل الطابع الرسمي للغة الأمازيغية وإحداث المجلس الوطني للغات والثقافة المغربية نقطة انطلاق لهذه السياسة الثقافية واللغوية الجديدة.

¹- الفصل 33 من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

²- الفصل 28 من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

³- الفصل 170 من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

⁴- الفصل 167 من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور المغربي.

عموميّات حول مسرح الجريمة ودوره في الإثبات الجنائي



جنيح مونا : باحثة بماستر القانون الجنائي

والعلوم الجنائية بكلية الحقوق السويسي الرباط

مقدمة :

إن المتتبع لتطور الجريمة يلاحظ بوضوح أن هناك تصاعدا خطيرا في مجال الجريمة¹، من ناحية الكم والكيف، فالإحصائيات الجنائية تؤكد هذه الحقيقة التي أصبحت من أشد الإخطار التي تهدد المجتمع الإنساني، فباستقراء معدلات الإجرام يتضح أن العدد الإجمالي للجنايات والجناح المسجلة لدى مصالح الأمن انتقلت من 321.077 قضية خلال سنة 2008 إلى 335.528 خلال سنة 2009، أي بمعدل تزايد يوازي 5,4%، في حين سجلت نسبة ارتفاع تقدر ب 5,0% بالنسبة للجريمة المقرونة بالعنف². فمنذ أوائل الستينيات بدأت الجريمة تعتمد على التخطيط العلمي الدقيق، والتنفيذ الدموي العنيف على نحو لم يسبق له مثيل في التاريخ الجنائي، خاصة في جرائم السرقة والنصب والسطو والاعتصاب ...

¹ - لقد جاءت مدينة الدار البيضاء على رأس المدن الأكثر إجراما، إذ اعتقلت عناصر الأمن ما يناهز 17381 شخص، يوجد بينهم 11159 شخص اعتقلوا في حالة تلبس و 6222 مبحوث عنهم بموجب مذكرات بحث وطنية. وحسب أرقام الجريمة في المغرب المسجلة من قبل مصالح الأمن في المدن، فإن مدينة الرباط تحتل المرتبة الثانية بعد الدار البيضاء، إذ اعتقلت مصالح الأمن بها 13365 شخص يوجد بينهم 8299 اعتقلوا في حالة تلبس و 5066 مبحوث عنهم بموجب مذكرات بحث، في حين تأتي مدينة فاس في المرتبة الثالثة إذ سجلت ولاية أمن فاس اعتقال 11546 شخص، تليها جهة سوس ماسة درعة التي أوقفت مصالح الأمن بها 8494 شخص، يوجد بينهم 6786 اعتقلوا في حالة تلبس. فيما احتلت مدينة مكناس المرتبة الخامسة من حيث عدد الأشخاص الموقوفين من قبل مصالح الأمن، إذ اعتقل 8438 شخص، بينما حافظت مدينة مراكش على المرتبة السادسة بالنسبة لخريطة الجريمة في المدن، وقد أوقفت مصالح أمن المدينة 8030 شخصا، يوجد بينهم 5260 شخصا في حالة تلبس و 2770 مبحوثا عنهم بموجب مذكرات بحث على الصعيد الوطني. وحسب الأرقام المتوفرة لدى مصالح الإدارة العامة للأمن الوطني، فإن مدينة وجدة تحتل المرتبة السابعة في التصنيف، إذ اعتقل بها 7855 شخص، فيما حلت مدينة طنجة في المرتبة الثامنة بـ 6296 حالة اعتقال، يوجد بينهم 4887 شخص تم اعتقالهم في حالات تلبس، بينما احتلت مدينة تطوان المرتبة التاسعة، إذ اعتقلت مصالح الأمن بها 5959 شخص. وفي المرتبة العاشرة جاءت مدينة بني ملال، إذ تم إيقاف 4035 شخص بها. وحسب المعطيات المتوفرة لدى الإدارة العامة للأمن الوطني، فإن الجريمة في المغرب أصبحت ترتبط بالمال وبالمخدرات والهجرة غير الشرعية، بحيث بلغت نسبة الأشخاص الموقوفين من قبل مصالح الأمن إلى 29.48%، بالنسبة للذين لهم علاقة بالمخدرات والهجرة غير الشرعية، فيما بلغت نسبة الجرائم المالية نسبة 41.10%، متبوعة بجرائم الأشخاص بنسبة 59.7%. وأصبحت الإدارة العامة للأمن الوطني تعتمد قاعدة بيانات لتحليل تطور الجريمة بناء على المعلومات المتوفرة لديها فيما يتعلق بطبيعة الجرائم المرتبكة. (مقال منشور بجريدة العلم على الموقع الإلكتروني <http://www.alalam.ma> بتاريخ 20/9/2012).

² - اعداد فاضل أطاع الله، ملف حول " تطورات مؤشرات الجريمة ونسبة زجرها "، مجلة الشرطة بتاريخ ماي 2010، العدد 64، ص: 26.

وقد أصبح واضحاً أن التقدم العلمي والتقني أي التكنولوجي بصفة عامة الذي ساد العالم في النصف الثاني من القرن العشرين، قد ترك طابعه على الجريمة باعتبارها ظاهرة اجتماعية وكان طبيعياً أن تولد الجريمة العصرية التي تتميز بقدرة الجاني كفرد أو جماعة أو منظمة على تطوير النظريات والعلوم الحديثة، لأغراض ارتكاب الجريمة في سهولة ويسر وطمس أثارها في ذكاء ومكر من خلال إعداد وتخطيط وتنفيذ دقيق، بحيث أصبح من الصعب على المعنيين ببحوث الجريمة تحديد اتجاه تطور الجريمة، خاصة وقد أكدت الدراسات و الإحصاءات حقيقة أن الإجرام الحديث يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقدم الصناعي الكبير الذي ينمي في المجتمع الطمع والجشع¹. ولعل معظم الجرائم التي ترتكب في مجتمعنا المغربي نجد لها خلفاً دليلاً ورائها بمسرح الجريمة الذي يلعب دوراً فعالاً ويشكل الحلقة الأولى في انطلاق التحقيق الذي يجريه ضابط الشرطة القضائية، بحيث يساعد في التحقيقات الجنائية المزودة بالعلم والتكنولوجيا والتي من شأنها أن تقودنا إلى الجاني الفعلي أو تساعد في فك رموز معالم الجرائم.

وهو الأمر الذي استدعانا أن نخصص المبحث الأول للحديث عن ماهية مسرح الجريمة، ودور مسرح الجريمة في الإثبات الجنائي في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية مسرح الجريمة:

بالحديث عن مسرح الجريمة نجد المكان الذي تقع فيه الجريمة، والذي يشمل أو يحتوي على كل الآثار والأدلة المتعلقة بها، فهو من أهم ما يهدف إليه المحقق بصفة عامة لتحقيق عملية الإثبات الجنائي، لذلك ارتأينا التعرض في هذا المبحث إلى تعريف مسرح الجريمة (المطلب الأول)، مع التطرق إلى بيان نطاقه المكاني والزمني في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مسرح الجريمة:

إن أغلب الجرائم التي تقع في مجتمعنا تخلف وراءها عناصر أساسية ألا وهي: الجاني، المجني عليه، وأداة الجريمة و مسرح الجريمة الذي يعتبر مستودع أسرار الجريمة المرتكبة، فمنه تنبثق كافة الأدلة لكونه بمثابة الشاهد الصامت الذي إذا أحسن المحقق استنطاقه حصل على معلومات مؤكدة.

في حين يؤثر كل عنصر من العناصر السابقة للجريمة و يتأثر بالعناصر الأخرى، و بالتالي يأخذ و ينقل آثاره إلى بقية العناصر، وهي أساس نظرية العالم الفرنسي لوكار دليونز سنة 1918 التي تسمى بنظرية المبادلة حيث يقول: " إذا تلامس شيان فلا بد أن يترك أحدهما أثره على الآخر "... ، بحيث نجد هذه النظرية هي التي يأخذ بها في عمل فريق مسرح الجريمة².

ومن جانب آخر لقد اختلف فقهاء علم الإجرام حول تحديد مسرح الجريمة و تعريفه حيث قصره البعض على مكان ارتكاب الجريمة، بينما يرى البعض الآخر أنه يمتد إلى الأماكن المحيطة به و أماكن الإخفاء و غيرها. وقد وردت عدة تعاريف بغية إعطاء تعريف محدد لمسرح الجريمة، إلا أن آراء فقهاء علم الإجرام اختلفت حول تحديد مسرح الجريمة و تعريفه، فمنهم من اقتصر على اعتباره مكان ارتكاب الجريمة، ومنهم من مله إلى كل الأماكن التي تحوي الأدلة الجنائية، وتساعد المحقق على كشف الحقيقة.

1- اللواء أحمد أبو القاسم أحمد، موضوع حول "مسرح الجريمة التماثلي ودوره في التدريب"، مصلحة تحقيق الأدلة الجنائية بوزارة الداخلية، منشور على المجلة العربية للتدريب، جمهورية مصر العربية، ص 3.

2- الموقع الإلكتروني <https://www.facebook.com/pages/-police-scientifique/175035312551171> نشر بتاريخ 8 juin 2011.

في حين يرى البعض الآخر ضرورة التوسع في مفهوم مسرح الجريمة، حيث يحدد بأنه المكان أو مجموع الأماكن التي تشهد مراحل الجريمة من إعداد، تحضير و تنفيذ، و الذي تنبثق منه كافة الأدلة، بحيث أنه ليس بالضرورة أن يكون مسرح الجريمة الابتدائي هو مكان وقوع الجريمة، فقد تحدث الجريمة في مكان يصاب فيه الضحية، ثم يتحامل على نفسه و يتحرك من ذلك المكان إلى مكان آخر يلفظ أنفاسه الأخيرة به، أو قد ينقله الجاني بعد قتله إلى مكان آخر محاولا إخفاء جثمانه حتى لا يكتشف أمره، ومن ثم فمكان تواجد الجثة يعتبر مسرح الحادث الابتدائي، و الذي قد يقود إلى مسرح الجريمة الحقيقي بعد فحصه و تقصي جميع الآثار العالقة به.

من هذا المنطلق سنطلع على بعض التعريفات التي وردت بغية إعطاء تعريف لمسرح الجريمة، بحيث نجد على سبيل المثال تعريف الدكتور هشام عبد الحميد فرج الذي قام بوضع تعريف لمسرح الجريمة، على أنه "يمثل أحد الأضلاع الأربعة للجريمة (الجاني ومجني عليه وأداة جريمة ومسرح)، فهو مستودع أسرارها فعليه تقع الجريمة".¹ في حين اعتبره الدكتور منصور عمر المعاينة " نقطة البداية المهمة بالنسبة الى سلطات التحقيق في مجال كشف الجريمة وإزالة غموض الوفاة، فهو حسب رأي المختصين يعتبر مستودع أسرار الجريمة الذي قد تنبثق منه الأدلة كافة التي تؤدي في النهاية الى كشف الحقيقة".²

وفي تعريف آخر جاء فيه كون "مسرح الجريمة هو المكان الذي وقعت فيه جريمة أو أكثر..."³ ويعتبر أيضا مسرح الجريمة المكان أو مجموعة الأماكن التي تشهد مراحل تنفيذ الجريمة واحتوى على الآثار المتخلفة عن ارتكابها، ويعتبر ملحقا لمسرح الجريمة كل مكان شهد مرحلة من مراحلها المتعددة.⁴ في حين ورد تعريف آخر لمسرح الجريمة على أنه "هو أي مساحة أو حيز أو مفردة أو مادة تحتوي أو تتضمن دليل مادي، أن هناك جريمة تم اقترافها أو تربط شيء أو شخص بتلك الجريمة"، وهذا التعريف شامل لكل شيء من أصغر مادة إلى أكبر مساحة ممكنة.⁵

وعليه فإذا كان مسرح الجريمة هو الشاهد الصامت عن أسرار الجريمة ومكوناتها، فإنه يعتبر الحلقة الأهم بالنسبة للمحقق لكونه مستودع السر الأساسي لمضمون جميع الأدلة سواء كانت أدلة الإدانة أو أدلة البراءة، فإننا نجد المشرع المغربي لم يأتي بتعريف لمسرح الجريمة حيث ورد بقانون المسطرة الجنائية بالفصل 57 المغير والمتمم بالمادة الثانية من قانون رقم 35.11 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (27 أكتوبر 2011)⁶ - جاء في فقرته الثانية: "يقوم ضابط الشرطة القضائية عند الاقتضاء بأخذ البصمات من مكان ارتكاب الجريمة وله أن

¹ - الدكتور هشام عبد الحميد فرج، معاينة مسرح الجريمة، سنة 2013، ص: 3.

² - الدكتور منصور عمر المعاينة، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي لرجال القضاء والادعاء العام والمحامين وأفراد الضابطة العدلية، سنة 2008، ص: 67.

³ - Thomas Delord - Représentation de scène de crimes dans le spectacle vivant et les Arts plastiques – Scène de crime et Scénographie – Année 2010/2011 - page 11.

⁴ - فادي عبد الرحيم الحبشي، المعاينة الفنية لمسرح الجريمة والتفتيش، سنة 1990، ص: 15.

⁵ - خير الله حمود جليبيط الرويلي، مسرح الجريمة ودور الخبراء في تحقيق الاثبات الجنائي، سنة 2008، ص: 15.

⁶ - قانون المسطرة الجنائية وفق اخر تعديلات اكتوبر 2011، ص: 30.

يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك. كما يمكنه أن يطلب إجراء خبرات عليها وعلى بقية أدوات الجريمة و الأشياء التي تم العثور عليها وحجزها بمكان ارتكاب الجريمة أو لدى المشتبه فيهم بارتكابها".¹

أي أن المشرع المغربي لم يتعرض إلى مصطلح مسرح الجريمة بالقسم الثاني المتعلق بإجراءات البحث، في الباب الأول المتضمن لحالة التلبس بالجنايات والجناح من قانون المسطرة الجنائية، بل اكتفى فقط بالإشارة إلى أن ضابط الشرطة القضائية يحق له الانتقال إلى مكان ارتكاب الجريمة بمقتضى الفصل أعلاه، وأن يقوم بالحفاظ على الأدلة وأن يقوم أيضا بأخذ البصمات من مكان ارتكاب الجريمة إن اقتضى الحال. في حين جاء في المادة 58 من نفس القانون، تطرق المشرع المغربي إلى العقوبات التي تطال شخص غير مؤهل قانونا في حالة ما إن قام بتغيير حالة المكان الذي وقعت فيه الجريمة، أو أن يقوم بإزالة أي شيء منه قبل القيام بالعمليات الأولية للبحث القضائي.² وفي هذا الإطار نغيب عن المشرع المغربي كونه أغفل تحديد أركان جريمة إخفاء المعالم، التي من شأنها أن تساعد في فك رموز الجريمة المرتكبة في مسرح الجريمة حيث لم يجدد لنا هل هذه الجريمة قائمة حتى في الحالات التي يتخلف فيها العنصر المعنوي ألا وهو القصد الجنائي، ومن هنا نطرح التساؤل التالي هل العقوبة تسري كذلك في الحالة التي يتصرف فيها الشخص في مسرح الجريمة عن غير قصد؟

وعليه فقط قمنا بدورنا بوضع تعريف متواضع لمسرح الجريمة حيث نرى أن: "مسرح الجريمة هو أي فضاء مرتبط بالمكان و الزمان و المادة ارتكب فيه عمل إجرامي ويضم الأدلة الجنائية التي من شأنها أن توصلنا إلى المرتكب الفعلي والحقيقي للجريمة، ويعتبر تدبيره نقطة انطلاق كل التحقيقات و التحريات العلمية و التقنية، وبهذا فإنه يعد ذو أهمية بالغة لكونه يوصل المحقق إلى فهم ثم فك ألغاز الجريمة، وبالتالي تحديد هوية الجاني أو الجناة".

المطلب الثاني : النطاق المكاني والزمني لمسرح الجريمة :

ان تحديد مسرح الجريمة وبيان نطاقه من الأمور الضرورية و الأساسية، نظرا للأهمية ذلك في إثبات الجريمة، وذلك من أجل بيان الاختصاص المكاني ووسيلة ارتكاب الحادث ومكان النشاط الإجرامي الذي قد يكون واحدا كما قد يتكون من عدة أفعال ، و قد يكون ايجابيا يتم بحركة عضوية إرادية من الجاني كأن يستعمل يديه في القتل أو الضرب، أو سلبا يتمثل في الامتناع عن أداء واجب يفرضه القانون ويقرر عقابا على عدم إتيانه³ ، بالإضافة إلى وقت ارتكاب النشاط الإجرامي .

¹ - الفصل 57 من قانون المسطرة الجنائية " يجب على ضابط الشرطة القضائية الذي يشعر بحالة تلبس بجناحة أو جناية أن يخبر بها النيابة العامة فورا وأن ينتقل في الحال إلى مكان ارتكابها لإجراء المعاينات المفيدة. وعليه أن يحافظ على الأدلة القابلة للاندثار وعلى كل ما يمكن أن يساعد على اظهار الحقيقة وأن يحجز الاسلحة والأدوات التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو التي كانت معدة لارتكابها وكذا جميع ما قد يكون ناتجا عن هذه الجريمة. يعرض الأشياء المحجوزة على الأشخاص المشتبه في مشاركتهم في الجناية أو الجناحة قصد التعرف عليها.

يقوم ضابط الشرطة القضائية عند الاقتضاء بأخذ البصمات من مكان ارتكاب الجريمة ، وله أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك. كما يمكنه أن يطلب إجراء خبرات عليها وعلى بقية أدوات الجريمة و الأشياء التي تم العثور عليها وحجزها بمكان ارتكاب الجريمة أو لدى المشتبه فيهم بارتكابها.

² - يمنع على كل شخص غير مؤهل قانونا أن يغير حالة المكان الذي وقعت فيه الجريمة ، أو أن يقوم بإزالة أي شيء منه قبل القيام بالعمليات الأولية للبحث القضائي ، وذلك تحت طائلة غرامة تتراوح بين 1.200 و 10.000 درهم.

غير أنه يسمح بصفة استثنائية، بهذه التغييرات أو هذه الإزالات إذا كانت تفرضا ضرورة المحافظة على السلامة أو الصحة العمومية أو تقديم الإسعافات للضحايا .

إذا كان القصد من محو الأثر أو إزالة الأشياء هو عرقلة سير العدالة ، تكون العقوبة هي الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 3.000 درهم إلى 12.000 درهم.

³ - الدكتور عبد الحفيظ بلقاضي، القانون الجنائي المغربي (القسم العام)، ص: 208-209.

* أولا : النطاق المكاني لمسرح الجريمة :

لقد اجمع الخبراء في مجال البحث الجنائي، بمختلف دول العالم على أن مسرح أو مكان الجريمة هو مستودع سرها، لاحتوائه على الآثار المادية و الأدلة الجنائية التي تؤدي إلى كشف الحقيقة، مما دفع البعض منهم إلى التوسع في تحديد نطاق مكان ارتكاب الجريمة، فامتد به إلى الأماكن المجاورة من طرقات وأماكن عامة للبحث عن الآثار المادية المتعلقة بالحادث.¹

فكما سبق أن رأينا أن هناك اتجاهات متعددة حول تحديد مفهوم الجريمة ، فهناك من اعتبره عبارة عن المكان الذي يحتوي على الأدلة الجنائية، وقد يتضمن مكانا واحدا أو عدة أماكن سواء كانت متصلة أو متباعدة وذلك وفقا لنوع الجريمة المرتكبة ، وهناك من يعتبر الطرق الموصلة لمسرح الجريمة و الأماكن المحيطة به، وأماكن إخفاء متحصلات الجريمة أو آثارها المادية بدورها تابعة الى مسرح الجريمة. في حين يحدد مسرح الجريمة أيضا بمكان ارتكاب الجريمة، وهو ما قصده المجرم عند اقترافه الجريمة، وبقاؤه فيه فترة الارتكاب أو يلقي فيه بالمجني عليه، ثم يرحل محققا هدفه الإجرامي أو يخيب أمله في ذلك . في حين يعبر البعض الآخر عن مسرح الجريمة بأنه الشاهد الصامت على مرتكب الجريمة².

وقد يدخل ضمن النطاق المكاني لمسرح الجريمة أيضا مكان الجريمة الذي يتعدد وفق للعديد من الاعتبارات من بينها : أماكن بوسائل النقل : كحافلات النقل العمومي، سيارة اجرة، محطة مواصلات، قطار، متاجر، سوبر ماركت، سوق بالمساكن : بناء تحت الإنشاء، عقار، فيلا، منزل، مزرعة، وغيرها من الأماكن ... وفي الأخير يظل النطاق المكاني لمسرح الجريمة غير محدد تحديد دقيق.

1 - المهدي السيد المهدي، مسرح الجريمة ودلته في تحديد شخصية الجاني، الرياض: أكاديمية نايف للعلوم الامنية - سنة 1993، ص: 28.

2 - السيد المهدي، مرجع سابق، ص: 30.

* ثانيا: النطاق الزمني لمسرح الجريمة :

برجوع إلى قانون المسطرة الجنائية نجد المشرع المغربي لم ينص صراحة على زمن معين للإجراء لانتقال ضباط الشرطة القضائية إلى مسرح الجريمة، بل اكتفى بالإشارة إلى أنه يتوجب على ضباط الشرطة القضائية الذي أشعر بحالة تلبس بجنحة أو جنانية أن يخبر بها النيابة العامة فورا وأن ينتقل في الحال إلى مكان ارتكابها لإجراء المعاينات المفيدة حسب الفصل 57. إضافة إلى الفصل 59 من نفس القانون الذي يميلنا على أنه " إذا كان نوع الجنحية أو الجنحة مما يمكن إثباته بحجز أوراق ووثائق أو أشياء أخرى في حوزة أشخاص يظن أنهم شاركوا في الجريمة، أو يجوزون مستندات أو أشياء تتعلق بالأفعال الإجرامية ، فإن ضباط الشرطة القضائية ينتقل فورا إلى منزل هؤلاء الأشخاص ليجري فيه طبقا للشروط المحددة في المادتين 160¹ و 262² تفتيشا محرر محضرا بشأنه.

زيادة عن الفصلين السابقين نجد الفصل 64 من نفس القانون، الذي بدوره لم يحدد لنا زمن معين للقيام بالمعاينات بل اكتفى بالإشارة أنه إذا استلزم الأمر القيام بمعاينات لا تقبل التأخير، فلضباط الشرطة القضائية أن يستعين بأي شخص مؤهل لذلك، على أن يعطى رأيه بما يميله عليه شرفه وضميره.

وهو السؤال الذي يفرض نفسه هنا كون المشرع المغربي لم يحدد لنا معايير تأهيل الشخص الذي سيستعين به ضباط الشرطة القضائية، وبالتالي يبقى مفهوم الاستعانة بشخص مؤهل غير دقيق فهل يقصد بالتأهيل هنا العلمي، أو التقني، أو القانوني؟

ولعل تحديد وقت وقوع الجريمة، الذي يدخل ضمن النطاق الزمني لمسرح الجريمة، من أهم العناصر التي يستهدفها الباحث الجنائي وبيد المزيد من الجهد للوصول إلى تحديد دقيق له، بل أن جهده الذي يوجهه بدايات البحث من أجل تحديد هوية الجاني يتوازى مع الجهد الذي يبذله من أجل تحديد وقت ارتكاب الجريمة. إلا أن المشرع المغربي لم يحدد زمنا معيناً لكنه حذب الاسراع في إجراء المعاينة الأزمنة من طرف ضباط الشرطة القضائية عقب ارتكاب الجريمة، ولعل الهدف المقصود من ذلك هو الحفاظ على الأدلة الجنائية.

¹ - المادة 60 من قانون المسطرة الجنائية تنص على ما يلي " يطبق ما يلي، مع مراعاة مقتضيات المادة السابقة :

أولا : إذا كان التفتيش سيجري بمنزل شخص يشبهه في مشاركته في الجريمة، وجب أن يتم التفتيش بحضور هذا الشخص أو ممثله، فإن تعذر ذلك وجب على ضباط الشرطة القضائية أن يستدعي شاهدين لحضور التفتيش من غير الموظفين الخاضعين لسلطته؛

ثانيا : إذا كان التفتيش سيجري في منزل شخص من الغير يحتمل أن يكون في حيازته مستندات أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية، فإنه يجب حضور هذا الشخص لعملية التفتيش ، وإذا تعذر ذلك وجب أن يجري التفتيش طبقا لما جاء في الفقرة السابقة.

تحضر هذا التفتيش في جميع الأحوال امرأة ينتدبها ضباط الشرطة القضائية لتفتيش النساء في الأماكن التي يوجدن بها؛

ثالثاً: يمكن لضباط الشرطة القضائية أن يستدعي أي شخص لسماعه، إذا تبين له أن بوسع هذا الشخص أن يمدّه بمعلومات حول الأفعال أو الأشياء أو الوثائق المحجوزة، وأن يرغمه على الحضور في حالة امتناعه بعد إذن النيابة العامة؛

رابعا : توقع محاضر العمليات من طرف الأشخاص الذين أجري التفتيش بمنزلهم أو من يمثلهم أو الشاهدين، أو يشار في المحضر إلى امتناعهم عن التوقيع أو الإبصار أو تعذر.

² - المادة 62 من نفس القانون تنص على ما يلي " لا يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معاينتها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الساعة التاسعة ليلا، إلا إذا طلب ذلك رب المنزل أو وجهت استغاثة من داخله، أو في الحالات الاستثنائية التي ينص عليها القانون. غير أن العمليات التي ابتدأت في ساعة قانونية يمكن مواصلتها دون توقف. لا تطبق هذه المقتضيات إذا تعين إجراء التفتيش في محلات يمارس فيها عمل أو نشاط ليلي بصفة معتادة. إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية واقتضت ذلك ضرورة البحث أو حالة الاستعجال القسوى أو إذا كان يخشى اندثار الأدلة فإنه يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معاينتها بصفة استثنائية قبل الساعة السادسة صباحاً أو بعد التاسعة ليلاً بإذن كتابي من النيابة العامة .

المبحث الثاني: دور مسرح الجريمة في الإثبات الجنائي:

قبل التطرق إلى الدور الفعال الذي يلعبه مسرح الجريمة في كشف معالم ورموز الجرائم التي ترتكب في مجتمعنا، فإننا سنتطرق إلى أنواع مسرح الجريمة في (المطلب الأول)، فيما سنتعرض للدور الذي يلعبه في الإثبات الجنائي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع مسرح الجريمة:

بالحديث عن أنواع مسرح الجريمة نجدها تختلف فهناك من صنفها إلى مكان مغلق، أو مكان مكشوف، كما قد يكون مسرح الجريمة مكان مختلط. ولعل السبب في تسمية مسرح الجريمة المفتوح تعود لكونه يكون في الهواء الطلق أي مكشوف، من أمثاله نجد: طريق، حديقة، شارع، موقف للسيارات... أو يكون مكانا زراعيا أو صحراويا أو جبليا سطحيا بمستوى الأرض أو مرتفعا أو منخفضا، أو غيرها...

إلا أن هذا النوع من مسرح الجريمة نجده يتعرض إلى تقلبات الطقس، وكذلك تدخل الناس الفضوليين لمعرفة ما يدور. في حين تعود تسمية المسرح المغلق لكونه موجود في موقع مغلق تماما، من أمثاله نجد: حمام، غرفة نوم واحدة، المطبخ وغيرها...¹

أما النوع الثالث فهو مسرح الجريمة المختلط، سمي بهذه التسمية كونه يجمع بين مسرح الجريمة المفتوح ومسرح الجريمة المغلق، بحيث قد يقع جزء من الجريمة في غرفة النوم، والجزء الآخر خارج المنزل في الحديقة مثلا، لهذا سمي بمسرح الجريمة المختلط. في حين تظهر لنا أهمية مسرح الجريمة من الناحية الجنائية في تبيان وقوع الجريمة و مكان فعلها المادي رغم تعدد أنواعه، حيث يعتبر المصدر الرئيسي للأدلة المادية التي يعتمد عليها في إدانة الجناة سواء أكان مفتوح أو مغلق أو مختلط. ويمكن توضيح الأهمية القصوى للمسرح الجريمة في النقاط التالية:

كونه يكشف وقوع الفعل الإجرامي أو عدم وقوعه، وكونه جنائيا من عدمه وكونه عمديا أو غير عمدي، وكونه يلقي الضوء على الأماكن الواجب تفتيشها و الأشياء اللازم البحث عنها و ضبطها أو حجزها، إضافة إلى أنه يوضح ظروف الجريمة ومدى علاقة المتهم بها وتاريخ ارتكابها.²

إلى جانب هذا يمكن القول أن مسرح الجريمة قد يكون مسرح يسهل السيطرة عليه³، حيث يجد الشرطي شخص أو أكثر في حالة هدوء فيوجهوا الشرطي إلى مكان الجثة ومكان تواجد الآثار المادية، وغالبا ما يكون هذا الموقع موقع داخلي يسهل تحديد حدوده وحمايته وكذا تأمينه. بينما النوع الآخر نجده يتجلى في مسرح يصعب السيطرة عليه على سبيل المثال:

مسرح به عشرات الأشخاص في حالة صياح و بكاء، والمتهم ما زال حيا في موقعه أو في حالة هرب لتوه، في حين الضحية مصاب ويحتاج إلى مساعدة طبية عاجلة وغالبا ما يكون هذا الموقع عام يصعب حمايته وتأمينه.

¹ - Lorena Carlota Morales Rodriguez y Maria Gloria Escobar Rivera – Capitulo III Criminalistica indicio – ana 08 de Mayo de 2004 - page 9 -10.

² - السيد المهدي، مرجع السابق، ص: 23.

³ - الدكتور هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص: 46.

كما أن تحديد حدود هذا المسرح تكون صعبة وتعتمد على نوع الموقع، كذلك جود سيارات وأشخاص عابرة، أو وجود مدخل ومخرج للمكان، وقد تساهم حالة الطقس سيئة في زيادة الصعوبة، بحيث يكون عرضة للتغيرات المناخية مثل الأمطار والثلوج التي تغسل وتزيل الآثار، أو العواصف التي قد تحمل معها الآثار بعيدا عن مسرح الجريمة، إضافة إلى تنوع أرضيته التي قد تكون مكونة من تلال ووديان أو رمال و مستنقعات¹. لذلك ينبغي تأمين مسرح الجريمة بصفة عامة بجميع أنواعه، وذلك بمنع دخول الأشخاص الفضوليين الذين لا توجد ضرورة لتواجدهم، لحماية الآثار المادية بالمسرح من التغيير أو التحريك أو فقدان أو التلوث.

المطلب الثاني: دور مسرح الجريمة :

إن العلاقة التي تحكم بين العناصر الأساسية للجريمة تتمثل في الجاني والجاني عليه ومسرح الجريمة، ولعل نظرية " تبادل المواد " أو " قاعدة لوكاردي² " تعتبر الأساس العلمي للبحث عن الأدلة في مسرح الجريمة الذي يعتبر من أهم عناصر التحقيق الجنائي، بحيث تنص هذه القاعدة على أنه " عند تلامس أي جسمين لبعضهما البعض فإنه يوجد دائما انتقال للمادة من كليهما إلى الآخر، وأن كل مادة تترك أثرا على الأخرى " ، مثال ذلك أنه إذا وضع شخص ما كفه على سطح المكتب في نفس الوقت الذي ينتقل فيه ذرات من التراب أو الغبار من سطح المكتب إلى كف هذا الشخص ، يكون كلا الأثرين دليلا على حدوث هذا التلامس³. وتطبيق تلك القاعدة في إطار البحث والتحقيق الجنائي على مسرح الجريمة نجد أن كل عنصر من عناصر الجريمة الثلاثة يترك آثاره المادية على بعضها البعض مشكلا بذلك الأدلة المادية الضرورية للتحقيق وبالتالي الاتهام.

وكمثال توضيحي لهذه النظرية نجد : (أ) الجاني قام بعملية قتل (ب) في مكان (ج)، بأداة (م) أدت إلى نتيجة ما، فإنه حسب لوكاردي فإن الجاني سيترك أثره على الضحية و الأداة والمكان المتواجد فيه لكن السؤال هو كيف؟ لقد اعتبر أن الأثر المتواجد على الضحية (ب) يكون هناك تبادل بينهما أي أن ينقل كل منهما أثره على الآخر، فإذا حدث شجار بالأيدي أو العنف مثلا سنجد تحت أظافر الضحية (ب) قشور جلد الجاني (أ) ونجد على جسم الجاني (أ) خدشات الضحية، وفي الجرائم الجنسية مثلا نجد التلوثات المنوية على الضحية والجاني، ولكن في مثل هذه الأنواع من الجرائم يتطلب السرعة في المحافظة على هذه التلوثات.

- على الأداة: فإن (أ) سيترك أثره على الأداة (م) كبصمة أو عرق أو دماء أو مني في جرائم الاغتصاب بالعنف ومثلا إذا كانت الأداة (م) عبارة عن سلاح ناري فإنه عند الطلق الناري يذرف كبريتا يمكن أن يلتصق بشباب الجاني (أ).

¹ - الدكتور هشام عبد الحميد فرج - نفس المرجع السابق - ص 47.

² - ولد عام 1877 وتوفي سنة 1966 هو أستاذ راند في علم الطب الشرعي في فرنسا ، صاغ نظرية تبادل المواد المعرفة في قضايا الطب الشرعي " كل اتصال يترك أثرا " Every contact leaves a trace . وقد درس ادموند لوكاردي الطب ليتخصص فيما بعد في الطب الشرعي والقانون في ليون وهذا ما مكنته من تولي مناصب عديدة لكون التكامل الذي يفرضه الطب الشرعي بالقضاء جعل منه من الأوائل الذي يساهم في مجال التحقيقات الجنائية بأفكاره وعلمه ، وقد عمل مع العالم الكسندر لاكسانج مؤسس مجلة انثربولوجيا الاجرام منافسا في ذلك العالم الايطالي لمبروزو ، كما ساهم في وضع البصمات من خلال زاوية الفا الاثنا عشر لتحديد مطا بقى بصمات الاصابع ، ثم شغل في المباحث الجنائية وساهم في انشاء مخابر الشرطة .

³ - الدكتور منصور عمر المعاينة، مرجع السابق، ص:47.

- على المكان : مثال عند دخول الجاني (أ) إلى مسرح الجريمة من خلال نافذة فيمكن أن تعلق ثيابه بشظايا لوح النافذة، وبدورها تترك النافذة شظايا الخشب على لباس الجاني (أ)، و الأمر كذلك بالنسبة لأثار الإقدام فسيحمل حذاء الجاني (أ) آثار تربة ذلك المكان، وبدوره يترك أثره في ذلك المكان.¹

من هنا يبرز لنا الدور الهام الذي يلعبه مسرح الجريمة من الناحية الجنائية في تبيان وقوع الجريمة و مكان فعلها المادي، حيث يعتبر المصدر الرئيسي للأدلة المادية المعتمد عليها في إدانة مرتكب الجريمة، و يساعد أيضا في تحديد الأسلوب الإجرامي و وقت ارتكابه و غيرها من المعلومات التي من شأنها أن تفيد سير التحقيق. كما أن لمسرح الجريمة أهمية كبيرة في ما يسمى بإعادة تمثيل الجريمة، التي يأمر بها قاضي التحقيق في بعض القضايا والتي غالبا ما تكون جنائيات، فان هذه الإعادة تجعل الجاني يعترف بجرمه المقترف .

وإذا كان مسرح الجريمة عبارة عن نقل صورة صامتة لما حدث به، فإن إعادة تمثيل الجريمة هو نقل صورة متحركة عنها لذلك يسمى كذلك بـ " استنطاق مسرح الجريمة " .

يتم اللجوء إلى إجراء إعادة تمثيل الجريمة غالبا في الجنائيات، كما يمكن اللجوء إليه في الجرح الهامة، ويأمر به قاضي التحقيق حسب ملائمة الإجراء و يكون ملائما عندما يحتمل تنفيذ الجريمة عدة تأويلات بناء على التصريحات المتناقضة للمتهم و كذا تضاربها و تصريحات الضحية و الشهود التي أولى لهم المشرع المغربي حماية ضمن قانون المسطرة الجنائية القسم الثاني مكرر² المواد 82-4 إلى 82-8، ولعل حضور المتهم هذا الإجراء ضروري للغاية لاسيما من أجل تحقيق المواجهة بين المتهم و مسرح الجريمة، لأن ذلك قد يسوقه إلى الاعتراف بارتكابه الجريمة.

خاتمة :

لقد اتجهت البحوث الجنائية العلمية الحديثة إلى البحث عن وسائل لإثبات الجريمة و الكشف عن مرتكبيها من أجل حل القضايا، فاهتمت هذه البحوث بدراسة الآثار الجنائية التي يتركها الجناة بمسرح الجريمة دون إدراكهم أو تركهم لدليل من أجل تمويه الحقيقة، لذلك ينبغي البحث عن طبيعتها و فحصها بواسطة الوسائل و الأجهزة العلمية المتوفرة في مختبرات الشرطة العلمية والتقنية، وذلك من أجل الوصول إلى الدليل المأخوذ من مسرح الجريمة، والذي يؤدي إلى إثبات الجريمة أو نفيها وهو الدليل الذي تقدمه أيضا مختبرات الشرطة العلمية والتقنية بعد فحصها للآثار الجنائية.

¹ - الموقع الإلكتروني <http://criminologie-scenedecrime.blogspot.com> نشر بتاريخ الجمعة 29 يوليو 2011 - على الساعة 3:21 .

² - قانون المسطرة الجنائية : أضيف القسم الثاني مكرر الى الكتاب الأول بالمادة الأولى من القانون رقم 10.37 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.164 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011)، في شأن حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين ، فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ وغيرها ، الجريدة الرسمية عدد 5988 بتاريخ 22 ذو القعدة 1432 (20 أكتوبر 2011) ص 39.

" دور اللجان البرلمانية الدائمة في تفعيل العمل البرلماني بالمغرب "



عبد الغني السرار باحث بصف الدكتوراه

- كلية الحقوق السويسي الرباط -

مدخل:

تمثل مؤسسة البرلمان حجر الزاوية في الأنظمة الديمقراطية التي تعد المشاركة الشعبية فيها المصدر الأساسي لتأسيس وممارسة السلطة السياسية، بحيث تلعب هذه المؤسسة دورا فعالا في إعداد السياسات العمومية وتقييمها، وذلك تبعا للإجراءات القانونية المخولة لكل برلمان بهدف ممارسة اختصاصاته في مجالي التشريع و المراقبة، وقد شكل ظهور المؤسسات البرلمانية العالمية مدخلا مهما للحد من مظاهر الاستبداد والحكم المطلق الذي عاشته العديد من الدول في الماضي¹، وانطلاقة مشجعة لتدشين مبدأ الفصل بين السلطات².

فمن أجل ضمان دولة الحق والقانون وصيانة الحقوق و الحريات من تعسفات الحكام والسلطات العامة، بادرت مختلف الأنظمة السياسية المعاصرة بإنشاء مجموعة من المؤسسات الدستورية والسياسية، وفي مقدمتها مؤسسة البرلمان التي تشكل ركيزة أساسية لتثبيت وإرساء دعائم الديمقراطية الحققة، اعتبارا لمكانته في الحياة السياسية والدستورية للدولة، وكذا لارتباط هذا الأخير بالقانون³ الذي يعتبر العنصر اليومي الذي يحتك به المواطن ويخضع لأحكامه ومقتضياته.

1- تعتبر المملكة المتحدة مهد نشأة التجربة البرلمانية في العالم، ففيها تبلورت الركائز الأساسية لهذه المؤسسة التشريعية، وفيما بعد انتقلت إلى العديد من الدول و خاصة منها المستعمرات القديمة الإنجليزية، و يتميز النظام البرلماني في بريطانيا بمجموعة من الخصائص تكمن في كونه يقوم بالأساس على مجموعة من القواعد القانونية الدستورية العرفية، بالإضافة إلى بعض القوانين العادية ذات الطابع الدستوري التي أقرها البرلمان في فترات لاحقة.

2- شافع أوباشير: العمل البرلماني بالمغرب، مجلة دراسات ووقائع دستورية و سياسية، العدد الثامن 2010، ص43.

3- في التجربة المغربية يميل المشرع الدستوري إلى إطلاق لفظ " قانون " على البرلمان، في أكثر من مرة وهكذا نجد الفصل 70 في الفقرة الثالثة يستعمل فيها المشرع الدستوري مصطلح قانون للدلالة على البرلمان حيث نص في بداية هذه الفقرة على ما يلي: " للقانون أن يأذن للحكومة..."، وكذلك الفصل 71 الذي يحدد مجالات تدخل البرلمان في العملية التشريعية، وهكذا نجد يبدأ الفقرة الأولى من هذا الفصل بما يلي: " يختص القانون بالإضافة..."، وهذا شيء طبيعي لأن البرلمان في جميع التجارب المقارنة هو الجهاز الوحيد والأوحد للتصويت على القوانين الذي يعد من المجالات المحفوظة للبرلمان وحده لا يشاركه فيه أي جهاز، وهو ما يكرسه الدستور المغربي في فصله الفصل 70 فقرة 2: " يصوت البرلمان عن القوانين...".

وفي التجربة المغربية نجد بأن المشرع الدستوري أولى مؤسسة البرلمان أهمية خاصة ضمن قائمة المؤسسات السياسية و الدستورية التي نص عليها أول دستور لمغرب ما بعد الاستقلال (دستور 1962)، وقد احتل البرلمان المكانة الثانية في الهندسة الدستورية بعد المؤسسة الملكية، وتضمنت جميع الدساتير المتعاقبة فصولا وأحكاما حددت طبيعته وتكوينه وسلطاته وبيان كيفية ممارسته للوظيفة التشريعية¹.

لقد شهد المغرب ظهور أول برلمان مكون من غرفتين (Bicaméralisme)، عقب أول انتخابات تشريعية في (17 مايو 1963)، وشهد هذا الأخير منذ إحداثه أول مرة سنة 1963 مجموعة من المتغيرات والتحويلات حول تكوينه² وعمله مما حد من أهمية هذه التجربة البرلمانية الأولى على مستوى الأداء والتأثير، بل يكمن القول بأن البرلمان في المغرب ولد مكبلا بتقنيات العقلنة البرلمانية (Parlementarisme Rationalisé)³، التي الهدف منها هو الحد من الدور الأساسي الذي يقوم به البرلمان من تشريع ومراقبة سياسية ومالية ومن دور دبلوماسي⁴.

ومن أجل تحسين ظروف اشتغال المؤسسة البرلمانية في الإنتاج التشريعي وإعداد السياسات العمومية وتقييمها، نجد بأن البرلمانات العالمية تبنت ما يصطلح عليه باللجان البرلمانية بمختلف أنواعها سواء الدائمة منها أو المؤقتة⁵، ويدخل عمل هذه اللجان في إطار محاولة المؤسسة البرلمانية تنظيم العملية التشريعية والرقابية، والرفع من جودة ونجاعة السياسات العمومية، وبرزت اللجان البرلمانية في حقبة موجة العقلنة البرلمانية التي كانت تهدف إلى الحد من سيطرة البرلمان على الحياة السياسية و استبعاد مبدأ المشرع الأوحده⁶.

تكتسي اللجان البرلمانية أهمية كبرى في تفعيل وتأهيل العمل البرلماني بحيث لا يكاد أي نظام ديمقراطي برلماني، لا يعتمد في أدائه على عمل هذه اللجان فهي تقوم بمهام يصعب على البرلمان القيام بها كهيئة جماعية كبيرة⁷، كبرية⁷، مثل اقتراح القوانين ودراستها والتشاور بشأنها مع باقي مكونات المشهد السياسي وممارسة الوظائف الرقابية الرقابية على الأداء الحكومي.

¹ - أحمد المالكى: وضع البرلمان في المغرب، ورقة مقدمة في إطار تعزيز حكم القانون و النزاهة في العالم العربي، المركز العربي لتطوير حكم القانون و النزاهة، 2006 ص 7.

² - كان البرلمان في التجربة الانتخابية الأولى مكونا من غرفتين (مجلس النواب و مجلس المستشارين)، لكن بعد صدور دستور 1970 سيعرف نظام المجلس الواحد، وبقي الحال على ما هو عليه، حتى صدور دستور 1996 الذي أعاد العمل بنظام الثنائية البرلمانية.

³ - استقى المشرع الدستوري المغربي هذا النموذج من التجربة الفرنسية، من خلال دستور الجمهورية الخامسة 1958 الذي كان محكما بمنطق رئاسي (Présidentialiste)، يميل إلى تجميع سلطات البرلمان في مقابل توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية، الذي حاول من خلاله المشرع الفرنسي الحفاظ على الاستقرار الحكومي، وتفادي إسقاط الحكومات من لدن المؤسسة التشريعية كما حدث في الجمهوريات السابقة.

⁴ - المختار مطيع: القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار القلم للطباعة الرباط، ط 1 2002 ص 179-180.

⁵ - وما تجدر الإشارة إليه هو أن دستور 2011 قد ألغى ما كان يسمى باللجنة الثانية المختلطة التي كان معمولا بها في ظل دستور 1996، كلجنة كانت تحسم في القضايا القانونية العالقة و التي بشأنها خلاف بين المجلسين، ملحا الامتياز لمجلس النواب في القضايا التي لم يحصل حولها اتفاق بين الغرفتين. وعليه فإن مجلس النواب يملك حق البت النهائي على كافة القوانين، سواء كانت تنظيمية أو عادية، شريطة توفر الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وبهذا يكون المشرع الدستوري قد قام بترجيح كفة الغرفة الأولى في مجال التشريع باعتبارها منتخبة بالاقتراع العام المباشر، وكون الحكومة منبثقة من الأغلبية المثلثة داخل مجلس النواب.

⁶ - عبد الغني أعبيزة: مراقبة العمل الحكومي عبر وسائل الرقابة البرلمانية منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة أعمال ومؤلفات جامعية عدد 67 الطبعة الأولى 2006، ص 105.

⁷ - أحمد أبو دية: اللجان البرلمانية في المجلس التشريعي، منشورات الائتلاف من أجل النزاهة و المساءلة - أمان 2004، ص 3.

ومن بين اللجان البرلمانية المتدخلة في العملية التشريعية للبرلمان نجد اللجان البرلمانية الدائمة التي تعتبر بمثابة برلمانات مصغرة، وقد عرفها (Joseph Barthélémy) بأنها: "هيئات تتكون داخل كل غرفة من البرلمان، من عدد محدود من الأعضاء يتم اختيارهم بناء على مؤهلاتهم المفترضة، لتهيئ أعمال المجلس وتقديم التقارير"¹.

وقد عرفها البعض كذلك بأنها: "عدد صغير من أعضاء المجلس، تتكون في كل مجلس من أجل التحضير للأعمال المحالة على هذا الأخير للدراسة و المناقشة"²، أو هي هيئات صغيرة ينتخبها المجلس النيابي من بين أعضائه، ويوكل لها مهمة البحث و الدراسة لكل ما يعرض عليه من المشروعات و الاقتراحات³.

وعموما فاللجان البرلمانية الدائمة هي لجان مختصة داخل مجلسي البرلمان بدراسة مشاريع و مقترحات القوانين التي تحال عليها إجباريا من طرف رئيس المجلس⁴ بعد عرضها على المكتب⁵، زيادة على القضايا المتعلقة بمراقبة العمل الحكومي والقيام بمهام استطلاعية و إخبارية و عقد جلسات استماع للمسؤولين الحكوميين، ونظرا للدور الفعال لهذه اللجان في دراسة و مناقشة النصوص التشريعية، فإن المشرع الدستوري أكد على ضرورة إشراك المعارضة البرلمانية في أعمال هذه اللجان⁶.

ويتم هذا الإشراك عادة عبر إعطاء المعارضة البرلمانية نسبة مهمة من المناصب الرئيسية تناسب حجمها العددي من حيث المقاعد البرلمانية، من خلال إسناد رئاسة بعض اللجان إلى نواب من المعارضة، وهو ما حرص المشرع الدستوري المغربي على تكريسه، حيث نص على ضرورة إسناد رئاسة لجنة أو لجنيتين من طرف المعارضة، و بالضبط رئاسة المعارضة للجنة العدل و التشريع و حقوق الإنسان بمجلس النواب⁷، مما يستفاد منه ضمنا أهمية هذه اللجان في العمل البرلماني.

¹ - Ivo Rens: *Les Commissions Parlementaires en droit comparé*, In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 13 N°2, Avril-juin 1961, p309.

«Les commissions sont des organes constitués dans chaque chambre, composés généralement d'un nombre restreint de ses membres, choisis à raison d'une compétence présumée, et chargés en principe de préparer son travail, normalement, en lui présentant un rapport».

² - عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، مطبعة إتحاد الجامعات، الإسكندرية 1976. ص106.

³ - عامر عياش الجبوري: تكوين اللجان البرلمانية واختصاصاتها، مجلة الرافدين للحقوق مجلد، 2 السنة العاشرة عدد 25، 2005، ص 274.

⁴ - في جميع الأنظمة البرلمانية نجد المؤسسة التشريعية تتكون من مجلسين، وتختلف تسمية هذه المجالس من دولة إلى أخرى، وهكذا نجد في المغرب البرلمان مكون من غرفتين: "مجلس النواب و مجلس المستشارين"، وفي فرنسا نجد "الجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ"، كما أن صلاحيات هذه المجالس تتحدد من خلال ما تنص عليه الوثيقة الدستورية.

⁵ - الفصل 80 من الدستور المغربي لسنة 2011.

⁶ - يأتي هذا الإشراك انسجاما مع وظيفة المعارضة البرلمانية كما يحيل إلى ذلك اسمها، وموقعها الإستراتيجي في نقد و تتبع سياسات الأغلبية إن هي فشلت في إعداد سياسة عامة ناجعة وفعالة.

⁷ - الفصل 10 من الدستور المغربي لسنة 2011.

وإقتداء بضمون الفصل 43 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي ينص على أن مشاريع ومقترحات القوانين تحال لأجل النظر فيها على لجان برلمانية دائمة في كل مجلس¹، فإن الفصل 80 من الدستور المغربي لسنة 2011 يتضمن نفس المقتضى من خلال التأكيد على أن مشاريع ومقترحات القوانين تحال لأجل النظر فيها على لجان يستمر عملها خلال الفترات الفاصلة بين الدورات².

وهكذا نجد بأن المشرع الدستوري المغربي ينص على اللجان البرلمانية الدائمة دون أن يحدد أنواعها وكيفية التصويت على مشاريع القوانين أو مقترحات القوانين تاركا الأمور التفصيلية للأنظمة الداخلية للمجالس النيابية للبرلمان³.

حدد المشرع في النظام الداخلي لمجلسي البرلمان اختصاصات كل لجنة على حده⁴، شأنه في ذلك شأن البرلمان الفرنسي الذي قام بتحديد اختصاصات اللجان الدائمة على مستوى الأنظمة الداخلية للمجلسين⁵، وتتنوع مهام اللجان البرلمانية الدائمة بحسب طبيعة اللجنة و القطاع المحدد لها، وقد كان المشرع المغربي واضحا في تحديد اختصاصات كل لجنة برلمانية دائمة، بحيث أنه لا يمكن اعتماد أي مشروع قانون أو مقترح قانون ما، لم يتم عرضه من قبل على اللجنة البرلمانية المختصة⁶ وهو توجه يساعد على تنظيم العملية التشريعية كأصل عام.

وبناء عليه فإن المشاريع و الاقتراحات تنظر فيها اللجنة البرلمانية المختصة تأسيسا على الاختصاصات المسندة إليها، ووفقا للاختصاصات المخولة للجان الدائمة فإن كل تعديل على مشاريع ومقترحات القوانين لا بد وأن يقدم أمام اللجنة المعنية بالموضوع، وإلا فمن حق الحكومة أن تعارض في كل تعديل لم يعرض من قبل اللجنة التي يعينها الأمر⁷.

وبهذا يكون المشرع البرلماني سواء داخل مجلس النواب أو داخل مجلس المستشارين عمل على حصر مجال تدخل كل لجنة برلمانية دائمة في ارتباط بالمجال الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي و الحقوقي الذي يدخل في مجال اللجنة المعنية به، وعلى العموم فهناك ثلاث مستويات من السياسات العمومية تحدد تدخل اللجان وهي كالتالي⁸:

¹ - Article 43 de la constitution de le Vème république française 1958.

² "Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée".

³ - الفصل 80 من دستور 2011.

⁴ - الحبيب الدقاق: العمل التشريعي للبرلمان، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق أكدال الرباط، 2002. 2001. ص146.

⁵ - راجع المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين، تقابلها المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي.

⁶ - Voir articles 81 à 85 du Règlement de L'assemble Nationale française. et Art 13 du Règlements de sénat.

⁷ - الفصل 80 من دستور 2011.

⁸ - Voir aussi: Article 43 de la constitution de le Vème république française 1958.

⁹ - الفصل 83 من دستور 2011.

