

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد 29 : مارس 2015

❑ مع مواضيع العدد 29 : مارس 2015 :

- موضوع استقلال القضاء : الرهان الممكن.
- آليات التسوية لفض منازعات الاستثمار.
- الفئات المستتانة من نطاق تطبيق قانون العمل .
- الاقتطاع كأساس لكسب ملكية الأراضى العامة.
- وجهة نظر في نتائج المجلس الاعلى للقضاء.
- مقترحات لتعديل مسودة النظام الأساسي للقضاة.
- الاجتهاد القضائي وإصلاح العدالة بالمغرب.
- شهادة النفع والتهيئة في التشريع الجزائري.
- المسؤولية الناجمة عن الأجهزة الطبية الحديثة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الاتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

| | | | |
|---|---|---|---|
| استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد | كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهني الدولية (2012/10/21) ... المزيد | إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد | قراءة في النظام الفكري الموالي (قانون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد |
|---|---|---|---|

المجلة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلقانية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- توزيع المجلة

العدد التاسع والعشرون : مارس 2015

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى 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 عشر صفحات (مايقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- 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 لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615-2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد التاسع والعشرون : لشهر مارس 2015

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد التاسع والعشرين لشهر مارس 2015 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. استقلال القضاء : الرهان الممكن : فضيلة الأستاذ سمير أرسلان عضو نادي قضاة المغرب نائب وكيل الملك بابتدائية بني ملال.....06

3. آليات التسوية في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محمود ولد عبد الله المختار أستاذ القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية رئيس قسم القانون الخاص . جامعة نواكشوط - موريتانيا.....29

4. الفئات المستثناة من نطاق تطبيق قانون العمل , دراسة فقهية قضائية في ضوء أحكام قانون العمل البحريني الجديد : فضيلة الأستاذ الدكتور باسم محمد فتحي هارون محكم دولي معتمد دكتوراه في القانون المدني مدرس القانون المدني - جامعة دلون - مملكة البحرين - (سابقاً)38

5. الاقتطاع كأساس لكسب ملكية الأراضى العامة - دراسة فى القانون العقاري الموريتاني : من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور أحمدو ولد عبد الدائم أستاذ التعليم العالي مؤهل ، كلية الحقوق جامعة نواكشوط محام لدى المحاكم الموريتانية.....51

6. مجرد رأي حول الشطر الثاني من نتائج المجلس الاعلى للقضاء : فضيلة الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية باحث في صف الدكتوراه بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة.....60

7. مقترحات لتعديل مسودة النظام الأساسي للقضاة : فضيلة الأستاذ ناصر بلعيد عضو نادي قضاة المغرب بالرباط باحث في صف الدكتوراه بجامعة محمد الخامس السويسي - الرباط.....65

8. موقع الاجتهاد القضائي من منظومة إصلاح العدالة بالمغرب : من إعداد الأستاذة فوزية احصاد باحثة بصف الدكتوراه مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري المغربي جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس كلية الآداب مختبر البحث في الأصول الشرعية للكونيات و المعاملات.....77

9. شهادة النفع والتهيئة في التشريع الجزائري : من إعداد الأستاذة ديرم عايدة موثقة شهادة الماجستير في القانون العقار شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة باحثة بصف الدكتوراه في القانون العقاري بجامعة باتنة- الجزائر.....86
10. المسؤولية الناجمة عن الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة : من إعداد الأستاذ هزيل جلول أستاذ جامعي جامعة تلمسان- الجزائر.....91

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

- 11.La Balance des paiements : Dr. Ismail Ould Khalef , Professeur d'économie à l'Université de Nouakchott.....107
- 12.Le partenariat euromaghrébin et la conditionnalité des droits de l'Homme : Dr Jamal Iddine Ait Tahar Docteur en droit international.....124
- 13.Les orientations législatives en droit pénal douanier : Par Mohamed BAZTAMI doctorant en droit privé Université Hassan II Casablanca Facultés des Sciences Juridiques Economiques et Sociales de Mohammedia Laboratoires des études de droit privé.....142
- 14.L'exonération de l'IR au titre des indemnités dues à l'occasion de la rupture de la relation de travail : Par Imane Hilani doctorante en droit privé Université Hassan II Casablanca Facultés des Sciences Juridiques Economiques et Sociales de Mohammedia Laboratoires des études de droit privé.....153
- 15.Le Financement Administratif des Marchés Publics « Etude Analytique dans le Droit Algérien »: Mme Habchi Lila Kamila Doctorante a l'école doctorale " la pénalisation du droit des marchés publics" Enseignante contractuelle À la faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sidi Bel Abbés- Algérie.....161
- 16.Les grandes surfaces commerciales portant atteinte a l'environnement : Zerrouki khadidja Doctorante en droit des affaires comparée.Enseignante contractuelle a la faculté de droit de mostaganem, Algérie.....177

ترتيب المقالات يخضع لاعتمادات فنية

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

كلمة العدد التاسع والعشرين لشهر مارس 2015



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 29 لشهر مارس 2015 من مجلة الفقه والقانون ، وقد ضم العدد الجديد بين جنباته العديد من الأبحاث والدراسات القيمة ، وسجل إضافة علمية جديدة مرتبطة بقانون العمل البحريني بعنوان : "الفئات المستثناة من نطاق تطبيق قانون العمل ، دراسة فقهية قضائية في ضوء أحكام قانون العمل البحريني الجديد".

كما شهد العدد عدة مساهمات لمجموعة من خيرة القضاة بالمملكة المغربية حول موضوع استقلال القضاء ، ونتائج المجلس الاعلى للقضاء ، ومقترحات لتعديل مسودة النظام الأساسي للقضاة .

وفي ما يرتبط بالقانون العقاري ناقش العدد الجديد موضوع الاقتطاع كأساس لكسب ملكية الأراضى العامة في القانون العقاري الموريتاني ، وشهادة النفع والتهيئة في التشريع الجزائري .

هذا فضلا عن مجموعة من الدراسات والأبحاث الأخرى المرتبطة بموقع الاجتهاد القضائي من منظومة إصلاح العدالة بالمملكة المغربية ، وبالمسؤولية الناجمة عن الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة ، ثم آليات التسوية في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ، بالإضافة إلى مساهمات أخرى باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

استقلال القضاء : الرهان الممكن



ذ. سمير أرسلان عضو نادي قضاة المغرب

نائب وكيل الملك بابتدائية - بني ملال

إن وجود سلطة قضائية مستقلة هو الأساس لفاذ القانون وحكمه ومنع التمييز بين الأفراد لاعتبارات خاصة وسريانه على الجميع على قدر المساواة. ويجمع الفقه والقضاء على أن السلطة التنفيذية لا تستمد شرعيتها إلا إذا كانت خاضعة لقضاء قوي وعادل ومستقل يمكن له أن يراقب عمل السلطة التنفيذية عملا بقاعدة الشرعية أو المشروعية سواء عن طريق قضاء الإلغاء أو عن طريق قضاء التعويض¹.

أولا - مفهوم إستقلال السلطة القضائية :

إن استقلال السلطة القضائية بمقتضى العديد من الاتفاقيات الدولية أصبح له بعد كوني وغير مقتصر على مفهوم القانون الوطني الذي تصغه الدولة كيفما تشاء.

وقد اعتبر الدستور الجديد بالمغرب في تصديره، وهو التصدير الذي يعتبر جزءا من الدستور، أن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب تسمو على القوانين الوطنية، وهو ما يجعل النظرة لاستقلال السلطة القضائية بالمغرب على هذا النحو تصطبغ بما تقتضيه تلك الاتفاقيات والمعاهدات المصادق عليها وأيضا الإعلانات والمواثيق الدولية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية، التي تشكل مبادئ متفق عليها من طرف العديد من الدول على نحو:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية للأمم المتحدة سنة 1966.

- مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال القضاء والتي تم إقرارها في مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة و معاملة المجرمين سنة 1985.

¹ - م. سليمان الطماوي : القضاء الإداري , ج 1 , قضاء الإلغاء , ط : دار الفكر العربي , س : 1986 , ص : 24 البند 3 وأنظر أيضا : أحمد رسلان : الوسيط في القضاء الإداري , ط : دار النهضة العربية , س : 1999 ص : 190 , البند 179.

- الميثاق العالمي للقضاة، سنة 1999، ومبادئ بنغالور للسلوك القضائي المقررة من قبل مجموعة النزاهة القضائية بالهند سنة 2001.

- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان سنة 1981

و اعتبر الدستور المغربي في الفصل 107 أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وأن الملك هو الضامن لهذه الاستقلالية .

إن المقصود باستقلال القضاء ألا تتدخل في عمل القضاء سلطة أخرى¹ على نحو السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية أو وسائل الإعلام أو أية جهة كانت . وذلك بهدف منع أي تأثير مباشر أو غير مباشر على القاضي أثناء بثه في القضية أو بمناسبة البث فيها².

فمبدأ فصل السلطات يقتضي أن تستقل كل سلطة من سلطات الدولة الثلاثة باختصاصات محددة³ مما يحول دون تجاوز أحدها لنصيبها المقدر من هذا الاختصاص⁴.

يرى بعض الفقه على أن استقلال القضاء يكمن في إصدار القاضي حكمه في حياد تام دون أن يكون هناك أي تأثير من سلطة أو ضغط من حاكم⁵.

وقد ذهب القضاء المصري إلى أن استقلال السلطة القضائية مؤداه أن يكون تقدير كل قاضي لوقائع النزاع وفهمه لحكم القانون بشأنها متحررا من كل قيد أو تأثير أو إغراء أو وعيد أو تدخل أو ضغوط أيا كان نوعها أو مداها أو مصدرها أو سببها أو صورتها ما يكون منها مباشر أو غير مباشر⁶.

ويفرق هنا بعض الفقه⁷ بين مفهومي الاستقلال : l'indépendance والحياد : l'impartialité .

فالأول مظهر خارجي يتعلق باستقلال سلطة القضاء عن باقي السلط الأخرى كالسلطة التنفيذية أو التشريعية أو أية سلطة أخرى بحكم الواقع مثل: الإعلام , الخبراء , الأحزاب , النقابات , الخ , وهذا الاستقلال له دور حمائي. أما الثاني, فهو مظهر داخلي مرتبط بالتنظيم و بالوظائف الداخلية لمؤسسة القضاء وأيضا يرتبط بالقدرات الشخصية للقاضي⁸.

¹- س. أحمد محمود : التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية , ط : دار النهضة العربية , 1995 , ص: 232.

²- Voir : Serge ghinchard : procès équitable ; D 2011 ;N 192

³-Thomas weigend : la notion de tribunal impartial et indépendant en république fédérale d'Allemagne ; revue de science criminelle ; année 1990 ; p : 742

⁴- م. كامل عبيد : إستقلال القضاء , دون دار النشر , س : 1991 , ص : 24

⁵- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا بمصر في أربعين عاما 1969 - 2009 , ص: 974

⁶- محمد بودي : ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية , ط : دار الجامعة الجديد , س: 2006 , ص : 31

⁷- Régis De Gouttes : l' impartialité du juge ; connaitre ; traiter et juger : quelle compatibilité . revue de science criminelle ; année 2003 ; p :63 ; voir aussi : Serge ghinchard : taité de droit commun du procès ; éd: 2001 ; S : 596 ; p : 707

⁸-Fricero ; Mélanges ; j . Boré ; l'impartialité des juges à tavers la jurisprudence de la cour de cassation sur la ré;cusation ; Dalloz 2007 ; p :207

والقاضي بالنتيجة سواء كان قاضيا في الحكم أو قاضيا في النيابة العامة, يجب ألا يتقيد بأي قيود - في غير الأحوال المنصوص عليها قانونا بالنسبة للقضاء الواقف - أو مؤثرات أو إجراءات أو تهديدات ولا يجوز لنظام للسلطة الرئاسية التسلسلية التحكم في نظر القضايا ولا يجوز لأي جهة التدخل في حق القاضي في إصدار حكمه¹.

إن استقلال القضاء يستلزم تحقق الشروط الآتية :

1 - أن يكون القاضي حرا في البحث عن الحقيقة والعدل غير متأثرا إلا بكلمة القانون².

وقد جعل القضاء الفرنسي والمصري من استقلال السلطة القضائية عاصما من التدخل في أعمالها أو التأثير في مجرياتها باعتبار أن شؤون العدالة هو مما تستقل به وأن عرقلتها أو إعاقته على أي نحو , هو عدوان على ولايتها الدستورية سواء بنقضها أو انتقاصها من أطرافها, و تظل لأحكامها ولو لم تكن نهائية حجيتها وهي حجية لا يجوز أن يسقطها المشرع من خلال إنهاء الآثار القانونية التي ترتبها.³

و قد جعل الدستور المغربي في فصله 110 من التزامات القاضي تطبيق القانون وأن أحكام القضاء لا تصدر إلا بناء على التطبيق العادل للقانون وأوضح في تطور لافت الانتباه, أن قضاة النيابة العامة يجب عليهم تطبيق القانون وأنهم غير ملزمين إلا بالتعليمات الكتابية القانونية للجهة التي يتبعون لها وجرم كل محاولة تدخل غير مشروع للتأثير في عمل القاضي وهو ما لم يكن منصوص عليه في الدساتير السابقة .

2- إن لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية القائمة وبالتالي لا يجوز إنشاء هيئات خاصة أو استثنائية لا تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول المنظمة للتدابير القضائية لتنزع الولاية القضائية التي تتمتع بها هذه المحاكم العادية أو الهيئات القضائية⁴.

وقد نص الدستور المغربي في فصله 127 أنه لا يمكن استحداث محاكم استثنائية.

3 - يجب أن يكون استقلال القضاة كاملا فلا تتأثر أحكامهم بموقع رؤسائهم أو غير رؤسائهم و أن يكون إسناد القضايا إلى القضاة وعملهم داخل المحكمة عملا داخليا محضاً⁵.

فلا يجوز مثلا أن يخضع القاضي لتوجهات سلطة داخلية عليه أي كان توجهها وليس لأي فارق في الدرجة أو المسؤولية القضائية دخل في حق القاضي ومانع له من إصدار حكمه بحرية طبقا لما يراه محقق للعدل والقانون⁶. وقد نص الدستور

¹ -La déclaration universelle des droits de l'homme du 10/12/1948(art :10) et le pacte internationale relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art 47)

² -أ. قطب عباس : إساءة استعمال الحق في التقاضي , ط : دار الجامعة الجديدة , س : 2006 , ص : 124
³ -قرار المحكمة الدستورية العليا بمصر بتاريخ: 6-2-1999 عدد : 19 مضمن بمجموعة الأحكام مرجع سابق- وأنظر أيضا :

Cass .com. 26 /01/2010 ; D.2010 ;380 ;RTD civ 2010 ;375 ;obs,R ;Perrot ;jcp ;2010 ; 412 ;note F Arbello ;cass ;com ;12/10/2010 ;D 2010 ;2510 ;obs ;A.Lienhard

⁴ - مبادئ أقرتها الجمعية العامة في دجنبر 1985 من خلال المؤتمر العالمي لاستقلال القضاء سنة 1985 .
⁵ -Geert corstens : l'application de l'article 6 ;paragraphe 1 ; de la convention de--sauvegarde des droits de de l'homme et des libertés fondamentales dans la procédure pénale néerlandaise - revue de sciences criminelles ;2001 ; p 495

⁶ -Normand : tribunal impartial et composition des juridictions .RTD ; civ ;1993 ; 874

في هذا الباب بأنه يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء، ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات، ولا يخضع لأي ضغط. (ف 109).

4 - اعتبار القضاء سلطة مستقلة على نحو السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وليس وظيفة من وظائفها وهذا الأمر يعزز استقلال القضاء وولايته على كل مسألة من طبيعة قضائية وهذا يستتبع ألا يصطبغ بصبغة سياسية أو فكرية أو مذهبية ولا يجوز أن يتولاه إلا القضاة المعينين بصفة نظامية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة وأن يتطبعوا بقيمه وتقاليد¹.

فليس لأية جهة كانت أن تصرف السلطة عن مهامها أو تعطلها ليظل واجبها قائما دوما بأن تفصل فيما يعرض عليها من نزاعات على اختلاف صورها وفقا لمقاييس موضوعية لا يدخلها باطل ولا يعترها بهتان وعلى ضوء الوقائع التي تستبين لها صحتها ووفقا للقواعد القانونية المعمول بها².

وقد نص دستور المملكة على أن القاضي يتولى حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون. (ف 127)

كما نص الفصل الثالث من النظام الأساسي لرجال القضاء (ظهير 11-11-1974) على أن القضاة بالمغرب يعينون من بين الملحقين القضائيين ضمن الشروط المشار إليها في هذا القانون كما يمكن أن يعين في السلك القضائي أساتذة كليات الحقوق والحامون وفق الشروط المبينة قانونا.

5 - إن استقلال القضاء يقتضي منع أي تدخل فيء من جانب السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية كيفما كانت طبيعته بل يعاقب القاضي إذا وقع هذا التدخل و يجب عليه أن يدافع عن استقلاله , فهو أصبح واجبا وليس بحق أو امتياز³.

وقد إعتبر الدستور المغربي من واجبات القاضي الدفاع عن استقلاله كما يجب على القاضي، كلما اعتبر أن استقلاله مهدد، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية. و كل إخلال منه بواجب الاستقلال والتجرد يعتبر خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة. (ف 109)

ومن أجل توافر النزاهة والحياد في القاضي كما يذهب إلى ذلك الفقه والقضاء الفرنسيين، وجب عليه أن يكون تابعا لسلطة مستقلة , فالاستقلال أمر مفترض للحياد كما أنه يعد شرط من شروطه⁴.

مبدئيا في حدود علمنا , تنص معظم الدساتير المقارنة على مبدأ استقلالية القضاء . فالفصل 107 من الدستور المغربي ينص على أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وأن الملك هو الضامن لاستقلالية السلطة القضائية، وينص الفصل 64 من الدستور الفرنسي على أن القضاء مستقل عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وأن رئيس الجمهورية هو الضامن لاستقلالية القضاء كما ينص الدستور الأردني في الفصل 97 منه على

1- حامد كامل عبيد : مرجع سابق , ص: 21

2- أحمد مسلم : قانون القضاء المدني , ط: دار النهضة العربية , م : 1966

3 -S. josserand ; l'impartialité du magistrats en procédure pénale ; préface de de -J.Francillon ; L.G.D.J ; 1998

4 -Frisson . Roche : l'impartialité du juge . Recueil Dalloz ; 1999 ; chronique ; p : 53 ; nr 12

أن القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون وهو نفس الأمر نظريا لباقي الدساتير العربية تقريبا على نحو الدستور التونسي في الفصل 97 والدستور الكويتي .

وقد تدارك المشرع المغربي من خلال دستور 2011 الفراغ القانوني الحاصل في دستور 1996 الذي كان ينص في الفصل 82 على أن القضاء مستقل عن السلطتين التشريعية و التنفيذية ولم يعتبره سلطة قبل الإرتقاء به إلى ذلك. وهو نفس الإشكال كان مقررا في الدستور الفرنسي ومازال مطروحا إلى الآن فلم يطلق فيه واضعوه عبارة سلطة *pouvoir* عندما تحدثوا عن مؤسسة القضاء مما جعله محل إنتقاد قوي من طرف غالبية الفقه الفرنسي سيما وأن البعض حاول تفسير هذه الصياغة كون القضاء لا يخرج عن كونه وظيفة : *service* من وظائف الدولة.

إلا أن هذا التفسير لم يلق أي نجاح يذكر من خلال العمل القضائي وقرارات القضاء الفرنسي الذي كان يشتغل ويصدر أحكامه على أساس سلطة بكامل الصلاحيات الدستورية .

في هذا الشق أريد أن أذكر، أن تقرير لجنة فينيزيا سنة 2010 حول استقلال القضاء ميز بين نوعين من الدول، الدول الحديثة العهد بالديمقراطية والتي لم تطور تقاليد قانونية وثقافية تضمن استقلال السلطة القضائية، والتي وجب عليها اعتماد نصوص واضحة خالية من اللبس حاسمة وغير مترددة في مسألة الفصل بين السلط لحماية السلطة القضائية من أي محاولات للتأثير على منهجية عملها، أما الدول ذات التقاليد الديمقراطية القديمة فإنها قد لا تتعامل بالطريقة نفسها لأن مختلف السلط تحدها هذه التقاليد والموروثات الثقافية والقانونية المتراكمة عبر السنين.

6- عدم جواز تأديب القضاة إلا على ضوء سلوكهم الوظيفي ولا عزلهم إلا بمقتضى الدليل الذي لاشك فيه على عدم صلاحيتهم أو نقلهم إلا بمقتضى القانون ولا تخفيض مدة اشتغالهم عن طريق الإحالة على التقاعد إلا لأسباب وجيهة وموضوعية ولا اختيارهم لمناصب مسؤولية أعلى على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق والنزاهة¹.

وقد نص الدستور المغربي في الفصل 113 على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على استقلال أعضاء السلطة القضائية وتعيينهم وترقيتهم وتأديبهم كما نص على أن القاضي لا ينقل ولا يعزل إلا بقوة القانون.

7- يجب على الدولة أن توفر للسلطة القضائية الموارد المالية التي تعينها على أن تدبر بنفسها عدالة واعية مقتدرة وإلا كان استقلالها وهما وقد تضمنت مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال القضاء في 13-12-1985 على واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة ومستقلة 21 وينص

الدستور المغربي على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يتوفر على الاستقلال الإداري والمالي. (ف116) والحصل، أن هذه القواعد العامة لاستقلال القضاء تعتبر تكريسا لمبدأ سامي هو احترام كرامة وحقوق الإنسان

كقيمة مطلقة لدى الجماعة الدولية وحقه في العدل وهي لا تقبل الاستثناء أو التقييد ولا يمكن التحفظ عليها ولا تخضع لمبدأ المعاملة بالمثل²، كما أنها لا تقبل التحفظ عليها وهذا المبدأ يشكل تقييدا صريحا لسيادة الدولة في إبرام

المعاهدات³ لأنه ليس من المعقول أن يسمح بتطبيق المبادئ الكلاسيكية في العلاقات الدولية في مجال حقوق الإنسان⁴.

¹ -Cass ; civ ; 2é ; 23 -09-2010 ; nr 09-17-114 ;D 2010 ;2300

² -Wiederkehr : Qu'est ce qu'un juge . Mélanges Perrot ; 1966 ; Dalloz ; p : 577

³ -Etienne Picard « l' élément des droits fondamentaux en France » AJDA ;1998 p 6

⁴ - المادة الخامسة من الإعلان العربي لإستقلال القضاء , عمان أبريل 1985.

ونظرا لأن قواعد حقوق الإنسان تهدف إلى حماية المجتمع في مواجهة السلطة العمومية للدولة، فالقضاء العادل المستقيم هو صمام الأمان وحمي الحريات والحقوق وقد نصت على ذلك المادتين من 54 و64 من اتفاقية قانون المعاهدات لعام 1929 على ذلك كمنصوص إلزامية في القانون الدولي وينتج عن ذلك سمو هذه القواعد عن بقية قواعد القانون الدولي والقانون الداخلي وإلزاميتها للدول.

ثانيا- دور إستقلال السلطة القضائية في المنظومة القانونية للدولة :

مما لا شك فيه ، إن استقلال السلطة القضائية تعتبر أحد ضمانات تعزيز واحترام حقوق الإنسان وإن هذا الاستقلال يحقق الأهداف الآتية :

1- سيادة العدل تقتضي أن يكون لكل فرد الحق في اللجوء إلى قاض عادل ونزيه ومستقل ، فعديل القاضي لن يتحقق إلا إذا كان مستقلا وبغير استقلال حقيقي للقضاء لا معنى للعدل ، فقيمة الحقوق تزداد كلما كان هناك قضاء عادل والثقة في الحصول على الحق عند الاعتداء عليه عنصر أساسي في تقدير قيمة الحق¹.

وقد نص الدستور بالمغرب في هذا الباب أن حق التقاضي مضمون ولكل شخص الدفاع عن حقوقه ومصالحه التي يحميها القانون. (ف118)

2- إن خضوع الدولة للقانون هو الأساس الشرعي لنظام الحكم واستمراره وإن استقلال القضاء وحصانته ضمانتان أساسيتان لتأمين خضوع الدولة للقانون وحماية الحقوق والحريات.

ويعتبر أي تدخل من جهة السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية أو الصحافة ، إخلالا بميزان شرعية الدولة وتقويضاً لدعائم الحكم².

إن رقابة القضاء لدستورية القوانين لن يتحقق إلا باستقلال القضاء وإن هذه الرقابة هي المظهر الفعلي لحماية مبدأ الشرعية فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود، فالإخلال بهذا المبدأ يجعل المشروعية منعدمة³.

3- يرتبط مبدأ استقلال القضاء بمبدئي المساواة وسيادة القانون ومؤدى ذلك إن القاضي المستقل لا يخضع لغير القانون وضميره ويهدف إلى تحقيق سيادة القانون وحماية حقوق الأفراد المدنية والسياسية والاقتصادية وألا يعرض أي شخص لعقاب أو يضار في ممتلكاته إلا من خلال قاعدة مستقرة أمام المحاكم وأن يخضع للقانون العادي والمحكم العادية وتمكين المحاكم من الرقابة على دستورية القوانين وشرعية أعمال الإدارة.⁴

4 - إن استقلال القضاء يعد من أهم حقوق الإنسان في العصر الحديث وهو ليس امتيازاً للسلطة القضائية بل آلية تهدف الحفاظ على الحريات الأساسية لجميع أفراد المجتمع فلا يمكن مراعاة هذه الحقوق إلا من خلال وجود نظام قانوني عادل وسلطة قضائية فعالة لإقرار العدل يضمن للمواطنين حقوقهم الأساسية وحرياتهم العامة.⁵

¹ - مجموعة المبادئ للمحكمة الدستورية العليا بمصر: م. س - ص 442

² -Thierry S.Renoux « le droit au juge naturel ; droit fondamental ;RTD ;Civ ;1993 p33

³ -ح.محمد بودي : ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديد ، بدون سنة النشر

⁴ -Régis De Gouttes : L 'impartialité du juge : Connaitre ; Ttaiter et juger, quelle compatibilité .Revue de sciences criminelles ; année 2003 ; p 63

⁵ -J,p Costa ; “ le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative“ AjDA 2001 ; p : 514 ; éditions Dalloz ; 2011

و ينص الدستور المغربي أن لكل شخص الحق في محاكمة عادلة، وفي حكم يصدر داخل أجل معقول. وأن حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم. (ف 120)

و تذهب مختلف الأنظمة القانونية والقضائية غالباً إلى النص في دساتيرها على احترام مبدأ استقلال القضاء والفصل بين نظام الحكم و العملية القضائية والحق في قضاء مستقل ومحاييد ومجاني¹.

وينص الفصل 121 من الدستور المغربي على أن التقاضي مجاني في الحالات المنصوص عليها قانوناً ولمن لا تتوفر على الموارد الكافية لذلك .

وفي باب تكريس حقوق الإنسان، نصت المادة 25 من الدستور الإيطالي لسنة 1947 على أنه لا يجوز أن يجرم شخص من قاضيه الطبيعي الذي يعينه القانون ونصت المادة 142 من دستور ألمانيا الغربية سابقاً على أن المحاكم الاستثنائية غير مسموح بها وأنه لا يجوز للسلطة التشريعية إنشاء محاكم قضائية للنظر في مجالات معينة و نصت المادة 134 من دستور جمهورية ألمانيا الديمقراطية سابقاً لسنة 1949 على أنه لا يجوز منع أي مواطن من المثول أمام قضاة القانونيين , ومحاكم الطوارئ غير مسموح بها وهو نفس الأمر بالنسبة للدساتير المصرية والفرنسية سابقاً التي أكدت على قاعدة أن القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون وليس لأي سلطة في الحكومة التدخل في القضايا المعروضة أمام القضاء .

و يشمل هذا المبدأ المكرس لثقافة حقوق الإنسان معاني متعددة من بينها عدم الانحراف بالسلطة التشريعية بواسطة سن قانون القصد منه هو التدخل في نزاع أو قضية معروضة أمام القضاء وذلك بهدف عرقلة سير النظر فيها , ويعني أيضاً عدم التدخل في سير العدالة بواسطة مناقشة المجالس النيابية لموضوع قضية مطروحة أمام القضاء أو طرح أسئلة أو استجابات بشأنها إلى أن ينتهي القضاء من البت فيه كما نصت أيضاً ونفس الأمر بالنسبة الدستور المغربي على أن القضاة غير قابلين للعزل أو النقل بغير الطريق التأديبي .

و يعد هذا، مبدأ دستوريا لا يملك المشرع المساس به بشكل مباشر أو غير مباشر إذ هو ضمان كبرى تكفل له الإستقلال في الرأي والنأي عن أية ضغوط أو مؤثرات² .

5 - إن وجود سلطة قضائية مستقلة يحقق السلم الإجتماعي فوجوده يمكن الأفراد من الحصول على الحماية القانونية و العدالة عن طريق القضاء كما يمنع اللجوء إلى العدالة الخاصة و تعسف السلطة العامة في مواجهة الأفراد, لأجله ظهرت السلطة القضائية لتطبيق القانون وتفسيره وبيان لكل فرد ماله من حقوق وما عليه من واجبات تحقيقاً للعدل والأمن والاستقرار³ .

و قد نادى الفيلسوف الفرنسي مونتيسكيو في القرن 18 بمبدأ الفصل بين السلطات وذلك رعاية لمصالح الدولة وضمناً للحريات الفردية والحيلولة دون استبداد الحكام وذلك لأن من لوازم فن السياسة ألا تركز السلطات كلها في هيئة واحدة ولو كانت هيئة نيابية تعمل باسم الشعب⁴ .

¹ -Thomas Weigend ; op cit p :742

² -مزيد من الإيضاح , أنظر: ط . يوسف خاطر , إستقلال القضاء , ط : دار الفكر العربي والقانون , ط 1 س 2014 ; ص 12-40

³ -R . Perrot : “ droit judiciaire privé “ fasc 1 ; les cours de droit ;1977, p 6

⁴ -نور شحاتة : استقلال القضاء , ط : دار النهضة العربية , س : 1987, ص : 18

والواقع أنه , إذا كان القانون يهتم ببيان كيف تنشأ الحقوق وكيف ينتفع بها وكيف تنقضي, فإن تحقيقه في الواقع يعتمد على قضاء قوي ومستقل, فبغير سلطة قضائية مستقلة, لا يعدو أن يكون القانون سوى قواعد نظرية ومبادئ عليا مضمنة في مدونات وموضوعة في رفوف المكتبات أو مجرد محاضرات تدرس بكليات الحقوق لا أقل ولا أكثر¹ .

ثالثا - مظاهر استقلال القضاء :

لقد أرتبط مبدأ استقلال القضاء بالفكر الدستوري وبالنظريات السياسية بشأن تنظيم الحكم في الدولة الحديثة و إرتبط أكثر بنظرية المفكر الفرنسي مونتيسكيو في كتابه (روح القوانين) بخصوص فصل السلطات في الدولة .

كما أن الإتحاد العالمي للقضاة سنة 1999 أطلق وثيقة سميت بالميثاق الدولي للقضاء ركز فيها أساسا على استقلال القضاء .

وإن استقلال القضاء يمكن طرحه على مستوى ثلاثة أمور وهي : الإستقلال الوظيفي، والاستقلال الإداري، والاستقلال المالي.

1 - الإستقلال الوظيفي :

إن استقلال السلطة القضائية من حيث الوظيفة, يقوم على أساس أن يفصل القضاء فيما يعرض عليه من أفضية بموضوعية كاملة وعلى ضوء الوقائع المطروحة عليه وفقا للقواعد القانونية المعمول بها دون قيود تفرضها عليها أي جهة أو سلطة أخرى , لتكون لقضائه الكلمة النهائية في كل مسألة من طبيعة قضائية². وأن أي مساس بهذا الأصل من شأنه أن يعيب هذا الاستقلال.

و تحدد الدساتير في الأنظمة السياسية المعاصرة اختصاص كل سلطة من سلطات الدولة وممارسة هذا الاختصاص في استقلال بعضها عن الأخر³.

لقد نص الدستور المغربي أن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية وأن الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية.(ف 107) وأنه يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء؛ ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات، ولا يخضع لأي ضغط. وأنه يجب عليه كلما اعتبر استقلاله مهدد، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية، ويعد كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة كما يعاقب القانون كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة(ف109) , ولا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون, ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون, ويجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها.(ف 110)

¹ -G . Perrot : Droit judiciaire privé ; fascilure 1 ; les cours de droit ; 1977

² - مجموعة المبادئ , م س , ص 975 , قرار المحكمة الدستورية المصرية بتاريخ 8-12-1991 وانظر أيضا :

TARZIA ; Impartialité du juge civil dans l'exercice de ses fonctions ; Mélanges J ; Van Compernelle ; Bruylant ; an 2004 ; p : 717

³ - عبد المنعم الشرقاوي: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية , ط : النهضة العربية , س : 1954 , ص : 95

وفي سبيل تدعيم هذه الاستقلالية من جانب آخر نص الدستور المغربي في (ف 128) أن الشرطة القضائية تعمل تحت سلطة النيابة العامة وقضاة التحقيق، في كل ما يتعلق بالأبحاث والتحريات الضرورية في شأن الجرائم وضبط مرتكبيها وإثبات الحقيقة.

وإن الاستقلال الوظيفي يقتضي تحقق شرطان :

أ- استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية :

إن المقصود باستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية عدم تدخل السلطة التنفيذية بأي وجه من الوجوه في شؤون القضاء وفك الارتباط القانوني والإداري بين الوزارة الوصية وبين جهاز النيابة العامة الذي يجب أن تشرف عليه جهة محايدة تنتمي إلى السلك القضائي ، كما لا يجوز مثلا للسلطة التنفيذية أن تفصل في الخصومات أو تمتنع عن تنفيذ حكم ولا يحق لها توجيه القضاة للحكم على نحو معين ولا يكون لها أي سلطة لوقف العمل بالمحاكم أو تعليقه وكذلك ليس للسلطة القضائية التدخل في شؤون الإدارة أو في أعمال السلطة التنفيذية .

فطبيعة عمل القضاء يجب أن يكون مستقلا وأي مساس بهذا الأصل من شأنه أن يعيث بجلال القضاء وأن كل تدخل في عمل القضاء من جانب أية سلطة من السلطتين التشريعية والتنفيذية يؤثران على ميزان العدل. وقد قضي في هذا الشأن أنه (يجب على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قرارا قضائيا قبل صدوره أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذا كاملا)¹.

ويذهب بعض الفقه على قلته إلى القول بصعوبة التمييز بين وظيفة القضاء ووظيفة السلطة التنفيذية لما بينهما من تشابه كبير مما يوحي باندماج السلطة القضائية في السلطة التنفيذية وبعدم سلامة التقسيم الكلاسيكي الثلاثي لوظائف الدولة، فلا يوجد في نظره إلا سلطة تشريعية تصدر القوانين وأخرى تنفيذية تقوم بتنفيذ هذه القوانين².

غير أن الراجح من الفقه والقضاء وغالبية ، لا يساير هذا المنحى ويقسم سلطات الدولة إلى ثلاث سلط : التشريعية والتنفيذية والقضائية وهو المبدأ المستقر عليه دستوريا وقضائيا اليوم في معظم القوانين والأنظمة القضائية المقارنة.

ومن مظاهر الضغط على القضاة من قبل السلطة التنفيذية في الأنظمة غير الديمقراطية كما جاء في المؤتمر العالمي لاستقلال العدالة سنة 1999، التهجم والتشهير إعلاميا بالقضاء والقضاة ونشر الاتهامات المخرجة لهم بهدف تشويه سمعة القضاء لترهيب رجالها وإخضاعهم للضغوط وفرض الوصاية عليهم والتقتير على هذه السلطة في الميزانية وفي المرتبات وحقوق التقاعد ومحاولة إشراكهم في أنشطة ومنظمات تتعارض و استقلالهم.

وأمام هذه الحالة يجد القاضي نفسه حقيقة بين خيارين : إما تقديم الاستقالة أو الاستمرار و محاولة تطبيق القوانين بشكل يؤدي إلى تطبيق العدل مع ما يشوب ذلك من مخاطرة التضييق والتأديب لأسباب واهية³.

¹ - أحكام المحكمة الدستورية العليا بمصر، م س ص : 974

² - م محمد هاشم : قانون القضاء المدني ، ط 2 س 1990 دون دار النشر.

³ - زج حافظ : الحماية القانونية لحقوق الإنسان، إقامة نظام للعدالة يكفل استقلال القضاة و المحامين ، مجلة الحق ، إتحاد المحامين العرب ، س 19، ع 2، 1988، ص 231

ب- استقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعية :

نص الدستور المغربي في الفصل 107 بأن السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية و عن السلطة التنفيذية وأن الملك هو الضامن لهذه الاستقلالية.

ومقتضى هذا المبدأ ألا تقوم السلطة التشريعية بالفصل في المنازعات أو تقوم بأي عمل يتضمن عرقلة لسير العدالة ولا تعديل حكم صادر عن القضاء ولا إصدار قانون بيان وجه الحكم في قضية معينة بذاتها ولا منع تنفيذ الأحكام¹ كما لا يجوز لها من جهة إصدار قوانين موجهة إلى دعوى بعينها أمام القضاء ولا يجوز إصدار أي تشريع بهدف تغيير تشكيل المحكمة للتأثير في قراراتها².

في المقابل , يقتضي هذا المبدأ ألا يتدخل القضاء في عمل المشرع, فهو ملزم بتطبيق القوانين التي يقننها ولا أن ينشئ قواعد قانونية لها صفة التشريع³.

ذهبت المحكمة الدستورية العليا بمصر في هذا النطاق إلى أن " السلطة القضائية سلطة أصيلة على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع , وقد أناط بها الدستور وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقي السلطات , ومن ثم فلا يجوز - عن طريق التشريع - إهدار ولاية تلك السلطة كلياً أو جزئياً فإن تجاوز القانون هذا القيد الدستوري وانتقص من ولاية القضاء ولو جزئياً , كان مخالفاً للدستور"⁴.

ويترتب عن هذه الاستقلالية, أن القضاء ليس إلا حكماً بين الأطراف وهو ليس بطرف كما أنه لا يتعرض لقضية دون طلب وهو لا يحكم إلا إذا رفع إليه الأمر وفق الأصول القانونية وإذا ما قررت المحكمة أعمال مبدأ أو قاعدة مخصوصة في قضية معينة , فلا يجب من حيث المبدأ أن يكون ذلك إلزام قانوني يجب إتباعه في كافة القضايا المماثلة ويتكرر بتعدد الأفضية, إذ أن وظيفتها الفصل في المنازعات لا التشريع .

كما أنه ليس للقضاء أن يقنن من حيث المبدأ أو أن يقول بأن الحكم في أمر ما, سيكون على نحو كذا أو كذا, ويتبع في كل حال سواء رفعت إليه قضية أم لا , لأن ذلك من شأن المشرع .

كما أنه ليس للقاضي أن يمتنع عن إصدار حكم أو عن تطبيق القانون ولا أن يغير ما فيه بحسب إرادته وقد نصت المادتان 2 و3 من ق م م المغربي على أنه لا يحق للقاضي الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار , ويجب البث بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة ويتعين عليه أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب الطلب ويبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة في النازلة.

2- الاستقلال الإداري :

إن الاستقلال الإداري يشكل مظهراً من مظاهر استقلال القضاء ويتمنخض عن الاستقلال الوظيفي. و مؤداه أن القضاة هم الذين يتولون إدارة الشأن القضائي بأنفسهم سواء عن طريق مجلس القضاء أو بواسطة الجمعيات العمومية للمحاكم التي توزع العمل وتحدد سيره الإداري داخل المحكمة.

¹ -Dec.. const.n : 80-122 DC du 22-08-1980 revue constit 1.86 ; RD pub . 1980 ; 1648 obs ; favoreu

² - مجموعة المبادئ , م س , المحكمة الدستورية المصرية , القضية رقم 59 , ص 970

³ - عبد المنعم الشرقاوي , م س , ص : 95

⁴ - مجموعة المبادئ , م س , المحكمة الدستورية , ص : 973

وقد نص الدستور المغربي في الفصل 103 على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة، سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم، ويضع بمبادرته، تقارير حول وضعية القضاء ومنظومة العدالة، ويصدر التوصيات الملائمة بشأنها. كما يُصدر بطلب من الملك أو الحكومة أو البرلمان، آراء مفصلة حول كل مسألة تتعلق بالعدالة مع مراعاة مبدأ فصل السلط.

وبخصوص تركيبة هذا المجلس، يلاحظ أن السلطة التنفيذية لم تعد متواجدة به تفعيلاً لمبدأ استقلال القضاء الذي أقره دستور 2011 بخلاف ما كان عليه الأمر، إذ كان وزير العدل يشغل صفة النيابة عن الملك رئيس المجلس الأعلى للقضاء. في الدساتير المغربية السابقة.

وينص الفصل 115 من الدستور الحالي على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يرأسه الملك ويتألف من الرئيس الأول لمحكمة النقض، بصفته رئيساً منتدباً والوكيل العام للملك لدى محكمة النقض؛ ورئيس الغرفة الأولى بمحكمة النقض؛ وأربعة ممثلين لقضاة محاكم الاستئناف، ينتخبهم هؤلاء القضاة من بينهم؛ وستة ممثلين لقضاة محاكم أول درجة، ينتخبهم هؤلاء القضاة من بينهم والوسيط؛ ورئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان؛ وخمس شخصيات يعينها الملك، مشهود لها بالكفاءة والتجرد والنزاهة، والعطاء المتميز في سبيل استقلال القضاء وسيادة القانون؛ من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى.

وينص الفصل 116 منه على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يعقد دورتين في السنة على الأقل ويتوفر على الاستقلال الإداري والمالي ويحدد بقانون تنظيمي انتخاب وتنظيم وسيره، والمعايير المتعلقة بتدبير الوضعية المهنية للقضاة، ومسطرة التأديب أمامه¹.

وقد اهتم النسيج المدني بالمغرب والمكونات الحقوقية والجمعيات المهنية القضائية، بالإجراءات الفعلية الكفيلة بضمان استقلال السلطة القضائية في إنتظار تنزيل القوانين التنظيمية، وحاولت بناء على ذلك ملامسة بعض الإشكالات التي تعاني منها منظومة العدالة بالمملكة منها:

استمرار وصاية وزارة العدل على مكونات الجسم القضائي و ضعف تقييم أداء المسؤولين القضائيين وهشاشة الضمانات المخولة للقضاة بشأن تدبير المجلس الأعلى للسلطة القضائية لوضعيتهم المهنية وغياب مقتضيات وإجراءات عملية تحمي استقلال القاضي والقضاء و عدم إعمال مقاربة النوع بخصوص المناصفة في تنظيم آليات انتخاب ممثلي القضاة و تمثيلية النساء القاضيات في تدبير الوضعية المهنية للمرأة القاضية على مستوى التعيين والترقية والانتداب والمسؤولية والتضييق على حرية تأسيس الجمعيات وعلى الحق في التعبير الفردي والجماعي للقضاة في مخالفة صريحة لأحكام الدستور مع عدم التنصيص على إحداث مجلس الدولة المخول له حق مراقبة مشروعيتها و ملائمة قرارات المجلس الأعلى للسلطة القضائية وضعف معايير شفافة اختيار وانتخاب أعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية وتحديد حقوقهم وواجباتهم و مدة انتدابهم.

وعلى مستوى الاقتراحات لمعالجة هذه المعوقات فقد تمت التوصية على ما يلي:

¹ - أنظر لمزيد من التفاصيل :- أنس سعدون : الحراك القضائي في المغرب، تقرير حول وضع السلطة القضائية بالمغرب، المفكرة القانونية (بيروت)، 2013، ص 15. /- عبد اللطيف الحاتمي: معوقات استقلال القضاء، مقال منشور بمجلة في رحاب المحاكم، العدد الثالث دجنبر 2009، ص 83.

تقوية استقلالية القضاء وتعزيز دور المجلس الأعلى للسلطة القضائية كهيئة دستورية لها ولاية كاملة على تسيير شأن القضاة والمسؤولين القضائيين. وتحديد آليات وإجراءات تضمن استقلالية اختيار الرئيس الأول الوكيل العام للملك بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية. والتنصيب على حق الجمعيات المهنية في المؤازرة والحضور للملاحظة وحققها في استشارتها قبل المجلس الأعلى للسلطة القضائية وضرورة تعزيز الطابع التداولي والتقريبي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية ضمانا للنزاهة و الشفافية وفتح نقاش عمومي وطني حول إحداث مجلس الدولة كأعلى هيئة قضائية إدارية للمملكة مع ضرورة اعتماد مقاربة تشاركية مندمجة للتنسيق بين مختلف الجمعيات المهنية والمجلس الأعلى للسلطة القضائية والسلطة الحكومية المكلفة بالعدل وضمان حماية فعالة للقضاة ضد التهديدات والتهجمات عبر إجراءات عملية حامية مناسبة قياسا على الحماية المخولة للضحايا والشهود.

والتأكيد على ضرورة استقلال سلطة النيابة العامة عن السلطة التنفيذية بشكل مطلق، مع نقل الإشراف الكامل على الضابطة القضائية إلى سلطة النيابة العامة، وجعلها من مكونات السلطة القضائية.

وتطوير الإطار القانوني لعمل كتابة الضبط باعتبارها عصب المحكمة خصوصا والعدالة عموما، بهدف ضمان استقلاليتها وتوسيع صلاحياتها تحقيقا للفعالية والنجاعة وتحقيق العدالة للجميع.

وتكريس حق القضاة في التعبير الفردي والجماعي والانتماء للجمعيات.

وعدم تكريس التمييز بين قضاة الأحكام و قضاة النيابة العامة.

وتعزيز منظومة التكوين لجميع مكونات الجسم القضائي،

ودعم مبادئ الشفافية والمساواة والإنصاف والعدالة في تدبير الوضعية المهنية للقضاة.¹

إلا أنه نظرا لتعدد الإكراهات التي قد تحول دون قيام القاضي بدوره في حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون، نقترح على غرار ما يذهب إليه بعض الفقه إنشاء نظام لجودة القضاء تابع للمجلس الأعلى للسلطة القضائية *systeme de la qualite du service judiciaire* لتقييم أداء خدمة القضاء ويقوم

هذا النظام عموما على مؤشرات محددة تهم مثلا عدد القضاة الواجب توافرهم في كل محكمة ومدى كفايتهم بالنظر لعدد القضايا و طبيعة التجهيزات والمباني التي يلزم توفرها وعدد ومؤهلات مساعدي القضاء وخطط التدريب

والتأهيل ووضع استبيانات متعلقة بمدى الرضا الوظيفي للعاملين والمرتفقين ووضع معايير خاصة دقيقة وواضحة لا

تقبل أي اجتهاد سلبي أو غير موضوعي بخصوص الكفاءة والاستحقاق مع الانفتاح على المجتمع المدني والأخذ بمقترحاته.²

في هذا الاتجاه، لا بد من التنويه بالخطاب الملكي بتاريخ 01-03-2002 بمناسبة افتتاح إحدى دورات المجلس الأعلى للقضاء الذي أعلن عن الإرادة السياسية من أعلى سلطة في البلاد على إصلاح القضاء و(التعبئة الكاملة و القوية

¹- تقرير حول أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية بتعاون مع هانس سايدل حول موضوع "مسودة مشاريع قوانين السلطة القضائية بالمغرب وسؤال استقلال القضاء"، بقاعة المؤتمرات بفندق فرح بالرباط، يوم السبت 14 دجنبر 2013، منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 16 فبراير 2014، ص 335.

وانظر لمزيد من التفاصيل : - البيان الختامي للمناظرة الوطنية حول استقلال السلطة القضائية المنظمة بالمعهد العالي للقضاء بالرباط أيام 16 و 17 و 18 ماي 2014 تحت شعار "استقلال السلطة القضائية . أية ضمانات؟

²- نبيل اسماعيل عمر: نظام قاضي التحضير في القانون الفرنسي ونظام النيابة المدنية المدنية المقترح العمل به في مصر - دار الجامعة الجديدة س 1999، ص 26 البند 38،

للقضاة و لكل الفاعلين في مجال العدالة للمضي قدما بإصلاح القضاء نحو و جهته الصحيحة و انتهاء زمن العرقلة و التخاذل و التردد و الانتظارية .)

و حاول المغرب على مستوى أجهزته التنفيذية المكلفة بقطاع العدل , لاسيما بعد صياغة دستور 2011 عقد عدة مناظرات و وطنية شاركت فيها مختلف مكونات المجتمع المغربي بخصوص مناقشة إشكالية منظومة العدالة, كللت بالميثاق الوطني لإصلاح القضاء المقدم من طرف الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة والذي حاول رصد الإشكالات و التركيز على بعض المؤشرات كمدخل حقيقية لإصلاح القضاء و توطيد استقلال السلطة القضائية و تخليق منظومة العدالة و تعزيز حماية القضاء للحقوق والحريات والإرتقاء بفعاليتها ونجاعته وإثراء القدرات المؤسساتية لمنظومة العدالة و تعزيز الإدارة القضائية و تعزيز حكامتها , وهنا لابد من أقف عند تعليق أحد المواطنين أثار انتباهي الذي وبلغه واقعية و عميقة ربما أقوى من ديباجة توصيات المناظرات والندوات, وضع الأصعب على بعض مكامن إشكالية العدالة بالمغرب فصرح قائلاً (ينبغي أن يهدف الإصلاح لاستعادة ثقة المواطنين في النظام القانوني, مع إضفاء الطابع الأخلاقي عليه بأكمله و تبسيط الإجراءات والإسراع في مسألة بحث القضايا حيث أنها تقبع في أدراج المحاكم و يكسوها التراب. المهمة ضخمة, لكن هذا هو الثمن الذي ندفعه لإخراجها من الفخ الذي علقته به طيلة عقود. لكن مثلما يقول المثل الأفضل أن تفعل ذلك متأخراً من ألا تفعله على الإطلاق, والوقت لم يتأخر أبداً لنفعل الصواب. لذا دعونا نشمر عن سواعدنا ونواجه التحدي المتمثل في إضفاء الطابع الأخلاقي على الحياة العمومية).

في نظرنا وفي هذا التوجه, إن ضبط المؤشرات لتفعيل نجاعة القضاء بالمغرب يجب أن تركز ضمن رؤية واقعية ومستقبلية مندمجة للقطاع مع ضرورة توظيفه ضمن بقية محددات أخرى متنوعة في أفق تحديد طبيعة أو ماهية الرأسمال الغير المادي لقطاع القضاء *le capitale immatériel du service de la justice* و الرفع من مخزونية قيمته كثروة غير مادية في كليته وجزئياته و تحديد علاقاته وتأثيراته المباشرة وغير المباشرة مع باقي مكونات الثروة غير المادية للمملكة تمشياً مع الخطاب الملكي لعيد العرش بتاريخ 01-08-2014 و تقرير البنك الدولي لسنة 2006 الذي أفاد أن هناك مؤشرات أو مقاربات غير مالية لقياس الثروة والتنمية للبلد مثل الرصيد الثقافي وجودة المؤسسات ومؤشر الثقة فيها إلى غير ذلك التي تجعل الإنسان في قلب التجسيد المادي للرأسمال غير المادي¹.

وبخصوص مرفق القضاء أو سلطة القضاء على الأصح فهو لا يخرج في اعتقادنا الصميم عن نطاق الرأسمال غير المادي بل هو الرأسمال الاجتماعي بامتياز *le capital social* لأية أمة لأنه هو الضامن لأي استقرار سياسي واقتصادي وقيل قديماً إن العدل أساس الملك.

نرى أن هناك محددات مختلفة لقياس هذا الرأسمال على نحو نسبة مدى الثقة في مؤسسة القضاء ومدى استقلاله ومدى قدرته على تطبيقه القانون العادل على الأفراد و الجماعات وطبيعة ضمانات استقلاله ومناطقها و ضمانات تأديب القضاة ومسطرتها و ماهية شروط المحاكمة العادلة إلى غير ذلك من المؤشرات قد تضيق وقد تتسع بحسب واقع الرأسمال. يذهب البعض من رجال القضاء المغربي في أول مناقشة لهذا الإشكال بحسب ما نعتقد إلى التقرير بضعف الرأسمال الغير المادي بهذا القطاع لتضارب العمل القضائي وعدم إستقراره ولغياب مدرسة قضائية مغربية معروفة

¹ - دراسة لخبراء البنك الدولي سنة 2006 باللغة الإنجليزية تحت عنوان ("أين تكمن ثروة الأمم في القرن؟ قياس رأس المال للقرن 21"). وأفرقت فصلاً خاصاً عن *intangible capital* وترى هذه الدراسة أن هناك مؤشرات عدة للرفع من هذا الرأسمال منها مثلاً المساءلة السياسية و الاستقرار وسيادة القانون ومراقبة الفساد الخ - أنظر في هذا الشأن للتفصيل وبتحفظ في مفهوم الرأسمال غير المادي, الموقع الإلكتروني: wikipedia.org/wiki/Capital_immat. وانظر أيضاً : *la richesse immatérielle des nations ; un regard* sur le

وتدهور الأعراف القضائية نتيجة أزمة أخلاق والفشل في تنزيل الأمن القضائي على الأرض مع الاعتراف بكون تعدد الجمعيات المهنية القضائية والطابع المجتمعي الذي أصبح يشكله موضوع القضاء اليوم يعتبر كله نقاط إيجابية للرفع من قيمة هذا الرأسمال، لأجله يرى أن الاستقلالية والتخليق والحكامه مداخل للرفع من ثروة هذا الرأسمال¹.

3- الاستقلال المالي :

من أجل ضمان الإستقلال المالي للسلطة القضائية , أوصى المؤتمر العالمي لاستقلال القضاء المنعقد بمونتريال سنة 1973 على أنه (يجب أن تكون رواتب القضاة وحقوق تقاعدهم كافية و مناسبة لأوضاعهم ولكرامة مسؤوليات مناصبهم وأن يجري تعديلها بانتظام وفقا لارتفاع معدلات الأسعار).

هنا لا بد من الإشارة إلى الزيادات الأخيرة التي طالت رواتب القضاة المغاربة بعد ضغط المطالب المتكررة لمكونات المجتمع المدني والجمعيات المهنية القضائية²

وقد حرص النظام الإنجليزي على أن تكون مرتبات القضاة في غير متناول البرلمان وأن تنفرد بحكم خاص من حيث عدم تصويت البرلمان سنويا عليها بخلاف سائر موظفي الدولة, ويتقاضى القاضي الإنجليزي مرتبا سخيا تكفل له معيشة كريمة باعتبار أن وظيفة القضاء من أرقى وظائف الدولة³.

ومن أهم ضمانات الإستقلال المالي , أن يستقل القضاء بوضع ميزانيته عن طريق المجلس الأعلى للسلطة القضائية . ويرى البعض , إن البعد المؤسسي لمفهوم الاستقلال المادي للقضاء يقتضي توفير الموارد المادية الكافية، لكي تؤدي السلطة القضائية والحكام والقضاة المهام المنوطة بهم بكفاءة وفعالية لكسب ثقة المتقاضين، فالكثير من البرامج والخطط الإصلاحية والمساطر والإجراءات القانونية أو ذات الطبيعة الإدارية المتعلقة بمصالح المواطن، مرتبطة وجودا وعدما بتوافر الإمكانيات المادية واللوجيستية للمحاكم وليس فقط بكفاءة القاضي أو رغبته في خدمة المواطن، وأن الاستقلال المالي والإداري للمحاكم أصبح مطلبا دوليا ومن آليات الحكامة الجيدة⁴.

وترى بعض الجمعيات المهنية القضائية⁵ بضرورة العمل على تعزيز ضمان الاستقلال المالي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية من خلال مشاركة المجلس في إعداد ميزانية السلطة القضائية وتوفير جميع الإمكانيات والموارد لتطلع السلطة القضائية وأعضائها بدورهم في حماية الحقوق الفردية و الجماعية للمواطنين. وتحويل الرئيس الأول لمحكمة النقض بصفته الرئيس المنتدب للمجلس صفة الأمر بالصرف ينوب عنه لأي سبب كان الوكيل العام لدى نفس المحكمة والعمل على تعزيز ضمان الاستقلال الإداري لهذا المجلس من خلال تمكينه من مقر مستقل ولائق. وتمكين المجلس من موظفين إداريين تابعين له ومسؤولين أمامه يعينهم الرئيس الأول لمحكمة النقض باعتباره رئيسا منتدبا للمجلس طبقا لقواعد الحكامة المتعارف عليها⁶.

¹ - المهدي شبو: الرأسمال غير المادي للقضاء بالمغرب، مقال منشور بجريدة أخبار اليوم – العدد 1456 بتاريخ 26-08-2014.

² - مرسوم الزيادة في أجور القضاة بعد موافقة المجلس الحكومي المنعقد بتاريخ 16-01-2014 والذي تم فيه تغيير المرسوم القديم المرقم ب 2.75.175

³ - سمير أرسلان: مفهوم استقلال السلطة القضائية، الاخبار ، العدد 575، بتاريخ 26 شتنبر 2014. / وأنظر أيضا : - محمد كامل عبيد : إستقلال القضاء , س 1991 , ص 375 _ دون دار النشر -

⁴ - محمد الخضراوي : دراسة في القانون : إستقلال القضاء المغربي :مقالة بجريدة الصباح - الموقع الإلكتروني بتاريخ . 19-12-201

⁵ - مذكرة نادي القضاة حول القانون التنظيمي المتعلق بالسلطة القضائية المستقلة موجودة بموقعه الرسمي الإلكتروني.

⁶ - أنظر لمزيد من التفاصيل : -أنس سعدون : مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية، أي جديد؟ مقال منشور بالمجلة المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء، العدد 4، خريف 2014، ص 163.

4- ضمانات استقلال السلطة القضائية :

توجد مجموعة من الضمانات لتنزيل مفهوم استقلال القضاء على أرض الواقع منها ما هو منصوص عليه في الدساتير ومنها ما هو منصوص عليه في قوانين خاصة وهذه الضمانات هي: ضمانات الأمن الوظيفي والضمانات الجزائية عند الإخلال باستقلال القضاء وضمانة عدم إنشاء المحاكم الخاصة والضمانات المتعلقة بعدم الصلاحية والتجريح والتشكك المشروع وحسن سير العدالة.

أ- ضمانات الأمن الوظيفي :

إن ضمانات الأمن الوظيفي ضرورية لصالح النظام القضائي وهي ليست إمتيازاً ممنوحاً للقاضي , فوضع قواعد خاصة لتنظيم شؤون القضاء الخاصة بنقلهم وترقيتهم وانتدابهم وتأديبهم ومتابعتهم جنائياً يؤدي إلى حمايتهم من أي تعسف محتمل.

بخصوص ضمانات عدم قابلية القضاة للعزل , نص الدستور المغربي بأنه لا يعزل قضاة الأحكام إلا بمقتضى القانون. - (الفصل 108)

وقد نصت على هذا المبدأ أغلب الدساتير المعاصرة منها الدستورين الفرنسي والمصري¹

والمقصود به عدم جواز إبعاد القاضي من منصبه القضائي سواء بطريق العزل أو الإحالة على التقاعد أو الإقصاء المؤقت عن العمل أو النقل التأديبي إلى وظيفة أخرى إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً.²

إن هذه الضمانة تؤدي إلى الحد من سيطرة السلطة التنفيذية وتحقيق جوهر استقلال القضاء وتأمين القاضي وتحصينه في عمله كما أنه تعتبر ضرورية لحسن تطبيق القانون وتحقيق العدالة . فعزل القضاة سلاح خطير يهدد قيامهم بدورهم ويؤثر سلباً على حسن سير العدالة وعلى سلامة الأحكام.

وبغير هذه الضمانة, لا يمكن للقاضي أن يطبق القانون كما يجب كما لا يمكن للقانون أن يسود داخل المجتمع.³ كما أنها تؤدي إلى تحقيق حياد القاضي , فالقاضي غير المطمئن على منصبه غير الأمن على مصيره , لا يرجى منه حياد , فشعور القاضي بأن السلطة التنفيذية تستطيع الضغط عليه بعزله يفقده الحرية في تكوين الرأي.⁴

¹ - تنص م 168 من الدستور المصري على أن القضاة غير قابلين للعزل كما تنص المادة 124 من الدستور الكويتي على نفس الأمر.

² - J-Raynal ; Histoire des institutons judiciaires . Ed ; Armand Cloin ; Paris 1964 ; pp 94 et s

³ - S.Lavric : Principes fondamentaux entourant l'activité judiciaire ; deux nouveaux textes- du conseil de l'europe . Dalloz ; actualié 30-11-2010 ; édtt Dalloz ; an 2011

⁴ - مجموعة المبادئ , م س , المحكمة الدستورية العليا بمصر , ص 975 - 985 ولمزيد من التوضيح أيضا يراجع : أ . فتحي سرور : الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية . دار النهضة العربية , ط 4 , س 1981 , ص : 898

غير أنه يجمع الفقه والقضاء على أن عدم قابلية القاضي للعزل لا يعني توقيع شيك على بياض له يفعل به ما يشاء ولا أن يكون عاصما له من محاسبته عندما يخل بمهام مسؤوليته وتحقق الخطأ المهني القضائي الموجب لمسؤوليته.¹

ينص الفصل 58 من النظام الأساسي لرجال القضاء بالمغرب (ظهير 1974) على أن كل إخلال بالقاضي بواجباته المهنية أو بالشرف أو بالوقار أو الكرامة خطأ من شأنه أن يكون محل متابعة تأديبية.

فالحصانة مرتبطة إذن بمقصدها وهو تأمين العمل القضائي من أي محاولة التأثير على سلامة سيره مع تنزيل مساءلة القاضي عند الإخلال بواجبه .

وقد نص الدستور المغربي بأن كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد يعتبر خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة. (ف 109)

كما نص من حيث التأديب وتدابير الوضعية الفردية للقضاة ، أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية هو المختص وأن قانون تنظيمي سيصدر في الموضوع،

وأن المجلس يساعده، في المادة التأديبية، قضاة مفتشون من ذوي الخبرة. كما تم التنصيب على أن المجلس يراعي في القضايا التي تهم قضاة النيابة العامة، تقارير التقييم المقدمة من قبل السلطة التي يتبعون لها. (ف 116)

وأن المقررات المتعلقة بالوضعية الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة، أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالمملكة.

أشير هنا، أنه في إطار ظهير 1974 بمثابة النظام الأساسي لرجال القضاء الذي مازال ساري المفعول إلى الآن في انتظار تنزيل القوانين التنظيمية، يمارس وزير العدل سلطة المتابعة وسلطة النظر في القضايا التأديبية للقضاة بجانب باقي أعضاء المجلس الأعلى للقضاء في القضايا التأديبية للقضاة وهو ما يعتبره الكثير من رجال القضاء والفقه إنتكاسا و مسا واضحا مبدأ استقلال القضاء.

الملاحظ أن المجلس الأعلى للقضاء حاليا مازال يمارس سلطة التأديب في حق القضاة في انتظار صياغة القوانين التنظيمية رغم أن هذا الموقف غير مؤسس على تأويل حقوقي وديمقراطي للمتن الدستوري في نظرنا، ويطرح سؤال جوهرى بخصوص قضية تدرج القوانين ، هل يحق للمقتضى القانوني الفرعي أن يغل القاعدة الدستورية و توقيف آثارها سيما وأن القاعدة قد أقرت مبادئ كونية تتعلق باستقلال القضاء عن السلطتين التشريعية التنفيذية وصادق عليها بطريق المعاهدات والاتفاقيات الدولية ؟

لأجله، ارتأت البعض من الجمعيات المهنية القضائية- في هذا الشأن أن استمرار المجلس الأعلى للقضاء في البت في المساطر التأديبية للقضاة تشكل مقاربة مخالفة لإرادة المشرع الدستوري الذي خول للقضاة حق الطعن في المقررات

¹ -Samir Arsalane : la faute du juge dans la responsabilité disciplinaire . étude paru - dans la revue marocaine : club des magistrats casablanca ; n 3 an 2014

أنظر أيضا : -محمد الهيني : ماهية الخطأ المهني القضائي الموجب للمساءلة التأديبية . مقالة بالموقع الإلكتروني العلوم القانونية بتاريخ 11-06-2014 / محمد الهيني : اصلاح القضاء بين الحقيقة والوهم، مقال منشور في جزئين بجريدة الأخبار، العدد 463 بتاريخ 16 ماي 2014، والعدد 469، بتاريخ 23 ماي 2014، ص 14.

