

مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العني

باحث في القانون العام

الإيداع القانوني

PE 0113 2011

الرقم الدولي المعياري

X2028876

ملف الصحافة

2011/42

المطبعة

مكتبة دار السلام

شارع الحسن II زنقة طونكان عمارة 23، رقم 2، ديور الجامع الرباط - المغرب

05.37.72.58.23 :

الهاتف

06.61.10.65.51 :

الهاتف المحمول

05.37.72.13.32 :

الفاكس

contact@darassalam.ma :

البريد الالكتروني

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء - 20350

0662557163 :

الهاتف

elanbiredouane@gmail.com :

البريد الالكتروني

contact@revuealmanara.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئي

مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

العدد التاسع والستون / مارس 2025

المنارة

■ العدد

6

مكتبة دار السلام



توزيع :

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

9 شارع طونكان، عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع - الرباط

الهاتف 05.37.72.58.23 :

الفاكس 05.37.72.58.23 :

الموقع الرئيسي : www.darassalam.ma :

البريد الإلكتروني : lib.darassalam@yahoo.fr :

contact@darassalam.ma

دار السلام للنشر



الطبع :

دار السلام للنشر

9 شارع المقاومة، زنقة فرحات حشاد عمارة 127 رقم 02 - الرباط

الهاتف 05.37.70.65.33 :

البريد الإلكتروني : edition.darssalam@gmail.com :

الطبعة الأولى 2025 ©

حقوق الطبع محفوظة

اللجنة العلمية

د/ ابو بكر مهم

أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق - سطات
(القانون الخاص)

د/ عاصم التجاني إبراهيم شمعون

قسم إدارة الاعمال جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك
(المملكة العربية السعودية)

د/ عبدالله محمد عبدالله المليحان

رئيس قسم الاقتصاد وإدارة الأعمال - جامعة شقراء
(المملكة العربية السعودية)

د/ راجي يوسف محمود البياتي

رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية بكلية القانون
جامعة الكتاب - (جمهورية العراق)
(القانون الخاص)

د / محمد المودن

أستاذ مؤهل بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية المحمدية

د/ سعيد جفري

أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية
والسياسية - سطات

د/ عبد الرحيم فاضل

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق - الدار البيضاء
(القانون العام)

د/ عبد النبي ضريف

أستاذ جامعي بكلية الحقوق عين السبع - الدار البيضاء
(القانون العام)

د/ گولفرني محمد

أستاذ جامعي بكلية الشريعة - أكادير
(القانون العام)

د/ إدريس الحياتي

أستاذ جامعي بكلية الحقوق - أكادير
(القانون الخاص)

د/ جميلة العماري

أستاذة جامعية بكلية الحقوق - طنجة
(القانون الخاص)

د/ نعيم سائبك

أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات - بني ملال
(القانون الخاص)

د. / محمد شادي

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية - عين السبع
(القانون الخاص)

قواعد النشر

- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، و ألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سالفاً.
- تنشر المقالات باللغات العربية و الفرنسية و الانجليزية.
- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:
 - اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والانجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني
 - كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والانجليزية.
 - وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والانجليزية في حدود 300 كلمة.
- إتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب ، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر، ص
- توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:
 1. مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4 المواقع الالكترونية)
 2. المراجع باللغة الأجنبية : (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4 المواقع الالكترونية)
 3. طريقة كتابة المراجع:
 - الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب ، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر

• المقال: لقب الكاتب ، اسم الكاتب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة

• المواقع الالكترونية: لقب الكاتب ، اسم الكاتب، "عنوان المقال" اسم الموقع الالكتروني وتاريخ الولوج وساعته

— رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، السنة.

— إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر

— يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:

• نوع الخط هو TraditionalArabic (حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة الهوامش). أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman 12.

• ترك هوامش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.

• لا يزيد عدد صفحات المقال (بما في ذلك المراجع) عن 22 صفحة ولا يقل عن 15 صفحة

• يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني:

elanbiredouane@gmail.com

• يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.

• يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.

• يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.

• تعبر المضامين الواردة في المقال على آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.

• أي خرق لقواعد البحث العلمي أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.

المحتويات

افتتاحية العدد..... 9

الدراسات والأبحاث

- دور القانون في تحقيق أداء أكاديمي مُستدام" 13
- الأمن الأسري بين سلطان الإرادة التدخل والنظامي للمشرع الأسري في مدونة الأسرة" 37
- عبد الخالق الناجي..... 37
- وضعية المرأة السلاية: بين النص والقضاء. 55
- يونس أسوال 55
- الحماية الجنائية لرضا المستهلك المتعاقد 77
- معاد خيار..... 77
- مدونة الأسرة المغربية بين إشكاليات التطبيق واستشراف آفاق التعديل 97
- اشرف ركراكي..... 97
- " المركز القانوني للمؤسس في شركات المساهمة" 121
- د. عبد العالي أغباشي / يونس لعاني 121
- المواجهة القانونية المصرية لظاهرة المجرة غير الشرعية 141
- د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين 141
- تقنين الأسعار طبقا للقانون الموريتاني 189
- سيدي ولد محمد عبد الله ولد حد 189
- آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية 203
- الأستاذ ضياء نادر عواد / الدكتور جمال الدين بنعيسى 203
- "المجموعات الصحية الترايبية: الطبيعة القانونية والأدوار" 239
- عبد السلام لعريفي 239
- دعم الاستثمار الأجنبي والجموي: خيار أساسي لتدخل الدولة. 251
- الدكتور محمد الهواس..... 251

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد...

يسر مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي قرائها الكرام العدد الثامن والستون من سلسلة اعدادها العادية وكلنا أمل أن يكون بما احتواه من بحوث ودراسات تهل من تخصصات ومجالات بحثية متنوعة أن تضفي كلها نوراً وإشعاعاً يضيء درب الباحثين وينير سبيل.

وقد جاء العدد مزينا بألوان علمية متنوعة كلها تضفي نوراً على موضوعات مهمة تمس قضايا ذات أهمية بالغة، حيث ضم هذا العدد جملةً متنوعةً من المواضيع التي تتكامل فيما بينها لتعالج مواضيع انية وواقعية.

وباللقاء نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع أبحاث متنوعة ومختلفة كلها تتسم بالجدة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل: "دور القانون في تحقيق أداء أكاديمي مُستدام"، "الأمن الأسري بين سلطان الإرادة والتدخل النظامي للمشرع الأسري في مدونة الأسرة"، "وضعية المرأة السلاية: بين النص والقضاء"، "الحماية الجنائية لرضا المستهلك المتعاقد"، "المركز القانوني للمؤسس في شركات المساهمة"، "آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية"، "المجموعات الصحية الترابية: الطبيعة القانونية والأدوار"، "دعم الاستثمار الأجنبي والجهوي: خيار أساسي لتدخل الدولة". السياسة الحكومية في تدبير أزمة مياه الري: أية حكمة لضمان الأمن المائي المخصص للفلاحة في المغرب؟"، "التنمية المستدامة بالمغرب بين الالتزامات الدولية والإكراهات الوطنية"، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية بالمغرب" الى غير ذلك من الدراسات الجادة والرصينة.

نتمنى أن ينال هذا العدد رضا قرائنا الكرام وحسن إعجابهم، وندعو الله سبحانه تعالى أن يوفقنا للمساهمة في الرقي بالبحث العلمي القانوني و الإداري بالوطن العربي، ونشكر جميع القراء والباحثين من مختلف التخصصات القانونية، والانتماءات القطرية، الذين لم يتوانوا في التواصل الدائم مع المجلة، وساهموا بنتاج أبحاثهم، وزبدة أفكارهم في تنويع وإثراء مضامينها.

وتشاء القدار الإلهية أن يتزامن صدور هذا العدد مع الاحتفال باليوم العالمي للمرأة، الذي يصادف يوم 8 مارس من كل سنة، وبهذه المناسبة السعيدة تتشرف إدارة المجلة أن تتقدم بأخلص التهاني والتبريكات وأصدق المتمنيات لكل النساء المكافحات راجيا من العلي القدير أن يمن عليهن وعلى ذويهن بموفور الصحة والعافية، وأن يكمل أعمالهن بمزيد من التآلق والعطاء.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية



الدراسات والأبحاث



دور القانون في تحقيق أداء أكاديمي مُستدام

"The Role of Law in Achieving Sustainable Academic Performance"

 **BERAM Ghazal**

beramghazal1994@gmail.com

 **الأستاذ الباحث بيرم جمال غزال - دولة فلسطين**

مُحامي نظامي وعضو لجنة تحرير منشورات نقابة المحامين الفلسطينيين

مُحَكَّم معتمد في منازعات العقود المدنية والتجارية لدى وزارة العدل الفلسطينية

باحث دكتوراه في القانون الخاص - كلية الحقوق بالمحمديّة - جامعة الحسن الثاني بالمغرب

Summary

This research aims to shed light on the legal impact in enhancing and achieving sustainable academic performance in educational institutions. The research focuses on how laws and regulations can be employed to ensure an educational environment that meets the requirements of academic sustainability. It examines the legal foundations that guarantee the rights and duties of all parties involved in the educational process. The study reviews a set of national and international laws and provides practical examples of their applications in the academic context, aiming to balance students' rights, the obligations of educational institutions, and the necessity to adhere to quality and sustainability standards.

Keywords: Law, Academic Performance, Sustainability, Education, Legislation, Student Rights, Educational Institutions.

الملخص

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الأثر القانوني في تعزيز وتحقيق أداء أكاديمي مستدام في المؤسسات التعليمية. يتمحور البحث حول كيفية توظيف القوانين والتشريعات لضمان بيئة تعليمية تلي متطلبات الاستدامة الأكاديمية، وذلك من خلال دراسة الأسس القانونية التي تضمن حقوق وواجبات جميع الأطراف المعنية بالعملية التعليمية. يتناول البحث مجموعة من القوانين الوطنية والدولية، ويقدم أمثلة عملية على تطبيقاتها في السياق الأكاديمي، بهدف تحقيق التوازن بين حقوق الطلبة، وواجبات المؤسسات التعليمية، وضرورة الالتزام بمعايير الجودة والاستدامة.

الكلمات المفتاحية: القانون، الأداء الأكاديمي، الاستدامة، التعليم، التشريعات، حقوق الطلبة، المؤسسات التعليمية.

المقدمة

يُعدّ التعليم ركيزة أساسية لأي مجتمع يسعى إلى التقدم والازدهار. ولتحقيق أقصى استفادة من العملية التعليمية، لا بد من وجود بيئة تعليمية داعمة تُشجع على التعليم المستدام وتُمكن الطلاب من تحقيق إمكاناتهم الكاملة. في إطار ذلك، يلعب القانون دوراً هاماً في خلق هذه البيئة من خلال ضمان بيئة تعليمية عادلة وشاملة تُساهم في تحقيق أداء أكاديمي مستدام للطلاب، حيث تُحدد القوانين والسياسات التعليمية حقوق وواجبات الطلاب والمعلمين والمؤسسات التعليمية، وتخلق بيئة آمنة وداعمة للتعلم. كما تُساهم مبادئ العدالة والمساواة، التي تُرسخها القوانين، في ضمان حصول جميع الطلاب على فرص متكافئة للتعلم والنمو.

كما تُساعد القوانين في حماية الطلاب من التمييز والعنف والإهمال، وتُعزز شعورهم بالأمان والانتماء. تُقدم القوانين أيضاً إطاراً لعملية التعليم، وتُحدد المعايير الأكاديمية وتضمن جودة المناهج الدراسية وطرق التدريس. كما تُساهم في تقييم أداء الطلاب والمعلمين والمؤسسات التعليمية، وتُحفز على التطوير المستمر وتحسين جودة التعليم. علاوة على ذلك، تلعب القوانين كأداة فعالة في معالجة التحديات التي تواجه تحقيق الأداء الأكاديمي المستدام، مثل التسرب المدرسي والغياب وضعف التحصيل الدراسي؛ حيث تُقدم القوانين برامج دعم وتدخلات مُستهدفة لمساعدة الطلاب الذين يعانون من صعوبات تعليمية أو يواجهون ظروفًا اجتماعية واقتصادية صعبة.

أهمية البحث

تأتي أهمية هذه الدراسة في ظل تسليط الضوء على أهمية دور القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام، وتُمثل أهمية هذه الدراسة أهمية بالغة من الناحية النظرية والتطبيقية.

أولاً: الأهمية النظرية: حيث تأتي الدراسة متوافقة مع الاتجاه العام والذي يسعى لتطبيق اللامركزية في الإدارة التعليمية، وهكذا مع الاتجاه نحو تطبيق معايير الجودة في المدارس ووضع التشريعات التي تمكن القيادات التربوية من الإبداع الإداري، كما تؤدي إلى فهم العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي، كما توضح التحديات القانونية التي تواجه تحقيق أداء أكاديمي مستدام. وتبرز أهمية الدراسة في استكشاف أدوات تدخل القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام.

ثانياً: الأهمية التطبيقية: تفيد الدراسة متخذي القرار في التغلب على التشريعات واللوائح والقوانين المتشددة والتي تحكم إدارة التعليم وتحد من صلاحيات القيادات على المستويات الإدارية

الدنيا بما يعوق الإبداع الإداري، حيث يعد هذا البحث ذا أهمية بالغة لجميع المعنيين بالتعليم، بما في ذلك صانعي القرار والسياسات، والمعلمين، والباحثين، وأولياء الأمور، والطلاب؛ للوصول إلى التنمية المستدامة.

مشكلة البحث

تتمثل إشكالية الدراسة في تحديد طبيعة العلاقة ما بين القانون والأداء الأكاديمي، لهذا تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة على السؤال الرئيسي، ما هي طبيعة العلاقة ما بين القانون والأداء الأكاديمي؟، وعلى وجه التحديد تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما هو المقصود بالقانون والأداء الأكاديمي المستدام؟
2. ما هي التحديات القانونية التي تواجه تحقيق أداء أكاديمي مستدام؟
3. ما هي أدوات تدخل القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام؟

منهجية البحث

يتناول هذا البحث دراسة نظرية وميدانية بهدف الوصول إلى العلاقة بين القانون وتحقيق أداء أكاديمي مستدام، ولتحقيق عنوان هذا البحث تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لكونه الأنسب.

خطة البحث

لأهمية هذه المداخلة، فقد ارتأيت تقسيم الخطة البحثية للدراسة وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الأول: الإطار النظري للدراسة.

المطلب الأول: تحليل مفاهيم القانون والأداء الأكاديمي.

المطلب الثاني: العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي.

المبحث الثاني: الإطار العملي التحليلي للدراسة.

المطلب الأول: المعوقات والتحديات القانونية التي تواجه تحقيق أداء أكاديمي مستدام.

المطلب الثاني: أدوات وآليات تدخل القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام.

الخاتمة: المقترحات والتوصيات

المبحث الأول: الإطار النظري للدراسة

تمهيد وتقسيم: يتناول الإطار النظري للدراسة المفاهيم والنظريات المرتبطة بمجال الدراسة والتي تساعد على تفسير الظواهر وتحديد الدراسة البحثية، وسيتم تقسيم المبحث الأول إلى مطلبين، سيتناول المطلب الأول: تحليل مفاهيم القانون والأداء الأكاديمي، وسيتناول المطلب الثاني: العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي.

المطلب الأول: تحليل مفاهيم القانون والأداء الأكاديمي المستدام

أولاً: مفهوم القانون

لا يمكن للإنسان أن يعيش منفرداً، فوجود الإنسان في جماعة يفرض وجود تضارب بين مصالحه ومصالح غيره، هذا التضارب يؤدي حتماً إلى ترجيح مصلحة على أخرى، لهذا دعت الضرورة إلى وضع قواعد تنظم هذه المصالح المتضاربة وتحديد حقوق وواجبات الأفراد تجاه الجماعة وتجاه بعضهم البعض. يعتبر القانون فرعاً من فروع العلوم الاجتماعية، والقانون وهو عبارة عن نظام من القواعد التي يتم إنشاؤها وتطبيقها من خلال المؤسسات الاجتماعية أو الحكومية لتنظيم السلوك، على الرغم من أن تعريفه الدقيق هو مسألة نقاش طويلة الأمد. تم وصفه بشكل مختلف على أنه علم وفن العدالة.

التعريف اللغوي:

يرجع أصل كلمة (قانون) إلى اللغة اليونانية - Kanun والتي دخلت لاحقاً إلى اللغة العربية - ومعناها العصا المستقيمة أو الخط المستقيم وهذا تعبير مجازي للدلالة على النظام، أو القاعدة أو المبدأ أو الاستقامة في القواعد القانونية¹، فكلمة قانون تستعمل كمعيار لقياس انحراف الأشخاص عن الطريق المستقيم أي عن الطريق الذي سطره لهم القانون لكي يتبعوه في علاقتهم ومعاملاتهم.

وكلمة (القانون) وإن كانت غير عربية الأصل، إلا أنها عُرِبت واستقرت في اللغة العربية كالعديد من الكلمات، وقد جعلها (ابن جزئ) في الفقه المالكي عنواناً لكتابة (قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية) واستعملها حجة الإسلام الإمام (أبو حامد الغزالي) في المستصفى من علم الأصول، وابن خلدون والماوردي وأبو يعلى في الأحكام السلطانية وابن سينا في كتابه المشهور (القانون في الطب)² وإن كان يميل الغالب من الآراء إلى أن أصل لفظ القانون عربي

¹ محمد حسنين: الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 7.

² الباحث القاضي عبد الودود نصر بن زيد بن داود حول كلمة (قانون) بتاريخ 8 جمادى الآخرة 1429 للهجرة الموافق 12 يونيو 2008 الموقع الإلكتروني (الألوكة) تاريخ الزيارة يوم الأربعاء المصادف 2024/5/29.

الأصل¹، ومنه أخذ التعبير العام الذي يطلق على كل قاعدة إلزامية، فيقال قانون الصحة وقانون الطبيعة².

ويقول الفيروز آبادي في قاموسه المحيط (القانون مقياس كل شيء) فالقانون هو المقياس الذي يقاس به الأشخاص وأفعالهم، ويقاس به السلوك والأفعال بغية التحقق من عوارضها وآثارها والتمييز بين حسنها وقبيحها صحيحها وباطلها وما إلى ذلك من أحوالها³.

في حين ذهب اتجاه إلى أن القانون هو لفظ دخيل على اللغة العربية، ولعله انتقل إلينا من كلمة (KANON) اللاتينية، وتعني القاعدة. وهي كلمة لاتينية اقتبس منها الفرنسيون كلمة (Canon) للدلالة على قرارات المجامع الكنسية، وأخذها الإنكليز فأطلقوها على القانون الكنسي (Canon Law) وحدد غيرهم من الكتاب أن أصله رومي، ونسبه فريق إلى اللغة السريانية، كما نسبه فريق آخر إلى اللغة العربية، ولكل فريق حججه في دعم وجهة نظره، ولا ينطوي الخلاف على أصل اللفظ على فائدة علمية⁴.

التعريف الاصطلاحي:

أولاً: القاعدة الثابتة في العلوم الدقيقة التي تحكم الظواهر الطبيعية كقانون أو مبدأ السببية، فقانون الجاذبية يعتبر مثال إلى جانب العديد من الأمثلة التي تمس شتي مجالات العلوم. والمقصود به تكرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابت، وبهذا المعنى أُطلق لفظ القانون على النُظُم التي تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية، فيقال مثلاً قانون الجاذبية وقانون العرض والطلب.

وتستعمل كلمة قانون في مجال الفلسفة والطبيعات للدلالة على الخضوع لنظام ثابت لا يمكن الإفلات منه أو الخروج عليه، فمثلاً عادة يقال قانون رد الفعل، قانون السكون والحركة، قانون الغليان، ويقصد بلفظ قانون في لغة الفلاسفة، النظام القانوني الذي يحكم الكون وفقاً لنمط مطرد، والذي يحتم أن يحدث أمر معين كلما توافرت ظروف معينة.

ثانياً: القاعدة القانونية التي تحكم سلوك الأفراد والجماعة التي عليهم احترامها، وكلمة قانون في هذا المجال لها معنى واسع (عام) وآخر ضيق (خاص).

¹ الأستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشرعية الإسلامية، بغداد، مطبعة الآداب، 1972، ص 34.

² الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في مقدمة القانون المدني، الجزء الأول، القاعدة القانونية، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1983، ص 9.

³ الأستاذ الدكتور عبد الله مصطفى النقشبندى، علم أصول القانون، بغداد، شركة الفكر للتصميم والطباعة المحدودة، 1995، ص 50، 53.

⁴ الأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، المكتبة القانونية، ط 3، 2011، ص 19، 20.

(1) المعنى العام أو الواسع:

المقصود به مجموعة القواعد مكتوبة كانت أو غير مكتوبة التي تقرها الدولة لتحكم سلوك الأشخاص، فالتعريف المذكور شمل كل القواعد المعمول بها في المجتمع سواء تشريع أو شريعة إسلامية أو عرف أو فقه أو قضاء أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فالقانون بالمعنى العام "Droit" هو النظام الذي تجري وفقاً له علاقات الأشخاص في المجتمع، أو هو مجموعة القواعد التي تجعل هذه العلاقات تسير على وتيرة واحدة وطبقاً لنظام ثابت، أو بعبارة أخرى مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الناس في المجتمع.

(2) المعنى الخاص أو الضيق:

يطلق مصطلح قانون للدلالة إما على: التشريع: يقصد به مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة الملزمة التي تصدر عن السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين وللدلالة على فرع معين من فروع القانون المختلفة كقانون المحاماة مثلاً، لكن الأصوب أن تستعمل كلمة تشريع بدلاً من قانون، فنقول تشريع المحاماة، ففي اللغة الفرنسية نستعمل كلمة Loi للدلالة على التشريع لتنظيم أمر معين، أما كلمة قانون تقابلها Droit¹.

ثانياً: مفهوم الأداء الأكاديمي المستدام

الأداء الأكاديمي هو مفهوم يستخدم حصرياً في المجال التربوي للإشارة إلى التقييم الذي يتم في المؤسسات التعليمية المختلفة وعلى المستويات المقابلة، الابتدائي والثانوي والجامعي، من قبل المهنيين المثاليين بدقة تقييم المعرفة التي تعلمها الطلاب. حيث سيتم اعتبار أداء الطالب الأكاديمي جيداً عندما تكون درجاته جيدة ومرضية بعد التقييمات التي خضع لها خلال الدورة الدراسية المعنية. على العكس من ذلك، سنتحدث عن أداء أكاديمي ضعيف أو ضعيف للطالب عندما لا تصل الدرجات التي يتم الحصول عليها بعد الاختبارات إلى الحد الأدنى من الموافقة².

يطلق على الأداء الأكاديمي مصطلح "التحصيل الدراسي" وهو محصلة التعليم أو المدى الذي يحقق عنده الطالب أو المعلم أو المؤسسة أهدافهم التعليمية.

¹ الدكتور سمير كامل، المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون، القاهرة، 1985-1986، ص 10.

والدكتور صاحب عبید الفتلاوي، السهل في شرح القانون المدني: مدخل لدراسة علم القانون، عمان، دار وائل للنشر، 2011، ص 18.

² مقالة بعنوان: تعريف الأداء الأكاديمي، منشورة عبر منصة فاكتس نيوز، متاحة عبر الرابط التالي: <https://ar.facts-news.org/taaryf-aladadaa-alakadymy>

يُحسب التحصيل الدراسي عادة عن طريق الفحوصات أو التقييم المستمر ولكن لم يتفق الجميع على أفضل طريقة لاختبار ذلك أو أهم خواصه؛ كالمعرفة الإجرائية مثل المهارات أو المعرفة التصريحية مثل الحقائق¹.

والهدف من الأداء الأكاديمي هو تحقيق مقياس موضوعي وملموس لأداء كل طالب، والهدف ليس وضع ملاحظات متقلبة أو متناقضة، ما هو مطلوب بشكل أساسي من خلال أداة التقييم هذه هو معرفة ما إذا كان الطالب قد تعلم ووفقاً للمحتويات، فسيكون ذلك هو ما سيسمح للطلاب بأداء مرضٍ غداً في أي سياق.

وهو مفهوم شامل بجميع الجوانب المختلفة من الأعمال الأكاديمية سواء كانت تدريسية أو تقنية أو إدارية أو تنظيمية أو منهجية أو بحثية أو تقويمية. فهو لا يرتبط ببعضو هيئة التدريس فقط، ولا بالمنهج الذي يدرس بالرغم من الأهمية الكبيرة لكل منها في هذه العملية، وإنما يرتبط نجاح أي مؤسسة بنجاح قياداتها الإدارية أولاً، وفعاليتها وقدرتها على توجيه النشاط التعليمي لتحقيق الأهداف المرجوة بالارتقاء بإنتاجية المؤسسة التربوية، ورضا العاملين في هذه المؤسسة²

العوامل المؤثرة في الأداء الأكاديمي: يظهر أداء الأفراد نتيجة لعملية تفاعل بين القوى الداخلية والقوى الخارجية المحيطة به، ذلك أن القوى الداخلية المحركة للأداء تتأثر بعدد من العوامل مثل العوامل الوراثية، والعوامل البيئية، وثقافة كل من المجتمع وأعضاء هيئة التدريس. وقد حددت مجموعة من العوامل التي تؤثر في الأداء الأكاديمي وهي على النحو الآتي³:

1. حجم العمل والذي قد يؤثر في الأداء الأكاديمي للعاملين في المؤسسة التي تعالج بطبيعة وجودها حجماً كبيراً من العمل، فاحتياجات الوحدة الإدارية قد تزيد أو تقل عن بعض الوحدات داخل المؤسسة.
2. انجاز العمل المتأخر أو المؤجل بطريقة أكثر من المعتاد، يمكن أن يسبب تعجلاً ومعدلاً أعلى للإنتاج، ومثل هذا التعجل أو السرعة في إنجازها يتولد عنه انخفاض في نوعية المنتج النهائي، في حين يسبب النقص في العمل المتاح انخفاضاً في معدل الإنتاج.

¹ Annie Ward, Howard W. Stoker, Mildred Murray-Ward (1996) , "Achievement and Ability Tests - Definition of the Domain", Educational Measurement, University Press of America.

² أمل علي محمود سلطان، غادة فوزي هاشم، تطوير الأداء الأكاديمي لأعضاء هيئة التدريس بكتليات التربية في ضوء مدخل التوأمة الجامعية، مجلة كلية التربية - جامعة أسيوط، المجلد 38، العدد 12، مصر، ديسمبر 2022، ص 88.

³ Abd al Mohsen. (2002), Evaluation of performance, new entries for a new world, 1st Ed, Alexandria: Arab Renaissance House.

3. العوامل الفنية وهي المتابعة والاستمرار في إدخال التكنولوجيا الحديثة من أجهزة ومعدات تقييم وبرمجيات، وذلك لأن أداء العاملين يتحدد بمستوى التكنولوجيا المتوافرة ونوعيتها.
4. الهيكلية التنظيمية والإجرائية ذات أثر مباشر في الأداء الأكاديمي ويتمثل ذلك بأن معدل الإنتاج يتوقف على عوامل عدة منها: ملائمة الترتيبات التنظيمية الذي يغير من تدفق العمل وتتابعه عادة ما يترتب عليه تغيير في معدل الإنجاز، واختصار خطوات العمل بما يقلل من الموارد المطلوبة لإنهاء العمل¹.

ويشير مصطلح "مستدام" إلى معنى واسع، وهو القدرة على الحفاظ على شيء ما أو دعمه بشكل مستمر على مدى فترة طويلة دون أن يتسبب ذلك في نفاذ الموارد أو التأثير السلبي على البيئة أو المجتمع.

ويعد مصطلح الأداء المستدام من المفاهيم التي نالت الاهتمام في الوقت الحاضر خصوصاً بعد ظهور العولمة وانفتاح السوق وما صاحب ذلك من تغيرات في بيئة الأعمال الحديثة ومن بينها الوعي بأهمية الأداء المستدام للوحدات الاقتصادية والمخاطر التي من المحتمل أن تواجهها فضلاً عن حاجة الإدارة إلى معلومات عن الأداء المستدام لتلك الوحدات لكي تتمكن من تحقيق الأهداف الاستراتيجية ومن بينها هدف تعزيز التنمية المستدامة وهو نمط تنموي يسعى لتحقيق رفاهية المجتمع دون الاضرار بالبيئة ومواردها وذلك لأنه يعتبر ملكية مشتركة بين الأجيال الحالية والمستقبلية.

وقد بينت الكثير من الأبحاث ذات الصلة أن التقنيات التقليدية المستخدمة تعاني من القصور في تقويم أداء الوحدات الاقتصادية وذلك لاقصرها على المؤشرات المالية فقط التي لم تعد قادرة لوحدها على توجيه وتقويم أداء تلك الوحدات، وادى ذلك بالنتيجة إلى بذل المزيد من الجهود على المستوى الأكاديمي والمهني لإيجاد تقنيات جديدة لتقويم الأداء للوحدات الاقتصادية تجمع بين المؤشرات المالية وغير المالية².

ويشير مصطلح "الأداء الأكاديمي المستدام" إلى قدرة الطالب على الحفاظ على مستوى عالٍ من التحصيل الدراسي على مدار فترة زمنية طويلة. يتطلب ذلك من الطلاب تطوير مهارات وممارسات فعالة للتعلم، وإدارة وقتهم بفعالية، والحفاظ على الدافع والتركيز. هناك العديد من

¹ ميساء غيطان، احمد بطاح. (2020). درجة جودة الأداء الأكاديمي لأعضاء هيئة التدريس في الجامعات الخاصة في الأردن من وجهة نظر أعضاء هيئة التدريس. المجلة التربوية الأردنية. الجمعية الأردنية للعلوم التربوية. 5 (2)، 186-209، ص 203.

² سجي محمد سلمان، تقويم الأداء المستدام للوحدات الاقتصادية باستعمال التقارير المتكاملة، رسالة ماجستير، كلية محاسبة الاعمال / قسم الرقابة المحاسبية والمالية، جامعة الهيرن، العراق، 2022.

العوامل التي تساهم في الأداء الأكاديمي المستدام، منها: مهارات التعلم الفعالة، الدافع والتركيز، إدارة الوقت، الدعم الاجتماعي، الصحة الجسدية والعقلية.

وفي إطار العلاقة بين القانون وتحقيق أداء أكاديمي مستدام؛ نرى أن القوانين تساهم بشكل حاسم في تحقيق أداء أكاديمي مستدام من خلال توفير إطار تنظيمي داعم، وضمان التمويل العادل، وتطوير مناهج شاملة، وتقديم التدريب المستمر للمعلمين، وتشجيع المشاركة المجتمعية.

المطلب الثاني: العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي

أولاً: ماهية العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي

تعد القوانين بما فيها القوانين التعليمية أحد الأدوات المركزية في تعزيز الأداء الأكاديمي، وعلى ذلك حرصت الدول على تنظيم العملية التعليمية بمجموعة من القوانين، وتعتبر القوانين واللوائح التعليمية من أهم مصادر الضبط الاجتماعي داخل المؤسسات التعليمية، فهي قواعد ثابتة ومكتوبة يتم العمل بناءً عليها، والقياس بها، ولكي يتحقق الهدف من هذه القوانين واللوائح؛ فلا بد من الوعي بها وبكيفية تطبيقها وبمتطلبات هذا التطبيق حتى لا يتسم الجو المدرسي بالفوضى والتسيب، وإدارة التعليم جزء من النظام الإداري للدولة، فأهداف التربية والمبادئ التي يقوم عليها نظام التعليم من الأمور التي لا يمكن تقريرها بمعزل عن سائر مؤسسات الدولة وتنظيمها¹.

وقد حظي التعليم في معظم المجتمعات بمزيد من الاهتمام خاصة فيما يتعلق بإصدار التشريعات التي تنظم كافة جوانبه بالشكل الذي يمكنه من تحقيق أهدافه، حيث تم إلقاء الضوء على التشريعات المتعلقة به بطريقة علمية يساعد على نقل الاهتمام بحيز التنفيذ، وفي التعرف على مدى وضوح هذه التشريعات وكفايتها لمساعدة النظام التعليمي على تحقيق أهدافه، وتقديم المقترحات لتطويره، فنجاح النظام التعليمي في تحقيق أهدافه والوصول إلى الجودة المطلوبة يستلزم - بلا شك - بيئة مناسبة؛ حتى تؤدي ثمارها المرجوة والمبتغا، وهذا يقتضي ضرورة توفير عدد من المتطلبات، لعل من أبرزها - في تقديري - توفير بيئة تشريعية تعزز وتحفز جودة التعليم وتنظمه².

كما أن العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي هي علاقة تفاعلية ومعقدة. على المستوى النظامي، القوانين تؤثر على جودة ونوعية التعليم المتاح للطلاب، مما ينعكس على أدائهم الأكاديمي.

¹ مصطفى كيلاني، دور القوانين والتشريعات في تدعيم الإبداع الإداري لدى القيادات التربوية في التعليم ما قبل الجامعي بمصر - دراسة تقويمية، المجلة التربوية لتعليم الكبار، المجلد الثالث، العدد الأول، يناير 2021، 91-115.

² جمال الدهشان: "دراسة تحليلية للمواد الخاصة بالتعليم في دساتير مصر المختلفة"، المؤتمر الرابع لكلية التربية بالمنوفية، 2014.

ومن جهة أخرى، فدراسة القانون كتخصص أكاديمي تتطلب مجموعة من المهارات والالتزامات التي تؤثر على الأداء الأكاديمي للطلاب. بالتالي، يمكن القول أن هناك تأثير متبادل بين القانون والأداء الأكاديمي. القوانين والسياسات الجيدة تسهم في خلق بيئة تعليمية مناسبة تدعم تحقيق الأداء الأكاديمي العالي، بينما يمكن للأداء الأكاديمي الجيد أن يكون دافعاً لتطوير وتحسين السياسات التعليمية والقانونية.

ثانياً: جوانب العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي ومساراتها

1) جوانب العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي

يمكن أن تُفهم هذه العلاقة من خلال عدة جوانب تتداخل فيها الأنظمة القانونية والسياسات التعليمية، على النحو التالي:

أولاً: اللوائح والسياسات التعليمية: تضع الأنظمة القانونية مجموعة من اللوائح والسياسات التي تنظم العملية التعليمية. هذه اللوائح تشمل المعايير الأكاديمية، حقوق وواجبات الطلاب والمعلمين، وتنظيم المناهج الدراسية. الامتثال لهذه اللوائح يمكن أن يؤثر بشكل مباشر على جودة التعليم والأداء الأكاديمي للطلاب.

ثانياً: سياسات التعليم الإلزامي: تفرض القوانين في كثير من الدول التعليم الإلزامي حتى مستوى معين، مما يضمن حصول جميع الأطفال على تعليم أساسي على الأقل، ويعزز الأداء الأكاديمي.

ثالثاً: تمويل التعليم: تعتمد المدارس والجامعات على التمويل الحكومي الذي يتم تحديده وتوزيعه وفقاً للقوانين والسياسات المالية للدولة. وبالتالي فإن التمويل الكافي والعادل يمكن أن يوفر الموارد اللازمة لتحسين البيئة التعليمية، مما ينعكس إيجاباً على الأداء الأكاديمي.

رابعاً: حقوق الطلاب والمعلمين: تحمي القوانين والاتفاقيات والمواثيق الدولية؛ حقوق الطلاب والمعلمين وتضمن لهم بيئة تعليمية آمنة وعادلة. لذا فإن وجود قوانين تحمي من التمييز وتضمن حرية التعبير يمكن أن يعزز من الأداء الأكاديمي من خلال توفير بيئة تعليمية داعمة ومحفزة¹.

خامساً: المساءلة والجودة: تضع الأنظمة القانونية مجموعة من المعايير لمساءلة المؤسسات التعليمية عن أدائها الأكاديمي. هذه المعايير تضمن أن تكون المؤسسات التعليمية ملتزمة بتحقيق نتائج معينة وتقديم تعليم ذو جودة عالية.

¹ تضمن اتفاقية اليونسكو لمكافحة التمييز في مجال التعليم، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية وقرار مجلس حقوق الإنسان بشأن الحق في التعليم "A/HRC/53/L.10" حقوق الطلاب في التعليم وحظر التمييز.

سادساً: القوانين المتعلقة بالتكنولوجيا؛ في العصر الحديث، تلعب التكنولوجيا دوراً كبيراً في التعليم. لذا نرى في إطار ذلك مجموعة قوانين تتعلق بحماية البيانات والخصوصية، لذا فإن القوانين تؤدي إلى التعامل مع التكنولوجيا في المؤسسات التعليمية، وهذا ما يضمن استدامة الأداء الأكاديمي واستخدام آمن وفعال للتكنولوجيا في التعليم، مما يعزز الأداء الأكاديمي من خلال تقديم أدوات تعليمية متطورة.

سابعاً: دراسة القانون كأحد التخصصات الأكاديمية؛ إضافة لما سبق، فإنه وعلى جانب آخر، دراسة القانون تتطلب مهارات أكاديمية محددة ويمكن أن تؤثر على الأداء الأكاديمي بطرق مختلفة:

1. تطوير مهارات التحليل والنقد: دراسة القانون تساعد الطلاب على تطوير مهارات التحليل النقدي والتفكير المنطقي، وهذه المهارات تعتبر أساسية للأداء الأكاديمي المتميز في أي مجال دراسي.
2. عبء الدراسة: تخصص القانون غالباً ما يكون مكثفاً ويتطلب دراسة مكثفة وقراءة موسعة، مما قد يشكل تحدياً للطلاب ويؤثر على أدائهم الأكاديمي إذا لم يتمكنوا من إدارة وقتهم بشكل فعال.
3. فرص النجاح الأكاديمي والمستقبلي: النجاح الأكاديمي في دراسة القانون يمكن أن يفتح أمام الطلاب فرصاً مهنية واسعة في مجالات متعددة مثل المحاماة، العمل في الشركات، المناصب الحكومية، والأوساط الأكاديمية.

(2) مسارات تحليل العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي

وفي إطار تحليل جوانب العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي، نجد أننا أمام مسارات: أحدها إيجابي وسلبي، وآخر حقوقي. وهذا ما تبرزه ماهية العلاقات بين كلٍ منهما. على النحو التالي؛

المسار الأول: تأثير القانون الإيجابي على الأداء الأكاديمي:

1. خلق بيئة تعليمية آمنة: وهي البيئة المدرسية التي يتوافر بها مناخ تربوي سليم يساعد على التعلم، ويمسر لعمليتي التدريس والتعليم، حيث يسير العمل داخل المدرسة بشكل واضح ومنظم وخالٍ من المشكلات، وهي بيئة خالية من التمييز والعنف¹.
2. ضمان المساواة في الفرص التعليمية: يضمن القانون حصول جميع الطلاب على فرص متساوية للتعلم، بغض النظر عن خلفيتهم أو ظروفهم.

¹ أنس عيسى، العوامل المؤثرة على البيئة التعليمية، دليل المدرب الإلكتروني، متاح عبر منصة مساق، 2023.

3. تعزيز الانضباط المدرسي: يساعد القانون في الحفاظ على الانضباط داخل المدرسة، مما يخلق بيئة مناسبة للتعلم.
4. توفير الموارد التعليمية: يفرض القانون على الدول توفير الموارد اللازمة للتعليم، مثل المدارس والمعلمين والمواد التعليمية.
5. حماية حقوق الطلاب: يحمي القانون حقوق الطلاب، مثل الحق في التعليم والحق في التعبير عن الرأي.

المسار الثاني: تأثير القانون السلبي على الأداء الأكاديمي:

1. القوانين الصارمة: قد تؤدي القوانين الصارمة، مثل قوانين غياب الطلاب، إلى تسرب الطلاب.
2. التمويل غير الكافي: قد يؤدي نقص التمويل إلى نقص في الموارد التعليمية، مما قد يؤثر سلبًا على الأداء الأكاديمي للطلاب.
3. عدم المساواة في التعليم: قد تؤدي عدم المساواة في التعليم، مثل عدم توفر فرص متساوية للطلاب من ذوي الدخل المنخفض، إلى تفاقم الفجوة في التحصيل الدراسي.

المسار الثالث: الأداء الأكاديمي بين الحق والقانون

لعل أبرز ما يمكن أن يقال في تحليل العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي، ما جاء فيه الكاتب إسحاق كاندل حينما قال: «إن تكوين أفراد أحرار، خلافا لما كنا نتصوره، لا يتطلب اعتماد حرية التصرف في مناهج وأساليب التعليم، بل يستوجب منحهم سبل الفهم الواعي لمسؤولياتهم وواجباتهم». هذا ما كتبه أخصائي التربية الأمريكي إسحاق كاندل (1881 - 1965) في النص الذي أرسله إلى اليونسكو سنة 1947 تحت عنوان «التعليم وحقوق الإنسان»، ردا على تحقيق اليونسكو حول الأسس الفلسفية لحقوق الإنسان¹.

وبتحليل هذه العبارة نرى رؤية عميقة حول العلاقة بين القانون والتعليم، ودورها في تحقيق أداء أكاديمي متميز. يمكن تحليل هذه العبارة من عدة جوانب:

¹ الموقع الرسمي لليونسكو، رسالة اليونسكو، 21 أكتوبر 2018، متاحة عبر الرابط التالي:

<https://courier.unesco.org/ar/articles/tlym-hqwq-alansan>.

(1) التعليم والحرية والمسؤولية:

الحرية في المناهج وأساليب التعليم: كاندل يشير إلى أن تحقيق حرية التصرف في المناهج وأساليب التعليم ليس بالضرورة كافياً لتكوين أفراد أحرار. بدلاً من ذلك، يجب أن يكون هناك تركيز على فهم الأفراد لمسؤولياتهم وواجباتهم.

الوعي بالمسؤوليات والواجبات: لتحقيق أداء أكاديمي متميز، يجب أن يتم تزويد الطلاب بالمعرفة والقدرة على فهم مسؤولياتهم وواجباتهم. هذا الفهم يخلق بيئة تعليمية حيث يدرك الطلاب أهمية التعلم ويسعون لتحقيق النجاح الأكاديمي بدافع داخلي وليس فقط بسبب الضوابط الخارجية.

(2) القانون في السياق التعليمي:

وضع إطار قانوني للتعليم: القوانين والسياسات التعليمية التي تحدد حقوق وواجبات الطلاب والمعلمين تساهم في خلق نظام تعليمي متوازن. هذه القوانين يمكن أن تشمل: حقوق الإنسان في التعليم: التأكيد على حقوق الطلاب في الحصول على تعليم جيد يحترم حقوقهم الأساسية.

الالتزامات التعليمية: القوانين التي تفرض معايير تعليمية عالية وتضمن توفير موارد كافية للمدارس. القوانين ودورها في تعزيز الفهم الواعي: القوانين يمكن أن تدعم المناهج التعليمية التي تركز على تعليم الطلاب فهم مسؤولياتهم المجتمعية والشخصية، مما ينعكس إيجاباً على أدائهم الأكاديمي.

(3) الأداء الأكاديمي والتربية المدنية:

التربية المدنية كجزء من المنهج: إدماج موضوعات التربية المدنية وحقوق الإنسان في المناهج الدراسية يعزز من وعي الطلاب بدورهم في المجتمع، مما يؤدي إلى تعزيز مشاركتهم الإيجابية والتزامهم بالتعلم.

تطوير شخصية الطلاب: التعليم الذي يركز على الفهم الواعي للمسؤوليات يساهم في تطوير شخصية الطلاب بشكل متكامل، مما ينعكس إيجاباً على تحصيلهم الأكاديمي¹.

¹ أ.د. أحمد الهنساوي، د. وائل غنيم، الأداء الأكاديمي باستخدام التكنولوجيا الرقمية وعلاقته بإستراتيجيات التنظيم الذاتي والكفاءة الذاتية والدافعية الأكاديمية، مجلة الدراسات والبحوث التربوية، المجلد 2، العدد 2، 2021، ص 23.

4) تأثير الفلسفة التعليمية على الأداء الأكاديمي:

الفلسفة التعليمية والتأثير القانوني: رؤية كاندل تبرز أهمية الفلسفة التعليمية التي تدمج بين القوانين والسياسات التعليمية والمبادئ الفلسفية لحقوق الإنسان. كما تساعد في بناء نظام تعليمي يحقق أداء أكاديمي متميز من خلال تنمية الطلاب بطرق شاملة ومتوازنة.

لذا وبشكل عام، فإن تحليل عبارة إسحاق كاندل يظهر أن العلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي ليست مجرد علاقة تنظيمية، بل هي علاقة تتطلب توازناً دقيقاً بين الحرية والمسؤولية. القوانين التعليمية التي تعزز من فهم الطلاب لمسؤولياتهم وواجباتهم يمكن أن تؤدي إلى تحسين الأداء الأكاديمي من خلال بناء بيئة تعليمية واعية وداعمة. هذه الفلسفة التعليمية تركز على أن الأفراد الأحرار والمستنيرين هم نتاج نظام تعليمي يتكامل فيه الفهم العميق للحقوق والواجبات مع الحرية المسؤولة.

وفي ضوء ما تقدم، نُخلص أن علاقة دور القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام تتمثل في توفير إطار تنظيمي شامل يضمن جودة واستمرارية التعليم من خلال تحديد حقوق وواجبات الطلاب والمعلمين، مما يخلق بيئة تعليمية مستقرة وآمنة. يساهم القانون في توزيع الموارد التعليمية بشكل عادل ومنصف، مما يتيح فرصاً متساوية للوصول إلى تعليم جيد، ويدعم البنية التحتية التعليمية والبرامج الأكاديمية المستدامة.

كما يعزز القانون تطوير مناهج تعليمية تراعي الاستدامة، وتغطي موضوعات مثل البيئة والعدالة الاجتماعية والمسؤولية المجتمعية، مما يساهم في إعداد الطلاب لمستقبل مستدام. بالإضافة إلى ذلك، يدعم القانون برامج التدريب المستمر للمعلمين لضمان تحديث مهاراتهم ومعارفهم بأحدث الأساليب التعليمية، ويشجع على إشراك المجتمع في العملية التعليمية¹، مما يعزز الدعم المجتمعي ويضمن تلبية احتياجات جميع الأطراف المعنية. بهذا الشكل، يكون القانون ركيزة أساسية في بناء نظام تعليمي مستدام يحقق أداء أكاديمياً متميزاً وقابلاً للاستمرار على المدى الطويل.

¹ حمد بن زيد الفحيلة، العلاقة بين الموهبة والأداء الأكاديمي في ضوء بعض المتغيرات البيئية والنفسية لدى عينة من الأطفال الموهوبين بالملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2009، ص 44.

المبحث الثاني: الإطار العملي التحليلي للدراسة

تمهيد وتقسيم: يتناول الإطار العملي للدراسة تحليل البيانات والأسئلة البحثية للوصول إلى الاستنتاجات والتوصيات، وسيتم تقسيم المبحث الثاني إلى مطلبين، سيتناول المطلب الأول: المعوقات والتحديات القانونية التي تواجه تحقيق أداء أكاديمي مستدام، وسيتناول المطلب الثاني: أدوات وآليات تدخل القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام.

المطلب الأول: المعوقات والتحديات القانونية التي تواجه تحقيق أداء أكاديمي مستدام

يُعد تحقيق أداء أكاديمي مستدام هدفاً هاماً يتطلب تضافر جهود متعددة الأطراف، بما في ذلك الجهات الحكومية، والمؤسسات التعليمية، والمجتمع ككل. وفي سياق ذلك، يلعب القانون دوراً محورياً في تشكيل الإطار الذي يمكن من خلاله تحقيق هذا الهدف، من خلال وضع السياسات والتشريعات التي تضمن جودة التعليم واستمراره، فالعلاقة بين القانون والأداء الأكاديمي هي علاقة معقدة ومتعددة الأوجه. ومع ذلك، تواجه هذه المساعي معوقات وتحديات عامة تحد من تحقيق الأداء الأكاديمي المستدام.

حيث أصيبت مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي في الوطن العربي بالعديد من الأمراض شملت كافة نواحي العملية التعليمية من؛ طرق التعليم ومناهج البحث وأساليب الإدارة وسوء استخدام الموارد وتأهيل المدرسين، ورغم كل ذلك فإن هناك داء عضال ومؤثر يتمثل في إخضاع التعليم العالي والبحث العلمي لغايات خارجة عن نطاق ووظيفة الأداء الأكاديمي المتمثلة في التأهيل والتكوين والبحث العلمي¹.

لعل من أبرز المعوقات التي التدخل الأمني السافر في كافة الشؤون التعليمية، ففي معظم البلاد العربية تفرض الحكومات عن طريق الأجهزة الأمنية وصايتها المباشرة وغير المباشرة على الحياة التعليمية، وتتعامل مع أعضاء الهيئات العلمية والإدارية على كافة المستويات طبقاً لمنطق الولاء والمحسوبية، وتخضع المناهج والبرامج والمشاريع العلمية لحسابات السياسة الضيقة وأغراض الحفاظ على الحكم واحتكار السلطة.

فضلاً عن وضع القيود على المعارف العلمية، والحد من حركة الباحثين والعلماء داخل البلاد وخارجها، بالإضافة إلى مصادرة الرأي واستخدام الجامعات كمراكز للدعاية الحزبية أو الدعوة الأيديولوجية. كما تعاني مؤسسات التعليم العالي في الوطن العربي من ضعف الإمكانيات وشح

¹ إبراهيم خليل إبراهيم، التعليم الجامعي الوضع الراهن المعوقات والحلول، مقالة منشورة عبر صحيفة دنيا الوطن، 2008/4/22،

متاحة عبر الرابط التالي: <https://pulpit.alwatanvoice.com>

الموارد المالية لمسايرة المستجدات في مجال تطوير المعامل وتحديث الأجهزة المختبرية، والعجز عن الإنفاق علي دعم البحث العلمي دعماً شاملاً واقعياً. إضافة إلى عدم ملائمة المناهج التعليمية لمتطلبات سوق العمل، التي تقتضي إيلاء اهتمام أكبر للتعليم في مختلف مستوياته بما يلي احتياجات التنمية الاقتصادية¹.

ومن أهم وأخطر المعوقات والتحديات التي تواجه تحقيق الأداء الأكاديمي هو الاعتداء على الحرية الأكاديمية التي تمثل جوهر العملية التعليمية². وفي هذا الإطار، نجد أن هناك مجموعة من المعوقات والتحديات القانونية التي من شأنها أن تحد من تحقيق أداء أكاديمي مستدام:

أولاً: تمويل التعليم وتوزيع الموارد: أحد أكبر التحديات القانونية هو ضمان تمويل كافٍ وعادل للمؤسسات التعليمية. غالباً ما تعاني الأنظمة التعليمية من نقص في الموارد المالية، مما يؤثر على جودة التعليم المقدم. فالقوانين التي تحكم توزيع التمويل قد تكون غير متكافئة، حيث تتفاوت الموارد بشكل كبير بين المناطق الحضرية والريفية، مما يخلق فجوة تعليمية كبيرة.

ثانياً: التغييرات والتناقضات القانونية: قد تتغير القوانين واللوائح بشكل متكرر، مما قد يُصعّب على الطلاب والمؤسسات التعليمية مواكبة التطورات. حيث تشكل التغييرات المستمرة في التشريعات والسياسات التعليمية تحدياً آخر. قد تؤدي التغييرات المتكررة في السياسات إلى عدم استقرار النظام التعليمي، حيث تجد المؤسسات التعليمية صعوبة في التكيف مع المتطلبات الجديدة والمتغيرة باستمرار. إضافةً إلى ذلك، قد تتناقض بعض القوانين مع السياسات الأخرى، مما يخلق حالة من الارتباك.

ثالثاً: التوازن بين الحرية الأكاديمية والمسؤولية: القوانين التي تنظم الحرية الأكاديمية ومسؤولية المؤسسات التعليمية يمكن أن تكون تحدياً كبيراً. بينما يجب تشجيع الابتكار والحرية الأكاديمية، يجب أيضاً وضع إطار قانوني يضمن أن هذه الحرية لا تتعارض مع الأهداف التعليمية الشاملة والمسؤوليات المجتمعية. تحقيق هذا التوازن الدقيق يمثل تحدياً كبيراً.

رابعاً: حقوق المعلمين والطلاب: حماية حقوق المعلمين والطلاب يمثل تحدياً قانونياً آخر. حيث تتطلب القوانين التي تحمي حقوق هؤلاء الأفراد تحقيق توازن بين توفير بيئة تعليمية آمنة

¹ د. عبد العزيز بن عبد الله السنبلي، التربية في الوطن العربي علي مشارف القرن الحادي والعشرين، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002، ص 160.

² إعلان عمان للحرية الأكاديمية واستقلال مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي الصادر عن مؤتمر الحريات الأكاديمية في الجامعات العربية الذي انعقد بدعوة من مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان في عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية يومي 15-16 من كانون الأول ديسمبر 2004.

ومشجعة، وضمان عدم التعدي على الحقوق الفردية. قد تواجه المؤسسات التعليمية صعوبات في تنفيذ هذه القوانين بشكل فعال دون التأثير سلباً على العملية التعليمية.

خامساً: التكنولوجيا والتعليم عن بعد: مع التقدم التكنولوجي السريع وزيادة الاعتماد على التعليم عن بعد، تواجه القوانين تحديات في تنظيم هذا الشكل من التعليم. تشمل هذه التحديات ضمان جودة التعليم عبر الإنترنت، وحماية حقوق الملكية الفكرية، وضمان الوصول العادل إلى التكنولوجيا.

سادساً: التقعيد القانوني: قد تكون القوانين واللوائح المتعلقة بالتعليم معقدة وصعبة الفهم، مما قد يُشكل عبئاً على الطلاب والمؤسسات التعليمية.

سابعاً: التفاوت في تطبيق القانون: قد لا يتم تطبيق القانون بشكل متساوٍ على جميع الطلاب والمؤسسات التعليمية، مما قد يؤدي إلى التمييز وعدم العدالة.

ثامناً: نقص الموارد القانونية: قد لا تتوفر لدى الطلاب والمؤسسات التعليمية الموارد اللازمة للحصول على المشورة القانونية والدفاع عن حقوقهم.

تاسعاً: التقهيدات البيروقراطية: قد تؤدي القوانين واللوائح إلى زيادة البيروقراطية، مما قد يعيق عمل المعلمين ويثقل كاهلهم بالأعباء الإدارية.

عاشراً: التركيز على الامتثال للقانون بدلاً من التعليم: قد يركز بعض المعلمين على الامتثال للقوانين واللوائح بدلاً من التركيز على تعليم الطلاب؛ ما يخلق حالة تسمى بيئة الخوف والترهيب، والتي تؤدي إلى تثبيط الطلاب عن المشاركة والتعبير عن آرائهم بحرية لإنعدام المساحة الآمنة.

المطلب الثاني: أدوات وآليات تدخل القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام

إن تدخل القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام يتطلب مجموعة من الأدوات والآليات التي تضمن الالتزام بالجودة والمعايير الأكاديمية. ويمكن تقسيم هذه الأدوات والآليات إلى عدة فئات رئيسية تشمل التشريعات، السياسات، والهيئات التنظيمية، بالإضافة إلى الآليات التنفيذية والمراقبة. فيما يلي تفصيل لكل منها:

أولاً: على مستوى التشريعات والقوانين والاتفاقيات الدولية

1) أدوات القوانين الوطنية:

تساهم القوانين الوطنية من خلال عدة أدوات تعزز الأداء الأكاديمي:

- أ. وضع معايير الجودة: تضع قوانين التعليم الوطنية معايير لضمان جودة التعليم العالي وتحدد المتطلبات الأساسية لاعتماد البرامج الأكاديمية.
- ب. التمويل والدعم: تنظم قوانين التمويل كيفية توزيع الموارد المالية على المؤسسات الأكاديمية لدعم الاستدامة.
- ج. حماية حقوق الطلاب وأعضاء هيئة التدريس: تضمن القوانين الوطنية حقوق الطلاب وأعضاء هيئة التدريس في بيئة تعليمية وعملية عادلة وآمنة.
- د. الشفافية والمساءلة: تفرض القوانين آليات للمساءلة والشفافية، مثل تقارير الأداء وآليات الشكاوى.

(2) أدوات القوانين الدولية:

- تساهم القوانين الدولية من خلال عدة أدوات تعزز الأداء الأكاديمي:
- أ. اتفاقيات الاعتراف المتبادل: تساهم الاتفاقيات الدولية في الاعتراف المتبادل بالشهادات والمؤهلات الأكاديمية، مما يسهل التنقل الأكاديمي ويعزز معايير الجودة.
 - ب. التعاون الدولي: تشجع القوانين الدولية التعاون الأكاديمي والبحثي بين الدول، مما يساهم في تبادل المعرفة وأفضل الممارسات.
 - ج. حماية حقوق الملكية الفكرية: وذلك بحماية حقوق الملكية الفكرية للبحوث والابتكارات الأكاديمية.
 - د. معايير الاعتماد العالمية: تعمل القوانين الدولية على تحديد وتطبيق الاعتماد الأكاديمي الدولي لمؤسسات التعليم العالي تعزز من جودة واستدامة التعليم الأكاديمي¹.

(3) ضمان حصول جميع الطلاب على تعليم عالي الجودة

- أ. الحصول على التعليم: يضمن القانون حق جميع الطلاب في الحصول على تعليم عالي الجودة، بغض النظر عن خلفيتهم أو ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية.
- ب. التعليم المجاني أو بأسعار معقولة: يمكن للقانون أن يوفر التعليم المجاني أو بأسعار معقولة لجميع الطلاب، مما يجعله أكثر سهولة في الوصول إليه.
- ج. المعايير الأكاديمية: يمكن للقانون أن يحدد معايير أكاديمية عالية تضمن حصول جميع الطلاب على تعليم ذي جودة عالية.

¹ University of the People, مقال بعنوان: الاعتماد الأكاديمي الدولي، <https://ar.uopeople.edu/blog>.

4) توفير فرص التعلم مدى الحياة

- أ. التعليم المستمر: يمكن للقانون أن يعزز التعلم المستمر، مما يساعد على ضمان بقاء الأفراد على اطلاع بآخر التطورات في مجالاتهم.
- ب. التعليم المهني والتدريب: يساعد القانون على توفير منصات للتعليم المهني والتدريب، مما يساعد على تطوير المهارات اللازمة للوظائف المطلوبة في الاقتصاد العالمي.
- ج. التعليم العالي: يمكن للقانون أن يوفر فرصاً للتعليم العالي، مما يساعد على تطوير مهارات التفكير النقدي وحل المشكلات.

5) دعم المعلمين وتحفيزهم

- أ. شروط العمل اللائقة: يمكن للقانون أن يوفر للمعلمين شروط عمل لائقة، بما في ذلك رواتب تنافسية وفوائد صحية جيدة، مما يساعد في جذب وتحفيز المعلمين المهمة.
- ب. التدريب والتطوير المهني: يمكن للقانون أن يوفر للمعلمين فرصاً للتدريب والتطوير المهني، مما يساعدهم على البقاء على اطلاع بآخر التطورات في مجال التعليم.
- ج. تقييم الأداء العادل: يمكن للقانون أن يوفر نظاماً عادلاً لتقييم أداء المعلمين، مما يساعد على ضمان حصولهم على الدعم والتوجيه اللازمين.

6) تعزيز الحرية الأكاديمية:

وهي احترام استقلالية المؤسسات التعليمية والعملية وعدم إخضاع برنامج عملها أو إدارتها أو تنظيم شئونها لتدخلات السلطة الحاكمة أو سطوة المؤسسات الدينية أو هيمنة أباطرة السوق والنفوذ الاقتصادي.

ويتم ذلك من خلال تعزيز مجموعة حقوق أساسية نجملها في الآتي¹:

- أ. مساواة جميع أفراد المجتمع ذوي الكفاءات في فرص الالتحاق بالسلك الأكاديمي والاعتراف بحقوق جميع أعضاء المجتمع الأكاديمي من أساتذة وباحثين وطلاب وإداريين في ممارسة نشاطاتهم دون تمييز أو تدخل خارجي أو تغيير من جانب السلطات المحلية أو الأجنبية.
- ب. تعيين وترقية ومحاسبة أعضاء المجتمع الأكاديمي من خلال قوانين ولوائح مهنية بواسطة وتحت إشراف هيئات جامعية منتخبة.

¹ مقالة بعنوان: الحرية الأكاديمية في الجامعات الفلسطينية، مجلة الرقيب، السنة الثالثة، العدد الثالث عشر، أغسطس 1999.

- ج. حق أعضاء المجتمع الأكاديمي في إقامة علاقات التواصل العلمي مع الجامعات الأخرى، وحق المشاركة في صياغة المعايير المهنية داخل جامعاتهم.
- د. الحقوق والحريات الأكاديمية للطلاب المتمثلة في الحق في تلقي العلم بصورة صحيحة ومتكاملة وغير مشوهة، وحرياتهم في اختيار المواد التي يدرسونها وحقوقهم في تنمية قدراتهم وأفكارهم ومعتقداتهم واتجاهاتهم المستقلة دون ضغط أو أكره.
- هـ. الحقوق الأكاديمية للمؤسسة الجامعية ذاتها، بحيث يكون لها كامل الحرية في صنع سياساتها التعليمية والإدارية والمالية ووضع السياسات والشروط التي يتم على أساسها اختيار وترقية أعضاء هيئة التدريس ومعاونتهم دون رقابة أو تحكم أو اعتراض من خارج الجامعة مهما كانت تلك الجهة، وتملك الجامعة الحق في تقييم الأساتذة ليس حسب معتقداتهم الشخصية أو اتجاهاتهم السياسية، ولكن طبقاً للمعايير العلمية والمهنية المتعارف عليها في الجامعات، وللجامعات الحق في اختيار قياداتها عن طريق الانتخاب الحر دون قيود أو اعتراضات من خارجها.

(7) ضمان بيئة تعليمية آمنة وداعمة

- أ. منع العنف والتنمر: يمكن للقانون أن يمنع العنف والتنمر في المدارس، مما يخلق بيئة تعليمية آمنة وداعمة لجميع الطلاب.
- ب. تعزيز التنوع والشمول: يمكن للقانون أن يعزز التنوع والشمول في المدارس، مما يساعد على ضمان شعور جميع الطلاب بالترحيب والتقدير.
- ج. دعم الطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة: يمكن للقانون أن يوفر دعماً للطلاب ذوي الاحتياجات الخاصة، مما يساعدهم على النجاح في المدرسة.

ثانياً: على مستوى السياسات التعليمية

يتجلى دور القوانين في تحقيق أداء أكاديمي مستدام من خلال السياسات التعليمية على النحو الآتي:

1. سياسات الجودة الأكاديمية: وضع سياسات محددة لضمان جودة البرامج الأكاديمية والتأكد من التزام الجامعات والمعاهد بهذه السياسات.
2. سياسات التمويل: تحديد سياسات تمويل عادلة وشفافة تضمن توزيع الموارد بشكل يعزز الاستدامة الأكاديمية.

3. سياسات القبول: وضع سياسات قبول تضمن الشفافية والعدالة في قبول الطلاب بما يعزز التنوع والتميز الأكاديمي.

ثالثاً: على مستوى الهيئات التنظيمية والرقابية

1. هيئات الاعتماد الأكاديمي: وهي مؤسسات مستقلة أو حكومية تقوم باعتماد البرامج الأكاديمية وضمان التزامها بالمعايير المطلوبة.
2. لجان التفتيش والرقابة: وهي لجان تقوم بمراقبة الأداء الأكاديمي والتحقق من التزام المؤسسات بالمعايير المعتمدة.
3. مجالس التعليم العالي: وهي مجالس تعمل على وضع السياسات الاستراتيجية والإشراف على تنفيذها لضمان استدامة التعليم العالي¹.

رابعاً: على مستوى آليات التنفيذ والمتابعة

1. التقييم الدوري: آليات تقييم دوري للبرامج الأكاديمية والمؤسسات التعليمية لضمان استمرار تحقيق المعايير المطلوبة.
2. نظام الشكاوى: آلية تتيح للطلاب وأعضاء هيئة التدريس تقديم شكاوى تتعلق بجودة التعليم أو بيئة العمل، مع ضمان متابعتها وحلها بشكل عادل.
3. برامج التدريب والتطوير: برامج مستمرة لتدريب وتطوير مهارات أعضاء هيئة التدريس والإداريين لضمان تحسين الجودة الأكاديمية.

خامساً: على مستوى آليات الشفافية والمساءلة

- ويتم ذلك من خلال محاسبة المؤسسات التعليمية على أدائها بموجب الآليات التالية:
1. **المساءلة:** يمكن للقانون أن يوفر نظاماً للمساءلة يحاسب المؤسسات التعليمية على أدائها في حال عدم التزامها بالمعايير أو السياسات الموضوعة، مما يساعد على ضمان حصول الطلاب على تعليم عالي الجودة.
 2. **التقييمات الخارجية:** يمكن للقانون أن يطالب بإجراء تقييمات خارجية للمؤسسات التعليمية، مما يساعد على تحديد نقاط القوة والضعف وتحسين الأداء.

¹ مقال بعنوان: أهمية استدامة التعليم في مؤسسات التعليم العالي، منشور عبر صحيفة الرأي، 2014.

3. **الإصلاحات الهيكلية:** يمكن للقانون أن يدعم الإصلاحات الهيكلية في النظام التعليمي، مما يساعد على جعله أكثر كفاءة وفعالية.

4. **تقارير الأداء:** نشر تقارير دورية عن أداء المؤسسات التعليمية تشمل مؤشرات الأداء الأكاديمي والمالي.

5. **المراجعة المستقلة:** الاستعانة بمراجعين خارجيين لإجراء تقييم مستقل للأداء الأكاديمي وضمان الحيادية والموضوعية.

6. **مكافحة الفساد في التعليم:** يمكن للقانون أن يعمل على مكافحة الفساد في التعليم، مما يساعد على ضمان استخدام الموارد التعليمية بشكل فعال ومسؤول.

سادساً: على مستوى تعزيز المشاركة المجتمعية

1. **مجالس الطلاب:** إنشاء مجالس طلابية تشارك في صنع القرار وتساهم في تحسين جودة التعليم.

2. **التعاون مع القطاع الخاص والهيئات المحلية والبلديات:** تعزيز الشراكات مع القطاع الخاص لتوفير فرص تدريب وعمل للطلاب، مما يعزز الاستدامة الأكاديمية والمهنية. بالإضافة إلى تعزيز الشراكة مع الهيئات المحلية والذي يؤدي إلى توفير فرص التدريب والقيادة، ما يحقق الأداء الأكاديمي المستدام.

وعليه، فإن هذه الأدوات والآليات القانونية يجب أن تعمل معاً لضمان تحقيق أداء أكاديمي مستدام، مما يساهم في تحسين جودة التعليم وتعزيز مكانة المؤسسات الأكاديمية على المستويين الوطني والدولي.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، يتضح أن دور القانون في تحقيق أداء أكاديمي مستدام لا يمكن تجاهله. إن وجود إطار قانوني متين يدعم البيئة التعليمية يعزز من قدرة المجتمع على توفير تعليم عالي الجودة للجميع، ويساعد في تحقيق الأهداف التعليمية المنشودة. من خلال القوانين والسياسات التعليمية التي تضمن العدالة والمساواة والشمولية، يمكن خلق بيئة تعليمية تُمكن الطلاب من التفوق والنمو الأكاديمي. كما أن الحماية القانونية التي توفرها هذه القوانين تساهم في تعزيز الأمان والانتماء بين الطلاب، مما يعزز من دافعيتهم وقدرتهم على التعلم. وتوصلت الدراسة في نهايتها إلى عدد من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

1. تلعب القوانين التعليمية دوراً جوهرياً في تعزيز مبادئ العدالة والمساواة، وذلك من خلال ضمان حصول جميع الطلاب على فرص متساوية في التعليم، مما يقلل من الفجوات التعليمية بين الفئات.
2. تساهم القوانين في تحسين جودة التعليم من خلال تحديد معايير أكاديمية واضحة وضمان جودة المناهج الدراسية وطرق التدريس مما يؤدي إلى رفع مستوى التعليم وتحقيق أداء أكاديمي عالي.
3. تساهم القوانين في حماية الطلاب من التمييز والعنف والإهمال، مما يخلق بيئة آمنة ومحفزة للتعلم.
4. تساعد القوانين في معالجة التحديات التعليمية من خلال التدخل لمساعدة الطلاب الذين يواجهون صعوبات تعليمية أو اجتماعية واقتصادية، مما يقلل من حالات ضعف التحصيل الدراسي.