¹⁰ - عبد الغني أعبيزة: مراقبة العمل الحكومي عبر وسائل الرقابة البرلمانية منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة أعمال ومؤلفات جامعية عدد 67 الطبعة الأولى

2006، ص105.

- 1- السياسة الاقتصادية.
- 2- السياسة الاجتماعية.
- 3- السياسة الحقوقية و القانونية.

بعد هذه التوطئة البسيطة نرى بأنه من الضروري طرح بعض الاستفاهات التي لا بد منها، من خلالها ستمكن من الوصول إلى الهدف المرجو من هذه الورقة البحثية وهذه الأسئلة من قبيل:

- ✓ ما هو الإطار القانوني والدستوري للجان البرلمانية الدائمة؟.
- ✓ كيف تتشكل، و أي دور للجان البرلمانية الدائمة في العمل التشريعي؟.
- ✓ وهل للجان البرلمانية الدائمة لجان فاعلة في تقييم السياسات العمومية؟.

أولا : التنظيم القانوني لتدخل اللجان البرلمانية الدائمة في العمل البرلماني.

يقصد بالتنظيم القانوني للجان البرلمانية الدائمة تبني المشرع الدستوري لهذا النوع من اللجان في صلب الوثيقة الدستورية بالشكل الذي يسمح للحكومة بممارسة عملية التشريع إلى جانب البرلمان، وهكذا تشكل اللجان البرلمانية الدائمة آلية لدراسة المشاريع الحكومية و المقترحات البرلمانية على حد سواء، و ما تجدر الإشارة إليه هو انه لا يمكن للجان البرلمانية الدائمة مناقشة أي مشروع قانون أو مقترح قانون لم يتم وضعه في مكتب البرلمان أو لم يحله رئيس المكتب على اللجنة البرلمانية المختصة بدراسته.

ووفقا للنظام الدستوري المغربي فان الفصل 80 من الدستور لسنة 2011 يقر بهذا المعطى بقوله: "تحال مشاريع ومقترحات القوانين للنظر فيها على اللجان التي يستمر عملها خلال الفترات الفاصلة بين الدورات"¹، كما يحيل إلى ذلك دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958 في مادته 43 على كون مشاريع ومقترحات القوانين تحال لأجل النظر فيها على لجان برلمانية دائمة في كل مجلس.

1: تشكيل اللجان البرلمانية الدائمة.

منذ البداية نشير إلى أن حق المؤسسة البرلمانية في تشكيل لجان برلمانية دائمة هو حق أصيل ومشروع يستمد وجوده من طبيعة النظام البرلماني نفسه ومن النص الدستوري الذي يعترف بحق البرلمان في تشكيل لجان برلمانية دائمة²، وحتى الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية تنص على ضرورة تشكيل لجان برلمانية دائمة لتحديد مهمتها في فحص النصوص القانونية و تقييم القضايا المتعلقة بالسياسات العمومية.

وقد بين النظام الداخلي لمجلسي البرلمان بالمغرب كيفية تشكيل اللجان البرلمانية الدائمة حيث نصت المادة 37 من النظام الداخلي لمجلس النواب، على أن يتم تشكيل هذه اللجان في بداية الفترة التشريعية على أساس التمثيل

¹ - الفصل 80 من الدستور المغربي لسنة 2011.

² - وفاء المالك الصباح: نهاية لجان التحقيق البرلمانية، جريدة الوطن الكويتية بتاريخ 2012/04/25.

النسبي¹، ويتم انتخاب رؤساء اللجان البرلمانية الدائمة عن طريق الاقتراع السري في مستهل الفترة النيابية ثم في سنتها الثالثة عند دورة أبريل لما تبقى من الفترة النيابية تطبيقاً لأحكام الفصل 62 من الدستور المغربي لـ2011².

كما نصت المادة 52 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين على أن ينتخب المجلس رؤساء اللجان في أول دورة تلي تنصيب مجلس المستشارين لأول مرة أو بعد حل المجلس الذي سبقه، وفي مستهل دورة أكتوبر عند كل تجديد لثلث المجلس مع مراعاة التمثيل النسبي لكل فريق³.

وتنتخب كل لجنة مكتبا يتكون من رئيس ونواب ومقررين ونواب وأمناء، ويضم مكتب كل لجنة دائمة ممثلاً عن كل فريق نيابي⁴، ويحق لكل نائب أو نائبة بأحد المجلسين أن ينتمي للجنة دائمة واحدة لا أكثر من بين اللجان البرلمانية الدائمة الموجودة بالمجلس الذي ينتمي إليه النائب أو النائبة.

وبالرجوع لكل من الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان المغربي و نظيره الفرنسي نجدهما قاما بتحديد عدد و أنواع و اختصاصات اللجان البرلمانية الدائمة وتأليفهما و القواعد المتعلقة بسير أشغالهما⁵، و قد حددت المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي عدد اللجان الدائمة في ثمانية، وحددت المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين عدد اللجان الدائمة في ست (6) لجن دائمة⁶.

وبحسب مضمون المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي عدد اللجان الدائمة في ثمانية هي على النحو التالي⁷:

- 1 لجنة الخارجية و الدفاع الوطني و الشؤون الإسلامية و المغاربية المقيمين بالخارج و عدد أعضائها 45.
- 2 لجنة الداخلية و الجماعات الترابية و السكنى و سياسة المدينة، و عدد أعضائها 50.
- 3 لجنة العدل و التشريع و حقوق الإنسان، و عدد أعضائها 50.
- 4 لجنة المالية و التنمية الاقتصادية، و عدد أعضائها 50.
- 5 لجنة القطاعات الاجتماعية، و عدد أعضائها 50.

¹ - المادة 37 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي.

² - المادة 36 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي.

³ - المادة 52 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

⁴ - المادة 38 من النظام الداخلي لمجلس النواب.

⁵ - ندير المومني: دور البرلمان في تقييم السياسات العمومية (حالة المغرب)، ورقة مقدمة في إطار تعزيز حكم القانون و النزاهة في العالم العربي، المركز العربي لتطوير حكم القانون و النزاهة 2006، ص5.

⁶ - http://www.conseillers.ma/lois_reglementaires.php?id=5.

⁷ - المادة 35 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي.

6 لجنة القطاعات الإنتاجية، وعدد أعضائها 50.

7 لجنة البنيات الأساسية و الطاقة و المعادن و البيئة، عدد أعضائها 50.

8 لجنة الثقافة و الاتصال، عدد أعضائها 50.

أما الجان الدائمة على مستوى مجلس المستشارين فقد حددتها المادة 48 من النظام الداخلي في ست (6) لجن دائمة هي على النحو التالي :

1- لجنة التعليم والشؤون الثقافية والاجتماعية؛

2- لجنة الخارجية والحدود والمناطق المحتلة والدفاع الوطني؛

3- لجنة الداخلية والجهات والجماعات المحلية؛

4- لجنة المالية والتجهيزات والتخطيط والتنمية الجهوية؛

5- لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان؛

7- لجنة الفلاحة والشؤون الاقتصادية.

وفيما يخص اللجان البرلمانية الدائمة في الجمعية الوطنية بفرنسا فقد حددتها المادة 36 من النظام الداخلي للجمعية في ثمانية¹، واللجان البرلمانية الدائمة في مجلس الشيوخ بفرنسا فقد حددتها المادة 7 من النظام الداخلي للمجلس في سبعة².

وما يلاحظ عن هذه اللجان البرلمانية الدائمة داخل المجلسين هو كونها متشابهة إلى حد كبير على مستوى التسميات، ومختلفة على مستوى تفصيل التخصصات، وفي ما يتعلق بعدد أعضاء اللجان البرلمانية الدائمة فهو لا يقل عن 15 عضو ولا يزيد عن 45 داخل مجلس المستشارين، أما داخل مجلس النواب فيبلغ عدد أعضاء كل لجنة 50 عضوا.

2: سير أعمال اللجان البرلمانية الدائمة.

من أجل القيام بمهامها ومناقشة القضايا التشريعية المحالة على هذه اللجان، فإن هذه الأخيرة تعقد اجتماعات يومية و طيلة أيام الأسبوع بهدف دراسة القضايا السياسية و التشريعية التي تدخل في نطاق اختصاصها والمحالة إليها

¹ - *Voir L'Article 36 Règlement de L'assemble Nationale française.*

1 *Commission des affaires culturelles et de l'éducation.*

2 *Commission des affaires économiques.*

3 *Commission des affaires étrangères.*

4 *Commission des affaires sociales.*

5 *Commission de la défense nationale et des forces armées :*

6 *Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire.*

7 *Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle*

8 *Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.*

² - *Article 7 Règlement de sénat français.*

Les Commissions permanentes suivantes :

1 *La commission des affaires économiques, qui comprend 39 membres ;*

2 *La commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, qui comprend 57 membres ;*

3 *La commission des affaires sociales, qui comprend 57 membres ;*

4 *La commission de la culture, de l'éducation et de la communication, qui comprend 57 membres ;*

5 *La commission du développement durable, des infrastructures, de l'équipement et de l'aménagement du territoire, compétente en matière d'impact environnemental de la politique énergétique, qui comprend 39 membres ;*

6 *La commission des finances, qui comprend 49 membres ;*

7 *La commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, qui comprend 49 membres.*

من لدن السلطة التنفيذية و مكتب المجلس الذي تنتمي إليه هذه اللجنة، باستثناء صبيحة اليوم المخصص للأسئلة الشفوية¹.

أما اجتماعات اللجان البرلمانية الدائمة بمجلس المستشارين فهي بحسب منطوق المادة 54 تخصص أيام الاثنين والأربعاء والخميس صباحا من كل أسبوع لأشغال اللجان الدائمة وذلك مدة دورات مجلس المستشارين ولها أن تجتمع في أيام ومواقيت أخرى إذا اقتضت الضرورة ذلك، ويبقى صباح يوم الثلاثاء مخصصا لاجتماعات الفرق.

و يتمتع مكتب اللجنة بكامل الصلاحية في برمجة الجلسات و الاجتماعات، وتسيير المناقشات وتحديد مدد و مواعيد اجتماعاتها و الإشراف على التقارير المقدمة للمناقشة في الجلسة العامة سواء كانت هذه اللجنة تنتمي لمجلس النواب أو مجلس المستشارين، فبرمجة أعمال اللجنة يدخل في نطاق الصلاحيات الممنوحة لمكتب اللجنة²، ويمكن لهذه اللجان أن تعقد اجتماعات مشتركة بين لجتين أو أكثر من لجان المجلس، شريطة أن يرخص لهذا الاجتماع رئيس المجلس الذي تنتمي إليه هذه اللجان³.

كما يمكن للجان البرلمانية الدائمة بمجلس النواب أن تعقد اجتماعات مشتركة مع اللجان الدائمة بمجلس المستشارين، وعلى جميع الأعضاء أن يحضروا هذه الاجتماعات بدون تغيب ولا انقطاع، وعلى من أراد أن يتغيب أن يوجه رسالة يشرح فيها أسباب تخلفه عن الاجتماع المزمع عقده قبل بداية الاجتماع⁴.

ومن حق الوزراء كذلك أن يحضروا اجتماعات هذه اللجان أو أن يعينوا مندوبين يستعينون بهم لهذا الغرض⁵، ويتعين الاستماع إلى الوزراء الحاضرين لأعمال اللجنة في حالة ما طلبوا ذلك، ولكل مستشار الحق في حضور جلسات اللجان وإن لم يكن عضوا بها، وله أن يبدي آراءه دون أن يشترك في التصويت⁶.

وتنهي جميع اللجان النيابية الدائمة اجتماعاتها بتحرير محضر مفصل عن كل اجتماع أو جلسة⁷، وتنجز تقارير موجزة حول المواضيع التي يتم تدارسها داخل اللجان وينشر في النشرة الداخلية و الموقع الإلكتروني للمجلس، وينشر محضر الجلسات العامة برمته في الجريدة الرسمية للبرلمان⁸، ويضع رئيس اللجنة في نهاية السنة التشريعية تقريرا مقصدا مرفعا عن حصيلة عملها و النصوص التي بقيت قيد الدرس⁹.

¹ - المادة 42 من النظام الداخلي لمجلس النواب

² - المادة 52 الفقرة الأخيرة من النظام الداخلي لمجلس المستشارين، و المادة 38 الفقرة ما قبل الأخيرة من النظام الداخلي لمجلس النواب.

³ - المادة 43 من النظام الداخلي لمجلس النواب .

⁴ - المادة 45 من النظام الداخلي لمجلس النواب، والمادة 55 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

⁵ - الفصل 67 من الدستور.

⁶ - المادة 51 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

⁷ - هذا النظام ساري المفعول على جميع اللجان البرلمانية الدائمة سواء بمجلس النواب المادة 49، أو بمجلس المستشارين المادة 65.

⁸ - الفصل 68 من الدستور المغربي لسنة 2011.

⁹ - المادة 49 من النظام الداخلي لمجلس النواب.

بقي أن نشير هنا إلى أن التصويت داخل اجتماعات اللجان حق شخصي لا يمكن تفويضه وذلك تماشيا مع فحوى ومنطوق الفصل 60 من الدستور المغربي، وبما يجب الإشارة إليه كذلك هو أن اجتماعات هذه اللجان بكلا المجلسين تتم بطريقة سرية¹.

ثانيا : اللجان البرلمانية الدائمة كموقع لتدارس السياسات العمومية.

فيما يخص مشاركة اللجان البرلمانية الدائمة في مناقشة السياسات العمومية نشير إلى أن الدستور المغربي لسنة 2011 ينص في فصله 101 الفقرة 2، على أن تخصص جلسة سنوية لمناقشة السياسات العمومية و تقييمها، كما تنص المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس النواب في الفقرة الثانية بما منطوقه : "... كما يمكن لها أن تخصص اجتماعات لتقييم السياسات العمومية للقطاعات التي تدخل ضمن اختصاصاتها".

ولكن بعد إحالة النظام الداخلي لمجلس النواب على المجلس الدستوري سابقا (حاليا المحكمة الدستورية) للبت في مطابقته لأحكام الدستور²، قضى قرار المجلس الدستوري بخلاف ذلك وبعدم مطابقة هذا المعطى للدستور³، للدستور³، وبني حيثياته على مقتضيات الفصل 101 من الدستور في فقرته الثانية، الذي ينص على أن تقييم السياسات العمومية يتم من لدن البرلمان وليس في إطار اللجان البرلمانية الدائمة، ولم يتبقى لهذه الأخيرة سوى تقنية طلب الاستماع لمسؤولي الإدارات و المؤسسات و المقاولات العمومية والدور الاستطلاعي والإخباري .

1 : الدور الاستطلاعي للجان البرلمانية الدائمة :

تتجلى الوظيفة الثانية للبرلمان بعد التشريع وإنتاج النصوص القانونية في مراقبة أعمال الحكومة والمؤسسات و المقاولات العمومية، إضافة إلى تقييم السياسات العمومية، وهنا يبرز دور هذه اللجان التي تضطلع بدور لا يخلو من أهمية في ممارسة هذا الدور الرقابي والاستطلاعي، كل لجنة تتدخل في القطاعات و المجالات التي تدخل في اختصاصاتها، حتى وإن كان يبدو أن الآليات الرقابية والاستطلاعية لهذه اللجان البرلمانية محدودة وغير فعالة، إلا أنها تعتبر من الأجهزة الداخلية التي يستعين بها البرلمان لتتبع أعمال السلطة التنفيذية و المؤسسات التي تخضع لوصاية الدولة.

وإذا كان الدستور المغربي لسنة 2011 دأب على نهج الدساتير السابقة عليه، واكتفى بالإشارة إلى دور اللجان الدائمة في المجال التشريعي فقط، والتزم الصمت فيما يخص دورها الرقابي والاستطلاعي، فإن المقتضيات المنصوص عليها في الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان والمتعلقة بآليات الرقابة قد مكنت هذه اللجان من التوفر على رصيد هام

¹ - المادة 105 من النظام الداخلي لمجلس النواب، وتقابلها المادة 66 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

² - وذلك امتثالا لمقتضيات الفصل 69 من الدستور، الذي ينص على أنه لا يجوز العمل بالنظام الداخلي للمجلسين إلا بعد أن تقر المحكمة الدستورية بمطابقته لأحكام الدستور.

³ - قرار المجلس الدستوري رقم 829/12 م.د بتاريخ 11 من ربيع الأول 1433، (4 فبراير 2012) ملف عدد: 1356/12، في شأن مخالفة المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس النواب، للدستور.

في مجال الرقابة جعلها تتبوأ مكانة لا يستهان بها في مجال الرقابية البرلمانية، ومن ضمن الوسائل الرقابية المعتمدة من لدن اللجان الدائمة اللجوء إلى عقد جلسات الاستماع، والاضطلاع بالدور الاستطلاعي أو الإخباري¹.

تمارس اللجان الدائمة دورا رقابيا كاللجوء إلى عقد جلسات الاستماع، والاضطلاع بالدور الاستطلاعي أو الإخباري، وقد أتاح النظام الداخلي لمجلس النواب لهذه اللجان إمكانية إحداث لجان فرعية بهدف تعميق دراسة النصوص القانونية المحالة عليها حسب القطاعات الخاضعة لاختصاصاتها².

ولها أيضا أن تكلف عضوا أو أكثر من أعضائها بمهمة استطلاعية حول شروط و ظروف تطبيق نص تشريعي معين أو موضوع يهم المجتمع، أو يتعلق بنشاط من أنشطة الحكومة أو الإدارات و المؤسسات و المقاولات باتفاق مع مكتب المجلس، بناء على طلب من رئيس اللجنة يوجه إلى مكتب اللجنة، ويعد النواب المكلفون بمهام الاستطلاع تقريرا من أجل عرضه على اللجنة قصد مناقشته وإحالة على مكتب اللجنة الذي يقرر في شأن مناقشته في جلسة عامة³.

وما يلاحظ على مطالبة اللجان بدور استطلاعي أنه أصبح يطال مجالات كانت في السابق خارجة عن النقاش السياسي فيما يتعلق بميزانيتها، كمؤسسة الدفاع الوطني مثلا، وهو معطى جديد باعتبار أن ميزانية هذا القطاع لم تكن يوما ما موضوع نقاش داخل لجنة المالية وكان يتم التصويت عليها بإجماع⁴، كما يمكن للجان الدائمة أن تطلب الاستماع إلى مسؤولي الإدارات و المؤسسات و المقاولات وكذا لأي ممثل عن مجلس من المجالس العليا أو مندوب سامي أو مدير مؤسسة عمومية أو شبه عمومية بحضور الوزراء المعنيين وتحت مسؤوليتهم العمومية⁵.

أما بالنسبة لمجلس المستشارين فتتيح مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 58 من نظامه الداخلي لرئيس كل لجنة إمكانية طلب الاستماع إلى أي عضو من أعضاء الحكومة⁶، كما تخول المادة 59 من نفس النظام الحق لكل لجنة أن تطلب بواسطة رئيس المجلس استدعاء ممثل عن المجلس الأعلى للإنعاش الوطني والتخطيط والمجلس الأعلى للتعليم⁷، ليقدم لها عرضا في كل مسألة تعنيها.

وفيما يتعلق بالدور الاستطلاعي للجان الدائمة أطلق مجلس المستشارين في المادة 67 من نظامه الداخلي على هذه الآلية اسم " مهمة إخبار "، حيث يجوز للجان الدائمة أن تكلف بعض أعضائها بمهمة إخبار حول شروط

¹ - عبد الحكيم طحطح: مقاربة الدور الرقابي للجان البرلمانية، هسبريس جريدة إلكترونية، الأربعاء 07 يوليو 2011،

<http://hespress.com/opinions/22208.html>

² - المادة 39 من النظام الداخلي لمجلس النواب

³ - المادة 40 من النظام الداخلي لمجلس النواب

⁴ - ندير المومني: دور البرلمان في تقييم السياسات العمومية (حالة المغرب)، المركز العربي لتطوير حكم القانون و النزاهة 2006، ص.6.

⁵ - المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس النواب.

⁶ - المادة 58 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

⁷ - المادة 59 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

وظروف تطبيق نص تشريعي معين، أو موضوع يهم المجتمع أو يتعلق بنشاط من أنشطة الحكومة. ويتم إعداد تقرير في الموضوع من أجل عرضه على اللجان قصد مناقشته أو إحالته على المجلس برمته¹.

ونظرا لكون مشروع قانون المالية يثير العديد من الإشكاليات باعتباره وثيقة تمويل السياسات العمومية لأجهزة الدولة، فإن الحكومة تكون مجبرة بإحالة هذا المشروع لزوما على لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب، بشرط أن يكون هذا المشروع مرفقا بتقرير مفصل يشرح الخطوط العريضة للتوازن الاقتصادي والمالي وكذا الأفق المستقبلية وتحديد نسبة النمو المرتقبة²، ومن حق النواب أن يطالبوا الحكومة بكل وثيقة يرون فيها تشكلا مفتاحا لمناقشة المشروع ولم ترفق بالمرفقات.

ويمكن للجنة المالية أن تستدعي وزير المالية ليذلي بيانات في الموضوع، ويمكنها أن تطلب من الحكومة أن تقدم إيضاحات حول مراحل تنفيذ قانون المالية وعند نهاية السنة³، وتشرع باقي اللجان الدائمة في التحضير لدراسة مشاريع الميزانيات الفرعية التي تدخل في اختصاصاتها بالموازاة مع لجنة المالية، ويقدم الوزير المعني مشروع ميزانية القطاع الذي يشرف عليه أمام اللجنة المكلفة مرفقا بالوثائق التفصيلية، وعليه أن يذلي بأي وثيقة يطالبه بها أعضاء اللجنة⁴.

إلا أن الإشكال الذي كان يطرح دائما حول قانون المالية هو تماطل الحكومة في إحالة مشروع قانون المالية على المجلس وهو ما يعرف بالوضع المتأخر لمشروع قانون المالية خاصة وأن دستور 1996، وكذا القانون التنظيمي للمالية رقم 7.98 لا ينص عن أية جزاءات عن هذا الوضع المتأخر⁵، وفي هذا الصدد يمكن القول بأن المشرع أدرك الإشكالات العملية التي يطرحها هذا الوضع، وعمل على تجاوزه بأن نص في الفصل 75 من دستور 2011 على أن يودع قانون المالية بالأسبقية بمجلس النواب مرفقا بجميع البيانات التوضيحية.

كما أن الحكومة أصبحت ملزمة بمقتضى الدستور بعرض قانون التصفية المتعلق بتنفيذ قانون المالية على البرلمان سنويا، خلال السنة الثانية التي تلي سنة تنفيذ قانون المالية السنوي⁶ وفي هذه الحالة يعقد البرلمان جلسة مشتركة بمجلسيه من أجل مناقشة مشروع قانون المالية السنوي⁷ ويحال على لجنة المالية قصد دراسته، قبل التصويت عليه من لدن مجلس النواب، وهذا الإجراء بإمكانه أن يجد من ظاهرة الوضع المتأخر الذي كانت تستفرد به الحكومة فيما قبل.

¹ - المادة 67 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين.

² - ندير المومني: ن.م.س.ص.7.

³ - المادة 130 من النظام الداخلي لمجلس النواب، الفقرة 3.

⁴ - المادة 134 من النظام الداخلي لمجلس النواب.

⁵ - ندير المومني: ن.م.س.ص.7.

⁶ - الفصل 76 من الدستور.

⁷ - الفصل 68 من الدستور.

2: الصعوبات والإشكاليات التي تواجه عمل اللجان.

أعتمد المغرب نظام اللجان البرلمانية منذ أول تجربة نيابية عرفتها البلاد سنة 1963، وقد تميز أداء اللجان بنوع من عدم التوازن وطالته مجموعة من الصعوبات و الإشكالات، تبعا لطبيعة التركيبة السياسية للجنة وطبيعة الاختصاصات المنوطة بها، وكذا تبعا لنوعية وتكوين الأعضاء البرلمانيين المنتسبين إليها، وتبعا للظرف العامة ولطبيعة القضايا المحالة إليها، وبشكل عام يمكن إجمال أهم الصعوبات و الإشكالات التي واجهت عمل اللجان على النحو التالي :

- 1- عدم توفر اللجان على خبرات وكفاءات ذات تكوين قانوني، ومن ثم لم يكن لدى معظم أعضاء اللجان تكوين قانوني يساعد في أداء المهام المطلوبة على الوجه الأكمل.
- 2- عدم توفر اللجان على الوقت الكافي الذي لا يسمح لها بالمصادقة على ما تراكم لديها من مشاريع، ومقترحات، بحيث تكون اللجان تحت ضغط الوقت ومجبرة على تسريع وتيرة المناقشة والمصادقة، الأمر الذي ينعكس على جودة الإنتاج التشريعي، مقابل مؤسسة الحكومة من خلال جهاز (الأمانة العامة للحكومة) التي تتوفر على الوقت الكافي لتهيئ هذه المشاريع.
- 3- عدم إعطاء أهمية كبرى لمقترحات القوانين، بل الأسبقية في الدراسة تعطى لمشاريع القوانين، وتبقى مقترحات القوانين معلقة.
- 4- وجود عدد كبير من اللجان (ثمانية داخل مجلس النواب)، مما أدى إلى تداخل بين اختصاصات اللجان في كثير من الأحيان.
- 5- عدم تفعيل بعض المهام المنوطة باللجان، وعدم إعطاء بعض آليات الرقابة الأهمية المطلوبة، مثل جلسات الاستماع العامة رغم أهمية هذه الآلية في الرقابة البرلمانية.
- 6- غياب خطة تشريعية سنوية متوافق بشأنها من لدن كافة أطراف المشهد السياسي، مما جعل عملية متابعة مشاريع القوانين و صياغة النصوص القانونية، من لدن أعضاء المجلس واللجان تتم في إطار من عدم التوافق بين مكونات المجلس كافة.
- 7- عدم تطبيق الإجراءات الواردة في النظام الداخلي بخصوص التغيب غير المبرر عن جلسات اللجان، فهذه الظاهرة تعطي صورة سيئة عن عمل البرلمان.

توصيات ختامية :

من أجل تجاوز أعطاب واختلالات الممارسة البرلمانية بالمغرب فإنه من اللازم أخذ مجموعة من النقاط بعين الاعتبار وذلك حتى يتسنى للمؤسسة التشريعية تخطي الاختلالات التي أثرت على العمل البرلماني عموما و الإنتاج التشريعي خصوصا، وفيما يلي بعض التوصيات :

- 1- الحرص على تكوين الأعضاء وتزويدهم بتقنيات تحرير و صياغة النصوص القانونية وذلك حتى يتسنى لهم مناقشة كل المشاريع المحالة على اللجنة، وتملكهم من منهجية التقدم بمقترحات قوانين تكون في مستوى المشاريع التي تتقدم بها الحكومة.
- 2- إعطاء أهمية لمقترحات القوانين المحالة من لدن مكتب المجلس، لأن هذا المجلس تعبير عن إرادة المواطنين.

- 3- وضع حد لظاهر التغيب غير المبرر عن الجلسات العامة وتطبيق الإجراءات المنصوص عليها في النظامين الداخليين بشكل صارم¹.
- 4- تفعيل المهام الرقابية للجان المنصوص عليها في النظام الداخلي للمجلسين، مثل عقد جلسات الاستماع في كل مسألة تعنيها، كالاستماع إلى عضو من أعضاء الحكومة، مثل عن مجلس من المجالس العليا أو مندوب سامي أو مدير مؤسسة عمومية أو شبه عمومية.
- 5- الاستعانة بالخبراء القانونيين أثناء مناقشة النصوص القانونية، وكل الخبرات التي يمكن أن تحسن و ترفع من جودة أعمال اللجان.
- 6- تقليص عدد اللجان البرلمانية على مستوى مجلس النواب، للحد من مشكل التشابه أو التداخل في الاختصاصات.
- 7- تغليب منطق الجودة القانونية على حساب الانتماء السياسي للأعضاء أثناء جلسات المناقشة، بمعنى يجب مناقشة النصوص القانونية بمعزل عن منطق أغلبية أو معارضة، وكل نص قانوني تتوفر فيه الشروط القانونية منهجيا ومضمونا، يجب إقراره وإحالته على الجلسة العامة بدون تماطل أو تأخير.
- 8- إشراك جميع الفاعلين السياسيين والخبراء وذوي التجربة في إنجاز المخططات التشريعية، بدل الاقتصار على مكاتب الأمانة العامة للحكومة.
- 9- تعديل النظام الداخلي لمجلس المستشارين حتى يتلاءم مع مقتضيات الدستور الجديد و النظام الداخلي لمجلس النواب، وانتخاب مجلس مستشارين جديد وفق الكيفيات التي حددها الدستور الجديد.

لائحة المراجع :

أولاً: الكتب :

1- بالعربية.

- عبد الغني أعبيزة : مراقبة العمل الحكومي عبر وسائل الرقابة البرلمانية منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة أعمال ومؤلفات جامعية عدد 67 الطبعة الأولى 2006.
- المختار مطيع : القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار القلم للطباعة الرباط، ط 1 2002.
- أحمد حضرائي : القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، مكتبة سجلماسة ، مكناس طبعة 2001،
- عبد الحميد متولي : الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، مطبعة إتحاد الجامعات، الإسكندرية 1976.
- أحمد أبو دية: اللجان البرلمانية في المجلس التشريعي، منشورات الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة - أمان 2004.

¹ للإشارة هنا فإن اللجان الدائمة في الكونغرس الأمريكي، من حقها أن توجه الاتهام الجنائي في حق كل من يتغيب عن جلساتها بتهمة احتقار الكونغرس، راجع أحمد حضرائي: القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، مكتبة سجلماسة ، مكناس طبعة 2001، ص 41.

ثانيا : الأطروحات الجامعية

✍ الحبيب الدقاق : العمل التشريعي للبرلمان، أطروحة لنيل دكتوراه الدوله في الحقوق، كلية الحقوق أكادال الرباط، 2001.2002.

ثالثا : المقالات العلمية :

1- بالعربية :

✍ محمد المالكي: وضع البرلمان في المغرب، ورقة مقدمة في إطار تعزيز حكم القانون و النزاهة في العالم العربي، المركز العربي لتطوير حكم القانون و النزاهة، 2006

✍ ندير المومني : دور البرلمان في تقييم السياسات العمومية (حالة المغرب)، المركز العربي لتطوير حكم القانون و النزاهة 2006.

✍ شافع اوباشر: العمل البرلماني بالمغرب، مجلة دراسات ووقائع دستورية و سياسية، العدد الثامن 2010.

✍ وفه المالك الصباح : نهاية لجان التحقيق البرلمانية، جريدة الوطن الكويتية بتاريخ 2012/04/25.

✍ عبد الحكيم طحطح : مقارنة الدور الرقابي للجان البرلمانية، هسبريس جريدة إلكترونية، الأربعاء 07 يوليو 2011، <http://hespress.com/opinions/22208.html>

2- بالفرنسية :

✍ **Ivo Rens**: *Les Commissions Parlementaires en droit comparé, In Revue internationale de droit comparé. Vol. 13 N°2, Avril-juin 1961.*

رابعا: النصوص و الوثائق القانونية :

1 المغرب :

الدستور المغربي لسنة 1996.

الدستور المغربي لسنة 2011.

النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي.

النظام الداخلي لمجلس المستشارين المغربي.

2 فرنسا :

-*La Constitution du V^{ème} République Française 1958*

-*Règlement de L'assemble Nationale Française*

-*Règlement de Sénat Française*

خامسا : القرارات :

- قرار المجلس الدستوري رقم 829/12 م.د بتاريخ 11 من ربيع الأول 1433، (4 فبراير 2012) ملف عدد:1356/12، في شأن مخالفة المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس النواب، للدستور.

Sites officiels des institutions publiques:

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.senat.fr>

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<http://www.conseillers.ma>

<http://www.parlement.ma>

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

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

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

<http://www.maroc.ma/portailinst/Ar>

النصرقات الخاضعة للشهر العقاري الحقوق الميانية و الحقوق الشخصية



من إعداد : الأستاذة إنجي هند زهدور

- من جامعة وهران كلية الحقوق -

مقدمة :

نظرا للأهمية التي يحققها العقار في نمو و ازدهار المجتمعات، فإن كثرة المنازعات حوله تؤدي حتما إلى الإنقاص من قيمته ، مما يؤدي بالضرورة إلى التقليل من درجة التعامل بشأنه خاصة إذا كانت الأحكام القانونية التي تضبطه غير دقيقة و مبثثة في عدة نصوص كما هو الحال بالنسبة للجزائر فضلا عن التحولات الإقتصادية و السياسية التي عرفتها البلاد من نظام كان يرتكز على الملكية الجماعية إلى نظام احتكر الملكية الفردية .

و غير خاف أن قيمة العقار سواء في الجزائر أو في بلاد أخرى تعرف تزايدا مستمرا مما أدى بالعديد إلى الإنشغال باكتسابه كونه ثروة أبدية لا تزول و تعمل على إثراء الذمة المالية لصاحبه و إغنائها .

و على هذا الأساس اهتمت جل تشريعات العالم بتنظيم الملكية العقارية عن طريق سنّ قواعد قانونية تضبط كل التصرفات الواردة على العقارات و تحكمها و هي تتضمن عموما تحديد قواعد استعمال العقار و استغلاله و التصرف فيه من خلال قواعد تبين قوامه المادي من حيث طبيعته و مساحته و موقعه و حدوده .

إذا كانت الملكية في المنقول سندها الحياة فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للعقارات نظرا لطبيعتها و ما لها من حيز ثابت و مستقر. لذلك عمل المشرعون في المجال العقاري على ضرورة إيجاد نظام يتلاءم و طبيعة العقار يهدف بالدرجة الأولى إلى إعلام المتعاملين بشأنه بكل ما يرد عليه من تصرفات مختلفة مما يؤدي إلى استقراره و تقوية ثقة التعامل فيه و بعث النشاط في الحياة الإقتصادية عن طريق منح القروض المالية بمناسبة ترتيب تأمينات عينية عليه .

و سمي هذا النظام بنظام الشهر العقاري وهو نظام تبنته مختلف التشريعات العقارية في العالم.

و المقصود بالشهر العقاري مجموع القواعد و الإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية الأخرى لشخص معين أو أشخاص معينين و من شأن هذه القواعد تنظيم حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و جعلها حجة في مواجهة الغير و يكتسب بموجبه الحق المشهر قوة ثبوت مطلقة . و استنادا إلى هذا النظام يستطيع الغير المتعامل بشأن العقارات المشهرة مع صاحب الحق فيه بكل ثقة و طمأنينة، مما يشجعه على اكتساب العقار أو إنشاء حقوق عينية تابعة لمصلحته.

و من أجل تكريس هذا المبدأ حرر المشرع مهنة التوثيق بموجب القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 الملغى بموجب القانون رقم 06-02 المؤرخ في 2006/03/08 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، و اقتضى أن تكون قاعدة الرسمية القاعدة الأساسية لكل تصرف واقع على عقار و أكد من خلال نصوص قانون الشهر العقاري أن الرسمية لا تغني عن الشهر.

فمن الواجب معرفة محل الشهر و موضوعه و المتمثل في العقود و المحررات الخاضعة للشهر و التي بموجبها يتم نقل حق من الحقوق العينية أو إنشاؤه أو تعديله أو إنهائه.

و على هذا الأساس فإن المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 75/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري تؤكد على أن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية. فيظهر من خلال هذه المادة أن الشهر واجب في هذه التصرفات لينتج أثره سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير. و لذلك فإن المشرع أوجب على أصحاب الحقوق العينية - أصلية كانت أو تابعة - أن يعلنوا عنها بشهرها لكي تثبت لهم و لكي يتمكنوا من الاحتجاج بها على الغير و بغير هذا الشهر فإن الحق العيني لا يعتبر موجودا مما يفتح أمامه أبواب الريب و لا يجعله في مأمن من المنازعات.

جاء نص المادة 16 من الأمر 74/75 عامًا، مشرطا شهر التصرفات التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني حتى يكون له أثر بين الأطراف دون أن يحدد إن كانت الحقوق العينية المقصودة أصلية أو تابعة، و إذا كان الأمر كذلك فإن المشرع يكون قد قصد الحقوق العينية بنوعها الأصلية و التابعة معًا، رغم أن هذه الأخيرة لا تنقل الملكية غير أنها تنشئ حقوقا عينية لضمان أو خدمة حقوق أخرى لذلك أوجب شهرها. و هي تتمثل أساسا في الرهن و حق الامتياز و حق التخصيص.

كما أضافت المادة 17 من نفس الأمر المذكور أعلاه بعض التصرفات التي تنشئ حقوقا شخصية و أكدت أنه لا يكون لها أثر بين الأطراف و لا يحتج بها في مواجهة الغير في حالة عدم إشهارها. و تمثلت هذه التصرفات في الإيجار لمدة 12 سنة و المخالصات و الحوالات التي تزيد مدتها عن 3 سنوات، إذ جعل المشرع للشهر في هذه التصرفات أثرا منشئا رغم أنها لا تنشئ حقوقا عينية.

و لم يقف المشرع الجزائري في حمايته للحقوق الواردة على العقار عند هذا الحدّ، بل امتدت هذه الحماية لتشمل بعض أنواع الدعاوى القضائية التي يكون موضوعها فسخ أو إبطال أو نقض حقوق عينية مستندا في ذلك إلى نص المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

و من أجل ضمان الائتمان العقاري و تحقيق التنظيم المحكم لعملية الشهر العقاري فإن المشرع اشترط في جميع العقود و الوثائق الرسمية الخاضعة لعملية الشهر أن تتوفر على قاعدتين أساسيتين هما قاعدة الرسمية و حدد الأشخاص المؤهلين لتحرير هذه العقود و الوثائق و قاعدة الشهر المسبق للحقوق و المعاملات الواردة على العقارات التي تكون محل العقود و الوثائق المودعة .

و استنادا إلى ما سبق ذكره فإنّ نظام الشهر ينشئ الحقوق العينية و يعتبر مصدرا لها و حجة مستندة إليها في حالة الاحتجاج بها على الغير لذلك فإنه يستوجب بالضرورة أثرا مختلفا على القيمة القانونية للعقود و الوثائق الرسمية في حالة عدم شهرها.

و بناء على ما تقدم، فإن ضرورة البحث في هذا الموضوع تدفع إلى التساؤل عن مجمل التصرفات القانونية التي أخضعها المشرع الجزائري لإجراء الشهر؟ و هل تمكن من فرض قواعد عقارية أساسها ضمان الحماية و الاستقرار في التعامل العقاري من خلال هذا الإجراء؟

و على هذا سنقسم الدراسة إلى مبحثين، يتناول الأول التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية و في المبحث الثاني التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية و ذلك من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية .

المطلب الأول: التصرفات المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو إنهاؤها أو التصريح بها.

الفرع الأول: التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية .

الفرع الثاني: التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية .

الفرع الثالث: التصرفات المعدلة للحقوق العينية العقارية الأصلية .

الفرع الرابع: التصرفات المنهية للحقوق العينية العقارية الأصلية .

الفرع الخامس: التصرفات المصرحة بالحقوق العينية العقارية الأصلية .

المطلب الثاني: التصرفات المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية أو نقلها أو إنهاؤها أو التصريح بها .

الفرع الأول: الرهن الرسمي .

الفرع الثاني: حق التخصيص .

الفرع الثالث: الرهن الحيازي .

الفرع الرابع: حق الامتياز.

المبحث الثاني: التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية .

المطلب الأول: الإيجارات التي مدتها 12 سنة .

المطلب الثاني: المخالصات و الحوالات .

المبحث الأول: التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية :

يعرف الدكتور إسحاق إبراهيم منصور الحقوق العينية بأنها قدرات أو إمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته أو أشياء محددة بذواتها ، فيستطيع صاحب الحق بما له من قدرة مباشرة على الشيء أن يستعمل حقه القانوني على ذلك الشيء دون وساطة شخص آخر، لأن سلطته مباشرة.⁽¹⁾

بينما عرّف الحق العيني عند بعض الفقهاء بأنه الحق الذي يمكن صاحبه أن يحصل من الشيء مباشرة على كل أو بعض المنفعة التي يخوله إيّاها من غير حاجة إلى وساطة شخص آخر. بمعنى أنه الحق الذي يقع على الشيء مباشرة و يكون الشيء بمقتضى هذا الحق خاضعا لإرادة هذا الشخص و تصرفه. و بذلك يمكن تعريف الحق العيني بأنه حق ينصب مباشرة على شيء معين و يمكن الاحتجاج به تجاه الجميع.⁽²⁾

و بالرجوع إلى المادة 16 من الأمر رقم 74/75 فإن مقتضى نص المادة على نحو ما تقدم يؤكد على أنّ التصرفات القانونية جميعها سواء كانت صادرة من جانبيين أو جانب واحد، واجبة الشهر طالما تعلقت بإنشاء حق عيني عقاري أو نقله أو التصريح به أو تعديله أو انقضائه .

إلا أنّ الحقوق العينية العقارية قد تكون أصلية أو تبعية، و يمكن تمييز الحقوق العينية الأصلية عن الحقوق العينية التبعية بأنّ الأولى دائما لها وجود مستقل ، فهي لا تتعلق بأي حقّ آخر و لا يرتبط وجودها أو قيامها بوجود حق أو قيام حق⁽³⁾ ، أو بمعنى آخر أنّ الحقوق العينية الأصلية لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى.⁽⁴⁾

و أهم الحقوق العينية الأصلية : حق الملكية و حق الإنتفاع و حق الإستعمال و حق السكنى و حق الارتفاق.

أما الحقوق العينية التبعية فلا يتصور قيامها استقلالا كما هي عليه الحال في الحقوق العينية الأصلية بل تستند في وجودها إلى حق شخصي متبوع كضمان للوفاء به . و هي تسمى أيضا بالتأمينات العينية و تشمل حق الرهن الرسمي في العقار و الحيازي في المنقول و حق التخصيص و حق الإمتياز.

المطلب الأول: التصرفات المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها أو التصريح بها:

قبل التطرق إلى التصرفات القانونية المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها أو التصريح بها، من الواجب معرفة هذه الحقوق العينية الأصلية أولاً. ولقد سبقت الإشارة إلى أن الحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي لا تتعلق بأي حق آخر ولا ترتبط بوجوده أو قيامه، وهي تشمل حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنها من حق الإنتفاع و حق الإستعمال و حق السكنى و حق الإرتفاق.

1- حق الملكية :

إن حق الملكية حق ينصب مباشرة على شيء معين، وهي تعطي لصاحبها السيطرة الكاملة على الشيء و تظهر هذه السيطرة في استعماله للشيء و استغلاله و التصرف فيه.

فالملكية إذن أوسع الحقوق العينية نطاقاً⁽⁵⁾، أما سائر الحقوق العينية الأخرى فهي أضيق منها لأنها ليست سوى مشتقات من حق الملكية.⁽⁶⁾

و الوقوف على حقيقة مقصود الملكية العقارية في هذا البحث يقتضي التطرق إلى المادة 674 من القانون المدني التي تنص: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة ". هذه المادة تستلزم بالضرورة النظر إلى المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري و التي تنص: " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العقارية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها ". فالملكية العقارية إذن لا تعدو سوى أن تكون سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله و يستغله و يتصرف فيه ضمن حدود القوانين و الأنظمة المعمول بها.⁽⁷⁾

و مما يعين على تحديد حق الملكية و معرفة أصحابه و حفظ حقوق الغير هو نظام السجل العقاري ، هذا النظام الذي يرفع كل إلتباس عن كل ما يتعلق بالعقارات بسبب الثقة التي منحها المشرع للبطاقة العقارية التي تعتبر الحجة الوحيدة و السند الثابت الأكيد للملكية.

فالمالك الحقيقي للعقار هو الشخص الذي قُيد على إسمه العقار و صاحب الحق العيني العقاري هو الشخص الذي لم يهمل قيد حقه في حينه على البطاقة العقارية المعلنة لحقه تجاه الجميع.⁽⁸⁾

هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أيضا من خلال المادة 2/28 من المرسوم المؤرخ في 04/01/1955 حيث أكد فيها أن كل تصرف ناقل للملكية العقارية بين الأحياء يستوجب شهره في سجل محافظة الرهون (المحافظة العقارية في الجزائر) و إذا كان هذا النص يشمل العقود و التصرفات المبرمة بين الأحياء إلا أنه استثنى من ذلك الوصية و هو ما يعتبره الفقه الفرنسي فراغا تشريعيا، لأنه من الواجب - حسب رأي الفقه - أن يكون الغير عالما بجميع التصرفات الواردة على العقار بما فيها عقد الوصية.⁽⁹⁾

و الملكية باقية ببقاء الشيء، بمعنى أن للملكية صلة مباشرة بين المالك و الشيء فلا يمكن أن ينفصل عنه، و لهذا يظل الحق ما بقي الشيء و لا ينقضي إلا إذا هلك هذا الشيء محل الحق. إلا أن ذلك ليس معناه أن تظل الملكية ملازمة لصاحبها، بل تنتقل من شخص إلى آخر بأي سبب من أسباب الإنتقال. و بذلك يتغير أصحابها مع بقاء الحق نفسه، فإذا تصرف المالك مثلا في الشيء أدى هذا إلى اختفاء حقه و زواله عنه و انتقاله إلى مالك جديد.⁽¹⁰⁾

2- حق الإنتفاع :

إن حق الإنتفاع حق عيني متفرع عن حق الملكية، فهو حق عقاري أصلي يخول لصاحبه إستعمال العين و استغلالها لمدة محددة و ينتهي حتما بوفاة المنتفع فتعود العين للمالك أو ورثته.⁽¹¹⁾

و يلتزم المنتفع برد الشيء إلى صاحبه مالك الرقبة عند نهاية مدة الإنتفاع به على أن يكون بحالة صالحة للإنتفاع به. و يكسب حق الإنتفاع بالتعاقد و بالشفعة و بمقتضى القانون و بالوصية حسب ما تنص عليه المواد من 744 إلى 754 من القانون المدني.⁽¹²⁾

و يترتب على التصرف في حق الإنتفاع، إنتقاله كحق عيني عقاري إلى المتصرف إليه، و حتى يتحقق هذا الأثر فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير يجب شهر التصرف الوارد على هذا الحق عملا بنص المادة 16 من أمر 74/75، فإن تمّ الشهر إنتقل حق الإنتفاع و استقل عن حق الرقبة.

و إذا كان حق الإنتفاع حقا عينيا عقاريا أصليا فإنه لا يزول أو ينتهي - وفقا للمادة 16 المذكورة أعلاه- إلاّ بشهر السند المتضمن هذا الزوال سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. و قد ينقضي هذا الحق إما بانتهاء الأجل المتفق عليه أو بوفاة صاحبه⁽¹⁴⁾، و قد يتفق الطرفان بعد شهر السند على تحديد مدة انتهاء الحق أو تعديله، و حينها يجب شهر هذا الإتفاق.⁽¹⁵⁾

3- حق الإرتفاق :

الملكية هي الحق في استعمال العقار و استغلاله و التصرف فيه. و الانتفاع هو الحق في استعمال مال الغير، و الإرتفاق هو حق عيني من شأنه الحدّ من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه غير مالك العقار الأول. فالإرتفاق يفترض وجود عقارين مملوكين لشخصين مختلفين كأن يكون هذا الحق واقعا على عقار و مقررا لصالح عقار آخر.⁽¹⁶⁾

بمعنى آخر، يقصد بحق الإرتفاق الحق الذي يتقرر قانونا و تترتب بناء عليه مصلحة أو منفعة لعقار معين على عقار آخر يتحمل عبء المنفعة أو الإرتفاق⁽¹⁷⁾. و يتمثل حق الإرتفاق غالبا في الحق في المرور أو الشرب أو الري.⁽¹⁸⁾

و لا ينشأ حق الإرتفاق بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير إلاّ إذا تمّ شهره. و إذا تضمن التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق تحديد مدة لبقاء هذا الحق، فإنه ينقضي بانتهائها، و يزول حق الإرتفاق باعتباره حقا عينيا

بمجرد انقضاء مدته إذا ما كان سند إنشائه متضمنا وقت انتهاء هذا الحق . و طالما أن سند الإنشاء قد أشهر فإن الإتفاق على انتهاء حق الارتفاق يكون لازما شهره⁽¹⁹⁾ . وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها رقم 64447 المؤرخ في 1991/03/12 .⁽²⁰⁾

4- حق الإستعمال و حق السكنى :

تنص المادة 855 من القانون المدني على ما يلي: " نطاق حق الإستعمال و حق السكنى يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق و أسرته الخاصة و ذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق "

إن حق الإستعمال هو حق عيني وهو يشبه حق الإنتفاع إلا أنه لا يتناول سوى أحد عنصري الإنتفاع وهو الإستعمال دون الإستغلال. أما حق السكنى فهو حق الإستعمال المقتصر على المنازل فحق الإستعمال يخول لصاحبه حق استعمال الشيء و لا يجوز له حق استغلاله و تناول ثمراته، إلا أن المشرع أجاز لصاحب حق الإستعمال على شيء مثمر أخذ الثمار اللازمة لنفسه و لأسرته و هو نفس ما ذهبت إليه المادة 630 من القانون المدني الفرنسي.⁽²¹⁾

و أضافت المادة 633 من القانون المدني الفرنسي أن حق السكن يجب أن يقتصر على القدر (المساحة) الذي يكون ضروريا لسكن صاحب هذا الحق و عائلته حيث قضت المحكمة المدنية الفرنسية في 1949/07/09 بأن الشخص الذي يسكن وحده و الذي له حق السكن لا يكون له الحق إلا في غرفتين و مطبخ و حمام و إن كانت مساحة المنزل الذي يمارس فيه حق السكن أكبر من ذلك⁽²²⁾ .

و يخضع حق الإستعمال و السكنى لنفس الأحكام الخاصة بحق الإنتفاع ، وهما ينشآن و يسقطان بالأسباب التي ينشأ بها حق الإنتفاع و يسقط به⁽²³⁾ .

الفرع الأول : التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية :

إنشاء الحق دليل على أن هذا الأخير لم يكن موجودا من قبل. غير أن التصرف هو الذي كان سببا في ظهوره و إنشائه ، و مثال هذه التصرفات العقود المنشئة لحق إنتفاع أو حق استعمال على عقار أو حق سكنى أو حق ارتفاق . علما أن هذه الأخيرة كلها حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية.

إلا أن حق الملكية هو حق لا ينشئه التصرف القانوني لأن الملكية لا توجد ابتداء إلا بالإستيلاء⁽²⁴⁾ . فعقد بيع العقار مثلا تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية في حالة شهره و ليس إنشاء ملكية جديدة للمشتري. فهو تصرف لا توجد الملكية بموجبه ابتداء و لكنها كانت موجودة و ترتب على شهر عقد البيع انتقالها من البائع إلى المشتري. و قد تكون الملكية قد انتقلت من قبل إلى البائع و قد تكون قد نشأت له ابتداء بالإستيلاء على العقار و بالتالي فإن الإستيلاء واقعة مادية أدت إلى اكتساب الملكية⁽²⁵⁾ .

و يؤكد الدكتور عبد الرزاق السنهوري على أن الاستيلاء ليس بعقد و لا بتصرف قانوني و إنما هو واقعة مختلطة اختلطت فيه الحياة المادية وهو عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال، وهو عنصر

إرادي، و لكن العنصر الإرادي هو المتغلب، و من ثمّ ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية و على ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفاً قانونياً و لا يكون واجب الشهر⁽²⁶⁾.

هذا عن حق الملكية، أما عن الحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى فإنها تنشأ بالتصرف القانوني متى تمّ شهره.

الفرع الثاني: التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية:

استناداً إلى المادة 16 من الأمر 74/75، فإنه يقصد بالتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية، كل التصرفات التي تؤدي إلى انتقال الملكية و الحقوق العينية الأخرى من شخص إلى آخر و ذلك بغض النظر عن صفة المتصرف، حيث ألزم المشرع شهر جميع العقود و القرارات الإرادية المنصبة على نفس الحقوق لنقل الملكية، و ترد هذه التصرفات بعد نشوء حق الملكية، و من ثمّ فإنها ترد على هذا الحق فتنتقله ممن اكتسبه إلى المتصرف إليه. كما تنقل سائر الحقوق العينية العقارية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية.

و يتم نقل الحق العيني العقاري الأصلي بموجب أي من التصرفات الناقلة لهذا الحق من عقود و قرارات إدارية و بالتالي ليس من شأن هذه التصرفات إنشاء ملكية جديدة و إنما نقل ملكية قائمة إلى من صدر إليه التصرف.

و نتناول فيما يلي التصرفات الناقلة للملكية و إيضاح إجراءات شهر كل منها:

أ- العقود:

عرفت المادة 54 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 العقد بأنه إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما. و تضيف المادة 55 من نفس القانون أن العقد قد يكون ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضاً. أما المادة 56 فتتضمن على أن العقد قد يكون ملزماً لشخص أو عدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص آخر أو عدة أشخاص آخرين دون إلتزام من هؤلاء الآخرين.