التأديبية كما سجلت غياب معايير المحاكمة التأديبية العادلة في عدد من المساطر التي بت فيها المجلس الأعلى للقضاء، خاصة فيما يتعلق بقرينة البراءة والمس بحقوق الدفاع.¹

وفي مصر، أصدرت الجمعية العامة لنادي قضاة مصر في 28-03-1968 بيانا طالبت فيه بضرورة توفير كامل الضمانات للقضاة المتعلقة بالاستقلال وعدم القابلية للعزل.²

ب- من أهم ضمانات استقلال القضاء، أن لا تبقى ترقية القضاة متأثرة بقرار الجهاز التنفيذي أو غير خاضعة لمعايير موضوعية ودقيقة من طرف الجهة المعنية لان ذلك سيفتح باب المحاباة لبعض القضاة والنكايه ببعض الآخر.

وقد ذهب بعض الفقه إلى فكرة عدم الأخذ بنظام الترقية أساسا لكونه سيهدد نزاهة القاضي ويجعل منه موظفا يهدف الترقى إلى الدرجة الأعلى مما يستلزم مسيرته للجهة التي يتبع لها.³

ونحن لا نعتد بسلامة هذا الرأي على مشروعية طرحه، لأن الأخذ به سيقفل باب الاجتهاد وسيستوي فيه المجتهد وغير المجتهد.

وقد نص الدستور المغربي على أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة بخصوص ترقيتهم (ف 113)

من جهة أخرى، نرى كما ذهب إلى ذلك البعض، بضرورة إلغاء مسطرتي التكليف و التمديد على اعتبار أن هاتين الآليتين تجسدان عدم المساواة وعدم تكافؤ الفرص بين القضاة؛ كما تعتبران وسيلة للتأثير على استقلال القاضي و ضرب أسس استقلال السلطة القضائية. لاسيما أن المسطرة المعمول بها حاليا تتم بمبادرة من وزير العدل عن طريق اقتراح يقدم أمام المجلس الأعلى للقضاء.

في النظام القضائي المغربي وطبقا لظهير 11-11-1974 والمراسيم المتعلقة به. ينقط القاضي من خلال نشرة التنقيط بتعليق من طرف المسؤول القضائي الرئيس المباشر مابين الترقى السريع الذي هو 3 نقاط والترقى المتوسط الذي هو نقطتين والترقى الضعيف الذي هو نقطة واحدة،

يقوم وزير العدل بحصر لائحة الأهلية للترقى إلى الدرجة الأعلى عن طريق أمانة المجلس الأعلى للقضاء تم يحيلها إلى هذا المجلس للبت فيها.

هذا التنقيط يكون سريرا غالبا كما سارت العادة على ذلك ولو بدون نص صريح و واضح الأمر الذي لا يمكن معه القاضي من الإطلاع على معدل تنقيطه والملاحظات التي أبدت في شأنه ويفوت عليه فرصة التظلم أو الطعن في قرار التنقيط متى جانب قاعدة الشرعية وقرار التنقيط هو قرار إداري مما لاشك فيه و يؤثر على المركز القانوني والإداري للقاضي.

¹- بيان المكتب التنفيذي لنادي قضاة المغرب ليوم 30-08-2014 - الموقع الرسمي لنادي قضاة المغرب.

²- سمير أرسلان: دور استقلال السلطة القضائية في المنظومة القضائية للدولة، الأخبار، العدد 597، بتاريخ 24 أكتوبر 2014. / وأنظر أيضا : طارق البشري : القضاء المصري بين الإستقلال والإحتواء، س 2006 ص 19

³- نور شحاتة : استقلال القضاء، دار النهضة العربية، س 1987. وأنظر أيضا لمزيد من التفاصيل : -سمير أرسلان : مطلب الاستقلال الإداري للسلطة القضائية، الأخبار، العدد 661 بتاريخ 9 يناير 2015.

هذا النظام للأسف , مازال معمولاً به إلى الآن في انتظار تنزيل القوانين التنظيمية, ويعتبر في نظر غالبية الفقه ورجال القضاء ضرباً لاستقلالية القاضي. لأجله ندعو بضرورة إلغاء نظام التنقيط وتعويضه بنظام التقييم ينبنى على معايير موضوعية ثابتة ومعللة يطلع عليها القاضي وقابلة للطعن فيها أمام الجهة المختصة.

أما في النظام القضائي المصري, تخضع قواعد ترقية القاضي لمؤشر الأقدمية والكفاءة كما ينص على ذلك قانون السلطة القضائية 2008 في المادة 49 وهي علنية يطلع عليها القاضي وتخضع القرارات بشأنها لطرق التظلم والطعن القضائي.

ج- ضمانات النقل والانتداب :

يعد من الضمانات الأساسية للقضاة وتحصينا من النقل التعسفي إلى مناطق نائية ولو غلف بالمصلحة القضائية كما يعد وسيلة لإغراء البعض إلى نقله إلى العاصمة أو المدن القريبة أو بإبقائه بالمدينة التي يرتضيها والنكاية ببعض الآخر الذي يقاوم أي تدخل في عمله بتثقيله ولو بدون رغبته لتأديبه أو لزعة استقراره.

وقد نصت معظم الدساتير المقارنة على حصانة عدم قابلية النقل حتى لا يكون النقل سلاح ضد القاضي .

نص الدستور المغربي على هذه الحصانة بقوله أن القضاة لا ينقلون إلا بمقتضى القانون (ف 108) وأن المجلس الأعلى للسلطة القضائية هو الساهر على هذه الضمانة.

كما نص قانون السلطة القضائية بمصر على قواعد ثابتة ودقيقة لتنظيم نقل القاضي كما يشرف عليها مجلس القضاء الأعلى¹ ويشترط موافقة القاضي وموافقة هذا المجلس .

إلا أنه , في إطار ظهير 1974 المعمول به حالياً , وبموجب الفصل 55 فيمكن للقاضي أن يعين في منصب جديد بطلب منه أو نتيجة ترقية أو إحداث محكمة أو حذفها كما أن الفصل 57 منه ينص على أنه بإمكان وزير العدل أن ينتدب قاضياً بقرار عند الاقتضاء للإفراغ في قضاء الحكم أو التحقيق أو النيابة العامة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ويمكن تمديدها لنفس المدة بموافقة القاضي المعني.

هذا المقتضى , قد لاقى انتقاداً كبيراً من طرف الفقه ورجال القضاء لكونه يضرب في الصميم استقلال القضاء ويصبح فيه التنفيذي يوجه القضائي ويخرج عن المعايير الدولية.

عملياً هذا المقتضى لا يعمل به حالياً و منذ مدة ولم يتم تفعيله إلا في حالات خاصة و بعد موافقة القاضي المعني بطلب مكتوب منه وحسناً ما صنع في هذا الموضوع في انتظار صياغة القوانين التنظيمية وضماناً لاستقلال عمل القاضي.

وترى بعض الجمعيات المهنية القضائية² ضرورة التقييد برغبات القضاة المتعلقة بالانتقالات و أنه لا يجب نقل القضاة من أماكن عملهم إلا بناء على ما يقتضيه القانون مع ضرورة تعليل مقررات المجلس.

¹ - ا . السيد الصاوي : الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية , دار النهضة العربية , س 2000.

² - بيان المكتب التنفيذي لنادي قضاة المغرب.

2- الضمانات الجزائية عند الإخلال باستقلالية القضاء أو طبيعة مسؤولية القاضي :

تقتضي المحافظة على حسن سير العدالة أن تكون هناك جزاءات رادعة عند مخالفة الواجب الوظيفي . فكل من الاستقلال والمسؤولية يعزز أحدهما الآخر ويؤديان إلى تحقيق غاية واحدة وهو تحقيق العدل.

وتتفاوت مسؤولية القاضي هنا بإيجاز بين المسؤولية التأديبية والمسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية :

أ- المسؤولية التأديبية :

تقوم المسؤولية التأديبية للقاضي على أساس فكرة الخطأ وهو انحراف في السلوك ويعتد لقياس هذا الانحراف بالمعيار موضوعي .

وينص الدستور المغربي بأن كل إخلال من القاضي بواجب الاستقلال والتجرد يعتبر خطأ مهنيا جسيما، كما ينص الفصل 58 من النظام الأساسي لرجال القضاء (ظهير 1974) أن كل إخلال من القاضي بواجباته المهنية أو بالشرف أو بالوقار أو الكرامة يعتبر خطأ من شأنه أن يكون محل عقوبة تأديبية.

والمقصود بالخطأ هنا الخطأ الجسيم وليس الخطأ العادي.

والخطأ الجسيم كما عرفته محكمة النقض الفرنسية ، هو الخطأ الفاضح الذي ما كان يجب أن يرتكبه القاضي لو أنه اهتم بعمله إهتمام القاضي العادي 57م

ويمكن لوزير العدل طبقا للنظام المذكور، توقيف حالا القاضي عن مزاولة مهامه في حالة ارتكاب خطأ جسيم كما يمكن توقيف مرتبه لمدة لا تتعدى أربعة أشهر (ف 62).

وإن تقدير الخطأ هنا من حيث الخطورة تعود للسلطة التنفيذية في شخص وزير العدل عند المتابعة التأديبية .

وتم التنصيص على طبيعة العقوبات التأديبية في (الفصل 59) وهي عقوبات من الدرجتين الأولى والثانية أما (الفصل 61) ، فتطرق للمسطرة التأديبية. وتتفاوت العقوبة التأديبية مابين الإنذار والتوبيخ والتأخير عن الترقى والحذف من لائحة الأهلية بالنسبة لعقوبة الدرجة الأولى أو الإحالة على التقاعد التلقائي أو الانقطاع عن العمل أو العزل مع حفظ الحق في التقاعد أو الحرمان منه بالنسبة لعقوبة الدرجة الثانية¹

ويرى البعض من القضاء والفقه و الجمعيات المهنية القضائية كون استمرار المجلس الأعلى للقضاء بتشكيلته الحالية البث في الملفات التأديبية هو تغليا للغة الردع في زمن الإصلاح وتقويضا للضمانات الدستورية الممنوحة للقضاة موضوع التأديب خاصة قرينة البراءة²، و حرمانا من حق الطعن أمام أعلى جهة قضائية إدارية وعدم التوقيف

¹ - أحمد النويضي : التطبيقات العملية لتأديب القضاة ، موقع العلوم القانونية بتاريخ 12-06-2014 .

² - أنظر لمزيد من التفاصيل - : أنس سعدون: قراءة أولية في نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء (دورة نونبر 2013)، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد 19، ماي 2014، ص 46. / - أنس سعدون : قراءة أولية في نتائج المجلس الأعلى للقضاء- دورة ماي 2014، مقال منشور في جزاين بجريدة المساء العدد 2461 بتاريخ الثلاثاء 2014/08/26، والعدد 2462 بتاريخ الأربعاء 2014/08/27، ص 8. منشور أيضا بمجلة المفكرة القانونية ببيروت 2014.

للمتابعات التأديبية إلى حين تنزيل القوانين التنظيمية وفق ما يقتضيه التأويل الديمقراطي للدستور وغيابا لضمانات المحاكمة العادلة أمام المجلس الأعلى للقضاء وفي مقدمتها علنية الجلسات وحق التقاضي على درجتين وحق الدفاع.¹

وبخصوص موضوع التأديب فقد تمت التوصية على ضمان حق القاضي في دفاع محايد و مستقل , من بين المحامين أو القضاة أو ممثلي الجمعيات المهنية و ضرورة البت في مسطرته التأديبية داخل آجال معقولة مع ضرورة إنشاء مجلس الدولة بوصفه أعلى هيئة إدارية بالمملكة للفصل في الطعون المتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة وفقا للمستجدات الدستورية على اعتبار أن إنشاء المحكمة المذكورة هو الضمان الأساسي لعدم خضوع الجهة المكلفة بالنظر في الطعون المتعلقة بالوضعيات الفردية للقضاة لنفوذ أو سلطة القضاة الأعضاء المعينين في المجلس بقوة القانون²

ب - المسؤولية المدنية للقاضي :

الأصل يقضي بعدم مسؤولية القاضي عما يصدره من أحكام وقرارات وأوامر أثناء عمله لأنه يستعمل في ذلك حقا خوله له القانون وترك له سلطة تقديرية في ذلك, لكن أغلب التشريعات المقارنة اليوم ومنها التشريع المغربي أقرت بمسؤولية القاضي إذا انحرف عن واجباته على سبيل الحصر³

والواقع أن التشريعات المقارنة قد ترددت كثيرا في تقرير مسؤولية القاضي من عدمها .

في بريطانيا مثلا , القاضي غير مسؤول عن أخطائه لان النظام المتبع في تعيينه مشدد ودقيق قد لا تثار معه أية شبهة الوقوع في الخطأ , وفي الولايات المتحدة الأمريكية, القاضي لا يكون مسؤولا إلا عند ارتكابه الخطأ الجسيم أو التدليس , وفي فرنسا يكون القاضي مسؤولا مدنيا في حالة الخطأ الجسيم أو إنكار العدالة أما التشريع المصري فالقاضي يكون مسؤولا عن الخلل الذي يرتكبه أثناء عمله كالغدر والتدليس والغش والخطأ الجسيم.

و قد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى تقرير مسؤولية الدولة عن خطأ القاضي على أساس مسؤولية المتبوع على أعمال التابع ويجوز للدولة الرجوع على القاضي بما دفعته من تعويض و قد تقررت هذه المسؤولية أساسا لفائدة المضرور.⁴

و ينص الفصل 122 من دستور المملكة بأنه يحق لكل من تضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة.

¹ - بيان المجلس الوطني لنادي قضاة المغرب بتاريخ 14-09-2014 انظر الموقع الرسمي لنادي قضاة المغرب.

² - أنظر بتفصيل في هذا الموضوع مذكرة النادي , م س ويراجع أيضا بتحفظ البعض من توصيات الميثاق الوطني لأصلاح العدالة بالموقع الرسمي لوزارة العدل بخصوص مسطرة التأديب.

³ - En effet ; l'état est tenue de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice et d'autre part ; que sa responsabilité n'est en engagée qu'en cas de faute lourde ou déni de la justice . Arrêt du 10-06-1986 ; CIV 1 ere ; Consorts Pourcel ; Bull civ

⁴ - فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني , ط : دار النهضة العربية , س : 2001 , ص 129 البند 11.

كما ينص الفصل 81 من ق ل ع بأن القاضي الذي يخل بمقتضيات منصبه, يسأل مدنيا عن هذا الإخلال اتجاه الشخص المتضرر في الحالات التي تجوز مخصصته ونظمت الفصول من 391 إلى 401 من ق. م. م المغربي القواعد العامة لمسطرة خاصة القضاة.

بصفة عامة , يمكن مخصصة القاضي في التشريع المغربي إذا ادعي ارتكاب تدليس أو غش أو غدر سواء من طرف قاض الحكم أثناء تهيئ القضية أو الحكم فيها أو من طرف قاض النيابة العامة أثناء قيامه بمهامه أو إذا قضى نص تشريعي صراحة بجواز ذلك أو إذا قضى بمسؤولية القضاة المستحق عنها تعويض أو عند وجود إنكار العدالة .

ترفع دعوى المخصصة إلى محكمة النقض وفي حالة قبول الطلب يبلغ إلى القاضي المعني الذي يجب عليه أن يقدم وسائل دفاعه مع التخلي عن النظر في الدعوى موضوع المخصصة ويتخلى كذلك حتى الفصل نهائيا في هذه الدعوى تحت طائلة بطلان الحكم الذي قد يصدر فيها. (الفصل 399 ق م م) 63م

ج - المسؤولية الجنائية :

القاضي مادام غير مطعون في نزاهته , لا يسأل أصلا عن قضاؤه حتى ولو أخطأ في اجتهاده , غير إنه إذا وقع المحذور على نحو أو آخر , فقد يتعرض للمساءلة الجنائية.

هذه المساءلة تدخل في صميم الدفاع عن استقلالية القضاء وعدم التأثير عليه طالما أن القاضي يكون قد حكم إما بناء على رشوة أو وساطة أو استغلال نفوذ مثلا أو إذا ارتكب عموما أية إساءة عمدية عن طريق السلطة التي بيده .

وتعتبر المسؤولية الجنائية للقاضي هذه , من أقدم ضمانات استقلال القضاء و أوسعها تطبيقا في العالم¹

ففي بعض التشريعات كاليونان وإيطاليا والهند والمغرب أيضا يخضع القاضي كغيره من المواطنين لأحكام القانون الجنائي على نحو حالة الارتشاء أو استغلال النفوذ مثلا . أما في بعض الأنظمة القضائية الأخرى , فيشترط الإذن المسبق كشرط لمحاكمة القاضي جنائيا².

في فرنسا , تنص المادة 681 من المسطرة الجنائية على إجراءات خاصة في حالة الجنابة أو الجنحة المرتكبة من طرف القاضي أثناء القيام بوظيفته وهو نفس الأمر عموما بالنسبة للمسطرة الجنائية المغربية , القاضي عند ارتكابه لفعل جرمي , يخضع لقواعد الاختصاص الاستثنائي - (الفصول من :266 إلى 270 ق م ج)

كما يعاقب القاضي مثلا عن العمل التحكيمي المنصوص عليه في المادة 225 من القانون الجنائي وعن انتهاك حرمة مسكن الغير المنصوص عليه في المادة 230 قج وعن إنكار العدالة المنصوص عليه في المادة 240 من ق ج وعن قبول رشوة أو استغلال النفوذ المنصوص عليهما في المادتين 250 و 251 من ق ج .

¹ - يس عمر يوسف : استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي , أطروحة دكتوراه , جامعة عين شمس , سنة 1984

² - المادة 120 من قانون العقوبات المصري وانظر أيضا المادة 361 من قانون العقوبات اللبناني .

أما في مصر , فقد فرض المشرع نوعا ما حصانة قضائية لفائدة القاضي ترجيحاً للطبيعة الخاصة لوظيفته , ونص صراحة على إجراءات محددة في المادة 96 من قانون السلطة القضائية تقضي أنه في غير حالة التلبس بالجريمة , لا يجوز القبض على القاضي أو اعتقاله احتياطياً إلا بعد الحصول على موافقة قبلية من قبل مجلس القضاء الأعلى¹

وحرصاً من التشريعات المقارنة على تحقيق نزاهة القضاء واستقلاله في مواجهة أية سلطة كانت , جرمت أي تدخل في شؤون القضاء كالتوسط مثلاً لدى أحد القضاة لصالح أحد الخصوم أو بقصد الإضرار به سواء عن طريق الأمر أو الرجاء أو التوصية (أنظر الفصل 120 من قانون العقوبات المصري).

وقد نص الدستور المغربي في هذا الباب أنه يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات، ولا يخضع لأي ضغط. كما يعاقب القانون كل من حاول التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة (ف 109)

3 - ضمانات عدم إنشاء محاكم الخاصة :

إن المقصود بالمحاكم الخاصة أو الاستثنائية تلك المحاكم التي تشكل على خلاف المحاكم العادية ويسند لها محاكمة شخص أو أشخاص معينين بخصوص ارتكاب جريمة أو جرائم معينة ويكون اختصاصها محدود تختص فقط بما أسند لها من منازعات محصورة.²

و نص الدستور المغربي أنه لا يمكن إحداث المحاكم الاستثنائية (ف127).

ويجمع الفقه في عمومها على أن المحاكم الخاصة تعد انتهاكاً فاضحاً لمبدأ استقلال القضاء لكون بعض أحكامها لا تكون قابلة للطعن في بعض الأحيان كما أن المحكمة قد لا تلتزم بالإجراءات المنصوص عليها قانوناً بل قد لا تلتزم بأحكام قاعدة شرعية الجريمة والعقوبة وما ينتج عن ذلك من عدم رجعية القانون الجنائي . وقد تتمتع بسلطة الحكم بعقوبة لم يرد بها نص ويصبح الحكم غير قابل للطعن كما قد يقل ضمانات الدفاع أمامها وهي لا شك تتعارض مع القضاء الطبيعي وتخل بوحدة التنظيم القضائي.³

4 - الضمانات التي تروم تنحية القاضي لعدم الصلاحية أو التجريح أو التشكك المشروع أو لحسن سير العدالة :

القاضي بشر غير معصوم من الخطأ له عواطفه ومصالحه قد تتعارض مع تلك المطلوب حمايتها لأجل ذلك وضع المشرع قواعد تروم أساساً ضمان حياد القاضي وإقصائه عن البث في الدعوى على هذا الحال ضماناً لاستقلالية قضاؤه وتعزيزاً للثقة في أحكامه وإبعاده للشبهات عنه لأجله وجب تنحيته .

وتنحية القاضي تأخذ الصور الآتية :

أ - عدم الصلاحية :

يعتبر القاضي غير صالح للنظر في الدعوى ولو دون طلب تنحيته من طرف أحد الخصوم في أحوال معينة تعرف بأسباب عدم الصلاحية وهي واردة في القانون على سبيل الحصر، متى توافرت يكون القاضي غير صالح للبث في

¹ - م مجدي هرجه : رد ومخاصمة القضاة , المكتبة القانونية , القاهرة , س 1992 ص 84

² - ط . يوسف خاطر : استقلال القضاء , م س , ص : 230

³ - ج . يوسف قدورة : نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية , أطروحة دكتوراه , جامعة القاهرة , س 1982

الدعوى مطلقاً تحت طائلة بطلان الحكم الذي قد يصدره في القضية ومن هذه الأسباب مثلاً تحقق علاقة قرابة قوية بين القاضي وبين أحد أطراف القضية (ف 24 من ظهير 1974 - التنظيم القضائي).

ب - تجريح القاضي :

تعتبر هذه الحالة أيضاً من أسباب ضمان حياد القاضي واستقلاله ونص الفصل 295 ق م م على الحالات التي يجوز فيها تجريح القاضي كما نص القانون من خلال الفصل 298 ق م م على الحالات التي يجب فيها على القاضي التنحي عن البث في القضية من تلقاء نفسه مع الإشارة أن التجريح يتوقف على طلب أحد الخصوم وإن الحكم الصادر في القضية يكون صحيحاً إذا انتفى هذا الطلب .

ويبلغ التجريح إلى القاضي الذي يجب عليه داخل 10 أيام التصريح بموافقته عليه أو رفضه مع الجواب عن وسائل التجريح .

وطبقاً للفصل 295 ق م م , فإن القاضي إذا استشعر الحرج للنظر في القضية لأي سبب , له أن يعرض هذا الأمر على رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو قضاة الغرفة المختصين .
وإن أسباب التجريح كما تطبق على قاضي الحكم تطبق على قاضي النيابة العامة أيضاً متى كان طرفاً منظماً (ف 299 ق م م).

ومن بين حالات تجريح القاضي تحقق مصلحة شخصية له مباشرة أو غير مباشرة في النزاع أو وجود علاقة قرابة أو علاقة مديونية أو تبعية أو وجود صداقة أو عداوة مشهورة بين القاضي وبين أحد الأطراف .

ج - طلب الإحالة من أجل التشكك المشروع :

هذه الحالة صورة أخرى من صور ضمان استقلال القاضي كلما كان تشككاً مشروعاً بخصوص حياد القاضي .

وطلب التشكك المشروع قد يقدم من الخصم (ف 383 ق م م) وقد يقدم من وزير العدل (ف 384 ق م م) بواسطة الوكيل العام لمحكمة النقض عند عدم تقديمه من الأطراف

وطلبات التشكك المشروع لا تقدم ضد قضاة محكمة النقض .

د - الإحالة من أجل حسن سير العدالة :

إن حسن سير العدالة مظهراً رئيسياً ونتيجة طبيعية لمبدأ استقلال القضاء وترسيخاً لمفهوم الحكامة الجيدة بمرفق القضاء لأن الأمر هنا يتعلق أساساً بسير المسطرة وارتباطها بالتنظيم القضائي للمملكة .

وتناول الفصل 385 ق م م طلب الإحالة من أجل حسن سير العدالة, فلا فلوزير العدل وحده بواسطة الوكيل العام لمحكمة النقض, أن يتقدم بهذا الطلب إما تلقائياً إذا ما تكونت لديه معلومات توجب اتخاذ هذا الإجراء أو بطلب أحد الأطراف يستقل بتقدير وجوده من عدمه على ضوء ما احتواه الطلب من مبررات وأسباب .

ويبث في الطلب الرئيس الأول و رؤساء الغرف مجتمعين بغرفة المشورة داخل أجل 8 أيام من إيداع الطلب من طرف الوكيل العام لمحكمة النقض .

وأخيراً وليس آخراً , يمكن القول أن إصلاح منظومة العدالة بالمغرب وتثبيت أسس استقلال قضاء قوى علم , أرض الواقع , هو ليس بالضروة فقط قضية قوانين أو اعتماد وسائل فنية أو تسخير طاقات بشرية للتنفيذ و لكنه أيضاً و بدرجة أولى يشكل في نظري قضية أمة و إرادة شعب يجب على الجميع أن ينخرط في مسيرة إنجاز هذا الورش العظيم.

آليات التسوية في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار



فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محمود ولد عبد الله المختار

أستاذ القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

رئيس قسم القانون الخاص . جامعة نواكشوط - موريتانيا

المقدمة :

شهدت العقود الثلاثة الأخيرة من القرن الماضي سلسلة من التأميمات قامت بها الجدول الحديثة التي ظهرت حينها على الساحة العالمية بعد تحررها من الاستعمار.

وقد أدى ذلك إلى تنامي الشعور بالخوف لدى المستثمرين الأجانب من هذا التوجه المعادي لرأس المال الأجنبي في أوساط هذه البلدان، وهو ما جعلهم غير راغبين في عرض نزاعاتهم أمام القضاء الوطني في هذه الدول مخافة عدم إنصافهم وقد اتضح أن تبني اتفاقية دولية برعاية البنك العالمي كان ضروريا بغية التوفيق بين المصالح المتضاربة للجانبيين . وهو ما تم بالفعل حين صدرت الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965".

وتجدر الإشارة إلى أن المركز الدولي لتسوية منازعة الاستثمار لا يعتبر في الواقع هيئة تحكيم بل هو مجرد مؤسسة تقوم بتوفير التسهيلات لإجراء التحكيم بين الدول والمستثمرين وفق ضوابط وآليات حددتها الاتفاقية.

تأسيسا على ما تقدم سنتناول الموضوع وفقا للتصميم التالي : المطلب الأول : المنازعات التي يجوز عرضها على المركز/ المطلب الثاني : إجراءات إقامة الدعوى أمام المركز / المطلب الثالث : الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي .

المطلب الأول : المنازعات التي يجوز عرضها على المركز :

يشمل اختصاص المركز كل المنازعات القانونية التي تنشأ مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة ومستثمر من رعايا دولة متعاقدة أخرى.

يري الأستاذ عبد الواحد محمد الفار¹ أن تعبير الاستثمار المنصوص عليه في المادة 1/25 من اتفاقية إنشاء المركز تعبير غير محدد ويمكن أن يثير اللبس ويفتح باب الاجتهاد في التفسير، غير أن ظاهر النص يقود إلى الاستعانة بالهدف الذي من أجله تم توقيع الاتفاقية وهو تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة للمساهمة في التنمية الاقتصادية.

وطالما أن النزاع يدخل في حدود نطاق عقد الاستثمار والظروف التي تحيط به من العمليات أو الصفقات الاقتصادية الأخرى كعقود الاستيراد والتصدير والضمانات وعقود الامتياز فإن هذا النزاع يمكن أن يكون محلاً للتسوية أمام المركز، وتستطيع أي دولة أن تصبح طرفاً في الاتفاقية دون أن تلتزم بتقديم أي نزاع استثماري نعين للتوفيق أو التحكيم سواء في الحاضر أو في المستقبل².

إن اختصاص المركز اختياري وقاصر - كما سبقت الإشارة علي - المنازعات القانونية الناشئة مباشرة بين دولة متعاقدة ومواطن دولة متعاقدة أخرى.

من هنا يمكن القول بأن المركز يرتكز على ثلاثة افتراضات وهي: الموافقة (الفرع الأول) وطبيعة النزاع (الفرع الثاني) وأطراف النزاع (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الموافقة :

تعتبر موافقة الأطراف على اختصاص المركز بنظر النزاع حجر الزاوية بالنسبة لاختصاص المركز فقد بنت الاتفاقية اختصاص المركزي على أساس اختياري بحت إذ لا يكفي تصديق دولة علي الاتفاقية لإلزامها باستخدام التسهيلات التي يقدمها المركز، فكل دولة حرة تماماً في أن تقرر موافقتها من عدمها على إخضاع المنازعات الاستثمارية الحالية أو المستقبلية لاختصاص المركز، إلى جانب ذلك يتمتع المستثمر الخاص بنفس الحرية، فلكي ينعقد اختصاص المركز بنظر الدعوى يجب أن يوافق الأطراف على ذلك كتابة³ ولم تحدد الاتفاقية وقتاً معيناً لإعلان الموافقة، كما لم توضح طبيعة الموافقة أو شكلها، وقد نتج عن ذلك نقاش كبير وقدمت عدة أطروحات ونظريات في هذا الشأن.

لقد اعتبر الأستاذ DELAUME بأن هذا الشكل الكتابي يمكن أن يكون بنداً تحكيمياً clause compromissaire ويمكن أن يكون كذلك مادة من القانون الوطني تلتزم فيها الدولة بالمثل أمام المركز في حالة نشوب خلاف مع المستثمر كما يمكن أن يكون ذلك من خلال اتفاقية دولية⁴.

بالرغم من أن الموافقة من المتطلبات الضرورية لاختصاص المركز بنظر النزاع إلا أنها لا تكفي بمفردها لإدخال النزاع في اختصاصه، فاختصاص المركز تحكمه اعتبارات أخرى تتعلق بطبيعة النزاع وأطرافه.

¹ عبد الواحد الفار الجوانب القانونية للاستثمار العربية والأجنبية في مصر ، عالم الكتب ، القاهرة 1977، ص 194. المادة 25 من الاتفاقية .

² DELAUME (G.R) :le centre international pour le règlement des différent relatif au investissements ;Clunet ;1982 ; P .775.

³ المادة 25 من الاتفاقية.

⁴ DELAUME (G.R) :OP.CIT.P776.

الفرع الثاني : طبيعة النزاع :

تتطلب الاتفاقية لاختصاص المركز أن يكون " النزاع قانونيا ناشئا مباشرة عن استثمار المادة "1/25.

إلى جانب ضرورة وجود رابطة مباشرة وواضحة بين النزاع واستثمار معين فالنزاع الذي يدخل في اختصاص المركز هو النزاع المتعلق بوجود حق أو التزام أو بتحديد مده أو بتحديد النتائج المترتبة علي الاعتراف علي التزام قانوني¹.

إضافة إلي ذلك ولكي يدخل النزاع في اختصاص المركز لا بد من توافر شروط معينة في أطراف النزاع.

الفرع الثالث : أطراف النزاع :

يختص المركز بتسوية المنازعات التي تثور بين دولة من الدول الأعضاء فيه ومواطن من مواطني دولة أخرى من الدول الأطراف في الاتفاقية، ولكنه لا يختص بفض المنازعات بين الدول وبين الأطراف الخاصة والأفراد، ويشمل اصطلاح الدولة الطرف في الاتفاقية كافة الإدارات والوكالات التي تعينها هذه الدولة للمركز علي أنها تابعة لها².

أما المواطن الذي ينتمي إلي جنسية دولة أخرى من الدول الأطراف - أي الطرف الثاني في المنازعة - فيقصد به الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينتمي بجنسيته لدولة أخرى ساعة تقديم الموافقة الكتابية في شأن اللجوء للتحكيم أو وقت إحالة النزاع للمركز³.

ومتى صدرت الموافقة الكتابية من أطراف النزاع علي اختصاص المركز فلا يجوز لأي منهم العدول عنها بصورة انفرادية⁴، أما الدولة الطرف في النزاع فإنه من الواجب أن تكون متعاقلة ومضية علي الاتفاقية ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان ما هو تاريخ إمضاء الاتفاقية؟

مبدئيا يجب أن تكون الدولة متعاقلة تاريخ الاتفاق علي التحكيم مع المستثمر ولكن نذهب المحكمون في المركز إلي تأويل آخر فبمناسبة خلاف نشب بين المغرب وإحدى الشركات الأمريكية⁵ عارض المغرب حق هذه الشركة في التحكيم بالمركز علي أساس أنه حين إمضاء الاتفاق مع المغرب لم تكن دولة سويسرا عضوا متعاقدا في الاتفاقية ورغم وجهة حجة المغرب فقد اعتبر المحكمون أنه لا يوجد أي تحديد لتاريخ التوقيع علي الاتفاقية وعليه فإن التوقيع اللاحق للاتفاق التحكيمي يعطي لهذا الأخير كل فعالية وإلزامية.

إن المادة 1/25 تعطي حق اللجوء إلي المركز ولكن كذلك للجماعات العمومية والمنظمات التابعة للدولة ويجب أن يتم تعيين هذه الأشخاص الاعتبارية وإعلام المركز بذلك.

إلي جانب ذلك أعطيت الاتفاقية للدول المتعاقلة الحرية في تحديد هيئاتها وأجهزتها الإدارية التي تعتبر صالحة لأن تكون طرفا في نزاع يتم الفصل فيه تحت إشراف المركز، حيث تتطلب الاتفاقية موافقة الدولة المتعاقلة بالإضافة إلي

¹ عصام بسيم : مرجع سابق ص 210.

² المادة 25 من الاتفاقية.

³ مني محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار دار النهضة العربية القاهرة 1990 ص 52.

⁴ إبراهيم شحاته دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 41 ص 10.

⁵ مني محمود مصطفى مرجع سابق ص 54.

موافقة الهيئة أو الجهاز الإداري التابع لها حتي يدخل النزاع في اختصاص المركز إلا إذا أعلنت الدولة المتعاقدة للمركز عدم وجود ضرورة لموافقتها¹

بعد كشف الشروط الأولية التي يتم علي أساسها رفع النزاع للمركز، لا بد من كشف الإجراءات التي يتم احترامها وتتبعها.

المطلب الثاني : إجراءات إقامة الدعوى أمام المركز :

يتميز المركز بإيجابية هامة ذلك أن نص الاتفاقية قد ضبط الإجراءات التي يجب إتباعها لرفع النزاع أمام المركز وتتميز هذه الإجراءات، بالاستقلالية عن القانون الوطني وعن قانون مقر محكمة التحكيم.² إن قانون اتفاقية المركز يكون بذلك قد تجاوز ثغرة خطيرة طبعت الأنواع الأخرى من التحكيم وخاصة التحكيم الخاص -ad- L'arbitrage hoc.

تبدأ إجراءات إقامة الدعوى بطلب مكتوب يقدم من الطرف الراغب في تسوية المنازعة سواء كان المستثمر أو الدولة إلي الأمين العام للمركز الذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب إلي الطرف الآخر في النزاع³.

يجب أن يتضمن الطلب معلومات كافية عن موضوع النزاع وأطرافه وموافقتهم علي تسوية النزاع بالطريقة المطلوبة - التوفيق أو التحكيم حسب الحالة - ويقوم الأمين العام قبل تسجيل هذا الطلب من التحقق من أن النزاع يدخل في اختصاص المركز ويتعين عليه أن يخطر الأطراف علي الفور بتسجيل الطلب أو رفض تسجيله⁴ وفي حالة التسجيل وإخطار الأطراف بذلك يكون علي الأمين العام اتخاذ الخطوات اللازمة بمقتضي الاتفاقية للمساعدة علي بدء الإجراءات.

على هذا الأساس سنتناول في الفرع الأول : إجراءات التوفيق وفي الفرع الثاني : إجراءات التحكيم .

الفرع الأول : إجراءات التوفيق :

أولاً : قواعد الاختصاص : نصت الاتفاقية في المادة 32 علي اختصاص اللجنة بالفصل في الطعون التي يقدمها أطراف النزاع فيما يتعلق بعدم اختصاص المركز أو تلك المتعلقة بعدم اختصاص اللجنة بالنزاع لأية أسباب أخرى ويجوز للجنة الفصل في الطعن باعتباره مسألة أولية أو ضمه إلي موضوع النزاع والفصل فيهما معاً.

ثانياً : القواعد الإجرائية : تطبق قواعد إجراءات التوفيق الواردة في الاتفاقية بالإضافة إلي قواعد التوفيق التي يقرها المجلس الإداري للمركز والتي تكون نافذة في تاريخ اتفاق الأطراف علي إحالة النزاع إلي التوفيق إلا إذا اتفق الأطراف علي خلاف ذلك وفي حالة ما إذا أثير أي موضوع إجرائي لا تغطيه القواعد السابقة أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الأطراف تتولي اللجنة الفصل في هذا الموضوع علي نحو ما تراه ملائماً⁵.

¹المادة 25 من الاتفاقية .

²Amadio.M ; Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de La banque mondiale LGDJ .1967 .P.100 .

³المادتان 28 و36 من الاتفاقية .

⁴المادتان 28/3 و36/3 من الاتفاقية.

⁵المادة 33 من الاتفاقية .

ثالثا : التوصيات : تتميز وسيلة التوفيق - باعتبارها وسيلة لفض المنازعات - بأنها تقوم أساسا علي تقديم توصيات إلي أطراف النزاع بهدف التوصل إلي الاتفاق علي إنهاء ما بينهما من خلاف وتمشيا مع هذه القواعد يجب علي لجنة التوفيق العمل علي تصفية الموضوعات المختلف عليها بين الأطراف والسعي في سبيل التوصل إلي توقيع اتفاق بينهما يتضمن قواعد مقبولة من الطرفين وتحقيقا لهذا الهدف تملك اللجنة الحق في أن تصدر في أي مرحلة من مراحل النزاع ومن وقت الآخر - توصيات تتضمن بنودا للتسوية¹

رابعا : واجب التعاون بحسن النية : لضمان نجاح التوفيق نصت المادة 2/34 من الاتفاقية علي أنه يجب علي الأطراف النظر إلي توصيات اللجنة نظرة جادة والتعاون معها بحسن نية لمساعدتها علي القيام بوظائفها.

خامسا : انتهاء أعمال اللجنة : عندما تنتهي مساعي اللجنة بالتوصل إلي عقد اتفاق بين الأطراف تقوم اللجنة بوضع تقرير توضح فيه موضوع النزاع وتسجل به توصل الأطراف إلي اتفاق أما إذا ظهر للجنة في أي مرحلة من مراحل عملها استحالة التوصل إلى اتفاق بين الأطراف فيجب عليها إنهاء الإجراءات ووضع تقرير توضح فيه ذلك ، وإذا تغيب أحد الأطراف أو امتنع عن المساهمة في الإجراءات تقوم اللجنة بإنهاء الإجراءات وبوضع تقرير توضح فيه أسباب ذلك².

سادسا : قاعدة عدم الإضرار : تمكيننا لأطراف النزاع من الدفاع بحرية عن دعوهم أمام اللجنة بكل الطرق القانونية الممكنة وحتى لا ينفرد أي منهما بسبب أي إجراء يتم أمام اللجنة أثناء قيامها بعملها حيال النزاع المعروض عليها - نصت المادة 35 من الاتفاقية علي أن أيًا من الأطراف ليس له الحق في أن يتمسك أمام جهة قضائية أخرى بتقرير اللجنة أو بتوصياتها أو بما أبداه الطرف الآخر أمامها من وجهات نظر أو ما صدر عنه من أقوال إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف علي خلاف ذلك.

سابعا : التكاليف والمصروفات : نصت المادة 60 من الاتفاقية علي اختصاص اللجنة في تحديد أتعاب ومصاريف أعضائها طبقا للقواعد التي يضعها المجلس الإداري وذلك بالتشاور مع الأمين العام وأنه يجوز للأطراف أن يحددوا مسبقا بالاتفاق مع اللجنة أتعاب أعضائها.

أما المبالغ المالية التي يتحملها الأطراف نتيجة الاستخدام تسهيلات المركز فقد نصت المادة 59 علي أنه يختص بتحديد الأمين العام طبقا لقواعد التي يقرها المجلس الإداري.

الفرع الثاني : إجراءات التحكيم :

أولا : قواعد الاختصاص : تمشيا مع القاعدة العامة التي تبنتها الاتفاقية وكما هو الحال بالنسبة للجنة التوفيق تختص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها.

نصت المادة 41 من الاتفاقية علي أن المحكمة تملك سلطة الفصل في الطعون التي يقدمها الأطراف والمتعلقة بعدم اختصاص المركز بالنزاع لأي سبب آخر كما تملك الحق في الفصل في الطعن باعتباره مسألة أولية أو ضمه إلي الموضوع والفصل فهما معا.

¹المادة 34 من الاتفاقية.

²المادة 34 من الاتفاقية.

كما تختص المحكمة بعد موافقة الأطراف بالتوصية بما تراه مناسباً من إجراءات وقتية للمحافظة علي الحقوق الخاصة لكل طرف عندما تتطلب الظروف المحيطة بالنزاع اتخاذ مثل هذه الإجراءات ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك¹.

ثانياً : القواعد الإجرائية : بالإضافة إلي القواعد التي سبقت الإشارة إليها والمتعلقة بسلطة المحكمة ووظائفها وعند عدم اتفاق الأطراف علي خلاف ذلك تطبق المحكمة قواعد التحكيم النافذة في تاريخ اتفاق الأطراف علي إحالة النزاع إلي التحكيم أما إذا أثير أي موضوع إجرائي لا تغطيه القواعد السابقة أو أي قواعد أخرى يتفق عليها الأطراف فتختص المحكمة بالفصل في هذا الموضوع علي نحو ما تراه ملائماً².

ثالثاً : القانون الواجب التطبيق : تبنت الاتفاقية مبدأ حرية الإرادة باعتباره مبدأ أساسياً يحكم القانون الواجب التطبيق أمام المحكمة حيث اقتصر دورها علي وضع قواعد مساعدة تُعين علي تحديد القانون الواجب التطبيق عند فشل أطراف النزاع في الاتفاق صراحة علي تحديد هذا القانون ، فالمحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف .

وفي حالة عدم التوصل إلي مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة القانون الداخلي للدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة³.

كما تستطيع المحكمة - في حالة عدم اتفاق الأطراف علي قواعد معينة - أن تطبق قواعد القانون الدولي إذا كانت صالحة للتطبيق علي النزاع سواء بصورة تكميلية أو إضافية أو أصلية حسبما تراه المحكمة في هذا الشأن⁴.

يستنتج من ذلك أن تطبيق القانون الدولي يدخل ضمن السلطة القانونية للمحكمة.

ولا يجوز لمحكمة أن تغفل في حكمها الفصل في أي موضوع من موضوعات النزاع استناداً إلي عدم وجود قاعدة قانونية تحكم هذا الموضوع أو لغموض في القاعدة القانونية الموجودة⁵.

إضافة إلي ذلك نصت المادة 34 من الاتفاقية علي أنه يجوز للمحكمة عند الضرورة أن تطلب من الأطراف في أي مرحلة من مراحل نظر الدعوي تقديم وثائق أو أي أدلة أخرى أو أن تقرر الانتقال إلي مسرح النزاع لاستيضاح الأمور التي تراها ضرورية إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف علي خلاف ذلك.

رابعاً حكم التحكيم : تمثياً مع القواعد التي تسيّر عليها المحاكم الدولية نصت المادة 48 من الاتفاقية علي أن تفصل محكمة التحكيم في موضوعات النزاع المعروضة عليها بأغلبية أصوات أعضائها.

كما يجب أن يصدر الحكم كتابة وأن يتضمن الأسباب التي بني عليها.

وأجازت المادة 4/48 من الاتفاقية لأعضاء المحكمة إصدار آراء فردية في موضوع النزاع علي هيئة آراء مخالفة أو منفصلة.

¹المادة 47 من الاتفاقية.

²المادة 44 من الاتفاقية.

³المادة 42 من الاتفاقية.

⁴عبد الواحد محمد مرجع سابق 196.

⁵المادة 42 من الاتفاقية.

كما اشترطت المادة 49 من الاتفاقية لنشر الحكم موافقة أطراف النزاع علي ذلك وعلي الأمين العام أن يرسل إلي الأطراف نسخاً من الحكم فور صدوره.

خامساً : الطعن في الحكم : نصت المادة 51 من الاتفاقية علي أنه يجوز لكل طرف خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ صدور الحكم أن يطلب من الأمين العام صدور قرار تكميلي أو تصحيح حكم التحكيم علي أن هذا الطلب المسألة التي أهملها الحكم أو خطأ فيها .

كما يجوز لكل طرف إذا اكتشف وقائع جديدة يمكن أن تؤثر بصفة قاطعة في حكم التحكيم أن يتقدم بطلب للأمين العام لإعادة النظر في الحكم ويجب أن يقدم طلب إعادة النظر خلال تسعين يوماً التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة ، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاث التالية لصدور الحكم¹.

إلي جانب ذلك يجب طلب إبطال الحكم لأحد الأسباب التالية :

أ - التشكيل المعيب للمحكمة

ب - تجاوز المحكمة لاختصاصها بطريقة واضحة

ج - ارتشاء أحد أعضاء المحكمة

د - خروج المحكمة علي قواعد الإجراءات الأساسية بصورة خطيرة

هـ - إغفال الحكم ذكر الأسباب التي بني عليها.

لقد ضبقت الاتفاقية دور المحكمين بشكل محدد، فالمحكمون بإمكانهم إبطال الحكم كلياً أو جزئياً أو رفض طلب الإبطال.

إن الحكم الثاني الصادر بخصوص طلب الإبطال لا يخضع لأي نوع من أنواع الطعن ولا حتى طلب التفسير أو التعديل وله نفس القوة الإلزامية والتنفيذية للحكم الأول، وإذا تم إبطال الحكم الأول فإنه يتم تعيين محكمة تحكيم جديدة تنظر في القضية حسب الإجراءات المعمول بها في الماضي.

وعلي إثر صدور الحكم التحكيمي وفق الشروط والإجراءات التي تم تناولها سابقاً تأتي مرحلة لاحقة وهي مرحلة الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين.

المطلب الثالث : الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي :

نصت المادة 53 من الاتفاقية بأن الحكم التحكيمي ملزم بالنسبة لأطرافه ولا يجوز أن يكون محلاً لأية طريق من طرق الطعن ويتعين علي كل طرف أن ينفذ الحكم بحسب منطوقه إلا إذا كان تنفيذه موقوفاً بمقتضي الأحكام المنصوص عليها .

¹المادة 51 من الاتفاقية .

وتضيف المادة 54 بأنه يتعين علي كل دولة متعاقدة أن تعرف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكماً ملزماً وأن تضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم وكأنه حكم صادر عن محاكمها وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات نظام فيدير إلي فعليها أن تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية.

يجب الوقوف في هذا المستوي عند المادة 55 من الاتفاقية التي تتضمن إشارة تذهب ضد فلسفة المركز العامة ألا وهي تقليص امتيازات الدولة وحماية المستثمر .

إن المادة 55 تقول بالنص: " لا يجوز تفسير عبارات المادة 54 علي أنها تدخل استثناء علي القواعد القانونية السارية في الأراضي الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بحصانة التنفيذ للدولة المذكورة أو لأي دولة أجنبية".

إن هذه الوضعية التي لا تخدم مصلحة المستثمر قد تفرغ الأحكام من كل صيغة عملية خاصة إذا كان قانون إجراءات التنفيذ ضد الدولة أو الدول الأخرى لا يعترف بالتنفيذ الجبري *l'exécution forcée* ضد الدول والأشخاص العامة ويخرج أموال الدولة من نظام الحجز *saisie* سواء كانت هذه الدولة هي التي صدر ضدها الحكم أو دولة أجنبية¹.

إن نظام التنفيذ لأحكام المحكمين حسب ما نصت عليه اتفاقية واشنطن بها مبدأ واستثناء، فالمادة 54 التي تجعل هذه الأحكام غير خاضعة للسند التنفيذي فهي ذات خاصية تنفيذية وملزمة للجميع.

غير أن المادة 55 تخضع هذه الخاصية التنفيذية والإلزامية للقانون الداخلي للدولة بما يعنيه ذلك من إمكانية الاحتجاج علي التنفيذ الجبري ضد مصالح الدولة ومصالح الدول الأجنبية .

فخاصية الإلزامية والتنفيذية لهذه الأحكام لها طابع شكلي أي أنها لا تخضع لتقنية السند التنفيذي كبقية أحكام المحكمين وأحكام المحاكم الأجنبية.

لكن هذه الخاصية التنفيذية لا تصل إلي حدود خلق نظام استثنائي في إطار القانون الوطني للدولة في خصوص مسألة الحصانة التنفيذية.

لقد ذهب الأستاذ جلال وفاء محمدين في هذا الاتجاه² حيث أكد أن السلبية الأساسية للتحكيم الذي جاء به المركز هي أن المادة 55 قد سمحت الدول الأطراف أن ترفض تنفيذ الحكم التحكيمي على أساس الاعتبارات المتعلقة بالسيادة معتبرا أن ذلك قد يصبح من الناحية العملية معطلاً لحكم تحكيمي صحيح ومعترف به بسبب الانصياع لقواعد التنفيذ في دولة التنفيذ مما يؤدي إلى استخدام الدول لهذا الدفع للتهرب من التزاماتها التعاقدية.

إن ما جاءت المادة 55 لا تجب المبالغة في التأكيد على خطورته أو اعتباره مساساً خطيراً من مصالح المستثمر أو من المساواة بين الطرفين في النزاع ذلك أن للمستثمر - وحسب نصوص الاتفاقية - وسائل أخرى للدفاع عن مصالحه واجتناب التعسف من قبل الدولة في استعمال حصنتها حيث تتاح له وسائل قانونية وفعالية تمكنه دائماً من تنفيذ الأحكام وهذه الوسائل منصوص عليها في الاتفاقية وتفرضها طبيعة المركز باعتباره جهازاً من أجهزة البنك العالمي.

¹ Amadio.M .op.cit.p.241.

² جلال وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية 1995. ص51.

إن البنك العالمي يمارس الضغوط المعنوية والمادية علي الدول حتى تنفذ الأحكام الصادرة عن المحكمين في إطار المركز فالدول تسعى دائما للحصول علي ثقة هذا الجهاز المالي العالمي لأن في ذلك فرصة أكثر للتعامل مع أصحاب رءوس الأموال الخاصة أو غيرها.

فضلا عن هذه الإمكانية المعنوية التي تعمل في صالح المستثمر فإن الاتفاقية قد أعطته وسيلتين قانونيتين للمطالبة بتنفيذ الأحكام إذا رفضت الدولة ذلك وتمسكت بالحصانة القضائية أو بالحصانة التنفيذية، فالمادة 1/27 من الاتفاقية مكنت دولة المستثمر من ممارسة الحماية الدبلوماسية إذا رفضت الدولة المتعاقد معها تنفيذ حكم تحكيمي .

كذلك فإن المادة 64 من اتفاقية إنشاء المركز قد أعطت للخلاف بين الدول المتعاقدة أبعادا كبيرة بحيث يصبح أي خلاف بينهما من اختصاص محكمة العدل الدولية ، وحسب هذه المادة فإن أي نزاع يمكن أن ينشأ بين هذه الدول - من حيث تفسير أو تطبيق الاتفاقية ولم يتسن حله بالطرق الودية - يعرض علي محكمة العدل الدولية بناء علي طلب أي طرف في النزاع.

عند وصول النزاع إلي محكمة العدل الدولية فإن الدولة المعنية تصبح أمام المسؤولية الدولية لعدم تنفيذ الأحكام القضائية .

ويعتبر الفقيه AMAIDIO.M¹ بأن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية قد لا يتم تنفيذه هو الآخر وتبقي المسألة رهينة التأويل الذي يعطي للفصل 49 من ميثاق الأمم المتحدة من قبل مجلس الأمن.²

¹ Amadio.M .op.cit.p.163.

²تنص المادة 49 من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: "يتضافر أعضاء الأمم المتحدة على تقديم المعونة المتبادلة لتنفيذ التدابير التي قررها مجلس الأمن".

الفئات المستثناة من نطاق تطبيق قانون العمل دراسة فقهية قضائية في ضوء أحكام قانون العمل البحريني الجديد



الدكتور باسم محمد فتحي هارون محكم دولي معتمد

دكتوراه في القانون المدني مدرس القانون المدني

- جامعة دلمون - مملكة البحرين - (سابقاً)

مقدمة :

لا ينظم قانون العمل من الناحية الموضوعية، سوى العلاقات التي تقوم على فكرة التبعية، التي يكون العامل فيها تابعاً لرب العمل، أيّاً كانت طبيعة العمل.⁽¹⁾ ولا ينطبق هذا القانون إلا على فئات وطوائف معينة، فلا ينطبق على كل العلاقات التي يكون فيها شخصاً تابعاً لآخر. حيث أن هناك طوائف معينة لا تدخل تحت راية قانون العمل؛ وذلك لعلل مختلفة . وقد نصت المادة (2) من قانون العمل البحريني الجديد (رقم 36 لسنة 2012)⁽²⁾ على أنه "أ) لا تسري أحكام هذا القانون على موظفي الحكومة والأشخاص الاعتبارية العامة الخاضعين لأنظمة الخدمة المدنية أو العسكرية أو لنظام قانوني خاص يحكم العلاقة الوظيفية. ب) لا تسري أحكام هذا القانون على : 1) خدم المنازل، ومن في حكمهم وهم زراّع وحرّاس المنازل والمريبات والسائقون والطباخون الذين يؤدون أعمالهم لشخص صاحب العمل أو لأشخاص ذويه. 2) أفراد أسرة صاحب العمل الذين يعولهم فعلاً وهم الزوج والزوجة وأصوله وفروعه.⁽³⁾ ومن خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع البحريني لم يحدد الأشخاص الخاضعين لقانون العمل

(1) - الدكتور/ محمد علي عمران، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد، دار نصر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر 2005، ص 32، الدكتور/ محمد لبيب شنب، شرح أحكام قانون العمل، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الخامسة 1993، ص 16.

(2) - الجريدة الرسمية: العدد 3063، بتاريخ 2012/8/2.

(3) - كانت المادة (2) من قانون العمل البحريني الملغي تنص على أنه: "يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون الفئات التالية: 1- موظفوا الحكومة والأشخاص المعنوية العامة الخاضعون لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية. 2- خدم المنازل ومن في حكمهم. 3- العمال الذين يستخدمون في أعمال عرضية مؤقتة لا تدخل بطبيعتها فيما يزواله صاحب العمل وتستغرق أقل من سنة. 4- ضباط السفن البحرية ومهندوها وملاحوها وغيرهم ممن ينظم عقود استخدامهم قانون خاص. 5- الأشخاص الذين يشتغلون بالأعمال الزراعية فيما عدا: أ- العمال الذين يشتغلون في المؤسسات الزراعية التي تقوم بتصنيع أو تسويق منتجاتها. ب- العمال الذين يقومون بصفة دائمة بتشغيل أو إصلاح الآلات الميكانيكية اللازمة للزراعة. ج- العمال الذين يشتغلون بإدارة أو حراسة الأعمال الزراعية. 6- أفراد أسرة صاحب العمل وهم الزوج أو الزوجة وأصوله وفروعه الذين يعملون معه". وهذا النص عدله المشرع البحريني بتاريخ 4 أكتوبر 1993 بموجب المرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1993 بتعديل قانون العمل.

بطريق التحديد، ولكن بطريق الاستبعاد، أي أن المشرع جعل أحكام القانون تنطبق على جميع من يتمتعون بصفة عامل، أي من تربطه بصاحب عمل علاقة عمل. لكن استبعد مجموعة من الطوائف لا يخضعون لنطاق تطبيقه. والفئات التي لا تخضع لأحكام قانون العمل هم أربع فئات، حدد المشرع منهم ثلاثة بنص المادة المذكورة، وهناك فئات لم يذكرها النص صراحة، كعمال البحر، حيث يخضعون لقوانين خاصة. وسوف نبين في هذا البحث الفئات المستبعدة من الخضوع لأحكام قانون العمل، وسوف نتناول كل طائفة في مطلب مستقل، على أن يسبق ذلك بيان طرفي علاقة العمل.⁽¹⁾

ولذلك سوف نتناول هذا البحث من خلال تقسيمه إلى خمسة مطالب، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : طرفا علاقة العمل.

المطلب الثاني : الخاضعون لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية.

المطلب الثالث : خدم المنازل ومن في حكمهم.

المطلب الرابع : أفراد أسرة صاحب العمل.

المطلب الخامس: عمال البحر.

المطلب الأول : طرفا علاقة العمل :

تمهيد وتقسيم :

تنشأ علاقة العمل الخاضعة لأحكام قانون العمل بين طرفين، أحدهما العامل، والطرف الثاني هو رب العمل، لذا سوف نحدد المقصود بكل منهما، من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: العامل.

الفرع الثاني: صاحب العمل.

الفرع الأول : العامل :

(1) - كان المشرع البحريني في قانون العمل الملغي يستثني من نطاق تطبيقه طائفة العمال الذين يستخدمون في أعمال عرضية مؤقتة لا تدخل بطبيعتها فيما يزاوله صاحب العمل وتستغرق أقل من سنة. إلا أن القانون الجديد أخضعهم لنطاق تطبيقه. وهو ما قرره المشرع المصري، فلم يستثن هذه الطائفة من نطاق تطبيق قانون العمل. وكان هدف المشرع من استثناء الأعمال العرضية أن هذه الاعمال ليست لها طابع الاستمرار والاستقرار حتى يستفيد العامل من المزايا التي كفلها القانون في تنظيم عقد العمل الفردي. وبخاصة أنها أعمال لا تساهم مباشرة في مشروع صاحب العمل. وقد انتقد الفقه هذا الاستثناء، حيث أن طابع التأقيت وعدم الاستقرار في الأعمال العرضية المؤقتة ليس مبرراً كافياً لحرمان العمال العرضيين من المزايا والضمانات التي تتضمنها قواعد عقد العمل الفردي. انظر: فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، المدخل إلى تشريع العمل، علاقات العمل الفردية، دار الهنا للطباعة، مصر 1985، بند 87 ص 127، الدكتور/ محمد حسين عبد العال، شرح قانون العمل البحريني، مطبوعات جامعة البحرين 2000، ص 31. وكان المشرع البحريني أيضاً يستثني طائفة الأشخاص الذين يعملون في الأعمال الزراعية، وهم من يقومون بالأعمال الزراعية البحتة (فلاحة الأرض) بما تشمله من حرث وعزق وتسميد ومقاومة الحشائش والآفات، وري الأرض. لكن لم يتضمن التشريع الجديد استثنائهم وأخضعهم لأحكامه، كما هو الحال في القانون المصري. وكان الفقه يبرر موقف المشرع بتشجيع النشاط الزراعي والعمل فيه، فقانون العمل يفرض تكاليف وأعباء على أصحاب الأعمال، فأراد المشرع إعفاء ملاك الأراضي الزراعية من هذه الأعباء، والالتزامات التي يفرضها هذا القانون، مما يزيد من إقبال الأفراد على استصلاح وزراعة الأرض، دون خشية التحمل بتكاليف مالية مرهقة عند استخدامهم عمال للزراعة، ذلك بصفة خاصة في ظل ضعف العائد من النشاط الزراعي، خاصة في مراحله الأولى. كما أن الاستثناء له بعد اقتصادي يتمثل في ضرورة عدم ارتفاع أسعار المنتجات الزراعية، وهي من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها في المملكة؛ وذلك بصفة خاصة أن أغلب المنتجات الزراعية يتم استيرادها من الخارج. ورغم وجهة هذه المبررات، إلا أن المشرع أخضع عمال الزراعة لأحكام قانون العمل. الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين، مطبوعات جامعة البحرين، الطبعة الأولى 2006، ص 41، الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 32. وانظر: تطبيقاً في ظل أحكام قانون العمل الملغي، الطعن رقم 131 لسنة 2006، بجلسة 2006/10/2، قاعدة 235، ص 909.

عرفت المادة (3/1) من قانون العمل البحريني الجديد العامل بنصها على أنه: " العامل: كل شخص طبيعي، يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه". كما نصت المادة (1/أ) من قانون العمل المصري الجديد على أن: " العامل: كل ذكر أو أنثى يعمل لقاء أجر، لدى صاحب عمل وتحت إدارته وإشرافه". فالعامل هو الطرف الأول من طرفي علاقة العمل، وهو الشخص الطبيعي، سواء أكان ذكراً أو أنثى، الذي يعمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل، لقاء أجر أياً كانت طريقة تحديد هذا الأجر، وسواء كان يؤدي عملاً يدوياً أو عملاً فنياً أو عقلياً أو مختلطاً. تطبيقاً لذلك يعد عاملاً كل من يؤدي خدمة (عمل) لدى صاحب عمل في أي فرع من فروع النشاط الاقتصادي، سواء أكان هذا النشاط صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مهنيّاً، أو كان هذا في مجال الخدمات العامة أو الخاصة. وكذلك الأنشطة التي استثناها المشرع من الخضوع لأحكام قانون العمل، فهم يتمتعون بصفة العامل، لكن يخضعون لقواعد أخرى تختلف عن قواعد قانون العمل.⁽¹⁾

ولم يقيد المشرع لفظ العامل بأي وصف، فكل عمل يقوم به الإنسان يكسبه صفة العامل، ولا يؤثر في صفة العامل أنه يعمل لدى أكثر من صاحب عمل، أو قيامه بعمل مستقل بجانب ارتباطه بعقد عمل.⁽²⁾ ويعد أمراً بديهياً أن يكون العامل شخصاً طبيعياً، حيث أن العمل الإرادي، يقوم على الجهود الإنساني، وهو لا يعزى إلا إلى الأشخاص الطبيعيين، الذين يستطيعون أداء هذا الجهود، سواء أكان بدنياً أو ذهنياً. ومن ثم لا يمكن أن ينعقد عقد العمل إلا مع شخص طبيعي، سواء أكان ذكراً أو أنثى، فكلاهما قادر على تقديم هذا الجهود. أما الشخص المعنوي فلا يمكن أن يتعهد بعمل خاص به كعامل.

الفرع الثاني: صاحب العمل:

عرفت المادة (4/1) من قانون العمل البحريني الجديد صاحب العمل بنصها على أنه: " صاحب العمل: كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر". وقد عرفت محكمة النقض المصرية صاحب العمل بأنه: " صاحب الأمر بحسب النظام الموضوع للمنشأة في الإشراف الإداري على شئون العمال المنوط به الاختصاص بتنفيذ ما افترضه القانون، سواء أكان مالكا للمنشأة أو لجزء منها أو غير مالك لها".⁽³⁾ ومن خلال ما تقدم يتضح أن صاحب قد يكون شخصاً طبيعياً ذكراً كان أو أنثى، وقد يكون شخصاً معنوياً، وقد يكون نشاطه الذي يمارسه نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو زراعياً، أو أي شخص معنوي آخر أياً كان نشاطه، أو حتى مؤسسة فردية. كما أن المشرع لم يشترط صفة خاصة في صاحب العمل، فقد جاء النص مطلقاً من أي قيد. لذلك فقد يكون نشاط صاحب العمل مستهدفاً لتحقيق الربح.⁽⁴⁾ وقد تكون غايته تحقيق غرض اجتماعي أو ديني أو سياسي أو أخلاقي أو ثقافي أو أي أغراض أخرى.

(1) - الدكتور/ غالب علي الداودي، شرح قانون العمل وتعديلاته، طبعة دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الثالثة 2004، ص 51 وما بعدها، الدكتور/ أشرف اللساوي، حقوق وواجبات العمال وأصحاب المنشآت في الاتفاقيات والتشريعات في سائر البلاد العربية، طبعة المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2007، ص 37.

(2) - فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 81 ص 119 وما بعدها، المستشار/ فايز اللساوي، المستشار/ أشرف اللساوي، موسوعة قانون العمل الجديد، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2004، ص 42.

(3) - نقض 10/6/1979 في الطعن رقم 158 لسنة 49 ق، س30، ص 658. مشار إليه في الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، قاعدة 101 ص 55، نقض جلسة 1969/3/17، الطعن رقم 2040 لسنة 38 ق، س 22، ص 327، قاعدة 123 ص 64.

(4) - الدكتور/ أشرف اللساوي، المرجع السابق، ص 38.

بل إن صفة صاحب العمل تتوافر حتى لو كان العامل الذي لديه مستثنى من نطاق تطبيق قانون العمل، فتتوافر الصفة فيمن يستخدم عاملاً في منزله كخادم.⁽¹⁾

كما أنه لا يشترط في صاحب العمل أن يكون صاحب حرفة أو مهنة، بل تثبت الصفة للشخص إذا كان هو صاحب حرفة، ويستخدم عاملاً في حرفة أخرى غير حرفته التي يمارسها. فأهم ما يميز صاحب العمل عن غيره هو تبعية العامل له وقيامه بالعمل تحت إدارته وإشرافه. فنص المادة المذكورة عرف صاحب العمل بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر أياً كان نوعه، فقد جاء النص عاماً مطلقاً، ومن ثم فإن اشتراط امتتاهان صاحب العمل لمهنة معينة أو احترافه بعمل معين لكي تتوافر فيه صفة صاحب العمل، يعد تضييقاً لمطلق نص هذه المادة، مما يخرجها عن مراد المشرع ومن ثم تسري أحكام قانون العمل على جميع العقود، سواء أكان صاحب العمل يتخذ حرفة أم لا، أو يتخذ تلك الحرفة أو غيرها.⁽²⁾

ويؤكد على عدم اشتراط صفة الاحتراف في صاحب العمل أن المشرع يستبعد على سبيل الاستثناء خدم المنازل ومن في حكمهم من نطاق تطبيقه. مما يدل على أن الأصل هو أن علاقة الخدم ومن في حكمهم مع مخدمهم هي علاقة عمل، فهم عمال ومن يعملون لديه هو صاحب العمل ولولا هذا الاستثناء لكانوا من الخاضعين لأحكام قانون العمل، وذلك بالرغم من أن مخدمهم لا يجترفون مهنة أو عملاً ولكن تتوافر علاقة التبعية والأجر.⁽³⁾ وكتيجة لذلك تتوافر صفة صاحب العمل حتى لو كانت العلاقة لا تخضع لقانون العمل، فالخادم ومن في حكمه رغم عدم انطباق قانون العمل عليه يعد مخدمه صاحب عمل.