ثانياً: التوصيات

1. ينبغي على الدول العمل على تحديث وتطوير القوانين التعليمية بما يتماشى مع التطورات الحديثة في المجال التربوي والتعليمي.
2. يجب تعزيز الوعي بأهمية القوانين والسياسات لدى جميع أصحاب المصلحة في العملية التعليمية.

3. يجب ضمان تطبيق القوانين والسياسات التعليمية بفعالية، لضمان تحقيق الأهداف المرجوة. ضرورة إنشاء آليات مراقبة وتقييم دورية مستمرة لقياس مدى فعالية القوانين والسياسات التعليمية في تحقيق الأداء الأكاديمي المستدام.

بهذا، يمكن للقوانين أن تكون أداة قوية في تحقيق تعليم مستدام وأداء أكاديمي متميز، مما يساهم في تنمية المجتمع وازدهاره.



الأمن الأسري بين سلطان الإرادة والتدخل النظامي للمشرع الأسري في مدونة الأسرة"

Family Security Between The Authority Of Will And The
" Systematic Intervention Of The Family Legislator In The Family Code "

 **Abdul khaliq AL-NAJI**

Holder PHD In Law

From Sidi Mohamed Ben Abdellah University In Fez

Lawyer At The Bar Association In Fez.

 **عبد الخالق الناجي**

حاصل على شهادة الدكتوراه في الحقوق

بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.

محام لدى هيئة المحامين بفاس.

ملخص

إلى بعد انحلالها بطلاق أو تطليق يسرت وبشكل أساس
للزوجة مسطرة إنهائه ومعوّلا هادما أخرج ميثاق
الزوجية من قدسيته ليغدوا عقدا عاديا كباقي العقود
المدنية.

سلبية في التدخل النظامي للمشرع في الأسرة يجد
ملاحمه فيما قد نسميه أسر نووية وأزمة مسؤولية لدى
أطراف هذه المؤسسة فرضت تراجعاً للعقود الزوجية
أمام علاقات غير شرعية أنتجت أطفالاً بدون هوية.
أزمة أمن أسري وحقوقى فرضت تفكيراً معجلاً في
مراجعة المدونة الحالية في أفق تكريس مدونة جديدة
توائم حداثة المجتمع هوية وخصوصية الأسرة
المغربية ذات المرجعية الإسلامية، وإن بصعوبة ذلك
في ظل تسونامي الحريات والحقوق الفردية والثقافة
الكونية الهادفة إلى إرساء أسركونية ونموذجية لا تقيم
للدين وزناً بل على إملاءات ولوبيات تجد غايتها في
القضاء على المرجعية الإسلامية للأسرة المغربية.

كلمات مفتاحية للمقال

الأسرة نواة المجتمع سلطان الإرادة، التدخل
النظامي، مؤسسة الأسرة، الأمن الأسري المنشود، بديل
تشريعي، أزمة أمن أسري، المشرع الأسري، الحقوق
الفضلى الشكلى الرضائى، الطلاق والتطليق، ميثاق
الزوجية، التوثيق، مدونة الأسرة.

لقد أضحت وبشكل مقترض لا يقبل إثبات عكسه
مؤسسة الأسرة خاصة الزوجية الشرعية نواة وأساس
استقرار وأمن المجتمع من عدمه.

مؤسسة تجد مكانتها في العناية التشريعية للمشرع
المغربي وخاصة في دستور البلاد لسنة 2011 ومدونة
الأسرة لسنة 2004 عندما قعدوا وأسسوا لحقوق فضلى
لأطراف هاته المؤسسة زوجاً زوجة وأبناء.

مؤسسة ومما لا يدع مجالاً للشك أن برز صراع في
تنظيم أحكامها بين سلطان إرادة أطرافها والتدخل
النظامي القانوني بقواعد شكلية قيدت اتفاقات وإرادة
أطرافها.

صراع ظهرت ملاحمه واقعا أثرت به على حقوق
أطراف هذه المؤسسة وأمنها الأسري وبزوغ أسر غير
شرعية نووية بل وكونية تمردت على المؤسسة
الزوجية العقدية التقليدية نتيجة للتغيرات
المجتمعية والإصلاحات التشريعية التي لم توائم هوية
وخصوصية الأسرة المغربية ذات المرجعية الإسلامية.

وضع ذاك الذي خلق ما قد نسميه أزمة أمن أسري
وحقوقى كان منشوداً إلى عهد قريب في الإصلاح
التشريعي لمدونة الأسرة وغيرها من القوانين ذات
الصلة، وتسجيل قصور سلطان إرادة الزوج والزوجة أمام
القواعد الشكلية النموذجية التي فرضها المشرع عليها
مقتصرًا دورها على تهيئ الدخول إلى هاته المؤسسة
لكن بشروط كرس ما قد نسميه عقوداً زوجية امتدت

ABSTRACT

The institution of the family, especially the legitimate marriage, has become, in a supposed and unprovable manner, the nucleus of the foundation of the stability and security of society or not.

An institution that finds its place in the legislative care of the maroccan legislator, especially in the countr's constitution of 2011 and the family code of 2004, when they established the best rights for the parties to this institution husband, wife, and children.

An institution and there is no doubt that a conflict emerged in organizing its provisions between the authority of the will of its parties and the systematic intervention of the legislator with formal rules that restricted this will.

A conflict whose features appeared in reality that affected the rights and security of the parties to this institution and the emergence of illegitimate nuclear and even universal families that rebelled against the traditional contractual marriage institution as a result of societal changes and legislative reforms that did not conform to the identity and specificity of the maroccan family with an islamic reference.

The situation that created what we might call a family and legal security crisis was sought until recently in the legislative reform of the family code and other related laws, and recording the shortcoming of the authority of the will of the husband and wife before the standard formal rules imposed by the legislator on them, limiting the role of this will to preparing entry into this institution, but with conditions that established what we might call standard marriage contracts that

extended beyond their dissolution by divorce or repudiation, facilitating, in a fundamental way, the procedure for terminating it for the wife and a destructive tool that removed the marriage covenant from its sanctity to become like other civil contracts.

The negativity in the systematic intervention of the legislator in the institution of the family finds its features in what we might call nuclear families and a crisis of responsibility among the parties to this institution that imposed a decline in marriage contracts in the face of illegitimate and consensual relationships that produced children without identity.

A family security and rights crisis that has affected this institution has imposed urgent thinking the current code with the aim of establishing a new code that is compatible with the modernity of society and the identity and specificity of the maroccan family with and islamic reference, even if this is difficult in light of the tsunami of individual rights and freedoms and the universal culture that aims to establish universal and model families that do not give weight to religion and are controlled by the dictates of agendas and lobbies that find their goal in eliminating the islamic reference of the maroccan family.

Keywords For The Article :

The Family Is The Nucleus Of Society
Authority Of Will - Systemic Intervention Family
Foundation - The Desired Family Security -
Legislative Alternative - Family security crisis -
Family legislator - Best Rights - Formalism -
Satisfaction - Divorce and repudiation - Marriage
covenant - Documentation - Family blog

تقديم

لقد شكلت الأسرة نواة أساس لإستقرار المجتمع والحفاظ على أمنه، إذ وبهذه الوظيفة اعتبرت مؤسسة دستورية تركزت لها حماية تشريعية وقضائية واءمت خصوصية نزاعات هذه الأخيرة، اهتمام ظهرت ملامحه جلية بخروج مدونة الأسرة كنهج إصلاحي جعل من المساواة أسس وغاية الإصلاح المنشود¹.

مؤسسة وبقراءة فصول مدونة الأسرة إنما زاوجت في تنظيمها القانوني بين ما هو نابع من إرادة ورضائية مؤسسها الزوج والزوجة وبين ما هو نظامي شكلي قيدها، كانت الغاية منها حماية حقوق هذه المؤسسة الفضلى سواء أكانت الزوجية قائمة أو انحلت بسبب استوجب إنهاءها. ومما لا مراء فيه أن الأمن الأسري المنشود من الإصلاح الجلي من لدن المشرع الأسري، إنما ظهرت ملامحه فيما قد نسميه تلك السلطة الإتفاقية الإرادية الرضائية التي ظلت ممنوحة لأطراف هذه المؤسسة كأصل قبل أن يتدخل فيها المشرع بشكل نظامي مقرر قواعد شكلية هدفها تبيء عقود تديرية ضابطة وضامنة لحقوق هذه الأسرة.

ملاحج جلية فرضت مناقشة مؤسسة الرضائية والشكلية وأسسهما في إرساء أمن أسري وحقوق مؤسسة الأسرة، وذلك بالإجابة عن إشكالية ملاحج الأمن الأسري بين سلطان الإرادة والتدخل النظامي الشكلي للمشرع الأسري؟.

¹ - جاء في ديباجة مدونة الأسرة أن الأسرة المغربية القائمة على المسؤولية المشتركة والمودة والمساواة والعدل والمعايشة بالمعروف والتشئنة السليمة للأطفال لبنة جوهرية في ديمقراطية المجتمع باعتبار الأسرة نواته الأساسية، أسرة أضحت مؤسسة بصدور دستور الحقوق والحريات لسنة 2011 معتبرا إياها الفصل 32 من هذا الدستور وبصريح العبارة على أن الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع، محملا الدولة مسؤولية ضمان الحماية الحقوقية والإقتصادية والإجتماعية لهذه المؤسسة وبغاية هي ضمان استقرارها والحفاظ على مرجعيتها وهويتها الإسلامية مما قد نسميه تسونامي الأسرة الكونية النووية وغير الزواجية التي أضحت تهدد هذه المؤسسة، وبحماية دستورية ظهرت معالمها بإحداث مجلس استشاري للأسرة والطفولة بمقتضى الفصل الأنف وخاصة الفصل 169 من هذا الدستور تتجلى أهدافه في تتبع وضعية هذه المؤسسة وإبداء آراء ونقاش حول كل مشروع يستهدفها.

تكريس دستوري إنما جاء لمأسسة وضمان الحقوق الفضلى لمؤسسة الأسرة، إرساء لما نسميه استقرارا وأمنا أسريا منشودا سرعان ما ظهرت معالم قصوره واقعا مفروضا بالتفكك والأزمة والمشاكل التي أضحت نظاما عاما أدى إلى تراجع حقوقي خطير لم يسلم منه لا الزوج أو الزوجة أو الأطفال، وبظهور أسر نووية تنتهي قبل تأسيسها تعزى لنسب الطلاق والتطليق إلى الإعتراف بحقوق الطفل خارج المؤسسة الزواجية وخير مثال على ذلك "توسيع حالات اللجوء إلى الطلاق والتطليق كحق أضحى للمرأة إلى الإعتراف بنسب حمل المخطوبة للخاطب بحجة حماية النسب الشرعي للأطفال"، وبقواعد أنفة ساهمت ويسرت الطريق للقضاء على مؤسسة الأسرة الزواجية وبزوغ أسر غير زواجية ورضائية غير عقدية خلقت مجتمعا مشوها معيبا ومفككا، كأوضاع وأزمة فرضت تفكيرا عميقا ومراجعة أنية في الإصلاح المرتقب لمدونة الأسرة.

وفي إجابة تحليلية ونقدية عن ما تقدم فإن ذلك يبقى رهينا بدراسة ملامح هذه الرضائية والشكلية في مدونة الأسرة وذلك من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: الأمن الأسري وملامح الرضائية في مدونة الأسرة

المحور الثاني: الأمن الأسري وملامح التدخل النظامي الشكلي للمشرع مدونة الأسرة

المحور الأول: الأمن الأسري وملامح الرضائية في مدونة الأسرة

إن حرية أطراف مؤسسة الأسرة في وضع ما يلزمهم من شروط تستند فقط إلى ضمير وإرادة متعاقديها، إنما الغاية منها ضمان حقوقهم الفضلى بدءا من الخطبة مروراً بالزواج انتهاءً بانحلال ميثاقه لسبب قاهر، وهو الأمر الذي يفرض الحديث عن تجليات مركز هذه الإرادة وسلطانها وآثارها في تدعيم حقوق وأمن أطراف هذه المؤسسة الأسرية.

الفقرة الأولى: ملامح تدخل سلطان الإرادة في التأسيس لعقد الزواج والآثار

المرتتبة عنه "قراءة في الشروط والتعديلات المدخلة عليها"

إن المشرع الأسري كرس حماية فضلى لحقوق مؤسسي هذه المؤسسة وبآليات برزت جليلة في خضوعها لإرادة واتفاق تعاقدي للزوج والزوجة، وبشكل يوجي القول بتواجد مسؤولية تعاقدية ورعائية يترتب عن الإخلال بها بزوغ مسؤولية قانونية وتقديرية في إصلاح وتعويض الضرر الأسري الواقع.

لكل ذلك سنحاول إبراز تجليات ما سبق بالحديث عن الرضائية في الزواج "أولا" انتهاءً بالحديث عن ملامح تدخل سلطان الإرادة في تعديل شروط التعاقد الزوجي "ثانيا".

أولا: الرضائية المبدأ الأصل في ميثاق الزوجية

من الثابت أن الشريعة الإسلامية قد منحت للإرادة دورا بارزا في الأحوال الشخصية والعقود مشترطة فقط عدم مخالفتها للأحكام الشرعية، وبقواعد كلية للأطراف في اشتراط ما شأوا¹ من منطلق أن الأصل هو "صحة العقود وإباحة الشروط".

إرادة وسلطان في تنظيم أحوال الأسرة ظل بارزا في مقتضيات مدونة الأسرة بخلاف ما كان سائدا في مدونة الأحوال الشخصية التي جاءت فقط بنصين عام وخاص في الفصول 30 و 38 منها عندما منحت للإرادة وبشكل محتشم ولاعتبارات في وقتها دينية وثقافية وللتفسير الضيق

¹ - مصطفى بسيوني، التشرع الإسلامي والنظم القانونية والوضعية، دراسة مقارنة، المجلد الأول، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقوانين المغربية، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1978، ص: 73.

لنصوص الشرعية دورا محدودا في إدراج بعض الحقوق والواجبات بمقتضى الإتفاق وذهب إلى ذلك محمد الكشبور¹، وضع ذاك الذي تمرت عليه مدونة الأسرة عندما أخضعت تدبير شؤون الأسرة ما قبل الزواج أو أثناءه إلى ما بعد انحلاله لسلطان عقدي، ولعل ذلك الجلي بمناسبة توظيفها لعبارة الميثاق وليس العقد بمناسبة حديثها عن الزواج بالنظر للقدسية التي تميزه عن باقي العقود المدنية، قدسية وخصوصية تقتضي لزوما أن تنبثق المؤسسة الزوجية من إرادة وتراضي عاقدتها، والتي تبقى ملامح توجي جليا على أن للإرادة مركزا قويا بشروطها في تأسيس ميثاق الزواج وتحديد آثاره من الحقوق والواجبات بشرط عدم مخالفتها لشرعيته بتحليلها حراما أو تحريم حلال²، وتؤكد ذلك عبارة المادة 4 من هذه المدونة عند قولها "الزواج ميثاق تراضي وترابط شرعي بين رجل وامرأة..."

إرادة وسلطان للزوجين ظل جليا بمناسبة فترة الخطبة، مقررًا فيها المشرع عبارة التواعد الغير مقيدة بشكل أو كتابة قد تقيّد ذلك، تاركا التعبير عنها أو إقامتها لحرية الخاطبين سواء تعلق ذلك بالهدايا أو بالصدّاق، وهو الأمر الذي توثق بشكل أساس مقتضيات المادة 5 من هذه المدونة عند قولها على التوالي:

- "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"
- "تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا".

وبذلك الوضع فالثابت أن المشرع الأسري أخضع تدبير شؤون الأسرة لسلطان إرادة متعاقديها سواء عند إنشاء عقد الزواج وفي صلبه أو بمناسبة إنجائه وبشكل لاحق لهذا الإنهاء، ملامح لهذه الرضائية إنما تظهر جلية في العبارات التي وظفتها المادة 10 من المدونة عند قولها "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر..."، تاركة الحرية للزوجين في إبرام هذا العقد وبصحة الإيجاب والقبول سواء كان بالنطق متى كانا عاجزين عن الكتابة أو بالإشارة المفهومة منهما ومن الشاهدين³.

¹ - محمد الكشبور، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، الطبعة الثانية 1996، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 112.

² - عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى 1999، ص: 89.

³ - إن القول برضائية عقد الزواج إنما يقتضي سلطان وحرية الزوجين في إبرامه ووفق الشكل الذي يقتضيه، وهي الملامح الظاهرة بالقراءة الحرفية لمنطوق الفقرة الأولى والثانية من مدونة الأسرة عند قولها على التوالي:
"ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر ، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً"

إرادة في إبرام ميثاق الزواج تظهر جلية في إخضاعه لمجموعة من الشروط الأمرة وتوثق ذلك المادة 13 من المدونة مقررته صحته وقوته في أهلية عاقيه كأصل واستثناء حتى في قصرهم وإن بتقييده بشروط تستوجب بحثا وخبرة ووليا قانونيا وشرعيا تحت طائلة بطلانه، وبشروط أمرة تتمثل في الصداق وتوثيقه من العدلين إلى انتفاء الموانع المبطللة لميثاق الزوجية¹، ولعله التنصيص الواضح أيضا بقراءة مقتضيات المادة 14 من هذه المدونة عند تنظيمها للكيفية التي سينعقد بها زواج المغاربة المقيمين بالخارج تيسيرا لهم كأقربائهم المغاربة، موظفة عبارة الإمكانية للزوجين المقيمين بالخارج إبرام عقودهم وفقا لجملة من الشروط الأمرة من قبيل الإيجاب والقبول والصداق والولي والأهلية وانتفاء الموانع وحضور الشاهدين المسلمين مجلسه.

هذا وتبقى من ملامح سلطان الإرادة إبان فترة الزواج تلك الموافقة الصريحة واللازمة للنائب الشرعي وإبرادته الحرة لزواج القاصر المقررة في المادة 21 من المدونة، وذلك بتوقيعه مع القاصر على العقد وحضوره مجلس إبرامه تحت طائلة البطلان²، وهي الإرادة التي جاءت جلية بقراءة منطوق الفقرة 3 من المادة 23 من مدونة الأسرة عندما أقرت ضرورة صدور الرضى الصريح من الطرف الراشد الذي يريد الزواج من الشخص المصاب بإعاقة ذهنية تحت طائلة البطلان³.

ولعل أبرز معالم هذه الرضائية تلك التي جاءت مكرسة في المادتين 24 و 25 من مدونة الأسرة عند تنظيمها للولاية في الزواج، مقررته وبشكل مفترض هذا الحق للزوجة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها الفضلى، إذ لها أن تعقد زواجها بإرادتها وبنفسها أو تفوض ذلك لمن تراه صالحا أو يدير

"يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين".

¹ - إن قوة عقد الزواج وأثاره إنما تفرض سيطرة إرادة الزوجين وشروطهما في تأسيسه، وهو الأمر الجلي بقراءة عبارات المادة 13 من هذه المدونة عند قولها يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزوج والزوجة

- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق

- ولي الزواج عند الإقتضاء

- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه

- انتفاء الموانع الشرعية.

شروط أمرة وبقوة النص فرضت على الزوجين للقول بصحة عقد الزواج من بطلانه ولعل عبارة المشرع عند قوله بكلمة "يجب" إنما من أبرز تجليات سلطان الإرادة المؤسس لذلك العقد، وإن بشكل يوحى القول بتدخل نظامي وأمر من المشرع قيد سلطان الزوجين بمناسبة حديثه عن لزومية خضوع العقد لجملة من الشروط وإن بشكل قد يوحى إيجابا إلى تدعيم المشرع وحمايته لتلك الإرادة المختارة للزوجين.

² - جاء في منطوق المادة 21 من المدونة على أن "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي"، وإن بتقرير هذه الإمكانية لقاضي الأسرة المكلف بالزواج بمناسبة امتناع النائب الشرعي عن هذه الموافقة

³ - جاء في مقتضيات الفقرة 3 من المادة 23 من المدونة ما يلي "يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بإعاقة ذهنية".

شؤونها من الأب أو الأقارب¹، وإن بتسجيل مآخذ على هذه الولاية في الوقت الحالي والتمرد الذي لم يعد يقيم للولاية والنيابة الشرعية وزنا تحت غطاء الحرية الفردية وحقوق الأنثى الفضلى، والجلية في بزوغ ظاهرة إبرام الفتاة عقد زواجها ورغما عن إرادة أهلها أو بغير علمهم، وبشكل يوحي بوقوع تمرد فعلي على هذه الولاية الشرعية بل والسبب في سوء الإختيار النابع من فطرة المرأة التي تقتضي وليا شرعيا قائما على شؤونها قبل وأثناء الزواج إلى ما بعد إنهائه، ولعل الإرتفاع الحالي والواقعي لنسب الطلاق إنما سببه للتمرد الذي حصل على هذه الولاية الشرعية سواء كانت ولاية على النفس أو على المال.

ولعل الإتفاق الرضائي الواقع بين الزوجين على تحديد قدر الصداق أو بتعجيله أو تأجيله إنما يبقى من ملامح سلطان الإرادة الذي جاءت مكرسة إياه وبشكل أساس المادة 27 من مدونة الأسرة عند قولها "يحدد الصداق وقت إبرام عقد الزواج..."، أو من خلال مقتضيات المادة 30 منها عند قولها "يجوز الإتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضاً".

تكريس تشريعي لقوة شروط الزوجين النابعة أساسا من إرادتهم تلك التي ظهرت جليلة بقراءة عبارات المادة 40 من المدونة، مقررة فيها حق الزوجة في أن تشتط في عقد الزواج عدم الزوج والتعدد عليها مقيدة حرية الزوج بذلك، وهو المقتضى البارز في صياغة النص الأنف الذكر القائل "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم الزوج عليها"، وهو الحق المخول للزوجة المراد الزوج عليها عند منحها رضى قبول الزواج أو رفضه من طالب التعدد وتوثق ذلك المادة 46 من المدونة²، حق للزوجة في منع الزوج عليها ذلك الذي ذهب فيه محمد أبو زهرة سابقا عند إجازته ذلك في النكاح لما تستوجب الأسرة من الثبات والإستقرار³.

ولعل العبارة التي وظفتها مدونة الأسرة في العديد من موادها والحديث هنا عن "رعاية الزوجين"، إنما دليل على الحرية التي تقررت للزوجين ورضائيتهم في تدبير شؤون الأسرة والأطفال

¹ - جاء في مضامين المادتين 24 و 25 من مدونة الأسرة على التوالي:

- الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها.

- للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها.

² - جاء في مقتضيات المادة 46 من مدونة الأسرة أنه "في حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد الزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مرید الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك، يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي".

³ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مطبعة دار الفكر العربي 1971، ص: 98.

وتحملهم المسؤولية المشتركة في ذلك، وهو التنصيص الذي جاء جليا في الفقرة 3 و 4 من المادة 51 عند حديثها عن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

وعليه فإن الإشتراط الإرادي الضامن لحقوق وواجبات الأزواج في مدونة الأسرة ظلت مكانته قائمة في تدبير شؤون الأسرة، وهو الإشتراط الذي ظل ماثرا خلاف فقهي بين مؤيد ومناصر له بالنظر لخطورة الزواج التي تقتضي إرادة الطرفين في تنظيم آثاره وعن طريق هذه الشروط وذهب إلى ذلك الأستاذ أحمد الخمليشي¹.

ثانيا: الشروط الإرادية وتدخل سلطان الإرادة في تعديلها

إذا كان المبدأ والقاعدة المتأصلة أن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى أن قوة العقد التنفيذية واللازمة إنما مرتبطة بسلطان واختيار إرادة عاقيه الغير مقيدة بأي تدخل شكلي وكتابي يوجهها، فإن مدونة الأسرة إنما سارت وأخذت مما سلف مقرررة حرية الزوجين في إبرام عقد الزواج وترتيب آثاره، مقرررة القسم الرابع من الكتاب الأول المتعلق بالزواج وبعنوان عريض جاء فيه "الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثاره"، وبشكل مفترض لا يقبل العكس أن أعطى المشرع للإرادة مقاما تستند إليه مؤسسة الأسرة في تدبير شؤونها وضمان حقوقها الفضلى²، مقرررا بذلك شروطا نابعة من اختيار الزوجين بشرط عدم مخالفتها لمقاصد الشرع الإسلامي والنظام العام وإلا كان مصيرها البطلان³، حتى ذهب البعض إلى ضرورة إدخال مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم الأحوال الشخصية⁴ مع الحق في تعديلها وذهبت في ذلك مقتضيات المادة 47 من المدونة عند قولها "الشروط كلها ملزمة..."، والحديث هنا ليس عن الشروط الأمرة المقررة في المادة 13 وإنما حديث عن شروط أخرى من قبيل إدارة الأسرة سواء تعلق بالتزامات أو حقوق قد تشمل الزوجين أو الأطفال سواء أكان ذلك بالرعاية أو بالرقابة أو بالمسؤولية أو بالإنفاق "تدبير شؤون البيت الشخصية والمالية"،

¹ - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة 1994، مطبعة المعارض الجديدة، ص: 263 وما بعدها.

² - خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، وضعية المرأة نموذجا، الطبعة الأولى 2003، دار القلم الرباط، ص: 276.

³ - من الواضح وبقراءة مقتضيات المدونة أن المشرع كرس شروطا إرادية يستمد منها ميثاق الزوجية قوته وآثاره، شروط إنما تحتكم لسلطان الزوجين لكن بشرط توافقها مع أحكام المدونة وعدم المساس بالمرجعية الإسلامية، لتبقى من هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر إدراج شرط من الزوج في عقد الزواج يتعلق بعدم الإنفاق على زوجته وأبنائه، أو الزواج بدون صداق....، كشرط يترتب عنها البطلان وإرجاع الأطراف إلى مرحلة ما قبل التعاقد كما ينص ذلك الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود.

⁴ - Moulay rchid abderazzak : le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social.

كشروط لازمة للزوجين مع استثناء تعديليها إذا طرأت ظروف قاهرة أضحت معها استحالة الوفاء بها أمرا واقعا وتؤكد ذلك مقتضيات المادة 48 من المدونة¹.

الفقرة الثانية: قراءة في ملامح الرضائية لمرحلة انحلال ميثاق الزوجية

هذا وتبقى من أبرز معالم الرضائية في تدبير شؤون الأسرة ذاك المتعلق بالتنظيم المالي الزوجي لهذه المؤسسة، وهو الأمر الذي جاءت موثقة إياه مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة عند توظيفها عبارة الإتفاق الزوجي على استثمار وتوزيع الأموال التي ستكتسب بعد إبرام عقد الزواج مقررة للزوجة نصيبا من الممتلكات بعد الطلاق أو الوفاة مستندة في ذلك على مبدأين العدالة في الإسلام وتضحياتها في بيت الزوجية² من منطلق أن العمل المنزل يقوم بالمال، وإن بشكل حافظت فيه على مبدأ الأستقلال المالي للزوجين، وهو الأمر الذي يوجب إخضاع وبشكل مفترض تدبير هذه الأموال لحرية وإرادة الزوج والزوجة وفي عقد موثق من العدلين ومستقل عن عقد الزواج، لكن مع إعمال قواعد الإثبات المقررة في قانون المسطرة المدنية وقانون الإلتزامات والعقود من قرائن وشهود إلى غيرها من الوسائل الإثباتية الأخرى في الحق في هذه الأموال عند عدم وجود عقد اتفاقي ينظم لها، مقررًا المشرع فيها حرية الإثبات بمناسبة النزاعات المالية التي قد تعرض على أنظار القضاء وسلطة هذا الأخير التقديرية في حماية الحقوق المالية للزوجين معا إعمالا لما سمي عرفيا بحق الزوجة في الكد والسعاية كمبدأ عرفي كان سائدا في بعض المناطق المغربية "قبائل غمارة وجباله وسوس" وذهب إلى ذلك الفقهاء أمثال ابن عرضون وبحق الزوجة في الثمار والزرع الذي ساهمت في إنتاجه³ وحققها في ممتلكات زوجها بعد طلاقها أو وفاته بحسب الجهد الذي بذلته⁴.

¹ - جاء في منطوق المادة 48 من مدونة الأسرة :

"الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشتريها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

"إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للمتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاء منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعات أحكام المادة 40 أعلاه".

² - أنظر للتوسع أكثر بهذا الخصوص ادريس حمادي، آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية 2003.

³ - لقد ثار الخلاف حول أحقية الزوجة من عدمها في الأموال التي ستكتسب بعد الزواج وهل يقتصر على العاملة خارج بيت الزوجية أم هو حق أيضا لربة البيت، أو فيما إذا كان حقا يقتصر على المرأة البدوية أم مشمولة به حتى المرأة الحضرية، لكن كل ما هنالك أن المشرع أظفى طابعا إلزاميا على حق الكد والسعاية بأحقية الزوجين في تنظيم أموالهم المكتسبة بعد الزواج في عقد مستقل عن عقد الزواج ضمانا لحقهم فيها بعد انحلال الزواج أو تحقق واقعة الوفاة، وإن بقول يمكن الحديث فيه عن حق الزوج في هذه الأموال خاصة بخروج الزوجة للعمل ويسرها بل ومشاركتها في الإنفاق وسارت في ذلك مقتضيات المادة 199 من المدونة عند إغسار الأب، أنظر للتوسع أكثر:

- عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، م س، ص: 198.

- ادريس حمادي، آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، م س، ص: 137.

- خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، م س، ص: 200.

⁴ - الحسين الميلي، نظام الكد والسعاية، الجزء الأول، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 1999، ص: 9 وما بعدها.

وهو الحق الذي أضحي منظمًا بقوة القانون عند إعطاء الحق للزوجين في إنشاء عقد يتفقان فيه على تدبير أموالهم ضمانًا لحقهم فيها بمناسبة أي نزاع قد يثار بعد انحلال عقد الزوجية¹، وإن ظلت أموالا مثار خلاف فقهي وقضائي².

وإذا كانت مدونة الأسرة قد منحت لرضائية وسلطان الزوجين قوة في تحديد شروط التعاقد أثناء الزواج، فإنه رتب بالمقابل جزاء عند عدم الوفاء بها خاصة وأن عقد الزواج إنما من العقود الملزمة لجانبين المرتبة حقوقًا والتزامات واشترط ما شاء من الشروط بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشرع³ وإلا اعتبرت باطلة والعقد صحيحًا، جزاء إنما منح للمتضرر حق المطالبة بتنفيذها أو اللجوء إلى القضاء لإنهاء رابطة الزوجية بسبب الإخلال الواقع، ولعل التنصيص الجلي في المادة 99 من المدونة لخير دليل على ذلك عند قولها "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررًا مبررًا لطلب التطليق"، أو من خلال ما توثق ذلك المادة 102 من هذه المدونة عند قولها "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه...".

ولعل الطلاق الإتفاقي المخول للزوجين بمقتضى نص المادة 114 من مدونة الأسرة عند قولها "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط..."، لخير دليل على الإرادة الحرة وسلطان الزوجين وحقهم في إنهاء العلاقة الزوجية وفق الشروط المتفق عليها بشرط عدم مساسها بالحق الشخصي للأبناء⁴، كاشتراط الزوج عدم الإنفاق على أبنائه والأم معسرة أو في عدم أدائه نفقة السكنى إلى غيرها من الواجبات المالية القانونية المفروضة عليه باعتباره وليًا شرعيًا ورئيسًا للأسرة، والحال أن نيابة الأم في التنازل عن هذه الحقوق مآلها البطلان من منطلق أنها من الحقوق الفضلى والإمتيازية المخولة للأبناء.

¹ - جاء في مقتضيات المادة 49 من المدونة التي جاءت بغاية حماية حق الزوجة في الأموال التي ستكتسب أثناء فترة الزواج وبمساواة تامة مع الزوج، وإن بشكل أخضع فيه العقد المالي لإتفاق الزوجين وتديبره وفق إرادتهم الحرة، حيث ومما جاء فيها: "لكل من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية، الإتفاق على استثمارها وتوزيعها".

² - أنظر للتوسع أكثر، ادريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة، مجلة قضاء المعرفة القانونية، ص: 7 وما بعدها.

³ - حسن السايحي، الإشتراط في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة، مجلة القانون والأعمال الدولية، منشور بتاريخ 6 غشت 2020، ص: 5.

⁴ - جاء في مضامين المادة 114 من المدونة على أنه "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال".

هذا ويعتبر الإتفاق على الطلاق بالخلع من أبرز ملامح الرضائية المكرسة في المدونة عند قولها في المادة 115 "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع..."، وتؤكد ذلك المادة 116 عندما خولت هذا الحق للراشدة لكن بموافقة النائب الشرعي إذا كانت غير راشدة¹.

هذا ويبقى الإقرار الرضائي من الأب ببنوة الإبن المقر به من تجليات سلطان الإرادة في المدونة حماية لحقوق الطفل الفضلى، وتوثق ذلك حرفيا مقتضيات المادة 160 من مدونة الأسرة القائلة "يثبت النسب بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت..."، كإقرار بقي مقيدا بشروط أمرة تتمثل أساسا في أن يكون الأب المقر عاقلا وأن لا يكون الولد معلوم النسب إلى غيرها من الشروط الأخرى.

ولعل أبرز ملامح سلطان الإرادة في المدونة وبعد انحلال ميثاق الزوجية، ذاك الذي يتعلق بالإتفاق الرضائي بين المطلقين على وقت زيارة الإبن المحضون سواء كان في حضانة الأب أو الأم، وهو الأمر الذي توثقه عبارات المادة 181 والقائلة "يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما..."، كحق ظل محتكما لإرادة الزوجين حماية لمصلحة الطفل المحضون ودون أي تدخل قضائي قد يؤثر سلبا على هذه الإرادة والذي قد يكون في غير صالح هذا الأخير، بل الأكثر من ذلك إعطاء الحق لهذا الطفل في اختيار حاضنه من أبويه المطلقين ببلوغه سن 15 سنة بما في ذلك أحد الأقارب لكن بشرط موافقة نائبه الشرعي وعدم تعارضها مع مصالحه، وتوثق ذلك مقتضيات الفقرة 2 من المادة 166 من مدونة الأسرة².

المحور الثاني: الأمن الأسري وملامح التدخل النظامي الشكلي للمشرع في مدونة الأسرة

إذا كان المبدأ في تدبير شؤون الأسرة احتكامها لضمير وإرادة أطراف هذه المؤسسة سواء تواجدت الحياة الزوجية أو انحلت لسبب من الأسباب، فإن الواضح فيها تدخل المشرع بنصوص أمرة قيدت سلطان الزوجين بدءا من إبرام عقد الزواج وصولا إلى إنهائه بطلاق أو تطليق أو وفاة أو فسخ، غايته في ذلك حماية الحقوق الفضلى للزوجين والأطفال ثمرة هذه المؤسسة.

¹ - جاء في مقتضيات المادة 116 من مدونة الأسرة "تخالع الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي".

² - جاء في مقتضيات الفقرة 2 من المادة 166 من مدونة الأسرة ما يلي "بعد انتهاء العلاقة الزوجية يحق، للمحضون الذي أتم الخامسة عشر سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه".

الفقرة الأولى: ملامح الشكلية أثناء تواجد العلاقة الزوجية

لقد فرض المشرع الأسري توثيق قضايا الأسرة مقررا تحولاً مما قد نسّميه رضى الشكلية إلى شكلية هذا الرضى الأسري، تاركاً أمر تنظيمها للشارع وذهب في ذلك محمد أبو زهرة عند قوله "إن الأسرة لما يجب لها من الصيانة ولما تستلزمه من القرار الثابت كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ويرتب الأحكام التي تنشأ عنها..."¹، وإن ظلت الكتابة من منظور مشرع مدونة الأسرة مجرد وسيلة للإثبات لا شرط صحة وانعقاد لا يترتب على تخلفها البطلان بل غايتهما الأساس إرساء أمن واستقرار أسري ضامن لحقوق أطراف هذه المؤسسة الفضلى زوجاً كان أو زوجة أو أبناء.

• التوثيق كشكلية في إثبات العلاقة الزوجية

إذا كانت الغاية من التوثيق هي الضبط والإحكام، فإن توثيق عقد الزواج من طرف العدلين وإظفائهم الرسمية على إرادة الزوجين المتعاقدين بعد الخطاب الواقع من قاضي التوثيق على ذلك العقد، إنما قرره المشرع بغاية ضمان الحقوق الفضلى لعاقديه وللأطفال بشكل أساس، توثيق ذلك الجلي بقراءة مقتضيات الفقرة 4 من المادة 13 من مدونة الأسرة عند قولها "سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه".

ولعل وثيقة الزواج المحررة من طرف العدلين هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الزواج والحقوق المتعلقة به، وإن بإجازة سماع دعوى الزوجية من طرف المحكمة استثناء ولظرف قاهر حال دون توثيق العقد الزوجي في وقته وبجميع الوسائل² وإن كانت دعوى مؤقتة ومقيدة بأجل وصعوبة إقامتها من طرف الزوجين واقعا، بل والصعوبة في تحديد السبب القاهر الذي وظفه المشرع هل هو سبب واقعي يتمثل في البعد أو يتعلق بسبب مادي وإن ظلت ظروف تخضع في تكييفها لسلطة القاضي التقديرية والتضارب البين الواقع بين المحاكم بهذا الخصوص.

وإذا كان الأصل أن يبرم الشخص بنفسه عقد الزواج فإن المشرع أجاز التوكيل فيه وذلك بوكالة خاصة ومحررة بعد إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بها، وكالة إنما فرض المشرع تحريرها في ورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الموكل فيها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المحضر الذي يضم التقرير الطبي المنجز حول الزوج المصاب بإعاقة ذهنية إجراء شكليا توثيقيا لضمان حقوق هذا الأخير والزوج المتعاقد معه والمتعهد في

¹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، م س، ص: 98.

² - جاء في مقتضيات الفقرة 2 من المادة 16 من مدونة الأسرة ما يلي "إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة".

محضر رسمي بقبول هذا الزواج، وهو المقتضى الذي جاءت موثقة إياه مقتضيات المادة 23 من مدونة الأسرة.

• توثيق أموال الزوجية

مما لا مراء فيه أن المشرع قد قرر حمايته للحقوق المالية للزوجين خاصة بعد انحلال ميثاق الزوجية لسبب من الأسباب، ولعل المادة 49 من المدونة ورغم ما طرحته من إشكالات عملية وتأويل متباين لمضامينها عند إثارة نزاعاتها أمام القضاء الذي قد يعترف للزوجة بحقها في هاته الأموال وإن بحرمانها من هذا الحق لضعف وسائل إثباتها، تنصيص قانوني وتنظيم مالي فرض إفراغ هذه الأموال في عقد موثق من العدلين يستقل عن عقد الزواج وهو المقتضى التشريعي الذي جاء صريحا في الفقرة 2 من المادة 49 عند قولها "يضمن هذا الإتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج".

توثيق ورسمية للعقد المالي ما تثار حجيته بمناسبة نزاعات الزوجين بعد الطلاق على الأحقية فيها وغياب أي اتفاق يدبرها، وإن بسلطة واسعة منحت للقاضي في الحكم للزوجة بنصيبها من هذه الأموال بل حتى للزوج الذي قد يطالب بأحقية في تلك الأموال وإن باستحالة تحقق ذلك واقعا عند عدم وجود اتفاق ينظم لها، وإن كان نص المادة 49 إنما يخاطب الزوجين معا وتوثق ذلك الفقرة الأخيرة من المادة السالفة عند قولها "...مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين".

• قراءة في الإجراءات الإدارية والشكلية لعقد الزواج كملاح للشكلية في المدونة

إن ميثاق الزوجية لم يعد مقتصر على إرادة أطرافه، بل أضحي مقيدا بضوابط أمرة توثيقية وشكلية فرضت نظاميا من طرف المشرع بغاية حماية الحقوق الفضلى للزوجين ولالأطفال ثمرة

¹ - براءة قانونية وواقعية متمحصنة للصياغة الحالية التي جاءت بها المادة 49 من مدونة الأسرة كمستجد في وقته بل وخلف تباينا بين مؤيد ومنتقد له، بل وفيما قد يسمى جهلا بالقصد التشريعي منه خاصة لدى الأزواج من منطلق أن أموال الزوج هي أموال الزوجة بمجرد العقد والعكس صحيح، وهل يكونه جاء لحماية حق الزوجة سيما التي يقتصر عملها على البيت وبين من اعتبره نصا له سلبته في تفكيك عش الزوجية وإنزال قدسية المؤسسة الزوجية منزلة الأموال والمزايدة حولها بذلك الإتفاق الذي يخضع لإرادة وعقيدة الزوجين، تنظيم يمكن القول على أنه أظفى صبغة قانونية على ما سمي بالكد والسعاية وإن يخضوعه لسلطان القاضي عند عدم وجود أي اتفاق وعقد مالي أو فيما قد نسميه شركة مالية تنطلق بعد إبرام عقد الزواج، تنظيم خضع لتأويلات عدة بسبب العبارات العامة التي وظفها المشرع من قبيل "مراعاة عمل كل واحد من الزوجين"، فهل هي أعمال تشمل العمل المنزلي وخارجه أم تقتصر على إحداها ونوع هذا العمل ودرجته، أضف إلى ذلك عبارة "المجهودات والأعباء لتنمية أموال الأسرة" فهل تشمل بيت الزوجية وخارجه أم أن الأمر لا يعدوا مجرد عبارات تختفي أمام سلطة القاضي التقديرية التي في غالها حرمت الزوجة من هذا الحق كونها ربة بيت وعجزها في الغالب على إثبات تميمها لتلك الأموال، والتي قد تعزى أيضا لقصور الوسائل العامة التي قد تثبت هذا الحق وإن بوضع يقتضي من وجهة نظرنا إيجاد وسائل تراعي خصوصية الأسرة ونزاعاتها المالية.

هذا العقد، ولعل القسم 6 من الكتاب الأول من المدونة وفي الفصول من 65 إلى 69 منها لخير دليل على ذلك عند وضعه عنوانا عريضا بالإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج.

إجراءات توثيقية للعقد ومن طرف العدل إنما تبتدأ من إحداث ملف الزواج بكتابة ضبط قضاء الأسرة محل إبرامه مضموما بمجموعة من الوثائق الإدارية اللازمة له تحت طائلة بطلانه والإذن السابق والبعدي لقاضي الأسرة للعدلين بتوثيقه¹، وتؤكد ذلك بشكل أساس مقتضيات البند الثالث من المادة 65 من المدونة القائلة على أنه "يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج".

ملامح للشكلية في المدونة إنما تظهر جلية في تلك الرسمية التي يمنحها العدلان وفي إطار اختصاصهم المكاني والنوعي لعقد الزواج بمناسبة توثيقهم إياه، كرسمية تبقى متوقفة نهائيتها على خطاب قاضي التوثيق وتوثق ذلك مقتضيات المادة 35 من القانون 16.03 المنظم لخطة العدالة والبند 1 و 10 و 11 من المادة 67 من مدونة الأسرة عند تقريرها لضرورة تواجد العدلين بتوقيعهما وإشهادهما على العقد انتهاء بخطاب القاضي وطابعه عليه.

الفقرة الثانية: ملامح الشكلية أثناء انحلال ميثاق الزوجية وأسسها في إرساء الأمن الأسري

من الواضح أن المشرع الأسري قد قرر مقتضيات جديدة همت إنهاء الرابطة الزوجية غايتها فيها حماية الحقوق الفضلى لأطراف مؤسسة الأسرة أزواجا كانوا أو أطفال، وبمسطرة جديدة بشكل أساس للإذن بالطلاق استوجبت الإذن المسبق به من طرف المحكمة وعدم تسجيله إلا بعد

¹ - من الواضح أن المشرع الأسري قد فرض مسطرة كتابية وإجراءات شكلية للقول برسمية عقد الزواج والجلية في المادة 65 من مدونة الأسرة عند قولها كالآتي:

- أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد ويضم الوثائق التالية:
- مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار لوزير العدل.
 - نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه الرخصة ومن أجل الزواج.
 - شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية.
 - شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.
 - الإذن بالزواج في الحالات الآتية (الزواج دون سن الأهلية، التعدد في حالة توفر شروطه، زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، زواج معتنقي الإسلام والأجانب، شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب).
- ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.
- ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.
- رابعا: يضمن العدلان في عقد الزواج، تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا، وفي حالة وجود زواج سابق يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه.

الأداء القبلي للزوج لمستحققات الزوجة والأطفال، كمسطرة كتابية استثنيت الطلاق الشفوي في الحالات غير العادية وإن بإجازته في بعض الحالات.

تكريس أنف إنما جاء صريحاً بقراءة مقتضيات المادة 79 من المدونة مستوجبة فيه إذن المحكمة بالإشهاد العدلي على وثيقة الطلاق¹، وهو الإذن الذي يتضمن مجموعة من الوثائق المتعلقة بالزوجين والأطفال تحت طائلة رفض طلب طالب الإذن، إذ وبمجرد إيداع الزوج الراغب فيه للمبالغ المستحقة الواجبة عليه حسب سلطة القضاء التقديرية يأذن له بتوثيق الطلاق لدى عدلين بدائرة نفوذه وتوثق ذلك مقتضيات الفقرة 1 من المادة 87 من المدونة، متوقفة صحته على ضرورة خطاب قاضي التوثيق على وثيقة الطلاق وإحالة نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن حسب منطوق الفقرة 2 من المادة سالفه الذكر.

وعليه فإن نهائية الطلاق برسميته وشكلية المفروضة على سلطان إرادة الزوجين التي لا تقبل الطعن، إنما تستمد قوتها من تقييدها بمسطرة أمرة تتداخل فيها كل من المحكمة والعدول وقاضي التوثيق غايتها حماية حقوق أطراف مؤسسة الأسرة، مسطرة إنما ينضاف إليها المحضر المنجز من طرف المحكمة بمناسبة تعذر الإصلاح الزوجي واستمرار الشقاق إلى الحكم بالتطليق ومستحققاته والمسؤول عنه وتؤكد ذلك عبارات المادة 97 من مدونة الأسرة.

هذا وتبقى من معالم الشكلية المقررة في مدونة الأسرة ذاك المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 114 عندما استوجبت إذن المحكمة بالإشهاد على الطلاق الإتفاقي وتوثيقه عند تعذر الإصلاح.

ملاح في التدخل النظامي الأمر للمشرع بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية ذاك الجلي في القسم الثامن من الكتاب الثالث من المدونة وبعنوان عريض جاء فيه "إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق وتوثق ذلك مقتضيات المواد من 138 إلى 141"، كإجراءات قانونية من طرف المشرع قيدت إرادة الأطراف راسمة قانونية انحلال رابطة زوجيتهم وأثارها الحمائي بصدور وثيقة الطلاق

¹ - جاء في مقتضيات المادة 79 من مدونة الأسرة على أنه "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها والتي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".

للزوجة كأصل ونظير منها للزوج، وبمسطرة تبتدئ من إذن المحكمة والإشهاد العدلي مروراً بخطاب قاضي التوثيق انتهاء بالحكم القضائي بالطلاق ومستحقته¹.

هذا ومما تجدر الإشارة إليه ومما يؤكد مكانة الشكلية في مدونة الأسرة أن أقر المشرع إمكانية إثبات النسب في فترة الخطبة إذا طالت وتعذر معها توثيق الزواج لطروف القاهرة، مقررًا فيها الإثبات وجميع الوسائل المقررة مدنيا وشرعيا وتوثق ذلك مضامين المادة 156 من مدونة الأسرة، تنصيص رغم الذي طاله من انتقاد بين من قال فيه بخروجه عن القواعد الشرعية للشريعة الإسلامية التي لا يجتمع فيها حد ولا نسب معتبرين ذاك الحمل والنسب غير شرعي بالنسبة للخاطب، وبين من اعتبره ضامنا لحقوق الطفل الفضلى ونسبا شرعيا لأبيه رغم ازدياده خارج المؤسسة الزوجية.

توجهات في تدخل المشرع بقواعده في قضايا الأسرة تظهر جلية في الأمر التلقائي الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين في فتح ملف النيابة الشرعية أو بطلب من الولي إذا تعدت قيمة أموال المحجور 200 ألف درهم كما توثق ذلك مقتضيات المادة 240 من مدونة الأسرة، وبرقابة قضائية على الولي الشرعي كان وليا أو وصيا أو مقدا غايتها الحفاظ على الحقوق المالية لهذا الأخير، توجه رسمي ذاك الجلي بمناسبة تنظيم أحكام الوصية وذلك باشتراط المشرع لصحتها أن يصدر بها إشهاد كتابي عدلي أو أي جهة أخرى مكلفة بالتوثيق وتوثق ذلك مقتضيات المادة 296 من المدونة.

¹ - من الواضح أن المشرع وبغاية حمايته لحقوق الزوجين والزوجة بشكل أساس أن أوجب توثيق الطلاق ليصبح رسميا ونهائيا لا يمكن الطعن فيه استثناء عن باقي القضايا الأخرى لخصوصيته المتعلقة بالأعراض، الأمر الذي توثقه بشكل خاص مقتضيات المادة 138 من مدونة الأسرة عند قولها "يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمستند الزوجية".

تنصيص ذاك الذي تؤكد مقتضيات المادة 139 عندما فرضت تضمين رسم الزواج جملة من الشروط والضوابط حتى يصير حجة دافعة على أطرافه بعضا متعلق بالزوجين المطلقين والبعض الآخر متعلق بالزوج، وذلك من قبيل "تاريخ الإذن بالطلاق ورقمه، هوية المطلقين، تاريخ عقد الزواج عدده وصحيفته بالسجل، نوع الطلقة وعددها".

شكليات وثقت إياها أيضا مقتضيات المادة 140 من المدونة غايتها في ذلك تأسيس وثيقة الطلاق التي يبقى أصل حياتها للزوجة ونظيرا منها للزوج بعد مرور 15 يوما من تاريخ الإشهاد عليها، لتقوم المحكمة بعدها بإرسال ملخص هذه الوثيقة إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين أو إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط في حالة عدم وجوده، ليتم بعد ذلك تضمينها بهامش رسم ولادة الزوجين.

خاتمة

مما لا مراء فيه وبشكل مفترض لا يقبل إثبات عكسه أن تحمل المشرع مسؤولية حفاظه وتأمينه حقوق مؤسسة الأسرة الفضلى، وبملاحم مساواتية رعاينة ظلت بارزة في مدونة الأسرة وكذا الدستور التي تلاها كمحطات إصلاحية وبدائل تشريعية لإرساء أمن حقوقي واستقرار أسري منشود سرعان ما بزغت ملامح قصوره واقعا باختفاء وتراجع خطير للمؤسسة الزوجية الممتدة لتحل مكانها أسر نووية غير زوجية ولأسباب ترجع للمشرع نفسه الذي تبنى قواعد ساهمت في تقويض هذه المؤسسة "توسيع حالات اللجوء إلى انحلال الرابطة الزوجية، إثبات عقد الزوجية، إمكانية نسب الحمل للخاطب، إمكانية الإشتراك الزوجي في الأموال، التحايل من أجل إضفاء القانونية على التعدد بحجة الظرف القاهر وحماية نسب الطفل...".

ملاحم فرضت الحديث عن قصور في أدوار الأسرة تدعيم استقرار المجتمع وتراجع حقوقي مس كل أطراف هذه المؤسسة، ولأسباب أخرى تعزى للدور السلبي والمتسرع للقضاء في الحفاظ على الحقوق المكتسبة لهذه المؤسسة رغم السلطات الممنوحة له في حماية الأسرة ونضرب مثالا على ذلك عدم تفعيله لمسطرة الصلح التي ظلت شكلية ليس إلا إلى تباين توجهاته في قضاياها، الأمر الذي كان من نتائجه الحتمية الحديث عن أزمة أمن أسري لا مجال للقטיعة معه سوى التفكير الجاد ومن ذوي الشأن لمراجعة حقيقية لمدونة الأسرة وإصلاح الأعطاب التي طالت القانون المنظم لها.

إصلاحات منشودة وبديل تشريعي تعديلي وبغاية إرساء أمن أسري وحقوق مأمول، إنما يجد مرتكزاته في إيجاد نصوص ناجعة وواقعية تقطع الصلة بالانتقاد الحالي ملامحه تقييد حرية اللجوء إلى إنهاء رابطة الزوجية وبمراقبة صارمة للقضاء الناظر في دعاويها وبغاية هي تحصين هذه المؤسسة، وبمرتكزات حمائية وفضلى لحقوق الأطفال وتقييد للحقوق أو لما قد نسميه غير الحقوق الناتجة عن العلاقات الواقعة خارج إطار الزوجية والمراقبة القضائية الصارمة عليها.

مرتكزات إنما تقتضي إيجاد أقسام قضاء أسري متخصص له سلطاته الواسعة في تدبير قضايا الأسرة وبأمن قضائي يفرض نفسه على سلطان إرادة مؤسسي هذه الأسرة، في أفق إعادة النظر في التدخل النظامي والأصلي لجهاز النيابة العامة إلى إيجاد نيابة عامة متخصصة توائم خصوصية نزاعات قضايا هذا المؤسسة وبما يضمن توازنها وحقوقها الفضلى.

وبمرتكزات تهم جانب الأموال والإنفاق الزوجي بما يوائم المسؤولية والرعاية المشتركة لأطراف هذه المؤسسة والمرجععية الإسلامية للأسرة المغربية، وإن بتسليمنا الحالي والمستقبلي

بجدلية الرضائية والشكلية المستمدة نفسها من تعقيدات هذه المؤسسة ذاتها رغم ما سيتقرر من إصلاح مرتقب.



وضعية المرأة السلاية: بين النص والقضاء.

LA FEMME ENTRE LE TEXTE ET LA JUSTICE.

👉 يونس أسوال

طالب باحث في سلك الدكتوراه

كلية الشريعة / مختبر الشريعة والقانون وقضايا العصر التأصيل والتنزيل

جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

Abstract

Les terres collectives au Maroc constituent l'un des éléments essentiels qui contribuent de manière significative à l'investissement et à la réalisation du développement économique pour les ayants droit d'une part, et pour les projets privés d'autre part.

À cette fin, le législateur marocain a élaboré des lois et des réglementations spécifiques visant à protéger ces terres contre toute exploitation illégale. Parmi les problèmes les plus importants soulevés à cet égard figure droit de jouissance aux femmes, ce que ces législations ont consacré, convaincues de la nécessité d'atteindre l'égalité entre les hommes et les femmes. Cela s'inscrit dans le cadre des instructions royales de Sa Majesté le Roi Mohammed VI, que Dieu l'assiste et le protège.

Dans ce contexte, cet article scientifique abordera en détail les étapes importantes que ces législations ont traversées et leur mise en œuvre sur le terrain.

Mots-clés :

terres collectives - femme - droit de
jouissance - développement économique -
investissement.

ملخص

تشكل الأراضي السهلية بالمغرب إحدى
البيئات الأساسية التي تساهم بشكل كبير في
الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية بالنسبة
لدولي الحقوق من جهة والمشاريع الخاصة من
جهة أخرى.

ولهذه الغاية قام المشرع المغربي بصياغة قوانين و تشريعات خاصة هدفها تحصين هذه الاراضي من أي ترامي أو استغلال غير قانوني ، ولعل من أهم المشاكل المطروحة في هذا الصدد تمكين المرأة السلالية من حقها في الانتفاع ، هذا ما كرسته هذه التشريعات وذلك ايمانا بتحقيق المساواة بين الرجل و المرأة على حد سواء ، تنفيذاً للتعليمات السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله و أيداه .

وفي هذا الصدد فهذه المقالة العلمية سوف تتطرق بالتفصيل للمحطات الهامة التي مرت منها هذه التشريعات وتزيلها على أرض الواقع.

الكلمات المفتاحية :

الاراضي السلالية- المرأة- الانتفاع- التنمية
الاقتصادية- الاستثمار .

مقدمة

تعرف البنية العقارية في المغرب أشكالاً وتنظيمات مختلفة، ولكل تنظيم خصوصياته، سواء من حيث طريقة الاستغلال والانتفاع، أو من حيث التسيير، من حيث الأسس التي يستمد منها قواعده وأحكامه.¹

ومن هذه الأنظمة توجد أراضي الجموع، أراضي الجيش، أراضي الأقباس، إضافة إلى الملكية الخاصة والتي تنقسم بطابع فردي أحياناً أو بطابع جماعي على الشياخ أحياناً أخرى.²

ولقد استطاع نظام أراضي الجموع أن يحتل مكانة أساسية من ضمن الأنظمة العقارية بالمغرب، بحيث يقدر عدد الجماعات السلالية بما يناهز 4 آلاف و563 جماعة موزعة على 55 عمالة وإقليم وبأكثر من 8500 نائب جماعي، وتقدر المساحة الإجمالية للرصيد العقاري الجماعي بـ 15 مليون هكتار تشكل الأراضي الرعوية نسبة تفوق 85 في المائة وتضم ساكنة تقدر بـ 9 ملايين نسمة،³ تستغل بصفة جماعية من طرف ذوي الحقوق، وهم الأفراد أو الأعضاء الذين يتمتعون بحق الإنتفاع في أملاك الجماعات السلالية.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام أراضي الجموع كان متمركزاً عند القبائل الرحل باعتبار هذا النظام يتلاءم وظروف عيشهم وباعتبار التصرف الجماعي كان يخضع لظروف البيئة، المناخ والعرف والعادات القبلية، وكان النظام السائد بين القبائل هو إبقاء الأراضي الرعوية مشتركة بين أفراد القبيلة في حين تتم قسمة الأراضي الزراعية على حسب الخيمة أو العائلة، وقد نتج عن ذلك قيام تصرف مؤقت من طرف أصحاب الخيام وأرباب العائلات.

ولما انحل الترابط العائلي الذي كان سائداً بين أفراد الجماعات واستتب الأمن في البلاد ظهرت الملكية الخاصة وأدى ذلك إلى تقسيم الأراضي إلى نوعين أراضي جماعية وأراضي الملك.⁴ وقد قسمت الأراضي التي تستغل جماعياً إلى ثلاثة أقسام⁵ وهي:

¹ محمد خيري، أراضي الجموع بين البقاء والزوال، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، أراضي الجماعات السلالية بالمغرب العدد الأول 2010، ص. 61.

² حياة اليوسفي، الوضعية القانونية والحقوقية للمرأة السلالية نحو رؤية استشرافية، دار نشر المعرفة الرباط 2016، ص. 07.

³ إحصائيات مستقاة من موقع وزارة الداخلية بوابة الأراضي السلالية، تاريخ التصفح، 2024\04\27 12:50.

⁴ <http://www.terrescollectives.ma/Pages/ar/composantes-humaines-1.cshml>

⁵ عبد الوهاب رافع، النظام القانوني لأراضي الجموع والإشكالات التي يطرحها على صعيد استغلالها والتقاضي بشأنها، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد، 46.

⁵ حسن قصاب، تكييف الحق في أراضي الجموع، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة أملاك، العدد 2، السنة الثانية، 2013، ص. 79.

أراضي النياحة: وهي الأراضي الموجودة بالمناطق الساحلية والسهول ويؤدي مستغلوها الضرائب للسلطان فيما يعرف بالفرض أو الترتيب،

أراضي الجيش: وهي أراضي يقدمها ولي الأمر مقابل خدمة في الجيش وتوجد غالبا قرب المدن العواصم الرباط مكناس فاس،

أراضي الجموع: تتصرف فيها الجماعة الأصلية دون أداء خراج أو ضريبة.

وهذا النوع الأخير هو ما يعرف بأنه " الأراضي التي تملكها بصفة جماعية مجموعات من السكان المنتمين لأصل واحد وسلالة واحدة، تسمى جماعة سلالية".¹ وهو التعريف المستند إلى الفصل الأول من ظهير 26 رجب 1323 الموافق ل 27 أبريل 1919 إذ ورد فيه " أن الأراضي الجماعية هي الأراضي المعدة للحرث أو الرعي المشتركة بين القبائل حسب العوائد المألوفة في الإستغلال"، غير أن القانون 62.17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.115 الصادر في ذي الحجة 1440 (9 أغسطس 2019) بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدير أملاكها، لم يعطي أي تعريف للأراضي السلالية، فيما عرفها الأستاذ محمد خيرى² بأن ملكيتها ترجع إلى جماعات سلالية في شكل قبائل أو دواوير أو عشائر، قد تربط بينهم روابط عائلية أو روابط عرقية واجتماعية ودينية وحقوق الأفراد فيها غير متميزة عن حقوق الجماعة.

أما الأستاذ عبد الكريم الزاغ³ فقد عرفها بأنها أراض تملكها جماعات قبلية إما في شكل دواوير أو قبائل عائلات أصبحت حقوق الفرد فيها متميزة عن حقوق الجماعات وتستند رئاسة تسييرها لمجموع رؤساء العائلات المشكلة للجماعة القبلية في إطار يطلق عليه مجلس الجماعة.

في حين اعتبر ألبير غيوم⁴ في كتابه "الملكية الجماعية بالمغرب" أراضي الجموع وليدة مؤسسة عرفية وجدت قبل دخول الإسلام ولها نظام خارج عن نطاق الفقه الإسلامي.

¹ علال أبا حبيب، الأراضي الجماعية كأداة للتنمية، الرصيد العقاري: التدبير والتسيير، مقال منشور بمجلة المحامي، عدد 46، دون ذكر الطبعة، ص. 79.

² محمد خيري، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي المساطر الإدارية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، طبعة 2013، ص. 79.

³ عبد الكريم بالزاغ، أراضي الجموع: محاولة لدراسة بنيتها السياسية والاجتماعية ودورها في التنمية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص. 15.

⁴ALBERT GUILLAUME, *la propriété collective au Maroc*, édition la porte rabat 1960, p. 40.

بينما ذهب بول دوكر¹ إلى القول بأن أراضي الجموع هي أراض قروية تمتلكها جماعات إثنية، يصعب تحديد حقوق الفرد فيها عن حقوق الجماعة.

وكما هو معلوم فإن النظام الجماعي الذي كان سائدا في المغرب قبل دخول الحماية يتميز بطابع التضامن والتكافل الاجتماعي، إذ أن كل فرد في الجماعة كان يتصرف في جزء من الأرض الجماعية الصالحة للفلاحة، في حين أن أراضي الرعي ضلت مشتركة بين جميع أفراد القبيلة مثل حرم الدوار وحرم المسجد وحرم البئر المشتركة. وكان نظام التصرف هذا يختلف من قبيلة لأخرى تماشيا مع أعراف وتقاليد كل قبيلة.²

ومع بداية فترة الحماية للمغرب سارع سكان القبائل المستوطنة في السهول في إطار الفوضى التي شهدتها المغرب خلال هذه الفترة إلى إقامة رسوم ملكية للأراضي الجماعية التي ينتفعون بها في إطار القسمة القبلية، لذلك عمدت السلطة الحامية حفاظا على هذه الأراضي من الضياع إلى سن نظام جماعي يسهل على هؤلاء عملية شراء الأراضي الجماعية باعتبارها تشغل جزءا هاما من أراضي الغرب الخصبة من خلال مجموعة من المناشير بعد ذلك قامت بجمع هذه النصوص في ظهير واحد هو ظهير 27 أبريل 1919 الذي يعتبر بمثابة ميثاق للأراضي الجماعية والذي لم يكن الهدف منه حماية الأراضي الجماعية بقدر ما كان الهدف منه تسهيل استغلال هذه الأراضي من طرف رعايا الدولة الحامية.

ولما حصل المغرب على استقلاله بادرت السلطات المغربية إلى إدخال عدة تعديلات على ظهير 27 أبريل 1919 كان من أبرزها الظهير الصادر بتاريخ 6 فبراير 1963³، حيث تم بموجبه وضع هذه الأراضي تحت سلطة الوصاية الإدارية لوزير الداخلية يمارسها بمساعدة مجلس الوصاية، ثم بعده ظهير 25 يوليوز 1969⁴ المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري هذا بالإضافة إلى مجموعة من الظواهر والمناشير والدوريات المنظمة لهذه الأراضي وطرق استغلالها.⁵

¹ PAUL DECROUX, le droit foncier Marocain, édition la porte 1977, p. 463.

² عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، سلسلة المكتبة القانونية المعاصرة والوراثة الوطنية بمراكش، الطبعة الثانية 2005، ص. 20، 21.

³ ظهير رقم 1.62.179 صادر بتاريخ 12 رمضان 1382 (فبراير 1963) منشور بالجريدة الرسمية عدد 2626 بتاريخ 27 رمضان 1382 (22 فبراير 1963)، ص. 68.

⁴ ظهير شريف رقم 1.96.30 صادر بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، منشور في الجريدة الرسمية عدد 2960 مكرر بتاريخ 13 جمادى الأولى 1389 (29 يوليوز 1969)، ص. 2960.

⁵ حياة اليوسفي، مرجع سابق، ص. 9 وما يلي.

ومن الثغرات التي طالت ظهير 27 أبريل 1919 وكذا النصوص المعدلة له هو عدم تعريفه لذوي الحقوق المستفيدين من هذه الأراضي أو على الأقل وضع معايير لتحديد صفة ذوي الحقوق وترك الأمر للأعراف والعادات المتداولة داخل كل جماعة، الأمر الذي ترتب عنه في بعض الجماعات إقصاء لفئات معينة من الاستفادة من هذه الأراضي كما هو الحال بالنسبة للنساء السلاليات، حيث وجدن أنفسهن ضحية أعراف تقصين من الاستفادة من هاته الأراضي وهي أعراف مخالفة للدستور الذي ساوى بين الرجل والمرأة. الفصل 19 من دستور المملكة لسنة 2011.¹

حيث شكل الدستور المغربي اللبنة الأساسية في احترام حقوق الإنسان وحقوق المرأة التي تعتبر جزءاً منه، إذ يتجلى الانتصار للمرأة المغربية من خلال تنصيبه على تمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية.

كما أن الوثيقة الدستورية أشارت إلى أن الدولة تسعى إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجل والمرأة وتحدث لهذه الغاية هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز، وتوفير سبل ارتقاء تمثيلها في مراكز اتخاذ القرار والمساهمة الفعالة في بلورة رؤية جديدة للمرأة المغربية، تتجاوز الصورة النمطية والدونية التي ما فتئت تتلاشى بحكم الأدوار الجديدة التي أصبحت تضطلع بها.

وعليه فبالرغم مما عرفه المغرب من إيجابيات على الصعيد الحقوقي والسياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي في النهوض بأوضاع المرأة فإن كفالة القانون لحقوقها يتصادم مع واقع الممارسة على العقار سواء من حيث الحق في الانتفاع أم من حيث الحق في الإرث بدعوى وجود أعراف قديمة تحرمها من حقوقها الشرعية.

ومنه فإن وضع المرأة داخل الجماعات السلالية، استأثر باهتمام كبير بعد الاستنكار الذي عبرت عنه النساء المقصيات من الاستفادة من تلك الأراضي إسوة بإخوانهن الرجال، إذ أن حرمان النساء السلاليات من الاستفادة بشكل متساو مع الرجال من حق الانتفاع بأراضي الجموع يعتبر خلافا تشريعيا كان واجبا على المشرع التدخل لوضع حد له الشيء الذي عجل بإصدار وزارة الداخلية لعدة دوريات في هذا الخصوص وانطلاق الحوار الوطني حول أراضي الجموع الذي نظمته وزارة الداخلية تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره وأيده، كما تم اللجوء إلى المحاكم الإدارية بهدف إلغاء قرارات مجلس الوصاية التي تصادق على عمليات تقسيم المنافع الجارية فوق أراضي الجموع بشكل يحرم النساء من الاستفادة وكأنهن لسن من ذوى الحقوق².