و نتيجة لذلك فإن العقود قد تكون ملزمة لجانبين أو لجانب واحد. و العقود الملزمة لجانبين مثالها عقد بيع العقار، على ألا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار⁽²⁷⁾. و لا ينتقل الحق العقاري إلى المشتري بإفرازه و تعيينه بالذات لأن التصرفات التي يراد بها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها و ليس للتصرفات غير المشهورة من أثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.

و لا يغير من أحكام المادة 793 من القانون المدني أن القانون الجزائري إستلزم توثيق عقد البيع العقاري، فوظيفة التوثيق هي إنعقاد العقد و وظيفة الشهر هي إحداث العقد لأثره العيني و لا يغني أحدهما عن الآخر.⁽²⁸⁾

الأمر الذي أكدت عليه المادة 934 من القانون المدني المصري التي جاء نصها كالآتي: " في المواد العقارية لا تنتقل الملكية و لا الحقوق العينية الأخرى، سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري " و عليه فإن عقد البيع من أهم العقود التي يجري عليها الشهر و أوسعها إنتشارا، إذ أن الملكية - سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين- لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع.⁽²⁹⁾

و تعتبر عقودا ملزمة لجانبين أيضا ، عقود مقايضة العقار و تقديمه كحصة في الشركة ، علما أن المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود.

و عليه فإن المادة 415 من القانون المدني تؤكد على أن أحكام البيع تسري على المقايضة بالقدر الذي تسمح به المقايضة و اعتبرت كلا من المتقايضين بائعا للشيء و مشتريا له متى تقايضا على ذلك.

أما عن تقديم حق ملكية العقار أو حق عيني آخر كحصة في شركة فإن أحكام البيع هي التي تسري حسب ما تنص عليه المادة 422 من نفس القانون.

و مفاد هذه النصوص أنه سواء تم تقديم العقار كحصة في شركة أو تبادل العقارات بالمقايضة فإن أحكام عقد البيع التي تؤدي إلى نقل ملكية العقار من شخص لآخر واجبة التطبيق و لا تنتقل الملكية إلا بالشهر في السجل العقاري وهو ما تؤكد أيضا المادة 165 من القانون المدني .

و إذا كانت العقود الملزمة لجانبين تستلزم إجراءات الشهر في نقل ملكية العقار فإن الأمر لا يخلو من ذلك بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد ، و مثالها عقد الهبة و الوصية و الوقف.

الوصية حسب ما نصت عليه المادة 184 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 ، هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. و قد أخضعها المشرع للشكل التوثيقي حسب ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 160350 المؤرخ في 23/12/97 : " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم و يؤشر على هامش أصل الملكية"⁽³⁰⁾ . و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون.⁽³¹⁾

أما الهبة التي تنص عليها المادة 202 من نفس القانون فهي تمليك بلا عوض، و قد عرفها بعض الفقهاء على أنها تمليك العين في الحال مجانا، و هي لا تتم إلا بين الأحياء وهو ما يميزها عن الوصية التي هي هبة مؤجلة

إلى ما بعد موت الموصي، فلا تصح الهبة المعلقة على شرط و المؤجلة إلى المستقبل. و تشمل الهبة العقارات كما تشمل المنقولات و قد تمتد إلى الأموال النقدية.⁽³²⁾

و تنص المادة 213 من القانون المذكور أعلاه على أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصلق. وهو ما أشارت إليه المادة 03 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، كما نصت المادة 41 من قانون 91-10 على أنه يجب على الموقوف أن يقيد وقف العقار بعقد لدى الموثق و أن يسجل لدى المصالح المكلفة بالتسجيل العقاري.

و يظهر من خلال هذه المواد أن هذه العقود هي من عقود التبرع و يترتب عليها انتقال الملكية سواء إلى الموهوب له أو الموصى له أو الموقوف له.

و نظرا لخطورة الأثر المترتب على تخلي الوهاب أو الموصي أو الموقوف عن أمواله بدون مقابل تطلب المشرع أن تصب هذه العقود في شكل رسمي على أن يجررها موظف مختص بتوثيق هذه العقود حتى يتنبه مبرموها إلى خطورة التصرف الذي يقدمون عليه ، ومن ثم تترتب على هذه التصرفات آثار تتمثل في تسليم محل الهبة أو الوصية أو الوقف عقارا كان أو منقولا . فلا تنتقل ملكية العقار بمجرد التوثيق لأن هذا الأخير يعد شرطاً للإنعقاد بل لا بد أن تخضع هذه العقود لقانون الشهر العقاري باعتبارها ناقلة للملكية ، و بالتالي فإنه يجب لإنتقال الملكية شهر هذه العقود (الملزمة لجانب واحد) لدى مكاتب المحافظة العقارية.⁽³³⁾

كما أن العقود قد تكون رسمية موثقة صادرة عن ضابط عمومي أو موظف عام أو قد تكون عرفية. فإذا كانت التصرفات القانونية المنصبة على العقارات أو الحقوق العينية العقارية صادرة قبل تاريخ جانفي 1971 فإن هذه المحررات العرفية تكون ناقلة للملكية دون إخضاعها لإجراء الشهر العقاري باعتبار أن هذا الإجراء لم يكن إلزاميا آنذاك، و قد تترتب عن هذه الوضعية زعزعة المراكز القانونية المنشأة و فقدان الثقة في المعاملات العقارية في كثير من الحالات، و من ثم المساس بالحقوق المشروعة لأطراف هذه المحررات.

غير أنه و بعد صدور الأمر رقم 90-71 المؤرخ في 1971/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق و كذا الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني و الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن المسح العام و تأسيس السجل العقاري، أصبح إجراء الشهر العقاري إلزاميا بالضرورة.⁽³⁴⁾

و قد تكون العقود الناقلة للملكية عادية كما قد تكون إدارية ، فالعقود العادية هي تلك التي يكون طرفاها أشخاصا طبيعيين كما تقدم في الأمثلة السابقة، أما العقود الإدارية فهي التي يكون أحد طرفيها شخصا معنويا كالدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، حيث أقر المشرع للإدارة في سبيل نقل أملاكها العقارية للغير أن تلجأ إلى التعاقد، فتبرم عقودا إدارية هذا الشأن وهو ما أكدته الغرفة الرابعة بمجلس الدولة من خلال القرار رقم 21 المؤرخ في 2000/01/31 في قضية (ح.م) ضد بلدية موزاية.⁽³⁵⁾

و مثالها :

1- العقود الإدارية التي أبرمت بموجب القانون رقم 81-01 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية، إذ جاء نص المادة 26 من هذا القانون كالآتي: " و تحرر هذا العقد و تقيده إدارة أملاك الدولة و الشؤون العقارية للولاية طبقا للتنظيم المعمول به " .

2- العقود الإدارية المعدة من طرف أملاك الدولة و المتعلقة بإنشاء المستثمرات الفلاحية الجماعية طبقا لقانون المستثمرات الفلاحية المؤرخ في 1987/12/08 و المرسوم التنفيذي رقم 90-05 الصادر بتاريخ 1990/02/06 المتعلق بكيفية إعداد العقد الإداري ، حيث نصت المادة 02 من المرسوم المذكور أعلاه على الجهة المكلفة بإعداد العقد الإداري وهي مديرية أملاك الدولة و ذلك في نسخة أصلية و نسختين أخريين تودع إحدهما للإشهار في المحافظة العقارية و الثانية للمستثمرة الفلاحية المعنية بعد أن تستوفي إجراءات التسجيل و الشهر العقاري.⁽³⁶⁾

ب- القرارات الإدارية :

قد تصدر الإدارة قرارات إدارية تنقل بموجبها ملكيتها العقارية إليها أو إلى الغير في سبيل تحقيق المصلحة العامة ، و من بين هذه القرارات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة المتخذة في إطار القانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ، إذ جاء في نص المادة 02 منه : " يعدّ نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية .."⁽³⁷⁾

الفرع الثالث : التصرفات المعدلة للحقوق العينية العقارية الأصلية :

المقصود من تعديل الحقوق العينية العقارية بموجب تصرف هو أن هذا الأخير يجعل الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن تكون مقترنة بشرط مانع من التصرف ، فقد يعدل تصرف حق انتفاع على عقار لمدة معينة بعقد يطيل مدة الانتفاع أو ينقصه، أو قد يكون مغيرا لموضوع حق الإرتفاق مثلا حسب ما ورد في القرار رقم 40549 المؤرخ في 1987/04/08: " من المقرر قانونا أن لمالك العقار المرتفق به أن يطلب الإرتفاق إلى موضع آخر من نفس العقار أو عقار آخر ملك له أو ملك لشخص أجنبي شريطة أن يوافق هذا الأخير على ذلك .

و لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعن لم يقدم دليلا على قبول أبناء أخيه لنقل حق الإرتفاق على عقارهم ، فإن قضاة الموضوع لما قضوا على الطاعن بفتح ممر مؤدي إلى منزل المطعون ضدهما طبقوا القانون التطبيق الصحيح"⁽³⁸⁾ و معنى ذلك أن الملكية قد تثبت بوضع معين لشخص ثم يأتي العقد ليغير أو يعدل من هذا الوضع الذي كانت عليه و يمكن لتصرف أن يغير من حق إنتفاع على عقار بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها.⁽³⁹⁾

و بذلك فإن هذه العقود جميعها معدلة لحق عيني عقاري أصلي، و من ثم تكون واجبة الشهر.⁽⁴⁰⁾

الفرع الرابع: التصرفات المنهية للحقوق العينية العقارية الأصلية:

قد تصدر تصرفات قانونية تقع على الحق العيني العقاري الأصلي فتزيله أو تنهيه، فقد ينتهي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق⁽⁴¹⁾، هذا ما تبنته المحكمة العليا في القرار رقم 64447 المؤرخ في 12/03/1991، عندما كان من الثابت أن قضاة المجلس بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بغلق الباب المتنازع عليه بسبب تغيير طبيعة العقار المرتفق به، يكونوا قد أعطوا لقرارهم الأساس القانوني.

و في القرار رقم 48589 المؤرخ في 21/12/1988: " من المقرر قانونا أن حق الإرتفاق ينتهي بعدم الاستعمال لمدة عشر سنوات، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد و يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضده استحدث للطاعنين طريقا آخر يبرون عليه منذ سنة 1964، فإن قضاة المجلس بتقريرهم سقوط حق المرور للطريق المتنازع عليه طبقوا صحيح القانون"⁽⁴²⁾

كما قد تصدر تصرفات من شأنها إنهاء حق الإنتفاع في عقار قبل انقضاء مدته أو عقد ينهي حق الاستعمال في عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق رغم إبرام هذه العقود لمدة معينة⁽⁴³⁾.

هذه العقود إذن، جميعها عقود منهيّة لحقوق عينية عقارية أصلية مما يستوجب شهرها. غير أن حق الملكية حق أبدي لا ينتهي مادام الشيء المملوك باقيا و لا يتصور إبرام عقد ينهي حق الملكية.⁽⁴⁴⁾

الفرع الخامس: التصرفات المصرحة بالحقوق العينية العقارية الأصلية:

تكون التصرفات المصرحة بالحقوق العينية العقارية الأصلية كاشفة للحق العيني و مؤكدة له، بمعنى أن الحق العيني كان موجودا من قبل و بذلك فهي لا تنشئه و لا تنقله و تتمثل هذه التصرفات في القسمة و الصلح و عقود الشهرة و شهادة الحياة.

1- القسمة:

القسمة تصرف مصرح و كاشف لحق الملكية و الحقوق العينية الأخرى، و هي ترد على حقوق كانت موجودة من قبل و مملوكة على الشيوع و الأصل فيها أن تتم بإتفاق جميع الشركاء و إذا تعذر الإجماع تولى القضاء إجراء القسمة. فتتم هذه الأخيرة بموجب عقد يكون أطرافه الشركاء في العقار المملوك على الشيوع و يترتب عليها إفراز حصة كل شريك في العقار. و تنص المادة 730 من القانون المدني: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع" و عليه فإن هذا التصرف لم يكن سببا في إنشاء هذا الحق و إنما كاشفا له و مصرحا به، و رغم ذلك إشتراط المشرع الجزائري شهرها حتى يعلم الغير المتعامل بشأن العقار ما إذا كان العقار مملوكا على الشيوع أو تمت قسمته⁽⁴⁵⁾، و إذا باع أحد الشركاء حصته المفردة من العقار كان بيعه صحيحا⁽⁴⁶⁾، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 231832 المؤرخ في 18/06/2002.⁽⁴⁷⁾

2- الصلح :

تنص المادة 459 من القانون المدني على أن: " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "

إن الصلح تصرف غير ناقل للحق و لكونه مقرر و كاشف و جب شهره الإحتجاج به على الغير⁽⁴⁸⁾ ، بمعنى أنه إذا تصالح شخصان بعقد حرراه فيما بينهما على حقوق متنازع عليها ، و كان ضمن هذه الحقوق حق عيني عقاري أصلي و جب شهر هذا الصلح. فإذا كان النزاع على دار أو أرض، و تصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما و الأرض للآخر و جب شهر عقد الصلح بالمحافظة العقارية التي تقع في دائرتها الدار و كذلك بالمحافظة العقارية التي تقع في دائرتها الأرض.⁽⁴⁹⁾

3- عقد الشهرة المتضمن الإعراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب :

تنص المادة 01 من المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 1983/05/21 على ما يلي: " كل شخص يجوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 ، عقارا من نوع الملك ، حيازة مستمرة ، غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس ، طبقا لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 و المتضمن القانون المدني ، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الإعراف بالملكية "

إن المشرع من خلال هذا النص قصد تثبيت حقوق الملكية للذين ليست لهم سندات ملكية تثبت حقوقهم⁽⁵⁰⁾. فإذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجة على الناس كافة أي فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير ، فإنه تجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتتها الموثق مما جرى تحت سمعه و بصره و التي فيها مساس بأمانة الموثق و هذه حجيتها مطلقة و لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير.

أما الوقائع التي ينقلها ذوو الشأن ، فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها ، و بما أن عقد الشهرة حرر بناء على تصريحات الشهود فإن تقدير هذه الشهادة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، سيما و أن عقد الشهرة ما هو إلا عقد تقرير يقتصر على مجرد الإثبات.⁽⁵¹⁾

نفس الأمر أكدت عليه المادة 827 من القانون المدني عندما نصت على أنه: " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة دون انقطاع ". و أقرت المحكمة العليا في قرار صادر عنها في القضية رقم 180876 بين (م.م) و (م.ع) قرار 1998/09/30 جاء فيه : من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس جعلوا التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة و القانون لا يشترط ذلك.⁽⁵²⁾

و بذلك فإن العقد الذي يجره الموثق ذو وظيفة تقريرية و متمثلة في إشهار الحيازة التي أصبحت سببا من أسباب إكتساب الملكية و تمكن الحائز من الحصول على سند رسمي بملكيته ، فالتقادم المكسب ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز مالك للعقار ، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية.⁽⁵³⁾

غير أنه على الرغم من أن هذا النص كان ضروريا لتمكين الأشخاص الذين مارسوا الحياة بكيفية مستمرة، قانونية و هادئة من تسوية وضعيتهم، إلا أنه حول عن أهدافه و يمكن أن نسجل على سبيل المثال :

1- أن العقود المشهرة قد استعملت أحيانا من قبل الخواص للتهرب من الشكليات القانونية المتعلقة بنقل الملكية.

2- أن الموثقين قد حرروا أحيانا عقود شهرة على عقارات تقع بالمناطق التي شرع بها إنجاز عمليات المسح.

3- أن عقود الشهرة إنصبت على عقارات تابعة لأملاك الدولة الخاصة .

و أمام استعجال و تعقد المسائل العقارية قرر المشرع إنشاء - لصالح الأشخاص الذين يثبتون حيازتهم على الأراضي- شهادة حيازة بمقتضى المادة 39 من قانون التوجيه العقاري، و جاء المرسوم التنفيذي رقم 91-253 المؤرخ في 1991/07/31 ليبرر كيفيات إعداد هذه الشهادة و طريقة تسليمها.⁽⁵⁴⁾

و قد فصلت الغرفة الإدارية بالحكمة العليا و ذهبت في هذا الإتجاه بقرار أصدرته في 1998/03/09 رقم 129447 (غير منشور)، ففي هذه القضية رفض المحافظ العقاري شهر عقد الشهرة مما جعل المستفيد من العقد المذكور يرفع دعوى ضد رفض المحافظ شهر عقد الشهرة .

و اعتبرت المحكمة العليا رفض المحافظ مبررا بسبب سبق خضوع القطعة الأرضية لإجراء الشهر و بأن المادة 01 من المرسوم 83-325 تشير إلى الأراضي غير الممسوحة فقط.⁽⁵⁵⁾

و إن كان عقد الشهرة مصرحا فقط بالملكية غير ناقل أو منشئ لها، فإنه رغم ذلك يستوجب الشهر بالمحافظة العقارية حتى يمكن الإحتجاج به .

غير أن المشرع الجزائري سحب مهمة تحرير هذا النوع من سندات الملكية من الموثق و أسندها إلى المحقق العقاري بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 2007/02/27 و المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 2008/05/19، إذ أنه فرض من خلالهما تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري على أن يطبق هذا الإجراء على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 . و يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يجوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل 1961/03/01 و التي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية، الأمر الذي نصت عليه المادة 02 من القانون رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .

و يتم ذلك بموجب قرار يصدره مدير الحفظ العقاري إبتداء من تاريخ تسلمه الملف ، يعين على إثره محققا عقاريا تتمثل مهمته في البحث عن كل عناصر المعلومات أو التصريحات أو الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية العقارية و جمعها و دراستها في عين المكان ، على مستوى الحفظ العقاري و مسح الأراضي و أملاك الدولة و الضرائب و عند الحاجة لدى أي مصالح أخرى.⁽⁵⁶⁾

و في حالة ما إذا ثبت حق الملكية نتيجة التحقيق العقاري ، يصدر مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي على أساس المحضر النهائي ، مقررًا يتعلق بالترقيم العقاري باسم المالك المعني للعقار محل التحقيق العقاري .⁽⁵⁷⁾

و يعد المحافظ العقاري على إثر إشهار مقرر الترقيم العقاري ، سند ملكية ، يكون مطابقًا للنموذج الملحق بالمرسوم رقم 08-147 المذكور أعلاه .

على أن يتم إشهار مقرر الترقيم العقاري بالتأشير على مجموعة البطاقات العقارية و يشكل هذا الإشهار نقطة الإنطلاق لحق الملكية التي يكرسها.

و في حالة الشيوخ يسلم مدير الحفظ العقاري سند الملكية إلى أحد المالكين في الشيوخ إما على أساس تصريح كتابي يقوم به المالكون في الشيوخ أمامه و إما على أساس وكالة موثقة .

4- شهادة الحيازة :

إن شهادة الحيازة عبارة عن سند حيازي يسلم لكل شخص يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها و لم يتم فيها بعد إعداد سجل مسح الأراضي حيازة هادئة و مستمرة و علانية و لا تشوبها شبهة، هذا ما أكدته المادة 39 من قانون التوجيه العقاري في نصها: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لا تحرر عقودها ، ملكية مستمرة و غير منقطعة و هادئة و علانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى " شهادة الحيازة " و هي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري، و ذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي "

فشهادة الحيازة إذن هي شبه عقد أو مقرر إداري يكتسي طابعًا رسميًا، و هو محرر رسمي يثبت للحائز حق الحيازة على العقار محل الشهادة ، بعد إتمام إجراءات تسجيلها و إشهارها و أن هذه الشهادة لا ترقى إلى سند الملكية و لكن يمكن أن تكون سندًا قويًا لإكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب ووفقًا للإجراءات القانونية .⁽⁵⁸⁾

و قد صدر في هذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 1991/07/27 الذي جاء مطبقًا لنص المادة 39 من قانون التوجيه العقاري متضمنًا كيفية إعداد شهادة الحيازة و تسليمها، إذ أنه غير في شروط الحيازة عندما نص في المادة 02 منه أن طلب شهادة الحيازة يكون ممن يمارس الحيازة طبقًا لأحكام المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أي لمدة سنة على الأقل و هي مدة قصيرة جدًا مقارنة مع الآثار التي ترتبها شهادة الحيازة ، كما ورد في المادة 06 من نفس المرسوم أن إثبات حسن نية الحائز يكون عن طريق شهادة الشهود .

و اشترطت المادة 39 من قانون التوجيه العقاري إشهار شهادة الحيازة في المحافظة العقارية لكي ترتب آثارها. و نصت المادة 42 من هذا القانون أن شهادة الحيازة لا يجوز التنازل عنها و عند الوفاة ألزمت الورثة طلب شهادة حيازة جديدة بإسمهم خلال سنة الوفاة للإستفادة من الحقوق الممنوحة لمورثهم و إلا ألغيت الشهادة الممنوحة للمتوفى.⁽⁵⁹⁾

و قد لجأ المشرع الجزائري إلى إجراء شهر شهادة الحيازة نظرا لإتساع مساحة الأراضي التي لم تشملها عملية المسح العقاري و حتى يتمكن من تطهير الملكية العقارية و المساهمة في تكوين السجل العقاري.

و يتضح من خلال ما سبق أن إنتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى كحق الارتفاق و الإنتفاع لا يتم إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل المنصوص عليها في قانون الشهر العقاري. و تبدو أهمية إخضاع انتقال ملكية العقارات و الحقوق العينية الأخرى لإجراءات الشهر في ضرورة إحاطة هذا الإنتقال بشيء من العلنية ليستطيع من يهمله الأمر معرفة مالكة الذي يصح التعامل معه سواء بالبيع أو بأي تصرف ناقل للملكية ، مما يؤدي إلى توفير الثقة بين المتعاقدين و ضمان سلامة التصرفات العقارية و تسهيل تداول العقارات.

و تنص المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية " (60)

المطلب الثاني : التصرفات المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية التبعية أو نقلها أو إنهاؤها أو التصريح بها.

إن الحق العيني التبعية العقاري لا ينشأ إلا تبعا لوجود علاقة دائنية ، فيلزم وجود دائن و مدين ، و يقر المدين على عقاره حقا عينيا عقاريا لصالح دائنه ضمانا للدائن الذي لهذا الأخير في ذمة المدين (61). و بتعبير آخر، لا يتصور قيام الحقوق العينية التبعية استقلالا كما هي الحال في الحقوق العينية الأصلية و إنما تقوم تبعا لحق آخر (62). و الحقوق العينية التبعية تجعل الدائن الذي يتمتع بها يتقدم على الدائن العادي بأن ستوفي حقه منها متقدما في ذلك على الدائن العادي. و الدائن ذو الحق العيني التبعية ليس له حق التقدم فحسب بل له أيضا حق التتبع. (63) و تتمثل هذه الحقوق في :

الفرع الأول : الرهن الرسمي :

الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان حسب ما عرفته المادة 882 من القانون المدني ، وهو ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 45810 المؤرخ في 1988/04/10 (64) إذ جاء فيه : من المقرر قانونا أن تسديد مبلغ الرهن يكسب للحائز للرهن حقا عينيا على العقار المرهون لوفاء الدين و لا يكسبه حق الملكية. (65)

و تضيف المادة 883 من نفس القانون أن الرهن لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون . و بالرغم من أن يستوفي الرهن الرسمي شروطه الشكلية و الموضوعية المطلوبة فيه قانونا، إلا أن قيامه بهذه الصورة لا يكفي للإحتجاج به على الغير. و لذلك اشترط المشرع شهر الرهن الرسمي أو ما يسمى بقبيله حتى يصبح نافذا في حق الغير (66). و يستفيد حينها الدائن من استعماله حق التقدم بالنسبة إلى الدائنين ذوي الحقوق العينية العقارية التبعية على العقار المرهون، و حق التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون (67).

و تحدد مرتبة الرهن بحسب تاريخ قيده ، فالدائن الأسبق قيда يتقدم على الدائنين التالين له في القيد فضلا عن تقدمه على الدائنين العاديين.⁽⁶⁸⁾

و تؤكد المادة 1/904 من القانون المدني : " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار " و مفاد هذه المادة أن قيد الرهن ليس شرطا لصحته في حد ذاته ، إلا أن عدم قيده (شهره) لا يجعل منه حجة يحتج بها على الغير الذي قد يلحقه ضرر من استعمال الدائن لحق التقدم و حق التتبع الذي يكون له حق عيني على العقار المرهون .

و يبقى قانون التنظيم العقاري ساريا فيما يتعلق بإجراءات القيد و تجديده و شطبه كما تشير إليه المادة 905 من القانون المدني في نصها :

" تسري على إجراء القيد و تجديده و شطبه و إلغاء الشطب و الآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في تنظيم الإشهار العقاري".

و عليه فإن عملية قيد الرهن الرسمي ما هو إلا طريقة لإعلام الغير بأن هناك رهنا رسميا يثقل العقار المراد التعامل فيه.⁽⁶⁹⁾

و عدم شهر الرهن لا يبطله في حد ذاته ، و إنما لا يكون حجة على الغير ، فإذا لم يقيد الدائن المرتهن رهنا رسميا حق رهنه ، لم يكن هذا الرهن حجة على الغير لا من حيث التقدم بالنسبة إلى الدائنين ذوي الحقوق العينية التبعية على العقار المرهون و بالنسبة إلى الدائنين العاديين و لا من حيث التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون.⁽⁷⁰⁾

و بالتالي فإن ضرورة القيد تظهر في نفاذ الرهن على الغير لا في صحة الرهن.

الفرع الثاني : حق التخصيص :

أفرد المشرع الجزائري لحق التخصيص المواد من 937 إلى 947 من القانون المدني . و حق التخصيص هو حق عيني تبعي يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين ، يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بأداء الدين، و يخول للدائن بموجبه حق التقدم و التتبع فيما يتعلق بهذه العقارات.⁽⁷¹⁾

و يعتبر حق التخصيص من الإجراءات التحفظية ، يلجأ إليه الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له، فحق التخصيص إذن يشبه حق الرهن الرسمي من حيث الآثار و يختلف عنه من حيث النشوء، إذ أن حق الرهن الرسمي ينشأ من العقد، أما حق التخصيص فينشأ بناء على حكم قضائي واجب التنفيذ صادر من رئيس المحكمة.⁽⁷²⁾

و أوجب المشرع قيد حق التخصيص طبقاً لأحكام المرسوم رقم 63/76 تماماً كالرهن الرسمي، و يجب التأشير على هامش القيد بكل أمر يقضي بحق التخصيص أو بإنهاء أو إلغاء الأمر الصادر بالتخصيص حتى يكون حجة في مواجهة الغير.

و متى تم إجراء القيد كان للدائن صاحب حق التخصيص مركزاً مماثلاً للدائن المرتهن، فيستوفي حقه بالأفضلية من ثمن العقار المثقل بحق التخصيص حسب مرتبة قيده، كما له أن يتتبع هذا العقار تحت يد حائزه و يباشر حقه في الأفضلية على ثمنه، غير أن المشرع المصري خرج على مبدأ الأسبقية في القيد في حالة الدائن سيء النية الذي يحصل على حق تخصيص و هو عالم أن المدين قد تصرف في العقار أو رهنه حتى ولو قيد هذا الدائن حقه قبل تسجيل التصرف أو قيد الرهن.⁽⁷³⁾

الفرع الثالث : الرهن الحيازي العقاري :

ينشأ الرهن الحيازي العقاري عن عقد يلتزم فيه الراهن بأن يسلم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر و يظل المرتهن محتفظاً بجزء الشيء المرهون إلى حين الوفاء، و يقوم الدائن المرتهن الحائز للعقار المرهون باستغلاله و استثماره و قبض ثماره على أن تخضع من المصاريف و الفوائد ثم من أصل الدين و بذلك يضمن الدائن استيفاء المصروفات و الفوائد من غلة العقار المرهون، و بهذا يظل العقار كافياً بذاته لضمان أصل الدين.⁽⁷⁴⁾

إلا أن الرهن الحيازي لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، و عليه فإن الرهن الحيازي العقاري يعتبر صحيحاً عندما يستوفي شروط انعقاده الموضوعية و الشكلية و لا يكون كافياً بهذا القدر للإحتجاج به على الغير إلا إذا استوفى أيضاً إجراءات القيد بمصلحة الشهر العقاري و يكون للدائن حينئذ أن يستعمل حق التقدم و التتبع⁽⁷⁵⁾، إذ تنص المادة 966 من القانون المدني على أنه: " يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري، و تسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي " و تضيف المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي "

و بذلك فإن إجراءات القيد واحدة بالنسبة للرهن الرسمي و الرهن الحيازي العقاري و الأفضلية بين الحقوق العينية التبعية المختلفة إنما تتحدد بتاريخ القيد. و لكي يتسنى إشهار عقد الرهن الحيازي لا بد من توثيقه لأن التوثيق خطوة أولية لإتخاذ إجراءات الشهر للإحتجاج برهن الحيازة العقارية على الغير.⁽⁷⁶⁾

الفرع الرابع : حق الإمتياز العقاري :

الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته . بمعنى أن القانون عندما قرر حق الإمتياز راعى في ذلك صفة الدين دون شخص الدائن، فحق الإمتياز ليس ممنوحاً لشخص بل هو مقرر لبعض الديون التي يقرر المشرع أنها جديرة بالرعاية⁽⁷⁷⁾، و هذا ما نصت عليه المادة 982 من القانون المدني: " الإمتياز

أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. و لا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني " و يؤخذ من نص المادة أن الحق هو الممتاز و ليس الدائن و أن القانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقضي طبيعتها أن تكون ممتازة. كما يعين مرتبة هذا الإمتياز .

و حقوق الإمتياز نوعان: عامة و خاصة⁽⁷⁸⁾. تقع حقوق الإمتياز العامة على جميع أموال المدين من منقولات و عقارات و لا تخصص في مال معين. بينما حقوق الإمتياز الخاصة التي ترد على منقول معين ، فيكون لصاحب هذا الإمتياز حق الأفضلية على منقول معين بالذات، فإن لم يكف هذا المنقول لسداد حقه كان له كدائن عادي أن يشترك مع الدائنين العاديين في التنفيذ على سائر أموال المدين لاستيفاء الباقي من حقه. أما حقوق الإمتياز الخاصة التي ترد على عقار معين فيكون لأصحاب هذه الحقوق إمتيازاً خاصاً على عقار معين بالذات من عقارات المدين و عليهم أن يقيدوا حق امتيازهم و تتحدد مرتبتهم بتاريخ القيد. و تنتج حقوق الإمتياز هذه نفس الآثار التي تنتجها الرهون الرسمية⁽⁷⁹⁾.

و ما يهمنا في هذا البحث هي حقوق الإمتياز الخاصة الواقعة على العقار ، و قد نظمها المشرع الجزائري في ثلاثة مواد هي :

1- إمتياز بائع العقار : نصت عليه المادة 999 من القانون المدني: "ما يستحق لبائع العقار من الثمن و ملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .

و يجب أن يقيد الإمتياز ولو كان البيع مسجلاً، و تكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع .

فإذا انقضى هذا الأجل أصبح الإمتياز رهناً رسمياً "

2- إمتياز المقاولين و المهندسين المعماريين : و نصت عليه المادة 1000 من القانون المدني : " المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، و لكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه .

و يجب أن يقيد الإمتياز، و تكون مرتبته من وقت القيد "

3- إمتياز المتقاسم : نصت عليه المادة 1001 من القانون المدني: " إن للشركاء الذين اقتسموا عقاراً، حق إمتياز عليه تأميناً لما تحوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ، و يجب أن يقيد هذا الإمتياز و تكون مرتبته ماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999 "

و مفاد هذه النصوص أن أصحاب الإمتياز الخاص على عقار يجب عليهم أن يقيدوا حق امتيازهم و تحدد مرتبتهم بتاريخ القيد . و تنتج حقوق الإمتياز هذه نفس الآثار التي تنتجها الرهون الرسمية⁽⁸⁰⁾.

و خلاصة لما سبقت دراسته من خلال هذا المطلب أن كل التصرفات المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية - سواء كانت أصلية أو تبعية - أو نقلها أو التصريح بها أو تعديلها أو إنهاؤها ، فإن المشرع أوجب إخضاعها لإجراء الشهر العقاري حتى تكون آثارها نافذة سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير .

المبحث الثاني : التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية :

إذا كانت الحقوق العينية التبعية هي سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته ، و يستطيع صاحب الحق أن يستعمل حقه القانوني على ذلك الشيء دون وساطة شخص آخر، فإن الحقوق الشخصية و إن كانت مقررة لشخص معين على شيء محدد بذاته، غير أن سلطته على ذلك الشيء تكون غير مباشرة و تستلزم وساطة شخص آخر هو المدين أو الملتزم بالحق حتى يتمكن صاحب الحق مباشرة قدرته على الشيء، و يكون ذلك من خلال إجبار الملتزم بالحق (المدين) على القيام بعمل أو الإمتناع عنه أو إعطاء شيء . و في مثل هذه الحالات لا تكون لصاحب الحق علاقة مباشرة بالشيء محل الحق بل يكون اتصاله بالشيء عن طريق شخص آخر هو المدين .

و على هذا الأساس تقوم التفرقة بين الحق الشخصي و العيني بأن يكون طرفا الحق الشخصي شخصان هما الدائن و المدين، أما في الحق العيني فالعلاقة تقوم بين الشخص صاحب الحق و الشيء محل الحق . و الحق

العيني يخول صاحبه حق التتبع و حق الأولوية (الأفضلية)، إذ أن صاحب الحق العيني يستطيع أن يتتبع الشيء في أي يد كان و يسترده من أي حائز آخر بمقتضى سلطته على الشيء محل الحق العيني ، بينما حق الأولوية فيتمتع به صاحب الحق العيني قبل غيره من الدائنين . أما الحقوق الشخصية فلا يتمتع صاحبها بأي من هاتين الميزتين.⁽⁸¹⁾

و رغم أن الحق الشخصي لا يرتب إلاّ إلّاتزامات شخصية ، فإن المشرع أخضعه للشهر إذا كان محله عقارا و ذلك نظرا لتأثير هذه التصرفات على العقار من حيث قيمته .⁽⁸²⁾

و من بين التصرفات المنشئة للحقوق الشخصية و الموجبة للشهر حق الإيجار المنصوص عليه في المادة 17 من الأمر 74/75 ، حيث أوجب فيه المشرع شهر عقد الإيجار إذا كان محله عقارا و بلغت مدته 12 سنة . كما أوجب إخضاع المخالصات و الحوالات التي تزيد مدتها عن 3 سنوات للشهر حسب ما ورد في نص المادة 897 من القانون المدني .

المطلب الأول : الإيجارات لمدة 12 سنة :

بالرغم من أن حق الإيجار حق شخصي و لا يرتب سوى إلّاتزامات شخصية فإن المشرع لم يعترف به حتى فيما بين المتعاقدين إذا ما تجاوز مدة معينة إلا من تاريخ إشهاره ، أي أنه جعل للشهر أثرا منشئا في الإيجارات الطويلة الأمد رغم أنها لا تنشئ حقوقا عينية.⁽⁸³⁾

الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم ، و تتولد عنه حقوق و التزامات شخصية ولو كان محله عقارا، و تظل الدعاوى المتعلقة به من الدعاوى الشخصية و مع ذلك أوجب المشرع شهر عقد إيجار العقار إذا زادت مدته عن 12 سنة⁽⁸⁴⁾ . نفس التعريف أورده المادة 558 من التقنين المدني المصري.⁽⁸⁵⁾

و قد نصت المادة 17 من الأمر رقم 74/75 ما يلي: " إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف و لا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها" و سلك المشرع الفرنسي نفس المبدأ عندما أكد في المادة 28 من المرسوم الصادر في 1955/01/04 على وجوب إخضاع عقود الإيجار التي تفوق مدتها 12 سنة إلى عميلة الإشهار العقاري⁽⁸⁶⁾ . نفس الشيء أشارت إليه المادة 11 من قانون الشهر العقاري المصري الذي أوجب شهر عقود الإيجار إذا زادت مدتها عن 9 سنوات و يترتب على عدم شهرها أنها لا تكون نافذة لا بين الأطراف و لا في حق الغير إذا ما زاد العقد على هذه المدة، و يعتبر الغير في هذا الصدد مشتري العقار أو أي مستأجر آخر للعين المؤجرة⁽⁸⁹⁾، لذلك أوجب المشرع المصري التفرقة بين ما إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على 9 سنوات أو كانت تزيد على هذه المدة ، فإذا كانت مدة الإيجار 9 سنوات أو أقل في هذه الحالة يسري عقد الإيجار على الغير دون حاجة إلى تسجيله .

أما لو تجاوزت مدة الإيجار 9 سنوات، فإنه يجب تسجيل عقد الإيجار لكي يسري على الغير بكل مدته⁽⁹⁰⁾، و في حالة عدم تسجيل عقد الإيجار فإنه لا يحتج به في مواجهة الغير عن كل مدته و إنما تخفض هذه المدة إلى 9 سنوات.⁽⁹¹⁾

و يتضح مما تقدم أنه في حالة إبرام عقد إيجار عقار لمدة تزيد على 9 سنوات، فإنه لا يكون نافذا في حق الغير لما زاد عن التسع سنوات إلا إذا كان العقد مشهرا لدى المحافظة العقارية.

و إذا كان الأمر كذلك في القانون المصري ، فإن المشرع الجزائري إختلف عنه في مدة العقد فقط و أوجب في كل تصرف متعلق بإيجار العقارات لمدة 12 سنة أو أكثر، أن يكون مشهرا لدى المحافظة العقارية بالسجل العقاري حتى ينتج أثره بين الطرفين أو تجاه الغير، و الحكمة من ذلك هو أن إيجار العقار لمدة 12 سنة أو أكثر ينقص من قيمة العقار، خاصة إذا أراد مالكه بيعه أو رهنه فهو يمنعه من الإنتفاع به طول مدة الإيجار، و على هذا الأساس أوجب المشرع شهره لإعلام الغير الذي يريد التعامل بشأن العقار بوضعيته.⁽⁹²⁾

و تبعا لذلك ، إذا تصرف المؤجر في العين المؤجرة لشخص آخر و سارع المتصرف إليه الثاني إلى تسجيل عقد الإيجار و إشهاره بالمحافظة العقارية، تطبق قاعدة الأفضلية في الشهر.

المطلب الثاني : المخالصات و الحوالات :

ورد النص على المخالصات و الحوالات في المادة 897 من القانون المدني و التي جاء نصها كالتالي: " لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات و لا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتا و سابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية .

و إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، و إلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة"

المخالصة هي المبالغ التي تدفع مقدما لمالك العقار كأجرة لهذا الأخير قبل أن يبدأ سريان عقد الإيجار و ذلك لمدة تزيد على ثلاث سنوات. و لا تكون هذه المخالصة نافذة في حق الغير إلا إذا كانت مشهورة.⁽⁹¹⁾

و من خلال المادة 897 من القانون المدني يلاحظ أن المشرع قد فرق بين حالتين للمخالصة: حالة ما إذا لم تتجاوز مدة المخالصة ثلاث سنوات و حالة تجاوزها لتلك المدة. إذ أنه لا يمكن الإحتجاج بالمخالصة في مواجهة الغير إذا كانت مدتها لا تزيد عن ثلاث سنوات و لم يكن تاريخها ثابتا، أما إذا كان تاريخها ثابتا و سابقا على شهر تصرف الغير فإنه يمكن الإحتجاج بها ضد الغير الذي شهر تصرفه بعد إثبات تاريخ المخالصة .

أما إذا تجاوزت مدة المخالصة ثلاث سنوات، فإن مدتها تخفض إلى ثلاث سنوات أي أن المدة الزائدة على الثلاث سنوات لا يمكن الإحتجاج بها إذا لم تكن المخالصة مشهورة، غير أن المدة المتبقية بعد التخفيض يمكن الإحتجاج بها إذا كانت ثابتة التاريخ.⁽⁹²⁾

بينما الحوالة فهي تأخذ حكم مقدم الإيجار⁽⁹³⁾، بمعنى أنها حوالة المنتفع من الإيجار الذي دفع ثمنه مقدما إلى شخص آخر ليحل محله في الإنتفاع بالعقار المؤجر .

و يلاحظ أنه سواء تعلق الأمر بالمخالصة أو الحوالة فإن كلاهما يثقل العقار و ينقص من قيمته .

و خلاصة لذلك فإن الإيجارات لمدة 12 سنة و المخالصات و الحوالات رغم أنها لا ترتب إلا حقوقا شخصية، إلا أن المشرع أخضعها لعملية الشهر العقاري حتى تنتج آثارها بين الأطراف و في مواجهة الغير طالما كان محلها عقارا .

الخلاصة :

عندما أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني فإنه أخضع لعملية الشهر كل التصرفات القانونية و الحقوق العينية العقارية سواء كانت أصلية أو تبعية و كذا التصرفات التي ترتب حقوقا شخصية كالإيجار لمدة 12 سنة و المخالصات و الحوالات ، إضافة إلى الدعاوى العقارية و ذلك حتى تنتج أثرها بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير.

كما عدد طرق الشهر المطابقة لكل تصرف ، فإذا كان موضوع التصرف حقا عينيا أصليا كحقوق الملكية و حق الإنتفاع و الإستعمال و السكنى فإنه يشهر بالتسجيل أي بنقل التصرف إلى السجل العقاري حتى يتمكن صاحب المصلحة من معرفة جميع ما ورد في التصرف. أما إذا كان الحق عينيا تبعيا كالرهن الرسمي أو الحيازي و حق التخصيص و حق الإمتياز فإن الشهر يكون بالقيود أي بنقل ملخص التصرف من تدوين مبلغ الدين و تعيين العقار المثقل بإحدى الحقوق العينية التبعية و إسم الدائن و المدين.

أما الدعاوى القضائية فإن الشهر فيها يتم عن طريق التأشير الهامشي على عريضة افتتاح الدعوى.

و من خلال ما سبق فإن المشرع إعتبر الشهر العقاري هو المصدر الوحيد لترتيب الحقوق فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير في ظل نظام الشهر العيني، و لم يعترف سوى بالشهر للإدعاء بالحقوق العينية العقارية . و نتيجة لذلك فإن العقود و الوثائق غير المشهورة لا يترتب عليها سوى إلتزامات شخصية بين طرفيها إذا ما روعيت فيها الشروط القانونية ، أما إذا لم تكن كذلك فإنها تكون باطلة و لا يترتب عليها أي أثر.

الهوامش :

- (1). إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، طبعة 1993، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 291 .
- (2). زهدي يكن ، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا ، الطبعة الثانية ، بدون سنة طبع ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، ص 21.
- (3). إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 292 .
- (4). جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2006 ، ص 71.
- (5). زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص 31.
- (6). Christian Larroumet ,droit civil, les biens, droits réels principaux, 3^e édition, ECONOMICA, Paris, p.97.
- (7). حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام ، طبعة 2002 ، دار هومة ، الجزائر ، ص 5.
- (8). زهدي يكن ، نفس المرجع، ص 32.
- (9). Christian Larroumet, op.cit, p.200.
- (10). توفيق حسن فرج ،الحقوق العينية الأصلية ، دون سنة طبع، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ص 64.
- (11). أنور طلبية ، الشهر العقاري و المفاضلة بين التصرفات ، دون طبعة ، 1990.
- (12). إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق، ص 292.
- (13). أنور طلبية ، المرجع السابق، ص 626 .
- (14). أنور طلبية ، نفس المرجع ، ص 627.
- (15). زهدي يكن ، المرجع السابق، ص 204.
- (16). إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق، ص 293.
- (17). أنور طلبية ، المرجع السابق، ص 620.
- (18). أنور طلبية، نفس المرجع، ص 623.
- (19). قرار رقم 64447 المؤرخ في 12/03/1991 ، المنشور في المجلة القضائية لسنة 1993 ، عدد 02 ، ص 25.

(20). Alex Weill , Droit civil , Les biens, 2^e édition Dalloz, Paris, 1974, p.523

(21). Alex Weill, op.cit, p.524.

(22). زهدي يكن ، المرجع السابق، ص 195 .

(23). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 73.

(24). أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 518.

(25). عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية، ص 347.

(26). الملة 793 من القانون المدني الجزائري .

(27). محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 83، ص 86.

(28). عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، الإيجار ، المجلد الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، 1963، ص 433.

(29). مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 295.

(30). حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2003 ، ص 31.

(31). عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الطبعة الخامسة ، دار هومة ، الجزائر، 2006 ، ص 152.

(32). أنور طلبية، المرجع السابق، ص 569 و المادة 41 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف.

(33). مطبوعات ليوم دراسي حول المعاملات العقارية و الإيجارات التجارية صادرة عن مديرية الحفظ العقاري لولاية تيسمسيلت ، يوم 2005/05/11 .

(34). لحسين بن الشيخ آت ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء 2، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004 ، ص 185.

(35). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 74.

(36). جمال بوشنافة ، نفس المرجع ، ص 77.

(37). القرار رقم 40549 المؤرخ في 1987/04/08، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 03، ص 12، أنظر الملحق ص 218.

(38). رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1985 ، ص 206.

(39). عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1968، ص 348.

(40). حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر، 2005 ، ص 119.

(41). القرار رقم 48589 المؤرخ في 1988/12/21، الصادر بالمجلة القضائية لسنة 1993، عدد 03، ص 13، أنظر الملحق ص 225.

(42). جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 78.

(43). عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، ص 348.

(44). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 80.

- (45). أنور طلبية، المرجع السابق، 538.
- (46). الإجتهد القضائي للغرفة العقارية الصادر عن المحكمة العليا، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2004، ص 265.
- (47). عبد الوهاب عرفة، المرجع الوسيط في الشهر العقاري بين النظرية العلمية و التطبيق العملي، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 189.
- (48). عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، ص 383.
- (49). جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 81.
- (50). قرار رقم 190541 مؤرخ في 2000/03/29، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 2000، عدد 01، ص 154.
- (51). القانون المدني في ظل الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون و تعديلاته إلى غاية 2005/06/20 مدعم بالاجتهاد القضائي، طبعة 2005-2006، منشورات بيرتي، ص 208.
- (52). حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 36.
- (53). مقال (مداخلة) للأستاذ أحمد رحمان، خبير دولي، مجلة الموثق، الملتقى الوطني الأول، التوثيق و تحديات العصرنة، الجزائر، فندق الأوراسي، 16 و 17 أبريل 2002، الغرفة الوطنية للموثقين، ص 113.
- (54). الإجتهد القضائي للغرفة العقارية الصادر عن المحكمة العليا، الجزء الثاني قسم الوثائق، 2004، ص 11.
- (55). المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 2008/05/19، المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، جريدة رسمية عدد 26، المؤرخة في 2008/05/25.
- (56). المادة 15 من القانون رقم 07-02 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 2007/02/28.
- (57). عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 133.
- (58). ليلي زروقي و حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 79.
- (59). خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 114.
- (60). أنور طلبية، المرجع السابق، ص 664.
- (61). إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 293.
- (62). عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية و العينية، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1980، ص 262.
- (63). القرار رقم 45810 المؤرخ في 1988/04/10 الصادر بالمجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01، ص 59.
- (64). حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دون طبعة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 161.
- (65). جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 92.
- (66). عبد الرزاق السنهوري، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية و العينية، ص 434.
- (67). أنور طلبية، المرجع السابق، ص 666.

- (68). عبد الرزاق السنهوري ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية و العينية ، ص 431.
- (69). عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع ، ص 434.
- (70). عباس عبد الحلیم حجر، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 1989، ص 46.
- (71). عبد الرزاق السنهوري ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية و العينية ، ص 660.
- (72). محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986، ص 196 و 197.
- (73). عباس عبد الحلیم حجر ، المرجع السابق، ص 49.
- (74). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 95.
- (75). محمد حسنين ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري، ص 102.
- (76). عبد الرزاق السنهوري ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية و العينية ، ص 919.
- (77). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 96.
- (78). محمد حسنين ، التأمينات الشخصية و العينية، ص 202.
- (79). عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية و العينية ، الجزء العاشر ، ص 926.
- (80). إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 296.
- (81). جمال بوشنافة ، المرجع السابق، ص 99.
- (82). زروقي ليلي و حملي باشا عمر ، المرجع السابق، ص 66.
- (83). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 99.
- (84). عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، الإيجار ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1963 ، ص 3.
- (85) . **Philippe Simler et Philippe Delebecque** , droit civil , les sûretés , la publicité foncière , 2^e édition , Dalloz ,1995p.591.
- (86). أنور طلبية ، المرجع السابق، ص 702.
- (87). عصام أبو سليم، الوجيز في عقد الإيجار، الجزء الأول، الأحكام العامة في الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 206.
- (88). رمضان أبو السعود ، المرجع السابق، ص 299.
- (89). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 100.
- (90). مجيد خلفوني ، المرجع السابق، ص 88.
- (91). أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 714.
- (92). جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 102.
- (93). أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 715.

➤ قائمة المراجع :

• قائمة المراجع باللغة العربية مرتبة ترتيبا أبجديا :

- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- أنور طلبة، الشهر العقاري و المفاضلة بين التصرفات ، دون طبعة ، 1990.
- توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة طبع.
- جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2006 .
- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر 2002.
- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2003.
- حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004.
- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، دون طبعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005.
- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، دون سنة طبع.
- خليل أحمد حسن قداة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع ، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994.
- رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، دون طبعة ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1985.
- زهدي يكن، الملكية و الحقوق العينية الأصلية علما و عملا، الطبعة الثانية، دون طبعة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، دون سنة طبع.
- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، دون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2004.
- عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 1989.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، الإيجار ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1963.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1968.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية و العينية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1980 .
- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الطبعة الخامسة ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 .
- عبد الوهاب عرفة ، المرجع الوسيط في الشهر العقاري بين النظرية العلمية و التطبيق العملي ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994 .
- عصام أنور سليم ، الوجيز في عقد الإيجار ، الجزء الأول ، الأحكام العامة في الإيجار ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000 .
- مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003 .
- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1983 .
- محمد حسنين ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري ، دون طبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 .

• قائمة المراجع باللغة الفرنسية :

- **Alex Weill** , droit civil, les biens , 2^e édition , Dalloz , Paris , 1974.
- **Christian Larroumet** , droit civil , les biens , droits réels principaux , tome 2 , 3^e édition , ECONOMICA , Paris , 1997.
- **Philippe Simler et Philippe Delebecque** , droit civil , les sûretés , la publicité foncière , 2^e édition , Dalloz , 1995.

• قائمة النصوص القانونية :

1- الأوامر و القوانين :

- القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30/09/1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 ، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخ في 26/06/2005 .
- الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية عدد 92 المؤرخة في 18/11/1975 .
- القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق ، الجريدة الرسمية عدد 28 المؤرخة في 13/07/1988 ، الملغى بموجب القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 08/03/2006 .

- القانون رقم 07-02 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 2007/02/28.

- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 1991/05/08.

2- المراسيم :

- المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 1976/04/13.

- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 1976/04/13.

- المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، الجريدة الرسمية عدد 26، المؤرخة في 2008/05/25.

3- المجلات القضائية و الدوريات :

- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الصادر عن المحكمة العليا، الجزء الأول، قسم الوثائق 2004.
- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية الصادر عن المحكمة العليا، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2004.
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2004.

- مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الملتقى الوطني الأول و تحديات العصرية، الجزائر، فندق الأوراسي 16-17 أبريل 2002.

4 - المقالات :

- يوم دراسي حول المعاملات العقارية و الإيجارات التجارية، نظمتها مديرية الحفظ العقاري لولاية تيسمسيلت يوم 2005/05/11 تحت إشراف وزارة المالية.

"المزايا القانونية في مجال الاستثمار"



الأستاذة: فلكاوي مريم : أستاذ مساعد قسم - أ

من جامعة 08 ماي 1945 قالمة - الجزائر

مقدمة :

يسير العالم نحو تطور نوعي في شتى المجالات، و أصبحت الدول تتسابق لاكتساب اقتصاد قوي تواجه به تحديات القرن 21، لاسيما و قد أصبح معيار الناتج القومي أساس تقييم مكانة الدولة و قيمتها في المجتمع الدولي، و اتبعت دول العالم على اختلاف إيديولوجياتها سياسات مكيفة و واقعتها الاقتصادي و الاجتماعي و الجغرافي و البشري، و كذا إمكانياتها المادية و قوتها المالية، و يكثر الحديث في الآونة الأخيرة عن ما للاستثمار من أثر إيجابي على اقتصاد الدول، و يقصد به التعامل بالأموال للحصول على الأرباح و ذلك بالتخلي عنها في لحظة زمنية معينة و لفترة زمنية معينة بقصد الحصول على تدفقات مالية تعوض عن القيمة الحالية للأموال المستثمرة و تعوض عن كامل المخاطرة الموافقة للمستقبل، و قد يكون المستثمر مواطنا أو أجنبيا في أغلب الحالات.