وتتمثل أهمية تحديد صاحب العمل في أنه هو الذي يقع على عاتقه تنفيذ الالتزامات التي اشترطها القانون وأوجبها عليه العقد ويتعهد أيضاً بالإشراف والرقابة، سواء بنفسه أو بواسطة من يوكل إليهم ذلك، كما أنه هو الذي يتعهد بأداء المستحقات العمالية. ولا يشترط أن يكون صاحب العمل هو مالك المنشأة أو المؤسسة، ويكفي أن يثبت قيام العامل بالعمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل. فقد قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "توافر هذه الصفة صفة صاحب العمل أو انتفائها لا يتوقف على ما إذا كان مالكا للمنشأة (المقهى) من عدمه إذ يكفي لتوافر هذه الصفة في حقه أن يثبت قيام العمل بالعمل لديه تحت إدارته وإشرافه لقاء أجر".⁽⁴⁾

وصاحب العمل في حالة الكيانات التي تتمتع بالشخصية المعنوية، هو الشخص المعنوي وليس الشخص الطبيعي، طالما أن التعاقد قد تم مع الشخص المعنوي أياً كان من يمثله.⁽⁵⁾

المطلب الثاني: الخاضعون لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية:

(1) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 140 ص 206، موسوعة قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص 43، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، عقد العمل في القانون المصري، مطابع الهيئة العامة للكتاب، مصر، الطبعة الثانية 1982، ص 44.

(2) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 141 ص 207، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 12 ص 44، نقض مصري 24 أبريل 1976، مجموعة أحكام النقض، السنة 27 رقم 193، ص 1015، 20 مارس 1977، مجموعة أحكام النقض، السنة 28 رقم 132 ص 728.

(3) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 141، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 12 ص 44. وانظر: حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن 359 لسنة 2002، بجلسته 2003/1/7، القاعدة رقم 126، ص 450، الطعن رقم 93 لسنة 2005، بجلسته 2005/10/10، القاعدة 170، ص 670.

(4) - حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 193 لسنة 2002 بجلسته 2003/4/7.

(5) - الدكتور/ أشرف اللماوي، المرجع السابق، ص 39، موسوعة قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها، حكم محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم 475 لسنة 2006 بجلسته 2007/5/21.

الوظيفة العامة هي: " مجموعة من التنظيمات تتعلق بالموظفين العموميين، وهذه التنظيمات قد تتعلق بناحية قانونية، تتمثل في كيفية قيام الموظف بعمله، وقد تتعلق بناحية فنية، تبدو في علاقة الموظف بالإدارة والاهتمام بمشاكله وحياته الوظيفية"⁽¹⁾ ويعرف الموظف العام بأنه: " كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد السلطات الأخرى بالطريق المباشر، بناء على تعيين يصادف قبولاً لدى الموظف"⁽²⁾.

ومن خلال هذه التعريفات، يتضح أن الموظف العام شخص طبيعي، يرتبط بعلاقة تنظيمية أو لائحية مع جهة الإدارة، وبموجب هذه العلاقة، يكون الموظف تابعاً للإدارة، في حدود ما تقرره اللوائح والقوانين. ووفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة الثانية المشار إليها لا تسري أحكام قانون العمل على موظفي ومستخدمي الحكومة والأشخاص المعنوية العامة، الخاضعين لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية، وكذلك سائر العاملين في الهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية، القائمة على إدارة المرافق العامة. فقد رأى المشرع أن علاقة هذه الطائفة علاقة لائحية تنظيمية، وليست علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص، وأن تحقيق المصلحة العامة يقتضي أن تنظم تلك العلاقة قواعد وأحكام خاصة تتفق وطبيعة العلاقة اللائحية.⁽³⁾ فالعلاقة بين الموظف والجهة الإدارية التابع لها هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح، ومركز الموظف هو مركز قانوني عام، ومؤدى ذلك أن الوظائف التي تنشئها القوانين، وتحدد حقوقها وواجباتها.⁽⁴⁾ والموظفون العاملون بمملكة البحرين يخضعون لأحكام القانون رقم 48 لسنة 2010.⁽⁵⁾ وكذلك القضاة والعسكريون يخضعون لأنظمة قانونية خاصة بهم.

(1) - أستاذنا الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر، الدكتور/ عبد المجيد سليمان، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة 2007، ص 471. ويفرق البعض بين مفهومين للوظيفة العامة: مفهوم أول يسمى بالمفهوم الأوربي وهو السائد في أغلب دول العالم ومن بينها الدول العربية، حيث ينظر للوظيفة العامة على أنها عبارة عن عمل مستقر خاضعة لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام الذي يخضع له العمل في المشروعات الخاصة. ويتفق مع أهداف الوظيفة والتي تخلص في تحقيق المصلحة العامة، وعن طريق النظام الوظيفي يتحدد المركز القانوني للموظف والذي يكون مركزاً تنظيمياً أو لائحياً، كما يحدد النظام الوظيفي حقوق والتزامات الموظف والقواعد المنظمة للوظيفة. أما المفهوم الثاني فهو المفهوم الأمريكي والذي ينظر للوظيفة العامة نظرة تتشابه مع نظريته للمشروعات الخاصة، بحيث يخضع الموظفون لنظام قريب الشبه للنظام القانوني الذي يخضع له كافة العاملين في المشروعات الخاصة، ولا تمثل الوظيفة عملاً مستقراً. يراجع في ذلك: الدكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2004، ص 148، أستاذنا الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر، نظام الترقية في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2004، ص 31 وما بعدها.

(2) - أستاذنا الدكتور/ محمد عبد الحميد أبو زيد، أصول القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003، ص 285، الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر، الدكتور/ عبد المجيد سليمان، المرجع السابق، ص 474، الدكتور/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 160، الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1998، ص 198، نقض منني مصري في الطعن رقم 1085 لسنة 62 ق بجلسته 1998/1/29.

(3) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 93 ص 133، الدكتورة/ فاطمة محمد الرزاز، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2004، ص 50، الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 26، الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 42، الدكتور/ محمد شريف عبد الرحمن أحمد، أركان عقد العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2008، ص 86 وما بعدها.

(4) - المستشار/ حسني درويش عبد الحميد، علاقة الموظف بالإدارة بين اللائحية والتعاقدية، دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الثالث والرابع، مارس وإيريل 1991، السنة الحادية والسبعون، ص 76 وما بعدها، الدكتور/ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها، الدكتور/ عبد الواحد كرم، قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 1998، ص 11.

(5) - انظر: الجريدة الرسمية العدد 2974 بتاريخ 2010/11/18. وقد عرفت المحكمة الكبرى المدنية البحرينية الغرفة الرابعة الموظف بأنه: " من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام". انظر: المختار في القضايا الصادرة في قضايا جهات الإدارة، القضية رقم 452 لسنة 1989، بجلسته 1989/3/9. وقد قضت محكمة الاستئناف العليا المدنية في القضية رقم 1993/637 بجلسته 1993/10/25 بأنه: " وحيث أن قانون العمل في القطاع الأهلي حدد مجال سريانه في المادة (2)، وأخرج من مجال تطبيقه، موظفي ومستخدمي الحكومة والأشخاص المعنوية العامة الخاضعون لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية، وحيث أن انحسار تطبيق قانون العمل عن الموظفين والمستخدمين الخاضعين لأنظمة الخدمة المدنية والعسكرية بمفهوم المخالفة يسري على من لا يخضعون لهذه الأنظمة والمستأنف عليها كونها من أشخاص القانون العام لا يسبغ عليها وصف السلطة العامة وعلاقتها بععمالها ليست علاقة تنظيمية، ويسري عليها بالتالي أحكام قانون العمل في القطاع الأهلي". انظر: المختار، المرجع السابق، قاعدة 68، ص 110.

وحدد المشرع في قانون الخدمة المدنية نطاق سريانه على جميع موظفي الحكومة في جميع الوزارات والمؤسسات والهيئات العامة، ممن يتقاضون رواتبهم من الميزانية العامة للدولة أو الملحقة بها، أياً كانت طبيعة هذه الوظيفة أو المسمى الوظيفي لها، والجهات الحكومية يقصد بها الوزارات المختلفة والمؤسسات والهيئات العامة أو أي جهاز تكون ميزانيته ضمن الميزانية العامة للدولة أو ملحقة بها، كذلك من يعملون لدى الأشخاص المعنوية العامة. وبالتالي فإن جميع هؤلاء يخرجون من نطاق تطبيق قانون العمل ولا تسري عليهم أحكامه. لكن أرجع المشرع تحت مظلة قانون العمل الموظفين اللذين تنظم عقود توظيفهم أنظمة أو عقود خاصة فيما نصت عليه هذه القوانين والأنظمة والعقود.⁽¹⁾

ويبرر خروج هذه الفئة أيضاً بأن قانون العمل يستهدف حماية العامل باعتباره طرف ضعيف في مواجهة رب العمل، مما يقتضي مراقبة الدولة له في تنفيذ أحكام القانون، وهذا لا يتحقق بالنسبة للموظف لأنه يعمل في الدولة ذاتها.⁽²⁾ وتجدر الإشارة أن الموظف المعار لجهة من جهات القطاع الخاص، يخضع لأحكام قانون العمل في علاقته بهذه الجهة.⁽³⁾

المطلب الثالث : خدم المنازل ومن في حكمهم⁽⁴⁾ :
- المقصود بخدم المنازل :

يقصد بخدم المنازل كل من يقوم بالخدمة الشخصية المادية المتعلقة بمعيشة المخدم أو ذويه والتي تؤدي داخل المنزل، فهم عمال مخصصون في القيام بالأعمال المادية أو اليدوية التي تتصل بذات صاحب العمل. سواء بصورة مباشرة بالعناية بشخصه أو بأشخاص ذويه كالطاهي والمربية، أو بصفة غير مباشرة عن طريق أشياء مملوكة له كالخادم في منزله.⁽⁵⁾

والذي يميز هذه الطائفة أن عملها يتصل بشخص صاحب العمل، وتقوم بأعمال مادية متواضعة. ويعيش الخدم في الغالب في كنف رب العمل، يبيتون في منزله، ويتناولون طعامهم لديه. ولكن ذلك ليس ضرورياً لثبوت هذا التكليف.⁽⁶⁾ أما من هم في حكم خدم المنازل، فهم كل من يقوم بعمل مادي وثيق الصلة بشخص مخدمه، لكن لا يكون العمل داخل المنزل كالسائق الخاص⁽⁷⁾ والبواب والخفير للسكن الخاص⁽⁸⁾ والبستاني.⁽⁹⁾ ويمكن إجمال ما سبق، سبق، بأن خدم المنازل هم، كل من يعمل في المساكن الخاصة لأجل مساعدة أصحابها في الأعمال المادية اليدوية اللازمة لراحتهم.⁽¹⁰⁾

- الحكمة من استثناء خدم المنازل ومن في حكمهم :

(1) - حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 196 لسنة 2004، بجلسته 2005/3/14.

(2) - الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 27، الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

(3) - حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 285 لسنة 2006، بجلسته 2007/3/5، القاعدة 66، ص 335.

(4) - تنص المادة (4/ب) من قانون العمل المصري الجديد على أنه: "لا تسري أحكام هذا القانون على ب- عمال الخدمة المدنية ومن في حكمهم". واستثناء هذه الطائفة كان مقررأ في جميع التشريعات المصرية السابقة على القانون الجديد. وهو ما قرره المشرع البحريني في القانون الملغي في النص الأصلي الصادر عام 1976 قبل تعديله عام 1993 ولم يأت عليه تعديل.

(5) - الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 46، الدكتور/ محمد شريف عبد الرحمن، أركان عقد العمل، مرجع سابق، ص 99.

(6) - حكم محكمة التمييز الصادر في الطعن رقم 202 لسنة 2002، بجلسته 2003/4/7.

(7) - الدكتور/ عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 15، حكم محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 31 لسنة 2004، بجلسته 2004/10/25.

(8) - الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 28، الدكتور غالب علي الدودي، المرجع السابق، ص 56.

(9) - حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 516 لسنة 2007، بجلسته 2008/6/30، القاعدة 166، ص 768.

(10) - الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 9 ص 35 وما بعدها، الدكتورة/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 51.

ترجع الحكمة التي ابتغاها المشرع من استثناء خدم المنازل ومن في حكمهم من نطاق تطبيق قانون العمل، إلى طبيعة العمل الذي تؤديه هذه الفئة من أعمال يدوية، واختلافه عن طبيعة العمل الذي يؤديه باقي طوائف العمال. خاصة أن عملهم ذو صلة مباشرة بخدمتهم، مما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشئونهم الخاصة، الأمر الذي يتطلب وضع قانون خاص بهم تراعى فيه هذه الظروف وتراعى فيه طبيعة عملهم.⁽¹⁾

- شروط استثناء خدم المنازل ومن في حكمهم :

الشرط الأول : أن يكون العمل بالمنازل :

يشترط لكي يعتبر العمل خدمةً، ويخضع للاستثناء الوارد بقانون العمل أن يكون العمل بالمنازل، وهذا ما اشترطه المشرع البحريني صراحة. فإذا لم يكن العمل بالمنازل فلا نكون بصدد استثناء، ولو كان العمل يمثل خدمة، أي عملاً يدوياً يتصل بالشخص. ويقصد بالمنزل، المكان المعد للسكنى، والخدم هم من يؤديون عملاً بهذا المنزل كالطاهي والبستاني والسفرجي وعامل المصعد وحارس المنزل الخاص والمرضعة وسائق السيارة الخاصة، وما حدده المشرع في المادة (2) المشار إليها من طوائف حدد على سبيل المثال وليس الحصر، فلم يأت النص بما يفيد الحصر، كما أن الأمر يستعصي على ذلك. فإذا لم تكن هذه الأعمال في المنزل كما لو كانت في الفنادق والمستشفيات والمكاتب والعيادات وغيرها، فلا تخضع للاستثناء طالما أنها خارج نطاق المنزل وأنهم لا يتصلون في عملهم بالمخدوم في منزله.⁽²⁾ وكذلك الحال بالنسبة للمقاهي والمحلات العامة والنوادي والسعة والفراشون.⁽³⁾

ويشمل الاستثناء من في حكم خدم المنازل، والقياس هنا على خدم المنازل أي الخدم أنفسهم، فالقياس قياس في الأشخاص وليس القياس على المكان (المنزل) مما يدل على أن وجه القياس بينهم وبين خدم المنازل، وأن عملهم وثيق الصلة بشخص المخدوم في منزله وبذلك تتحقق الحكمة من الاستثناء.⁽⁴⁾ أما القياس على المنازل فهو غير جائز، فلا يدخل في نطاق الاستثناء من يعمل في مكان شبيه بالمنازل.⁽⁵⁾

وقد اختلف الفقه في الحالة التي يكون فيها العامل يجمع بين خدمة صاحب العمل في منزله، وفي الوقت ذاته يخدمه في مؤسسته، فهل يخضع لقانون العمل أم للاستثناء؟. وبصدد الإجابة على هذا التساؤل ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن العبرة بصفة العمل الغالب أو الأساسي، فإذا كانت صفة العمل في المنزل هي الأساس، استثنى العامل من تطبيق أحكام قانون العمل، أما إذا كانت الصفة الغالبة هي العمل في المؤسسة فإن قانون العمل ينطبق. فالعبرة في تحديد صفة الخادم في المنزل هي بطبيعة عمله الأساسي دون ما يعهد إليه من أعمال إضافية، تخرج عن طبيعة عمله الأصلي. بينما ذهب رأي آخر، إلى القول بأن مثل هذا العامل يخرج عن نطاق الاستثناء، بغض النظر عن الصفة الغالبة.⁽⁶⁾ ويؤيد الباحث الرأي الأول؛ لوجهه أسانيده.

(1) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 109 ص 175 وما بعدها، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 9 ص 35 وما بعدها، الدكتورة/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 51، الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

(2) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 109 ص 175 وما بعدها، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 9 ص 35 وما بعدها، الدكتورة/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 51، موسوعة قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص 75.

(3) - الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 28.

(4) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 110 ص 159، حكم محكمة القاهرة الابتدائية في 1958/2/21 القضية رقم 841 لسنة 1955 عمال كلي القاهرة.

(5) - الدكتور/ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 56.

(6) - انظر في عرض هذا الرأي وتأييده: الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 110 ص 161، الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 47.

وقد ثار الخلاف أيضاً في الفقه بشأن بواب العمارة⁽¹⁾، فذهب رأي إلى أن عمله مشابه لعمل خادِم المسكن لذلك فإنه لا يسري عليه أحكام قانون العمل، ولو كان هو من يقوم بتحصيل الأجرة من الشقق بعمارة بمخدومه، وذهب رأي آخر إلى القول بأن بواب العمارة المنشأة للاستغلال، لا يعد في حكم خدَم المنازل، لأن اتصاله بمخدومه لا يتساوى فيه مع خادِم المنزل، لأن الأخير يؤدي العمل لشخص رب العمل، بخلاف الأول عمله يتصل بالمنشأة ذاتها. والرأي الراجح هو الرأي الأخير، وذلك لأن بواب العمارة لا يعد خادِماً، وذلك طالما أن صلته بمخدومه قاصرة على شؤون العمارة ذاتها، ولا يقوم بأعمال خاصة بشخص صاحبها، وذلك بخلاف الوضع في حالة ما إذا كان المخدم يقيم بنفس العمارة ويؤدي له البواب أعمالاً وثيقة بشخصه أو أسرته، فلا يمكن القول في هذه الصورة بأن عمله قاصر على العمارة كمنشأة.⁽²⁾ وقد قضت محكمة النقض السورية بأن: "قيام حارس البناء بتنظيف الدرج وتلبية طلبات شاغلي البناء وشراء المواد التموينية لهم وتأمين حاجات ربات البيوت في منازلهم الخاصة يجعل عمله ذا صلة مباشرة بمخدومه، بما يمكنه من الاضطلاع على أسرارهم وشؤونهم الخاصة، ولذا فهو في عداد الخدم ولا يسري بقه قانون لا عمل، وعلى العكس من ذلك إذا اقتصرت علاقته بصاحب المنزل على مجرد حراسة البناية وتحصيل الإيجارات تحت إشراف هذا الأخير فإنه يخضع لأحكام قانون العمل".⁽³⁾

الشرط الثاني: أن يكون العمل يدوياً:

يشترط أيضاً فضلاً عن أن يكون العمل في المنازل أن يكون العمل يدوياً، فعمل الخادِم دائماً عملاً يدوياً وليس عملاً عقلياً، لذلك يخرج من مفهوم الاستثناء أولئك الذين يقدمون خدمات عقلية، وليست يدوية، حيث أن الأولى تقتضي أن يكون العامل لديه بعضاً من التعليم، وقدرًا من الثقافة، وعملهم يعتمد على عصارَة ذهنهم. لذلك لا يعد في حكم خدَم المنزل العمال الذين يقومون بأعمال عقلية، كالسكرتير الخاص والمدرس الخاص والطبيب الخاص مهما كانت صلته برب العمل ومهما كان تردده على منزله، ويظل هؤلاء العمال خاضعون لأحكام قانون العمل.⁽⁴⁾ ويذهب رأي في الفقه إلى القول بأن مربية الأطفال، تقوم بعمل رئيسي ليس الخدمة، وإنما تربية الأطفال وتعليمهم قواعد السلوك السوي، لذلك لا تعد خادِمة.⁽⁵⁾ لكن نص المشرع البحريني جاء صريحاً باعتبار المربيات من قبيل الخدم.

وقد قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: " فإذا كان الحكم المطعون فيه فيما أنشأه لنفسه من أسباب وما أحال إليه من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده، قد خلص إلى أن الطاعن من خدَم المنازل الذي لا تسري عليهم أحكام قانون العمل استناداً إلى ما ورد في بطاقته السكانية وتصريح العمل الصادر له، بأنه يعمل خادِماً في منزل المطعون ضده ولم يثبت بأقوال شهوده خلاف ذلك، وكان هذا الذي استخلصه الحكم وبني عليه قضائه برفض طلبات

(1) - يراجع في عرض هذا الخلاف: الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 110 ص 161، الدكتورة/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 52، نقض جنائي مصري في الطعن رقم 1184 لسنة 35 ق، بجلسة 1966/3/7، س 17 ص 225، المدونة الذهبية، ص 30 وما بعدها، قاعدة 54، حكم محكمة القاهرة الابتدائية في 1958/2/8، القضية رقم 1500 لسنة 1956، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، ص 36، الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

(2) - الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 50.

(3) - الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 29.

(4) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 110 ص 161، الدكتورة/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 50، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 9 ص 35. ويذهب البعض إلى القول بخلاف ذلك: الدكتور/ محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 100، الدكتور/ عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 15.

(5) - الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 28.

الطاعن الذي استند فيها الطاعن إلى أحكام قانون العمل استخلاصاً سائغاً ويكون النعي عليه مجرد جلد موضوعي في تقدير الدليل غير مقبول مما يتعين معه رفض الطعن".⁽¹⁾ كما قضت بأن: "ولئن كان سائق السيارة الخاصة يعتبر في حكم خدم المنازل المستثنين من تطبيق أحكام قانون العمل طبقاً لنص الفقرة الثانية من مادته الثانية، فقد أعطت المادة (155) مكرر من هذا القانون والمضافة بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1993 لتلك الفئة من العمال الحق في التقدم بطلب لوزارة العمل لتسوية منازعاتهم مع مخدموهم بالطرق الودية، فإذا تعذرت التسوية الودية يتعين على وزارة العمل إحالة النزاع إلى المحكمة الكبرى المدنية التي حلت محلها المحكمة الصغرى في اختصاصها بنظر الدعاوى الناشئة عن علاقة العمل أياً كانت قيمتها طبقاً لنص المادة (1) مكرر من من المادة (8) من قانون المرافعات المضاف بالمرسوم بقانون رقم (3) لسنة 1993.⁽²⁾

المطلب الرابع: أفراد أسرة صاحب العمل:

حرص المشرع البحريني في القانون الجديد على استثناء أفراد أسرة صاحب العمل من نطاق تطبيق أحكامه، وقد حدد المشرع أفراد أسرة صاحب العمل المستثون بالزوج والزوجة وأصوله وفروعه الذين يعولهم فعلاً، وبذلك يكون قد قطع الخلاف الذي من الممكن أن يثار بشأن تحديد من هم المستثون من نطاق تطبيق القانون.⁽³⁾

(1) - الحكم الصادر في الطعن رقم 2002/202، بجلسة 2003/4/7.

(2) - الحكم الصادر في الطعن رقم 31 لسنة 2004، بجلسة 2004/10/25. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "مفاد نص المادة (674) من القانون المدني في تعريفها لعقد العمل، والمادة الثانية من القانون رقم (91) لسنة 1959 بشأن العمل في تعريفها للعامل، والمادة (4/2) من القانون رقم 92 لسنة 1964، بنصها على عدم سريان أحكام هذا القانون على خدم المنازل ومن في حكمهم. فإن الخدم أياً كانوا هم عمال، سواء في مدلول القانون المدني أو في مفهوم قانون العمل، من حيث أنه تربطهم برب العمل تبعية قانونية، قوامها الإشراف والرقابة. وعلى ذلك فاستثناء قانون التأمينات الاجتماعية خدم المنازل ومن في حكمهم من تطبيق أحكامه ليس مرجعه انحسار العمالة عنهم، لأن المستثنى بالضرورة من جنس المستثنى منه، بل لقيام وصف خاص بهم هو أنه تربطهم بمخدموهم علاقة وتقى تنسم بالخصوصية، وتمكنهم من الاطلاع على مكنون سرهم وخاصة أمرهم. وهذه العلة من الاستثناء قد أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية المصاحبة للمرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952، في شأن عقد العمل الفردي وهو من المصادر التشريعية لقانون العمل. والبواب خادم، وهو بهذه المثابة عامل يجري عليه التزام صاحب العمل بالتأمين عليه رجوعاً إلى حكم الوجوب في أصل التشريع، إلا إذا قامت به هذه الخصوصية فكان خادمً لصاحب العمارة في منزله، أو انسحب عليه وصف خادم المنزل حكماً، وغلبت عليه هذه الصفة، فحينئذ يجري عليه حكم الاستثناء الذي يؤخذ في تفسيره بالتضييق. ولا يقدح في هذا النظر ما نصت عليه لائحة الخدامين الصادرة بقرار وزير الداخلية في 8 نوفمبر سنة 1916 المعدلة، من وجوب الحصول على ترخيص لكل من يرغب في ممارسة خادم، أو أي مهنة أخرى مماثلة لها من المهن التي حددتها ومنها مهنة البواب، ذلك لأن وجوب الترخيص محمول على مطلق الخدمة بينما الاستثناء من قانون التأمينات الاجتماعية محمول على خصوصية الخدمة في المنازل وحدها أو ما يجري مجراها ويأخذ حكمها، ولأنه لا تعارض بين الزام البواب بالحصول على ترخيص قبل ممارسة خدمته في قانون وبين حمايته بالتأمين عليه في قانون آخر، فلكل من التشريعين مجاله وحكمه وحكمته، فيما استنته وأوجبه. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ أطلق القول بإخراج بواب العمارة أياً كان مجال عمله من نطاق تطبيق نصوص قانون التأمينات الاجتماعية، دون تفتن إلى المعاني القانونية المتقدمة، ودون بيان الصلة والترجيح بينها وبين مباشرته العمل في العمارة المستغلة، وكان الخطأ في القانون قد حجب المحكمة عن نظر الدعوى، وكان للقصور الصادرة على وجه الطعن بمخالفة القانون، فإن حكمها يكون واجب النقص مع الإحالة". محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1184 لسنة 35 ق، بجلسة 1966/3/7، س 17 ص 225، المدونة الذهبية، للأستاذين/ عبد المنعم حسني، حسن الفكاهاني، قاعدة 55، ص 30 وما بعدها. كما قضت أيضاً بأنه: "إذا قام الفراش بمعهد الموسيقى بأداء خدمات منزلية في ذات الوقت لمالك المعهد، فليس في ذلك ما يغير من طبيعة وحقيقة التعاقد بين الطرفين، حيث أنه يعد فراشاً للمعهد، أما تلك الخدمات الإضافية فهي أعمال عارضة لا تغيب عن طبيعته التعاقدية، ولا يحرم الفراش من الحقوق والمزايا التي يكفلها قانون العمل". ولكن يخضع الخدم لبعض أحكام قانون العمل، من بين هذه القواعد قواعد عمل الأجانب الواردة بقانون هيئة تنظيم سوق العمل رقم (19) لسنة 2006، وإعفاء دعاويهم من الرسوم القضائية عملاً بما نصت عليه المادة (6) من هذا القانون، وشرط إثبات العقد بالكتابة وبياناته وفق ما نصت المادتان (19 و 20) من القانون. الدكتور/ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 29.

(3) - كانت المادة (3/ج) من القانون رقم 137 لسنة 1981 - قانون العمل المصري الملغي - تنص على ما تنص عليه هذه الفقرة لكن ألغى هذا القانون، وقرر المشرع المصري في المادة (4/ج) من قانون العمل المصري الجديد استثناء أسرة صاحب العمل لكن لم يرد بمثل هذا الإيضاح حيث جاء النص بأنه: "لا تسري أحكام هذا القانون على: ج- أسرة أفراد صاحب العمل الذين يعولهم فعلاً". وبذلك فإن المشرع المصري في القانون الجديد قد اقتفى أثر القانون رقم (91) لسنة 1959 في المادة (88/ب) حيث لم يحدد من هم أفراد أسرة صاحب العمل.

وتتمثل العلة التي ابتغاها المشرع من وراء تقرير هذا الاستثناء في أن رابطة القرابة في الحدود المقررة، مع ضابط الإعالة الفعلية، يجعل القرابة بهذه الصورة أقوى من رابطة القانون، وسريان القانون بتنظيمه لتلك العلاقة من شأنه أن يفسدها، خاصةً أنه من المتوقع معاملة خاصة وسخية من صاحب العمل لأقاربه.⁽¹⁾

ويشترط لتحقيق هذا الاستثناء توافر شرطين وهما :

الشرط الأول : الإعالة الفعلية :

يجب أن يكون صاحب العمل هو عائل العامل الفعلي، أي أن يكون هو الذي ينفق عليه في أمور معيشته، ويستوي أن يكون هذا الإنفاق برضاء من رب العمل أم بدون رضائه، كما لو كان بموجب حكم من القضاء، فيستوي أن تكون الإعالة اجبارية أو اختيارية.⁽²⁾ ويستوي أيضاً أن يكون العامل مقيم مع رب العمل أو غير مقيم معه. وتتحقق الإعالة فعلاً متى كان صاحب العمل متكفلاً بما يلزم العامل من مأكّل ومسكن وملبس، ولا يشترط الإعالة القانونية، طالما تحققت الإعالة الفعلية. وإذا انتفت الإعالة فعلياً لا يتحقق الاستثناء، حتى ولو كان الأمر معروضاً على القضاء، فإذا قضى بالنفقة وتحققت الإعالة، تحققت الحكمة من الاستثناء، لكن لو كانت المطالبة مازالت محل نظر ولم تحصل بصورة فعلية، فالحكمة لم تتوافر فالنص قد جاء صريحاً باشتراط الإعالة الفعلية، فطالما تحققت مهما كان مصدرها قام الاستثناء.⁽³⁾

الشرط الثاني : أن يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً :

يعد هذا الشرط شرطاً بديهياً فالعلة من الاستثناء تتمثل في وجود علاقة خاصة بين الشخص وأفراد أسرته، فالشخص الطبيعي هو فقط الذي يكون له أسرة وأقارب يحرص الشارع على حمايتها وحماية أوامر المودة فيها. ولذلك يكون من المنطقي خضوع العمال لقانون العمل في حالة إذا كان رب العمل شخصاً معنوياً كشركة ولو كان أحد أصحاب الأسهم فيها أو مديرها يعمل لديه أحد أصوله أو فروعه، فعلاقة العمل تقوم بينه وبين الشركة كشخص معنوي، ولم تقم العلاقة على الصلة الشخصية بين العامل ومن تربطه به صلة قرابة.⁽⁴⁾

حكم شركة الشخص الواحد :

عرّف المشرع البحريني شركة الشخص الواحد، وعرّفها بأنها: " كل نشاط اقتصادي يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري.⁽⁵⁾ وبذلك يتضح أن شركة الشخص الواحد هو النشاط الاقتصادي الذي يمتلك رأسماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري. وعلي هذا، فقد سمح المشرع البحريني لأول مرة بمقتضي هذه المادة لشخص واحد أن يسجل شركة يكون مالكاً لجميع الحصص في رأس مالها ويكون لشركة الشخص الواحد أو النشاط الاقتصادي ذمة مالية وشخصية معنوية منفصلة عن مالك رأس المال. ويلاحظ أن المشرع البحريني قد أجاز أن يكون مالك شركة الشخص الواحد شخصاً طبيعياً واحداً، أو شخصاً اعتبارياً، وتكون مسئولية مالك رأس مال

(1) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 112 ص 162 وما بعدها، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 1 ص 38 وما بعدها، الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 42، الدكتور/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 53.

(2) - الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 53.

(3) - الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 42، الدكتور/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 53، الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 113 ص 164. هذا وتستثني المادة الثالثة من نظام العمل والعمال السعودي الصادر سنة 1389 هجرية العمال في المنشآت العائلية التي لا تضم سوى أفراد صاحب العمل. ويلاحظ أن هذا النص لم يشترط الإعالة، وإن الاستثناء لا ينطبق إذا كان في المنشأة عامل واحد من غير أسرة صاحب العمل.

(4) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 113 ص 165 وما بعدها، الدكتور/ فاطمة محمد الرزاز، المرجع السابق، ص 54، الدكتور/ عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 13.

(5) - المادة (289) من قانون الشركات التجارية البحريني رقم (21) لسنة 2001.

الشركة الواحد طبيعياً كان او اعتبارياً بمقدار رأس المال المخصص للشركة. ⁽¹⁾ والملاحظ أنه في حالة كون مالك الشركة شخص طبيعي تتحق العلة من الاستثناء، ويستثنى العمال من الخضوع لأحكام قانون العمل.

الشرط الثالث: أن تكون صلة القرابة في حدود الزوج أو الزوجة وأصول الشخص مهما علوا فيدخل الأب والجد، وكذلك الفروع مهما نزلوا فيدخل الابن وابن الابن، طالما كانوا من الأقارب المحددين من قبل النص، ولا يشمل الاستثناء أية أقارب آخرين لرب العمل، ولو كان يعولهم فعلاً. وكما مضت الإشارة فإن نص القانون البحريني قد جاء محددًا تحديداً دقيقاً للأفراد المقصودين، وقضى بذلك على أي خلاف يثار بشأن إدخال قرابة الحواشي وقرابة الأصبهار في نطاق الاستثناء، وذلك حتى لو كان يعولهم فعلاً، فهم ليسوا من قرابته المنصوص عليها في المادة المذكورة. ⁽²⁾

- تقدير اتجاه المشرع في استثناء أسرة صاحب العمل :

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لاستثناء أفراد أسرة صاحب العمل، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهين :

أولاً : الاتجاه المعارض :

انتقد جانب من الفقه، الاتجاه التشريعي باستثناء أفراد أسرة صاحب العمل من نطاق سريان أحكام قانون العمل، وذلك على سند مفاده عدم صحة العلة التي يبتغي المشرع تحقيقها، فلو افترضنا أن صلة القرابة تقوم مقام القانون بين أفراد الأسرة، فلا مانع من أن ينظم القانون علاقاتهم، ليكون التنظيم الوارد به هو الحد الأدنى لما يجب أن يحظى به عند صاحب العمل ذوا قرابه. لكن المشرع لم ينتبه إلى أن عدم خضوع هذه الطائفة لأحكام قانون العمل، سوف يدخلهم في نطاق تطبيق أحكام القانون المدني المنظمة لعقد العمل، فلو كان المشرع حريصاً على علته، فكان يجب أن ينص على استثنائهم من الخضوع لكافة فروع القانون بصورة كلية. كما أنه من ناحية ثانية قد لا تتحقق النتيجة التي يريدها المشرع، فقد يكون لدى صاحب العمل ولدان من زوجتين مختلفتين، فيحابي أحدهم على الآخر أو يحابي الابن على الابنة. وأضاف هذا الجانب أن الاستثناء سيحرّمهم من مزايا عديدة يتمتع بها غيرهم، لأنهم سيخضعون للقانون المدني عديم المزايا، وغيرهم سيخضعون لأحكام قانون العمل بما يتضمنه من مزايا عديدة، فتكون بذلك القرابة مضرّة لهم وليست مفيدة. ⁽³⁾

ثانياً : الاتجاه المؤيد :

على العكس من الاتجاه السابق، يذهب جانب من الفقه إلى تأييد الاتجاه التشريعي في استثناء أفراد أسرة صاحب العمل، وقد استند هذا الاتجاه على سند أن العلاقة بصورتها هذه ليست علاقة عمل مجردة بل هي علاقة مصبوغة بصلة قرابة دفعت رب العمل لأن يكون العائل الفعلي للعمال. ومن شأن انطباق أحكام قانون العمل علي هذه العلاقة جحوداً لتلك القرابة، التي تعد صلة شخصية قوية أعلى من علاقة العمل، خاصة في ظل الضوابط التي حددها المشرع وهي صلة القرابة المحددة بالنص، وفي ظل اشتراط الإعالة الفعلية. ⁽⁴⁾ ولا يعقل أن يجرّم رب العمل

(1) - الدكتور/ صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبوعات جامعة البحرين، الطبعة الأولى 2006، ص 12.

(2) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 112 ص 162 وما بعدها، الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، بند 1 ص 38 وما بعدها، الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 42.

(3) - من أنصار هذا الاتجاه: الدكتور/ محمود جمال الدين ذكي، عقد العمل، مرجع سابق، ص بند 11 ص 39 وما بعدها، الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 43، الدكتور/ محمد شريف عبد الرحمن، أركان عقد العمل، مرجع سابق، ص 101.

(4) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 112 ص 194، الدكتور/ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها.

أقاربه الذين يعولهم فعلا من المزايا المقررة للغرباء، وإن حدث مثل ذلك سيكون أمراً شاذاً، والأغلبية يمنحون أقاربهم ما هو أفضل مما هو ممنوح للغرباء.⁽¹⁾

المطلب الخامس : عمال البحر :

يستثنى أيضاً من نطاق سريان قانون العمل عمال البحر، وذلك لأنها طائفة لها تنظيم خاص بها، ويقصد بعمال البحر ضباط السفن البحرية ومهندسيها وملاحوها، وغيرهم ممن ينظم عقود استخدامهم قانون خاص.⁽²⁾ فهذه الطائفة ينظم عقود استخدامهم وفقاً للنظام القانوني البحري المرسوم بقانون رقم (23) لسنة 1982 بإصدار القانون البحري⁽³⁾، فنظم عقد العمل في المواد (95-114) في الفرع الثاني من الفصل الثاني من الباب الثالث. وقد عرفت المادة (95) عقد العمل البحري بأنه: "عقد يلتزم شخص بمقتضاه بالعمل مقابل أجر في سفينة، تقوم بالملاحة البحرية، وتطبق على العقد القواعد العامة فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون". وقد عرفت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 18 لسنة 1991 بتعديل المادة (1) من القانون البحري الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1982 بأن "السفينة في تطبيق أحكام هذا القانون، هي كل منشأة صالحة للملاحة، تعمل عادة في الملاحة البحرية، وتسير بواسطة آلاتها الخاصة أو شراعتها أو تكون معدة لذلك ولو لم تستهدف الربح".

وقررت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه: "وتعتبر في حكم السفينة في تطبيق أحكام هذا القانون القطع البحرية العائمة، ويشترط أن يكون تم تسجيلها طبقاً لأحكام المادتين (1،2) من قانون تسجيل السفن، وتحديد شروط السلامة الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 14 لسنة 1978". وحددت الفقرة الثالثة على أنه: "تعتبر ملحقات السفينة اللازمة لاستثمارها جزء منها". وقد حدد المشرع على سبيل المثال ضباط السفن ومهندسيها وملاحوها، ثم جاء في عجز الفقرة بعبارته " وغيرهم ممن ينظم استخدامهم قانون خاص".

لذلك يشمل الاستثناء كافة العاملين على ظهر السفينة، ويمتد إلى الربان والمهندسين، وكل من له علاقة بالملاحة، كذلك من يوجد على ظهر السفينة وليس له علاقة بالملاحة كما هو الحال بالنسبة للأطباء والطباخين وعمال النظافة والخدم وعمال المطاعم، فيمتد الاستثناء إلى كل من يربطه عقد عمل بصاحب العمل، فكل من يقوم بعمل مقابل أجر تحت إشراف مجهز أو ربان السفينة يعد عاملاً بحرياً، طالما يؤدي عمله على ظهر السفينة. لذلك فإنه يخرج من نطاق الاستثناء عمال الموانئ، وعمال مصانع بناء السفن. ويلزم أن تكون السفينة سفينة بحرية، لأنها لو كانت سفينة حربية لكان العاملين على ظهرها من الموظفين الخاضعين للقانون العسكري.⁽⁴⁾

وترجع الحكمة من هذا الاستثناء إلى ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة للعمال البحريين، وما يحيط بهم من مخاطر، وما تفرضه طبيعة الملاحة البحرية، والعمل على ظهر السفينة من تنظيم خاص، لذلك يجب تحديد حقوقهم

(1) - الدكتور/ عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

(2) - كان المشرع المصري في المادة (88/ج) من القانون رقم 91 لسنة 1959 قانون العمل الموحد، تنص على استثناء هذه الطائفة من نطاق تطبيق عقد العمل الفردي. لكن ألغي هذا القانون بموجب القانون رقم 137 لسنة 1981 ولم ينص الأخير على استثناء هذه الطائفة، كذلك لم يتضمن القانون رقم 12 لسنة 2003 بإصدار قانون العمل المصري الجديد النص على هذا الاستثناء. لكن بالرغم من ذلك فإن قانون العمل لا ينطبق إلا في حالة عدم وجود نص في عقد العمل البحري الذي نظمه قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990، وفي حالة عدم وجود نص تنطبق أحكام قانون العمل.

(3) - ملحق الجريدة الرسمية، العدد 1504، الخميس 9 سبتمبر 1982. وفي حالة خلو هذا القانون من حكم في مسألة ما، تنطبق أحكام القانون المدني. انظر تطبيقاً: حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 231 لسنة 2008، بجلسة 2009/2/9، القاعدة رقم 25، ص 104.

(4) - الدكتور/ فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، بند 136 ص 200، الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 40، حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم 231 لسنة 2008، بجلسة 2009/2/9، وحكم محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية) الصادر في الطعن رقم 3710 لسنة 60 ق، بجلسة 1997/11/30.

وواجباتهم بفلسفة مختلفة، عما هو مقرر بشأن العمال العاديين، بحيث تتفق مع طبيعة المخاطر التي يتعرضون لها، وطبيعة العمل الغير مقيد بزمان أو مكان، أو آلية ثابتة.⁽¹⁾ ولكن يلاحظ أن نص الفقرة (4/2) قد حدد نطاق الاستثناء بعجز الفقرة حيث قيد بأن: " ممن ينظم عقود استخدامهم قانون خاص". وبالنظر لنص المادة (2/15) من القانون البحري التي عرفت عقد العمل البحري، حيث قررت أنه " ومع ذلك لا تسري أحكام عقد العمل البحري الواردة في هذا القانون إلا على الأشخاص الذين يعملون في سفينة بحرية لا تقل حمولتها الإجمالية عن خمسين طناً". مما مفاده أن العاملين على السفن التي تقل حمولتها على خمسين طناً تنطبق عليهم أحكام قانون العمل، ولا يشملهم الاستثناء، وذلك لعدم تحقق العلة السابقة.

وقد قضت محكمة التمييز بأنه: " الأصل أن أحكام قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1976 تسري على جميع العمال إلا من استثنى منهم من تطبيقها، ولما كان هذا القانون قد استثنى في مادته الثانية من تطبيق أحكامه فئات، من بينهم ضباط السفن البحرية ومهندسوها وملاحوها وغيرهم ممن ينظم استخدامهم قانون خاص، وكان القانون البحري الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1982 وقد نص في الفقرة الثانية من المادة (95) منه على عدم سريان أحكام عقد العمل البحري الواردة في هذا القانون إلا على الأشخاص الذين يعملون في سفينة بحرية لا تقل حمولتها الإجمالية عن خمسين طناً".⁽²⁾ وقضت أيضاً بأنه: " وكان يبين من الحكم المطعون فيه، أنه بعد أن انتهى في أسبابه إلى عدم خضوع المطعون ضده لقانون العمل في الفترة التي عمل خلالها على ظهر السفينة المملوكة للطاعن، وبأنه لا يخضع لهذا القانون - قانون العمل - سوى في الفترة من 1999/4/1 وحتى انتهت خدمته في 2001/7/9".⁽³⁾ وقضت محكمة الاستئناف العليا المدنية البحرينية بأنه: " وإذ صدر القانون البحري بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1982 وعمل به ابتداء من 1983/3/11، فقد تضمن فصلاً خاصاً بعقد العمل البحري تتناول بعض الأحكام الخاصة بهذا العقد، على أن تطبق القواعد العامة فيما لم يرد بشأنه نص (المادة 95)، وإذا لم يرد في نصوصه تنظيمًا لمكافأة نهاية الخدمة، فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة عليها، فيستمر تطبيق أحكام المكافأة التي وردت في قانون العمل في القطاع الأهلي لسنة 1976 على ملاحي السفن البحرية التي تنتهي خدمتهم بعد صدور القانون البحري، باعتبار أن هذه الأحكام هي القواعد العامة لمكافأة نهاية الخدمة في البحرين. ومن ثم فإن مكافأة نهاية خدمة المستأنف تسري عليها أحكام القانون رقم 23 لسنة 1976 منذ بدء تطبيقه في 1976/8/17 حتى نهاية الخدمة في 1983/12/30 إلا أن تكون عقود العمل قد تضمنت شرطاً أكثر فائدة له فيتعين مراعاته".⁽⁴⁾

(1) - الدكتور/ صلاح محمد أحمد دياب، المرجع السابق، ص 40، الدكتور/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 54.

(2) - الطعن رقم 73 لسنة 2002، جلسة 30 ديسمبر 2002.

(3) - الطعان رقما 361، 362 لسنة 2003، جلسة 2004/6/21.

(4) - الحكم الصادر من محكمة الاستئناف العليا المدنية البحرينية في القضية رقم 1984/م/634 استئناف عليا - جلسة 1984/12/4، مجموعة المبادئ القانونية طبقاً لأحكام محكمة الاستئناف العليا المدنية في الفترة من أول يناير حتى آخر ديسمبر 1985.

الاقنطاع كأساس لكسب ملكية الأراضى العامة- دراسة فى القانون العقارى الموريتاني



الأستاذ الدكتور : أحمد وولد عبد الدائم
أستاذ التعليم العالى مؤهل ، كلية الحقوق
جامعة نواكشوط محام لدى المحاكم الموريتانية

لقد تطرق المشرع الموريتاني للاقنطاع باعتباره الوسيلة الوحيدة لكسب الملكية العقارية، معرفا الاقنطاع من خلال أحد تطبيقاته (الاقنطاع الريفي) فوفقا لأحكام المادة 53 من المرسوم رقم : 2010/080 الصادر بتاريخ 31 مارس 2010، الذى ألغى وحل محل المرسوم 89_2000 بتاريخ 17 يوليو فإن الاقنطاع إجراء تتنازل بموجبه سلطة مختصة عن حقوق مؤقتة أو نهائية على أرض مملوكة للدولة تقع خارج المناطق الحضرية كما تحدها المخططات العمرانية، على أن يستهدف الاقنطاع استغلال الأرض ضمن شروط تتلاءم و نشاطات الوسط الأخرى و من الناحية النظرية لا مجال لاكتساب الشخص الموريتاني ملكية أراض عامة، إلا بحصوله على رخصة نهائية. وذلك كما يظهر من مقتضيات المادة 1 و 12 من الأمر القانوني رقم : 83/127 (1) والمرسوم المطبق له ذى الرقم : 2010/080 في مادته 97(2).

إلا أنه و قبل التطرق للاقنطاع كوسيلة لاكتساب ملكية العقار العام، نهد لهذا العرض بملاحظتين نعتقد لزاما بيانهما:

الملاحظة الأولى: مرتبطة بالبداوة والترحال اللذين طبعوا المجتمع الموريتاني، وميسم البداوة عدم الاهتمام بالعقارات لكثرة الظعن والانتقال شما للماء و طلبا للمرعى .

غير أن هذه الملاحظة شهدت نكوصا وتراجعا مع السنين العجاف التى تتالت على هذه الأمة منذ سبعينيات القرن المنصرم، و التى أكدت ضرورة الارتباط بالمدينة والانتقال من النمط التقليدي فى العيش . وانعكس ذلك على اهتمام الناس كل الناس بالعقارات، ومن ثم كثرت النزاعات العقارية فتحتم إصدار قوانين ضابطة وفى هذا النطاق يأتى إصدار الأمر القانوني رقم : 83/127 والمرسوم المطبق له.

الملاحظة الثانية : مرتبطة بأهمية استعراض الملامح العامة للأمر القانوني - آنف الذكر- فقد استند إلى مبادئ عامة ارتبطت بالاستمى التي أفرزته ، والظروف والتحويلات التي شهدتها المجتمع الموريتاني آنئذ. و خلفها الانتقال غير المنظم إلى المدينة ، وظهور ملاك جدد للعقارات بعد أن حالت ظروف الملاك الأصليين دون استغلالها .

من أجل ذلك تضمنت المادة : الأولى من الأمر القانوني - آنف الذكر - مقتضى هام ساوى بين الموريتانيين كل الموريتانيين فى ملكية أراضيهم و بين أن الأرض ملك للأمة .

ولكل موريتاني - دون تمييز- أن يمتلك جزءا منها وفقا لما يسمح به القانون ، وجاءت المادة : 3 من ذات الأمر القانوني فألغت نظام الحيازة التقليدية للأرض .

ومما يستحق التنبيه ارتباط الأمر القانوني 83/127 بشريعتنا الإسلامية السمحة إذ بينت مادته : 2- أنه : تعترف الدولة بالملكية العقارية الخاصة وتصونها ، على أن تحترم هذه الملكية روح التشريع الإسلامي ، وبينت المادة 27 أنه : يبقى حكم الملكية العقارية خاضعا للشريعة الإسلامية فى كلما لم ينص عليه هذا الأمر القانوني .

ومما يستحق التنبيه فى دراسة الأمر القانوني رقم : 83 / 127 ، تضييقه مجال تدخل القضاء الموريتاني فى النزاعات العقارية ، وتوسيعه اختصاص الإدارة ، وتبعاً لذلك قسم النزاعات العقارية إلى :

- نزاعات جماعية .

- نزاعات غير جماعية .

ونحن فى هذا العرض وقد تطرقنا لبعض الملامح العامة للأمر القانوني المنظم للقانون العقاري فى بلادنا، نخلص إلى موضوعنا، لنلاحظ أن المشرع العقاري الموريتاني قسم الاقتطاع إلى اقتطاع ريفي (المبحث الأول) واقتطاع حضري (المبحث الثانى) .

المبحث الأول : الاقتطاع الريفي :

إن الاقتطاع الريفي يستهدف إحياء الأراضى الوطنية الشاسعة فلاحيا ، و بذلك يطال أحد أهم ركائز التنمية الوطنية ،فهو إجراء تتنازل بموجبه السلطة عن حقوق مؤقتة أو نهائية على أرض مملوكة للدولة تقع خارج المناطق الحضرية كما تحددها المخططات العمرانية ، ويتعين أن يستهدف الاقتطاع استغلال الأرض ضمن شروط تتلاءم ونشاطات الوسط الأخرى (3).

وللاقتطاع الريفي على النحو السالف مسطرة لا بد من اتباعها (أولا) كما أنه يتم على مراحل لا بد من بيانها (ثانيا) .

أولا - مسطرة منح الأراضى الريفية :

وفقا لأحكام المادة : 52 من المرسوم رقم : 2010/080 الصادر بتاريخ 31مارس 2010، فإن الترخيص فى استغلال الأراضى الريفية أو تنازل الدولة عنها واعتبارها اقتطاعات مؤقتة أو نهائية ، أمر موكول ، بعد استشارة اللجان المختصة المعنية ، لوزير المالية عندما تكون المساحة لا تتجاوز مائة هكتار.

وعند زيادة المساحة على مائة هكتار يكون المنح من اختصاص مجلس الوزراء ، كل ذلك بعد استشارة اللجان المختصة.

و قد بينت المادة 60 من المرسوم - سالف الذكر- أنه على الراغب فى الحصول على الاقطاعات أن يقدم طلبا بذلك إلى الحاكم المختص ترابيا على أن يرفق بطلبه :

- شهادة جنسية أو نسخة من النصوص التأسيسية إن كان الطالب شخصا معنويا .

- وصف الأرض مع تحديد موقعها الجغرافي

- برنامج استغلال يبين الأعمال المزمع إجراؤها وهدفها الاقتصادي والاجتماعي

و أضافت المادة : 61 أن الطلب وفقا للعناصر آنفة الذكر يسجل تحت رقم ترتيبى فى سجل لهذا الغرض يتم فتحه بعناية الحاكم ، مرقم ومؤشر عليه بالأحرف الأولى من طرف رئيس محكمة المقاطعة ويسلم عنه وصل إلى الطالب .

وبعد تأكد الحاكم من تقديم الطلب وفقا للإجراءات المبينة فى المادة : 60 - آنفة الذكر- يقوم بزيارة عين المكان ، رفقة أعضاء اللجنة العقارية للمقاطعة ، وذلك بهدف التأكد من قرينة(4) ملكية الدولة للأرض وعدم تعارض الاقطاع المطلوب مع متطلبات الاستغلال الرشيد للموارد الطبيعية .

وحال الشك فى احتمال الانعكاس السلبي للاقطاع على متاخره ، أو على الأنشطة الرعوية فى المنطقة يتحتم على الحاكم تكليف المصالح الفنية للمقاطعة بالتحقيق فى ذلك مع طلب الرأي الكتابي للبلدية المعنية .

ومراعاة للضوابط السالفة ، للحاكم رفض الطلب أو قبوله ، و إبلاغ ذلك إلى مقدمه ، وقبل ذلك إطلاع الجمهور على الطلب بهدف استفراغ الحقوق المحتملة للغير بشكل تام ، ويكون الإبلاغ عن طريق الإشهار بعناية الحاكم وذلك :

- بواسطة الملصقات فى الولاية والمقاطعة والبلدية المعنية

- عن طريق الإذاعة بجميع اللغات الوطنية

ويتعين أن تحدد الملصقات والبلاغات المذاعة موقع الأرض المطلوبة ومساحتها وطبيعة الاستغلال المزمع (انظر المادة 66 من المرسوم آنف الذكر)

وبعد انصرام أجل ستين يوما اعتبارا من تاريخ الإلصاق ، و إذا لم تقدم أى منازعة فى ملكية الأرض للدولة ، من معترض خصوصي أو من طرف محكمة مختصة متعهدة لهذا الغرض يعرض الحاكم الطلب على لجنة المقاطعة لإبداء الرأي أو يحيله إلى اللجنة العقارية المختصة انظر المادة : 68 من المرسوم رقم : 2010/080 .

وحال وجود نزاع فى الأرض - المزمع اقتطاعها - متعلق بملكيتها للدولة ، خلال الآجال المنوه عنها أعلاه ، يكون على السلطة الإدارية إعمالا لمقتضيات المادة : 70 أن تؤجل إصدار قرار حتى يصدر قرار المحكمة المختصة ، وتبلغ به . وإعمالا لمقتضيات المواد : 23 و 24 و 25 من المرسوم رقم : 2010/080 .

فإن طلبات الاقتطاع يتم عرضها على لجان متخصصة ، يأتي إنشاؤها ترجمة لإرادة المشرع العقاري والسلطات العمومية في تحقيق تسيير حسن للمجال العقاري الريفي ، وذلك من خلال إشراك السلطات الإدارية المحلية و المنتخبين المحليين وممثلي المجتمع المدني والمنظمات الاجتماعية والمهنية ذات الطابع الريفي .

ثانيا - مراحل الاقتطاع الريفي :

وفقا لأحكام المادة 53 من المرسوم رقم : 2010/080 فإن الاقتطاع الريفي إجراء تتنازل بموجبه سلطة مختصة عن حقوق مؤقتة أو نهائية على أرض مملوكة للدولة تقع خارج المناطق الحضرية كما تحددها المخططات العمرانية ، على أن يستهدف الاقتطاع استغلال الأرض ضمن شروط تتلاءم و نشاطات الوسط الأخرى(5).

و أضافت المادة : 56 من ذات المرسوم أنه لا يمكن لأي شخص خصوصي ولو معترف بمنفعته العمومية الاستفادة من اقتطاع نهائي ما لم يكن قد استفاد سلفا من اقتطاع مؤقت ، إلا في الحالات المرخص فيها بمقتضى المواد : من 131 إلى 136 أدناه ، و شريطة أن يكون قد استغل الاقتطاع المؤقت .

ثم بينت المادة : 57 أنه : يمنح الاقتطاع المؤقت لمدة خمس سنوات ويجب أن لا تنقضى هذه المدة قبل أن يتم استغلال الأرض ، وإلا نزع من صاحبها وامتنع عليه الحصول على اقتطاع نهائي(6).

ومن هذه المواد القانونية يتضح أن الراغب في الحصول على اقتطاع نهائي، ملزم بأن يكون قد استفاد من اقتطاع مؤقت خاص بالقطعة التي يود الحصول عليها بصفة نهائية ، و لا يمكن الحصول على اقتطاع مؤقت ما لم يكن صاحبه قد حصل على رخصة استغلال، فاقططاع الأرض الريفية يمر بمراحل ثلاثة :

1 - رخصة الاستغلال :

لقد بينا سلفا الإجراءات واجبة الاتباع ، لمن يرغب في الحصول على القتع الأرضية الريفية . والشخص حين قيامه بهذه الإجراءات لا يحصل - بدءا - على رخصة مؤقتة ولا اقتطاع نهائي، إنما للسلطات المختصة وفقا للظروف أن تمنحه رخصة استغلال ، وهي أول إجراء للحصول على اقتطاع مؤقت ، وتحويل رخصة الاستغلال للحصول عليها حق الاستغلال ، بزراعة الأرض و السكن فيها وإنشاء السدود . وتمنح لأمد قدره خمس سنوات إعمالا لمقتضيات المادة : 57 آنفة الذكر .

ويتعين خلال هذه الفترة قيام المستفيد من رخصة الاستغلال بإحياء الأرض إحياءا فعليا ، و إلا انتزعت منه ، وحرمت من اقتطاع مؤقت. وإحياء الأرض كما بينته المادة 2 من المرسوم 2010/080 يكون بالبناء والغرس ، ووجود سدود تمسك المياه ... وهو ما عبر عنه خليل بن اسحاق المالكي بالعمارة (7) .

ويتأكد من إحياء الأرض محل الاستغلال ، أو الاقتطاع المؤقت من قبل اللجان المشار إليها في المواد: 23 و 24 من المرسوم 2010/080 .

وخلافا للسائد في بلادنا يمنع على المستفيد من رخصة الاستغلال التنازل عنها كلياً أو جزئياً ، وكل تنازل يؤدي إلى انتزاع الأرض طبقاً للمادتين : 73 و 75 : من المرسوم 2010/080 التي تجعل من عدم الوفاء بالالتزام بإحياء

الأرض فى الأجل المحددة أو التنازل عنها كلياً أو جزئياً شرط فاسخ لرخصة استغلال الأرض ، وقد جعلت باطلا بقوة القانون اقتناء اقتطاع ريفى مؤقت شراءً أو هبةً أو مبادلةً إلا بترخيص مسبق من السلطة المانحة.

2 - الاقتطاع الريفى المؤقت :

إن الراغب فى الحصول على اقتطاع ريفى مؤقت يتعين أن يكون حصل على رخصة استغلال واستوفى شروط الإحياء (8).

وهذا ما بينته المادة : 60 من الأمر القانونى 127 / 83 بنصها : على الراغب فى الحصول على اقتطاع مؤقت فى منطقة ريفية أن يقدم طلباً بذلك إلى الحاكم المختص ترابياً على أن يرفق بالطلب ، جميع البيانات المتعلقة بالرخصة ، من وصف وتحديد موقع وبرنامج استغلال .

ويتم تسجيل طلب الاقتطاع المؤقت تاريخ تلقيه ، تحت رقم تسلسلى فى سجل مفتوح بعناية الحاكم ، مرقم ومؤشر عليه انظر : المادة 61 من المرسوم 2010/080 ، ولا بد للحصول على اقتطاع ريفى مؤقت من تكامل الضوابط التالية :

1 - أن يكون صاحب الاقتطاع حاصلًا على رخصة استغلال لم تنتزع منه

2 - أن يكون مستوفياً ضوابط إحياء الأرض

3 - أن يقدم طلباً بذلك إلى السلطات المعنية

ويتعين تسديد الرسوم المترتبة على المنح لدى محصل عقارات الدولة .

و إعمالاً لمقتضيات المادة : 82 من المرسوم - سالف الذكر- ينتهى الاقتطاع الريفى المؤقت بما يلى :

- إنتهاء الأمد المعطى لإحياء الأرض بكل تمديداته المحتملة

- التخلّى الطوعى من قبل المستفيد

- وفاة المستفيد ، ما لم يتقدم ورثته خلال سنة من وفاته طلباً بنقل حقوق المتوفى لصالحهم

- تحويل الاقتطاع المؤقت إلى اقتطاع نهائى

- الانتزاع الذى يتقرر بنص تنظيمى تصدره السلطة المانحة فى حالتى :

- عدم الوفاء فى الأجل المحدد بالالتزامات المتعلقة بإحياء الأرض كما هو مبين فى دفتر الشروط وو وثيقة الاقتطاع

- التنازل عن الحقوق الممنوحة أو إجبارها .

ونبه إلى أن الانتزاع لا يكون إلا بعد إجراء التحقيق اللازم ، وتوجيه إنذار إلى المنتزع منه ستة أشهر قبل انقضاء أجل الإحياء ، انظر المادة : 84 من المرسوم 2010/080 .

والناظر في الواقع الموريتاني تتنابه الحيرة حين يتبين ندرة انتزاع العقارات من المقتطعة لهم نتيجة مخالفتهم دفتر الشروط أو مقتضيات المرسوم ، آنف الذكر ، على الرغم مما نشهده عمليا من مخالفة المستفيدين من الاقتطاعات للنصوص القانونية ، المنظمة لضوابط الإحياء أو تطبيق شروط عدم التنازل .

3 - الاقتطاع النهائي :

وفقا لأحكام المادة : 92 من المرسوم 2010/080 يمنح الاقتطاع النهائي بناء على طلب صاحب الاقتطاع المؤقت ، بعد إثبات إنجاز برنامج الاستغلال إثر انقضاء الأجل المذكور في المادة 57 أعلاه . وبينت المادة : 93 أن الاقتطاع النهائي مرتبط بالاستغلال طبقا لبنود و ترتيبات الشروط وبرامج الاستثمار الذي التزم به صاحب الاقتطاع المؤقت.

والاقتطاع النهائي هو الإجراء الذي تمنح بموجبه سلطة مختصة شخصا خصوصا حق الملكية الكامل على أرض مملوكة في الأصل للدولة انظر المادة 97 من المرسوم 2010/080 .

ومن ذلك يتضح أن الشخص الحاصل على اقتطاع مؤقت و الذي يكون قد استوفى شروط هذا الأخير خاصة إحياء الأرض ، يكون له حق الحصول على اقتطاع نهائي .

و سمة الاقتطاع النهائي أنه ناقل للملكية إلى المستفيد ، يخوله ما تخوله الملكية من : استعمال ، واستغلال ، وتصرف(9).

المبحث الثاني : الاقتطاع الحضري :

يكتسى الاقتطاع الحضري أهمية بالغة لتعلقه بتشجيع السكن في المدن ، وتبعاً لذلك يخضع لقواعد عمرانية تتطلبها الحياة في المدينة . فيتعين أن تسبقه تهيئة عمرانية تشرف عليها الوزارة المكلفة بالعمران ، في شكل مخطط عام يتضمن بعض المساحات والأماكن العامة ، قبل أن يكون جاهزا .

ونحن في معالجتنا لاقتطاع الحضري نبين الآليات التي يتعين اتباعها لإعداد الأراضي العامة للتقسيم (أولا) ثم بعدئذ نتطرق للاقتطاع في المناطق المعدة للسكن والتجارة والصناعة (ثانيا) و أخيرا نعرض للاقتطاع في المراكز المخصصة للإسكان المتنامي (ثالثا) .

أولا - تهيئة الأرض العامة للتقسيم: يتم وضع مخطط التقسيم من لدن مصالح الإسكان و العمران ، تنسيقا مع وزارة المالية و السلطات الإقليمية و البلدية المختصة ، وتعتمد مصالح الإسكان و التعمير في وضع خطط التقسيم على الخرائط و الرسوم التي تقدمها مصالح الطبوغرافيا انظر المادة:121 من المرسوم 2010/080.

على أن مصالح الإسكان و التعمير عليها حال وضع مخطط التقسيم أن تأخذ في الحسبان مبانى الإسمنت المشيدة في قطع الأرض التي يمتلكها الأفراد ، و الاقتطاعات التي تم منحها سابقا والتي تم إحيائها دون أن تكون لها سندات عقارية ، فتضع تقسيما يصيرها داخله نطاق القطع المقسمة ، خارجة عن خطوط الارتفاق(11) .

ونحن إذ نقر الاعتراف بشرعية الاقتطاعات التي تم منحها ، مراعاة للضوابط اللازمة لذلك ، لا نفهم المقصود بمبانى الإسمنت المشيدة في قطع الأرض التي يمتلكها الأفراد الخواص .