¹ الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليو 2011، الدستور الجديد للمملكة، مطبعة النجاح الجديدة، ص. 25 وما يلي.

² حياة اليوسفي، مرجع سابق، ص. 11، 12.

وجاء القانون 62.17 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.115 صادر في 7 ذي الحجة 1440هـ 9 أغسطس 2019 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتديبر أملاكها ليحسم الجدل ويكرس حق المرأة السلالية في الانتفاع.

فكيف استطاع المشرع المغربي أن يمنح للمرأة السلالية الحماية القانونية لاكتساب صفة ذي حق؟ وأين يتجلى دور القضاء في حماية هذا الحق؟

للإجابة على هذا التساؤل سنعمل على تقسيم هذا المقال إلى مبحثين:

المبحث الأول: المبادرات التنظيمية والقانونية المتخذة لتقرير حق المرأة السلالية في الانتفاع
المبحث الثاني: إقرار وحماية حقوق المرأة السلالية عن طريق القضاء الإداري .

المبحث الأول: المبادرات التنظيمية والقانونية المتخذة لتقرير حق المرأة السلالية في الإنتفاع:

استأثرت وضعية المرأة السلالية باهتمام كبير خصوصا مع تنامي الاستنكار الذي عبرت عنه النساء السلاليات المقصات من الاستفادة من الانتفاع بالأراضي السلالية والعائدات المتأتية من المعاملات المنجزة على تلك الأراضي أسوة بالرجال.

وشكل موضوع المرأة السلالية مدخلا أساسيا ومباشرا لدراسة ومناقشة التأثيرات السلبية للأعراف المحلية السائدة، على تهمين أملاك الجماعات السلالية، وحكمة تديبرها وتعبئتها في إنجاز مشاريع استثمارية تخلق فرص الشغل وتساهم في تحقيق التنمية وخلق طبقة متوسطة بالعالم القروي¹.

وأمام موجات الاحتجاجات العارمة التي قامت بها النساء السلاليات للمطالبة بحقوقهن المشروعة التي حرمن منها لمدة طويلة من طرف نواب الجماعات السلالية على أساس قرارات تعسفية مبنية على أعراف وتقاليد متجاوزة ويطغى عليها الطابع الذكوري، فقد اتخذت عدة مبادرات ترمي إلى معالجة هذه الوضعية، منها ما يكتسي صبغة تنظيمية **(المطلب الأول)** توجت بإقرار الحق تشريعيا **(المطلب الثاني)**.

¹ أحمد عبد السلام الساخي، النظام القانوني الجديد لأموال الجماعات السلالية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2021، ص. 509.

المطلب الأول: المبادرات التنظيمية المتخذة لتقرير حق المرأة السلاوية في الانتفاع

أقرت مدونة الأسرة¹ مجموعة من المبادئ التي كان لها أثر كبير على وضعيّة المرأة داخل الأسرة المغربيّة، لعلّ بهذا الخصوص سنّ مبدأ المسؤوليّة المشتركة للرجل والمرأة داخل الأسرة²، وإقرار أحقيّتها في الولاية على أبنائها في حالة عدم وجود الولي³، فضلاً عن الكثير من الحقوق التي يلتزم المغرب بضمانها لفائدة المرأة في إطار التزامه بالمواثيق الدوليّة.

غير أن طغيان وسيادة العقلية الذكورية بسبب الأعراف والعادات المحلية القديمة والمتجذرة حال دون استفادة المرأة السلافية من هذه المرجعية، فكان لزاماً على وزارة الداخلية بصفتها وصياً على الجماعات السلافية أن تتدخل لرفع مظاهر التهميش والإقصاء عن المرأة السلافية، ولذلك اتخذت عدة مبادرات تنظيمية ترمي في مجملها إلى معالجة هذه الوضعية⁴.

وفي ظل الحيف الكبير الذي لحق فئات واسعة من النساء المغربيات في بعض المناطق والمتمثل أساسا في حرمانهن من حقوقهن الشرعية في إرث متروك أزواجهن أو أبائهن المؤسس بمقتضى حق الإنتفاع بالأراضي الجماعية أو من منافع و عائدات ثروات تلك الأراضي وفق عادات وأعراف القبائل السلالية، توجهت وزارة الداخلية بطلب فتوى شرعية إلى المجلس الأعلى العلمي لإبداء رأيه الفقهي حول وضع المرأة داخل الجماعات السلالية، وحرمانها من الاستفادة من التعويضات المالية التي يستفيد منها الرجل إثر العمليات العقارية التي تجرى على بعض الأراضي الجماعية، فكان رده بفتوى شرعية في الموضوع (أ) كما أعقبت الوزارة الوصية ذلك بتدابير إجرائية (ب) والتي توجت بانتصار تشريعي أقر حق المرأة السلالية في الانتفاع.

(أ): موقف المجلس العلمي الأعلى من وضعية المرأة السالية:

أفضى النقاش القانوني حول وضعية المرأة السلالية إلى استدعاء الرأي الشرعي في هذه المسألة. فقد وجهت وزارة الداخلية عبر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية سؤالاً للمجلس العلمي الأعلى حول وضع المرأة داخل الجماعات السلالية، والمتعلق بجانب حرمانها الاستفادة من

¹ القانون رقم 97.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص. 418.

² تنص المادة الرابعة من مدونة الأسرة على ما يلي (الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة).

³ المادة 231 من مدونة الأسرة.

أحمد عبد السلام الساخي، مرجع سابق، ص. 510.⁴

العائدات المادية والعينية التي يستفيد منها الرجل إثر العمليات العقارية التي تجري على الأراضي الجماعية¹.

وقد تدارست لجنة من هيئة الإفتاء² بالمجلس العلمي الأعلى موضوع السؤال المشار إليه سلفا، قصد إبداء الرأي فيه من الوجهة الشرعية، وذلك على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ومن خلال منظورها وتكريمها للإنسان، وما قررت له من حقوق مادية ومعنوية، رجلا كان أو امرأة، وخلصت اللجنة إلى الرأي الفقهي الذي صاغته في شكل فتوى شهيرة بتاريخ 29 يونيو 2010³.

إن موقف المؤسسة الدينية المذكورة سلفا قد خلص بشأن وضع المرأة في الجماعات السلالية، ومطلب استفادتها من بعض المكاسب المادية والاجتماعية التي يستفيد منها الرجل داخلها⁴.

استنادا لكل ما تقدم من الأحكام الشرعية والقواعد الفقهية العامة، والإشارة إلى الظهائر الشريفة المتعلقة بالموضوع، والمنظمة لتفاصيل أحكامه، فإن الرأي الفقهي الذي خلص إليه المجلس ويراه هو أن مسألة حرمان المرأة من بعض الحقوق المالية والمكاسب الاجتماعية في مثل هذه الحال، هي حال كان عليها أهل الجاهلية قبل الإسلام، فجاء الدين الإسلامي الحنيف بتكريم المرأة وإنصافها، وتمتعها بالحقوق المالية التي شرعها لها، بدءا من حقها في الإرث من قريبها المتوفى، وفق القسمة الشرعية، وفي غير ذلك من الحقوق الأخرى. فأبطل الإسلام تلك العوائد التي كانت تحرم المرأة من حقوقها الإنسانية وتعتبرها إنسانا ناقص الأهلية، وحسم في الأمر وأنصف المرأة، وأعطاهم حقوقها المشروعة على التفصيل المبين في كتاب الله تعالى وسنة نبيه المصطفى وكلام السلف الصالح من أئمة العلماء الفقهاء سلفا وخلفا.

وعليه من حق المرأة في الجماعات السلالية أن تستفيد كما يستفيد الرجل من الانتفاع من الأراضي الجماعية ومنتوجها داخل الأسرة والجماعة، ومن كل تقسيم للمنفعة إذ حصل تقسيم فيها، ومن العائدات المالية التي تحصل عليها الجماعة إثر العمليات العقارية التي تجري على

¹ الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2004 والمتعلق بإعادة تنظيم المجالس العلمية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 المؤرخة في 6 نوفمبر 2008، ص. 4063.

² يتعلق الأمر بالهيئة المكلفة بالإفتاء 2004 2012 منشورات المجلس العلمي الأعلى الطبعة الأولى 2013 السحب موديرن برانت، ص. 196 وما بعدها.

³ انظر نص الفتوى كما هي منشورة في منشورات المجلس العلمي الأعلى الطبعة الأولى، 2013، السحب موديرن برانت، ص. 196.

⁴ حياة البجديني، وضعية أراضي الجموع بين المتطلبات القانونية ورهانات التنمية، طبعة النظام القانوني لأراضي الجموع، دار نشر المعرفة، 2017، ص. 143 وما يلي.

الأراضي الجماعية، (علما بأن ظهير 12 رمضان 1382 (6 فبراير 1963) ينص على أن الأراضي الجماعية غير قابلة للتقادم ولا للتفويت والحجز).

وأن يكون ذلك بمعايير عادلة، يتبين على أساسها من يكون جديرا بتلك الاستفادة وأحق بها، وتعطي لكل ذي حق حقه في اطمئنان من رجال ونساء تلك الجماعات، إنصافا للمرأة في مثل هذه الأحوال من المكاسب المادية والعطاءات الاجتماعية والتبرعية، بناء على تلك المعايير الموضوعية المنصفة، وتحقيقا للعدل الذي جاء به شرع الإسلام، وجعله من أسس وتجليات تكريم الإنسان رجل كان أو امرأة والمأمور به في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى، واتقوا الله، إن الله خبير بما تعملون)¹.

(ب): تدابير مجلس الوصاية لإقرار حق المرأة الساللية في الإنتفاع:

بادرت وزارة الداخلية إلى التنزيل الفعلي لمضامين الفتوى الشرعية التي أصدرها المجلس العلمي الأعلى، من أجل التأكيد على أحقية المرأة السلالية في الاستفادة من منافع وأملاك العائدات الجماعية إلى إصدار دوريتين هامتين.

لقد ظل تحديد الطبيعة القانونية للدوريات² الصادرة عن وزارة الداخلية وغيرها من الوزارات مثار جدل كبير بين الممارسين ورجالات الفقه القانوني، ومن يعتبرها مجرد تعليمات مصلحة داخلية غير ملزمة، موضعها سير المصالح الإدارية، لا تمس وضعية المواطنين ولا مراكزهم القانونية ولا تنتج أي آثار قانونية الشيء الذي يبعدها عن الطابع التنفيذي الذي يوصف به المقرر الإداري³.

وفي ذلك ذهب محكمة النقض في أحد القرارات الصادرة عنها إلى استبعاد منشور صادر عن مدير إدارة الجمارك وعدم الاعتماد بما تضمنه من مقتضيات ومما ورد في القرار المذكور ما يلي ((إن مدير الجمارك لا يتمتع بسلطة اتخاذ قرارات لها صبغة تنظيمية، فيكون المنشور الذي أصدره، ليس إلا قرارا إداريا ذا صبغة داخلية، واعتمادا على الاجتهاد القضائي، فإن المناشير ليس لها قوة القانون، وبالتالي لا تكون ملزمة للمحاكم، بل لا تلزم إلا الموظفين الخاضعين تدريجيا إلى الرئيس الصادرة عنه،

¹ سورة المائدة من القرآن الكريم الآية 8.

² قرار عدد 121 صادر بتاريخ 09\01\2017 في الملف عدد 749\2016 غير منشور.

³ مولاي إدريس الحلاي الكتاني، القرارات الإدارية، مطبعة السلام الرباط، الطبعة الثانية، 2001، ص. 21.

وبالتالي فهي لا تلزم بتاتا المحاكم خاصة عندما تكون مخالفة للقوانين¹.

وعلى خلاف ذلك، يعتبر البعض تلك الدوريات والمناشير مكملة لنص القانون متى لم تكن متعارضة معه وعديمة الأثر متى خالفت نصا قانونيا أو مبدأ دستوريا أو كونيا، وفي هذا السياق جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكاير ما يلي:

((.. فمن المعلوم قانونا على أن الدوريات و المناشير الوزارية عموما لا ترقى إلى مصاف القانون المصادق عليها تشريعا، وأنها تبقى في كل الأحوال مكملة للقانون فقط كلما كانت غير مخالفة له، وأنه من البين من مضامين صورة الدورية المحتج بها أنها مخالفة صراحة لمقتضيات القانون التشريعي المجسد في الإلتزامات والعقود الجاري به العمل والمطبق على النازلة، ولا يمكن القول بنسخ الدورية للقانون وبالتالي فإن التمسك بمقتضياتها وإهمال النص التشريعي الصريح لهو خرق بذاته للقانون، فكان الحكم الابتدائي المطعون فيه حينما تغاضى عن الدورية المذكورة وطبق ظهير الإلتزامات والعقود قد صادف الصواب وطبق القانون الواجب التطبيق على النازلة...)).²

وفي إطار الدور التكميلي للدوريات بادرت وزارة الداخلية من أجل سد النقص الحاصل في بعض مقتضيات ظهير 27 أبريل 1919 الملغى، وخاصة منها تلك التي تقصي النساء السلاليات من الانتفاع بحقهن من عائدات المعاملات العقارية المنجزة بشأن أراضي الجماعات السلالية، والانتفاع منها إلى إصدار دوريتين في هذا الإطار سنعرض لمضامينها أدناه.

الدورية عدد 60 بتاريخ 25 أكتوبر 2010؛

صدرت هذه الدورية بعنوان (استفادة النساء من التعويضات المادية والعينية التي تحصل عليها الجماعات السلالية)، وقد كلفت هذه الدورية نواب الجماعات السلالية مسؤولية واقع اعتمادهم على عادات وتقاليد قديمة، تمنح الرجال جميع الامتيازات وتستثني النساء من هذه العملية.³

وركزت الدورية على الطفرة الحقوقية التي تعرفها المملكة في مجال المساواة بين الرجل والمرأة، ودعت الدورية تبعا لذلك إلى تغيير القواعد التي كان جاري بها العمل على صعيد الجماعات السلالية، قصد تمكين النساء من الاستفادة إسوة بإخوانهن الرجال من العائدات المادية،

¹ قرار صادر بتاريخ 19 مارس 1970 أورده محمد الكشور رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 2001، ص 21.

² قرار محكمة الاستئناف بأكاير بتاريخ 09\01\2019 في الملف المدني عدد 749\2016 غير منشور.

³ عرشان احمو، الأراضي الجماعية وآفاق التنمية الترابية بمنطقة الغرب، دار القلم، طبعة يونيو 2021، ص. 67.

والعينية التي تحصل عليها هذه الجماعات إثر العمليات العقارية، التي تجري على بعض الأراضي الجماعية.

كما استفادة النساء من التفويّات العينية والمتمثلة في بضع أراضية في عدة مناطق بالمغرب مثلاً منطقة الغرب وبالأضبط بالجماعتين الترابيتين الحدادة والمهدية، حيث استفادت النساء السلايات من توزيع البقع الأرضية التي تم منحها لها نتيجة تفويت الأرض التي كانت في ملك الجماعة السلاية لفائدة بعض المؤسسات المتخصصة في السكن.

وحدثت الدورية على إدراج العنصر النسوي في لوائح ذوي الحقوق المستفيدين من التعويضات المذكورة، وفتحت مجالا أوسع نوعا ما لاستفادة النساء حتما بصفتهن أعضاء بالجماعات السلالية من كل التوزيعات العينية أو النقدية ومن عائدات تفويت وكراء الأراضي الجماعية وتوزيع الحصص الأرضية في حالت التقسيمات الجديدة، كما أصبح بإمكان مجلس الوصاية الإقليمي أن يرفض البت في لوائح ذوي الحقوق التي لا تحترم الشرط المتعلق باستفادة النساء.

فقد استفادت النساء السلاليات على غرار الرجل السلافي من التعويضات المادية المتأتية عن تفويت ما مساحته 8593 هكتار من الأملاك الجماعية خلال الفترة الممتدة من سنة 2012 إلى غاية 2016، وقد بلغت الإيرادات الناتجة عن هذه التفويتات ما مجموعه 1.931.146.000 درهم¹.

إضافة إلى إيرادات متأتية من عمليات عقارية أخرى ناتجة عن عقود الاشتراك الفلاحي، أو الأكرية، حيث تم توزيع ما مبلغه 2.909.729.500 درهم المتحصلة من مجموع العمليات العقارية منذ سنة 2011 إلى غاية سنة 2016، استفاد منها 171689 ذو حق من الرجال و127060 من ذوات الحقوق من النساء أي بنسبة 58 في المئة من الرجال و42 في المئة من النساء، وهو ما يعكس بحق الانخراط التام والكلي للجميع مع مضامين الدورية، دون إغفال وجود صعوبات مادية لازالت قائمة في تنزيل مضامين هذه الدورية في كثير من المناطق المغربية².

الدورية عدد 17 بتاريخ 30 مارس 2012:

بالرغم من التدابير التي اتخذتها الوزارة الوصية للاعتراف بالنساء كذوات حقوق من خلال إصدار الدورية رقم 60 بتاريخ 25 أكتوبر 2010، إلا أنها ظلت غير كافية لتحقيق المساوات في

¹ إحصائيات أوردتها السيدة العامل مدير مديرية الشؤون القروية بوزارة الداخلية السيد عبد المجيد الحنكاري، أشار إليه أحمد بن عبد السلام السخاي، مرجع سابق، ص. 516 وما يلي.

² أنظر للمزيد من الاطلاع بشأن مضامين الدورة:

العربي محمد مياد، منع النساء السلاليات من عائدات أراضي المجموع، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الجزء الرابع، العدد 3، الطبعة 2012، ص 76 وما بعدها، أشار إليه أحمد بن عبد السلام الساخي، مرجع سابق، ص 516 وما يلي.

جميع الحقوق العائدة لأفراد الجماعات السلالية بما فيها الإستغلال والاستثمار والملكية وتدير الملك الجماعي¹، مما حدا بالوزارة الوصية من جديد إلى إصدار الدورية أعلاه تحت عنوان: ((تمتيع العنصر النسوي بحقوق الانتفاع العائدة لأفراد الجماعات السلالية)).

وقد أشارت الدورية في حيثياتها فضلا عن بعض مقتضيات ظهير 27 أبريل المنظم للوصاية الإدارية على الجماعات السلالية، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ومقتضيات دستور 2011، ومبادئ المساوات والمناصفة التي رسخها دستور المملكة لسنة 2011. وقد نصت الدورية المذكورة على ضرورة تمتيع العنصر النسوي بحقوق الانتفاع العائدة لأفراد الجماعات السلالية وذلك في حالة توزيع الحصص الأرضية وفي حالة توزيع عائدات الملك الجماعي:

. في حالة توزيع الحصص الأرضية أو ما يصطلح عليها بالقسمة المنفعية¹:

طبقا لهذه الدورية فإنه ((يجب التمييز بين التوزيع المزمع القيام به لأول مرة وإعادة التوزيع لحصص ذات طابع فلاحي من جهة، وبين توزيع مخلف ذي حق هالك من جهة أخرى، سواء تعلق الأمر بقطع فلاحية أو سكنية أو غيرها ذات صبغة جماعية.

في الحالة الأولى: أي في حالة التوزيع المزمع القيام به لأول مرة وإعادة التوزيع لحصص ذات طابع فلاحي، تستفيد المرأة من الحصة الأرضية مثلها مثل الرجل وتطبق عليها نفس معايير الاستفادة المعتمدة بين ذوي الحقوق².

في الحالة الثانية: أي في حالة توزيع مخلف ذي حق هالك، تستفيد المرأة من مخلف (والدها، والدتها، زوجها أو أحد أقاربها)، مثلها مثل الذكر³.

وفي كلتا الحالتين يمكن للمرأة أن تستغل حصتها مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بعد موافقة الهيئة النيابية وكذا مجلس الوصاية على ذلك⁴.

وتلك نفس المسطرة في حالة تعبير المرأة صراحة وكتابيا عن رغبتها في التخلي أو التنازل عن هذا الحق الذي لا يمكن أن يتمتع به إلا أحد أفراد عائلتها إن وجد، إذا تعلق الأمر بمخلف هالك،

¹ الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، مقترحات الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب لتعديل ظهير 27 أبريل 1919 في إطار فعاليات الحوار الوطني حول الأراضي الجماعية يونيو 2014، ص. 5.

² الفقرة الثانية من الدورية رقم 17 الصادر بتاريخ 20 مارس 2012، المملكة المغربية، وزارة الداخلية، الكتابة العامة، مديرية الشؤون القروية، ص. 3.

³ الفقرة الثانية من الدورية رقم 17، مرجع سابق، ص. 3.

⁴ حياة اليوسفي، مرجع سابق، ص. 77.

أو عضو من ذوي الحقوق التابعين للجماعة السلالية يقع اختياره من طرف الهيئة النيابية في حالة العكس¹.

2. في حالة توزيع عائدات الملك الجماعي؛

يجب التمييز بين الحالة التي تكون فيها الحصص الأرضية مجمدة وبين الحالة التي تكون فيها الأرض مستغلة بطريقة مشتركة ومشاعة جماعيا بين ذوي الحقوق.

في الحالة الأولى؛ والتي تكون فيها الحصص الأرضية مجمدة، يتم توزيع منتج العملية حسب الحصة المستغلة مباشرة من طرف كل ذي حق ذكرا كان أو أنثى².

في الحالة الثانية؛ والتي تكون فيها الأرض مستغلة بطريقة مشتركة ومشاعة جماعيا بين ذوي الحقوق ذكورا وإنانا باعتماد وتطبيق نفس المعايير على الجنسين، وذلك طبقا لما تنص عليه محتويات الدورية الوزارية رقم 60 بتاريخ 25 أكتوبر 2010 المتعلقة باستفادة النساء من التعويضات المادية والعينية التي تحصل عليها الجماعة السلالية³.

وارتباطا بمضمون الدورتين الوزائيتين، يرى الأستاذ العربي مياد بأن واضح الدورية لم يستقر على مصطلح واحد بخصوص الجهة المستفيدة، فتارة يتم استعمال العنصر النسوي، وأخرى يتم اعتماد النساء أو المرأة وكذا الأنثى، وهذا عيب شكلي في إطار دورية وزارية تؤسس لتقاليد جديدة وكان من الأجدر اعتماد مصطلح واحد وموحد انسجاما مع الدستور ولاسيما الفصل 19 منه.

مضيفا إلى أنه يجب أن يكون التوزيع، سواء تعلق الأمر بتوزيع أرض فلاحية أو إعادة توزيعها خاضعا لمعايير موضوعية لعل أهمها هو الاستقرار الدائم في المنطقة.

ومن وجهة نظرنا نعتقد أن ما ذهب إليه الأستاذ الفاضل وإن كان يحمل في طياته تنبيها للوزارة الوصية، يبقى محل نظر ولا ينسجم البتة مع خصوصيات حق الإنتفاع المقرر لفائدة ذوي الحقوق على أملاك الجماعات السلالية، ذلك أن من شأن أعمال قواعد الإقامة الدائمة بالجماعة السلالية حرمان النساء السلاليات بشكل مباشر من حقهن في الإنتفاع وهو أمر يعصف بمضامين الفتوى الشرعية وكذا القواعد الدستورية.

¹ أحمد عبد السلام الساخي، مرجع سابق، ص. 517.

² الفقرة السابعة من الدورية رقم 17، مرجع سابق، ص. 4.

³ الفقرة الثامنة من الدورية رقم 17، مرجع سابق، ص. 4.

وعموما فإن مجلس الوصاية وانسجاما مع تعاليم ديننا الحنيف الذي يخول للمرأة حق الإرث، وتطبيقا للمبدأ الدستوري الذي ينص على المساواة بين المواطنين أصبح يجيز استفادة المرأة من الأملاك الجماعية في مجموعة من النوازل التي كانت له فرصة البت فيها، مما يؤكد على ترسيخ مبدأ المساواة المقرر دستوريا، وبالتالي الاعتراف للنساء السلاليات كذوات حقوق من طرف الوزارة الوصية، وذلك من خلال الدورية الوزارية رقم 17 الصادرة بتاريخ 20 مارس 2012، وأن ما عابه البعض من تناقض بين أحكامها وأحكام الدورية 51 بشأن مسطرة وضع لوائح ذوي الحقوق يبقى في غير محله، لأن الدورية الأخيرة حتى وإن كانت تستند إلى الأعراف المحلية في منح صفة ذي حق، فإن الدورية 17 جاءت لاحقة ومكملة لها بالتأكيد على ضرورة إدراج النساء السلاليات باعتماد الأعراف دائما وليس إقصائهن، ويبقى الأمل معقودا على جمعيات المجتمع المدني المواطن والفعال في القيام بدوره التحسيني في هذا الباب.

ولنا في تجربة تنصيب خمس نساء سلاليات كنائبات عن الجماعة السلالية المهديّة بمدينة القنيطرة وبعض الجماعات السلالية بورزازات خير مثال، في التعاطي الإيجابي مع مضمون الدورية 17، في أفق تعميم أحكامها بجميع مناطق المغرب، وهي مسألة تحتاج إلى صبر وجهد وإيمان.

ثانيا: إقرار حق المرأة السلالية في الإنتفاع تشريعيا؛

لا يمكن المجادلة في أهمية أحكام ظهير 27 أبريل 1919 الذي تم نسخه والضمانات التي وفرتها للدولة من أجل الحفاظ على الممتلكات العقارية والمنقولات المملوكة للجماعات السلالية وصيانتها وتعبئتها لإنجاز

مشاريع وطنية كبرى.

غير أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحقوقية للمجتمع عموما قد أبانت منذ سنوات خلت، أن القانون المؤطر للجماعات السلالية قد وصل إلى مداه وأبان عن محدوديته، وخصوصا فيما يتعلق بوضعية المرأة السلالية وحرمانها من الإنتفاع¹.

وتفاعلا مع هذه الإشكالات تم تنظيم حوار وطني حول أراضي الجماعات السلالية سنة 2014 تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده تحت شعار

¹ حياة البجديني، نظام أراضي الجموع بين المتطلبات القانونية ورهان التنمية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، شعبة القانون الخاص، مختبر قانون عقود وعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2016/ 2017، ص. 143.

((الأراضي الجماعية، من أجل تنمية مستدامة)) لتقديم مقترحات فعالة لتجاوز المعوقات في تناعم مع مطالب ذوي الحقوق وفي مقدمتهم انتظارات النساء السلاليات¹.

وانسجاما مع مخرجات الحوار الوطني والمقتضيات الواردة في الرسالة الملكية السامية واستئناسا بمختلف المقترحات المستخلصة من عدة لقاءات وندوات وأيام دراسية على مستويات إدارية وقضائية ومؤسسية وجمعية، تم سن مشاريع القوانين رقم 62-17 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدير أملاكها، و63-17 المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلالية والقانون 64-17 المتتم والمغير لظهير 25 يوليوز 1969، التي تمت المصادقة عليها من طرف السلطة التشريعية ونشرها بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 غشت 2019².

وقد حملت مقتضيات القانون 62-17 مجموعة من التغييرات والمستجدات الجوهرية لعل أهمها تكريس المساواة بين المرأة والرجل أعضاء الجماعات السلالية في الحقوق والواجبات فيما يخص استغلال أراضي الجماعات السلالية والاستثمار فيها والإنفتاح منها طبقاً لأحكام الفصل 19 من دستور المملكة.

وفي هذا الصدد تم التنصيص بشكل صريح على أحقية النساء السلاليات في الإنتفاع بأموالكم الجماعات السلالية وفق التوزيع الذي تقوم به جماعة النواب تبعاً للكيفيات والشروط المحددة في المرسوم التطبيقي رقم 2.19.973 بتطبيق أحكام القانون 17-62.³

وفي نفس السياق ورد في الفقرة الأولى من المادة 17 من المرسوم 2.19.973 بتطبيق أحكام القانون 17-62 ما يلي:

((تختار جماعة النواب من بين أعضاء الجماعة السلالية ذكورا وإناثا، الشخص أو الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط اللازمة للاستفادة من الانتفاع.))

¹ لقد مكن الحوار الوطني من الوقوف على جملة من الاختلالات والاكراهات التي يعرفها نظام أراضي الجماعات السلالية وتم تشخيصها وذلك على أربع مستويات، على مستوى البنية العقارية لأراضي الجماعات السلالية، ثم على مستوى العنصر البشري ومؤسسة النائب، ثم على مستوى الإطار القانوني والمؤسساتي والتنظيمي لمؤسسات التدبير، وأخيرا على مستوى التحولات الحاصلة في المحيط الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

² تقرير لجنة الداخلية والجماعات الترابية والسكنى وسياسة المدينة حول مشروع قانون رقم 17/62 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدبير أملاكها، دورة أبريل 2019 السنة التشريعية الثالثة 2018-2019 الولاية التشريعية العاشرة 2016-2021، غير منشورة.

³ تنص المادة 6 من القانون 17-62 على أنه:

((يتمتع أعضاء الجماعات السلالية، ذكورا وإناثا، بالانتفاع بأمالك الجماعات السلالية التي ينتمون إليها، وفق التوزيع الذي تقوم به جماعة النواب المسار إليها في المادة 9 من هذا القانون، ولا يخولهم هذا الانتفاع الا الاستغلال الشخصي والمباشر للأمالك المذكورة.))

بالإضافة إلى تقرير حق المرأة السلالية في الإنتفاع، أقر المشرع بموجب المادة 9 من القانون رقم 62-17 كذلك أحقيتها في تمثيل الجماعة السلالية التي تنتهي إليها أمام المحاكم والإدارات والأغيار والقيام بالتصرفات القانونية التي تهم الجماعة مع مراعات الاختصاصات المسندة لوزير الداخلية ومجلسي الوصاية الإقليمي والمركزي.

وإلى جانب ذلك أجاز المشرع بموجب المادة 17 من القانون 62-17 إمكانية تقسيم أراضي الفلاحية التابعة للجماعات السلالية، والواقعة خارج دوائر الري وغير المشمولة بوثائق التعمير وإسنادها على وجه الملكية المفترزة أو المشاعة، لفائدة النساء السلاليات على غرار الرجل السلالي¹. وتأسيسا على ما سبق، يكون المشرع قد حسم في أحقية المرأة السلالية في الإنتفاع بأراضي الجماعات السلالية وكذا من كافة العائدات المتأتية من المعاملات التي ترد على أملاك هذه الأخيرة متى توفرت فيها المعايير والشروط القانونية للإنتفاع على قدم المساواة مع الرجل السلالي، وهي وضعية تسري سواء تعلق الأمر بامرأة سلالية تنتسب إلى الجماعة السلالية برابطة الدم، أم بامرأة سلالية متزوجة من رجل ينتمي إلى نفس الجماعة².

المبحث الثاني: دور القضاء الإداري في إقرار وحماية حق المرأة السلالية في الإنتفاع:

إن الحماية عنصر إلزامي لقيام الحق، سواء كانت هذه الحماية قانونية أو شرعية، فلا يتصور وجود للحق إذا لم توجد قاعدة قانونية تخلقه وتحميه، وإن هذه القاعدة القانونية المنشئة للحق هي التي تحدد الإمكانات والصلاحيات والسلطات التي يملكها صاحب الحق، وتضع بالمقابل تكاليف على الأغيار من أجل تمكينه من التمتع بحقه، وتفرض عليهم التزامات بعدم التعرض له أو عرقلة استعماله، كما أن المهمة الأساسية للقضاء هي تطبيق القانون على جميع أفراد المجتمع سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وسواء كانوا أفرادا أو جماعات، سواء كانوا أشخاصا معنويين أو ذاتيين ترسيخا لمبدأ دولة الحق والقانون الذي تم اعتماده منذ دستور 1992.

¹ المادة 17 من القانون رقم 62-17.

وفي هذا الصدد جاء في الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم التطبيقي على ما يلي:
(تطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون رقم 62-17 السالف الذكر وبمبادرة من سلطة الوصاية يمكن تملك قطع أرضية فلاحية مملوكة للجماعات السلالية لفائدة عضو أو عدة أعضاء بالجماعة السلالية، ذكورا وإناثا المستوفين للشروط التالية:
أن يكونوا مقيدين في لائحة أعضاء الجماعة السلالية مصادق عليها
أن يكونوا منتفعين بحصة جماعية بصفة مستمرة ومباشرة
أن يلتزموا بإنجاز مشروع فلاحي فوق الحصة الجماعية التي يستغلونها.))
² تنص المادة 17 من المرسوم التطبيقي 2.19.973 على ما يلي:
في حالة وفاة المستفيد من الانتفاع، ذكرا كان أم أنثى، تؤول القطعة الأرضية موضوع الانتفاع إلى أبنائه وبناته وزوجه أو زوجته.

فتطبيق القانون يقتضي تحقيق العدل والمساواة بين هؤلاء الأفراد لترسيخ الأمن والطمأنينة في نفوسهم، وبذلك يطمئنون على أنفسهم وأعراضهم وأموالهم، وأي تحيز لحماية شخص على حساب شخص آخر يعتبر خروجاً عن هذا الهدف.

فبالرغم من الوضعية التي كانت المرأة السلالية تعاني منها في ظل الأعراف المنكرة لحقوقها، فإن هذا لم يمنع المرأة السلالية من المطالبة بحقوقها في أراضي الجموع، واللجوء إلى آلية القضاء باعتبارها سلطة من سلطات الدولة التي خول لها المشرع البث في الخصومات حسب المساطر القانونية ووفق النصوص القانونية الجاري بها العمل في الدولة¹.

وهذا هو المسار الذي سارت عليه المحاكم الإدارية في المملكة منذ إنشائها، وأمام هذا الوضع فقد كان للقضاء الإداري التدخل لحماية الحقوق باعتبارها من اختصاصاته الجوهرية بصفته الحامي الطبيعي للحقوق والحريات للأفراد، خلاله وجعل إنصاف المرأة من جور وظلم المؤسسات التديرية للأراضي السلالية قضيته الأولى، ومحاولة منا تقريب الصورة بنوع من التفصيل فإننا سنتعرض بداية لتوجه محاكم الموضوع (الطلب الأول)، ثم بعد ذلك سننتقل للحديث عن توجه محكمة النقض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدخل محاكم الموضوع الإدارية في تكريس حق المرأة السلالية:

عرف القضاء الإداري المغربي، على اختلاف درجاته توجهات مختلفة على مستوى الشق المتعلق بأحقية المرأة السلالية في الإنتفاع، وفي هذا الإطار سوف نتطرق لبعض الاجتهادات القضائية التي أنصفت المرأة السلالية وسنقف بداية على تدخل المحاكم الإدارية (أ)، لنعرج بعده لتناول موقف محاكم الاستئناف الإدارية في تكريس حق المرأة السلالية في الإنتفاع (ب).

(أ) - تدخل المحاكم الإدارية لتكريس حق المرأة الساللية:

على مستوى المحكمة الإدارية بفاس:

عمل القضاء الإداري على رفع الحيف الذي أتى به ضابط التقسيم عدد 2977 الصادر بتاريخ 13 نونبر 1957 المتعلق بتقسيم الأراضي الجماعية، علما أن أول ملاحظة يمكن الإشارة إليها بخصوص مدى أحقية المرأة من الإنتفاع من أملاك الجماعات السلالية هو أن ظهور 27 أبريل 1919 الذي كان ساربا لا يتضمن أي مقتضى يميز من حيث الحق في الاستغلال بين الرجل والمرأة.

¹ إبراهيم بحمانى، تنفيذ الأحكام العقارية، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الثانية، لسنة 2012، ص. 13.

ولذلك، فإن إقصاء النساء السلاليات هو أمر كرسه الاجتهاد القضائي لفترة الحماية اكما كرسه الضابط المذكور، وأمام هذه الوضعية كان للقضاء الكلمة الفصل في إرجاع الأمور إلى نصابها، وتأييد للقول بعدم وجود نص في القانون يميز بين المرأة والرجل في الانتفاع من أملاك الجماعات السلالية، فقد أصدرت المحكمة الإدارية بفاس حكماً ألغى قراراً لمجلس الوصاية عن أراضي الجماعات السلالية قضى بحرمان الطاعنات من الانتفاع بأرض جماعية بأنهن نساء²، ومما جاء في حثياته ما يلي:

حيث إن التمييز بين الورثة بمراعات جنسهم وما إذا كانوا ذكورا أو إناثا كما في حالة النزاع المعروف ينطوي على إقصاء غير مبرر لهؤلاء، ومخالف للشريعة الإسلامية ولمبادئ القانون والعدل والإنصاف، خصوصا إذا كانت ظروفهن لا تمنع هذا الإقصاء...مما يجعلهن أحوج إلى الأرض المذكورة خلافا إلى ما ذهب إليه المقرر المطعون فيه، الذي منح الاستغلال للمطلوب في الطعن الذي هو متقاعد ويسكن منذ عشرين سنة خارج النفوذ الترابي لهذه الجماعة بمدينة صفرو.

وحيث إن الفصل 6 من الضابط المتعلق بتقسيم الأراضي الجماعية المؤرخ في 13\11\1957 ينص على أنه إذا توفي فرد كان له حق التمتع في نصيب ينقل حقه إلى زوجه وأولاده الذين لم ينالوا نصيبا بعد...والحال أن صاحب الانتفاع السابق المرحوم خلف زوجة وأولادا، وليس بالحتمية أن يكونوا ذكورا إذ أن اصطلاح الولد يشمل الذكر والأنثى على حد سواء وهو ما أكدت عليه مدونة الأحوال الشخصية في فصلها 238 مما يكون معه إقصاء الوارثات تصرفا، غير مرتكز على سبب صحيح من الناحية القانونية والشرعية ومتسما بالتالي بالتجاوز في استعمال السلطة ومآله الإلغاء.

على مستوى المحكمة الإدارية بالدار البيضاء؛

وفي نفس السياق جاء حكم للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء³ ما يلي:

وحيث إن الثابت فقها وقضاء على أنه ليس لأراضي الجموع قانون موحد بل إن هذا النوع من الأراضي يخضع جانب منه لقواعد الشريعة الإسلامية والجانب الآخر للقانون الوضعي وهو ظهير 24\04\1919 والظواهر المغيرة والمعدلة له خصوصا ظهير 6 فبراير 1963 ويبقى العرف والعادات

¹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 148 بتاريخ 20 فبراير 1923، منشور بمؤلف الأملاك الجماعية، البيرت كيوم، مرجع سابق، ص. 45. أشار إليه أحمد بن عبد السلام الساهي، مرجع سابق، ص. 520 وما يلي.

² حكم عدد 186 صادر بتاريخ 3 أبريل 2001، منشور بمجلة المعيار العدد 29، السنة 2003، ص. 261 وما بعدها.

³ حكم رقم 1516 صادر بتاريخ 20 أكتوبر 2010، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج، 105-106، ص. 241.

القبلية أهم العناصر التي يركز عليها نظام هذه الأراضي، فضلا على أنه بالرجوع إلى القرار الوزاري الصادر بتاريخ 15\08\1945 تنفيذا للظهير المتعلق بتنظيم الوصاية على أراضي الجموع يتبين أن الفصل العاشر منه ينص على أنه عند وفاة الشخص يخول حق المنفعة إلى أحد ورثته أو بعض ورثته الذين هم أعضاء الجماعة ويعهد إلى الجماعة باختيار الذي يحول إليه الحق المذكور، وبالتالي فإن هذا الفصل لم يميز بين الورثة الذكور أو الإناث بل جاء عاما، كما أن أحكام الشريعة الإسلامية تخول الإرث للذكر والأنثى.

على مستوى المحكمة الإدارية بالرباط:

أما بالنسبة للمحكمة الإدارية بالرباط، يمكن القول على أنها ضلت متشبثة بإقرار حق المرأة السلالية، من خلال تكريسها للمبادئ الدستورية والحقوقية الأكثر تطورا لفائدة المرأة السلالية حيث جاء في حكم لها¹:

إن قرار مجلس الوصاية بتحويل الإناث استغلال نصيب في أراضي الجموع لانتسابهن للجماعة السلالية بصفتهم ورثة مثلهم مثل الذكور، طبقا لقاعدة المساوات ولمقاربة النوع الاجتماعي، يشكل تصرفا مرتكزا على أساس صحيح من الناحية الدستورية، خاصة الفصول 6 و 19 و 32، ومن الناحية الشرعية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " النساء شقائق الرجال في الأحكام"، ولما تفرضه الاتفاقيات الدولية خصوصا المواد 1 و 2 و 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمواد 2 و 3 و 26 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادتين 2 و 3 من العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية، والمادتين 3 و 15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو.

(ب) - تدخل محاكم الاستئناف الإدارية لتكريس حق المرأة الساللية (محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط نموذجاً)؛

وفي تطور كبير وتكريسا للحماية القضائية للأجانب عن الجماعات السلالية اعتبر العمل القضائي زواج رجل من امرأة سلالية مناطا لاستفادته من مزايا وعائدات نظام أراضي الجماعات السلالية، بل إن إقامة الزوج الأجنبي مع زوجته المنتمية إلى الجماعة وتكوينه أسرة معها وتكفله بأبنائه منها يجعله منتسبا إلى الجماعة ويخوله من الحقوق ما لأفرادها رغم انفصاله عن تلك الزوجة السلالية.

¹ حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 3214، بتاريخ 10\10\2013، في الملف الإداري 305\5\2013، (حكم غير منشور).

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط¹ ما يلي:

لكن، حيث إن قرار مجلس الوصاية المطعون فيه الصادر في القضية عدد 13\2003 قضى بالمصادقة على قرار المجلس النيابي للجماعة السلالية أولاد جلال الذي أعطى حق الاستغلال للسكن والعقار الجماعي...بدلاً عن السيد... الذي لا يعد من أفراد الجماعة السلالية أولاد جلال ولم يأخذ بعين الاعتبار نتيجة محضر تنفيذ القرار الاستئنائي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه (ملف إفراغ عدد 658\2004) الذي أرجعت بمقتضاه حيازة العقار إلى المستأنف عليه، هذا الأخير الذي أقام بالجماعة لمدة تقارب العشرين سنة وأصبح رب عائلة، ورغم انفصاله عن المستأنفة فهو ملزم بالتكفل بأبنائها منها، وبالتالي يعد منتسباً للجماعة وله من الحقوق ما لأفرادها، والقرار الإداري المطعون فيه، بعدم استماعه للطرفين وعدم إجراء تحقيق في القضية، يكون غير مرتبط على أساس ومشوب بالتجاوز في استعمال السلطة، والحكم المستأنف لما قضى بإلغائه كان صائباً وواجب التأييد.

المطلب الثاني : تدخل محكمة النقض في تكريس حق المرأة السلالية:

وفي ذات المنحى ذهبت محكمة النقض في إحدا القرارات الصادرة عنها إلى تكريس حق النساء في الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس الوصاية المؤكد لحرمانهن من الاستفادة من مداخل الأراضي الجماعية، ومما جاء في قرارها ما يلي:

لكن، حيث إن مقتضيات الفصل 12 المحتج به قد نسخت ضمناً بموجب المادتين 8 و 20 من القانون 41-90 المحدث بموجب المحاكم الإدارية اللتين أسندتا للمحاكم المذكورة اختصاص الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية بسبب تجاوز السلطة، ولم تستثنى أي قرار إداري مهما كانت طبيعته من الخضوع للرقابة القضائية في هذا الإطار، وهو المبدأ المكرس دستورياً بمقتضى المادة 118 من الدستور، وهو مانحاه القرار المطعون فيه الذي أورد أيضاً كون اجتهاد القضاء الإداري قد تواتر على أحقية النساء السلاليات في الاستفادة من الأراضي الجماعية، وكون دورية وزير الداخلية الوصي على الأراضي المذكورة قد أكدت هذا التوجه، مما يكون معه القرار الاستئنائي مرتكزاً على أساس قانوني سليم، ومعللاً تعليلاً كافياً، وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.²

¹ قرار عدد 991 صادر بتاريخ 13 ماي 2009 في الملف عدد 5\08\207، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 37-38 دجنبر 2010، إصدارات هيئة المحامين بالقنيطرة، ص. 472.

² قرار محكمة النقض عدد 1\1610 الصادر بتاريخ 17\07\2015، في الملف الإداري عدد 1659\4\2015، غير منشور.

خاتمة:

وتأسيسا على ما سبق، نرى أن قرار تمتيع النساء السلاليات بحقهن من عائدات الأملاك الجماعية على قدم المساواة مع الرجال، يبقى من أهم القرارات التي تصدرها الدولة في الحقبة الأخيرة، إذ يشكل في اعتقادنا المتواضع أسس مظاهر تدبير الشأن العام ومن خلاله أعيد الاعتبار للمرأة القروية ودورها في قيادة وحماية حقوقها من خلال تقرير أحييتها في أن تكون نائبة عن الجماعة السلالية.

ومن خلال كل هذه المعطيات القانونية والقضائية والحقوقية التي سبقت الإشارة إليها يتضح أن تقرير حق المرأة السلالية على أرض الواقع، ليس مرتبطاً بمقاربة قانونية حديثة للموضوع فقط، وإنما الأمر يقتضي العمل الجاد على استبعاد كل الأعراف المخالفة للشريعة الإسلامية والوثيقة الدستورية والمبادئ الدولية لحقوق الإنسان، وذلك من خلال النص صراحة على اعتبار كل عرف أو عادة مخالفة لتلك الضوابط في حكم العدم، والرقى بالعادة والعرف إلى مستوى القاعدة المؤسسة والكاشفة لحق المرأة السلالية من أملاك الجماعات السلالية.

الحماية الجنائية لرضا المستهلك المتعاقد

Criminal Protection Of The Will Of The Contracting Consumer

✍️ **LAKHYAR Moad**

Doctor of Private Law

✍️ **معاد لخيار**

دكتور في القانون الخاص

Abstract:

This article deals with an aspect of the legal protection decided by the Moroccan legislator for the consumer as the weak party in contractual relations in the face of the professional whose position is characterized by strength, and in particular the criminal protection of the consumer in the stage of forming consumer contracts, where the Moroccan legislator has allocated a set of punitive provisions aimed at protecting the will of the consumer, where Law No. 31.08, which determines measures for the consumer's story, has enabled the latter to have a set of rights aimed at enlightening his will, such as the right to information, the right to return, and the period of reflection prior to concluding the contract, with strengthening them by imposing punitive penalties on the professional who violates the provisions regulating them.

ملخص:

يتناول هذا المقال جانبا من الحماية القانونية التي قررها المشرع المغربي للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية في مواجهة المهني الذي يتصف مركزه بالقوة، وعلى الخصوص الحماية الجنائية للمستهلك في مرحلة تكوين عقود الاستهلاك، حيث أفرد المشرع المغربي مجموعة من الأحكام الجزية الرامية إلى حماية إرادة المستهلك، حيث مكن القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحكاية المستهلك هذا الأخير من مجموعة من الحقوق الرامية إلى تنوير إرادته من قبيل الحق في الإعلام و الحق الرجوع و مهلة التفكير السابقة لأبرام العقد مع تقويتها بفرض عقوبات جزية على المهني المخالف للأحكام المنظمة لها.

مقدمة

من بين المجالات الحديثة لتطور القانون الجنائي تدخله في العلاقات التعاقدية وإفراد جزاءات جزية على أفعال كانت فيما مضى خارج نطاق التجريم والعقاب، ومن هذه المجالات؛ الأحكام المتعلقة بتكوين العقود وإنتاج أثارها، ذلك أن عددا من النصوص الخاصة المنظمة لبعض المعاملات الاقتصادية تشتمل على أحكام تنظم العلاقات التعاقدية وترتب على كل مخالفة لها جزاء جنائيا قد يتخذ شكل تقليديا كالغرامة والعقوبة السالبة للحراسة وأشكالا أخرى للجزاء الجزية تختص بها هذه النصوص.

ومن بين الأحكام التشريعية الخاصة التي تناولت تكوين العقود بمقاربة زجرية ما ورد التنصيص عليه في القانون رقم 131.08¹ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الذي يرمي إلى تحقيق المساواة في العلاقات التعاقدية المبرمة بين المهني والمستهلك بتعزيز المركز التفاوضي لهذا الأخير، وذلك بموجب أحكام من صميم النظام، الهدف منها حماية إرادة الطرف الضعيف، من خلال تمكينه من مجموعة من الحقوق وحمايتها بعقوبات زجرية متنوعة، الأمر الذي دفع بجانب من الفقه² إلى القول بأن هذه الأحكام أسست لقانون جنائي للاستهلاك، أو للالتزامات والعقود الخاصة³، يشكل فرعاً أساسياً من القانون الجنائي للأعمال⁴.

وسنحاول في هذه الدراسة الوقوف عند مظاهر الحماية الجنائية لرضا المستهلك المتعاقد من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تأطير زجري للمعلومات الصادر من المهني والموجهة إلى المستهلك

المبحث الثاني: إحاطة عملية تبادل الإرادة بحماية زجر

¹ - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 من ربيع الأول (18 فبراير 2011)، ج ر ع 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (1 أبريل 2011)، ص. 1072.

² - Luc Bihl. Le droit pénal de la consommation. éd Nathan, 1989.

³ - Coralie Ambroise-Castérot. Droit pénal spécial et des affaires, 52 éme éd. Gualino, Lextenso. 2016, n° 516.

⁴ - «Le droit pénal de la consommation constitue l'une des branches principales du droit pénal des affaires avec le droit pénal de la concurrence et le droit pénal des sociétés. Il se caractérise ainsi comme étant le droit pénal du commerce et de la vente, autrement dit, le droit pénal des obligations et des contrats spéciaux» - Thibaut azmar, La protection pénale du consentement donné par le consommateur, Thèse pour obtenir le grade de docteur. Ecole doctorale développement et dynamique spatiales, transfrontalières et interculturelles. Université de perpignan via domitia, P. 17.

- voir aussi : -Coralie Ambroise-Castérot, Droit pénal de la consommation. RSC 2006, p.77.

المبحث الأول: تأطير زجري للمعلومات الصادر من المهني والموجهة إلى المستهلك

ينتج عدد كبير من المخاطر التي تواجه المستهلك في علاقاتها التعاقدية عن غياب المعلومات المصرح بها من قبل المهني أو لنقصها أو لعدم دقتها، الأمر الذي يدفع بالمستهلك إلى اتخاذ قرار التعاقد دون تبصر وإلمام بمختلف التفاصيل التقنية والقانونية للعملية. ودرءاً لهذه الأوضاع، حرصت جل التشريعات الرامية إلى حماية المستهلك ومنها القانون رقم 31.08 على فرض التزام بالإعلام على عاتق المهني وإفراد عقوبة على مخالفة له (المطلب الأول).

كما أن إفصاح المهني عن المعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة وشروط العقد المتصل بها يجب أن يتسم بالصدق وعدم إيقاع المستهلك في الغلط، لذلك تصدى القانون رقم 31.08 للممارسات الإشهارية التي من شأنها تضليل المستهلك، بتجريم الكاذب والمضلل منها، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فرض التزام بالإعلام على عاتق المهني وترتيب جزاء زجري على مخالفته

اعتباراً للمزايا التي يحققها الالتزام بالإعلام في تكوين عقود الاستهلاك بإرادة متنورة نابعة عن علم المستهلك بمختلف تفاصيل العملية التعاقدية، سعى القانون رقم 31.08 إلى فرض واجب الإعلام، من خلال سن عدد من الالتزامات، منها ما هو سابق على إبرام العقد وما هو مواكب له (أولاً)، وإحاطتها بجزاء جزري (ثانياً).

الفقرة الأولى: الالتزامات الإعلامية المفروضة على المهني

بالرجوع إلى أحكام القسم الثاني من القانون رقم 31.08 نجد الالتزامات الإعلامية المفروضة على المهني تنقسم إلى الالتزامات قبل تعاقدية وأخرى تعاقدية ويعتبر الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزاماً عاماً، يسري على جميع السلع والخدمات المعروضة أو المقدمة للمستهلكين دون تخصيص، وقد ورد التنصيص عليه في المواد 3 و5 و6 و10 و11 من القانون المذكور.

وفي هذا الإطار، أوجبت الفقرة الأولى من المادة 3¹ من القانون رقم 31.08 على المورد بأن يمكن للمستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتجات أو السلع أو الخدمة، وكذا مصدر المنتج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته.

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة وكذا مصدر المنتج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته."

كما حددت الفقرة الثانية من نفس المادة¹ بوجه خاص، مجموعة من وسائل تحقق الإعلام المذكور، وذلك من خلال إلزام المورد بوضع علامة² أو عنوان³ أو إعلان⁴ أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتجات أو السلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه، والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية.

ويجب أيضا على المهني، عملا بأحكام المادة 6 من نفس القانون، أن يصاحب كل منتج أو سلعة معروضة للبيع بلصيقة تم تحديد مضمونها وشكلها بنص تنظيمي⁵.

كما أن المادة 10 من القانون رقم 31.08 ألزمت المورد بإخبار المستهلك قبل إبرام العقد، بالمدة التي تكون خلالها قطع الغيار والقطع اللازمة لاستخدام المنتج أو السلعة متوفرة في السوق⁶.

وبموجب المادة 11 من نفس القانون، يجب على المهني أن يسلم لكل شخص ذي مصلحة يقدم طلبا بذلك نظيرا من الاتفاقيات التي يقترحها بصفة اعتيادية⁷. ولعل الغاية من هذا الإلزام هي

¹ - تنص هذه الفقرة على أنه: "ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنوان أو الإعلان أذو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتجات والسلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية."

² - حدد المرسوم رقم 2.12.503 الصادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013)، بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك (ج ر ع 6192 بتاريخ 03 أكتوبر 2013 ص 6384). بموجب مادته الأولى المقصود بوضع العلامة على كونه "عملية الصاق أو وضع علامة على شكل تدوينات أو رسومات أو أي بيان آخر على السلعة أو المنتج"

³ - العنوان هي: "عملية تثبيت لصيقة على سلعة أو منتج" (المادة الأولى من نفس المرسوم).

⁴ - عرف نفس المرسوم في مادته الأولى الإعلان على أنه "عمل لاطلاع العموم بأي وسيلة ملائمة ومرئية على معلومات تتعلق بالسلعة أو المنتج أو الخدمة".

⁵ - بالرجوع إلى المرسوم رقم 2.12.503 نجده حدد مضمون وشكل اللصيقة في مادته 26 التي تنص على ما يلي: "تطبيقا للمادة 6 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه، يجب أن تتضمن لصيقة السلع أو المنتجات المعروضة للبيع والتي يتم تحديد بيانها الإلزامية وشكلها وكيفية تثبيتها على هذه السلع أو المنتجات بقرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة والصناعة والسلطة الحكومية الوصية على نشاط القطاع المعني بهذه السلعة أو المنتج، ولا سيما، المعلومات التي تمكن من التعرف على السلعة أو المنتج وطبيعته ومنشئه الأصلي. كما يجب أن تتضمن هذه اللصيقة كل بيان إلزامي منصوص عليه تطبيقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة المطبقة على هذه السلعة أو المنتج."

وقد تم تحديد البيانات الإلزامية وشكل اللصيقة وكيفية تثبيتها على السلع أو المنتجات في قطاع التجارة والصناعة بموجب المادتين الأولى والثانية من قرار وزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 06.14 الصادر في 29 من صفر 1435 (2 يناير 2014)، ج ر ع 6286 بتاريخ 28 أغسطس 2014، ص 6540.

⁶ - تنص المادة 10 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يلتزم المورد بإخبار المستهلك بالمدة التي تكون خلالها قطع الغيار والقطع اللازمة لاستخدام المنتجات أو السلع متوفرة في السوق وذلك قبل إبرام العقد."

⁷ - تنص المادة 11 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يجب على المورد أن يسلم لكل شخص ذي مصلحة يقدم طلبا بذلك نظيرا من الاتفاقيات التي يقترحها بصفة اعتيادية".

تمكين المستهلك من معرفة محتوى العقود النموذجية التي ينفرد المهني بتحريرها وما تتضمنه من شروط قبل الالتزام وبعيدا عن أي ضغط نفسي يمكن أن يمارسه عليه هذا المهني حتى يكون له الوقت الكافي لكي يقارن بينها وبين غيرها من العقود الموجودة بالسوق¹.

أما الالتزام التعاقدي بالإعلام، فيتجلى في إلزام المهني بأن تكون شروط العقد واضحة ومفهومة وبتسليم فاتورة للمستهلك. علاوة على ذلك فقد نص القانون رقم 31.08 على أحكام خاصة بإعلام المستهلك بأجال التسليم.

وفي هذا الإطار، نصت المادة 9 من القانون رقم 31.08 على إلزام المهني بأن تكون الشروط التعاقدية محررة بصورة واضحة ومفهومة، وذلك فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة.

وفي الحالة التي يكون فيها من الواجب إبرام عقد بصفة كلية أو جزئية كتابة، فرضت المادة 8 من القانون رقم 31.08² على المهني أن يحرره في العدد اللازم من النظائر وأن يسلم إحداها على الأقل إلى المستهلك، وذلك حتى يتمكن هذا الأخير من الاطلاع عليها وفهم مضمونها.

ويجب على المورد كذلك عملا بأحكام المادة 4 من نفس القانون³، أن يسلم فاتورة أو مخالصة أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها إلى كل مستهلك قام بعملية شراء⁴ ولنفس الغاية

¹ - أبو بكر مهم، حماية حقوق المستهلك الاقتصادية من خلال الالتزام بالإعلام: قراءة في القسم الثاني من القانون رقم 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أشغال اليوم الدراسي حول حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه المنظم من قبل مختبر البحث قانون الأعمال يوم الخميس 14 مارس 2013 بكلية الحقوق - سطات، منشورات مطبعة المعارف الجديدة - الرباط 2015، ص. 7.

² - تنص المادة 8 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يتعين على المورد، إذا كان من الواجب إبرام عقد بصفة كلية أو جزئية كتابة، أن يحرره في العدد اللازم من النظائر وأن يسلم إحداها على الأقل إلى المستهلك".

³ - تنص المادة 4 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يجب على المورد كذلك أن يسلم فاتورة أو مخالصة أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها إلى كل مستهلك قام بعملية شراء وذلك وفقا للمقتضيات الجبائية الجاري بها العمل.

تحدد بنص تنظيمي البيانات التي يجب أن تتضمنها الفاتورات والمخالصات والتذاكر والوثائق المشار إليها أعلاه."

⁴ - عرف المرسوم رقم 2.12.503 الفاتورة على أنها: "كل وثيقة محاسبية منصوص عليها في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل والمقدمة للمستهلكين قصد إثبات أية معاملة تمت بينهم وبين موردتهم".

فرضت المادة 12 من القانون رقم 31.08¹ على المهني في كل عقد يكون موضوعه بيع منتجات أو سلع أو تقديم خدمات إلى المستهلك، إذا تجاوز الثمن أو التعريف المتفق عليها 3000 درهم²، وكان تسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات غير فوري، أن يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك الذي يتعهد فيه بتسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات.

الفقرة الثانية: العقوبة المقررة في مواجهة المهني المخل بالالتزام بالإعلام،

أحاط المشرع المغربي النظام العام المقرر في الالتزام بالإعلام بحماية زجرية من خلال المادة 173 من القانون رقم 31.08³، حيث أفرد لكل مخالفة لأحكام القسم الثاني المتعلق بإعلام المستهلك غرامة من 2000 إلى 5000 درهم، وهو ما يبرز اتصال هذا الالتزام بالنظام العام الحمائي الحديث الذي يتصف بإقرار حماية جماعية تجمع بين الالتزام والجزاء الجنائي.

ويذهب أحد الباحثين⁴ إلى أن هذه العقوبة مخففة، سواء من حيث قيمتها (من 2000 إلى 5000 درهم)، والتي لا تتلاءم وأهمية ومكانة الالتزام بالإعلام في تنوير رضا المستهلك، أم من حيث طبيعتها التي اقتصر على الغرامة دون أية عقوبة إضافية.

ويلاحظ أن المادة 173 لم تأخذ بعين الاعتبار صفة المهني وهو شخص ذاتي أم اعتباري، كما فعل المشرع الفرنسي في المواد المحددة للجزاءات الزجرية المترتبة عن مخالفة المهني للأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام⁵، كما أن المادة 173 لم ترتب أثارا عن حالة عود المهني.

¹ - تنص المادة 12 من القانون رقم 31.08 على أنه: "في كل عقد يكون موضوعه بيع منتجات أو سلع أو تقديم خدمات إلى المستهلك، إذا تجاوز الثمن أو التعريف المتفق عليها الحد المقرر بنص تنظيمي وكان تسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات غير فوري، يجب على المورد أن يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك الأجل الذي يتعهد فيه بتسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات".

² - ورد التنصيص على هذا المبلغ في المادة 28 من المرسوم رقم 2.12.503 السالف الذكر، والتي تنص على ما يلي: "يحدد سقف الثمن أو التعريف المذكورين في المادة 12 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه في 3000 درهم".

³ - تنص المادة 173 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 5.000 درهم على مخالفات أحكام القسم الثاني من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه".

⁴ - عبد اللطيف بوعلام، الحماية القانونية للمستهلك في التشريع المغربي "الحماية الجنائية" مطبعة الأمنية، الرباط 2021، ص 134.

⁵ - Voir les articles: L.131-1, L.131-1-1, L.131-2, L.131-3-1 et L.131-3 du code de consommation français.

المطلب الثاني: تجريم الممارسات الإشهارية التي من شأنها إيقاع المستهلك في الغلط.

يحتل الإشهار¹ مكانة أساسية في اقتصاد القرن 21، لما له من أهمية لدى المهنيين في التعريف بسلعهم ومنتجاتهم وخدماتهم، وحث المستهلكين على الإقبال عليها، خاصة في ظل تطور الوسائل المعتمدة فيها مع انتشار الأنترنت وسهولة الوصول إلى المستهلك عبر وسائل التواصل الاجتماعي. وحضي الإشهار بتنظيم زجري في القانون رقم 31.08 من خلال المواد من 21 إلى 24، وهو ما يفرض البحث في الأفعال الإشهارية المجرمة (الفقرة الأولى)، والوقوف عند العقوبات الأصلية والإضافية المقرر لها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الممارسات الإشهارية المجرمة في القانون رقم 31.08.

خصص القانون رقم 31.08 مادة فريدة تتضمن كل من الاشهار الكاذب والمضلل كممارسات مجرمة بشكل مطلق (أولا) فيما أخضع بعض أنماط الإشهار لتنظيم تشريعي أمر (ثانيا).

أولا: تجريم مطلق للإشهار الكاذب والمضلل.

بناء على أحكام المادة 21 من القانون رقم 31.08 فإن العناصر المكونة للإشهار غير المشروع مضللا كان أم كاذبا تحدد فيما يلي:

1. أن يكون هناك إشهار: أي رسالة موجهة لجمهور المستهلكين أو لمستهلك محدد تتضمن عرضا بإقناعه باقتناء سلع أو الاستفادة من خدمات معينة.
2. أن يتضمن الإشهار ادعاء أو بيان أو عرضا كاذبا أو مضلل: على هذا المستوى يتعين التمييز بين الإشهار الكاذب (أ) والمضلل (ب):

¹ - عرف المشرع المغربي الإشهار في المادة 2 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.257 صادر في 25 من ذي القعدة 1425 (7 يناير 2005)، ج ر ع 2588، بتاريخ 03 فبراير 2005، ص.404. التي تنص على كونه "أي شكل من أشكال الخطابات المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي يتم بثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجهة لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف الترويج للتزويد بسلع أو خدمات، بما فيها تلك المقدمة بتسمية فنتها، في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي أو فلاحي أو مهنة حرة وإما للقيام بالترويج التجاري لمقاولة عامة أو خاصة. ولا يشمل هذا التعريف العروض المباشرة للعموم من أجل البيع أو الشراء أو تأجير منتجات أو التزويد بخدمات مقابل أجر". ومن التعاريف القضائية للإشهار نورد ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها، حيث عرفت بكونه "كل وسيلة للمعلومات يكون الهدف منها تمكين المستهلك من تكوين رأي حول النتائج المنتظرة من المنتجات أو الخدمات المعروضة عليه".

_ Cass crim du 12 nov 1986, bull. crim 1986, n 335, p861 et s.

أ- الإشهار المتضمن لادعاء أو بيان أو عرض كاذب:

اكتفى المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم 31.08 بمنع الإشهار المتضمن لادعاء أو بيان أو عرض كاذب دون تحديد مدلول الكذب في الإشهار.

وفي هذا الصدد ذهب أحد الباحثين¹ إلى أن الكذب في الإشهار هو "ادعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه خداع المستهلك، عن طريق تزيف الحقيقة أو إصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للواقع أو لا يمكن الوفاء بها من الناحية العملية"، بينما يعرفه آخر بأنه "الإشهار الذي يتضمن معلومات مخالفة للحقيقة سواء كان ذلك بشكل كلي أم جزئي لمنتوج أو خدمة معلن عنها أو لشروط أو تفاصيل أو وسيلة الحصول عليها، سواء قصد المهنى ذلك أو لم يقصد².

وبناء على ما سلف، فإن جريمة الإشهار الكاذب تتحقق ماديا إذا تضمن الإعلان بيانا أو ادعاء أو عرضا كاذبا أي مخالفا للواقع مخالفة تامة، سواء تعلق الأمر بالمنتوج أو السلعة أو الخدمة المعلن عنها أو بشروط العقد المتعلق بها.

ب- الإشهار الذي من شأنه تضليل المستهلك (الإشهار المضلل):

لا يقتصر التدخل الجزري لحماية المستهلك من الممارسات الإشهارية غير المشروعة على الإشهار الكاذب، بل إن الأحكام الأمرة للنظام العام الاقتصادي طالعت كذلك الإشهار الذي من شأنه أن يوقع المستهلك في الغلط، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 21 من القانون رقم 31.08 التي منعت كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه إذا كان يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر المشار إليها في ذات الفقرة على النحو التالي: "حقيقة وجود السلع أو المنتوجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيبها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصائصها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب وأساليب البيع أو تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصانع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو صفتهم أو مؤهلاتهم".

والإشهار المضلل لا يتضمن كذبا ظاهرا لكنه يشتمل على عبارات غامضة ومبهمة من شأنها إثارة اللبس في الإدراك والدراية حيث يفضي في النهاية إلى تضليل المتلقي³.

¹ - أمير زهير، حماية المستهلك من أضرار الدعاية الكاذبة، دار الجامعة الجديدة، 2019، ص. 59.

² - معيزي خالدية، النظام القانوني للإشهار الكاذب والمضلل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019، ص 170.

³ - أمير زهير، م س، ص 110.

وفي هذا الصدد، يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 21 حددت عددا من العناصر التي يرد عليها التضليل وهي التي تُكوّنُ العناصر المادية للإشهار المضلل، لي طرح معه السؤال حول مدى ورودها على سبيل الحصر أم المثال.

بالنظر إلى كون أحكام الفقرة الثانية من المادة 21 السالفة الذكر متصلة بالنظام العام لتضمنها ممارسات إشهارية اعتبرها المشرع مجرمة وأفرد على مخالفتها جزاء زجريا، فإنه لا ينبغي التوسع في تفسير هذا النص¹ بإدخال أفعال غير واردة في تعداد المادة ولو كانت تتحد وتلك الواردة في النص من حيث النتائج المترتبة عليها؛ أي إيقاع المستهلك في الغلط، خاصة وأن صياغة الفقرة الثانية من المادة 21 لا تتضمن عبارة تفيد التمثيل، وإنما كان المشرع حريصا على حصرية العناصر المذكورة.

كما لا يشترط لوقوع المني في الحظر ورود التضليل على أكثر من عنصر بل يكفي لتحقيق جنحة الإشهار المضلل أن ينصب التضليل على واحد فقط من العناصر المذكورة، وهو ما تؤكدُه العبارة المستعملة في المادة 21 "... إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية..."

ثانيا: إخضاع الإشهار المقارن لتنظيم تشريعي أمر.

يعتبر مقارنا حسب مدلول المادة 22 من القانون رقم 31.08، كل إشهار يقارن بين خصائص أو أسعار أو تعريفات السلع أو المنتوجات أو الخدمات، إما بالإشارة إلى علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة بالغير أو تجسيدها وإما بالإشارة إلى العنوان التجاري أو تسمية الشركة أو الاسم التجاري أو الشعار الخاص بالغير أو تجسيد ذلك.