فاهتمت الجزائر بهذا المجال، و سن المشرع مختلف القوانين التي تنظمه قناعة منه بأنه المخرج المستقبلي من التبعية لعائدات المحروقات، و رغم تشعب مجالاته "فهو يضطلع في القطاع المالي و القانوني، و الإداري و السياسي، و على رأس ما سبق الاقتصادي"، فقد حاول هذا الأخير الإحاطة بهذا الموضوع من كل جوانبه، و نحن كأكاديميين قانونيين، نحاول موازنة الأكاديميين الاقتصاديين في دراسة المجال حتى تسد الثغرات التي قد تؤثر سلبا على النتائج المرجوة من الاستثمار.

إذ نظم هذا المجال بمختلف التشريعات العادية و الفرعية بصفة دائمة و متجددة 1، تختلف و الحقبة الزمنية التي صدرت فيها وواقع الجزائر السياسي و الاقتصادي 2، حرص فيها مشرع على تحسين مناخ الاستثمار و كذا حماية الاقتصاد الوطني من مختلف الآثار السلبية للتنازلات التي يمنحها لجلب المستثمر.

و تعد المزايا القانونية من الآليات التي استحدثها المشرع لجلب المنافسة في مجال الاستثمار، يتنازل فيها عن حقوق مالية و عينية لصالح المستثمر و طنيا كان أو أجنبيا.

ما هي هته المزايا؟ و على أي أساس تمنح للمستثمر؟ و ما هي الامتيازات التي تتمتع بها الدولة (الرقابة و الإشراف) حتى لا تصبح هته المزايا عبئا على عاتقها؟

المطلب الأول : النظرية العامة للمزايا القانونية :

مرت الجزائر بمراحل قانونية إن صح القول، انعكس التوجه الإيديولوجي فيها بصفة جلية على مختلف القوانين و بطبيعة الحال على القوانين المتعلقة بالاستثمار، و إن أردنا طرح تساؤل حول هته النقطة و علاقتها بالمزايا القانونية فسيكون بالتأكيد، لما كانت الدولة متدخلة، هل وجدت حوافز استثمار "المقصود هنا المزايا"؟ و إن وجدت هل هي بما هو مكرس في القانون 03/01 المعدل و المتمم؟

قبل أن نجيب عن هذا التساؤل، نتطرق في إيجاز إلى المفهوم الفكري و القانوني للمزايا الممنوحة في مجال الاستثمار

الفرع الأول : المقصود بالمزايا القانونية في مجال الاستثمار:

تندرج المزايا الممنوحة للمستثمر في إطار الحوافز التي يفيد بها القانون من أجل جلب أكبر قدر ممكن من أصول المستثمرين، و ذلك في إطار السياسة الجبائية و التحفيزية التي انتهجها المشرع الجزائري ضمن قانون الاستثمار، أي أنها مجموعة إجراءات جبائية إضافية 3 على الإجراءات المنصوص عليها في القوانين المتخصصة الأخرى تمنح للمستثمر وفق شروط و في حالات محددة كما سنشير إليه فيما بعد.

يمكن وصف هته المزايا أو العطايا أو الحوافز بأنها: الأساليب و الطرق ذات الطابع الإغراقي التي تتخذها السياسة

الاقتصادية من أجل تحقيق التنمية بقطاع معين و لصالح فئة معينة من الأعوان الاقتصاديين المستهدفين بهذا الشأن. 4

كما عرفت الامتيازات أو الحوافز بأنها: "إجراء خاص للسياسة الاقتصادية، غير إجباري، بهدف الحصول من الأعوان على سلوك محدد لم يرغبوا فيه، أو لم تكن لديهم فكرة تبينه مقابل الاستفادة من امتياز أو عدة امتيازات معينة".⁵

وعرفت بأنها: "نظام يصمم في إطار السياسة المالية بهدف تشجيع الادخار أو الاستثمار على نحو يؤدي إلى نمو الإنتاجية القومية و زيادة المقدرة التكلفة للاقتصاد و زيادة الدخل القومي نتيجة قيام المشروعات الجديدة أو التوسع في المشروعات القائمة".⁶

أي أنها بصفة عامة امتيازات ذات طابع جبائي تمنحها الدولة في سبيل إغراء المستثمرين بهدف الزيادة في حجم الاستثمار.

تعتبر سياسة الإعفاء الضريبي لمدة معينة من أوسع الحوافز انتشارا لجذب الاستثمارات الأجنبية وتحسين مناخ الاستثمار داخل الدول التي تسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها، وهي في نفس الوقت من السياسات الضريبية التي يجذبها المستثمر الأجنبي كونه سيستفيد من فترة زمنية -مهما طالت أو قصرت- لن يكلف فيها بدفع أي نوع من الضرائب وهي فرصته للاستثمار في أرباحه، وهي وسيلة جد فعالة ومغرية للمستثمر الأجنبي من جهة ولا تعود بالضرر على اقتصاد الدولة المضيفة على اعتبار أنها ستضمن استمرار المشاريع الاستثمارية فيها وتشجيع بقاءها كما أنها وبعد انتهاء فترة الإعفاء فإن هذه الدولة ستكتسب وعاء ضريبيا جديدا تقتطع منه جزءا من أرباحه على شكل ضرائب أو رسوم.⁷

وتختلف الحوافز الضريبية في تأثيرها من نشاط لآخر ومن دولة لأخرى وذلك بحسب الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من وراء استخدام سياسة الإعفاءات الضريبية وهو ما يفسر اختلاف المعايير التي تعتمد عليها الدول في المعاملة الضريبية للاستثمار الوافد، إذا لا يوجد في الواقع إطار قانوني واحد لهذه المعاملة يصلح للتطبيق في مختلف الدول، ومرد ذلك تفاوت واختلاف حاجات الدول إلى الموارد الخارجية وتباين أوضاعها وظروفها الداخلية.⁸

الفرع الثاني: الخصائص و الأهداف :

من خلال ما سبق يتبين أن من خصائص هته الامتيازات ما يلي : 9

- أنها إجراء اختياري : لأنها تترك للأعوان الاقتصاديين حرية الخضوع لهذه الشروط و المقاييس المحددة من طرف الدولة و هذا مقابل الاستفادة من هذه الإجراءات دون أن يترتب عن ذلك أي جزاء.

- أنها إجراء هادف: فالدولة بمنحها هذه الحوافز فهي تضحى بإيرادات ضريبية من أجل تحقيق الأهداف المسطرة وفق السياسة الاقتصادية المتبعة من طرفها، و من أجل ذلك لا بد من تدعيم هذه التحفيزات بدراسات وافية و شاملة حول العناصر التالية:

. مدة صلاحية إجراءات التحفيز.

. دراسة تنبؤية للتغيرات المستقبلية.

. تحديد مختلف الشروط التي يجب توفرها في المستفيد من التحفيز.

- أنها إجراء له مقابل: فمنح الامتيازات 'جاء خاص مدقق و محكم، موجه إلى فئة محددة من أعوان الاقتصاد في مناطق معينة و لمدة معينة، و عليه فلا بد لهذه الفئة احترام بعض المقاييس كمكان الإقامة، مدة الاستفادة من هذا التحفيز.

- السلوك: فهي تهدف إلى إحداث سلوك أو تصرف لم يتم التفكير في القيام به من طرف المستثمرين، و كذلك يحث الدولة بالتحريض على عمل الأعوان الاقتصاديين على القيام بفعل لم يقوموا به من تلقاء أنفسهم.

بعد إيضاح المفهوم القانوني للمزايا باعتبارها حوافز تحريضية لزيادة حجم الاستثمار، يتضح لنا كذلك أنها آليات قانونية لها أهداف، و هته الأهداف غير ثابتة فهي تخضع لتغيرات أهمها نهج الدولة الإيديولوجي، فأهداف المزايا في العهد الاشتراكي على غرار كل المنظومة القانونية الجزائرية، "ذات الصلة بحقل الاستثمار تفتقر إلى إستراتيجية محددة الأهداف و إنما هي مجرد نصوص قانونية متناثرة يسودها التناقض و الغموض"10، و على العموم يمكن حصر الأهداف العامة للاستثمار كالتالي:

- تحقيق ميزان تجاري موجب و رفع احتياطي الدولة من خلال تشجيع الصادرات.

- خلق روح المنافسة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب.

- تنمية الاستثمار، حيث تشجع "الحوافز الجبائية11" تراكم رؤوس الأموال، بتخفيضها للمكلف بالضريبة و من ثم حجم التكاليف خاصة و أن المشاريع الاستثمارية في سنواتها الأولى لا تحقق أرباحا مهنية.

- تحقق المؤسسات المستفيدة من الامتيازات الفعالية و ترفع مردوديتها.

- سرعة تحقيق السيولة النقدية في السنوات الأولى من الاستغلال.

- خلق مناصب شغل و بالتالي التخفيف من حدة مشكل البطالة.

و غيرها من الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية بالدرجة الأولى، التي تتحقق في حال وصل الاستثمار إلى الهدف المنشود، و ذلك طبعا بقدر مدقق و محدد من الامتيازات و التحفيزات المدروسة التي تقدمها الدولة للمستثمر، و هذا

يفتح بابا للتساؤل، هل جاءت التعديلات المتتالية للقوانين المتعلقة بالاستثمار نتيجة فشل في السياسات و الامتيازات الممنوحة للمستثمر؟ وكيف عالج المشرع الجزائري مجال المزايا على مر التحولات الاقتصادية و القانونية التي مر بها؟
 نحب عن هذه الأسئلة فيما يلي، عند الحديث عن التطور التشريعي الذي مرت به قوانين الاستثمار، و كيف عالج المشرع مسألة المزايا القانونية خلال ذلك.

المطلب الثاني: التطور التشريعي للمزايا القانونية :

شهدت الجزائر حقبتين مختلفتين أثرتا بصفة جذرية على كافة المجالات، و كانت قوانين الاستثمار غير مستثناة، مرحلة اشتراكية شيوعية كانت شعارا للجزائر المستقلة بعد الاستقلال، و مرحلة ليبرالية رأسمالية زحفت شيئا فشيئا بعد فشل النظام الاشتراكي و استفحال المشاكل السياسية و الاقتصادية والاجتماعية، وعلى إثر تغيير التوجه، كيفت الدولة منظومتها القانونية لاسيما الاقتصادية، للتماشي و مستجدات و متطلبات النهوض بالاقتصاد من جديد و مواجهة التحديات التي أصبحت و لوهلة التماشي و النظام العالمي الجديد، فاستجاب المشرع لهذه التغيرات، من خلال تنقيح المزايا الممنوحة للمستثمر و توسيعها، نوضح ذلك كالاتي :

أولا: في ظل النظام الاشتراكي :

إن المتصفح لقوانين الاستثمار الصادرة بعد الاستقلال¹²، يجد أنها تفتقر إلى إستراتيجية محددة الأهداف، و إنما هي مجموعة نصوص قانونية متناثرة يسودها التناقض و الغموض¹³، كون أسس الاستثمار و أسباب نجاحه تتنافى و الدور المضطهد للقطاع الخاص حين احتكرت الدولة تسيير القطاعات الحساسة التي بيني المستثمر على أساسها توقعات النجاح، لاسيما قطاع الملكية الخاصة، و عدم الاعتراف بدور فعال للأجانب في التطوير و الاستثمار، إذ لم تكتف الدولة باحتكار النشاط الاقتصادي، بل لعبت دورا تدخليا وحمائيا، تجلى من خلال تقليصها لدور القطاع الخاص في تحقيق التنمية الاقتصادية، ومنعه من التدخل في ممارسة النشاطات الاقتصادية الحيوية والإستراتيجية، ولم تفتح أمامه سوى القطاعات الثانوية التي لا تمثل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني.

1- فبتحليل نصوص القانون رقم 277/63 المؤرخ في 23 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار كونه أول قانون يتعلق بهذا المجال بعد الاستقلال، نجد أنه يحدد في عمومته الضمانات الخاصة و العامة المقدمة للاستثمارات المنتجة بالجزائر، الحقوق و الواجبات و الحوافز و الامتيازات المرتبطة بها إلى جانب النظام العام لتدخل الدولة في مجال الاستثمار¹⁴، هذا فيما يخص الاستثمار بصفة عامة.

أما في شأن المزايا القانونية الممنوحة للمستثمر، يلاحظ في المحتوى العام تكريس المشرع مبدأ التحفيز عن طريق منح المزايا ضمن هذا القانون، حيث أقرت المادة 08 من نفس القانون مبدأ "الاعتماد لدى السلطات العمومية للاستثمارات" الذي أقر بدوره إمكانية النص على امتيازات في مضمون الاعتماد 15، مثال ذلك تجميد النظام الجبائي لمدة 15 سنة، تخفيض نسبة الفائدة الخاصة بقروض التجهيز، التخفيض الكلي أو الجزئي للضرائب على المواد الأولية المستوردة... إلخ من المزايا الاتفاقية التي يمكن إقرارها.

يمكن وصف هته الإجراءات بأنها قاسية على المستثمر لاعتبارين 16 :

- إرجاع مبادرة الاستثمار في القطاعات الحيوية إلى الدولة أو الهيئات التابعة لها 17، فهناك احتكار للدولة و الهيئات التابعة لها على هذه القطاعات، حيث تتدخل الدولة بمفردها بمساهمة الرأس المال الخاص أو بمشاركة الرأس المال الخاص في شركات مختلطة الاقتصاد.

- يمكن للرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي أن يستثمر في القطاعات الأخرى، إلا أنه لا يتم بكل حرية، فعلى كل مستثمر في الصناعة أو السياحة يريد أن ينشئ أو يطور مؤسسة أن يحصل على اعتماد مسبق من قبل السلطات، و بعد حصوله على الاعتماد يمكن مناقشة المزايا، فحصوله عليها غير أكيد.

لقد حاول هذا القانون الجمع بين الضمانات و الحوافز و الحقوق الموفرة للمستثمر الأجنبي من جهة و الإطار العام لتدخل الدولة و الهيئات الممثلة لها في ميدان الاستثمار، في ظل غياب أي تأطير أو بيان لتوجيه استراتيجي يخص دور رأس المال الوطني في التنمية، مما خلق تناقضا بين توجه ليبرالي انفتاحي يكرس تواجد رأس المال الأجنبي، و توجه عامل على تطوير الاقتصاد الاشتراكي، لهذه الأسباب و غيرها لم يعرف هذا القانون تطبيقا حقيقيا نظرا لتشكيك المستثمرين في مصداقية أحكامه 18.

2- نتيجة النقائص المخلة في قانون الاستثمار لسنة 1963، حاول المشرع استدراك التناقضات و عدم فعالية الاستثمار في مجال قانون مائل، عن طريق سن القانون 284/66 المؤرخ في 15/09/1966 المتضمن قانون الاستثمارات، وهذه المرة بغلق باب الاستثمار في وجه الجمهور و طنيين كانوا أم أجنبان 19، تأكيدا على دور الدولة الأساسي في التوجه الاشتراكي.

ما يهم في هذا المقال هو وضعية المزايا التي يمنحها هذا القانون للمستثمر الخاص، هل بقيت على ما هي عليه في القانون السابق؟ أم أن المشرع أعطاها أبعادا أخرى؟

خصص المشرع في القانون المتحدث عنه في الباب الثاني منه مواد خاصة بالمزايا و الحوافز الممنوحة للمستثمرين الخواص الوطنيين و الأجانب، على خلاف القانون 277/63 الذي ربطها بشرط تحصيل الاعتماد لطلب المزايا و مناقشتها، و ذلك في المواد (07-19-22) حيث منح :

. إمكانية الإعفاء التام أو الجزئي من رسم الانتقال بعوض و بمحدود تعلق المشتريات العقارية على وجه الاستثناء بالنشاط المرخص به.

. الإعفاء التام أو الجزئي أو التناقصي من الرسم العقاري لمدة 10 سنوات.

. منح معدل مخفض على الرسم الفريد الإجمالي على الإنتاج المترتب على أموال التجهيز أو إرجاع الرسم المتعلق بمعدات التجهيز المصنع في الجزائر.

. إجراء استفتاء رسوم الجمارك و الرسم الفريد الإجمالي على الإنتاج المرتبط بأموال التجهيز الضرورية، لتحقيق المشروع و ذلك على تدرج أقصى لمدة الاستهلاك الصناعي.

. الإعفاء التام أو الجزئي أو التناقصي من الرسم الذي يترتب على الأرباح الصناعية و التجارية خلال مدة لا يمكن أن تتجاوز 05 سنوات، و مبلغ سنوي من الأرباح لا يمكن أن يتجاوز 20% من الرساميل الخصوصية المستمرة في النشاط المرخص به.

رغم وجود مزايا قانونية واضحة المعالم ضمن هذا القانون، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما مدى فعالية هذه المزايا؟

للإجابة عن هذا التساؤل نعود للقول أن الجزائر أكدت على النهج الاشتراكي في هذه الفترة، و كون هذا النهج يعترف للدولة بحصة الأسد في تسيير القطاعات الحيوية، و كذا تناقض فكرة تشجيع الاستثمار في ظل تدخل الدول، قد ضيق الخناق على المستثمرين الخواص الوطنيين و الأجانب بمحصر مجالات الاستثمار و تضيقها، مما جعل مثل هته المزايا لا ترغب المستثمر في العمل بالتراب الجزائري.

كما سبق نستطيع القول أن القانون 284/66 قد حذا حذو القانون 277/63 في الفشل في استقطاب المستثمر على الرغم ما قدمه من مزايا استثمار.

3- لم تؤثر القوانين المتوالية التي تتعلق بالاستثمار و تطويره على فعالية المزايا القانونية التي تمنح للمستثمرين الخواص في حال قيامهم بمشاريع استثمارية في الجزائر لنفس الأسباب السابقة يتوضح ذلك كالتالي :

. في سنة 1982 تبنت الجزائر قانونا يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها (القانون رقم 11/82 و القانون 20(13/82)، تكون بذلك قد أكدت نيتها في رفض الاستثمار المباشر لتدخل الرأسمال الأجنبي، و فضلت الاستثمار عن طريق الشركات المختلطة الاقتصاد.

. تأكد ذلك الاتجاه في سنة 1986 (القانون رقم 13/86)، رغم أن الحكومة أرادت أن ترفع في نسبة رأس المال الأجنبي، و قد رفض النواب ذلك، و أعيدت الكرة سنة 1989، ورفض مرة أخرى من النواب.21.

الفرع الثاني : في ظل النظام الرأسمالي :

إن الحديث عن مزايا فعالة في جلب الاستثمار يرتبط دائما بترك مجال لقدر من الحرية للمستثمر حتى يحس بإمكانية نجاح مشروعه الاستثماري، هذا و قد أثبتت التجربة أن تقييد المستثمر بمختلف الإجراءات و الحواجز يصعب من تحقيق هدف الدولة من فتح باب الاستثمار منذ البداية، و إدراكا من المشرع الجزائري بنتائج القيود الواردة في قوانين الاستثمار السالفة، هذا توجهها جديدا، منفتحا بل و رأسمالي، فتح فيه المجال للمستثمر الوطني و الأجنبي على السواء، عبر فيه عن رغبته في إصلاحات جذرية و فعالة لجلب أكبر قدر من المستثمرين.

1- في سنة 1988 تبنت الجزائر الإصلاحات التي أدت إلى ظهور المؤسسات العمومية الاقتصادية استخلافا للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، و كان ذلك بصدر قوانين ما اصطلح على تسميتها بقوانين 12/01/1988 (22) ، حيث شكلت بحق ثورة نصية لمدلول المؤسسة الإنتاجية العمومية و تم ذلك من خلال:

. إخضاع المؤسسة العمومية الاقتصادية لمقتضيات القانون التجاري لتصبح بذلك و إلى حد بعيد شخصا من أشخاص القانون الخاص.

. استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية عن أي وصاية و رقابة وزارية.

. خروج المؤسسات العمومية الاقتصادية عن دائرة القانون العام إلا فيما نص عليه القانون صراحة.

أمام هذا التحول، كان لزاما صدور تصور آخر لدور رؤوس الأموال، غير أن الأمر تطلب انتظار 04 سنوات أخرى لصدور القانون 12/93، و في انتظار ذلك اقتصر نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على مادة وحيدة هي المادة 183 من قانون النقد و القرض 10/90 و التي تنص على توسيع نشاط المستثمر لكل القطاعات إلا ما كان منها مخصصا للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها، تحرير المستثمر من مبدأ الترخيص و الاعتماد و تبسيط عمليات قبول الاستثمار بإخضاعه لرأي مجلس النقد و القرض الذي يقدم رأي المطابقة خلا شهرين من إيداع الطلب.23

لم ينص القانون 10/90 على الامتيازات، رغم أنه نص على الضمانات المتعلقة بالتحويل، يبدو أن الامتيازات لمطبقة هي سارية المفعول و الناجمة على القانونين 12/82 و 13/86 المتعلقين بالشركات المختلطة الاقتصاد إلى غاية 1993 أين صدر قانون ترقية الاستثمار 24.

2 - يعد المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار حجر الزاوية الذي انطلق منه المشرع في سياسة إصلاحية مبنية على نظام استثماري تحفيزي 25، جاء بعد فترة عصيبة مرت بها الجزائر 26، وهو القانون الذي سوى بين الوطنيين و الأجانب في مجال المزايا التي نص عليها، وعكس القوانين السابقة المتعلقة بالاستثمار، فقد فتح المشرع المجال للمستثمرين للمشاركة في كافة القطاعات باستثناء النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات المخصصة صراحة للدولة أو أحد فروعها 27، و النشاط البترولي 28.

و ما يلاحظ حول هذا القانون أنه حدد سريانه بأثر رجعي، حيث يستفيد من أحكامه كل الاستثمارات الجاري إنجازها عند صدور هذا المرسوم التشريعي، كما يمكن للاستثمارات التي شرع في استغلالها في غضون السنوات الخمس السابقة لصدور المرسوم 29، و الحكمة من ذلك هي إفادة أكبر قدر ممكن من الأحكام المشجعة و الضمانات و المزايا الواسعة الممنوحة ضمن هذا القانون.

المقصود من الاستثمارات المنجزة أو الجاري إنجازها هي الاستثمارات المنجزة في إطار القوانين 13/82 و 13/86 و 25/88 و القانون 10/90 (30)، و تتمثل هته المزايا في 31:

مرحلة إنجاز المشروع :

- الإعفاء من ضريبة نقل الملكية بمقابل بالنسبة لكل المشتريات العقارية المنجزة في إطار الاستثمار.
- تطبيق رسم ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة تقدر بخمسة على الألف تخص العقود التأسيسية و الزيادات في رأس المال.
- إعفاء الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار من الرسم العقاري ابتداء من تاريخ الحصول عليها
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة على السلع و الخدمات التي توظف مباشرة في إنجاز الاستثمار، سواء أكانت مستوردة أو محصلا عليها من السوق المحلية إذا كانت هذه السلع و الخدمات موجهة لإنجاز عمليات خاضعة للرسم على القيمة المضافة.

- تطبيق نسبة مخفضة ب 03% في مجال الرسوم الجمركية على السلع المستوردة لتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، و يمكن أن تكون السلع المذكورة في هذه المادة أن تكون محل تنازل أو تحويل طبقا للتشريع المعمول به بعد موافقة الوكالة.
 - تمنح المزايا السابقة طيلة فترة إنجاز مشروع الاستثمار على أن لا تتجاوز مدة 03 سنوات ابتداء من تاريخ تبليغ الوكالة.
 - مرحلة الشروع في الاستغلال: يمكن أن يستفيد المستثمر من:
 - الإعفاء طيلة فترة أديانها سنتان و أقصاها خمس سنوات من الضريبة على أرباح الشركات و الدفع الجزافي و الرسم على النشاط الصناعي و التجاري.
 - تطبيق نسبة مخفضة على الأرباح التي يعاد استثمارها بعد انقضاء فترة الإعفاء المحددة في المقطع السابق.
 - الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات و الدفع الجزافي و الرسم على النشاط الصناعي و التجاري، في حالة التصدير، حسب رقم أعمال الصادرات بعد فترة النشاط المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه.
 - الاستفادة من نسبة اشتراكات أرباب العمل لمقدرة ب 7% برسم الأجور المدفوعة لجميع العمال، طيلة فترة الإعفاء المحددة في المقطع الأول أعلاه، مع تحمل الدولة لفارق الاشتراكات المذكورة، و ذلك تعويضا للنسبة المئوية التي حددها التشريع و التنظيم في مجال الضمان الاجتماعي.
 - وهذه الامتيازات من حق المستثمر ابتداء من تاريخ الشروع في استغلال المشروع.
 - تستفيد المشتريات من السوق المحلية للسلع المودعة لدى الجمارك لتموين المنتجات المعدة للتصدير، إعفاء من الحقوق و الرسوم .
 - و تستفيد كذلك عمليات الخدمات المرتبطة بالمشتريات أعلاه من نفس الإعفاء من الرسوم.
- الامتيازات المتعلقة بالمناطق الخاصة و المناطق الحرة :
- هذه المزايا منحت بصفة عامة لكل مستثمر تنطبق عليه شروط الاستفادة الخواص الوطنيين، الأجانب، الدولة أو أحد فروعها، أشخاص معنوية بموجب نصوص تشريعية، المؤسسات الوطنية العمومية، و إضافة إلى هته الامتيازات خص المشرع في القانون 12/93 بعض المناطق (الخاصة و الحرة32، و بعض المشاريع التي تعاني مشاكل في الإنجاز33 من مزايا خاصة في سبيل تسهيل عملية إنهاء المشروع.

• بالنسبة للامتيازات المتعلقة بالاستثمارات المنجزة في المناطق الخاصة :

تمنح هته الامتيازات لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ تبليغ الوكالة و تتمثل في:

- الإعفاء من ضريبة نقل الملكية بالنسبة لكل المشتريات العقارية التي تنجز في إطار الاستثمار.
 - تطبيق رسم ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة قدرها خمسة في الألف فيما يخص العقود التأسيسية و الزيادات في رأس المال.
 - تتكفل الدولة جزئيا أو كلي بالنفقات المترتبة على أشغال الهياكل القاعدية اللازمة لإنجاز الاستثمار بعد أن تقومها الوكالة.
 - إعفاء السلع و الخدمات التي توظف مباشرة في إنجاز الاستثمار من الرسم على القيمة المضافة، سواء أكانت مستوردة أو محصلا عليها من السوق المحلية، إذا كانت هذه السلع و الخدمات معدة لإنجاز عمليات خاضعة للرسم على القيمة المضافة.
 - تطبيق نسبة مخفضة تقدر ب 03% في مجال الرسوم الجمركية على السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار و يمكن أن تكون هذه السلع موضوع تنازل و تحويل طبقا للتشريع المعمول به بعد موافقة الوكالة.
- أما بالنسبة للمزايا الممنوحة في بداية المشروع، فوفقا لأحكام المادة 21 من نفس المرسوم التشريعي، منح المستثمر الامتيازات التالية :
- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات و الدفع الجزافي و الرسم على النشاط الصناعي و التجاري طيلة فترة أدناها 05 سنوات و أقصاها عشر سنوات من النشاط الفعلي.
 - إعفاء الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار من الرسم العقاري ابتداء من تاريخ الحصول عليها طيلة فترة خمس سنوات و أقصاها عشر سنوات.
 - تخفيض 50% من النسبة المخفضة للأرباح التي يعاد استثمارها في منطقة خاصة بعد فترة النشاط المنصوص عليها في المقطع الأول أعلاه.
 - في حالة التصدير، الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات و الدفع الجزافي و الرسم على النشاط الصناعي و التجاري حسب رقم أعمال الصادرات بعد فترة النشاط.
 - تتكلف الدولة جزئيا أو كليا بمساهمات أرباب العمل في النظام القانوني للضمان الاجتماعي برسم الأجور المدفوعة لجميع العمال طيلة فترة خمس سنوات قابلة للتمديد بناء على قرار الوكالة .

- يمنح الامتياز في المناطق الخاصة بالدينار الرمزي طوال المدة المذكورة لاستكمال إقامة مشروع.
- دفع إتاوة إيجار به طوال المدة المتبقي سريانها.

• بالنسبة للامتيازات المنجزة في المناطق الحرة 34 :

2- على الرغم من حجم الحوافز و المزايا التي جاءت بمضمون المرسوم التشريعي 12/93، إلا أن الظروف الاقتصادية و السياسية والاجتماعية، و حالة البنى التحتية و ضعف البنوك الممولة حالت دون تحقيق النجاح المرجو منه، ليحاول المشرع تدارك هته العوائق عن طريق إصدار الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، بعد الإصلاحات الاقتصادية التي شهدتها المراحل السابقة عن صدوره.

و المتصفح لهذا القانون يلاحظ توسيع المشرع للحوافز و زيادته لحجم المزايا الممنوحة للمستثمر، إذ منح للمستثمرين الوطنيين و الأجانب صنفين من المزايا 35، إضافة إلى الحوافز الجبائية و الجمركية المنصوص عليها في النظام العام 26، بداية بأحكام المادة 09 من الأمر و التي نصت على مزايا النظام العام :

"زيادة على الحوافز الجبائية و شبه الجبائية و الجمركية المنصوص عليها في القانون العام، تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 01 و 02 أعلاه مما يأتي :

أ) بعنوان إنجازها كما هي مذكورة في المادة 13 أدناه، من المزايا الآتية :

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع غير المستثناة و المستوردة و التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات غير المستثناة المستوردة أو المقتناة محليا و التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار. 37

- الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض عن كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني.

ب) بعنوان الاستغلال و لمدة 03 سنوات بعد معاينة الشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر :

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.

- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني."

ثم نصت المادة 10 من الأمر على المزايا في النظام الاستثنائي على مزايا خاصة تمنح للاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، و تلك التي تتمتع بأهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة و تحمي الموارد الطبيعية و تدخر الطاقة و تقضي إلى تنمية مستدامة و هي كالاتي :

عند البدء في إنجاز مشروع الاستثمار :

- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار 38.
- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة قدرها 02 في الألف فيما يخص العقود التأسيسية و الزيادات في رأس المال.
- تتكفل الدولة جزئيا أو كليا بالمصاريف بعد تقييمها من الوكالة، فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار.
- الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية و ذلك عندما تكون هذه السلع و الخدمات موجهة لإنجاز عمليات تخضع للضريبة على القيمة المضافة.
- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة و التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

بعد انطلاق المشروع الاستثماري :

- الإعفاء لمدة عشر سنوات من النشاط الفعلي من الضريبة على أرباح الشركات و من الضريبة على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة و من الدفع الجزافي و من الرسم على النشاط المهني.
- الإعفاء لمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء من الرسم العقاري، على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.
- منح مزايا إضافية من شأنها أن تحسن و تسهل الاستثمار مثل تأجيل العجز و آجال الاستهلاك 39.

إضافة إلى هذه الامتيازات، " يمكن أن تستفيد الاستثمارات ذات الأهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني 40 من مزايا تعد عن طريق التفاوض بين المستثمر و الوكالة التي تتصرف باسم الدولة، تحت إشراف الوزير المكلف بترقية الاستثمارات".

بمقارنة أحكام الأمر 03/01 بالرسوم التشريعي 12/93 نجد توجه المشرع اختلف في عدة جوانب نوجزها كالآتي :

- * وضع الاستثمارات الخاصة الوطنية و العمومية في نفس المستوى تظهر تراجعها عن تقديس الشيء العمومي و أولوية القطاع العام و المؤسسة العمومية، مما يعطي ثقة للمستثمر في نظام الاستثمار و تعزيز مبدأ المساواة بين القطاع العام و الخاص في دفع عجلة لتنمية و تطوير الاستثمار 41.

* إلغاء الاستثناء عن بعض القطاعات التي كانت حكرا على المؤسسات العمومية حيث ترك المجال مفتوحا أمام المستثمر و ربط في المقابل بعض المجالات بالحصول على رخصة أو امتياز⁴².

* التقليل من مستوى المزايا التحفيزية حيث كان يقر في المادة 11 من الأمر 03/01 الفقرة تعفي لمدة 10 سنوات من الضريبة على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة I.R.C و من الدفع الجزائي V.F و كذا الفقرة 11 من نفس المادة التي تقرر بعض الامتيازات الإضافية من شأنها أن تحسن و تسهل الاستثمار.

خلاصة :

خلاصة القول بالنسبة للتطور الذي شهدته فكرة الاستثمار من خلال مختلف النصوص القانونية المنظمة لها في الجزائر أنها تمثل بحق تجسيدا تشريعيًا لمختلف الحقب التاريخية التي بلورت الخيارات التنموية وبالتالي الاقتصادية للبلاد.

و ما قانون تطوير الاستثمار الأخير إلا ثمرة جهد المشرع رغبة في التعديل و الاعتبار من أخطاء القوانين المتعلقة بالاستثمار السابقة، لم يحقق مبدئيا المرجو من تطوير هذا القطاع، إلا أن حركة الاستثمار تحتاج أكثر من تشريع و مجال لتحقيق الأهداف المرجوة منها.

الهوامش :

¹ - منذ استقلال الجزائر نظم المشرع مجال الاستثمار، فصدر القانون رقم 277/63 المؤرخ في 1963/07/27 المتضمن قانون الاستثمار، ثم القانون رقم 284/66 المؤرخ في 1966/09/15 المتضمن القانون الخاص بالاستثمار، ثم القانون رقم 25/88 المؤرخ في 1980/07/12 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني ثم القانون رقم 10/90 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد و القرض، ثم المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/15 المتعلق بقانون ترقية الاستثمار، ثم الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار و المعدل بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 2006/06/15 و الساري المفعول ليومنا هذا.

² - انتهجت الجزائر النظام الاشتراكي بعد الاستقلال، فانعكس هذا الأخير على الطبيعة القانونية للتشريعات الخاصة بالاستثمار، ثم غيرت التوجه إلى الليبرالي الحر، و أيضا تأثرت التشريعات الخاصة بالاستثمار.

³ - نصت المادة 09 من الأمر 08/06 المؤرخ في 2006/06/15 المتعلق بتطوير الاستثمار: "زيادة على الحوافز الجبائية و شبه الجبائية و الجمركية المنصوص عليها في القانون العام..."

⁴ - صخري علي، المظاهر الجبائية في الدول النامية و أثرها على الاستثمار الخاص من خلال التحفيز، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، دفعة 1991-1992، ص 19.

⁵ - مربي سيد حجازي، النظم الضريبية، الدار الجامعية للطبع و النشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 277.

⁶ - منى محمود إدبلي، سياسة الحوافز الضريبية و أثرها في توجيه الاستثمارات في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص 111.

⁷ - د /عبد الواحد محمد الفار، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتاب، ص 139.

⁸ - ومن هنا يظهر الاختلاف بين الحوافز الضريبية التي تقرها الدول النامية عن تلك الحوافز المستخدمة في الدول الصناعية، ذلك انه لوحظ استمرارية في الاتجاه نحو زيادة الحوافز الضريبية للاستثمارات في الدول النامية، بينما الدولة الصناعية قامت بإلغاء الخصم الضريبي على الاستثمارات والحد من الإسراع في الإعفاءات. لمزيد من التفصيل راجع:

أنماط الحوافز الضريبية للاستثمار في الدول النامية، Negee Choona Chia & John Whalley.

ترجمة أحمد هاشم خاطر، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد الرابع، العدد الأول، 1996، ص 121.

⁹ - ناصر مراد، الإصلاح الضريبي في الجزائر 1992 - 2003، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 187.

¹⁰ - عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار - الأنشطة العادية و قطاع المحروقات -، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 12.

¹¹ - بصفة عامة و المزايا الممنوحة بصفة خاصة

¹² - القانون رقم 277/63 المؤرخ في 1963/07/27 المتضمن قانون الاستثمار، ثم القانون رقم 284/66 المؤرخ في 1966/09/15 المتضمن القانون الخاص بالاستثمار، ثم القانون رقم 25/88 المؤرخ في 1980/07/12 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني.

¹³ - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 12.

¹⁴ - المادة 01 من القانون رقم 277/63 المؤرخ في 27 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمار.

¹⁵ - المواد 08-09-10 من القانون 277/63.

¹⁶ - عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، د م ج، الجزائر 1999، ص 08.

¹⁷ - المادة 02 من القانون 277/63.

¹⁸ - اعتمد في ظل هذا القانون مؤسستان من طرف اللجنة الوطنية للاستثمار، كما لم تتبعه نصوص تطبيقية، و واكب صدوره تأميمات عديدة مست ممتلكات القطاع الخاص و الأجنبي، للتفصيل أنظر عليوش قربوع، المرجع السابق، ص 07.

¹⁹ - نصت المادة 02 من هذا القانون على: "المبادرة الخاصة بتحقيق مشاريع الاستثمارات في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني، تعود للدولة و الهيئات التابعة لها، إلا أن الدولة يمكنها أن تقرر دعوة رؤوس الأموال الخاصة لإنجاز هذه المشاريع، فيتعين عندئذ لكل حالة كفاءات تدخل الرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي في تلك الاستثمارات و تحدد بمرسوم (الذي لم ير النور أبدا) القطاعات المعتبرة حيوية في مفهوم هذا الأمر.

²⁰ - نص المادة 11 من القانون رقم 11/82 المؤرخ في 1982/01/12 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني: "1- الاستثمارات المنجزة في المناطق المحرومة:

- الإعفاء التام من الضريبة على الأرباح الصناعية و التجارية خلال مدة لا يمكن أن تتجاوز 05 سنوات اعتبارا من سنة الشروع في الاستغلال.

- الإعفاء التام من الضريبة العقارية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات اعتبارا من 01 يناير من السنة الموالية لانهاء البناءات الإضافية المعدلة للنشاط المعتمد.

- التخليص من الرسم الوحيد الإجمالي عند الإنتاج فيما يخص شراء التجهيزات المعدلة للنشاط المعتمد قصد صناعة منتجات خاضعة للرسم.

- الإعفاء من حق التحويل بالمقابل المنصوص عليه في قانون التسجيل.

- الإعفاء التام من الرسم على النشاط الصناعي التجاري و الوفاء من الدفع الجزافي لمدة لا يمكن أن تتجاوز 05 سنوات اعتبارا من سنة الشروع في استغلال النشاط المعتمد.

2- الاستثمارات المنتجة للمواد:

- الإعفاء التام من الضريبة على الأرباح الصناعية و التجارية لمدة لا يمكن أن تتجاوز 05 سنوات اعتبارا من سنة الشروع في النشاط المعتمد.

- التخليص من الرسم الوحيد الإجمالي عند الإنتاج فيما يخص شراء التجهيزات المعدلة للنشاط المعتمد قصد صناعة منتجات خاضعة للرسم

- الإعفاء التام من الرسم على النشاط الصناعي و التجاري و الإعفاء من الدفع الجزافي لمدة لا يمكن أن تتجاوز 03 سنوات اعتبارا من سنة الشروع في استغلال النشاط المعتمد.

- كما منحت امتيازات مالية تمثلت أساسا في منح قروض على المدى القصير و تسهيلات أخرى.

- ²¹ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ص 10.
- ²² - قانون رقم 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، القانون رقم 03/88 المنظم لصناديق المساهمة، القانون 04/08 المعدل و المتمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، و الذي حدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.
- ²³ - المواد 184، 185، 186 من القانون رقم 10/90.
- ²⁴ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 14.
- ²⁵ - هناك ثلاثة أنظمة أساسية للاستثمار: نظام قمعي يجمع حرية الاستثمار، نظام رقابي يراقب هته الحرية، و نظام تحيزي يدعمها و يحيطها بحماية خاصة، حيث تصبح حرية الاستثمار بمثابة إزالة للتنظيم بما تعنيه من توفير لمختلف الحوافز، المالية منها، و التنظيمية، و ضمن هذا النظام الأخير يندرج القانون الجزائري، عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 575.
- ²⁶ - أحداث أكتوبر 1988 وما بعدها...
- ²⁷ - المادة 01 من القانون 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار.
- ²⁸ - القانون رقم 25/88 المؤرخ في 1986/08/19 المتعلق بمجالات النشاط البترولي.
- ²⁹ - المادة 01 من المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار.
- ³⁰ - عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 18.
- ³¹ - المواد 17 و 18 و 19 من المرسوم التشريعي 12/93.
- ³² - الفصل الأول (المواد من 20 إلى 24): المناطق الخاصة المنظمة بالرسوم التنفيذي 321/94، و القانون رقم 03/78، و الفصل الثاني (المواد من 25 إلى 34) من الباب الثالث من المرسوم التشريعي 12/93 المنظمة بالرسوم التشريعي 320/94.
- ³³ - المواد من 35 إلى 37 من نفس القانون.
- ³⁴ - نظمت بالمواد من 25 إلى 34 من المرسوم التشريعي 12/93.
- ³⁵ - المواد 09-10-11-12-12-12 مكرر-12 مكرر1 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار.
- ³⁶ - تنص القوانين ذات العلاقة في المجال الاقتصادي على حوافز جبائية مثل قانون البنوك، الجبائي، الجمارك، المنافسة....
- ³⁷ - حددت السلع بالقرار الوزاري المؤرخ في 2009/02/01 المتعلق بكيفيات تعديل قوائم السلع و الخدمات المستفيدة من المزايا الجبائية و يحدد مكونات الملف المتعلق به.
- ³⁸ - ينظم هذا الامتياز المرسوم التنفيذي 152/09 المؤرخ في 2009/05/02 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة لأملاك الدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية
- ³⁹ - ألغيت هذه الفقرة بموجب الأمر 08/06 المؤرخ في 2006/07/15 المعدل و المتمم للأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار.
- ⁴⁰ - تناول المرسوم التشريعي 12/93 في المادة 15 على مفهوم الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني بالنظر إلى حجم المشروع و مميزات التكنولوجيا المعتملة و ارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجري تطويره و ارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة، في حين قلصت إلى "الاستثمارات النظيفة و المحافظة على البيئة، الاستثمارات المحافظة على الموارد الطبيعية، الاستثمارات المدخرة للطاقة، الاستثمارات المحققة للتنمية المستدامة".
- ⁴¹ - نصت المادة الأولى من الأمر 03/01 على مصطلح المستثمر الوطني في إشارة من المشرع إلى القطاع الخاص و العام في مواجهة المستثمر الأجنبي.
- ⁴² - نصت المادة الأولى من الأمر 03/01 على " و كذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة".

حماية القضاء الإسعجالي الإداري للملكية العقارية الخاصة بالمغرب



سعيدة نازي : طالبة باحثة بصف الدكتوراه
جامعة محمد الخامس السويسي / كلية الحقوق بسلا

يعتبر حق الملكية من الحقوق المقدسة والمحمية، إذ يحرم المساس به ما لم تستدع المصلحة العامة ذلك وفي حدود ما ترسمه القوانين، وهو ما أجمعت عليه معظم الدساتير والتشريعات في العالم بما في ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الذي شدد على عدم حرمان أحد منه إلا إذا فرضت ذلك الضرورة العامة.

ونص الفصل الخامس والثلاثين من الدستور المغربي على أن حق الملكية مضمون للقانون أن يجد من نطاقه وممارسته إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون.

وقد أعاد تكريس نفس المبدأ الفصل الأول من القانون المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت الذي نص على أن: "نزع ملكية العقارات كلا أو بعضا أو ملكية الحقوق العينية العقارية لا يجوز الحكم به إلا إذا أعلنت المنفعة العامة، ولا يمكن إجراؤه إلا طبق الكيفيات المقررة في هذا القانون مع مراعاة الاستثناءات المدخلة عليه كلا أو بعضا بموجب تشريعات خاصة".

إلا أنه رغم الحماية الخاصة التي حظي بها حق الملكية، فإنه ونظرا للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المرتبطة بالملكية العقارية فإن الحد من ممارسة هذا الحق أصبح في علاقة طردية مع وثيرة وطبيعة تدخل الدولة من أجل إنعاش قطاع السكن الاجتماعي وتهيئة النسيج العمراني أو من أجل النهوض الاقتصادي كبناء طرق السيارات أو القناطر...، أو من أجل حق الارتفاق لفائدة مختلف المرافق العامة عبر فرض مجموعة من القيود التي تحد من هذا الحق، وطبيعي أن يترتب عن ذلك المساس بالامتيازات التي يتمتع بها المالك على ملكه و بالتالي الدخول في المنازعات مع الجهة التي وضعت اليد على ملكيته أو حالة المس بها .

ولاشك أن الملكية العقارية تشكل أبرز مجال لتلك النزاعات، خاصة و أن الإدارة تفتقد للرصيد العقاري الضروري لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية.

من هنا تبرز لنا أهمية الدور الذي ينهض به القضاء الإداري للموازنة بين مصالح الملاك والتصرفات والقرارات الإدارية التي تستهدف الملكية العقارية الخاصة، لكن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد هو ما الدور الذي يقوم به القضاء الاستعجالي الإداري لحماية الملكية العقارية الخاصة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه دون الإدعاء بالتعرض لجميع الأدوار التي يقوم بها القضاء الاستعجالي في هذا المجال، ولكن محاولة منا معرفة بعض مظاهر هذه الحماية، وذلك في النقاط التالية:

المطلب الأول: حماية القضاء الاستعجالي للملكية العقارية الخاصة في حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة.

المطلب الثاني: حماية القضاء الاستعجالي الإداري للملكية العقارية الخاصة في حالة الاعتداء المادي.

المطلب الأول: حماية القضاء الاستعجالي للملكية العقارية الخاصة في حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة:

عندما يتعذر على الإدارة اقتناء عقار وفق قواعد القانون العادي رغم قيام الحاجة الماسة لاستعمال هذا العقار لتحقيق أغراضها المرفقية، فإنها تلجأ إلى امتيازات السلطة العامة التي تخولها حق النزاع الجبري للعقار.

وتحصينا لحق الملكية من أي خلل أو تعسف إجرائي قد ترتكبه الإدارة خلال نزاعها لعقارات الخواص، فإن المشرع جعل من القضاء رقبيا على كل أطوار هذه العملية، وذلك من خلال البت في الطلبين الذين يتوجب على الإدارة النازعة تقديمها للمحكمة المختصة: حيث أن الأول يهدف إلى استصدار أمر قضائي بحياسة العقار المراد نزاع ملكيته، بينما الثاني يروم إلى الحكم بنقل الملكية.

والتزاما بضوابط الموضوع سنركز في هذا المطلب على الدور الذي يقوم به القضاء الاستعجالي الإداري لحماية الملكية العقارية في حالة نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة والمتمثل في مراقبته لسلامة الإجراءات الإدارية لنزع الملكية (الفقرة الأولى) والأمر بدفع التعويض الاحتياطي أو إيداعه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مراقبة صحة الإجراءات الإدارية لنزع الملكية:

لقد أنط المشرع بقاضي الأمور المستعجلة من خلال الفصل¹ 24 من قانون نزاع الملكية² وهو بصدد النظر في دعوى نقل الحياسة حق مراقبة صحة جميع الإجراءات الإدارية التي يباشرها نازع الملكية والتي تسبق عادة الإجراءات القضائية وتمهد إليها³، ومن ذلك مثلا إعلان مقرر المنفعة العامة ونشره واتخاذ مشروع مقرر التخلي ونشره، وإجراء بحث أولي بشأنه وإيداعه ببعض المصالح الإدارية كمكتب الجماعة المحلية والمحافظة على الأملاك العقارية متى تعلق الأمر بعقارات محفظة أو في طور التحفيظ، وبكتابة ضبط المحكمة الإدارية متى تعلق الأمر بعقارات غير محفظة وممارسة كل تلك الإجراءات ضمن الأجل التي حددتها النصوص التشريعية.

¹ - ينص هذا الفصل على أنه: "عندما يلتمس نازع الملكية الحياسة لا يجوز لقاضي المستعجلات رفض الإذن في ذلك إلا بسبب بطلان المسطرة".

² - القانون رقم 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 الصادر بتاريخ 11 رجب 1402 (06 مايو 1982)، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15 يونيو 1983 ص 980.

³ - راجع الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1 بتاريخ 10/1/1996 في الملف رقم 95/41 الذي جاء في إحدى حيثياته: "حيث إن قاضي المستعجلات عند نظره في طلب الإذن بالحياسة لا يجوز له رفض هذا الطلب إلا بسبب بطلان المسطرة وذلك حسب مقتضيات الفصل 24 من القانون المذكور، والمقصود بالمسطرة هنا ليس المسطرة القضائية، وإنما المسطرة الإدارية المتعلقة بالنشر والإيداع والتعليق المنصوص عليها في الفصول 8 و 9 و 10 و 12 من قانون نزاع الملكية"، عبد العالي الحضراوي، دليل عملي في اجتهاد القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، الطبعة الأولى 2001، ص 120.

وبالرجوع دائما إلى الفصل 24 يتبين أن رقابة قاضي المستعجلات تقتصر على الجانب الشكلي دون الغوص في الجوهر الذي لا يطيقه بشكل عام اختصاص القضاء الاستعجالي، وبالتالي فإن الإذن بالحيازة رهين فقط بتوافر الطلب على الوثائق المستوفية للشروط المنصوص عليها في مسطرة نزع الملكية، وفي هذا الصدد صرح قاضي المستعجلات بإدارية مراكش¹ بأنه: " حيث تبين من مستندات الدعوى أن المدعية سلكت جميع الإجراءات الجوهرية التي تستوجبها مسطرة نزع الملكية"².

وقد تكرر نفس المضمون بعبارات مختلفة في أمر استعجالي صادر عن قاضي إدارية مكناس في 2009³، جاء فيه: "وحيث إن المستندات المشار إليها أعلاه تثبت قيام الجهة نازعة الملكية بإنجاز كل الإجراءات الإدارية المنصوص عليها في الفصول من 8 إلى 12 من القانون رقم 7.81 الصادر بشأنه الظهير الشريف المؤرخ في 11 من رجب 1402 الموافق لـ 6 مايو 1982 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة"⁴.

واعتبارا لكون مسطرة نزع الملكية من النظام العام، فهي أيضا رقابة تلقائية يمارسها قاضي المستعجلات الإداري ولو في غياب ادعاءات خصامية متناقضة للأطراف بشأن سلامة الإجراءات المتطلبة قانونا، إلا أنه رغم صفة النظام العام هذه فقد سبق للقضاء أن صرح في العديد من أحكامه بعدم قبول التمسك ببعض الشكليات التي اعتبرها غير جوهرية كضرورة الإشارة في قرار التصريح بالمنفعة العامة إلى الأجل الذي يبقى فيه العقار خاضعا للنزع، أو ضرورة تبليغه إلى الملاك⁵.

وفي هذا الإطار صرحت إدارية الدار البيضاء⁶ بأن: " بطلان المسطرة المنصوص عليها في الفصل 24 هو تخلف إحدى الإجراءات الإدارية أو القضائية المنصوص عليها في فصول قانون نزع الملكية.

وحيث إن إغفال بعض الجزئيات المغيرة في الإجراءات لا يترتب عن تخلفها البطلان إلا إذا ترتب على ذلك ضرر حقيقي للمتضرر منه.

وحيث إنه لا وجود لأي ضرر يلحق بالمدعى عليه عندما لم يذكر المرسوم تجزئة الياسمين مع تضمينه لجميع التفصيلات المتعلقة بالعقار المطلوب نزع ملكيتها الشيء الذي يكون معه الدفع منعدم الأساس".

لكن ما المقصود ببطلان المسطرة التي يجوز لقاضي المستعجلات رفض الإذن بالحيازة بسببها؟

إنه باستقراء نصوص ظهير 6 مايو 1982 يتبين أن الفصل 1 منه يشير إلى أنه لا يجوز الحكم بنزع الملكية إلا إذا أعلنت المنفعة العامة، ولا يخول هذا الحق طبقا لأحكام الفصل 3 إلا للدولة والجماعات المحلية، والأشخاص المعنويين الآخرين الجارية عليهم أحكام القانون العام أو الخاص، أو الأشخاص الطبيعيين الذين تفوض إليهم

¹ - الأمر الاستعجالي رقم 4 بتاريخ 1995/1/12 في ملف رقم 94/21 دليل عملي في اجتهاد القضاء الاستعجالي ...، مرجع سابق، ص 137.

² - أنظر كذلك الأمر الاستعجالي الصادر عن نفس المحكمة رقم 21 بتاريخ 2008/4/1 في الملف رقم 08/1/04 (غير منشور).

³ - في الملف عدد 1/2009/22س (غير منشور).

⁴ - راجع كذلك الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 105 بتاريخ 30 أبريل 1997، أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، عدد 16 سنة 2004 ص 278.

⁵ - الجبلاي أمزيد، مباحث في مستجدات القضاء الإداري، م.م.ا.م.ت، عدد 50، 2003 ص 112.

⁶ - أمر استعجالي عدد 7 بتاريخ 1995/2/14 في ملف رقم 94/39س، عبد العالي حضراوي، مرجع سابق، ص 40.