الأمر الذى يدفعنا إلى التساؤل عن الأساس الذى امتلك بموجبه أولئك الأفراد القطع الأرضية ومنطق الحال أن ملكية الأشخاص لهذه القطع لا يمكن أن تكون إلا :

- نتيجة تملكها بموجب الاقتطاع غير أن أصحابها قد حصلوا على سندات ملكية ، ومن ثم أصبحت ملكيتهم خالصة ، بخلاف الأشخاص المذكورين فى الفقرة الأخيرة من المادة 137 والذين حصلوا على تلك القطع الأرضية بموجب اقتطاع من الدولة بيد أنهم لما يحصلوا على سندات عقارية مما يجعلهم غير مالكين للأرض وإنما مستفيدين من رخص الحيازة .

- أن يكون الأشخاص المشار إليهم قد ملكوا هذه البنائات وفقا للقوانين التى كانت مطبقة قبل صدور الأمر القانوني : 83/ 127 و المرسوم المطبق له ذى الرقم 2010/080 ، وعندها تكون حقوقهم صحيحة لا مجال للنيل منها، غاية الأمر أن لا يكون تملك الأرض خارج هذه الأطر سنداً للملكيتها .

ثانيا - الاقتطاع فى المناطق المخصصة للسكن والتجارة و الصناعة بنوعيتها :

ميزة الاقتطاع فى المناطق المخصصة للسكن والتجارة و الصناعة بنوعيتها أن الاختصاص ، فيه راجع حصريا إلى الوزير المكلف بالمالية ، أو مجلس الوزراء ، أو الوالى .

فهم وحدهم الذين لهم منح رخص حيازة هذه المناطق ، إعمالا للمادة : 126 من المرسوم 2010/080 ، فينعقد الاختصاص لمجلس الوزراء إذا تجاوزت المساحة 1000 مترمربع ، ويكون الاختصاص لوزير المالية إذا لم تتجاوز المساحة لا تتجاوز 1000 متر مربع .

وقد بينت المادة 127 من المرسوم 2010/080 أنه على كل راغب فى الحصول على اقتطاع فى المناطق السكنية أو التجارية أو الصناعية أو المخصصة للصناعة التقليدية أن يوجه طلبا لهذا الغرض إلى وزير المالية بواسطة السلطة الإدارية المختصة ، على أن يكون ذلك الطلب مرفقا بـ :

- نسخة مصدقة من بطاقة تعريف صاحب الطلب .

- نسخة من النظام الأساسي لصاحب الطلب إن كان شخصية معنوية .

وبالنظر فى المادة 128 يتضح أنه : فى المناطق الحضرية ذات المخطط التوجيهي تتم دراسة طلبات الاقتطاع فى المناطق السكنية ، من قبل لجنة استشارية تتكون من :

- المدير العام للعقارات وممتلكات الدولة أو ممثله الجهوي رئيسا

- مدير الطوبوغرافيا أو ممثله الجهوي

- مدير العمران أو ممثله الجهوي الذي يتولى سكرتارية اللجنة

وترفع هذه اللجنة إلى وزير المالية لائحة الأشخاص المقترحين .

ومما تجدر ملاحظته أن المادة 129 من المرسوم 2010/080 بينت أن المناطق المفروزة للصناعة أو التجارة أو المخصصة للصناعة التقليدية لا يمكن منح الاقتراعات المؤقتة فيها إلا للأشخاص المسجلين في السجل التجاري والذين يكونون بريئى الذمة من أي التزامات اتجاه الضرائب والضمان الاجتماعي و البنوك والمؤسسات المصرح باكتسابها صبغة المنفعة العامة ، غير أن الواقع خلاف ذلك .

والاقتراع على النحو السالف يتم منحه فى البدء بصفة مؤقتة ، وتسلم لصاحبه تبعاً لذلك رخصة حيازة ، ويتعهد المستفيد منه بمجملته تعهدات وحال الإخلال بها يصبح الاقتراع لاغياً ، ولعل أهم هذه التعهدات كما بينتها المادة 131 من المرسوم 2010/080:

- تعهد المستفيد بتسييج قطعة الأرض خلال أمد سنتين تبدأ من قرار الاقتراع ، وبإنجاز استغلالها خلال خمس سنين بدءاً من نفس التاريخ ، وحال المخالفة يكون الاقتراع لاغياً

- احترام كل الشروط المنصوص عليها فى دفتر الشروط خاصة تلك المتعلقة بإحياء الأرض .

- هذه الاقتراعات رغم أنها شخصية يسوغ بيعها وهبتها وتحويلها شريطة أن تكون تلك التصرفات موثقة .

و باستكمال الضوابط آنفة الذكر من لدن المستفيد ، وحيازته بناء على ذلك رخصة البناء من قبل الوالى باقتراح من المصالح الفنية الجهوية المختصة يكون له الحصول على اقتطاع نهائي إذا قدم طلباً لذلك انظر المادة 133 من المرسوم 2010/080 .

ثالثاً - الاقتراع فى المناطق المخصصة للإسكان المتنامي :

إن الاختصاص فى منح الاقتراع فى المناطق المخصصة للإسكان المتنامي كما بينته المادة 136 من المرسوم 2010/080 فى إحالتها إلى المادة 126 يرجع لمجلس الوزراء إذا كانت المساحة تتجاوز ألف متر مربع ، ويرجع إلى وزير المالية إذا كانت المساحة لا تتجاوز ألف متر مربع .

ومما تجدر ملاحظته أن المرسوم الجديد انتزع صلاحية الوالى فى إعطاء أراضي فى منطقة مخصصة للسكن المتنامي أو منطقة غير مفروزة .

وفى المناطق المقطعة توجه طلبات الاقتراع المؤقت إلى الحاكم ، على أن لائحة المستفيدين تعدها لجنة يرأسها الحاكم ، ويوجد من بين أعضائها عمدة المدينة ورؤساء المصالح فى المقاطعة المعنيين بالعقارات والأشغال العامة و الخزينة والتجارة ، و الداخلية .

و للمستفيد من الاقتراع المؤقت فى المناطق المخصصة للإسكان المتنامي إعمالاً للمادة 137 من المرسوم 2010/080 أن يقدم للسلطة المانحة طالبا الإذن له بتملك الاستثمارات المنجزة ، بشرط أن يكون إحياء الأرض يساوى على الأقل الحد الأدنى المفروض بمقتضى دفتر الشروط .

وقد ألزمت المادة 139 من المرسوم 2010/080 المستفيد من اقتطاع مؤقت بإقامة سياج حول القطعة الأرضية فى أجل سنتين يبدأ من تاريخ الاقتراع ، وبينت أنه إن أراد الحصول على اقتطاع نهائي وجب عليه إحياء الأرض محل

الاقتطاع خلال 5 سنوات تبدأ من التاريخ نفسه . ويستتبع عدم الاستغلال خلال أجل خمس سنوات الانتزاع التلقائي للإقطاع من صاحبه، علي أن يبقى الثمن المدفوع ملكا للخزينة العامة.

الخلاصة :

لقد تطرقنا في هذا العرض للاقتطاع كأساس لكسب ملكية الأراضي العامة في الجمهورية الإسلامية الموريتانية ، وقد عمدنا إلى تقسيم الاقتطاع بحسب موضوعه إلى اقتطاع ريفي واقتطاع حضري .

ويلحظ الدارس من خلال تمعنه في هذا الموضوع أن المنظومة القانونية على أهميتها ، بحاجة ماسة إلى التطبيق الصارم ميدانيا ، وهي ظاهرة لا تقتصر على القانون العقاري فحسب وإنما تنسحب على غيره من القوانين. إلا أنها تبدو أكثر خطرا في القانون العقاري ، بالنظر للمخاطر الجمة التي اكتنفت عدم تطبيق قواعده ، والإفراقات الاجتماعية الميدانية لذلك ، والتي يلحظها الدارس من خلال مدن الصفيح التي تهيئ بالعاصمة ، والتقرى الفوضوي بل وأكثر من ذلك النزاعات الدائبة التي تكتنف مجال تطبيق القانون العقاري ، والتي تنذر باختلالات جسيمة وخطيرة .

الهوامش :

- (1) - صدر الأمر القانوني 127 / 83 المنظم للعقارات وأراضي الدولة ، في فترة حكم اللجنة العسكرية للخلاص الوطني بتاريخ: 5/ 6 / 1983
- (2) - لقد صدرت مراسيم مطبقة للأمر القانوني سالف الذكر كان أهمها : المرسوم 90 / 020 الصادر بتاريخ 31 / 01 / 1990 الذي عدل وحل محل المرسوم رقم : 84 / 009 الصادر بتاريخ 19 / 01 / 1984 . ثم أخيرا صدر المرسوم المطبق له ذى الرقم : 89-2000 بتاريخ 17 يوليو، الذي ألغى وحل محل المرسوم رقم : 90 - 020 ثم المرسوم رقم : 2010/080 الصادر بتاريخ 31 مارس 2010، الذي ألغى وحل محل المرسوم 89-2000 بتاريخ 17 يوليو.
- (3) - حول فكرة الدومين العام وضرورة الترخيص لشغله انظر : حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء العقاري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ طبع ، ص : 17
- (4) - القرينة كما عرفتها المادة : 456 من قانون الالتزامات و العقود الموريتاني : " دلائل يستخلص منها القانون أو القاضى وجود وقائع مجهولة
- (5) - انظر في هذا المعنى: تطور نظام التحفيظ العقاري بمنطقة شمال المغرب ، طبع أمبريال الرباط ص : 23 وما بعدها .
- (6) - الاستغلال فكرة اقتصادية وقانونية تقوم بالتصرف فى الأرض وفق ما أعدت له ، انظر فى هذا النطاق تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد ص : 243
- (7) - وهو ما عبر عنه العلامة الشيخ خليل بالاختصاص بعمارة ولو أندرست ، انظر مختصر خليل فى فقه إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه، دار الفكر ، ص : 249
- (8) - ويعبر عن الاقتطاع على النحو السالف باقتطاع الإمام ، انظر فى هذا المعنى : تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك (مرجع سبق ذكره) ص : 245
- (9) - حق الملكية حق عيني على شيء معين يخول صاحبه ، دون غيره ، بصورة مطلقة استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه وذلك فى حدود القانون والنظام ودون تعسف ، انظر فى هذا المعنى : د. مأمون الكزبري ، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية و التبعية فى ضوء التشريع المغربي ط - 2 - ص : 67 وما بعدها .
- (10) - حول نزع الملكية للمنفعة العامة وأهميتها وأهداف هذا الإجراء راجع : : حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء العقاري (مرجع سبق ذكره) ص : 173 وما بعدها
- (11) - الارتفاق تكليف مقرر على عقار يملكه آخر غير مالك العقار الأول ، انظر : د. مأمون الكزبري ، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية و التبعية فى ضوء التشريع المغربي (مرجع سبق ذكره) ص : 253 وما بعدها .

مجرد رأي حول الشطر الثاني من نتائج المجلس الأعلى للقضاء¹



الأستاذ أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب

عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية

باحث في صف الدكتوراه بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة

في وقت متأخر من ليلة ممطرة من ليالي شتاء 2015، وحوالي الساعة الحادية عشر ونصف من مساء يوم 30 من يناير من العام الجاري أفرجت وزارة العدل والحريات عن نتائج الدورة الأخيرة من دورات المجلس الأعلى للقضاء والتي خصصت لتدارس عدد من القضايا من بينها الملفات التأديبية للقضاة، ومقترحات تعيينات في مناصب المسؤولية القضائية، وقضايا مختلفة، حيث تم نشر هذه النتائج بالموقع الرسمي لوزارة العدل بعد أكثر من يومين على تسريبها عبر المواقع الإلكترونية وبعض الصحف "بشكل جزئي"، حيث كان لزاما على من يرغب في الحصول على الخبر اليقين بعدما تأخر الاعلان الرسمي عنه أن يلجأ لتحريك الهواتف وربط الاتصال بأولي الأمر خاصة أعضاء المجلس الأعلى للقضاء أو بعض القضاة المقربين منهم للحصول على النزر اليسير من المعلومات عليها تشفي غليل الحق الشرعي في الوصول إلى المعلومة التي تمس القاضي وتمس استقراره الوظيفي والعائلي.

وما هي إلا ساعات قليلة حتى تأكدت عدة اخبار كان يظن البعض أنها مجرد اشاعات فما بين انتقال قضاة جدد لم يمر على تعيينهم سوى بضع أشهر وتجاهل طلبات أخرى قدمها زملاؤهم المنتمون لنفس الفوج أو حتى الذين أمضوا عدة سنوات وهم يتقدمون بطلبات تلو طلبات للانتقال، وما بين تجريد بعض المسؤولين القضائيين من مهامهم وتنقيحهم لمحاكم أخرى، وبين تعيينات جديدة في مراكز صنع القرار، دون أن ننسى بعض علامات الاستفهام التي

1- تعتبر هذه الدراسة حلقة في سلسلة حلقات لنفس المؤلف تتناول دراسة تحليلية لنتائج أشغال المجلس الأعلى للقضاء، أنظر لمزيد من التفاصيل: أنس سعدون: قراءة في نتائج المجلس الأعلى للقضاء، مقال منشور بجريدة الصباح، في جزئين، العدد 4313، بتاريخ 2014/02/27، والعدد 4314 بتاريخ 2014/02/28، ومنشور أيضا بجريدة الاخبار العدد 397 بتاريخ 28 فبراير 2014. / - أنس سعدون: قراءة في نتائج الدورة الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 19، ماي 2014، ص 46. / - أنس سعدون: قراءة أولية في نتائج المجلس الأعلى للقضاء-دورة ماي 2014، مقال منشور في جزأين بجريدة المساء العدد 2461 بتاريخ الثلاثاء 2014/08/26، والعدد 2462 بتاريخ الأربعاء 2014/08/27، ص 8.

أثيرت حول الملفات التأديبية لعدد من القضاة المحالين على المجلس تنوعت البنود العريضة لنتائج هذه الدورة الممتدة من دورات المجلس الأعلى للقضاء.

أولا- ملاحظات أولية :

بقدر ما كرست هذه الدورة الجديدة من دورات المجلس لاستمرار ظاهرة التحول الصحي في طريقة عمل هذه المؤسسة التي استجابت مبدئيا لمطالب القضاة¹ حيث تم الاعلان بشكل مسبق عن جدول اعمالها ونشر نتائجها بموقع وزارة العدل، لكنها كرست في المقابل استمرار نفس الانتقادات السابقة بخصوص تعمد التغيب المتعمد للمجلس كمؤسسة أضحت تتجه نحو الاستقلال طبقا للدستور الجدي، وتكريس تبعيته لوزارة العدل والحريات وهو ما تجسد في تعمد نشر هذه النتائج بالموقع الرسمي للوزارة رغم المطالب الملحة بضرورة تخصيص موقع رسمي للمجلس، وإذا كان الاعلان الرسمي عن هذه النتائج قد تأخر إلى حين تداولها عبر مختلف وسائل التواصل التقليدية وغير التقليدية فإن شح المعلومة الرسمية وما يمكن أن ينتج عنها من اشاعات أو أخبار مغلوطة من شأنها أن تؤثر بشكل أو بآخر على السير العادي للمرفق القضائي يدفع لضرورة التفكير الجدي في خلق مؤسسة الناطق الرسمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية لتكريس التواصل المؤسساتي لهذه المؤسسة الدستورية المرتقب احداثها في القريب العاجل.

من جهة ثانية كان لافتا تسمية هذه الدورة بالشطر الثاني من "دورة ماي 2014"، رغم وجود دورة كان يفترض أن تعقد في نونبر من نفس السنة طبقا للقانون الداخلي للمجلس الذي ينص على عقد "دورتين كل سنة : الأولى خلال شهر ماي، والثانية خلال شهر نونبر". فإذا كانت هذه النتائج المعلنة بتاريخ 30 يناير 2015 تتعلق بدورة ماي من العام الفارط فإن السؤال سي طرح حول مآل دورة نونبر من سنة 2014؟

ثانيا- نتائج الشطر الثاني من دورة المجلس الاعلى للقضاء أي جديد ؟

لابد من التأكيد بداية أن الأمر يتعلق بنتائج جزئية إذ أن جدول أعمال هذه الدورة اقتصر على البت في بعض المواضيع من بينها بعض مناصب المسؤولية القضائية، والملفات التأديبية التي أصبحت جاهزة، فضلا عن بعض طلبات الانتقال الآنية.

1- مناصب المسؤولية القضائية وسؤال المعايير :

على مستوى مناصب المسؤولية القضائية يلاحظ أن المجلس تدارس 4 لوائح تتعلق الأولى بالمسؤولين القضائيين الذين قضوا أكثر من 10 سنوات في مناصبهم الحالية، واقتضت المصلحة القضائية تعيينهم في جهات أخرى، وعددهم 6 قضاة؛ وتتعلق الثانية بالمسؤولين القضائيين الذين وردت بشأنهم تقارير من المفتشية العامة تضمنت مؤاخذات حول أدائهم أو ظهر أنهم لم يتمكنوا من الاضطلاع بالمهام المسندة إليهم أو اقتضت المصلحة القضائية نقلهم نظرا لطول المدة التي قضوها بمناصبهم، وعددهم 6 قضاة؛ بينما تتعلق اللائحة الثالثة بالمسؤولين القضائيين الراغبين في نقلهم إلى مناصب أخرى أو الراغبين في اعفائهم من مهام المسؤولية الحالية لظروفهم الاجتماعية أو الصحية، أو المادية، وعددهم 9 قضاة، إلى جانب تدارس وضعية منصب رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط الذي أصبح شاغرا بعد تعيين المسؤول القضائي لهذه المحكمة مديرا للتشريع بوزارة العدل. وقد تقرر تبعا لمداولات المجلس تغيير

1- أنس سعدون: المجلس الأعلى للسلطة القضائية بين الكائن والمأمول، مقال منشور بجريدة الاخبار ، العدد 575، بتاريخ 26 شتنبر 2014.

منصب واحد في النيابة العامة على صعيد محاكم الاستئناف، وتغيير 4 مناصب على صعيد المحاكم الابتدائية (منصبين في الرئاسة، ومنصبين في النيابة العامة)؛ كما تم تغيير منصبين، على صعيد المحاكم المتخصصة (المحاكم الادارية).

والملاحظ بهذا الخصوص أن المجلس حاول العمل على التجديد الجزئي للنخب من خلال اسناد المسؤولية لأربع مسؤولين قضائيين جدد من أصل تسعة، لكن ذلك لا يمنع من تسجيل نفس الملاحظة التي سبق التنبيه لها - في دراسات سابقة - من استمرار تجاهل الكفاءات النسائية الموجودة من التعيينات في مراكز صنع القرار حيث لم يتم تعيين أي امرأة قاضية في منصب المسؤولية خلال هذا الشطر من دورة ملي، مما يطرح أكثر من سؤال حول شروط ومعايير التعيين في هذه المناصب، والأساس الذي يتم بموجبه تقديم الأسماء المقترحة، في ظل غياب الاعلان المسبق عن لائحة المناصب الشاغرة أو الشروط الواجبة في المرشحين لها؟

من جهة أخرى يطرح سؤال حول مدى استشارة المجلس للقضاة المعينين في مراكز صنع القرار، وما يدفع لطرح مثل هذا التساؤل هو استمرار حالات الطلبات المقدمة من طرف عدد من القضاة للإعفاء من المسؤولية لأسباب اجتماعية وصحية بل وانضافت اليها مؤخرا الأسباب المادية! فضلا عن تسجيل بعض حالات عدم الالتحاق في وقت سابق، فهل فعلا يستشير المجلس الأعلى للقضاء القضاة المعينين بالأمر قبل تعيينهم في مراكز صنع القرار، أم يكتفي باستشارة المسؤولين القضائيين في المحاكم التي يعملون بها؟ ثم هل المسؤولية القضائية اختيار أم اجبار!

2- الملفات التأديبية للقضاة وحاجز الصمت من جديد!

عكس الدورات الأخيرة للمجلس الأعلى للقضاء التي تم فيها كسر حاجز الصمت عن بعض الملفات التأديبية للقضاة التي خرجت إلى العلن وحظيت بتتبع اعلامي وحقوقى وشعبي كبير لا سيما بعد انضمام عدد من الجمعيات المهنية القضائية وحضور عدد من أعضائها كمؤازرين في فريق الدفاع ضمن ما بات يعرف بملفات "قضاة الرأي" فإنه خلال الشطر الثاني من هذه الدورة ساد صمت غريب بخصوص طبيعة الملفات التأديبية إذ يبدو أنه وأمام العقوبات التأديبية "القاسية" المتخذة في حق عدد من قضاة الرأي الذين اختاروا العلية والاستعانة بالجمعيات المهنية القضائية للمؤازرة وللترافع حيث ظهر بشكل واضح أن الاشارات التي تم بعثها من طرف المجلس تم التقاطها، ومن ثم تقرر الركون من جديد لمبدأ السرية ووجوب ابقاء الملفات التأديبية بعيدا عن أي تتبع اعلامي تفاديا لأي حرج محتمل لكل الأطراف، ووفق البلاغ المقتضب الصادر عن وزارة العدل والحريات يلاحظ أنه بلغ عدد القضاة الذين مثلوا أمام المجلس الأعلى للقضاء في اطار مساطر تأديبية بسبب ما نسب إليهم من إخلالات مهنية وسلوكية 15 قاض، أصبحت ملفاتهم جاهزة، حيث تراوحت المخالفات المنسوبة اليهم بين: عدم الحفاظ على صفات الوقار والكرامة التي تتطلبها مهامهم القضائية؛ الاخلال بواجب الشرف والوقار والكرامة؛ العجز عن تبرير مقنع لمصدر الثروة؛ والاخلال بالواجب المهني.

وقد تنوعت العقوبات المتخذة في حقهم حيث تم عزل 3 قضاة يشتبه تورطهم في قضايا انحراف أو فساد، والإقصاء المؤقت عن العمل لـ 4 قضاة من أجل مخالفات مهنية جسيمة؛ والتوبيخ لقاض واحد من أجل مخالفة لا تتسم بالجراسة، والبراءة في حق 7 قضاة، وذلك في مخالفات ارتكبت بدون قصد أو في حالة التبرئة من أي مخالفة.

ورغم أن المجلس الأعلى للقضاء حاول تحديد معايير للبت في الملفات التأديبية المذكورة فإن الاشكال يطرح حول طبيعة الضمانات الممنوحة للقضاة خلال المسطرة التأديبية لا سيما على مستوى حق الطعن المخول اليهم طبقا لدستور

2011 الذي لا يزال يفتقد لأية أجراء في ظل تأخر تنزيل القوانين اللازمة، فضلا عن الاشكالات المتعلقة بغياب السند القانوني لبعض المتابعات التأديبية وغياب تصور واضح لمفهوم الخطأ المهني الجسيم الموجب للمسؤولية التأديبية وكذا ضبابية تطبيق مبدأ التناسب بين الخطأ والعقوبة، و في هذا السياق يلاحظ أن وزارة العدل تراجعت عن قرارها السابق بنشر أسماء القضاة المتخذة في حقهم عقوبات بالعزل في اطار ما اعتبرته تنزيلا من طرفها لميثاق اصلاح منظومة العدالة، الشيء الذي أثار تحفظات من طرف جمعيات القضاة لكون نشر الأسماء قبل صيرورة هذه القرارات نهائية يعتبر استباقا للطعون القضائية واساءة متعمدة لمراكز المعنيين بالأمر الذين يبقى له الحق في التمتع بقرينة البراءة واستيفاء الحقوق التي يكفلها لهم القانون كمواطنين وأبسطة الحق في التقاضي.

3 - انتقالات القضاة استثناء يكرس الاستثناء :

رغم أن جدول أعمال هذه الدورة المعلن عنه خلال شهر نونبر من سنة 2014 لم يتضمن الشق المتعلق بالانتقالات توصل المجلس ب 508 طلب انتقال تقرر تأخير البت فيها إلى حين تخرج الفوج 39 من الملحقين القضائيين، وهو ما يؤكد مبدئيا استمرار المجلس في مزاولة مهامه رغم انتهاء ولاية أعضائه تطبيقا للفصل 178 من الدستور¹ وبالرغم من كل هذا كرس المبدأ سياسة الاستثناء وقرر البت في بعض الطلبات التي اعتبرها تكتسي صبغة آنية ومستعجلة، من بينها طلبات عدد من القاضيات اللواتي يرغبن في الانتقال إلى محاكم توجد بالمدن يقيم فيها أزواجهن أو قريبة منها، إلى والطلبات المتعلقة بأسباب صحية.

وفي هذا السياق نسجل بأسف كبير استمرار تجاهل المجلس الأعلى للقضاء لمقاربة النوع الاجتماعي واستمرار التمييز بين القضاة من حيث الجنسين وهو تمييز غير ايجابي، حيث لا يزال المجلس الأعلى للقضاء يرفض طلبات الأزواج الرامية إلى الالتحاق بزواجهم ويقبل فقط طلبات الزوجات الهادفة للالتحاق بأزواجهن اعتمادا على تفسير محافظ لواجب المساكنة الشرعية ولرعاية الأسرة، فرغم أن مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004 تقر بمبدأ المسؤولية المشتركة للزوجين في تحمل شؤون أسرتهما، ما يزال المجلس يقر بشكل ضمني سياسة أولوية التحاق الزوجة بزوجه وعدم امكانية التحاق الزوج بزوجه وهو توجه يتنافى مع روح دستور 2011 الذي أقر مبدأ المناصفة والمساواة بين الجنسين.

من جهة أخرى لا بد من الوقوف على ما تضمنه بيان وزارة العدل بخصوص التعيينات في بعض محاكم الاستئناف حيث أشار البيان إلى أنه قد عرضت على المجلس الأعلى للقضاء وضعية بعض محاكم الاستئناف التي أصبحت تعاني من خصائص في عدد القضاة العاملين بها بسبب احالة بعضهم على التقاعد أو تزايد عدد القضايا، ويتعلق الأمر بمحاكم الاستئناف بكل من : الرباط، الدار البيضاء، القنيطرة، ومكناس. ووفق بيان وزارة العدل يلاحظ أنه تم التعامل مع هذه المسألة باعتماد مسطرة جديدة حيث استمع المجلس إلى الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف المذكورة الذين قدموا عروضاً حول الخصائص الذي تعانيه هذه المحاكم والمشاكل التي تعاني منها بسبب نقص القضاة أو تخصص البعض منهم في البت في قضايا معينة، وعرضت في هذا الصدد لائحة بأسماء القضاة الراغبين في العمل بهذه المحاكم والذين تم الاتفاق على امكان تعيينهم بها بين الرؤساء الأولين ورؤساء المحاكم الابتدائية الواقعة بنفس

1- ينص الفصل 178 من دستور 2011 على ما يلي : " يستمر المجلس الأعلى للقضاء في ممارسة صلاحياته، إلى أن يتم تنصيب المجلس الأعلى لسلطة القضائية، المنصوص عليها في هذا الدستور".

المدن التي توجد بها محاكم الاستئناف المذكورة. وبعد موافقة القضاة المعنيين بالأمر والاطلاع على ملفاتهم اقترح المجلس تعيينهم بتلك المحاكم. وهكذا تم تعيين :

15 قاض كمستشارين بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء؛

4 قضاة كمستشارين بمحكمة الاستئناف بالرباط؛

قاضيين كمستشارين بمحكمة الاستئناف بالقنيطرة؛

قاضية كمستشارة بمحكمة الاستئناف بمكناس؛

إن السؤال الذي يمكن طرحه بخصوص هذا المستجد هو الأساس القانوني المعتمد عليه لتقرير هذا التوجه الجديد، هل نحن امام مسطرة جديدة واستثنائية للتعيينات في محاكم الاستئناف؟ كيف تم اعتماد اللوائح التي قدمت للمجلس رغم أنه لم يعلن بشكل مسبق عن المناصب الشاغرة؟ هل أضحي تعيين قضاة محاكم الاستئناف يتم بناء على طلب المسؤولين القضائيين؟ هل المسؤول القضائي هو من يختار تشكيلة القضاة الذين سيعملون في دائرة المحكمة؟ ألا يحتمل وجود شبهة تأثير أو مس باستقلال قضاة الأحكام العاملين في محاكم الاستئناف أمام هذه المسطرة الاستثنائية للتعيينات؟ كيف يعقل أن يتم اقرار هذه المسطرة الاستثنائية في تعيين قضاة محاكم الاستئناف في وقت يطالب فيه القضاة بغل يد المسؤول القضائي على مستوى الجمعيات العمومية وإعمال المقاربة التشاركية منعا لأي شبهة للتأثير المحتمل؟ كيف يتم هدر مبدأ تكافؤ الفرص بين القضاة وإلغاء حقهم في تقديم طلبات للانتقال من محاكم ابتدائية إلى محاكم استئناف من خلال الالتفاف على المسطرة العادية في البت في طلبات الانتقال والركون إلى مسطرة التوافق بين المسؤول الأعلى والمسؤول الأدنى لاختيار قضاة محاكم الاستئناف؟

وأخيرا .. يلاحظ من جهة أخرى أن المجلس الأعلى للقضاء رخص لعدد من القضاة في الاستمرار في العمل رغم حالة التنافي شريطة ألا يكونوا أعضاء في هيئة واحدة، وهو ما يدفع للتساؤل حول ما إذا كان هذا الترخيص مؤشرا على إمكانية تعميمه ليشمل حالات أخرى يمكن لها أن تتقدم بطلبات جديدة من أجل العمل داخل نفس المحكمة ووفق نفس الشروط الميينة في المادة 24 من النظام الأساسي لرجال القضاء الذي يمنع على الأزواج والأقارب والأصهار إلى درجة العمومة أو الخؤولة أو أبناء الاخوة أن يكونوا بأي صفة كانت قضاة بنفس المحكمة ما عدا في حالة ترخيص من المجلس، أم أن الأمر مجرد استثناء يكرس الطابع الاستثنائي لبعض القرارات التي اتخذها المجلس في الآونة الأخيرة

مقترحات لتعديل مسودة النظام الأساسي للقضاة



من إعداد الأستاذ : ناصر بلعيد

عضو نادي قضاة المغرب - بالرباط

باحث في صف الدكتوراه بجامعة

محمد الخامس السويسي الرباط

إن القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة¹ يعد في الفترة الراهنة بعد المصادقة على دستور 2011 شأنا مجتمعيًا بامتياز، لما له من علاقة وطيدة بالمواطن خاصة والمتقاضي عامة، لما يكفله هذا القانون من حقوق وواجبات للقضاة ستنعكس كلما كانت متقدمة و عادلة على حقوق وواجبات المتقاضين عمومًا³، لذا يتعين علينا كمواطنين بالدرجة الأولى و كقضاة ثانياً أن نساهم في إبداء ملاحظاتنا و مقترحاتنا قصد الاستئناس بها من قبل الجهات التشريعية المختصة، من أجل التوصل إلى أفضل الصيغ التي يجب اعتمادها لإصدار قانون متوازن، عادل، و متقدم يخدم العدالة بمفهومها الواسع بمغربنا العزيز.

لهذه الغاية أضع رهن إشارتكم وعنايتكم الكريمة قراءة نقدية شخصية متواضعة لبعض فصول مسودة مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المنشور من قبل وزارة العدل والحريات، المشكورة على تجاوبها السريع والحمود مع مطالب القضاة الأنية لمناقشة مضامين هذه المسودة ولإبداء الرأي بخصوصها:

أنطلق بداية من تسمية القسم الثاني التي جاءت معنونة بـ "تأليف السلك القضائي" وأقترح تبديلها بصيغة أخرى لتصبح التسمية هي "تأليف قضاة السلطة القضائية"، وذلك احتراماً لمقتضيات دستور المملكة الذي ارتقى بالقضاء إلى سلطة⁴.

1- يتعلق الأمر بمسودة القانون التنظيمي للنظام الأساسي للقضاة بتاريخ أكتوبر 2013.

2- الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، بتنفيذ الدستور المصادق عليه بمقتضى استفتاء فاتح يوليوز 2011.

3- جمعية عدالة: استقلال السلطة القضائية بالمغرب، مطبعة دار القلم بالرباط، دجنبر 2013، ص8.

4- أنظر الفصل 107 من دستور 2011.

بالنسبة للمادة 3 التي تنص على أنه "يؤلف السلك القضائي بالملكة هيئة واحدة تشمل :" أقترح تغيير مصطلح "تشمل" بـ "تتكون"، وذلك احتراماً أيضاً لما جاء في مقتضيات الوثيقة الدستورية بهذا الخصوص.

بالنسبة للمادة 5 التي تنص على أنه "يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيساً للنيابة العامة، و مراقبة و تسيير رؤسائهم الأعلى...".

أقترح أن تصبح الصياغة الجديدة كما يلي : "يوضع قضاة النيابة العامة بما فيهم المسؤولين القضائيين تحت مراقبة و تسيير الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيساً للنيابة العامة".

ومرد هذا الاقتراح أن قضاة النيابة العامة أصبحوا يتمتعون بالاستقلالية في اتخاذ القرارات القضائية بمقتضى الدستور، إذ لا يخضعون إلا لسلطة القانون، وهذا ما يستشف من ضرورة كون التعليمات التي تلزمهم ينبغي أن تصدر عن السلطة المختصة التابعين لها، وأن تكون كتابية و قانونية، وهذا ما يجعلنا في غنى عن استعمال كلمة "تحت سلطة...." لكونها تعدم في معناها إرادة قاضي النيابة العامة¹.

بالنسبة للمادة 8 التي تنص على أنه "يعين المجلس الأعلى للسلطة القضائية القضاة في مناصب العمل التالية :
..... - قاض نائب بمحكمة أول درجة".

فأقترح إلغاء منصب "القاضي النائب" 2 لأنه يتعارض مع فلسفة استقلالية السلطة القضائية المضمونة بمقتضى الدستور، حتى وإن جاء اقتراح احداث هذا المنصب الجديد ضمن خلاصات ميثاق إصلاح منظومة العدالة³، طالما أنها تبقى في جميع الأحوال مجرد توصيات غير ملزمة يمكن تعديلها أثناء صياغة مسودة المشروع، أو أمام غرفتي البرلمان ضماناً لجودة النص التشريعي و عدم إلغائه من قبل القضاء الدستوري المختص.

بالنسبة للمادة 9 التي تنص على أنه : "يعين قضاة محاكم أول درجة و نواب وكيل الملك لديها والقضاة النواب من القضاة المرتبين في الدرجة الثالثة على الأقل". فأقترح تغيير الصياغة لتصبح كالتالي : "يعين قضاة محاكم أول درجة و نواب وكيل الملك لديها المرتبين في الدرجة الثانية". وهو ما يعني ضرورة إلغاء منصب القاضي النائب تبعاً للاعتبارات التي سبق توضيحها من جهة، إلى جانب إلغاء الدرجة الثالثة وذلك بهدف الارتقاء بالأوضاع المادية

1- وقع نادي قضاة المغرب عريضة المطالبة باستقلال النيابة العامة عن وزارة العدل بتاريخ 2012/05/05، بمناسبة انعقاد الدورة الثانية لمجلسه الوطني بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، وحول مبررات المطالبة باستقلال النيابة العامة عن وزارة العدل، أنظر :

-حكيم الوردي: استقلال النيابة العامة وجيوب مقاومة التغيير، مقال منشور بجريدة الأخبار، العدد 563، بتاريخ 12 شتنبر 2014، منشور أيضاً بجريدة الصباح 4510 بتاريخ 2014/10/17.

-عبد الرزاق الجباري: مؤيدات استقلال النيابة العامة عن السلطة التنفيذية، الأخبار، العدد 563، بتاريخ 12 شتنبر 2014.

-عبد العزيز البعلي: استقلال النيابة العامة في ظل الدستور الجديد، الأخبار، العدد 563، بتاريخ 12 شتنبر 2014.

2- أنس سعدون: قراءة ثانية في مسودة قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية، مجلة الفقه والقضاء، العدد 28، فبراير 2015، ص 8 وما بعدها.

3- ياسين خلي: الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة وبدعة "القضاة المؤقتين"، مقال منشور بجريدة الاخبار العدد 296 الجمعة 01 نونبر 2013، ص 15.

والاجتماعية للقضاة المنتمين لهذه الدرجة ، احتراماً لتوجيهات الملكية السامية ، و ترجمة للإرادة السياسية و الحقوقية ذات الصلة بالموضوع¹.

وبالنسبة لتسمية القسم الثالث من مشروع هذا القانوني والتي جاءت معنونة كما يلي : "الولوج إلى السلك القضائي" ، فأقترح تهذيب الصياغة وتعديلها لتصبح كالاتي : "الولوج إلى السلطة القضائية" ، وذلك احتراماً للمكانة الدستورية للقضاء بعد الارتقاء به إلى سلطة مستقلة.

وبالرجوع إلى بقية فصول هذا المشروع يمكن تقديم اقتراحات أخرى من بينها فيما يتعلق بالمادة 12 التي تنص على أنه : "يعين القضاة في السلك القضائي من بين الملحقين القضائيين الناجحين في امتحان نهاية التأهيل بمعهد تكوين القضاة وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي.

غير أنه يمكن تعيين القضاة من بين المترشحين الناجحين في مباراة الولوج إلى سلك القضاء والمنتمين للفئات المذكورة في المادة 26 بعده.."

وأقترح أن تصبح الصياغة الجديدة كالاتي :

"يعين القضاة في السلطة القضائية من بين القضاة المتدربين الناجحين في امتحان نهاية التأهيل بالمعهد الملكي للسلطة القضائية وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي.

غير أنه يمكن تعيين القضاة من بين المترشحين الناجحين في مباراة الولوج للسلطة القضائية المنتمين للفئات المذكورة في المادة 26 بعده."

وفي هذا السياق أقترح استبدال عبارة "السلك القضائي" بعبارة "السلطة القضائية" لنفس العلة السالفة الذكر، مع ضرورة استبدال مصطلح الملحقين القضائيين بعبارة جديدة وهي "القضاة المتدربين" ارتقاء بالأطر القضائية الخاضعة للتكوين لمكانة السلطة التي ينتمون إليها ، و لمكانتهم الاعتبارية المستقبلية بين باقي الوظائف السامية في الدولة، مع وجوب تغيير تسمية "معهد تكوين القضاة" بتسمية "المعهد الملكي للسلطة القضائية" ، ارتقاء بهذه المؤسسة الهامة بين باقي المؤسسات البيداغوجية لكونها ستخرج أفواجا من قضاة المملكة المنتمين للسلطة القضائية الضامنة لحقوق و حريات الأفراد و الجماعات ، وذلك مثل تسمية بعض المعاهد المنتمية والمتفرعة عن السلطة التنفيذية كالمعهد الملكي للشرطة والمعهد الملكي للأطر الترابية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى حتى تكون هذه التسمية مقرونة بالمؤسسة الملكية لكونها تبقى هي الضامنة لاستقلالية السلطة القضائية، وجدير بالذكر أن هذه الاستقلالية يجب النظر إليها بشكل موسع تبتدئ من تكوين القضاة إلى تنفيذ الأحكام و ذلك طبقاً للدستور و روحه.

بالنسبة للمادة 13 التي تنص على أنه "يتولى الرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية رئاسة مجلس إدارة معهد تكوين القضاة ، و يشرف على تنظيم مباراة الولوج إلى السلك القضائي".

1- ياسين خلي: مجرد رأي على هامش مشروع اصلاح منظومة العدالة، الزنزانة رقم 3، الأخبار العدد 481 بتاريخ 6 يونيو 2014.

أقترح أن تصبح الصياغة الجديدة وفق التالي : " يتولى الرئيس المنتدب لدى المجلس الأعلى للسلطة القضائية رئاسة مجلس إدارة المعهد الملكي للسلطة القضائية، و يشرف بمعية الأعضاء القضائية المنتسبة لمجلس الإدارة المذكور على تنظيم مباراة الولوج إلى السلطة القضائية".

وذلك للارتقاء بمكانة المؤسسة البيداغوجية الخاصة بتكوين القضاة (المعهد الملكي للسلطة القضائية) للأسباب السالفة الذكر، مع جعل مسألة تنظيم مباراة الولوج إلى السلطة القضائية خاضعة لمؤسسة مجلس الإدارة بشكل جماعي، أي بإشراك باقي الأعضاء المنتسبين للسلطة القضائية لضمان حد أدنى من التشاور والتشارك من خلال التوافق في اتخاذ القرارات، مع الاحترام التام لمبدأ فصل السلطات.

بالنسبة للمادة 14 التي تنص على أنه " يشترط في المترشح للمشاركة في مباراة الملحقين القضائيين ما يلي : ...

6- أن يكون حاصلا على شهادة الماستر في العلوم القانونية أو الشريعة أو ما يعادلها أو شهادة تفوق شهادة الماستر في تخصصات أخرى".

فأقترح تعديل الصياغة لتصبح كالتالي : " يشترط في المترشح للمشاركة في مباراة القضاة المتدربين ما يلي :

6- أن يكون حاصلا على شهادة الماستر أو ما يعادله في العلوم القانونية (شعبة القانون الخاص والإداري حسب الخصاص) أو الشريعة على الأقل".

ذلك أنه في حالة فتح مباراة ولوج القضاء على تخصصات غير التخصصات القانونية الصرفة، ستمت المساهمة بشكل مؤكد في المساس الخطير باستقلالية السلطة القضائية وبالتالي تعريض حريات وحقوق المتقاضين للضياع نتيجة خطأ تشريعي فادح، و لو كان ذلك بشكل غير مباشر من خلال السماح لحاملي تخصصات بعيدة كل البعد عن الشأن القانوني و مجالاته الدقيقة، الذين يجهلون بحكم تكوينهم الأكاديمي لأدنى الأبجديات القانونية المعقدة أصلا، فكيف نرى في زمننا عدة أصوات تنادي بضرورة اختيار أجود وأحسن الكفاءات القانونية لحمل مشعل القضاء صونا لحقوق الناس و ضمانا لحقوق الدولة.... لنفاجأ بفتح المجال أمام جميع التخصصات ولو كانت بعيدة كل البعد عن القانون ومحيطه، فبذلك سنضرب أحد أهم الشروط الموضوعية لمزاولة القضاء وهو التكوين القانوني الذي به ندفع عجلة الاستثمار ونحقق الأمن القضائي المنشود¹، فبدون هذا الشرط سندخل في عهد جديد وربما ستمت خصوصية القضاء في مخالفة صريحة لأحكام الدستور ومضامين المواثيق الدولية؟.

بالنسبة للمادة 25 والتي جاء فيها : " يحق للملحق القضائي المتابع تأديبيا أن يؤازر بأحد زملائه الملحقين القضائيين أو بمحام....

1- أنظر لمزيد من التفاصيل :

- محمد الهيني : ورقة حول المقترحات الأساسية لإصلاح وتطوير القضاء تبعا لمشروع القانونين التنظيميين المتعلقين بالنظام الأساسي للقضاة والمجلس الأعلى للسلطة القضائية، قدمت ضمن أشغال المناظرة الوطنية حول استقلال السلطة القضائية التي نظمها النسيج المدني بالمعهد العالي للقضاء بالرباط أيام 16 و 17 و 18 ماي 2014 تحت شعار "استقلال السلطة القضائية . أية ضمانات؟

- تقرير حول أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية بتعاون مع هانس سايدل حول موضوع "مسودة مشاريع قوانين السلطة القضائية بالمغرب وسؤال استقلال القضاء"، بقاعة المؤتمرات بفندق فرح بالرباط، يوم السبت 14 دجنبر 2013، منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 16 فبراير 2014، ص 335.

.....تكون المقررات الصادرة بالإعفاء قابلة للطعن".

أقترح أن تصبح صياغة المادة كالتالي : "يحق للقاضي المتدرب المتابع موضوع الملف التأديبي أن يؤازره، تبعاً لرغبته، إما زملائه القضاة المتدربون أو المحامون أو هما معا

.....تكون جميع المقررات الصادرة عن المجلس التأديبي قابلة للطعن أمام المحكمة الإدارية بالرباط وفق الاجراءات و الاجال القانونية الجاري بها العمل".

والسبب في اقتراح هذا التعديل يكمن في تمكين القضاة المتدربين من جميع حقوق و ضمانات الدفاع المكفولة أصلاً لجميع المتقاضين بمقتضى الدستور و المعاهدات الدولية ذات الصلة ، و ذلك من خلال عدم التحديد المسبق لعدد أعضاء الدفاع ضمناً لإحاطة موضوع التأديب إحاطة عادلة، فكيف للمتهمين في جرائم الحق العام الاستعانة أمام المحاكم العادية بأكثر من محام ، و لو كانت الجرائم خطيرة، في حين يستفيد قاضي المستقبل بصوت واحد فقط في مخالفة لا ترقى غالباً إلى الفعل الجرمي.

هذا مع ضرورة التأكيد على جعل جميع القرارات الصادرة عن المجلس التأديبي قابلة للطعن ، و ذلك احتراماً لمقتضيات ظهير 1993 الذي يجعل جميع القرارات الإدارية قابلة للطعن دون استثناء ، والتي تدخل ضمنها هذه القرارات بحكم طبيعتها، و لكونها قد تؤثر على المسار المهني للقاضي المتدرب و لو لم ترقى إلى الإعفاء بحكم دورها في تنقيطه العام و بالتالي ترتيبه عند التخرج، وتأثير ذلك على تخصصه و مكان التعيين.... ، و لكون أن القاضي المتدرب يجب أن تصان حقوقه ضمناً لحقه في اللجوء إلى القضاء الإداري ، مع مساواة حقوقه في هذه المرحلة مع حقوق باقي موظفي الدولة على الأقل، مع ضرورة بيان المحكمة المختصة مكانياً من جهة أولى ، و التي أرى أن تكون المحكمة الإدارية بالرباط لكون إدارة المعهد توجد في دائرة نفوذها. و من جهة ثانية لكون اختصاص المعهد يهم كل أرجاء المملكة ، و من جهة ثالثة لضمان حق القضاة المتدربين في الاستفادة من درجتين من التقاضي أمام المحاكم المختصة إسوة بباقي المتقاضين.

وبالرجوع إلى المادة 28 والتي أقترح بخصوصها المشروع اختياريين، يمكن الوقوف على الاختيار الثاني الذي جاء فيه أنه : "يعين الملحقون القضائيون الناجحون في امتحان نهاية التأهيل قضاة بمحاكم أول درجة أو نواباً لوكيل الملك لديها، و يرتبون في الرتبة الأولى من الدرجة الثالثة".

وأقترح تعديله ليصبح كما يلي : "يعين القضاة المتدربون الناجحون في امتحان نهاية التأهيل قضاة بمحاكم أول درجة أو نواباً لوكيل الملك لديها، و يرتبون في الرتبة الأولى من الدرجة الثانية".

وذلك في إطار التحفيز المادي و المعنوي للقاضي من خلال ترتيبه في درجة أكبر من الدرجة المعتمدة في القانون الحالي ، ترجمة للتوصيات الملكية السامية الهادفة للنهوض بأوضاع القضاة المادية و المعنوية، وبناء على ما جاء في الإستراتيجية الحكومية المكلفة بترجمة أهداف ميثاق إصلاح منظومة العدالة، و ما تداولته مختلف المنابر الحقوقية المهتمة بالعدالة ببلادنا¹.

1- أنس سعدون : مسودة مشروع قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية، أي جديد؟ مقال منشور بالجلد المغربية لنادي قضاة الدار البيضاء، العدد 4، خريف 2014، ص 163.

بالنسبة للمادة 32 التي تنص على أنه : " يقيد في لائحة الأهلية للترقي :

- إلى الدرجة الاستثنائية "أ" قضاة الدرجة الاستثنائية «ب» الذين يتوفرون على أقدمية سبع (7) سنوات على الأقل في درجتهم.

- إلى الدرجة الاستثنائية "ب" قضاة الدرجة الاستثنائية «ج» الذين يتوفرون على أقدمية سبع (7) سنوات على الأقل في درجتهم.

- إلى الدرجة الاستثنائية "ج" قضاة الدرجة الأولى الذين يتوفرون على أقدمية خمس (5) سنوات على الأقل في درجتهم.

....

- إلى الدرجة الثانية، قضاة الدرجة الثالثة الذين بلغوا الرتبة الخامسة في درجتهم".

أقترح تعديل هذه المادة بمراجعة المدد المطلوبة التي يلاحظ انها طويلة جدا وغير محفزة، بل وغير قابلة للتطبيق إذا ما تمت مقارنتها بسن التقاعد المعتمد ، خاصة تلك المتعلقة بالدرجات الاستثنائية "أ" و "ب" و "ج" ، إذ أن بعض هذه المدد المطلوبة في بعض الرتب يبقى بمثابة شرط تعجيزي بل مرة بحكم أن المسار المهني العادي لعدد من القضاة الممارسين قد لا يمكنهم من بلوغ الدرجة الاستثنائية "أ" ، خاصة في حالة الإبقاء على الدرجة الثالثة في سلم الدرجات المعتمد ، إذ لا يعقل أن يبقى القاضي في الدرجة الثالثة لأكثر من ثمان سنوات دون استفادته من أية ترقية خلافا لباقي المهن والوظائف الأخرى التي تتمتع بنظام ترقية جد محفز و سريع¹.

لكل هذه الاعتبارات أقترح أن تصبح صياغة هذه المادة وفق التفصيل الآتي : " يقيد في لائحة الأهلية للترقي :

- إلى الدرجة الاستثنائية "أ" قضاة الدرجة الاستثنائية "ب" الذين يتوفرون على أقدمية خمس (5) سنوات على الأقل في درجتهم.

- إلى الدرجة الاستثنائية "ب" قضاة الدرجة الاستثنائية "ج" الذين يتوفرون على أقدمية ست (6) سنوات على الأقل في درجتهم.

- إلى الدرجة الاستثنائية "ج" قضاة الدرجة الأولى الذين يتوفرون على أقدمية خمس (5) سنوات على الأقل في درجتهم.

- إلى الدرجة الأولى قضاة الدرجة الثانية الذين يتوفرون على أقدمية ست (6) سنوات على الأقل في درجتهم." وهو ما يعني حذف الدرجة الثالثة بشكل نهائي للاعتبارات السالف شرحها.

1- ياسين خلي: مجرد رأي على هامش مشروع اصلاح منظومة العدالة، الزنزانة رقم 3، الأخبار العدد 481 بتاريخ 6 يونيو 2014.

وفيما يتعلق بالمادة 34 التي تنص على أنه: "يقبل كل قاض تمت ترقيته، المنصب الجديد المعين فيه ، وإلا ألغيت ترقيته".

فأقترح أن تصبح صياغة هذه المادة كالتالي : " يمكن للقاضي الذي تمت ترقيته رفض المنصب الجديد، و لا تلغى ترقيته، ما لم يكن التعيين في المنصب الجديد جاء تنفيذا لقرار تاديبى صادر عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية أصبح نهائيا يقضي بالنقل، مستوف للطعن القضائي وفق القانون".

ذلك أن الترقية تبقى من بين أهم الحقوق التي يتمتع بها القاضي خلال مساره المهني، لذا فإن شروط استحقاقها يحددها القانون و من أهمها شرط الاقدمية ، و المؤهل العلمي ، والكفاءة.

و بذلك فلا يمكن اعتبار أي سبب آخر مهما كانت شرعيته و مشروعيته سببا مرتبطا بالترقية من حيث الاستحقاق ، خاصة تفعيل أسلوب نقل القضاة من منطقة إلى أخرى بدون رغبة منهم ، فالآثار الاجتماعية و الاقتصادية و النفسية المترتبة عن هذا النقل التعسفي تشعر القاضي أن ترقيته جاءت بطعم التأديب ، أو الانتقام منه بشكل غير مباشر بمناسبة بته في قضية ما ، و هذا ما يفقد لديه حلقة هامة من حلقات ضمان استقلاله من خلال التعدي على حقه المشروع في الاستقرار العائلي و الوظيفي ، لذا يتعين أن تكون الترقية غير مقرونة بأي شرط لأنها بكل بساطة حق ، و الحق يتعين أن يبقى مجردا و إلا أصبح هبة يمكن الرجوع فيها متى شئنا و هنا نكون قد حرمانا القضاة الذين يبتون في حقوق العباد من حقهم الطبيعي والقانوني في التدرج المهني إلى درجات أعلى لتحسين معيشتهم¹.

ومن جهة أخرى فحتى قرار نقل القاضي الذي أحيل على المجلس التأديبي التابع للمجلس الأعلى للسلطة القضائية يتعين عدم تفعيله فورا إلا بعد سلوك الطعن القضائي والحكم في الموضوع بمقتضى حكم قضائي بات، لتفادي الآثار السلبية المختلفة لهذا القرار خاصة إذا ما قرر القضاء إلغاء قرار النقل².

بالنسبة للمادة 36 التي تنص على أنه : "ينقل القاضي في الحالات التالية :

- بناء على طلبه،

- على إثر ترقيته،

- إحداث محكمة أو حذفها،

- شغور منصب قضائي أو سد الخصاص.."

في هذا الصدد أقترح تعديل الفصل بحذف حالة النقل على إثر الترقية لتصبح الصياغة الجديدة كالتالي : "ينقل القاضي بقرار صادر عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية في الحالات التالية:

- بناء على طلبه،

1- حكيم الوردي : هل تكون المساواة في ظلم القضاة عدلا؟ مقال منشور بجريدة الأخبار العدد 469 بتاريخ 23 ماي 2014. ص14.

2- حجيبه البخاري : التأثير على القضاة من خلال مشاريع قوانين السلطة القضائية، مقال منشور بجريدة الأخبار العدد 326 بتاريخ الجمعة 2013/12/06 الصفحة 15.

- على إثر إحداث محكمة أو حذفها، وذلك بعد الموافقة الصريحة للقاضي ،
- على إثر شغور منصب قضائي أو سد الخصاص ، وذلك بعد الموافقة الصريحة للقاضي ،
- يمكن لنفس المجلس انتداب القاضي الذي رفض نقله مع مراعاة وضعيته العائلية في الحاليتين الثانية و الثالثة ، وذلك وفق مقتضيات المواد 37 و 38 و 39 أدناه".

في نفس السياق لا بد من تحديد هذه المادة للجهة المسؤولة عن نقل القاضي ، وذلك تفاديا لأي غموض تشريعي قد يخلف آثارا سلبية على المسار المهني للقضاة، و لو أن الأمر محسوم بشكل مسبق باعتبار أن المجلس الأعلى للسلطة القضائية هي المؤسسة الدستورية الحصرية التي يحق لها يتتبع الوضعيات الفردية للقضاة من فترة تكوينهم إلى تقاعدهم.

وبخصوص موضوع نقل القضاة فإن له من الأهمية ما يستدعي إحاطته بجميع الضمانات القانونية قبل كل شيء لأنه يبقى سلاحا ذو حدين¹ ، فتارة يستفيد منه القاضي كحق من حقوقه المضمونة بمقتضى القانون من أجل الالتحاق بالأسرة أو تغيير مكان مزاولة المهام القضائية لأسباب صحية أو اجتماعية أو غيرها من الأسباب المختلفة ، وتارة يكون قرار النقل مغلظا بقرار تأديبي كما سبقت الإشارة إلى ذلك، و يمكن في بعض الأحوال اللجوء إليه عندما يعكس متطلبات مرتبطة بالمصلحة القضائية، التي يمكن ترجمتها في أحقية المتقاضين في عدالة قريبة منهم تجسيدا لشعار " القضاء في خدمة المواطن".

و بالرغم من كون موضوع نقل قضاة الأحكام ممنوع بمقتضى الدستور إلا إذا كان " وفق القانون " ، فيتعين في هذه الحالة على السلطة التنفيذية عند وضعها صيغة مشروع القانون ذات الصلة و كذا السلطة التشريعية أثناء تنزيلها لهذه المقتضيات أعمال المرونة اللازمة واستحضار روح الدستور و مراجعة المسودات الصادرة عن اللجنة الملكية الاستشارية التي أعدت مشروع دستور المملكة و ذلك من أجل الاستئناس بها في تفسير عبارة " وفق القانون" حتى لا نفرغ هذا النص من حمولته الدستورية و يصبح نصا تأثيتيا لا غير، يوحى في ظاهره بأن هناك ضمانات تمنع نقل قضاة الأحكام لتدعيم استقلاليتهم في البت في الملفات المتنوعة المعروضة عليهم ، و في حقيقته يتضمن آليات تنسف هذه الضمانات²، و يمكن تفسيرها تفسيراً معيباً غير متوافق مع إرادة المشرع الدستوري ، كما سيكون من المفيد إذا اجتهدت نفس السلطة و قامت بتمديد نفس المنع ليشمل حتى قضاة النيابة العامة من النقل كدعامة تشريعية إضافية على أساس أن الزيادة في الحقوق لا يفسد القاعدة القانونية عكس تقويضها ، نظرا للمهام التي أصبحوا يمارسونها و التي يغلب على جلها الطابع القضائي في ظل دولة الحق و القانون، ونظرا للالتزامات الملقة عليهم بمقتضى قوانين مستقبلية تم عرض خطوطها العريضة بميثاق إصلاح منظومة العدالة تتطلب منهم الاستقلالية في اتخاذ القرارات التي تهم حرية و حقوق المتقاضين، وكذا مراقبة مالية الدولة و الأموال العمومية عموما من خلال التقارير

1- حكيم الوردى : هل تكون المساواة في ظلم القضاة عدلا؟ مرجع سابق، ص14. وأنظر نفس السياق:

- عبد اللطيف طهار: من مفارقات النظام الأساسي للقضاء.. الحرمان من حق الترقية نموذجاً، الأخبار، العدد 575، بتاريخ 26 شتنبر 2014.

2- ناصر بلعيد : النظام الأساسي للقضاة بين الواقع والمأمول ، مقال منشور بجريدة الأخبار في ثلاثة أجزاء في الأعداد 319 بتاريخ 2013/11/29، و 326، بتاريخ 2013/12/06، و 332 بتاريخ 2013/12/13.

الحالة عليهم مباشرة من طرف المجالس الجهوية للحسابات والمجلس الأعلى للحسابات في إطار محاربة جرائم الفساد المالي و تبديد الأموال العمومية، فهذه الالتزامات تتطلب لأدائها في أحسن الأحوال ووفقا للقانون تحصيل قضية النيابة العامة كذلك من النقل إلا في الأحوال التي توازن بين إرادة قاضي النيابة العامة والمصلحة القضائية المحددة بدقة.

و من أجل تفعيل ضمانات أحقية المتقاضين في الولوج إلى العدالة المنصوص عليها دستوريا كذلك كان لابد من الموازنة بين الضمانتين¹ ، من خلال المستويات التالية:

في ضمانات القاضي:

- أحقية القاضي في النقل بناء على رغبته.

- أحقية القاضي في رفض نقله دون تقييده في ذلك بجواب معلن لأن استقراره الاجتماعي حق من حقوقه المكفولة قانونا، و الحق لا يبرر من طرف صاحبه. مع ضرورة مراعاة وضعيته العائلية.

- أحقية القاضي في الرجوع إلى منصبه الأصلي بعد انتدابه من طرف المجلس الأعلى للسلطة القضائية بعد انصرام المدة القانونية لهذا الانتداب مع امكانية تجديد الانتداب لفترة وحيدة في أربع سنوات بلا من السنة المقترحة في مسودة المشروع لضمان الاستقرار الاجتماعي للقاضي حتى لا يآثر على مهامه القضائية بشكل غير مباشر...

- أحقية القاضي في الحصول على تعويض مادي نتيجة انتدابه ، من أجل الحرص على استقراره الاقتصادي.

في ضمانات المتقاضي:

- أحقية المجلس الأعلى للسلطة القضائية في الانتقال من النقل الإرادي للقاضي إلى انتدابه الإجباري مع تفعيل ضمانات هذا الانتداب ، مع جعل هذا القرار غي قابل لاي طعن قضائي لكونه قرارا مؤقتا يضمن عودة القاضي لمنصبه الأصلي و لكونه يكفل له جميع الحقوق المادية المترتبة عنه

- أحقية المجلس الأعلى للسلطة القضائية في انتداب قاض إلى منطقة أخرى إما لشغل منصب قضائي شاغر، أو تعويض الخصاص، أو لاستحداث محكمة أو حذفها ، و ذلك بنهج أسلوب التناوب على هذه المناصب بين جميع القضاة المتوفرة فيهم شروط معينة تحترم مبدأي المساواة و العدالة².

بالنسبة للمادة 37 التي تنص على أنه : " يمكن للرئيس الأول لمحكمة النقض أو الوكيل العام للملك لديها ، كل فيما يخصه ، انتداب قاض لملء فراغ بإحدى المحاكم ،

1- أنظر لمزيد من التفاصيل :

- محمد الهيني : الأسس والمنطلقات الدستورية لإصلاح وتطوير العدالة، مطبعة الامنية بالرباط، الطبعة الأولى 2013.

2- ناصر بلعيد : النظام الأساسي للقضاة بين الواقع والمأمول ، مرجع سابق.

كما يمكن للرؤساء الأولين لمختلف محاكم الاستئناف و الوكلاء العاملين للملك لديها، كل فيما يخصه، انتداب قاض للمشاركة في تصفية أو ملء فراغ بإحدى المحاكم التابعة لدوائر نفوذهم القضائية بين القضاة العاملين بهذه الدوائر.

أقترح تعديلها لتصبح كالتالي: "يمكن للمجلس الأعلى للسلطة القضائية داخل انعقاد دورتيه العادية أو الاستثنائية، أو لرئيسه المنتدب، أو للوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته عضوا دائما لدى نفس المجلس في حال غياب الرئيس المنتدب، خارج انعقاد دورتي هذا الأخير، انتداب قاض لملء فراغ بإحدى المحاكم وذلك بعد استشارة باقي أعضاء المجلس."

ومرد هذا الاقتراح أن المؤسسة الدستورية المختصة في تدبير الوضعية المهنية للقضاة حسب ما جاء بالوثيقة الدستورية تبقى هي المجلس الأعلى للسلطة القضائية، فإسناد غيرها من المؤسسات المعنوية أو الذاتية لتدبير هذه الوضعية، و لو كانت ذات طبيعة قضائية كمؤسسة الرئيس الأول لمحكمة النقض (بالرغم أنه هو الرئيس المنتدب) أو مؤسسة الوكيل العام للملك لدى نفس المحكمة (بالرغم أنه عضو دائم لدى المجلس) أو الرؤساء الأولون لدى محاكم الاستئناف أو الوكلاء العامون لديها، فإن الأمر سيكون فيه تعدد واضح على الاختصاص الحصري و الشامل لأعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية في مراقبة و تتبع الوضعية المهنية للقضاة مع ما يلزم ذلك من تشاور و اتخاذ قرارات بشأنها بشكل توافقي بين باقي الأعضاء، و إن كان الأمر يتعلق فقط بقرار الانتداب الذي يكون ذو طابع و قتي فقط، خاصة أن المجلس أصبحت تشكيلته مدعمة بمؤسسات حقوقية تضم أعضاء خارج الهيئة القضائية من أجل تدعيم الضمانات الممنوحة للقضاة، كرئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان، و رئيس مؤسسة الوسيط، و خمس شخصيات مشهود لها بالكفاءة... التي يعينها الملك. فبغيا هؤلا سنعود إلى الممارسات المعمول بها قبل إصدار هذا القانون التنظيمي، و بالتالي سنخالف إرادة المشرع الدستوري الذي جعل المجلس السالف الذكر يشتغل بشكل جماعي دون إمكانية تفويض الاختصاصات بين الأعضاء ضمنا لتوسيع قاعدة المشورة للحفاظ على حقوق القضاة و بالتالي صيانة حقوق المتقاضين بشكل غير مباشر.

أما بخصوص المادة 38 التي تنص على أنه: " يجب ألا تتجاوز مدة الانتداب ثلاثة (3) أشهر،

يمكن تجديد مدة الانتداب مرة واحدة في السنة بعد موافقة المعني بالأمر،

يشعر المجلس الأعلى للسلطة القضائية فورا بقرارات الانتداب".

فأقترح تعديلها وفق الصيغة التالية: " يجب ألا تتجاوز مدة الانتداب ثلاثة (3) أشهر بقرار صادر عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية، أو عن الرئيس المنتدب، أو عن الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته التمثيلية حسب الأحوال و الشروط المذكورة في المادة 37 المذكورة أعلاه.

يمكن تجديد الانتداب مرة واحدة كل أربع سنوات بعد موافقة المعني بالأمر".

وذلك لنفس التعليقات المشار إليها سابقا، أي ضمنا وصونا لحقوق القضاة في الشق المتعلق بالاستقرار المهني و العائلي.

وبالنسبة للمادة 48 التي تنص على أنه: "يجق لكل قاض يوجد في حالة القيام بمهامه أن يستفيد من رخصة سنوية مؤدى عنها.

يتولى منح الرخص الإدارية للقضاة :

- الرئيس الأول لمحكمة النقض والوكيل العام لديها ، كل فيما يخصه بالنسبة للقضاة العاملين بمحكمة النقض، والرؤساء الأولين لمختلف محاكم الاستئناف و الوكلاء العاملين للملك لديها.