وبالرجوع إلى الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة 22 من القانون رقم 31.08 فإن الإشهار المقارن لا يعتبر مباحا إلا إذا استجمع الشروط التالية:

1) أن يكون صادقا وليس من شأنه إيقاع المستهلك في الغلط²؛

تعتبر الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 22 عامة تسري على جميع أنواع الإشهار وتسمح بمعاينة الإشهار المقارن حتى ولو لم يتضمن معلومات خاطئة إلا أنها توحى للمستهلكين بتفوق لا وجود له³، ومن تطبيقات ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بخصوص سوق ممتازة أعلن في إشهار مقارن أنها تعرض منتوجات بأرخص الأسعار، وتبين أن

¹ - محمود نجيب حسني، شرح القانون العقوبات، القسم العام، النظرية العام للجريمة، دار النهضة العربية 1962، ص 92.

² - Delphine Bazin-beust, Droit de la consommation, Gualino lextenso, 2020, p.70.

³ - محمد بودالي، م س، ص 185.

الأمر يتعلق بمنتجات دون أخرى كما لوحظ أن الأسعار المنخفضة بهذا السوق لم تعرض سوى خلال فترة محدودة¹.

(2) يجب إجراء المقارنة بين منتجات وخدمات من نفس الطبيعة ومتوفرة في السوق؛ ورد التنصيص على هذا الشرط في الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون رقم 31.08 التي أوجبت أن يكون الإشهار المقارن حول الخصائص متعلقا بالخصائص الأساسية والهامة والمفيدة، والتي يمكن التحقق منها، لسلع وخدمات من نفس الطبيعة والمتوفرة في السوق، كما لو تعلق الأمر بدواء جنيس تمت الإشارة في الإشهار المقارن على أنه دواء أصلي²، وفي هذا الصدد ذهب التوجيه الأوروبي 2006/114/CE³ إلى أنه يجب يكون للمنتجات المقارن بينها نفس الوظيفة وتستخدم بنفس الكيفية.

(3) يجب أن يكون الإشهار المقارن حول الأسعار متعلقا بمنتجات وخدمات مبيعة أو مقدمة وفق نفس الشروط وأن يشير المهني إلى المدة التي يحتفظ خلالها بالأسعار والتعريفات المحددة من لدن المعلن باعتبارها خاصة به؛

وقد أضاف المشرع الفرنسي بموجب المادة L.121-10 من مدونة الاستهلاك شرطا بخصوص المنتجات ذات علامات جغرافية مميزة أو تسميات المنشأ بحيث لا تتم المقارنة إلا بين المنتجات ذات نفس تسمية المنشأ أو العلامة الجغرافية، كما اشترط المشرع الفرنسي ضرورة اطلاع المهني صاحب المنتج أو الخدمة المقارن عليها⁴.

الفقرة الثانية: العقوبات المقررة للإشهار غير المشروع.

أفرد القانون رقم 31.08 على مخالفة أحكام المادتين 21 و22 المتعلقتين على التوالي بالإشهار الكاذب والمضلل والمقارن من خلال المادة 174 غرامة من 50.000 إلى 250.000 درهم، ويرفع المبلغ الأقصى لهذه الغرامة إلى نصف نفقات الإشهار المكون للجنة، وإذا كان المهني شخصا اعتباريا فإن الغرامة تتراوح ما بين 50.000 و1000.000 درهم. وبذلك فإن جريمة الإشهار الغير مشروع

¹ - Cass.crim 28.juin 2011,n° 10-82-607 publier sur le site www.dalloz.fr. Consulté le 15/02/2021 à 17h32.

ينظر في نفس المعنى:

-Cass.crim, 22decembre 1986, D1987 JP 286, note .cos (G)

أورده محمد بودالي، م س، ص 185.

² - voir: X. Delpech, publicité comparative et mensongère en matière de médicaments, Dalloz, actualité 30 JUILLET 2009.

³ - Directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, publiée sur le site eur-lex.europa.eu, consulté le 07/08/2023 à 19h54min.

⁴ - Art L.121-10 du c.consom français dispose que: «Pour les produits qui bénéficient d'une appellation d'origine contrôlée, la comparaison n'est autorisée que si elle porte sur des produits bénéficiant chacun de la même appellation.».

تعتبر جنحة ضبطية¹ اكتفى المشرع المغربي بالمعاقبة عليها بالغرامات المالية دون أية عقوبة سالبة للحرية، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي عاقب مرتكبها بالحبس لمدة تصل إلى سنتين على هذه الجنحة فضلا عن العقوبة المالية².

ولتطبيق الغرامات المشار إليها نصت الفقرة الثالثة من المادة 174 على مسطرة خاصة، حيث خولت للمحكمة أن تطلب من الأطراف ومن المعلن إمدادها بجميع الوثائق المفيدة، ويجوز لها في حالة الرفض أن تأمر بحجز الوثائق المذكورة أو اتخاذ كل إجراء من إجراءات التحقيق الملائمة، ويمكنها كذلك أن تحكم بأداء غرامة تهديدية تبلغ 10.000 درهم عن كل يوم تأخير، ابتداء من التاريخ الذي حددته للإدلاء بالوثائق المذكورة.

وتطبق أيضا العقوبات المشار إليها في حالة رفض الإدلاء بعناصر التبرير أو بالإشارات التي تم بثها والمطلوبة وفق الشروط المقررة في المادة 172، كما تطبق هذه العقوبات كذلك في حالة عدم التقيد بالأحكام الصادرة بوقف الإشهار أو عدم تنفيذ الإعلانات الاستدراكية داخل الأجل المحدد³. ومكنت الفقرة الثانية من المادة 175 المحكمة من أن تأمر في حالة الإدانة بنشر أو تعليق المقرر القضائي أو بهما معا، ويمكنها كذلك أن تأمر بنشر إعلان أو عدة إعلانات استدراكية على نفقة المحكوم عليه. ويحدد المقرر القضائي مضمون هذه الإعلانات وكيفيات نشرها أو بثها، ويمنح المحكوم عليه أجلا للتنفيذ، وفي حالة عدم القيام بذلك يتم البث أو النشر بناء على طلب النيابة العامة وعلى نفقة المحكوم عليه.

كما يمكن عملا بأحكام الفقرة الثانية من المادة 175 لقاضي التحقيق أو المحكمة المحالة عليها المتابعة أن يأمر بوقف الإشهار سواء بطلب من النيابة العامة أو من المطالب بالحق المدني أو تلقائيا، ويكون الإجراء المتخذ بهذه الكيفية قابلا للتنفيذ رغم كل طرق الطعن، ويمكن الأمر

¹ - ينص الفصل 18 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: "العقوبات الجنحية الأصلية هي:

- الحبس؛

- الغرامة التي تتجاوز 1200 درهم

وأقل مدة الحبس شهر وأقصاها خمس سنوات، باستثناء حالات العود أو غيرها التي يحدد فيها القانون مددا أخرى:"

وتنص الفقرة الرابعة من المادة 111 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي: " الجريمة التي يعاقب عليها القانون بحبس حده الأقصى سنتان أو أقل أو بغرامة تزيد عن 200 درهم تعد جنحة ضبطية".

² _ Art L.132-2 du c.consom dispose : « Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 à L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros ».

³ - الفقرة الأولى من المادة 175 من القانون رقم 31.08.

برفع اليد من طرف الجهة التي أمرت بوقف الإشهار أو المحكمة المحالة عليها القضية، وينتهي مفعول الإجراء في حالة صدور مقرر بعدم المتابعة أو بالبراءة.

وإذا كان مرتكب الجنحة شخصا اعتباريا يتحمل مسيره المسؤولية. وتسري أحكام مجموعة القانون الجنائي على المشاركة¹ في جنحة الإشهار الكاذب أو المضلل أو المقارن غير المحترم للشروط المحددة في المادتين 21 و22 من القانون رقم 31.08 (الفقرة السابعة من المادة 175 من نفس القانون).

وتعتبر الجنحة مكونة بمجرد القيام بالإشهار أو الاطلاع عليه أو تلقيه من طرف المستهلك².

المبحث الثاني: إحاطة عملية تبادل الإرادة بحماية زجرية.

نظرا لما تكتسيه عملية تبادل الإرادة من أهمية في تكوين عقود عادلة تعبر بشكل صادق قصد أطرافها. فإن القانون رقم 31.08 قد أولاه عناية خاصة من خلال استحداث مجموعة من الوسائل المتصلة بالنظام العام من خلال العقوبات الزجرية المطبقة على المهني المخل بها.

وفي هذا الإطار ألزم المشرع المغربي كل مهني مقرض بإصدار عرض مسبق للقرض (المطلب الأول) وبتمكين المستهلك من حق التراجع بخصوص بعض العمليات (المطلب الثاني)، تحت طائلة جزاءات زجرية متنوعة.

المطلب الأول: العرض المسبق للقروض الاستهلاكية: إيجاب ملزم بموجب أحكام زجرية.

سنقف في هذا المطلب عند الإلزام المفروض المهني المقرض بإصدار عرض مسبق والإبقاء عليه خلال المدد المحددة (الفقرة الأولى) وكذا عند الحق في التراجع (الفقرة الثانية) العقوبات المقررة لإلزام المهنيين على تمكين المستهلكين من هذه الحقوق.

الفقرة الأولى: العرض المسبق للقروض الاستهلاكية: إيجاب ملزم بأحكام زجرية

ألزم المشرع المغربي كل مهني مقرض من إصدار عرض مسبق للقروض الاستهلاكية (أولا) وأفرد على كل مخاللة لهذا الالتزام غرامة مالية (ثانيا).

أولا: إلزام المهني المقرض بإصدار عرض مسبق والإبقاء عليه لمدة محددة.

من التدابير التشريعية الهامة الرامية إلى حماية المستهلك في مرحلة تكوين عقد القرض، إلزام المهني بقواعد أمره بإصدار عرض مسبق والإبقاء عليه خلال مدد تختلف تبعا لنوع العملية.

¹ - أنظر المادتين 129 و130 من مجموعة القانون الجنائي.

² - الفقرة الأخيرة من المادة 175.

وفي هذا الصدد، أوجبت الفقرة الأولى من المادة 77 من القانون رقم 131.08¹ بأن يسبق كل عملية قرض استهلاكي عرض مسبق يحرر بكيفية تمكن المقرض من تقييم مختلف تفاصيل الالتزام المالي الذي سيتعهد به والشروط المتعلقة بتنفيذ العقد، وألزمت الفقرة الأخيرة من نفس المادة المهني المقرض عند تسليم العرض المذكور بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمستهلك المقرض.

وحددت المادة 274² من نفس القانون العمليات التي يخضع فيها المهني للالتزامات أعلاه. وهي كل قرض استهلاكي ممنوح بعوض أو بالمجان من مقرض إلى مقرض مستهلك. ويعتبر في حكم القرض الاستهلاكي أيضا، الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعده بالبيع وكذا البيع أو تقديم الخدمات التي يكون أداؤها محل جدولة أو تقسيط.

وفيما يخص القروض العقارية، ورد التنصيص على الالتزامات المذكورة في المادتين 117 و120 من نفس القانون. فيموجب المادة 117³، يلزم المقرض بإعداد عرض مكتوب يوجهه بالمجان بأية وسيلة تثبت التوصل إلى المقرض وكفيله، إن وجد، بينما فرضت الفقرة الأولى من المادة 120⁴ على المقرض الإبقاء على الشروط التي حددها في العرض المذكور طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه من قبل المقرض، ومنعت الفقرة الثانية من نفس المادة المقرض والكفيل من قبول العرض إلا بعد تسلمه بعشرة أيام.

وحتى يتحقق الهدف المرجو من هذا الالتزام منعت المادة 121، وإلى حين قبول العرض من قبل المقرض، أداء أي مبلغ، بأي شكل من الأشكال، برسم العملية المعنية سواء من قبل المقرض

¹ - تنص المادة 77 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة 74 عرض مسبق للقرض يحرر بكيفية تمكن المقرض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور. يجب أن تنجز عمليات القرض الواردة في المادة 74 وفق بنود العرض المسبق الذي تسلم نسختان منه مجانا إلى المقرض وعند الاقتضاء نسخة إلى الكفيل.

يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقرض"

² - تنص المادة 74 في فقرتها الأولى والثانية على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 75، تطبق أحكام هذا الباب على كل قرض استهلاكي باعتباره كل عملية قرض ممنوح بعوض أو بالمجان من مقرض إلى مقرض يعتبر مستهلكا، كما هو معرف في المادة 2 وكذا على كفالاته المحتملة.

تدخل في حكم عمليات القرض عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعده بالبيع وكذا البيع أو تقديم الخدمات التي يكون أداؤها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط."

³ - تنص المادة 117 من القانون رقم 31.08 على أنه: "يجب على المقرض، فيما يخص القروض المشار إليها في المادة 113، أن يعد عرضا مكتوبا يوجهه بالمجان بأية وسيلة تثبت التوصل إلى المقرض وكذا إلى الكفيل المحتمل إذا كان شخصا طبيعيا ومصرحا به من قبل المقرض."

⁴ - تنص الفقرة الأولى من المادة 120 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض الذي وجهه للمقرض طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المقرض للعرض."

لفائدة المقرض أو لحسابه ولا من لدن المقرض إلى المقرض. وإلى أن يتم قبول العرض المذكور، لا يجوز للمقرض أن يقوم، لنفس الغرض، بأي إيداع أو يوقع أي ورقة تجارية أو يضمها احتياطياً أو يوقع أي شيك. وإذا وُقِعَ المقرض ترخيصاً بالاقطاع من أي حساب بنكي أو مصدر للدخل، فإن صحته وسريانه أثره رهينان بصحة وسريانه أثر عقد القرض.

ثانياً: العقوبة المقررة ضد المهني المخل بالتزامات المتعلقة بالعرض المسبق

عاقبت المادة 187¹ من القانون رقم 31.08 كل مقرض أخل بأحكام المادة 77، سواء عند عدم القيام بالعرض المسبق أو عدم الإبقاء على الشروط المتعلقة به لمدة لا تقل عن 7 أيام بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم على.

وإذا كان المهني المخالف شخصاً اعتبارياً، يتحمل مسيره المسؤولية عن الأضرار المترتبة عنه بالتضامن معه. علاوة على ذلك يمكن للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم الصادر بالإدانة على نفقة المحكوم عليه.

وعملاً بأحكام المادة 190 من القانون رقم 31.08 يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم كل مقرض يَحْمِلُ المقرض أو الكفيل المصرح به على توقيع العرض أو يتلقى منهم قبوله دون أن يتضمن أي تاريخ أو يتضمن تاريخاً غير صحيح من شأنه أن يوهم بأنه تم قبول العرض بعد انصرام أجل العشرة أيام المنصوص عليه في المادة 120 المذكورة².

وتطبق نفس العقوبة على المكري الذي يَحْمِلُ المكري على توقيع العرض أو يتلقى منه قبوله دون أن يتضمن أي تاريخ أو يتضمن تاريخاً مغلوفاً من شأنه أن يوهم بأن العرض قد تم قبوله بعد انصرام أجل الخمسة عشر يوماً المنصوص عليه في المادة 138³.

¹ - تنص المادة 187 على ما يلي: " يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم المقرض الذي يغفل التقيد بالإجراءات المقررة في المواد من 77 إلى 83 وعن إدراج الاستمارة القابلة للاقتطاع في عرض القرض تطبيقاً للمادة 85.

تطبق نفس العقوبة على المعلن الذي يثبت لحسابه إشهار غير مطابق لأحكام المادتين 76 و101.

وإذا كان مرتكب المخالفة شخصاً معنوياً، يتحمل مسيره مسؤولية الأضرار المترتبة عن المخالفة بالتضامن معه يجوز للمحكمة كذلك أن تأمر بنشر الحكم أو تصحيح الإشهار أو بهما معاً على نفقة المحكوم عليه.

² - تنص المادة 120 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض الذي وجهه للمقرض طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم المقرض للعرض.

يتوقف العرض على قبول المقرض والكفيل من الأشخاص الطبيعيين المصرح بهم ولا يجوز للمقرض والكفيل قبول العرض إلا بعد تسلمه بعشرة أيام. ويجب أن يبلغ قبول العرض بأية وسيلة تثبت التوصل.

³ - تنص المادة 138 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: " يترتب على توجيه العرض إلزام المكري بالإبقاء على الشروط التي حددها طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم المكري للعرض.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للحق في التراجع المخول للمستهلك

بالرجوع إلى القانون رقم 31.08 نجد الحق في التراجع مخول للمستهلك في ثلاث معاملات سنعمل على الوقوف عند الحماية الجنائية لهذا الحق في كل عملية منهم في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى الحماية الجنائية للحق في التراجع على عقد القرض الاستهلاكي

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية للحق في التراجع على عقد القرض الاستهلاكي

تتسم القروض الاستهلاكية بطبيعة خاصة ناتجة بالأساس عن الهوة الشاسعة بين أطرافها من حيث الإمكانيات المالية والتقنية، وهو ما يترتب عنه عم المساواة بين أطرافها، حيث ترجيح كفة المقرض على حساب المستهلك¹.

ومن الآثار السلبية لهذه الأوضاع، أن المستهلك قد يعبر عن قبوله بالعقد بشكل متسرع، دون أخذ بعين الاعتبار للآثار السلبية للعملية²، خاصة وأن عملية الأداء قد تستغرق سنوات، فيجد نفسه في نفق يصعب الخروج منه، ومتحمل لالتزامات لا تسعفه قدراته المالية على الوفاء بها.

ولهذه الغاية، أصدر المشرع المغربي أحكاما من صميم النظام، مكن من خلالها المستهلك من التراجع على عقد القرض الاستهلاكي الذي سبق وأن وقع عليه، وأرد عقوبة على المني المخل بهذا الحق.

وتظهر أهمية الحق في الرجوع على الخصوص في حالة القرض المرتبط أو المخصص (le crédit affecté)، وهو القرض الذي يكون فيه إبرام البيع مرتبطا بالحصول على قرض أو العكس؛ أي الحصول على قرض مرتبط بإبرام البيع، وبعبارة أوضح هو القرض الذي يتوقف منحه على اقتناء منتج أو خدمة، وذلك نظرا لإقبال المستهلك المتزايد على هذا النوع من القروض³.

وفي هذا الصدد، مكنت الفقرة الثانية من المادة 85 من القانون رقم 31.08⁴ المستهلك المفترض في هذه العقود من أن يتراجع عن التزامه داخل أجل سبعة أيام من تاريخ قبوله للعرض

يتوقف العرض على قبول المكتري الذي لا يمكنه قبول العرض إلا بعد عشرة أيام من تسلمه. ويجب أن يبلغ قبول المكتري بأية وسيلة تثبت التوصل".

¹ - حسناء جبران، النظرية العامة للعقد ومقتضيات حماية المستهلك، م س، ص. 98.

² - Sophie Gjidara, l'endettement et le droit prive, LGDJ 1999, p 309.

³ - ابو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 08.31 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2017، ص. 96.

⁴ - تنص المادة 85 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "إذا لم ينص المقرض في العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول طلب القرض المقدم من المقرض، أصبح العقد تاما فور قبول هذا الأخير للعرض المسبق.

غير أن للمقرض أن يتراجع عن التزامه، داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض. ولممارسة الحق في التراجع، يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع.

المسبق. وقد حرص المشرع المغربي على إعمال هذا الحق وعدم التنصيص على ما يخالفه في عقد القرض أو فرض أمر واقع على المستهلك، بموجب أحكام المادة 87 من القانون رقم 31.08 التي منعت المهني من أداء أي مبلغ بأي شكل من الأشكال وبأي كيفية كانت لصالح المقرض أو لحسابه ولا من لدن المقرض إلى المقرض قبل إبرام عقد القرض بصورة نهائية.

كما منعت نفس المادة المقرض داخل أجل التراجع المذكور، بأن يقوم بأي إبداء برسم العملية المعنية لفائدة المقرض أو لحسابه. وفي نفس الإطار، منعت المادة 99¹ على المورد أن يتسلم من المقرض أي أداء إلا بعد الإبرام النهائي لعقد القرض. وإذا وَقَّع المقرض ترخيصا بالاقتطاع من حساب بنكي أو مصدر للدخل، فإن صحة هذا الترخيص وسريان أثره رهينان بصحة وسريان أثر العقد الأصلي. أما إذا أدى المستهلك المقرض جزءا من الثمن أو التعريفية نقدا، فيجب على المورد أن يسلمه وصل مخالصة يُضَمِّنُ فيها النص الكامل للمادة 97 التي تجعل من ممارسة المقرض لحق التراجع داخل الأجل المحددة سببا لفسخ العقد الأصلي، وتلزم المورد بأن يرد كل مبلغ يكون المستهلك قد دفعه مقدما من الثمن أو التعريفية، وذلك بناء على طلب هذا الأخير، وتستحق على المبلغ المذكور بقوة القانون فوائد بالسعر القانوني، تحتسب من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ تقديم طلب الاسترداد².

وبخصوص العقوبة المطلقة على المهني المخالف للأحكام المتعلقة بالحق في الرجوع، فقد عاقبت المادة 188 من القانون رقم 31.08 بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم كل شخص أقدم، خلافا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 85 سالفه الذكر، بتسجيل أسماء الأشخاص الممارسين لحق التراجع أو عمل على تسجيلها في سجل معين، وكما عاقبت المهني الذي يطلب أو يتلقى خلافا لأحكام المادتين 87 و99 من نفس القانون من المستهلك مبلغا بأي شكل من الأشكال،

لا يترتب على ممارسة الحق في التراجع المذكور أي تقييد في سجل معين".

¹ - تنص المادة 99 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "لا يجوز للمورد أن يتسلم من المقرض أي أداء إلا بعد إبرام عقد القرض بصفة نهائية. إذا وقع المقرض ترخيصا بالاقتطاع من حساب بنكي أو مصدر للدخل، فإن صحة هذا الترخيص وسريان أثره رهينا بصحة وسريان أثر عقد البيع أو تقديم الخدمة.

في حالة أداء المقرض جزءا من الثمن أو التعريفية نقدا، يجب على المورد أن يسلمه وصل مخالصة يتضمن النص الكامل لأحكام المادة 97".

² - تنص المادة 97 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "يفسخ العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة بقوة القانون ودون تعويض:

1. إذا لم يبلغ المقرض المورد بقبول منح القرض داخل أجل السبعة أيام وفقا لأحكام المواد من 85 إلى 87 من هذا القانون؛

2. إذا مارس المقرض حقه في التراجع داخل الأجل المحددة له.

في كلتا الحالتين، يجب على المورد أن يقوم بطلب من المقرض برد كل مبلغ يكون هذا الأخير قد دفعه مقدما من الثمن أو التعريفية. وتستحق

على المبلغ المذكور بقوة القانون فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ تقديم طلب الاسترداد.

لا يفسخ العقد إذا قام المقرض بالأداء نقدا قبل انصرام أجل السبعة أيام المنصوص عليه أعلاه".

وتسري نفس الغرامة على الشخص الذي يحمل غيره على توقيع ترخيص بالاقتطاع من حسابات بنكية أو أي مصادر للدخل تتضمن شروطا مخالفة لأحكام نفس المادتين¹.

الفقرة الثانية: الحماية الجنائية للحق في التراجع على عقد البيع خارج المحلات التجارية.

يعرف البيع خارج المحلات التجارية بكونه، سعي (démarchage) المهني إلى المستهلك واقتراح اقتناء منتجات أو الاستفادة من خدمات معينة²، ويتم ذلك في أماكن غير مخصصة لممارسة النشاط التجاري من قبل المورد، وغالبا ما تعتمد هذه الآلية التسويقية على التنقل إلى مقر عمل المستهلك أو موطنه أو محل إقامته؛ لذلك تنعت هذه الممارسة التجارية بالبيع المنزلي (à vente domicile) أو من الباب إلى الباب (de porte à la porte).

ورغم بعض المزايا التي يخولها هذا النوع من الممارسات، خاصة إعفاء المستهلك من عبء التنقل إلى محل المهني، فإنه ينطوي على مخاطر عديدة، تجعل المستهلك في وضعية ضعف. هذه الأخيرة ناجمة بالأساس عن عنصر الفجأة التي يوجد فيها، حيث لا يكون مستعدا للتعاقد، حتى يباغت بالمهني في أماكن غير مخصصة بطبيعتها لعرض المنتجات والخدمات، كما يمارس المهني أساليب ضغط لا يتحرر المستهلك منها إلا بعد انصراف المهني، كما أن المستهلك في هذا النوع من الممارسات التجارية لا يكون سوى أمام عرض واحد، ولا يتسنى له إجراء مقارنة مع سلع وخدمات مماثلة، إضافة إلى شح المعلومات التي توضع رهن إشارته³. كلها اعتبارات تبرر تدخلا تشريعا بوسائل النظام العام الحمائي لإيلاء وقاية للمستهلك من هذه المخاطر.

ولهذه الغاية مكن المشرع المغربي المستهلكين من حق التراجع عن العقد المبرم لتدارك نتائج التسرع الذي وقع ضحيته وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون رقم 31.08⁴ التي أجازت للمستهلك التراجع عن العقد المبرم داخل أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء.

¹ - يلاحظ أن المشرع المغربي لم يكن هنا واضحا بما فيه الكفاية عندما قال "تتضمن شروطا مخالفة لأحكام للمادتين المشار إليهما أعلاه". فهل المقصود بالمادتين المشار إليهما أعلاه هو المادة 84 و85 الواردتين على التوالي في البندين 1 و2 أم المادتين 87 و99 الواردتان في البند 3. ونعتقد أن المقصود هنا هو هاتان المادتين الأخيرتين، لذلك نرى أنه كان من الأجدر بالمشرع أن يشير إلى ذلك صراحة إزالة لأي لبس، بأن يقول بكل بساطة "تتضمن شروطا مخالفة لأحكام المادتين المشار إليهما في البند 3 أعلاه".

² - Yves picod, Droit de la consommation édition. Dalloz 2010. n78 p. 53.

³ - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م س، ص. 102.

⁴ - تنص الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: "استثناء من أحكام الفصل 604 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يجوز للمستهلك التراجع داخل أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء، عن طريق إرسال الاستمارة القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل".

وبشأن العقوبة المطبقة على المني المخل بالأحكام الأمرة المتعلقة بالحق في التراجع على العقود المبرمة خارج المحلات التجارية فقد ورد في المادة 180 من القانون رقم 31.08 التي عاقبت على مخالفة أحكام المادة 49 بغرامة من 1.200 إلى 25.000 درهم، وترفع العقوبة إلى ما بين 50.000 و1.000.000 درهم إذا كان المخالف شخصا اعتباريا.

الفقرة الثالثة: الحماية الجنائية للحق في التراجع على عقد البيع عن بعد

شاع في الآونة الأخيرة استعمال أساليب مبتكرة في مجال التعاقد، تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة، وخاصة شبكة الأنترنت، التي أصبح بإمكان المستهلك استخدامها لاقتناء منتجات والاستفادة من خدمات من مختلف أنحاء العالم، ودفع الثمن بالخدمات البنكية المستحدثة التي ساهمت بشكل كبير في انتشار التعاقد عن بعد.

ويتيح استعمال وسائل الاتصال الحديثة مزايا متعددة للمستهلكين، من ذلك توفير الوقت والجهد

عليه، وسهولة الولوج إلى المواقع الالكترونية وما يترتب عن ذلك من تقليل النفقات، فضلا عن تسهيل عمليات الأداء¹.

وبالمقابل، فإن التعاقد عن بعد محفوف بمخاطر متعددة، خاصة على رضا المستهلك. فالسرعة الفائقة التي تتم بها هذه المعاملات تصعب عليه التثبت من الخصائص الحقيقية للشيء موضوع العملية، التي بناء عليها يقدر عيوبها ومزاياها وحاجته إليها، ويزيد من حدة هذه المخاطر وسائل الإغراء والدعاية المستعملة من طرف المني². وهي كلها عوامل تجعل المستهلك في موقف ضعيف في هذا النوع من الممارسات التجارية، ما يدفعه إلى التعاقد بشكل متسرع دون روية وتفكير. ليخلص فيما بعد إلى أن العقد الذي أقدم على الالتزام به لا يلبي حاجاته وأن مضمونه لا يخدم مصلحته.

لهذه الاعتبارات حاول المشرع المغربي سن أحكام تشريعية ترمي إلى حماية المتعاقد بصفة عامة³ والمستهلك على وجه الخصوص من المخاطر التي تهدده في التعاقد عن بعد. ولعل حماية

¹ - أمينة اضربينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2014-2015، ص. 65.

² - منى أبو بكر الصديق محمد حسان، الحق في الرجوع في العقد كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، دراسة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي والتوجيهات الأوروبية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد 65 أبريل 2018، ص 881.

³ - من هذه النصوص التشريعية نذكر:

الرضا وصدورها بشكل متمهل وواع يوجد في صلب اهتمام التشريعات المعاصرة الرامية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد.

وفي هذا الصدد، منح المشرع المغربي للمستهلك في هذا النوع من المعاملات إمكانية التراجع عن العقد المبرم، من خلال المادة 36¹ من القانون رقم 31.08 التي أتاحت له ممارسة هذا الحق داخل أجل سبعة أيام من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض بالنسبة لتقديم الخدمات. ويرفع هذا الأجل إلى 30 يوما إذا لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32.

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 31.08، نلاحظ أن الحق في التراجع المقرر للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد ليس عاما يسري على كل العقود، بل إن المشرع أخذ بعين الاعتبار خصوصية بعض الأنواع منها، حيث استثنى من نطاق تطبيق المادة 36 مجموعة من العمليات، التي لا يتمتع المستهلك في إطارها بهذا الحق إلا إذا اتفق مع المهني على خلاف ذلك، وقد ورد التنصيص عليها في المادتين 38 و42، وهي التالية:

- التزويد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفها رهينا بتقلبات أسعار السوق المالية؛
- التزويد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصا أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف؛
- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛
- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات؛

- القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.10 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) ج. ر.ع 5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007. ص 3879.

- القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) ج. ر.ع 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009، ص 552.

- القانون رقم 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.100 بتاريخ 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2020)، ج. ر.ع 6951 بتاريخ 11 يناير 2021، ص 271.

¹ - تنص المادة 36 من القانون رقم 31.08 على ما يلي: " للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع؛

- ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الأجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.

تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و42.

- تزويد المستهلك بسلع الاستهلاك العادي في محل سكناه أو عمله من لدن موزعين يقومون بجولات متواترة ومنظمة؛
- تقديم خدمات الإيواء أو النقل أو المطاعم أو الترفيه التي يجب أن تقدم في تاريخ معين أو بشكل دوري محدد.

ويمارس المستهلك حقه هذا عملاً بالفقرة الثانية من المادة 36، دون حاجة إلى تبرير أو دفع غرامة، لأن تقرير هذا الحق لا يرتبط بعيب بالمبيع أو عدم مطابقته، وإنما بحماية ركن الرضا في العقد، وينبغي على ذلك أن ممارسته لا تستلزم تقديم أسباب تبرر ذلك؛ أي ولو كان قرار المستهلك بالرجوع يستند فقط على عدم رضاه الشخصي بالعقد. فضلاً عن ذلك، فحق الرجوع في العقد يمارسه من تقرر لمصلحته بإرادته المنفردة ودون توقف على إرادة المتعاقد الآخر¹، كما يمارسه المستهلك بالوسيلة التي يراها مناسبة لأن القانون لم يحدد لذلك شكلاً خاصاً.

ونظراً لأهمية الحق في التراجع في حماية المستهلك من المخاطر المشار إليها والتي تجعله طرفاً ضعيفاً في العقود المبرمة عن بعد، واعتباراً لأن معالجة وضعية ضعف المتعاقد من أهم الأهداف التي يرمي القانون رقم 31.08 إلى تحقيقها، فإنه يترتب عن عدم امتثال المهني لأحكام المادة 37 معاقبته بغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم، وترفع هذه الغرامة إلى الضعف في حالة العود. داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور

حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة (المادة 178 من القانون رقم 31.08).



¹ - منى أبو بكر الصديق محمد حسان، م. س. ص. 886-887

مدونة الأسرة المغربية

بين إشكاليات التطبيق واستشراف آفاق التعديل

Moroccan Family Code

Between Application Problems And Outlook For Adjustment

Achraf REGURAGUI

achraf.reguragui@um5r.ac.ma

أشرف ركرافي

دكتور في الحقوق

جامعة محمد الخامس بالرباط

Abstract

Undoubtedly, Morocco has experienced a major set of transformations at the community level as well as at the level of family composition, under the influence of growing urbanization, higher levels of schooling and women's exit from the labour market. These transformations have had a significant impact on family relations, especially between couples, and raise many questions about the family's laws.

Despite all these changes, the 2004 Family Code, which provided a series of updates to solve problems under the Personal Status Code, was maintained. On the basis of family provisions derived from Islamic law, as the basic cell of society, However, it has added significant new legislative requirements. Moroccan society ", was consistent with the specificities of Moroccan society and its sociocultural development, as well as Morocco's accumulated positives derived from its involvement in a range of international conventions and treaties Family Code ", but the practice of the process has demonstrated the range of problems posed by the Family Code, requires an amendment that is consistent with Moroccan society's well-established perspectives and contributes to the maintenance of family cohesion

Keywords:

Family Code, Application Problems, Prospects for Amendment.

ملخص

مما لا شك فيه، أن المغرب عرف مجموعة التحولات كبرى على المستوى المجتمعي وأيضاً على مستوى تركيبة الأسرة، تحت تأثير التزايد العمراني وارتفاع نسبة التمدرس وخروج النساء لسوق العمل. وقد كان لهذه التحولات تأثير كبير على العلاقات الأسرية، خاصة بين الأزواج، كما أنها تثير العديد من التساؤلات حول القوانين المنظمة للأسرة

ورغم كل هذه التحولات حافظت مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004، والتي جاءت بمجموعة من المستجدات لحل المشاكل التي كانت مطروحة في ظل مدونة الأحوال الشخصية، على مرتكزات أحكام الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع، إلا أنها مع ذلك أضافت مقتضيات تشريعية مستجدة لا يستهان بها، تتوافق مع خصوصيات المجتمع المغربي وتطوره السوسيو ثقافي، وما راكمه المغرب من إيجابيات مستمدة من انخراطه في مجموعة من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، إلا ممارسة العملية أظهرت مجموعة الإشكاليات تطرحها مدونة الأسرة، تتطلب تعديل يتوافق مع الثوابت الراسخة للمجتمع المغربي، وتساهم في الحفاظ على التماسك الأسري.

الكلمات المفتاحية:

مدونة الأسرة، إشكاليات التطبيق، آفاق التعديل.

مقدمة

لقد خلق الله تعالى الرجل والمرأة ليتعاونوا في هذه الرحلة الشاقة، رحلة الحياة وجعل بينهما تألفا كبيرا وتعاطفا عميقا، وبين لنا ذلك، فقال عز وجل: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)¹. ومما لا جدال فيه، أنه لا وجود لأي كيان مجتمعي بدون أسرة، إذ إن الإنسان السوي لا يقوى على أن يعيش منفردا في استقرار وطمأنينة، لأنه ميال بفطرته لمساكنة الآخر، على خلاف جنسه في الزواج المبني على قيم العفة والإخلاص بين الزوجين.

ولما كانت الأسرة بهذه الميزة والأهمية، عملت كل الشرائع والقوانين على إحاطتها بمجموعة من الأحكام والقوانين الكفيلة بحمايتها وتنظيم علاقات أعضائها فيما بينهم.

ولذلك، فقد عنيت الشريعة الإسلامية بأحوال الأسرة عناية كبيرة للوصول بها إلى أرفع المستويات من الطهر والتعاون والمحبة والكرامة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع، إذ من مجموع هذه الأسر تتكون الدولة بمفهومها الحديث²، فالله سبحانه وتعالى خلق آدم عليه السلام وكون له أسرة حيث خلق له حواء وبزواجه منها تكونت أول أسرة على وجه الأرض، وفي ذلك يقول الله تعالى: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا"³، ويقول عز وجل: "وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً"⁴.

ونظرا للأهمية التي تحظى بها الأسرة وطنيا ودوليا، صدر قانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة وذلك بعد مخاض عسير بدأ أساسا بإعلان خطة إدماج المرأة في التنمية وما خلفه من ردود فعل متباينة تراوحت بين التأييد والرفض، وانتهى بتعيين جلالة الملك للجنة استشارية كلفت بإجراء مراجعة جوهرية لمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية، في إطار الالتزام بأحكام ومقاصد الإسلام السمحة وإعمال الاجتهاد في استنباط الأحكام، مع الاستهداء بما تقتضيه روح العصر والتطور واحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، وهذا ما جعل من مدونة الأسرة حسب العديد من الباحثين والمهتمين القانونيين والحقوقيين وطنيا ودوليا، حدثا قانونيا وحقوقيا

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - ادريس الفاخوري: "قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، انحلال الرابطة الزوجية"، مطبعة الجسور ش م م، الطبعة الأولى، كعبة 1919-2020، ص 9.

³ - سورة الأعراف، الآية 189.

⁴ - سورة الرعد، الآية 38.

تاريخيا ببلادنا، نظرا للإصلاحات الهامة التي تضمنتها مقتضياتها، والتي تجسد في عمقها التكامل بين المرجعية الإسلامية والكونية القائمتين على مبادئ الحرية والمساواة والإنصاف والتضامن... إلخ.

وعليه، فإن مقتضيات المدونة التي التزمت بأحكام الشرع ومقاصده السمحة، تقتضي أن تحقق الأهداف المرجوة منها عند تطبيقها وفق الروح التي ابتغاها المشرع، ولا يتحقق ذلك إلا بعد تيسير فهم مضامينها ومعرفة كنهها، وتطبيقها بما يقتضيه التعايش الاجتماعي والاستقرار الأسري. وقد حظيت هذه المدونة باهتمام وتبع كبيرين، كيف لا وهي قانون يهم كل فرد في المجتمع سواء قبل وجوده في الحياة أو حتى بعد مماته، وبالتالي فإن جميع أفراد المجتمع معنيون بمقتضياته لأنه ينظم حالتهم الشخصية في جميع مناحيها.

ولهذا، فإن مدونة الأسرة فضلا عن حملتها القانونية النوعية، قد أسست لمشروع مجتمعي يجعل من الأسرة المغربية القائمة على المسؤولية المشتركة والمودة والمساواة والعدل والمعاشرة بالمعروف والتنشئة السليمة للأطفال، ولبنة جوهرية في ديمقراطية المجتمع باعتبار الأسرة نواته الأساسية.

وقد عرفت المنظومة القانونية المغربية في السنوات الأخيرة العديد من الإصلاحات والتعديلات التي أدخلت على نصوصها، فرضتها التحولات الهيكلية العميقة التي عرفها المجتمع المغربي في جميع مناحي الحياة السياسية والحقوقية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كما اقتضتها مسألة ملاءمة القوانين الوطنية مع المواثيق والاتفاقيات الدولية المرتبطة أساسا بحقوق الإنسان عامة وحقوق المرأة والطفل خاصة، والتي وقع وصادق عليها المغرب والتزم دستوريا باحترامها.

ولا شك، أن تنزيل مقتضيات مدونة الأسرة وتنفيذها على أرض الواقع واجهته عدة إكراهات مادية وبشرية وإشكالات مسطرية حدت من الانتظارات المتوخاة منها في تحقيق رسالتها النبيلة، لذلك فإن مرور هذه المدة الزمنية من التطبيق، وضحت بشكل واضح بأن هناك إشكالات كبيرة يطرحها التطبيق العملي لمدونة الأسرة، الأمر الذي يلح على المشرع المغربي الإسراع في تعديل بعض مقتضياتها، إيماناً منه في وضع نصوص قانونية في المادة الأسرية واضحة، تتجاوز الإشكاليات المطروحة، وتستجيب لمتطلبات التي يتضمنها الدستور والمواثيق الدولية والثوابت الراسخة للمجتمع المغربي.

ومن هذا المنطلق، يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي حد تمكنت مدونة الأسرة بعد أكثر من عشر سنوات من التطبيق من الحفاظ على التماسك الأسري وترسيخ الثوابت الدينية للمجتمع المغربي، وتكريس حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا وعلى انفتاح المجتمع المغربي على عصره، وعلى قيم المساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بالحقوق وجعل من الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع؟

وهل الإشكاليات التي تطرحها مدونة الأسرة بعد مرور فترة من التطبيق، كافية من أجل التعديل بعض مقتضياتها؟

وللإجابة عن الإشكالية أعلاه، سنقسم هذه المقالة إلى مطلبين وفق الشكل الآتي:

المطلب الأول: إشكاليات المتعلقة بالزواج

المطلب الثاني: إشكاليات المتعلقة بالاحلال الميثاق الزوجية

المطلب الأول: إشكاليات المتعلقة بالزواج

تعتبر مؤسسة الزواج من المؤسسات الاجتماعية الأساسية في المجتمع المغربي، حيث تشكل الأساس لبناء الأسرة وتربية الأجيال. وقد تم تنظيم هذه المؤسسة بشكل قانوني من خلال مدونة الأسرة التي تم اعتمادها سنة 2004، والتي تهدف إلى تحديث القوانين المتعلقة بالزواج وضمان حقوق الأفراد.

مما لا شك فيه، أن مؤسسة الزواج قد حظيت بالنصيب الأكبر في مقتضيات مدونة الأسرة على اعتبار أن الزواج هو عماد الأسرة التي تلتقي فيها الحقوق والواجبات، ولذلك فإن التطبيق العملي أفرز مجموعة من الإشكاليات همت مؤسسة الزواج، أبرزها إشكالية زواج القاصر (الفقرة الأولى)، وكذلك إشكالية الصداق وتدير الأموال المكتسبة (الفقرة الثانية)، هذا علاوة على إشكالية موانع الزواج (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: إشكالية زواج القاصر

لقد نص المشرع المغربي في المادة 20 من مدونة الأسرة على ما يلي "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

يتضح من خلال المادة أعلاه، أن الإذن بزواج القاصر يخضع للسلطة التقديرية المطلقة للقضاة، وأن هذا الإذن يتم بناء على مقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، كما أن مقرر الاستجابة لزواج القاصر لا يقبل أي طعن، وبالتالي فهذا المقرر يكتسي قوة في مواجهة الجميع، مع العلم أن زواج القاصر يعتبر مجرد استثناء (القاعدة أن سن الزواج هو 18 سنة شمسية بالنسبة للفتى والفتاة)¹.

لذا، كان من الأفضل جعل مقرر الاستجابة قابلاً للطعن انسجاماً مع هذا الاستثناء هذا من جهة، وحماية المصلحة الفضلى للقاصر من جهة أخرى، خصوصاً إذا تبين بعد إصدار هذا المقرر أن مصلحة القاصر تقتضي عدم الزج به في مؤسسة الزواج²، فالسماح بهذا الطعن من شأنه أن يجنبنا مجموعة من الأخطاء القضائية التي قد يقع فيها القاضي نتيجة سوء تقديره للحالة المعروضة عليه، فمن خلال الطعن تضع محكمة الاستئناف يدها على الملف وتعيد مناقشة كل النقط القانونية والتي على ضوءها تعيد تقدير المصلحة المرجوة من هذا الزواج³.

هذا علاوة، على أن المقرر أعلاه، يكون بناء على خبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، وأنه ما يلاحظ من خلال مقتضيات المادة 20 من مدونة الأسرة أن الأخذ بالخبرة ملزم للقاضي بخلاف ما هو عليه الحال في قانون المسطرة المدنية، الذي ينص في فصله 66 على ما يلي "لا يلزم القاضي بالأخذ بالرأي الخبير المعين..."، وذلك في حالة اللجوء إليها على اعتبار أنه يمكن الاستعاضة عنها بإجراء بحث اجتماعي.

ولم تشر المادة 20 المشار إليها أعلاه، إلى من له الصفة لتقديم الطلب في الحالة التي يرفض فيها النائب الشرعي للقاصر تمثيل هذا الأخير أمام القضاء، لاسيما وأن الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية يشترط الأهلية للتقاضي، وهو نفس الأمر بالنسبة للحالة التي لا يرغب فيها النائب الشرعي في تمثيل القاصر أمام القضاء لاستصدار إذن، فهل يمكن لهذا القاصر تقديم طلبه بصفة شخصية؟

¹ - إدريس الفاخوري: "قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج انحلال الرابطة الزوجية"، مطبعة الجسور ش.م.م، الطبعة الأولى، السنة 2020، ص 123.

² - عبد الرحمان دريوش: "الإذن القضائي في مدونة الأسرة - الإذن الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين نموذجاً"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 5، سنة 2018، ص 59.

³ - عبد الهادي الشاوي: "زواج القاصر بين النص القانوني والواقع العملي"، مقال منشور بمجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، العدد 8 شتنبر 2020، ص 23.

أظن أنه يمكن للقاصر تقديم هذا الطلب بصفة شخصية، خصوصا في الحالة التي يكون الزواج في مصلحته، على اعتبار أن هذه الوضعية تجعل الزواج من الأعمال النافعة له نفعاً محضاً، وبالتالي فمادامت من مصلحته وليس فيها أي ضرر له، فإنه ليس هناك أي مانع يمنع من أن يقدم ذلك الطلب من طرفه.

ولذلك، فإن منح الإذن بزواج القاصر يعد استثناء، وكما هو معلوم فإن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، وأنه يجب أخذه بمعناه الضيق، لذا وجب تحديد حد أدنى لزواج القاصر محدد في 16 أو 17 سنة لكلا الجنسين وبموافقة الوالدين، على غرار التشريعات المقارنة كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الإيطالي الذي حدد السن القانوني في 16 سنة كاستثناء كلما توفرت أسباب وجيهة وبعد موافقة الوالدين وصدور إذن قضائي¹.

وبالنسبة للتوجه القضائي على مستوى محاكم الموضوع، فهناك بعد المحاكم قد استقرت على عدم منح الإذن بزواج القاصر الذي يبلغ سن 17، ومحاكم أخرى حددت السن في أقل من 16 سنة كحد أدنى، في حين يذهب الاتجاه العام لرفض قبول طلبات التزويج القاصر التي يقل عمره عن 14 سنة.

وعليه، فإنه لا ينبغي منح الإذن بزواج القاصر إلا إذا كانت المصلحة الفضلى للقاصر تقتضي ذلك، وبالرجوع إلى الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل نلاحظ بأن جل طلبات زواج القاصر تحظى بالقبول، فنسبة رفض طلبات زواج القاصر لا تتعدى 14 %، بينما نسبة قبول هذه الطلبات تتجاوز 85%. كما أن حالات زواج القاصر انتقلت من 18341 حالة سنة 2004 إلى 35152 حالة سنة 2013.

وتجدر الإشارة إلى أن مقتضيات المادة 20 التي من المفروض أنها تشكل استثناء من القاعدة المنصوص عليها في المادة 19 من المدونة، أضحت هي الأخرى قاعدة.

وتماشيا مع ذلك، فإن أهلية الزواج تطرح نقاشا قضائيا سواء في الشق الإجرائي أو في الشق الموضوعي، خاصة ما يرتبط بالأسئلة الواقعية، ومدى تمكن القضاء من استنباط قدرة القاصر على تحمل مسؤولية الزواج من الناحية الفيزيولوجية ومن الناحية الفكرية والسيكولوجية، مما يجعل مهمة القضاء في غاية الصعوبة.

¹ - أنس سعدون: "زواج القاصرات بالمغرب دراسة ميدانية بأقسام قضاء الأسرة 2004-2014"، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد مزدوج 5/4 الجزء الأول، سنة 2015، ص 52.

كما تطرح الأهلية إشكالية مراعاة المصالح الفضلى للفتيات والفتيان أقل من 18 سنة، ومراعاة المعايير الدولية المكرسة في حماية هاته الفئة العمرية من المجتمع.

ومن الجوانب التي تبين أنها تشكل إشكالا قانونيا جوهريا ما يتعلق بعدم قابلية مقررات الإذن بزواج القاصر لأي طعن قضائي، مما جعل الممارسة القضائية لمحاكم الموضوع غير مؤطرة بقواعد واجتهادات المحكمة العليا (محكمة النقض) كمحكمة قانون، وكان بالإمكان أن تثيري الممارسة القضائية بخصوص تطبيق المادتين 20 و21 من مدونة الأسرة، في حالة خضوع تلك المقررات للطعن.

وفي إطار التعديلات المقترحة لمراجعة مدونة الأسرة، فقد تم تحديد أهلية الزواج بالنسبة للفتى والفتاة في 18 سنة شمسية كاملة، مع وضع استثناء للقاعدة المذكورة، يحدد فيها سن القاصر في 17 سنة، مع تأطيره بعدة شروط تضمن بقاءه، عند التطبيق، في دائرة الاستثناء، كما تقرر تعزيز الرقابة القضائية للتأكد من أن الاستثناء يبقى ضمن إطار الحالات الضرورية فقط.

يتضح على أن مشروع تعديل مدونة الأسرة أبقى على نفس القاعدة المضمنة بخصوص سن الزواج، والمحدد في ثمان عشرة سنة شمسية كاملة للفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية، غير أنه حصر الاستثناء في المواقفة على الزواج للفتى والفتاة دون سن الأهلية في 17 سنة إذا توفرت شروط صارمة لضمان حماية القاصر.

الفقرة الثانية: إشكالية الصداق وتدابير الأموال المكتسبة

تنص الفقرة الأولى من المادة 32 من مدونة الأسرة على ما يلي "تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله".

يتضح من خلال هذه المادة أن القاعدة في استحقاق الصداق كله هي بناء الزوج بزوجه، لذلك فما الحكم لو كنا أمام مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة، إننا في هذه الحالة، نقضي بلحوق النسب للخاطب للشبهة بشروط محددة في نفس المادة، وحينما نأتي لمعالجة مسألة الصداق عند العدول عن الخطبة في هذه المرحلة نقول إن المخطوبة لا تستحق الصداق وواقع الحال أن الخاطب قد بنى بها، لأنه لا يمكن عقلا ومنطقا أن يثبت النسب إلا بعد البناء¹، كل ذلك يدفعنا إلى التساؤل حول مدى انسجام كل هذه النصوص وتكاملها ويدفعنا أيضا إلى تساؤل آخر

¹ -سعاد الأخرسي: "من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية"، الطبعة الأولى، مطبعة دار السلام الرباط، السنة 2005، ص 123.

مفاده ألا يعتبر حرمان المخطوبة من الصداق في هذه الحالة مصادرة لحق من حقوقها مادام أن مناط استحقاق الصداق هو البناء؟

إضافة إلى ذلك، من هو الطرف الملزم برد المعجل من الصداق هل المخطوبة أم ولها؟ هذا التساؤل يجد مشروعيته في اعتبارين أولهما واقعي يتمثل فيما جرى به العرف والعادة من أن الذي يتسلم مجمل الصداق هو الولي، وثانيهما قانوني يتعلق بالحالة التي تكون فيها المخطوبة قاصرة لم تدرك بعد سن الرشد القانوني. ففي هذه الحالة، هل يجوز مقاضاتها شخصيا استنادا إلى المبدأ الذي سطرته المادة 22 من مدونة الأسرة والذي يقضي بأن الزوجين الذين لم يدركا سن الأهلية يكتسبان الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات؟

علاوة على الإشكال المتعلق بالعلاقة بين المادة 32 والمادة 156 من مدونة الأسرة، هناك إشكال آخر لا يقل أهمية، والمضمن في مقتضيات المادة 49 من نفس المدونة، والمربط بتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال فترة الزواج، إذ تنص هذه المادة على ما يلي "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر. إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وعليه، فإن المادة أعلاه تطرح عدة مشاكل، تتجلى أهمها في أن المشرع أحال على القواعد العامة للإثبات دونما أدنى توضيح للقواعد الإثبات المقصودة هنا.

فهل قصد المشرع الإحالة على القواعد العامة للإثبات المضمنة في إطار قواعد القانون المدني، أم تلك المنصوص عليها في الفقه المالكي عملا بالإحالة عليه من خلال المادة 400 من مدونة الأسرة؟

انقسم الباحثين في الإجابة عن هذا السؤال إلى رأيين كما يأتي:

- الرأي الأول: يرى أن المقصود بالقواعد العامة، هي القواعد المنظمة لظهير الالتزامات والعقود، ولذلك كان على المشرع منح الطرفين حرية الإثبات، دون أن يقيد في اتجاه الإثبات

المدني، لكونه يصطدم مع مقتضيات الفصل 443 ق ل ع الذي يفرض الإثبات الكتابي لكل تصرف يتجاوز 1000 درهم¹.

- في حين يذهب رأي آخر؛ إلى منح الحق لكل زوج في رفع الدعوى أمام المحكمة للمطالبة بحقه، ويمكن للزوجين اعتماد كافة وسائل الإثبات، دون التقيد بأحكام الفصل 443 من ق ل ع².
- أما الاتجاه الثالث؛ فيرى أن المقصود بالقواعد العامة تلك المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة، على اعتبار المذهب المالكي، كمصدر مكمل لنص المدونة، يشكل مرتكزا قانونيا يمكن الاستناد إليه في تحديد طبيعة القواعد العامة للإثبات³.

أظن أن القواعد العامة المضمنة في المادة 49 من مدونة الأسرة تتضمن الفقه المالكي فيما يتعلق بقواعد الإثبات، وذلك تماشيا مع مقتضيات 400 من نفس المدونة، لأن الإحالة على الفقه المالكي تقتضي بالضرورة اعتماد وسائل الإثبات المضمنة في أحكامه، والمتمثلة في البيئة الشرعية وما توفره من حرية في الإثبات تمكن كل من الطرفين من إثبات ادعائه شرط أن تكون البيئة الشرعية مستوفية لشروط صحتها.

وفي إطار نفس المادة موضوع الدراسة، نجد أن المشرع حدد عناصر يتم الاعتماد عليها من طرف القاضي في ترتيب حق الزوجين في المكتسبات خلال الحياة الزوجية حالة غياب الاتفاق الكتابي، وهذه العناصر هي:

- مراعاة عمل كل واحد من الزوجين؛

- وما قدمه من مجهودات؛

- وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

فالمشرع لم يحدد طبيعة هذه الأعمال ولا المجهودات ولا حتى المقصود بتحمل الأعباء، فهل كل ما يقوم به أحد الأزواج سواء كان إيجابيا أو سلبيا ماديا أو معنويا، وهل يمكن إدخال الأعمال المنزلية التي تقوم بها الزوجة. وفي ظل تنصيب المشرع على جعل مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال مشتركة بين الزوجين⁴.

¹ - عمر المزكلي: "تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين - قراءة في مفهوم المادة 49- من مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد مزدوج 4/5، سنة 2015، ص 15.

² - زهور الحر: "إصلاح قانون الأسرة بالمغرب المسار والمنهجية"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، السنة 2015، ص 23.

³ - عبد الرزاق أيوب: "أحكام الزواج والطلاق في مدونة الأسرة"، سلسلة المعرف في الفكر القانوني المعاصر، مطبعة قرطبة حي السلام، أكادير، السنة 2015، ص 23.

⁴ - بشرى العاصي: "قراءة في قانون الأسرة جرد وتحليل"، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الخامس، يوليو 2005، ص 15.

إضافة إلى ذلك، فبالرجوع إلى الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة فإننا نجد أنها تنص على إلزام العدلين بإشعار الزوجين بإمكانية إبرام عقد مستقل لتدبير أموالهما المكتسبة خلال الفترة الزوجية. إلا أن الواقع يؤكد أن العدلين غالباً ما يستعيزان عن هذا الإجراء ولا يعيرانه أدنى أهمية خاصة مع غياب النص على أي جزاء يطبق في مواجهتهما عند الاستعاضة عن إشعار الزوجين بإمكانية الاتفاق على تدبير الأموال المشتركة وفقاً لما تقتضي به المادة 49 من مدونة الأسرة، لا ضمن مواد المدونة ولا ضمن فصول القانون الجنائي.

وفي إطار مشروع تعديل المادة 49 من مدونة الأسرة، والذي تضمن مقتضى مهم جداً، يتعلق بتأطير جديد لتدبير الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية، مع الأخذ بعين الاعتبار عمل الزوجة داخل المنزل، واعتباره مساهمة في تنمية الأموال المكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية.

الفقرة الثالثة: إشكالية موانع الزواج

بالرجوع إلى المقتضيات التي حاولت أن تكرسها مدونة الأسرة، والتي تتمثل في كون الطلاق تصرف استثنائي يجب أن يمارس في أضيق الحدود طبقاً لمقتضيات المادة 70 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناءً، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال".

وهذا المقتضى لا ينسجم مع ما استحدثته في إطار مسطرة التعدد، بحيث إنه في حالة رفض المرأة الموافقة على التعدد، ولا تطلب التطليق وتتمسك بزوجها، والزوج يتمسك هو الآخر بطلبه¹، ففي هذه الحالة وإن لم تطلب التطليق فإن المحكمة تطبق تلقائياً مسطرة الشقاق، وذلك بصريح الفقرة الأخيرة من المادة 47 التي جاء فيها بأنه "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد الزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده". وهذا الأمر يتنافى مع مقتضيات المادة سالف الذكر، وكذا القواعد العامة للتقاضي وخاصة القاعدة المنصوص عليها في الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية².

- سعيد الرويوي: "تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج"، مقال منشور ضمن أشغال ندوة: "مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحسيلة والمعوقات"، سنة 2007، ص 56.

¹ - محمد الإدريسي: "قراءة في مستجدات والثغرات"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 5، سنة 2018، ص 56.

² - إيمان البراق: "تقييد التعدد في مدونة الأسرة دراسة مقارنة في النصوص القانونية والاجتهاد"، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية عدد مزدوج 4/5 الجزء الأول، سنة 2015، ص 65.

هذا علاوة، على إضفاء الصبغة النهائية على مقرر الإذن بالتعدد، عملا بالفقرة الثانية من المادة 44 من مدونة الأسرة التي جاء فيها ما يلي "للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما".

وعليه، فإنه كان على المشرع جعل هذا المقرر خاضعا للطعن أمام محكمة الدرجة الثانية، خاصة في ظل غياب محددات المبرر الموضوعي، لاسيما أنه يتداخل فيه ما هو ذاتي بما هو موضوعي بشكل يصعب معه على القاضي الفصل بينهما.

ولهذا، فإن محاكم محاكم الموضوع لا تؤذن بالإذن بالتعدد إلا بتوفر الشروط المنصوص عليها في المادتين 41 و42 من مدونة الأسرة والمحددة في ثبوت المبرر الموضوعي الاستثنائي وإثبات توفر طالب التعدد على موارد كافية لإعالة أسرته وعدم وجود شرط الامتناع عن التعدد. وتلجأ محاكم الموضوع بخصوص مراقبة استيفاء شرط وجود موارد كافية إلى تقييم مختلف وسائل الإثبات التي تقدم أمامها خاصة شهادة الأجر، أو خبرة حسابية توضح الدخل الحقيقي لطالب التعدد، في حين أن شرط الامتناع عن التعدد يكون منصوص عليه في عقد الزواج. وأما بخصوص المبرر الموضوعي الاستثنائي فيبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقضاة، وتظهر الممارسة القضائية تباين في تأويلات القضاة لتحديد المبرر الموضوعي الاستثنائي. وهنالك عدة مبررات تعتبرها محاكم الموضوع مما يدخل في المبرر الموضوعي الاستثنائي المنصوص عليه بموجب المادة 41 من مدونة الأسرة، لذلك يظهر توسعها في الحالات التي تندرج ضمن هاته المبررات، وعلى سبيل المثال اعتبر خوف الزوج من الوقوع في الزنا يشكل مبررا لطلب التعدد¹.

أما بخصوص محكمة النقض، فإنها تتوسع في تأويل المبررات الموضوعية الاستثنائية، وتصرح بامتلاك قضاة الموضوع للسلطة التقديرية في تقديرهم لهاته المبررات.

وكذلك، أنها اعتبرت رغبة الزوج في إنجاب ولد ذكر. يعتبر مبررا موضوعيا استثنائيا، وأيضا إصابة الزوجة بمرض السكري، وإصابة الزوجة بالعقم، وعدم رغبة الزوجة في مرافقة زوجها ومساكنته ببلدته الأصلية، مبررات لطلب التعدد.

¹ -قرار محكمة الاستئناف بالناظور، عدد 160 بتاريخ 27/03/2013 ملف عدد 238/12، منشور بجلة قضاء المجلس الأعلى، سنة 2014، ص 123.

وقد أكدت كذلك على أن التعدد يعتبر حقا قانونا وشرعا ولا يمنع إلا في حالة الخوف من عدم العدل بين الزوجات، وحالة وجود شرط بعدم التزوج، مطبقة التأويل الحرفي لمقتضيات المادة 40 من المدونة.

وفي حالة تدليس الزوج بخصوص وضعيته الاجتماعية لعقد قران على زوجة ثانية، اعتبرت محكمة النقض في توجيهها أن القانون وإن جرم فعل الزوج، فهو لم يخول للزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضررتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطان عقد زواجها¹.

ويبقى الإشكال الجوهرى المطروح على المستوى العملي بخصوص مقتضيات مدونة الأسرة في مجال التعدد هو تأويل المبرر الموضوعي الاستثنائي، والتباين والتضارب الحاصل في العمل القضائي بهذا الشأن.

إلى جانب إشكالية استغلال مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة لتبرير التعدد، وما سارت محكمة النقض، إلا تجاوز مسطرة التعدد في حالة طلبات ثبوت الزوجية.

ومن أبرز التعديلات المقترحة بخصوص تعديل مؤسسة التعدد، تتجلى في إلزام الزوج بأخذ رأي الزوجة عند توثيق عقد الزواج الثاني، لتحديد ما إذا كانت تشترط عدم الزواج عليها، وفي حال تضمين هذا الشرط في العقد فلا يمكن للزوج التعدد.

وفي حال عدم وجود هذا الشرط، فإن التعدد سيكون مقصورا على حالات استثنائية، مثل إصابة الزوجة الأولى بالعقم، أو مرض يمنع المعاشرة الزوجية، أو حالات أخرى يحددها القاضي وفق معايير قانونية موضوعية.

المطلب الثاني: إشكاليات المتعلقة بالحلل الميثاق الزوجية

لا شك، أن الزواج من أهم الروابط الاجتماعية التي تجمع بين الأفراد، حيث يتأسس على مبادئ التفاهم والتعاون والمودة والمعاشرة بالمعروف، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين. ومع ذلك قد تطرأ ظروف تستدعي انحلال هذا الميثاق، مما يؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية.

وفي هذا السياق، توفر مدونة الأسرة إطارا قانونيا ينظم إجراءات وآليات انحلال الميثاق الزوجية، سواء من خلال الطلاق أو التطلق أو الفسخ، ويمثل انحلال الميثاق الزوجية مرحلة حساسة في الحياة الزوجية، تتطلب معالجة قانونية دقيقة تأخذ بعين الاعتبار حقوق الأطراف

¹ -قرار محكمة النقض عدد 439، صادر بتاريخ 23/08/2011، في ملف شرعي ع 154/2/1/2011، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، سنة 2012.

المعنية، بما في ذلك حقوق الأطفال. لذلك، تشدد المدونة على أهمية الالتزام بالإجراءات القانونية، وتوفير سبل التوفيق والصلح قبل الإقدام على أي قرار نهائي.

ولهذا، تتضمن أسباب انحلال الميثاق الزوجية عوامل متعددة، مما يستدعي دراسة شاملة لكل حالة على حدة. ولهذا، تسعى المدونة إلى ضمان تحقيق العدالة وحماية الحقوق، مما يجعل انحلال الميثاق الزوجية عملية تتطلب الوعي والاحترام المتبادل بين الزوجين.

غير أن تنظيم مدونة الأسرة لانحلال الميثاق الزوجية وما يترتب عليه من آثار، يطرح مجموعة من الإشكالات خلال الممارسة العملية، سواء فيما يتعلق بإشكالية التطبيق للشقاق والصلح (الفقرة الأولى)، أو إشكالية الرجعة (الفقرة الثانية)، وكذلك إشكالية النسب (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: إشكالية التطبيق للشقاق والصلح

أثبت التطبيق العملي لمسطرة الشقاق منذ اقراره في مدونة الأسرة مجموعة من الإشكاليات، والتي تم حل بعضها عن طريق الاجتهادات القضائية، بينما لا زالت العديد من الإشكاليات محل نظر يمكن إجمالها فيما يلي:

- ارتفاع إقبال الزوجات على مسطرة التطبيق للشقاق بنسبة 87 في المائة منذ تفعيل مقتضيات مدونة الأسرة الجديدة، عوض اللجوء إلى باقي مساطر انحلال الميثاق الزوجية الأخرى، والمتمثلة في الطلاق الخلعي والاتفاقي والطلاق بسبب الإخلال بشرط في العقد أو الضرر أو التطبيق للعيب، أو بسبب الإيلاء والهجر¹.

- العديد من الرجال لا ينفذون الحكم الصادر ضدهم بأداء مستحقات الطلاق، بدعوى إحفاف المحاكم في تحديد تلك المستحقات، واصطدامهم بالمبالغ الباهضة لتنفيذ إجراءات الطلاق.

- كل ما فاق مستحقات الصداق والنفقة يعتبر حيفا في حق الزوج، فمن الإشكاليات العملية التي أسفر عنها التطبيق القضائي لمدونة الأسرة بخصوص التطبيق للشقاق، أن الزوجة قد تتقدم بالدعوى وعند إجراء المحكمة لمحاولة الصلح بين طرفي النزاع، يتبين لها أنها هي التي ساهمت بشكل مباشر فيما يترتب عنه من آثار تؤدي إلى تفكك الأسرة².

¹ - محمد الشافعي: "الطلاق والتطبيق في مدونة الأسرة"، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، السنة 2010، ص 56.

² - محمد كشور: "الوسيط في شرح مدونة الأسرة انحلال ميثاق الزوجية"، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، السنة 2015، ص 56.

- حرمان الأب من أطفاله إذا كانت الزوجة هي طالبة الشقاق، فيه حيف في حق الزوج، على اعتبار أن التعويض عن الأضرار التي تلحق الأفراد المادية والمعنوية تكتسي أهمية بالغة، ليس فقط من أجل تنظيم سلوكياتهم وتصرفاتهم داخل المجتمع من خلال حفظ حقوقهم ومصالحهم الخاصة، بل كذلك من حيث إقامة العدالة الاجتماعية التي ترمي إلى إحقاق الحق ورفع الظلم، بما يتطلبه ذلك من تحمل المسؤولية لكل من تسبب في إلحاق ضرر بالغير أو إرغامه على تعويضه جبرا لخاطره.

- عدم استناد المحكمة إلى سبب عميق وجدي يفرض عليها عدم الحكم بالتطليق للشقاق، فإذا كان المشرع قد توخى من إخضاع الطلاق لرقابة وإشراف القضاء، للحيلولة دون المبالغة والتعسف في اللجوء إليه، تفاديا لكل المشاكل الناجمة عن ذلك، فإنه في ظل ما يجري به العمل بخصوص التطبيق القضائي لمسطرة الشقاق، يكون قد فتح الباب واسعا تستطيع الزوجة من خلاله ولوج القضاء لطلب التطليق للشقاق.

وعليه، فإن فلسفة المشرع بإحداثه لمسطرة الشقاق في مدونة الأسرة، قد أراد من خلالها أن يخرج عن النظرية التقليدية للتطليق الواجب تأسيسه على عنصر الضرر، ولذلك سمح للطرفين في كل حالة التي يتعذر فيها على الزوجة إثبات الضرر اللجوء لطلب الشقاق، لأن الأمر الجوهرى في نظر المشرع هو النظر إلى مؤسسة الزواج باعتبارها كيانا ينبغي الحفاظ عليه ورأب كل خلل يعتريه من خلال الاعتراف للزوجة بحقها المماثل للرجل في إنهاء العلاقة الزوجية في كل مرة يتعذر فيها استمرار الزواج.