السلطة العامة حقوقها للقيام بأشغال أو عمليات تعلن أنها ذات منفعة عامة¹، وأنه لا يجوز طبقا للفصل 4 نزع ملكية المباني ذات الصبغة الدينية المعدة لإقامة مختلف الشعائر، وكذا المقابر والعقارات التابعة للملك العام مما يعني أن المسطرة تكون باطلة طبقا لهذه النصوص إذا لم تعلن المنفعة العامة من طرف الأشخاص المذكورين في الفصل 8 و 9 و 10 و 11 و 12 بدليل أن الفصل 9 نص صراحة على أنه يجب أن تتخذ بشأن المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة الإجراءات المقررة في الفصول 8 و 9 و 10، ونص الفصل 14 على أن هذه الإجراءات تكون اختيارية إذا كان المقرر القاضي بإعلان المنفعة العامة يتعلق بعمليات أو أشغال تهم الدفاع الوطني مما يعني بمفهوم المخالفة أنها تكون واجبة فيما عدا ذلك.

ويمكن الاستدلال على قولنا هذا بالأمر الاستعجالي الصادر عن إدارية الرباط بتاريخ 2009/01/21² الذي جاء فيه: " وحيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 24 من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت، يتضح أنه تعلق الاستجابة لطلب الإذن في الحيابة على استيفاء المسطرة المنصوص عليها في الفصول 8 و 9 و 10 و 12 من نفس القانون، وهي الإجراءات المتعلقة بالمرحلة الإدارية لمسطرة نزع الملكية، وخصوصا منها إجراءات النشر والتعليق والإيداع سواء بالنسبة لمشروع المرسوم أو بالنسبة للمرسوم ذاته"³.

وعليه فإذا لم ينجز بحث إداري قبل اتخاذ مقرر التخلي أو لم ينشر في الجريدة الرسمية، أو لم يودع مشروع مقرر التخلي لدى المحافظة، أو لم يودع نازع الملكية طبقا لأحكام الفصل 17 خلال سنتين ابتداء من تاريخ نشر المقرر المقال الرامي إلى الحكم بنقل الملكية وتحديد التعويض تكون المسطرة باطلة⁴.

وقبل ختم هذه الفقرة ينبغي التأكيد على أن المراقبة التي يقوم بها القاضي الاستعجالي في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة تنحصر في مراقبة سلامة الإجراءات الإدارية المسطرية المتخذة⁵، ولا يملك فحص شرعية القرارات القرارات الصادرة في إطارها.

لكن على الرغم من محدودية هذه الصلاحية، فإنها تشكل ضمانا مهمة لمنزوعي الملكية ما دامت تؤمن لهم احترام السلطة النازعة للشروط التي نص عليها القانون، وهو ما يستلزم من القاضي المختص التشدد في المراقبة برفض الإذن في الحيابة لدى ملاحظته لأي خلل في صحة الإجراءات أو في آجالها⁶، أما في الحالة التي يحترم فيها نازع الملكية جميع إجراءات المسطرة الإدارية لا يبقى أمام قاضي المستعجلات إلا الإذن له بحيابة العقار موضوع نزع الملكية.

الفقرة الثانية: الأمر بدفع التعويض الاحتياطي أو إيداعه:

ينص الفصل 19 من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية على أنه: "يختص قاضي المستعجلات وحده للإذن بواسطة أمر في الحيابة مقابل دفع أو إيداع تعويض احتياطي يعادل مبلغ التعويض الذي اقترحه نازع الملكية".

¹ - محمد النجاري، في تعليقه على الأمر الاستعجالي عدد 87/127 المتعلق بالإذن لنزع الملكية بالحيابة الفورية، مجلة المعيار، عدد 15 يناير 1989، ص 151.

² - الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 51 بتاريخ 2009/01/21 في الملف رقم 08/1008 س (غير منشور).

³ - أنظر كذلك الأمر الاستعجالي الصادر عن نفس المحكمة رقم 67 بتاريخ 2009/01/21 في الملف رقم 08/612 س (غير منشور).

⁴ - محمد النجاري، مرجع سابق، ص 152.

⁵ - أنظر قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 159 أبريل 1996 في الملف الإداري عدد 876 /5/1/1993، محمد الكشور، نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2007، ص 180.

⁶ - أحمد أبعون، اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري في مادة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، م.م.إ.ت، عدد 50، 2005، ص 96.

كما أن الفصل 24 منه ذكر بالحرف: " وينص الأمر بالإذن بالحيازة على دفع التعويض الاحتياطي المنصوص عليه في الفصل 19 إلى ذوي الحقوق أو على إيداعه" مما يستنتج منه أن الإذن بالحيازة مرتبط بدفع أو إيداع التعويض الاحتياطي وأن هذا التعويض تقرر مقابل الحيازة المؤقتة للملك محل نزاع الملكية. غير أن هذه المعادلة لم تحل دون الاختلاف وتعدد التأويلات حول مسألة عدم عرض التعويض المؤقت هل يعد ذلك سببا من أسباب بطلان المسطرة أم لا؟ ثم هل يعتبر عرض هذا التعويض شرط للأمر بالحيازة أم أن هذه الحيازة متوقفة على الدفع؟

للإجابة على هذين السؤالين انقسم الفقه إلى اتجاهين مختلفين:

-الاتجاه الأول¹: يرى أن دفع التعويض الاحتياطي أو إيداعه شرط أساسي يتوقف عليه الإذن بالحيازة تحت طائلة تعرضه للنقض، وأن هذا الإجراء جوهرى لا غنى عنه قبل المطالبة قضائيا بنقل الحيازة.

-أما الاتجاه الثاني² من الفقه: لا يشترط دفع التعويض الاحتياطي أو إيداعه للأمر بالحيازة وإنما يكفي أن تتم الإشارة إليه في المقال على أن تبقى الحيازة الفعلية متوقفة على دفع أو إيداع هذا التعويض.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ أحمد أجمعون³: "وبمقابلة الفصول المتعلقة بهذه النقطة (خصوصا الفقرة 1 من الفصل 18 - الفقرة 1 من الفصل 19 - الفقرتين 2 و 3 من الفصل 24 - الفصل 27 - الفصل 29 - الفصل 31)⁴، ننتهي إلى القول بأن دفع التعويض المؤقت أو إيداعه ليس شرطا للإذن بالحيازة وإنما شرطا أساسيا للحيازة الفعلية وهو ما نص عليه صراحة الفصل 29: "يدفع التعويض المؤقت والتعويض المحدد في الحكم بمجرد استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 26"، وما تؤكد مقتضيات الفصل 31⁵ المتعلقة بترتيب فوائد التأخير في دفع المبالغ الواجبة".

وبالنسبة لموقف المحاكم الإدارية من هذه المسألة يمكن القول أنه ونظرا لمرونة الاتجاه الأخير تبنته المحاكم الإدارية في جل أحكامها الصادرة في الموضوع، فقد جاء في أمر استعجالي صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط⁶: "إنه باستقراء قانون 1982/5/6 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت لا نجد أي مقتضى قانوني يلزم نازع الملكية بدفع أو إيداع التعويض المقترح قبل أن يأمر به قاضي المستعجلات في الأمر القاضي بالإذن في الحيازة، وأن المقصود بما ورد في الفقرة الثانية من الفصل 18 من القانون المذكور هو أن قاضي المستعجلات يأمر بالإذن في الحيازة مقابل دفع نازع الملكية أو إيداعه مبلغ التعويض المقترح، وبالتالي فإن هذا الدفع أو الإيداع يكون لاحقا على صدور الأمر الاستعجالي لا قبله، والدليل على هذا ما ورد في الفصل 19 من نفس القانون...

¹ - محمد الكشور: مرجع سابق، ص 183.

² - يمثل هذا الاتجاه كل من الأستاذ:

- محمد النجاري، مرجع سابق، ص 153.

- أحمد أجمعون، اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس-أكادال بالرباط، 1999-2000، ص 43.

³ - أنظر أطروحته لنيل الدكتوراه التي سبق ذكرها، ص 43.

⁴ - يراجع القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت.

⁵ - ينص هذا الفصل على أنه: " إذا لم يتم دفع المبالغ الواجبة أو إيداعها خلال أجل شهر ابتداء من يوم تبليغ أو نشر الحكم الصادر بالأمر بالحيازة أو بنزع الملكية ترتبت على ذلك بحكم القانون لصالح المعنيين بالأمر بمجرد انتهاء هذا الأجل فوائد حسب السعر القانوني المعمول به في المعاملات المدنية.

وتترتب كذلك بحكم القانون فوائد لصالح المعنيين بالأمر إذا لم يرفع الحظر عن المبالغ المودعة في أجل شهرين يبتدئ من اليوم الذي أدلوا فيه برسوم صحيحة أو برفع اليد عن التعويضات".

⁶ - الأمر الاستعجالي رقم 1 بتاريخ 1996/1/10 في ملف رقم 95/41، دليل عملي في اجتهاد القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص 191.

وحيث إن هناك دليل آخر على أن التعويض يدفع لاحقا لا مسبقا و هو ما ورد في الفصل 29 من نفس القانون الذي جاء فيه: " يدفع التعويض المؤقت والتعويض المحدد في الحكم بمجرد استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 26..."، بمعنى أن التعويض المؤقت الذي نحن بصدده يدفع بعد استيفاء عدد من الإجراءات ومن ضمنها الإجراء المتعلق بتبليغ الأمر القاضي بالإذن في الحيازة مما يجعل هذا الدفع غير مؤسس ويتعين استبعاده.

هذا ما أكدته كذلك كل من المحكمة الإدارية بمكناس¹ والمحكمة الإدارية بالدار البيضاء²، هاته الأخيرة التي جاء في أحد أوامرها الاستعجالية بأن: " تسليم التعويض الاحتياطي بالمقابل لنقل الحيازة مرهون بوجود أمر بنقل الحيازة".

لكن التساؤل الذي قد ينتج عن اتخاذ هذا الموقف هو مدى توافر طرق الطعن أمام المتضرر من هذا التعويض الاحتياطي ذلك أن الفصل 32 من قانون نزع الملكية ينص في فقرته الثانية على أنه لا يمكن استئناف الأمر الصادر بالإذن في الحيازة ولا التعرض عليه.

جوابا عن هذا السؤال يقول الأستاذ محمد النجاري³: "أعتقد أن منع الطعن بهذين الطريقين يتعلق بالإذن بالحيازة والتعويض الاحتياطي مادام أن النص لم يبين أي واحد منهما كما فعل صراحة في الفقرة الأخيرة من نفس الفصل -الفصل 32- والتي تشير إلى أن الحكم الصادر بنقل الملكية وتحديد التعويض يمكن استئنافه فيما يتعلق بتحديد التعويض فقط، وأعتقد أنه يبقى أمام نازع الملكية عرض ما يراه من دفوعات ولو حول التعويض الاحتياطي أمام قضاء الموضوع حين مناقشة النزاع حول نقل الملكية وتحديد التعويض، كما يبقى أمامه الطعن بالنقض".

المطلب الثاني: حماية القضاء الاستعجالي الإداري للملكية العقارية الخاصة في حالة الاعتداء المادي:

إن الإدارة أو من يقوم مقامها عندما تضع يدها على عقار مملوك ملكية خاصة دون أن تكون معتمدة في عملها على سند قانوني صحيح ودون أن تتبع مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة تكون قد ارتكبت اعتداء ماديا على الملكية الخاصة، ويتحقق هذا الاعتداء سواء لم تسلك الإدارة الإجراءات الواجبة بمقتضى قانون نزع الملكية نهائيا أو سلكتها بطريقة غير سليمة، كما يتحقق سواء كان الاعتداء نهائيا أو بصفة مؤقتة.

ومما لاشك فيه أن إجراءات ومساطر التقاضي العادية لا تتناسب بالمرّة مع الخصوصية المتميزة التي تملئها جسامته وخطورة الاعتداء المادي، ومع ما تفرضه العدالة والإنصاف من ضرورة العمل بكل سرعة وحزم من أجل وضع حد لهذا الاعتداء وإعادة الحقوق لأصحابها.

ونظرا لما يتميز به القضاء الاستعجالي من فعالية، لبساطة إجراءاته وقصر مساطره وسرعته في حسم القضايا الحساسة التي لا تتحمل مزيدا من التعطيل، ثم الاعتراف له بإمكانية التدخل لوضع حد لهذه الخروقات وإعادة الأوضاع إلى نصابها بشكل سريع وعاجل.

¹- انظر الأمر الاستعجالي رقم 23 بتاريخ 26 شتنبر 1995، أحمد أبعون، اختصاصت المحاكم الإدارية...، مرجع سابق، ص 42.

²- الأمر الاستعجالي رقم 95/ 376 بتاريخ 23 أبريل 1996، نفس المرجع و نفس الصفحة.

³- محمد النجاري: في تعليقه على الأمر الاستعجالي عدد 87/127، سبق ذكره ص 154.

الفقرة الأولى : سلطات القاضي الاستعجالي في حالة الاعتداء المادي :

إن الفائدة الحقيقية لنظرية الاعتداء المادي والتي لا زالت لحد الآن هي إمكانية اللجوء إلى قاضي الاستعجال بغية الحصول بسرعة على حكم يلزم الإدارة بإيقاف هذا الاعتداء¹ (أولا) وعند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية (ثانيا).

أولا : توجيه أوامر إلى الإدارة بإيقاف الاعتداء المادي :

لا يخامرنا أي شك في كون صاحب المصلحة أي الشخص المعتدى على ملكه، يستطيع دائما أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة - في إطار المبادئ القانونية العامة التي تحكمه - الأمر بوقف الاعتداء المادي أو إزالته متى تم الشروع فيه، أو منع القيام به إذا لم يتم بعد، كما لو أن الإدارة كانت تحضر له فقط².

وسلطات القاضي الاستعجالي وهو ينظر في دعاوى الاعتداء المادي تتوسع إذ لا يقف عند حد التحقق من وجود الاعتداء المادي أو الكشف عنه، بل يحق له في هذا الإطار :

- الأمر برفع الإعتداء المادي وذلك بطرد الإدارة من العقار المعتدى عليه وبإفراغه وإرجاع الحالة إلى ماكانت عليه³.

- كما يملك حق الأمر بإيقاف الأشغال التي تقوم بها الإدارة على العقار⁴، ويتوخى القضاء الاستعجالي الإداري من اختصاصه للأمر بإيقاف الأشغال إذا كانت في بدايتها أو إذا كانت الإدارة بصدد التحضير والتهيئ لها فقط تحقيق أهداف منها:

- الحد من استمرار الأشغال التي قد تؤدي إلى إحداث تغييرات على العقار موضوع الاعتداء يصعب تداركها وإزالتها في إطار تصحيح المراكز القانونية التي يقتضيها إنهاء حالة الاعتداء.

- حماية المال العام وذلك لأن من شأن إيقاف الأشغال الحيلولة دون قطعها أشواطا كبيرة في وضعية غير شرعية، كما أن من شأنه كذلك تجنب الإدارة مصاريف التعويضات التي تترتب عن تمام تلك الأشغال.

ومن القواعد التي قررها القضاء الاستعجالي الإداري بشأن طلبات إيقاف الأشغال :

¹ - Michel Rousset : la création de tribunaux administratifs et le système marocain de protection des administrés face à l'administration. La revue juridique politique indépendance et coopération, n° 1- Avril 1995, 49^{ème} année, p 10.

² - محمد الكشيبور، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة: الأسس القانونية والجوانب الإدارية والقضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1989، ص 125.

³ - أنظر بهذا الخصوص الأمر الاستعجالي الصادر عن:

- المحكمة الإدارية بأكادير رقم 346/2008 بتاريخ 19 يونيو 2008، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 87-88 يوليو- أكتوبر 2009، ص 159 .

- المحكمة الإدارية بمراكش رقم 42 بتاريخ 19 شتنبر 1996، رشيدة الماموني، التطور الحديث لنظرية الاعتداء المادي في الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس بالرباط 2002-2003 ص 153.

⁴ - أنظر الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط :

- رقم 579 بتاريخ 17/9/2008 في الملف رقم 08/655 س (غير منشور).

- رقم 716 بتاريخ 2/10/2005 في الملف رقم 05/578 س (غير منشور).

- لا يمكن إزالة الأشغال التي لها ارتباط بالمنفعة العامة والتي ستؤدي إزالتها إلى أضرار بهذه المنفعة تفوق الضرر الناتج للمعتدى عليه إعمالا "لمبدأ المنشأة العامة متى أحدثت بشكل غير سليم لا يمكن هدمها"¹.

- أن أشغال البناء التي تقوم بها الإدارة على عقار الطالب بدون سند شرعي والتي لا زالت في بدايتها تستوجب الأمر بإيقافها.

وتجدر الإشارة إلى أن قاضي الاستعجال يختص كذلك بإصدار الأمر بالتشطيب على تسجيل مشروع مقرر التخلي الواقع على العقار المقرر نزع ملكيته نتيجة التراجع عن هاته المسطرة إذا ما تم نشر مقر التراجع بالجريدة الرسمية².

ثانيا: الأمر بالغرامة التهديدية :

على الرغم من أن الغرامة التهديدية تعتبر صورة من صور التنفيذ الجبري، الذي لا يمكن ممارسته ضد الإدارة ما دامت أنها تحصل على مالها من حقوق، وتنفذ ما عليها من التزامات دون إجبار أو إكراه، ومع ذلك فإن المحاكم الإدارية من خلال مجموعة أحكام جعلت موضوع الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها يتخذ تطورا كبيرا وذلك بالاستناد إلى مقتضيات قانون المسطرة المدنية³.

ولقد حاول القضاء الاستعجالي بالمحاكم الإدارية بدوره تطبيق مقتضيات قانون المسطرة المدنية على الإدارة في هذا المجال مادام لا يوجد ما يمنع ذلك. وفي هذا الإطار رأى قاضي المستعجلات بإدارية مكناس أنه: "لا شيء يمنع من إقرار الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة أو المسؤول الإداري نتيجة امتناعها غير المبرر عن التنفيذ.

حيث أنه في غياب أية وسيلة لإرغام المحكوم عليه على الرضوخ لمقتضيات الحكم وتنفيذه، فإننا نرى أن طلب تحديد الغرامة التهديدية في محله، مما نرى معه الاستجابة للطلب"⁴.

وفي نفس السياق حكم قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 15 أكتوبر 1998 على الإدارة بغرامة تهديدية لحملها على احترام الأمر بإيقاف أشغال البناء فوق الأرض المتنازع حولها⁵ معللا ذلك بأن: "المشرع المغربي وإن كان لا ينص صراحة في قانون المحاكم الإدارية على إمكانية تهديد الإدارة لتنفيذ الأحكام القضائية عبر أسلوب الغرامة التهديدية، فإنه بإحاطته في نفس القانون على مقتضيات المسطرة المدنية يكون بذلك قد أجاز ضمنا

¹- راجع على سبيل المثال الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 35/92 بتاريخ 11/07/1995 والأمر الاستعجالي رقم 9 بتاريخ 18 يناير 2006 الذي قضى " بأن صيرورة العقار المغصوب مرفقا تعليميا ينتفع من خدماته جمهور الناس يحول دون إفراغه في إطار الموازنة بين الصالح العام الذي يقتضي المحافظة على المال العام وعدم تعطيل المرفق العمومي حتى لو أنشئ على وجه غير صحيح"، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 68 ص 193.

²- عبد الحميد الحمداوي، العمل القضائي في مجال الغصب ونقل الملكية، مجلة رسالة المحاماة، عدد 27، ص 4.

³- وفي هذا الإطار صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها بتاريخ 6 مارس 1997 بأنه "لا يوجد أي نص قانوني يستثني الإدارة من فرض غرامة تهديدية عليها في حالة امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي صدر في مواجهتها"، أنظر حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، 2008، ص 613.

⁴- M. Benabdellah, " l'astreint contre le responsable administratif opposant le refus d'exécution d'une décision de justice contre l'administration" note S/T.A meknes ordonnance de référé 3 avril 1998 attaoui et 23 juin 1998, ismaili alaoui, REMALED N° 27, p 111

- راجع كذلك الأمر الاستعجالي للمحكمة الإدارية بالرباط عدد 6 بتاريخ 16/1/2002، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 44-45 ماي-غشت 2002، ص 215.

⁵- أمر استعجالي عدد 23-98 بتاريخ 15-10-1998، أمال المشرفي، الغرامة التهديدية في منطوق الحكم، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 28 يوليوز-شتنبر 1999 ص 106.

هذه الإمكانية خاصة وأنه لا وجود لأي نص يخالف منطوق الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية وطالما أن الأمر يتعلق في نازلة الحال بيقاف أشغال البناء التي تقوم بها الإدارة فوق أرض الغير دون سلوك المساطر القانونية الواجبة الإلتباع في هذا الصدد، مما يجعل تنفيذ هذا الأمر متوقفا على إرادتها الشيء الذي يستتبع تحديد الغرامة التهديدية في منطوق الحكم¹.

وعلى الرغم من كون القاضي الإداري الاستعجالي قد خطى خطوات مهمة نحو إجباري الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، سواء بإصدار أوامر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، أو الأمر بفرض الغرامة التهديدية عليها، فإن ذلك لن يضع حد لتعنت الإدارة التي ترفض أداء الغرامة التهديدية، وبالتالي فالقاضي في هذه الحالة لا يتوافر على أي وسيلة لإجبارها على التنفيذ لا سيما وأنه لا يجوز سلوك طرق التنفيذ الجبري الأخرى أو مسطرة الحجز بدعوى أن الأموال العمومية لا تخضع للحجز لاستيفاء حق المتضرر².

إن هذا التوجه يؤدي إلى ضرورة تدخل المشرع لإقرار المسؤولية الشخصية والغرامة التهديدية³ في شخص المسؤول الإداري في حالة عدم تنفيذ حكم أو أمر قضائي ومن تم تدقيق سلطات القاضي حتى تسير في التوجه الذي يريده قائد البلاد⁴.

الفقرة الثانية: حدود اختصاصات قاضي المستعجلات في مادة الاعتداء المادي:

إن سلطات قاضي المستعجلات في مادة الاعتداء المادي واسعة ولا يجد منها إلا قيدين أساسيين: ضرورة الإلتزام بالقواعد العامة للقضاء الاستعجالي المتمثلة في اشتراط عنصر الاستعجال في النازلة وعدم المساس بالموضوع (أولا) ومبدأ حماية المنشأة العامة (ثانيا) الذي يقضي بعدم جواز هدم أي منشأة عامة ولو تم إحداثها عن طريق الخطأ.

أولا: الإلتزام بقواعد القضاء الاستعجالي:

لا ينعقد الاختصاص للقضاء الاستعجالي - كما نعلم - إلا بتوافر شرطين أساسيين⁵ في الدعوى أولهما:

• وجود حالة الاستعجال، هذه الحالة التي لا تتواجد بفعل الخصوم وبرغبتهم في استصدار حكم في دعواهم في أسرع فترة زمنية ممكنة، وإنما القاضي هو الذي يستخلصها من طبيعة الدعوى ومن الظروف والملابسات المحيطة بها.

• و ثانيهما: عدم المساس بأصل الحق، ذلك أن قاضي المستعجلات لا يقضي سوى بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي يخشى عليها من فوات الوقت⁶ فالقضاء المستعجل هو نظام الإسعاف القانوني الذي يقي المراكز القانونية من الأخطار التي يمكن أن تهددها من جراء إلتباع طرق التقاضي العادية، فكثيرا ما يتوقف نفاذ المركز القانوني

¹- رشيدة الماموني، مرجع سابق، ص 156.

²- حسن صحيب، مرجع سابق، ص 614.

³- للتوسع أكثر في موضوع "الحكم بالغرامة التهديدية لجبر الإدارة على التنفيذ" راجع أحمد الصايغ، إشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية بالمغرب - دراسة تطبيقية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 69، 2009، ص من 146 إلى 215.

⁴- أحمد عننري، سلطات القاضي الإداري في المساطر الخاصة بالاستعجال، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة عدد 50، 2005 ص 26.

⁵- من أجل التوسع في هذا الموضوع أكثر راجع:

- محمد منقار بنيس، القضاء المستعجل، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، 1998، ص 38 وما بعدها.

- الدناصوري عز الدين وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة رمضان وأولاده، الطبعة الثامنة 2004، ص 214 وما بعدها.

⁶- إبراهيم زعيم، مسطرة وقف التنفيذ ومسطرة الاستعجال في المادة الإدارية أي ترابط بينهما؟ مجلة المحامي، عدد 27، 1995 ص 35.

على التعجيل بحمايته القضائية، وتكمن أهميته في رد العدوان البادي لأول مرة من ظاهر المستندات بإجراءات وقتية تتغير كلما جد جديد في ظروف النزاع وتتميز بالبساطة والمرونة.

والاعتداء المادي كتصرف خطير يهدد مصالح الأفراد وممتلكاتهم ويؤدي إلى آثار غير قابلة للتصحيح يستدعي تدخل قضاء الاستعجال، خاصة وأن سلوك مساطر التقاضي العادية بالنسبة لهذه الدعاوى يتسبب في إهدار حقوق الأفراد ويؤدي إلى عكس النتائج المبتغاة من وراء لجوئهم إلى القضاء¹.

إذن، ما دام الاعتداء المادي قائما يظل عنصر الاستعجال متواجدا مما يتيح لقاضي الاستعجال فرصة سانحة للتدخل خاصة في قضايا احتلال الإدارة لعقارات الخواص بدون سند و لا قانون.

وقد ربطت محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بين التمادي في أشغال البناء الذي ألحق أضرارا بمالكي الأرض وبين توافر عنصر الاستعجال، لتمنح الاختصاص للقضاء الاستعجالي¹، مثلما ربط المجلس الأعلى بين مسألة إيقاف التجهيز للبناء القائم في أرض المدعي وضرورة توافر عنصر الاستعجال في النازلة².

ومن الاجتهادات الأخرى التي أخذت فيها المحاكم الإدارية بضرورة توافر القواعد العامة للقضاء الاستعجالي حتى ينعقد اختصاصه بدعوى الاعتداء المادي نذكر الأحكام التالية :

- الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1178 بتاريخ 1999/11/24³ الذي جاء فيه: " ولئن يختص قاضي المستعجلات الإداري بالبت في طلبات رفع أو وقف الاعتداء المادي فإن ذلك مشروط بتوافر عنصر الاستعجال في النازلة.

وحيث إن مرور مدة طويلة على بداية الأشغال دون أن تحرك المدعية ساكنا وإلى أن يصبح المشروع المقام فوق أرضها ناجزا وجاهزا يجعل عنصر الاستعجال غير متوفر في النازلة.

وحيث إن عنصر الاستعجال هو أهم شرط يبرر تدخل عنصر المستعجلات، وحيث أنه أمام انتفاء هذا الشرط في نازلة الحالة يتعين التصريح بعدم الاختصاص".

- الأمر الاستعجالي الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2009/02/11⁴ الذي جاء في إحدى حيثياته مايلي : " وحيث وحيث إذا كان القاضي الاستعجالي يملك سلطة الأمر برفع الاعتداء المادي فإن ذلك مشروط بوضوح المراكز القضائية والقانونية للأطراف وعدم المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر، فإن الدخول في مناقشة ما إذا كان الطالب يتوفر على الترخيص الضمني المحتج به بما يترتب على ذلك من آثار قانونية من شأنه المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر مما يتسع لذلك التصريح بعدم الاختصاص للبت في الطلب"⁵.

- الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 95/120 بتاريخ 19 شتنبر 1995⁶ الذي قضى بأن اختصاص قاضي المستعجلات رهين بتوافر الطلب المعروف على أنظاره على عناصره الثلاثة المتمثلة في وقتية

1 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 465 بتاريخ 2007/07/02 في الملف عدد 2/07/65 (غير منشور).

2 - قرار رقم 272 بتاريخ 9-11-95، أشار إليه حسن صحيح، مرجع سابق، ص 591.

3 - ملف عدد 99/1583س، دليل عملي في اجتهاد القضاء الاستعجالي الإداري...، مرجع سابق، ص 128.

4 - الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 205 بتاريخ 2009/02/11 في الملف رقم 09/1/1 (غير منشور).

5 - راجع في هذا الصدد أيضا الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس عدد 2002/328 ملف عدد 2002/52س، مجلة المعيار، مرجع سابق، ص 268.

6 - في الملف عدد 94/74، أحمد أبعون، اختصاصات المحاكم الإداري...، مرجع سابق، ص 169.

الإجراء¹ وعدم المساس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر فضلا عن حالة الاستعجال ومن حيثياته: "وحيث أن منازعة الجماعة القروية المدعى عليها في مدى مشروعية وضع يدها على العقار موضوع النزاع من عدمه هي منازعة جدية تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر ذلك أن القول بأن وضع اليد هذا يستند على إجراءات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة أم إلى اعتداء مادي مسألة تندرج في صميم الموضوع وهو ما يفضي إلى عدم توافر عنصر عدم المساس بالموضوع.

وحيث أن بالإضافة إلى ذلك فإن المدعية ومن خلال مقالها الافتتاحي تشير إلى أن الجماعة المدعى عليها قامت باحتلال القطعة الأرضية محل النزاع وبنيت فوقه مقر للجماعة وما دام البناء قد أحدث فعلا فإن حالة الاستعجال أضحت غير قائمة"².

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستعجال الذي تقرر ثبوته في نوازل الاعتداء المادي هو استعجال قضائي يملك القاضي بصدده مطلق الحرية انطلاقا من تقديره ظروف النازلة المعروضة على أنظاره وملاستها وإليه وحده يعود أمر البت في مسألة توافره، وهذا ما يميز سلطات القاضي الإداري انطلاقا من الفصل التاسع عشر³ من قانون 90-41 ويعطي لهذا النص كامل مدلوله وخصوصيته، على اعتبار أن تطبيقه شكل تجديدا مهما بالنظر إلى مؤسسة قاضي الاستعجال التي جاء بها والتي اعتبرت حدثا متميزا في تاريخ النزاع الإداري المغربي الذي كان يتسم بغياب محاكم إدارية شفافة وبتصور تشريعي وقضائي متصلب لروابط الإدارة وقاضيها⁴.

ثانيا: احترام مبدأ حماية المنشأة العامة :

إن وضع حد للاعتداء المادي وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، يستتبع أحيانا الحكم على الإدارة بهدم المنشآت التي تكون قد أقامت بطريق غير مشروعة على الملكية الخاصة. غير أن سلطة الهدم هذه تتوقف في بعض الأحيان عندما يتعلق الأمر بأشغال عامة قد انتهت بالفعل⁵، حيث لا يستجاب لطلب رفع الاعتداء المادي بهدم المنشأة أو بطرد الإدارة من العقار المحتل إذا ما صرفت على مشروع البناء مبالغ مالية وأصبح هذا البناء يؤدي وظيفة عامة، وذلك في إطار قاعدة الموازنة⁶ بين المصالح وكذا نظرية نزع الملكية غير المباشر⁷.

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الإدارية بفاس في حكم لها بتاريخ 2006/1/18 حين قضت: "بأن صيرورة العقار المغصوب مرفقا تعليميا ينتفع من خدماته جمهور الناس يحول دون إفراغه في إطار الموازنة بين الصالح الخاص

¹ - المقصود بوقتيية الاجراء أن يكون الاجراء المطلوب اجراء وقتيا غير متصل بموضوع الحق وبما يمكن أن يقضي به في الجوهر، محمد فركت، القضاء الاستعجالي، المجلة المغربية الإدارة المحلية والتنمية، عدد 9 يونيو 1996، ص 134.

² - أنظر كذلك الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 2002/319 في الملف الإداري عدد 2002/43، مجلة المعيار، العدد 30، ص 261 وما يليها.

³ - جاء في هذا الفصل: "يختص رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه بصفته قاضيا للمستعجلات أو الأوامر القضائية بالنظر في الطلبات الوقتية والتحفظية".

⁴ - رشيدة الماموني، مرجع سابق، ص 159.

⁵ - أحمد أجمعون، اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية...، مرجع سابق، ص 171.

⁶ - لمعرفة المقصود بهذه القاعدة والإطلاع على بعض تطبيقاتها القضائية نحيل على الأستاذ بن جلون عصام، قضاء الموازنة وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 75، 2007، ص 21 وما بعدها.

⁷ - دليل محاكم الاستئناف الإدارية والمحاكم الإدارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية لسلسلة الشروح والدلائل، العدد 11 فبراير 2009 ص 57.

والصالح العام الذي يقتضي المحافظة على المال العام وعدم تعطيل المرفق العمومي حتى لو أنشئ على وجه غير صحيح"¹.

واعتبرت نفس المحكمة في حكم آخر "أنه إذا كان طرد الإدارة من عقار محفظ وضعت يدها عليه عن طريق الغصب والتعدي على الملكية الفردية حيادا على القوانين المنظمة لنزع الملكية لأجل المنفعة العامة موكول إلى رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات وفي نطاق الحماية التي يقررها المشرع للرسم العقاري الذي يبقى هو السند المحدد للحقوق والالتزامات المرتبة على العقار موضوعه في إطار الفصول 64 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري والفصل 2 من ظهير الحقوق العينية المنصبة على العقارات المحفظة، فإن ذلك الطرد رهين بعدم قيام منشآت عامة بذلك العقار وتحقق انتفاع العموم بخدماتها، أما وقد ثبت بقاطع وجود مرافق عامة بالعقار المطلوب طرد الإدارة منه فإن هذا الطرد يستتبع لا محالة إزالة آثار تواجد الإدارة به والمتمثل في المرافق المحدثة به وهو ما لا يستقيم ومبدأ عدم إمكانية إزالة أو هدم المنشآت العامة المنجزة فعلا ومما يتعذر تنفيذه"².

وهو نفس الأمر الذي أكده الأستاذ الجيلالي أمزيد في تعليقه على حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 346/2008 بتاريخ 19 يونيو 2008³ حين قال: "وكيف يتحقق رفع الاعتداء المادي على مستوى تنفيذ الحكم أمام قيام منشأة عامة تم إنجازها من طرف الإدارة النازعة من أجل تقديم خدمات للعموم في مجال الطيران؟ لا شك أن ذلك يشكل تحديا لمبدأ عدم المساس بالمنشآت العامة على أساس أن القواعد الجوية جزء من الملك العمومي طبقا لمقتضيات الفصل الأول من الظهير الشريف المؤرخ في فاتح يوليوز 1914. وأن تخصيص المطارات لخدمة الملاحة الجوية من مندرجات المنفعة العامة حسب مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في فاتح أكتوبر 1928 "المتعلق بالطيران".

ويبقى الهدف الأساسي من تطبيق مبدأ حماية المنشأة العامة ومنع هدمها متى أحدثت بشكل غير سليم تجنب ما سيترتب عن ذلك من تعطيل لمرفق عام ذي نفع عام، وهدر للمال العام، ولأن هدمها أو إزالتها يؤدي إلى أضرار تفوق الأضرار الناتجة للمعتدى على عقاره والذي يبقى بإمكانه المطالبة بالتعويض الكامل عن جميع الضرر الحاصل له من جراء هذا الاعتداء، وهذا ما جعل القضاء الإداري يعتمد في كثير من الأحيان إلى رفض طلبات رفع الاعتداء المادي في مثل هذه الحالة.

إلا أنه في مقابل ذلك إذا ما ثبت أن الأشغال لا زالت في بدايتها أو في المرحلة التحضيرية لها لم يترتب عنها بعد إنشاء أية منشأة، فإن إيقاف الأشغال ورفع الاعتداء أمر محمود لما في ذلك من حماية للمال العام وحماية العقار من إحداث تغييرات جذرية تغير معالمه ويصعب تداركها.

عموما، فالقضاء المستعجل وجد في فكرة الاعتداء المادي مجالا خصبا للتدخل لحماية الملكية العقارية الخاصة وساعده على القيام بتلك المهمة سرعة الإجراءات المتبعة أمامه وحرص الأفراد على الالتجاء إليه رغبة منهم في الحصول على حكم عاجل يدرأ اعتداء الإدارة على حقوقهم ويبعد عنهم تعسفها وشططها.

¹ - الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 9 بتاريخ 18-1-2006، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 68، ص 163.

² - الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس رقم 95/92 بتاريخ 11 يوليوز 1995 في ملف رقم 95/62 أحمد أجمعون: اختصاصات المحاكم الإدارية...، مرجع سابق، ص 172.

³ - الجيلالي أمزيد، الاعتداء المادي على المنفعة العامة، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 346/2008 بتاريخ 19 يونيو 2008، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 87-88 يوليوز - أكتوبر 2009 ص 191.

القاضي الجزائري بين واجب الحماية والحاجة إليها (قراءة في أحكام القانون الأساسي للقضاء)



إعداد : ماز حسن طالب باحث بصف الدكتوراه

كلية الحقوق جامعة بلقايد وهران - الجزائر -

مقدمة :

العدالة أساس الحضارات والعدل أساس الملك، وغيرها من الأقوال المأثورة والمبادئ المشهورة باتت تعيش تحديات جسيمة ونكسات أليمة في كثير من بقاع العالم التي تعرف تقهقرا رهيبا على مستوى الحريات وواقعا متعبا في مجال الديمقراطية والعدالة الاجتماعية.

والعالم العربي فضاء جغرافي واسع ومناح سياسي وقانوني حافل بالرهانات الكبرى والإكراهات العظمى والتي تتطلب كثيرا من تظافر الجهود وتكثيف الدراسات وتجميع الإمكانيات من أجل تشخيص علمي وموضوعي للواقع كتمهيد للإنطلاق في عملية إعادة النظر في كثير من المفاهيم والرؤى، وكذا السلوكيات والممارسات التي تجذرت بشكل رهيب وشكلت مع مرور الزمن أعرافا وتقاليدا تكاد تفوق القوانين نفاذا ونفودا، بل ومنها ما يأتي يحمل تسمية القانون وتسميات أخرى ما أنزل الله بها من سلطان.

إن المتأمل في القانون الأساسي للقضاء والمتتبع عن قرب لأحوال وممارسات الحياة القضائية يمكنه أن يخلص بعدد من النتائج والملاحظات بشأن مدي جدية وصدقية المداخلات والتمنيات بشأن استقلال القضاء والنهوض بالعدالة إلى منزلة السلطة كما يصفها الدستور والقانون معا.

إن التامل الذي أقصده والتتبع الذي أنوه إليه، ليس الانطلاق من تجارب خاصة أو تصورات شخصية أو ردود انفعالية، إنما هو من وحي النصوص الدستورية والقانونية التي تعمل بها الدوائر الرسمية وغير الرسمية في بلادنا، إنما هو من وحي واقع قانوني قضائي لا يختلف في استشكالاته و استنزاف عن الواقع السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي الذي نعيشه كأفراد أو جماعات أو مؤسسات.

إن القضاء ليس فقط أساس كل شيء، بل هو كل شيء والضامن لكل شيء، وهكذا وصفه العلامة بن خلدون (العدالة أساس الحضارات)، وهكذا جاء في الأثر (العدل أساس الملك)، وهكذا تنهض الأمم ويعم خيرها ويفيض.

ومن هنا يكون من الضروري معرفة وظيفة القضاء ومدى حاجته للاستقلالية المهنية والقانونية والواقعية ليكون حكما عادلا بين الخصوم والأطراف، وليس أداة أو مطية لحزب أو جماعة أو شخص يستعان بها في تصفية الحسابات السياسية أو هدر الحريات الأساسية أو قمع المعارضين والفاعلين في المجالين السياسي والحقوقى.

وتأتي هذه الدراسة في سياق حاجتنا - والتي لا تقل عن الحاجة إلى الماء والهواء - إلى بناء نظم سياسية واقتصادية و اجتماعية قائمة على أرضية صلبة من الشرعية والعدالة هذه الأرضية لا يمكن تستقيم أو تعبد إلا من خلال تفعيل وتحرير القضاء من التبعية إلى أي سلطة أو تسلط آخر، أيا كانت تسميات التبعية أو مبرراتها أو التنظير لها.

ومن هنا نحوم في أفق واقعنا الذي ضاق فيه الأفق عدد من التساؤلات :

- 1- متى يصدق وصف القضاء بالسلطة ؟
- 2- متى يصدق وصف سلطة القضاء بالمستقلة؟
- 3- ما هي نواقض ومبطلات وصف القضاء بالسلطة على ضوء النصوص ؟

أولا : وصف القضاء :

وصف القضاء يتطلب الوقوف عند تعريفه و الجدل الثائر بشأن طبيعته و كذا الشروط العضوية والوظيفية الواجب توافرها ليصدق وصف القضاء بالسلطة، ولا تتحول المسألة إلى لغو سياسي أو استهلاك إعلامي في الحملات الانتخابية أو الكلمات الخطابية لوزراء العدل.

1- تعريف القضاء :

التعريف بالمصطلحات شرط أساس في ضبط المفاهيم وتحديد المجالات البحثية، وللقضاء ماهيته اللغوية والاصطلاحية.

أ- تعريف القضاء لغة :

أصل كلمة القضاء قضاي، لأنها من قضيت، فأبدلت الياء همزة لتطرفها إثر ألف زائدة .

وجمعها أقضية، ومثل كلمة قضاء قضية إلا أنها تجمع قضايا على وزن هدايا¹ .

¹ - الجوهري، اسماعيل بن حماد، معجم مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 2005، ص 27، راجع في ذلك زهير عبد الله علي آل

جابر القرني دور القضاء في التحكيم، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا،

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1429هـ-2008م، الصفحات 25 إلى 35

وقد جاء لفظ القضاء في اللغة لمعاني متعددة :

1 - الحتم والأمر ، ومنه قوله تعالى : "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه " ¹ أي أمر ربك حتم ، وقوله تعالى : " فلما قضينا عليه الموت " ² أي ألزمناه وحثمنا به عليه ³

2 - الفصل في الحكم ، ومنه قوله تعالى : " ولولا كلمة سبقت من ربك لقضي بينهم " ⁴ أي لفصل الحكم بينهم ، ومنه يقال : " قد قضى القاضي بين الخصوم " أي قطع بينهم في الحكم ⁵.

3 - الإيجاد والصنع: ومنه قوله تعالى: " فقضاهن سبع سموات في يومين " ومنه قول الشاعر :

وعليهما مسرودتان قضاهما ***داود أو صنع السوابع تبع ⁶.

ب- تعريف القضاء في اصطلاحا :

تعددت تعريفات الفقهاء للقضاء، واختلفت تعريفاتهم في بيان حقيقة القضاء الشرعية على النحو الآت:

ب-1 تعريف القضاء عند المالكية :

ذكر فقهاء المالكية للقضاء عدد من التعريفات نذكر منها :

أ - القضاء هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، وهذا التعريف لابن رشد ⁷، وقد نقل عنهما مواهب الجليل ⁸، وتبصرة الحكام.

ويخرج بقوله: على - سبيل الإلزام - الإفتاء لأنه إخبار عن حكم شرعي ولكن ليس على جهة الإلزام .

ونقد الخطاب هذا التعريف من وجهين :

• الوجه الأول : أن لفظ (الإخبار) يتبادر عن ما يمتثل الصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس هذا مرادا هنا، وإنما المراد أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام .

• الوجه الثاني : أن هذا التعريف غير مانع، فإنه يشمل حكم حكومي جزاء الصيد وتنازع الزوجين وحكم الحكم، وغيرهم ممن ليست لهم ولاية قضائية .

¹ - سورة الإسراء، الآية 23

² - سورة سبأ، الآية 14

³ - الفيروز أبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2004، ص 112

⁴ - سورة يونس، الآية 19

⁵ - ابن كثير، الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت 2001، ص 301

⁶ - الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006

⁷ - هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، من أهل قرطبة، فقيه مالكي طبيب، أصولي متكلم، توفي يبراكش، سنة 595 هـ

⁸ - المغربي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، الجزء السادس، دار الفكر، 1412 هـ، ص 86

ب - القضاء هو إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع النزاع فيه لمصالح الدنيا ، وهذا تعريف (القرافي) في كتابه الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام .

ويعاب عنه انه تعريف غير مانع أيضا .

ب-2 تعريف القضاء عند الحنفية :

عرف فقهاء الحنفية القضاء بعدة تعريفات، وهي كما يلي :

أ - القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل، وذكر هذا التعريف في بدائع الصنائع¹ .

ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يبين العناصر الأساسية التي تميز القضاء عن غيره، فهو غير مانع، إذ يدخل فيه حكم من ليست له ولاية قضائية كالحكم وغيره .

ومن شروط التعريف أن يكون مانعا لا يدخل فيه فرد من أفراد غير المعرف .

ب - القضاء هو فصل الخصومات وفض المنازعات :

وقد ذكر هذا التعريف في الدار المختار ولسان في الحكم، وقال في الدر المختار: " وشرعا قطع الخصومة " .

وقد اعترض ابن العابدین² على هذا التعريف، لأنه يدخل فيه الصلح بين الخصمين، ولهذا رأى أن يزداد فيه عبارة " على وجه الخاص " ³.

2- الجدل حول وصف القضاء :

لا يختلف إثنان حول وصف السلطة على أعمال التنفيذ والتشريع في الفكر الدستوري والقانوني الغربي، بيد أن المسألة بشأن القضاء ظلت تتراوح بين الإنقسام على مستويي الفقه والدساتير، و لنا أن نقف عند موقف الدساتير المقارنة⁴ :

أ- الموقف الأول : لا يصبغ القضاء بأي وصف كان، ومثال ذلك دستور كل من الجزائر المؤرخ في 1963/09/10 والمملكة الأردنية الهاشمية لسنة 1952 الكويت لسنة 1962، الجماهيرية الليبية لسنة 1969 والعراق لسنة 1970.

ب- الموقف الثاني : يعتبر القضاء وظيفة من وظائف الدولة، ومثال ذلك دستور الجزائر المؤرخ في 1976/01/22.

¹- الكاساني ، علاء الدين أبو بكر ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص 407

²- هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين الدمشقي الحنفي ، فقيه أصولي ، له رسائل ومصنفات كثيرة في الفقه واللغة وغيرها .

³- ابن عابدين، محمد أمين عابدين بن السيد الدمشقي، الرد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 352 .

⁴- بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية في الجزائر، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2002، ص3

- ت- الموقف الثالث : يصف القضاء بالهيئة القضائية، ومثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1958 ودستور موريتانيا (المادة 47) ، ودستور تونس لسنة 1959 ودستور السودان لسنة 1973 (المادتين 186،185)، ونص الفصل 80 باللغة الفرنسية من دستور المملكة المغربية لسنة 1992.
- ث- الموقف الرابع : يعتبر القضاء سلطة، ومثال ذلك دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1978 (المادة 3)، ودستور بلجيكا منذ سنة 1983، ودستور مصر العربية لسنة 1971 ودستور سوريا لسنة 1972 (المادة 131)، ودستور البحرين لسنة 1973 (المادة 32) ودستوري الجزائر الأخيرين المؤرخين في 1989/02/28 (المادة 129) و1996/11/28 (المادة 138).

3- شروط وصف القضاء بالسلطة :

رغم أن عدد من الدول، ولاسيما التي لم تنضج سياسيا وقانونيا وحضاريا لا تتوقف عن نعت قضائها بالسلطة، وكأنما مصطلح السلطة مجرد تسمية أو قناع تلبسه وقتما شاءت وكيفما شاءت على شاكلة وصف الجمهوريات والديمقراطيات والشعبيات على دول قوام حكمها الشخص الواحد أو الجماعة الواحدة ، بل ودول لا تزال جنينية لم تولد لتنطق ، وحقيقة الأمر وجوهر المسألة أن مصطلح السلطة في غاية من الدقة المصطلحاتية والفنية والوظيفية.

وقد اختلف الفقه بدوره في تصور وصف السلطة¹ :

3-1 الفقيه EISENMANN يشترط شرطين أساسيين :

- أ- أن تكون قرارات القضاء حرة، ولا يقصد بذلك أن تكون قراراته ذات سيادة، بل يكفي أن يتضمن نشاطه قدرا من الحرية، وتبدو حرية القضاء في مجال تقدير الوقائع وعلى مستوى القانون، وفي المجال الأخير تبدو حرته في مشاركة القضاة في خلق قواعد القانون، ويكون ذلك في غياب النصوص التشريعية عن طريق خلق القواعد المبدئية أو في حالتي نقصها أو غموضها، وذلك عن طريق إكمالها أو تفسيرها.
- ب- أن يكون لقراراته مدى جماعي، فالقرارات ذات الأثر الفردي أو المتعلقة بحالة خاصة ليس لها طابع سياسي، فحين تقرر الجهة القضائية العليا مثل محكمة النقض الفرنسية مبادئ قضائية أو تكمل النقص الوارد في النصوص القانونية أو تفسر الغموض الذي يشوبها تعتبر قراراتها شبيهة بالقواعد القانونية بالنسبة للجهات القضائية الدنيا والمتقاضين أمامها.

3-2 كما اشترط مصطفى مرعي عددا من الشروط لوصف هيئة ما بالسلطة العامة:

- أ- أن تكون مختصة بحكم النظام بأداء وظيفة من وظائف الدولة .
- ب- أن يكون لها بحكم هذه الوظيفة سلطة الأمر والنهي.
- ت- أن تكون هذه الأوامر وتلك النواهي الصادرة في حدود إختصاص الهيئة مكفولة النفاذ بمعرفة الدولة التي تملك سلطة القهر والإرغام.

3-3 كما اشترط الأستاذ بوبشير أمقران :

- أ- تكريس مبدأ الفصل بين السلطات
- ب- استقلال القضاء .

¹ - بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 8

ت- تخويل القضاء صلاحية وقف السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ثانيا: وصف السلطة القضائية المستقلة:

يمثل القضاء الحصن الأخير لحماية الأمة وأفرادها في مواجهة بعضهم البعض وفي مواجهة السلطة، وبقدر ما يكون القضاء قويا، مستقلا، راسخا، نزيها تكون حريات الناس، وأموالهم، وأرواحهم، وأعراضهم مصونة كريمة. فما المقصود باستقلال القضاء؟، وما هي ركائز هذا الاستقلال؟.

1- بيان المقصود من استقلال القضاء:

إن المقصود من استقلال القضاء هو ألا يقع القضاء تحت تأثير سلطة أو شخص أو هوى من شأنه أن ينحرف به عن هدفه، وهو إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أهلها¹.

وقد حذر القائل بالعدل من أن يتهاون في إقامته تحذيرا شديدا في الإسلام.

وقال الله تعالى في ذلك " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله "2، وقوله أيضا " وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم "3.

فهاتان الآيتان وغيرهما تشير إلى أن ميزان العدل والحق أنزله الله إلينا، وما علينا نحن - المسلمون - كأفراد أو قضاة سوى تطبيقه كما هو، دون أن نتأثر بأي عامل خارجي مهما كان.

2- ركائز استقلال القضاء⁴:

إن الاستقلال القضائي ليس مجرد لغو سياسي للاستهلاك الإعلامي - المحلي أو الدولي - كما أن الوطنية ليست مجرد شعارات ترددها الحناجر بمناسبة مباراة في الكرة أو حملة ضد دولة أو فصيل مختلف معه، إنما الاستقلال القضائي هو مجموعة الشروط والضوابط النفسية والقانونية والسياسية التي تؤسس لوطنية خلقة وولادة للقيم والمبادئ العليا من حرية وعدالة، لأن الوطن بحاجة إلى العاملين والمتقنين والقضاة النزهاء، وليس إلى الهتافات والتحزبات والخصومات في الداخل والخارج.

وأقوى ضمانات الاستقلال القضائي:

أ- الحياد:

ب- إن حياد القاضي هو من أهم عناصر استقلاله، والحياد يعني النأي عن القضاء عن التحيز لفريق أو لخصم دون آخر، وبعيدا عن الأهواء والميول فالتحيز يفقد القضاء استقلاله وعلى القاضي أن يكون بعيدا عن التحيز والمحاباة، فمهمته أن يكون محايدا في تطبيق القوانين.

وقد بينت الشريعة الإسلامية هذا الواجب قبل ميلاد التشريعات الوضعية بقرون خلت إذ يقول الله تعالى " ياداود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله "5،

¹ - محمد أبي فارس، القضاء في الإسلام، طبعة 1404هـ -1984، دار الفرقان، الأردن، ص 189

² -سورة المائدة، الآية 49

³ - محمد الطاهر ابن عاشور، النظام الاجتماعي، دار النفائس، الأردن، ص 293

⁴ -سورة ص، الآية 26

⁵ -سورة النساء، الآية 135

وقوله أيضا: " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا"¹.

ومن النبوية الشريفة، عن عائشة رضي الله عنها أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا: من يكلم رسول الله (ص)، ومن يجترئ عليه إلا أسامة حب رسول الله (ص)، فكلم رسول الله (ص)، فقال أتشفع في حد من حدود الله؟ ثم قام فخطب فقال: (يا أيها الناس: إنما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها)².

وعن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله (ص) قال: (أتدرون من السابقون إلى ظل الله جل وعلا يوم القيامة؟ قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: إذا أعطوا الحق قبلوه، إذا سئلوا بذلوه، وحكموا للناس كحكمهم على أنفسهم)³.