- الرؤساء الأولون لمختلف محاكم الاستئناف و الوكلاء العاملين للملك لديها و الوكيل العام لديها ، كل فيما يخصه.....

- رؤساء محاكم أول درجة و و وكلاء الملك لديها، كل فيما يخصه.....

- الرئيس المباشر بالنسبة للقضاة العاملين بالفتشية العامة للشؤون القضائية أو المصالح الإدارية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية".

أقترح تعديلها كالتالي : "يحق لكل قاض يوجد في حالة القيام بمهامه أن يستفيد من رخصة سنوية مؤدى عنها.

....

يتولى منح الرخص الإدارية للقضاة بناء على رغباتهم بعد مراعاة الظروف الخاصة والعامه لكل قاض ، و استحضار معياري الأقدمية و التحويلات العائلية المختلفة:

- الرئيس الأول لمحكمة النقض و الوكيل العام لديها ، كل فيما يخصه بالنسبة للقضاة العاملين بمحكمة النقض ، و الرؤساء الأولين لمختلف محاكم الاستئناف و الوكلاء العاملين للملك لديها،

تقبل قرارات رفض منح الرخص في الفترات المطلوبة للطعن الاستعجالي أمام الغرفة الأولى والغرفة الإدارية لدى نفس المحكمة مجتمعين، وفق المسطرة الإجرائية الجاري بها العمل في الطعون الإدارية،

يتم البت في الطلب بقرار نهائي في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ التوصل بالطعن.

- الرؤساء الأولون لمختلف محاكم الاستئناف و الوكلاء العاملين للملك لديها ، كل فيما يخصه بالنسبة للقضاة العاملين بهذه المحكمة، و كذا رؤساء محاكم أول درجة ووكلاء الملك لديها وباقي القضاة العاملين بدائرة نفوذها. تقبل قرارات رفض منح الرخص في الفترات المطلوبة للطعن الاستعجالي أمام الغرفة الإدارية لدى محكمة النقض وفق المسطرة الإجرائية الجاري بها العمل في الطعون الإدارية، و مقتضيات المذكورة في الفقرة أعلاه.

- الرئيس المباشر بالنسبة للقضاة العاملين بالفتشية العامة للشؤون القضائية أو المصالح الإدارية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية أو محكمة النقض أو السلطة الحكومية المكلفة بالعدل.

تقبل قرارات الرؤساء الأولون لمختلف محاكم الاستئناف و الوكلاء العاملين للملك لديها ، كل فيما يخصه و الرئيس المباشر بالنسبة للقضاة العاملين بالفتشية العامة للشؤون القضائية و المصالح الإدارية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية و محكمة النقض و السلطة الحكومية المكلفة بالعدل ، القاضي برفض منح الرخص في الفترات المطلوبة للطعن الاستعجالي أمام الغرفة الإدارية لدى محكمة النقض وفق المسطرة الإجرائية الجاري بها العمل في الطعون الإدارية، و مقتضيات المذكورة في الفقرة أعلاه".

وذلك لأن الرخصة الإدارية السنوية تعتبر من أهم الحقوق التي يجب أن يتمتع بها القاضي بعد انصرام سنة من الاشتغال اليومي داخل و خارج المحكمة ، لذا يتعين إحاطة هذا الحق بكل الضمانات القانونية ، ابتداء من الجهة المكلفة بمنح هذه الرخص التي يجب أن تكون على دراية بتقنيات التواصل مع القضاة لتوزيع الغلاف الزمني المتعلق بهذه الرخص بشكل عادل وبتوافق بين الجميع¹، وهنا نستحضر ضرورة تعيين مسؤولين قضائيين لهم إلمام بهذه التقنيات بعد تلقيها لهم بمعهد الإدارة القضائية الذي سيتم إحداثه تبعا لمضامين ميثاق إصلاح منظومة القضاء ، مع جعل كل قرار يتعلق بالرخص الإدارية السنوية خاصة المتعلقة برفض تاريخ الاستفادة منها المقترح من قبل القاضي المعني بالأمر قابل للطعن أمام القضاء حسب الأحوال المسطرة في المادة المقترحة من طرفي، خاصة في الحالات التي يقوم فيها المسؤول القضائي بفرض جدولة الرخص المذكورة دون استشارة المعنيين بالأمر مما يؤدي إلى وقوع أزمات عائلية حادة تجعل من هذه الرخص جحيما بعد طول الانتظار من أجل الاستفادة منها.

1- ناصر بلعيد : النظام الأساسي للقضاة بين الواقع والمأمول ، مرجع سابق.

موقع الاجتهاد القضائي من منظومة إصلاح العدالة بالمغرب



من إعداد الأستاذة فوزية احصاد باحثة بصف الدكتوراه
مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري المغربي
جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - كلية الآداب
مختبر البحث في الأصول الشرعية للكويتات والمعاملات

لا مرأ في أن التشريع هو أرقى تعبير عن اختيارات الأمة الهادفة إلى ضمان مصالحها العامة، إلا أنه مع ذلك يظل قاصرا أمام ما تشهده الأمم من تطورات تجعل القاعدة القانونية في وحل من المشاكل المكبلة لتطبيق روح القانون الرامي لتحقيق السلم الاجتماعي والكرامة الانسانية...من هنا يكتسب الاجتهاد القضائي أهميته ومحوريته في أي إصلاح قضائي؛ فبالنظر إلى ما يتميز به التشريع من عمومية وتجريد تجعل الحلول المتخذة حلولا وسطى لا ترقى إلى مستوى الحلول الفردية للنزاعات فإن الاجتهاد القضائي هو الضامن لاستمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الوقائع و النوازل¹. وهذا ما يجعل منه مصدرا مستقلا مباشرا ومساويا لباقي مصادر القانون، فهو يخصص القاعدة القانونية، ويقوم بتحيينها، كما أنه يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة، ناهيك أنه يساهم في تفسير النصوص الغامضة و يكمل الناقص منها وهو بذلك يشكل مصدرا مباشرا للقانون، وعليه فإن عمل المحاكم حسب ما هو متعارف عليه دوليا يتجاوز التطبيق الحرفي للقانون إلى التفسير والتطوير وأحيانا الحلول².

ولا شك أن تحقيق السلم الاجتماعي والعدالة والكرامة الإنسانية كانت من المبادئ التي ارتكز عليها ورش إصلاح منظومة العدالة بالمغرب، وهي المبادئ نفسها التي يسعى السادة القضاة لتحقيقها من خلال تطبيقهم لورقة الاجتهاد القضائي. ومعلوم أن آثار هذا الاجتهاد ستكون عديمة النفع إذا لم يتم تعميمه بين الممارسين والمختصين بدرجة أولى

¹ - ذلك أن ملء الفراغ التشريعي أصبح متعارفا عليه دوليا -ومنذ زمن بعيد- فقد جاء في المادة 4 من مدونة نابليون لسنة 1804 : "القاضي الذي يرفض الحكم تحت ذريعة السكوت أو غموض أو نقص القانون يتابع مجرمة نكران العدالة" كما ينص الفصل 7 من المسطرة المدنية: "لا يحق للمحكمة الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار -ويجب البت بالحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة".

² - أنظر محطات قضائية لعبد القادر الرافي، مطبعة امبرانت البيضاء ط:1، 2002، ص 4.

ثم العمل على نشره بمختلف الوسائل المتاحة حتى يمكن تقريبه إلى أكبر قدر ممكن من الأشخاص، أقول الأشخاص وليس بالضرورة رجال الفقه والقانون، ذلك أن تعميم الاجتهاد القضائي بين المواطنين يساهم في ترسيخ قيم العدالة، لأنه يمكنهم من إدراك اتجاه القضاء ويدفع بهم إلى مراعاة هذا الاتجاه في تعاملاتهم والاستدلال بها في خصوماتهم.

ليظل السؤال المطروح: ما هو موقع الاجتهاد القضائي من منظومة الإصلاح القضائي التي راهن عليها المغرب؟ هل هناك آليات داعمة ومساعدة على نشر وتعميم هذه الاجتهادات القضائية؟ وهل وفقت منظومة إصلاح العدالة في وضع الأصبع على مكنم الداء لصياغة ضمانات ترتقي بالاجتهاد القضائي كصانع للقاعدة القانونية ومكمل لها؟

بداية وقبل الإجابة على هذه الأسئلة وجب من باب الأولى الوقوف على مسار منظومة إصلاح العدالة بالمغرب.

المحور الأول : مسار منظومة إصلاح العدالة و أهم بنودها :

أولا : منظومة إصلاح العدالة مسار بمباركة ملكية.

فتح موضوع إصلاح منظومة العدالة الذي جاء في معرض الخطاب الملكي ليوم 20 غشت 2009 شهية العديد من الحقوقيين ورجال القانون الذين أسالوا مدادا كثيرا من أجل إيجاد إستراتيجية واضحة المعالم للخروج بصيغة للإصلاح الشامل للقضاء.

وتأتى ذلك بتعيين جلالة الملك للهيئة العليا للحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة بتاريخ 08/05/2012، إذ اعتبر هذا الإصلاح في صدارة الأوراش الكبرى التي يقودها جلالتة، إيمانا منه بأن العدل هو قوام دولة الحق والمؤسسات وسيادة القانون - كما جاء في الخطاب الملكي - وحرصا من جلالتة على تنويع المسار الإصلاحى للدستور الجديد للمملكة، في إطار مقاربة تشاركية وإدماجية تستوعب جميع المؤسسات الدستورية والقطاعات الحكومية والقضائية والمجتمع المدني ومختلف الفعاليات المؤهلة والمعنية بهذا الإصلاح.

ليأتى خطاب جلالة الملك - بمناسبة الذكرى الرابعة عشرة لعيد العرش المجيد ل30 يوليوز 2013 - معلنا التوصل إلى ميثاق لإصلاح المنظومة القضائية وداعيا -جلالتة -الجميع إلى التجند من أجل إيصال هذا الإصلاح الهام إلى محطته النهائية قائلا: "فمهما تكن أهمية هذا الإصلاح، وما عبأنا له من نصوص تنظيمية و آليات فعالة فسيظل الضمير المسؤول للفاعلين فيه هو المحك الحقيقي لإصلاحه، بل و قوام نجاح هذا القطاع برمته."

ثانيا : قراءة في محاور و أهداف الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة :

يتضمن الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة 1 ستة أهداف إستراتيجية كبرى و36 هدفا فرعيا و 200 آلية للتنفيذ.

إذ تتمثل أهدافه الإستراتيجية الكبرى في توطيد استقلال السلطة القضائية وتخليق منظومة العدالة وتعزيز حماية القضاء للحقوق والحريات، والارتقاء بفعالية ونجاعة القضاء، وإثراء القدرات المؤسسية لمنظومة العدالة، وتحديث الإدارة القضائية وتعزيز حكومتها. وقد انبثقت عن هذه الأهداف الرئيسية 36 هدفا فرعيا، وضعت لتفعيلها 200

⁻¹ مأخوذ من الموقع الإلكتروني <http://www.maroc.ma> بصيغة pdf.

آلية تنفيذ، تشمل 353 إجراء تنفيذيا، تم تضمينها في المخطط الإجرائي المرفق بالميثاق والذي يحدد الإجراءات التفصيلية المطلوبة لتطبيق الآليات المقترحة لتنفيذ مختلف أهداف الميثاق.

كما دبح هذا الميثاق بجزء خاص بتشخيص وضعية العدالة من حيث إشكالياتها، والصعوبات التي تعترض سيرها، والذي على أساسه تمت بلورة الرؤية العامة لإصلاح منظومة العدالة، راسمة التوجهات الكبرى التي يجب أن تحكم هذا الإصلاح.

و إذا ما استقرنا منظومة إصلاح العدالة في المغرب فس نجد أن مسألة الاجتهاد القضائي تتموقع ضمن الهدف الاستراتيجي الرابع الداعي إلى الارتقاء بفعالية ونجاعة القضاء، والذي تندرج تحته مجموعة من الأهداف الفرعية، خامسها معنون ب: "الرفع من جودة الأحكام وضمان الأمن القضائي" - وهو المعني بالاجتهاد القضائي - وقد خصص لتحقيق هذا الهدف أربع آليات لكل إجراء تنفيذية، وهي كالاتي :

- الآلية الأولى : تركز حول اعتماد آليات تمكن من توحيد الاجتهاد القضائي والحد من تضاربه، من خلال خمسة إجراءات تنفيذية، أولها إعداد قواعد بيانات لقرارات محكمة النقض وتمكين القضاة من الولوج إليها، وثانيها اعداد نشرات لأهم الأحكام القضائية لمحكمة النقض والتعليق عليها وتمكين القضاة منها، ثم إعداد قواعد بيانات لقرارات محاكم الاستئناف وتمكين القضاة من الولوج إليها، وكذلك نشر الاجتهادات القضائية بالمواقع الإلكترونية للمحاكم، وأخيرا تنظيم محكمة النقض لندوات وأيام دراسية حول الإشكاليات القانونية موضوع التضارب في الاجتهاد القضائي، وقد خصص لتنفيذ هذه الإجراءات غلاف زمني يقدر ب 24 شهرا أي من سنة 2014 إلى متم سنة 2016.

- الآلية الثانية : تتمثل في "تحويل محكمة النقض حق التصدي في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية"، وهذا يقتضي مراجعة قانون المسطرة المدنية والقوانين ذات الصلة، وذلك في أفق سنة 2014.

- الآلية الثالثة : تكمن في "وضع الآليات العملية للرفع من جودة الأحكام لاسيما من خلال التكوين الأساسي والتخصصي" بناء على أربع إجراءات عملية تتجلى في اعتماد معهد تكوين القضاة لبرامج تكوين تخصصي يضمن الاحترافية، وادراج مادة خاصة في برامج تكوين القضاة بالمعهد في شأن مهارات تحرير الأحكام القضائية وتعليلها، وكذا ادراج مادة خاصة في برامج تكوين القضاة بالمعهد بشأن تقنيات التشريع والصياغة التشريعية، ثم توفير الاجتهادات القضائية والخزانات القانونية والدعائم الإلكترونية بالمحاكم، وكل هذه الإجراءات ستجد مكانا لها في متم سنة 2015.

- الآلية الرابعة والأخيرة : تقضي "اقرار آليات قانونية تتعلق بالتعويض عن الخطأ القضائي" من خلال سن نص قانوني ينظم مسطرة التقاضي بشأن التعويض عن الخطأ القضائي وذلك في سنة 2013-2014.

يتضح من خلال ميثاق منظومة إصلاح العدالة، وبعيدا عن كل المزايدات الضيقة، أن الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة كانت موفقة إلى حد كبير في مقاربة جل الإشكالات التي تواجه هذا الورش الإصلاحية وبالتالي فقد لامست إلى حد كبير مكامن الخلل محاولة تسطير خارطة طريق تنير عتمة الظلم واللاعادلة.

المحور الثاني : موقع الاجتهاد القضائي في مشروع إصلاح العدالة في المغرب :

قد لا يختلف اثنان على أهمية وقيمة مشروع إصلاح العدالة بالمغرب، إلا أنه وانطلاقاً من استقراءنا لمكانة الاجتهاد القضائي في هذا الورش الإصلاحية يمكننا الخروج بجملة من الملاحظات الشكلية والموضوعية الخاصة بموضوع النقاش تبعاً لما يلي :

من الناحية الشكلية : اعتبر الاجتهاد القضائي في منظومة إصلاح العدالة آلية من الآليات التي تسعى لتحقيق هدف فرعي هو الرفع من جودة الأحكام وضمان الأمن القضائي، وهو ما يفتح باب التساؤل حول ماهية الاجتهاد القضائي وماهية ضمان الأمن القضائي؟ وما العلاقة بين الاجتهاد و الأمن القضائي؟ ولماذا أدرج الاجتهاد كآلية لتحقيق هدف ضمان الأمن القضائي؟ وكيف يمكن للاجتهاد أن يساهم في استقرار الأمن القضائي؟

من الناحية الموضوعية : نلاحظ من خلال استقراء الآليات الضامنة للأمن القضائي، أنه وبمقابل أهمية وجودة التوصيات التي جاء بها ميثاق إصلاح منظومة العدالة من قبيل الإجراءات الداعية للتوحيد والتي لا تكتسي صبغة إلزامية وإنما صبغة معنوية لا يمكن نكرانها، فإننا نسجل عمومية وإجمال وفضفاضة بعض التوصيات التي تتناول إصلاح بعض القوانين مثل قانون المسطرة المدنية وبعض القوانين ذات الصلة دون إبراز ملامحها وأبعادها وتصوراتها الجلية والجديدة وبمقاربة تفصيلية ذات مضمون إجرائي وموضوعي محدد.

كل هذه الملاحظات تجرنا لتناول هذا الموضوع من زاويتين؛ الزاوية الشكلية و الموضوعية، وبالتالي تقسيمه إلى شقين أساسيين : الأول سيتم خلاله التصدي للمفاهيم المفتاح : الأمن القضائي والاجتهاد القضائي. وأما الثاني فستتم خلاله مذاكرة إجراءات الرقي بالاجتهاد القضائي بين العمومية والصواب.

أولاً : البعد المفاهيمي للاجتهاد القضائي والأمن القضائي.

أولاً : ماهية الاجتهاد القضائي :

يتبين من خلال التركيبة العبارية للاجتهاد القضائي أنه لفظ مركب من مصطلحين لكل منهما حملته المعرفية، ولأن معرفة الشيء فرع عن تصوره ارتأينا تذييل هذين المفهومين بالشرح الموصل إلى الفهم وباختصار غير مخل بالمعنى.

فالجهد لغة : الطاقة و يضم، والمشقة، وأجهد جهدك ابلغ غايتك، وجهد كمنع والتجاهد بذل الوسع كالاجتهاد¹. بلغ جهده و مجهوده أي طاقته، وجهد جهده أي اجتهد رأيه². و الجهد عند الفراهيدي، بلوغك غاية الأمر الذي تالو عن الجهد فيه³.

و هكذا فإن الاجتهاد لغة يدور وجوداً وعدمًا حول مفهوم بذل الوسع والطاقة لبلوغ الغاية.

1- القاموس المحيط للفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ط2 1420/2000، ص 304.

2- أساس البلاغة للامام جار الله محمود بن عمر الزخشري، تحقيق مزيد نعيم و شوقي المعري، مكتبة لبنان ناشرون، ط1، 1998، ص 122.

3- كتاب العين للخليل الفراهيدي، تحقيق مهدي الخزومي و ابراهيم السامرائي، ط1، مطبعة باقرى قم، ص 425.

أما القضاء لغة فمصدر لفعل قضى، وقضى أي حكم، وقضى فلان صلاته أي فرغ منها، وقضى عبرته أي أخرج كل ما في رأسه¹. وعموماً فإن "قضى" في اللغة على ضروب كلها ترجع إلى معنى انقطاع الشيء وتمامه.

أما اصطلاحاً، فقد عرف الإمام الغزالي الاجتهاد بأنه "بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة"².

وهو كذلك بذل الجهود فيما يقصده المجتهد ويتحراه³.

أما القضاء فقد عرفه ابن فرحون بأنه: "إخبار بحكم شرعي على سبيل الإلزام"⁴.

وذكر ابن تيمية أن المقصود بالقضاء وصول الحقوق إلى أهلها و قطع المخاصمة⁵.

وفي مجال القانون يمكن القول، قياساً على تعريف الفقهاء للاجتهاد، إن الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام من مصادرها الرسمية. على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالباً الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به. وعلى هذا يقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.

ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضاً اسم القضاء. وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما. والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة. ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فقط.

ثانياً: مفهوم الأمن القضائي :

أكد أن مصطلح الأمن القضائي يوحي بعدة مفاهيم قد تختلف في محدداتها لكنها تتفق في مغزاها و الغاية منها، فإذا كان الأمن القضائي في بعض الدول يطلق للدلالة على جهاز تابع لوزارة العدل تناط به مهمة تنفيذ الأحكام القضائية كما هو الشأن في الفيتنام، فإنه في كندا يدل على نظام مبتكر للمساعدة القضائية، وفي دول أخرى يمثل القوة المكلفة بحراسة المحاكم، وهي مفاهيم عضوية تدل على أجهزة ومؤسسات داخل الدولة، وأكد أن منظومة إصلاح العدالة لا تستحضر هذا المفهوم عند حديثها عن الأمن القضائي.

و رغم أن مفهوم الأمن القضائي مفهوم فضفاض يحمل عدة أوجه ويختلط مع مجموعة من المفاهيم والمصطلحات الأخرى المماثلة ويثير في هذا الملتقى الكثير من اللبس وعلامات الاستفهام ويختلف معناه من شخص لآخر حسب موقعه وصفته ومصطلحاته، فعموماً ومن خلال تتبع مختلف الكتابات الفقهية والقضائية ذات الصلة، يمكن القول أنه يحتمل معنيين الأول موسع والآخر ضيق.

1- معجم تهذيب اللغة للدكتور رياض زكي قاسم، دار المعرفة بيروت ط1، م 3، ص 2976.

2- المستصفي من علم الاصول لمحمد بن محمد الغزالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، ج 2، ص 101.

3- موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين للدكتور رفيع العجم، مكتبة لبنان، ط 1، ج 1، ص 10.

4- تبصرة الحكام في أصول الاقضية والاحكام لابن فرحون، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الازهرية، ط 1، ج 1، ص 11.

5- مجموع فتاوى ابن تيمية، مطابع الرياض السعودية ج 35 ص 355.

فالأمن القضائي بمعناه الموسع هو الذي يعكس الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها وهي تقوم بمهمتها (التقليدية) المتجلية في تطبيق أو النطق بالحكم - وفق ما يقتضيه القانون - على ما يعرض عليها من قضايا أو ما تجتهد بشأنه من نوازل، هذا مع تحقيق ضمانات جودة أداؤها وتسهيل الولوج إليها. هذا الأمن القضائي لا تختص به جهة قضائية معينة وإنما يتعبأ له القضاء بمختلف فروعها سواء كان قضاء عاديا أو متخصصا، بل ويتجاوز حتى حدود القاضي الوطني في بعض الحالات كما هو الشأن مثلا بالنسبة لقضاة المحاكم الأوروبية.

ولذلك فإن الأمن القضائي الآن يجب فهمه من هذا المستوى الموسع من جهتين اثنتين: أنه يعتبر حلجا وقائيا لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض من جهة، وحائلا دون تجاوز الإدارة ضد هؤلاء من جهة ثانية، كما أنه يشكل حماية للسلطات العمومية ضد الدعاوى التعسفية والكيدية للمتقاضين. فيكون المستفيد من هذا الدور القضائي هو المتقاضى بصفة خاصة والنظام القانوني بصفة عامة، وهو ما سينعكس بشكل إيجابي على حجم الثقة واستقرار المعاملات والاطمئنان إلى فعالية النصوص القانونية والوثوق بالقانون والقضاء في نهاية المطاف¹. أما المفهوم الضيق للأمن القضائي فيرتبط بوظيفة المحاكم العليا المتمثلة بصفة أساسية في السهر على توحيد الاجتهاد القضائي وخلق وحدة قضائية.

من هنا يتبين أن اللجنة المكلفة بإصلاح منظومة العدالة كانت تقصد بالأمن القضائي مفهومه الخاص المرتبط أساسا بتوحيد الاجتهادات القضائية.

ويمكننا القول ونحن نحاول تفكيك عناصر العلاقة بين «الأمن القضائي والاجتهاد القضائي» أن القواعد القانونية مهما وصلت من النضج والكمال فإنها تظل قاصرة أمام مواكبة النوازل والقضايا المستجدة لأنها تبقى أولا من صنع البشر المتسم بطبيعته بالنقص، ولأنها (أي النصوص) تنتهي باعتبار عددها والوقائع لا تنتهي من حيث دلالاتها فيبقى الملاذ إذن هو القضاء لتدبر هاته الوقائع اللامتناهية والاجتهاد الخلاق في إيجاد حلول لها، فالاجتهاد بهذا المعنى يلعب دور الدواء في مواجهة كل مرض قد يهدد الأمن القضائي للمواطن.

المحور الثاني: الاجتهاد القضائي في منظومة إصلاح العدالة بين العمومية والصواب.

إن الاجتهاد القضائي ليس سوى تأويل للقانون، وهو يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية والهدف منه توضيح غامض وتفصيل مجمل وتقييد مطلق، وهو بذلك غير مستقر فهو قابل للتحويل وهذا يؤثر لا محالة على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضين، إذ بعد اطمئنانه لاجتهاد قضائي معين ثابت ومستقر تعامل معه مدة زمنية معينة ونظم دفاعه على ضوءه يتم التراجع فيه فجائيا وبأثر رجعي. ألا يؤثر هذا على الأمن القضائي والأمن القانوني عموما؟ وبالمقابل قد يقول قائل بأن توحيد الاجتهاد القضائي يتعارض مع مبدأ الاجتهاد أساسا، المرتكز على إعطاء القضاة مساحات تأويلية واستنباطية أكثر، تحررهم من جمود القاعدة القانونية فيجدون بسببها حولا لإشكالات

1- لمزيد من التوضيح يرجى الاطلاع على مؤلف مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي عبد المجيد غميحة، مجلة الحقوق المغربية، العدد السابع، السنة

الرابعة، أبريل 2009.

ونوازل وقضايا وزوايا مستجدة. كيف يمكن التوفيق بين مطلبين هدفهما واحد ووسيلتهما متعارضة، أليس من شأن توحيد الاجتهاد القضائي التضييق على القضاة؟ أم أن هذه الآليات التوحيدية استثنائية فقط؟

أولا : منظومة اصلاح العدالة والاجراءات التنفيذية المساعدة على توحيد الاجتهاد :

لعل منظومة اصلاح العدالة قد تنبعت للغط الذي قد يشوب العلاقة بين الأمن القضائي و الاجتهاد القضائي من خلال اقتراحها لمجموعة من الآليات المعقولة و المنطقية لتوحيد الاجتهاد القضائي و الحد من تضاربه من باب الاستثناس - بالنسبة للقضاة- و ليس على وجه الالزام، بحيث أحالت على جملة من الاجراءات التنفيذية ، منها : إعداد قواعد بيانات لقرارات محكمة النقض و تمكين القضاة من الولوج إليها، إعداد نشرات لأهم الأحكام القضائية لمحكمة النقض و التعليق عليها و تمكين القضاة منها، ثم إعداد قواعد بيانات لقرارات محاكم الاستئناف و تمكين القضاة من الولوج إليها، و كذلك نشر الاجتهادات القضائية بالمواقع الالكترونية للمحاكم ثم توفير الاجتهادات القضائية و الخزانات القانونية و الدعائم الالكترونية بالمحاكم بالنسبة لطلبة معهد تكوين القضاة. و بمقابل ذلك و من أجل التصدي لمسألة تضارب الاجتهادات و التوافق حول الأحكام القضائية اقترحت اللجنة على محكمة النقض تنظيم ندوات و أيام دراسية حول الاشكاليات القانونية موضوع التضارب في الاجتهاد القضائي، و غني عن البيان ما للملتقيات و الندوات من أهمية بالغة في تقريب المفاهيم و استجلاء الغموض بخصوص القواعد و الاشكالات القانونية، و ترسيخ سيادة القانون من خلال استخلاص معناه الحقيقي تحقيقا للأمن القضائي، لأن اختلاف محاكم الموضوع في تطبيق القانون من شأنه أن يؤدي إلى تعدد معناه واختلاف القضاة في تفسيره، وهذا الأمر يؤثر لا محالة في الأمن القانوني بما يزعزع سيادة القانون ويحل بمبدأ المساواة أمامه، لذا وجب على محكمة النقض وهي محكمة المحاكم أن تُفعل دورها وأن تحرص على منع الاختلاف بغاية توحيد الاجتهاد القضائي و ضمان سلامة تطبيق القانون، لكن كيف يمكن لمحكمة النقض أن تقوم بالدور المطلوب منها في إطار مسطرة مدنية بالية و متآكلة؟

ثانيا : الاجتهاد القضائي وإصلاح المسطرة المدنية.

تتقاطع منظومة اصلاح العدالة مع مجموعة من القوانين و المساطر البالية التي تستلزم التغيير و مواكبة التطورات العميقة في المجتمع المغربي ، و تتدارك كذلك ما سجل في حقها من انتقادات و مآخذ ، و معلوم أن قانون المسطرة المدنية عرف خلال أربعين سنة من تطبيقه جملة من التعديلات في إطار ملاءمة مقتضياته مع مستجدات بعض القوانين، أو تبسيط بعض الإجراءات، إلا أن هذه التعديلات أبانت عن محدوديتها أمام ضرورة إصلاح شامل، يسترعي تحقيق الفعالية والنجاعة وفق مساطر مبسطة، والتجاوب مع السياق العام لتحديث منظومة العدالة ككل.

ومن هذا المنطلق أفرد الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة، جملة من التوصيات لها علاقة مباشرة مع إصلاح قانون المسطرة المدنية، وتمثلت في تحقيق هدف أسمى وهو الارتقاء بفعالية ونجاعة القضاء، والبت في القضايا على وجه السرعة وتنفيذ الأحكام خلال آجال معقولة.

و غير خفي أن الحديث عن إصلاح المسطرة المدنية حديث يطول و يتشعب، لذلك فحسبنا في هذا المقام و نحن نتدارس موضوع الاجتهاد القضائي الالتزام بالأرضية و حصر الدراسة في ما يتعلق بذلك الاجتهاد.

فكما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أحالت منظومة إصلاح العدالة على ضرورة إصلاح المسطرة المدنية من أجل ضمان التطبيق السليم لآلية الاجتهاد القضائي الضامنة للأمن القضائي للمواطنين. و فعلا انخرطت وزارة العدل في هذا

الورش الاصلاحية الذي تمخض عنه تقديم وزير العدل و الحريات مسودة المسطرة المدنية الجديدة ، لكن هل استحضرت هذه المسطرة توصيات منظومة إصلاح العدالة فما يخص مسألة الاجتهاد القضائي؟

إذا كانت مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية¹ تعتبر تنزيلا لمقتضيات وتوصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة، فإنه من خلال مطالعة واستقراء مضامين هذه المسودة، يمكن القول أن الاجتهاد القضائي لم يكن مستحضرا بالكيفية التي وجب أن يكون عليها بالنظر إلى الدور الأساسي الذي يلعبه في استنطاق القانون و دب الروح في النصوص الجوفاء القاصرة و الارتقاء بمستوى التشريع.

و رغم أن وزير العدل و الحريات أشار عند تسليط الضوء على ملامح مشروع المسطرة المدنية الجديدة² أن هذا الاصلاح استرعى تحقيق كل الرهانات ، وظل وفيا ومشعبا بمرجعياته المتعددة وفي مقدمتها:"الاجتهاد القضائي" فحسب قوله : " تم العمل على تجاوز بعض الإشكالات التي تطرحها جملة من مواد القانون الحالي بتكريس قواعد الاجتهاد القضائي، وبعض الممارسات القضائية التي تم تأكيد جدواها على مستوى التطبيق السليم لقواعد المسطرة".

و تسليمنا منا بحقيقة هذا الأمر فإنه يضل مع ذلك إجراء غير كاف للنهوض بالاجتهاد القضائي و تنزيل آليات توحيدة و ضمان جودته.

إذ أن المسطرة المدنية الجديدة اكتفت بترجمة حرفية مشوهة المعالم لتوصية المنظومة العدلية المتعلقة بالاجتهاد القضائي التي جاء فيها : "تحويل محكمة النقض حق التصدي في حالة الطعن بالنقض للمرة الثانية، وهذا يقتضي مراجعة قانون المسطرة المدنية و القوانين ذات الصلة ، و ذلك في أفق سنة 2014".³

فكان التنزيل من خلال المادة 442 : "يمكن لمحكمة النقض عند نقضها حكما أو قرارا كليا أو جزئيا أن تتصدى للبت في القضية بالشروط التالية :

أن يكون الطعن بالنقض قد وقع للمرة الثانية.

أن تتوفر على جميع العناصر الواقعية التي تثبت لقضاة الموضوع .

و هكذا نلاحظ تأثير عمومية وإجمال وفضفاضة هذه التوصية التي تتناول إصلاح قانون المسطرة المدنية دون إبراز ملامح وأبعاد هذا الاصلاح وتصوراتة الجلية والجديدة وبمقاربة تفصيلية ذات مضمون إجرائي وموضوعي محدد.هذا بالإضافة إلى أن منظومة إصلاح العدالة لم تحدد بالضبط المقصود بالقوانين "ذات الصلة" فتركت المجال متسعا لكل التأويلات و المغالطات.

1- موجودة بالموقع الالكتروني لوزارة العدل و الحريات المغربية على الرابط : <http://www.justice.gov.ma>

2- مقال تحت عنوان: وزير العدل والحريات يسطر مضامين مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية، بتاريخ 16 يونيو 2014، موجود بموقع وزارة العدل و الحريات المغربية الرابط السابق.

3- ميثاق أصلاح منظومة العدالة ، على الرابط : <http://www.justice.gov.ma>

4- المادة 442 من مسودة مشروع المسطرة المدنية على الرابط نفسه.

كان حريا باللجنة المكلفة بإصلاح منظومة العدالة إيلاء موضوع الاجتهاد القضائي أهمية موازية لأهميته و دوره كمكمل للتشريع و ساد لثغراته و مواكب للتطورات المجتمعية. لذلك كان من المفترض تحصين هذا المكتسب بمجموعة من الضمانات القانونية الموفقة بين مطلب التوحيد و الاجتهاد ، أي بين ما يمكن أن يشكله توحيد الاجتهاد من تضييق على القاضي عند النظر في الخصومة و بين تضارب الاجتهاد .

واخلص للقول بان القاضي تصنعه التجارب ، والقضاء صنعة تتكون بالدربة وبالوعي الشديد والإخلاص الأشد وبالفكر والحكمة والاجتهاد الذي هو مصدر كل حق ومركز كل خرق.

وإذا كان العدل أساس الملك فإن القضاء وسيلة هذا العدل و سلاحه، وهو مأمّن الخائفين وملاذ المظلومين وهو ضامن التوازن بين حق المجتمع في الحماية والأمن وحق المواطن في محاكمة عادلة خاصة في زحمة العدالة الانتقالية. فإذا كانت السلطة التشريعية قد أقدمت على فتح أورش كبرى لإصلاح القضاء، تستحضر من خلالها مجموعة من المرتكزات التي يقوم عليها مناظ العدل و السلم الاجتماعي، فإن الميثاق الوطني لإصلاح منظومة العدالة استحضرت هذا الهاجس من خلال استهدافه تعزيز سلطة قضائية مستقلة تطبيقاً لأحكام الباب السابع من الدستور مع تحويل المجلس الأعلى للسلطة القضائية مهمة إدارة و تسيير شؤون القضاء ورجاله، وحماية الضمانات الدستورية والاعتبارات الكفيلة بترسيخ ثقة المواطنين في قضاء مستقل ونزيه ومحيد وفعال .

و عموماً يمكن القول من خلال هذه الدراسة أن ميثاق إصلاح العدالة بوأ الاجتهاد القضائي مكانة جيدة في توصياته إلا أنها تبقى قاصرة بالنظر إلى أهمية ومحورية هذا الاجتهاد في ضمان السلم و العدالة داخل المجتمع؛ بمقابل أهمية وجود التوصيات المتعلقة بالاجتهاد القضائي وسبل الرقي به و توحيد، فإننا نسجل عمومية وإجمال وفضفاضة بعض التوصيات التي تتناول إصلاح بعض القوانين مثل قانون المسطرة المدنية والقوانين ذات الصلة بالاجتهاد، دون إبراز ملامح هذا الإصلاح وأبعاده وتصوراتة الجلية والجديدة وبمقاربة تفصيلية ذات مضمون إجرائي وموضوعي محدد. وأخيراً لا يفوتني أن أذكر أن علاقة الاجتهاد القضائي بالأمن القضائي ليست علاقة غاية بوسيلة، فكلاهما وسيلة لغاية أسمى هي تحقيق العدالة والسلم الاجتماعي مع ضمان الكرامة الإنسانية..

شهادة النفع والنهية في التشريع الجزائري



إعداد الأستاذة ديرم عابدة موثقة

شهادة الماجستير في القانون العقاري

شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة

باحثة بصف الدكتوراه في القانون العقاري بجامعة باتنة

email : maitre.notaire1@yahoo.com

الملخص :

اشترط المشرع في إطار الرقابة على عمليات تجزئة الأراضي حصول صاحب الأشغال عند انتهائها شهادة النفع والتهيئة، وهذا ما لا يتم إلا بتحقق الشروط القانونية، إذ يتم التحقق من ذلك باتباع إجراءات خاصة وفي آجال محددة من الجهة المختصة. وبذلك أعاد المشرع لهذه الشهادة قيمتها من خلال القانون رقم 15/08 بعد أن كانت مهمشة.

Le législateur a exigé dans le cadre du contrôle de la Division des terres d'un certificat d'utilité et l'exploitation, et que les conditions prévues disponibilité juridiquement dans des délais ont été approuvés procédures spécifiques. Il s'agit là d'une autorité administrative compétente et a réaffirmé le certificat une valeur de la loi No 08/15, qui étaient marginalisés.

أحاط المشرع شهادة النفع والتهيئة بأهمية بالغة من خلال نص المادة 04 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها⁽¹⁾ والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 307/09 المؤرخ في 2009/09/22 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك⁽²⁾، وقد كان يهدف من خلال ذلك التأكد من سلامة الأشغال ومطابقتها لرخصة التجزئة الممنوحة بشأنها، رغم أنها كانت مهمشة من قبل واشترط على القائم بأشغال التجزئة استخراجها.

والدليل على ذلك انعدام النصوص القانونية المنظمة لأحكامها أو الموجبة لاستصدارها، قبل صدور القانون رقم 15/08، وانعدام الدراسات الفقهية أيضا المحللة لها، وهو ما دفعنا أكثر للإهتمام بهذه الشهادة ومحاولة تسليط الضوء عليها نظرا لأهميتها الكبيرة ودورها في مجال التعمير.

لذا نستعرض شروط هذه الشهادة وإجراءات تسليمها من خلال :

◀ **المطلب الأول : ماهية شهادة النفع والتهيئة .**

◀ **المطلب الثاني : إجراءات تسليم شهادة النفع والتهيئة.**

المطلب الأول : ماهية شهادة النفع والتهيئة :

رغم أهمية هذه الشهادة ودورها في الحد من مخالفات التعمير إلا أنها كانت مهمشة وبعيدة عن كل الإهتمام سواء من حيث التطبيق أو من حيث الدراسة ، وقد أعاد لها المشرع مكانتها من خلال المرحلة العمرانية الجديدة والهادفة للحد من هذه المخالفات ، لذا نحاول من خلال هذا المطلب توضيح مفهوم هذه الشهادة ونطاق تطبيقها من خلال ما يلي :

✓ **الفرع الأول : مفهوم شهادة النفع والتهيئة .**

✓ **الفرع الثاني : نطاق تطبيق شهادة النفع والتهيئة.**

الفرع الأول : مفهوم شهادة النفع والتهيئة :

شهادة النفع والتهيئة قرار إداري صادر عن الجهة الإدارية المختصة تثبت من خلاله مطابقة أشغال التهيئة المنجزة لرخصة التجزئة الصادرة بشأنها ، فهي وسيلة للرقابة على أشغال التجزئة تثبت مدى تطابقها مع رخصة التجزئة الممنوحة بشأنها.

وقد أعطاه المشرع من خلال نص المادة 04 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها⁽³⁾ تسمية أخرى إذ ذكرها بلفظ شهادة الربط بالشبكات والتهيئة، واشترط وجودها وارفاق ملف رخصة البناء بها تحت طائلة الرفض.

(1) جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2008.

(2) جريدة رسمية رقم 55 لسنة 2009.

(3) جريدة رسمية رقم 44 لسنة 2008.

وبذلك فشهادة النفع والتهيئة تصدر عن جهة إدارية محدثة أثرا قانونيا بتأكيد شرعية الأشغال ومطابقتها لأحكام رخصة التجزئة، وبذلك تتوافر فيها شروط القرار الإداري بصورها من سلطة إدارية مختصة بإرادة منفردة وإحداثها لأثر قانوني؛ وينتج عن ذلك أن النزاع المتعلق بها يفصل فيه القضاء الإداري باعتباره الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها⁽¹⁾.

الفرع الثاني : نطاق تطبيق شهادة النفع والتهيئة :

فرض المشرع على كل قائم بأشغال التجزئة استخراج هذه الشهادة من الجهة الإدارية المختصة، شرط مطابقة الأشغال لرخصة التجزئة الممنوحة بشأنها، حيث تتحقق من ذلك الجهة المختصة من خلال دراسة الطلب والملف المرفق به بعد استشارة الجهات والمصالح التي لها صلة بالموضوع طبقا لنص المادة 23 مكرر 4 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91⁽²⁾؛ وهذا بغض النظر عن الجهة القائمة بالأشغال سواء كانت عامة أو خاصة.

المطلب الثاني : إجراءات تسليم شهادة النفع والتهيئة :

نظرا لأهمية شهادة النفع والتهيئة أحاطها المشرع بعناية خاصة من خلال اتباع طالبها مجموعة من الإجراءات الخاصة وفي آجال محددة ، ومن مصالح وجهات إدارية مختصة بعد التحقق من مطابقة الأشغال لرخصة التجزئة؛ وهو ما سيتم تفصيله فيما يلي :

- ✓ الفرع الأول : تقديم طلب شهادة النفع والتهيئة.
 - ✓ الفرع الثاني : دراسة طلب شهادة النفع والتهيئة.
 - ✓ الفرع الثالث : البت في طلب شهادة النفع والتهيئة.
- الفرع الأول : تقديم طلب شهادة النفع والتهيئة :

عند انتهاء أشغال التهيئة يقدم القائم عليها طلب شهادة النفع والتهيئة في 05 نسخ طبقا لنص المادة 23 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 176/91⁽³⁾، مودعا إياه بمقر المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود التجزئة مقابل وصل، ويكون مرفقا بتصميم الموقع ونسخة من رخصة التجزئة وتصاميم الجرد.

أما طالب الشهادة فقد حدد المشرع صفته في كل مستفيد من رخصة التجزئة، والذي قد حصرته المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 في المالك ووكيله.

الفرع الثاني : دراسة طلب شهادة النفع والتهيئة :

نصت المادة 23 مكرر 4 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91⁽⁴⁾ على أن الجهة المختصة بدراسة هذا الطلب هي نفسها في رخصة التجزئة والتي حددتها المواد 14، 15، 16 من نفس المرسوم في مصلحة الدولة المكلفة

(1) للتوسع في النزاعات الإدارية راجع شيهوب مسعود، المبادئ العامة للنزاعات الإدارية، ج 3، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة 2005، ص 417.

(2) أدرجت بموجب نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 307/09.

(3) أدرجت بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 307/09.

(4) أدرجت بموجب نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 307/09.

بالتعمير على مستوى الولاية ، التي تقوم بجمع الآراء حول الطلب، والتي حددها نص المادة 23 مكرر 4 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 في المصالح التي تتم استشارتها في دراسة طلب رخصة التجزئة.

ترد المصالح التي تمت استشارتها وجوبا خلال شهر من طلب رأيها وإلا أعتبر سكوتها موافقة ضمنية.

الفرع الثالث : البت في طلب شهادة النفع والتهيئة :

حصر المشرع الجهة المختصة بمنح هذه الشهادة من خلال نص المادة 23 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 176/91⁽¹⁾ في رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكان من المفروض أن يسند هذا الاختصاص للجهة المختصة بمنح رخصة التجزئة حسب طبيعة وأهمية الأشغال، خاصة وأنه حدد المصالح التي يتم استشارتها عند دراسة الطلب في المصالح التي تتم استشارتها في دراسة طلب رخصة التجزئة.

وبذلك تصدر الجهة المختصة بعد دراسة الطلب قرارا بمنح شهادة النفع والتهيئة إذا تحققت مطابقة الأشغال لرخصة التجزئة والوثائق البيانية والمكتوبة، يبلغ لطلبها خلال 3 أشهر التالية لإيداع الطلب.

ولم يتم بالمقابل النص على رفض منح هذه الشهادة إلا أنه يمكن القول أنه في حالة التحقق من عدم مطابقة أشغال التهيئة للمخططات المرفقة بطلب رخصة التجزئة الممنوحة بشأنها.

كما لم يتم الإشارة لإمكانية الطعن في القرار الصادر بشأن عدم منح هذه الشهادة وكذا الجهة المختصة بدراسة الطعن والفصل فيه والإجراءات المتعلقة به، وكذا الأمر بالنسبة لحالة عدم الرد على الطلب وما يترتب عنه من إجراءات، وهل يعتبر ذلك رفضا أو قبولا ضمنيا.

الخاتمة :

رغم التهميش الذي كانت تعاني منه شهادة النفع والتهيئة، بسبب عدم فرض استخراجها سابقا وإبقاء ذلك أمرا اختياريا، إلا أن المشرع قد استدرك ذلك من خلال المرسوم 307/09 وأحاطها بعناية كبيرة من خلال اجبار طالب رخصة البناء على تقديمها ورافقها بطلب الرخصة تحت طائلة رفض الطلب، كما حفها بإجراءات متعددة في سبيل الحصول عليها، وصدور قرار بمنحها من الجهة الإدارية المختصة، إلا أن ذلك كله لا ينفي وجود نقص في هذا الاهتمام نظره فيما يلي :

- أعطى المشرع من خلال نص المادة 04 من القانون رقم 15/08 لشهادة النفع والتهيئة تسمية أخرى إذ ذكرها بلفظ شهادة الربط بالشبكات والتهيئة.
- حصر المشرع الجهة المختصة بمنح هذه الشهادة من خلال نص المادة 23 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 في رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حين من المفروض توزيع الاختصاص بين كافة الجهات المختصة بمنح رخصة التجزئة حسب طبيعة وأهمية الأشغال.
- لم يتم النص على حالة رفض منح شهادة النفع والتهيئة.

(1) أدرجت بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 307/09.

- لم تتم الإشارة لإمكانية الطعن في القرار الصادر بشأن عدم منح هذه الشهادة.
 - لم تحدد الجهة المختصة بدراسة الطعن والفصل فيه والإجراءات المتعلقة به.
 - لم تتم الإشارة إلى حالة عدم الرد على الطلب وما يترتب عنه من إجراءات، وهل يعتبر ذلك رفضاً أو قبولاً ضمناً.
- وبذلك نقترح ما يلي :

- توحيد تسمية شهادة النفع والتهيئة من خلال كافة النصوص القانونية.
- توزيع الاختصاص صراحة بمنح هذه الشهادة بين كافة الجهات المختصة بمنح رخصة التجزئة حسب طبيعة وأهمية الأشغال.
- تحديد الحالات التي يتم فيها رفض منح شهادة النفع والتهيئة.
- الإشارة لإمكانية الطعن في القرار الصادر بشأن عدم منح هذه الشهادة.
- تحديد الجهة المختصة بدراسة الطعن في القرارات المتعلقة برفض منح شهادة النفع والتهيئة والفصل فيه وكذا الإجراءات المتعلقة به.
- الإشارة إلى حالة عدم الرد على طلب شهادة النفع والتهيئة وما يترتب عنه من إجراءات، وهل يعتبر ذلك رفضاً أو قبولاً ضمناً.

قائمة المراجع :

- 01- القانون رقم 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، جريدة رسمية رقم 44
- 02- المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، جريدة رسمية رقم 26
- 03- المرسوم التنفيذي رقم 307/09 المؤرخ في 2009/09/22 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، جريدة رسمية رقم 55
- 04- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج 3، نظرية الإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2005

المسؤولية الناجمة عن الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة



الأستاذ هزيل جلول أستاذ جامعي جامعة تلمسان

Email : hezil.djelloul@gmail.com

ملخص المداخلة :

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد تلحق بالمريض إصابات وأضرار نتيجة الاستعانة بهذه الأجهزة، وذهب جانب من الفقه إلى إخضاع مسؤولية الطبيب عن الإصابات التي تحدثها أجهزته بالمريض لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية، إذ يتعين على المريض أن يثبت في دعوى المطالبة بالتعويض خطأ الطبيب، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه، وقد أسس هذا الجانب من الفقه رأيه هذا على الحرية الواسعة التي يتوجب الاعتراف بها للطبيب لكي يؤدي عمله بكل ثقة واطمئنان، ودون خوف من إيقاع المسؤولية عليه بغير خطأ منه

إلا أن القضاء الحديث والفقه يُسلمان بأن الطبيب يلتزم تجاه المريض بالتزام محدد هو سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إلى الطبيب من أجله، وأن محل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة، وينطبق هذا الالتزام على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات والأجهزة الطبية، والأضرار المقصودة هنا هي التي تنشأ عن وجود عيوب أو أعطال بالأجهزة و التركيبات الطبية، ذلك لأنه يقع على عاتق الطبيب التزام باستخدام الأجهزة السليمة التي لا تحدث ضررا بالمريض، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب بسبب خلل في صنع الجهاز و نظرا لخصوصية المسؤولية الناجمة عن الأدوات و التركيبات والأجهزة الطبية الحديثة؛ من جهة؛ و نظرا لصعوبة الإقرار بسهولة بمدى قيام هذه المسؤولية من عدمه في أي من هذه الأجهزة؛ من جهة أخرى؛ فلا يوجد بالتالي قاعدة عامة لقيام هذه المسؤولية، بل إن القضاء يلجأ إلى دراسة وتحليل كل حالة على حدة .

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد تلحق بالمرضى إصابات وأضرار نتيجة الاستعانة بهذه الأجهزة، وذهب جانب من الفقه إلى إخضاع مسؤولية الطبيب عن الإصابات التي تحدثها أجهزته بالمرضى لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية، إذ يتعين على المريض أن يثبت في دعوى المطالبة بالتعويض خطأ الطبيب، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه، وقد أسس هذا الجانب من الفقه رأيه هذا على الحرية الواسعة التي يتوجب الاعتراف بها للطبيب لكي يؤدي عمله بكل ثقة واطمئنان، ودون خوف من إيقاع المسؤولية عليه بغير خطأ منه¹.

إلا أن القضاء الحديث والفقه يُسلمان بأن الطبيب يلتزم تجاه المريض بالتزام محدد هو سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إلى الطبيب من أجله، وأن محل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة، وينطبق هذا الالتزام على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات والأجهزة الطبية، والأضرار المقصودة هنا هي التي تنشأ عن وجود عيوب أو أعطال بالأجهزة و التركيبات الطبية، ذلك لأنه يقع على عاتق الطبيب التزام باستخدام الأجهزة السليمة التي لا تحدث ضرراً للمريض، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب بسبب خلل في صنع الجهاز².

وهناك العديد من التطبيقات القضائية، فقد حكمت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بسبب شرارة تطايرت من الجهاز³.

وقضت محكمة استئناف "مونبليه" بمسؤولية الطبيب عن الالتهابات التي لحقت بالمريض نتيجة لتعرض جلده لكمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في منظم جهاز الأشعة⁴.

وإن هذا الكم الهائل من القرارات التي لم تتوانى عن ترتيب المسؤولية عن الأضرار الناشئة من جراء استخدام الآلات والأجهزة الطبية؛ خاصة تلك الحديثة والمعقدة منها؛ إن دل على شيء فإنما يدل على عدم تساهل القانون - من ثمة القضاء - مع الاستعمالات العشوائية لهذه الأجهزة؛ بحيث يرتب المسؤولية عن كل ضرر لاحق للمريض من جراءها⁵، بل إن هذه المسؤولية تترصد بكل ضرر ناتج عن هذه الأدوات في أية مرحلة من مراحل استعمالها.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار غير منشور له والفاصل بين "م.خ" ومستشفى بجاية؛ الصادر عن الغرفة الثالثة :

"حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية.

¹-وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.78

²- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001 ، ص.160

³- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب لب³نان، ص.155

⁴- قرار محكمة مرسيليا الفرنسية، 1959/03/03، أشار إليه : طلال عجاج، المرجع السابق، ص.156

⁵- إلا أن الطبيب يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أن الأضرار الحاصلة تعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، وفي هذا

الصدد قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار منشور له؛ والفاصل بين "ب ر" ضد القطاع الصحي بتبسة ومن معه؛ بأنه من المقرر قانوناً أن السبب الخارجي في نشوء الضرر يعد مصدر إعفاء من المسؤولية، و بالتالي فإن الأضرار اللاحقة بالمرضى والتي تعود لسبب خارجي عن المرفق تعفي هذا الأخير من أية مسؤولية. قرار رقم 7582، بتاريخ 2007/01/24، نشرة القضاة العدد 63، ص.403، أنظر الملحق رقم.....،

حيث أن المستأنف عليه اخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته.

وأن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ للمرفق العام.

وإنه بالنتيجة، وبما أن المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره في مراقبة آلات الجراحة المستعملة أثناء العملية الطبية فإنه ملزم بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف¹.

و نظرا لخصوصية المسؤولية الناجمة عن الأدوات والتركيبات والأجهزة الطبية الحديثة؛ من جهة؛ و نظرا لصعوبة الإقرار بسهولة بمدى قيام هذه المسؤولية من عدمه في أي من هذه الأجهزة؛ من جهة أخرى؛ فلا يوجد بالتالي قاعدة عامة لقيام هذه المسؤولية، بل إن القضاء يلجأ إلى دراسة وتحليل كل حالة على حدة

و من ثمة و نظرا لكون دراستنا في هذا المقام تنصب على المسؤولية الناجمة عن الأجهزة و الأدوات و التركيبات الصناعية الحديثة، فإننا سنتبع نفس منهج القضاء؛ بحيث ستقتصر دراستنا على بعض الأجهزة و التركيبات نظرا لتعقيدها وكثرة اللجوء لها في الوقت الحاضر؛ بدءاً بالأعضاء الصناعية(المبحث الأول)، ثم أشعة الليزر(المبحث الثاني)؛ وفيما يلي تفصيل ذلك تباعاً :

المبحث الأول : المسؤولية الناجمة عن التركيبات و الأعضاء الصناعية :

إن الحاجة لتركيب الأعضاء الصناعية تزايدت في هذا العصر، بسبب الحروب وحوادث السير وإصابات العمل، وأصبحت الأعضاء الصناعية وسيلة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية².

إلا أن تركيب هذه الأعضاء الصناعية قد ينجم عنها أضرار، تلحق المريض إما نتيجة التدخل الطبي، أو لعب في العضو الصناعي. و عليه فالمسؤولية الطبية في تركيب الأعضاء الصناعية يمكن أن تثار من ناحيتين:

الأولى : طبية حيث يكون التزام الطبيب فيها ببذل عناية، وهي التي تتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي واتفاه مع حالة المريض، وتعويضه عن النقص الموجود لديه، فالطبيب هنا يبذل الجهود اللازمة لاختيار العضو الصناعي اللازم للمريض، وتهيبته على الوجه الملائم مع حالته لتعويضه عن حالة الضعف التي يعاني منها.

الثانية : وتتعلق بالجانب الفني الذي ينحصر في سلامة العضو الصناعي وجودته ودقة صناعته، وفي هذا الأمر يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي، ومناسبته لجسم المريض، وبالتالي فإن مسؤولية الطبيب تصبح قائمة إذا كان الجهاز رديء الصنع، أو لا يتفق مع قياسات جسم المريض، أو سبب له أضراراً³، أي أنه يمكن أن تثير عملية تركيب الأعضاء الصناعية المسؤولية الطبية من وجهتين مختلفتين : الأولى في مدى فعالية العضو الصناعي واتفاه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه ، الثانية في مدى سلامة العضو وصناعته وجودته⁴.

¹ - مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 11، 2003/03/007733، مجلة مجلس الدولة، العدد 2004، 05، ص 209، 208

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 166

³ - المرجع السابق، ص 167

⁴ - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001 . ص . 217 .

فالجانب الأول كأى عمل طبي يكون فيه الطبيب ملتزماً بعناية ولا تقوم مسؤولية إلا إذا ثبت تقصير من جانبه ، فالطبيب يبذل الجهد اللازم لاختيار العضو الصناعي المناسب للمريض والعمل على تهيئته بالطريقة التي تتلاءم مع حالته وتعويضه عن الضعف الذي يعاني منه .

أما عن الجانب الثاني فهو ذو طبيعة تقنية **technique** يلتزم فيه الطبيب بنتيجة وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض ، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضرار للمريض .

فالمعروف أن الأصل هو التزام الطبيب ببذل عناية وان الاستثناء هو التزام بتحقيق نتيجة فيما يخص تركيب الأعضاء الصناعية وعليه فمسئوليته تترتب على أساس الخطأ والمخاطر لذا سنتناول في المطلب الأول المسؤولية على أساس الخطأ أما الثاني فسنتناول فيه المسؤولية على أساس المخاطر .

المطلب الاول : المسؤولية على أساس الخطأ :

تعني المسؤولية ما يكون الإنسان مسئولاً ومطالباً عن أمور وأفعال أتاها أي التبعة والمؤاخنة، أما من الناحية الاصطلاحية هي تلك التقنية القانونية التي تتكون أساساً من تدخل إرادي ينقل بمقتضاه عبء الضرر الذي وقع على شخص مباشرة بفعل قوانين الطبيعة أو البيولوجية أو السيكولوجية أو القوانين الاجتماعية إلى شخص آخر ، ينظر إليه على أنه الشخص الذي يجب أن يتحمل هذا العبء .

الفرع الأول : التزام الطبيب ببذل العناية :

حيث يثور التساؤل عن مضمون هذا الإلتزام وميدان تطبيقه وهذا ما سيتم التطرق له تباعاً :

أ - مضمونه : الطبيب وفق هذا الإلتزام غير مطالب بأكثر من أن يضع في خدمة مريضة الوسائل التي يملكها، وأن يتخذ كافة عنايته وحرصه، وأن يقدم أفضل ما لديه وكل ما يستطيع في سبيل ذلك فهو في ظل هذا الإلتزام إذا لم يلتزم بتحقيق هدف محدد اثر تركيبه للعضو الصناعي، إلا أنه يتعهد بان يحاول تحقيقه وان يتخذ كل الوسائل في سبيل تحقيقه دون الإلتزام مباشرة بتحقيق النتيجة، ويترتب على هذا أنه يقع على المريض عند تقرير مسؤولية الطبيب إثبات خطأ هذا الأخير، فهو لا يستطيع أن يكتفي بعدم تحقق الشفاء لان إلتزام الطبيب لا ينصب على تحقيق النتيجة وهي شفاء المريض، وإنما على الوسائل التي تؤدي إليها، كما يقع عليه عبء إثبات أن خطأ الطبيب هو السبب في الضرر الذي أصابه.

ب - ميدان تطبيقه :

إن التزام الطبيب ببذل عنايته يطبق على كافة فروع المهن الطبية بدءاً بالطبيب العام والأخصائي في تركيب الأعضاء الصناعية التي تحل محل العضو المبتور من جسم الإنسان ، وخير دليل على ذلك طبيب الأسنان . وبعد أن ظلت فكرة اعتبار بعض صور الأعمال الطبية خارجة عن المبدأ ، إلا أن القضاء الفرنسي انتهى إلى تأكيد عمومية مبدأ الإلتزام ببذل عناية .

ثانيا : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة :

وهو عبارة عن استثناء للمبدأ السابق ومضمونة أن يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة محددة، وان كانت تطبيقات هذا الالتزام محصورة في بعض الأعمال أو فوق شروط معينة.

فقد تأتي بموجب شرط في العقد ، أو بناء على طبيعة الخدمة المقدمة من طرف الطبيب لمريضة أو بالنظر إلى نص قانوني .

وهذا الالتزام يجعلنا نتحدث على :

أ - إرادة الأطراف :

إذ يمكن لهذه الإرادة أن تغير من الالتزام فتجعله التزام بتحقيق نتيجة في حالات عديدة ، كما لو تعهد الطبيب وبصراحة في العقد بان يرتب على تدخله نتيجة محددة فهو بهذا يتعاقد بالتأكيد على التزام بنتيجة . حيث يلتزم الطبيب بنتيجة محددة بدقة تعتمد على مخطط معد مسبقا ومتفق عليه .

ب - طبيعة الخدمة أو الأداء المقدم :

والالتزام بتحقيق نتيجة كما سبق هو التزام بسلامة المريض ولا يعني ذلك التزام بشفاء المريض ، بل بان لا يعرضه لأي من جراح ما يستعمله من أدوات أو أجهزة وبان لا ينقل له مرضا آخر .

وما اتفق عليه القضاء في استخدام الأجهزة الطبية هو التزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام الأدوات الطبية في عمليات العلاج والجراحة، والمقصود بالأضرار هنا تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة أو الأدوات.

وقد يظهر هذا الجانب خاصة عند طبيب الأسنان ونعني بهذا الجانب التقني أن يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لفم المريض ، أما العمل الطبي البحث ، ذو طبيعة علاجية فيدخل ضمن الالتزام ببذل عناية كما يسأل طبيب الأسنان على الآلات والأجهزة التي يستخدمها إذا ما ترتب عليها أضرار للمريض ، فهو هنا ملتزم بسلامة المريض ، فقد عرض الأمر على القضاء الفرنسي بشأن ضرر أصاب المريض بسبب انقلاب آلة من يد الطبيب أثناء عملية العلاج فخرقت لسان المريض ومزقت اغشي فمه فادين الطبيب وثبتت مسؤوليته .

وما يمكن أن نستخلصه من خلال نوع هذه المسؤولية فيما يخص الاستعاضة عما يفقده الإنسان من أعضاء طبيعية من أعضاء صناعية لتزيل عيب الشكل الذي يسفر عنه نقصا وتؤدي له قدر الإمكان بعض وظائف الأعضاء الطبيعية كالأسنان والأطراف الصناعية .

وما يمكن أن نشير إليه انه لم يشر أمام القضاء من مشكلات بالنسبة للتركيبات الصناعية سوى المتعلقة منها بالأسنان الصناعية وقد ذهب القضاء في فرنسا في البداية على اعتبار طبيب الأسنان في هذا الصدد في حكم البائع للأسنان الصناعية وبالتالي فهو يلتزم بضمان العيوب الخفية للمريض لا يلتزم بإثبات خطاه لأننا لسنا بصدد التزام طبي ببذل عناية بل بصدد بيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف وهو قبول الأسنان بعد تجربتها ومناسبتها ، ويؤدي تخلف هذا الشرط على اعتبار العقد كان لم يكن .

ولكن الفقه قد انتقد هذا القضاء لخطئه في تكييف العقد ومجافاته لواقع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان ، فالعبرة في تكييف العقد بالغرض الاقتصادي الذي يستهدف منه وفقا للالتزامات التي يرتبها في ذمة طرفية ولا يجوز تجزئة العقد والاعتماد في تكييف على بعض عناصره . ولذلك عدل القضاء عن هذا الرأي واعتبر تقديم الطبيب للأسنان الصناعية لا يخلع عن اتفاقه بشأنه وصف العقد الطبي ، والذي ينشا على عاتقه إلى جانب الالتزام بوضع الأسنان الصناعية بعد تهيئة الفم لها ومحلها بذل عناية التزامه بتقديم هذه الأسنان ومحلها تحقيق نتيجة ، وهي وضع أسنان ملائمة للعميل وإذا أحدثت ضررا به كان الطبيب مخرجا بالتزامه وقامت مسؤوليته إلا إذا قام الدليل أن إخلاله به يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى انه نظرا للالتزام القائم على عاتق الطبيب بان يركب لعملية الأسنان الصناعية المناسبة له فانه لا يمكن توجيه اللوم لقاضي الموضوع لحكمه بفسخ العقد بسبب خطأ الطبيب الذي لم يف بالتزامه (بتحقيق النتيجة المرجوة) حتى ولو كان العميل قد رفض العودة إليه لإجراء محاولة رابعة ورفض كذلك قبول تحمل الطاقم لمدة كافية حتى يتعود عليه¹

المطلب الثاني : المسؤولية على أساس المخاطر :

إذا كان قد عرضنا فيما سبق في المطلب الأول المسؤولية على أساس الخطأ فيما يخص تركيب الأعضاء الصناعية فإننا سنحاول استكمال دراسة النوع الثاني من المسؤولية فيما يخص هذا الغرض ويتعلق الأمر بمسؤولية المخاطر .

ولهذا سنتعرض على تعريف المخاطر وتبيان خصائصها ودوافع الأخذ بها :

1 - تعريف المخاطر :

يكتسي موضوع المسؤولية في تركيب الأعضاء الصناعية على أساس المخاطر أهمية عملية وتظهر هذه الأهمية من زاوية حاجة المتقاضين إلى الدراسات العملية الخاصة بالتطبيقات القضائية بالجزائر لهذا النوع من المسؤولية الذي ما زال يبدو بعيدا ، ذلك قصد تأسيس دعواهم الالتزامية جبر الأضرار التي تلحقهم من جراء نشاط المتزايد في الصحة العامة المحفوفة بالمخاطر وعليه :

المقصود بنظرية المخاطر هو أن من أنشا مخاطر ينتفع منها فعليه تحمل الأضرار الناجمة عنها فان المنفعة التي يجنيها الطبيب الأخصائي في تركيب الأعضاء عادة ما تفرض عليه تحمل تبعات ومخاطر هذا النشاط ، وبهذا المفهوم أن الشخص المسؤول في نظرية المخاطر المستحدثة هو الشخص الذي ينتفع من استعمال الشيء وهذه هي مخاطر الانتفاع(11)

ومع كل هذا ليس هناك تعريف دقيق وجامع ومانع لنظريات المخاطر فهي تختلف وتتغير حسب تنوع النشاطات الإدارية المختلفة، ويمارسه الأطباء من نشاط.