وقد صدرت عدة أحكام وقرارات قضائية في هذا الشأن، بحيث إن المحاكم الابتدائية أكدت في عدة أحكام لها على ما يلي "المفروض في مسطرة التطليق للشقاق أن يتم إيداع المستحقات قبل الحكم بالتطليق نظرا لأن الجزاء المترتب عن عدم الإيداع يبدو غير رادع للزوج لأن المشرع رتب كجزاء اعتبار الزوج متراجعا عن طلب التطليق، والحال أنه لم يتقدم قط بالطلب، فيبدو في صالحه عدم إيداع المستحقات، ومن ثم، فإن ما استقر عليه اجتهاد هذه المحكمة معاملته بنقيض قصده، إذ يحكم بالمستحقات كدين في الذمة ويشمل بالنفاذ المعجل"¹، وفي حكم آخر قضت بما يلي "تعسف الزوجة في ممارسة مسطرة التطليق للشقاق، بعدم الإدلاء بأي سبب جدي لتبرير

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 05/12/05 تحت عدد 203 في الملف عدد 0/104، منشور بمجلة قضاء مجلس الأعلى، العدد 4561، ص 45.

طلبها، وبالنظر إلى الضرر المادي والمعنوي الذي سيلحق الزوج بسبب الفراق، وآثاره السلبية على نفسه يحق معه للزوج المطالبة بالتعويض"¹.

أما بخصوص توجه محاكم الدرجة الثانية، فقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط بما يلي "رفض طلب التطليق للشقاق رغم فشل محاولة الصلح، واستحالة العشرة بين الطرفين يشكل خرقاً للفصل 97 من مدونة الأسرة"²، وقد قضت كذلك بأن "سكوت الزوجة عن هجر زوجها لها مدة طويلة ولم تبادر إلى طلب طلاقها يفيد رضاها على هذه الوضعية"³.

أما محكمة النقض فقد قضت بما يلي "في حالة الحكم بالتطليق للشقاق فإن المحكمة تراعي مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر"⁴.

ورغم ما قيل عن التطليق للشقاق من مزايا فإن الواقع العملي والنصوص القانونية التي سنّها المشرع بخصوصه كشفت مجموعة من النواقص في تطبيق النصوص المتعلقة به، والتي لا تتعدى أربعة نصوص وهي -المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة مع الإحالة على بعض النصوص المتعلقة بالطلاق كالفصل 82 المتعلق بإجراء الصلح بين الزوجين، مما يبين الخطأ التشريعي الذي وقع فيه المشرع، إذ كيف يعقل تنظيم موضوع من حجم التطليق للشقاق وتنظيمه في 4 مواد من أصل 400⁵. وقد شملت مقترحات التعديلات المرتقبة، مؤسسة الطلاق، بحيث تم اقتراح تقليص مدة البت في قضايا الطلاق والتطليق إلى ستة أشهر كحد أقصى، مع اعتماد وسائل إلكترونية من أجل توثيق العقود وتبليغ القرارات القضائية، وهذا علاوة على اقتراح، إنشاء هيئات للوساطة والصلح لمعالجة النزاعات الأسرية قبل اللجوء إلى القضاء. وذلك لتجاوز بعض النقائص والاختلالات التي أظهرها التطبيق القضائي.

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 17/03/05 تحت عدد 771 في الملف عدد 2833/8/04، منشور بمجلة القضاء المدني، العدد 3، ص 123.

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 06/3/21 تحت عدد 06/35 في الملف عدد 06/2، منشور بمجلة ملفات مجلس الأعلى، العدد 6، ص 123.

³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 09/6/10 تحت عدد 528 في الملف الشرعي عدد 08/213، منشور في مجلة محاماة، العدد 9، ص 45.

⁴ - قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 296 الصادر بتاريخ 2018/05/22 في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/963، منشور بمجلة ملفات مجلس الأعلى، عدد 1235، ص 564.

⁵ - فردوس الروشي: "إشكاليات طلاق الشقاق على ضوء مدونة الأسرة والاجتهاد القضائي"، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الخامس، يوليو 2005، ص 32.

إضافة إلى الإشكالات التي يطرحها التطبيق للشقاق، نجد في المقابل ذلك إشكالات لا تقل أهمية تطرحها مؤسسة الصلح في مدونة الأسرة، بالرجوع إلى التطبيق العملي لمسطرة الصلح نجد أن هناك اختلاف ما بين الواقع العملي، والمسطرة المضمنة في مدونة الأسرة، بحيث إن هناك تناقض كبير بين التطبيق العملي والنص القانوني، ذلك أن جلسات الصلح التي تقيمها المحكمة لا تستغرق سوى بضع دقائق يكفي من خلالها قاضي الأسرة بطرح سؤال أو سؤالين على الزوجين طرفي الدعوى دون الغوص في النزاعات الحقيقية الحاصلة بين الزوجين بعلّة كثرة الملفات وتراكمها.

كما أن المحكمة غالباً لا تتأكد من صفة الحكمين ومدى قرابتهما من الزوجين وأهليتهما لإجراء محاولة الصلح، وكذا قدرتهما على التأثير على الزوجين، وتكتفي بتصريح الزوج بكون الحكم من أهله، وتقوم بتسجيل هويته بمحضر الجلسة من طرف كاتب الضبط، بقطع النظر عن توفره على الشروط الضرورية لمحاولة الإصلاح، كما أن المحكمة بعد إهمال الحكمين لإجراء محاولة الصلح لا تطلب منهما تقريراً بمحاولة الصلح، وأسباب المؤدية إلى النزاع ودرجة الخلاف بينهما، وتكتفي بتصريح الحكمين ب فشل محاولة الصلح¹.

وتماشياً مع ذلك، فإن دور مجلس العائلة أصبح له نزعة تحريضية أكثر من النزعة التوفيقية بين الطرفين من خلال إجراء الصلح مما يزيد من احتدام النزاع والشقاق بين الطرفين يصل في بعض الأحيان إلى شتآن بين الأسرتين داخل غرفة المشورة².

وقد شملت مقترحات التعديلات الجديدة مؤسسة الصلح، إذ تم إحداث هيئات غير قضائية للصلح والوساطة الأسرية كبديل عن الصلح القضائي، الذي أثبت محدوديته الواضحة في إيقاف النزيف الذي تعرفه الأسر المغربية نتيجة تزايد نسب الطلاق والتطليق، لأن المحاكم ليست مكاناً ملائماً للصلح بين الزوجين والتوفيق بينهما في ما يترتب عن الطلاق من آثار.

وعلاوة على الإشكالات المشار إليها أعلاه، نجد بأن الرجعة كذلك لا تخلو من إشكاليات.

¹ - ياسين القنافري: "إجراءات مسطرة الصلح في مدونة الأسرة وإشكاليات التطبيق"، مقال منشور بمجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 1، يونيو 2016، ص 23.

² - نفس المرجع، ص 23.

الفقرة الثانية: إشكالية الرجعة

لقد نص المادة 124 من مدونة الأسرة على ما يلي "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة. إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعياً أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه". تثير هذه المادة مجموعة من الإشكاليات، تتمحور أهمها في مركز الإشهاد على الرجعة، وكذلك إعلام الزوجة بالرجعة بين كل من موقفي الفقه الإسلامي وكذا المشرع المغربي. فبخصوص مركز الإشهاد على الرجعة فثمة خلاف بشأنه من منضور الفقه الإسلامي، وسبب الخلاف هل هو اختياري أم إجباري، وذلك على قولين وفق الشكل الآتي:

القول الأول: الإشهاد على الرجعة هو إجراء مندوب إليه، بحيث إذا وقعت الرجعة دون حصول إشهاد كانت صحيحة، وبهذا قال الحنفية والمالكية في المشهور عنهم، والشافعية في أظهر أقوالهم، والحنابلة في رواية عنهم.

القول الثاني: إن الإشهاد شرط واجب لصحة الرجعة، وبهذا قال الشافعي في القديم، والمالكية في القول الثاني، والحنابلة في رواية، والظاهرية.

أما بخصوص موقف المشرع المغربي، فنشير بداية من باب الإفادة إلى أن المشرع المغربي سكت في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة عن موضوع الإشهاد على الرجعة، ولم يبين ما إذا كان الإشهاد هنا ضرورة أم اختياراً، وإنما أشار فقط في الفصل 68 إلى أن الرجعة تتم بدون صداق ولا ولي، ولعل هذا السكوت آثار تضارباً على مستوى الفقه المغربي في فهم مقصود المشرع.

أما مدونة الأسرة فقد حسمت النقاش في الموضوع عندما نصت في المادة 124 فقرة 2، على أنه: "إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعياً أشهد على ذلك عدلين، ويقومان بإخبار القاضي فوراً".

ومنه يستفاد بأن الزوج الذي يريد الرجعة يشهد على ذلك لدى عدلين، اللذين يقومان بإخبار القاضي بذلك، والمقصود بالقاضي هنا قاضي التوثيق، الذي يتعين عليه قبل الخطاب على رسم الرجعة استدعاء الزوجة لإخبارها بنية زوجها بارتجاعها¹.

¹ - محمد المهدي: "إجراءات الرجعة في ضوء مدونة الأسرة - محاولة في التأصيل"، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 15، مارس 2010، ص 23.

وفيما يتعلق بإشكالية إعلام الزوجة بالرجعة فهي بدورها تعرف خلاف بين موقف الفقه الإسلامي والمشرع المغربي،

فبالنسبة لموقف الفقه الإسلام، لقد اختلف الفقهاء هنا في مدى ضرورة إعلام المطلقة بالرجعة، وذلك على قولين:

القول الأول: لا يشترط إعلام المطلقة بمراجعتها، وإنما يندب إلى ذلك فقط، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء، وفي هذا يقول ابن قدامة: "الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم".

القول الثاني: يشترط إعلام المطلقة لصحة رجعتها، وهذا هو مذهب ابن حزم، وحجته في ذلك أن عدم إعلام المرأة بالرجعة مخادعة لها وإضرار بها، وكلاهما منهي عنه، لقوله تعالى: "يخادعون الله والذين آمنوا" ¹ ولقوله تعالى: "ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن" ².

أما موقف المشرع المغربي، فلم تكن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تنص على مسألة الإعلام هذه، وإنما كانت هناك بعض الاجتهادات القضائية تصب في اتجاه الإلزام بالإعلام.

أما مدونة الأسرة فقد نصت بشكل صريح في المادة 124 في فقرتها 3 بأنه يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه.

ولهذا، يتبين أن المشرع المغربي أوجب على القاضي إعلام الزوجة المطلقة بالرجعة، مسائراً في ذلك مذهب ابن حزم، لئيتفادى بعض الإشكالات التي يمكن أن تترتب على الأخذ بقول الجمهور بمن فيهم المالكية من جهة، ومن جهة أخرى لئيتأتى أخذ رأي المطلقة في قبول الرجعة أو الامتناع عنها، فإن قبلت كان بها وأن رفضت أمكنها حينئذ اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94، التي نصت على أنه "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82...".

نستخلص مما سبق، بأنه إذا كان موقف المشرع سديد وجب تثمينه، خصوصاً وأنه يتماشى مع فلسفته التي عبر عنها في المادة 400 التي تنص على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، فإنه بالمقابل ذلك يعاب عليه ما ابتدعه من أن تمام الرجعة يتوقف على رضا المرأة، إذ إن هذا الموقف يخالف ما أجمع عليه علماء الإسلام.

¹ - سورة البقرة، الآية 9.

² - سورة الطلاق، الآية 6.

الفقرة الثالثة: إشكالية النسب

تنص المادة 153 من مدونة الأسرة على ما يلي " يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية. يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: - إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه؛ - صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

من خلال المادة أعلاه، يتضح على أن الفراش يعد سبب في إثبات النسب، لا يمكن الطعن إلا من طرف الزوج سواء عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة وفق شريطين أساسيين، من بينهما إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، إلا أنه ما يلاحظ هو عدم تحديد المشروع المقصود بالدلائل القوية. وعلاوة على ذلك، نصت المادة 153 من مدونة الأسرة على إمكانية نفي النسب بالاعتماد على الخبرة، وجعلت اللجوء إليها رهين بقناعة القاضي¹، بل قيدت اللجوء إليها بصدر أمر قضائي، وفي هذا تشدد يمكن أن يقلل من اللجوء إليها، فعلى فرض أن القاضي على إطلاع واقتناع بكون الخبرة التي سيلجأ إليها ذات نتائج قطعية، فإنه يمكنه أن يحجم عن إصدار أمر قضائي يتيح اللجوء إلى الخبرة مادام الزوج منفي النسب لم يدل بدلائل قوية على ادعائه، أما إذا لم يقتنع القاضي بالخبرة فمهما كان إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، فإن ذلك لن يفيد في شيء مادام القاضي غير مقتنع بالخبرة، ومادام أمامه مسوغ شرعي يجعل منه مخرجاً لرفض طلب اللجوء إلى الخبرة والمتمثل في اللعان، ويبقى اللجوء إلى الخبرة من عدمه من صميم السلطة التقديرية للمحكمة، وخاصة في ظل قيام العلاقة الزوجية التي تقوم مبرراً للتشدد ورفض كل طلب يهدف إلى نفي النسب.

ويبدو أن محاكم الموضوع، كانت في بداية اعتماد مدونة الأسرة، مترددة بشأن الأخذ بالخبرة القضائية كوسيلة لنفي النسب²، ولكن مع ذلك فإنه مباشرة بعد اعتماد محكمة النقض سنة 2005 للخبرة الطبية كوسيلة قانونية لنفي النسب، سارعت محاكم الموضوع إلى الأخذ بنفس

¹ --نزهة الخلدي: "الخبرة الجينية والعلاقة خارج مؤسسة الزواج" مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 15، مارس 2010، ص 29.

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بأكابر بتاريخ 2004/11/30 في الملف عدد 453/2003، منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 569، ص 456.

التوجه المقر بمشروعية الأخذ بالخبرة الجينية في نفي النسب، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال عدة تطبيقات قضائية¹.

كما يلاحظ أن قضاء الموضوع، يمارس سلطته التقديرية في هذا المجال، ولا يلجأ دائما إلى أعمال الخبرة لنفي النسب.

ويطرح إشكال حينما تتعارض نتائج الخبرة الطبية والإقرار بالنسب، فقد يقر شخص بولد مع توفر باقي الشروط الأخرى، ثم يرجع في إقراره ويطلب الخبرة، ولقد استقر الفقه في هذا الشأن على أنه لا يقبل الرجوع في الإقرار، وهو الأمر نفسه الذي كرسته محكمة النقض، إذ يلزم المقر بما أقر به من لحوق النسب إليه، ولا يقبل منه تراجع في ذلك بدعوى أنه عقيم، ولا يقبل منه طلب إجراء خبرة طبية لإثبات ذلك، إذ جاء في قرار لها ما يلي "إن الثابت من القرار المطعون فيه أن الطالب سبق أن أقر ببنة الابن المذكور سواء بموجب رسم الطلاق...أو في معرض جوابه عن الدعوى السابقة والتي كانت المطلوبة قد رفعتها لمطالبته بواجبات نفقة وحضانة الابن المذكور حيث اكتفى بالجواب بعدم الإنفاق على الابن المذكور دون تحفظ...ومعلوم فقها وقانونا أن المستند في نسبه لوالده إلى فراش الزوجية وإقرار الولد لا ينتفي نسبه عن هذا الولد بادعاء العقم المكتشف حديثا بزعمه وإنما لا بد من سلوك مسطرة اللعان بشروطها الشرعية...والمحكمة لما ردت على الدفع بنفي النسب بعللة الإقرار المشار إليه والذي يعتبر وحده ملزما للطالب وحاسما في النزاع، تكون قد استبعدت ضمينا إجراء خبرة لعدم جدواها في مثل هذه النازلة...وعللت قرارها تعليلا قانونيا"².

أما بخصوص طلبات نفي النسب بواسطة اللعان، فالبين من خلال العديد من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص أن قضاء الموضوع يتشدد في مراقبة مدى توفر الشروط الشرعية لسلوك مسطرة اللعان³.

وعليه، من خلال الاطلاع على مجموعة من القرارات الصادرة على محكمة النقض، يتضح أن هذه الأخيرة تتشدد بشكل كبير في شأن تطبيق مقتضيات المادة 153 الخاصة بنفي النسب، حيث إنها تعتبر أن نفي النسب بواسطة اللعان يستوجب توفر شروط صارمة، كما أن اللجوء إلى الخبرة

¹ - الحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي بتاريخ 2007/2/04 في الملف عدد 2006/241، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 468، ص 125.

² - محمد الأزهري: "شرح مدونة الأسرة، الأسرة والزواج، انحلال الميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها"، دون ذكر المطبعة، الطبعة الرابعة، سنة 2015، 123.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي بتاريخ 2007/2/04 في الملف عدد 2006/241، منشور بمجلة مسارات، عدد 5، ص 456. - قرار الصادر عن محكمة الاستئناف بأكابر بتاريخ 2004/11/30 في الملف عدد 2003/453، منشور بمجلة القصر، عدد 9، ص 123.

الجينية متوقف على إدلاء طالب النفي بدلائل قوية¹، ولكن مع توفر هذه الأدلة فإنها لا تتردد في نقض أي قرار يقضي بعدم الاستجابة لدعوى نفي النسب².

كما أنها غالبا ما تقضي برفض طلبات نفي النسب كلما ثبت لها اختلال أي شرط من الشروط الشرعية المتطلبة لسلوك مسطرة اللعان.

ويلاحظ من خلال التطبيقات القضائية للمادة 153 أن هذه الأخيرة أفرزت مجموعة من الاشكالات على المستوى العملي، ولعل من بينها عدم بيان المادة السالفة للحالة التي يتخلف فيها أحد الأطراف على إجراء الخبرة وما هو الجزاء المترتب عن ذلك .

كما أن المادة محل التحليل، لم تبين ما المقصود بالدلائل القوية التي يتوقف عليها الاستجابة لطلب اللجوء للخبرة، وجعلت الأمر متروكا للسلطة التقديرية للمحكمة، مما قد يخلق نوعا من التضارب بين الأحكام القضائية الصادرة بهذا الخصوص .

زد على ذلك أن هذه المادة أخذت باللعان كوسيلة من وسائل نفي النسب، إلا أنها لم تولي أية أهمية لهذه المسطرة من حيث التنظيم القانوني رغم ما تثيره من إشكالات جمّة على المستوى العملي.

أما بخصوص نسب الحمل أثناء الخطبة، الذي تطرقت له المادة 156 من مدونة الأسرة والتي نصت على ما يلي " إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أوسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب".

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 6 الصادر بتاريخ 06 يناير 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/2/129، غير منشور.

-قرار صادر عن محكمة النقض، عدد 468، صادر بتاريخ 6 فبراير 2000، في ملف مدني عدد 1999/5/658، غير منشور.

² - قرار عدد 321 الصادر بتاريخ 24 أبريل 2012، في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/408، منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 45، ص 45.

لقد أثارت المادة أعلاه، جدلاً واسعاً وفتحت المجال بصياغتها الغامضة المرتبكة، فضلاً عن تداخلها وتعارضها مع مقتضيات العديد من مواد مدونة الأسرة، فتارة تتحدث عن خطبة، وأخرى عن زواج حالت ظروف القاهرة دون توثيقه، وتارة تصف المرأة فيها بالزوجة وأخرى بالخطيبة.

وهناك من اعتبر بأن هذه المادة جاءت من أجل إضفاء الشرعية على كل من كانت له علاقة غير شرعية¹، وقد أدى هذا التداخل إلى خلاف جذري في تأويل وتنزيل مقتضيات هذه المادة بين الفقه والقضاء في التكييف القانوني لمقتضيات المادة 156، والذي يتأرجح بين قائل بأن هذه الأخيرة تتعلق بالزواج غير الموثق وبين قائل إن الأمر يتعلق بمجرد خطبة².

ومن الإشكالات التي لم تشر إليها المادة 156 الأنفة الذكر، والتي تتعلق بظهور الحمل إذ اقتصر على النص على أنه إذا "...ظهر حمل بالمخطوبة" أو "إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة". وهو ما يثير إشكالية تحديد المدة الزمنية الذي ينبغي الاعتماد بها لاعتبار الحمل قد نشأ أثناء فترة الخطبة، ونتيجة العلاقة التي جمعت بين المخطوبين، بحيث إن الخطبة يمكن أن تستمر لفترة طويلة، وفي هذه الحالة يكتسي تحديد مدة زمنية يتم الركون إليها لإثبات النسب للخاطب أهمية بالغة، على اعتبار أن هذه المدة من شأنها أن تحدد أمد الأدنى لنسب الولد للخاطب أو أن الخطبة كانت مجرد تغطية لعلاقة جنسية غير شرعية.

يلاحظ من خلال الاطلاع على مجموعة من التطبيقات القضائية، وجود نوع من التضارب في تطبيق المادة 156 من مدونة الأسرة، لاسيما في شأن تعامل قضاء الموضوع مع الشروط الواجب توفرها في الدعاوى المقدمة في إطار هذه المادة، إذ إن هناك توجه يتعامل بنوع من المرونة في تطبيق هذه المادة ولا يتشدد بشأن بعض الشروط الواردة فيها.

ومثال ذلك، الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بسلا والذي اكتفى بالاعتماد فقط على إقرار الخطيبين بأن الحمل منهما ولم يناقش باقي الشوط المنصوص عليها في المادة 156 من المدونة³. لكن في المقابل هناك توجه آخر يتشدد في وجوب توفر كافة الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من المدونة⁴.

¹ - يونس الزهري: "آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة الملف، عدد 15، سنة 2009، ص 65.

² - أحمد زوكاغ: "نسب الحمل أثناء الخطبة"، مقال منشور بمجلة المحقق القضائي، عدد 44، سنة 2011، ص 23.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بسلا بتاريخ 12 ماي 2020 في الملف الشرعي عدد 2020/505، منشور بمجلة المنازعات المدنية، عدد 5، ص 56.

⁴ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط عدد 05 الصادر بتاريخ 09/01/2008 في الملف الشرعي عدد 2007/93، غير منشور.

أما محكمة النقض فإنها تميل إلى التشدد في إعمال المادة 156 خصوصاً فيما يخص ضرورة توفر سائر الشروط المنصوص عليها في هذه المادة، إذ جاء في قرار لها ما يلي "أن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما قضت بثبوت نسب الابن للطاعن رغم إنكاره للخطبة ودون أن تتحقق من توفر شروط إلحاق النسب بالشبهة في الخطوبة، تكون قد خرقت مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة".¹

وما يمكن ملاحظتها من خلال توجه القضاء، أن بعض محاكم الموضوع تلتزم بالتطبيق الحرفي للمادة 156، بينما محاكم أخرى تتعامل بنوع من المرونة، سيما فيما يخص مراقبة مدى توفر الشروط الواردة في هذه المادة، أما بالنسبة لمحكمة النقض فالملاحظ أنها تتشدد في مراقبة مدى التزام محاكم الموضوع في التطبيق الحرفي لمقتضيات هذه المادة خصوصاً فيما يتعلق بمراقبة مدى توفر سائر الشروط المضمنة فيها.

بالإضافة إلى الحمل أثناء الخطبة، فإن الحمل خارج مؤسسة الزواج لا يخلو من بعض المشاكل، بحيث إن الفقه انقسم في هذا الخصوص إلى ثلاثة مذاهب كالآتي:

- **المذهب الأول:** يرى أن الابن الذي الناتج عن حمل خارج مؤسسة الزواج يعد ابن الزنى ينسب للزاني. وإلى هذا ذهب الشعبي وإسحاق وذكره عن عروة وسليمان بن يسار، وبه قال بعض المالكية، ونسبه بعضهم إلى القرطبي، وذهب ابن تيمية إلى قريب من هذا القول.

- **المذهب الثاني:** يقول ينسب ابن الزنى إلى الزاني إذا تزوج بالمزني بها وهي حامل، أما إذا لم يتزوجها حتى وضعت، أو كان الحمل ليس منه، فلا ينسب لأبيه وإنما ينسب لأمه التي ولدته، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة ومحمد وعليه الفتوى المذهب وبه قال ابن عباس.

- **المذهب الثالث:** وإليه ذهب أكثر الفقهاء، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية. يقول بعدم نسب ابن الزنى إلى الزاني

- أما موقف مدونة الأسرة: فمن خلال هذه المواد 142 و144 و148 يتبين أن هناك تلازم جد واضح بين البنوة الشرعية والأسباب المثبتة للنسب الشرعي بالنسبة للأب (وهي الفراش أو الإقرار أو الشبهة).

فعلى عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة للأم، حيث تستوي آثار البنوة شرعية كانت أو غير شرعية، فإن المشرع المغربي لا يعتبر البنوة غير الشرعية سبباً من أسباب لحوق النسب بالأب، ولا يرتب عليها أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن هذا الموقف يتماشى مع المذهب الثالث الذي يمثله جمهور الفقهاء المسلمين، والذي يقول بعدم نسب ابن الزنا بالزاني، مما يجعل الخبرة في هذه

¹ - قرار محكمة النقض، عدد 39، الصادر بتاريخ 27 يناير 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/464، غير منشور.

الحالة غير ذات تأثير في لحوق النسب من عدمه، سواء كانت نتائجها إيجابية أو سلبية. ويأخذ حكم ولد الزنا الولد الناتج عن الاغتصاب، باعتبار هذا الأخير ما هو إلا صورة من صور الزنا خصوصاً بالنسبة للرجل¹.

ومن أبرز ما عرفت التعديلات المقترحة بخصوص النسب، ما يتعلق بحماية حق الطفل في النسب في حالة عدم توثيق عقد الزواج لأسباب قاهرة، وذلك باعتماد المحكمة البيئات المقدمة في شأن إثبات البنوة، مع فتح مدة زمنية محددة في خمس سنوات لحل القضايا العالقة في هذا المجال، رفعا للمعاناة والحرمان الذي يطال الأطفال في مثل هذه الحالة.

خاتمة

نستخلص مما سبق، أن مدونة الأسرة في المغرب تمثل إطاراً قانونياً مهماً ينظم العلاقات الأسرية، إلا أنها تثير عدة إشكاليات سواء في ما يتعلق بمؤسسة الزواج، وكذلك انحلال الميثاق الزوجية وما يترتب عليها من آثار، وأن هذه الإشكاليات ليست مجرد قضايا قانونية، بل هي تعبير عن تحولات اجتماعية وثقافية عميقة.

كما أن التحديات الثقافية والاجتماعية تلعب دوراً كبيراً في كيفية استيعاب المدونة وتطبيقها. وأن التعديلات المرتقبة يجب أن تهدف إلى تعزيز حقوق الأسرة ككل، وتقوية الأسس القانونية لحمايتها، مما يستدعي حواراً مجتمعياً شاملاً بين جميع الفاعلين. وأن تحقيق هذه التعديلات يتطلب إرادة سياسية قوية ووعياً مجتمعياً بأهمية إعادة النظر في بعض النصوص القانونية لمدونة الأسرة لضمان أسرة متوازنة ومستقرة.

هذا علاوة، على أنه من الضروري أن تركز التعديلات المرتقبة على تعزيز التوعية القانونية والثقافية في المجتمع، تأخذ بعين الاعتبار السياقات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية. من أجل تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وواجباتهم، لبناء مجتمع مُعزز بالمساواة والعدالة، مما يساهم في استقرار الأسرة المغربية وتقدم المجتمع ككل. لذلك يعد فهم حقوق الأفراد وواجباتهم ضرورة أساسية لتطبيق المدونة بشكل فعال. إضافة إلى أنه ينبغي أن تشمل التعديلات تعزيز دور المؤسسات المختصة في تطبيق المدونة، وتقديم الدعم النفسي والاجتماعي للأسر المتضررة. ومن شأن هذه الخطوات أن تساهم في بناء مجتمع أكثر عدالة وتوازناً، يعكس القيم الحديثة للتعايش والتفاهم.



¹ - نزهة الخلدي: "الخبرة الجينية والعلاقة خارج مؤسسة الزواج"، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 15، مارس 2010، ص 55.

"المركز القانوني للمؤسس في شركات المساهمة"

The Legal Position Of The Founder In A Joint-Stock Company

LANANI YOUNESS

DOCTORAL RESEARCHER,
باحث في الدكتوراه،
ABDELMALEK ESSAADI
UNIVERSITY.
بجامعة عبد المالك السعدي.

يونس لعناني

ABDELALI RAHBACHI د. عبد العالي أغباشي

PROFESSOR,
AT ABDELMALEK ESSAADI
UNIVERSITY.أستاذ جامعي،
بجامعة عبد المالك السعدي.

ABSTRACT:

The stage of establishing a joint-stock company is one of the most dangerous stages that the company goes through, due to the absence of its legal personality, so it is necessary for the founder to provide its components and all its needs in terms of rents, machinery, equipment, and funds by carrying out legal actions and actions such as borrowing from banks and contracting with agencies for publicity and publicity, So the founder is obligated and compelled to deal with others in his name and under his personal responsibility, so a set of obligations arises between him and this third party that arrange rights and duties, but before him his capacity must be accurately defined so that someone does not fall into the category of founders and then he is subject to legal accountability when violating the establishment procedures, whether they are Civil or criminal liability.

Keywords: joint-stock company / Founder / liability / legal personality

الملخص:

إن مرحلة تأسيس شركة المساهمة تعد من أخطر المراحل التي تمر بها الشركة، وذلك بسبب غياب شخصيتها الاعتبارية، فيقع لزوماً على عاتق المؤسس توفير مقوماتها وكافة احتياجاتها من إيجارات وآلات وعتاد، وأموال عن طريق قيامه بأعمال وتصرفات قانونية كالإقتراض من البنوك والتعاقد مع الوكالات للدعاية والإشهار، فيكون المؤسس ملزماً ومضطراً للتعامل مع الغير باسمه وتحت مسؤوليته الشخصية، فتنشأ بينه وبين هذا الغير مجموعة من الالتزامات ترتب حقوقاً وواجبات، لكن قبله يتعين تحديد صفته بدقة حتى لا يقحم شخص ما في خانة المؤسسين ومن ثم يكون عرضة للمسائلة القانونية عند الإخلال بإجراءات التأسيس سواء كانت مسائلة مدنية أو جنائية.

الكلمات المفتاحية: شركات المساهمة /

مؤسس / الشخصية الاعتبارية / مسؤولية

مقدمة:

تعتبر شركات المساهمة النموذج الأمثل لاستغلال المشروعات العقارية والفلاحية والتجارية والصناعية والمالية الكبرى، التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة وذلك لما لهذه الشركات من قدرة خاصة على تجميع وتركيز رؤوس الأموال، وتعزى هذه القدرة الهائلة لشركات المساهمة إلى ما تصدره من صكوك أو أوراق مالية أهمها الأسهم، وما تتميز به هذه الأسهم من مميزات وخصائص كضالة قيمة السهم وقابليته للتداول، وتحديد مسؤولية المساهم بمقدار ما اكتتب به من أسهم في رأسمال الشركة.

وانطلاقاً من هذه الأهمية حرص المشرع المغربي على إيجاد إطار قانوني يتولى تنظيم هذا النوع من الشركات حتى لا تنحرف عن الطريق المرسوم لها ولا تصبح أداة للاستغلال الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي، وهو ما قد توج بالقانون رقم 17.95 المتعلق بشركة المساهمة بتاريخ 10 غشت 1996.

وقد جاء هذا القانون ب 454 مادة موزعة في ستة عشر قسماً، ويبقى من أهم هذه الأقسام القسم المتعلق بتأسيس شركات المساهمة باعتبار أن التأسيس يشكل مرحلة مصيرية وحاسمة في حياة الشركة، ويرخي بظلاله على مستقبلها. إذ يترتب عليه مجموعة من النتائج على رأسها ميلاد شخص اعتباري جديد يدخل الشركة في الحياة الاقتصادية وتضحي رقماً إضافياً في عالم الأعمال تعول عليه الدولة من أجل الدفع بعجلة الاستثمار، وتأمل منه المساهمة في التنمية الاقتصادية ومن ورائها التنمية الاجتماعية، عن طريق توفير مناصب الشغل ورفع القدرة الشرائية ودعم الأمن الاجتماعي والاقتصادي بصفة عامة، فضلاً من كونها مورداً جالياً تدعم به الدولة خزينتها من خلال الضرائب والرسوم المتعلقة بنشاط الشركة.

ورغم ما يمثله تأسيس الشركة من أهمية اقتصادية واجتماعية وجبائية، فإنه لا يكاد يخلو من إشكاليات قانونية من أبرزها المركز القانوني للمؤسس في شركات المساهمة. فكما هو معلوم أنه قبل تقييد الشركة في السجل التجاري واكتسابها الشخصية الاعتبارية يقوم المؤسسون بمجموعة من التصرفات القانونية تقتضيها إجراءات التأسيس من قبيل الاستعانة بالخبراء والفنيين لدراسة مشروع الشركة وإبرام العقود مع الغير... فيثار التساؤل عن صفة المؤسسين عند مباشرتهم لهذه التصرفات، وعلى أي أساس قانوني يأطر عملهم، لما في ذلك من أهمية في تحديد مسؤولية كل متدخل في عملية التأسيس التي قد تكون إما مدنية أو جنائية بغية حماية مصلحة الشركة والمكتتبين والغير.

وهو الأمر الذي يدفعنا لطرح الإشكالية التالية: هل استطاعت نصوص قانون شركات المساهمة تلافي كل الإشكاليات المرتبطة بالمركز القانوني للمؤسس خلال مرحلة تأسيس الشركة بما يحقق الحماية القانونية للغير؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات من قبيل: ما هو مفهوم المؤسس في شركات المساهمة؟ وما هي أهم التعاريف التي تناولت مفهوم المؤسس؟ أين تتجلى شروط اكتساب صفة المؤسس؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة عن اكتساب هذه الصفة؟

وسنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية المحورية ومختلف التساؤلات المتفرعة عنها، عبر التقسيم التالي:

المبحث الأول: مفهوم المؤسس وإشكالية تحديد صفته

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية والجنائية للمؤسس في شركات المساهمة

المبحث الأول: مفهوم المؤسس وإشكالية تحديد صفته

على الرغم من ذكره في الكثير من النصوص القانونية، لم يعرف المشرع المغربي المؤسس¹، إسوة ببعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي²، نظرا لصعوبة إعطاء تعريف محدد، إذ تعرف هاته الصفة تطبيقات متعددة في الحياة العملية، يبقى القضاء وحده قادرا على استجلائها من خلال كل حالة على حدة، كما أن مسألة التعريفات تبقى في الغالب عملا فقهيا صرفا.

كما لم يعر المشرع اهتماما بالغا للتمييز بين المؤسس المساهم والمكتب، خاصة مع إلغاء قانون 17.95 للجمعية التأسيسية للشركة. فيإيجاد معيار واضح لإضفاء صفة المؤسس على كل متدخل في فترة التأسيس هي ضرورة قانونية تجد مسوغها في الجزاءات التي يمكن أن تترتب حالة الإخلال بأحكام التأسيس. لذا كان من اللازم التطرق لمفهوم المؤسس الذي عرف اختلاف على مستوى المقاربة (المطلب الأول)، وبعد ذلك سنتطرق إلى شروط اكتساب صفة المؤسس (المطلب الثاني).

¹ لم يعرف قانون 24 يوليوز 1867 الفرنسي الملغى، الذي كان مطبقا بالمغرب بمقتضى ظهير 12 غشت 1922 - المؤسس. مع أن الفصل 42 منه أشار إلى إمكانية تحميله المسؤولية في حالة بطلان الشركة. وبعده الفصل 3 فقرة 1، المعدل بمرسوم قانون صادر في 31 غشت 1937، أشار إلى وجوبية إيداع الأنظمة الأساسية موقعة من لدن المؤسسين، لدى كتابة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها المقر الاجتماعي للشركة موضوع التأسيس.

كما لم يرد أي تعريف للمؤسس في القانون رقم 17.95، المتعلق بشركات المساهمة، الذي غير وتمم بمقتضى القانون رقم 20-05 وإن كانت عبارة المؤسس قد وردت في مواد متفرقة منه، أنظر المواد (14-17-19-23-24-28-30-31-35-38-39-378).

² لم يورد المشرع الفرنسي أي تعريف للمؤسس في قانون 24 يوليوز 1966، وإن كان قد أشار بدوره إلى أشخاص المؤسسين في العديد من النصوص القانونية، كتلك الواردة في باب المقتضيات العامة disposition générale في الفصلين 6 و7، وأيضا في بعض النصوص المتعلقة بشركات المساهمة، خاصة الفصول (74، 77، 78، 79، 80، 360) من القانون المذكور.

المطلب الأول: مفهوم المؤسس بين المقاربة الضيقة والمقاربة الواسعة

أمام خلو قانون شركات المساهمة المغربي من تعريف لشخص المؤسس، كان لابد من الرجوع إلى بعض الآراء الفقهية التي حاولت إعطاء تعريف مضبوط يمكن الاستئناس به عند الخلاف، مستعينة ببعض الاجتهادات القضائية في الموضوع.

وهكذا، اصطدما بتوجيهين اثنين: الأول يمكن وصفه بالضيق، حيث جعل صفة المؤسس حكرًا على من يباشر الإجراءات اللازمة لتأسيس الشركة دون نيابة عن أحد، متى وجدت لديه النية في تحمل المسؤوليات الناشئة عن صفته تلك (فقرة أولى)، والثاني واسع ونميل إليه، حيث يرى بأن المؤسس هو كل شخص قام فعليًا بأعمال ساهمت في ظهور الشركة إلى الوجود، ونرى في هذه التوسعة لمفهوم المؤسس حماية ضمنية للغير (فقرة ثانية).

فقرة أولى: المفهوم الضيق للمؤسس

يذهب أنصار المفهوم الضيق إلى القول أن المؤسس هو كل من يقوم بمباشرة الإجراءات اللازمة لتأسيس الشركة بدون نيابة عن أحد، متى وجدت لديه النية في تحمل المسؤوليات الناشئة عن عمله كمؤسس¹.

وتبعًا لذلك، يكون المؤسس هو من يضع توقيعه على العقد الابتدائي، أو يوجه باسمه نشرات الاكتتاب إلى الجمهور أو يوقع على هذه النشرات أو يقوم بالتقرير بحصول الاكتتاب أو الوفاء².

ولا يكفي مجرد قيام أحد الأشخاص بتسهيل إنشاء الشركة، كجمع بعض المكتتبين، اعتباره مؤسسًا، فمجرد معاونة المؤسس كالترجيع لمشروع الشركة وإقناع الغير بالاكتتاب لا يجعل الشخص مؤسسًا، لأن ذلك لا يعد بأي حال من الأحوال اشتراكًا في إجراءات التأسيس، كما لا يعد مؤسسًا من عهد إليه بالقيام بإجراء من إجراءات التأسيس نيابة عن غيره، لأن النيابة في القيام بعمل لا تخلع على النائب وصف الأصيل، كما لو قام شخص من غير الموقعين على العقد الابتدائي ببعض إجراءات التأسيس، فإنه لا يقوم بها لحساب نفسه من أجل تنفيذ التزام مفروض عليه، ولكنه يقوم بها لحساب المؤسس³.

¹ GOUGELOT «Des formalité de constitution d'une société anonyme », J.C.P 1950, 1, P 815.

² عزيز العكيلي، "شرح القانون التجاري، ج. الرابع، في الشركات التجارية"، الطبعة الأولى 2002، مكتبة دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الأردن، ص: 199.

³ علي حسن يونس، الوسيط في الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 466.

ولعل هذه النظرة الضيقة لمفهوم المؤسس، تجد سندها في مبدأ التفسير الضيق لنصوص القانون الجنائي، إذ لا يؤخذ بالتفسير الواسع لمعنى المؤسس إذا كان الأمر يتعلق بتوقيع عقوبة جنائية عن الإخلال بقواعد التأسيس، في حين إذا تمت إثارة دعوى المسؤولية المدنية ضد المؤسسين نتيجة لعيب من عيوب التأسيس، فإن المنحى يسير نحو توسيع دائرة الأشخاص الممكن وصفهم بالمؤسسين لتحميلهم المسؤولية عن الإخلالات الواقعة، وفي هذه التوسعة نوع من الحماية للأغيار.

وبذلك يكون المؤسسون حسب بعض الفقه الفرنسي هم الذين يتقدمون إلى الغير بهذه الصفة بأن يدرجوا أسماءهم في مختلف العقود المبرمة بمناسبة التأسيس، ويصرحون بهوياتهم لدى مختلف الموثقين عادة تأسيس الشركة¹. كما ينطبق وصف المؤسسين على من تم تحديدهم تحديدا كافيا بمقتضى الأنظمة الأساسية، بأن أعطاهم القانون دورا معينا في عملية التأسيس، كأولئك الذين يعهد إليهم بأن يودعوا نطائر من الأنظمة الأساسية لدى موثق، أو كان لهم قبل ذلك نصيب في تحرير جزء من هذه الأنظمة.

واعتبر الفقه الفرنسي المؤسس هو من وقع على الأنظمة الأساسية بصفته تلك على اعتبار أنه لا يمكن له والحالية هاته الاحتجاج بكونه يوقع لفائدة أشخاص آخرين يستترون وراءه يكونون هم المؤسسون الحقيقيون، خاصة وأن القانون يعتبر مسألة التوقيعات، قرينة قانونية قوية على توافر هذه الصفة، وهذا ما نص عليه صراحة الفصل 24 من قانون 1867 الفرنسي الملغى، إذ اعتبر أن التصريح بالاككتاب لدى موثق مع إجراء التحويلات المالية يجب أن تكون موقعة من طرف مؤسسي شركة المساهمة تحت طائلة البطلان².

وقد ذهب محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه، حينما اعتبرت أن المؤسس هو كل من صرح لدى الموثقين بصفته تلك، ووجه الاكتتابات إلى الجمهور يدعوههم فيها إلى الاكتتاب، وأجرى التحويلات المالية، وعلى العموم كل من وقع على الأنظمة الأساسية بعد صياغتها. وسارت قرارات أخرى على نفس النهج كذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الذي اعتبرت فيه بعض الأشخاص مؤسسين حتى ولو أنابوا عنهم بعضهم في إطار وكالة للقيام ببعض إجراءات التأسيس، كأن يقوموا نيابة عنهم بالتصريح بتأسيس الشركة لدى مكتب موثق، أو أن يوقعوا على

¹ D.LARACHE « La condition juridique de la société en formation et les contrats de souscription », Rev. Banque 1948, N° 552, p: 04.

² L'art 24.L.1867 : « La déclaration notariée de souscription et de versement doit être à peine de nullité signée par les fondateurs de la S.A ».

محضر الجمعية العامة التأسيسية المدعوة للحضور بدلا من المؤسسين كما قضت بذلك لاحقا محكمة Douai الفرنسية¹.

ويبدو حسب هذا الاتجاه أن وصف المؤسس، لا ينطبق إلا على من لعب دورا في عملية التأسيس دونما حاجة إلى إجراء تمييز بين المؤسس الظاهر أي الذي أعلن عن صفته هاته، وبين المؤسس القانوني والفعلي.

فقرة ثانية: المفهوم الواسع للمؤسس

عرف الفقهاء ريبير وروبلو المؤسس بأنه الشخص الذي يتخذ المبادرة لخلق الشركة، ملزما نفسه بالسعي إلى جمع الشركاء والأموال، وبالقيام بالإجراءات القانونية الضرورية. توصلا إلى تأسيس الشركة².

وقد توسع القضاء الفرنسي في تحديد هذه الصفة لتشمل كل شخص قام بأعمال ساهمت في تكوين الشركة، شرط أن يستدل من طبيعة هذه المساهمة أن الشخص المذكور قد اتخذ قسما من المبادرة في الأعمال التي أدت إلى إنشاء الشركة، أو أنه أدى، عن علم بالأمر، لمؤسسي الشركة الحقيقيين معونة مباشرة ووثيقة مستمرة تفترض عنده القبول بتحمل المسؤوليات الناشئة عن تأسيس الشركة³.

وقد ذهب كذلك القضاء الفرنسي إلى حد اعتبار أن صفة المؤسس تشمل كل من قام فعلا بنشاط يدخل في الأنشطة اللازمة لتأسيس الشركة، ولو لم يكن شريكا. كما استقر على إعطاء صفة المؤسس إلى كل من يساهم في تنظيم الشركة ووضعها في حالة حركة وتشغيل، أي أنه توسع في تحديد مفهوم المؤسس، على أساس أن كل من شارك في الأعمال والإجراءات اللازمة لتأسيس الشركة يعتبر مؤسسا بشرط أن تكون طبيعة هذا الاشتراك تسمح بالاعتقاد باشتراكه في الشركة وتكوينها. وقد ذهب المحاكم إلى أن المؤسس هو كل من يقوم، بدون نيابة أحد، بمباشرة الإجراءات

انظر رشيد فطوش، حماية الغير في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، جامعة محمد الخامس السويسي، السنة الجامعية 2011/2012، الصفحة 70.

² Ripert et Roblot, t 1, n°107 : « le fondateur est la personne qui, prenant l'initiative de créer la société, se charge de réunir les associés et les capitaux et remplit les formalités légales nécessaires pour arriver à la constitution de la société ».

Traité de droit commercial, T 1 – L.G.D.J – Delta 17 éd, Paris, 1998.

³ Cass, 10 juil, 1937, dalloz, 1931, 1.97, 30 oct 1928, d 1930. Paris, 22 décembre. 1905, d 1907. 2. 152.

أورده الدكتور إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع تأسيس الشركة المغفلة، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية 2008، الصفحة 89.

اللازمة لتأسيس الشركة أو بعض هذه الإجراءات، إذا وجدت لديه النية في تحمل المسؤوليات الناشئة عن عمله كمؤسس في الشركة¹.

ويستخلص من هذه التعاريف جميعا أن المؤسس هو الذي يتخذ المبادرة في إنشاء الشركة ويباشر الإجراءات اللازمة لذلك سعيا في إيجاد الشركاء ورأس المال الضروري لمشروع الشركة. وعلى ذلك يعتبر مؤسسا كل من يقوم بوضع نظام الشركة وتوقيعهم وتوجيه الدعوة إلى الجمهور للاكتتاب برأس مال الشركة ونشر البيان الخاص بها في الجريدة الرسمية وصحيفتين محليتين، وإنفاق المبالغ المالية لإتمام إجراءات التأسيس، والسعي للحصول على الترخيص اللازم لتأسيس الشركة، إذا اقتضت التشريعات ذلك. وبصفة عامة يعتبر مؤسسا كل من يقوم بإجراء يتطلبه القانون لتأسيس الشركة، شرط أن يكون معنيا بهذه الأعمال، ولا يتصرف عن غيره بالوكالة أو بحكم علاقة عمل، بل يتولى الأمر بنفسه مباشرة، ولحسابه الخاص، ويكون مسؤولا شخصا عن تصرفاته.

ونعتقد أن المشرع المغربي أخذ بالمفهوم الواسع للمؤسس حتى وإن لم يقم بتعريفه، وذلك عبر تلمس تعريفه من خلال بعض المواد المتناثرة، كالمادة 27 التي يمكن معها القول بأن المؤسس هو كل شخص أتى أحد الأفعال أو قام بأحد الإجراءات ذات صلة بتأسيس الشركة التي هي في طور التأسيس وقبل اكتسابها الشخصية المعنوية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. ويقترب هذا الموقف الضمني للمشرع من تعريف المؤسس من مواقف بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري لسنة 1981، والذي عرف المؤسس من خلال المادة 159 بأنه: "يعتبر مؤسسا على وجه الخصوص كل من وقع على العقد الابتدائي، أو طلب الترخيص في تأسيس الشركة، أو قدم حصة عينية عند تأسيسها. ولا يعتبر مؤسسا من يشرك في التأسيس لحساب المؤسسين من أصحاب المهن الحرة وغيرهم"².

أما مسألة الفصل في صفة المؤسس لا تزال مسألة خلافية بين الفقهاء، فهناك من يرى بأن صفة المؤسس هي مسألة واقع تبقى فيها السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم من لدن محكمة النقض، على اعتبار أن المشرع لم يعط تعريفا للمؤسس تاركا بذلك السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لمقاربة هذا المفهوم وهم بصدد البت في التنازل المعروضة عليهم. وفي المقابل، يرى اتجاه آخر من الفقه أن الفصل في مسألة صفة مؤسس هو فصل في مسألة قانون إذ

¹ إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السابع تأسيس الشركة المغفلة، مرجع سابق، الصفحة 90.

² عبد الرحيم شميعة، الشركات التجارية في ضوء آخر التعديلات القانونية، مطبعة سجلماصة مكناس، طبعة 2016، صفحة 226 و227.

على محكمة النقض أن تراقب محاكم الموضوع وهي بصدد البت في من ينطبق عليه وصف المؤسس، لأن من شأن إطلاق العنان لقضاة الموضوع البحث في الصفة خارج نطاق رقابة محكمة النقض أن يلحق الضرر بالمتدخلين في عملية التأسيس خاصة منهم الأغيار¹.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها لاكتساب صفة المؤسس

لا يمكن بأي حال من الأحوال اكتساب صفة المؤسس دون توافر شروط محددة قانونا للأهلية والاكتتاب على أسهم الشركة وان لا يكون قد سبق وأن صدر عليه حكم بارتكاب جريمة السرقة أو الاختلاس أو خيانة الأمانة أو النصب.

ولم يتعرض المشرع المغربي للشروط الواجب توافرها في شخص المؤسس، مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة ومتطلبات العمل التجاري، وهي توافر الأهلية في المؤسس لأنه سيتحمل المسؤوليات الناتجة عن تصرفاته التي يقوم بها خلال فترة التأسيس بالإضافة إلى شرط العدد وشرط الأخلاق والنزاهة.

وترمي هذه الشروط إلى غايات مختلفة منها ما يتعلق بإضفاء الشرعية على التصرفات التي يقوم بها المؤسس خلال فترة تأسيس شركات المساهمة، أو مدى صلاحية المؤسس للقيام بالنشاطات الموكولة إليه في فترة التأسيس وهنا نقصد شرط الأهلية، والبعض الآخر يرمي إلى تقوية ضمان الشركة وتدعيم الثقة كاشتراط حد أدنى من المؤسسين، فيما يرمي البعض الآخر إلى ضمان مدى نزاهة المؤسسين وعدم سقوطهم في حالة التنافي لحماية حقوق المكتتبين وحماية الادخار العام، مما يتعين استبعاد بعض الأشخاص الممنوعين لصفاتهم أو لذاتهم من الاشتراك في تأسيس الشركة.

فقرة أولى: شرط الأهلية

لم ينص المشرع المغربي بشكل صريح على الأهلية التي يجب أن تتوفر في مؤسسي شركات المساهمة، إلا أنه يبدو من مفهوم المخالفة للفقرة الأولى من المادة 337 من القانون رقم 17.95 أنها تجيز أن يكون من بين المؤسسين ممن تنعدم أهليته، إذ جاء فيها: "لا يمكن أن يترتب بطلان شركة...إلا عن نص صريح من هذا القانون أو لكزن غرضها غير مشروع أو لمخالفته النظام العام أو لانعدام أهلية جميع المؤسسين".

ويلاحظ على هذه المادة أنه يكفي فقط أن يكون أحد مؤسسي شركة المساهمة كامل الأهلية، ونعتقد أنه ليس من السهل قبول هذا التوجه. إذ كيف سيتم تفعيل مقتضيات المادة 27 من قانون

¹ رشيد فطوش، مرجع سابق، الصفحة 78 و79.

17.95 التي تحمل المؤسسين المسؤولية التضامنية عن التصرفات المنجزة باسم الشركة خلال مرحلة التأسيس إذا لم تتبناها الجمعية العامة الأولى العادية أو غير العادية للشركة؟ فهل سنحمل ناقص الاهلية المسؤولية التضامنية بما يعني ذلك من إمكانية الرجوع على أمواله الشخصية خارج الحصة المخصصة كمساهمة منه في مشروع الشركة في إطار عقد تقديم الحصة؟

لذا ينبغي أن تتضمن الأحكام المنظمة لتأسيس شركة المساهمة على مقتضى قانوني يوجب توافر كمال الاهلية في المؤسس، خاصة وأن القانون المغربي لم يحدد الحد الأدنى ولا الأقصى لعدد المؤسسين، بما يؤدي إلى تصور قيام شخص واحد بأعمال التأسيس¹.

وقد يكون المؤسس شخصا اعتباريا، على أن يكون من بين أغراضه تأسيس شركات المساهمة، أي أن يكون تأسيس شركات المساهمة من بين الأغراض التي أسس الشخص الاعتباري من أجلها. وقد أصبحت مساهمة الأشخاص الاعتبارية في تأسيس شركات المساهمة ظاهرة منتشرة في الواقع العملي، ولا سيما بالنسبة للمؤسسات البنكية، حيث يلاحظ أن معظم شركات المساهمة التي تؤسس في الوسط التجاري، يتدخل في تأسيسها أحد البنوك أو بعضها لتوفير السيولة النقدية، وذلك عن طريق الاكتتاب في أسهم هذه الشركات واستثمار الودائع البنكية النقدية في شراء هذه الأسهم.

وقد نصت بعض التشريعات صراحة على أن المؤسس قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، كقانون التجارة اللبناني وقانون الشركات الاماراتي وكذلك القانون المصري.

فقرة ثانية: وجوب توافر الحد الأدنى لعدد المؤسسين

تكاد تتفق التشريعات العربية والاجنبية على وجوب اجتماع عدد معين من الأشخاص، كحد أدنى لتأسيس شركات المساهمة، وذلك لأهمية هذه الشركات وضخامة رأسمالها واستقبالها لعدد كبير من المساهمين.

لكن، لم يحدد المشرع المغربي عدد المؤسسين عند تأسيس شركات المساهمة كما حددته بعض التشريعات العربية مثل التشريع اللبناني والتشريع المصري، اللذان اشترطا أن لا يقل عدد المؤسسين عن ثلاث مؤسسين، لكن في المقابل اشترط المشرع أن لا يقل عدد المساهمين عن خمسة كما نصت على ذلك المادة الأولى من القانون رقم 17.95.

ونعتقد أنها ثغرة وقع فيها المشرع عندما نص على الحد الأدنى من المساهمين ولم ينص على الحد الأدنى من المؤسسين، لأن اشتراط العدد في المؤسسين يدل ويؤكد على جدية التأسيس من

¹ عبد الرحيم شميعة، كتاب الشركات التجارية في ضوء آخر التعديلات القانونية، مرجع سابق، صفحة 228.

طرف هؤلاء المؤسسين الذين يرغبون في إنشاء هذا الشكل من الشركات. فضلا عن تقوية الضمان العام لكل من يتعامل مع الشركة خاصة وهي في طور التأسيس. بالإضافة إلى تفادي التأسيس الوهمي لمثل هذا النوع من الشركات.

وينضاف إلى هذين الشرطين، شرط آخر يتعلق بعدم وجود مانع قانوني في صفة أو شخص المؤسس، كما أشارت إلى ذلك المادة 38¹ من القانون رقم 17.95 حينما نصت على ما يلي: "لا يحق للأشخاص المسقط عنهم حق إدارة وتسيير شركة أو الذين تمنع عنهم ممارسة هذه المهام وكذا من سبق الحكم عليه منذ أقل من خمس سنوات لارتكابهم جريمة السرقة أو الاختلاس أو خيانة الأمانة أو النصب أن يكونوا مؤسسين لشركة المساهمة."

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية والجنائية للمؤسس في شركات المساهمة

في سياق الحفاظ على دولة القانون في مجال الأعمال، والحرص على احترام النظام العام وما يفرضه من أخلاقيات في عالم التجارة والاقتصاد، ولكي تنطلق الشركة وتستثمر في أحسن الظروف، كان من اللازم خلق آلية متوازنة لتنظيم مبدأ تحديد المسؤولية الذي يعد السمة الأساسية لشركة المساهمة². لذا عمل قانون الشركات الجديد في إطار التطور والتحديث على تنظيم أحكام المسؤولية بصفة عامة وخصوصا المسؤولية المدنية والجنائية. والمؤسس بحكم صفته هذه، ليس بمنأى عن أحكام المسؤولية القانونية، سواء كانت مدنية (المطلب الأول)، أو جنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للمؤسس في ضوء قانون شركة المساهمة

نص المشرع المغربي على المسؤولية المدنية في عدة نصوص من قانون 17.95 في حق كل مخل بإجراءات التأسيس، معتبرا إياها مسؤولية تضامنية ومطلقة. والتي يمكن أن تثار عن عدم احترام ضوابط وإجراءات تأسيس شركات المساهمة، سواء على إثر إقرار بطلانها أو عن عدم قيام ذلك البطلان. وهو ما سنحاول بحثه عبر التطرق لتقرير المسؤولية التضامنية والمطلقة للمؤسسين اتجاه الغير في الفقرة الأولى، على أن نتناول في الفقرة الثانية شروط وأسس قيام المسؤولية المدنية في حق المؤسسين.

¹ تم تغيير وتتميم المادة 38 بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 20.05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.18 بتاريخ 23 ماي 2008.

² نور الدين الفقيهي، الشركة في طور التأسيس الوضع القانوني والتدابير الحمائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – السويسي، جامعة محمد الخامس، السنة الجامعية 2011/2012، ص 418.

فقرة أولى: تقرير المسؤولية التضامنية والمطلقة للمؤسسين اتجاه الغير

تتطلب مرحلة تأسيس شركة المساهمة، خاصة تلك التي تلجأ إلى الاكتتاب العام، القيام بكثير من الأعمال لحساب الشركة مثل كراء مكاتب لتكون مقرا اجتماعيا، وإبرام عقود الشغل لتشغيل العمال وشراء الآليات والمعدات، إقامة خطوط الهاتف وشبكة الأنترنت، فتح حسابات بنكية، فكل هذه الأعمال وما ينتج عنها من علاقات والتزامات لا يمكن ردها إلى الشركة، لأن هذه الأخيرة لا وجود قانوني لها ولا يمكنها التعاقد، مادامت لا تتمتع بعد بالشخصية الاعتبارية.

من هنا جاءت المادة 27 من القانون المنظم لشركات المساهمة، لتحديد لنا المبدأ بالنسبة لهذه الأعمال، حيث نصت على أنه: "يسأل الأشخاص الذين قاموا بعمل باسم شركة في طور التأسيس، وقبل اكتسابها الشخصية الاعتبارية على وجه التضامن، وبصفة مطلقة عن الأعمال التي تمت باسمها، إلا إذا تحملت الجمعية العامة الأولى العادية أو غير العادية للشركة الالتزامات الناشئة عن هذه الأعمال بعد تأسيسها وتقييدها بشكل قانوني.

تعتبر حينئذ هذه الالتزامات كما لو قامت بها الشركة منذ البداية".

وما يبرر هذه المسؤولية التضامنية والمطلقة، هو حماية الأغيار الذين تعاقدوا مع المؤسسين، معولين على السعة المالية للشركة، لأنه قد يحدث ألا تتأسس الشركة لأي سبب من الأسباب، أو تتأسس فتفرض التحمل بالعقود والالتزامات في جزء منها أو في كلها، لذلك تنبه المشرع لهذه الوضعية، وأوجب مساءلة الأشخاص الذين قاموا بعمل باسم الشركة في طور التأسيس.

وقد أشار المشرع المغربي إلى المسؤولية التضامنية الناتجة عن الأضرار التي تتسبب في بطلان شركة المساهمة من خلال المادة 1349¹.

ومن خلال منطوق هذه المادة يتضح أن المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال ببيانات النظام الأساسي أو إغفال إجراء ينص عليه القانوني يتحملها على وجه التضامن كل من مؤسسي الشركة وكذا المتصرفين الأولين وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية الأولين وأعضاء مجلس الرقابة الأولين، حيث يمكن لحدهم أداء مبلغ للتعويض عن الضرر أو عن الضرر أو عن بطلان الشركة وله الحق في الرجوع على باقي المدنيين الآخرين المتضامين معه. كما ذهب المشرع المغربي أبعد من ذلك وأقحم

¹ - جاء في المادة 349 من قانون 17.95 أنه: "يعتبر كل من مؤسسي الشركة وكذا المتصرفين الأولين وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية الأولين وأعضاء مجلس الرقابة الأولين مسؤولين متضامين عن الضرر المتسبب في عدم تضمين النظام الأساسي للشركة بيانا إلزاميا ما أو إغفال إجراء ينص عليه هذا القانوني في باب تأسيس الشركة أو القيام به بشكل غير صحيح. تسري أحكام الفقرة السابقة، في حالة إدخال تعديل على النظام الأساسي للشركة، على المتصرفين وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية وأعضاء مجلس الرقابة المزاولين مهامهم أثناء إجراء التعديل المذكور".

طائفة أخرى وحملهم المسؤولية المدنية والتضامنية، ويتعلق الأمر بكل من المؤسسين والمتسببين في البطلان وكذلك المتصرفين وأعضاء مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة المزاولين مهامهم وقت تعرض الشركة للبطلان (المادة 350 من قانون 17.95 المذكور)، واعتبرهم مسؤولين متضامنين عن الأضرار التي تلحق بالمساهمين أو الأغيار من جراء بطلان الشركة، ويعني ذلك أن كل من المؤسسين والمسيرين الأوائل يتحملون إصلاح الضرر الناتج عن عيب في تأسيس شركة المساهمة، غير أنه يمكن لواحد منهم فقط أداء مبلغ التعويض وله الحق في الرجوع على باقي المدنيين المتضامنين معه، وهذا ما عبرت عنه المادة 166 من قانون الالتزامات والعقود: "يثبت التضامن بين المدنيين إذا كان كل منهم ملتزماً شخصياً بالدين بتمامه وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيًا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه لكن لا يحق له أن يستوفيه إلا مرة واحدة".

ومما تجرد الإشارة، هو أن المسؤولية التضامنية تخضع في أحكامها لقانون الالتزامات والعقود وخاصة المواد من 164 إلى 180.

ويمكن القضاء بنفس المسؤولية التضامنية ضد المساهمين الذين لم تفحص حصصهم وامتيازاتهم ولم تتم المصادقة عليها كما يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية دون إثبات الخطأ.

فقرة ثنائية: أسس قيام المسؤولية المدنية للمؤسس

لا يمكن المطالبة بالتعويض إلا إذا توفرت نفس شروط المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في الفصل 78 من ق.ل.ع والذي ينص على أن "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي يحدثه لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في هذا الضرر. وبالتالي، لا يمكن إعفاء المؤسسين من المسؤولية إلا إن أثبتوا أن المانع من القيام بعملية التأسيس على أحسن وجه هو المتضرر نفسه أو الغير أو القوة القاهرة.

وبناء عليه، سنتطرق فيما يلي إلى شروط قيام مسؤولية المؤسسين، المتمثلة في وجود خلل في إجراءات التأسيس ووقوع ضرر، بالإضافة إلى ثبوت علاقة سببية بين الخلل المذكور وحدث ضرر.

أولاً: ضرورة وجود الخطأ

لا جدال في أن الخطأ هو الركن الأساسي في المسؤولية المدنية حيث تنفر عنه باقي الأركان الأخرى التي تنبني عليها باقي قواعد المسؤولية¹. وأبسط تعريف للخطأ ورد على لسان الشراح هو

¹ رشيد ابخير، أصول المسؤولية المدنية في شركات المساهمة، الطبعة الأولى 2018، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، ص 366.

تعريف Planiol على حد قول الأستاذ سليمان مرقس¹ الذي ذهب إلى أن " الخطأ هو الإخلال بواجب سابق".

ومن بين صور الأخطاء التي يمكن للمؤسسين في شركة المساهمة ارتكابها، أنه قد يتم مثلا تضمين النظام الأساسي بيانا إلزاميا أو إغفال إجراء من إجراءات التأسيس المنصوص عليها قانونا في باب تأسيس الشركة أو القيام به بشكل غير سليم² مما يترتب عنه ضرر للمساهمين أو الشركة. وإذا كان الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني عن بينة ووعي³ فإن ذلك يمكن أن يؤدي بنا إلى القول بأن للخطأ ركنين أساسيين:

الركن الأول مادي وهو التعدي وله صور ثلاثة: خرق نص قانوني ومخالفات التزام قانوني غير محدد في التشريع وممارسة الحق ممارسة تعسفية.

والركن الثاني معنوي وهو الإدراك التام بكون هذا الفعل المتسبب في الخطأ يشتمل على الإضرار بالغير، والوعي بذلك حيث يثبت التميز والإدراك.

وفي جميع الأحوال فإن الخطأ مهما كان يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يمكنه أن يحدد المسؤولية أولا على ضوء ما تم من حيلة وحظر إزاء كل الأخطار المتوقعة وغيرها.

ثانيا: وقوع الضرر

يعتبر الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية المدنية إذ لا يمكن أن تقوم ويحدد التعويض بدونه، ويرتبط وجوده جوهريا بوجود الخطأ، إذ لا يعد الفعل خطأ إلا بوجود الضرر. وينبغي أن يكون هذا الأخير مباشرا وثابتا وماسا بحق من الحقوق المكتسبة للمتضرر أو بمصلحة من مصالحه، كأن يatal مصلحة الشركة أو مصلحة المساهمين أو مصلحة أحد من الأغيار. ويكون الضرر عاما بحيث يمكن إصلاحه من طرف الشركة، أو خاصا، فيتم التعويض عنه بصورة شخصية أو فردية⁴.

والضرر فضلا عن ذلك، يكون ماديا، كما يمكن أن يكون معنويا. غير أنه وبغض النظر عن وصفه، يشترط فيه أن يكون حالا، بمعنى أن يتحقق وجوده ويتسبب في خسائر للمساهمين أو

¹ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، دار النشر للجامعات، 1958، ص 181

² أحمد شكري السباعي، " الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي"، ج الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2004، ص 196.

³ مأمون الكزبري، " النظرية في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، ج. الأول: (مصادر الالتزامات)، ط الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972، ص 378.

⁴ نور الدين الفقهي، مرجع سابق، ص 424.

للشركة أو للغير على خلاف الخطأ الجني. ولذلك ينبغي إثبات الضرر قبل إثبات الخطأ، وحتى المسؤولية المدنية تنشأ بمجرد تحقق الضرر أو لما يكون محقق الوقوع، إذ يمثل الإشارة الأولى التي تفسح المجال لقيام المسؤولية سواء كانت هذه المسؤولية فردية أو جماعية.

ويتم إثبات الضرر من قبل المتضرر، عن طريق الأحكام العادية للإثبات، باستعمال جميع الوسائل المادية المعروفة، وإن اقتضى الحال اللجوء إلى إجراء خبرة معينة، وقد يطلبها مساهم أو أكثر لحمايتهم من ضرر محقق، وذلك عبر طلب يتقدم به المعني أو المعنيون بالأمر إلى رئيس المحكمة التجارية، بصفته قاضي الأمور المستعجلة، لكون مصلحة الشركة أو مصلحة المساهمين تعرضت لخطر محقق أو تعسف جلي.

ثالثاً: وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر

لا يمكن إثارة المسؤولية المدنية إلا إذا كانت هناك كذلك علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر، حيث يجب على المدعي، بناء على القواعد العامة للإثبات، عليه إثبات وجود هذه العلاقة، وإن كان ذلك صعب التطبيق من الناحية الواقعية، خصوصاً بالنسبة للأخطاء المرتكبة من قبل، فتكون الأفعال المتسببة في الضرر قديمة وليس من الهين تحديد مداها الحقيقي، نظراً لعدة عوامل أثرت على مصير الشركة وتوجهاتها كالافتتاح الاقتصادي على الأسواق العالمية وضرورة تأهيل المقاولات المحلية والوطنية، بالإضافة إلى التقلبات المالية والظرفية الاقتصادية وغير ذلك¹. ويتسم شرط العلاقة السببية بالدقة نظراً لما يحيط به من أسباب وما قد يتعلق به من أحداث تتشابك حوله، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بشركات المساهمة الذي تعرف إكراهات تجارية ومالية واقتصادية عدة، تزيد من تداخل مثل هذه الأمور وتعقيدها. فقد تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى وقوع الضرر، كما قد تساهم في إحداثه عدة عوامل، فيصبح من العسير تحديد السبب الأساسي أو المباشر في حدوثه، خاصة عندما تتابع أخطاء كثيرة لتكون الضرر محل النزاع، حيث يلزم استعمال نظرية تعادل الأسباب. ولا يتأتى الأخذ بخطأ معين، إلا إذا شكل السبب الرئيسي في إنتاج الضرر، بحيث لم يكن هذا الأخير لينتج لولا وقوع ذلك الخطأ. وقد يحكم بتجزئ المسؤولية حين لا يتسبب الخطأ إلا في جزء من الضرر².