وحيدة القضاء تظهر على ثلاث صور رئيسية.

أولها: الحيدة على مستوى المنازعات الفردية، حينما ينظر القاضي في منازعات الخصوم، إذ عليه أن يتنحى عن نظر القضية إذا استشعر بالحرَج، أو إذا توافرت فيه حالة من حالات الرد، أو حالات عدم الصلاحية، أو حالات المخاصمة.

وثانيها: الحيدة على مستوى القضاء، بمعنى ألا يكون القضاء مصطبغاً بصبغة سياسية أو عقائدية حزبية أو قبلية أو مذهبية دينية أو غيرها، فيتحول القضاء بذلك إلى منبر لأفكار السلطة الحاكمة أو الحزب المسير لدفة الحكم.

ثالثها: الحيدة على مستوى التخصص، بمعنى أن يُسند وظيفة القضاء إلى القضاة وحدهم، فلا يقحم في محرابه أحد غير سدنته الذين عاشوا في رحابه وتطبعوا بقيمه وتقاليده، ولا أن يتناول أحد على اختصاصه أو يقتطع قدراً من ولايته. وبغير هذه الحيدة، لا يكون القضاء مستقلاً.

ت - التخصص⁴:

يقصد بالتخصص قصر العمل القضائي على فئات مؤهلة تأهيلاً علمياً، قانونياً خاصاً ولديها من التجربة والخبرة، والمزايا الشخصية، ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة ونزاهة، ذلك لأن فروع القضاء والقانون

¹- رواية متفق عليها.

²- مسند الإمام أحمد، الجزء السادس، ص 67، حديث رقم 24424

³- سنن الإمام أحمد، الجزء الأول، ص 143، حديث رقم 1210، سنن الترمذي، باب رقم (5) ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع من الآخر، من كتاب الأحكام، الجزء الثالث، ص 619، حديث رقم 1331، وقال هذا حديث حسن

⁴- أحمد صيام سليمان أبو حمد، مبدأ إستقلالية القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير، قسم القضاء الشرعي، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، غزة، 1426هـ-2005م، ص73

متعددة، والإحاطة بها تحتاج دراسة متخصصة ومتعمقة، فالتخصص والخبرة هما اللذان يكونان القاضي ويكسبانه الذهنية أو العقلية القضائية.

فدون تخصص كما هو واقع قضائنا تظل العدالة تسير بخطوات متثاقلة لا تصب في صالح إرساء دعائم دولة القانون والحكم الراشد.

ث- إعمال حرية الرأي والاجتهاد¹:

إن استقلال القضاء لا يمكن أن يقوم من دون تمتع العمل القضائي بحرية الرأي والاجتهاد، فحرية الاجتهاد تشكل ركيزة من الركائز التي يقوم عليها استقلال القضاء وهي تعني قدرة القاضي أثناء عمله القضائي على استنباط الأحكام وتمحيصها ومحاولة الوصول إلى الحق والعدل، وهو ما يتطلب استبعاد أي ضغط مادي او معنوي، مباشر أو غير مباشر، مقصود أو غير مقصود، معلن أو مبطن على القاضي في عملية الفصل في المنازعات أو التعبير عن الآراء بما فيها الآراء السياسية، لأن يجب التفرقة بين الإشتغال أو الإمتهان في السياسة والتعبير عن الآراء السياسية ذات الصلة بالشأن العام، فالقاضي مواطن وليس ملكا لحزب أو جماعة ما.

وهذه الحرية تقتضي أيضا فسخ المجال للقضاة في المشاركة في العملية التشريعية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من أجل التوصل إلى منظومة قانونية متوازنة وعلمية قابلة للتطبيق والحيلولة دون تحول القاضي إلى آلة تطبق القانون بصورة مجردة وساكنة، يصبح القاضي مجرد بوق يردد صوت السلطتين التشريعية والتنفيذية، وما يزيد المسألة تعقيدا وتسييسا هو واقع السلط التشريعية في عالمنا العربي عموما والجزائري خصوصا، من حيث ضعفها التمثيلي والوظيفي والاستقلالي.

ثالثا: مبطلات وصف القضاء بـ " السلطة " (قراءة في النصوص) :

كثيرة هي النصوص القانونية الملعومة أو المبتورة التي تززع أمن واستقرار القاضي بل والتي تفرغ فكرة الضمانات الدستورية والقانونية لاستقلال القضاء من معانيها وتعريفها من مغازيها، ونحاول في سياقنا الاكتفاء ببعض من المظاهر الكاشفة لواقع قضائنا داخل قانون أساسي غلب منطق الحراسة والرقابة على منطق الحماية والرعاية، وأهمها:

1- لم يتضمن القانون الأساسي أي معيار يقيد وزير العدل في تقدير مدى جسامته الخطأ المنسوب للقاضي²، وبالتالي حالات إيقافه، مما يجعل المطرقة فوق الرأس والسكينة على رقبة السادة القضاة، أقول السادة إجلالا أدبيا وأخلاقيا وشرعيا لمقام القاضي، مقام فصل فيه رب العرش والعباد.

¹ - أحمد صيام سليمان أبو حمد، مرجع سابق، ص 75

² - بوشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 51 و 52

2- لم يقرر القانون أي جزاء على إفشاء سرية إجراء الإيقاف عن العمل¹، وهو ما سمح لوسائل الإعلام بالتشهير بسمعة القضاة بمجرد صدور قرار توقيفهم أو حتى سماعهم نبأ احتمال صدور ذلك القرار، مما يجعلنا نشكك في جدوى المادة 85 من القانون الأساسي للقضاء التي تنص صراحة أنه لا يمكن بحال من الأحوال نشر قرار الإيقاف.

3- تأخر المجلس الأعلى في جدولة القضية أكثر من ستة أشهر من تاريخ صدور قرار إيقافه، يستمر قرار إيقاف القاضي في السريان لمدة غير محدودة، ولا يعاد إلى وظيفته بقوة القانون، كما كان مقررا في إطار القانون رقم 21/89 المؤرخ في 12/12/1989 المتضمن القانون الأساسي للقضاء قبل تعديله بموجب المرسوم التشريعي رقم 05/92 المؤرخ في 24/10/1992، وأكثر من ذلك يقرر تخفيض مبلغ المرتب الشهري المطلوب دفعه للقاضي (م 2/87 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004).

4- عدم تكريس ضمانات عدم قابلية القاضي للعزل والنقل هي من أهم الضمانات التي تسمح للقاضي بالاطمئنان على حاضره ومستقبله، وتجعله بمنأى عن أي تدخل أو ضغط قد يستجيب له عن عنوة وإكراه لحشيته على ضياع منصبه - مصدر عيشه وعياله -، وهي الضمانات التي لم تتردد الدساتير المقارنة على تكريسها كدستور المملكة المغربية الشقيقة لسنة 1992 (الفصل 83)² ودساتير مصر (المادة 167) وتونس (المادة 3/64).

خاتمة :

إن نقدنا أو تحسرننا من واقع وحيثيات الحياة القضائية كجزء من مطبات وطامات الحياة السياسية العامة لا يعني بشكل أو آخر أننا من محبني ارتداء النظارات السوداء إنما نعمل بما تيسر وتسخر لنا من جهد وزمن على كشف المظالم ورفعها، ومن يحمي المظلومين من ظلم البغاة إذا كان قضائنا يعدمون الحماية ويفتقرون الوسيلة والحيلة .

إن إصلاح العدالة لن يبدأ إلا من لحظة إطلاق مبادرة الإصلاح من داخل البيت القضائي وليس لوزير أو رئيس أن يتحدث عن هذا الإصلاح كأنما هو ولي أو وصي أو قيم أو قاض أول في البلاد، وكم تجرح كبريائي هذه العبارة الأخيرة، فهي قتل وهدر لأدنى شروط ومقومات مفهوم دولة القانون.

كما يقتضي الصديق في إصلاح العدالة مراجعة ثلاث مسائل فارقة ومفصلية :

1- مراجعة تشكيلة وآليات عمل المجلس الأعلى للقضاء على النحو الذي سيأتي معنا في مقالتنا القادمة حتى لا يتحول إلى مجرد جهاز تضيء به الشرعية المقنعة.

2- مراجعة حدود تدخل وزارة العدل في العمل القضائي سواء بطريقة مباشرة أو من خلال تبعية النيابة العامة لها على النحو الذي سيأتي معنا في مقالة متممة ومعززة لمقالنا هذا.

3- نهوض السادة القضاة بمستوياتهم الفكرية والذهنية والسياسية، وأن يشمروا على سواعدهم بدلا من سياسة البكاء والنواح في الظلام والخفاء، وأن تتوافر لديهم القناعة والإيمان بأنهم خلفاء الله في وظيفة من وظائفه ألا وهي الفصل بين الناس.

ولنا في كنوز تاريخنا وتشريعاتنا الإسلامية ما يحقق الاستقلال والأمن القضائيين، لو أن مثقفينا ومسؤولينا تكرموا وتأدبوا مع الله خالعين عباءات التقليد الأعمى وراجين من جلاله النصر والتمكين بدلا من تأدية طقوس الولاء إلى كل ما هو غربي، وإن كانت كثيرة هي أنظمة الغرب المستتقة من نظامنا القضائي الإسلامي.

¹ - بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 52

² - الفصل الثالث والثمانين من دستور المملكة المغربية لسنة 1992 (لا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون)

دراسات وأبحاث بالفرنسية

Essai sur l'apostasie dans le droit positif marocain.



CHAHDI Khalid Docteur en droit
Institut Francophone de droit comparé
Méditerranéen (I.F.D.C.M)
Université de Perpignan, France.

Le législateur marocain assure une protection spéciale à la liberté de religion. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 220 Code Pénal du royaume réprime une forme de prosélytisme qui emploie des moyens de séduction consistant, soit à exploiter la faiblesse ou les besoins de la victime, soit à utiliser des établissements d'enseignement, de santé, des asiles ou des orphelinats, afin d'ébranler la foi d'un musulman ou de le convertir à une autre religion. Toute personne qui emploie ces moyens est punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 500 DH.

On constate dès lors la prudence de l'Etat confessionnel face au prosélytisme qui peut constituer un danger touchant les valeurs et les principes de la société marocaine. Le législateur marocain tend à incriminer les actes commis par les non musulmans qui portent atteinte à l'islam comme religion d'Etat, et aussi les actes qui peuvent entraver la religion et l'ordre public même s'ils sont pratiqués par les musulmans eux-mêmes.¹

Dans ce sens, on peut évoquer l'article 222 C.P qui réprime une infraction aux prescriptions de la religion musulmane et qui peut être l'occasion de désordre sérieux en raison de l'indignation qu'elle est susceptible de soulever dans le public. Aux termes de ce texte «celui qui, notoirement connu pour son appartenance à la religion musulmane, rompt ostensiblement

¹ PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb: (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie), Histoire et perspectives méditerranéennes*, Editions L'Harmattan, 2009, p : 185.

le Jeûne dans un lieu public sans motif admis, est puni de l'emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 12 à 200 DH».

L'infraction ici ne concerne que les musulmans et ne peut être réalisée qu'en période du Ramadan; il faut aussi que la rupture ait lieu dans un lieu public; si la personne rompt le Jeûne chez elle, elle ne sera pas incriminée, et ici nous rejoignons l'idée du Doyen de la faculté de droit de Perpignan François Paul .Blanc qui affirme que: «la discrétion dans l'exercice de la liberté du culte est une règle qu'il ne faut pas transgresser pour ne pas provoquer la réaction de l'Etat confessionnel».¹

A citer également la question de la consommation d'alcool; si elle est discrète, si la personne consomme chez elle les boissons alcoolisées, elle ne sera pas punie tant qu'elle n'a pas dépassé ce stade. Toutefois, la personne risquerait une sanction si son comportement devenait public et provocateur puisqu'il pourrait entraîner un trouble à l'ordre public.

Par ailleurs, on comprend mal comment un pays comme le Maroc peut autoriser le commerce des boissons alcoolisées alors que celui-ci se déclare musulman et affirme dans sa loi suprême que la religion officielle de l'Etat est l'Islam. Il est à rappeler dans ce sens que «l'arrêté du directeur général du Cabinet Royal n°3-177-66 réglementant le commerce des boissons alcoolisées, qui date du 17 juillet 1967 explique les conditions dans lesquelles on peut avoir une licence pour vendre de l'alcool et les démarches à suivre».²

Cet arrêté tend en effet à restreindre ce commerce notamment dans son article 2 qui dispose que l'autorité administrative locale peut interdire la vente à la bouteille des boissons alcoolisées dans certains secteurs et quartiers de la ville ainsi que dans les périmètres qu'elle fixera autour des édifices religieux, des cimetières, des établissements militaires, hospitaliers, scolaires, ou aussi dans son article 28 qui interdit à tout exploitant d'un établissement soumis à licence de vendre ou d'offrir gratuitement des boissons alcoolisées à des Marocains musulmans sous peine d'un à six mois d'emprisonnement et une amende de 300 à 1500 DH ou l'une de ces deux peines seulement; en cas de récidive, les peines d'emprisonnement et d'amende prévues ci-dessus peuvent être portées au double.

Sur le plan pratique, on constate l'inapplication de ce texte et l'ineffectivité flagrante de cette loi surtout dans les grandes villes puisqu'on peut tranquillement aller faire ses courses dans une épicerie ou dans un libre service et prendre autant de bouteilles de vin que l'on voudra

¹ BLANC (F.P), « L'Apostasie dans les Droits d'Afrique du Nord », art, cité, p. 36.

² B.O. 26 Juillet 1967, p. 829

sans le moindre souci. On parvient donc à un résultat concret: au Maroc règne une hypocrisie sociale qui résulte du paradoxe même existant entre certains textes d'une part et leur inapplication d'autre part.

Tel est, pour l'essentiel, le régime choisi par le Maroc pour organiser la liberté en matière de religion, mais reste à savoir comment l'Etat peut-il affronter l'apostasie alors qu'il n'y a aucun texte qui l'incrimine ? Il faut se demander alors sur les conséquences civiles et pénales de l'apostasie dans le droit positif marocain.¹

1- Conséquences civiles de l'apostasie.

« Si l'apostasie comme infraction est absente dans la plupart des codes pénaux des pays arabes et musulmans, beaucoup de législations et de doctrines sont d'accord sur le châtement et les conséquences de cette infraction sur le plan civil, notamment les empêchements dont est frappé l'apostat en matière de mariage, de garde d'enfants et de succession ».²

En effet, l'apostat ne peut pas se marier; s'il l'est, son mariage sera dissous. C'est ce qui résulte, par exemple du code de statut personnel Jordanien dans son article 52 qui décide : « la dot (due à la femme) tombe si la dissolution du mariage a lieu à cause d'elle, comme c'est le cas de son apostasie ... si elle avait reçu une partie de cette dot, elle doit la restituer».

La même orientation découle du code de statut personnel Koweïtien qui nous offre les dispositions les plus développés dans ce domaine. Son article 18 dispose que : «n'est pas conclu le mariage de la musulmane avec un non-musulman ni d'un musulman avec une non-scripturaire, ni encore de l'apostat qui quitte l'Islam, même si l'autre conjoint est non musulman.»³

« En Algérie, le code de la famille de 1984 reconnaît les effets de l'apostasie dans ses articles 32 et 138».⁴ Au Maroc, l'apostasie est ignorée par le code de statut personnel (*la Modawana*), néanmoins, la doctrine Marocaine se réfère au droit malékite pour combler ce manque. Selon F.S Lahrichi:« l'apostasie est gravement sanctionnée au Maroc puisqu'elle

¹ BLANC. F. P, « Islam, laïcité, ordre public » in *revue franco-maghrébine de droit n°12, cahier du centre d'études et de recherches juridiques sur l'Afrique francophone*.2004 p. 19. L'auteur définit l'apostasie comme étant « l'abandon volontaire, complet ou partiel, de la foi par un membre de la Umma ». De son côté Al Mawardi définit les apostats comme suit : « ceux qui, étant légalement musulmans, soit de naissance, soit à la suite de conversion, cessent de l'être, et les deux catégories sont, au point de vue de l'apostasie, sur la même ligne». Et AL MAWERDI, *Les statuts gouvernementaux*, ouvr cité, p. 109.

² Les codes pénaux de la plupart des pays arabes ignorent l'apostasie, à l'exception de la Mauritanie (art 306 du code pénal de 1984) et le Soudan (art 126 du code pénal de 1991). Toutefois, en se référant au droit musulman classique, la sentence de l'apostasie est la mort, après un délai de trois jours laissé au coupable pour se repentir. Si la femme apostat est enceinte, son exécution intervient après l'accouchement.

³ ALDEEB S. A. « Les mouvements islamistes et les droits de l'homme », art. cité, p. 103.

⁴ LAHRICHI. SEBTI Fadéla, « Vivre musulmane au Maroc », *Guide des droits et des obligations*, Paris, L.G.D.H. 1985, p. 25.

entraîne la mort civile de l'apostat: l'apostat est considéré comme mort aux yeux de la loi».¹
 « S'il était marié, son mariage est dissous et la succession est ouverte dans tous les cas. F-P. Blanc ajoute dans ce contexte que le Maroc intègre implicitement cette sanction dans la loi civile pour faire face à l'apostasie».²

Selon ce même auteur, bien que la (Modawana), Code du statut personnel et des successions, promulgué en 1957 et 1958, et (Qanun al Ousra), Code de la famille, promulgué en 2004, ignorent les effets de l'apostasie, le rôle supplétif du droit musulman est toujours présent en matière civile, l'article 37 alinéa 4 de la (Modawana) relatif au droit matrimonial, et les articles 216 et 297 du même Code, relatifs au droit successoral ainsi que l'article 400 et dernier du (Qanun al Ousra), impliquent la mise en application du droit Malékite , l'apostasie serait sans aucun doute sanctionnée au plan civil. Aucune jurisprudence publiée n'est à ce jour venue infirmer cette interprétation.³

S'agissant de la garde d'enfants, l'apostat perd son droit de garde ou de tutelle. La femme apostat, quant à elle, peut garder l'enfant jusqu'à ce qu'il soit capable de discernement en matière de religion. «Cela revient d'après quelques auteurs au désir de chacune des trois religions monothéistes: le Christianisme, le Judaïsme et l'Islam à ce que les enfants nés du mariage de ses membres lui reviennent ».⁴

Enfin, «en matière de succession, l'apostat ne peut hériter de personne et seuls ses héritiers musulmans peuvent en hériter. Cela veut dire, dans le cas de la conversion à l'Islam comme dans le cas de l'abandon de l'Islam, seuls les héritiers musulmans peuvent bénéficier de sa succession alors que les héritiers non-musulmans en sont privés ».⁵ Cette remarque peut être relevée du code de statut personnel Koweïtien qui dispose, article 293 A: «Il n'y a pas succession entre musulmans et non-musulmans», «les non-musulmans par contre peuvent hériter les uns des autres». Article 294 -A: «l'apostat n'hérite de personne». -B: «les biens de l'apostat acquis avant comme après son apostasie reviennent à ses héritiers musulmans au moment de sa mort. S'il n'a pas d'héritiers musulmans, ses biens reviennent au trésor public».

¹ Ibid, p : 27. Mise à part l'article 29 du code de statut personnel (1957-1958) interdisant temporairement à la musulmane de se marier avec un non musulman, ce code ne contient aucun article traitant les effets de l'apostasie.

² BLANC F. P« La législation de l'apostasie par la Cour suprême du royaume du Maroc », in *la R.F.M.D.*, 2004, p. 4 et 5.

³ l'article 37 alinéa 4 « Tout mariage atteint d'un vice que la doctrine unanime considère comme une cause de nullité (...) est nul de plein droit avant comme après la consommation».

⁴ ALDEEB S A. « les mouvements islamistes et les droits de l'homme », art cité, p. 104.

⁵ Ibid. p. 105.

2- L'apostasie: infraction absente dans le code pénal Marocain.

L'approche juridique de l'apostasie conduit directement au cas du Maroc. En effet, le code pénal marocain ne contient aucune disposition réprimant l'apostasie en tant que telle. Nonobstant, comment le juge Marocain étant confronté à quelques cas d'apostasie, fait face à ce phénomène ?

«Le Bahaïsme avait commencé à s'étendre sur le territoire marocain; l'Etat devait réagir mais il était embarrassé parce qu'il avait déjà édicté quelques textes qui allaient en faveur de la liberté religieuse notamment le dahir du 8 juin 1961 qui dispose que l'Etat est le garant de l'unité de la nation, ou aussi l'adoption du code pénal de novembre 1962 qui élude l'infraction de l'apostasie en ne l'insérant pas dans son arsenal juridique.»¹

Ajoutons à cela la ratification par le Maroc du pacte international sur les droits civils et politiques qui assurent une liberté religieuse, sans oublier l'article 3 du code pénal qui dispose: « Nul ne peut être condamné pour un fait qui n'est pas expressément prévu comme infraction par la loi, ni puni de peines que la loi n'a pas édictées», posant ainsi le principe de la «légalité des incriminations pénales» et de la «légalité des peines» qui interdit au juge de sanctionner les agissements d'un citoyen, même préjudiciables à l'ordre social, si ces agissements ne sont pas formellement réprimés par la loi; «celle-ci est en matière pénale d'interprétation stricte et il n'est pas permis au juge de procéder par analogie. Ce même principe est inscrit dans l'article 10 de la constitution marocaine ».²

« Les Bahaïs avaient pourtant été inculpés et condamnés par la Cour d'appel de Casablanca en 1984 ».³ Le fondement juridique de leur condamnation était l'article 220 C.P qui punit seulement celui qui amène un musulman à apostasier et ne dit rien de l'apostat en lui-même. Les Bahaïs furent condamnés en première instance le 21 Février 1984 Jugement n° 915, inédit. Et en appel par la chambre correctionnelle de la Cour de Casablanca le 13 Août de la même année pour «ébranlement de la foi et conversion à une autre religion, entrave volontaire à

¹ MOUAQUIT Mohammed, *Liberté et libertés publiques*, L'universitaire E.D.F.I.F. 1996. p. 115. Le Bahaïsme est une religion qui a vu le jour au XIX siècle en Iran, certains auteurs la définissent comme étant un monothéisme inscrit dans la lignée des grandes religions monothéistes avec cette particularité d'être acquise à la modernité issu du modèle Européen héritier des lumières. D'autres auteurs, accusent le bahaïsme d'appartenir à une religion non monothéiste qui renonce à l'Islam et constitue une guerre contre lui. Cette accusation se base sur une Fatwa (jugement légal, avis religieux donné par un Mufti qualifié) émise par Al - Azhar qui, en plus d'apostasie, accusent les Bahaïs d'avoir des liens avec le Sionisme international (Fatwa publiée par «la jeunesse arabe» du 25 mars 1985). Une décision de l'Académie du droit Musulman en Arabie Saoudite considère que toute personne qui adhère au Bahaïsme est un Kâfir (incroyant); cette décision (Fatwa) met en garde les musulmans du monde entier contre ce groupe criminel mécréant et leur demande de lutter contre lui et de s'en méfier surtout parce qu'il est prouvé qu'il bénéficie du soutien des Etats colonialistes dans le but de disloquer l'Islam et les musulmans. Revue des recherches islamiques (en arabe), Riyad, n°27, 1990, pp: 343 - 345.

² Constitution promulguée par le dahir n° 1-72-061 du 23 Moharrem 1392 / 10 mars 1972. Art 10: « Nul ne peut être arrêté, détenu ou puni que dans les cas et les formes prévus par la loi ».

³ BORMANS. N, «L'islam et ses courants actuels en Afrique», in *Tendances et courants de l'islam arabe contemporain. Vol 1, Egypte et Afrique du Nord 1982, Kaiser- Grunenwald*, p. 213 et s.

l'exercice d'un culte, trouble à l'ordre public et formation d'association». Arrêt n° 5938, affaire n° 1448/84. « Selon certains auteurs, la véritable motivation des décisions était surtout l'atteinte à l'ordre public islamique et le cumul d'infractions ne saurait dissimuler cette réalité ».¹

La Cour suprême a adopté cet arrêt en précisant que les accusés ne pouvaient être poursuivis pour avoir changé de religion, ainsi que le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne met pas obstacle aux dispositions relatives aux infractions de prosélytisme, constitution d'association illicite, et menace contre la sûreté de l'Etat.

En effet, « la Cour suprême a rendu son arrêt le 17 décembre 1987 en rejetant le pourvoi au motif que le principe de légalité, fondé sur le respect tant de l'article 3 du code pénal que de l'article 18 du Pacte de New York, n'a pas été violé, dans la mesure où personne n'a été condamné pour apostasie, infraction qui n'existant pas en droit Marocain ».²

Le ministre d'Etat aux affaires islamiques de l'époque, Moulay Ahmed Alaoui, s'est prononcé sur l'affaire en disant qu'il ne s'agit pas d'une religion, mais d'une hérésie vis-à-vis de la foi islamique et, en tant que telle, tombe sous le coup de la loi. « F.P. Blanc pense que les propos de Moulay Ahmed Alaoui reflètent la contradiction existante au Maroc entre deux ordres publics, le premier fondé sur une légalité théologique consacrée par le confessionnalisme politique, le second fondé sur une légalité de type laïque, empruntée à l'occident et consacrée par le droit pénal ».³

Le même auteur ajoute que: « le raisonnement du ministre de l'Etat est totalement absurde, en sachant que l'hérésie est au contraire banalisée en Islam: non seulement le Chiisme est défini par les Sunnites majoritaires comme une Hétérodoxie mais les multiples sectes qui évoluent autour des duodécimains Iraniens sont parfaitement hérétiques au regard de la seule Chii'a et cependant tolérées au sein de la Oumma ».⁴

Quelques années plus tard, pendant son discours du 8 mai 1990 annonçant la création du Conseil consultatif des droits de l'homme, le Roi Hassan II a dit: « nous sommes excédés, tous les Marocains sont excédés par tous ces propos tendant à faire croire qu'il existe au Maroc des prisonniers pour des raisons politiques. Si l'on estime dans certains milieux que c'est un délit

¹ BLANC .F.P., «La législation de l'apostasie par la Cour suprême du Royaume du Maroc», art cité. p. 6.

² L'appelant avait focalisé sa défense sur la violation du principe de légalité comme moyen de pourvoi.

³ BLANC F.P., «Le prosélytisme religieux et la loi pénale au Maroc». *Revue marocaine de Droit*, 1984, n° 1, p. 44-48 et Maroc-Soir des 26 et 27 mai 1984.

⁴ BLANC. F.P., « La législation de l'apostasie par la Cour suprême du Royaume du Maroc », art. cité, p : 7.

politique que de porter atteinte à Dieu -Dieu me pardonne cette évocation-, à la Patrie et au Roi ou d'attenter à nos croyances et à notre constitution, mon acception est tout autre et je ne tiens pas à ce qu'ils la partagent».

Y a-t-il un seul musulman qui puisse circuler à travers le pays pour dire «embrassez telle autre religion que l'Islam» ? Avant de se repentir, il devrait être soumis à un examen de son état mental par les médecins spécialisés. S'il persiste dans son appel à se convertir à une religion autre que l'Islam, religion de Dieu, il sera alors jugé et quelle que soit la sentence qui sera prononcée à son encontre, il ne saurait être qualifié de prisonnier politique».¹

Le Roi ici, en affirmant que l'apostasie n'est pas un délit politique, a reconnu implicitement qu'elle est un délit tout de même. Seulement, il n'a pas précisé en vertu de quelle loi l'apostat serait jugé puisque le code pénal n'en dit rien. Cette ambiguïté persiste jusqu'à aujourd'hui. La condamnation des apostats a eu lieu dans plusieurs pays arabes malgré l'absence de fondement juridique en droit positif. A titre d'exemple, nous évoquons l'exécution de Mahmud Muhammad Taha (1916-1985)² qui a été pendu pour apostasie le 18 janvier 1985 au Soudan malgré l'absence de dispositions relatives à ce délit dans le code pénal de 1983.³

Plus récemment au Maroc, de jeunes musiciens, Fans de Hard Rock âgés de 20 à 30 ans ont été présentés le jeudi 20 février 2003, au procureur du Roi qui a décidé de les poursuivre sur la base de l'article 220 C.P.M pour (dégradation des mœurs, incitation à la débauche et actes attentatoires à la foi musulmane). L'affaire dite de (la secte Satanique) concernait des jeunes Marocains qui auraient adoré le Démon; embrigadés par l'église de Satan, ils auraient pratiqué de sombres sacrifices d'animaux puis se seraient abreuvés de leur sang.⁴

« Aucune preuve tangible qui fonde leur inculpation n'a été présentée lors du procès, mis à part leurs goûts pour des musiques occidentales au lieu de celles locales ou encore le fait qu'ils soient vêtus d'une tenue vestimentaire et pas d'une autre. Pourtant, le 6 Mars 2003, le verdict tombât, le tribunal de Casablanca Anfa condamna plusieurs de ces jeunes d'un mois à un an de prison ferme et des amendes. Après mobilisation de la société civile notamment par le biais de la presse, et après avoir interjeté appel, 11 inculpés sur 14 ont été relaxés, et les trois derniers arrêtés ont été condamnés plus tard à une peine déjà purgée ».⁵

¹ Bulletin d'information, Ambassade du Maroc en suisse, Berne, 21.5. 1990, p.1.

² Fondateur des «Frères Républicains» au Soudan. Il a écrit plusieurs ouvrages mal reçus par les milieux religieux musulmans, et il s'est opposé à la manière d'appliquer le droit Musulman dans ce pays.

³ ALDEEB S A, « les mouvements islamistes et les droits de l'homme ». art cité, p. 99.

⁴ MERNISSI Fatima, *A quoi rêvent les jeunes?* Éditeur Marsam Editions, 2007, p : 28

⁵ JEUNE AFRIQUE L'INTELLIGENT, Numéros 2330-2337, Éditeur Groupe Jeune Afrique, 2005

Près de onze mois après cette affaire, aucune zone d'ombre n'a été levée sur les tenants et aboutissants de cette mascarade judiciaire. Plusieurs hypothèses ont fait florès, notamment celle de bases politiques selon laquelle on aurait voulu à la fois faire plaisir aux islamistes, mais aussi les mettre en garde, de ce que le respect des fondements religieux et la préservation de la morale publique restaient avant tout le propre de l'Etat.

Certains ont également avancé que tout cela n'était que le fruit d'un dérapage judiciaire, une erreur comme il en arrive souvent. Dans les deux cas, l'affaire fait froide dans le dos et montre que l'arbitraire pourrait toucher n'importe qui, n'importe quand, une fois pris dans l'engrenage, quand bien même le prétexte serait fallacieux, en décalage total avec la réalité contemporaine. Les exemples sont multiples et illustrent, sans l'ombre de doute, que malgré l'absence de dispositions pénales réprimant l'apostasie dans le droit positif de la plupart des pays arabes, toute atteinte à l'Islam ou au droit musulman n'échappe pas à une sanction allant jusqu'à la mort.

Constat des infractions : limites du rôle et pouvoirs de l'inspecteur du travail à l'épreuve du choix de l'action pénale



Par : Dr. Khalid BOUKAICH¹

Parmi les différentes missions assignées au corps de l'inspection du travail au Maroc, celle du contrôle de l'application de la législation du travail et par conséquent est habilité à constater les infractions à cette législation.

Le fondement légal de cette compétence est fondé sur l'article 539 du code du travail disposant que ces agents « *constatent par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve contraire, les infractions aux dispositions de la présente loi et de la réglementation prise pour son application.*

Les agents chargés de l'inspection du travail, c'est-à-dire les inspecteurs et contrôleurs du travail et les inspecteurs et contrôleurs des lois sociales en agriculture, les médecins inspecteurs du travail et les ingénieurs chargés de la sécurité constatent en vertu de l'article 535 les infractions à la législation du travail « chacun dans la limite de sa spécialité ».

Ces différents agents ont les mêmes droits et obligations dans la mesure où l'article 535 du code du travail dispose que « *les dispositions relatives aux attributions et obligations des*

¹ Docteur en Droit, Enseignant vacataire à la Faculté de Droit et à l'Institut National de l'Action Sociale, Tanger

agents chargés de l'inspection du travail prévues aux articles 530, 532 et 533 ci-dessus et celles de l'article 539 ci-dessus s'étendent aux médecins et ingénieurs chargés de l'inspection du travail ».

Pour pouvoir accomplir leurs missions en matière du contrôle de l'application de la législation du travail, les agents chargés de l'inspection du travail se sont vus attribuer une série de prérogatives prévues essentiellement par l'article 533 du code du travail.

Les pouvoirs qui leur sont reconnus sont le droit de visite, le droit d'enquête, le droit de communication de certains documents et informations et le droit de prélèvement de certaines matières ou substances aux fins d'analyse.

Ceci étant, l'inspection du travail, on relève de façon générale son importance théorique et sa faiblesse en pratique.

Certes, si la question de l'effectivité du contrôle étatique de l'application n'est pas, en soi, spécifique au droit du travail, il est à souligné combien elle semble participer d'un certain particularisme de ce droit, sous l'angle de l'ineffectivité de dispositions qui paraissent particulièrement exposées à l'ignorance, au refus d'application, dans un espace privé où s'impose souvent le pouvoir sans partage de l'employeur.

Ainsi, il apparaît incontestablement que, le degré d'ineffectivité du droit du travail est sans doute plus élevé que celui d'autres branches du droit. Cela tient à la spécificité de la relation de travail, rapport de subordination; cela tient également à des éléments moins consubstantiels aux rapports de travail, plus conjoncturels pour ainsi dire que sont d'une part le haut niveau de chômage, et d'autre part la crise du syndicalisme et, plus généralement, des institutions de représentation des salariés. Enfin, dans certaines matières, comme la durée du travail, la complexité croissante de la réglementation constitue un facteur supplémentaire d'ineffectivité du droit.

Le législateur et la jurisprudence ont, ces dernières années, renforcé la sanction civile en droit du travail, notamment par l'extension des cas de nullité du licenciement. Mais la seule sanction civile, même renforcée, ne contribue qu'insuffisamment à l'amélioration de l'effectivité du droit : pour l'essentiel en effet, le salarié ne saisit l'inspecteur du travail pour tentative de conciliation et le juge qu'une fois la rupture du contrat de travail intervenue. En outre, en droit du travail comme ailleurs, sanction civile et sanction pénale ont des fonctions distinctes et sont plus complémentaires que concurrentes. Dès lors, l'amélioration de l'effectivité du droit du

travail passe aussi par l'amélioration de l'effectivité du droit pénal du travail.

Qui dit ineffectivité de la sanction pénale dirige spontanément et, on le verra, trop spontanément ses regards vers une institution: l'inspection du travail. La critique, du reste, est bilatérale: trop laxiste pour les uns, l'inspection du travail ferait, selon d'autres, une utilisation excessive de la sanction pénale. En réalité le choix de l'action pénale, intitulé de notre article, se limite pour l'inspection du travail au choix de dresser procès verbal.

La suite appartient aux magistrats du Parquet (et éventuellement du siège); or, le taux de classement sans suite des procès-verbaux établis par l'inspection du travail est étonnamment élevé. Il y a là un élément qui n'est pas sans incidence, on le devine aisément, sur le choix de dresser procès-verbal.

Un tel taux de classement sans suite pourrait s'expliquer par le nombre déjà minime de procès-verbaux transmis au Parquet par l'inspection du travail. De même c'est qu'en règle générale les agents de contrôle n'utilisent la verbalisation qu'en dernier recours.

I. L'intervention de l'inspection du travail : choix entre conseil et poursuite

Il s'agit essentiellement dans cette première partie d'interroger la pratique professionnelle de l'inspection du travail (B). Mais auparavant, doit être présentée, sous un angle purement juridique, la question de la liberté du choix des moyens d'action (A).

A - Aspects juridiques :

Compte tenu de l'article 17 de la convention internationale du travail n° 81 relative à l'inspection du travail et ratifiée par le Maroc en 1957¹. Cet article prévoit en effet « *qu'il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu de recommander des poursuites* ». Se référant expressément à ce texte, la loi 65/99 dans son article 539 prévoit que « *les agents chargés de l'inspection du travail constatent par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve contraire, les infractions aux dispositions de la présente loi et de la réglementation prise pour son application.*

Avant de dresser un procès-verbal, ces agents peuvent adresser des mises en demeure ou des observations aux employeurs qui contreviennent aux dispositions visées au premier alinéa ci-dessus.

Ils doivent rédiger lesdits procès-verbaux en trois exemplaires dont un est adressé directement

¹ Convention sur l'inspection du travail, 1947 [et protocole, 1995], B.O 2377 du 16/5/58 (A).

.....
à la juridiction compétente par le délégué provincial chargé du travail, un autre à la direction du travail de l'administration centrale et le troisième est conservé dans le dossier réservé à l'établissement ».

Face à une infraction, l'inspection du travail est donc libre d'utiliser d'autres moyens d'intervention que le procès-verbal ; pour fixer les idées il convient de signaler qu'en 2010, le nombre de PV dressés et transmis au procureur du Roi, s'élevait à 612 contre 419 en 2009 (+46%). Ces PV portent sur 934 délits et 13 896 contraventions (un PV pouvant contenir plusieurs contraventions ou plusieurs délits).

Bien que cet effort soit louable, ces PV sont le fruit de 23 506 visites effectuées par les inspecteurs du travail en 2010, au lieu de 15 840 en 2009. Selon les statistiques de la direction du travail, on constate que les visites des inspecteurs du travail se sont accélérées en 2010, alors qu'elles étaient en baisse continue entre 2006 (20 241 visites) et 2009 (15 840 visites).

En 2012 (les chiffres varient peu d'une année à l'autre) ont été dressés environ 487 procès-verbaux, comportant 763 délits et 8928 contraventions, de même que 814708 mises en demeure et observations¹. C'est cette pratique professionnelle que l'on va essayer à présent d'explorer.

Force est d'observer que les PV de délits relevés par les inspecteurs du travail ont trait globalement à la non-teneur ou non-communication de registres dont la tenue est prescrite par la législation du travail, le défaut de tenue d'assemblées qui sont obligatoires comme la réunion du comité d'entreprise au moins une fois tous les six mois, la non-teneur des élections des délégués des salariés, les obstacles dressés pour empêcher la visite d'un inspecteur du travail, le non-respect des règles d'hygiène et de sécurité...

En matière de contraventions, les inspecteurs du travail ont relevé, par ordre d'importance, le défaut d'octroi de la carte de travail, du bulletin de paie, les incidents relatifs au paiement des salariés (retard ou non-paiement carrément), la non-immatriculation et la non-déclaration à la CNSS, le non-respect du SMIG...

B - La pratique professionnelle :

À cet égard, quelques remarques rapides peuvent être formulées.

Comment expliquer la faiblesse du nombre de procès-verbaux au regard des infractions constatées.

¹ Bilan social 2012, disponible sur le site du Ministère de l'Emploi in : <http://www.emploi.gov.ma/attachments/article/263/bilan%20Social%202012%20Fran%C3%83%C2%A7ais.pdf>

Possible et pour certains la hiérarchie de la délégation de l'emploi, c'est-à-dire les délégués opérerait un « *filtrage* » des procès-verbaux avant de les transmettre au Parquet; les délégués n'exercent plus en pratique de contrôle de l'opportunité du procès-verbal.

Plus intéressante *a priori* apparaît l'idée souvent avancée et qui inviteraient les inspecteurs du travail à n'utiliser « *l'arme* » du procès-verbal qu'à titre résiduel; davantage, certains considéreraient que le procès-verbal est le constat d'un échec personnel de l'inspecteur du travail. L'observation est peu contestable: l'orientation générale et traditionnelle est bien de faire un usage modéré du procès-verbal.

S'il y a un service dont la notoriété est inversement proportionnelle à ses effectifs, c'est bien l'inspection du travail: en effet, il y a au Maroc 439 inspecteurs. Les effectifs des délégations ont augmenté ces dernières années¹ alors que les tâches administratives et les conflits individuels et collectifs augmentaient fortement, ce qui a pour effet une baisse sensible du nombre d'entreprises visitées chaque année; à tel point qu'il n'est pas incongru de se demander si le nombre d'agents de contrôle est suffisant pour permettre d'assurer l'exercice efficace des fonctions du service d'inspection, comme le requiert l'article 10 de la convention n° 81 de l'OIT².

On ne peut traiter du choix de l'action pénale sans souligner cet élément essentiel: l'établissement d'un procès-verbal circonstancié prend beaucoup de temps, notamment en matière de durée ou de sécurité du travail, et c'est là, malheureusement, un critère primordial de la verbalisation.

Un deuxième obstacle majeur réside dans le phénomène de démotivation et d'autocensure qui résulte du classement sans suite des procès-verbaux. La question mérite qu'y soit consacrée la seconde partie de notre article.

II. – Suite des procès-verbaux

Plusieurs raisons conduisent à supposer que le pourcentage de classement sans suite des

¹ Lhassan Hmaichate, **Plaidoyer pour un nouveau statut régissant le corps de l'inspection du travail**, *Journal Libération*, Vendredi 15 Avril 2011

² L'article 10 précise ensuite que le nombre d'inspecteurs du travail « sera fixé en tenant compte... de l'importance des tâches que les inspecteurs auront à accomplir et notamment : - du nombre, de la nature, de l'importance et de la situation des établissements assujettis au contrôle de l'inspection - du nombre et de la diversité des catégories de travailleurs qui sont occupés dans ces établissements - du nombre et de la complexité des dispositions légales dont l'application doit être assurée ».

procès-verbaux de l'inspection du travail doit être très faible.

La première raison vient d'être exposée: il s'agit de l'utilisation modérée faite par l'inspection du travail de la verbalisation.

La deuxième, rarement avancée, tient à une particularité du droit pénal du travail.

Enfin, il convient d'observer que la majorité des affaires, tous types d'infractions confondus, parvenant au Parquet, le motif du classement sans suite est la non-identification de l'auteur de l'infraction; en droit pénal du travail, une telle impossibilité d'identification est très exceptionnelle.

Dès lors, on peut être surpris par le taux élevé de classement des procès verbaux de l'inspection du travail.

De ce phénomène, il faut tenter de rechercher les causes (A) avant de proposer quelques remèdes (B).

A- Les causes :

Il va sans dire, et contrairement à ce que l'on pourrait croire, si le nombre d'infractions au Code du travail sanctionnées est infime par rapport à celui des infractions commises et même des infractions relevées.

Une question, qui n'est pas purement théorique, a été posée à propos du sort des procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail, à l'occasion de contrôles dans les entreprises, et adressés à la justice.

Elles sont naturellement diverses et difficiles à classer de façon hiérarchisée, par ordre d'importance.

Il en va, à plus forte raison, que l'un des traits caractéristiques du désintérêt des Parquets tient pour l'essentiel selon certains, à des options idéologiques: les magistrats sont peu enclins (*a fortiori* en période de fort taux de chômage) à engager des poursuites contre les chefs d'entreprises¹. On peut envisager l'argument, de façon moins polémique, sous l'angle des priorités implicites des Parquets : eu égard à l'augmentation d'une forme « *plus violente* » de délinquance, les infractions au droit pénal du travail n'apparaissent pas comme devant être

¹ De plus, il s'observe que, plus de la moitié des condamnations prononcées ont donné lieu à des sanctions inférieures au taux minimum.

traitées en priorité. Les Parquets ont tendance à considérer que la vie intérieure, si l'on peut dire, des entreprises relève d'un ordre privé et donc intéresse peu l'ordre public.

Une deuxième cause, liée à la précédente, tient au fait que souvent les Parquets considèrent les infractions au droit pénal du travail comme étant plutôt formelles, c'est-à-dire perçoivent mal les enjeux financiers et sociaux attachés à l'infraction. Ainsi, par exemple, en matière d'infraction à la durée du travail, les magistrats ignorent parfois quel est concrètement le manque à gagner à la fois pour les salariés (en termes de majoration pour heures supplémentaires et de repos compensateur). Aussi les inspecteurs devraient-ils, encore qu'ils le fassent de plus en plus souvent, donner un caractère pédagogique à leur procès-verbal par le biais d'un rapport annexe précisant les enjeux de l'infraction et, en outre, le cas échéant, les observations et mises en demeure préalables à l'établissement du procès-verbal.

Une troisième cause, tient à leur quasi-absence de formation des magistrats de parquets en droit du travail qui occupe une très faible place dans le programme de leur formation. Cette insuffisance de connaissances juridiques nécessite de la part de ces magistrats un investissement en temps plus important en ce qui concerne les dossiers de droit pénal du travail.

Ce taux élevé de classement sans suite porte une atteinte grave à l'efficacité de l'action de l'inspection du travail : la perte de crédibilité de l'inspecteur du travail à l'égard des employeurs (et des salariés) est patente en cas de classement sans suite. Le système d'intervention des inspecteurs du travail repose pour l'essentiel sur la menace du procès-verbal: c'est cette menace qui permet d'obtenir une régularisation immédiate ou rapide de la situation, qui est, autrement dit, la pierre angulaire de la prévention ; or tout s'effondre si la menace n'a pas d'effet dissuasif, si c'est un tigre de papier.

Par ailleurs, force est de constater qu'à l'heure actuelle, aucune coordination entre le ministère de l'emploi et le ministère de la justice et des libertés au sujet des PV. De même le ministère de l'emploi ne dispose d'aucune structure ou de système de suivi des dossiers transmis à la justice. De sorte que lorsqu'une entreprise est verbalisée pour contravention ou délit, les services du ministère de l'emploi se trouvent apparemment, dans l'ignorance totale des suites qui ont pu être données ou non au PV en question.

B - Quelques propositions :

Certaines ont été faites précédemment: spécialisation des magistrats du Ministère public, sensibilisation aux enjeux des infractions au Code du travail.

Parallèlement, pourrait être expérimentée une autre réforme, il s'agit de remplacer certaines contraventions par des amendes administratives à caractère forfaitaire.

De même, comme l'a très justement souligné Mohamed Tarik¹, « il est nécessaire de définir clairement, du point de vue législatif, le procès verbal que rédige l'inspecteur du travail contre les employeurs contrevenants en vue d'éviter les éventuelles lacunes de forme et de fond ».

Cela étant, et cela vaut qu'une extension des sanctions administratives, qui devrait du reste avoir un caractère expérimental, susciterait sans doute des réticences en ce qu'elle pourrait être perçue comme une - première - étape vers la dépenalisation du droit du travail. Il faut bien reconnaître cependant que l'état des lieux que nous venons de dresser révèle une bien plus grande dépenalisation de fait.

Pour conclure en un mot que « le droit n'existe qu'à travers son application ».

¹ Inspection du travail : un levier pour l'édification de l'Etat de droit, Publié le: 6 Janvier 2013 - Propos recueillis par Souad Badri, LE MATIN, conférence organisée à Rabat par de l'Association marocaine des inspecteurs de travail (AMIT) en collaboration avec le ministère de l'Emploi et de la formation professionnelle.

LES DROITS DE LA FEMME MAROCAINE A TRAVERS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE



Par Si mohamed AKHDI¹

Le sujet repose sur les droits de la femme et plus particulièrement l'évolution que son statut a connu depuis ce dernier siècle. Au moment de l'accès à l'indépendance, le statut et la situation de la femme marocaine restent toujours marqués par de profondes inégalités comparés à ceux des hommes. Il s'agit des pratiques que l'on retrouvait dans la société traditionnelle marocaine, ainsi que dans les pays arabo-musulman².

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 et la gestion des affaires familiales. Il disposait des pouvoirs supérieurs, la femme étant effacée face à la toute puissance de l'homme, elle était soumise à son autorité.

A partir des années 80, une lente évolution verra le jour à travers les effets de l'urbanisation, de l'entrée dans le monde du travail et de la maîtrise de la maternité. De même, la place des femmes dans la vie politique et sociale est posée avec plus de force, ce qui est constitué une étape importante dans le processus d'évolution des conditions de la femme marocaine.

C'est sur ces données, que le législateur marocain a essayé d'améliorer la législation relative à la condition des femmes au Maroc.

¹ Doctorant en droit de la famille, Université de Nantes, s.akhdi@gmail.com

² Des pratiques comme, la suprématie de l'homme sur la femme, l'obéissance de la femme à son mari, le mariage forcé...etc..

En ce sens, à partir de 2000, le Maroc s'est engagé dans un processus de transition démocratique, fondée sur la consécration 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. Cette transition démocratique, a permis au Maroc d'engager des grandes réformes institutionnelles, législatives et politique, telle que, la réforme du code de la famille en février 2004. Ce code qui a remplacé l'ancienne Moudawana de la fin des années 1950, marque une étape importante dans la consécration progressive des principes de liberté et l'égalité entre les deux sexes.

Toutefois, une question fondamentale se pose : elle consiste à savoir si la problématique féminine peut réellement trouver ses solutions dans le nouveau Code de la famille marocain ?

L'étude que nous consacrons à la situation de la femme au Maroc mettra l'accent sur cette problématique en démontrant l'évolution historique de cette situation (paragraphe 1), ainsi que les innovations introduites par le nouveau Code de la famille marocain qui traduisent la volonté du législateur marocain d'améliorer la situation de la femme (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Analyse historique et évolutive des droits de la femme :

Pendant longtemps, la question féminine est basée sur un socle inégalitaire, dans la mesure où les droits de la femme ont été considérés, une fois comme une atteinte aux fondements religieux de l'Etat, et une fois comme une atteinte aux principes fondamentaux de la société marocaine.

Il peut donc être intéressant d'étudier l'histoire de la situation de la femme au Maroc (A), avant d'aborder l'évolution de cette situation qui a été plutôt la conséquence des bouleversements de la société contemporaine (B).

A : Un aperçu historique :

Dans un premier temps, il y a lieu d'examiner la suprématie de l'homme sur la femme (1), ce qui permet de comprendre l'obéissance de la femme à son mari (2).

1) – La suprématie de l'homme sur la femme :

La notion de la suprématie de l'homme sur la femme repose sur une interprétation classique du verset 34 du chapitre IV (Les femmes) du Coran : « Les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs que DIEU accorde à ceux-là sur celles-ci, et aussi à

cause des dépenses qu'ils font de leurs biens » ou encore le verset 228 du chapitre II (La vache) : « Quant à elles, elles ont des droits équivalents à leurs obligations, conformément à la bienséance. Mais les hommes ont cependant une prédominance sur elles ».

En ce sens, les conservateurs musulman pensent que le principe primordial du droit musulman relatif au mariage est que l'homme est placé un échelon au-dessus de la femme¹. Cet échelon est l'échelon de l'autorité « qiwama » qui conférée au mari, et a pour conséquence le fait que l'homme ait beaucoup plus de responsabilité que la femme, seul l'homme a la responsabilité de prendre en charge la gestion des affaires du foyer et l'entretien de la femme et des enfants. Ainsi que c'est lui seul qui prend les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et du planning familial.

Cette grande responsabilité de l'homme est pour certains « le signe d'une capacité plus grande qui le rend apte à prendre la femme sous son autorité »².

Pour justifier cette situation, certains penseurs musulmans prévoient que « La sagesse divine ici est manifeste. La femme est nettement favorisée dans ce système, car elle est souvent prise en charge, qu'elle que soit mère, épouse, sœur ou fille. S'il arrive qu'elle doive assumer ses propres besoins, elle n'aura pas la responsabilité hors cela, tandis que l'homme a toujours d'autres personnes à sa charge. Nous ne croyons pas que la situation sera un jour inversée. Tout ce qui peut arriver, c'est que les femmes assurant leur substance auront moins d'inclination aux contraintes de la vie conjugale. Il est donc clair que l'inégalité entre l'homme et la femme en matière d'héritage ne touche pas la valeur humaine de la femme. Celle-ci, dans le système islamique, égale à l'homme dans tous les autres domaines »³.

Par conséquent, la suprématie de l'homme sur la femme dans l'ancienne société marocaine était confirmée aussi par l'obéissance de la femme à son mari..

1) Devoir d'obéissance :

L'obéissance de la femme à son mari a pour fondement le verset coranique : « Les femmes vertueuses sont obéissantes (qanitate) (à leurs maris), elles protègent ce qui doit être protégé, pendant l'absence de leurs époux, avec la protection de DIEU »⁴.

¹ A. MAWDOUDI « Droits des époux ». p. 31.

² M-I. DARWAZA « La femme dans le Coran et la Sounna ». p. 87.

³ Ibid, p. 71.

⁴ Coran : Chapitre 4. Verset 34

Cette disposition du Coran a été reprise et développée par les penseurs conservatoires musulmans. D'après eux, l'obéissance de la femme à son mari est l'obligation la plus importante dans la vie conjugale. Obligation qui est directement liée en islam à l'obéissance à DIEU, érigée par conséquent en obligation comparable à la prière et au jeûne du mois de Ramadan.

La doctrine classique s'appuie sur certains Hadiths pour souligner l'éminence du droit de l'époux sur sa femme et justifier les limites imposées à la femme sur le choix du domicile conjugal, sortir de la maison, recevoir des visites, exercer ses droits religieux, la façon de s'habiller, ses fréquentations, son droit à l'instruction et l'exercice d'une profession, enfin tous les aspects de la vie privée et publique de la femme¹.