2 - خصائص المخاطر :

إن المسؤولية بدون خطأ فيما يخص مرفق الصحة العام أو الخاص لدى الأطباء يمكن معرفتها من خلال مقارنتها بنظام المسؤولية على أساس الخطأ وتكمن هذه الخصائص :

¹- شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها ، دار الفكر الجامعي ، 2003 . ص. 261 .

- عدم إثبات المتضرر أي خطأ على الإدارة الصحية :

خلافاً للقاعدة القانونية المعمول بها في المسؤولية المبنية على الخطأ التي توجب على المدعي المتضرر إثبات الخطأ لكن في حالة المسؤولية ترتب على الطبيب حتى في غياب الخطأ .

- عدم تأثير فعل الغير الظرف الطارئ على المسؤولية الغير خطائية للطبيب :

هناك يستطيع الطبيب أن ينقص أو يقلل من مسؤوليته في نظام المسؤولية بدون خطأ إلا في حالي القوة القاهرة وخطأ الضحية على أساس المسؤولية على أساس الخطأ أي أن ما يخدم مصلحة المتضرر في هذه المسؤولية الغير خطئية هو أن فعل الغير وكذلك الحدث الطارئ لا تأثير لهما على مسؤولية السلطة العامة اتجاهه .

- قابلية التطور السريع لنظرية المخاطر :

وجد نظام المسؤولية دون خطأ عن مخاطر النشاط الطبي توسعا مذهلا ، أصبح يشمل حاليا حالات جديدة تطبق فيها مسؤولية بدون خطأ .

فهذا التطور أن صح القول أصبح يشمل جميع مخاطر الحياة العامة في جميع مجالاتها في المسؤولية بدون خطأ بالمرفق الصحي العام تتعلق بالنظام العام وبالتالي يحق للمتضرر المدعي ، أن يشير في جميع المراحل وأطوار المحاكمة.

- حدوث الضرر غير الإعتيادي :

لا يعوض الضرر في المسؤولية الطبية بدون خطأ إلا إذا وصل إلى درجة معينة من الخطورة ، بينما يقرر القاضي الإداري في المسؤولية على أساس الخطأ بتعويض الضرر الناتج عن كل التصرفات الخاصة ، فان ينبغي أن يكون الضرر الذي أصاب الضحية قد تجاوز بخطورة الأعباء التي على الخواص تحملها عادة وهنا يكمل الضرر الغير عادي .

3 - دوافع الأخذ بنظرية المخاطر :

إن الأخذ بنظرية الخاطر يستدعي الأخذ بمجموعة من الدوافع .

أ - التزام الطبيب بسلامة المريض : طبقاً للقواعد العامة ، إن التزام الطبيب بشفاء المريض هو التزام بعناية وليس التزام بتحقيق نتيجة ولكن فيما يتعلق بسلامة المريض فان الأمر يختلف وبالتالي فان التزام الطبيب هو تحقيق نتيجة ، وعلى الطبيب اثر استخدامه الأجهزة في تركيب العضو الصناعي أن يقوم بالحماية من الأخطار التي يمكن أن تضر المريض .

ب - التقدم المستمر لعلم الطب :

إن الطب يعتبر علم غير ثابت ، فهذا العلم المتطور بتطور الزمن ، إن التقدم العلمي وازدهارها في مجال الطب في تعويض جسم الإنسان فيما يفقده من اعضاء طبيعية بأعضاء صناعية .

ج - الأخذ بفكرة الضمان بالمصلحة العامة :

إن المستشفى العام قد يلحق أضرارا عند تصرفاته بالغير ولو عن خطأ وعليه أن يدفع ثمن ذلك .

والمبدأ العام هو حضانة للموظف والعامل بالمستشفى العام وعدم مسؤولية شخصيا عن الأعمال التي يقوم بها لصالح الشخص المعنوي العام إلا استثناء وهذا يعني حماية امن الأفراد .

ملاحظة :

- إن التشريع الجزائري تكلم عن الأطباء سواء العاملين بالمستشفيات العامة أو الخواص ولكن نسي التكلم عن مخاطر الآلات والتركيبات التي يستعملها هؤلاء الأطباء ، فما يفهم هو أن التزام الطبيب ، هو التزام ببذل عناية في كل الأحوال وليس بتحقيق نتيجة كما ذهب إليه المشرع والقضاء الفرنسي .

المبحث الثاني : المسؤولية الناجمة عن الوسائل الطبية الحديثة :

حياة الإنسان مسار طويل تكتنفه عراقيل كثيرة أهمها إصابته بالأمراض التي تشل حركته وفعاليتها في المجتمع وهذا الأخير مبني أساسا على النشاط الجسدي والفكري الذي ينتجه الفرد .

- إن إصابة احد أفراد المجتمع بألم المرض ينقص من مردودية الجماعة في الإنتاج ، كما إن إصابة الفرد بإعاقة دائمة أو وفاته خسارة مادية للمجتمع ككل ومعنوية لبعض الافراد .

للتغلب على هذا اوجد الانسان منذ القدم وسائل لتفادي هذه العرقلة والشلل لفاعلية افراد المجتمع .

- ومع تطور الفكر البشري والنضوج العلمي في المجتمعات وتطور الطب ظهرت تقنيات حديثة من جراء التطور التكنولوجي من الأجهزة والأدوات التي يستخدمها الطبيب في عمله ، من بين ذلك التداوي بأشعة الليزر ، هذه التقنية الحديثة التي يستوجب استعمالها حذر وعناية شديدة من قبل الطبيب ، فما هي اشعة الليزر ؟

- هذا الاخير الذي كان في البداية يرقى الى درجة التقديس فلا يحاسب حسب اقترافه لخطا طبي ، بل ولا يمكن لأحد ان يجاربه او يناقشه في الطرق والأساليب العلاجية التي يستعملها ، اذ غالبية افراد المجتمع يجهلون امور الطب وأسرار هذه المهنة ، فما هي مجالات استخدام هذه الاشعة ؟

لكن مع التطور العلمي وزيادة الوعي بين الناس ووجود القضاء اصبح الطبيب يحاسب عن كل اخطائه مهنية كانت او مادية ، ففرضت عليه قيود ضيقت من نطاق حرته في العمل ، فما هي هذه الاخطاء ؟ وبناء على هذا تكونت المسؤولية المدنية بفرعيها العقدي والتقصيرية والتي يتحملها الطبيب من جراء استعماله لمثل هذه الاجهزة في مباشرته لعمله الطبي : فكيف يتم تكيف هذه المسؤولية ، وما هي اسسها ؟

و عليه سنحاول التطرق لهذه المسائل بالشرح والتحليل من خلال تبيان مفهوم هذه التقنية الطبية المستحدثة ومجالات استخدامها ، ثم نعرض على بيان الأخطاء الطبية الناتجة عن استعمال أشعة الليزر نظرا لما تمتاز به من دقة وما تتطلبه من عناية وحذر شديد في استعمالها؛ سواء في المجال الطبي أو الجراحي، الأمر الذي يتطلب معه إبراز الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الناجمة عن استعمال هذه التقنية وتبيان طبيعتها.

المطلب الأول : مفهوم أشعة الليزر ومجالات استخدامها :

تعد الأشعة من الاكتشافات الهامة في علم الطب ، الأشعة الصينية التي اكتشفت في وآخر القرن 19 قفزت بإمكانيات الأطباء في التشخيص إلى أكثر من ضعف ما تسمح به إمكانياتهم العادية لها دور كبير في تحسين قدرة الأطباء على علاج المرض وأمراض معينة خاصة أمراض الجلد والعظام والأورام¹.

¹- تعريف الأستاذ جوسران المأخوذ من كتاب : محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الأشياء ، دراسة في القانون المدني المصري ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1957 ، ص. 282 .

الفرع الأول : مفهوم أشعة الليزر :

وستنطلق في هذا الفرع الى تعريف اشعة الليزر بصفة مختصرة وإلى أنواعها .

أولاً : تعريف اشعة الليزر :

تعد الاشعة من الاستخدامات الجدمهمة لما تقدمه في المجال الطبي فهي من الاكتشافات الحديثة جدا .
وكلمة ليزر باللغة العربية مشتقة من أصلها الإنجليزي (Laser) و هي الحروف الاولى لخمس كلمات :

Light Amplification by Stimulated Emission of Radiation .

وتعني الضوء المقوى بواسطة خاصية حث الانبعاث الإشعاعي، إذا فالليزر عبارة عن ضوء وليس شعاع كما يعتقد الكثير .

ثانياً : انواع أشعة الليزر :

هناك أنواع متعددة من الليزر تستخدم خصوصا في العمليات التجميلية تستخدم مثلا : لإحداث صنفرة بالجلد ومن اشهر هذه الأنواع:

- الليزر الكربوني : CO2 laser

حيث يؤدي الليزر الى ازالة طبقات من الجلد وفقا لما يراه الطبيب وحسب كل حالة يحدث بعد ذلك التئام قام في خلال 07 - 10 ايام يكون بعدها لون الجلد مائلا للحمرة وتختلف فترة احمرار الجلد على حسب نوع الليزر المستخدم وكذلك نوع البشرة ، فمع اليزر الكربوني تكون فترة احمرار الجلد قصيرة (حوالي اسبوعين) يبدأ بعدها الجلد في الاسمرار الى درجة زائفة قليلا عن درجة الجلد الطبيعية وتختلف درجة وزمن اسمرار الجلد على حسب لون البشرة الاصلي ، فأصحاب البشرة الداكنة يكونون عرضة لتغيرات اللون عن اصحاب البشرة البيضاء .

- ثانياً : ليزر الاربوم : Erb - yag

في هذا النوع لا يكون هناك اسمرار وتستمر البشرة حمراء ، تستمر هذه التغيرات لمدة 2 - 3 شهور ثم تنتهي بعد ذلك ويعود الجلد الى لونه الطبيعي وتظهر النتائج المذهلة لليزر

ثالثاً : قد تم اخيرا استحداث نوع جديد من الليزر الكربوني مع ليزر الاربوم ويؤدي ذلك إلى تقليل زمن ونسبة احمرار واسمرار الجلد ولكن نظرا لغلو ثمن الجهاز فلم يستخدم بعد على نطاق واسع¹.

الفرع الثاني: استخدامات أشعة الليزر :

تستخدم اشعة اليزر لتحسين قدرة الاطباء على علاج المرض وعدة امراض ولا يلجأ الى هذا النوع الا في حالة عدم جدوى لاستعمال علاجات اخرى ثقيلة .

أولاً : في مجال الجراحة التجميلية :

تعتبر استخدامات الليزر في التجميل من الاستخدامات الحديثة الا ان مجالاتها قد تعددت وشهدت توسعا كبيرا في فترة قصيرة .

¹- قمر اوي عزدين "المسؤولية عن الأشعة".

من الاستخدامات الحديثة لليزر وخاصة ليزر الياقوت (Ruby laser) او ليزر الألكسندريت (Alexandritelaser) هو إزالة الشعر الزائد غير المرغوب فيه ، ويعتبر الليزر هو الطريقة الوحيدة التي يقضي على بصيلات الشعر دون إحداث أي مشاكل بالجلد ودون ألم أو تدخل جراحي أو هرموني حيث يعمل الليزر بواسطة نبضات حمراء سريعة تؤدي إلى تدمير بصيلات الشعر الزائد ودون تأثير على خلايا الجلد المحيطة وكذلك دون تأثير على الجسم عامة على القصير أو البعيد .

ولا تحتاج جلسة ليزر الياقوت لأكثر من عشر دقائق لإزالة شعر الوجه ، أما بالنسبة لبقية أجزاء الجسم فتأخذ وقتاً أطول نسبياً ، ويقضي الليزر على كل بصيلات الشعر التي في طور النمو الكامل ولا تؤثر على البصيلات التي في مراحل النمو الأخرى لذلك تحتاج المريضة إلى 3 - 6 جلسات ليتم القضاء على 85 - 90 % من بصيلات الشعر وبالتالي عدم ظهوره مرة أخرى .

يعتبر الليزر أيضاً من أهم وأفضل وسائل صنفرة الجلد ولذلك يستخدم في علاج آثار حب الشباب وشد تجاعيد الوجه السطحية بدون جراحة ، أما بالنسبة للتجاعيد فليس لليزر دور فيها .

من الاستخدامات المستحدثة لليزر في مجالات التجميل أيضاً تجميل وشد جفون العين ، ويستخدم فيها اما الليزر الكربوني او ليزر النيودينيوم (Nd - YAG) ويعمل الليزر في هذه الحالات على تقليل نسبة الدم الفاقد وكذلك الكدمات التي تظهر تحت العين نتيجة اجراء العملية بالطريقة التقليدية مما يؤدي الى سرعة الشفاء ، وتستطيع المريضة ممارسة حياتها العادية بأيام قليلة ، كما يستخدم الليزر أيضاً بديل للمشرط الجراحي حيث يؤدي الى تقليل نسبة الدم الفاقد بنسبة تتجاوز 50 - 60 % ،

ويستخدم ليزر كذلك كبديل للخياط الجراحية سواء للجلد او الاعصاب او الاوعية الدموية مما يؤدي الى سرعة التئام الجروح .

يعتبر الليزر من أهم وسائل ازالة البقع الجلدية والوحمات البنية الملونة مثل وحة أونا والنمش والبقع الشمسية حيث انه يقضي على الخلايا الملونة بدون ألم وبالتالي بدون أي تخدير سواء كلي او موضعي ، وعلى جلسات تتراوح من 06 - 10 في المتوسط وتتراوح المدة بين الجلسة والأخرى من شهر إلى شهرين . أما بالنسبة للوحمات الدموية الخلقية أو المصاحبة لدوالي الساقين فيستخدم نوع آخر من الليزر يعمل على الأوعية الدموية دون أي تأثير على الأنسجة الأخرى المحيطة مما يسهل القضاء على تلك الأوعية المتمددة وبالتالي القضاء على الوحة الدموية .

♦ ثانياً : مجالات اخرى (عظام و أورام) :

لم يقتصر دور الأشعة أو مجال استخدامها على جانب الجراحة التجميلية فقط بل تعداه إلى ميادين أخرى فقد يستخدم الليزر في عمليات جراحية خاصة بالعظام وعمليات أخرى خاصة بالأورام .

فقد فتح الليزر باباً جديداً في عالم الجراحة ، فبدل استعمال المشرط الجراحي وتفادياً لضيق الدم استخدم الليزر في مجال جراحة العظام واستئصال الأورام ، تلك العمليات التي كانت معقدة جداً ، فاستخدام الليزر يقلل من عيوب الجراحة العادية ويجعلها سهلة لكلا الجنين أي الطبيب والمريض من جهة أخرى . و إن كان لهذه التقنية ما لها من فضل في زيادة حظوظ الأطباء لمواجهة الحالات المستعصية والمعقدة؛ فإنه لا يخفى أن لهذه التقنية المستحدثة آثار تطل

المرضى جراء الأخطاء الطبية المرتكبة نتيجة نقص الخبرات والمهارات الفنية المطلوبة لاستعمال هذه الأجهزة التي تستدعي أقصى درجات الحذر، مما قد يرتب المسؤولية عن استخدام أشعة الليزر.

المطلب الثاني : أخطاء الأشعة والمسؤولية الناتجة عنها :

إن استعمال الأشعة في العلاج يجب أن يتم بحذر وعناية شديدة ولا يلجأ إليها إلا في حالة عدم جدوى استعمال علاجات أخرى تقليدية¹، فالفحص الطبي بالأشعة يؤدي إلى مضاعفات في حالة الإفراط فيه دون مبرر وكذلك قد يجرز مضاعفات أخرى كثيرة بسبب عدم صلاحية الجهاز المستعمل .

فما هي هذه الأخطاء؟ وعلى أي أساس تُقام هذه المسؤولية؟

الفرع الأول : الأخطاء الناجمة عن إستخدام أشعة الليزر :

قد ينتج عن استعمال الأشعة حالات الحروق الناتجة من وضع المريض الخاطئ تحت جهاز الأشعة أو من استعمال أجهزة قديمة غير صالحة أو من الأخطاء في التقدير للجرعة أو إطالة مدة التعرض للإشعاع. أي قد تكون أخطاء علاجية وقد تكون أخطاء تشخيصية .

أولاً : الأخطاء العلاجية :

وفي هذا الصدد أذانت المحاكم أطباء عديدين في حالات الحروق الناتجة عن الأشعة وقد وجدت عدة حالات ترتب المسؤولية الناتجة عن العلاج بأشعة الليزر نذكر منها .

- قضية سيده في الخامسة والثلاثين من عمرها ظهر ورم في ثديها وقام على علاجها اثنان من أساتذة الطب في الأشعة والجراحة وبعد استئصال الورم أرسل للفحص الباثولوجي لدى اثنان من أساتذتها فقررا أن الورم خبيث فأعطيت علاج بالأشعة و أدى العلاج إلى تقرحات شديدة بجلد الصدر ونزيف ثانوي بالإبط أدى إلى غرغرينة بالطرف العلوي الأيمن مما يتطلب بتره وكانت النتيجة مهولة جدا²

وخاصة بعد ان حملت المريضة الورم المستأصل إلى الخارج لفحصه بمعرفة أخصائي في الورم أرسل لها تقريراً بأن الورم ليس ورماً ولكنه در بالثدي وأقامت السيدة هذه قضية مطالبة عقاب الأطباء للخطأ مع طلب تعويض كبير عما أصابها من أضرار ولكن بعد استعراض ما قام به الأطباء تبين انه لا يمكن نسبة أي خطأ أو إهمال لأي منهم لأنهم قاموا بواجباتهم على وجه سليم وما حدث من مضاعفات بعد ذلك كان خارج عن إرادتهم وتعتبر من قبل سوء الحظ الشديد في حالها .

- حالة عامل كبير في السن ؛ كان يشتكي من آلام شديدة في ظهره؛و بعد القيام بأشعة عادية له تبين أن عنده زوائد بالعمود الفقري وتأكلها في التصاريح وقد أعطى العلاج الدوائي اللازم لفترة طويلة دون جدوى ثم ارتأى الطبيب المعالج القيام بجلسات علاجية وأرسله إلى المستشفى حيث وضعت له برامج جلسات لفترات محددة ولعدد (12) اثني عشر جلسة؛ وبعد انتهائها فوجئ المريض بظهور قرحة في ظهره استمرت لسنوات، ولقد تقدم المريض بشكوى ضد طبيب قسم الأشعة بالمستشفى على أساس أن ممرضة القسم كانت تتركه تحت جهاز الأشعة لفترات تجاوز الفترات المقررة له ، ولكنه لم يتمكن من إثبات ذلك ورفض القضاء مسألة الطبيب على أساس انه لم يصدر عنه خطأ يتوجب

¹ - مقتبس من الموقع الإلكتروني : myhisham@msn.com

² شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص. 61 -

المسألة وقد أيدتها في ذلك أستاذ الأشعة بكلية الطب الذي قرر أن القرحة يمكن أن تكون نتيجة حساسية لدى المريض اتجاه الأشعة .

ثانيا : الأخطاء التشخيصية :

من هذه الناحية تلزم الدقة في قراءتها فقد قضت المحكمة بان عدم اكتشاف وجود كبير في صورة الأشعة لا يمكن أن يجل إلا على احد أمرين كلاهما يوجب للمسائلة وهما الإهمال والافتقار إلى الخبرة الفنية المتطلبة في الأخصائي وكذلك يسأل من يفسر الأشعة تفسيرا يختلف بوضوح عن الواقع لان تكوينه العملي ودقة تخصصه لا يتفقان مع الوقوع .

الفرع الثاني : المسؤولية الناجمة عن أشعة الليزر :

تثور المسؤولية الطبية عندما يتخلف الأطباء الجراحون عن بذل العناية التي تتطلبها مهمتهم والتي ينتظرها منهم المرضى فالمرجع الجزائري اتبع القضاء المصري فاعتبر أن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية عند إصابة المريض بضرر نتيجة خطأ مهني يرتكبه الطبيب المعالج فيستوجب تعويضا للمضرور وبمقدار الضرر الذي يتسبب من مدى العلاقة الشبه الرابطة بين الخطأ المرتكب والضرر الناتج وعين الإثبات يقع على المضرور ومن ثم يقدر التعويض وعليه فالمسؤولية الطبية أما أن تكون عقدية ومنها يكون التزام يبذل عناية واستثناء التزم بتحقيق نتيجة أو أن تكون تقصيرية وعليها يترتب ضرر للمريض وتبعاً لذلك يلتزم الطبيب بالتعويض ولقد استقر الفرنسي على المسؤولية الطبية في الأصل مسؤولية عقدية والاستثناء أن تكون تقصيرية فان القضاء المصري يقضي بان المسؤولية الطبية هي مسؤولية تقصيرية إلا أنها يمكن أن تكون عقدية في بعض الأحوال. فعلى أي اساس يتم تكييف المسؤولية ؟ وما هو موقف المرجع الجزائري ؟ وما هي اسس المسؤولية الطبية ؟

أولا : الاساس الذي تكييف عليه المسؤولية الطبية وموقف المرجع الجزائري :

1 - : الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب :

لقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها سنة 1936 بمناسبة قضية الدكتور نيكولا مع السيدة << موسى >> ووقائعها أن هذه السيدة تلقت علاجها بأشعة (X) سبب لها التهابا اشعاعيا لجلد وجهها فاعتبرت هذا الداء ناجم من ضعف العلاج فقامت دعوى المسؤولية ضد الطبيب وصدر قرار قضائي يقضي بنشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية واليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي¹.

وبناء على هذا الحكم القضائي تنشأ المسؤولية العقدية بمقتضى عقد صريح او ضمني بين الطبيب والمريض إذا ما يحدث إخلال بالالتزام التعاقدى ولو عن غير قصد²، وعلى هذا نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على انه كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .

وكذا نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم : 92 - 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على انه يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح أسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه أو علاجه .

¹ - موسوعة الفكر القانوني ؛ ملف المسؤولية الطبية ؛ الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2003 ، ص.31

² - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص. 142

وبفهوم المخالفة فإنه يكون ممنوعاً أي عمل طبي يقوم به الطبيب يعرض المريض سواء في الفحوص أو العلاج للخطر، فمن هذين القانونين يتبين لنا أن المسؤولية الواقعة على عاتق الطبيب بمجرد ارتكابه خطأ مهني كان أو مادي جسيماً أو تافه يعرضه للمساءلة المدنية، فهذه المسؤولية أمأن تكون عقدية أو تقصيرية .

وبهذا يشترط إثارة مسؤولية الطبيب عند استعمال الأشعة وجود خطأ من جانبه كالتعرض للأشعة لمدة أطول وغيرها من الأخطاء ولو كان يسيراً طالما أنه مؤكد الحدوث .

وبناء على الالتزام التعاقدية بين الطبيب والمريض فعلى هذا الأخير إذا ما ادعى حدوث الخطأ فهو ملزم بعبء إثباته أما إذا كان الخطأ المرتكب على درجة من الجسامة بحيث لا يتفق مع النتائج المتوقعة للعلاج المألوف فإن المريض يعفى من الإثبات .

أن طبيعة العقدية للالتزام الطبيب غالباً ما تكون ببذل عناية واستثناء بتحقيق نتيجة فقد اجمع الفقه والقضاء على أن هذا الالتزام لا يهدف إلى تحقيق غاية معينة وإنما يتعهد الطبيب ببذل جهد وعناية خصوصاً في استعماله لجهاز الأشعة بما أنها تكنولوجيا حديثة الموصول إلى الغرض سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق¹.

وعلى هذا فإن تحديد مدى التزام الطبيب ببذل عناية يكون مبني على عدة معطيات هي كما يلي :

– المستوى المهني للطبيب : فالالتزامات التي يتحملها الطبيب المختص في الأشعة في حالة حدوث الخطأ أكثر مما يقع على عاتق الطبيب العام

– القواعد المهنية : فالالتزام طبيب الأشعة لا يفرض ضمان شفاء المريض بل ذلك باعتبار

أخرى خارجة عن إرادة الطبيب كمناعة الجسم وغيرها .

– الظروف الخارجية : كمكان العلاج ، الإمكانيات المتاحة ، المستشفى المجهز بأحدث الآلات خصوصاً الأجهزة الخاصة بالأشعة

– الأصول العلمية الثابتة : فالتطور العلمي الحديث خصوصاً في مجال الأشعة يلتزم الطبيب بما استقر عليه الطب الحديث² إن استعمال الأدوات والأجهزة الخاصة بالأشعة تنطوي على مخاطر على حياة الإنسان ، تتمثل في وجود عيوب بها أو الجهل في استخدامها كاستعمال الأشعة في العمليات التجميلية فالطبيب يلتزم بتحقيق نتيجة أن يبذل جهوداً للحصول على النتيجة المرجوة .

ثانياً : الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب :

لقد اقر القضاء المصري أن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام ، إلا أنها في بعض الأحيان تكون عقدية³.

وعلى هذا ؛ قد يسأل الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الفعل الضار سواء كان هذا الضرر متوقفاً أو غير متوقع .، وقد قضت محكمة النقض المصرية بان مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية حيث يلتزم الطبيب ببذل عناية ، ومنه يكون ملزم بمعالجة

¹ - عبد الحفيظ دكومي ، الآثار المترتبة على العمل الطبي، رسالة ماجستير منشورة ، الجزائر، 1989 ، ص. 120

² - محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص. 141

³ - محمد زهدور ، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة، دار الحدائق للنشر، 1990 ص 60.

المريض دون أن يضمن الشفاء فعليه أن يبذل جهودا صادقة ويقضه مع احترام الأصول العلمية المقررة خصوصا في مجال الأشعة؛ ذلك المجال الدقيق .

فالقضاء المصري اخذ بالمسؤولية التقصيرية كأصل عام وبالمسؤولية العقدية في بعض الحالات فقط .

- ثالثا: موقف القضاء الجزائري :

إن القضاء الجزائري يميل إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري كأساس لمنح التعويض للمريض لذوي حقوقه في قراراته الصادرة من الجهات القضائية ، وعن هذا اعتبرت المسؤولية الطبية من طبيعة تقصيرية تماشيا مع المبدأ الذي وضعه القضاء المصري .

لكن مع التطور العلمي ، أصبح الطبيب ملزما بتحقيق نتيجة في بعض الاحيان المتمثلة فيما يلي :

- إلتزامات الطبيب بواجباته الإنسانية من إعلام ورضا المريض والمحافظة على السر المهني .

- الإلتزامات ببعض الأعمال الفنية كاستعمال الأشعة .

- الإلتزام بسلامة المريض كعدم تعرضه لأي ضرر من استعمال الاجهزة المستعملة في الأشعة .

في الختام يمكن القول أن العلاج بأشعة الليزر يستوجب على الطبيب التفاني في ممارسة مهنته الطبية في القيام بعمله ، إذ يجب عليه أن يتقنه ويكون شديد الحرص والانتباه لكل تصرفاته خلال كل المراحل العلاجية ، فيجب عليه أن يكون حائزا على شهادة تحول له الحصول على ترخيص لمزاولة المهنة الطبية وذلك لا يتأتى إلا بعد تلقيه العلم وتحصيله الجيد للمعرفة بخصايها الأشعة وطرق استعمالها ، لان العلاج بها لا توجد له أي مضاعفات إذا كان الطبيب الذي يستخدمها خبير في استعمالها ، فعند حدوث خطأ في العلاج بالأشعة فان الضرر هو الذي يقع عليه عبء الإثبات من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، وذلك بناء على مبدأ << البينة على من ادعى واليمين على من أنكر >> .

وبهذا يؤخذ بعين الاعتبار الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية التقصيرية أو عقدية ، ففي حالة كونها عقدية فعلى الطبيب الإثبات بأنه أنجز الإلتزامات العقدية على أحسن وجه ، أما إذا كانت تقصيرية فعلى المريض إثبات أن الطبيب قد اخل بالإلتزام القانوني لارتكابه الخطأ الذي هو السبب المباشر للضرر .

وأخيرا يمطن القولان القضاء الجزائري يميل إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري كأساس لمنح التعويض للمريض لذوي حقوقه في قراراته الصادرة من الجهات القضائية ، وعن هذا اعتبرت المسؤولية الطبية من طبيعة تقصيرية تماشيا مع المبدأ الذي وضعه القضاء المصري .

لكن مع التطور العلمي ، أصبح الطبيب ملزما بتحقيق نتيجة في بعض الاحيان المتمثلة فيما يلي :

- الإلتزامات الطبيب بواجباته الإنسانية من إعلام ورضا المريض والمحافظة على السر المهني .

- الإلتزامات ببعض الأعمال الفنية كاستعمال الأشعة .

- الإلتزامات بسلامة المريض كعدم تعرضه لأي ضرر من استعمال الاجهزة المستعملة في الأشعة .

كما ينبىء بعقم المادة 124 من القانون المدني عن مسابرة التطورات الحاصلة في المجال الطبي والمخاطر المصاحبة للتركيبات والوسائل الطبية الحديثة، كون هذه المادة تشترط لقيام المسؤولية توفر الأركان الثلاثة من خطأ، ضرر، وعلاقة سببية وهو أم صعب على المريض في المجال الطبي لتشابك وتداخل المسؤوليات، فتارة يكون الضرر ناتج عن

عيب في الوسائل الطبية أو نتيجة تدخل طبي معيب مما يصعب مأمورية المريض الذي همه الوحيد هو جبر الضرر الذي لحقه وفي أقرب وقت كون الضرر الذي لحقه لا يمتثل التأخير، الأمر الذي يدفع إلى البحث عن أساس آخر للمسؤولية عن التركيبات والوسائل الطبية الحديثة، وهو المسؤولية غير الخطئية والت تتجلى أفضليتها من خلال مقارنتها بنظام المسؤولية على أساس الخطأ:

- عدم إثبات المتضرر أي خطأ على الإدارة الصحية :

خلافاً للقاعدة القانونية المعمول بها في المسؤولية المبنية على الخطأ التي توجب على المدعي المتضرر إثبات الخطأ لكن في حالة المسؤولية ترتب على الطبيب حتى في غياب الخطأ .

- عدم تأثير فعل الغيرو الظرف الطارئ على المسؤولية الغير خطئية للطبيب :

هنا لا يستطيع الطبيب أن ينقص أو يقلل من مسؤوليته في نظام المسؤولية بدون خطأ إلا في حالي القوة القاهرة وخطا الضحية على أساس المسؤولية على أساس الخطأ أي أن ما يخدم مصلحة المتضرر في المسؤولية الغير خطئية فعل الغير وكذلك الحدث الطارئ لا تأثير لهما على مسؤولية السلطة العامة اتجاهه .

- قابلية التطور السريع لنظرية المخاطر :

وجد نظام المسؤولية دون خطأ عن مخاطر النشاط الطبي توسعا مذهلا ، أصبح يشمل حاليا حالات جديدة تطبق فيها مسؤولية بدون خطأ .

فهذا التطور أن صح القول أصبح يشمل جميع مخاطر الحياة العامة في جميع مجالاتها في المسؤولية بدون خطأ بالمرفق الصحي العام تتعلق بالنظام العام وبالتالي يحق للمتضرر المدعي ، أن يثيرها في جميع المراحل وأطوار المحاكمة.

- قائمة المراجع :

¹-وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة.

²-محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر.

³ طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان

⁵- مجلس الدولة، الغرفة الثالثة ، ملف رقم 11، 2003/03/007733، مجلة مجلس الدولة، العدد 2004، 05، ص 20، 208

6- محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001 .

7- شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها ، دار الفكر الجامعي ، 2003 .

8- محمد لبيب شنب ، المسؤولية عن الأشياء ، دراسة في القانون المدني المصري ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1957 .

9 قمرأوي عزدين " المسؤولية عن الأشعة " .

10 - الموقع الإلكتروني : myhisham@msn.com

11- موسوعة الفكر القانوني : ملف المسؤولية الطبية : الجزء الأول ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر ، 2003 .

12- عبد الحفيظ دكومي ، الآثار المترتبة على العمل الطبي ، رسالة ماجستير منشورة ، الجزائر ، 1989 .

13 - محمد زهدور ، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة ، دار الحداثة للنشر ، 1990 .

دراسات وأبحاث بالفرنسية : ✓

La Balance des paiements



Dr. Ismail Ould Khalef,

Professeur d'économie

à l'Université de Nouakchott

La balance des paiements est un état comptable qui fait apparaître la situation résultant des opérations effectuées au cours d'une période, généralement l'année, entre les agents économiques résidents et les agents économiques non résidents.

Les opérations de la balance des paiements sont regroupées dans quatre grands comptes. Un poste résiduel (erreurs et omissions) sert à compenser les faiblesses de la collecte statistique.

La disposition des quatre comptes et l'ordre d'enregistrement des opérations au sein de chaque compte se font selon le principe de la liquidité croissante: on va des opérations les moins liquides vers les opérations les plus liquides. C'est pourquoi on enregistre successivement les opérations concernant les actifs réels (échanges de biens et services), les actifs financiers (investissements) et les actifs monétaires.

De haut en bas du tableau représentatif de la balance des paiements, on trouve donc les principaux compte suivants: le compte des transactions courantes; le compte de capital; le compte d'opérations financières; le compte de réserves et postes apparentés.

Comme tout document comptable, la construction de la balance des paiements répond à certaines conventions qui peuvent différer selon les époques et selon les pays. En vue d'harmoniser les différentes méthodes d'écriture et faciliter la comparaison entre pays différents,

le Fonds Monétaire International, a proposé, dès 1948¹, une méthode d'établissement de la balance des paiements qui a inspiré l'ensemble des pays adhérents à l'Organisation. Avant d'étudier le principe comptable de construction de la balance des paiements il importe d'étudier auparavant les agents de cette balance et les opérations effectuées par ces agents.

I: Agents et opérations de la balance des paiements :

La balance des paiements retrace les opérations entre les résidents d'un pays et l'extérieur, c'est-à-dire les non résidents.

I.1: Les agents :

Les agents de la balance des paiements sont d'une part les agents résidents et, d'autres parts, les agents non résidents.

I.1.1. Les agents résidents :

Une unité est résidente si a un centre d'intérêt sur le territoire économique.

- Le centre d'intérêt: une unité a un centre d'intérêt si elle effectue des opérations économiques pendant une période donnée, généralement l'année civile², du premier janvier au 31 décembre. Le critère de résidence ne se réfère donc pas à la nationalité. Il se réfère à la période de séjour.

- Le territoire économique: c'est le territoire géographique y compris l'espace aérien et les eaux territoriales. On exclue du territoire économique les enclaves extraterritoriales. Il s'agit des parties du territoire national occupé par des missions diplomatiques étrangères ou des missions militaires ou scientifiques selon des accords bilatéraux. Par symétrie, le territoire économique comprend les enclaves territoriales: missions diplomatiques nationales qui occupent des parties des territoires étrangers ou missions scientifiques ou militaires occupant des parties des territoires étrangers selon des accords et conventions entre pays.

Une fois le critère de centre d'intérêt et celui de territoire économique définit on peut considérer comme résidents, d'une part, les personnes physiques nationales demeurant dans le pays ou bien à l'étranger depuis moins d'une année et les personnes physique étrangères demeurant dans le pays depuis plus d'une année, d'autre part, les entreprises nationales ou étrangère exerçant leurs activités sur le territoire économique.

¹Michel KARLIN et Claude DUFLOUX, La balance des paiements, ECONOMICA 2004, p. 15.

² Une année est la période prise par la plupart des pays. Certains pays peuvent prendre une période plus courte ou plus longue. Un résident en France est celui qui séjourne pendant deux années.

I.1.2. Les agents non résidents :

Le critère de non résidence se déduit du critère de résidence. Un agent non résident est celui qui effectue sur le territoire économique une période inférieure à la période prise en compte, moins d'une année, si on considère que la période est l'année.

Sont considérés comme des non résidents:

- Les personnes physiques ou morales étrangères qui vivent habituellement à l'étranger à l'exception des représentations diplomatiques, missions séjournant à l'étranger selon des accords internationaux;
- Les personnes physiques ou morales nationales séjournant de façon habituelle à l'étranger à l'exception des missions diplomatiques nationale ou les missions scientifiques ou militaires nationales qui séjournent à l'étranger selon des conventions ou accords internationaux.

Il faut noter que la balance des paiements est issue de la comptabilité nationale. Elle enregistre les opérations entre résidents et non résidents. Toutes les opérations de nature financière ou économiques sont recensées dans la balance des paiements. Celles-ci comprennent les opérations sur marchandises (exportations et importations) mais aussi les échanges de services et de revenus, appelés parfois transactions invisibles (voyages, etc.) ainsi que les échanges de créances, c'est-à-dire de flux financiers (mouvements de capitaux) auxquels s'ajoutent les opérations de transfert.

La balance des paiements, comme la comptabilité nationale, enregistre les opérations qui s'écoulent au cours de la période considérée et non tout ce que la nation détient, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un enregistrement en termes de flux et non de patrimoine. Ce qui sera enregistré se sont par exemple les exportations de la Mauritanie qui ont eu lieu au cours de l'année de référence et non toutes les exportations du pays.

I.2: Les opérations :

Définies par le Cinquième Manuel de la Balance des Paiements du FMI dans le cadre d'une cohérence avec le système de comptabilité nationale, les rubriques de la balance des paiements sont réparties entre quatre comptes qui sont:

- le compte des transactions courantes;
- le compte de capital, créé par le cinquième manuel du FMI;

- le compte financier; et

- le poste "erreurs et omissions"

I.1.1. Le compte des transactions courantes :

Les transactions courantes comprennent les biens, les services, les revenus et les transferts courants.

a. les biens :

Cette rubrique recense les mouvements de marchandises entre résidents et non-résidents. Il s'agit des exportations et importations de marchandises.

Les exportations au départ du territoire sont comptabilisées en terme FAB (Franchisé à Bord), c'est-à-dire qu'elles n'incluent pas les frais de transport et d'assurance. Les importations, par contre, sont enregistrées en terme CAF (coût assurance et fret), c'est-à-dire qu'elles incluent les frais de transport et d'assurance. Pour rendre importations et exportations comparables on calcule la valeur des importations FAB et on comptabilise les frais de transport et d'assurance dans les services (frais d'assurance sur marchandises).

b. Les services :

Ils inclut les frais accessoires sur marchandises: transport (routiers, ferroviaires, maritimes et aériens, etc.), assurances (primes et indemnités, etc.), voyages (touristiques, officiels, d'affaires, etc.), autres services (banques, droits d'auteurs, publicité, etc.), Produits de la recherche (brevets, frais d'étude, coopération technique, etc.) revenus de la propriété intellectuelle et commissions (voyages), recettes et dépenses de la nation à l'étranger et des gouvernements étrangers à l'intérieur du territoire économique (intérêts des placements et emprunts publics, contributions aux frais de fonctionnement des organismes internationaux, postes diplomatiques et consulaires, etc.).

c. Les revenus :

Il s'agit des revenus des facteurs de production, travail et capital. Ils comprennent, d'une part, les salaires des migrants transférés, honoraires de professions libérales et d'autres parts le revenu du capital (intérêt, dividendes).

d. Les transferts courants :

Ce poste enregistre la contrepartie de biens, services ou capitaux exportés ou importés gratuitement ou sans rétribution émanant du secteur privé (transfert d'économie sur salaire, dons, donation) ou secteur public (aide internationale, dépenses budgétaires de coopération).

I.2.2. Le compte de capital :

Ces opérations comprennent :

- les transferts en capital, c'est-à-dire les opérations qui donnent lieu au transfert de propriété d'un actif fixe ou à la remise d'un engagement d'un créancier sans que rien ne soit reçu en échange;

- les acquisitions ou les cessions d'actifs non financiers non produits.

a. les transferts en capital comprennent les remises de dette et autres transferts:

1. Les remises de dettes, c'est le cas par exemple d'une annulation de dette consentie par l'administration publique nationale à un pays étranger, inscrite au débit du compte capital. Cette annulation de dette diminue les avoirs des administrations publiques, elle est donc inscrite au crédit du compte financier, sous la rubrique autres investissements.

2. Les autres transferts rassemblent les aides à l'investissement reçus de l'étranger ou versés à des pays étrangers dans le cadre de l'aide au développement

b. Les acquisitions ou cessions d'actifs non financiers non produits concernent les actifs incorporels (brevets, droits d'auteurs, marques, etc. achetés ou vendus par des résidents à des non-résidents.

I.2.3. Le compte financier :

Il est structuré selon la nature des capitaux, investissement direct, investissement de portefeuille, produits financiers, autres investissements et avoirs de réserve.

a. Les investissements directs

L'investissement direct comprend:

- l'investissement immobilier;

- les investissements directs étrangers ou à l'étranger;

- les investissements des entreprises apparentées: sociétés mères, succursales, filiales, les entreprises investies (sociétés sœurs).

b. Les investissements de portefeuille.

Il s'agit des opérations sur titres négociables entre résidents et non-résidents.

c. Les produits financiers dérivés.

Il s'agit d'opérations sur produits financiers: intérêts sur swap par exemple.

d. Les autres investissements

Il s'agit d'un poste résiduel qui englobe toutes les opérations qui ne figurent pas sous une rubrique du compte financier: crédit intra-groupe, crédits commerciaux.

e. les avoirs de réserve :

Les avoirs de réserve sont les avoirs extérieurs qui sont à la disposition immédiate et sous le contrôle des autorités monétaires. Ils sont constitués de créances brutes en or monétaire¹ et en devises y compris les DTS.

I.2.4. Présentation de la balance des paiements :

| A. Compte des transactions courantes | Crédits | Débits | Soldes |
|---|----------------|---------------|---------------|
| a. les biens | | | |
| b. les revenus | | | |
| c. les services | | | |
| d. les transferts courants | | | |
| B. Compte de capital | | | |
| C. le compte financier | | | |
| a. les investissements directs | | | |
| b. les investissements de portefeuille | | | |

¹ Bien que la relation entre l'or et les monnaies n'existe plus depuis l'accord de la Jamaïque en 1976, l'or continue à jouer un rôle d'avoir de réserve.

| | | | |
|---|--|--|--|
| c. les produits financiers dérivés | | | |
| d. les autres investissements | | | |
| e. les avoirs de réserve | | | |
| Erreurs et omissions (Ajustements) | | | |

II: Principe comptable de construction de la balance des paiements :

La balance des paiements recense les opérations réalisées pendant une période. Il s'agit d'une comptabilité en termes de flux et non en termes de stock, c'est-à-dire que les opérations enregistrées concernent une période bien délimitée et non le cumul de ces opérations. Par exemple, les dettes contractées par la Mauritanie sont celles qui concernent l'année 2013 et non le total de l'endettement vis-à-vis du reste du monde, stock qui résulte du cumul des emprunts des années antérieures moins le cumul des remboursements.

La construction de la balance des paiements respecte une certaine logique de comptabilité. Comme toute comptabilité les enregistrements respectent le principe de la partie double, les opérations sont enregistrées en débit et crédit, ces concepts ont une signification particulière pour la balance des paiements.

II.1: L'enregistrement en partie double :

Il est notoire que la partie double est un principe fondamental de toute comptabilité moderne. Chaque fois qu'un flux est comptabilisé, il l'est nécessairement deux fois, sous la forme d'un débit et sous la forme d'un crédit. La réalité économique est prise en compte (enregistrée) sous deux aspects différents mais indissociables. Toute opération effectuée a une contrepartie et dans les économies modernes cette contrepartie se présente dans la plupart des cas sous forme monétaire. Ainsi une exportation de marchandise qui correspond à une sortie de bien a pour contrepartie une rentrée de monnaie extérieure ou devise et c'est l'inverse pour une importation. Les opérations regroupées deux à deux constituent les aspects inséparables d'une même réalité. Chaque fois qu'il y a sortie il y a rentrée et vice-versa.

Les avantages de cette double inscription sont doubles:

a. une décomposition d'entités économiquement liées en deux écritures séparées. Une inscription pour la sortie et une inscription du même montant pour la rentrée.

b. une mise en lumière de toutes les erreurs susceptible d'être commises par les comptables puisque l'équilibre entre sortie et rentrée doit être vérifié, s'il y a déséquilibre cela veut dire qu'il y a des données qui ne sont pas enregistrées. Dans ce cas il faut revenir sur les calculs et chercher les données manquantes.

II.2: Les écritures dans la balance des paiements :

La balance des paiements utilise les termes débit - crédit pour enregistrer les opérations. Ces termes ont une signification particulière et l'ordre diffère de celui de la comptabilité d'entreprise. dans cette dernière l'ordre est débit-crédit et dans la balance des paiements les ordres sont inversés, c'est-à-dire que le crédit est à gauche et le débit est à droite. Cet ordre est imposé, depuis 1948, par le Fonds Monétaire International pour l'ensemble des pays adhérents. Les montants enregistrés dans la colonne crédit sont affectés d'un signe plus (+) et ceux enregistrés dans la colonne débit d'un signe moins (-). Qu'inscrit-on au crédit et qu'inscrit-on au débit?

a. Les opérations inscrites au débit :

Pour répondre à cette question on observe ou bien le seul côté règlement ou bien le côté qui génère le règlement, chacun se déduit de l'autre. Prenons le côté règlement, si un résident est payé par un non-résident pour un bien ou un service que lui, le résident a vendu, il reçoit le plus souvent des monnaies étrangères convertibles (devises). Ces devises représentent un pouvoir d'achat susceptible d'être utilisé à l'étranger. Ces devises acquises par un résident représentent une créance détenue par la nation sur l'extérieur. En d'autres termes, le règlement représente pour le pays du résident un accroissement de ses créances sur l'extérieur. Ce règlement est porté au **débit** au compte concerné. Ce règlement peut se traduire par une augmentation des créances ou par une diminution des dettes, ce qui revient au même. Si le résident est réglé par la monnaie nationale¹, cette dernière était une créance sur la nation, son retour est considéré comme une diminution de dette. Ce qui revient au même, avoir moins de dette a la même signification en terme d'enrichissement qu'avoir plus de créance. En conséquence les deux opérations sont inscrites en débit.

¹ Le paiement en monnaie nationale n'est valable que pour certaines monnaies convertibles, essentiellement pour le dollar, l'euro, le yen, la livre sterling. Pour les autres monnaies les règlements se font toujours en monnaie extérieure.

On observe que chaque fois qu'il y a règlement provenant des non-résidents pour les résidents ces règlements sont inscrits en débit, c'est-à-dire que la rentrée des devises dans le pays est une opération inscrite au débit. De même, les opérations réelles qui entraînent une sortie de devises sont inscrites au débit, une importation par exemple. ce qui est logique car pour respecter la double comptabilisation, une opération qui entraîne la sortie de devises symétrique de celle qui les fait rentrer est inscrite au crédit.

b. Les opérations inscrites au crédit :

Comme tout règlement à un résident par un non-résident est inscrit au débit, le règlement d'un résident à un non-résident est inscrit au **crédit**. Il s'agit de sortie de devises. Si le règlement est effectué en monnaie nationale il y a augmentation de dette pour la nation et s'il est effectué en monnaie étrangère il y a diminution de créance. En terme réel, les opérations qui entraînent une rentrée de devises sont inscrites au crédit, une exportation par exemple.

En règle générale toute opération qui entraîne une entrée est inscrite au débit et toute opération ayant pour effet une sortie est inscrite au crédit. Mais il existe des opérations sans contreparties, un don, un transfert de salaire, etc.

Un don est susceptible d'être à l'origine d'une entrée ou d'une sortie de fonds. S'il est susceptible à l'origine d'une sortie de fonds, il est donc pris au débit avec le signe -, si par contre il est susceptible à l'origine d'une entrée de fonds, il est donc pris au crédit avec le signe +. Sa contrepartie est enregistrée selon les cas en plus ou en moins. Cette contrepartie peut être un mouvement de fonds comme une importation ou une exportation selon les cas. L'importation est inscrite au débit avec un signe - et sa contrepartie est une sortie de fonds inscrite avec un signe +. L'exportation est inscrite avec un signe + et sa contrepartie qui provoque une rentrée de fonds est inscrite avec un signe -.

Le cas schématique suivant permettra de donner des éclaircissements sur les explications précédentes.

Soit une économie qui dresse sa balance des paiements au 31 décembre d'une année n; elle considère donc tous les flux de nature économiques, financiers ou monétaires qui l'on lié au reste du monde durant cette année n. Ces flux sont exprimés dans la monnaie dans laquelle ils ont été libellés. On considère que cette économie a une monnaie non convertible comme c'est le cas de la Mauritanie. En conséquence, les flux sont en devises étrangères. Le problème de leur conversion en monnaie domestique se pose.

Les flux sont les suivants en considérant seulement deux monnaies (£ = livre sterling, \$ = dollars).

| Opérations | Euros | Euros | \$ | \$ |
|--------------------------------|--------|--------|--------|--------|
| | Crédit | Débit | Crédit | Débit |
| Exportations... | + 2000 | | + 1200 | |
| Importations... | | - 3000 | | -1500 |
| Emprunts..... | + 1000 | | + 1800 | |
| Prêts..... | | - 200 | | - 900 |
| Règlements des exportations... | | - 2000 | | - 1200 |
| Règlements des importations... | + 3000 | | + 1500 | |
| Règlement des emprunts..... | + 200 | - 1000 | + 900 | - 1800 |
| Règlement des prêts..... | | | | |
| Total règlements (en brut) | + 3200 | - 3000 | + 2400 | - 3000 |
| Total règlement (en net) | + 200 | | | - 600 |

Le tableau précédent respecte la partie double. Chaque opération donne lieu à un règlement. La somme des règlements conduit à un total des règlements en brut. Si, pour chaque devise, du total des entrées de fonds et du total des sorties n'est retenu que le solde, un total des règlements, en net est dégagé. C'est la dernière ligne du tableau.

En vertu du principe de la partie double le total des crédits est égal au total des débits, il suffit dans ce cas de prendre en considération le total des règlements en net.

| Opérations | Euros | Euros | \$ | \$ |
|--------------------------|--------|--------|--------|--------|
| | Crédit | Débit | Crédit | Débit |
| Exportations... | + 2000 | | + 1200 | |
| Importations... | | - 3000 | | -1500 |
| Emprunts..... | + 1000 | | + 1800 | |
| Prêts..... | | - 200 | | - 900 |
| Total règlement (en net) | + 200 | | | - 600 |
| Total | + 3200 | - 3200 | + 3000 | - 3000 |

Il est intéressant de dire un mot sur la signification de ce dernier tableau et surtout sur la ligne règlement en net. Le pays a connu une sortie nette de 200 euros; mais il a reçu une entrée nette de 600 dollars. Si à la fin de cette année n, 1 euro = 400 UM¹ et 1 dollar = 300 UM, on en déduit que $200 \times 400 = 80000$ UM et $600 \times 300 = 120000$ UM en additionnant les deux montants on aura $+ 80000 - 120000 = - 40000$ UM. Si on considère que les flux de devises sortent de la Banque Centrale et rentrent à la Banque Centrale, la conversion de ces devises montre que le pays a pu augmenter (rentrée) ses réserves de l'équivalent de 40000 UM en monnaies étrangères. Ces réserves peuvent servir soit pour augmenter les créances de la nation soit diminuer ses dettes.

Dans le tableau nous avons considéré que chaque opération donne lieu à un règlement, la somme des débits est égale à la somme des crédits, il n'y a pas d'écart, or la réalité montre qu'il y a toujours une différence qui s'inscrit dans une rubrique "erreurs et omissions". Ce poste est le reflet des difficultés d'enregistrement des opérations économiques internationales. En effet, la balance des paiements est enregistrée en termes de transaction². Cette méthode qui enregistre l'opération lors de sa réalisation (passage en douane pour une exportation, moment du transfert d'une propriété ou lors de la réalisation d'une prestation de service). Dans ce cas l'opération est saisie en une fois et c'est là l'avantage de la méthode en transaction; les modalités de son règlement sont précisées avec les différentes étapes de leur déroulement: avance à la commande, paiement d'une partie du prix à la livraison, date d'échéance du crédit.

¹ UM = Unité monétaire, symbole de l'Ouguiya = monnaie mauritanienne. Sur cette monnaie se référer à « monnaie de compte et monnaie de règlement » l'histoire de l'Ouguiya, Ismail Ould Khalef, Revue mauritanienne de droit et d'économie, n° 19/2012.

² La France établissait une balance en termes de règlement. Mais depuis 1976 et sous l'impulsion du FMI elle établit sa balance en termes de transaction. Michel KARLIN et Claude DUFLOUX, Opt. cité, p. 22.

Cette non coïncidence des transactions et des règlements justifie l'existence du poste "erreurs et omissions", ajoutée au fait que les variations des cours de change au cours de la période considérée sont constantes et peuvent elles aussi être à l'origine d'écarts à enregistrer dans le même poste "erreurs et omissions".

II.3: Présentation des soldes de la balance des paiements :

A. La balance des transactions courantes est composée de deux balances:

1. La balance commerciale: importations et exportations de marchandises
2. la balance dite des invisibles qui regroupe les services, les revenus et les transferts courants

B. La balance des transactions courantes plus les opérations en capital (capitaux à long terme) = **balance de base** = capacité ou besoin de financement de la nation, c'est le solde du compte capital en comptabilité nationale. La balance de base a pour but d'indiquer les tendances à long terme de la balance des paiements, puisqu'elle représente un solde qui n'a pas été déformé par des facteurs non stables, réversibles ou spéculatifs;

Le compte financier de la balance des paiements, comme le compte financement de la nation montre comment le solde du compte capital a été utilisé.

Balance globale = solde de la balance de base + capitaux à court terme du secteur privé non bancaire + erreurs et omissions ;

Le solde cumulé des mouvements de capitaux à court terme du secteur bancaire et du secteur officiel est égal au solde de la balance globale mais de signe contraire, car il représente le financement monétaire de celle-ci.

En pratique la balance des paiements est composée de quatre soldes principaux:

- le compte des transactions courantes;
- le compte de capital;
- le compte financier, et
- un compte ajustement "erreurs et omissions" qui sert à équilibrer la balance des paiements car celle-ci est un document nécessairement approximatif, dont les chiffres proviennent de sources différentes.

L'addition des soldes de ces quatre comptes est donnée par l'équation suivante:

Solde du compte courant + Solde du compte capital + Solde du compte financier + erreurs et omissions = 0.

Si la balance des paiements était un document exact, on devra trouver erreur et omission = 0.

L'équation sera donc :

Solde du compte courant + Solde du compte capital + Solde du compte financier = 0.

Par ailleurs, en regroupant le compte capital et le compte financier en balance de capitaux on aboutira à l'équation :

Solde du compte courant + solde de la balance de capitaux = 0.

C'est-à-dire

Solde du compte courant = - solde de la balance de capitaux

Pour expliquer pourquoi la somme de ces deux soldes est égale à 0 et, par conséquent, pourquoi un solde est toujours égal au même montant que l'autre on peut prendre l'exemple chiffré d'un pays qui aurait les relations économiques très simplifiées suivantes:

Exportations de biens et services = 2, importation de biens et services = 2,3.

Solde de la balance courante $2 - 2,3 = - 0,3$

Grâce à ces exportations le pays a reçu 2 de monnaies étrangères et à cause des importations il a payé 2,3.

On aura donc $2,3 - 2 = 0,3$.

Si on fait la somme des deux soldes (transactions courantes + capitaux) on aura:

Solde du compte courant (- 0,3) + solde de la balance de capitaux (0,3) = 0

Les soldes sont identiques en valeur absolue mais de signes contraires, car les exportations de services et les sorties de devises sont enregistrés au crédit (signe +), alors que les importations et les rentrée de devises sont enregistrées au débit (signe -). C'est à cette condition comptable que la balance des paiements est toujours nulle et que par conséquent les deux soldes sont d'un montant identique mais de signe contraire.

Un excédent de la balance des paiements se traduit par une augmentation des avoirs de réserve. Cet excédent est enregistré au débit avec un signe négatif. Par contre, un déficit de la balance des paiements se traduit par une diminution des avoir de réserve, il est enregistré au crédit avec un signe positif.

II.4: Intérêt de la balance des paiements :

La balance des paiements est un indicateur d'un pays sur l'extérieur et donne un éclairage sur l'activité de ce pays. Elle est indispensable pour la conduite de la politique économique et monétaire ainsi que pour la détermination de certains agrégats de la comptabilité nationale.

La balance des paiements est aujourd'hui indispensable pour quantifier les échanges de biens et services ainsi que les opérations de répartition (revenus, transferts) d'un pays avec les différents pays étranger. Elle sert à comparer la présence d'un pays sur les marchés extérieurs en concurrence avec les autres pays à suivre l'évolution des investissements directs vers ou en provenance de l'étranger, à mesurer l'activité internationale des banques résidentes et évaluer l'importance des financements des entreprises et de l'Etat par les non résidents (placements des non-résidents) et les achats ou cessions de titres étrangers par les résidents.

III: La balance des paiements de la Mauritanie¹ :

L'analyse de la balance des paiements de la Mauritanie montre le degré de dépendance des exportations du pays de son minerai de fer qui représente presque 43% en 2012 des recettes en devises et 51% en 2013. La part des recettes de la pêche sont en perte de vitesse. Les importations sont dominées par les équipements des industries extractives qui représentent 51% des sorties de devises.

La balance commerciale est déficitaire durant les deux années mais elle connaît un léger recul 117,8 milliards en 2013 contre 145,1 UM milliards en 2012. Ce recul peut être attribué aux importations de biens qui ont diminué, 915 milliards en 2013 contre 928 milliards d'ouguiyas en 2012.

On observe par contre que le déficit des transactions courantes s'est légèrement creusé pour atteindre 379,2 milliards contre 363,7 milliards d'ouguiyas en 2012. Cette évolution est attribuable au recul significatif des transferts courants qui n'ont pas pu être compensé par l'amélioration de la balance nette des services et revenus.

¹ Rapport de la BCM, 2013.

S'agissant du compte de capital et d'opérations financières, l'excédent des flux nets positifs s'est établi à 472 milliards en 2013 contre 539,9 milliards en 2012, soit un repli de 12,6%.

Tableau : Balance des paiements de la Mauritanie :

| Balance des paiements | 2012 | 2013 |
|--|--------------------------------|--------------------|
| Chiffres en millions d'Ouguiya | | |
| Balance commerciale | (145 133,3)¹ | (117 839,0) |
| Exportations | 783 228,6 | 797 217,3 |
| Minerai de fer | 335 239,8 | 408 194,8 |
| Pétrole | 80 192,9 | 65 285,1 |
| Cuivre | 70 604 ,3 | 65 050,3 |
| Or | 132 188,2 | 141 728,4 |
| Pêche | 142 288,4 | 99 284,5 |
| Autres | 22 715,0 | 17 674 ,2 |
| Importations (FOB)² | (928 361,9) | (915 056,3) |
| Produits alimentaires | (113 197,8) | (113 376,7) |
| Produits pétroliers | (195 325,2) | (190 464,9) |
| Equipements importés pour les industries extractives | (481 637,5) | (474 881,8) |
| Autres importations | (251 399,3) | (249 709,7) |
| Services et Revenus (net) | (311 528,0) | (303 588,1) |
| Services (net) | (255 527,0) | (244 454,0) |
| Revenus (net) | (56 001,0) | (59 134,0) |

¹ Les chiffres entre parenthèse sont au débit donc précédés d'un signe moins (-)

² Les importations sont en FOB, ce qui veut dire que les exportations sont aussi en FOB. Les frais de transport et d'assurance à la charge de l'importateur national sont enregistrés au niveau des services.

| | | |
|--|--------------------|--------------------|
| Transferts courants (net) | 92 915,1 | 42 218,4 |
| Transferts privés (net) | 12 624,3 | 17 116,3 |
| Transferts officiels | 80 290,7 | 25 102,0 |
| Balance des transactions courantes | (363 746,3) | (379 208,7) |
| Compte de capital et d'opérations financières | 539 987,8 | 472 051,8 |
| Compte de capital | 11 943,9 | 1 445,6 |
| Compte d'opérations financières | 528 043,9 | 470 606,3 |
| Investissement direct (net) | 410 369,0 | 338 472,5 |
| Dont : industries pétrolières (net) | 6 680,2 | 123 255,3 |
| Prêts officiels à moyen et long terme | 150 230,2 | 64 716,6 |
| Décaissements | 179 972,8 | 94 796,9 |
| Etat | 77 242,5 | 53 143,4 |
| SNIM | 85 176,2 | 41 653,5 |
| Principal exigible | (29 742,6) | (30 080,3) |
| Autres transactions privés en capital | 32 555,3 | 67 417,2 |
| Erreurs et Omissions | (30 397,3) | (88 298,8) |
| Balance globale | 145 844,2 | 4 544,3 |
| Financement | (145 844,2) | (4 544,3) |
| Actifs extérieurs (nets) | (120 556,4) | (7 855,5) |
| BCM (net) | (141 704,1) | (8 459,9) |
| Avoirs | 137 013,6 | 10 811,3 |
| Engagements | 4 690,5 | 2 351,4 |

| | | |
|-----------------------------|------------|-----------|
| Banques commerciales (nets) | 25 272,6 | 1 781,0 |
| Comptes pétroliers | (4 124,9) | (1 176,7) |
| Financement exceptionnel | (25 287,8) | 3 311,2 |

Tableau :

| Evolution des soldes de la balance des paiements (Chiffres en milliards d'UM) | 2012 | 2013 |
|--|--------------|------------|
| Solde des transactions courantes | - 363,7 | -379,2 |
| Compte de capital et d'opérations financières | 539,9 | 472,0 |
| Erreurs et Omissions | -30,4 | -88,3 |
| Balance Globale | 145,8 | 4,5 |

La balance de base qui est égale à la balance des transactions courantes plus les capitaux à long terme, ne peut pas être établie, du fait de la non distinction dans le compte capital et opérations financières des capitaux à long terme et ceux à courte échéance.

La balance globale est excédentaire durant les deux années mais elle connaît une chute vertigineuse au cours de l'exercice 2013 (tableau précédent).

Le taux de couverture du commerce extérieure (exportations sur importations) est de :

84,3% en 2012 et 87,1% en 2013 ce qui suppose une amélioration de 3 points en une année.

Le partenariat euromaghrébin et la conditionnalité des droits de l'Homme



Dr Jamal Iddine Ait Tahar

Docteur en droit international

Les accords d'association entre l'Union Européenne et les pays du Maghreb formulent dans leurs préambules « [...] *L'importance que les parties attachent au respect des principes de la Charte des Nations Unies et, en particulier, au respect des droits de l'Homme et des libertés politiques et économiques qui constituent le fondement même de l'association*¹... ». Ces Accords soulignent, de la sorte, le soubassement juridique et éthique de ces relations multilatérales à savoir les principes de la Charte des Nations Unies dont le respect des principes démocratiques et les droits de l'Homme.

Nous allons voir dans cet article d'abord quelle est la différence entre Accord d'association et accord d'adhésion (I) et comment le partenariat euromaghrébin s'est chronologiquement constitué y compris l'association euro-marocaine avec son Statut Avancé octroyé par l'Union européenne en 2008 (II). Puis nous verrons comment se manifeste la clause « Droits de l'Homme » dans les dispositifs juridiques maghrébin et européen (III et IV). Par la suite nous appréhenderons les mesures sanctionnelles prévues par le droit européen en cas de violation de la clause « Droits de l'Homme » (V). Enfin nous procéderons par un essai synthétique sur l'inclusion généralisée de cette clause dans les accords européens de coopération internationale (VI).

¹ Accords d'association Union Européenne- Pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie), disponibles sur le lien : http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_duties/rules_origin/preferential/article_779_fr.htm.

I. Différence entre Accord d'association et accord d'adhésion.

Les accords d'association euromaghrébins ne sont pas des accords d'adhésion. Le terme « adhésion » étant défini comme: « *La possibilité offerte à un Etat non signataire d'un traité d'en devenir ultérieurement partie contractante*¹ ».

En fait, les pays maghrébins, et les pays tiers méditerranéens en général, ne peuvent adhérer à l'Europe unie du fait que l'article 49 du traité CE², instituant la Communauté Européenne, restreint cette adhésion aux pays européens qui respectent les principes de liberté, de démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit. Ledit article dispose textuellement ce qui suit : « *Tout État européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, peut demander à devenir membre de l'Union. Il adresse sa demande au Conseil, lequel se prononce à l'unanimité après avoir consulté la Commission et après avis conforme du Parlement européen qui se prononce à la majorité absolue des membres qui le composent.*

Les conditions de l'admission et les adaptations que cette admission entraîne en ce qui concerne les traités sur lesquels est fondée l'Union, font l'objet d'un accord entre les États

¹ Lagelée, G., Manceron G., « *La conquête mondiale des droits de l'Homme* », le Cherche midi éditeur/ éditions UNESCO, 1998, p. 519.