¹ أحمد عرو، ضمانات تأسيس شركات المساهمة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والمقولة، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2010/2009، ص 205.

² نور الدين الفقهي، مرجع سابق، ص 425.

ويخضع ذلك في كل الحالات لتقدير المحكمة، التي لها أن تقرر عدم كفاية التعليقات والأدلة استنادا إلى التحري والمعاينة، كالتحقق مثلا من أضرار الشركة وما لحق بها من خسائر، وعلاقة ذلك بالخطأ المرتكب، أي هل كانت الأضرار مترتبة فعلا عن هذا الخطأ أم كانت وراءها أسباب خارجية لا صلة لها بالخطأ المذكور.

وعليه، يترتب قيام المسؤولية وإيقاع الجزاء، إما عن فعل تجاوز فيه الشخص حدود حقه أو عندما لا يتوافق مع الغرض الذي يكون الحق مقررا من أجله ويتحقق ضرر ملموس بالنسبة للآخرين، يتسبب فيه الشخص، فتكون كل هذه التصرفات أخطاء توقع المسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للمؤسس في شركات المساهمة

حاول المشرع المغربي في قانون 17.95 من خلال قسمه الزجري أن يعاقب كل الإخلالات الخارجة عن نطاق القانون في مختلف مراحل شركة المساهمة، بدءا من مرحلة التأسيس ووصولاً إلى مرحلة التصفية.

وبما أن تأسيس الشركة يمثل اللبنة الأولى نحو خلق شخص اعتباري بذمة مالية مستقلة وقادرة على مجموعة من التصرفات، كان من اللازم ضبط كل الخروقات التي لا تقوم على أي أساس قانوني، فالمشرع المغربي عمل على تبسيط إجراءات تأسيس الشركة، ويتضح هذا من خلال إلغاء جريمة إيداع تصريح بمطابقة التأسيس التي كان منصوصا عليها في المادة 380 من قانون شركات المساهمة¹، وقد جاء إلغاء هذه المادة نتيجة إلغاء التصريح بمطابقة التأسيس المنصوص عليه في المادة 31 من قانون شركات المساهمة، وبالتالي أصبحت الجرائم المقررة في المادة 380 من هذا القانون غير ذات فائدة لأن الإجراءات المجرمة قد تم الاستغناء عنها بالقانون 20.05 في إطار التخفيف من إجراءات التأسيس²، وقد كان المشرع المغربي يعاقب على المادة 380 من قانون 17.95 قبل تعديل هذا الأخير بعقوبة حبسية من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 6000 إلى 30000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبالتالي فإن إلغاء هذه المادة يترتب عليه سقوط العقوبة المحددة لها.

¹ - وقد كان المشرع المغربي يعاقب على المادة 380 من قانون 17.95 قبل تعديل هذا الأخير بعقوبة حبسية من شهر إلى ستة أشهر، وغرامة من 6000 إلى 30000 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبالتالي فإن إلغاء هذه المادة يترتب عليه سقوط العقوبة المحددة لها:

La société anonyme a directoire et a conseil de surveillance » thèse pour l'obtention Voir MOHAMMED EL HILALI « doctorat en droit des affaires, Université Mohamed V, Agdal, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat-agdal, année universitaire 2004/2005, P:170.

² خروج فلاح، " المسؤولية الجنائية لمسير شركات المساهمة ومدى التراجع عن الطابع الزجري على ضوء القانون 20.05"، مجلة المقال، العدد مزدوج 4/3، 2011، ص 19.

وبالنسبة للعقوبات الجنائية التي يمكن أن يتعرض لها المؤسس في قانون شركات المساهمة نجد العقوبات المالية لجريمة الإصدار غير القانوني للأسهم، والعقوبة المالية المتعلقة بتداول الأسهم.

فقرة أولى: العقوبات المالية لجريمة الإصدار غير القانوني للأسهم

حددت المادة 378 من قانون شركات المساهمة¹، أول نوع من جرائم شركات المساهمة الواردة في الباب الثاني من القسم الرابع عشر، إذ جاء فيها ما يلي: "يعاقب بغرامة من 4.000 إلى 20.000 درهم كل مؤسس شركة المساهمة والأعضاء الأولين لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة المساهمة الذين أصدروا أسهما إما قبل تقييد تلك الشركة بالسجل التجاري أو في أي وقت آخر إذا تم تقييد الشركة عن طريق الغش أو دون التقيد بالنصوص القانونية في القيام بإجراءات تأسيس الشركة المذكورة.

تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا تم إصدار الأسهم دون أن يتم تحرير الأسهم النقدية عند الاكتتاب بمقدار الربع على الأقل أو دون أن يتم تحرير أسهم الحصص تحريرا كاملا قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري.

يعاقب بالغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة نفس الأشخاص الذين لم يبقوا على اسمية الأسهم النقدية إلى حين تحريرها كاملة.

يمكن فضلا عن الغرامة، الحكم بعقوبة الحبس لمدة تتراوح بين شهر وستة أشهر إذا تعلق الأمر بشركة مساهمة تدعو الجمهور إلى الاكتتاب".

فهذه المادة تؤكد على أنه يعاقب من أجل جريمة الإصدار الغير القانوني للأسهم إذا توفر عنصريين:

العنصر الأول: ويرتبط بالإخلال بشكلية التسجيل التجاري، فهذا الإخلال الشكلي المرتبط بتأسيس الشركة كفيل بإثارة المسؤولية الجنائية لدى مرتكبيها.

العنصر الثاني: هو إصدار أسهم، وهو العنصر الذي تتحقق به الجريمة فعليا، وقد عمل المشرع على تحديد نطاق التجريم بغاية ضمان قانونية وشرعية تأسيس الشركة وجعل العقوبة مضاعفة، عندما

تدعو الشركة الجمهور للاكتتاب.

¹ تم تغييرها وتتميمها بالمادة الأولى من القانون رقم 20.05.

وطبقا لما نصت عليه المادة 378 من قانون شركات المساهمة فإن الإخلال بشكلية التسجيل التجاري يتحقق بقيام مؤسسي شركة المساهمة والأعضاء الأولين لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير بإصدار أسهم، إما:

- قبل تقييد تلك الشركة بالسجل التجاري؛
 - أو في أي وقت آخر إذا تم التقييد عن طريق الغش؛
 - أو دون التقييد بالنصوص القانونية في القيام بإجراءات تأسيس الشركة المذكورة؛
- وفي هذا الصدد عبر الأستاذ لحسن بيهي¹ أن الإصدار الذي لا تحترم فيه الشكليات القانونية يشكل جريمة من الجرائم المادية التي يجوز إثارة المتابعة بشأنها، وذلك بصرف النظر عن الركن المعنوي، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها²، أن مجرد خرق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها يكفي لإثارة المسؤولية الجنائية دون الاعتداد بالركن المعنوي للجريمة.
- وأما بخصوص الفقرة الثانية من نفس المادة، فقد أكدت على أنه يتم مضاعفة الغرامة المحددة في 4.000 إلى 20.000 درهم إذا تم إصدار الأسهم:

- دون أن يتم تحرير الأسهم النقدية عند الاكتتاب بمقدار الربع على الأقل؛
 - أو دون أن يتم تحرير أسهم الحصص تحريرا كاملا قبل تقييد الشركة بالسجل التجاري؛
- كما أن هناك جنحة أخرى وردت بالفقرة الثالثة من المادة 378 وتتمثل في عدم الإبقاء على إسمية الأسهم النقدية إلى حين تحريرها كاملة، فالمشرع المغربي لم يتطلب هنا القصد الجنائي ضمن العناصر التكوينية للجريمة، كما أنه لا يتطلب الخطأ كأساس تقليدي للمسؤولية، فالجريمة هنا مادية تتحقق بمجرد قيام الأعضاء الأولين لأجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة في عدم الإبقاء على إسمية الأسهم النقدية إلى حين تحريرها كاملة، بالنسبة لكل هذه الجنح الواردة بالمادة 378، فإن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تؤكد على ظرف مشدد، حيث يمكن فضلا عن الغرامة، الحكم بعقوبة حبسية تتراوح بين شهر وستة أشهر، وذلك إذا تعلق الأمر بشركات مساهمة تدعو الجمهور إلى الاكتتاب³.

¹ لحسن بيهي، الشكليات في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الثانية، 2007، ص 284.

² أورده لحسن بيهي، مرجع سابق، ص 284 و285.

³ رضى ابن خدة، محاولة في القانون الجنائي للشركات التجارية - تأصيل وتفصيل، مطبعة دار السلام، الرباط، الطبعة الثانية، 2012، ص 408.

فقرة ثانية: العقوبة المالية المتعلقة بتداول الأسهم

تضمنت المقتضيات الجزية في قانون شركات المساهمة المغربي مجموعة من المخالفات التي تهم تداول الأسهم، وهذا هو ما نصت عليه المادة 381¹ والمادة 382 من هذا القانون.

وإذا كانت المادة 381 قد حددت المسؤول الجنائي بالصفة في مؤسسي وأعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة ومالكي أو حاملي الأسهم²، فإن المادة 382 لم تحدد بشكل مباشر صفة المسؤول الجنائي، وبالتالي تبقى الجريمة في ظل هذه المادة قائمة بمجرد توفر أركانها دون الأخذ بعين الاعتبار صفة المسؤول الجنائي.

فالمشرع المغربي قام من خلال المادة 381 بتوحيد العقوبة بالنسبة لكل من قام بتداول أي سهم كما هو مبين في هذه المادة، حيث حدد العقوبة من شهر إلى ثلاثة أشهر والغرامة من 6.000 درهم إلى 30.000 درهم أو إحدى هاتين العقوبتين فقط³.

ومن جهة نظرنا نعتقد أنه إذا كانت الغرامة التي جاء بها المشرع المغربي في إطار المادة 381 من قانون المساهمة المحددة من 6.000 إلى 30.000 درهم كعقوبة يمكن أن تقضي بها المحكمة تعتبر هزيلة مقارنة مع ما نص عليه المشرع الفرنسي.

حيث انتهج المشرع المغربي سياسة التخفيف من الطابع الجزري المقرر في شركات المساهمة طبقا لما جاء به القانون 20.05، وأقدم على إلغاء بعض مظاهر جريمة تداول الأسهم المعاقب عليها في المادة السالفة الذكر، وذلك من خلال نسخ البند الأول والثالث منها، في إطار خيار التقليل من

¹ - تنص المادة 381: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 6.000 إلى 30.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من مؤسسي وأعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة الذين تناولوا عن قصد:

- أسهما نقدية لم يبق على إسميتها إلى حين اكتمال تحريرها؛

- أسهما نقدية لم يتم دفع ربعها؛

- وعودا بأسهم، ماعدا الوعود بأسهم ستنشأ بمناسبة الزيادة في رأسمال شركة مقيدة أسهمها القديمة في بورصة القيم؛

² رضى ابن خدة، م. س، ص 411.

³ إن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن المشرع قام بمقتضى القانون رقم 20.05 بتعديل المادة 381 من قانون شركات المساهمة حيث قام بتخفيض العقوبة الحبسية إلى النصف، فبعدما كانت هذه الأخيرة قبل تعديل القانون 17.95 من شهر إلى ستة أشهر، لكن بعد صدور القانون 20.05 قام من خلاله المشرع المغربي بتخفيض العقوبة الحبسية إلى النصف، حيث أصبحت ما بين شهر وثلاثة أشهر، مع الحفاظ على نفس الغرامة أي من 6.000 إلى 30.000 درهم. فالمادة 381 من قانون شركات المساهمة المغربية تعتبر النموذج الوحيد عن تخفيض العقوبة الحبسية إلى النصف".

انظر خدوج فلاح، م. س، ص، 28.

العبء الجنائي الذي كان موضوع انتقادات شديدة، باعتبار أن تداول أسهم لا قيمة اسمية لها تبقى مجرد فرضية ليس لها وجود واقعي¹.

وفي مقابل هذا نجد أن المشرع الفرنسي طبقا للمادة 3-242 من مدونة التجارة الفرنسية قد قام بتجريم الفعلين المقررين في كل من البند الثاني والرابع دون تلك المقررة في البند الأخير من المادة 381 من قانون شركات المساهمة المغربي، حيث عمل المشرع الفرنسي على إلغائها.

ونجد أن العقوبة المحددة من قبل التشريع المغربي في المادة 381 من قانون شركات المساهمة معاقب عنها في التشريع الفرنسي بغرامة محددة في 150.000 أورو، وبالتالي يتضح أن المشرع الفرنسي أكثر شدة في العقاب مقارنة مع ما جاء به المشرع المغربي في القسم الخاص بالمقتضيات الزجرية لقانون شركات المساهمة².

¹ نور الدين الفقيهي، مرجع سابق، ص 451.

² هشام أزكاغ، نظام العقوبات في قانون شركات المساهمة المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سطات، السنة الجامعية 2012/2013، ص 157.

خاتمة:

أمام إحجام المشرع المغربي عن وضع تعريف للمؤسس وضبط صفته داخل شركة المساهمة، سيؤدي لا محالة إلى العديد من الصعوبات والمشاكل التي ستلقي بظلالها على المؤسسة القضائية، وبالتالي صدور أحكام وقرارات قضائية متضاربة ومتناقضة. مما يتطلب تدخلا تشريعيًا للحسم في الإشكاليات التي تتمخض عن ذلك، ونقترح في هذا الصدد ما يلي:

- تخصيص للمؤسس في القانون 17.95 مواد خاصة تبين بوضوح اختصاصاته وصفاته ومسؤولياته.
- العمل على إيجاد معيار واضح لإضفاء صفة "مؤسس" على كل متدخل في عملية التأسيس.
- النص على شرط كمال أهلية المؤسسين من أجل تقوية الضمان العام وتفعيل آثار المسؤولية المدنية والجنائية.
- النص على الحد الأدنى من المؤسسين لضمان جدية التأسيس وتفادي إنشاء شركات وهمية.
- أمام كثرة النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية المؤسسين المدنية والجنائية، فلا ينبغي في المقابل إثقال كاهل المؤسسين زيادة عن اللزوم وافترض سوء النية المسبق تجاههم، ووجود الأعمال الجليلة التي يقومون بها لإخراج المشاريع الاقتصادية إلى الوجود من قبيل شركات المساهمة. فعلى المشرع التدخل مرة أخرى لتبديد مخاوفهم.



المواجهة القانونية المصرية لظاهرة الهجرة غير الشرعية

The Egyptian Legal Confrontation of the Phenomenon of Illegal Immigration

Dr. Hesham Abdel Sayed Al-Safi
Mohamed Badr El-Din
 Helwan University
 Egypt

د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين
 جامعة حلوان
 مصر

الملخص:

قوانين تواجه وتجرم هذه الظاهرة بفرض عقوبات جنائية؛ بالنسبة للمهاجر وللمهرب الذي يساعده في ذلك؛ ويعد أصعب ما يواجهه الدول عدم وجود إحصائيات دقيقة حول هوية المهاجرين وأماكن تواجدهم وأواطنهم ونوعيات هجرتهم؛ وهو ما يجعل من الصعب إن لم يكن من الممكن متابعة حجم ونوع الهجرة سواء في الدولة المصدرة أو المستقبلية أو العابرة، إضافة إلى تعدد أنماط الهجرة وتداخلها وضعف تبادل المعلومات الخاصة بالهجرة في ظل وجود قيود إدارية وأمنية تحد في كثير من الأحيان من نشر وتداول البيانات؛ وهناك إحصائيات دولية تؤكد أن الهجرة الغير شرعية تطور من بداية القرن الواحد والعشرين من شخص لكل خمسة وثلاثين شخصا؛ وازدادت بأكثر من الضعف من عام 1960 حتى عام 2000 ثم ازدادت من عام 2000 حتى 2010 إلى مائتين وأربعة عشر مليون شخص؛ ومن المتوقع أن يصل العدد إلى مائتين وثلاثون شخص عام 2050 .

يعد موضوع الهجرة غير الشرعية من موضوعات الساعة التي تطفو على السطح العالمي والإقليمي والمحلي؛ في ظل وجود أسباب وتداعيات عديدة للهجرة غير الشرعية؛ وبالطبع في ظل هذا الزخم الكبير الذي ولدته الحاجة لمواجهة ظاهرة الهجرة غير الشرعية من العالم الفقير أو العالم المصنف كعالم ثالث إلى العالم المصنف بأنه العالم الغني العالم المصنف كعالم أول عالم الحلم؛ وقد تكون من دول إلى دول من ذات التصنيف العالمي للدول بحثا عن حياة أفضل؛ والهجرة غير الشرعية لا تكون إلا بنية الاستقرار في الإقليم وتكون غير شرعية بالدخول أو الخروج بغير اتباع الإجراءات القانونية المقررة بمعرفة دولة الخروج أو دولة الدخول ومن خلال منافذ الدولة البحرية والجوية والبرية؛ أو بالدخول إلى الدولة بشكل شرعي وقانوني والبقاء فيها بشكل غير قانوني؛ وفي ظل عواقب الهجرة غير الشرعية تحركت دول العالم بوضع اتفاقيات وبروتوكولات دولية لإيجاد تعاون دولي لمواجهة ظاهرة الهجرة غير الشرعية؛ وما تبعه من صدور

Abstract:

The topic of illegal immigration is one of the current topics that floats to the surface globally, regionally and locally; in light of the existence of many causes and repercussions of illegal immigration; and of course in light of this great momentum generated by the need to confront the phenomenon of illegal immigration from the poor world or the world classified as the third world to the world classified as the rich world, the world classified as the first world, the dream world; and it may be from countries to countries of the same global classification of countries in search of a better life; and illegal immigration is only with the intention of settling in the region and is illegal by entering or exiting without following the legal procedures established by the country of exit or the country of entry and through the country's sea, air and land ports; or by entering the country legally and legally and remaining in it illegally; and in light of the consequences of illegal immigration, the countries of the world have moved to establish international agreements and protocols to find international cooperation to confront the phenomenon of illegal

immigration; and what followed from the issuance of laws that confront and criminalize this phenomenon by imposing criminal penalties; for the migrant and the smuggler who helps him in that; The most difficult thing facing countries is the lack of accurate statistics on the identity of migrants, their locations, their homelands, and the types of their migration. This makes it difficult, if not possible, to follow the size and type of migration, whether in the sending, receiving, or transiting country. In addition, there are multiple and overlapping patterns of migration and the weak exchange of information on migration in light of the presence of administrative and security restrictions that often limit the publication and circulation of data. There are international statistics that confirm that illegal migration has developed since the beginning of the twenty-first century from one person for every thirty-five people; and it has more than doubled from 1960 to 2000, then increased from 2000 to 2010 to two hundred and fourteen million people; and the number is expected to reach two hundred and thirty people in 2050.

الكلمات المفتاحية:

Migrant المهاجر
 Illegal Immigration الهجرة غير الشرعية
 Smuggler المهرب

مقدمة:

تعد قضية الهجرة غير الشرعية من أكثر القضايا الاجتماعية التي شغلت العالم، وخصوصا العالم المتقدم "العالم الأول" المستقبلية للهجرة غير الشرعية، لما قد يشكله من خطورة عليه من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وهو ما دفع العالم لعقد البرتوكولات والاتفاقيات للتعاون فيما بينها للحد من الهجرة غير الشرعية وأثارها، ودفع معونات مالية للدول المصدرة للهجرة غير الشرعية وفرض عقوبات عليها في حالة عدم تنظيمها وتجريمها للهجرة غير الشرعية؛ وتعد مصر من الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية أو أرض المرور من الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية والدول المستقبلية لها، وهو ما دفع مصر باصدار تشريعات لمقاومة الهجرة غير الشرعية بداية من من القانون 64 لسنة 2010 والخاص بمكافحة الاتجار بالبشر، ثم القانون 82 لسنة 2016 والخاص بمكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، والذي تم تعديله بالقانون 22 لسنة 2022 بتغليظ العقوبات الواردة بالقانون؛ كما قامت الدولة المصرية في سياق مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين باتخاذ خطوات وقائية من الهجرة غير الشرعية بإنشاء لجنة وطنية تنسيقية تابعة لمجلس الوزراء في عام 2014 والتي أعيد تشكيلها في عام 2017 من 18 وزير، وهي المنوط بها وضع خطة استراتيجية شاملة تعبر عن رؤية الدولة وتوجهاتها المستقبلية لمكافحة الهجرة غير الشرعية.

أهمية البحث: ترجع أهمية البحث في الإجابة على سؤال هام يطرحه هذا البحث وهو هل مكافحة الهجرة غير الشرعية تكون باصدار تشريع يجرمها يوضح الركن المادى والمعنوى لها كجريمة والعقوبات ؟ أم من الأفضل مكافحة الأسباب التي تؤدي للجوء إلى الهجرة غير الشرعية؟ خصوصا وأن هناك نصوص دستورية لو فعلت بحق ووضعت موضع التطبيق ستقلص الهجرة غير الشرعية إن لم تختفي.

منهجية البحث: تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي في محاولة لعرض الاسباب المؤدية والمشجعة على الهجرة غير الشرعية، كتمهيد لعرض النصوص الدستورية في الدستور المصري التي تناولت الاسباب المؤدية للهجرة غير الشرعية وأحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، ثم تناول الجانب التشريعي القانون 82 لسنة 2016 كأول قانون متخصص يكافح الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين، وتعديله.

منهجية البحث: سنقوم في بحثنا هذا بتناول مفهوم الهجرة غير الشرعية واسبابها؛ ثم التطرق للنظام القانون المصري لمكافحتها بداية من الدستور المصري وما ورد به من نصوص تعالج

أسباب الهجرة غير الشرعية؛ مروراً بالقانون المصري؛ مع التطرق لأحكام القضاء الدستوري والعادي كجانب تطبيقي يؤيد ويوضح الجانب النظري لفكرة البحث، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للهجرة غير الشرعية.

المطلب الثاني: السطور والقضاء الدستوري المصري ومواجهة الهجرة غير الشرعية.

المطلب الثالث: القانون والقضاء المصري ومكافحة الهجرة غير الشرعية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للهجرة غير الشرعية

الهجرة ظاهرة اجتماعية لصيقة بحياة الإنسان منذ ظهور الجماعات البشرية المنظمة، وهي التي عملت على إثراء المجتمعات والثقافات وتكوين شعوب بأسرها، وساهمت في إيجاد واقع التعدد الثقافي بين العديد من الشعوب، وبمقدار مالها من إيجابيات إلا أنها لا تنعدم من السلبيات.

الفرع الأول: مفهوم الهجرة غير الشرعية

يمكن القول أنه لا يوجد مفهوم محدد للهجرة بل هناك عدة مفاهيم تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر ومن نوع إلى آخر، ولقد كان مفهوم الهجرة موضعاً لعشرات، بل مئات الدراسات في مختلف العلوم.

أولاً: المفهوم اللغوي للهجرة غير الشرعية: سنتناول هنا تعريف مصطلح الهجرة غير

الشرعية بتعريف الهجرة في البداية ثم الانتقال للفظ الشرعية: فمصطلح الهجرة: اشتق لفظ الهجرة من الفعل الثلاثي " هجر " أي تباعد، تأتي الهجرة في اللغة هي ضد الوصل ترك الشيء وأغفله الهجرة والهجرة أو المهاجرة هي الخروج من موطن يقوم به المهاجر والمهجر هو المكان الذي يتم الخروج إليه فالمشترك بين هذه المعاني هو التغيير أو التحول أو الانتقال بين حالين مختلفين " هجر " معناه: صرمه وقطعه على غير عادته، والشيء تركه وأعراض عنه وهجر: حمل على الزوج، وهجر من البلد: أي خروج منه، وتهجره عن دياره: نزح منها⁽¹⁾، ويقال هجرت الشيء هجراً إذا تركته وأغفلته، والهجرة بالكسر والضم الخروج من أرض إلى أخرى، أو الانتقال من بلد إلى بلد، الإنفراد والعزلة⁽²⁾.

¹ - طارق عبد الحميد الشهاوي: الهجرة غير الشرعية رؤيا مستقبلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 14.

² - عمرو مسعد عبد العظيم: المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم الهجرة غير الشرعية، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص 5؛ عادل السيد محمد علي: مكافحة الهجرة غير المشروعة في ميزان القانون ورقابة القضاء، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمهور، مصر، العدد (45)، إبريل 2024، ص 290.

وهذه المعاني في اللغة العربية يقابلها مجموعة من المعاني في اللغة الأجنبية والمتثلة في مصطلح Migration والذي يشير إلى مصطلح الهجرة كاسم للفعل يهاجر Migrate متمثل في حركة التنقل، ومصطلح Immigration والذي يشير إلى دخول المهاجر Immigrant دولة الاستقبال للفعل Immigrate ومصطلح Emigration والذي يشير إلى خروج ومغادرة المهاجر Emigrant موطنه الأصلي للفعل Emigrate ، أما بالنسبة للهجرة الداخلية فيسمى مهاجرًا نازحًا للخارج عند مغادرة مكانه الأصلي Qut- Migrant، ونازحًا وافدًا عند وصوله للمكان المهاجر إليه In-Migrant⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمصطلح الشرعية من الناحية اللغوية والقانونية فهي مشتقة من الفعل شرع شرعًا، ويقال شرع الشيء: أي أعلاه وأظهره، وشرع الدين أي سنه وبينه، أي جعله مشروعًا ومسنونًا، ومن الناحية اللغوية يمكن اعتبار الشرعية والشرعية مترادفين ويمكن استبدال أحدهما بالآخر. وعرف مجمع اللغة العربية الشرعية بأنها: "اتباع أحكام القانون من قبل الدولة بمختلف سلطاتها وهيئاتها وكذلك من قبل الأفراد"؛ وتعرف بأنها: "خضوع الدولة بكامل مؤسساتها وأفرادها وهيئاتها العامة للقانون بمفهوم العام والواسع أي جميع القواعد القانونية في الدولة"، وتعرف بأنها: "تطابق التصرف أو القرار مع قاعدة قانونية في النظام القانوني"، والشرعية في القانون تعرف بأنها: "وجود حكم أو نص أو قاعدة قانونية، مجمع عليها ولا مطعون في مصدرها"؛ كما أنها تعرف بأن: "احترام جملة من الضوابط والإجراءات النصية الموجودة في الغالب الأعم اجرائيا وليس ما يمنع أن تكون موضوعيًا"، وتعرف بأنها: "مدى تطابق التصرف أو الواقعة أو الفعل للنص أو الحكم للقاعدة القانونية"⁽²⁾.

فمتى تمت الهجرة بشكل قانوني أي أن عملية الدخول والخروج من وإلى إقليم دولة أخرى بشكل قانوني أي من المعايير المخصصة لذلك العبور أصبحت هجرة شرعية؛ ومن هنا تكون الهجرة غير الشرعية هو الدخول والخروج من وإلى إقليم الدولة بشكل مخالف للقانون⁽³⁾.

ثانيًا: المفهوم الفقهي والقانوني للهجرة غير الشرعية: هناك عدد من التعريفات الخاصة بالهجرة غير الشرعية منها من عرفها بأنها: "خرق للحدود والتسلل إلى دولة أخرى وذلك

¹ - أحمد رشاد سلام: الهجرة غير المشروعة في القانون المصري دراسة في إطار فقه القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، مصر، مجلد (67)، عدد 2011، ص365؛ عبد اللطيف محمد عمر: الهجرة غير الشرعية، المصرية للنشر والتوزيع، 2016، ص12، 13.

² - عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص33، وما بعدها.

³ - عبد الحليم بن مشري؛ حسينة شرون: الهجرة غير الشرعية دراسة في القانونين الجنائي والدولي، دار الوفا، الإسكندرية، مصر، ط1، 2021، ص19، 20.

بأن يقوم المهاجر غير الشرعي بضرب عرض لكل القوانين والتشريعات المعمول بها⁽¹⁾، وتعرف بأنها: "خروج شخص من إقليم دولته أو دولة أخرى بطريقة شرعية أو غير شرعية قاصدا دخول دولة أخرى دونما الحصول على موافقتها أو بالحصول على موافقتها لفترة ما أو لغرض ما واستمراره على إقليمها بغرض الإقامة الدائمة عقب انتهاء فترة السماح أو دخوله إلى إقليم تلك الدولة" المستقبلية من منفذ شرعي حاملاً مستندات غير حقيقية مخالفاً بذلك لوائحها ونظمها الداخلية والقواعد المتعارف عليها دولياً⁽²⁾؛ ويعد مصطلح الهجرة غير الشرعية مرادفاً لمصطلح الهجرة غير القانونية أو الهجرة غير النظامية؛ وبالرغم من شيوع استخدام مصطلح الهجرة غير الشرعية إلا أن هناك من ينتقد هذا المصطلح لكون عبارة غير شرعي تثير اللبس لاستخدامها في حالات النسب، كما أن تعبير غير شرعي يوحي بأن المهاجر مجرم بينما هو في الواقع ضحية عدد من الظروف التي لا دخل له بها؛ كما يفضل البعض استخدام مصطلح الهجرة غير النظامية أو غير المنظمة عن مصطلح الهجرة غير القانونية وحجتهم في ذلك: أن مصطلح الهجرة غير القانونية غير انساني لأن الإنسان لا يمكن أن يكون غير قانونياً إضافة إلى أن الهجرة من الحقوق للصيقة بالإنسان؛ كما أن مصطلح الهجرة غير القانونية يشير إلى أن مرتكبها مجرم وهو غير دقيق بالرغم من كون مرتكبها يدخل إلى دولة دون الحصول على إذن رسمي⁽³⁾؛ وعرف القانون 82 لسنة 2016 بشأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين في المادة الأولى منه على أن: "تدبير انتقال شخص أو اشخاص بطريقة غير مشروعة من دول إلى أخرى من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية أو لأى غرض آخر".

يختلف تعريف الهجرة غير الشرعية -من خلال ما سبق طرحه- من وجهة نظر الدولة المصدرة فهي تنظر للمهاجر غير الشرعي حتى لو كان من رعاياها على أنه قد خرج من إقليمها من غير المنافذ الشرعية للبلاد أو خرج من منفذ شرعي ولكن بمستندات مزورة أو بطريقة احتيالية؛ والهجرة غير الشرعية من وجهة نظر الدولة المستقبلية فهي تنظر للمهاجر غير الشرعي أنه قد تواجد على أراضيها دون موافقتها أي كانت البلد القادم منها: "بلد الأم أو دولة أخرى"، أي كانت وسيلة خروجه من تلك الدولة ووسيلة وصوله إلى أراضيها: "سواء من منفذ شرعي ووصل إلى منفذ شرعي أو خرج من منفذ غير شرعي ووصل إلى منفذ غير شرعي"؛ كذلك أي كانت مستنداته "أصلية

¹ - فتيحة كركوش: الهجرة غير الشرعية في الجزائر دراسة تحليلية نفسية اجتماعية، مجلة دراسات نفسية وتربوية، جامعة سعد دحلب،

البلدية، مجلد (4)، يونيو 2010، ص 44.

² - عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص 293.

³ - عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 58، 59.

أم موازنة⁽¹⁾؛ ومناطق التأثيم هو عدم حصول ذلك الشخص على موافقة تلك الدولة حيث يستوى في تلك الحالة دخوله بطريقة سليمة وحصوله على كافة الموافقات لفترة معينة ثم عقب ذلك يرفض المغادرة عقب انتهاء تلك الموافقات، أو بدخوله بطريقة غير سليمة ثم قام بتقنين وضعه عقب ذلك⁽¹⁾.

ومن التعريفات السابقة يمكن حصر حالات الهجرة غير الشرعية في الآتي⁽²⁾:

1. دخول الفرد لحدود دولة دون وثائق قانونية تثبت موافقة الدولة على ذلك، وغالبا ما يتم ذلك بوسائل التسلل عبر الطرق البرية أو الصحراوية أو الجبلية أو عبر البحار والمناطق الساحلية.
2. دخول الفرد لحدود دولة ما بوثائق قانونية لفترة محدودة وتجاوزه لتلك الفترة دون موافقة قانونية مشابهة مثل دخوله للسياحة أو الزيارة ثم الاستمرار في الإقامة دون موافقة قانونية.
3. دخول دولة بشكل قانوني والتسلل من خلال حدودها لدخول دولة أخرى مجاورة لها.
4. ممارسة الفرد لأنشطة داخل الدولة تتعارض مع تأشيرته دخوله لهذه الدولة.

الفرع الثاني: أسباب ودوافع الهجرة غير الشرعية

هناك عدة عوامل ودوافع مسببة للهجرة غير الشرعية متمثلة في أن المهاجر يهرب من أشياء لا يرغب فيها ويطلق عليها عوامل الدفع التي تفرض على المواطن مغادرة موطنه الأصلي؛ وأشياء يجذب إليها ويرغبها غير موجودة في وطنه الأصلي يطلق عليها عوامل الجذب.

أولاً: الأسباب الدينية: تعتبر العوامل الدينية والسياسية من أبرز العوامل التي أدت إلى حدوث العديد من الهجرات على مر التاريخ ليتخلصوا من طغيان وقسوة أعدائهم وعدم احترام الحرية الدينية، وفرض قيود على ممارسة الشعائر الدينية⁽³⁾.

ثانياً: الأسباب السياسية: تعد التدخلات العسكرية الخارجية في الدولة، وأحداث العنف الداخلية، والثورات والانقلابات العسكرية، وانعدام الديمقراطية والأنظمة الديكتاتورية، وتفشي الفساد بالإضافة إلى عدم الاستقرار الأمني والحروب الأهلية والعرقية الصراع على السلطة، وانتهاكات حقوق الإنسان، والتجنيد الإجباري⁽⁴⁾.

¹ - أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص 368، 369.

² - عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص 295.

³ - عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 66، 67.

⁴ - عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 34؛ عبد الحليم بن مشري؛ حسينة شرون، مرجع سابق، ص 35، وما بعدها.

ثالثاً: الأسباب الاجتماعية: يدخل تحت هذا السبب حجم الأسرة وموقعها الطبقي وفرصها المختلفة والحالة الاجتماعية للمهاجر متزوج أم غير متزوج وعمره وما يرتبط بهذا العمر من إقدامه على اتيان بعض الأفعال أو الإحجام عنها فضلاً عن محاكاة بعض الأقارب والأصدقاء، كما أن الخلافات الأسرية قد تكون دافعا للهجرة وكذا الهروب من انتقام الخصوم في المجتمعات التي تأخذ بالثأر⁽¹⁾.

رابعاً: الأسباب الاقتصادية: يعد العامل الاقتصادي من أهم العوامل الدافعة للهجرة غير الشرعية من حرمان اقتصادي وبطالة وتضخم وقلة فرص التوظيف وتدني مستوى المعيشة وظروف العمل السيئة؛ حاجة الدول المستقبلية للهجرة غير الشرعية للأيدي العاملة مع غلق أبواب هذه الدول أمام الهجرة الشرعية؛ كما أن الدول المستقبلية والمتضررة من الهجرة غير الشرعية لم تقدم حلولاً حقيقة للدول المصدرة لها بل كل ما تقدمه مساعدات مالية وهي غير كافية للحد من الهجرة غير الشرعية؛ إضافة لتبعية الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية اقتصاديا للدول المستقبلية⁽²⁾.

خامساً: الأسباب الجغرافية: تعتبر البيئة الجغرافية من العوامل الدافعة للهجرة غير الشرعية من ناحية البيئة القاسية والجفاف والكوارث الطبيعية كالفيضانات والجفاف والبراكين والزلازل والانهيهارات الجليدية والتبدلات المناخية عوامل تدفع السكان للهجرة.

سادساً: العوامل الصحية والديموغرافية "السكانية": يعد انتشار الأمراض والأوبئة من العوامل التي تدفع الأفراد إلى الهجرة من الموطن الأصلي، إضافة إلى زيادة عدد السكان بالنسبة لمساحة الدولة⁽³⁾.

سابعاً: العوامل المحفزة: وتشمل نوعين من الأسباب دور النجاح الاجتماعي، والإعلام⁽⁴⁾:

1. دور النجاح الاجتماعي: تلعب عودة المهاجر غير الشرعي لوطنه لقضاء عطلة مع أهله وذوية وتمكنه من تحقيق الرخاء الاقتصادي وظهوره بمظهر الثري دورا في تشجيع ودفع الشباب للهجرة غير الشرعية وتحقيق ما حققه هذا المهاجر باعتبارها هي السبيل والأمل الوحيد أمامهم⁽⁵⁾.

¹ - عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 67، 68، عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 33، 34.

² - ونيسة الحمروني الورفلي: الهجرة غير الشرعية في دول غرب المتوسط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط.1، 2016، ص 81، وما بعدها؛ عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص 296، وما بعدها.

³ - عبد اللطيف محمد عمر، مرجع سابق، ص 70، 71.

⁴ - عادل السيد محمد علي، مرجع سابق، ص 300، 301.

⁵ - عبد العزيز عقبة: ظاهرة الهجرة غير الشرعية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصد مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019، ص 14.

2. الإعلام: يعتبر للإعلام دور هام في زيادة الهجرة غير الشرعية فمن خلاله شاهد فقراء العالم صور الحياة المثالية في دول العالم الغنية، وما يتمتع به سكان هذه الدول من رخاء اقتصادي واجتماعي وسياسي يحلم به أي انسان؛ كما أن لوسائل التواصل الاجتماعي دور كبير في فتح قنوات لتواصل المهاجر مع سكان هذه الدول وغيرهم ممن حصلوا على فرصة الهجرة قبلهم⁽¹⁾.

الفرع الثالث: آثار الهجرة غير الشرعية

هناك العديد من الآثار تترتب على الهجرة غير الشرعية سواء بالنسبة للدول المهاجر منها، ودول المرور، نهاية بالدول المستقبلية للهجرة غير الشرعية، وأكبر هذه الآثار هو أثرها على الدول المستقبلية وهي الآثار التي سنتناولها، والتي في حالتنا هي دول الاتحاد الأوروبي.

أولاً: الآثار الاقتصادية للهجرة غير الشرعية: يشكل تدفق المهاجرين غير الشرعيين أحد الابعاء التي كلفت دول الاتحاد الأوروبي تكاليف باهظة ووضع ميزانيات اضافية نظير استقبال المهاجرين غير الشرعيين وايوائهم وترحيلهم متى دعت الضرورات لذلك، فرصد الاتحاد الأوروبي مبلغ وصل إلى سبعة مليار يورو خلال الأعوام من 2022-2024 لمواجهة الهجرة غير الشرعية، كما خصص الاتحاد الأوروبي لتمويل الأمن الداخلي وعمليات المراقبة مبلغ (309) مليار يورو لتعزيز قدرات الشرطة والأجهزة الأمنية لمكافحة الهجرة غير الشرعية؛ وفي مقابل ذلك اسهمت الهجرة غير الشرعية في سد عجز الأيدي العاملة الشابة في ظل أنها بلاد تعاني من الشيخوخة وهو ما جعل بعض هذه البلاد تتبنى سياسة توطين المهاجرين ومحاولة دمجهم⁽²⁾، ومن هذه الآثار الاقتصادية أيضا انتشار البطالة في الدول المستقبلية لأن العمالة المهاجرة تكون أرخص في الأجور من العمالة الوطنية مما يجعل اصحاب الاعمال يستخدموهم بدلا من العمالة الوطنية؛ إضافة لزيادة الطلب علي السلع والخدمات نتيجة وجود المهاجرين مما يؤدي لارتفاع اسعارها، وبالتالي انخفاض في القوة الشرائية للمواطنين وزيادة التضخم الاقتصادي في الدول المصدرة⁽³⁾.

ثانياً: الآثار الأمنية والسياسية للهجرة غير الشرعية: ساعدت الهجرة غير الشرعية في تسلسل الارهابيين مع المهاجرين غير الشرعيين، فطبقاً للإحصائيات الأوروبية أغلب العمليات الإرهابية التي حدثت في الفترة الأخيرة كانت لمواطنين من الأجيال المتعاقبة لمهاجرين غير شرعيين نتيجة صعوبة اندماجهم في المجتمع الأوروبي، وربط المهاجرين غير الشرعيين بتجارة المخدرات،

¹ - عبد الحليم بن مشري: حسينة شرون، مرجع سابق، ص 42، 43.

² - محمد على محمد التائب: آليات مكافحة الجنائية لظاهرة الهجرة غير الشرعية وفقاً لأحكام القانون الليبي، مجلة الدراسات الاقتصادية، كلية الاقتصاد، جامعة سرت، مجلد (2)، عدد (2)، إبريل 2019، ص 160.

³ - أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص 396.

وبشبكات التجارة في البشر، وهو ما دفع هذه الدول لانفاق العديد من المليارات لمكافحة الهجرة غير الشرعية لما تشكله من مخاطر يتعذر عليها مواجهتها مستقبلاً⁽¹⁾.

ثالثاً: الآثار الديموجرافية والصحية للهجرة غير الشرعية: سدت الهجرة غير الشرعية العجز الناتج في الأيدي العاملة نتيجة شيخوخة هذه الدول وساعدت هذه الهجرة في تسريع وتيرة العملية الانتاجية؛ إلا أن البعض يري أن خطورة هذه الهجرة هو القضاء على الجنس الأبيض في المستقبل، كما تشكل الهجرة غير الشرعية سبباً من اسباب تفشي الأمراض والتي ينقلها المهاجرين غير الشرعيين معهم⁽²⁾.

المطلب الثاني: الدستور والقضاء الدستوري المصري ومواجهة الهجرة غير الشرعية

بعد استعراض أسباب الهجرة غير الشرعية نجد أنها جميعاً تدور في فلك الحقوق الأساسية للإنسان والتي تنص عليها العديد من الاتفاقيات الدولية بداية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 مروراً بالعهدين الدوليين للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمدنية والسياسية الصادرين عام 1966 وغيرها من الاتفاقيات الدولية التي تقرر مجموعة من الحقوق لا يجوز لأى دولة في العصر الحديث حرمان مواطنيها منها، وهو ما يدفع العديد من الدول التي تعاني من الهجرة غير الشرعية إلى منح الدول المصدرة لهذه الهجرة منح مالية ومعونات للحد من هذه الهجرة؛ بل واستخدام نفوذها الدولي للضغط على تلك الدول للحد من الهجرة غير الشرعية. وتعد النصوص الدستورية منذ أول دستور مصر صادر عام 1923 وحتى الدستور الحالي الصادر عام 2014 تناولت الزام الدولة بمعالجة أسباب الهجرة غير الشرعية ولو كان ذلك بشكل غير مباشر وهو ما سارت عليه المحكمة الدستورية المصرية في أحكامها المختلفة.

الفرع الأول: الحقوق الاقتصادية في ضوء نصوص الدستور وأحكام القضاء الدستوري
هناك عدد من النصوص الدستورية التي رسخت للحقوق الاقتصادية للمواطنين، وعدد من الأحكام القضائية الدستورية التي أكدت علي هذه الحقوق الدستورية.

أولاً: الحقوق الاقتصادية في ضوء نصوص الدستور: نص الدستور المصري في عدد من النصوص على الزام الدولة بتوفير الحياة الاقتصادية الأمانة للمواطنين، من خلال حماية حق الملكية الخاصة، وحقوق العمال، والحق في العمل، والحق في تولي الوظائف العامة، والحق في الحصول على معاش حال العجز أو الكبر أو الفقر، وهذه النصوص وغيرها من النصوص تعد هي

¹ - ونيسة الحمروني الورفلي، مرجع سابق، ص163، 164؛ محمد على محمد التائب، مرجع سابق، ص161.

² - محمد على محمد التائب، مرجع سابق، ص162، عبد الحليم بن مشري؛ حسينة شرون، مرجع سابق، ص58.

التطعيم الواقي والترياق الشافي من الهجرة غير الشرعية إذا فعلت ووضعت موضع التطبيق من انبائها فأغلب المهاجرين من مصر يبحثون عن توفير حياة بها رفاهية العيش أى هجرتهم لأسباب اقتصادية ولتحقيق العدالة الاجتماعية بمفهومها المركب الواسع، والذي له أبعاد عدة منها البعد الأول: البعد الاقتصادي : وهو المتعلق بمدى اشتراك أفراد المجتمع في العملية الانتاجية وجنى الثمار، وهو ما يقود إلى قضية المساواة في الفرص والحقوق الاقتصادية في مجال العمل وملكية وسائل الانتاج والحصول على الخدمات والمعلومات دون تمييز، وكذا قضية اعادة التوزيع: وثانيهما: البعد الاجتماعي: الذي يتصل بمشكلات التمييز والحرمان والفقر الاقتصادي والاجتماعي وما تستوجبه معالجتها من سياسات لتمكين الطبقات المحرومة من تحسين أوضاعها على نحو مستدام؛ وثالثهما: البعد البشري : والذي ينصب على مسألة الوفاء بحقوق الإنسان وحاجاته، ومسألة تكافؤ الفرص أمام الجميع لتنمية قدراتهم وتوسيع حرياتهم؛ ورابعهما: البعد الطبقي: والذي يأتي من العلاقات الوثيقة بين النظام الاقتصادي الاجتماعي وبين العدالة الاجتماعية والذي يطرح قضية الملكية الخاصة لوسائل الانتاج وما يترتب عليها من لا مساواة هيكلية؛ وخامسهما: ابعاد العدالة الاجتماعية: وهو البعد الإقليمي المتصل بالتفاوت في توزيع الموارد والدخل القومي بين أقاليم الدولة والمتعلق من ثم بدور السياسات العامة في توسيع هذه التفاوتات أو تقليصها؛ وسادسهما: البعد الجبلي: الذي يتصل بالعدالة بين الاجيال الحاضرة والاجيال المقبلة ليس فقط في توزيع الموارد الطبيعية وتحمل كلفة التلوث، ولكن أيضا في تحمل أعباء الدين العام⁽¹⁾، ومن هذه النصوص ما نصت عليه المادة (12) من الدستور المصري من أن: "العمل حق، وواجب، وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أى مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل"؛ وما نصت عليه المادة (13) من أن: "تلتزم الدولة بالحفاظ على حقوق العمال، وتعمل على بناء علاقات عمل متوازنة بين طرفي العملية الانتاجية، وتكفل سبل التفاوض الجماعى، وتعمل على حماية العمال من مخاطر العمل وتوافر شروط الأمن والسلامة والصحة المهنية، ويحظر فصلهم تعسفياً، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون"؛ وما نصت عليه المادة (14) من أن: "الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة، ودون محاباة أو وساطة، وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب، وتكفل الدولة حقوقهم وحمايتهم، وقيامهم بأداء واجباتهم في رعاية مصالح الشعب، ولا يجوز فصلهم بغير الطريق التأديبى، إلا في الأحوال التي يحددها القانون"؛ وما نصت

¹ - محمد فوزي نويجي : الحماية الدستورية للعدالة الاجتماعية في مصر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية، مصر، مجلد (23)، عدد (39)، مايو 2024، ص 687، 688.

عليه المادة (17) من أن: "تكفل الدولة توفير خدمات التأمين الاجتماعي. ولكل مواطن لا يتمتع بنظام التأمين الاجتماعي الحق في الضمان الاجتماعي، بما يضمن له حياة كريمة، إذا لم يكن قادراً على إعالة نفسه وأسرته، وفي حالات العجز عن العمل والشيخوخة والبطالة. وتعمل الدولة على توفير معاش مناسب لصغار الفلاحين، والعمال الزراعيين والصيديين، والعمالة غير المنتظمة، وفقاً للقانون. وأموال التأمينات والمعاشات أموال خاصة، تتمتع بجميع أوجه وأشكال الحماية المقررة للأموال العامة، وهي وعوائدها حق للمستفيدين منها، وتستثمر استثماراً آمناً، وتديرها هيئة مستقلة، وفقاً للقانون. وتضمن الدولة أموال التأمينات والمعاشات". وتنص المادة (27) منه على أن: "يهدف النظام الاقتصادي إلى تحقيق الرخاء في البلاد من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، بما يكفل رفع معدل النمو الحقيقي للاقتصاد القومي، ورفع مستوى المعيشة، وزيادة فرص العمل وتقليل معدلات البطالة، والقضاء على الفقر. ويلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة، ودعم محاور التنافس وتشجيع الاستثمار، والنمو المتوازن جغرافياً وقطاعياً وبيئياً، ومنع الممارسات الاحتكارية، مع مراعاة الاتزان المالي والتجاري والنظام الضريبي العادل، وضبط آليات السوق، وكفالة الأنواع المختلفة للملكية، والتوازن بين مصالح الأطراف المختلفة، بما يحفظ حقوق العاملين ويحمي المستهلك. ويلتزم النظام الاقتصادي اجتماعياً بضمان تكافؤ الفرص والتوزيع العادل لعوائد التنمية وتقليل الفوارق بين الدخل والالتزام بحد أدنى للأجور والمعاشات يضمن الحياة الكريمة، وبعد أقصى في أجهزة الدولة لكل من يعمل بأجر، وفقاً للقانون؛" ونص في المادة (28) منه على أن: "الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية والمعلوماتية مقومات أساسية للاقتصاد الوطني، وتلتزم الدولة بحمايتها، وزيادة تنافسيتها، وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، وتعمل على زيادة الإنتاج، وتشجيع التصدير، وتنظيم الاستيراد. وتولى الدولة اهتماماً خاصاً بالمشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر في كافة المجالات، وتعمل على تنظيم القطاع غير الرسمي وتأهيله". وتنص المادة (35) منه على أن: "الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون". وتنص المادة (36) منه على أن: "تعمل الدولة على تحفيز القطاع الخاص لأداء مسؤوليته الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني والمجتمع؛" وتنص المادة (38) منه على أن: "يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة إلى تنمية موارد الدولة، وتحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية الاقتصادية. لا يكون إنشاء الضرائب العامة، أو تعديلها، أو إلغاؤها، إلا بقانون، ولا يجوز الاعفاء منها إلا في الأحوال المبينة في القانون. ولا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب، أو

الرسوم، إلا في حدود القانون. ويراعى في فرض الضرائب أن تكون متعددة المصادر. وتكون الضرائب على دخول الأفراد تصاعدية متعددة الشرائح وفقا لقدراتهم التكليفية، ويكفل النظام الضريبي تشجيع الأنشطة الاقتصادية كثيفة العمالة، وتحفيز دورها في التنمية الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية. تلتزم الدولة بالارتقاء بالنظام الضريبي، وتبنى النظم الحديثة التي تحقق الكفاءة واليسر والاحكام في تحصيل الضرائب. ويحدد القانون طرق وأدوات تحصيل الضرائب، والرسوم، وأى متحصلات سيادية أخرى، وما يودع منها في الخزنة العامة للدولة. وأداء الضرائب واجب، والتهرب الضريبي جريمة". وتنص المادة (42) منه على أن: "يكون للعاملين نصيب في إدارة المشروعات وفي أرباحها، ويلتزمون بتنمية الإنتاج وتنفيذ الخطة في وحداتهم الإنتاجية، وفقا للقانون. والمحافظة على أدوات الإنتاج واجب وطني. ويكون تمثيل العمال في مجالس إدارة وحدات القطاع العام بنسبة خمسين في المائة من عدد الأعضاء المنتخبين، ويكون تمثيلهم في مجالس إدارات شركات قطاع الأعمال العام وفقا للقانون. وينظم القانون تمثيل صغار الفلاحين، وصغار الحرفيين، بنسبة لا تقل عن ثمانين في المائة في مجالس إدارة الجمعيات التعاونية الزراعية والصناعية والحرفية".

ومن جماع ما سبق يتضح أن الدستور المصري لا يعتبر العدالة الاجتماعية هدفاً في حد ذاته، وإنما فقط وسيلة لتحقيق "الرخاء الاقتصادي". ورغم أن "الرخاء ليس مفهوما اقتصاديا محددا إلا أنه، إلا أن معناه الشائع هو: النمو الكبير في الناتج المرتبط بتسارع معدلات الاستثمار وتراكم رأس المال ومن ثم بانتعاش الطلب على العمل وارتفاع الأجور، مع العمل على تحقيق الاستفادة الاجتماعية والبيئية بحيث يتم استهداف النمو الاقتصادي طبقا لقدرة المجتمع بمكوناته وبيئته على الانتاج والنمو في الأجل الطويل.

ثانياً: الحقوق الاقتصادية في ضوء أحكام القضاء الدستوري: حرصت المحكمة الدستورية العليا على ترسيخ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطنين في مواجهة الدولة منذ انشائها بموجب القانون 48 لسنة 1979 .

فقتضت في الزام الدولة بالتنمية معرفة ما معنى التنمية المقصود في الدستور بأن: "وحيث إن الحق في التنمية - وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية - وثيق الصلة بالحق في الحياة، وكذلك بالحق في بناء قاعدة اقتصادية تتوافر أسبابها، وعلى الأخص من خلال اعتماد الدول - كل منها في نطاقها الإقليمي - على مواردها الطبيعية ليكون الانتفاع بها حقا مقصورا على أصحابها. وقد أكد الإعلان الصادر في 1986/12/4 عن الجمعية

العامة للأمم المتحدة في شأن التنمية 41/128 أهميتها بوصفها من الحقوق الإنسانية التي لا يجوز النزول عنها، وأن كل فرد ينبغي أن يكون مشاركاً إيجابياً فيها، باعتباره محوراً، وإليه يرتد عائداتها، وأن مسؤولية الدول في شأنها مسؤولية أولية تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض من أجل ضمانها وإنهاء معوقاتهما، وأن تتخذ التدابير الوطنية والدولية التي تيسر الطريق إلى التنمية بما يكفل الأوضاع الأفضل للنهوض الكامل بمتطلباتها، وعليها أن تعمل - في هذا الإطار⁽¹⁾.

وفي حكم آخر تناول تدريب العاملين ورفع كفاءاتهم وتوزيع الارباح عليهم من خلال الشركات العاملين فيها: "وحيث إنه متى كان ذلك، وكان المشرع، من خلال النص المطعون فيه، قد هدف إلى تنظيم وتطوير التدريب المهي للعاملين وفقاً لمعايير الجودة العالمية، وبما يتناسب مع احتياجات سوق العمل، باعتبار ذلك هو أحد الالتزامات الجوهرية التي ألقاها الدستور، في نص المادة (20) منه، على عاتق الدولة، ضماناً للوصول إلى ما يستهدفه النظام الاقتصادي من تحقيق الرخاء في البلاد، من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، على ما نصت عليه المادة (27) منه، وبما يضمن الحياة الكريمة للمواطنين؛ وكان ذلك هو محور اهتمام الدستور ومبتغاه، بعد تحديده للهدف من بلوغه، وتخويله المشرع التدخل بتنظيمه بما يحقق العدالة الاجتماعية والخير العام للمواطنين. وكان النص المطعون فيه قد سمح بتدبير مورد مالى لصندوق تمويل التدريب والتأهيل الذي أنشأه، ليضطلع هذا الصندوق بالمهام الموكولة إليه في مجالات إنشاء وتطوير وتحديث مراكز وبرامج التدريب بما يسمح لها بتوفير احتياجات سوق العمل المحلي والخاص في الجهات الخاضعة لقانون العمل، من العمالة الماهرة المدربة، ملبياً في ذلك للالتزام الذي عهد به الدستور في المادة (20) منه إلى الدولة في هذا المجال، كما سعى من وراء ذلك إلى تشجيع المشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر، تنفيذاً للتكليف الذي فرضه الدستور على الدولة بمقتضى نص المادة (28) منه، ليضحي التنظيم الذي تضمنه النص المطعون فيه - بإدراجه ضمن موارد هذا الصندوق نسبة 1% من صافي أرباح المنشآت التي يزيد عدد العاملين بها على عشرة عمال، الخاضعة لأحكام قانون العمل المشار إليه، مقدراً في ذلك القدرة التكلفة لهذه المنشآت، ومستبعداً من هذا الإلزام المنشآت التي لا تحقق أرباحاً، وتلك التي يقل عدد العاملين بها عن عشرة عمال - هو الوسيلة المنضبطة التي اختارها المشرع، للوصول إلى الغايات والأهداف التي حددها القانون، ورصدها الدستور في النصوص المشار إليها، والكافلة لتحقيقها، بما لا يكون متضمناً معه

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 34 لسنة 15 قضائية "دستورية" - جلسة 1996/3/2.

تميزاً تحكيمياً في مجال تحديد المشروعات التي تتحمل بهذه الفريضة المالية، بل يستند إلى أسس موضوعية تبرره، ليس فيها مخالفة لمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة، اللذين كفلهما الدستور⁽¹⁾.

وفي حكم آخر قررت ما يجب أن يتوافر في قانون العمل من تنظيم لحقوق العامل ورب العمل **قضت بأن:** "وحيث إن التنظيم التشريعي، في مجال واجبات العاملين بالشركات التابعة، والتحقيق معهم وتأديبهم، المطعون عليه لا ينال من حق العمل، ولا من قدره، ولا من الشروط التي يرتبط عقلا بها، ولا يحيط بيئة العمل، بأوضاع ترهقها، وإنما وضع قدرا من التوازن والتوازي بين حق كل من العامل وصاحب العمل، بأن أنشأ حقوقا والتزامات متوازنة ومتوازنة لكل منهما، فلا تتنافر فيما بينهما بل تتكامل، ليصبح لكل عمل حقوقه وواجباته، فلا تقابل مزاياه بغير مسؤولياته، ولا يكون وصفها وترتيبها منفصلا عن متطلباتها التي تكفل للمنشأة العمالية حيويتها، واطراد تقدمها، وتحقيق أهدافها، وقابلية تنظيماتها للتعديل وفق أسس علمية قوامها التخطيط المرن وحرية التقدير، فلا تتعثر أعمال هذه المنشأة، أو تثقل بقيود ترهقها، أو تزيد من نفقاتها، بل يكون اتساقها، وتنظيم العمل بها، وترتيبه محققا أهدافها بصورة ملائمة مع خفض نفقاتها. وإذا كانت حرية العمل تستتبع أن يكون لكل فرد ألا يعمل، أو أن يعمل متى شاء، وأينما شاء، وله كذلك أن يترك عمله أو ينتقل منه إلى عمل آخر، فإن هذه الحرية ذاتها تعطي لصاحب العمل، على مشروعه، سلطات وحقوق باعتباره مالكة والمسئول عن إدارته الذي يجني ثمار ازدهاره، ويتحمل نتيجة فشله، ولا معقب على تقديره، إذا رأى إنهاء عقد العمل عندما يتوافر لديه "مبرر جدي" أو مصلحة مشروعة، ولا قيد عليه في هذا الشأن سوى التزامه بعدم التعسف في استعمال هذا الحق، وإلا كان ملتزما بالتعويض لتعذر التنفيذ العيني، بإعادة العامل إلى عمله"⁽²⁾.

وفي حكم آخر لحماية حقوق العمال قضت بأن: "حيث إن كل تمييز لا يتصل بالشروط الموضوعية التي ينبغي أن يمارس العمل في نطاقها، يعتبر منهياً عنه دستورياً، سواء انعكس هذا التمييز في شكل آثار اقتصادية، أم كان مرهقا لبيئة العمل ذاتها أو ملوثا لها من خلال صور من التعامل تحيطها، وتباین أبعادها، إذا كان من شأنها في مجموعها - وعلى امتداد حلقاتها - الإضرار بقيمة العمل، أو الإخلال بطبيعة الشروط التي تقتضيها. ومن ثم لا يكون التمييز في مجال العمل مقبولا، كلما كان حائلا دون قيام العمال بواجباتهم، سواء من خلال صرفهم عن الأداء الأقوم لها، أو بإثنائهم عن متابعتها، أو حملهم على التخلي عنها بتمامها. بما مؤداه أن بيئة العمل لا يجوز إرهابها بعوامل تنافي طبيعتها، ولو كان أثرها منحصرا في مشاعر العاملين وصحتهم النفسية، ذلك

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم رقم 114 لسنة 27 قضائية "دستورية" - جلسة 2021/11/6.

² - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 17 لسنة 26 قضائية "دستورية" - جلسة 2007/4/15.

أن التحامل في شروط العمل والأوضاع التي يتصل بها، يعني عدوانية البيئة التي يمارس فيها أو انحرافها"⁽¹⁾.

ورسخت في مجال حقوق المواطنين في المعاش والضمان الاجتماعي متى توافرت اسبابه بقضائها بأن: "وحيث إن الدستور وإن فوض السلطة التشريعية في تقرير قواعد منح المعاش، إلا أن من المقرر على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن الحق في المعاش إذا توافر أصل استحقاقه فإنه ينهض التزاما على الجهة التي تقرر عليها مترتبة في ذمتها بقوة القانون. وإذا كان الدستور قد خطا خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي حين ناط بالدولة - تقرير معاش يواجه به المواطنون بطالهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم، فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي هي التي تكفل بمداهها واقعا أفضل يؤمن المواطن في غده ويرعى موجبات التضامن الاجتماعي التي يقوم عليها المجتمع على ما تقضي به المادة السابعة من الدستور. يؤيد ذلك أن الحقوق التي يكفلها نظام التأمين الاجتماعي بصورة المختلفة لا يقتصر أثرها على ضمان ما يعين أسرة المؤمن عليه على مواجهة التزاماتها الحيوية، ولكنها في الوقت ذاته مفترض أولي وشرط مبدئي لإسهام المؤمن عليه في الحياة العامة والاهتمام بوسائل النهوض بها ومراقبة كيفية تصريف شئونها، متحررا في ذلك من عثرات النهوض بمسئوليته هذه وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا ما نزل المشرع باحتياجاته عن حدودها الدنيا التي لا يجوز التفريط فيها على ما قرره ديباجة دستور جمهورية مصر العربية التي تعتبر مدخلا إليه"⁽²⁾.

وبلورت الحق في الملكية الخاصة في قضائها بأن: "وحيث إن المقرر كذلك أن صون الدستور للملكية الخاصة مؤداه أن المشرع لا يجوز أن يجردها من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يغير من طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. وكان ضمان وظيفتها هذه يفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها عليها المشرع جوهر مقوماتها، ولا أن يكون من شأنها حرمان أصحابها من تقرير الانتفاع بها، وكان صون الملكية وإعاقبتها لا يجتمعان، فإن هدمها أو تقويض أسسها من خلال قيود تنال منها، ينحل عصفا بها منافيا للحق فيها. وحيث إن التنظيم التشريعي لحق الملكية وكلما كان متصلا بما ينبغي أن يعود على أصحابها من ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها لا يجوز أن يقيد مداها، ولا أن يعدل بعض جوانبها إلا بالقدر وفي الحدود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وبما لا ينال من جوهرها"⁽³⁾.

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 30 لسنة 16 قضائية "دستورية" - جلسة 1996/4/6.

² - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 34 لسنة 13 قضائية "دستورية" - جلسة 1994/6/20.

³ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 47 لسنة 21 قضائية "دستورية" - جلسة 2004/4/4.

وقضت في تعريف الضرائب وكيفية فرضها بأن: "وحيث إن من المقرر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة جبرا من المكلفين بأدائها إسهاما من جهتهم في أعبائها وتكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها، فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها بذلت من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطا بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبةها، وإلا كان ذلك خلطا بينها وبين الرسم، إذ يستحق مقابلا لنشاط خاص أتاه الشخص العام - وعوضا عن تكلفته - وإن لم يكن بمقدارها"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الحقوق الاجتماعية في ضوء نصوص الدستور وأحكام القضاء

لم يخلو الدستور المصري الحالي من نصوص تؤكد على حق المواطن في الحصول على حقوقه الاجتماعية؛ كما أكد القضاء الدستوري في العديد من أحكامه على ذلك.

أولاً: الحقوق الاجتماعية في ضوء نصوص الدستور: تناول الدستور المصري الحقوق الاجتماعية للمواطن من حقه في حياة كريمة، وتكوين الأسرة وحمايتها، والحق في الصحة والرعاية المتكاملة، والحق في التعليم، والأمن، بل نجد أن النصوص الدستورية وضعت للانفاق على الحق في الصحة والحق في التعليم نسبة من الموازنة العامة للدولة تزيد طبقا للمعدلات الدولية.

فنص في المادة (8) منه على فكرة العدالة والتضامن الاجتماعي بالنص على أن: "يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي. وتلتزم الدولة بتحقيق العدالة الاجتماعية وتوفير سبل التكافل الاجتماعي، بما يضمن الحياة الكريمة لجميع المواطنين، على النحو الذي ينظمه القانون"؛ وجاء نص المادة (10) لترسخ لحماية الأسرة بالنص على أن: "الأسرة أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وتحرس الدولة على تماسكها واستقرارها وترسيخ قيمها"، ثم جاء حماية **الحق في الصحة** فيعد الحق في الصحة ركناً رئيسياً من حقوق الإنسان الأساسية تم التأكيد عليه في معاهدات حقوق الإنسان الدولية والإقليمية، وفي الدساتير الوطنية في جميع أنحاء العالم، وترتبط الصحة بالإنسان ارتباطاً وثيقاً، لأنها تمكنه من أن يعيش حياة سليمة وكريمة، وأزدادت أهميتها في العصر الحديث، ويعني الحق في الصحة أن الحكومة يجب أن تهيئ الظروف التي يمكن فيها لكل فرد الحصول على الرعاية الصحية المناسبة والميسورة التكلفة ذات الجودة المناسبة في التوقيت المناسب، وهو حق شامل يتضمن أيضاً المقومات الأساسية للصحة مثل الحصول على مياه الشرب المأمونة، والإمداد الكافي بالغذاء الآمن والتغذية والسكن، والظروف

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 43 لسنة 17 قضائية "دستورية" - جلسة 2/ 1/ 1999.

الصحية للعمل والبيئة، والحصول على التوعية والمعلومات فيما يتصل بالصحة⁽¹⁾، فنص في (18) منه على أن: "لكل مواطن الحق في الصحة وفي الرعاية الصحية المتكاملة وفقاً لمعايير الجودة، وتكفل الدولة الحفاظ على مرافق الخدمات الصحية العامة التي تقدم خدماتها للشعب ودعمها والعمل على رفع كفاءتها وانتشارها الجغرافي العادل. وتلتزم الدولة بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للصحة لا تقل عن 3 % من الناتج القومي الإجمالي تتصاعد تدريجياً حتى تتفق مع المعدلات العالمية. وتلتزم الدولة بإقامة نظام تأمين صحي شامل لجميع المصريين يغطي كل الأمراض، وينظم القانون إسهام المواطنين في اشتراكاته أو إعفاءهم منها طبقاً لمعدلات دخولهم. ويجرم الامتناع عن تقديم العلاج بأشكاله المختلفة لكل إنسان في حالات الطوارئ أو الخطر على الحياة. وتلتزم الدولة بتحسين أوضاع الأطباء وهيئات التمريض والعاملين في القطاع الصحي. وتخضع جميع المنشآت الصحية، والمنتجات والمواد، ووسائل الدعاية المتعلقة بالصحة لرقابة الدولة، وتشجع الدولة مشاركة القطاعين الخاص والأهلي في خدمات الرعاية الصحية وفقاً للقانون". ونص الدستور على **الحق في التعليم** لأهميته في أنه من المستحيل تأسيس مجتمع مستقر ديموقراطي دون حد من إلمام غالبية مواطنية بالقراءة والكتابة والمعرفة، وبالتالي لا يعود النفع من تعليم الطفل على أسرته وذاته فحسب بل أيضاً على سائر أفراد المجتمع؛ كما أن التعليم يشكل إحدى الدعامات الرئيسية لزيادة الإنتاج ومن ثم تحقيق العدالة الاجتماعية وتقليل حدة التفاوت على مستوى الدولة الواحدة⁽²⁾، فنص في المادة (19) على أن: "التعليم حق لكل مواطن، هدفه بناء الشخصية المصرية، والحفاظ على الهوية الوطنية، وتأصيل المنهج العلمي في التفكير، وتنمية المواهب وتشجيع الابتكار، وترسيخ القيم الحضارية والروحية، وإرساء مفاهيم المواطنة والتسامح وعدم التمييز، وتلتزم الدولة بمراعاة أهدافه في مناهج التعليم ووسائله، وتوفيره وفقاً لمعايير الجودة العالمية. والتعليم إلزامي حتى نهاية المرحلة الثانوية أو ما يعادلها، وتكفل الدولة مجانيته بمراحلها المختلفة في مؤسسات الدولة التعليمية، وفقاً للقانون. وتلتزم الدولة بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للتعليم لا تقل عن 4% من الناتج القومي الإجمالي، تتصاعد تدريجياً حتى تتفق مع المعدلات العالمية. وتشرف الدولة عليه لضمان التزام جميع المدارس والمعاهد العامة والخاصة بالسياسات التعليمية لها". وتنص المادة (20) على أن: "تلتزم الدولة بتشجيع التعليم

¹ - مدحت يوسف أحمد يوسف عنايم: الحماية الدستورية لحق الإنسان في الصحة في ظل النظام العام في مصر دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، المجلد الثاني، العدد (88)، أكتوبر 2019، ص 11.