Toutefois, le devoir d'obéissance restait souvent abusif, et il engendrait tant de drames, de souffrance et de malheurs dans la société marocaine². Dans ce cadre, le législateur contemporain ne pouvant rester inactif devant tant d'abus, il avait réagi, en remettant en cause cette situation inégalitaire, dans le but d'améliorer la situation de la femme et égaliser son statut personnel avec celui de l'homme.

B – Les processus de l'évolution de la situation de la femme au Maroc :

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 industrielle, l'exode rural ainsi que l'urbanisation ont largement contribué à changer la mentalité des femmes marocaine. Cette réalité sociale constitue une étape importante dans le processus d'évolution des droits de la femme marocaine (1). 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 (2).

1) L'impact de l'évolution de la société sur la situation de la femme :

L'ancienne Moudawana nous reflète un droit familial qui correspond peut-être à la situation sociale et économique de l'époque. Dans ce cadre traditionnel, les rapports entre époux étaient profondément inégalitaire : la femme se limitait à son rôle de mère nourricière, d'éducatrice et de gardienne des valeurs traditionnelles. Elle était soumise à toute puissance de l'homme.

¹ Cette doctrine insiste aussi sur le fait que l'Islam a aussi donné à l'épouse des droits sur son époux : la charge obligatoire : la nourriture, le logement, l'habillement et qu'il ne la frappe pas, qu'il ne l'opprime pas. Et rappelle que le Coran incite les époux à avoir un bon comportement envers leurs épouses. « Vivez en commun avec elles en faisant preuve de bienfaisance ». Chapitre 4. Verset 19.

² R. NAJI-EL MEKKAOUI « La Moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie » T. 2. Ed ; 2009. Op.cit. p. 72.

Dans ce contexte, le divorce et la répudiation constituaient une prorogative exercée, quasi exclusivement, par le mari de manière discrétionnaire et souvent abusive¹. 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 indépendante². Il est vrai qu'une telle activité extérieure à asservir un peu plus les femmes, dans la mesure où elles sont amenées à assurer leur part de responsabilité au sein de la famille, elles acquièrent un potentiel 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 » »³.

Tous ces changements entraînent de profondes modifications même dans les relations entre le couple. 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.

Dans ce courant de la mutation de la société marocaine, est ainsi apparu le mouvement féministe qui a aussi participé au développement de la situation de la femme au Maroc.

2) 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 féministe⁴ 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

¹ Rajaâ NAJI, La Moudawana, le Référentiel et le Conventionnel et Harmonie, 3ème Ed 2009. p 39.

² 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 détail, 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

³ Mariem RODARY. Le travail des femmes dans le Maroc précolonial, entre oppression et résistance. Cahiers d'études africaines.(en ligne). 187-188. 2007.

⁴ Des associations féminines, en particulier, (ADFM) l'Association Démocratie des Femmes Marocaines et (UAF) l'Union de l'Action Féminine.

associations appelèrent à la démocratie, à la justice et au partage des responsabilités au sein de la société et de la famille.

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 une réforme adaptable avec 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 contextualisée¹. Ce mouvement, s'oppose à l'usage du terme « réforme » car ils y voient des dangers quant à la fidélité à la tradition islamique. Pour eux, réformer la Moudawana voudrait dire changer l'Islam, le dénaturer afin de l'adapter à l'époque contemporaine, ce qui n'est pas accessible 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 âme².

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 dans les années 90, qui a été confondue autour du Plan national d'intégration de la femme au développement. 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.

En fin, à partir de tous ces données, il devient nécessaire de rechercher des solutions qui peuvent créer une rapprochement entre les aspirations individuelles et le respect des références divines, afin d'améliorer les conditions de la femme au Maroc.

¹ T. RAMADAN, « A propos du Concept de Réforme », www.tariqramadan.com

² T. RAMADAN, « Vers une réforme radicale », www.tariqramadan.com.

Paragraphe 2 : Le nouveau Code de la famille marocain : Une voix d'un rapprochement possible :

Avec l'évolution des mœurs et l'avènement du mouvement « féministe », le législateur marocain est écarté entre deux tendances contradictoires : la première inspirée par les institutions traditionnelles du droit musulman ; la seconde conduisant en revanche à rejeter certains institutions traditionnelles pour la remplacer par des institutions modernes et occidentale. La possibilité donc d'un rapprochement juridique (A) entre les deux tendances est devenue nécessaire pour un réaménagement du droit classique (B).

A – La nécessité d'une véritable approche :

Le but recherché par le législateur marocain est ici de parvenir à une législation moderne adaptée aux mœurs, ce qui a donné naissance à une structure familiale nouvelle (b). Il faut également noter, que le rapprochement visé n'est pas nécessairement une transformation, le législateur marocain a insisté sur le respect strict de Shari'a, et des principes de l'islam (a).

a – Le Code de la famille marocain, une codification dans la conformité religieuse :

Même si le Code de la famille avait pris quelques manières de modernisation, par le biais de l'ouverture sur l'esprit de l'époque, il ne signifiait pas une transformation radicale des règles traditionnelles. Le législateur marocain a voulu instaurer un pont de rapprochement entre les dispositions traditionnelles de droit musulman et l'émergence d'une société moderne. Il s'agit de rapprocher ces deux pôles, perçus comme indispensables l'un et l'autre, pour arriver à une législation moderne, dans le respect de la Shari'a. En ce sens, Mr BOUCETTA¹ a souligné dans son explication du projet « il s'agissait en outre de présenter à sa Majesté un projet qui respecte les fondements de l'islam, et de trouver dans l'islam, ce qui permet à la société d'avancer et de se mettre au diapason du monde »².

¹ Le président de la commission chargée de la révision de la Moudawana.

² Entretien accordé à la revue « L'essentiel », mars 2003. Cité par C. CASEY. Débat autour de la réforme du Code de statut personnel au Maroc : vers une recomposition du champ politique, Mémoire de DEA en science politique, Université Lumière Lyon 2, M. CH. FERJANI, 2003.

Ce travail de relecture est connu dans le monde musulman sous le nom d'Ijtihad¹, et qui doit promouvoir une approche historique et contextualisée des textes révélés en même temps qu'il invite la rationalité humaine à plus de créativité dans l'élaboration de réponses aux problèmes de notre temps². Toutefois, Monsieur BOUCETTA a bien confirmé à plusieurs reprises dans différents entretiens accordés aux quotidiens marocains³, qu'il s'agissait de mettre en exergue le principe juridique « pas d'Ijtihad en présence d'un texte écrit ». Ce qui signifie que la pratique de l'Ijtihad ne doit pas être appliquée à toutes les situations. Dès lors qu'une situation est évoquée dans un verset coranique, cette pratique est à exclure. Selon M. Boucetta « Nous ne pouvons pas aller à l'encontre des textes religieux ou contre les textes législatifs coraniques et du Hadith, de front et de façon formelle ».

L'attachement à la référence musulmane peut être lu dans l'article 400 du nouveau Code, qui dispose que « Pour tout ce qui n'a pas été prévu par le présent code, il conviendra de se référer au rite Malékite et à l'effort jurisprudentiel (ijtihad) qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'Islam en matière de justice, d'égalité et des bons rapports de la vie commune ». met à la société d'avancer et de se mettre au diapason du monde ».

On peut signaler aussi que parmi les objectifs suivis par le législateur marocain est la réorganisation de la structure familiale.

b – Une réorganisation nécessaire de la structure familiale :

Le Code de statut personnel a changé d'appellation pour devenir Code de la famille. Cette nouvelle appellation n'était pas imprévue, elle s'engage dans le cadre d'une modernisation de la structure familiale, et d'une mise en exergue de ses membres, homme, femme et enfants⁴. D'ailleurs, dans son discours, le Roi Mohamed VI souligna à plusieurs reprises que c'est autour et au profil de l'institution familiale que tournera la réforme. Le Code ne devrait pas être perçu comme une victoire d'un camp sur l'autre, ni être « considéré comme une loi édictée à l'intention exclusive de la femme, mais plutôt comme un dispositif destiné à toute la famille, père, mère et enfants. Il obéit au souci, à la fois, de

¹ Signifiant « la lecture critique des textes de référence » (le Coran et la tradition prophétique).

² T. RAMADAN, « L'Islam, le temps de la réforme », www.tariqramadan.com.

³ Le Matin, El Bayane, Femmes du Maroc, d'octobre 2003 à mars 2004.

⁴ A. Turki. Réformes du statut personnel dans un régime en transition : L'exemple du Maroc : de la Moudawana au code de la famille. op cit. p 78 et s.

lever l'iniquité qui pèse sur les femmes, de protéger les droits des enfants, et de préserver la dignité de l'homme »¹.

Pour atteindre cet objectif, il faut mettre en œuvre des mécanismes et des instruments afin d'assurer un bon rapport familial. Parmi ces mécanismes, on cite le nouveau rôle accordé au ministre public par l'article 3 du Code de la famille donnant à cette institution la qualité d'une partie prenante dans toutes les actions qui visent l'application des dispositions relatives à la matière familiale.

On peut citer aussi l'innovation introduite par l'article 53 disant : « Lorsque l'un des conjoints expulse abusivement l'autre du foyer conjugal, le ministre public intervient pour ramener immédiatement le conjoint expulsé au foyer conjugal, tout en prenant les mesures garantissant sa sécurité et sa protection ».

L'attribution au ministre public de la qualité d'une partie prenante marque l'ancrage de la famille dans le système judiciaire marocain². Ce nouveau visage de la famille marocain est confirmé par la création des sections de la justice de la famille auxquelles le législateur a fait appel pour garantir l'équilibre au sein de la famille.

De plus, le nouveau code a voulu marqué la garantie des droits et libertés individuels des époux dans leurs rapports mutuels et dans leurs obligations en tant que parents au profit des enfants mineurs.

Il ressort de ce qui précède que la mission de rapprochement confié aux préparateurs du Code de la famille est réussie, puisqu'elle offre aux conservateurs et aux modernistes les institutions qui sont compatibles avec leurs propres convictions³. Il nous faut donc maintenant analyser les innovations apportées par le nouveau Code de la famille.

B – Le réaménagement du droit classique :

L'impression qui se dégage à la lecture des dispositions du Code de la famille est que le législateur tend à réaménager le droit traditionnel, l'essentiel étant de construire une législation protectrice des droits de la femme, en supprimant les discriminations et l'inégalité envers les femmes marocaines.

¹ Discourt royal du 10 octobre 2003.

² B. LAMADDEB, « Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille », Thèse, Montpellier, 2012, p. 87.

³ Ibid, p 83.

Cet réaménagement sera observé tant en ce qui concerne l'institution du mariage (a) qu'en ce qui concerne la rupture de celui-ci (b).

a – Le réaménagement de l'institution du mariage :

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 conjoint¹.

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 a affaibli l'autorité du chef de famille, et adopté une formulation moderne, et placer la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux².

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 souffert³ : 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 »⁴. Désormais, l'épouse n'est plus l'adjoint de son mari, 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 famille⁵, implique un accord des deux époux sur chaque décision relative à la gestion des affaires familiales⁶.

Le législateur marocain 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 égale avec l'homme.

¹ Malgré que le droit musulman permet à l'épouse de ;,,,,,

² Préambule servant de Charte de bonne application Du Code de la famille marocain.

³ 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.

⁴ 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 ».

⁵ 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 ».

⁶ Ce qui est 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 ».

Par conséquent, le nouveau Code de la famille marocain a édicté un certain nombre des règles égalitaires applicable à tous les époux en matière du mariage. En ce sens, 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. L'article 20 du Code de la famille énonce « La dispense d'âge est soumise aux mêmes conditions pour l'homme et la femme ».

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. Toutefois, le nouveau Code de la famille marocain a supprimé l'obligation d'obéissance pour éviter toute expression qui 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 ». Désormais, la tutelle matrimoniale est un droit qui appartient à la femme, la femme majeure exerce ce droit selon son choix et son intérêt².

On peut penser en définitif, que depuis la réforme de la Moudawana, 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 son réaménagement au profit de la femme.

b – Le réaménagement 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

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.

مجلة الفقه والقانون العدد الرابع عشر: دجنبر 2013 / ردمد 0615-2336
à la femme. Or, le nouveau Code de la famille avait profondément modifié cette image, en instaurant des droits égalitaires en matière de divorce.

Selon les dispositions du Code 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 exercée par l'unique volonté du mari. Pour remédier à cette situation, le nouveau Code de la famille marocain accorde au juge des prérogatives nombreuses dont le but est de protéger les droits de la femme.

En ce sens, le juge de la famille joue un rôle primordial pour protéger les intérêts de l'épouse et des enfants. L'article 79 du Code de la famille souligne « Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte par deux adouls habilités à cet effet, dans le ressort du tribunal dans lequel est situé le domicile conjugal, le domicile de l'épouse ou son lieu de résidence ou le lieu où l'acte de mariage a été conclu, selon l'ordre précité ».

Ce qu'on peut remarquer à partir de cet article, c'est que le juge de la famille dispose désormais, des pouvoirs importants en matière du divorce. Donc c'est à lui qu'il incombe de faire évaluer les faits exposés par les parties, et c'est lui qui garantir les droits de l'épouse pendant l'instance en divorce et après le divorce.

A cet effet, le code de la famille assure 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 pénales³.

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 divorce (article 82).

Ce que l'on peut constater également, à côté de ce réaménagement, est la réapparition de deux nouvelles formes du divorce à l'initiative de la femme : le divorce pour discorde et le divorce par consentement mutuel.

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 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 ».

Si l'homme dispose toujours du divorce par volonté unilatérale, la femme obtient, désormais, le divorce par le recours au divorce pour discorde (article 94), ou par consentement mutuel (article 114).

Alors même que les tribunaux accordent la rupture du lien conjugal à l'initiative de l'épouse qui n'a ni l'accord de son mari, ni la possibilité (ou le désir) d'établir ses fautes. Dans cette hypothèse, la procédure de cette rupture est ouverte dans les cas suivants :

- Lorsque l'épouse refuse la polygamie de son époux (article 45).
- Lorsqu'elle n'arrive pas à prouver le préjudice, dans le cas de divorce pour préjudice (article 100).
- Lorsque le mari refuse de consentir au khôl'a ; alors que l'épouse persiste dans sa demande pour l'obtenir (article 120).
- Lorsque le mari procède à la révocation du divorce, pendant le délai viduité, alors que la femme refuse de reprendre la vie conjugale (article 124).

En effet, le divorce pour discorde, est venu résoudre la situation où l'application de certaines dispositions du code conduit la femme à une impasse¹. La création de ce mode de la dissolution du mariage a profondément amélioré la situation de la femme.

On peut dire que le nouveau code de la famille marocain a instauré des innovations juridiques afin de revaloriser le principe d'égalité entre homme et femme et renforcer les droits de la femme marocaine. L'objectif est de mettre à la disposition des femmes marocaines une série des règles juridiques qui prend en considération les exigences nouvelles imposées par la société contemporaine.

On définitive on ne peut estimer être arrivé à la perfection en matière des droits de la femme au Maroc, la notion des droits de la femme n'est pas encore aussi parfaite comme l'aurait voulu le législateur. Néanmoins, on peut penser qu'il s'agit d'une avancée importante dans le processus juridique.

¹ 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.

Réflexion sur le système judiciaire mauritanien



Maître Mine Abdoullah

Professeur à la faculté de Droit

De Nouakchott – Mauritanie

Cette réflexion vise à faire l'état des lieux de la justice à travers ses différentes composantes en différentes recommandation et l'analyse des conditions pour un procès équitable qui en prend en compte le respect scrupuleux des différentes procédure d'une part mais aussi et surtout des liberté et droits du justiciable.

I – Diagnostic :

La justice, pilier de l'autorité de l'Etat, est le fondement de la démocratie qui garantit les droits et les libertés et assure la prééminence de la loi et la consolidation de l'Etat de droit.

La sécurité et la prévisibilité juridique, la certitude que la loi est la même pour tous conditionnent la confiance que le citoyen et partenaires étrangers peuvent avoir dans un système judiciaire et plus largement d'un système de gouvernement, et contribuent de façon décisive à la quiétude et la stabilité sociale ainsi qu'à la croissance économique et au développement.

Au vu de ce bref constat, il s'avère que le système judiciaire mauritanien a besoin de réforme en plus de celle qu'il a connu ces dernières années dans le cadre d'une harmonisation avec l'ensemble des changements institutionnels consécutifs à la Constitution du 20 juillet 1991 qui fait du pouvoir judiciaire un véritable pouvoir indépendant des pouvoirs exécutif et législatif.

Le pouvoir judiciaire, qui se conçoit dans un Etat de droit comme étant la pierre angulaire de l'édifice puisqu' il est le gardien des libertés, assuré la protection des personnes et des biens et sanctionne les manquements aux lois et règlements en vigueur en veillant à une application rigoureuse de la loi.

Mais ce schéma demeure théorique tant qu'il n'a pas été op »rationnel, tant qu'il ne trouve pas une application concrète et pratique dans la vie quotidienne des citoyens et en faisant face à plusieurs contraintes sur le terrain :c'est seulement à ce prix que ce pouvoir pourra prouver sa crédibilité , son indépendance et susciter la confiance des citoyens car une justice efficace, transparente et rigoureuse est une garantie essentielle du fonctionnement normal de l'Etat de droit et de ses institutions.

Le mouvement des réformes a touché le statut de la magistrature, l'organisation judiciaire, les lois procédurales et les normes substantielles du droit, etc.

Dans cette perspective, il était nécessaire de donner aux investisseurs potentiels des garanties juridiques et judiciaires crédibles ;à cet effet ,plusieurs lois ont été promulguées :code des assurances ,code d' arbitrage ,code de commerce ,code de la marin marchande, code des investissements ;la réforme s'est étendu à

d autres domaines se rapportant également a la société civile par la promulgation de textes liés aux droits et libertés de l'homme, au droit de l'enfant, au droit de la propriété, à la réforme foncière et domaniale (on peut ajouter la loi incriminant l'esclavage).

La réforme de la justice est un impératif et toute mise à niveau de la vie publique serait vaine, sans, justice saine et indépendante.

La réforme de la justice est devenue « une revendication sociale » qui accompagne le processus de transaction démocratique et renforce les acquis des droits de l'homme. La réforme ne doit pas se limiter à l'augmentation des tribunaux, des salaires des magistrats, il faut réconcilier le citoyen avec sa propre justice et redorer le blason de l'institution judiciaire.

Les prisons sont pleines mais elles le sont parce qu'une tradition d'enfermement inhérente à la culture de punition est aujourd'hui inscrite sur le fronton d'une certaine justice comme le blason inaltéré. Rien n'y fait, la maison d'arrêt incarnant ici le lieu de confluence d'une morale sociale devenue aux yeux du juge la seule voie exécutoire.

La réforme doit comporter un programme de pédagogie articulé sur des principes humanitaires où le détenu, le justiciable, le présumé est autre chose que ce « paria » condamnable « a priori », bouc émissaire et miroir grossissant de la malédiction. Il y a lieu de se soucier d'harmoniser la détention carcérale. Le régime de garde à vue, la procédure d'instruction, le choix des juges et, plus grave, en effet le principe de présomption d'innocence ne semble point préoccuper outre mesure les responsables de la justice. Toute réforme ne doit pas être de forme mais de structure.

La complexité de plus en plus grande de la société mauritanienne exige une autre justice, une culture judiciaire adaptée qui s'inscrit dans les canons de la modernité et d'une vision prospective. Tout l'apanage des textes sur la détention préventive, la présomption d'innocence, la responsabilité pénale, les dérives – car il en existe – appellent à la vigilance structurelle.

S'agissant des réformes entreprises, nous évoquerons celle qui sont les plus déterminantes dans le sens de la consolidation de l'Etat de droit de la protection des droits de l'homme.

La présente réflexion a pour but la définition de la stratégie à mettre en œuvre en vue du renforcement des capacités dans le domaine judiciaire et l'identification des actions prioritaires à entreprendre au profit de ses différentes composantes physiques, matérielles et humaines (chancellerie, juridictions, établissements pénitentiaires, magistrats, auxiliaires de justices) ainsi que son environnement immédiat (administration, justiciables, opinion publique, etc.)

A cet effet, et pour mieux se rendre compte de l'opportunité, voire de l'urgence à entreprendre ces actions, il convient d'abord d'évaluer brièvement la situation actuelle de la justice, d'en ressortir les grandes carences pour en dégager les palliatifs nécessaires.

Le système judiciaire actuel souffre de grave faiblesse couvrant l'ensemble de ses composantes humaines matérielles, notamment les institutions (A) et les acteurs (B).

A- les institutions judiciaires :

Les institutions judiciaires se caractérisent par une faible décentralisation, par l'inefficacité des juridictions et par les difficultés d'exécution des décisions judiciaires. A cela, il faut ajouter les dysfonctionnements de la chancellerie.

1°) – La faible réalisation des tribunaux :

L'organisation judiciaire actuelle permet d'observer une justice de proximité à travers les tribunaux de moughataas mais cette relative décentralisation est cependant contrebalancée par

le seuil de compétence très limité de ces tribunaux et par la nature des affaires qui lui sont soumises seuls les petits litiges dont la valeur équivaut à 300.000 UM sont de leur compétence.

En outre, le contentieux pénal n'est pas la compétence de ces juridictions. Ceci rend l'accès des citoyens aux institutions judiciaires assez difficiles car ceux-ci sont obligés de remonter aux chambres spécialisées des tribunaux de wilayas pour y soumettre leurs contentieux.

2°) –La faible efficacité des juridictions :

La faible efficacité des juridictions constitue également une faiblesse principale des institutions judiciaires actuelles.

Cette faible efficacité s'observe aussi bien dans la saisine des juridictions, dans les délais assez longs de traitement des dossiers que les difficultés d'exécution des décisions judiciaires.

L'inefficacité de la saisine se traduit par le fait que les juridictions sont, peu saisies,

Réduisant par là l'impact de la justice et du droit dans la société.

Ceci pose évidemment le problème de l'accès à la justice qui a une dimension aussi bien physique et géographique (faible décentralisation des juridictions) que financière (coût élevé de la justice) et culturelle et juridique (méconnaissance du droit et des institutions judiciaires).

Dans d'autre cas, l'inadaptation des règles juridiques au contexte et pratiques sociales ainsi qu'aux valeurs culturelles pose le problème de l'ineffectivité de ces

Règles juridiques auxquelles il faut ajouter une organisation judiciaire inefficace et coûteuse.

3°) - Les difficultés d'exécution des décisions judiciaires :

Les difficultés d'exécution des décisions judiciaires réduisant sensiblement l'impact que le système judiciaire exerce sur le règlement des conflits.

Ces difficultés d'exécution résultent essentiellement des pièces d'exécution et du défaut de l'assistance des autorités administratives locales aux huissiers de justice.

4°) – Les disfonctionnements de la Chancellerie :

L'efficacité des décisions judiciaires dépend du bon fonctionnement de la Chancellerie, c'est-à-dire des services centraux du ministère de la justice, partenaire stratégique du pouvoir judiciaire.

En effet, l'administration et la gestion qui permettent aux juridictions de fonctionner sont confiées à la Chancellerie.

Ceci inclut principalement la gestion des infrastructures, des équipements et des fournitures, la supervision de la formation du personnel, la production et la diffusion des documents nécessaires au fonctionnement des juridictions, la production et la diffusion des documents nécessaires au fonctionnement des juridictions (textes, imprimés, registres, etc.).

Concernant les relations Chancellerie-juridictions. Il faut relever des contraintes et faiblesses qu'altèrent les fonctions d'intendance et de logistique dévolues à l'administration de la justice.

5°) – Les limites budgétaires :

La première contrainte qui se dresse devant le pouvoir judiciaire est d'ordre budgétaire. Les limites budgétaires rendent difficiles les compromis nécessaires entre les juridictions et la chancellerie.

6°) - La faiblesse des instruments de prévision et de gestion :

La deuxième difficulté provient de la faiblesse des instruments de prévision et de gestion qui rendent difficile la détermination précise des besoins ainsi que leur hiérarchisation : il faut en particulier relever la faiblesse de l'outil statistique dans le domaine judiciaires.

7°) – La méfiance réciproque entre l'administration centrale et les juridictions :

Les troisièmes difficultés résultent de la méfiance réciproque entre l'administration centrale et les juridictions.

Ces entités appartiennent à des pouvoirs différents, respectivement exécutif et judiciaire, et les juridictions ignorent assez généralement les contraintes qui pèsent sur l'administration de la justice. En particulier, il faut relever la très grande méconnaissance par les magistrats qui n'ont jamais servi à la Chancellerie des multiples fonctions que celle-ci est amenée à remplir avec des moyens humains et matériels malheureusement fort limités.

B – Les acteurs :

Il est de notoriété publique que les institutions ne valent que par les hommes qui les dirigent. Or, dans le domaine judiciaires, force est de constater qu'aujourd'hui et malgré certains efforts que les pouvoirs publics ont déployés (soutenus par les bailleurs de fonds)- des graves

insuffisances demeurent tant au niveau du rendement judiciaire qu'au niveau des calcifications et des prédispositions du personnel magistrat et auxiliaire.

1°) – Les magistrats :

En dépit des efforts continus de l'Etat en vue de supprimer la dualité des droits (musulman et moderne), de la dualité de formation (écoles professionnelles, faculté de droit, écoles traditionnelles, mahadras), dualité dans l'outil de communication (langue : arabisants, francisants) ; on constate toutefois que le corps de la magistrature renferme aujourd'hui une composition hétéroclite due à la diversité des formations initiales.

Or, c'est cette hétérogénéité dans la formation et des carences qu'elle engendre qui constituent la source principale des laxismes et confusions observés dans le secteur ; c'est aussi la source principale des laxismes et confusions observés dans le secteur ; c'est aussi la source de la plupart des dérives et tares qui gangrènent la justice, à savoir la corruption, l'arbitraire et l'inconscience professionnelle.

De plus, la grande majorité des magistrats ignorent tout – ou en tout cas une grande partie – des droits constitutionnel, administratif, commercial, cambiaire, social, droits des affaires, d'une façon générale.

Les formations reçues dans la cadre des projets de réformes sont insuffisantes, sommaires et précitées.

En outre le corps des magistrats souffre parfois de corruption et de fautes professionnelles en plus d'autre agissements abusifs à l'égard d'une bonne application de la loi : non respect de la procédure de la détention préventive, recours abusifs aux peines maximales même en cas d'existence de circonstances atténuantes, jugements pas toujours dûment justifiés, motivés ou encore retard dans l'exécution des jugements concernant l'administration publique.

2°) – Les auxiliaires de justices :

a) Les greffiers :

Les greffiers sont les collaborateurs immédiats des magistrats. Les mêmes défauts, ci-dessus recensés, s'appliquent aussi aux greffiers. Ces auxiliaires n'ont à l'heure actuelle aucun cadre professionnel qui les rassemble ou les oriente à l'instar des autres acteurs de la scène judiciaire. Les greffiers constituent la catégorie la plus vulnérable des auxiliaires en raison de la précarité de leurs conditions de vie et de travail.

b) Les avocats :

Les avocats sont les auxiliaires les plus précieux de la justice en raison de la qualité et de la pertinence de leurs mémoires. Les avocats aussi souffrent d'une absence de formation adéquate et ils sont traversés par des conflits internes et externes de divers ordres qui ont tendance parfois à les pousser à la radicalisation.

La diversité de leur formation d'origine, leur moralité et la carence professionnelle de la plupart d'entre eux sont à l'origine des dysfonctionnements, des confusions et abus judiciaires constatés ces dernières années.

La plupart des avocats entretiennent même des complicités actives et douteuses avec certains magistrats, causant ainsi une grave déstabilisation de la justice.

c) Les notaires :

Sachant que ce corps est une nouvelle création, le nombre réduit des notaires limite fort heureusement, de façon sensible, les dégâts. On peut cependant espérer qu'avec l'extension des activités économiques ainsi que la prise de conscience des citoyens de leurs droits et de leurs devoirs, ce corps connaîtra une grande extension pou être plus accessible à tous tant au niveau de leurs prestations qu'au niveau du coût de ces prestations.

d) Les huissiers :

Les huissiers sont chargés de l'exécution des décisions de justice. Leur nombre est également réduit. Ils ont besoin, dans certains cas, de l'assistance des autorités administratives et du ministère public pour faire exécuter par la force les décisions judiciaires.

e) Les experts judiciaires :

L'apport des experts judiciaires à la famille judiciaires n'est pas négligeable en raison des éclairages qu'ils apportent aux juges et aux avocats dans le cadre de leurs prestations techniques issues de l'exercice de leur art.

Ce corps mérite la plus grande attention et la plus grande vigilance ; attention à cause des infiltrations qui pourraient s'y produire, entachant la crédibilité et la technicité du corps.

f) La police judiciaire :

La police judiciaire constitue, à l'heure actuelle, le corps le plus décrié de toutes les institutions du pays : c'est aussi le corps qui ternit le plus l'image de la justice par :

- la mauvaise moralité de la grande majorité de ses membres.
- leur ignorance et leur incompétence notoires.
- Leur violation systématique des lois et règlements.
- Leur insubordination hiérarchique.
- Leur imputé.

Après avoir passé en revue, sous l'angle de l'analyse, les principaux handicaps d'un système judiciaires qui, manifestement, malgré l'ampleur des réformes et des espoirs suscité n'a pas atteint les objectifs assignés, les quelques propositions suivantes sont avancés.

II – Recommandations :

Il n'y a aucun doute que des actions dans le domaine de la formation des magistrats et de leurs auxiliaires, l'équipement de leurs infrastructures respectives soient aujourd'hui nécessaires et urgentes.

La mise en œuvre de ces propositions implique évidemment l'engagement ferme des pouvoirs publics dans le suivi et l'application d'un plan de formation continue et de modernisation de l'institution judiciaire gardienne des libertés individuelles et collectives, ainsi que la protection des biens.

Elle suppose des actions de coopération bilatérale et multilatérale qui n'apparaissent pas excessives au regard des enjeux qui sont le renforcement des capacités par l'instauration d'un Etat de droit et des garanties qui en découlent.

Le plan de formation des personnels judiciaires et de l'équipement de leurs principales infrastructures pourrait comporter des mesures immédiates, des mesures dans le court terme et à long terme, en tenant compte bien sûr des priorités et des nécessités sur le terrain.

Un tableau synthétique annexé à la fin de la présente note indiquera l'ordre des priorités.

La formation doit être de type continu, spécialisé, axée essentiellement sur des problématiques et des thèmes liés à des aspects théoriques et pratiques des principales disciplines juridiques énoncées par les lois et règlements en vigueur, à la procédure et au droit comparé.

Les acteurs du secteur judiciaire (magistrats, greffiers, avocats, notaires, experts. Huissiers et officiers de police judiciaires (OPJ)) pourraient bénéficier de thèmes en rapport avec la déontologie de leurs professions respectives sous forme de conférences, d'exposés-débats, de journées de réflexions ou de thèmes en rapport avec la déontologie de leurs professions de courte durée (3 à 6 mois) organisées à leur intention à l'avance et sanctionnées obligatoirement par un certificat de réussite ; la formation en question a lieu sur le terrain avec toutes les garanties et précaution de succès : équipements, logistique, meilleures conditions matérielles et psychologique aux bénéficiaires ,rigueur et assiduité exigées .Ces mesures sont d'ordre immédiat car c'est dans le domaine de la formation que les carences et les insuffisances sont le plus couramment évoqués.

Les programmes de formation devraient être en rapport avec la profession régulière des personnels judiciaires et auxiliaires (droit social, droit administratif, commercial, statut personnel, droits de l'homme, droit maritime, comptabilité, expertise, médecine légale, droit bancaire, langues étrangères éventuellement, informatique, statistiques, etc.).

La formation pourrait être dispensée à d'autre catégories professionnelles qui, même si elles ne sont pas effectivement impliquées dans le fonctionnement du système judiciaires, en subissent les conséquences et les effets car situés dans son environnement immédiat, voire s'ils n'en constituent pas, parfois, les parties demanderesse ou défenderesse : opérateur économiques, syndicats, ONG, etc.

D'autres thèmes accessoires ou complémentaires à cette formation intensive de courte durée sur l terrain pourraient être envisagés autour des axes suivants :

❖ **Fonctionnement de la justice :**

1. harmonisation des rapports de la justice, la police et les autorités administratives en fonction des dispositions de la loi.
2. organisation judiciaire et Problématique de la spécialisation.
3. mode d'exécution de la décision judiciaire.
4. le rôle de la justice dans le développement économique et social (transparence, efficacité

, Célérité des procédures).

❖ **Réhabilitation de la justice :**

Il s'agit d'entreprendre des actions dans les 3 domaines suivants :

1. organisation de journées « portes ouvertes sur la justice ».
2. organisation d'émissions à la radio et à la télévision sur l'institution judiciaire pour la faire connaître davantage auprès des citoyens.
3. adapter la législation pénale aux normes internationales de lutte contre la corruption, etc.

Il y a lieu de préciser que l'objet de ces propositions immédiates de renforcement des capacités du secteur judiciaires c'est de produire inéluctablement les résultats suivants :

- a) La prise en compte des capacités qualitatives du personnel judiciaire et auxiliaires.
- b) La consécration de la spécialisation et de la compétence comme critères de nomination et de promotion.
- c) La disponibilisation des ouvrages de références juridiques.
- d) La mise à niveau des personnels judiciaires et auxiliaires de justice.
- e) La garantie de l'efficacité et de la crédibilité de la justice.
- f) L'encouragement de l'investissement, la protection de la régularité des rapports commerciaux et la protection des droits de l'homme.

La création d'une école ou d'un institut de la magistrature constitue, à moyen terme, une nécessité dans la mesure où l'extension des contentieux, le développement de l'urbanisme, des rapports commerciaux et des techniques modernes d'appréhension et de solution des conflits sociaux. Une école de la magistrature dotée de tous les moyens appropriés pourra faire face à ce défi de formation continue, de recyclage, de mise à niveau, etc.

Par ailleurs, et puisqu'il a été constaté que toutes les réformes antérieures n'ont pas donné les résultats escomptés, il y a lieu de faire en sorte que la nouvelle réforme, structurelle, touche tout l'appareil judiciaire, de la constitution, du code pénal, du code de procédure pénale.

Cette nouvelle réforme doit assurer une indépendance réelle de la justice, la tenue de procès équitables et une transparence sans faille.

Pour que le justiciable ne se trimballe pas entre les bureaux pour s'informer de l'évolution de son dossier, il ya lieu, à l'instar de ce qui existe déjà dans certains pays

africains, installer un ordinateur et introduire le numéro du dossier pour avoir toutes les dossiers sur l'affaire (date et heure, salle d'audience ainsi que le juge qui instruit l'affaire) et tout cela constitue des occasions de moins de corruption, le fléau numéro un qui ronge la justice.

On peut aussi envisager l'installation du terminal numérique à l'entrée des tribunaux les plus importants qui permet d'accéder aux informations sur les affaires instruites ou en vue d'instruction.

Envisager des recrutements pour augmenter le nombre de magistrats, auxiliaires de justices afin de combler le déficit dans ce domaine ; ce qui affecte naturellement la célérité du procès et allonge le délai d'exécution des jugements, sans parler des occasions de corruption que ce retard entraîne.

Conclusion

Mais il faut se résoudre à accepter qu'une réforme limitée aux moyens et à l'élaboration des textes juridiques, certes importants, procède d'une vision étriquée et ne résoudra pas le problème.

Trois préoccupations doivent mobiliser ceux qui seront chargés de ce changement : l'indépendance de la justice et donc de la magistrature, l'équité du procès et la lutte contre la corruption.

S'agissant de l'indépendance du magistrat, elle suppose que celui-ci ne soit influencé dans son travail par aucune autorité mais seulement par sa moralité.

Pour assurer la défense des droits de l'homme, notre préoccupation majeure, le juge doit surpasser le texte juridique et s'appuyer sur le préambule de la constitution qui dit l'attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus.

Dans cet ordre d'idées, il faut une ouverture du conseil de la magistrature à d'autres personnalités indépendantes et influentes car la justice n'est pas qu'une affaire de juges ; elle concerne toute une nation et elle concerne les droits de l'homme. La composition de ce Conseil doit être revue. Il est anormal que le Ministre de la Justice soit membre, voire vice-président du fait qu'il est partout dans la vie professionnelle du magistrat depuis son accès à la profession jusqu'à retraite. D'où la nécessité d'une séparation des fonctions.

➤ Références bibliographiques :

- الدكتور أحمد سالم ولد ببوط : الدستور الموريتاني الجديد. تعريف الدكتور: محمد ولد الداه ولد عبد القادر. مراجعة الدكتور الحسن ولد ماء العينين، المجلة الموريتانية للعلوم السياسية العدد الأول سبتمبر 2013، ص (7 - 39) .

- Ahmed salem Ould Bouboutt : La construction de l'Etat de droit en Mauritanie. Enjeux, stratégie, parcours, Annuaire de l'Afrique du Nord, Tome, XXXIV/CNRS, édition 1995-Paris (301-341).
- Mine Abdoullah : Le citoyen, ses droits et libertés en Mauritanie, 1998.
- Mine Abdoullah : Répertoire des textes législatifs et réglementaires de Mauritanie : (1959 - 2000).2001.
- Mine Abdoullah : Réflexion sur l'arbitrage en droit mauritanien, la revue juridique, n° 2 Mars 2000.
- Jennifer A.Winder : Construire l'Etat de droit, Nouveaux Horizons.2003.
- G.Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ 1949.

Le mimétisme administratif au Maroc : **la difficile gestation d'un modèle administratif marocain**



Mustapha FARISSI

Docteur en droit public

Université de Perpignan Via Domitia

Dès son accession à l'indépendance, le Maroc déclarait son intention de maintenir le système administratif français, c'est ce qui s'est traduit par la nécessité de donner naissance à une Administration de type libérale, constituée de cadres et structures marocains. Ainsi, le remodelage des diverses rubriques du droit administratif, s'imposait avec force. D'où l'intervention durant la période qui précédait l'adoption de la première Constitution, d'une importante législation : séparation des pouvoirs et justice administrative (1957), charte des libertés publiques (1958), statut général de la fonction publique (1958), charte communale (1960), etc.

Néanmoins, le passage d'un Etat protégé¹ à un Etat indépendant se fut fait sans porter de changements notables à l'organisation administrative mise en place par le colonisateur. La machine technocratique fortement centralisée de celui-ci, a été conservée par le gouvernement de l'indépendance. C'est la raison pour laquelle, chaque direction technique a été érigée en ministère. D'ailleurs, les ministères de l'Agriculture, des travaux publics, et des finances furent issus respectivement des directions de l'Agriculture, des travaux publics et des finances. En outre, et à l'instar des ministères français, les ministères marocains avaient eu à leur tête un cabinet avec parfois un secrétaire général coiffant les services.

Le maintien du système administratif imposé par le colonisateur était un choix délibéré car, il était impossible de faire la table rase de ce système ou de retourner aux structures

¹ - M. TOURON, Notre protectorat marocain, M. Texier, 1923, 514 p. ; V. PIQUET, La colonisation française dans l'Afrique du nord : Algérie, Tunisie, Maroc, A. Colin, Paris, 1912, 538 p.

administratives précoloniales¹. De tels comportements ne sauraient qu'entraîner un vide juridique et engendrer le bouleversement du système juridique, puisque les structures administratives de l'époque précoloniale, étaient incapables de faire face à la tâche du développement assignée à l'Administration, ce qui faisait penser à monsieur TIMSIT que « lorsqu'un pays arrive à l'indépendance, il ne peut immédiatement substituer à une législation existante une législation totalement nouvelle et mieux adaptée à sa situation. Il doit donc conserver la législation de l'époque coloniale, sauf à abroger celles des dispositions qui sont complètement contraires à ses principes les plus fondamentaux. »²

Il en découle, qu'il était nécessaire de transformer par touches successives le système importé afin de le faire correspondre aux valeurs de la société marocaine. En effet, le Maroc a annulé toute législation qui était en contradiction avec sa souveraineté, mais il a éprouvé des difficultés énormes à adapter ce système au contexte marocain. C'est ce qui nous déterminera à voir d'abord, les caractères mimétiques du système administratif de l'indépendance, ensuite son adaptation à l'évolution de l'Etat et enfin l'évolution vers un modèle administratif marocain.

I- Les caractères mimétiques du système administratif de l'indépendance :

Certes, le colonisateur français avait apporté avec lui au Maroc, un système administratif moderne, et de ce fait avait jeté les jalons de base d'une structure étatique moderne adaptée aux besoins du 20^{ème} siècle, mais la question qui se pose, est celle de savoir : quelles sont les causes de l'imitation de ce modèle ? Et quelles sont les conséquences de cette imitation ?

A- Les causes de l'imitation du modèle occidental :

Les causes qui sont à l'origine de l'imitation du modèle français sont au nombre de deux : des causes objectives et des causes subjectives. Quant aux causes objectives, il convient de signaler d'abord que la concentration des pouvoirs au niveau de l'Administration centrale, au lendemain de l'indépendance n'est que la continuité des pratiques de concentration des pouvoirs de l'époque de la colonisation³. Les autorités centrales du protectorat concentraient tous les pouvoirs afin de servir les intérêts coloniaux de la France. Elles ne les déconcentraient que pour maintenir l'ordre public ou lever les impôts. Une telle organisation administrative a eu, pour

¹ - J. BUGNICOURT, Le mimétisme administratif en Afrique : obstacle majeur au développement, In Revue française de science politique, n°6, 1973. pp. 1239-1267.

² - G. TIMSIT, Modèles administratifs en pays de développement, RISA, 1976, p. 350

³ - G. TIMSIT, L'évolution des structures administratives dans les Etats en développement, Mélanges Stassinopoulos, p. 491.

conséquence, une sous- administration territoriale qui s'est traduite par une autonomie locale plus réduite et une concentration des pouvoirs plus large que celle de la métropole.

Le Maroc continue en dépit de la récupération de sa souveraineté d'imiter le modèle français¹. Ce choix est à la fois une contrainte mais aussi un choix délibéré. Il est une contrainte parce que le Maroc ne pouvait pas du jour au lendemain substituer à une législation existante une législation totalement nouvelle. Un tel comportement pourrait entraîner le bouleversement du système administratif marocain. C'est la raison pour laquelle, « à l'indépendance les Marocains se trouvaient dans l'obligation d'investir pas à pas cette administration édifée sans eux et même contre eux. »²

Le maintien de l'Administration coloniale est venu pour répondre aux besoins de la gestion d'un Etat moderne sur les plans économique, social et culturel. Les besoins de la population n'ont pas été supprimés par l'indépendance, c'est ce qui nécessitait la mise en place de services modernes qui devraient accomplir des tâches précises de service public. En effet, le Maroc a annulé toute législation qui était en contradiction avec sa souveraineté, mais il n'a pu s'empêcher de transposer dans sa globalité le système administratif français.

D'ailleurs, l'option pour ce système, découle du fait que sa cohésion ne permet aucune modification de l'un de ses éléments sans en modifier en même temps tous les autres. À ce propos G. Timsit dit : « l'introduction de la législation et des structures coloniales dans un Etat colonisé constitue en effet une option sur son avenir sur laquelle il paraît lors de l'accession à l'indépendance, difficile sinon impossible de revenir brutalement sans entraîner un tel bouleversement que le coût de la transformation risquerait d'apparaître infiniment plus élevé que le bénéfice obtenu d'une adaptation de la législation à son contexte.»³

Les structures de la fonction publique en sont l'exemple type. Ainsi, on ne peut appliquer au Maroc que le système de carrière, puisque le recours au système de l'emploi propre aux Etats-Unis exige au préalable un enseignement universitaire très spécialisé, différent donc de celui existant en France et au Maroc, et un secteur privé très important qui permettrait aux agents de passer d'une façon permanente d'un secteur à l'autre.

La formation à la française des agents administratifs marocains constitue également l'une des causes de la transposition du droit administratif français au Maroc. En étant formés par l'enseignement et le style français, il est normal que ces agents reflètent dans leur choix

¹ - M. ROUSSET, L'Administration marocaine, son droit et son juge 1965-1995, Ed. Pumag, 1995

² - A. LAROUÏ, Le Roi Hassan II et l'édification du Maroc moderne, Edification d'un Etat moderne, A. Michel, 1986, p. 39

³ - G. TIMSIT, L'évolution des structures administratives dans les Etats en développement, op. Cité, p. 491

l'idéologie française, que ce soit au niveau des structures administratives adoptés ou au niveau des solutions de fond données aux problèmes qui se posent entre l'Administration et les administrés.

Bien plus, et dans le cadre de la coopération technique, la présence des fonctionnaires français dans l'Administration marocaine durant les premières années de l'indépendance, a entériné davantage cette influence française sur le système administratif marocain. En effet, les coopérants techniques ont contribué largement à l'édification de celui-ci, « la tendance normale de l'immense majorité de ces assistants techniques, qui sont d'ailleurs pour la plupart des ex-fonctionnaires chérifiens, est de recopier dans le pays où ils exercent leurs missions, les institutions qu'ils connaissent le mieux et qui sont les institutions françaises. »¹

La greffe doctrinale contribue aussi à la circulation du modèle français au Maroc. La position de l'universitaire le conduit à décrire l'état du droit qui est appliqué par les dirigeants et interprété par les avocats et les juges. Comme le droit administratif est un droit non codifié dans la mesure où il est édifié par la jurisprudence, la doctrine joue un rôle déterminant dans la définition de ses principes et dans l'interprétation des décisions jurisprudentielles difficilement saisissables par les non spécialistes. Bien entendu, la formation de base de la doctrine détermine dans une grande mesure le rôle qu'elle joue dans la société, c'est pour cette raison les auteurs marocains formés à la française ont une vision de l'Etat et du droit, qui n'est que la reproduction de l'idéologie libérale².

D'un autre côté, l'imitation du modèle administratif français, s'explique aussi par des causes subjectives. C'est ainsi que maintes fois le juge administratif marocain a fait preuve d'un manque de courage, aussi bien pour adopter une solution bien réfléchie que pour procéder à une interprétation audacieuse des textes. Il s'agit là d'une prudence excessive, car le juge administratif préfère emprunter à la jurisprudence française des solutions toutes faites, afin d'éviter les risques d'erreur de logique juridique. La jurisprudence française et notamment celle du Conseil d'Etat constitue donc un milieu sécurisant pour le juge marocain. Celui-ci, et en étant confronté à un cas d'espèce, cherche d'abord s'il y a un cas semblable qui pose les mêmes problèmes dans la jurisprudence française, afin de transposer au Maroc des solutions et des exemples déjà pratiqués et testés par le juge français.

¹ - M.E.L. « Les institutions du Maroc indépendant et le modèle français », Tiers-Monde, 1961 p. 181

² - Aujourd'hui et grâce à l'enseignement, aux échanges, aux colloques, aux congrès et aux stages d'information mutuelle, il est difficile de croire à la réalité d'une Administration nationale. Les systèmes administratifs dans le monde s'imitent plus, et les fonctionnaires de chaque Administration connaissent de plus en plus les Administrations des autres pays. L'exemple type de cette situation est l'institution de l'Ombudsman (médiateur) transposée dans des dizaines de pays y compris le Maroc. Pour plus de détails sur cette institution, Voir : M. ABDEL HADI, « L'extension de l'Ombudsman : triomphe d'une idée ou déformation d'une institution ? », RISA, 1977, n° 4, p. 334.

De son côté, le législateur marocain emprunte au système français ses concepts et son langage. Parfois, il importe des textes tels quels au Maroc, c'est ce qui fait qu'aussi bien en France qu'au Maroc, les principes de l'organisation administrative sont les mêmes : décentralisation, déconcentration, principe hiérarchique, tutelle administrative, délégation des compétences, réforme administrative, service public, intérêt général, contrat administratif, contentieux administratif, etc.

B- Les conséquences de l'imitation de ce modèle :

Parmi les conséquences de l'imitation du modèle français, il y a la multiplication des greffes des techniques administratives françaises. Or, les marocains étaient conscients dès l'accession à l'indépendance de la nécessité de la marocanisation du système importé. Ainsi, tous les textes qui portaient atteinte à la souveraineté nationale ou qui étaient de nature discriminatoire, étaient abrogés. De plus, une partie de la doctrine proposait de faire table rase du système juridique établi, afin d'être à l'abri de toute dépendance à l'étranger¹. Cependant, Mohammed V a mis en place une Commission de révision de la législation, chargée de conseiller les diverses administrations, chacune dans son domaine respectif, et de s'assurer de la conformité des textes en vigueur à la souveraineté nationale.

Loin donc d'obtempérer aux revendications des milieux nationalistes, Mohammed V avait déclaré lors de l'installation de la Commission de codification du statut personnel en 1957 : « Chacun sait que notre législation et notre littérature juridique sont riches au point que nous n'avons nul besoin d'emprunter aux droits des autres nations. Mais ces richesses ont été altérés par des interprétations stériles et corrompues par des coutumes...or ce sont ces traditions qui ont entravé le développement de notre pays ».

Néanmoins, le maintien du système juridique français a soulevé des critiques. Des sociologues², des juristes³ et des économistes⁴ insistaient sur le fait que ce système est coupé de la réalité nationale, car il n'est pas adapté aux spécificités de la société marocaine. Ils étaient donc unanimes quant à la nécessité d'éviter toute reproduction systématique et aveugle des solutions françaises. Une vérification au préalable de l'aptitude de celles-ci à s'intégrer dans la logique du système national et leur adaptation au contexte marocain s'imposaient avec force.

¹ - Cette opinion fut celle Allal El FASSI qui réclamait une décolonisation du système juridique et sa reconstruction sur des bases islamiques.

² - N. BOUDERBALA, Aspects de l'idéologie juridique coloniale, Rev. Jur. Pol. et Econ. du Maroc, 1978, n° 4, p. 95

³ - J. DEPPEZ, Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique : projet de recherche adapté aux réalités marocaines, R.J.P.E.M, n° 1, 1976, p. 11

⁴ - F. OUALALOU, Le Maroc et la notion de dépendance, Economie appliquée, 1971, n° 4, p. 711

II- L'adaptation du système administratif importé à l'évolution de l'Etat :

Pour mettre les jalons de base d'un système administratif marocain, le législateur était enclin à procéder à des aménagements continus en fonction de l'évolution de l'Etat, afin d'adapter le système importé au contexte marocain, mais ces adaptations se révélèrent insuffisantes.

A- Quelques aspects de cette adaptation :

Les adaptations menées sont multiples mais les plus importantes se rapportent à la fonction publique, à la décentralisation administrative, et à l'organisation juridictionnelle. A propos de la fonction publique, M. ROUSSET disait : « la tâche a été menée à bien ; mais il est vrai que la prise en charge de l'appareil administratif et la construction du système de fonction publique ont été fondées sur un strict principe d'autorité qui s'alimente d'ailleurs à une double tradition : celle du Makhzen qui représente le pouvoir d'Etat de l'ancien Empire chérifien, et celle de l'administration française fondée sur la puissance publique. C'est ce système qu'il a fallu faire évoluer en opérant une redistribution et un aménagement de cette autorité entièrement concentrée dans le pouvoir central »¹.

La réforme de la fonction publique était un souci majeur dès le départ. Deux raisons étaient à l'origine de son développement rapide : d'abord, le désir d'une grande partie de la population de profiter des effets immédiats de l'indépendance, ensuite la nécessité de combler le vide laissé par les agents administratifs étrangers, nommés dans le cadre de la coopération technique entre la France et le Maroc. Ladite coopération « a par ailleurs su s'effacer peu à peu au fur et à mesure que la formation de cadres nationaux permettait la relève des coopérants. Mais il faut comprendre que pour beaucoup de marocains, et notamment les plus politisés de l'opposition de l'époque qui faisaient surenchère de nationalisme, la coopération paraissait perturber un système qui pendant près de cinquante ans, avait représenté le système de l'asservissement de leur pays....Ce sont ces facteurs qui ont réussi à obscurcir le problème de l'adaptation de l'administration héritée du protectorat aux exigences de l'indépendance. »²

Quoi qu'il en soit, il est à signaler que les réaménagement les plus importants de la fonction publique sont constitués par l'élaboration d'un statut général de la fonction publique³ qui s'inspire largement du modèle français et par la remise en ordre et la simplification des cadres regroupés en onze échelles de rémunération par référence au niveau des fonctions déterminé par le niveau de qualification.

¹ - M. ROUSSET, L'Administration marocaine : modèle administratif français et administration nationale, Mélanges, G. Peiser, PUG, 1995, p. 409

² - ibid, p. 407

³ - B.O. n° 2372 du 11 avril 1958, p. 631.

En outre, beaucoup d'autres mesures ont été prises aux fils des années pour adapter le système de la fonction publique, on peut en citer : la révision de la grille de classement des fonctionnaires à partir de 1973, l'institution en 1974 du service civil obligatoire, la transformation du régime indemnitaire de la fonction publique (l'indemnité de résidence et l'indemnité hiérarchique) en 1975, l'institution de la promotion interne en 1984, la mise en disponibilité en 1993 et en 1994, l'institution des congés de maladie en 1995 et des congés sans solde en 1997, etc. Néanmoins, comme ces mesures étaient insuffisantes, la Banque Mondiale a consenti, le 24 Mars 2006, au Maroc un prêt d'un montant de 120 millions de dollar, visant à appuyer ses efforts dans le cadre de la réforme de l'administration publique. D'où l'importance des réformes intervenues après cette date, notamment en 2010, et qui portent, entre autres, sur le congé annuel, le congé de maternité, la mise à disposition syndicale, l'introduction de la notion de contrat à durée déterminée (CDD) dans l'administration centrale...