² Le cheminement juridique de la Construction européenne prend son origine en 1957, quand fut signé le Traité créant la Communauté Economique Européenne « CEE » et la Communauté Européenne de l'Energie Atomique « CEEA » ou « Euratom ». En 1965 fut adopté le Traité de fusion des exécutifs des trois communautés à savoir la CEE et la CEEA en plus de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier «CECA » fondée en 1951. Désormais pour ces trois entités il n'y a plus qu'un seul Conseil et une seule Commission.

- L'Acte Unique européen (AUE), signé le 28 février 1986, qui a créé le Marché Intérieur européen. L'AUE régissait aussi bien la coopération européenne en matière de politique étrangère que l'activité des Communautés européennes.

- Le Traité de Maastricht, signé à Maastricht le 7 février 1992, qui a créé l'Union européenne. Ledit traité définit les trois piliers de l'Union à savoir le pilier communautaire supranational; le pilier de la politique européenne de sécurité commune « PESC », et le pilier de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures « JAI ».

- Le Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 qui a modifié le traité CE (Traité instituant la Communauté économique européenne ou Traité de Rome) et le Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne). Son objectif fut de créer un « espace de liberté, de sécurité et de justice ».

- Le Traité de Nice signé le 26 février 2001 dont les points saillants peuvent être résumés comme suit :

Le Traité prévoit la désignation du président de la Commission à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité. Au conseil européen de Nice de décembre 2000 fut proclamée aussi la Charte des droits fondamentaux. Sa valeur juridique était alors incertaine car il a été décidé de ne pas en faire un traité, mais de la proclamer seulement. Cette Charte alla être intégrée dans le traité de Lisbonne de 2007.

- L'avant dernier jalon de cet édifice européen est le Traité de Lisbonne de 2007, entré en application le 1^{er} décembre 2009. Ce traité simplifié a été conçu pour surpasser la mauvaise fortune du projet de Constitution européenne de 2005 rejetée par les deux référendums français et néerlandais.

- Le dernier traité à ce jour, est le Traité de la Stabilité, la Coopération et la Gouvernance « TSCG » au sein de l'Union économique et monétaire signé en mars 2012 suite à la crise financière au sein de la zone Euro (Grèce, Irlande et Portugal précisément).

- Aujourd'hui, en 2015, l'Union Européenne compte 28 membres, depuis son dernier élargissement, en juillet 2013, à la Croatie.

membres et l'État demandeur. Ledit accord est soumis à la ratification par tous les États contractants, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives »¹.

Les critères d'adhésion sont donc « l'eupéanité » géographique du pays candidat et le respect des principes énoncés dans l'article 6 dudit traité à savoir : Les principes de la liberté, de la démocratie, des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit.

En revanche, la notion d'« association » a trait à un mode de coopération internationale. Ainsi, au niveau du droit européen, l'article 310 CE définit la notion d'association comme une forme juridique de relation entre la Communauté européenne et des pays ou organisations internationales tiers en stipulant que « *La Communauté peut conclure avec un ou plusieurs États ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières.* »

S'agissant du volet juridique de cette conditionnalité européenne en matière de droits de l'Homme, il y a lieu de citer les deux résolutions du Conseil européen respectivement de 1991 sur les droits de l'Homme, la démocratie et le développement et celle de 1995 qui considère les droits de l'Homme un élément majeur des accords avec les pays tiers. Ces deux Résolutions ont fixé les orientations de la Communauté Européenne en matière de droits de l'Homme.

Six ans plus tard, en date du 25 juin 2001, le Conseil européen a adopté des conclusions prévoyant que les droits de l'Homme et la démocratisation devraient être intégrés systématiquement et à différents niveaux dans tous les dialogues politiques et relations bilatérales de l'UE avec les pays tiers².

De sa part, le Parlement Européen « PE », en tant qu'Institution disposant du pouvoir législatif, budgétaire et de contrôle au niveau européen, s'intéresse à la défense des droits de l'Homme et de la démocratie. Ses débats annuels sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la Politique Européenne de Sécurité Commune "PESC", son adoption annuelle d'un rapport sur le respect des droits de l'Homme dans le monde, la procédure d'"avis conforme" aux Accords d'association, les délégations et commissions parlementaires mixtes,...etc. sont les compétences du « PE » en la matière.

¹ L'article 6 CE, auquel renvoie l'article 49 CE, dispose que « *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres* ».

² Voir le document officiel : C/01/250, Bruxelles, le 25 juin 2001 ,2362^{ème} session du Conseil – Affaires générales – Bruxelles, les points 12-22. Disponible sur le lien : http://europa.eu/rapid/press-release_PRE-01-250_fr.htm?locale=en

Aussi le PE prend souvent des résolutions en rapport avec la situation des droits humains à travers le monde. Ces résolutions ne sont pas contraignantes mais ayant une emprise morale et d'incitation pour l'exécutif européen. L'exemple de l'Égypte dernièrement avec la Résolution n° 2014/2532 RSP du 6 février 2014 sur la situation des droits de l'Homme dans ce pays le démontre clairement¹.

D'ailleurs, le Parlement Européen avait élaboré en 2006 la Résolution n° 2005/2057(INI), visant à reformer la clause des Droits de l'Homme et la démocratie dans les accords de coopération de l'Union Européenne.

Dans les trois premiers points de cette Résolution du Parlement européen on peut lire : (le PE) « [...], 1. se félicite de la pratique générale suivie depuis 1992 par la Communauté européenne qui consiste à introduire des clauses relatives aux Droits de l'homme et à la démocratie - les clauses dites sur les "éléments essentiels" et de "non-exécution" - dans ses accords internationaux;

2. demande plus de transparence lors de l'application de la clause relative aux Droits de l'homme et à la démocratie, élément clé de la politique extérieure de l'Union européenne, et que le Parlement européen soit davantage impliqué; rappelle que les sanctions ne peuvent être infligées en fonction des pays où des violations des Droits de l'homme ont été commises, mais en fonction de la violation proprement dite;

3. estime qu'il est de la responsabilité de l'Union, lorsqu'elle signe un accord international avec un pays tiers comprenant une clause relative aux Droits de l'homme et à la démocratie, de veiller à ce que le pays tiers en question respecte les normes internationales en matière de Droits de l'homme lors de la signature de cet accord; [...]. ».

Mais pour comprendre ces dispositions juridiques et leurs impacts sur la politique de l'Union européenne en général, voyons comment est organisé le cadre institutionnel de cette Union.

¹Dans cette résolution, le Parlement européen « [...] 1. Témoigne une nouvelle fois sa grande solidarité envers le peuple égyptien et continue de soutenir ses aspirations et efforts légitimes en matière de démocratie en vue d'une transition démocratique et pacifique vers des réformes politiques, économiques et sociales;...

10. Fait part de ses préoccupations au sujet de la loi n° 107 du 24 novembre 2013 sur l'organisation du droit aux rassemblements, défilés et manifestations publics pacifiques, et enjoint aux autorités égyptiennes de transition de réformer ou d'abroger cette loi afin de garantir le droit à la liberté d'association et de réunion pacifique en vertu du pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans le respect des normes et obligations internationales; [...]. »

Le texte de la résolution est disponible sur le lien :

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P7-TA-2014-0100>

L'Union européenne, en tant qu'Organisation d'intégration régionale, est formée d'une pluralité d'acteurs, d'abord le triangle institutionnel, composé de la Commission européenne dénommée également « *La Gardienne des Traités et garante de l'intérêt général européen* » ; le Parlement européen élu au suffrage direct ; le Conseil européen (Conseil des Chefs d'Etats ou de gouvernements) ou Sommet européen. Ce trio auquel on doit adjoindre la Cour de Justice des Communautés Européennes.

Cette disposition institutionnelle fait dire aux juristes (internationalistes et constitutionnalistes) que l'Union européenne se présente comme un « *Fédéralisme intergouvernemental* »¹ alors que l'ancien Chef de la Commission européenne Jacques Delors la qualifie de « *Fédération d'Etats-Nations* » ou ce qu'il nomme « *Objet Politique Non Identifié (OPNI)* »².

En fait, il s'agit d'une position hybride entre le fédéralisme et le confédéralisme. Hybride, compte tenu de l'existence d'une Commission faible qu'un gouvernement d'un Etat malgré sa détention d'attributions législative, exécutive et juridictionnelles. Aussi à cause de l'existence d'un Conseil européen disposant d'une frange importante du pouvoir législatif sans pour autant être élu directement par le peuple, du fait que ses membres sont les ministres des gouvernements nationaux. Aussi disposant de pouvoirs politique et symbolique significatifs mais, hélas, ne pouvant prendre aucune décision sans le passage obligé par la Commission pour les formaliser dans des propositions de lois européens (Règlement, Directive...)³. Et enfin à cause de la présence d'un Parlement européen élu au suffrage universel direct en tant que second législateur (à coté de la Commission européenne) mais avec un pouvoir moins important qu'un parlement national.

S'agissant des accords d'association euromaghrébins, ils datent des années 1960.

II. Chronologie historique du partenariat euromaghrébin.

Les relations institutionnelles euro-Maghreb sont passées par plusieurs étapes historiques. D'abord, les accords bilatéraux CEE-Maghreb, signés en juillet 1969 pour une période de cinq ans, avaient lié le Maroc, l'Algérie et la Tunisie à la CEE constituée alors de six membres. Ces accords, dits de 1^{ère} génération, étaient essentiellement commerciaux dans lesquels les produits manufacturés étaient exempts de taxes mais soumis à des quotas révisés en

¹ Croisat, M., Quermonne J-L., « *L'Europe et le fédéralisme, contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental* », Clefs, Montchrestien, 2^e éd., 1999, p. 79.

² Parole prononcée par Jacques Delors le 9 septembre 1985.

³ Kahn. S., « *Géopolitique de l'Union européenne* », éd. Armand Colin, Paris, 2007, p. 101.

fonction de la situation économique européenne. Afin d'exploiter cet avantage, le Maroc et la Tunisie ont massivement investi dans l'industrie du cuir et du textile, alors que pour l'agriculture, la CEE a imposé des restrictions quantitatives pour prévenir l'entrée dans son marché de produits maghrébins (marocains et tunisiens en particulier) et ce dans les limites tracées par la Politique Agricole Commune européenne (PAC).

Puis en 1976 de nouveaux accords bilatéraux, dits de 2^{ème} génération, ont été conclus avec les trois pays du Maghreb, dans le cadre de la Politique Méditerranéenne Globale « PMG ». Cette dernière politique allait au-delà du strict cadre de la coopération commerciale et fournissait une aide économique et commerciale sous forme de protocoles financiers pluriannuels. En 1981 et 1986, les accords de coopération et les protocoles financiers ont été renouvelés pour une période de cinq ans avec une nette augmentation des subventions de la Commission et des prêts de la Banque Européenne d'Investissement « BEI ». En 1991, la PMG a été remplacée par la Politique Méditerranéenne Rénovée et de nouveaux protocoles financiers ont été négociés pour la période 1992-96.

Enfin, et au milieu des années 1990, la 3^{ème} génération d'accords de coopération Maghreb-UE s'est cristallisée par la signature de trois accords d'association avec les trois pays du Maghreb: la Tunisie en 1995 (entré en vigueur en 1998), le Maroc en 1995 (entré en vigueur en 2000) et enfin l'Algérie en 2002 (entré en vigueur en 2005).

Les textes de ces accords appellent à un respect des droits de l'Homme, de la liberté économique ainsi que les principes démocratiques, en accord avec la Charte des Nations Unis; au besoin de coopération à travers un dialogue politique, économique et social approfondi dans l'intérêt de tous les partis concernés; à la mise en place de réformes politiques, économiques et sociales pour la stabilité et le développement de la région.

En contrepartie, ils promeuvent l'établissement progressif d'une zone de libre-échange entre les deux parties pour une période maximale de 12 ans qui débute au moment de l'entrée en vigueur des accords.

Dans ces accords, la libre circulation de capitaux a été instaurée pour les investissements directs européens ainsi que la possibilité de rapatrier les revenus des capitaux et des bénéficiaires y afférents. Alors que la liberté des personnes n'est que timidement introduite, principalement pour la sécurité sociale des immigrants légaux maghrébins.

La liberté de circulation pour le facteur « Capital » est instaurée dans ces accords d'association alors que celle du facteur « Travail » est quasi absente.

Avant la fin de la décennie 2010, seul un pays maghrébin: le Maroc a pu progresser dans ses relations de coopération avec l'Union européenne et ce en bénéficiant du «*Statut Avancé d'association*» en octobre 2008.

On entend par «*Statut Avancé*», la possibilité offerte à un pays de bénéficier de toutes les attributions d'un pays membre, sauf la participation aux institutions politiques de l'Union européenne. Conformément à la citation de Romano Prodi, «*Tout sauf les institutions*» ou «*Tout partager avec l'Union, excepté ses institutions*»¹.

Concernant le Maroc, sa quête d'un «*Statut Avancé*» ne date pas d'aujourd'hui. Elle représente une étape dans une œuvre ancienne de 30 ans visant l'intégration complète du Royaume à l'espace communautaire européen.

En effet, Feu Sa majesté Hassan II avait déclaré, dans une interview au journal le Monde du 10 novembre 1984, qu'il avait déposé cette année², une demande d'adhésion du Maroc à la CEE. L'argumentaire du regretté Souverain était axé sur trois points : économique, géographique et politique.

« Au plan économique : Les accords de 1969 et de 1976 ont montré leurs limites pour hisser les relations bilatérales Maroc-CEE au niveau escompté.

Au plan géographique : La liaison fixe Maroc-Espagne intégrerait physiquement le Maroc dans l'Europe.

*Au plan politique : Le Maroc a opté pour un régime qui le rapproche, pour ne pas dire qui l'insère dans l'ensemble de l'Europe libre, ayant choisi un système de gouvernement démocratique parlementaire, pluraliste et libéral»*³.

La réponse de François Mitterrand, président français alors et président du Conseil européen confirma ce rapprochement du Maroc avec la CEE en notant qu'«*Il est enfin exacte que le Maroc a opté pour un régime constitutionnel et politique qui le rapproche de l'Europe*» et d'ajouter dans une sorte de mise en attente «*j'ai exposé le contenu de votre lettre aux chefs d'Etats et de gouvernement membres de la CEE lors du conseil de Fontainebleau, j'ai présenté l'argumentation de votre majesté et appuyé vos thèses. Les membres du conseil ont pris acte de vos intentions*»⁴.

¹ Romano Prodi «*Paix, sécurité et stabilité Dialogue international et rôle de l'UE*», Sixième conférence mondiale du réseau ECSA. Projet Jean Monnet. Bruxelles, les 5 et 6 décembre 2002. Disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-619_fr.htm

² À l'occasion du Sommet européen de Fontainebleau les 25-26 juin 1984.

³ Interview accordée par Feu S.M. le Roi Hassan II au journal «*Le Monde*» du 10 novembre 1984.

⁴ Kadiri, A. «*La demande d'adhésion du Maroc à la communauté européenne : mythe ou réalité*», in Enquêtes et documents, «*le Maroc et l'Europe*» publié par le Centre de Recherche sur l'Histoire du Monde Atlantique «*CRHMA*», Université de Nantes, ouest éditions, 1995. p.37

Dans un discours au premier sommet Maroc-UE, tenu le 07 mars 2010, le Roi Mohammed VI, avait estimé que le Statut Avancé, octroyé en octobre 2008 par l'Europe unie, devait être conforté par un partenariat privilégié qui échoit à la relation Europe-Maroc : « *Le Statut Avancé, dont Nous avons tracé les contours en mars 2000, est appelé désormais à se doter de la portée juridique, institutionnelle et contractuelle qui lui échoit désormais, à savoir un Partenariat Privilégié. Le Maroc, qui a toujours consacré une place prépondérante et privilégiée à sa relation avec l'Union européenne, est engagé à conforter et à poursuivre la dynamique vertueuse, confiante et mutuellement bénéfique qui a, de tout temps, singularisé la relation avec l'Europe. Il considère que la nouvelle étape statutaire de sa relation avec l'Union européenne pourrait prendre la forme d'un partenariat privilégié qui saura capitaliser les acquis et les réalisations constatés au cours de la période récente et qui saura répondre, de manière opportune et ambitieuse, à la nouvelle donne économique, humaine et stratégique respective du Maroc et de l'Union européenne*¹ ».

Après ce passage en revue des différentes étapes institutionnelles en matière de coopération euromaghrébine, voyons comment se traduisent les engagements en matière de droits de l'Homme dans le droit interne des pays maghrébins tout comme dans le droit européen?

III. La clause « Droits de l'Homme »

dans les dispositifs juridiques des pays maghrébins.

La nouvelle Constitution marocaine de 2011 dispose dans son préambule que « *Mesurant l'impératif de renforcer le rôle qui lui revient sur la scène mondiale, le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives, il réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus, ainsi que sa volonté de continuer à œuvrer pour préserver la paix et la sécurité dans le monde* ».

Son article premier précise également la nature constitutionnelle de l'Etat marocain en tant que monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale: « *Le Maroc est une Monarchie constitutionnelle, démocratique, parlementaire et sociale* ».

Ladite Constitution réserve aussi son titre II aux droits fondamentaux de l'homme, soit 21 articles (depuis l'article 19 jusqu'à l'article 40) dédiés aux droits civils et politiques, droits économiques, sociaux, culturels ainsi qu'aux droits de troisième génération tels que le droit à

¹ Discours de S.M. le Roi Mohammed VI du 07 mars 2010 au premier Sommet Maroc-UE.

l'environnement sain. Ces articles concernent les thèmes de l'égalité entre l'homme et la femme (art. 19), le droit à la vie (art. 20), le droit à la sécurité des personnes (art. 21), l'intégrité physique ou morale (art. 22), l'interdiction de la détention arbitraire ou secrète et le droit à un procès équitable (art. 23), le droit à la protection de la vie privée et à la liberté de circulation (art. 24), les libertés de pensée, d'opinion et d'expression (art. 25), le droit d'accéder à l'information détenue par l'Administration publique (art. 27), la liberté de la presse (art. 28), les libertés de réunion, de rassemblement, de manifestation pacifique, d'association et d'appartenance syndicale et politique (art. 29), en plus des droits économiques, sociaux et culturels et d'environnement (art. 31) tels que les droits aux soins de santé, à la protection sociale ou à la couverture médicale, à une éducation moderne, accessible et de qualité, à l'éducation sur l'attachement à l'identité marocaine et aux constantes nationales immuables, à la formation professionnelle et à l'éducation physique et artistique, à un logement décent, au travail et à l'appui des pouvoirs publics en matière de recherche d'emploi ou d'auto-emploi, à l'accès aux fonctions publiques selon le mérite, à l'accès à l'eau et à un environnement sain et au développement durable. Aussi les droits à la propriété privé, la liberté d'entreprendre et la libre concurrence sont garantis (art.35).

La bonne gouvernance s'accapare, elle aussi, le titre XII de cette constitution, soit 17 articles (depuis l'article 154 jusqu'à l'article 170). Ainsi les articles 165, 166 et 167 énumèrent les instances de bonne gouvernance et de régulation.

En Tunisie, la Constitution tunisienne de 2014 affirme, dans son préambule, l'attachement de ce pays au respect des libertés et des droits de l'Homme: « *Œuvrant pour un régime républicain démocratique et participatif dans le cadre d'un État civil et gouverné par le droit, et dans lequel la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce sur la base de l'alternance pacifique à travers des élections libres, et du principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs ; dans lequel le droit de s'organiser, fondé sur le principe du pluralisme, la neutralité administrative, la bonne gouvernance et des élections libres constituent l'assise de la concurrence politique ; dans lequel l'État garantit la suprématie de la loi, le respect des libertés et des droits de l'Homme, l'indépendance de la justice, l'équité et l'égalité en droits et devoirs entre tous les citoyens et toutes les citoyennes, et entre toutes les catégories sociales et les régions ;.. ».*

L'Algérie, malgré le retard institutionnel en matière de démocratie, a désigné, en 2014, une Commission chargée du projet de révision constitutionnelle.

Les Etats du Maghreb réservent également des portefeuilles ministériels à la question de gouvernance. C'est le cas du gouvernement marocain investit en janvier 2012 qui comprend un ministère dédié aux affaires générales et à la gouvernance et celui tunisien de 2012 ayant créé en son sein un ministère chargé de la gouvernance et de lutte contre la corruption.

IV. La clause « Droits de l'Homme » dans le dispositif juridique européen.

Le préambule du Traité de Maastricht instituant l'Union européenne en 1993, évoque l'attachement des Etats européens membres de l'Union aux principes de liberté de démocratie, des libertés fondamentales et de l'Etat de droit. Un de ses considérants affirme à cet effet que les Etats membres: « *...Confirment leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit, [...]* »

Un peu plus loin dans le corps dudit Traité, l'article F précise dans la même ligne de pensée que les Etats membres de l'UE adoptent un système de gouvernement basé sur les principes démocratiques : « *1. L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques...* ».

Le Traité d'Amsterdam sur l'Union européenne englobe un article 6 qui énonce clairement les fondements de l'Union, à savoir les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et de l'Etat de droit¹.

L'article J.1 dudit traité rappelle quant à lui que les objectifs de la Politique Étrangère et de Sécurité Commune "PESC" sont, entre autres, la démocratie et l'Etat de droit².

De son côté, le Traité CE dans son article 177, énumère les objectifs de la coopération au développement de la Communauté européenne en parlant particulièrement de la consolidation de la démocratie et de l'État de droit³.

¹ « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres [...] »

² « 1. L'Union définit et met en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune couvrant tous les domaines de la politique étrangère et de sécurité, dont les objectifs sont:

...- le développement et le renforcement de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

³ « [...] 2. La politique de la Communauté dans ce domaine contribue à l'objectif général de développement et de consolidation de la démocratie et de l'État de droit, ainsi qu'à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. La Communauté et les États membres respectent les engagements et tiennent compte des objectifs qu'ils ont agréés dans le cadre des Nations Unies et des autres organisations internationales compétentes. »

Aussi le traité de Lisbonne, a introduit l'article 1 bis qui rappelle les valeurs sur lesquelles est fondée l'Union européenne dont la démocratie et l'Etat de droit. Cet article dispose ce qui suit : « *L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.* »

Au niveau de la loi dérivé européenne, le règlement MEDA, qui constitue l'instrument financier principal du partenariat euro méditerranéen formule les fondements de son action en faveur des pays tiers méditerranéens dont le respect des principes démocratiques et de l'Etat de droit : « *Le présent règlement se fonde sur le respect des principes démocratiques et de l'Etat de droit, ainsi que des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui en constituent un élément essentiel dont la violation justifie l'adoption de mesures appropriées* »¹.

Aussi, l'Instrument Européen de Voisinage et de Partenariat "IEPV" de la Politique Européenne de Voisinage « PEV », institué par le règlement (CE) No 1638 du 24 octobre 2006, énonce le principe de conditionnalité du respect des principes démocratiques dans cette politique de voisinage de l'Union européenne. L'article premier de cet instrument en stipule les principes et les objectifs: « [...] 3. *L'Union européenne se fonde sur les valeurs que sont la liberté, la démocratie, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'État de droit, et cherche à promouvoir ces valeurs auprès des pays voisins au travers du dialogue et de la coopération* ».

¹ Article 3 du règlement MEDA.

Aussi ce même programme MEDA pour la démocratie, institué par le règlement (CE) N° 975/1999 du 29 avril 1999, accorde des subventions notamment à des associations sans but lucratif, pour mener à bien des opérations qui visent, entre autres, à faire avancer la démocratie, l'Etat de droit, la liberté d'expression, de réunion et d'association, et la protection des groupes vulnérables (femmes, jeunes).

V. Mesures sanctionnelles en droit européen pour la violation de la clause « Droits de l'Homme ».

L'inclusion de la clause « *Droits de l'Homme* » dans les Accords de coopération Euromaghrébins à l'instar des autres Accords euro- méditerranéens porte à dire que l'UE conserve le droit de suspendre l'accord ou d'y mettre fin pour des motifs liés à des violations des droits de l'Homme par l'autre partie contractante et ce en la considérant comme « *Disposition essentielle* » de l'Accord¹.

En revanche la clause permet aussi aux pays du Maghreb, réciprocity formelle oblige, de soulever leurs préoccupations en la matière, précisément en ce qui concerne leurs ressortissants résidents légalement en Europe. Les obligations des pays d'accueil membres de l'UE, en vertu de cette clause, vont de la garantie de la non discrimination des ressortissants des pays maghrébins expatriés dans la vie économique, sociale et culturelle, aux questions d'intégration et de racisme et de xénophobie... etc.

A titre d'exemple, le dispositif de conditionnalité à la clause « *Droits de l'Homme* » dans l'accord d'association euro-marocain ne se réduit pas uniquement à l'article 2 de l'Accord mais englobe aussi les dispositions du titre I relatif au dialogue politique et spécialement l'article 5 qui organise ce dialogue² en fixant ses échéances et ses modalités et en arrêtant ses niveaux à savoir le niveau ministériel du Conseil d'Association et le niveau d'experts du Comité d'association. Ce dispositif est conclu par l'article 90 & 2 qui assorti la conditionnalité de conséquences et c'est là où réapparaît le volet des sanctions comme on le perçoit à travers cette disposition « *...Si une partie considère que l'autre partie n'a pas rempli l'une des obligations que lui impose le présent accord, elle peut prendre des mesures appropriées. Auparavant, elle doit, sauf cas d'urgence spéciale, fournir au Conseil d'association toutes les informations pertinentes nécessaires à un examen approfondi de la situation en vue de rechercher une solution acceptable par les parties [...]* »³.

¹ L'article 60 paragraphes 3 du Traité de Vienne de 1969 sur le droit des traités est clair quant à une violation substantielle d'un traité. Ainsi il dispose qu'« [...] 3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :

a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou

b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité [...] ».

² Ledit article 5 énonce « *Le dialogue politique sera établi, à échéances régulières et chaque fois que nécessaire,...* ».

³ Cet article fait aussi référence à l'article 65 § 2 et 3 de ladite Convention de Vienne, du respect d'un délai de 3 mois au moins « *sauf en cas d'urgence particulière* » entre la notification et la suspension proprement dite, ainsi que d'un délai supplémentaire en cas de recherche d'une solution amiable conformément à l'article 33 de la Charte des Nations Unies relatif au règlement pacifique des différends.

Pour la partie européenne, la Commission, dans une communication¹ datant de 1995, a arrêté les mesures envisageables en cas de violations graves des droits de l'Homme ou en cas d'interruption du processus démocratique. Ces sanctions vont crescendo comme suit:

- *La modification du contenu des programmes de coopération ou des canaux utilisés ;*
- *La réduction des programmes de coopération culturelle, scientifique et technique ;*
- *Le report de la tenue d'une commission mixte ;*
- *La suspension des contacts bilatéraux à haut niveau ;*
- *L'ajournement de nouveaux projets ;*
- *Le refus de donner suite à des initiatives du partenaire ;*
- *L'embargo commercial ;*
- *La suspension des ventes d'armes et/ou l'interruption de la coopération militaire ; et*
- *La suspension de la coopération.*

Mais l'exemple concret de ces sanctions est représenté par l'accord de Cotonou où l'UE a même procédé à la suspension temporaire de la coopération économique et commerciale avec certains États « ACP » d'Afrique souffrant de conflits internes armés et ce en raison de violations graves des droits de l'Homme dans leurs territoires. L'UE, doit en revanche, respecter le droit international humanitaire dans ses sanctions en privant le moins possible les populations civiles de ses pays².

Ceci nous emmène à parler de la généralisation de cette clause de respect des droits de l'Homme dans tous les accords de partenariat de l'UE avec les pays tiers.

VI. L'inclusion généralisée de la clause "Droit de l'Homme" dans la coopération internationale de l'UE :

Dès les années 1990 et exactement depuis 1989 avec la Convention de Lomé IV et son article 5, l'inclusion de la clause de respect des droits de l'Homme dans les accords de coopération entre l'UE et les pays tiers est devenue une pratique généralisée³.

¹ Il s'agit de la Communication « Com (95) 216 final » du 23-05-1995 intitulée « *La prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'Homme dans les accords entre la communauté et les pays tiers* ».

² A l'adresse des pays africains « ACP » victimes de guerres civiles comme a été le cas pour le Liberia ou le Sierra Leone, l'article 60 (paragraphe 5) de la Convention de Vienne, suscitée, précise que les cas humanitaires doivent être respectés dans ces sanctions: « ...5. Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. »

³ L'article cinq de l'Accord de Lomé IV explicite que: « [...] Le respect des Droits de l'Homme, des principes démocratiques et de l'Etat de droit, sur lequel se fondent les relations entre les Etats "ACP" et la Communauté ainsi que toutes les dispositions de la présente Convention, et qui inspire les politiques internes et internationales des parties contractantes, constitue un élément essentiel de la présente Convention ».

Historiquement, le premier accord bilatéral qui a fait référence à la clause « *Droits de l'Homme* » est l'Accord-cadre de coopération commerciale et économique entre la Communauté Economique Européenne et la République Argentine, effectif depuis 1991. On y peut lire: « *Fondement démocratique de la coopération* :

1. *Les relations de coopération entre la Communauté et l'Argentine, de même que toutes les dispositions du présent accord, se fondent sur le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme qui inspirent les politiques internes et internationales de la Communauté et de l'Argentine.*

2. *Le renforcement de la démocratie et l'intégration régionale constituent les principes fondamentaux du présent accord et une préoccupation partagée par les deux parties. Le moyen permettant de garantir la réalisation de cet accord est l'encouragement du développement économique et social par le biais de la coopération dans les domaines commercial, économique, agricole, industriel et technologique.»¹*

Mais c'est à compter de 1992 que l'UE a procédé à considérer la clause relative aux principes démocratiques et aux droits de l'Homme comme un « *élément essentiel* » de ses accords avec les pays tiers. La cristallisation de cela apparaît clairement aussi dans le texte de l'Accord multilatéral de Lomé IV entre la CEE et les pays ACP². Son préambule se réfère à la fois à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de même qu'aux Pactes internationaux des droits civils et politiques et droits économiques et socioculturels de 1966.

Cette inclusion généralisée de la clause « *Droit de l'Homme* » dans la coopération internationale de l'UE peut être détaillée par le listing suivant :

¹ Décision n° 90/530/CEE du Conseil européen (Argentine) du 01.08.1991.

On remarque dans cet accord UE/ Argentine, l'absence de la clause relative à la sanction de l'inobservation de la clause des droits de l'homme.

² Le groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP), a été créé par l'Accord de Georgetown (Guyana), le 6 juin 1975. 46 pays ACP l'ont signé alors dans le cadre de la coopération avec la Communauté économique européenne (CEE). Aujourd'hui ils sont au nombre de 78.

Les accords UE-Pays tiers et la clause respect des «Droits de l’Homme» :

| Accord d’association UE/pays tiers | Date d’effectivité de l’Accord | Clause « Droits de l’Homme ». | Clause relative à la non-exécution. |
|------------------------------------|--------------------------------|-------------------------------|-------------------------------------|
| ACP « Cotonou » | 1 ^{er} avril 2003 | Article 9 | Article 96 et 97 |
| ACP « Lomé IV» | 4 novembre 1995 | Article 5 | Articles 366 bis |
| Algérie | 1 ^{er} octobre 2005 | Article 2 | Article 104 |
| Argentine | 1 ^{er} août 1991 | Article 1 | --- |
| Egypte | 1 ^{er} Juin 2004 | Article 2 | Article 86 |
| Jordanie | 1 ^{er} mai 2002 | Article 2 | Article 101 |
| Maroc | 1 mars 2000 | Article 2 | Article 90 |
| Palestine | 1 ^{er} juillet 1997 | Article 2 | Article 68 |
| Tunisie | 1 ^{er} Mars 1998 | Article 2 | Article 90 |

Source : Accords UE-Pays tiers.

Cette généralisation dénote de l’avènement d’une nouvelle logique qui préside désormais dans la conclusion des accords de l’UE. L’objectif étant d’influencer par le commerce pour renforcer la bonne gouvernance et de promouvoir les valeurs et préoccupations communautaires telles la démocratie, l’Etat de droit, le développement durable, le multilatéralisme dans les pays partenaires.

Cette influence de l’Union européenne, s’appuie sur deux registres: le pouvoir de contraindre via les conditions posées à l’accès des tiers à son marché et le pouvoir de convaincre via l’efficacité de son modèle de développement basé sur le commerce¹ et sur la norme juridique négociée².

¹ En effet, l’Union Européenne est aujourd’hui le numéro un du commerce mondial réalisant 18,1% des exportations dont 40% des exportations mondiales de produits manufacturés et 48% des exportations mondiales de services. Ainsi elle se place comme le 1^{er} exportateur mondial de marchandises et 2^{ème} exportateur mondial de services. Cf. <https://sites.google.com/site/Inlemonde/l-ue-puissance-economique>.

² La gouvernance européenne prône la norme négociée entre les acteurs du triangle institutionnel (Commission, Conseil, Parlement). En général les européens préfèrent la règle juridique au lieu de la force ou ce qu’on appelle la force par la loi au lieu de la loi par la force.

Ce pouvoir de convaincre est l'essence du modèle « soft power » de l'UE. Ce dernier concept reflète l'utilisation des outils de persuasion et non de coercition dans la conduite des relations internationales et ce aux moyens de diplomatie populaire et la mise à profit des dimensions culturelles, éducatives et créatives, et l'emploi d'aides économiques et de bourses d'étude dans l'administration des relations étrangères¹.

Romano Prodi, ancien chef de la Commission européenne, déclarait en ce sens en 2000 devant le Parlement européen « *Ce n'est pas prétendre à l'impérialisme que de vouloir étendre ces principes et partager notre modèle de société avec les peuples de l'Est et du Sud en quête de paix, de justice et de liberté ; en fait l'Europe doit aller plus loin. Elle doit se vouloir puissance civile globale au service du développement soutenable dans le monde* ».

Par ailleurs, le prix de Nobel de la Paix en 2012, discerné à l'UE, représente une consécration de ce *soft power* européen. En effet dans le communiqué d'attribution du prix, le Comité Nobel affirme solennellement ce qui suit « [...] *L'UE connaît actuellement de graves difficultés économiques et des troubles sociaux considérables. Le comité Nobel norvégien souhaite mettre l'accent sur ce qu'il considère comme le plus grand résultat obtenu par l'UE : le combat victorieux pour la paix, la réconciliation et pour la démocratie et les droits de l'homme. Le rôle stabilisateur joué par l'UE a contribué à faire passer la majeure partie de l'Europe d'un continent en guerre à un continent en paix [...]* ».

Conclusion :

Dans un document officiel de 2012, la Commission européenne soulignait que « [...] *les sociétés du Maghreb ont clairement signalé leurs aspirations pour une vie meilleure fondée sur un développement économique inclusif et la démocratie fondée sur des élections libres, la liberté d'association, des médias libres, une justice indépendante, la lutte contre la corruption et l'Etat de droit. Ces valeurs sont au cœur de la construction européenne et les pays allant plus loin et plus vite dans leurs réformes pourront compter sur un soutien plus important de la part de l'UE² [...]* ».

En 2008, le Statut Avancé est octroyé au Maroc grâce à sa persévérance dans le processus démocratique. D'ailleurs le timing n'est pas fortuit, venant juste après des élections

¹ Raouf Izzat, H., « *La puissance douce dilapidée, la crise du régime fort et de l'Etat faible en Egypte* », article du 13 octobre 2011 (en arabe), disponible sur: www.studies.aljeera.net.

² Entretien semi-directif avec le Chef de la commission européenne, in « *Gouvernance de la coopération régionale mondialisée euromaghrébine : Cas de l'espace euromaghrébin* », thèse de droit public par Jamal Iddine Ait Tahar, sous la direction de Mohamed SAHAM, F.S.J.E.S., Marrakech, mai 2014, p. 363-370.

partielles pour choisir des députés au parlement marocain en septembre 2008. Ce scrutin avait été libre et transparent.

Mais la sécurité prime aussi pour l'UE, l'existence du forum « 5+5 » de la Méditerranée occidentale, regroupant le Portugal, l'Espagne, la France, l'Italie et Malte d'Europe et les pays du grand Maghreb : Mauritanie, Maroc, Algérie, Tunisie et Libye montre le souci majeur sécuritaire des européens. L'existence aussi du forum appelé « Dialogue méditerranéen de l'OTAN » dont les réunions sont régulièrement tenues, entre des pays européens membres de l'OTAN et des pays maghrébins méditerranéens est une autre illustration des soucis sécuritaires de l'Europe unie.

D'ailleurs le Parlement Européen avait souligné en 2006, dans la Résolution 2005/2057(INI) suscitée, qu'en matière d'application rigoureuse de la conditionnalité des droits de l'Homme, le Conseil européen et les impératifs nationaux des pays membres de l'Union l'emportent aux dépens des exigences éthiques des principes des droits de l'Homme. Le 4^{ème} point de cette résolution le fait apparaître clairement en stipulant qu'« [...] *un des éléments qui ont compromis l'application de la clause est le caractère générique de sa formulation, dès lors qu'elle ne prévoit pas de modalités précises concernant les interventions "positives" ou "négatives" dans le cadre de la coopération Union européenne -pays tiers, laissant le Conseil et les impératifs nationaux des États membres l'emporter sur les exigences plus générales concernant les Droits de l'homme; [...]* ».

Bibliographie :

- Croisat, M., Quermonne J-L., « *L'Europe et le fédéralisme, contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental* », Clefs, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1999,
- Kadiri, A. « *La demande d'adhésion du Maroc à la communauté européenne : mythe ou réalité* », in Enquêtes et documents, « *le Maroc et l'Europe* » publiés par le Centre de Recherche sur l'Histoire du Monde Atlantique « CRHMA », Université de Nantes, ouest éditions, 1995.
- Lagelée, G., Manceron G., « *La conquête mondiale des droits de l'Homme* », le Cherche midi éditeur/ éditions UNESCO, 1998.
- Raouf Izzat, H., « *La puissance douce dilapidée, la crise du régime fort et de l'Etat faible en Egypte* », article du 13 octobre 2011, Centre Aljazeera pour les études. Disponible sur www.studies.aljazeera.net
- Communication de la Commission européenne n° : Com (95) 216 final du 23-05-1995. Consultable sur le site web : www.europa.eu
- Décision n° 90/530/CEE du Conseil européen (Argentine) du 01.08.1991. Disponible sur le site web : www.europa.eu
- Discours du Roi Mohammed VI du 07 mars 2010 au premier Sommet Maroc-UE.
- Document C/01/250, Bruxelles, le 25 juin 2001 ,2362^{ème} session du Conseil européen. www.europa.eu
- Entretien du Roi Hassan II au journal « Le Monde » le 10 novembre 1984.
- Entretien semi-directif avec le Chef de la commission européenne, in « *Gouvernance de la coopération régionale mondialisée euromaghrébine : Cas de l'espace euromaghrébin* », thèse de droit public par Jamal Iddine Ait Tahar, sous la direction de Mohamed SAHAM, F.S.J.E.S., Marrakech, mai 2014.
- Résolution du Parlement européen n° A6-0004/2006 du 23.1.2006. Cf. (2005/2057(INI)), disponible sur www.europarl.europa.eu
- Textes des Accords d'association UE-Maroc, UE-Algérie et UE-Tunisie, disponibles sur : www.ec.europa.eu

Les orientations législatives en droit pénal douanier



Par Mohamed BAZTAMI doctorant en droit privé Université Hassan II Casablanca.

Facultés des Sciences Juridiques Economiques et Sociales de Mohammedia.

Laboratoires des études de droit privé .

Le législateur en matière douanière définit le cadre juridique du fonctionnement de l'administration des douanes, les modalités d'action, les règles les plus contraignantes qui sont prévues et repeignées les infractions douanières.

Nous avons sans doute remarqué que les orientations législatives en droit pénal douanier diffèrent sur nombreux points face à son homologue du droit commun, qui renferme certains caractères spécifiques que l'on ne rencontre nulle part. Faisant ainsi de ce droit un véritable droit pénal spécial. A l'heure actuelle, on trouve qu'il comporte des sanctions propres¹.

De part sa nature très fugace, tel que le passage de la frontière comme fait générateur d'une fraude peut subvenir ponctuellement en un endroit inaccessible aux douaniers et par conséquent, il est difficilement décelable du fait que l'opinion publique n'aperçoit pas très bien le tort qu'elle cause au pays d'autant plus qu'elle procure des produits bon marché et gagne la sympathie des populations. C'est pourquoi il est imprégné d'une sévérité inhabituelle en droit Marocain².

Les infractions douanières sont soumises à un régime dérogatoire du droit commun tantôt plus favorable, tantôt non favorable. Le régime de ces infractions s'oppose à celui des infractions fiscales de droit commun, car il a un caractère répressif et nettement plus sévère.

[¹] Claude J.Berr, Henri Trémeau, introduction au droit douanier, Dalloz 1997, p.87

[²] Abdellah Boudahrain, le droit douanier marocain à l'épreuve de la gouvernance du marché, rabat, 2007, p. 13

La sévérité du régime des infractions en droit douanier par rapport au droit commun, repose sur des sanctions patrimoniales prévues dans le code douanier qui ont particulièrement un caractère réparateur en raison du préjudice causé aux intérêts fiscaux, dont l'administration douanière a la charge¹.

En tant que mesure de réparation, l'amende fiscale qui est une sanction en droit douanier, échappe en principe au sursis, au non cumul des peines, aux circonstances atténuantes et elle peut donner lieu à une transaction proposée par l'administration qu'on ne trouve pas en droit commun².

Remarquons encore que dans ce domaine, il y a une possibilité de transiger avec l'administration poursuivante, même après le prononcé du jugement qui s'oppose au principe fondamental du droit commun (à transiger avec le coupable)³.

Contrairement au droit commun, les orientations législatives de l'infraction douanière ne s'apprécient que par son caractère purement matériel, cela veut dire que le défaut d'intention coupable ne produit pas d'effet et n'amenuise aucunement le préjudice d'annuler l'existence même de l'infraction⁴.

En matière de responsabilité pénale, les prévenus, quel que soit le degré de leur participation à la commission d'une infraction sont solidairement responsables pour les peines et amendes qui en découlent, contrairement à la responsabilité de droit commun dite "*In solidum*" etc⁵.

Le droit pénal douanier se rattache au droit pénal général, en lui empruntant toutes les dispositions qui ne sont pas contraires aux dispositions spéciales contenues dans la loi douanière. D'où la possibilité de se référer au droit commun notamment pour l'application des pénalités dans les services de l'administration de douane ayant un caractère spécifique dans la communication des documents par les agents des douanes⁶.

Enfin, au regard de ce qui précède, le droit commun et le droit douanier ne sont pas, au sens d'une répression, deux domaines séparés par une limite intangible ; ils s'interpénètrent, tant en théorie qu'en pratique.

[¹] Lambert (T) et Neuer (J), droit du contentieux, Paris, Dalloz, 1973, 102 p.35

[²] Mohamed housni, Les fonction normative et sanctionnatrice de la législation douanière, thèse de doctorat d'Etat en droit, université Mohammed V Agdal Faculté des sciences juridiques, Rabat 1997, p.254

[³] La notion d'infraction, dans son sens technique, est en effet exclusivement liée au droit pénal général.

[⁴] BesmaTurki, La répression douanière, thèse. Faculté.sc.ju. de Tunis. 2003,p. 83 et suivantes.

[⁵] Larbi Belbachir, droit douanier et évolution économique et sociale du Maroc, Actes du colloque sur, droit et pratique au Maroc, Faculté de droit de Fès, 1994, P. 139.

[⁶] Article 42 du code des douanes et impôts indirects.

Le législateur a entendu prendre en considération la confusion des infractions comme il a pu vouloir y déroger ; il conviendra donc de rétablir le caractère spécifique de l'infraction douanière, mais il ne sera jamais possible d'oublier totalement la catégorie générale dont ces infractions font parties¹.

Parfois, l'appel à une théorie générale ou à une notion générale de l'infraction douanière entraîne les mêmes conséquences.

La distinction n'en reste pas moins réelle puisque l'interprète observe la légalité et la spécificité des infractions et que les règles du droit douanier seules précisent l'étendue de sa répression.

De ce qui précède, la question qui vient à l'esprit, c'est dans quelle mesure les orientations législatives pourraient concilier entre les droits du prévenu et les intérêts de l'administration ? Alors que la nature de l'infraction et de la poursuite en matière douanière dispose d'un particularisme reflétant un aspect instantané et du fait qu'elle ne laisse pas de trace, l'infraction est en effet par nature même difficile à prouver.

Pour répondre à cette question, nous nous pencherons sur l'examen des orientations législatives de l'infraction douanière dans une première partie, avant de focaliser l'étude sur la spécificité de la procédure contentieuse en droit pénal douanier.

I- Les orientations législatives de l'infraction douanière :

Dans un système démocratique et légaliste, tout émane de la loi et tout revient vers elle, cette expression de la volonté générale, ou si l'on préfère de la conscience collective. «Les crimes et les délits sont des atteintes aux valeurs essentielles de la société. Les contraventions sont des atteintes à l'organisation de la vie sociale »².

Qu'il s'agisse de règles essentielles ou de règles d'organisation³, dans tout les cas, ce qui caractérise la loi pénale encore plus que toute autre loi, est le fait qu'elle énonce des normes de conduite⁴.

[¹] S. Rideau-Valentini, Contribution à l'étude des particularismes de la matière pénale douanière, thèse 1999, p. 10 à 12

[²] Article premier de l'avant-projet du code pénal français de 1983.

[³] Il paraît qu'il correspondre à la distinction déjà ancienne entre infraction naturelle et infraction par détermination de la loi.

[⁴] Mohammed Jalal Essaid, Introduction à l'étude de droit, 2010, p. 51

a- Les orientations vers un caractère purement matériel de l'infraction douanière :

L'inexistence de l'élément intentionnel dans l'infraction douanière énoncée au Code des Douanes n'équivaut pas à l'absence de l'élément moral¹.

L'intention coupable peut ne pas être retenue dans le chef du contrevenant, mais il n'est pas nécessaire pour l'établissement de l'infraction ou soit qu'il occupe une place modeste. L'objectivité de l'infraction douanière veut que l'on retienne l'infraction sans considération de toute faute intentionnelle². Certes, il est des infractions en douane qui peuvent exiger le concours d'une intention délictueuse, des infractions entièrement assimilables à celles du droit commun du point de vue de la nécessité de l'élément moral :

L'infraction n'est constituée que si l'agent a agi sciemment. C'est ce qui résulte par exemple de l'art.377 al. 2 du code des douanes et impôts indirect. Enfin, on ne peut négliger le fait que l'art. 376 de ladite loi, rend applicables aux complices des infractions douanières les dispositions de l'art. 22 du code pénal, lequel, à l'évidence, fait de l'intention un élément fondamental de la complicité. Dans ces hypothèses, le juge qui refuserait de rechercher l'intention criminelle du prévenu verrait sa décision aller en appel. On est bien en présence des infractions intentionnelles, sauf pour certains cas prévus expressément par la loi, le droit douanier réduit l'élément intentionnel par le jeu d'une présomption de culpabilité.

Pour des raisons de politique criminelle propres à la matière douanière, le législateur incrimine sauf exception, la simple constatation qui fait supposer l'existence d'une infraction. C'est ainsi que le détenteur d'une marchandise de fraude est réputé auteur de fraude³.

De même, les capitaines des navires ou les commandants d'aéronefs sont réputés responsables des infractions commises à bord de leurs moyens de transport⁴. Ici encore, et contrairement aux apparences, l'élément moral n'est nullement absent.

En effet, il faut noter que le législateur n'incrimine pas les faits matériels en eux-mêmes (ce qui serait alors le signe d'une véritable infraction matérielle), mais qu'il induit de ces faits matériels l'existence préalable d'une volonté délictueuse, sans laquelle en toute hypothèse, aucune infraction n'est concevable.

[¹] L'article 355 du Code des Douanes et impôts indirects.

[²] Mercadal B, Recherches sur l'intention en droit pénal, revue scientifique, en matière criminelle, n°5, 1967, p.56

[³] Art.373 al.1 du Code des Douanes et impôts indirects.

[⁴] Art374.1 du Code des Douanes et impôts indirects.

Bref, l'intention criminelle est généralement présumée pour la plupart des infractions douanières. Mais, s'il est indéniable que toutes les infractions douanières comportent un élément moral, au moins en germe, il n'en demeure pas moins que cet élément n'occupe pas en droit douanier la place prépondérante qui est la sienne en droit commun. Pour que l'infraction soit constituée en droit commun, il ne suffit pas que l'agent en soit l'auteur matériel.

Il faut, en outre, qu'il en soit l'auteur moral, c'est-à-dire qu'il faut aussi que l'agissement reproché puisse être imputé à son auteur, lequel doit avoir commis une faute en agissant ainsi. Et du point de vue de l'élément moral, un agissement entraîne la responsabilité pénale de son auteur uniquement, en se basant sur la notion de la faute morale. Et la faute morale comporte deux éléments : l'imputabilité et la culpabilité.

b- Les effets préventifs de la loi douanière :

La peine a une fonction politique et sociale qui ne peut pas être entièrement comprise en termes de moralité : il y a de nombreux faits punissables qui en règle générale ne sont pas perçus comme condamnables, et auxquels le principe du châtement ne peut donc à peine être appliqué. Morris J.M¹ signale que lorsque les peines qui sont infligées sont relativement légères, les règles d'équité (par exemple en ce qui concerne la preuve et la culpabilité) ne sont pas toujours respectées : l'efficience l'emporte sur les principes.

D'après H. Fart², la légitimation de la peine est donc directement dépendante de la légitimité de la loi pénale elle-même.

La question principale est de savoir de quelle manière, dans quelle mesure et dans quelles circonstances le droit pénal douanier peut éviter que d'autres que les personnes punies se rendent coupables de violation des normes.

En principe, il existe deux mécanismes par lesquels la peine prévue au code des douanes, peut avoir un effet préventif général :

-par l'influence autoritaire et par la peur ;

[¹] Jean Marc Morris, The structure of criminal law and deterrence, Criminal Law Review 1986, august, p. 524-534;

[²] Robert Jean Gerber and Mc Andy, The philosophy of punishment, in Johnston, N. Savitz L. and Wolfgang, Me, The sociology of punishment and correction, New York WILEY 1999. P. 123

- le second mécanisme, l'intimidation générale vise à empêcher l'assujetti d'adopter un comportement criminel lorsque le risque d'être découvert et puni l'emporte sur la séduction exercée par ce comportement, la peur des conséquences à un effet préventif direct.

Nous pouvons affirmer ici en quelques sortes " l'effet moral " de la loi pénale douanière qui a pour but de créer et de renforcer des inhibitions conscientes et inconscientes à commettre certaines infractions¹.

Il est question d'une telle réticence lorsque l'assujetti s'abstient d'adopter un comportement infractionnel par respect de la loi ou lorsque l'on considère le comportement en tant que tel comme incorrect (intérieurisation des normes). Ces mécanismes peuvent avoir pour conséquence un comportement habituel respectueux de la loi : exemple la déclaration spontanée des marchandises importées ou exportées².

Le caractère punissable du fait et la punition peuvent encourager au respect de la loi pénale douanière, ainsi que la manière de la faire respecter soient considérées comme légitimes et adéquates.

II-Les orientations législatives de la poursuite en droit pénal douanier :

Pour que les procès de douane soient simples, rapides et peu coûteux, le législateur a institué une procédure simplifiée et fixe des règles appropriées de compétence.

La procédure simplifiée est prévue par les articles 248 et suivants du code des douanes ; elles peuvent se borner à remettre au juge un mémoire, lequel peut être libellé sous forme de conclusions et peut être complété, au cours de l'audience, par des observations orales.

Au regard de la compétence, les règles du droit commun sont applicables :

* Les tribunaux de première instance sont compétents en matière civile.

* pour le contentieux de la répression, les tribunaux correctionnels connaissent des délits de douane et de toutes questions douanières soulevées par voie d'exception.

En outre, les règles de procédure en vigueur sur le territoire sont applicables aux citations, jugements, oppositions et appels.

[¹] Steenlandt M, consultant (L.W), Réforme douaniers au Maroc, Publication de la banque mondiale en partenariat avec l'ADII, octobre, 2003, p. 45

[²] Driss Bgdouri, Responsabilité pénale de la personne morale, L'actualité juridique, n° 3 février 1998, p.6

Cependant, l'Administration des Douanes dispose de certaines prérogatives particulières.

a- Le rôle du ministère public : la poursuite en droit douanier :

Il a été toujours admis que le ministère public peut poursuivre les délits de douanes et spécialement les délits de contrebande même en cas d'absence ou de nullité du procès-verbal.

Il a encore été jugé que lorsque l'action est mise en mouvement par le ministère public, tous les moyens de preuve sont admis et que l'existence d'un procès-verbal régulier n'est pas indispensable¹.

Le ministère public a qualité pour déférer à la juridiction compétente les auteurs des faits dans lesquels on rencontre un cumul idéal d'infractions.

Il doit prendre lui-même l'initiative des poursuites, l'intérêt public dominant dans ces espèces l'intérêt purement fiscal.

L'administration ne pouvant saisir le tribunal par voie de citation directe, que de l'infraction qui lui porte préjudice, à savoir de l'infraction fiscale.

Si l'infraction fiscale est simple et n'est pas doublée d'un délit de droit commun, le ministère public a simplement la faculté, mais non l'obligation d'agir et il peut toujours, comme en toute matière, laisser à la partie lésée le soin de faire la poursuite.

Une affaire mixte pour laquelle, l'action incombe principalement au ministère public et qui ne peut en thèse générale, donner lieu à transaction qu'après jugement.

Il est de principe, que la répression d'un fait unique de fraude passible à la fois de peines fiscales et de peines de droit commun, doit être simultanément suivie par le ministère public et par la partie civile.

En requérant contre ces individus des peines ordinaires qui constituent la sanction de droit commun, il a le droit de demander, en outre et simultanément l'application des condamnations fiscales a raison des fraudes commises par les inculpes.

D'ailleurs, l'article 249 du code des douanes permet au ministère public d'exercer l'action pour l'Application des sanctions accessoirement à l'action publique.

[¹] Brigitte Neel, Les pénalités fiscales et douanières, édition economica, Paris, 1989, p. 367.

Aucune disposition de ce texte n'autorise une action fiscale exercée, non pas accessoirement, mais conjointement par le ministère public et l'administration des Douanes. Le ministère public qui a ouvert une information pour infraction douanière n'a pas relevé appel de l'ordonnance de renvoi c'est-à-dire également lorsque la douane exerce elle-même l'action fiscale¹.

L'article 249-bis. du code des douanes offre au ministère public une simple possibilité d'exercice accessoire à l'action fiscale. L'action fiscale n'est exercée par le ministère public en cas d'absence de la douane à l'audience, que lorsque le représentant du parquet l'indique expressément. Cela éviterait aux juridictions d'avoir à prononcer des condamnations qui n'ont parfois été réclamées par personne.

Ainsi, l'Administration des Douanes est plus directement intéressée à la répression des infractions fiscales dans les actes qui motivent les poursuites du ministère public, elle a le droit d'intervenir devant les juridictions saisies pour demander elle-même ces condamnations fiscales assimilées à des réparations civiles.

Pour permettre à l'administration d'exercer son droit d'intervenir, les procureurs avertissent les représentants de la douane des poursuites qu'ils sont amenés à engager à raison de tout fait qui, constituant une infraction ordinaire se trouve constitué, d'un autre aspect, une infraction fiscale.

L'action fiscale : tend au prononcé des amendes et des confiscations prévues par la loi, et elle prend naissance dès la commission d'une infraction douanière. Elle est exercée par l'administration des douanes et peut l'être aussi par le ministère public, accessoirement à l'action publique.

Sa nature est originale : par certains traits, elle constitue une action publique spéciale, mais elle constitue principalement une action en réparation du préjudice causé au trésor. Toutefois, l'action fiscale ne saurait être confondue avec l'action civile.

L'action publique et l'action fiscale sont indépendantes l'une de l'autre. Cependant, l'action civile émanant de tiers est une chose extrêmement rare.

Les juridictions se montrent hostiles à la constitution de partie civile de groupements professionnels, qui prétendent obtenir l'indemnisation du dommage que leur causeraient des infractions douanières commises par certains industriels ou commerce (tenants en vue d'alléger la charge fiscale pesant sur eux.)

¹[مداخلة لخديجة الشامي بعنوان: المهام المنوطة بإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة وذلك في أشغال اليوم الدراسي حول موضوع التشريعات والتقنيات الجمركية المنظمة بالمعهد الوطني للدراسات القضائية 14 نونبر 2001.

b- Le rôle de l'administration dans l'action publique :

En matière douanière, les pouvoirs du ministère public relatifs à l'action publique sont restreints au profit de l'administration des Douanes et Impôts Indirects.

Le ministère public n'est pas entièrement juge de l'opportunité des poursuites dont la mise en œuvre est subordonnée au dépôt d'une plainte par l'administration. Cette dernière est seule qualifiée pour exercer, dans le domaine des infractions de douane, pour exercer les poursuites devant la juridiction répressive.

L'Administration des Douanes et Impôts Indirects bénéficie en matière d'infraction douanières d'une prérogative exorbitante de droit commun qui n'appartient même pas au ministère public : elle a le pouvoir d'éteindre l'action publique en concluant une transaction avec la personne poursuivie¹.

La procédure répressive douanière relative à l'action publique revêt trois particularités :

- La nécessité d'une plainte de l'administration
- L'exercice de l'action publique par l'administration
- L'extinction de l'action publique par voie de transaction. A la nécessité d'une plainte de l'Administration.

La mise en œuvre de l'action publique en droit pénal douanier est dans certains cas subordonnée à l'attitude de l'administration. Cette mise en œuvre de l'action publique pour fraude douanière est toutefois liée au dépôt d'une plainte par l'administration.

En précisant que (art. 249 du code de douanes et impôts indirects) les poursuites sont engagées sur la plainte de l'administration des Douanes, il est exigé l'intervention de l'administration préalablement à la mise en œuvre de l'action publique.

*Exigence d'une plainte de l'administration (La plainte est déposée entre les mains du procureur du Roi) Les infractions douanières dont la poursuite est subordonnée à une plainte de l'administration

[¹] De même, l'administration des douanes peut demander au tribunal d'instance sur simple requête la confiscation en nature des objets saisis sur des inconnus ou sur des individus qui n'ont pas fait l'objet de poursuites en raison du peu d'importance de la fraude, même si la requête se rapporte à plusieurs saisies faites séparément ; le juge d'instance statue sur la demande par une seule ordonnance.

..... étant des délits correctionnels, l'action publique qui s'y rapporte se prescrit conformément au droit commun (art. 3 code de procédure pénale).

***Contenu de la plainte :**

Conformément au droit commun, la plainte n'obéit pas à des forces sacramentelles. Elle consiste dans la pratique en une lettre de requête du directeur ou de l'ordonnateur adressée au procureur du Roi du lieu de l'infraction, requête qui doit contenir des renseignements complets sur l'objet et de la poursuite et le rôle des divers participants et comporter en annexe les procès-verbaux et les pièces essentielles de la prévention. La plainte doit viser expressément les auteurs et complices de la fraude.

En somme, la requête de l'administration doit non seulement spécifier les faits et la nature de l'infraction, mais en plus, viser personnellement l'inculpé, le cas échéant le ministère public ne pourra agir pour les faits et contre les personnes nommément mentionnées dans la plainte de l'administration.

***Conséquences du défaut de la-plainte :**

En matière douanière, dans l'hypothèse où elle a été représentée par la loi, la plainte préalable de l'administration constitue un formalité substantielle et l'observation de cette régie est d'ordre public.

Le défaut de plainte entraîne donc la nullité des poursuites et s'agissant d'une nullité d'ordre public, elle pourrait même être soulevée d'office par le juge.

Toutefois, la jurisprudence semble assouplir sa position : bien que la nullité découlait du défaut de plainte soit d'ordre public, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation française a par exemple décidé avec peu de rigueur juridique que l'irrecevabilité en résultant n'est que "relative et temporaire" et qu'elle peut être couverte soit par des plaintes supplétives au cours de l'infraction, soit par une citation complémentaire devant la juridiction de jugement, soit enfin par des conclusions spéciales¹.

Dans la pratique administrative, le service du contentieux; lui apparait, en cas de découverte nouveaux coupables, comme en cas de découverte de nouveaux faits de fraude, en collis d'information, de régulariser la procédure en déposant une plainte supplétive.

[¹] Arrêt de la cour de cassation du 17 septembre 1991, D. 1993, somm. p. 79, note Jean. Pannier ; Gaz. Pal. 1992, 2, 585 note Jean. Pannier.

Par ailleurs, si l'administration décidait de retirer sa plainte en cours du procès, l'action publique serait éteinte.

La subordination de la mise œuvre des poursuites au dépôt d'une plainte s'explique par le fait que, s'agissant de matières spécialisées, l'Administration des Douanes et Impôts Indirects a paru au législateur plus qualifiée que le ministère public pour apprécier l'opportunité de poursuites pénales et c'est la raison pour laquelle l'action publique relative à ces infractions et liée au dépôt d'une plainte par l'administration. Cette technique est parfois associée à celle de la transaction qui permet à l'administration d'arrêter une poursuite déjà engagée.

Toutes les fraudes qui constituent juridiquement des infractions pénales ne peuvent en effet être déferées aux juridictions répressives. Elles sont trop nombreuses et cela aboutirait à encombrer les tribunaux déjà surchargés.

Ainsi, le législateur a pensé non sans raison que l'administration des Douanes et Impôts Indirects était la plus apte à apprécier, en fonction de ces facteurs, l'opportunité des poursuites et c'est elle qui, par les dépôts de plainte, précède au choix des affaires à déferer au tribunal.

Il est évident que les critères devant présider ce choix d'orientation sont :

Les fraudes dont l'existence peuvent être suffisamment prouvée ; et d'autre part sont caractérisées

Le rôle tenu par l'administration dans la répression de la fraude douanière est très important, c'est l'une des raisons pour laquelle sa plainte resterait une nécessité pratique sans laquelle le ministère public, dans la plupart des cas, ne serait même pas informé des infractions et serait donc dans l'incapacité d'agir. L'administration des Douanes et des Impôts Indirects est plus habituée que le ministère public à la matière, pour apprécier l'opportunité des poursuites pénales.

L'exonération de l'IR au titre des indemnités dues à l'occasion de la rupture de la relation de travail



Par Imane Hilani doctorante en droit privé Université Hassan II Casablanca.

Facultés des Sciences Juridiques Economiques et Sociales de Mohammedia.

Laboratoires des études de droit privé.

Le code du travail du 11 septembre 2003 a déterminé les différentes indemnités reconnues au salarié ayant été licencié sans juste motif. Les indemnités les plus importantes sont celles qui concernent les droits relevant de la responsabilité extracontractuelle à savoir l'indemnité de préavis, de licenciement et celle se rapportant à la réparation du dommage pour rupture abusive de la relation de travail.

Le code du travail n'ayant pas clarifié et précisé le régime fiscal de ces indemnités, c'est le code général des impôts qui a apporté des réponses à cette question. En effet, l'article 57 du code général des impôts, tel qu'il a été modifié et complété par la loi des finances de 2015, dispose expressément que :

« Sont exonérés de l'impôt :

- dans la limite fixée par la législation et la réglementation en vigueur en matière de licenciement :

- l'indemnité de licenciement ;

- l'indemnité de départ volontaire ;

- et toutes indemnités pour dommages et intérêts accordées par les tribunaux en cas de licenciement.

Toutefois, en cas de recours à la procédure de conciliation, l'indemnité de licenciement est exonérée dans la limite de ce qui est prévu à l'article 41 (6e alinéa) du code du travail »¹.

[¹] Loi n° 65-99 relative au code du travail promulguée par le dahir n° 1-03-194 du 14 rajeb 1424 (11 septembre 2003).

Certaines dispositions de cet article sont sujet à controverse notamment le paragraphe 7 qui prévoit une exonération de l'impôt pour l'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ volontaire et toutes indemnités pour dommages et intérêts accordées par les tribunaux en cas de licenciement. Certaines observations doivent être formulées tant au niveau de la terminologie utilisée qu'au niveau des règles de fond et qui laissent subsister d'innombrables situations de contradictions et d'incohérences notoires. La méthodologie de l'adoption des normes législatives doit être caractérisée par la clarté des dispositions légales et la cohérence de ces dispositions tant dans la même loi en question que par rapport aux autres textes de lois et qui entretiennent entre eux une relation très étroite.

Les questions qu'il convient de poser dans le cadre de cette étude sont les suivantes :

- Quelles sont les indemnités en matière de licenciement qui sont réellement exonérées de l'impôt sur le revenu ?
- Quelle différence y a-t-il entre l'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ volontaire ?
- Dans quelles conditions, l'indemnité de licenciement est exonérée d'impôt en cas de recours à la procédure de conciliation de l'article 41 du code du travail ?
- Les indemnités de licenciement accordées en vertu d'une sentence arbitrale ne doivent-elles pas être soumises à l'article 57 du CGI et être exonérée par conséquent de l'impôt sur le revenu ?