² - هاني خميس أحمد عبده: السياسات الليبرالية والعدالة الاجتماعية في المجتمع المصري بعد ثورتي 25 يناير و30 يونيو الحقوق الاجتماعية والاقتصادية نموذجاً، المركز العربي للبحوث والدراسات، عدد (19)، يوليو 2015، ص 104.

الفنى والتقنى والتدريب المهنى وتطويره، والتوسع فى أنواعه كافة، وفقا لمعايير الجودة العالمية، وبما يتناسب مع احتياجات سوق العمل". ثم تطرق الدستور للحق فى السكن بالنص فى المادة (41) على أن: "تلتزم الدولة بتنفيذ برنامج سكاني يهدف إلى تحقيق التوازن بين معدلات النمو السكاني والموارد المتاحة، وتعظيم الاستثمار فى الطاقة البشرية وتحسين خصائصها، وذلك فى إطار تحقيق التنمية المستدامة". ثم تناول الحق فى الكرامة والحياة الآمنة للمواطنين فنص فى المادة (51) على أن: "الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها". ونص فى المادة (59) على أن: "الحياة الآمنة حق لكل إنسان، وتلتزم الدولة بتوفير الأمن والطمأنينة لمواطنيها، ولكل مقيم على أرضها؛ وتعتبر المرة الأولى التي يغطي بها الحق فى الغذاء دستورية مستقلة بعدما كان هذا الحق الهام يندرج بشكل عابر وسط حقوق أخرى كثيرة كما أن النص على السيادة الغذائية يجعل من مصر الدولة العربية الأولى التي يشتمل دستورها على هذا الحق كما تعتبر هذه المادة خطوة هامة من حيث وضعها فى إطار الحقوق "الاقتصادية، الاجتماعية" التي تلتزم بها الدولة⁽¹⁾، فتنبص المادة (79) منه على أن: "لكل مواطن الحق فى غذاء صحى وكاف، وماء نظيف، وتلتزم الدولة بتأمين الموارد الغذائية للمواطنين كافة. كما تكفل السيادة الغذائية بشكل مستدام، وتضمن الحفاظ على التنوع البيولوجي الزراعي وأصناف النباتات المحلية للحفاظ على حقوق الأجيال".

ثانياً: الحقوق الاجتماعية فى ضوء أحكام القضاء الدستوري: هناك عدد من أحكام المحكمة الدستورية العليا التي رسخت للعديد من الحقوق الاجتماعية **مثل الحق فى التعليم** فقضت بأن: "وحيث إن التعليم - على ضوء ما تقدم - كان ولازال من أكثر المهام خطراً، وأعماقها اتصالاً بآمال المواطنين وطموحاتهم، وأوثقها ارتباطاً بمصالح الجماعة ومقاييس تقدمها، وكان على الدولة بالتالى أن تهيم على عناصره الرئيسية، وأن توليه رعايتها، وأن توفر لدور التعليم - وبقدر طاقتها - شرايين الحياة الجوهريّة التي لا تقوم إلا بها، وأن يكون إنفاقها على التعليم، تعبيراً عن اقتناعها بأن ثماره عائدة فى منتهى إليها. وأن اجتناءها بيد مواطنيها، فليس التعليم حرثاً فى البحر، بل هو نبض الحياة وقوامها، لا تستقيم بغيره شئونها، ولازال متطلباً كشرط مبدئى لمواجهة المواطنين لمسئولياتهم مع تنوعها وشمولها، ليكون اضطلاعهم بها منتجا وفعالا، وهو كذلك تعميق لمشاعر الانتماء، يتمخض إلهاً للضمائر، وتقريراً للحقائق، واستنهاضاً لهمم، نحو ما ينبغى أن يكون نهجاً قويمياً للعمل، واستثارة لتلك القيم والمثل العليا التي يكون غرسها وإيقاظها فى النشء، مشكلاً لعقولهم، محدداً مآلاً أنماطاً لتصرفاتهم، فلا يوجهون - فى الأعم - طاقاتهم بدداً، ولا

¹ - أحمد أبو الفتوح محمد المرغني حبلى: الجيود المصرية لتوفير الحق فى الغذاء للشعب المصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، عدد (53)، مايو 2021، ص 416.

يترجعون عن الإقدام طريقا، ولا يتخاذلون أو يمارون، بل يوازنون بين حقوقهم وواجباتهم، مستبصرين حدودها، فلا يفرقون أو يفرطون. والتعليم فوق هذا يعدهم للحياة. ويدبرهم على مواجهة صعابها، ويقيم لهم معالمها، فلا تتنافر وسائلها، أو تتعارض ملامحها. وهم أسوياء بالتعليم، يتوافقون مع بيئتهم، ويندمجون في مجتمعاتهم، فلا يسعون لغير مظاهر التفوق إصرارا، ولا يميلون عن الحق طريقا، ليكون التعليم دوما حقا أصيلا لا تابعا، لا تداخل الأهواء فرص النفاذ إليه، ولا تملها نزوة عابرة، بل يكون القبول بالمعاهد التعليمية على اختلافها، محددا وفق أسس موضوعية تستقيم بها متطلبات ممارسة هذا الحق، فلا يكون التعليم على ضوئها شكلياً أو رمزيًا، ولا يقيد المشرع من مداه اعتسافاً، بل يكون مليباً - واقعاً ومضموناً - للأغراض التي يتوخاها أصلا، وموازنا بين مستواه في مرحلة بذاتها، وما ينبغي أن يلائمها من شروط الالتحاق بها، على ضوء نظره كلية تكفل الارتقاء بالجماعة حضاريا، وإنماء طرائق النظر والاستدلال، لتطوير العلوم في مختلف مجالاتها، والتمكين من أسبابها. وحيث إن الحق في التعليم فحواه، أن يكون لمن يطلبونه الحق في ضمان قدر منه يلتئم مع مواهبهم وقدراتهم، وكذلك اختيار نوع من التعليم يكون أكثر اتفاقا مع ملكاتهم وميولهم. ولا ينحصر الحق في التعليم، في مجرد النفاذ إليه وفق الشروط الموضوعية التي تتحدد على ضوئها فرص قبول الطلبة بالمعاهد التعليمية، كتلك التي تتصل بملاءمة تكوينهم علميا واستعدادهم ذهنيا ونفسيا لنوع وخصائص المناهج الدراسية بتلك المعاهد، وعلى ضوء مستوياتها الأكاديمية، ذلك أن الالتحاق بالمعاهد التعليمية وفق الشروط الموضوعية المحددة للقبول بها، يعتبر مشتملا بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلات وخدماتها، بقدر اتصالها بالعملية التعليمية في ذاتها، وارتباطها بما يكفل تكامل عناصرها، وبلوغ غاياتها، يؤيد ذلك أن الاعتبار الأظهر في العملية التعليمية، وإن كان عائدا أصلا إلى خصائص مناهجها الدراسية ومستوياتها، وكذلك إلى شروط تكوين الهيئة التي تقوم بتدريسها، وعلى الأخص من زاوية كفاءتها العلمية، وقدرتها على الاتصال بالطلبة، والتأثير فيهم وجذبهم إليها، وإشراكهم تلك القيم والمثل التي تملها المصالح الحيوية في درجاتها العليا، إلا أن ذلك لا يقلل من دور مرافق المعاهد التعليمية وخدماتها، كتلك التي هيأتها لدعم النواحي الرياضية والترفيهية والصحية لطلبتها، وكذلك تلك التي أنشأتها لاستثارة مواهبهم نهوضا برسالتها. إذ لا تستقيم أغراض التعليم لغير الأسوياء الأصحاء - القادرين بدنيا ونفسيا - على النظر في العلوم وتدبرها وإنشاء علائق اجتماعية مع زملائهم، والاندماج في محيطهم⁽¹⁾.

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 40 لسنة 16 قضائية "دستورية" - جلسة 2 / 9 / 1995.

وقضت في مجال تكوين الأسرة بأن: "وحيث إن الحق في تكوين الأسرة - واختيار الزوج مدخلها - من الحقوق التي كفلها الدستور على ماجرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن هذا الحق وثيق الصلة بالحرية الشخصية، وهي الحرية الأصل التي تهيمن على الحياة بكل أقطارها، ولا تكتمل الشخصية الإنسانية في غيبتها، وهو كذلك من الحقوق الشخصية التي لا تتجاهل القيم الدينية، أو تقوض روابطها، أو تعمل بعيداً عنها، أو تتقرر إنعزالاً عن التقاليد التي تؤمن بها الجماعة التي يعيش الفرد في كنفها، بل تركيها، وتتعاظم بقيمتها، بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها، ذلك أن الزوجين - ومن خلال الأسرة التي كونها - يمتزجان في وحدة يرتضيانها، يتكاملان بها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها مترامياً على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها، مؤكداً حق الشريكين فيها، في أن يتخذا من خلالها أدق قراراتهما وأوثقها ارتباطاً بمصائرها، بما يصون لحياتهما الشخصية أعمق أغوارها، فلا يقتحمها المشرع متغولاً على أسرارها وأنبل غاياتها، وإلا كان ذلك عدواناً ينال من الدائرة التي تظهر فيها الحياة العائلية، في صورتها الأكثر تآلفاً وتراحماً. وحيث إن الحق في تكوين الأسرة - محدد على النحو المتقدم - لا ينفصل بالضرورة عن الحق في صونها - على امتداد مراحل بقائها - لتأمينها مما يخل بوحدها، أو يؤثر سلباً في ترابطها أو في القيم والتقاليد التي تنصهر فيها وبما يكفل تنشئة أطفالها وتقويمهم، وتحمل مسؤولياتهم صحياً وتعليمياً وتربوياً، فلا تتفرق الأسرة التي تضمهم جميعاً - وهي الوحدة الأساسية لمجتمعها The Basic Unit of Society بدداً، ولا يكون التعاون بين أفرادها، هامشياً Marginal أو مرحلياً أو انتقائياً، بل عريضاً وفاعلاً، ليظل اتصالهم ببعض، كافلاً لدمجهم في محيطها Family Integration وإشراكهم بمبادئها وتقاليدها التي لا زال الدين يشكلها في الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص في مجال اختيار أنماط الحياة التي يتعايش معها أفراد الأسرة الواحدة. ويرتضونها طريقاً لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأموالهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها. وكلما كان التنظيم التشريعي لبنیان الأسرة ملتئماً مع الدين والأخلاق والوطنية، نابغاً من ضرورة إسهامها في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية على تباين مستوياتها، فإن قوْدَها لها يكون واقعاً حياً، منبئاً حقاً وعدلاً، عن إطار تقدمي لمجتمعها. وحيث إن دورة الحياة Life Cycle التي تمتد إليها العلائق الزوجية، قوامها المودة والرحمة، وجوهرها مباشرة أفرادها لمسئولياتهم إنصافاً، وبوجه خاص من خلال التقيد بجوانبها التي حددتها القواعد الأمرة للدين، أو التي يقتضيها صون كرامتهم الأصلية Innate Dignity أو ضمان أمنهم بيئياً Environmental

Security أو التمكين من إنماء ملكاتهم Empowerment of Potentials وبذلك وحده يكون بنيان الأسرة أو نسيجها، كافلاً ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر.⁽¹⁾

وقضت المحكمة الإدارية العليا في الحق في الصحة بأن: "الحق في الرعاية الصحية- تلتزم الدولة، بحكومتها ومؤسساتها العامة والخاصة، بتوفير جميع الخدمات الصحية المتكاملة للمواطنين، على وفق معايير الجودة العالمية- يُجَرَّم الامتناع عن تقديم العلاج بأشكاله المختلفة لكل إنسان في حالات الطوارئ أو الخطر على الحياة- يُسبغ هذا الالتزام الحماية الدستورية والقانونية لعلاج المواطنين على نفقة الدولة، سواء تحققت وسيلة العلاج داخل البلاد أو خارجها، وأياً كانت أنظمة العلاج الوظيفية العامة أو الخاصة أو التكافلية أو التأمينية التي يخضع لها المواطن، أو يندرج تحت مظلتها، وسواء اكتفت تلك الأنظمة بكفالة العلاج كاملاً أو جزئياً- يلزم أن يتوافق مبدأ الالتزام الدستوري والقانوني للدولة ومؤسساتها جميعاً بالرعاية الصحية والعلاجية للمواطنين، مع مبدئين آخرين يضاهايه أهمية: (أولهما) جودة العلاج، ويعني مجابهة الأمراض بأفضل وسائل علاجية من خلال الفحوصات والتشخيص والدواء أو العمليات الجراحية وخالقها، و(ثانيهما) وقتية العلاج، ويعني كفالة سرعة العلاج وأنيته؛ إذ يمثل البطء في العلاج إهمالاً يتعارض مع ماهية الرعاية الصحية - تُشكّل هذه المبادئ الثلاثة إطار المنظومة العلاجية المتكاملة، المتفرعة عن الحق في الصحة، الذي تغياه المشرع الدستوري- يجب أن تتم الرعاية الصحية في ظل مبدأي المساواة وعدم التمييز بين المواطنين، المنصوص عليهما دستورياً".⁽²⁾

الفرع الثالث: الحقوق السياسية والمدنية في ضوء نصوص الدستور وأحكام القضاء

يتضمن الدستور الحالي منظومة متكاملة من الحقوق والحريات السياسية والمدنية موازية للمنظومتين الاقتصادية والاجتماعية في شكل متكامل معهما وبما يحقق النفع الشامل على المواطنين.

أولاً: الحقوق السياسية والمدنية في ضوء نصوص الدستور: تعد الحقوق السياسية والمدنية هي من الأسباب الرئيسية الدافعة للهجرة غير الشرعية؛ وكلها مرتبطة بمفهوم المواطنة التي تعد العمود الفقري والأساس الدستوري لكل الحقوق والحريات في الدولة استناداً لها كمبدأ فتصبح حقوق المواطنة أساس جميع الحقوق السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية التي ينظمها

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 33 لسنة 15 قضائية "دستورية" - جلسة 1995/12/2.

² - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 12195 و 12645 لسنة 59 قضائية عليا - جلسة 2016/2/21.

الدستور⁽¹⁾، فنص في المادة (4) على مبدأ المساواة بين المواطنين وفكرة تكافؤ الفرص فنص على أن: "السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور"؛ ونص على فكرة التداول السلمي للسلطة وأن النظام السياسي قائم على التعددية الحزبية المادة (5) على أن: "يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وتلازم المسئولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحرياته، على الوجه المبين في الدستور"، ثم أكد على فكرة المساواة بين المواطنين فنص في المادة (53) على أن: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الإجتماعي، أو الإلتواء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر. التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض". وقد رسخ الدستور المصري للحق في الخصوصية باعتباره من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، وهو يشمل صوراً عديدة تتصل جميعها بأسرار الفرد وحياته الخاصة وتنبع من حرته الشخصية ومن أهم صور هذا الحق، حق الفرد في المحافظة على أسرار الشخصية التي لا يجب أن يطلع عليها أحد إلا بأذنه مثل السر المتعلق بالحالة الصحية، والحالة المالية، وحرمة المسكن وما يقاس على المسكن من السيارة، والحق في حماية المعلومات الشخصية الخاصة به ومراسلاته بصورها المختلفة ومنها صورته وببريده الشخصي⁽²⁾، فنص في المادة (54) على أن: "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تُمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق. ويجب أن يُبلغ فوراً كل من تقييد حريته بأسباب ذلك، ويحاط بحقوقه كتابة، ويُمكن من الإلتصال بذويه وبمحاميه فوراً، وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته. ولا يبدأ التحقيق معه إلا في حضور محاميه، فإن لم يكن له محام، نُدب له محام، مع توفير المساعدة اللازمة لذوى الإعاقة، وفقاً للإجراءات المقررة في القانون. ولكل من تقييد حريته،

¹ - منى رمضان محمد بطيخ: المواطنة: التطورات النظرية والممارسات العملية دراسة في النظم السياسية والدستورية المصرية المقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، عدد (49)، مايو 2019، ص 23.

² - يسري محمد العصار: الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري بشأن حماية الحق في الخصوصية دراسة مقارنة " الكويت - مصر - فرنسا"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، مجلد (3)، عدد (10)، يونيو 2015، ص 42.

ولغيره، حق التظلم أمام القضاء من ذلك الإجراء، والفصل فيه خلال أسبوع من ذلك الإجراء، وإلا وجب الإفراج عنه فوراً. وينظم القانون أحكام الحبس الاحتياطي، ومدته، وأسبابه، وحالات استحقاق التعويض الذي تلزم الدولة بأدائه عن الحبس الاحتياطي، أو عن تنفيذ عقوبة صدر حكم بات بإلغاء الحكم المنفذة بموجبه. وفي جميع الأحوال لا يجوز محاكمة المتهم في الجرائم التي يجوز الحبس فيها إلا بحضور محام موكل أو مُنتدب¹؛ ونص في المادة (57) على أن: "للحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رعايتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون. كما تلزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها، ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها، بشكل تعسفي، وينظم القانون ذلك".

ركر الدستور المصري الحالي على حرية الاعتقاد وحرية التعبير باعتبارهما حجر الزاوية الذي تقوم عليه كافة الحقوق الأخرى الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وهي الضمانة التي يقوم عليها أى مجتمع ديمقراطي؛ وباعتبار أن حمايتها ليست مطلباً فردياً بل أنها ضرورة اجتماعية ترمي إلى كفالة مجموعة كبيرة من المصالح التي لا ينهض مجتمع إلا بها⁽¹⁾، فنص في المادة (64) على أن: "حرية الاعتقاد مطلقة. وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية، حق ينظمه القانون". ونص في المادة (65) على أن: "حرية الفكر والرأى مكفولة. ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو الكتابة، أو التصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر". ونص في المادة (71) على أن: "يحظر بأى وجه فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام المصرية أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها. ويجوز إستثناء فرض رقابة محددة عليها في زمن الحرب أو التعبئة العامة. ولا توقع عقوبة سالبة للحرية في الجرائم التي ترتكب بطريق النشر أو العلانية، أما الجرائم المتعلقة بالتحريض على العنف أو بالتمييز بين المواطنين أو بالطعن في أعراض الأفراد، فيحدد عقوباتها القانون". ونص على الحق في الاجتماع والتظاهر في المادة (73) بالنص على أن: "للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة، والمواكب والتظاهرات، وجميع أشكال الأحتجاجات السلمية، غير حاملين سلاحاً من أى نوع، بإخطار على النحو الذي ينظمه القانون. وحق الاجتماع الخاص سلمياً مكفول، دون الحاجة إلى إخطار سابق، ولا يجوز لرجال الأمن حضوره أو مراقبته، أو التنصت عليه". ونص على الحق في تكوين الأحزاب السياسية في المادة (74) من أن: "للمواطنين

¹ - علماء على زكرى: حرية التعبير في تطبيقاتها المعاصرة بحث تحليلي مقارن، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، عدد (2)، 2017، ص 225.

حق تكوين الأحزاب السياسية، بإخطار ينظمه القانون. ولا يجوز مباشرة أى نشاط سياسى، أو قيام أحزاب سياسية على أساس دينى، أو بناء على التفرقة بسبب الجنس أو الأصل أو على أساس طائفى أو جغرافى، أو ممارسة نشاط معاد لمبادئ الديمقراطية، أو سرى، أو ذى طابع عسكرى أو شبه عسكرى. ولا يجوز حل الأحزاب إلا بحكم قضائى".

ثانياً: الحقوق السياسية والمدنية في ضوء أحكام القضاء الدستوري: هناك عدد من الأحكام الدستورية التي رسخت للحقوق السياسية والمدنية للمواطنين منها مبدأ المساواة بين المواطنين فقضت بأن: "إن الدساتير المصرية بدءاً بدستور 1923، وانتهاء بالدستور القائم، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال أو تقيد ممارستها، وأضحى هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحرريات المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال أعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء السياسة التشريعية التي يراها محققة للمصلحة العامة، وأن صور التمييز التي أوردتها المادة (40) من الدستور التي تقوم على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة لم ترد على سبيل الحصر، فهناك صور أخرى من التمييز لها خطرهما، مما يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة قضائية تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون ولضمان احترامه في جميع مجالات تطبيقه"⁽¹⁾.

ورسخت المحكمة الدستورية لحق الترشح والانتخاب فقضت بأن: "مما مفاده أن الحقوق السياسية المنصوص عليها في هذه المادة - ومن بينها حق الترشح الذي عني الدستور بالنص عليه صراحة من حقي الانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء - اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التي حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم في اختيار قياداتهم وممثلهم في إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة وعلى أساس أن حقي الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذي يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوماً حتمياً لإعمال الديمقراطية في محتواها المقرر دستورياً ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة في حقيقتها عن الإرادة الشعبية ومعبرة تعبيراً صادقا عنها، ولذلك لم يقف

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 21 لسنة 7 قضائية "دستورية" - جلسة 1989/4/29.

الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن في ممارسته تلك الحقوق السياسية، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته في الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجباً وطنياً يتعين القيام به في أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التي تعتبر قواماً لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين⁽¹⁾.

وبينت أن اساس الحكم في مصر يقوم على التعددية الحزبية فقضت بأن: "وحيث إن الدستور إذ نص في مادته الخامسة على تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسي في الدولة، فإنه يكون قد كفل بالضرورة حرية تكوينها وضمن حق الانضمام إليها، إلا أنه لم يشأ أن يطلق الحرية الحزبية إطلاقاً لا سبيل معه إلى تنظيمها، وإنما أراد - حسبما نصت على ذلك المادة الخامسة منه - أن يكون التعدد الحزبي دائراً في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور، كما جعل جانب التنظيم التشريعي فيه أمراً مباحاً، إذ عهد إلى القانون تنظيم الأحزاب السياسية، على أن يقف التدخل التشريعي - بناء على هذا التفويض - عند حد التنظيم الذي ينبغي ألا يتضمن نقضا للحرية الحزبية أو إنتقاصا منها وأن يلتزم بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، فإن جاوزه إلى حد إهدار الحرية ذاتها أو النيل منها أو خرج على القواعد والضوابط التي نص عليها الدستور، وقع القانون - فيما تجاوز فيه دائرة التنظيم - مخالفاً للدستور. وحيث إن الأحزاب السياسية وهي جماعات منظمة تعنى أساساً بالعمل بالوسائل الديمقراطية للحصول على ثقة الناخبين بقصد المشاركة في مسئوليات الحكم لتحقيق برامجها التي تستهدف الإسهام في تحقيق التقدم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للبلاد، وهي أهداف وغايات كبرى تتعلق بصالح الوطن والمواطنين، تتلاقى عندها الأحزاب السياسية الوطنية جميعها أو تتحاذى في بعض مناحيها الأمر الذي يجعل التشابه أو التقارب بين الأحزاب السياسية في هذه الأهداف أمراً وارداً، ومن ثم لم يشترط البند ثانياً من المادة الرابعة من قانون الأحزاب المشار إليه أن يقع التميز الظاهر في مبادئ وأهداف الحزب كشرط لتأسيسه أو استمراره وذلك بقصد إفساح المجال لحرية تكوينها، بل جاء الشرط مقصوراً على برنامج الحزب وسياساته وأساليبه التي يسعى بها لتحقيق مبادئه وأهدافه ضماناً للجدية حتى يكون للحزب قاعدة جماهيرية حقيقية تسانده وأن يكون في وجود الحزب إضافة جديدة للعمل السياسي ببرامج وسياسات متميزة عن الأحزاب الأخرى إثراء للعمل الوطني ودعماً للممارسة الديمقراطية تبعاً لاختلاف البرامج والاتجاهات المتعلقة بالشئون السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتوسعة لنطاق المفاضلة بينها واختيار

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية "دستورية" - جلسة 19/5/1990.

أصلح الحلول وأنسبها. لما كان ذلك وكان اشتراط تميز برنامج الحزب وسياساته أو أساليبه في تحقيق مبادئه وأهدافه تميزا ظاهرا عن الأحزاب الأخرى مما يدخل في نطاق التنظيم التشريعي الذي عهد به الدستور إلى القانون⁽¹⁾.

كرس القضاء الدستوري حرية الرأي والتعبير بقضائه: "ولا يعدو إجراء الحوار المفتوح حول المسائل العامة، أن يكون ضمنا لتبادل الآراء على اختلافها، كي ينقل المواطنون علانية تلك الأفكار التي تجول في عقولهم - ولو كانت السلطة العامة تعارضها - إحداثا من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوبا. ولئن صح القول بأن النتائج الصائبة هي حصيلة الموازنة بين آراء متعددة جرى التعبير عنها في حرية كاملة، وإنها في كل حال لا تمثل انتقاء من السلطة العامة لحلول بذاتها تستقل بتقديرها وتفرضها عنوة، فإن من الصحيح كذلك أن الطبيعة الزاجرة للعقوبة التي توقعها الدولة على من يخلون بنظامها، لا تقدم ضمنا كافيا لصونه، وأن من الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها، وأن الطريق إلى السلامة القومية إنما يكمن في ضمان الفرص المتكافئة للحوار المفتوح، لمواجهة أشكال من المعاناة - متباينة في أبعادها - وتقرير ما يناسبها من الحلول النابعة من الإرادة العامة. ومن ثم كان منطقيا، بل وأمر محتوما أن ينحاز الدستور إلى حرية النقاش والحوار في كل أمر يتصل بالشئون العامة، ولو تضمن انتقادا حادا للقائمين بالعمل العام. إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمته ولو كان معززا بالقانون، ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل، ولحرية الإبداع والأمل والخيال. وهو في كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه، بما يعزز الرغبة في قمعها، ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها، مما يهدد في النهاية أمن الوطن واستقراره.⁽²⁾

كرس القضاء للحق في الاجتماع باعتباره مرتبطا بحرية الرأي والتعبير فقضت بأن: "وحيث إن حرية التعبير - في مضمونها الحق - تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلودون بها في الاجتماع المنظم، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض، بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها لبعض، ويعطل تدفق الحقائق التي تتصل باتخاذ القرار، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تنميتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع. ذلك أن الانعزال عن الآخرين يؤول إلى استعلاء وجهة النظر الفردية وتسليطها، ولو كان أفقها ضيقا أو كان عقمها أو تحزبها باديا.⁽³⁾

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 44 لسنة 7 قضائية "دستورية" - جلسة 1988/5/7.

² - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 42 لسنة 16 قضائية "دستورية" - جلسة 1995/5/20.

³ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 2 لسنة 16 قضائية "دستورية" - جلسة 1996/2/3.

وأصلت المحكمة الدستورية للحرية الدينية والاعتقاد فقضت بأن: "ومن حيث إنه يستفاد مما تقدم أن المشرع قد التزم في جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وحرية إقامة الشعائر الدينية باعتبارهما من الأصول الدستورية الثابتة المستقرة في كل بلد متحضر فلكل إنسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه، ولا سبيل لأي سلطة عليه فيما يدين به في قرارة نفسه وأعماق وجدانه. أما حرية إقامة الشعائر الدينية وممارستها فهي مقيدة بقيد أفصحته عنه الدساتير السابقة وأغفله الدستور القائم وهو "قيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب" ولا ريب أن إغفاله لا يعني إسقاطه عمداً وإباحة إقامة الشعائر الدينية ولو كانت مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب. ذلك أن المشرع رأى أن هذا القيد غني عن الإثبات والنص عليه صراحة باعتباره أمراً بديهياً وأصلاً دستورياً يتعين إعماله ولو أغفل النص عليه أما الأديان التي يحى هذا النص حرية القيام بشعائرها فقد استبان من الأعمال التحضيرية لدستور سنة 1923 عن المادتين 12، 13 منه وهما الأصل الدستوري لجميع النصوص التي رددتها الدساتير المصرية المتعاقبة أن الأديان التي تحمي هذه النصوص ومنها نص المادة 46 من الدستور الحالي حرية القيام بشعائرها إنما هي الأديان المعترف بها وهي الأديان السماوية الثلاثة⁽¹⁾.

وأوضح القضاء الدستوري وحدة النصوص الدستورية وتكاملها في قضائه بأن: "إن الأصل في النصوص الدستورية، أنها تفسر بافتراض تكاملها باعتبار أن كلا منها لا ينغزل عن غيره، وإنما تجمعها تلك الوحدة العضوية التي تستخلص منها مرامها، ويتعين بالتالي التوفيق بينها، بما يزيل شبهة تعارضها ويكفل اتصال معانيها وتضامها، وترابط توجهاتها وتساندها، ليكون ادعاء تماحها لغوا، والقول بتآكلها بهتاناً؛ وكان مضمون الحقوق السياسية التي يثيرها النزاع الراهن، إنما يتحدد على ضوء اتصال هذه الحقوق بمبدأ تكافؤ الفرص، وبإعمال مبدأ المساواة أمام القانون، ودون إخلال بالمقومات الأساسية للمجتمع التي تعمل الأحزاب في نطاقها"⁽²⁾.

المطلب الثالث: القانون والقضاء المصري ومكافحة الهجرة غير الشرعية

تتصارع التشريعات التي تجرم الهجرة غير الشرعية قاعدتين الأولى: مرتبطة بحق الدولة في السيادة على إقليمها والحفاظ على أمنها وأمن مواطنيها؛ والثانية: حق الإنسان في التنقل؛ فيقوم القانون بتنظيم حق الإنسان في التنقل في ضوء سيادة الدولة على أراضيها.

¹ - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 7 لسنة 2 قضائية "دستورية" - جلسة 1/3/1975.

² - راجع حكم المحكمة الدستورية في الدعوى رقم 2 لسنة 16 قضائية "دستورية" - جلسة 3/2/1996.

الفرع الأول: الهجرة غير الشرعية في القانون المصري

تأخرت الحكومة المصرية بشأن إعداد قانون لمواجهة الهجرة غير الشرعية وتنفيذا للالتزامات الدولية الناشئة عن انضمام مصر للاتفاقيات الدولية فقد تم في البداية تشكيل اللجنة الوطنية التنسيق لمكافحة تهريب المهاجرين بقرار من رئيس مجلس الوزراء الصادر في مارس تحت رقم 380 لعام 2014، وأسند إليها إعداد تشريع مصري موحد لمعالجة قضية تهريب المهاجرين وبالفعل صدر القانون رقم 82 لسنة 2016 باصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين والمعدل بالقانون رقم 22 لسنة 2022⁽¹⁾.

أولاً: خصائص جريمة تهريب المهاجرين: تتميز جريمة تهريب المهاجرين بعدة خصائص وسمات تميزها عن غيرها من الجرائم والتي تتمثل في الآتي⁽²⁾.

1. **من الجرائم الواقعة على الأشخاص:** تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم الواقعة على الأشخاص، وذلك لأن موضوع هذه الجريمة هو الإنسان، أي من يتم إدخاله أو إخراجاه أو تدبير البقاء له في إقليم الدولة على نحو غير مشروع هو الإنسان.

2. **من الجرائم العمدية:** فهي جريمة لا يتصور ارتكابها من قبل الجناة عن طريق الخطأ أو الإهمال خاصة أن أفعال الإدخال أو الإخراج أو تدبير البقاء على نحو غير مشروع في إقليم الدولة يكون بعلم وإرادة هؤلاء الجناة.

3. **من الجرائم المستمرة:** هي جريمة ركنها المادي يستغرق بعضاً من الوقت لتحقيقها فبالنسبة لفعل الإدخال أو الإخراج من خلال وسائل النقل البرية أو البحرية أو الجوية من أو إلى إقليم الدولة على نحو غير مشروع فإنه يستغرق فترة زمنية طويلة نسبياً، كما أن فعل تدبير البقاء

¹ - نشر القانون رقم 82 لسنة 2016 في الجريدة الرسمية في العدد 44 مكرر (أ) في 7 نوفمبر 2016. ونشر التعديل بالعدد 14 مكرر (ج) في 11 أبريل سنة 2022. وكل ما تناوله التعديل غلط العقوبة.

كما تناول دخول وإقامة الأجانب بأراضي الجمهورية العربية المتحدة القانون رقم 89 لسنة 1960 والمعدل بالقانون رقم 88 لسنة 2005 ، والمعدل بالقانون 77 لسنة 2016 في شأن دخول وإقامة الأجانب بأراضي جمهورية مصر العربية والخروج منها في المادة الثانية بالنص على أن: "لا يجوز دخول جمهورية مصر العربية أو الخروج منها إلا لمن يحمل جواز سفر أو وثيقة صادرة من السلطة المختصة بذلك في بلدة أو سلطة أخرى معترف بها بخولانه العودة إلى البلد الصادر منها، ويجب أن يكون الجواز أو الوثيقة مؤشراً على أي منها من وزارة الداخلية أو من إحدى البعثات الدبلوماسية أو أي هيئة تنتدبها حكومة جمهورية مصر العربية لهذا الغرض".

² - عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 142، وما بعدها؛ سعيد أحمد قاسم: الحماية الجنائية الموضوعية لجريمة تهريب المهاجرين في القانون 82 لسنة 2016 في شأن مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، عدد (1)، 2018، ص 204، 205؛ دينا عبد العزيز فهد: المواجهة الجنائية لجرائم الهجرة غير الشرعية في ضوء القانون رقم 82 لسنة 2016 والقانون المقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2018، ص 20، وما بعدها.

غير المشروع لكل شخص في إقليم الدولة فإنه يستغرق فترة زمنية طويلة نسبياً بسبب التدخل الإرادي المتجدد من قبل الفاعل كإقراض المال أو توفير العمل أو توفير المأوى ... ألخ.

4. **من الجرائم العابرة للحدود:** فهي جريمة تقوم على تمكين شخص من عبور حدود دولة واحدة أو أكثر، وهذا يعنى أن جريمة تهريب المهاجرين هي من الجرائم العابرة للحدود حيث تتعدى حدودها حدود الدولة الواحدة وتمتد إلى العديد من أقاليم دول العالم، ومن ثم تخضع لمبدأ عالمية الاختصاص الجنائي.

5. **أنها من الجرائم المنظمة:** تدخل جريمة تهريب المهاجرين ضمن الجرائم المنظمة وذلك لقيام العصابات الإجرامية بتهريب المهاجرين كمهنة تهدف إلى الحصول على الأرباح المادية.

ثانياً: الركن المادي لجريمة الهجرة غير الشرعية: عرف القانون 82 لسنة 2016 في المادة الأولى الفقرة الثالثة منه تهريب المهاجرين بأنه: "تدبير انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى من أجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مادية أو معنوية أو لأى غرض آخر". من هذا التعريف يتضح لنا أن الوصف القانوني لقيام أي شخص أو جماعة للعمل على تدبير أية وسائل لنقل آخرين من مكان إلى آخر أو من دولة إلى أخرى، وهو النموذج الذي حدده المشرع لجريمة تهريب المهاجرين في القانون⁽¹⁾. وباستقراء نص المادة السابقة نجد أن القانون حدد الركن المادي لجريمة الهجرة غير الشرعية في عدة صور وذلك إعمالاً لمبدأ شرعية التجريم:

1. تدبير الدخول أو الخروج أو انتقال شخص أو أشخاص بطريقة غير مشروعة من دولة إلى أخرى.

2. تتحقق هذه الجريمة بمجرد تمكن الفاعل من إدخال شخص إلى إقليم الدولة أو إخراج منه بطريقة غير مشروعة ولا يشترط لتحقيق هذه الصورة مرافقة الفاعل للضحية، ويكفي في ذلك إعداد وثيقة سفر غير صحيحة أو هوية مزورة أو أن تكون وثيقة السفر أو الهوية قد صدرت بطريقة غير مشروعة أو حصل الجاني عليها بالاحتيال أو الفساد أو الإكراه أو بأية طريقة أخرى غير مشروعة بغرض تسهيل الدخول غير المشروع أي عبور الحدود دون التقيد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلة.

¹ - سعيد أحمد قاسم، مرجع سابق، ص 190.

3. نص القانون على إعفاء المهرب " المهاجر " من المسؤولية الجنائية والمدنية باعتباره ضحية وقد عرفه القانون بأنه: " أي شخص يكون هدفا للسلوك المجرم بمقتضي المواد أرقام (5، 6، 7) "، ولم يعفي المهرب " الذي يقوم بالتهريب " : وهو الذي يقوم بتدبير عملية الهروب ووسيلتها سواء أكانت برا وبحرا أو جوا سواء كان المهرب شخصا أو مجموعة اشخاص أو كانت عصابة إجرامية منظمة "، من المسؤولية الجنائية ولا المدنية حتى ولو كان عمله بناء على لرضا " المهاجر " وهو ما نصت عليه المادة (2) من القانون من أن: " لا تترتب أية مسئولية جنائية أو مدنية على المهاجر المهرب عن جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها في هذا القانون. ولا يعتد برضاء المهاجر المهرب أو برضاء المسئول عنه أو مسئولية في جرائم تهريب في جرائم تهريب المهاجرين المنصوص عليها في هذا القانون " (1).

4. تناول المشرع في المادة الخامسة من القانون 82 لسنة 2016 مسئولية المهربين بالنص على أن: " يعاقب بالحبس كل من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منضما إليها " . أورد النص العقابي على أفعال حددها المشرع وهي: أفعال التأسيس أو التنظيم أو الإدارة والتي يجمع بينها وحدة الغرض الإجرامي المتمثل في الرغبة في الوجود الفعلي للجماعة الإجرامية المنظمة والقيام بعمليات تهريب المهاجرين؛ والتأسيس يعني: مرحلة تكوين الجماعة الإجرامية المنظمة ووضع الملامح الرئيسية لها، وتحدد الوسائل المادية لتمويل كل ما يتطلبه تنفيذ النشاط الإجرامي من تهريب المهاجرين؛ أما التنظيم: فهو وضع ضوابط العمل التي تحكم عمل الجماعة الإجرامية من توزيع أدوار أعضائها ووظيفة كل منهم تحديداً ووسائل التواصل بينهم وتلقي الأوامر؛ أما الإدارة: تعني تسيير الأمور والتخطيط والتنظيم للعمليات تهريب المهاجرين غير الشرعيين والتنظيم والتنسيق بين أعضائها والإشراف على أعمالهم لتحقيق أغراضها الإجرامية (2).

5. تناول المشرع المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري في جرائم الهجرة غير الشرعية والتي قد تكون شركة أو وكالة سفر أو سياحة أو شركات للنقل البري أو البحري أو الجوي ممن لهم خبرة في مجال الهجرة والجنسية والإقامة، فنص في المادة (14) من

¹ - محمد ذكري إدريس: المواجهة الجنائية للجماعة الإجرامية المنظمة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات، مصر ، مجلد (8)، عدد (2)، 2022، ص 63، 64.

² - سعيد أحمد قاسم، مرجع سابق، ص 192 ، وما بعدها.

القانون 82 لسنة 2016 قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين على أن: "يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري إذا ارتكب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة أحد العاملين لدى الشخص الاعتباري باسمه ولصالحه بذات العقوبات المقررة للجريمة المرتكبة إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته. ويكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة ارتكبت من أحد العاملين لديه باسمه ولصالحه تأمر المحكمة في الحكم الصادر بالإدانة بنشر الحكم على نفقة الشخص الاعتباري في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص الاعتباري لمدة سنة. وللمحكمة أن تقضي بحل أو تصفية الشخص الاعتباري إذا ارتكبت الجريمة من أحد العاملين لديه باسمه ولصالحه مرة أخرى". ويتضح من ذلك النص أن المشرع المصري أكد على المسئولية الجنائية غير المباشرة للشخص الاعتباري بالإضافة إلى المسئولية المدنية المقررة على الشخص الاعتباري أعمالاً لقاعدة مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، وتتوقف مسئوليته الجنائية كمسئولية تابعة للمسئولية المباشرة لأحد العاملين لديه وذلك في حالة ارتكاب أحد الأفراد العاملين لديه باسمه ولصالحه، إضافة إلى مسئولية المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري: "الشخص الذي يمارس بكل سيادة واستقلال نشاطاً إيجابياً فعالاً في الإدارة؛ حيث يقع عليه ذات العقوبة لمرتكب الجريمة إذا ثبت علمه بها أو وقعت نتيجة إخلاله بواجبات وظيفته وذلك لعدم افلات الأشخاص الاعتبارية من العقاب⁽¹⁾.

6. ساوى المشرع المصري بين من يقوم بجريمة تهريب المهاجرين ومن يشرع في ارتكاب الجريمة، وذلك نظراً لخطورة هذه الجريمة⁽²⁾، فالشروع يفترض عدم تحقق جميع عناصر الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين، وذلك لأن الفاعل حاول ارتكاب جريمة تهريب المهاجرين، لكن ظروف خارجة عن إرادته حالت دون تحقق النتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها القانون، والشروع في جريمة الهجرة غير الشرعية لا تعد وأن تكون

¹ - دينا عبد العزيز فهد، مرجع سابق، ص 128، وما بعدها.

² - فنص في المادة (6) من القانون 82 لسنة 2016 على أن: "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه أو بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من نفع أيهما أكبر، كل من ارتكب جريمة تهريب المهاجرين أو الشروع فيها أو تورط في ذلك".

أعمالاً تحضيرية لهذه الجريمة، بالرغم من ذلك عاقب القانون على الشروع بذات عقوبة الجريمة، ومن أمثلة الشروع في جريمة تهريب المهاجرين: عمليات اصطناع جوازات السفر والحصول على نماذج صحيحة ثم القيام بتدليسها، أو كذا عمليات الإيواء أو التنقل السابقة لعملية الإبحار خلسة أو التسلل داخل وسائل النقل البحرية، أو وضع الأشخاص داخل السفينة المهيأة لخروجهم عبر الحدود، أو السماح لهم بالعبور عبر المنفذ دون الاطلاع على الوثائق أو التصاريح اللازمة لعبورهم؛ ولما كانت جريمة تهريب المهاجرين تنحصر مراحلها ما بين إقليم الدولة البحري وتجاوز المياه الإقليمية أو البري فإن أفعال الشروع ينحصر بنفس الحدود المكانية⁽¹⁾؛ ويرى الباحث أن هذا الاتجاه يحمي للمشرع المصري حيث يوسع من صور الحماية الجنائية من جريمة تهريب المهاجرين وتوسيع حالات السلوك الإجرامي - التي تدخل ضمن الركن المادي لجريمة تهريب المهاجرين- وإقامة المسؤولية الجنائية على جميع من يشترك في ارتكاب هذه الجريمة وبالتالي يتم مكافحتها والوقاية منها.

7. صعوبة الفصل بين الفاعل الأصلي في جريمة تهريب المهاجرين والفاعل التبعية أو المساهم في ارتكاب الجريمة، فجريمة تهريب المهاجرين تمر بمراحل يساهم فيها أشخاص بدرجات متفاوتة تختلف باختلاف المهمة التي يقومون بتنفيذها مثال لذلك: المهربون، والوسطاء، وريان السفينة، وأصحاب المراكب، والقائمين بتزوير وثائق وتأشيرات السفر، فكل هؤلاء فاعلين أصليين في الجريمة، فكل أفعال هؤلاء تكون جريمة تهريب المهاجرين، وكل فعل يشكل جزء من الركن المادي للجريمة، فالركن المادي للجريمة يرتكب منهم جميعاً فلا يوجد فاعل أصلي للجريمة ومساهم تبعية؛ إلا أنه على الرغم من ذلك يمكن تصور وجود المساهمة الجنائية في مساعد البعض للفاعلين الأصليين في هذه الجريمة مثل ريان السفينة الذي يساعد الجماعة الإجرامية على اتباع أفضل الطرق البحرية البعيدة عن أعين السلطات المختصة بحماية الحدود الوطنية؛ ومن يرشدهم عن الطرق البرية البعيدة عن رجال السلطات، والموظف الذي يعطي لهم تصاريح عمل دون وثائق وتصاريح رسمية مقابل مبالغ مالية⁽²⁾.

¹ - دينا عبد العزيز فهد، مرجع سابق، ص 103، 104.

² - سعيد أحمد قاسم، مرجع سابق، ص 231، وما بعدها.

ثالثاً: الركن المعنوي لجريمة تهريب المهاجرين: جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم العمدية، وهى من الجرائم التي تتجه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة - سلوك ونتيجة- مع العلم بتوافر أركانها القانونية- أي يجب أن يتوافر لدى الجاني العلم والإرادة، فيجب أن يكون الجاني في هذه الجريمة عالماً بأركان الجريمة، كما يجب عليه أن يكون عالماً ببعض الوقائع المادية التي أهمهما: 1- العلم بخطورة السلوك الإجرامي: فيجب أن يتوافر علم الجاني بخطورة السلوك الإجرامي الذي من شأنه أن يؤدي إلى تمكين الغير من الدخول أو الخروج أو البقاء في إقليم الدولة بصورة غير شرعية؛ وبالتالي إذا كان المتهم بهذه الجريمة يعتقد بأن فعل الإدخال أو الخروج أو تدبير الإقامة الذي يرتكبه مشروع غير مخالف لأحكام القانون عندها ينتفي لديه القصد الجنائي؛ فمثلاً: لو اعتقد ضابط الجوازات بأن الأشخاص الذين يقوم بادخالهم يحملون تصريحات دخول صحيحة في حين لا يمتلكون هذه التصريحات، كذلك يجب على الفاعل أن يعلم بأن من شأن السلوك الذي يرتكبه من شأنه أن يلحق الأذى بالمجني عليه أو يعرض حياته للخطر أو يهدر كرامة المجني عليه الإنسانية أو يعرض الدول التي يتم اجتياز حدودها على نحو غير مشروع. 2- العلم بموضوع الحق المعتدى عليه: ففي جريمة تهريب المهاجرين يجب أن يعلم الجاني بأن فعله يقع على إنسان على قيد الحياة، وبالتالي لا تقع على الميت أو الجنين في رحم أمه ؛ أي أن الجاني في هذه الجريمة يقوم بإدخاله أو إخراجه أو تدبير بقائه على نحو غير مشروع في إقليم الدولة هو إنسان حي. فإذا كان الفاعل يعتقد أن سلوكه مقتصر على إدخال أو إخراج الأشياء من إقليم الدولة أو إلها فينتفي القصد الجنائي في هذه الجريمة. 3- العلم بصفة الشخص المهرب: يتصف الشخص المهرب بأنه غير وطني " أجنبي" فيجب أن يكون الجاني على علم بصفة المهرب كونه أجنبي ويقع عبء اثبات انتفاء العلم بجنسية المهرب على المتهم في جريمة تهريب المهاجرين. 4- الإرادة: فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الإدخال أو الإخراج أو تدبير الإقامة على نحو غير مشروع من أو إلى إقليم الدولة؛ فإذا كان الجاني تحت تأثير الإكراه أو أن جريمة التهريب حدثت نتيجة خطأ غير مصود من المهرب، مثل: إذا سمح ضابط الجوازات بدخول شخص يحمل جواز سفر لكنه غير ساري المفعول سهواً. 5- توافر قصد جنائي خاص لجريمة تهريب المهاجرين: لم يكتف المشرع بتوافر القصد الجنائي العام بعنصرية "العلم والإرادة" كما سبق وأن تناولناه بل أضاف قصد جنائي خاص وهو استلزام أن يحصل المتهم في جريمة تهريب المهاجرين على منفعة مالية أو مادية سواء تحققت هذه المنفعة المالية أو المادية بصورة مباشرة أو غير مباشرة(1).

¹ - عمرو مسعد عبد العظيم، مرجع سابق، ص 154.

الفرع الثاني: قانون الهجرة غير الشرعية المصري في الميزان

تناول قانون الهجرة غير الشرعية المصري رقم 82 لسنة 2016 والمعدل بالقانون 22 لسنة 2022 في نصوصه تنظيم شامل لجريمة تهريب المهاجرين، وأركانها وصورها إلا أنه عمل بشري وكل عمل بشري فيه من المميزات التي يمكن أن نثني عليها ونبني عليها؛ وفيه من المثالب التي يمكن أن ننتقدها ونقترح إصلاحها، وسنحاول فيما يلي توضيح مزايا وعيوب القانون⁽¹⁾:

أولاً: مزايا قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية المصري: يتميز قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية المصري بعدد من المزايا أهمها:

1. جاء القانون رقم 82 لسنة 2016 في المادة الأولى منه واضعاً تعريفات محددة لا لبس فيها للمقصود بالمصطلحات المرتبطة بالهجرة غير الشرعية وأهمها تعريفه للمهاجر وللمهرب وللسفينة وللبحر الإقليمي وللمنطقة المجاورة مما يساعد القضاء في تطبيق أحكامه.
2. غلظ القانون رقم 82 لسنة 2016 وتعديله تحت رقم 22 لسنة 2021 في العقوبات الواقعة على الجماعات التي تقوم بنشاط التهريب غير المشروع بالسجن المشدد والغرامة المالية الكبيرة مما يحقق الردع العام.
3. أنشأ القانون رقم 82 لسنة 2016 في مادته (32) صندوقاً خاصاً تابع لرئيس مجلس الوزراء وله موازنة خاصة وشخصية اعتبارية تحت مسمى: "صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود" لتوفير الدعم لهم.
4. أضاف القانون رقم 82 لسنة 2016 في مادته رقم (15) المسؤولية الجنائية والعقوبة الجنائية على كل من علم بارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أو الشروع فيها ولم يبلغ السلطات المختصة⁽²⁾.
5. أضاف القانون رقم 82 لسنة 2016 اختصاصاً للمجلس القومي للطفولة والأمومة بالنص في المادة الثالثة منه على اختصاصه بمباشرة الدعوى التي يكون الهجرة غير الشرعية محلها القصر الغير معروف أسرهم أو من يمثلهم قانوناً.

¹ - عادل السيد محمد على، مرجع سابق، ص 324، وما بعدها.

² - دينا عبد العزيز فهد، مرجع سابق، ص 158، وما بعدها.

6. إمتاز القانون رقم 82 لسنة 2016 بالنص في المادة (22) منه على ضرورة التعاون الأمني والقضائي بين الجهات المصرية والدولية من خلال تبادل المعلومات والمساعدات وغير ذلك من صور التعاون.

7. أعاد القانون رقم 82 لسنة 2016 بالنص في المادة (28) منه على إنشاء اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر، وهي تتبع رئيس مجلس الوزراء ومقرها وزارة الخارجية والغرض التنسيق على المستويين الوطني والدولي لمكافحة الهجرة غير الشرعية.

8. التزام المشرع عند وضعه القانون رقم 82 لسنة 2016 بكافة البرتوكولات الدولية المتعلقة بالهجرة غير الشرعية وأهمها بروتوكول بالريمو عام 2000.

ثانياً: عيوب قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية المصري: تتمثل أوجه النقص والنقد التي يمكن أن توجه لقانون الهجرة غير الشرعية في الآتي:

1. وجود تعريفات غامضة في المادة الأولى من القانون رقم 82 لسنة 2016 في الفقرة الثالثة والرابعة منها مما قد يثير اللبس عند تطبيقه فهناك تعريف للمهاجر المهرب، وتعريف تهريب المهاجرين مما قد يوجد تفسيرات متعددة تؤثر في فعالية تطبيق أحكام القانون.

2. سير المشرع على نهج البرتوكولات الدولية من عدم تقرير مسؤولية جنائية أو مدنية على المهاجر "المهرب" باعتباره ضحية، في حين أن المهاجر هو مجرم خالف قانون الدولة التي يهاجر منها، ويحاول المساس بسيادة الدولة التي يهاجر إليها وهو عالم بذلك يتوافر إليه العلم والإدراك الكامل لما يفعل وحر الاختيار فهو قد يستخدم وثائق مزورة مثلاً للهجرة وهكذا فاعفاء المهاجر من المسؤولية لن يجعل هناك تطبيقاً للقانون بشكل يحقق الردع الحقيقي فلا بد من تقرير المسؤولية الجنائية والمدنية على المهاجر مثله مثل من يقوم بتهريبه مع تخفيف عقوبة المهاجر.

3. القانون رقم 82 لسنة 2016 في المادة الأولى منه تحدث على أن من يقوم بعمليات تهريب المهاجرين الجماعة المنظمة والجماعة لا تقل عن ثلاثة اشخاص في اللغة، وهو ما سيجري عليه اعفاء الفرد الذي يقوم بالتهريب إذا قام بذلك بمفرده لأن الفرد ليس بجماعة فيتعين تعديل النص ليشمل الجماعة المنظمة أو الفرد.

4. ساوى القانون رقم 22 لسنة 2022 في المادة (6) منه في العقوبة بين الفعل الأصلي والشارع في ارتكاب الجريمة والمساهمين أو المساعدين أو الوسطاء على ارتكابها وهو ما يخالف

أصول التجريم التي تقضي بأن المسؤولية الجنائية تقدر بمقدار الخطورة الإجرامية، ومن ثم لا يجوز المساواة بين من ارتكب الجريمة وبين من شرع أو توسط فيها.

5. عدم التناسب بين العقوبة والفعل الدافع للعقوبة فالمشرع في القانون رقم 22 لسنة 2022 قرر عقوبات شديدة على أفعال أقل خطورة من أفعال قرر لها عقوبات أقل شدة وهو ما ورد النص عليه في مادتيه (5، 6) مما يثير عدم دستورية هذه المواد لتجاوزها حدود التناسب.

6. ساوى القانون 22 لسنة 2022 في المادة (8) في عقوبة كل من أوى أو ساعد المهاجرين أو قدم لهم التسهيلات والخدمات، بعقوبة السجن المشدد بالرغم من أنه قد يؤدي أو يقدم المساعدات والخدمات من غذاء وعلاج طبي للمهاجرين غير الشرعيين أو ناس بدافع الإنسانية والحفاظ على حياتهم ولا يكون لهم علاقة بالمهربين وهنا سيتساوى المتقدمين الخدمة بدافع الإنسانية مع من يقدمها بدافع الربح.

7. الاعفاء من العقوبة الذي نصت عليه المادة (19) من القانون 82 لسنة 2016 للمبلغين عن جرائم الهجرة غير الشرعية إذا لم تكن السلطات تعلم بها أو إذا أدى إبلاغه للقبض على باقي الجناة ومتحصلات الجريمة، بشكل لا حرية فيه للقاضي سيمكن المهربين من الإفلات من العقاب إذا تعرضت مثلاً المركب التي يملكها للغرق وعلماً بالمهاجرين، فيقوم بإبلاغ السلطات بأن مركبه سرق وهو يخشي أن تتم به عمليات مخالفة للقانون.

8. القانون رقم 82 لسنة 2016 بالرغم من إنشائه صندوق خاصاً تابع لرئيس مجلس الوزراء وله موازنة خاصة وشخصية اعتبارية تحت مسمى: "صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود" بالنص في مادته (32) على ذلك إلا أن القانون لم يوفر الحماية القانونية الكافية للمبلغين والشهود وضحايا الهجرة غير الشرعية التي تحميهم من عصابات المهربين التي يمكن أن تنتقم منهم.

الفرع الثالث: القضاء المصري والهجرة غير الشرعية

هناك عدد من الأحكام القضائية الحديثة التي تحدثت بشكل رائع حول الركن المادى والمعنوي لجريمة تهريب المهاجرين وأعطت لنصوص القانون 82 لسنة 2016 الحياة بوضعها موضع التطبيق ومن

هذه الأحكام ما يلي:

أولاً: دور محكمة النقض في تحديد مدى كفاية تحريات الشرطة لإدانة المتهمين بقضية

تهريب المهاجرين وتحقق الركن المادي للجريمة: تناولت أحكام محكمة النقض المصرية مدى كفاية أن تكون التحريات الشرطة كافية لإدانة المتهمين في حكمين الأول نقض الحكم لعدم كفاية الاستناد لتحريات الشرطة لإدانة المتهمين؛ وكذا فكرة أن الركن المادي للجريمة لا يتكون إلا في وجود ثلاثة أشخاص فأكثر فقضت بأن: "ومن حيث إنَّ الحكم المطعون فيه قد اقتصر في بيانه لواقعة الدعوى على قوله أنَّ النقيب/ محمد الشاهد(مفتش بإدارة مكافحة المخدرات والجريمة المنظمة إدارة مكافحة الهجرة غير الشرعية والاتجار بالبشر) علم من تحرياته السرية أنَّ المهمة - المقيمة بعين شمس - القاهرة وآخرين يعتزمون على تنظيم رحلة غير شرعية عبر ميناء القاهرة الجوي في مقابل مبلغ مالي يتراوح ما بين (35 : 40) ألف جنيه مصري للطفلين، كما أكدت التحريات السرية وجود المتحرّى عنهما الطفلين القُصّر المهاجرين غير الشرعيين بميناء القاهرة الجوي فانتقل إلى مكان الواقعة وشاهد المتحرّى عنها الأولى تقوم بجمع الطفلين بالطريق المؤدى لمبنى الركاب (3) خارج الدائرة الجمركية وبالاقتراب منهم متخفياً تنهى إلى سمعه تلقين المتهمه للطفلين المتحرّى عنهم بعدم الافصاح عن سبب السفر إلى إيطاليا للهجرة غير الشرعية إنما السفر لألبانيا للسياحة، ولضيق الوقت لم يتمكن من استصدار إذن النيابة العامة وباستيقافهم ومناقشتهم جميعاً بما أسفرت عنه التحريات قرروا صحة الواقعة وقدموا لضابط الواقعة جوازات السفر والتي تؤيد أقواله ، كما أكدت تحرياته السرية ضلوع جماعة منظمة تخصصت في تهريب الشباب بطريقة غير شرعية من داخل البلاد إلى ألبانيا ومنها إلى دولة قطر(هجرة غير شرعية) مستغلين سن المجنى عليهما، وتضمنت كلاً من المتهم الثاني(.....) مقيم بالقاهرة ويعمل بشركة للسياحة بشارع وكذا شركة البكري للسياحة، والذي اقتصر دوره على عقد الاتفاقات واستلام المبالغ النقدية من المهاجرين غير الشرعيين وحجز تذاكر الطيران وإصدار التعليمات لباقي الجماعة مقابل مبلغ 18 ألف جنيه عن المهاجر الواحد وكذا المتهمه الأولى خمسة آلاف جنيه لتسفيرهم من مطار القاهرة الدولي إلى دولة ألبانيا ومنها إلى إيطاليا، وعرضت التحريات على النيابة العامة لضبط وإحضار المتهمين ثمَّ عرج الحكم لتعرض للتدليل على توافر أركان الجريمة الأولى في معرض حديثه عن الرد على الدفع بانتفاء أركانها بقوله ومن حيث أنه وبخصوص ما أثاره الدفاع من انتفاء أركان جريمة تأسيس وتنظيم وإدارة جماعة إجرامية منظمة بقالة أنَّ المتهمين المضبوطين عددهما اثنين في حين أنَّ الجماعة الاجرامية المنظمة هي جماعة مؤلفة من ثلاثة أشخاص على الأقل فإنه وكان من المقرر على ما جرى به نص المادة الخامسة من القانون رقم 82 لسنة 2016 بشأن إصدار قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين من أنه يُعاقب

بالسجن كل من أسس أو نظم أو أدار جماعة إجرامية منظمة لأغراض تهريب المهاجرين أو تولى قيادة فيها أو كان أحد أعضائها أو منظماً لها، ومؤدى ذلك أن الجماعة الاجرامية المنظمة تؤلف من ثلاثة أشخاص على الأقل، وكان الثابت لهذه المحكمة من أقوال شاهد الاثبات بتحقيقات النيابة العامة أن عدد المتهمين ثلاثة: هما المتهمان الأولى والثاني والثالث مجهول لم تتوصل التحريات إلى شخصه، ومن ثم يكون العدد المطلوب لتألف الجماعة قد تحقق، ومن ثم فإن ما يثيره الدفاع يكون في غير محله. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه في معرض تدليله على توافر أركان جريمة تأسيس وإدارة جماعة إجرامية منظمة والتي من بين عناصر ركنها المادي أن تكون مؤلفة من ثلاثة أشخاص على الأقل، ولا يمكن أن تقوم هذه الجريمة متى كان أفراد تلك الجماعة شخصين فقط، وكان الحكم قد ركن في شأن ما خلص إليه فقط إلى رأى مجرى التحريات من أن أفراد تلك الجماعة: هم ثلاثة، حيث إن التحريات وحدها دون غيرها هي من توصلت إلى وجود ثلاثة أفراد، في حين أن ما أورده الحكم بشأن أقوال المجنى عليهما شاهدي الاثبات الأول والثاني من أن اتفاقهم كان مع المحكوم عليه الثاني، ولم يرد بأقوالهم سواء بالتحقيقات أو المفردات المضمومة أو وفقاً لمدونات الحكم أنه كان هناك ثمة شخص ثالث سوف ينتظرهم بدولة ألبانيا لأجل أن يقوم بتوصيلهم إلى دولة إيطاليا، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد استند إلى التحريات وحدها لإثبات قيام الركن المادي للجريمة، دون أن يورد ابتداءً الدليل المعتبر في القانون على ثبوت ذلك. لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه ولئن كان الاصل أن للمحكمة أن تُعَوَّل في تكوين عقيدتها على التحريات باعتبارها معززة لما ساقته من أدلة، إلا أنها لا تصلح وحدها لأن تكون قرينة معينة أو دليلاً أساسياً على ثبوت التهمة بعناصرها، فإن تدليل الحكم على قيام الركن المادي لهذه الجريمة يكون غير سائغ وقاصراً عن حمل قضائه، خاصة وأن مجرى التحريات لم يبين للمحكمة مصدر تحرياته لمعرفة ما إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى صحة ما انتهى إليه من أن هناك ثلاثة أفراد قد قاموا بالفعل بتشكيل جماعة إجرامية قبل عام سابق على ارتكاب الواقعة ودون أن ينسب لهذا التشكيل ارتكاب أي واقعة سابقة على واقعة الدعوى الماثلة، فإن التحريات بهذه المثابة لا تعدو أن تكون مجرد رأى لصاحبها يخضع لاحتمالات الصحة والبطالان والصدق والكذب إلى أن يُعرف مصدره ويتحدد كنهه ويتحقق القاضي منه بنفسه حتى يستطيع أن يبسط رقابته على الدليل ويُقدر قيمته من حيث صحته أو فساده وإنتاجه في الدعوى أو عدم إنتاجه، وإذا كانت المحكمة قد جعلت أساس اقتناعها رأى محرر محضر التحريات، فإن حكمها يكون قد بُني على عقيدة حصّلها الشاهد من تحريه لا على عقيدة استقلت المحكمة بتحصيلها بنفسها، وكان الحكم المطعون فيه خلا من قيام الدليل على توافر الركن المادي لهذه الجريمة، وكانت مدونات الحكم والمفردات

المضمومة قد خلت من دليل آخر للإدانة خلاف ما تقدّم فإن المحكمة تقضى بنقض الحكم المطعون فيه، والقضاء مجدداً ببراءة الطاعنين ممّا نُسب إليهما⁽¹⁾.

وفي حكم آخر لها قضت بالأخذ بتحريات الشرطة وأكمالها بأقوال الشهود كدليل على توافر الركن المادي للجريمة بأن: "ومن حيث إن الحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية للجريمتين اللتين دان الطاعن بهما وأورد على ثبوتهما في حقه دليلين استقاهما من أقوال شاهدي الإثبات، وهما دليلان سائغان من شأنهما أن يؤديا إلى ما رتب عليهما، وجاء استعراض المحكمة لدليلي الدعوى على نحو يدل على أنها محصتهما التمهيص الكافي وأملت بها إلماً شاملاً يفيد أنها قامت بما ينبغي عليهما من تدقيق البحث لتعرف الحقيقة. وإذ كان من المقرر أن القانون لم يرسم شكلاً خاصاً يصوغ فيه الحكم بيان الواقعة والظروف التي وقعت فيها، ومتى كان مجموع ما أورده الحكم كافياً في تفهم الواقعة بأركانها وظروفها حسبما استخلصتها المحكمة. كما هو الحال في الدعوى المطروحة. كان ذلك محققاً لحكم القانون، ومن ثم فإن منعي الطاعن في هذا الشأن يكون لا محل له. لما كان ذلك، وكان من المقرر أن الاتفاق على ارتكاب الجريمة لا يقتضي في الواقع أكثر من تقابل إرادة المساهمين، ولا يشترط لتوافره مضي وقت معين ومن الجائز عقلاً وقانوناً أن تقع الجريمة بعد الاتفاق عليها مباشرة أو لحظة تنفيذها تحقيقاً لقصد مشترك بين المساهمين هو الغاية النهائية من الجريمة أي أن يكون كل منهم قصد قصد الآخر في إيقاع الجريمة المعنية وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت أو تكونت لديهم فجأة. وأنه يكفي في صحيح القانون لاعتبار الشخص فاعلاً أصلياً في الجريمة أن يسهم فيها بفعل من الأفعال المكونة لها، وكان ما أورده الحكم في بيان واقعة الدعوى ومما ساقه من أدلة الثبوت كافياً بذاته للتدليل على اتفاق الطاعن مع المحكوم عليه الآخر على التهريب الغير شرعي للمهاجرين، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يكون سديداً. لما كان ذلك، وكان تقدير جدية التحريات هو من المسائل الموضوعية التي تخضع لإشراف محكمة الموضوع، وللمحكمة أن تعول في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها قرينة معززة لما ساقته من أدلة أساسية، فإن ما يثيره الطاعن من تناقض تحريات الشرطة النهائية مع التحريات المبدئية والتي لم يتساند إليها في إدانة الطاعن ولم يورد لها ذكراً إنما ينحل إلى جدل موضوعي في تقدير أدلة الدعوى ولا يجوز مصادرتها فيه أمام محكمة النقض. لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه بحسب الحكم كيما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد من الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع

¹ - راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم 1122 لسنة 92 قضائية - جلسة 5 / 11 / 2022.