La décentralisation administrative, a connu aussi des réformes ayant pour objectif de l'adapter aux réalités marocaines, c'est ce qui a été confirmé par M. Rousset qui disait : « si l'inspiration théorique du mouvement décentralisateur trouve sa source dans les institutions françaises, celles-ci ont été ajustées à ce que la société marocaine pouvait recevoir¹ ». Ainsi, à notre point de vue trois étapes de décentralisation doivent être distinguées : l'étape de la décentralisation modérée, celle de la décentralisation équilibrée et celle de la décentralisation avancée.

La décentralisation modérée établi au lendemain de l'indépendance, visait à instaurer une décentralisation limitée. Le but proclamé, était de créer des institutions politiques et administratives et de veiller à leur démarrage. Toute autonomie locale aussi élargie, aurait pu compromettre ce projet et affaiblir l'Administration. Les responsables au Maroc avaient pris conscience de ce risque et décidaient de donner plus d'importance à l'établissement de l'autorité de l'Etat. D'ailleurs, même si l'élément économique et social est pris en considération lors de l'adoption de la charte communale de 1960², dans la mesure où elle a tenu compte de la nécessité de satisfaire les besoins primaires de la population, du nombre élevé de la population rurale, du bas niveau intellectuel de la population, de la pénurie en quantité et en qualité des cadres administratifs locaux, du manque des moyens financiers, etc., le texte de 1960 ne prévoit qu'une autonomie limitée. cette prudence se manifeste au niveau du caractère concis des dispositions qui se rapportent aux pouvoirs du conseil communal, du bicéphalisme de l'exécutif communal avec une certaine prédominance de l'autorité déconcentrée, de la rigidité

¹ - M. ROUSSET, l'Administration marocaine : modèle administratif français et administration nationale, op. Cité, p. 410.

² - B.O. 1960, p. 1970

de la tutelle de l'Etat et des restraints apportées au fonctionnement du conseil communal. Ce même esprit a inspiré l'élaboration de la charte préfectorale et provinciale de 1963¹. D'où le rôle limité du président au niveau du fonctionnement de l'assemblée provinciale, la faiblesse des compétences de celle-ci, le dédoublement fonctionnel du gouverneur, le renforcement du contrôle de l'Etat, etc.

L'étape d'une décentralisation équilibrée, a commencé avec l'adoption de la charte communale de 1976. On parle d'une décentralisation équilibrée parce qu'un équilibre de pouvoirs entre l'autorité élue et l'autorité déconcentrée, a été instauré². Certes, le texte de 1976 a attribué une compétence de principe à l'exécutif élu et une compétence d'attribution au représentant de l'Etat, la charte du 3 octobre 2002 a réorganisé les communes en élargissant et en fixant avec précision les compétences des conseils communaux et de leurs présidents, celle de 2008 a renforcé davantage ces compétences, or la décentralisation provinciale demeurait toujours durant cette étape strictement réglementée³, en dépit de l'entrée en vigueur de la loi 79-00 du 3 octobre 2002 réorganisant les préfectures et les provinces et consacrant surtout un titre spécial au « statut de l' élu ».

La reconnaissance, par la Constitution de 1992 et celle de 1996, de la région comme collectivité locale dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, constitue l'une des principales réformes de cette étape. Les compétences du conseil régional étaient élargies⁴, mais l'exécution de ses décisions était assurée, conformément à l'article 102 de la Constitution de 1996, par le wali de région. De même que l'instauration par la charte régionale de 1997 d'un pouvoir de tutelle d'opportunité, se traduisant par une faculté d'appréciation quasi-discrétionnaire des autorités centrales, était de nature à contrebalancer l'autonomie de gestion des régions.

La décentralisation avancée, qu'on développera plus loin, constitue une étape très intéressante dans l'histoire du Maroc, dans la mesure où elle fonde l'étape de prise de conscience de la nécessité de créer un modèle maroco-marocain de régionalisation. Toutefois, l'adaptation de l'organisation juridictionnelle était également saisie dans le cadre d'une politique prospective. Le système français de dualité de juridictions fut écarté au lendemain de l'accession à l'indépendance⁵. En d'autres termes, l'unité de juridictions et la séparation des contentieux

¹ - B.O. du 13 septembre 1963, n° 2655, p. 1469.

² - H. MILOUDI, Les colloques nationaux des collectivités locales : Essai d'un bilan, REMALD, n° 13, pp. 51 et s. V. de même H. OUZZANI CHAHDI, La décentralisation provinciale et communale, bilan sommaire d'une politique, REMALD, n° 20/21, 1997, p. 47

³ - A. CLAISSE, Quelle décentralisation pour quel développement, REMALD, n° 22, 1998, pp : 11 et s.

⁴ - La région était assignée la mission de contribuer au développement économique, social et culturel de la collectivité régionale, et si nécessaire en collaboration avec l'Etat ou une autre collectivité locale.

⁵ - M.E.L., Les institutions du Maroc indépendant et le modèle français, op. Cité, p. 170

judiciaire et administratif, étaient jugées comme le système le plus adéquat pour le Maroc¹ et ce, en raison de la pénurie à l'époque des hommes de valeur capables de mener à bien la dualité de juridictions, de la complexité de celle-ci en matière de compétence, et aux difficultés que pourraient rencontrer les justiciables pour trouver rapidement le juge compétent dans un système de dualité de juridictions. C'est ainsi que l'application de la dualité des contentieux avec l'unité de juridictions, impliquait l'institution au sein de la Cour suprême, d'une Chambre administrative, compétente en premier et dernier ressort sur les recours en annulation pour excès de pouvoir.

Néanmoins, la pratique a prouvé que les difficultés que rencontraient les justiciables pour déterminer la nature du litige et la centralisation du contrôle de légalité dans un système d'unité de juridictions, engendraient un volume assez faible de contentieux administratifs, c'est ce qui justifie donc l'adoption de la loi du 12 juillet 1991, relative aux tribunaux administratifs, marquant la fin de l'unité de juridictions. Ce ne serait plus le même juge, du moins en première instance, qui jugerait le contentieux civil et le contentieux administratif. Les affaires du contentieux administratif, relèveraient désormais des tribunaux administratifs. Ceux-ci seraient compétents pour statuer sur les recours en annulation pour excès de pouvoir, les actions en responsabilité, les litiges relatifs aux contrats administratifs, aux pensions, aux expropriations, à la fiscalité, à la fonction publique, etc., ce système de dualité de juridictions à la base, est entériné par la création des Cours d'appel administratives en 2006. Ces juridictions statuent en appel porté jusqu'alors devant la Chambre administrative de la Cour suprême.

Enfin, il convient de noter que les adaptations menées, devraient opérer un changement économique et social. Ce changement demeure, jusqu'à une date récente, limité. C'est pour cela que lesdites adaptations sont jugées insuffisantes.

B- L'insuffisance de cette adaptation :

La mission d'adaptation du système administratif est si ample qu'elle devienne difficile, notamment quand il s'agit d'adapter un système occidental à une société composite d'origine tribale, caractérisée par la multiplicité du droit applicable : en plus du droit français il y a le droit musulman et le droit coutumier. Paul Pascon et Negib Bouderbala disaient : « Les sources sociologiques du droit français, qui sont celles d'une démocratie de type occidental, ne pouvaient que constituer un droit véritablement anachronique vis-à-vis de la réalité marocaine, certainement aussi anachronique que le droit coranique face aux coutumes tribales »².

¹ - A. BAÏNA, Pratique du contentieux administratif au Maroc, éditions Toubkal, 1982 (en arabe)

² - NEGIB BOUDERBALA et PAUL PASCON, Le droit et le fait dans la société composite : Essai d'introduction au système juridique marocain, B.E.S.M., n° 17 avril-juin 1970, p. 6.

Commencé il y a eu des décennies, le processus d'adaptation du système administratif aux spécificités marocaines se poursuit encore. Or, toute réforme ne saurait être que superficielle si elle ne passe pas par l'implication du citoyen dans le processus de la prise de décision. C'est d'ailleurs le cas de la réforme de l'Administration au Maroc.

L'entourage administratif se caractérise, jusqu'à une date récente, par une pauvreté intellectuelle énorme, et par le défaut de toute animation professionnelle de nature à encourager les cadres à améliorer leur rendement, ainsi dans le fait le recrutement, la promotion et l'avancement ne sont pas la conséquence du mérite (même si par exemple pour accéder à un poste de chef de service ou chef de division il faut réussir un concours professionnel), mais celle des alliances et du favoritisme. C'est ce qui laisse dire à monsieur Benabdallah que l'Administration marocaine souffre du : « Pléthore, centralisation excessive, lenteur dans la prise des décisions, obstacles bureaucratiques, opacité des procédures, impéritie, corruption, bref autant de tares délétères.»¹

Cela est d'autant plus vrai, parce que cette Administration n'était pas conçue à la base pour servir la population mais pour maintenir le statu quo. La rupture entre l'Administration et la société, fait que la réception² du système administratif importé par les membres de la société, les seuls capables de le faire fonctionner, devienne difficile voire aléatoire si on ne tient pas compte des failles et des espoirs potentiels du milieu social. Une certaine rupture est aussi constatée entre le centre et la périphérie, en raison du déséquilibre flagrant entre ces deux niveaux d'administration au détriment de l'intérêt de l'administré, toujours en quête d'un service de qualité. Ceci explique d'ailleurs l'affection des meilleurs cadres et la concentration des moyens juridiques et financiers au niveau central, et le manque de moyens en personnels et en matériels au niveau de la périphérie.

Le Maroc s'efforce donc de réformer son administration, or cette réforme implique en particulier la révision du statut général de la fonction publique. Dans le cadre de la coopération administrative franco-marocaine et à l'occasion d'un colloque national sur « la refonte du statut général de la fonction publique » tenu à Skhirat, le 21 juin 2013, beaucoup d'experts ont insisté sur la nécessité de rendre le statut général de la fonction publique plus cohérent avec les évolutions économiques et sociales qu'a connues et que connaît le Royaume. D'ailleurs, déjà en 2010 le Secrétaire Général adjoint de l'Union syndicale des fonctionnaires (UMT) Abderrahim El Handouf, a mis l'accent sur le fait que «Le statut de la fonction publique doit être

¹ - A. BENABDALLAH, « Repenser l'administration », in Quarante ans d'Administration, Revue Marocaine d'Administration Locale et de développement (REMALD), Série Thèmes actuels, n°6, 1999, p. 12

² - BIPOUM-WOUM, Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun, Revue juridique et politique, indépendance et coopération, 1972, p. 107.

entièrement révisé car à force d'être amendé, il est devenu incohérent. De plus, il ne correspond plus aux réalités de la société marocaine car il remonte à 52 ans».

En outre, la décentralisation administrative notamment dans le monde rural, n'est pas encore entrée dans la réalité sociale. D'ailleurs, les communes rurales affrontent un vrai problème de pénurie en hommes. La proportion au niveau des conseils communaux de conseillers analphabètes, est importante. Ceux-ci ont donc du mal à comprendre le contenu de leur mandat. Le manque d'élus conscients de leurs droits et de leurs devoirs en tant que représentants des citoyens, constituait depuis des lustres un vrai empêchement au développement de la vie communale. Cette situation est aggravée davantage par la précarité des finances locales et la quasi absence de personnels administratifs et techniques.

Pourtant, mettre le doigt sur les défauts du système administratif, ne veut pas dire le condamner, il s'agit plutôt de chercher ce qui le paralyse et d'y trouver les remèdes adéquats¹. Dans cette optique, il convient de souligner que son adaptation, doit être poursuivie dans un nouveau cadre, celui qui tient compte des spécificités marocaines et qui favorise la participation de toute les composantes de la société civile à la prise de décision et ce, afin de mettre les jalons de base d'un modèle administratif marocain.

III- Vers un modèle administratif marocain :

Pour évoluer vers un modèle administratif marocain, le remodelage des mentalités de la population, s'impose de lui-même. Certes, cela relève de la socialisation politique qui peut être définie comme « un domaine particulier, celui de l'apprentissage des valeurs politiques : le sentiment d'appartenance à une nation, la légitimité d'un ordre social et de l'autorité, les modes d'organisation démocratique, un idéal politique plus globalement ». Mais, le législateur à travers la confection des textes de lois conformes aux spécificités nationales, peut en être le stimulant.

A- L'évolution des structures mentales de la population :

Le changement des structures mentales de la population est un travail de longue halène, qui implique non seulement l'Etat mais toutes les composantes de la société civile. En d'autres termes, atteindre cet objectif, ne serait possible que dans un cadre démocratique car c'est dans un Etat de droit que les médias pourraient informer librement et les partis politiques encadrer suffisamment la population². Les médias ont un rôle de premier plan dans le changement des

¹ - M. ROUSSET, L'Administration marocaine entre tradition et modernité, immobilisme et progrès, Mélanges Paul Sabourin, Bruxelles, BRUYLANT, 2001 p.327-347.

² - Dans le processus de changement des structures mentales de la population, les partis politiques peuvent jouer un rôle très important. Ainsi, ils sensibilisent les adhérents de leurs droits et de leurs devoirs de citoyenneté, ils les mettent au courant des orientations adoptées et des mesures prises par l'autorité administrative et ils les informent en général des réussites, des erreurs et des échecs de l'Administration.

mentalités, à travers la transmission des messages qui restent inculqués dans les schèmes de conscience du citoyen. Les partis politiques sont appelés, par contre, à regagner la confiance des citoyens et à renouer le dialogue avec les jeunes, afin de les inciter à voter et à s'impliquer peu à peu dans la chose publique, puisqu'une grande partie de la population ne fait plus confiance à la politique et n'adhère à aucun parti politique.

Cependant, l'évolution des mentalités de la population, dépend également : d'une part, du rôle de la famille parce que le citoyen est issu de celle-ci et ne parle un autre langage et ne se réfère à d'autres valeurs qu'aux valeurs de la famille dont il évolue. L'évolution de sa mentalité est étroitement liée à l'évolution de la mentalité de cette dernière. C'est ainsi que dans une famille patriarcale où domine le patriarcat, le mode d'éducation n'est qu'autoritaire et aucune liberté d'expression n'est laissée aux enfants. On ne serait donc pas étonné si dans l'avenir, ceux-ci se comporteraient d'une façon autoritaire parce qu'ils ne connaissent que l'autorité. Mais, pour qu'on soit optimiste, la famille patriarcale commence à céder la place à de nouveaux rapports familiaux, fondés sur la liberté d'expression, qui seraient à la base d'une société plus disposée à recevoir des notions comme celles de droit individuel, de libertés publiques, de règle de droit générale et impersonnelle, etc.

D'autre part, l'évolution des structures mentales de la population est aussi l'affaire de l'école, des syndicats et des associations. D'abord, la mission d'éducation et de formation qui incombe au système éducatif, est indispensable dans l'évolution des mœurs et la conscience collective de la société. Ensuite, si les syndicats ont pour objet la défense, l'étude et la promotion des intérêts économiques, sociaux, moraux et professionnels, qu'ils soient individuels ou collectifs, des catégories qu'ils encadrent, leur rôle s'étend à l'amélioration du niveau d'instruction de leurs adhérents. De cette manière, ils sont incités à investir le domaine culturel par le biais de l'éducation et la formation de leurs adhérents, afin d'en faire de futurs citoyens conscients de leurs droits et obligations. Enfin, concernant les associations, elles sont un moyen par lequel les administrés participent à la vie administrative¹. Pourtant, s'organiser en associations, nous fait voir une réalité. Celle de la prise de conscience de l'existence des intérêts collectifs à défendre. Ceci n'a qu'une seule signification : le début du changement des mentalités de la population. D'ailleurs, l'expansion ces dernières années du mouvement associatif, mesure le développement de l'idée politique chez le citoyen marocain et fait, d'autant plus, écho aux impératifs politiques, économiques et sociaux d'une population très revendicative. C'est ce qui fait dire à M. Rousset : « il est en effet des intérêts locaux, propres à un territoire, à des groupes

¹ - M. EL YAAGOUBI, Les grandes contradictions de la réforme administrative au Maroc, REMALD, n° 28, 2001 p. 43-51

d'habitants, des intérêts matériels mais aussi culturels ou moraux, qui ne peuvent être pris en charge que par ceux qui se sentent concernés, les partis politiques n'ont pas cette vocation, et pas non plus les collectivités locales, même si les uns et les autres ne sont pas indifférents »¹.

En outre, pour que le processus de la transformation des structures mentales soit efficace, l'Administration est tenue de développer des méthodes de communication, lui permettant de se mettre à l'écoute attentive et permanente des administrés, afin d'être au courant de l'évolution des besoins à satisfaire et de se faire mieux comprendre. Pour cela, elle devrait prévoir et connaître l'évolution des problèmes à résoudre, communiquer et expliquer aux destinataires les solutions y afférentes, pour que celles-ci soient bien reçues et bien exécutées. Cependant, si la communication est censée complète dans la mesure où elle devrait être menée d'une façon impartiale en vue d'assurer l'égalité des citoyens devant le service public, elle est en pratique partielle puisque les groupes de pression qui sont mieux organisés et mieux informés que le reste de la population, déploient tous leurs moyens pour influencer les décisions de l'Administration.

Néanmoins, comme on commence à sentir une nette évolution des mentalités et une prise de conscience de l'Administration de la nécessité de suivre l'évolution sociétale à travers une adaptation continue du droit au fait, les responsables au Maroc accordent désormais plus d'importance à l'implication de la société civile et à la participation du citoyen à la prise de décision et la mise en œuvre des politiques publiques. C'est ce qu'on a constaté lors du lancement de certains grands projets, comme les projets du code de la route, de la régionalisation avancée, de la réforme de la Constitution...etc.

B- Ses conséquences positives sur l'édification d'un modèle administratif marocain :

L'évolution des mentalités, ne saurait être que bénéfique pour la société. Elle sert de base à la participation du public, à travers la mise en place de mécanismes fiables qui pourraient permettre au citoyen, non seulement d'être informé convenablement de l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement, mais également de participer activement à l'élaboration de la règle de droit. Cette participation facilitera certainement la réception des textes de lois en projet, puisqu'elle donne plus de chances au citoyen d'informer le législateur de son opinion et de ses attentes de ces textes.

¹ - M. Rousset, « Pouvoir administratif et participation », REMALD, 2000, n°32, p. 34

En appréciant l'expérience marocaine, on pourrait dire que le Maroc a franchi des étapes en la matière, puisque l'Etat associe de plus en plus la population à l'adoption de certains grands projets, au point qu'on commence à parler de l'édification de modèles maroco-marocains. Ainsi, la mise en place d'une Commission Consultative de la Régionalisation, chargée de mettre au point un modèle marocain de régionalisation, issu des spécificités marocaines, était le signe du début d'une nouvelle ère, celle de la prise de conscience de la nécessité de mettre au monde un modèle administratif marocain. C'est ce qui ressort de certaines réformes intervenues après cette date, comme d'ailleurs la réforme de la Constitution¹ ou celle des marchés publics.

Concernant, d'abord, la régionalisation avancée, elle ne saurait être un modèle marocain original que si elle est replacée dans la globalité sociale. Le modèle marocain de régionalisation de 1997, qui est encore en vigueur, s'apparente à celui qui s'applique en France depuis 1982. En effet, que ce soit en France ou au Maroc, les régions sont dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Néanmoins, ce système prive les régions de toute compétence normative. Il s'agit d'une régionalisation administrative qui, tout en reconnaissant à la région la possibilité de prendre les mesures nécessaires à son développement économique, social et culturel, ne lui donne aucun pouvoir législatif. Ce système a fait preuve de ses limites, dans la mesure où les entités régionales ont des difficultés à prendre des décisions de façon discrétionnaire et à faire prévaloir leur autonomie. C'est ce qui a poussé certains à opter pour le modèle espagnol qu'ils considèrent comme un bon exemple pour la régionalisation au Maroc.

L'Espagne est un Etat régional. Il reconnaît aux régions une autonomie qui dépasse une simple décentralisation administrative. La Constitution espagnole de 1978 donne le droit à chaque Communauté d'élaborer sa propre Constitution interne. Celle-ci doit être adoptée en dernier ressort par le parlement espagnol constitué de deux chambres, le sénat et la chambre des députés. Ainsi, les Communautés autonomes se voient disposer de vastes pouvoirs leur permettant de s'autogouverner, tandis que l'Etat espagnol se contente des compétences exclusives comme l'immigration, les relations internationales, la monnaie, la justice, etc... Au Maroc, ceux qui plaident pour ce système, voient en lui la meilleure solution pour résoudre beaucoup de problèmes liés au développement économique, voire pour régler le conflit du Sahara. Car il permettrait aux sahraouis de gérer eux-mêmes leurs affaires.

¹ - Mohamed YAHIA, Le Maroc constitutionnel : la théorie générale du droit constitutionnel et les institutions politiques à la lumière de la Constitution du Royaume du 1^{er} juillet 2011, Edition SPARTEL, Tanger, 2013, 356 p. (en arabe).

Pour d'autres, en revanche, le modèle italien de régionalisation est plus convenable au Maroc que le modèle espagnol. Celui-ci se fonde sur l'autonomie alors que le système marocain, et à l'instar du système italien, n'atteindra pas l'autonomie. En Italie la régionalisation est moins poussée. Hormis certaines petites régions du nord, les entités régionales italiennes demeurent soumises à un régime commun. Ce qui les distingue des communautés autonomes espagnoles, dont le particularisme linguistique et culturel est reconnu, et par voie de conséquence se voient octroyer un statut particulier.

Loin donc d'opter pour l'un ou l'autre modèle, le Roi Mohammed VI était favorable dans son discours du 3 janvier 2010 à un système national novateur de régionalisation. D'ailleurs, feu Hassan II, et en étant séduit par le système des «lander allemands», avait même envoyé en mission d'étude les deux syndicalistes Noubir Amaoui et Abderrazak Afilal. Cependant, au fil du temps, le Maroc a compris qu'il n'y a mieux qu'un système de régionalisation qui lui soit propre. En effet, donner naissance à un modèle marocain de régionalisation, était le défi majeur de la Commission Consultative de la Régionalisation (CCR). Celle-ci était appelée à éviter la reproduction systématique des solutions étrangères. S'inspirer des expériences réussies ailleurs, ne saurait être qu'enrichissant pour la pratique juridique marocaine. Or, l'adaptation de ces expériences aux réalités de notre pays s'imposait avec force, afin d'éviter tout problème d'ineffectivité.

La CCR, qui réunissait des personnalités connues par leur qualité intrinsèque, était tenue de prendre en considération les fondamentaux du Maroc, à savoir, l'unité, la royauté, la religion et l'intégrité territoriale. Elle était également tenue de se renseigner sur les pratiques sociales, puisque des enquêtes sociologiques seraient de nature à lui fournir des informations utiles sur les chances du projet de la régionalisation en étude à aboutir, et sur les éventuelles résistances qu'il pourrait rencontrer dans son application. En empruntant une telle voie, la CCR a proposé un modèle de régionalisation qui fait référence et aux mœurs locales et aux données nationales.

Dans son rapport, présenté au Roi, la future configuration des régions a été établie sur la base de critères de fonctionnalité économique, de pôles de développement intégré, de relations et interactions dynamiques actuelles et prévisibles entre les populations concernées. Ainsi, pour faire aboutir le projet de la régionalisation avancée, la CCR a formulé les propositions suivantes :

- La répartition du pays en 12 régions au lieu de 16 et un découpage assis sur l'application de règles techniques : l'efficacité, l'accumulation sur l'existant, l'homogénéité et la fonctionnalité, l'accessibilité et la proximité et la proportionnalité et l'équilibre.
- Un Conseil régional composé de membres ayant une voix consultative et de membres ayant une voix délibérante. Ces derniers seront élus au suffrage universel direct.
- Le renforcement d'une large participation des femmes à la gestion des affaires régionales et locales et l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions électives.
- la création d'une Agence régionale d'exécution des Projets (AREP) dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, mise à la disposition du président du Conseil régional.
- L'élargissement des compétences du Conseil régional, notamment en matière de développement économique, social, culturel et environnemental
- la création d'un fonds de mise à niveau sociale chargé de résorber les déficits dans les secteurs clés des infrastructures et des services sociaux de base sur une douzaine d'années, et la mise en place d'un fonds de solidarité interrégionale qui a pour mission de prévenir les disparités entre les régions,
- la levée progressive du contrôle a priori sur les régions et le renforcement du contrôle a posteriori sur le conseil régional et son agence,
- l'élaboration d'une nouvelle charte de la déconcentration, afin d'avoir au niveau local des autorités déconcentrées disposant de réels pouvoirs de décision.
- enfin, le rapport a mis l'accent sur la nécessité de la révision de la Constitution pour appliquer la régionalisation avancée et pour y substituer le terme collectivités locales au terme collectivités territoriales.

La réforme constitutionnelle¹, intervenue en 2011, a bien tenu compte de ces recommandations, en consacrant les principes de la régionalisation avancée². Bien plus, elle a fait écho aux revendications exprimées par la population et aux impératifs de l'édification d'un système juridique marocain. En matière administrative, l'apport de la Constitution de 2011, vise à mettre les jalons de base d'un système administratif marocain de manière à ce qu'il soit effectif

¹ - Omar QAISSI, « La nouvelle Constitution marocaine et la protection internationale des droits de l'Homme », La nouvelle Constitution 2011 : un texte majeur pour la transition démocratique au Maroc ? Actes du colloque national organisé le 29 novembre par GRAPP, Edition : Imprimerie Papeterie El Watanya, Serie Séminaires et colloques, n° 40, Marrakech, 2013, p. 79-100.

² - M. ROUSSET, « L'évolution constitutionnelle du Maroc : de Mohamed V à Mohamed VI », REMALD, Série thèmes actuels, n°77, 2012, p. 71-83

et adapté aux réalités du pays. En effet, comme les administrés au Maroc préfèrent recourir à des moyens extra-juridictionnels pour régler leurs conflits avec l'Administration, la nouvelle Constitution tend à les dissuader de cette voie en énonçant des garanties suffisantes pour qu'ils soient incités à recourir au juge administratif en vue de défendre leurs droits. L'article 118 du nouveau texte constitutionnel, précise dans ce sens : « L'accès à la justice est garanti à toute personne pour la défense de ses droits et de ses intérêts protégés par la loi. Tout acte juridique, de nature règlementaire ou individuelle, pris en matière administrative, peut faire l'objet de recours devant la juridiction administrative compétente.»

En plus, l'avancée la plus significative, est la possibilité que donne la nouvelle Constitution au justiciable d'attaquer les décisions du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire¹ par la voie du recours pour excès de pouvoir devant la plus haute juridiction administrative du Royaume, en dépit du fait qu'il soit présidé par le Roi et que la vice-présidence revienne au Premier président de cette même haute juridiction. D'ailleurs, dans son article 114 elle confirme que «Les décisions individuelles du Conseil Supérieur du Pouvoir Judiciaire sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant la plus haute juridiction administrative du Royaume.»

Cependant, la substitution du concept de cour de Cassation à celui de Cour suprême, est le signe ou le prélude d'une réforme du système judiciaire dans son ensemble. D'ailleurs, pour parachever le projet de dualité de juridictions initié en 1991 et consolidé en 2006, la nouvelle Constitution parle, dans son article 114 susmentionné, de la « plus haute juridiction administrative du Royaume ». Cela signifie qu'on devrait s'acheminer vers un système où il y aurait au sommet des tribunaux judiciaires la Cour de cassation et au sommet des tribunaux administratifs un Conseil d'Etat. Toutes ces dispositions constitutionnelles s'inscrivent, bien entendu, dans l'engagement de l'Etat à soumettre l'Administration à la loi et à encourager les administrés à recourir au juge administratif pour faire valoir leurs droits.

L'édification d'un modèle administratif marocain, dépend aussi de la mise en œuvre d'autres principes inscrits dans la nouvelle Constitution à savoir : l'adoption de lois organiques et la mise en place de structures chargées de leur application, l'intensification de la lutte contre la corruption, la promotion d'une participation active des différentes composantes de la société civile et l'adoption de réformes visant à assurer la transparence, la responsabilité, la qualité du service public, la reddition des comptes et en général une bonne gouvernance dans la gestion de l'Etat.

¹ - Dans la nouvelle Constitution, le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire s'est substitué au Conseil supérieur de la magistrature.

La réforme du 20 mars 2013 sur les marchés publics, a pour but de concrétiser ces principes constitutionnels. Son importance réside dans sa contribution à l'autonomisation du droit administratif marocain, dans la mesure où elle répond aux exigences nationales et internationales¹ et vise à entériner une application effective des textes ayant trait à la lutte contre la corruption. Cette réforme en question, fixant le premier janvier 2014 comme date de son entrée en vigueur au lieu du premier septembre 2013, sous-tend d'ailleurs beaucoup d'acquis et comble les lacunes des textes précédents. Ainsi, pour répondre aux attentes du citoyen en matière de la gestion des marchés publics, elle renforce davantage la dématérialisation des procédures, en ce sens qu'il devient possible de procéder à une soumission électronique, à des enchères électroniques inversées ou à des achats groupés électroniques, comme il devient impératif de publier sur le portail des marchés publics : des informations et des documents des appels à la concurrence, de tous les documents à tous les stades du processus, des programmes prévisionnels des marchés à lancer, d'une synthèse de chaque rapport d'audit² et de l'estimation même du coût de chaque prestation.

En plus de la dématérialisation de la commande publique, la nouvelle réforme sur les marchés publics consacrent des innovations importantes à savoir l'unicité de la réglementation des marchés publics (c'est un décret qui s'applique aux marchés de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et aux prestations architecturales), la simplification et la clarification des procédures (à l'étape de la soumission, les concurrents ne sont obligés de fournir qu'une déclaration sur l'honneur, un récépissé du cautionnement provisoire le cas échéant et une copie légalisée de la convention constitutive du groupement. l'attestation fiscale, l'attestation de la CNSS et le registre de commerce ne seront demandés qu'au concurrent auquel l'Administration envisage d'attribuer le marché), la concurrence et le climat des affaires (désormais le Maître d'ouvrage se voit disposer de nouveaux outils, notamment le concours sur autorisation du chef du gouvernement pour les marchés de conception-réalisation ou l'appel à manifestation d'intérêt, lui permettant d'identifier et d'avoir une idée sur les concurrents potentiels avant de lancer l'Appel d'offre), les mesures en faveur de l'entreprise nationale (20% des dotations annuelles des marchés publics seront réservés aux PME), la transparence et l'éthique (parmi les nouvelles mesures susceptibles de consolider ces deux principes, on cite l'appréciation de l'offre anormalement basse ou excessive par rapport à l'estimation du Maître d'ouvrage et l'obligation de la publication de celle-ci) et le recours et règlement des litiges (selon le nouveau décret, avant toute approbation du marché, le Maître d'ouvrage est dans

¹ - La nouvelle réforme a rapproché la réglementation marocaine des standards internationaux en matière de gouvernance et de lutte contre la corruption.

² - Les rapports d'audit sont obligatoires pour les marchés de l'Etat et des établissements publics de plus de cinq millions de dirhams, pour les marchés des collectivités locales de plus de trois millions de dirhams et pour les marchés négociés de plus d'un million de dirhams.

l'obligation d'attendre 15 jours pour permettre aux concurrents de contester la décision de la commission d'ouverture des plis. Les soumissionnaires peuvent aussi saisir directement la Commission des marchés dont les décisions sont opposables au Maître d'ouvrage).

Grosso modo, il convient de préciser que le nouveau texte sur les marchés publics, est soumis lors de sa préparation à une consultation publique. En effet, l'organisation d'un colloque national sur les marchés publics en avril 2009 et l'engagement de la concertation avec les fédérations professionnelles, l'ordre national des architectes, le ministère de l'Intérieur et les établissements publics à travers une série d'ateliers tenus sur une période de trois ans, ont permis d'enrichir le projet de décret par des propositions tenant compte des spécificités nationales et contribuant à l'édification d'un modèle administratif marocain, qui a plus de chance d'être à la hauteur des ambitions de la société marocaine et par conséquent d'être effectif.

L'application du droit des ententes aux contrats de distribution exclusive



Nadia Lakli : Diplôme : magistère en droit des affaires comparé

Première année de doctorat en droit des affaires comparée

à l'Université d'Oran "Algérie" /email : lakli.nadia@gmail.com

Introduction.

I- Les conditions de prohibition des ententes

1. La pluralité des entreprises

A. Notion d'entreprise

B. Nature d'entreprise

2 . L'atteinte à la concurrence

A . Objet anticoncurrentiel

B . Effet anticoncurrentiel

II – L'application de la prohibition aux contrats de distribution exclusive

1 . Les aspects présumés anticoncurrentiels de la distribution exclusive

A . L'exclusivité et la limitation de concurrence intermarque

B . L'exclusivité et la limitation de concurrence intramarque

2 . Les effets proconcurrentiels de la distribution exclusive

Conclusion :

ملخص البحث :

تعتبر المنافسة من المتطلبات الرئيسية التي يركز عليها الاقتصاد الحر، كما تشكل قواعد المنافسة ضرورة في الوقت الراهن حيث تسمح هذه الأخيرة بالمحافظة على النظام التنافسي و السير المنتظم لآليات السوق.

و لكن قد يتعرض السوق لبعض المناورات التي من شأنها عرقلة السير الحسن للمنافسة و تتمثل هذه التصرفات في الممارسات المقيدة للمنافسة. و لعل من بين هذه الممارسات نجد " الاتفاقات " و هي عبارة عن تصرفات يلجأ إليها بعض العملاء الاقتصاديين بهدف تقييد المنافسة في السوق . و لكن يشترط لحظر هذه الاتفاقات وجود عدة مؤسسات قابلة للتواجد في وضعية تنافسية في السوق، مما يستبعد هذا الشرط المؤسسات التابعة للشركة الأم.

و يكمن هذا التقييد اما من خلال الحد من عدد المتنافسين كاللجوء الى المقاطعة او اقتسام السوق، و اما من خلال الحد من حرية المتنافسي كتحديد الاسعار او استخدام بنود عدم المنافسة بشكل تعسفي او من خلال شبكات التوزيع.

و بما انه تعتبر شبكات التوزيع مهمة في مجال المنافسة بما انها تساهم في تسويق المنتجات و الخدمات من خلال اتفاقات مبرمة بين العملاء الاقتصاديين. و لكن قد تقع اتفاقات التوزيع في اطلال الحظر في حالة تشكيلها لاتفاقات مقيدة للمنافسة، لاسيما اتفاقات التوزيع الحصري التي تهدف بالضرورة الى منح علاقة امتيازية بين العملاء الاقتصاديين و المتمثلة في امتياز توزيع منتج او خدمة معينة، حيث يمنح المنتج لبعض الموزعين الحق " الحصري " في توزيع منتجاتهم في اقليم معين.

فيظهر هذا النظام كتصرف مقيد للمنافسة يندرج ضمن الاتفاقات المقيدة للمنافسة في حالة مساهمته في الحد من حظوظ المتنافسين الجدد في اجتياحهم السوق او من محافظتهم على وضعيتهم التنافسية من خلال بعض البنود التعسفية التي يتضمنها الاتفاق.

Introduction :

L'étude de relation entre concurrence et contrat ne nécessite pas de tenir compte seulement de la dimension juridique, qui considère le contrat comme étant un acte conclu entre deux parties qui s'obligent l'une envers l'autre. Mais il faut prendre en considération aussi la dimension économique qui prohibe le contrat lorsque ce dernier porte atteinte à la concurrence.

En tant qu'acte juridique pouvant engendrer des effets néfastes sur le marché, le contrat est soumis aux règles de concurrence.

Les règles de concurrence prohibent les accords qui restreignent le jeu de la libre concurrence, sans distinction entre les accords exprès ou tacites, écrits ou verbaux. Ces accords peuvent prendre la forme d'une entente.

Cette entente peut prendre diverses formes dont laquelle l'entente « verticale » qui intervient entre des opérateurs situés à différentes étapes du circuit économique, et correspond notamment

aux contrats de distribution qui sont des accords passés entre un fournisseur et un distributeur, pour assurer aux utilisateurs la mise à la disposition des produits ou de services¹

Il existe, en pratique, deux catégories de contrat de distribution : ceux comportant une clause d'exclusivité et ceux qui ne la possèdent pas.

Mais notre étude se base sur la distribution exclusive, en raison de sa structure commerciale et les stratégies mises en place qui lui sont associées qui sont étroitement assimilées à des ententes anticoncurrentielles.

Les ententes ne sont prohibées que « lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence... »². Et étant donné que les contrats de distribution exclusive ne sont qu'une forme d'entente verticale, l'application de la prohibition résulte seulement de l'effet néfaste de ces contrats.

Alors pour apprécier le caractère restrictif des contrats de distribution exclusive, il faut tout d'abord citer les conditions de prohibition des ententes en droit de la concurrence.

I – Les conditions de prohibition des ententes :

Pour qu'il y ait entente illicite, il faut que les entreprises aient « exprimé une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, afin de porter atteinte à la concurrence »³.

La qualification d'entente suppose l'existence d'un concours de volontés émanant d'entreprises qui disposent d'une autonomie de décision relativement à leur comportement sur le marché, dans le but de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence. Les formes empruntées par ce concours de volontés sont indifférentes.

1 – La pluralité d'entreprises :

La première condition d'interdiction des ententes consiste dans la pluralité des parties, ce qui écarte les actes unilatéraux du champ de la prohibition. Car pour être prohibée, l'entente doit être conclue entre deux ou plusieurs entreprises. Cette condition nous emmène à s'interroger sur la notion d'entreprise d'une part, et sa nature d'autre part.

¹ B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^{ème} éd., Dalloz 1994, p.436 .

² V. art. 6 de l'ordonnance 03-03 du 19 juill. 2003 relative à la concurrence, J. O. du 20 juill. 2003, n° 43.

³ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J. 2008, p. 60.

A – Notion d’entreprise :

En tant qu’élément fondamental, l’entreprise représente l’un des sujets les plus importants en droit de la concurrence. Elle permet de définir le champ d’application de ce dernier.

Pendant un certain temps, la notion d’entreprise a reposé sur un critère purement juridique dont l’entreprise devait être une personne physique ou morale. Mais assez rapidement, et grâce à son rôle essentiel dans l’économie, l’entreprise est considérée comme étant « ...toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹.

Et la doctrine française donne une définition plus large, car elle considère l’entreprise comme « *une entité exerçant une activité économique, dotée d’une autonomie suffisante de décision pour déterminer elle-même son comportement sur le marché et qui en assume le risque commercial, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique* »².

B – Nature de l’entreprise :

La qualification d’entreprise est subordonnée à la condition que l’entité exerce une activité économique d’une part, et qu’elle dispose d’une autonomie de décision suffisante dans la détermination de son comportement sur le marché.

On le constate, l’élément déterminant de la qualification d’entreprise est avant tout l’exercice d’une activité économique, c’est la nature économique de l’activité et non la qualité de l’opérateur ou la forme sous laquelle il intervient qui détermine l’applicabilité des règles de concurrence³. Et aucun secteur ne semble exclu du champ d’application du droit de la concurrence, qu’il s’agisse des activités commerciales⁴ ou bien des activités civiles⁵.

¹ C. J. C. E. du 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Hofner et Fritz Elser c/ Gmb H* ; Rec. C. J. C. E. 1997, p. 1739.

² M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 22.

³ M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 22.

⁴ Comme les activités bancaires ou celles relevant du secteur des assurances ou celles présentant un caractère culturel.

⁵ Comme les activités agricoles ou celles exercées par les professions libérales.

La nature économique de l'activité ne pose pas un problème, car on entend par « activité économique » toute activité de production, de distribution et de service¹. Par contre le problème se pose sur l'autonomie de l'entreprise, notamment lorsqu'il s'agit d'une société mère et ses filiales.

La liberté commerciale des opérateurs économiques paraît comme un principe fondamental en droit de la concurrence, et la doctrine affirme que « ...ne peut être qualifiée d'entreprise contrevenante que celle disposant d'une liberté commerciale, appréciée en termes d'autonomie économique »². Par exemple un accord conclu entre une filiale et sa société mère ne pourra relever du droit de la concurrence que si la filiale dispose d'une autonomie économique.

Mais comment prouver l'autonomie économique de la filiale ?

Il existe plusieurs présomptions par lesquelles l'autorité de la concurrence constate l'autonomie économique de l'entité. L'existence d'une communauté de dirigeants entre la société mère et sa filiale est un élément caractérisant l'absence d'autonomie de la première vis-à-vis de la seconde³. Ainsi la détention totale ou quasi-totale du capital social de la filiale par la société mère représente une forte présomption d'absence d'autonomie économique de la filiale⁴.

2 – L'atteinte à la concurrence :

Les accords entre entreprises ne sont pas prohibés, il faut établir une restriction à la concurrence qui sera démontrée à partir de certains critères économiques. Mais avant d'entamer ces critères, il est nécessaire tout d'abord de définir la concurrence.

On entend par « concurrence » la rivalité exercée entre les opérateurs économiques dans un marché déterminé. Elle suppose « la présence de plusieurs opérateurs offrant des produits ou des services, disposant d'une totale indépendance de décision et suffisamment informés pour réagir immédiatement à leurs comportements respectifs »⁵.

¹ V. art. 2 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence complété par l'art. 2 de la loi 10-05 du 15 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, J.O. du 18 août 2010, n° 46.

² L. ARCELIN, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, P.U.R. 2009, p. 44.

³ V. en droit français : décision du cons. conc. n° 89-D-37, du 14 nov. 1989, *Sarl Publi-Cazal*, B.O.C.C.R.F. 1989, p. 317.

⁴ L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 45.

⁵ J-B. BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000, p. 404.

Quant aux critères de l'atteinte à la concurrence, il s'agit de l'alternative objet et/ ou effet anticoncurrentiel. L'interprétation de l'article 6 de l'ordonnance 03-03 conduit à englober dans le champ de la prohibition les ententes qui ont un effet anticoncurrentiel, celles qui recèlent une potentialité d'effet anticoncurrentiel, ainsi que celles qui ont un objet anticoncurrentiel indépendamment de leur effet.

A – Objet anticoncurrentiel :

L'objet signifie l'objectif ou le « but poursuivi »¹. L'existence d'objet anticoncurrentiel suffit à l'application de droit des ententes, car « *il n'est pas nécessaire que l'entente ait eu pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, il suffit simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à tel résultat* »².

Certaines ententes sont considérées comme ayant, par nature, un objet anticoncurrentiel³, notamment les accords de boycott, de répartition de marché et ceux concernant la détermination des prix⁴.

B – Effet anticoncurrentiel :

En l'absence d'objet anticoncurrentiel, il convient de vérifier les effets néfastes de l'entente en tenant compte des effets actuels et potentiels. Cette démarche consiste à démontrer que la pratique affecte la concurrence ou est susceptible de l'affecter. La prise en considération d' l'effet « potentiel » permet aux autorités de la concurrence d'intervenir à titre préventif, avant toute constatation d'un dysfonctionnement du marché. Il faut signaler à la fin que la prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est pas absolue, il existe en effet en droit de la concurrence des causes justificatives. Ces causes sont mentionnées à l'article 9 de

¹ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 95.

² L. ARCELIN, *op. cit.*, p. 86.

³ V. sur ce point : Rapport d'activité du conseil de la concurrence français pour 2003, *Etude thématique portant sur « objet, effet et intention anticoncurrentiels »*, p. 60.

⁴ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p.96.

l'ordonnance 03-03¹, qui ne réserve la justification qu'aux ententes exemptées par un texte législatif ou réglementaire d'une part, et celles qui contribuent au progrès économique d'autre part.

II – L'application de la prohibition aux contrats de distribution exclusive :

Dans les contrats de distribution exclusive, « *le producteur s'engage à ne pas approvisionner dans une zone géographique donnée, d'autres distributeurs que celui avec lequel il conclut le contrat. Le distributeur s'engage, de son côté, à promouvoir la vente du produit contractuel dans sa zone* »². Le distributeur est tributaire d'un arrangement commercial qui conduit à une éviction des éventuels concurrents sur le marché, dans ce cas, on peut se demandé si l'on ne se trouve pas en face d'un accord restrictif de la concurrence.

1 – Les aspects présumés anticoncurrentiels de la distribution exclusive :

La distribution exclusive est parfois perçue comme une forme commerciale qui entrave la liberté de chacune des parties de contracter avec des personnes autres que leurs partenaires exclusifs. Elle permet d'établir des barrières à l'entrée, et exclure les producteurs concurrents du marché.

Cette restriction est le corolaire de certaines dispositions contractuelles qui obligent les parties à les respecter. Soit par l'obligation faite au producteur de ne fournir ses produits qu'aux distributeurs de son réseau, soit par l'obligation faite au distributeur de ne s'approvisionner qu'auprès le producteur partie à l'accord.

On peut ajouter, à propos de cette relation d'exclusivité entre producteur et distributeur, que « *les clauses d'exclusivité peuvent être dans la pratique réciproques, ce qui signifie que le producteur n'approvisionnera que son contractant, ce dernier s'engageant à ne se fournir qu'auprès de lui* »³.

¹ Lequel énonce : « *Ne sont pas soumis aux dispositions des articles 6 et 7, les accords et pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application.*

Sont autorisés, les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché. Ne pourront bénéficier de cette disposition que les accords et pratiques qui ont fait l'objet d'une autorisation du Conseil de la concurrence ».

² L. RIEBEN, *La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence*, L.D.G. 2000, p. 18.

³ L. RIEBEN, *op. cit.*, p. 18.

Mais il faut signaler, que le législateur algérien énonce que « *Est considéré comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence et interdit, tout acte et/ou contrat, quels que soient leur nature et leur objet, conférant à une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui entre dans le champ d'application de la présente ordonnance* »¹. Le législateur dans cet article essaye d'élargir le champ d'application de l'interdiction afin d'écartier toute possibilité d'atteinte à la concurrence, car il prohibait seulement le contrat d'achat exclusif conférant à son titulaire un monopole sur le marché².

A – L'exclusivité et la limitation de la concurrence intermarque :

La distribution exclusive peut produire une atteinte à la concurrence intermarque en conduisant à l'exclusion des autres producteurs du marché par la mise en place des barrières à l'entrée.

En liant par des contrats de distribution exclusive un grand nombre de distributeurs déjà établis sur le marché, les producteurs concurrents actuels ou potentiels ne peuvent pas mettre en place un réseau de distribution efficace leur permettant de vendre leur produit surtout lorsqu'il s'agit d'entreprises de petite taille³.

Cette barrière à l'entrée du marché se manifeste clairement à travers la clause d'approvisionnement exclusif. Les nouveaux producteurs qui voudraient accéder au marché, rencontrent une difficulté de trouver des distributeurs puisque les distributeurs existants sur le marché sont tous liés à leurs producteur par des contrats à long terme⁴.

B – L'exclusivité et la limitation de la concurrence intramarque :

L'un des principaux effets de la distribution exclusive est la réduction de la concurrence entre les distributeurs de la même marque, appelée concurrence intramarque. Et cela se fait par la clause d'approvisionnement exclusif par laquelle le producteur oblige les distributeurs de ne s'approvisionner qu'auprès de lui, ce qui restreint la concurrence entre eux⁵.

¹ V. art. 6 de la loi 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence, J. O. du 2 juill. 2008, n° 36.

² V. art. 10 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence.

³ L. RIEBEN, *op. cit.*, p. 23.

⁴ J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

⁵ Car un distributeur ne peut pas s'approvisionner auprès un autre distributeur.

Ainsi, le producteur accorde à son distributeur l'exclusivité de la commercialisation de ses produits sur un certain espace géographique ou sur un segment de clientèle. Le producteur s'engage donc à ne pas signer de contrat avec un autre distributeur à l'intérieur d'un même territoire.

Cette pratique est courante dans l'industrie automobile, un constructeur de véhicules accorde une concession à un distributeur en lui garantissant un territoire de vente, à l'intérieur duquel il n'y aura pas de concurrents intramarque car l'octroi de l'exclusivité contraint aussi les distributeurs des produits d'une même marque à respecter leur marché. Cette limitation réduit ainsi la concurrence que les distributeurs pourraient se faire entre eux.

Il faut rappeler, concernant la distribution exclusive restrictive de concurrence, qu'il doit y avoir une appréciation de l'incidence de l'ensemble du réseau sur la concurrence, et non pas l'incidence de chaque contrat pris séparément. Car il est rare qu'un seul contrat de distribution exclusive engendre des effets néfastes sur le marché, en revanche l'ensemble de ces contrats peut avoir un effet anticoncurrentiel, en réduisant la concurrence entre les distributeurs à l'intérieur de la zone d'exclusivité¹.

2 – Les effets proconcurrentiels de la distribution exclusive :

La distribution exclusive, comme toute stratégie commerciale, est adoptée par des acteurs commerciaux en vue d'être plus compétitif sur le marché. Pour cette raison, ses aspects anticoncurrentiels ne doivent pas occulter ses aspects proconcurrentiels.

Malgré les restrictions de la concurrence engendrées par les contrats de distribution exclusive, ces derniers peuvent contribuer au progrès économique grâce à leurs effets positifs sur le marché.

Cette exclusivité permet une simplification de la distribution d'une part, et une meilleure prévision de la production et des ventes d'autre part. Elle peut également conduire à une réduction des coûts de fabrication et de commercialisation².

Ainsi, la distribution exclusive peut produire des gains d'efficience, en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger l'image de la marque³. Car

¹ J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

² B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *op. cit.*, p. 438.

³ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *op. cit.*, p. 168.

dans un réseau de distribution exclusive les distributeurs sont en concurrence avec d'autres distributeurs, cette concurrence s'exerce sur les services de distribution que les distributeurs offrent au producteur, afin de continuer à faire partie du réseau, et aussi sur le nombre de consommateurs.

On constate à la fin, que dans le but d'assurer le bon écoulement de la production sur le marché, et corrélativement la satisfaction constante des besoins des consommateurs, les opérations de distribution, d'une façon générale, tendent toujours à la régulation de l'offre et de la demande.

Conclusion :

Dans un premier temps, on est toujours tenté de croire que les contrats de distribution exclusive constituent une entente anticoncurrentielle en raison des restrictions qu'ils comportent. Car il est clair que dans les accords de distribution exclusive la liberté des parties se trouve limitée, le distributeur ne peut pas s'approvisionner auprès d'un fournisseur concurrent de son contractant pour obtenir le même produit, et le producteur de son côté est tenu de respecter ses engagements contractuels et de ne pas utiliser, en conséquence, un distributeur autre que son distributeur exclusif à l'intérieur du territoire circonscrit.

Mais le caractère souple des règles de concurrence suppose l'existence de certaines exceptions juridiques et économiques. Et l'examen approfondi de la distribution exclusive fait voir qu'elle présente des aspects positifs.

Ainsi, L'impact de la distribution exclusive sur la concurrence doit être apprécié conjointement au regard de la concurrence intramarque et intermarque. La restriction retrouvée dans la distribution exclusive n'a pas la même incidence selon l'intensité de la concurrence entre produits de marques différentes et entre les distributeurs d'un même réseau.

Donc, le réseau de distribution exclusive a un double effet : certes, il peut limiter la concurrence entre les distributeurs des produits de la même marque ou des produits similaires, mais il peut aussi renforcer la concurrence entre les producteurs¹.

Une petite critique, à la fin de cette étude, qui concerne le principe d'interdiction des ententes et son exception cité par le législateur algérien. On constate que ce dernier n'applique la justification visé par l'article 9 de l'ordonnance 03-03 que sur les pratiques anticoncurrentielles autorisées par un texte législatif ou réglementaire pris pour son application, ou celles qui

¹ J-B. BLAISE, *op. cit.*, p. 548.

contribuent au progrès économique d'une part, et prohibe, d'autre part, tout accord quelque soit sa nature, conférant à une entreprise l'exclusivité dans l'exercice une activité économique, sans prendre en considération que cette exclusivité peut trouver sa source dans un contrat de distribution, qui n'est qu'une forme d'entente verticale.

Ouvrages utilisés :

- 1 – B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, Droit commercial européen, 5^{ème} éd., Dalloz 1994.
- 2 – J-B. BLAISE, Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 2000.
- 3 – L. ARCELIN, Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, P.U.R. 2009.
- 4 – L. RIEBEN, La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence, L.D.G. 2000.
- 5 – M. C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL. V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J. 2008.

La désignation des distributeurs exclusifs entraîne la limitation de la concurrence , et peut être considérée comme un engagement du fabricant à développer des relations moins conflictuelles avec ses concurrents.

La distribution exclusive peut alors produire une atteinte à la concurrence en conduisant à l'exclusion des autres producteurs du marché par la mise en place des barrières à l'entrée.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 2336-0615