Pour répondre à toutes ces questions, il convient de scinder notre analyse de l'article 57 du CGI en deux parties à travers lesquelles il y a lieu d'évoquer tout d'abord le champ d'application de l'article 57 du CGI (I) pour voir ensuite les imperfections juridiques et les incohérences contenues dans cette disposition légale (II).

PREMIERE PARTIE : Le champ d'application de l'article 57 du CGI :

Nous analyserons tour à tour trois points différents se rapportant tout d'abord à la détermination des différentes indemnités de licenciement qui doivent être exonérées de l'impôt sur le revenu (A), ensuite, à la différence qui existe entre l'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ volontaire(B), pour voir enfin, l'application de l'article 57 du CGI aux indemnités de licenciement fixées dans le cadre de l'article 41 du code du travail (C).

A- La détermination des indemnités de licenciement exonérées de l'IR telles qu'elles sont prévue par l'article 57 du CGI :

L'article 57 du CGI semble tomber dans des contradictions notoires ; sa rédaction laisse entrevoir des observations de forme et de fond. Commençons de prime à bord par préciser qu'aux termes des dispositions de cet article trois types d'indemnités sont exonérées :

- L'indemnité de licenciement ;
- L'indemnité pour dommages et intérêts ;
- L'indemnité de départ volontaire.

1. L'indemnité de licenciement :

Le code du travail du 11 septembre 2003 précise déjà que « le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée a droit à une indemnité, en cas de licenciement après six mois de travail dans la même entreprise quels que soient le mode de rémunération et la périodicité du paiement du salaire »¹. Les montants de ces indemnités sont fixés par l'article 53 du même code qui les détermine de la façon suivante :

« Le montant de l'indemnité de licenciement pour chaque année ou fraction d'année de travail effectif est égal à :

- 96 heures de salaire pour les cinq premières années d'ancienneté ;
- 144 heures de salaire pour la période d'ancienneté allant de 6 à 10 ans ;
- 192 heures de salaire pour la période d'ancienneté allant de 11 à 15 ans ;
- 240 heures de salaire pour la période d'ancienneté dépassant 15 ans ».

Ces indemnités peuvent être majorées en vertu du contrat de travail, de la convention collective ou du règlement intérieur².

L'indemnité de licenciement est essentiellement basée sur la période de temps passée chez le même employeur et ne représente pas un salaire ou une compensation de la perte du salaire ; par conséquent, elle ne peut être soumise à la cotisation au titre de la sécurité sociale³, de même, elle n'est pas couverte par les règles de prescription des salaires⁴ ou de compensation⁵.

[¹]Article 52 du code du travail.

[²]Al. 2 article 53 du CT.

[³] Soc. 27 nov. 1985, Bull. civ. V, n° 564 ; 4 mai 1988, Dr. soc. 1989.132...

[⁴] Soc. 20 oct. 1988, Dr. soc. 1989.132.

[⁵] Soc. 23 juin 1988, Dr. soc. 1989.131

2. L'indemnité pour dommages et intérêts :

Les dommages et intérêts dus au salarié sont fixés par le tribunal lorsque le licenciement de ce salarié intervient de manière abusive notamment lorsque le contrat de travail a été rompu sans juste motif par l'employeur ou lorsque celui-ci a commis l'une des fautes graves prévues dans le code du travail à savoir :

- L'insulte grave ;
- La pratique de toute forme de violence ou d'agression dirigée contre le salarié ;
- Le harcèlement sexuel ;
- L'incitation à la débauche¹.

Le salarié injustement licencié est en droit de réclamer des dommages et intérêts pour réparer les différents préjudices subis ; le montant de ces dommages et intérêts est fixé sur la base du salaire d'un mois et demi par année ou fraction d'année de travail sans toutefois dépasser le plafond de 36 mois².

3. L'indemnité de départ volontaire

L'indemnité de départ volontaire est décidée de commun accord entre l'employeur et le salarié. Elle est soumise aux règles générales et au droit commun des contrats notamment les règles édictées par le code des obligations et contrats. Les parties arrêtent elles-mêmes les conditions de la rupture conventionnelle de la relation de travail. Elles peuvent parfaitement inclure dans la convention de départ volontaire des indemnités et des conditions plus avantageuses que celles prévues dans le code du travail³.

B- Distinction de l'indemnité de licenciement de l'indemnité de départ volontaire :

L'indemnité de départ volontaire n'a pas été réglementée par le code de travail contrairement à l'indemnité légale de licenciement régie par les articles 52 et suivants du code de travail. Le législateur fait des quantum de réparation du licenciement abusif un minima que les tribunaux doivent respecter en cas de fixation des indemnités. L'indemnité de départ volontaire quant à elle n'est soumise à aucun critère particulier ; elle reste soumise à la règle de l'autonomie de la volonté. Cette différence majeure entre les deux types d'indemnité donnera lieu à beaucoup d'interprétation au niveau juridique et au niveau fiscal⁴.

[¹] Article 40 du CT.

[²] Article 41 du CT.

[³] Al.2 de l'article 53 du CT.

[⁴] V. la deuxième partie de cet article.

C- L'application de l'article 57 du CGI aux indemnités de licenciement fixées dans le cadre de l'article 41 du code du travail :

L'article 57 du CGI exonère l'indemnité de licenciement du paiement de l'impôt lorsque celle-ci est fixée à l'issue de la procédure de conciliation préliminaire prévue à l'alinéa 4 de l'article 532 du code du travail¹. Le code général des impôts précise bien que cette indemnité est exonérée dans la limite de ce qui est prévu à l'article 41 (6e alinéa) du code du travail. En d'autres termes, la fraction d'indemnisation exonérée de l'impôt sur le revenu est fixée sur la base du salaire d'un mois et demi par année ou fraction d'année de travail sans toutefois dépasser le plafond de 36 mois.

Après avoir présenté les différentes indemnités qui sont exonérées d'impôt sur le revenu, il y a lieu de faire des observations pertinentes se rapportant aux dispositions de l'article 57 du CGI tant par rapport aux dispositions du code du travail que par rapport à l'extension de cette exonération aux différentes indemnités fixées en vertu d'une sentence arbitrale.

DEUXIEME PARTIE : les imperfections juridiques et les incohérences contenues dans l'article 57 du CGI :

L'article 57 du CGI pose des questions très pertinentes par rapport aux règles relevant du droit du travail que par rapport au droit de l'arbitrage tel qu'il est prévu dans le code de procédure civile.

A. Les imperfections de l'article 57 du CGI par rapport aux règles du droit du travail :

L'article 57 du CGI contient d'innombrables imperfections retenues par rapport aux règles qui régissent l'indemnisation du salarié en cas de rupture abusive de la relation de travail.

Il y a lieu de préciser si les indemnités de licenciement, de départ volontaire et celles pour dommages et intérêts doivent ensemble être prononcées par les tribunaux pour bénéficier de l'exonération de

[¹] Article 532 du code du travail prévoit que : « Les agents de l'inspection du travail sont chargés :

- 1) d'assurer l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives au travail ;
- 2) de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux salariés sur les moyens les plus efficaces en conformité avec les dispositions légales ;
- 3) de porter à la connaissance de l'autorité gouvernementale chargée du travail les lacunes ou les dépassements de certaines dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;
- 4) de procéder à des tentatives de conciliation en matière de conflits individuels du travail.

Ces tentatives de conciliation sont consignées dans un procès-verbal signé par les parties au conflit et contresigné par l'agent chargé de l'inspection du travail. Ce procès-verbal tient lieu de quitus à concurrence des sommes qui y sont portées ».

l'impôt sur le revenu. L'article 57 du CGI semble distinguer les indemnités pour dommages et intérêts des autres indemnités de telle façon que les indemnités qui sont concernées sont celles qui sont prévues dans l'article 41 du code du travail ; le salarié en cas de licenciement abusif est en droit de réclamer des dommages et intérêts dont le montant est déterminé sur la base du salaire d'un mois et demi par année ou fraction d'année de travail sans toutefois dépasser le plafond de 36 mois. Si cette dernière indemnité de l'article 41 du CT doit être prononcée par une juridiction pour bénéficier de l'exonération de l'impôt, cela veut dire que l'indemnité de licenciement et celle de départ volontaire peuvent être fixées de commun accord entre l'employeur et le salarié et bénéficiaire quand même de cette exonération. Or, dans les pratiques fiscales ce n'est pas ce qui se fait concrètement. L'administration du fisc réclame quand même une décision judiciaire pour appliquer l'exonération de l'article 57 du CGI. En d'autres termes, le fisc comprend bien que toutes les indemnités dont il est parlé dans cet article doivent impérativement faire l'objet d'une décision judiciaire. Cette compréhension de l'administration laisse perplexe dans la mesure où il est inconcevable qu'une indemnité de départ volontaire puisse faire l'objet d'un jugement ou d'un arrêt prononcé par une quelconque juridiction. L'indemnité de départ volontaire ne peut être conçue que dans le cadre de la conclusion d'un contrat de transaction¹. Les parties seront dans ce cas soumises aux stipulations contractuelles et aux dispositions du Dahir des obligations et contrats régissant le contrat de transaction². La transaction, selon l'article 1098 du DOC, « est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie ». Il suffit de réunir les éléments constituant le contrat de transaction pour qualifier l'accord passé entre l'employeur et salarié comme étant une transaction³. La cour de cassation française, déjà le 18 mai 1953, a posé avec clarté le principe de la licéité des transactions conclues à l'occasion de la rupture de la relation de travail⁴.

S'il est bien établi alors que l'indemnité de départ volontaire ne peut résulter que dans le cadre d'un contrat de transaction et que dans ce cas, selon l'article 57 du CGI, cet accord bénéficie de

[¹]V. dans ce sens, Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Droit du travail, Dalloz 2001, 20^{ème} édition, n° 506 et s. p. 542.

[²]Articles de 1098 à 1116 DOC.

[³] D.Corrignan-Corsin, la transaction , RJS 1996,p. 407 ; J.Pélissier, les accords de rupture du contrat de travail,Dr.soc. 1987,p. 479 et s.

[⁴]Soc. 18 mai 1953,Dr. Soc. 1993,p. 602.

L'exonération fiscale, une confusion de taille est relevée dans le code général des impôts : il n'est plus possible de déterminer dans quel cas il y a exonération fiscale et quel est le critère de cette exonération.

A signaler aussi que le code général des impôts n'évoque nullement les indemnités dues en cas de non respect des délais de préavis si le licenciement est qualifié de licenciement abusif. Est-ce que l'indemnité de préavis est concernée par l'article 57 du CGI ou non ?

Généralement trois types d'indemnités doivent être concernés par l'exonération fiscale :

- L'indemnité de licenciement ;
- Les dommages et intérêts pour licenciement abusif ;
- L'indemnité pour inobservation du délai de préavis.

A notre sens, il n'y a pas lieu de distinguer entre les indemnités fixées par le tribunal et celles arrêtées conventionnellement entre les parties sinon le code général des impôts serait complètement incohérent dans la mesure où même ce code reconnaît l'exonération dans le cas où il est fait recours à la procédure de conciliation devant l'inspecteur du travail pour la fixation des indemnités de licenciement¹.

B- Les imperfections de l'article 57 du CGI par rapport aux règles du droit de l'arbitrage :

L'article 57 du CGI ne fait aucune allusion aux indemnités dues au salarié en cas de licenciement abusif lorsque ces indemnités sont fixées en vertu d'une sentence arbitrale. Celle-ci doit au préalable être qualifiée de décision émanant d'un ou d'un collège arbitrale et tranchant un litige de manière définitive². La jurisprudence a décidé que certaines décisions émanant d'un ou plusieurs arbitres ne constitue pas une sentence arbitrale :

- 1- Un simple avis n'est pas considéré comme une sentence arbitrale³ ;
- 2- Une note émanant d'un tribunal arbitral sollicitant des parties la communication de nouvelles pièces et documents et réclamant de nouvelles provisions ne sera pas non plus considérée comme une sentence arbitrale⁴.

La sentence arbitrale doit alors statuer définitivement sur une quelconque prétention des parties ; le ou les arbitres doivent avoir exercé un pouvoir juridictionnel. Cette sentence ne dispose de l'imperium du

[¹]Art. 57 du CGI.

[²]Paris, 25 mars 1994, Rev. arb. 1994, p. 391, note Jarroson.

[³] Paris, 21 juin 1994, rev.arb. 2001, p. 199, obs. Ph. Pinsolle.

[⁴] Paris 3 juin 2004, Rev.arb. 2004,p.733 ;Paris 4 et 11 avr. 2002,JCP G 2003.I.105,n° 12, obs. J.Ortscheidt.

..... juge mais lorsqu'elle est revêtue de l'exequatur elle acquiert tous les attributs de la décision judiciaire et devient exécutoire. L'article 327-31 de la loi sur l'arbitrage au Maroc¹ dispose en ce sens que « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur du président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue. A cet effet, la minute de la sentence accompagnée d'un exemplaire de la convention d'arbitrage, avec une traduction, le cas échéant, en langue arabe, est déposée par l'un des arbitres ou par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction dans les sept jours francs de son prononcé.

S'il a été compromis sur l'appel d'un jugement, la sentence arbitrale est déposée au greffe de la cour d'appel conformément aux dispositions de l'alinéa précédent et l'ordonnance d'exequatur est rendue par le premier président de cette juridiction». L'autorité publique commande alors aux organes de la force publique de prêter leur concours pour faire exécuter cette sentence.

La sentence arbitrale régulièrement prononcée par un arbitre ou un collège d'arbitre et dans la limite revêtue de l'exequatur est assimilée à une véritable décision judiciaire et par conséquent doit être incorporée aux dispositions de l'article 57 du CGI ; ainsi donc, si les différentes indemnités à l'occasion de la rupture de la relation de travail sont fixées par l'intermédiaire de l'arbitrage, ces indemnités doivent obligatoirement être exonérées du paiement de l'impôt sur le revenu.

En conclusion générale, les dispositions légales du code général des impôts doivent prendre en considération le particularisme de chaque domaine du droit ; il faut cesser de croire que les textes fiscaux sont uniquement des normes pour le recouvrement de l'impôt, en tant que règles législatives, elles doivent impérativement respecter l'harmonie et la cohérence des textes de lois.

[1]Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant réforme du droit marocain de l'arbitrage.

Le Financement Administratif des Marchés Publics

« Etude Analytique dans le Droit Algérien »



Mme Habchi Lila Kamila

Doctorante a l'école doctorale " la pénalisation du droit des marchés publics" .

Enseignante contractuelle À la faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sidi Bel Abbés- Algérie.

e-mail : habchi.lila@outlook.com

Introduction :

L'exécution des marchés publics entraîne pour les cocontractants titulaires des marchés d'importants besoins de trésorerie, qui sont accentués par les modalités de paiement imposées par le service contractant et les règles contraignantes qui régissent la mise en jeu des deniers publics.

Les cocontractants qui ne disposent pas de capitaux propres et suffisants pour assurer, seuls l'exécution des marchés, doivent recourir à un financement extérieur de type administratif qui est assuré par le service contractant lui-même.

Cependant, le législateur algérien et par le biais du décret présidentiel

N °10-236 modifié et complété¹, a autorisé, sous certaines conditions, le paiement anticipé du prix du marché qui représente en quelque sorte une dérogation sur la règle du paiement après service fait².

¹ - Décret 10-236 du 17 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics modifié et complété par le décret présidentiel 13-03 du 13 janvier 2013, Journal Officiel N°02.

² - Une des règles essentielles de la comptabilité publique selon laquelle le paiement du marché ne peut être effectué qu'après accomplissement des prestations par le cocontractant afin de permettre au service contractant d'apprécier le montant exacte de la dette.

Le financement administratif des marchés publics visés par le décret présidentiel 10-236 modifié et complété permet au cocontractant de percevoir des sommes à valoir sur le solde final du marché.

En conséquence, cette recherche nécessite une analyse visant les fondements juridiques du financement administratif des marchés publics prévus par le législateur algérien.

Chapitre I: Le Régime des avances.

L'article 74 du décret 10-236 modifié et complété stipule que " Les avances sont toutes sommes versées avant exécution des prestations, objet du contrat, et sans contrepartie d'une exécution physique de la prestation".

En conséquence, les avances sont les montants mandatés au profit du cocontractant avant le commencement de toutes prestations objet du marché, proposées par le service contractant en fonction des opérations préparatoires nécessaires à l'exécution du marché.

Le paiement des avances constitue un mécanisme dérogatoire de la règle relative au paiement après « service fait » dans la mesure où elle est totalement indépendante des prestations qui ont été effectuées par le titulaire du marché.

Les avances sont également considérés comme l'une des techniques du préfinancement visant la facilitation de l'exécution des marchés et assurant l'égalité d'accès aux marchés publics entre les entreprises qui disposent d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas¹.

Dans ce contexte, le législateur algérien a distingué, par le biais de l'article 76 du décret présidentiel 10-236 modifié et complété, entre deux types d'avances qui sont, selon les cas, des avances forfaitaires ou des avances sur approvisionnement.

Section I: Les avances forfaitaires.

Le décret présidentiel 10-236 modifié et complété a prévu les avances forfaitaires à travers les dispositions comprises entre les articles 77 et 83 sans pour autant qu'aucune définition spécifique n'ait été citée par le législateur qui a, cependant, fait allusion à leurs caractéristiques et leurs modalités de remboursement.

1- Les caractéristiques des avances forfaitaires :

L'article 77 du décret présidentiel 10-236 modifié et complété stipule que "L'avance forfaitaire est fixée à un maximum de quinze pour cent (15%) du prix initial du marché".

¹ - Braconnier Stéphane, Précis du droit des marchés publics, 4ème édition, Le Moniteur, paris, 2012, p 507.

En ce sens, l'avance forfaitaire constitue une somme versée au profit du cocontractant avant le début de l'exécution du marché, pour l'acquittement des dépenses nécessaires à la réalisation du projet à l'instar de la création d'une base de vie, paiement des salaires...etc., étant entendu qu'en vertu de la règle générale en vigueur, le montant de cette avance ne dépasse pas le taux de 15% du montant initial du marché.

A titre exceptionnel, le législateur a consenti la possibilité de dépassement du taux prescrit par l'article 77 déjà précité et ce , conformément aux conditions suivantes¹:

- Le refus des règles de paiement et/ou financement consacrées sur le plan international par le service contractant.
- Ce refus doit être exprimé à l' occasion de la négociation du marché.
- Ce refus doit entraîner un préjudice certain pour le service contractant.
- Ce refus doit faire l'objet d'un accord préalable émanant du ministre de tutelle, du responsable de l'institution nationale autonome ou du Wali.
- Cet accord doit être donné après avis de la commission des marchés compétente.

Ces avances ont été appelées forfaitaires dans la mesure où leur détermination qui n'est pas fondée sur des paramètres spécifiques, ou sur des données aptes à faire l'objet de calcul quantitatif, est plutôt définie forfaitairement sur le montant du marché², ce qui exclut la mise en œuvre d'une clause de variation des prix³.

Appelée également avance globale dont le versement est obligatoire au profit du cocontractant, l'avance forfaitaire peut être versée si le cahier des prescriptions communes ou le cahier des prescriptions spéciales le prévoient pour :⁴

- Les marchés d'un montant inférieur à 200.000DA
- Les marchés passés par adjudication ouverte
- Les marchés à commande
- Les marchés à clientèle

¹ - Art 78 du décret présidentiel 10-236 déjà précité.

² - Kerchi ennawi , La gestion des projets dans le cadre des marchés publics, Dar El Khaldounia, Alger, 2011, p. 279.

³ - Moderne Frank, La sous traitance des marchés publics, Dalloz, paris, 1995, p. 226.

⁴ - Art 44 de l'Arrêté du 21 Novembre 1964 portant approbation au cahier des clauses administratives générale CCAG applicable de la reconstruction des marchés de travaux du ministère des travaux publics et des transport, Journal Officiel N°6 du 1 Janvier 1965.

La question qui se pose dans ce cas est la suivante: Est-ce que l'obligation du versement de l'avance forfaitaire par le service contractant s'étend à tous types de marché, et est ce que les différents intervenants dans l'exécution du marché peuvent en bénéficier?

En référence à l'article 80 du décret présidentiel 10-236 modifié et complété, on peut conclure que le versement des avances forfaitaires se limite aux marchés publics des travaux et de fournitures¹, compte tenu des énormes fonds nécessaires à leur exécution.

Le silence du législateur Algérien sur le caractère obligatoire ou facultatif du versement des avances forfaitaires concernant des marchés d'études et des services, ouvre droit au service contractant d'opter pour l'une des deux alternatives précitées et ce, eu égard à l'importance des prestations en question.

Le versement des avances forfaitaires est effectué dans les délais d'exécution du marché à compter de la date d'effet du contrat prescrivant le commencement des prestations soit par l'élaboration d'un ordre de service émis par le service contractant à l'intention du cocontractant soit par la notification du marché².

Le versement de l'avance forfaitaire peut être effectué en une seule fois, comme elle peut être également versée en plusieurs tranches dont l'échelonnement est prévu dans le marché³.

Concernant les personnes bénéficiaires des avances forfaitaires, l'article 81 dudit décret, met en évidence le droit des cocontractants, des sous-traitants⁴, et des sous commandiers⁵ de bénéficier de ces avances, sans pour autant préciser les conditions d'acquisition de celles-ci par les sous-traitants et les sous commandiers qui ne sont liés par aucun lien contractuel avec le service contractant.

2- Les modalités de remboursement des avances forfaitaires :

Le bénéfice des avances forfaitaires est conditionné par l'engagement du cocontractant de fournir au service contractant une caution d'égale valeur qui garantit la restitution des avances.

¹ - Art 80 du décret 10-236 modifié et complété stipule que: " les titulaires des marchés publics de travaux et de fourniture peuvent, outre l'avance forfaitaire, une avance sur approvisionnement...".

² - Daniel Chabanol, Le régime judiciaire des marchés publics, Le Moniteur, paris, 2005, p. 375.

³ - Art 79 du décret 10-236 déjà cité.

⁴ - Art 107 du décret 10-236 stipule que: " La sous-traitance porte sur une partie de l'objet du marché, dans le cadre d'un engagement contractuel liant directement le sous-traitant et le partenaire cocontractant du service contractant".

⁵ - Les sous commandes sont des commandes faites à des tiers par le titulaire d'un marché ou par ces tiers eux mêmes à d'autres tiers, en vue soit de la fabrication d'objet ou de matières intermédiaires devant entrer dans la composition de la prestation soit de l'exécution de certaines opérations conditionneront la réalisation de celle-ci. Précité par: Frank Moderne, op.cit., p.33.

Cette caution est émise par une banque du droit Algérien ou la caisse des garanties des marchés publics¹ pour les soumissionnaires nationaux

Concernant les soumissionnaires étrangers cette caution est émise par une banque de droit algérien couverte par une autre garantie émise par une banque étrangère appelée "garantie du premier ordre"².

Les cautions octroyées en contrepartie des avances forfaitaires s'appellent des cautions de restitution d'avances forfaitaires, car elles constituent une garantie de remboursement de ces avances par une banque du droit Algérien ou la caisse de garantie des marchés publics en cas de refus du cocontractant de procéder à leur restitution.

Compte tenu de la limitation du taux des avances forfaitaires à 15% du prix initial du marché, la caution de restitution d'avance est limitée également au même taux (15%) de la valeur de l'avance forfaitaire du montant initial du marché.

En ce sens le taux de la caution de restitution d'avance forfaitaire va de pair avec le taux des avances forfaitaires même dans le cas d'exception mentionné dans l'article 78 du même décret déjà précité.

Le versement des avances forfaitaires ne lui confère pas un caractère de paiement définitif du prix du marché³, autrement dit, la responsabilité du cocontractant est toujours de mise, tout en restant redevable devant le service contractant jusqu'au paiement définitif du prix du marché, puisqu'il est dans l'obligation de restituer ces avances et d'assurer l'exécution entière et conforme des prestations objet du marché.

Le montant de l'avance forfaitaire est fixe, et ne peut être affecté ni d'une clause de révision de prix ni d'une actualisation tant au versement qu'au remboursement.

¹ - Art 2 du décret exécutif 98-67 du 21 février 1998 portant création organisation et fonctionnement de la caisse de garantie des marchés publics (CGMP) stipule que: " En tant qu'instrument essentiel de l'état visant au maintien de l'équilibre entre l'évolution physique et financière des projets d'équipement publics inscrits au titre des programmes annuels et pluriannuels financiers sur le budget de l'état, la caisse a pour mission d'apporter sa garantie pour le financement des marchés, et commandes publics.

A ce titre, elle est chargée d'accorder sous toutes formes sa garantie au caution favorisant la réalisation financière des marchés et commandes.

² - Art 75 du décret 10-236 déjà précité.

On suggère dans ce contexte la reformulation de l'article 75 en remplaçant le terme "garantie du premier ordre" par le terme "une garantie à première demande" qui est une garantie apportée par un organisme bancaire qui s'oblige à payer le montant garantie à la collectivité sans contestation possible, dès la première demande. d'où son appellation. Précité par Corine contat, Aspect financier et comptables des marchés publics territoriale, édition, paris, 2007, p. 49.

³ - Art. 73 du décret présidentiel 10-236 déjà cité.

Cependant, le taux et les conditions de versement des avances forfaitaires qui sont fixées par le marché, ne peuvent aucunément être modifiés par un avenant¹.

La restitution des avances forfaitaires est effectuée sur la restitution des retenues sur les montants versés préalablement sous forme d'acomptes ou de règlement pour solde conformément aux conditions suivantes:

- Le remboursement des avances doit être effectué à un rythme fixé contractuellement par déduction sur les sommes dues au titulaire du marché.
- Le remboursement s'effectue à partir du paiement de la première situation ou facture.
- Le remboursement doit être terminé lorsque le montant des sommes payées atteint quatre vingt pour cent (80%) du montant du marché².
- Le remboursement commence lorsque le montant des sommes dûes au titre du marché atteint 70% de son montant initial³.

La main levée sur les cautions des avances forfaitaires s'effectue à la demande du cocontractant dès la récupération du montant des avances par voie de retenues opérées par le service contractant sur les sommes payées à titre d'acompte, ou de règlement pour solde, ou lorsque le montant des sommes payées atteint quatre vingt pour cent (80%) du montant du marché⁴.

¹ - Corine contat, op.cit., p. 61.

² - Art. 83 du décret présidentiel 10-236, déjà précité.

³ - Art 44/3 du CCAG déjà précité.

⁴ - Art 83 du décret présidentiel 10-236 déjà précité.

Section II : Les avances sur approvisionnement.

Le législateur Algérien qui n'a pas énoncé de définition précise sur les avances sur approvisionnement s'est limité à énumérer les conditions de leur octroi et leur mode de remboursement.

1- Les conditions d'octroi des avances sur approvisionnement :

Les avances sur approvisionnement sont des montants versés par le service contractant au profit des cocontractants dans le cadre du marché public de travaux et de fournitures en complément des avances forfaitaires¹.

Le versement des avances sur approvisionnement a pour but de couvrir les dépenses effectuées par le cocontractant pour la préparation du marché², ceci en application des conditions suivantes³:

- a. Les avances sur approvisionnement doivent être acquises postérieurement à l'octroi des avances forfaitaires en vertu de son caractère complémentaire et obligatoire pour la préparation du marché public.
- b. L'octroi des avances sur approvisionnement doit se limiter exclusivement aux titulaires des marchés de travaux et de fournitures.
- c. Les titulaires des marchés des travaux et de fournitures doivent présenter des contrats et des commandes confirmés qui justifient l'existence de matières et produits indispensables à l'exécution des marchés.
- d. Les cocontractants doivent présenter tout engagement express de déposer sur le chantier ou sur le lieu de livraison les matières ou produits dans un délai compatible avec le planning contractuel, sous peine de restitution de l'avance.
- e. Les cocontractants, les sous-traitants, les sous commandiers sont privés des approvisionnements ayant fait l'objet d'avance pour des travaux et des fournitures autres que ceux prévus dans le marché, ces approvisionnements sont les suivants⁴:

-Les fournitures prévues dans le marché.

-Les fournitures déposées sur le chantier ou sur le lieu de livraison convenu.

-Les fournitures qui n'ont pas servi à l'exécution du marché après l'achèvement des marchés.

-Les fournitures déjà payées par le service contractant.

¹ - Art 80 du décret présidentiel 10-236 déjà précité.

² - Taillefait Antony, Les aspects financiers et comptables des marchés publics des travaux, Imprimerie Nationale, paris, 2002, p. 132.

³ - Art 80/1 du décret présidentiel déjà cité.

⁴ - Art 81/2 du décret présidentiel 10-236 déjà cité.

La restriction du droit d'acquisition des avances sur approvisionnement énoncée par le législateur Algérien a pour but d'éviter les manœuvres émanant éventuellement des titulaires des marchés publics, et l'utilisation de ces avances dans l'exécution de marchés autres que le marché concerné.

2- Les modes de remboursement des avances sur approvisionnement :

L'article 82 du décret 10-236 modifié et complété stipule que: " Le montant cumulé de l'avance forfaitaire et des avances sur approvisionnement ne peut dépasser en aucun cas cinquante pour cent (50%) du montant global du marché".

Et dans le même concept, l'article 77 du même décret stipule que: " L'avance forfaitaire est fixée à un maximum de quinze pour cent (15%) du prix initial du marché".

Conformément à ces deux articles, on peut conclure que le taux de l'avance sur approvisionnement ne peut dépasser trente cinq pour cent (35%) du montant global du marché, tandis que le montant cumulé des deux avances ne peut en aucun cas dépasser les 50% du montant global du marché.

Le versement des avances sur approvisionnement est conditionné par la présentation préalable d'une caution de même valeur que l'avance intitulée:

« La caution de restitution d'avance sur approvisionnement ».

Cette caution est délivrée par une banque de droit algérien ou la caisse de garantie des marchés publics, et ce, par rapport aux soumissionnaires nationaux.

S'agissant des soumissionnaires étrangers, cette caution est délivrée par une banque de droit Algérien couverte par une autre garantie émise par une banque étrangère appelée garantie à première demande.

La récupération des cautions de restitution d'avance sur approvisionnement, est effectuée sur la demande du cocontractant et ce après le remboursement des avances sur approvisionnement par prélèvement sur les montants versés sous forme d'acompte ou règlement pour solde, ou dans le cas où le montant global des sommes versées atteint le taux de 80% du montant des marchés¹

¹ - Art 83 du décret 10-236 déjà cité.

Chapitre II : Le régime des acomptes :

Contrairement aux avances qui sont versées au cocontractant avant l'exécution matérielle de la prestation objet du marché, les acomptes sont des sommes versées par le service contractant en contrepartie de l'exécution partielle du marché¹.

Le montant des acomptes ne peut dépasser en aucun cas le volume des prestations auxquelles il se rapporte², sinon il incorporerait une avance et peut se trouver amputé du remboursement d'avance³.

Le bénéfice des acomptes est assujéti à l'engagement du cocontractant d'exécuter les principales opérations relatives au marché⁴. Cependant, le versement d'acompte ne présente pas un caractère définitif car le cocontractant reste débiteur jusqu'au règlement final du marché⁵.

Le législateur algérien par le biais du décret présidentiel 10-236 modifié et complété, a évoqué les différents types d'acomptes qui sont définis conformément à des conditions précises, comme il a abordé le versement de ces acomptes par le biais des procédures effectuées dans des délais prévus réglementairement. Ceci sera expliqué comme suit:

Section I: Les types d'acomptes.

En se référant aux articles 84- 85- 91 du décret présidentiel 10-236 on en conclut que les acomptes sont de 03 types:

1- Les acomptes sur approvisionnement des produits :

Ces types d'acompte son versés exclusivement dans des marchés de travaux conformément aux conditions suivantes⁶:

- Le titulaire du marché est tenu de justifier au service contractant le dépôt, dans le chantier, des produits nécessaires à l'exécution des travaux.
- Ces produits ne doivent pas avoir fait l'objet d'un paiement sous forme d'avance sur approvisionnement.
- Le montant des avances sur approvisionnement de produit ne doit pas dépasser le taux de 80% des produits calculés par application des prix unitaires

¹ - Art 73 du décret précité.

² - Jérôme Michon, Les marchés publics en 100 questions, édition Le Moniteur, paris, 2004, p. 223.

³ - Daniel Chalanol, op.cit., p. 375.

⁴ - Art 84/1 du même décret.

⁵ - Patricia Grelier, Pratique du droit de la construction, Eyrolles, paris, 2001, p. 503.

⁶ - Art 84/2 du même décret.

d'approvisionnement spécialement établis pour le marché considéré aux quantités constatés.

-Les approvisionnements doivent être acquis en Algérie.

2- Les acomptes mensuels :

Ces types d'acomptes ont été énoncés par l'article 85 du décret présidentiel 10-236 modifié et complété qui stipule que: " le versement des acomptes est mensuel en règle générale sauf qu'un accord soit possible par le biais du contrat du marché pour le versement des acomptes dans un délai dépassant un mois et ce ,conformément à la nature des prestations sujet du marché".

Le même article stipule que le versement des acomptes est subordonné à la présentation, selon le cas, de l'un des documents suivants:

- Procès verbaux ou relevés contradictoires de prise d'attachement.
- Etat détaillé des fournitures approuvé par le service contractant.
- Etat des salaires conforme à la réglementation en vigueur ou des charges sociales, visé par la caisse de sécurité sociale compétente.

3- Avances sur acomptes :

Ce type de versement est classifié parmi les acomptes dans la mesure où il est versé dans la phase d'exécution du marché et non pas avant.

Ce type d'acompte est appelé aussi "Avance supplémentaire" conformément à l'article 91 du décret 10-236, en ce sens qu'il constitue un montant versé par le service contractant au profit du titulaire du marché à titre exceptionnel, avec la prise en compte des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, et ce, suivant les conditions ci après¹:

- Le délai contractuel du règlement de la demande d'acompte présentée par le partenaire cocontractant est dépassé.
- Le montant de l'avance ne doit, en aucun cas, excéder quatre vingt pour cent (80%) du montant de l'acompte.
- Le bénéfice de cette avance supplémentaire cumulé avec les avances consenties, ne doit en aucun cas dépasser soixante dix pour cent (70%) du montant total du marché.

Le règlement de cette avance doit être effectué dans les délais et selon les procédures les plus diligentes, ce qui explique l'urgence des cas exceptionnels dans lesquels sont versés ces types d'acompte.

¹ - Art 91 du décret 10-236 déjà cité.

Section II: Le paiement des acomptes.

Nous entamons dans cette partie de la recherche l'étude des procédures relatives au versement des acomptes et les délais prévus à cet effet.

1- Les procédures de versement des acomptes :

Le service contractant est tenu de verser les acomptes au profit du cocontractant dans le cas où les délais sont précisés dans le marché, au motif que ce versement doit être effectué en contrepartie de l'exécution des prestations et leur constatation par le service contractant¹.

Le législateur Algérien n'a pas abordé les procédures de versement des acomptes dans le décret présidentiel 10-236, mais il a énoncé dans l'article 45 du CCAG que le rythme de délivrance des acomptes est le même que celui fixé pour l'établissement des acomptes provisoires.

Le décompte provisoire des travaux exécutés et des approvisionnements réalisés est considéré comme un procès verbal du service fait, qui peut servir comme un élément de base pour effectuer le versement d'acomptes au cocontractant².

Pour acquérir les acomptes, le cocontractant s'engage à présenter mensuellement un projet du décompte provisoire qui après avoir été accepté ou rectifié par le maître d'ouvrage, devient un décompte provisoire³ sur la base duquel sont effectués les versements des acomptes.

Le décompte provisoire doit comprendre en outre, s'il y a lieu, les avances, approvisionnements, indemnités, pénalités, primes et remboursements divers, en d'autres termes, toutes les sommes auxquelles le cocontractant a droit ou qu'il peut au contraire devoir au maître d'ouvrage et susceptibles de modifier le montant de son acompte⁴.

Le service contractant doit procéder à la vérification des prestations effectuées et ce, après réception de la demande d'acompte établie par le cocontractant. Il s'agit d'une application pure et simple du principe de la vérification du service fait. Cependant, les modalités de vérification vont varier selon la nature du marché.

Pour les marchés de prestations intellectuelles ou les marchés de service le cocontractant doit joindre à sa demande de versement d'acompte un compte rendu d'avancement de l'exécution du marché⁵.

¹ - Art 88 du décret 10-236 déjà cité.

² - Art 40 du CCAG déjà cité .

³ - Michel Vaillard et autres, Droit pratique des marchés publics de travaux, Le Moniteur, paris, 1981, p. 261.

⁴ - Michel Vaillard et autres, Droit et financement des marchés publics des travaux, Le Moniteur, paris, 1991, p. 301.

⁵ - Taillefait Antony, op.cit., p. 136.

Concernant les marchés des travaux et de fournitures, la vérification est effectuée à partir des constatations faites sur le chantier des éléments qualitatifs et quantitatifs relatifs aux travaux exécutés et des approvisionnements réalisés¹.

Dans le cas où les ouvrages doivent ultérieurement être cachés ou devenir inaccessibles et que par la suite les quantités exécutées ne seront plus susceptibles de vérification, le cocontractant doit en assurer le relevé contradictoire avec le représentant du service contractant².

2- Périodicité du versement des acomptes :

Le service contractant s'engage à verser les acomptes dans un délai ne dépassant pas trente jours (30) à compter de la date de réception de la situation ou de la facture³, c'est-à-dire à compter de la date de présentation par le cocontractant du projet du solde provisoire au service contractant, ce délai étant appliqué à l'ensemble des types de marchés publics.

Cependant, ce délai peut dépasser 30 jours dans certains types de marchés sur la base d'un arrêté émanant du ministre des finances.

Par contre, ce délai, qui peut être supérieur à deux mois, doit être précisé dans le marché⁴. Ce dépassement s'applique, à notre avis, aux marchés des travaux et fournitures dont l'exécution exige un long délai par rapport aux marchés des services et d'études.

Dans ce contexte, il est impératif de préciser le délai réel du paiement par la distinction des opérations de liquidation de la dépense et d'ordonnancement du paiement proprement dit.

Seules les opérations de liquidation et d'ordonnancement sont confiées au service contractant chargé d'engager la dépense. Quant au paiement proprement dit, il est l'œuvre des comptables publics.

L'ordonnancement consiste, après avoir contrôlé le service fait et calculé les sommes dûes par le service contractant, à donner ordre au comptable public compétent appelé Comptable Assignataire du marché de régler le cocontractant⁵.

Le comptable qui reçoit un mandatement doit s'assurer de l'existence des crédits nécessaires et de la régularité des pièces fournies à l'appui de cet ordre. Il peut donc, dans certains cas, rejeter le mandatement, ce qui retarde évidemment le paiement du cocontractant⁶.

¹ - Art 39/A-1 du CCAG déjà précité.

² - Art 39/B-6 du CCAG.

³ - Art 89/1 du décret présidentiel 10-236 déjà cité.

⁴ - Art 89/2 et 3 du décret 10-236 déjà cité.

⁵ - Michel Villard, Droit et pratique des marchés public de travaux, op.cit., p. 262.

⁶ - Michel Villard, Droit et financement des marchés publics des travaux, op.cit., p. 302.

La date du mandatement est portée à la connaissance du cocontractant par le service contractant, le jour de l'émission du mandat par écrit¹.

Le retard non motivé des versements des acomptes par le comptable assignataire rattaché au service contractant, engage la responsabilité pour faute et donne droit au cocontractant au bénéfice des intérêts moratoires.

Par contre, si le comptable assignataire suspend le paiement pour défaut de crédits ou pour irrégularité du mandatement, cette suspension est assimilable à un défaut de mandatement. La faute en incombe donc au service contractant².

Les intérêts moratoires sont dûs au cocontractant de plein droit et sans autre justification que le dépassement des délais contractuels. Une telle responsabilité exige du cocontractant, la preuve de la faute du service contractant, de l'existence de son préjudice, et du lien de causalité existant entre cette faute et ce préjudice³.

En conséquence, le retard du versement des acomptes par le service contractant, ne permet pas au cocontractant d'interrompre l'exécution du marché, dans la mesure où ce dernier ne peut arrêter l'exécution des prestations pour défaut de mandatement d'acompte conformément aux conditions suivantes⁴:

- Lorsque trois acomptes successifs n'ont pas été mandatés.
- L'interruption de l'exécution du marché doit être faite dans les trente jours qui suivent l'expiration des délais de mandatement du troisième acompte.
- L'interruption doit être faite après avoir informé le service contractant par lettre recommandée avec accusé de réception, et en donnant dans la lettre d'information, un délai de deux mois au service contractant pour mandater avant l'interruption des travaux.
- Le silence observé par le service contractant vaut acceptation de l'interruption. Par contre, le service contractant qui a été informé par le cocontractant peut ordonner la poursuite des travaux, malgré l'absence du mandatement au terme du délai imparti par le cocontractant. Dans ce cas, ce dernier peut prétendre au bénéfice des intérêts moratoires majorés de 50% et peut obtenir des indemnités.

¹ - Art89/3 du décret 10-236 déjà cité.

² - Michel Villard, Droit et pratique des marchés publics des travaux, op.cit., p. 263.

³ - Michel Villard, Droit et financement des marchés publics des travaux, op.cit., p. 303.

⁴ - Taillefait Antony, op.cit., p. 141.

Les intérêts moratoires sont calculés au taux d'intérêt bancaire des crédits à court terme, à partir du jour suivant l'expiration dudit délai jusqu'au quinzième (15) jour inclus suivant la date du mandatement de l'acompte¹.

Les intérêts moratoires sont dûs jusqu'à ce que les fonds soient mis à la disposition du cocontractant et ce, dans les cas suivants:

- Le mandatement est effectué après le délai de quinze (15) jours précité.
- Les intérêts moratoires n'ont pas été mandatés en même temps que l'acompte.
- La date du mandatement n'a pas été communiquée au cocontractant².

Le défaut de mandatement de tous ou partie des intérêts moratoires, lors du mandatement de l'acompte, entraîne une majoration de deux pour cent (2%) du montant de ces intérêts par mois de retard³.

Le législateur, a-t-on constaté, a consacré la protection des droits financiers du cocontractant, en cas de retard de leur versement par le service contractant, en ce sens que l'augmentation de 2% du montant des intérêts moratoires initiaux impliqués parallèlement au versement des acomptes, constitue une indemnisation au profit du cocontractant pour les dommages qu'ils a subis, en raison du retard causé par le service contractant.

Le retard sur lequel est calculé le pourcentage de 2% du montant des intérêts moratoires initiaux, est estimé sur un mois entier calculé de quantième à quantième⁴. Tandis que toute période inférieure à un mois entier est comptée pour un mois entier⁵.

Ceci permet la protection du cocontractant contre d'éventuelles manœuvres du service contractant particulièrement en ce qui concerne l'information du cocontractant sur la date du versement des acomptes, à partir duquel les intérêts moratoires initiaux sont calculés.

Le délai de mandatement des acomptes ne peut être suspendu par le service contractant qu'une seule fois, et ce, par l'envoi au cocontractant huit (08) jours au moins avant l'expiration du délai de 30 jours, d'une lettre recommandée avec accusé de réception postal incluant ce qui suit :

¹ - Art 89/4 du décret 10-236 déjà cité.

² - Art 89/5 du décret 10-236 déjà cité.

³ - Art 89/6 du décret 10-236 déjà cité.

- Appelé des intérêts moratoires complémentaires, lorsque les intérêts moratoires ne sont pas payés en même temps que le principale, les intérêts moratoires complémentaires sont dus à partir d'un retard de paiement des intérêts de trente jours.

précité par Patricia Grelier, op.cit., p. 499.

⁴ - Art 89/6 du décret 10-236 déjà cité.

⁵ - Art 89/7 du décret 10-236 déjà cité.

-Les raisons imputables au cocontractant qui justifient le refus de mandatement.

-Les pièces à fournir ou à compléter.

Cette lettre doit indiquer qu'elle a pour effet de suspendre le délai de mandatement jusqu'à la remise par le cocontractant, l'ensemble des justifications qui lui ont été réclamées¹.

Après la fin de la suspension, le délai laissé au service contractant pour mandater ne peut en aucun cas être supérieur à quinze (15) jours.

Le mandatement peut être effectué sur la base provisoire des sommes admises par le service contractant, en cas de désaccord sur le montant de l'acompte.

Après l'accord sur le montant de l'acompte, et lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dûes au bénéficiaire, ce dernier a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence enregistrée².

En plus des intérêts moratoires, le service contractant doit payer des dommages-intérêts en cas de refus persistant et non justifié de régler ses factures³.

Conclusion :

Le finacement administratif des marchés publics qui repose essentiellement sur un régime d'avance et d'acompte, permet au cocontractant d'obtenir une avance de trésorerie. Il correspond, respectivement pour les avances et les acomptes, à un paiement avant service fait et à un paiement de prestations en cours d'exécution, il a pour objectif de palier le paiement tardif des sommes dûes en cours d'exécution du marché et les difficultés de trésorerie des cocontractants.

Sur la base ce qui précède nous suggérons ce qui suit :

-La limitation du montant maximal des marchés des travaux et fournitures comme paramètre pour définir les cas obligatoires de versement des avances.

-La restriction du service contractant par un délai fixe comportant le versement des avances au cocontractant après présentation des cautions de restitution d'avances.

-La stipulation des conditions d'octroi des avances et des acomptes aux sous traitants et sous commendiés .

¹ - Art 89/7 du décret 10-236 déjà cité.

² - Art 89/8 du décret 10-236.

³ - Patricia Grelier, op.cit., p. 499.

-La clarification des procédures d'octroi des avances et des acomptes dans le cas où le cocontractant est un groupement d'entreprise.

- La définition des cas de versement des avances sur la base des délais d'exécution du marché.

-Nécessité d'une clause incluse dans le marché énonçant la méthode de calcul des avances.

-La limitation du cadre de versement des acomptes exclusivement aux marchés de travaux et de fournitures .

-La définition des cas exceptionnels dans lesquels est effectué le versement des avances sur acompte et ce, pour la protection des deniers publics contre toutes formes de dilapidation.

-La définition du délai du marché comme paramètre garantissant le droit à l'acquisition des acomptes.

-Obligation pour le service contractant par un texte explicite de notifier au cocontractant la date du mandatement des acomptes par une lettre recommandée avec accusé de réception , et ce, pour lui garantir le bénéfice des intérêts moratoires dont le calcul commence à compter de cette date.

-Nécessité de remettre le projet de solde provisoire destiné au service contractant pour le calcul des périodicités des versement des acomptes et la garantie du droit du cocontractant aux intérêts moratoires dans le cas où le service contractant néglige la notification du mandatement.

Les grandes surfaces commerciales portant atteinte a l'environnement



Zerrouki khadidja

Doctorante en droit des affaires comparée.

Enseignante contractuelle a la faculté de droit de mostaganem, Algérie.

Des pollutions diverses plus ou moins importantes, peuvent affecter l'environnement urbain en dehors des nuisances dues au bruit et aux pollutions atmosphériques. Ils s'agit d'activités commerciales, s'exerçant en général en périphérie des villes et soumises à des régimes particuliers de police dont la combinaison avec le droit de l'urbanisme n'est pas toujours aisée.

Le diagnostic est plus qu'alarmant, dans les périphéries des agglomérations grandes et moyennes, la multiplication anarchique des implantations commerciales s'est accompagnée d'une consommation foncière excessive.

Les déséquilibres spatiaux et les concurrences territoriales ravivées par l'application de la loi de modernisation de l'économie se renforcent, allant à l'encontre de l'Engagement national pour l'environnement, Les centralités urbaines se fragilisent et le processus de banalisation des paysages d'entrée de ville se poursuit, La surproduction manifeste de surfaces de vente au regard des potentiels locaux de consommation laisse craindre la formation d'une bulle spéculative sur le marché de l'immobilier commercial qui, si elle venait à éclater, se traduirait sur les territoires par la multiplication de friches commerciales.

Nous étudierons pour commencer la notion de grande surface ainsi que ses effets.

en second nous parlerons de quelques exemples de pollutions dues aux grandes surfaces .

section 1 : notions de grandes surfaces commerciales :

le développement des grandes surfaces commerciales se fait sous forme de supermarché (magasin de 500 à 2500 m²) ou sous forme d'hypermarché (unité de vente en libre service de plus de 2500 m²)¹, constitue un bouleversement non seulement au plan de la libre concurrence et de la survie des commerces traditionnels, mais aussi en ce qui concerne l'aménagement de la cité, des habitudes des consommateurs et la qualité de la vie en ville compte tenu de la surface occupée par ces installations, du trafic automobile induit et des bruits et nuisances diverses qui en résultent .

l'autorisation préalable de l'ouverture des grandes surfaces :

avant l'octroi du permis de construire, les grandes surfaces doivent obtenir une autorisation préalable d'exploitation commerciale, pour mieux contrôler l'implantation des grandes surfaces afin qu'elles soit notamment compatibles avec l'environnement urbain, l'article 6 du décret exécutif n° 12-111, dit que tout projet d'implantation d'un espace commercial, formulé par tout promoteur public ou privé disposant en toute propriété du terrain d'assiette, est soumis à l'approbation de la commission chargée de l'implantation et de l'organisation des espaces commerciaux.

L'article 7 dit qu'il est créé, au niveau de chaque wilaya, une commission chargée de l'implantation et de l'organisation des espaces commerciaux présidée par le wali ou son représentant et composée: D'un représentant élu de l'assemblée populaire de wilaya; des directeurs de wilayas chargés de la réglementation et de l'administration générale, du commerce, de la planification, de l'environnement, de la santé, de la culture, de l'agriculture, de la pêche, de l'urbanisme et de la construction; du représentant de la chambre de commerce et d'industrie concernée; du représentant de la chambre d'agriculture concernée du représentant de la chambre de l'artisanat et des métiers concernée; du représentant de la chambre de la pêche et de l'aquaculture concernée; du président de l'assemblée populaire communale concernée.

¹ l' article 43 et l'article 45 du décret exécutif n 12-111 fixant les conditions et les modalités d'implantation et d'organisation des espaces commerciaux et d'exercice de certaines activités commerciales.

La commission peut faire appel a toute personne qui, par ses compétences, peut l'éclairer dans ses travaux. Elle élabore et adopte son règlement intérieur. Le secrétariat de la commission est assuré par la direction de wilaya du commerce concernée.

La commission est chargée d'examiner et de traiter toutes les questions liées a l'urbanisme commercial , d'examiner et d'approuver tout projet d'implantation d'un espace commercial.

Et cet article ajoute une condition a l'implantation des hypermarchés, est soumise a l'avis préalable du ministre chargé du commerce et du ministre chargé de l'intérieur, mais ne cite pas les supermarchés, donc ces derniers ne sont pas soumis a cette condition, et non pas besoin de l'avis préalable du ministre chargé du commerce et celui chargé de l'intérieur, et peuvent saisir la commission directement pour l'obtention de l'approbation pour s'implanter.

L'article 46 dit aussi que l'implantation des grandes surfaces de type hypermarchés est autorisée uniquement en dehors des zones urbaines, mais ne parle pas des supermarchés donc ces derniers peuvent s'implanter en zones urbaines .

Le Permis de construire :

Le permis de construire et l'obtention de l'autorisation de l'ouverture d'une grande surface, sont en principe deux décisions indépendante, toute fois le permis de construire ne peut être sollicité qu'après justification de l'obtention de l'autorisation d'ouverture, si cette autorisation ne peut être subordonnée à la délivrance du permis de construire et si de ce fait, malgré un refus de permis de construire, une autorisation d'ouverture peut néanmoins être accordée, a l'inverse, la décision d'octroi du permis semble ne pouvoir être prise qu'après décision définitive autorisant l'ouverture de la grande surface, puisque le juge a décidé qu'a la suite d'un refus d'autorisation d'ouverture d'une grande surface, le permis de construire ne pouvait être délivré¹ .

Nous aurons pu penser de ce fait que la création d'un magasin de grande surface forme une opération administrative complexe avec le permis de construire, et que l'exception d'illégalité d'une telle création aurait pu être invoquée a l'occasion d'un recours contre le permis de construire, le conseil d'état français a refusé cette solution bien que la loi ait décidé que l'autorisation est un préalable obligatoire au permis de construire et bien que les deux

¹ CE, 10 juin 1983, delahaye. Rep, p.237 : si l'autorisation d'urbanisme commerciale est annulée , le permis doit l'être aussi .

législations en cause concourent ensemble et de façon complémentaire à l'aménagement de la cité et au cadre de vie urbain¹.

En tout état de cause le permis de construire ne peut être délivrée tant que le délai de recours contre la décision de la commission de deux mois n'a pas expiré ou tant que le ministère saisi n'a pas statué.

L'accès à la justice en matière de permis de construire est restreinte, et cela a conduit à refuser à une association de défense de commerçants d'attaquer le permis de construire d'une grande surface en France².

Section 2 : la pollution causé par les grandes surfaces commerciale :

Les grandes surfaces commerciales peuvent causée des pollutions diverses plus ou moins importantes, qui affectent l'environnement urbain, il s'agit de nuisances dues au bruit et aux pollutions atmosphériques.

La pollution atmosphérique :

L'article 4 de la loi 03-10 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, définit la pollution de l'atmosphère étant l'introduction de toute substance dans l'air ou l'atmosphère provoquée par l'émanation de gaz, de vapeurs, de fumées ou de particules liquides ou solides susceptible de porter préjudice ou de créer des risques de cadre de vie.

Nous citerons une jurisprudence française, pour montrer que ce genre de litige peut être difficile à résoudre:

La société COOP ATLANTIQUE exploite sous l'enseigne "Carrefour" un hypermarché ainsi qu'une station service situés à "Cognac", ZUP de l'Aurence à LIMOGES.

Début avril 2002, les occupants de la résidence voisine "Les Gémeaux" ont constaté la présence d'hydrocarbures dans le réseau d'écoulement des eaux pluviales du sous-sol de leur immeuble.

¹J.C.P, pos et grande surface TA Toulouse, 24 novembre 1994.

²Association des commerçants de limoge,

Par acte d'huissier de justice en date du 15 mai 2002, le syndicat des copropriétaires de la résidence "Les Gémeaux" a fait assigner la société COOP ATLANTIQUE devant le juge des référés à l'effet de voir organiser une expertise.

Par ordonnance en date du 27 mai 2002, le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Limoges a désigné un expert à l'effet de déterminer notamment, "les causes techniques et factuelles" des infiltrations d'hydrocarbures. Cet expert a établi le 29 février 2004 un rapport d'expertise aux termes duquel il indique: "La **pollution** provient bien de la station du magasin Carrefour. Cependant, lors de l'enlèvement des différentes cuves, aucune d'entre elles ne présentait de fissures ni de traces de fuite d'hydrocarbures. Il semblerait que la cause la plus plausible de cette **pollution** se soit produite au cours d'une des opérations de dépotage"¹.

Par acte d'huissier de justice en date du 14 février 2005, la société COOP ATLANTIQUE a fait assigner la SA AXA FRANCE IARD assurance auprès de laquelle elle a souscrit une assurance d'une responsabilité civile à l'effet de voir dire que le sinistre a bien une cause accidentelle entrant dans le cadre de la garantie et en conséquence, obtenir l'indemnisation du préjudice subi par les copropriétaires de la Résidence "Les Gémeaux".

Par jugement en date du 15 juin 2006, le tribunal de grande instance de LIMOGES a:

- débouté la société COOP ATLANTIQUE de l'ensemble de ses demandes et aussi rejeté la demande de nouvelle expertise formulée par la même société.

- alloué à la Société AXA FRANCE IARD la somme de 1 200 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Suivant la déclaration en date du 11 août 2006 la Société COOP ATLANTIQUE a régulièrement interjeté appel du jugement ainsi rendu.

Aux termes de conclusions déposées le 7 septembre 2007, la société COOP ATLANTIQUE conduit à la réformation du jugement entrepris en demandant à la Cour de:

- dire que le rapport rédigé par Monsieur l'expert désigné par Monsieur le juge est bien opposable à la société AXA FRANCE qui ne peut invoquer sa propre carence pour s'exonérer de sa propre responsabilité.

¹ Dépotage : Action de décharger un conteneur, une caisse mobile ou un véhicule transportant des matières liquides, gazeuses ou poudreuses.

- dire et juger que le sinistre a bien une cause accidentelle et qu'il entre de ce fait, dans le cadre du contrat d'assurance de responsabilité civile souscrit par COOP ATLANTIQUE auprès D'AXA France .

- condamner dès lors la société AXA à couvrir son assurée des frais occasionnés par le sinistre dont elle a fait l'objet soit :

* la somme de 244 278.96 euros .

* la somme de 9 729.40 euros correspondant aux dépenses engagées par le Syndicat des copropriétaires de la résidence "LES GEMEAUX", et chiffré par Monsieur l'expert .

* la somme de (30 827.71 - 9 270.40 = 21 557.31) euros correspondant aux dépenses du Syndicat des copropriétaires de la résidence "LES GEMEAUX" réactualisées par leur conseil en septembre 2004.

* la somme de 550 euros correspondant au préjudice subi par certain occupants de garages n'ayant pu les utiliser telle que récapitulée par Monsieur l'expert. Ces sommes s'entendent, bien entendu, sauf à parfaire.

- condamner la société AXA FRANCE à verser à COOP ATLANTIQUE la somme de 5 000 euros.

- A titre subsidiaire, nommer, s'il ne s'estime pas éclairé en l'état, au vu du rapport d'expertise de Monsieur l'expert corroboré par AMDE, tel expert qu'il lui plaira avec pour mission de procéder à une expertise sur dossier permettant de confirmer la cause du sinistre ainsi proposer les deux parties à l'instance à titre subsidiaire. Aux termes de conclusions déposées le 26 septembre 2007, la SA AXA IARD FRANCE conclut au contraire :

- au principal, à la confirmation des jugements entrepris.

- à titre subsidiaire, au débouté de la société COOP ATLANTIQUE eu égard aux clauses de la police d'assurance excluant toute garantie en cas de sinistre non accidentel tel un sinistre issu d'une corrosion des canalisations, ce qui est le cas en l'espèce.

MOTIFS DE L'ARRÊT

Attendu que la Société COOP ATLANTIQUE fonde son action sur un contrat de responsabilité civile souscrit auprès de la Compagnie AXA Qu'aux termes de ce contrat, l'objet de la garantie est ainsi définie ;

" 2.1 La garantie est acquise aux conséquences pécuniaires de la responsabilité civile encourue par l'assurée en raison des dommages corporels, matériels et immatériels causés aux tiers par une atteinte à l'environnement ou une **pollution** qui résulte d'un accident survenant :

* sur les sites terrestres exploités par l'assurée.

* sur les sites terrestres appartenant à des tiers dans la mesure où les dommages surviennent antérieurement à la livraison des travaux effectués par l'assuré.

N'est pas considéré comme "accident" - donc, ne fait pas l'objet de la garantie - une atteinte à l'environnement ou une **pollution**.

* Dont l'origine serait une accumulation, une corrosion, une fuite insidieuse, ou usure ou toute autre forme d'altération lente ou graduelle ou répétée ou continue,

ou qui se réaliserait d'une façon lente ou graduelle ou progressive, même si l'assurée ignorait l'existence de cette cause d'atteinte à l'environnement ou de **pollution**."

Attendu qu'il appartient en conséquence à la société COOP ATLANTIQUE de rapporter la preuve de l'origine accidentelle du sinistre.

OR attendu que la Société AXA FRANCE n'a pas été atraite dans la procédure de référer à l'origine de la désignation de Monsieur l'expert en qualité d'expertise;

Que l'audit de la société n'a pas été en mesure de faire valoir ses observations sur l'origine du sinistre;

Attendu au demeurant qu'il y a lieu de relever, qu'aux termes du rapport d'expertise, celui-ci a émis une conclusion hypothétique au niveau de l'origine du sinistre en indiquant: "il semblerait que la cause la plus plausible de cette **pollution** se soit produite au cours d'une des opérations de dépotage."

Attendu par ailleurs qu'il ressort d'un certificat d'épreuves établi par la société SANITRA FOURRIER que plusieurs canalisations alimentant certaines pompes ne "tenaient pas la pression " et étaient "fuyardes";

Qu'il subsiste ainsi une incertitude sur l'origine même des fuites d'hydrocarbures à l'origine du dommage;

Attendu qu'eu égard à l'ancienneté des faits, une expertise n'apparaît pas aujourd'hui susceptible d'être utilement ordonnée ;

Attendu qu'en définitive, la société COOP ATLANTIQUE, qui n'a pas estimé devoir attirer en temps utile la compagnie D'ASSURANCES AXA dans l'instance de référer, ne rapporte pas la preuve de l'origine accidentelle des fuites à l'origine accidentelle des fuites ayant occasionné les préjudices subis; Que le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a débouté la société COOP ATLANTIQUE de ses demandes ;

PAR CES MOTIFS, LA COUR :

Statuant en audience publique, par arrêt contradictoire , en dernier ressort, après en avoir délibéré conformément à la loi ;

- Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions.
- Condamne la Société COOP ATLANTIQUE aux entiers dépens.

2- Nuisance sonores :

La nuisance sonores est l'une des pollutions les plus fréquemment causée par les grandes surfaces commerciales pour des raisons évidentes, Indispensables aux activités commerciales, les livraisons génèrent, souvent, des nuisances sonores plus ou moins supportables, selon leur intensité, leur durée, les lieux et les horaires dans lesquels elles se produisent.

Les bruits de livraisons constituant des troubles anormaux de voisinage, La notion de trouble anormal de voisinage constitue une application de la théorie générale de la responsabilité civile délictuelle qui s'illustre dans l'article 124 du Code civil lequel déclare que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer». L'engagement de la responsabilité civile suppose donc la rencontre de trois éléments:

- une faute .
- un préjudice.
- et un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Toutefois en matière de nuisances sonores la faute est constituée par le bruit lui-même, indépendamment de toute intention de nuire, ce qui fait qu'en droit on affaire à un cas de responsabilité sans faute¹.

Dans un arrêt du 11 février 1999, à propos d'un riverain se plaignant des nuisances sonores occasionnées par les véhicules de livraison du magasin Monoprix à Colombes, la Cour de Cassation a confirmé un jugement rendu en dernier ressort par le Tribunal d'Instance de Colombes qui avait estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que la réception de camions dont le moteur, le groupe de froid ou le poste de radio n'étaient pas coupés constituait un trouble anormal de voisinage. Au passage, la Société a été condamnée à rembourser les fenêtres à double vitrage que le voisin avait installé pour se prémunir du bruit (Cass.Civ. 2, 11 février 1999, Sté aux galeries de la Croisette contre M.GuyX, n° 97-13812)².

De même, dans un arrêt du 04 novembre 2004, à propos, du bruit des livraisons d'un supermarché exploité par la société Lidl, la Cour de Cassation a considéré que le déchargement des camions effectuant des livraisons constituait un trouble anormal de voisinage et a confirmé une condamnation de celle-ci, sous astreinte, par la Cour d'appel de Montpellier à construire un hall de déchargement insonorisé (Cass.Civ.3, 4 novembre 2004, Sté Lidl contre EpouxX, n°03-13142).

De la même façon, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 22 mars 2006 et à propos d'une affaire complexe concernant les nuisances, notamment acoustiques, liées au fonctionnement d'un magasin Monoprix à Neuilly, a condamné les sociétés ImmoBanque et Monoprix à faire réaliser, sur toute la surface de vente du magasin, une chape flottante, conformément aux prescriptions des experts, pour réduire le bruit (CA Versailles, 22 mars 2006, Mme XY contre SIIC de Paris ImmoBanque, n° 04/08697)³.

Pour conclure, nous citerons la garantie de la responsabilité civile dommages de pollution accidentelle, puisque beaucoup de surface commerciale ont recours à ce genre de garantie, Cette garantie s'applique aux conséquences pécuniaires de la responsabilité civile que l'assurée peut encourir à raison des dommages corporels, matériels ou immatériels résultant de l'émission, la dispersion, le rejet ou le dépôt de toutes substances solides, liquides ou gazeuses polluant l'atmosphère, les eaux ou le sol à condition que ces phénomènes aient eux-mêmes une

¹ www.bruit-des-livraisons-jurisprudence, Maître Christophe SANSON, Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine .

² www.lexinter.fr

³ www.bruit-des-livraisons-jurisprudence, Maître Christophe SANSON, Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine .

cause accidentelle: rupture soudaine d'une pièce, incendie, explosion, fausse manoeuvre survenant dans l'utilisation des biens communaux ou dans le fonctionnement des services municipaux.

Sous réserve des exclusions générales, cette garantie ne couvre pas: les dommages dus à une défectuosité du matériel ou des installations de stockage, de confinement, de transport ou de traitement de produits ou déchets polluants connue de l'assuré au moment du sinistre pour l'application de cette garantie, il faut également tenir compte de la politique restrictive des entreprises d'assurance en matière de pollution.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615