الجريمة المسندة إلى المتهم ولا عليه أن يتعقبه في كل جزئية من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه اطرحها ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بشأن خلو الأوراق من دليل يقيني على اقترافه الجريمة لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل وفي سلطة محكمة الموضوع في وزن عناصر الدعوى واستنباط معتقدها وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض. لما كان ما تقدم، فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً.⁽¹⁾

ثانياً: دور محكمة النقض المصرية في تحديد أركان جريمة تهريب المهاجرين في ظل غياب المهربين وكذا تقدير المساهمة الجنائية في الجريمة وما الذي يجب توافره في حالات التلبس القانوني بالجريمة وهو حكم جامع شامل لكل التصورات القانونية لهذا الحكم : فقررت عدد المبادئ القانونية في حكم واحد فقضت بأن:

1. لما كان الحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية للجريمة التي دان الطاعنين بها وأورد على ثبوتها في حقهم أدلة مستمدة من أقوال شهود الإثبات وتحريات الشرطة واعترافات المتهمين الثالث والخامس والثاني عشر وهي أدلة سائغة من شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته الحكم عليها ، وجاء استعراض المحكمة لأدلة الدعوى على نحو يدل على أنها محصتها التمهيد الكافي وأملت بها إلماماً شاملاً يفيد أنها قامت بما ينبغي عليها من تدقيق البحث لتعرف الحقيقة ، وأنه وإن كان من المقرر أن القانون وإن أوجب في كل حكم بالإدانة أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها وأن يورد مؤدى الأدلة التي استخلص منها الإدانة حتى يتضح وجه استدلاله بها وسلامة مأخذها إلا أنه لم يرسم شكلاً خاصاً يصوغ فيه الحكم بيان الواقعة والظروف التي وقعت فيها ، ومتى كان مجموع ما أورده الحكم كافياً في تفهم الواقعة بأركانها وظروفها حسبما استخلصتها المحكمة - كما هو الحال في الدعوى المطروحة - فإن ذلك يكون محققاً لحكم القانون ، ومن ثم فإن منعى الطاعنين بأن الحكم قد شابه الغموض وعدم الإلمام بوقائع الدعوى وأدلتها يكون لا محل له.

2. لما كانت مدونات الحكم المطعون فيه تنبئ عن أن المحكمة أملت بواقعة الدعوى وأحاطت بالاتهام المسند إلى المحكوم عليهم ودانهم بالأدلة السائغة التي أخذت بها وهي على بينة من أمرها ، فإن مجادلتها في ذلك بدعوى الفساد في الاستدلال وباختلال صورة الواقعة لديها ينطوي على منازعة موضوعية فيما تستقل به محكمة الموضوع بغير معقب .

¹ - راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم 5613 لسنة 90 قضائية - جلسة 11 / 3 / 2022.

3. من المقرر أن العبرة في المحاكمات الجنائية هي باقتناع القاضي بناءً على الأدلة المطروحة عليه ولا يصح مطالبته بالأخذ بدليل بعينه فيما عدا الأحوال التي قيده القانون فيها بذلك فقد جعل القانون من سلطته أن يزن قوة الإثبات وأن يأخذ من أي بينة أو قرينة يرتاح إليها دليلاً لحكمه ، ولا يلزم أن تكون الأدلة التي اعتمد عليها الحكم بحيث يبنى كل دليل منها ويقطع في كل جزئية من جزئيات الدعوى إذ الأدلة في المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضاً ومنها مجمعة تتكون عقيدة القاضي فلا ينظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقي الأدلة بل يكفي أن تكون الأدلة في مجموعها كوحدة مؤدية إلى ما قصده الحكم منها ومنتهجة في اكتمال اقتناع المحكمة واطمئنانها إلى ما انتهت إليه ، كما لا يشترط في الدليل أن يكون صريحاً دالاً بنفسه على الواقعة المراد إثباتها بل يكفي أن يكون استخلاص ثبوتها عن طريق الاستنتاج مما تكشف للمحكمة من الظروف والقرائن وترتيب النتائج على المقدمات ، فإن ما يثيره الطاعنون بشأن الدليل الذي عول عليه الحكم في إدانتهم عن الجريمة المسندة إليهم لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في العناصر التي استنبطت منها محكمة الموضوع معتقدها مما لا يقبل معاودة التصدي له أمام محكمة النقض.

4. من المقرر أن الاتفاق على ارتكاب الجريمة لا يقتضي في الواقع أكثر من تقابل إرادة المساهمين ولا يشترط لتوافره مضي وقت معين ومن الجائز عقلاً وقانوناً أن تقع الجريمة بعد الاتفاق عليها مباشرة أو لحظة تنفيذها تحقيقاً لقصد مشترك بين المساهمين هو الغاية النهائية من الجريمة أي أن يكون كل منهم قصد قصد الآخر في إيقاع الجريمة المعنية وأسهم فعلاً بدور في تنفيذها بحسب الخطة التي وضعت أو تكونت لديهم فجأة ، وأنه يكفي في صحيح القانون لاعتبار الشخص فاعلاً أصلياً في الجريمة أن يسهم فيها بفعل من الأفعال المكونة لها ، وكان ما أورده الحكم في بيان واقعة الدعوى مما سلف ومما ساقه من أدلة الثبوت كافياً بذاته للتدليل على اتفاق المتهمين على التهريب الغير شرعي للمهاجرين وأن كلاً منهم قارف فعلاً من الأفعال المكونة لها ، فإن ما يثيره الطاعنون في هذا الصدد لا يكون سديداً .

5. من المقرر أن تقدير الأدلة بالنسبة لكل متهم من شأن محكمة الموضوع وحدها ، وهي حرة في تكوين عقيدتها حسب تقديرها تلك الأدلة واطمئنانها إليها بالنسبة لمتهم وعدم اطمئنانها إليها بالنسبة لمتهم آخر ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أفصح عن اطمئنانه للأدلة التي دان الطاعنين بها فلا يعيبه من بعد أن يقضي ببراءة المتهم الثاني والعشرين ، ويكون منعى الطاعنين في هذا الشأن غير مقبول .

6. لما كان ما يثيره الطاعنون من أنهم لم يشرعوا في تهريب مهاجرين أو الانضمام إلى جماعة إجرامية بغرض تهريب مهاجرين لا يعدو أن يكون منازعة في صورة الواقعة كما اقتنعت بها المحكمة وهو من أوجه الدفاع الموضوعية التي لا تستأهل - في الأصل - رداً طالما كان الرد عليها مستفاداً من أدلة الثبوت التي أوردها الحكم ، إذ حسب الحكم كيما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى المتهم ولا عليه أن يتعقبه في كل جزئية من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه اطرحها.

7. لما كان النعي بأن الواقعة - بفرض صحتها - لا تشكل أي جريمة تذكر لا يعدو أن يكون أيضاً من قبيل المنازعة في الصورة التي اعتنقتها المحكمة للواقعة وجدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في استخلاص صورة الواقعة كما ارتسمت في وجدانها مما تستقل بالفصل فيه بغير معقب .

8. لما كان الحكم المطعون فيه قد عرض للدفع ببطلان القبض والتفتيش على الطاعنين لانتفاء حالة التلبس وعدم صدور إذن من النيابة العامة واطرحه في قوله " وحيث عن الدفع ببطلان القبض على المتهمين فهو غير سديد لأنه تم ضبط المتهمين أثناء نقلهم للأفراد طالبي الهجرة غير الشرعية وكانوا في طريقهم إلى المنطقة التي يتم وضعهم فيها لحين استقلالهم المركب ، ومن ثم يكون الضبط الحاصل والمتهمين في حالة التلبس بارتكاب جريمة الشروع في الهجرة غير الشرعية الأمر الذي يكون معه هذا الدفع قد أقيم على غير سند من القانون أو الواقع " . لما كان ذلك ، وكان الحكم قد اطرح الدفع ببطلان القبض والتفتيش استناداً إلى أن الجريمة كانت في حالة تلبس وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في منطق سليم واستدلال سائغ وبما يتفق وحكم القانون إلى مشروعية ما قام به رجل الضبط القضائي من استيقاف السيارات التي كان يستقلها الطاعنين بعد أن وردت إليه معلومات بقيام الطاعنين بتهريب عدد من طالبي الهجرة الغير شرعية ، ومن ثم فإن الواقعة تكون في حالة تلبس ، ويكون ما يثيره الطاعنون في هذا الصدد لا محل له ، هذا فضلاً عن أنه لا يعيب الحكم التفاته عن الرد على الدفع الذي أبداه الطاعنون ببطلان القبض والتفتيش طالما أنه دفع قانوني ظاهر البطلان ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعنون في هذا الشأن يكون غير مقبول.

9. لما كانت الواقعة كما صار إثباتها بالحكم قد تم ضبطها بمعرفة رجال حرس الحدود ، وقد أضفى عليهم القانون رقم 114 لسنة 1953 صفة الضبط القضائي فيما يتعلق بجرائم التهريب ومخالفة القوانين واللوائح المعمول بها في الجهات الخاضعة لاختصاص حرس الحدود ،

ولهم عملاً بنص المادة ٢٠ من القانون رقم 25 لسنة 1966 بإصدار قانون الأحكام العسكرية تفتيش الداخلين والخارجين من مناطق الحدود - عسكريين كانوا أم مدنيين - باعتبارهم من أعضاء الضبط العسكري الذين عدتهم المادة ١٢ من القانون المار ذكره ، ولم يتطلب الشارع بالنسبة للأشخاص توافر قيود القبض والتفتيش المنظمة بقانون الإجراءات الجنائية أو اشتراط وجود المراد تفتيشه في إحدى الحالات المبصرة له في نطاق الفهم القانوني للمبادئ المقررة في القانون المذكور بل إنه يكفي أن يكون الشخص داخلياً أو خارجياً من مناطق الحدود حتى يثبت لعضو الضبط القضائي العسكري المختص حق تفتيشه ، فإذا هو عثر أثناء التفتيش الذي يجريه على دليل يكشف عن جريمة معاقب عليها في القانون فإنه يصح الاستدلال بهذا الدليل أمام المحاكم في تلك الجريمة لأنه ظهر أثناء إجراء مشروع في ذاته ولم ترتكب في سبيل الحصول عليه أية مخالفة.

10. من المقرر أن للمحكمة أن تعول في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها معززة لما ساقته من أدلة ما دامت تلك التحريات قد عرضت على بساط البحث ، وكان البين من مطالعة الحكم المطعون فيه - على خلاف ما يزعمه الطاعنون بوجه الطعن - أنه لم يعول في إثبات التهمة في حقهم على تحريات الشرطة وحدها بل استند في ذلك إلى أقوال من أجرى هذه التحريات وإلى أقوال شهود الواقعة ، ومن ثم فإن منعى الطاعنين في هذا الشأن يكون ولا محل له .

11. من المقرر أن القانون لا يوجب حتماً أن يكون رجل الضبط القضائي قد أمضى وقتاً طويلاً في التحريات ، وأن له أن يستعين فيما يجريه منها بمعاونيه من رجال السلطة العامة والمرشدين السريين دون أن يكون ملزماً بالإفصاح عن هذه المصادر ما دام أنه اقتنع شخصياً بصحة ما نقل إليه ، وكان تقدير جدية التحريات من المسائل الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع ، فإن المجادلة في تعويل الحكم على أقوال الرائد / التي استقاهها من تحرياته بدعوى أن هذه التحريات لم يفصح عن مصدرها تتمخض جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل لا يقبل أمام محكمة النقض.

12. من المقرر أن وزن أقوال الشهود وتقدير الظروف التي يؤدون فيها شهادتهم وتعويل القضاء على أقوالهم مهما وجه إليهما من مطاعن وحام حولها من الشبهات كل ذلك مرجعه إلى محكمة الموضوع تنزله المنزلة التي تراها وتقدره التقدير الذي تطمئن إليه بغير معقب ، ومتى أخذت بأقوال الشاهد فإن ذلك يفيد اطراحها لجميع الاعتبارات التي ساقها الدفاع لحملها على عدم الأخذ بها ، وكان تناقض الشهود في أقوالهم لا يعيب الحكم ولا يقدح في سلامته ما دام قد استخلص الحقيقة من أقوالهم استخلاصاً سائغاً لا تناقض فيه ، كما أنه من المقرر أنه ليس في

القانون ما يمنع المحكمة من الأخذ برواية ينقلها شخص عن آخر متى رأت أن تلك الأقوال قد صدرت منه حقيقة وكانت تمثل الواقع في الدعوى ، وكانت المحكمة قد بينت في حكمها واقعة الدعوى على الصورة التي استقرت في وجدانها وأوردت أدلة الثبوت المؤدية إليها وقد خلا حكمها من التناقض الذي يبطله ، ومن ثم فإن منازعة الطاعن في القوة التدليلية لشهادة الشاهد السماعية على النحو الذي ذهب إليه في تقرير أسباب طعنه لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل مما لا يقبل التصدي له أمام محكمة النقض.

13. من المقرر أن الاعتراف في المواد الجنائية هو من العناصر التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها في الإثبات ، فلها بهذه المثابة أن تقدر عدم صحة ما يدعيه المتهم من أن الاعتراف المعزو إليه أو إلى غيره من المتهمين قد انتزع منهم بطريق الإكراه بغير معقب ما دامت تقيم تقديرها على أسباب سائغة - كما هو الحال في الدعوى المطروحة - فضلاً أن الثابت من محاضر جلسات المحاكمة أن المدافع عن الطاعنين لم يدفع ببطلان اعتراف المتهم العاشر والثاني عشر والثالث عشر ، فإنه لا يقبل من الطاعنين إثارة ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لما يتطلبه من تحقيق موضوعي تنحسر عنه وظيفة هذه المحكمة ، وكان من المقرر أن لمحكمة الموضوع أن تأخذ بالأقوال التي يدلي بها المتهم في حق نفسه وفي حق آخر - وإن عدل عنها بعد ذلك - متى اطمأنت إلى صحتها وطابقت الحقيقة والواقع ، ذلك أن قول متهم على آخر شهادة يسوغ للمحكمة أن تعول عليها في الإدانة ، ومن ثم فإنه لا محل لتعيب الحكم في تعويله في قضائه على ما قرره المحكوم عليه الآخر ، ومن ثم فلا وجه لتعيب الحكم أخذه باعتراف الطاعنين على الرغم من عدولهم عنه بجلسة المحاكمة ، إذ العبرة بما اطمأنت إليه المحكمة وعولت عليه مما أنست الصديق فيه ، ومن ثم فإن ما أثاره الطاعنون في هذا الصدد ينحل إلى جدل موضوعي في تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها ولا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

14. لما كان النعي بالتفات الحكم عن دفاع الطاعنين الثاني والثالث بنفي كل منهما ارتكابه للجريمة وبعدم ضبط أياً من المهاجرين رفقتهم مردوداً بأن نفي التهمة من أوجه الدفاع الموضوعية التي لا تستأهل رداً طالما كان الرد عليها مستفاداً من أدلة الثبوت التي أوردتها الحكم ، هذا إلى أنه بحسب الحكم كيما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى المتهم ولا عليه أن يتعقبه في كل جزئية من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه اطرحها ، ومن ثم فإن النعي على الحكم في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل وفي سلطة محكمة الموضوع في وزن عناصر الدعوى واستنباط معتقدها وهو ما لا يقبل معاودة التصدي له أمام محكمة النقض.

15. لما كان البين من محاضر جلسات المحاكمة أيضاً أن الطاعن لم يثر بها ما يدعيه من وجود نقص في تحقیقات النيابة العامة لعدم مواجهته بالشهود ولم يطلب من محكمة الموضوع تدارك هذا النقص ، ومن ثم فلا يحل له من بعد أن يثير شيئاً عن ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض إذ هو لا يعدو أن يكون تعيباً للإجراءات السابقة على المحاكمة مما لا يصح أن يكون سبباً للطعن في الحكم.

16. من المقرر أن الدفع بانتفاء أركان الجريمة بركنهما المادي والمعنوي وبتلفيق الاتهام وعدم معقولية تصوير الواقعة وبخلو الأوراق من دليل الإدانة وبعدم جدية التحريات وبعدم توجيه أي اتهام من المجني عليهم للمتهمين من أوجه الدفاع الموضوعية التي لا تستوجب في الأصل من المحكمة رداً صريحاً ما دام الرد يستفاد ضمناً من القضاء بالإدانة استناداً إلى أدلة الثبوت التي أوردها الحكم ، وكان حسب الحكم كيما يتم تدليله ويستقيم قضاؤه أن يورد الأدلة المنتجة التي صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة المسندة إلى المتهم ولا عليه أن يتعقبه في كل جزئية من جزئيات دفاعه لأن مفاد التفاته عنها أنه اطرحها ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن يكون غير مقبول.

17. لما كان الأصل أن تُجرى المحاكمة باللغة الرسمية للدولة - وهي اللغة العربية - ما لم يتعذر على إحدى سلطتي التحقيق أو المحاكمة مباشرة إجراءات ذلك التحقيق دون الاستعانة بوسيط يقوم بالترجمة أو يطلب منها المتهم ذلك ويكون طلبه خاضعاً لتقديرها ، وإذا كان وكيل النيابة الذي أجرى التحقيق قد أثبت في محضره أن أحد الشهود - الشاهد الأول من المجني عليهم - يجيد التحدث باللغة العربية وأنه استعان به لترجمة أقوال المجني عليهم الآخرين ، وكان الطاعنون لا يدعون في أسباب طعنهم أنهم طلبوا من جهة التحقيق الاستعانة بوسيط يتولى الترجمة عند سؤال باقي المجني عليهم ، وكان مثل هذا الطلب يتعلق بمصلحة خاصة بهم ولم ينهوا إليها ، فإنه لا يقبل منهم ما ينعونه في هذا الخصوص ما دام أن الجهة المذكورة لم تر من ناحيتها محلاً لذلك وقد تبينت مدلول أقوال المجني عليهم وردودهم على ما وجهته إليهم من أسئلة وهو أمر موضوعي يرجع إليها في تقدير الحاجة إليه ، هذا فضلاً عن أن ما يثيره الطاعنون في هذا الشأن لا يعدو أن يكون تعيباً للتحقيق الذي جرى في المرحلة السابقة على المحاكمة بما لا يصلح أن يكون سبباً للطعن على الحكم ، إذ العبرة في الأحكام هي بإجراءات المحاكمة وبالتحقيقات التي تحصل أمام المحكمة ، ولما كان الثابت من مراجعة محاضر جلسات المحاكمة أن الحاضر مع الطاعن تنازل عن سماع الشهود الغائبين - ومن بينهم المجني عليهم - ووافق على تلاوة أقوالهم بالجلسة وتليت ولم يطلب من المحكمة استدعاء المجني عليهم لسماع شهادتهم بمعرفتها وبالصورة التي يطمنون بها إلى صحة

تفهم مدلول عباراتهم ، فليس لهم من بعد أن ينعوا على المحكمة التفاتها عن الرد على هذا الدفع الذي يطلبه أو تعويلها على ما ورد بالتحقيقات.

18. من المقرر أنه يجب لقبول وجه الطعن أن يكون واضحاً محدداً مبيناً به ما يرمى إليه مقدمه حتى يتضح مدى أهميته في الدعوى المطروحة وكونه منتجاً فيها ، وكان الطاعن الثاني لم يبين في أسباب طعنه أوجه الدفاع الجوهرية التي أبداها المدافع عنه والتي قصر الحكم في استظهارها والرد عليها ، فإن ما ينعاه في هذا الخصوص يكون غير مقبول⁽¹⁾.

¹ - راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 8535 لسنة 88 قضائية - جلسة 2021 / 1 / 9.

الخاتمة

كرس الدستور المصري الحالي الصادر عام 2014 لحق المواطن في الهجرة بالنص في المادة (62) منه على أن: "حرية التنقل والإقامة والهجرة مكفولة..."، فلكل مواطن حق الخروج من وطنه إلى أي بلد آخر سعيًا وراء الرزق وطلبًا للعلم ومن أجل السياحة والترفيه وهربًا من خطر يهدد حياته.. إلخ؛ إلا أن هذا الحق لا بد للمواطن أن يمارسه في إطار القانون الوطني وما تفرضه من شروط وقيود معينة وفي إطار التشريعات والاتفاقيات والبروتوكولات الدولية، وإذا مورس خارج هذا الإطار يعد عمل غير مشروع ويطلق عليها الهجرة غير الشرعية. وقد تناول بحثنا الموسوم بعنوان: "المواجهة القانونية المصرية لظاهرة الهجرة غير الشرعية" تعريف وأسباب الهجرة غير الشرعية وكذا النصوص الدستورية وأحكام القضاء الدستوري المتعلقة بها، وتطرقنا فيه لمحاولة شرح قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين رقم 82 لسنة 2016 وتعديله تحت رقم 22 لسنة 2022 وخلصنا من دراستنا إلى عدد من النتائج التالية:

أولاً: هناك عدد من الأسباب تعد الدافعة بشدة للهجرة غير الشرعية للدول المتقدمة دول العالم الأول "المستقبلية" خصوصًا في ظل القيود التي تفرضها هذه الدول على الهجرة المشروعة، ومن هذه الظروف ظروف اقتصادية، وسياسية، ودينية، واجتماعية، إعلامية وغيرها من هذه الأسباب.

ثانيًا: يوجد عدد من النصوص الدستورية والمتعلقة بالحقوق الأساسية للمواطنين والتي إذا فعلت حقًا ستحد حدًا كبيرًا من الهجرة غير الشرعية، وهذه النصوص متوافرة في الدستور المصري؛ فتفعيل النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات ووضعها موضع التطبيق الفعلي، وخروجها من ضفتي كتاب الدستور لتكون حية متحركة سيقى كثيرًا من الهجرة غير الشرعية ويمكننا القول بأن تفعيل هذه النصوص سيكون بمثابة تطبيق فعلي لمقولة: "الوقاية خيرٌ من العلاج". وهو ما يدفع دول العالم المتقدم للضغط على دول العالم المصدرة للهجرة لتفعيل حقوق الإنسان لديها وإعطائها الإعانات المالية لذلك.

ثالثًا: جاء قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية وتهريب المهاجرين رقم 82 لسنة 2016 وتعديله كتطور للتشريعات المصرية المتخصصة في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية بداية من قانون 64 لسنة 2010 والخاص بمكافحة الاتجار في البشر واضعًا الهجرة غير الشرعية جريمة وسط جرائمه.

رابعاً: ورد بقانون مكافحة الهجرة غير الشرعية تنظيم قانوني متكامل لهذه الجريمة بداية من وضع تعريفات محددة بكل ما يتعلق بهذه الجريمة، مروراً بتحديد الركن المادي للجريمة وصور ارتكاب هذه الجريمة، والركن المعنوي للجريمة، وسأوى بين الشروع في ارتكاب الجريمة والفعل الكامل للجريمة، وتحدث عن الإعفاء من العقوبة حال الإبلاغ عنها قبل ضبطها من قبل سلطات الدولة وأجهزة الأمن فيها، أو ساعد في ضبط باقي المهربين ومتحصلات الجريمة. كما وضع عقوبة لكل من علم بالجريمة أو الشروع فيها أو بأحد أركانها ولم يبلغ. وأنشأ القانون صندوق تابع لمجلس الوزراء مسي: "صندوق مكافحة الهجرة غير الشرعية وحماية المهاجرين والشهود". وتفعيل التعاون الأمني والقضائي مع دول العالم في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية؛ إلا أن القانون به مثالب منها عدم تناسب العقوبة مع الأفعال المجرمة، وكذلك المساواة بين الجريمة الكاملة والشروع فيها، وعدم تحقيق الحماية الكاملة للشهود وضحايا الهجرة غير الشرعية؛ عدم مساءلة المهاجر "المهرب" سواء جنائياً أو مدنياً بالرغم من ارتكابه جرائم مخالفة القانون الوطني المصري، وكذا اعتدائه على سيادة الدولة المهاجر إليها وهو على علم ومدرّك إدراك كامل لأركان الجريمة بحجة أنه ضحية. وهو ما لا يحقق الردع العام للمهاجرين.

خامساً: بالرغم من العقوبات الغليظة التي جاء بها القانون ضد المهربين والمساهمين في هذه الجريمة وتفعيل التعاون الدولي في مجال التعاون الأمني والقضائي؛ إلا أن عمليات الهجرة غير الشرعية لازالت موجودة بل في ازدياد بالرغم من المخاطر التي يتعرض لها المهاجرين والتي تصل إلى فقد الحياة، وارتفاع تكاليف الهجرة غير الشرعية التي تدفع للمهربين، ويرجع ذلك إلى اننا نسعى إلى وضع العلاج الخارجي للظاهرة دون علاج الأسباب الحقيقية الدافعة للهجرة غير الشرعية، وهو ما سيجعل هناك وجود للهجرة غير الشرعية.

وفي النهاية أذكر قول الإمام الشافعي: كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي وكلما أزدت علماً زادني علماً بجهلي.

تقنين الأسعار طبقاً للقانون الموريتاني

(Price Rationing In Accordance With Mauritanian Law)

🏠 **Sidi Muhamed Abdellahi HAD**

Legal Advisor

to the Minister of Commerce and Tourism.

🏠 **سيدي ولد محمد عبد الله ولد حد**

المستشار القانوني لوزير التجارة والسياحة.

Summary:

Article 10 of the Mauritanian Constitution provides for freedom of trade and industry within public freedoms that can only be restricted by law. the principle underlying freedom of competition, but the requirements of market regulation, consumer protection and the steady conduct of supply, supply and storage necessitated State intervention in exceptional cases Freedom of Price and Competition Act ", as stipulated in article 5, which stipulates that "However, when an exceptional situation of natural monopoly, permanent supply difficulties or legislative or regulatory provisions limit competition through prices when they are established or excessively increased, as a result of a crisis situation, exceptional circumstances, a general disaster or an apparently unusual market situation in a given sector, the Minister in charge of trade can take provisional and reasoned measures through a decision taken at the opinion of the Competition Board, in order to regulate prices."

On this basis, price rationing is merely an exceptional and temporary measure taken when necessary to maintain market balance and protect a consumer's purchasing power.

ملخص:

لقد نص الدستور الموريتاني في المادة 10 على حرية التجارة والصناعة ضمن الحريات العامة التي لا يمكن تقييدها إلا بقانون، وهو المبدأ الذي تركز عليه حرية المنافسة، إلا أن مقتضيات تنظيم السوق وحماية المستهلك والسير المضطرب للتموين والعرض والتخزين استوجبت تدخل الدولة في الحالات الاستثنائية، وهو ما نص عليه قانون حرية الأسعار والمنافسة في المادة 5 التي تنص على أنه " ومع ذلك وعندما تؤدي وضعية استثنائية من الاحتكار الطبيعي أو صعوبات دائمة في التموين أو كذلك أحكام تشريعية أو تنظيمية إلى الحد من المنافسة عن طريق الأسعار عند وضعها أو الزيادة المفترضة لها، نتيجة لوضعية متأزمة أو ظروف استثنائية أو كارثة عامة أو وضعية يبدو جلياً أنها غير اعتيادية في السوق في قطاع معين، فإن الوزير المكلف بالتجارة يمكنه أن يتخذ إجراءات مؤقتة ومبسطة بواسطة مقرر يتخذ بناء على رأي مجلس المنافسة، وذلك قصد تنظيم الأسعار".

وعلى هذا الأساس فإن تقنين الأسعار مجرد إجراء استثنائي ومؤقت يتخذ عند الضرورة للحفاظ على توازن السوق وحماية القوة الشرائية للمستهلك.

مقدمة

لو أعدنا البصر كرتين في الأطوار التحولية التي شهدتها الاقتصاد الموريتاني لوجدنا أن الدولة منذ النشأة بدأت كدولة متدخلة تأخذ بالنظام شبه الاشتراكي سواء على المستوى السياسي المكرس في الحزب الواحد، أو في النظام الاقتصادي المتمثل في وضع اليد على التجارة والتدخل في توجيه السوق، ونتاجا للتغيرات لجيو سياسية والاقتصادية واکراهات الديمقراطية تغير وضع الدولة إلى دولة حارسة، بداية 89 مع إصدار المرسوم خاص برفع احتكار توريد وتوزيع المواد الغذائية، ثم بعد ذلك كرس حرة التجارة في دستور 1991، وكتداعيات لهذا التحرر صدر الأمر القانوني المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة سنة 1991.

وبعد تطور وسائل الإنتاج والعرض والطلب اقتضت الحاجة مراجعة المنظومة القانونية الخاصة بالتجارة، والتي على إثرها تم إصدار أول مدونة للتجارة في الجمهورية الإسلامية الموريتانية سنة 2000، والتي تعد تعبيرا واضحا عن التحولات التي عرفها النظام الاقتصادي، فهي أداة فعالة لتنظيم وتنمية الاقتصاد، وعنصر أساسي في تفعيل وتنظيم وضبط اقتصاد السوق، وبالرجوع إلى أحكامها وقواعدها الموضوعية والإجرائية نجد أنها تجسد جانبين، أولهما التوجه الصريح نحو اللبرالية الاقتصادية كخيار اقتصادي، ثم الاحتفاظ للدولة بحقها في التدخل لتوجيه ومراقبة وضبط السوق، حماية لما يعرف بالنظام العام الاقتصادي.

وقد ظهر النظام العام الاقتصادي نتيجة تحولات النظام العام بشكل أشمل،¹ أدت إلى تدخل الدولة لمراعاته ووضع آليات وضوابط تحكم المجال الاقتصادي وتشكل حماية ضد أي شكل من أشكال المساس باستقراره، مما نتج عن ذلك ضرورة حماية السوق وتنظيمه وضبط تمويله ورقابة مخزونات السلع والمواد الاستراتيجية.

حيث أنيطت هذه المهام بالمصالح المكلفة بالتموين والاستهلاك والمنافسة وقمع الغش التي تقع تحت سلطة الوزير المكلف بالتجارة، وذلك بموجب المادة 1238 من مدونة التجارة التي تنص على أنه "تتم مراقبة النشاط التجاري الداخلي تحت سلطة الوزير المكلف بالتجارة من طرف المصالح المكلفة بالتموين والاستهلاك والمنافسة وقمع الغش".

ونصت المادة 1239 من نفس المدونة على أنه "تقوم المصالح المشار إليها في المادة 1238 أعلاه بالتأكد من أن الوكلاء الاقتصاديين من منتجين أو مستوردين لسلع الاستهلاك أو التجهيز

¹ - بيروك لياس، تحرير الأسعار كضابط من ضوابط الممارسات التجارية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، 2016، ص 6.

يضمنون تمويلا منتظما ومرضيا من حيث الكم والجودة من مختلف المواد والبضائع على كافة التراب الوطني. وهي تمارس لهذا الغرض رقابة منتظمة ومتابعة دائمة للمخزونات".

ففي ظل اقتصاد السوق تساهم قوى العرض والطلب كأصل عام في تحديد أسعار السلع والخدمات، فكل بائع مثلا يسعى إلى بيع سلعته أو خدمته بأعلى الأسعار المتاحة في سبيل تحقيق أقصى ربح ممكن، وفي المقابل يسعى كل مشتر قدر الإمكان إلى الحصول على تلك السلعة أو الخدمة بأقل ثمن ممكن، وهكذا تتغير الأسعار صعودا ونزولا إلى أن يتم التوازن بين المعروض من تلك السلع أو الخدمات والطلب عليها، وذلك عند سعر معين يرضاه الجميع.

واستجابة لتبني اقتصاد السوق والنظام الليبرالي تم إصدار أول قانون ينفرد بحرية الأسعار والمنافسة في موريتانيا بتاريخ 21 أغسطس 2023 يكرس مبدأ حرية الأسعار في المادة 4 التي تنص على أنه "تحدد أسعار البضائع والمنتجات والمواد والسلع سواء كانت مستوردة أو من إنتاج أو تصنيع محليين وكذا الخدمات بواسطة المنافسة، باستثناء المنتجات والخدمات الخاصة التي تحدد قائمتها بمرسوم".

وحيثما كان تقنين الأسعار يخضع لحرية السوق وقانون المنافسة كأصل عام إلا أنه ومع ذلك لا يترك الأمر على إطلاقه، إذ يمكن للدولة في بعض الحالات وبصفة استثنائية أن تتدخل وتفرض قيود على حرية الأسعار، إما بطريقة غير مباشرة عن طريق تنظيم قواعد المنافسة، وإما بطريقة مباشرة عن طريق تقنين الأسعار سواء في الظروف العادية بالنسبة للسلع والخدمات الاستراتيجية، أو باتخاذ تدابير استثنائية إذا اقتضى الأمر، حيث نصت المادة 5 من القانون رقم: 025 - 2023 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، التي تنص على أنه "ومع ذلك وعندما تؤدي وضعية استثنائية من الاحتكار الطبيعي أو صعوبات دائمة في التموين (...)، فإن الوزير المكلف بالتجارة يمكنه أن يتخذ إجراءات مؤقتة ومسببة بواسطة مقرر يتخذ بناء على رأي مجلس المنافسة، وذلك قصد تنظيم الأسعار لمدة أقصاها ستة (6) أشهر".

إذا فعملية تقنين الأسعار والحد من ارتفاعها لا تعدو أن تكون ظاهرة استثنائية في ظل اقتصاد السوق القائم على حرية الأسعار، وتبرز من خلال سلطة الدولة في فرض تواجدتها، نظرا لاعتبارات مختلفة يقع على رأسها رعاية المصلحة العامة للبلد، لذلك وضعت الدولة عدة آليات لتقنين الأسعار وضبطها.

المبحث الأول: مجال وشروط تدخل الدولة في تقنين الأسعار

لقد نصت المادة 4 من القانون رقم: 025 - 2023 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة على أنه " تحدد أسعار البضائع والمنتجات والمواد والسلع سواء كانت مستوردة أو من إنتاج أو تصنيع محليين وكذا الخدمات بواسطة المنافسة، باستثناء المنتجات والخدمات الخاصة التي تحدد قائمتها بمرسوم"، حيث صدر المرسوم رقم: 181 - 2024 المتضمن تطبيق بعض أحكام قانون حرية الأسعار والمنافسة، والذي أكدت المادة 3 منه على أنه "تعتبر أسعار المنتجات والسلع والخدمات حرة في جميع أنحاء البلاد، ويتم تحديدها فقط من خلال المنافسة، غير أنه يجوز إما بسبب حالة احتكار أو صعوبات مستدامة في التمويل أو بسبب القوانين أو النظم، أن تنظم الأسعار وفقاً للشروط المحددة في الترتيبات اللاحقة".

وعليه فإن الدولة ترمي من وراء التدخل إلى وضع يدها على الأسعار وجعلها أكثر فاعلية¹ في مجال تحديد ومراقبة أسعار وهوامش السلع والخدمات، لاسيما فيما يخص المواد والخدمات الضرورية، وحصولها على جهاز قانوني منسجم مع آليات تدخل فعالة لضبط ومراقبة السوق، سبيلا إلى تثبيت استقرار السوق من خلال تأطير هوامش وأسعار السلع والخدمات الضرورية وذات الاستهلاك الواسع، ضمانا لشفافية ونزاهة إنجاز المعاملات التجارية، لاسيما تلك التي تتعلق باحترام الأسعار المقننة، ثم وضع حد للاختلالات المسجلة والناجمة عن المضاربة في الأسعار التي يمكن أن تمس القدرة الشرائية للمستهلك.²

وحيثما كان تحرير الأسعار من مزاياه تخفيض الأسعار، باعتبار ذلك أمرا إيجابيا بالنسبة للمستهلك فيجب عدم تجاهل ما قد ينجر عن ذلك من إزاحة لبعض المقاولات أو بعض الفاعلين الاقتصاديين، لعدم قدرتهم على المنافسة، ولذلك نجد أن المشرع الموريتاني - خلافا للتجربة الفرنسية - أخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة التي يمر بها الاقتصاد الوطني، حيث قيد حرية الأسعار بجملة من الحالات يؤدي تحقيقها إلى جعل تنظيم الأسعار من طرف الدولة مشروعاً. فنجد أن المشرع الوطني تدخل في تحديد الأسعار سواء بالنسبة للسلع أثناء الإنتاج أو التوزيع، وتدخل كذلك حتى بالنسبة للخدمات.

¹ - رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيد والمعارض، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد 20، 2007، ص 12.

² - بيروك لياس، تحرير الأسعار كضابط من ضوابط الممارسات التجارية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، 2016، ص 11.

المطلب الأول: مجال تدخل الدولة في أسعار السلع والخدمات

يقترن مصطلح تحديد الأسعار بمصطلح التسعير الجبري، وهو المصطلح الذي عرفه فقهاء الاقتصاد بأنه "تحديد الأسعار من قبل هيئة تتمتع باحتكار اجتماعي دون أن يكون للعرض والطلب أي تأثير على الأسعار"، وبالرجوع إلى التعريف القانوني لتحديد السعر نجد أنه هو "السعر الذي يفرضه القانون بحيث لا يمكن تجاوزه"، فتحديد الأسعار يكون في السلع والخدمات التي تكون الناس في أمس الحاجة إليها وضرورية لهم، هنا يجب على الدولة وضع حد لسعرها مخافة استغلال التجار لهذه الحاجة فيرفعون أسعارها، وعليه فالدولة عند تحديدها للأسعار تهدف إلى تحقيق هدف اجتماعي وهو المحافظة على القدرة الشرائية للمواطن خاصة ذوي الدخل المحدود، والتالي تستهدف دائما السلع والخدمات التي لا تستقيم حياة المواطن العادي دونها.

وهذا ما نهجه المشرع في المادة 4 من المرسوم رقم 181 - 2024 المتضمن تطبيق بعض أحكام قانون حرية الأسعار والمنافسة، والتي على أنه "بالنسبة لقائمة المنتجات والخدمات الخاصة التي تحدد أسعارها، تحدد معايير الانتقاء كما يلي:

- المنتجات الضرورية وذات الاستهلاك الواسع؛
- المنتجات التي تمثل أهمية اقتصادية مؤكدة؛
- الخدمات الخاصة".

وعطفا على ما سبق فإنه لا يمكن دخول جميع السلع في نطاق التسعير الجبري، وإنما يتم انتقاء قائمة معينة تستجيب للتوجيهات السابقة وتأخذ بعين الاعتبار متطلبات الحياة اليومية للفرد، طبقا للظروف الاقتصادية من جهة ومدى وفرة السلع أو ندرتها وشدة الحاجة إليها، ومن ثم فإقدام المشرع على عملية تحديد الأسعار كقيد على حرية المنافسة التجارية، إذ تبقى المنافسة بين التجار قائمة وترتكز على جودة السلع والخدمات المقدمة والمحددة التسعرة، بغية استمالة الزبون وإقناع بالسلعة أو الخدمة الأحسن.

حيث أن للسعر أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك وكذا للمؤسسة، فقرارات التسعير تعتبر من أكثر القرارات تأثيرا على جميع العناصر الأخرى للمزيج التسويقي¹ ومنه يمكن إدراج أهمية السعر بالنسبة للمستهلك وكذا بالنسبة للمؤسسة على النحو التالي:

¹ - رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيد والمعارض، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد 20، 2007، ص 14.

1. أهمية السعر بالنسبة للمستهلك: تظهر أهمية السعر بالنسبة للمستهلك في تسهيل عملية المقارنة بين المنتجات والخدمات المتنافسة، ويساعد على تقييم جودة المنتج، كما يعطي نظرة حول المنتج بالنسبة للمستهلك المحتمل.

2. أهمية السعر بالنسبة للمؤسسة: يعتبر السعر مهما بالنسبة للمؤسسة، من حيث أن السعر من أسهل وأسرع عناصر المزيج التسويقي تغيرا وتعديلا لمقابلة الطلب أو مواجهة تصرفات المنافسين من جهة، ويعد ارتفاع السعر مؤشرا على الجودة من وجهة نظر بعض المستهلكين، فقد أثبتت بعض الدراسات أن هناك علاقة إيجابية بين السعر والجودة، كما أن وجود علاقة بين السعر ومقدار إيرادات المؤسسة وأرباحها، وهذا أمر مهم بالنسبة للمؤسسة لأنها لم تحقق أرباحا معينة فلن تستطيع الاستمرار، ويعد السعر كذلك أحد مجالات التنافس بين المؤسسات، إذ يؤثر على المركز المالي للمؤسسة ومن ثم تطوير منتجاتها وتنوع خدماتها، والتوسع في التسهيلات والمزايا التي تمنحها لعملائها.¹

المطلب الثاني: شروط تدخل الدولة في تحديد الأسعار

إن الخروج على مبدأ حرية الأسعار، وترك تجاذب العرض والطلب كعامل مركزي لتحديد الأسعار، رهين بخضوع الإدارة لجملة من الاعتبارات يجب مراعاتها والتقيدها، فحين اتجاه الدولة إلى التدخل في البنية الهيكلية للسعر ووضع قيود وعتبة لمجاله²، وحتى تحديده بشكل مفصل يقتضي مراعاة ضمان استقرار المقاولات عن طريق تجنيبها اتخاذ قرار تقنين الأسعار بشكل غير مدروس ويؤثر على نشاطها، حيث يجب أن يتخذ تقنين الأسعار طابع التنظيم أي بموجب نص قانوني ولفترة محددة، يجب بعدها إلغاء تقنين السعر بزوال السبب، أو مراجعة تحديد السعر إذا ما زال السبب قائما، ناهيك عن وجوب أخذ مجلس المنافسة كما هو محدد في المادة 5 من القانون رقم 2023 - 025 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة أنفة الذكر، حيث يجب استشارته بعد أن تقوم الإدارة بتمكينه من تركيبة السعر ابتداء من ثمن السلع عند المصدر مروراً برسوم النقل والتأمين والتخزين وكافة التكاليف اللاحقة، ثم هوامش الربح المنصفة للتاجر، وذلك للحيلولة دون أي تعسف من الإدارة في سبيل الوصول للمواءمة بين مصالح التجار وحماية القوة الشرائية للمستهلكين.

¹ - بيروك ليامس، تحرير الأسعار كضوابط من ضوابط الممارسات التجارية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، 2016، ص 15.

² - رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيد والمعارض، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد 20، 2007، ص 16.

وإذا استمرت حالة الظروف الموجبة لتقنين الأسعار لفترة طويلة، فإنه يمكن اتخاذ تدابير أخرى بعد استشارة مجلس المنافسة، مؤداها إخضاع القطاع والمنتج لتنظيم مستمر إلى أن تعود المياه لمجاريها الطبيعية.

كما يمكن عند الحاجة أن تقوم الإدارة بالتعاون مع جمعيات حماية المستهلك بإبرام اتفاقات قصد تحديد أسعار بعض المنتجات أو الخدمات التي ترى الجمعيات أو الإدارة ضرورة تقنين أسعارها بعد تعليل الدوافع وتبيين المبررات المستندة على العناصر التوجيهية المذكورة في المادة 4 من المرسوم رقم: 181 - 2024 المتضمن تطبيق بعض أحكام قانون حرية الأسعار والمنافسة، المذكورة أعلاه.

وفي حالة عدم احترام الفاعلين الاقتصاديين لمضمون هذا الاتفاق يمكن للإدارة انفراديا ووفقا للشروط المنصوص عليها سابقا، اتخاذ نص تنظيمي لهذا الغرض وسلك نفس الخطوات المشار إليها آنفا.

يتضح إذا أن تقييد مبدأ حرية الأسعار يعتبر أمرا لازما وأنه ليس في التقنين والتحديد أي انتقاص من مبدأ حرية الأسعار ذاته، بل إن الحفاظ على النشاط التجاري في السوق وحماية السير العادي للمنافسة لا يتعارض معه.

وكثيرا ما يتدخل المشرع عموما بتجريم الأفعال الناجمة عن خطورة معينة، فيقطع على الجاني السبيل إلى تحقيق الضرر¹ كتجريمه لعدم احترام واجب علانية الأسعار، ويعد هذا من قبل التجريم الوقائي الذي من شأنه أن يقلل من تحايل البائعين بفرض سعر تارة فوق السعر المحدد قانونا أو اتفاقا، ويسهل مهمة رقابة السوق على المصالح الإدارية المختصة.

واعتبارا للدولة سلطة في تحديد الأسعار فإنه إذا ما حددت أسعار السلع والمنتجات وجب على الفاعلين الاقتصاديين الالتزام بها وإلا لحقت بهم العقوبات المرصودة لذلك، فبالرغم من تكريس مبدأ حرية الأسعار إلا الإستثناء في هذا الحالة أوجب الامتثال من المبدأ الأصلي.

ومن أجل تعزيز خضوع الفاعلين الاقتصاديين لهذه الأسعار المحددة تم إقرار جزاءات على المخالفات، حيث نصت المادة 67 من قانون حرية الأسعار والمنافسة على أنه " دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في القسم الأول من هذا الفصل يعاقب بسبب الزيادة غير القانونية في

¹ - رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيد والمعارض، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد 20، 2007، ص 18.

الأسعار أو تطبيق أسعار غير قانونية (....) وكذا التحريض على تطبيق أسعار تختلف عن الأسعار المحددة أو تحديدها من قبل أشخاص غير مخولين، بالجس من ستة عشر (16) يوما إلى ثلاثة (3) أشهر وبغرامة من 6.000 إلى 600.000 أوقية جديدة، أو بإحدى هتين العقوبتين فقط".

أما الأضرار المدنية المترتبة عن هذه الممارسات فإنه فضلا عن حق المستهلك في التأسيس كطرف مدني في الدعوى الجزائية لطلب التعويض عما لحقه من ضرر، ستند عند الرجوع إلى القواعد العامة إلى مكنة القيام بالدعوى الاسترداد غير المستحق، كما يمكنه طلب الإبطال استنادا على التدليس، أو أحد عيوب الرضا الواردة في الواقعة.¹

وعليه فإن تحديد السعر هو مجرد إجراء مصلحي ضروري يضطلع به من أنيط توجيه السياسة الاقتصادية به في الأمة وذلك في حالة تعارض وضرورة الترجيح بين المصلحة العامة المتمثلة في تحديد السعر، والمصلحة الخاصة المتمثلة في حرية السعر.² وفي هذا الخصوص يفسح المجال للمصالح المكلفة براقبة وتنظيم السوق سلطة التدخل سواء كان ذلك وقت الأزمات والظروف الاستثنائية القائمة، أو في الظروف العادية إذا أسئ التصرف في حق المستهلك إلى حد يخلق مثل تلك الأزمات، وهذا التدخل تكليف مفروض على المصالح الإدارية لأن تصرفها منوط بالمصلحة العامة التي هي أساس مهامها.

المبحث الثاني: آليات تقنين أسعار السلع والخدمات

إن الدولة بتدخلها في تحديد الأسعار لا يعني الرجوع إلى عهد الاقتصاد الاشتراكي، أو كون الدولة دولة متدخلة لا دولة حارسة، ولكن من أجل ضبط السوق ومحاربة بعض الممارسات التي يمكن أن تقيد المنافسة، حيث أن هذا التدخل يعتبر استثناء على مبدأ حرية الأسعار.

وعند تدخلها فهي ملزمة باتباع بعض الآليات المحددة من طرف المشرع يجب مراعاتها والحرص على الامتثال لها، والاحاطة بكافة العناصر ذات الصلة المباشرة بموضوع الأسعار، سواء في الميدان الاقتصادي أو الاجتماعي، واليقظة في المواءمة والتوازن في الاعتبار بين المصالح العامة والخاصة ما أمكن لذلك سبيلا.³

¹ - تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة الجزائر 2013، ص 7.

² - بيروك لياس، تحرير الأسعار كضوابط من ضوابط الممارسات التجارية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، 2016، ص 14.

³ - رفيق يونس المصري، المضاربة على الأسعار بين المؤيد والمعارض، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد 20، 2007، ص 8.

وفي هذا السياق حاول المشرع الموريتاني في إطار مكافحة الممارسات غير النزيهة توزيع الأدوار والصلاحيات بين المرافق الحكومية، سواء المصالح الإدارية أو السلطات القضائية، بغية ضمان التصدي للمخالفات بالاعتماد على هذه السلطات المختلفة¹.

المطلب الأول: الرقابة الإدارية

لقد حدد المشرع الموريتاني الأشخاص المؤهلين للبحث عن الغش والخداع ورقابة انتظام السوق وانسيابية التموين والعرض وظروف التخزين، وذلك في المادة 24 و25 من قانون حرية الأسعار والمنافسة، حيث تنص المادة 24 على أنه " تتم مراقبة النشاط التجاري الداخلي تحت سلطة الوزير المكلف بالتجارة من طرف المصالح المكلفة بالتموين والاستهلاك والمنافسة وقمع الغش".

وذكرت المادة 25 من نفس القانون أنه "تقوم المصالح المشار إليها في المادة 24 أعلاه بالتأكد من أن الفاعلين الاقتصاديين من منتجين أو مستوردين لسلع الاستهلاك أو التجهيز يضمنون تمويناً منتظماً وكافياً من حيث الكم والجودة من مختلف الواد والبضائع على كافة التراب الوطني. وتمارس هذه المصالح لذات الغرض رقابة منتظمة ومتابعة دائمة للمخزونات".

وذكرت المادة 27 من القانون أنه "تمارس مصالح الوزارة المكلفة بالتجارة أيضاً رقابة دائمة على أسعار السلع والخدمات، وفي حالة زيادة مفرطة تقوم بالتحقيقات الضرورية للكشف عن أسبابها".

واستناداً للمقتضيات المواد السابقة يتضح أن هذه المصالح الإدارية التابعة للوزير المكلف بالتجارة لها دور أساسي في مجال الضبط الإداري المتمثل أساساً في اتخاذ تدابير احترازية للوقاية من جرائم الغش والتدليس والرفع غير القانوني لأسعار السلع والخدمات المحددة التسعرة قانوناً، وذلك عن طريق المعاينات الدورية للمحلات التجارية والمراكز الخدمية ومؤسسات الإنتاج والتوزيع، والتحقق من عدم ارتكاب أي مخالفة في هذا الشأن.

وفي هذا الخصوص نص قانون حماية المستهلك الموريتاني في المادة 46 على أنه " يجب على وكلاء المصالح المكلفة برقابة السوق إجراء عمليات فحص في جميع مراحل سياق عرض المنتجات في السوق، فهم مخولون للدخول في أي وقت وتحت أي ظرف من الظروف إلى مباني الإنتاج والبيع لتنفيذ عمليات الرقابة". ويرجع إلى المرسوم رقم 176 - 2024 المحدد لصلاحيات وزير التجارة والسياحة وتنظيم الإدارة المركزية لقطاعه، نجد أن المادة 19 كلفت الإدارة المعنية بالمنافسة وتنظيم السوق بجملة من المصالح نذكر منها:

- تنظيم الدوائر الداخلية للتموين؛
- تنظيم الأسواق؛
- إعداد نظم المنافسة وتطبيقها؛

¹ - شفاري نية، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري، والقانون المغربي دراسة مقارنة، رسالة ماستر، جمعة وهران 2012/2013، ص 15.

- تنظيم المحاور الداخلية للتموين؛
- القيام بالتعاون مع المؤسسات والمصالح المعنية، بجمع وتحديث وتحليل الإحصائيات التجارية المتعلقة بالتجارة الداخلية؛
- عصرة التجارة والتوزيع؛
- ضمان احترام شفافية السوق وحرية المنافسة؛
- مكافحة عمليات الاندماج غير التنافسية والاتفاقات التقييدية بين المنتجين والموزعين والتصرفات التجارية الاحتمالية؛
- القيام، بالتنسيق مع المؤسسات والفاعلين المعنيين، بالرقابة المنتظمة لوضعية التموينات وتطور المخزونات؛
- تحديد مستوى الاستهلاك الوطني للمنتجات الضرورية والواسعة الاستهلاك وتحديد عتبة الأمن للإنذار المبكر وتوقي نفاذ المؤن.

ولهذه المصالح دور الضبط القضائي¹ حيث يتحدد هذا الدور في تحرير محاضر المخالفات وإجراء الخبرة على السلع والخدمات، ودراسة إمكانية رفع دعوى قضائية ضد المخالفين، وفي هذا الصدد نصت المادة 78 من قانون حرية الأسعار والمنافسة على أنه "تتم معارضة مخالفات أحكام الفصلين الثاني والثالث من الباب السادس من هذا القانون بواسطة محاضر محررة من قبل وكيل رقابة اقتصادية طبقا للنظام الخاص بسلك الرقابة الاقتصادية أو وكيل تابع للوزارة المكلفة بالتجارة، مفوض ومكلف يكون قد شارك بصفة شخصية ومباشرة في معارضة الوقائع المكونة للجريمة بعد أن يعلن عن صفته ويقدم بطاقيته المهنية".

تنتشر مهام المصالح الإدارية المكلفة على عموم التراب الوطني من خلال المندوبيات الجهوية المتمركزة في عواصم الولايات الداخلية، والتي تقع تحت الوصاية المباشرة للولاية، حيث يكلف الوالي في هذا الخصوص بالسهر على وضع المصالح الجهوية كافة. بما فيها المندوبيات الجهوية للتجارة وحسن سيرها، ويتولى تنشيط ومراقبة نشاطها طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ومن أهم هذه المصالح بالإضافة للمديريات المركزية لجنة مراقبة السوق المنشأة بموجب المادة 1248 وما بعدها من مدونة التجارة الصادرة بموجب القانون رقم 05-2000 بتاريخ 18 يناير 2000، تناط بهذه اللجنة رقابة الحالة العامة للسوق والمؤشر العام لسير المنافسة المنتظمة

¹ - تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة الجزائر 2013، ص 14.

وانتظام العرض والطلب ومواكبة مؤشر الأسعار ودراستها وتشخيصها، ومتابعة النشاط الاقتصادي الوطني، وإلمامها التام بجميع الفاعلين الاقتصاديين المعنيين بالسوق من موردين ومقدمي خدمات ومنتجين محليين للسلع المعروضة في السوق.

كما يجب استحضار أن للمجموعات المحلية دور بارز في عملية رقابة وتنظيم السوق، حيث يكلف عمد البلديات بالسهر على تنظيم السوق وانتظام الحياة المعيشية للمواطنين، وفي هذا الخصوص يحق للعمد إجراء رقابة على أسعار السلع والمنتجات الاستهلاكية والخدمات الضرورية للمواطن، وبالتالي لهم دور رقابي في فرض واحترام تقنين وضبط الأسعار.¹

ثم أن للجماهير دور فعال في شأن رقابة السوق ومتابعة الأسعار حيث تكتسي المنافذ الحدودية لكل دولة أهمية كبيرة كونها تتحكم في حركة دخول وخروج البضائع، ولهذا فدورها حيوي في مجال حماية الأسعار لا يقل أهمية عن باقي الأجهزة والمصالح الأخرى، إذ تعتبر بيانات حرية البضائع مرجع مهم في البنية الهيكلية للسعر، ومؤشرات أساسية في مستوى المخزون والتمويل، مع استحضار ما للتمويل والمخزون من علاقة مباشرة في عملية دراسة وتحديد وتقنين الأسعار.

المطلب الثاني: المتابعة القضائية

ينشأ عن كل جريمة عدم تطبيق الأسعار المقننة ضرر عام يسمح للدولة عبر جهاز النيابة العامة أن تتدخل مطالبة القضاء توقيع العقوبات المقررة لها قانونا، ويتم هذا التدخل عن طريق تحريك الدعوى العمومية بموجب إحالة ملف المخالف من المصالح الإدارية المعنية، أو بمتابعة مباشرة من جمعيات حماية المستهلك التي لها صفة النفع العام وصلاحيات مؤازرة المستهلك في الدعوى العمومية، وذلك لإثبات وجود الفعل والمعاقبة عليه وإقامة الدليل، حيث خول المشرع الموريتاني النيابة العامة بصفاتها تنوب عن المجتمع سلطة تكييف الوقائع الواردة في محاضر أجهزة الرقابة الاقتصادية أو الواردة في مساطر أجهزة الشرطة والدرك بموجب شكايات من عمد البلديات أو جمعيات حماية المستهلك، فلها أن تنظر في الوقائع وتحقق من الحثثات وما إذا كانت تشكل جريمة بموجب النصوص النازمة للأسعار ورقابة السوق وحماية المستهلك.²

واعتبر المشرع الموريتاني أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام ما عدى ما استثنى بنص خاص، فالمتضرر من الممارسات التجارية غير النزهة له الحق في رفع الدعوى لطلب

¹ - شفار نية، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري، والقانون المغربي دراسة مقارنة، رسالة ماستر، جامعة وهران 2013/2012، ص 12.

² - شفار نية، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري، والقانون المغربي دراسة مقارنة، رسالة ماستر، جامعة وهران 2013/2012، ص 14.

التعويض، ويكون ذلك إما في إطار دعوى مستقلة أمام المحاكم المدنية برفع دعوى مسؤولية تقصيرية.¹

كما يمكن لوكيل الجمهورية ممارسة الدعوى العمومية بناء على المحاضر التي يتلقاها من طرف وكلاء الرقابة الاقتصادية وكافة الأعوان المكلفين بالبحث عن المخالفات ومعابنتها، ويلعب وكيل الجمهورية دورا هاما في وظيفة المتابعة والاهتمام باتخاذ جميع الإجراءات التي يراها لازمة، كالبحث والتحري عن الجريمة أو تكليف ضابط شرطة قضائية بذلك، أو إصدار قرار بحفظ الدعوى حسب ما يتناسب مع الوقائع وتكييفها.²

ويمكن أيضا لقاضي التحقيق تحريك وممارسة الدعوى العمومية إما بناء على إحالة من وكيل الجمهورية أو من خلال القيام بالحق المدني المخول للمستهلك المضروب أو إحدى جمعيات حماية المستهلك ذات الحق في التمثيل أمام القضاء، حيث نصت مسطرة الإجراءات الجنائية على تكليف قاضي التحقيق بتعميق البحث الابتدائي وتخويله سلطة واسعة في اتخاذ جميع إجراءات التحقيق.

وقد يقتضي التحقيق غلق المؤسسة التجارية المخالفة كإجراء احترازي حماية للأسعار المقننة، وهو ما يؤثر مباشرة على نشاط الفاعل الاقتصادي وأرباحه، حيث يعرف هذا الإجراء بالتدابير الاحترازية التي تحل محل العقوبة الإدارية المعروفة بالغلق الإداري المخول للمصالح الإدارية بموجب المادة 65 من قانون حرية الأسعار والمنافسة التي تنص على أنه "دون المساس بالعقوبات الصادرة عن المحاكم يجوز للوزير المكلف بالتجارة أن يأمر بإغلاق المحل أو المحلات موضوع المخالفة لمدة أصاها شهر في حالة الزيادة غير القانونية في الأسعار أو تطبيق أسعار غير قانونية كما هو مبين في المواد 20، 21، 22 من هذا القانون".

فالغلق القضائي للمحل التجاري عبارة عن عقوبة ذات طابع إداري يجب أن تركز على أسباب قانونية من خلالها يثبت في حق الفاعل الاقتصادي وقوعه في مخالفة تستوجب فيها تسليط عقوبة الغلق، والذي

يصدر في شكل قرار قضائي احترازي مسببا من طرف قاضي التحقيق المختص قانونا.³

¹ - يبروك لياس، تحرير الأسعار كضوابط من ضوابط الممارسات التجارية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، 2016، ص 18.

² - الجيلاني، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في موريتانيا، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، 2011، ص 21.

³ - عجة الجيلاني، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في موريتانيا، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، 2011، ص 8.

الخاتمة

بعد انتقال الدولة الموريتانية من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق الذي انتهجته مطلع تسعينيات القرن الماضي (القرار بتوجه الدولة إلى النظام الليبرالي (حرية السوق، المنافسة، الدولة دولة حارسة بدل دولة متدخلة))، تم وضع منظومة قانونية/اقتصادية تسير هذا التوجه.

حيث كان الأمر القانوني 91-009 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة هو أول قانون يحدد وينظم القواعد العامة للتجارة والسوق بشكل خاص، والذي حلت محله مدونة التجارة الصادرة بموجب القانون رقم 2000-005 بتاريخ 18 يناير 2000، التي نظمت هذا المجال في الكتاب الخامس الخاص بحرية الأسعار والمنافسة.

وعند تتبع المواد القانونية الخاصة بهذا المجال نجد المشرع قد وضع في المادة 1215 بأنه "تحدد أسعار البضائع والمنتجات والسلع والأدوات والمواد الغذائية، سواء كانت مستوردة أو من إنتاج وتصنيع محليين وكذا الخدمات، بواسطة المنافسة باستثناء المنتجات والخدمات الخاصة التي تحدد قائمتها بمرسوم".

وفي سنة 2016 تم إصدار المرسوم رقم 067-2016 الصادر بتاريخ 11 أبريل 2016 الذي يحدد قائمة المنتجات والخدمات الخاصة الخاضعة لتحديد الأسعار، والذي تم نشره في الجريدة الرسمية عدد 1360، حيث تناول هذا المرسوم في مادته الثانية المعايير التي تم على أساسها اختيار المنتجات والخدمات الخاصة، وفي المادة 3 تم تحديد قائمة تلك المواد، المتمثلة في ثمانية (8) مواد موزعة بين المنتجات والخدمات الخاصة.

وفي سنة 2021 تم إجراء تعديل على المرسوم المذكور آنفاً، وذلك بموجب المرسوم رقم 025-2021 الصادر بتاريخ 24 فبراير 2021، حيث استهدف هذا التعديل المواد 2 و3 من المرسوم السابق، والذي بموجبه تمت إضافة خمس (5) منتجات جديد إلى لائحة المنتجات والخدمات الخاصة الخاضعة لتحديد الأسعار.

ثم بعد هذه المراحل اتجهت الدولة إلى سن قانون جامع ومخصص للأسعار والمنافسة، حيث صدر القانون رقم 2023 - 025 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.



آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

Mechanisms of judicial oversight of the constitutionality of laws in the United States of America

الدكتور جمال الدين بنعيسى

أستاذ التعليم العالي بجامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
كلية الحقوق عين الشق

الأستاذ ضياء نادر عواد

باحث في دكتوراة القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين
awwadeyaa@gmail.com*

الملخص

المنهج التحليلي لتوضيح وتحليل نصوص الدستور الأمريكي وأحكام المحاكم الأمريكية وآراء الفقهاء حول الرقابة القضائية بالاستناد إلى التسلسل التاريخي لنشوء رقابة القضاء على دستورية القوانين بشكل عام والولايات المتحدة بشكل خاص، والعوامل المؤدية لنشوء هذه الرقابة.

وتوصلت الدراسة توصلت إلى عدم وجود محكمة دستورية متخصصة في الولايات المتحدة الأمريكية، وأن النظام المزدوج أعطى الحق لكافة المحاكم بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري فيها، وتكون حجية الحكم بعدم الدستورية حجية نسبية. وحيث أن هذه الدراسة خلصت إلى ضرورة إعطاء أسلوب الحكم التقريري والأمر القضائي بالمنع لكافة المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، بالإضافة إلى ضرورة تفعيل رقابة الإلغاء، وإنشاء محكمة دستورية عليا متخصصة تكون المرجعية لكافة المحاكم ومشكلة من أساتذة جامعات مختصين بالقانون الدستوري.

الكلمات المفتاحية: رقابة الامتناع،

الدفع الفرعي، الأمر القضائي، الحكم التقريري.

تدور هذه الدراسة حول آليات الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، ومن خلال هذه الدراسة تم التعرف إلى مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومقارنته بمفهوم الرقابة السياسية بالإضافة إلى معرفة ميزات هذه الرقابة والانتقادات التي وجهت لها. كما تم التطرق إلى نشأة الرقابة القضائية والعوامل التي ساهمت في نشأتها وتحدثت الدراسة عن النظام القضائي الأمريكي المزدوج، وعن تعيين القاضي الدستوري فيه.

كما أشارت الدراسة إلى الرقابة بنوعيتها؛ رقابة الإلغاء، ورقابة الامتناع مع التركيز على رقابة الامتناع كونها الأسلوب المتبع في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال الدفع الفرعي بعدم الدستورية، والأمر القضائي بالمنع، والحكم التقريري. كما تم التطرق إلى أثر الحكم بعدم دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.

ولقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، حيث استخدم المنهج الوصفي ليصف ظاهر الحال بالنسبة للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، واستخدم

Abstract

This study revolves around the mechanisms of oversight of the constitutionality of laws in the United States of America. Through this study, the concept of judicial oversight of the constitutionality of laws was identified and compared to the concept of political oversight, in addition to knowing the features of this oversight and the criticisms directed at it. The emergence of judicial oversight and the factors that contributed to its emergence were also discussed. The study spoke about the dual American judicial system and the appointment of a constitutional judge in it.

The study also referred to both types of censorship: cancellation censorship and abstention censorship, with a focus on abstention censorship as it is the method followed in the United States of America through the sub-defense of unconstitutionality, the judicial order of prohibition, and the declaratory ruling. The impact of ruling unconstitutional laws in the United States of America was also discussed.

The researcher in this study followed the descriptive and analytical method, as he used the descriptive method to describe the apparent situation with regard to judicial oversight of the constitutionality of laws in the United States of

America, and used the analytical method to clarify and analyze the texts of the American Constitution, the rulings of American courts, and the opinions of jurists about judicial oversight based on the historical sequence of the emergence of oversight. Eliminating the constitutionality of laws in general and the United States in particular, and the factors leading to the emergence of this censorship.

The study concluded that there is no specialized constitutional court in the United States of America, and that the dual system gave the right to all courts to refrain from applying unconstitutional law therein, and the authority of ruling unconstitutionality is relative authority. Whereas this study concluded the necessity of giving the method of declarative ruling and judicial prohibition to all courts in the United States of America, in addition to the necessity of activating annulment oversight, and establishing a specialized supreme constitutional court that will be the reference for all courts and composed of university professors specialized in constitutional law.

Keywords: abstention oversight, sub-defense of unconstitutionality, judicial order, declaratory ruling.

مقدمة

إن الغاية الرئيسية لكل شعب تتمثل في تأكيد وإقرار مبادئ الشرعية وإعلاء كلمة الدستور في ظل الأنظمة القانونية والسياسية المتنوعة، حيث أنه يطمح إلى حياة تملؤها الديمقراطية ويتمتع فيها كافة الأفراد بالحرية في ظل تشريعات لا تشوبها أي شائبة تعكر عليهم صفو التمتع بحقوقهم وحررياتهم. ولكي لا تتأثر غاية الشعب بفرض قانون غير ديمقراطي عليه أو مخالف لأحكام القواعد القانونية الأعلى - ألا وهي أحكام الدستور- فلا بد من آلية لتحقيق هذه الغاية. وتعتبر من أهم الأساليب التي تضمن احترام هذه الغاية بتحقيق احترام القواعد القانونية الأدنى للقواعد القانونية الأعلى قيام القضاء بالرقابة على دستورية القوانين.

تختلف الجهة التي تقوم بممارسة الرقابة على دستورية القوانين من دولة إلى أخرى، فبعض الدول اعتمدت أسلوب الرقابة السياسية، وأخرى اعتمدت أسلوب الرقابة القضائية. ونظراً لكون الولايات المتحدة الأمريكية أول من أسس لأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين خاصة في حكم القاضي مارشال عام 1803 في قضية ماربوري ضد ماديسون، فإننا سنتطرق في هذا البحث إلى الأسلوب المتبع فيها للرقابة القضائية على دستورية القوانين منذ نشأتها، وذلك رغم عدم وجود محكمة دستورية مستقلة متخصصة فيها.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في معرفة ماهية الأساليب المتبعة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية في ظل عدم وجود محكمة دستورية مستقلة متخصصة بالرقابة على دستورية القوانين فيها.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في كونها بينت كيف يقوم القضاء الأمريكي العادي في الرقابة على دستورية القوانين، ووضحت الآليات التي اتبعها في سبيل ذلك مع العلم بعدم وجود محكمة دستورية في النظام القضائي الأمريكي، وجاءت أهمية كل ذلك لكون الرقابة على دستورية القوانين تعتبر الدرع الأول الحامي للحقوق والحريات الخاصة بالأفراد في الأنظمة الديمقراطية، ولا بد من وجود رقابة قضائية على دستورية القوانين من أجل الحفاظ على هذه الحقوق والحريات ومنع الاعتداء عليها.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى التأكيد على ضرورة الرقابة القضائية على دستورية القوانين حتى ولو إن لم يكن هنالك محكمة دستورية مختصة من خلال تسليط الضوء على نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وأسلوب رقابة الامتناع بصوره الثلاثة المتبعة فيها.

منهجية الدراسة:

تسعى هذه الدراسة إلى إبراز الأسلوب المتبع للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وعليه فقد اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة، حيث استخدم المنهج الوصفي ليصف ظاهر الحال بخصوص الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، واستخدم المنهج التحليلي ليحلل نصوص الدستور الأمريكي وأحكام المحاكم الأمريكية وآراء الفقهاء بخصوص الرقابة القضائية مستنداً إلى التسلسل التاريخي لنشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بشكل عام وفي الولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص، والعوامل التي أدت لنشأتها.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومزاياها والانتقادات الموجهة لها.

المطلب الثاني: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأنواعها.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

المطلب الأول: الملامح العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الثاني: أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وأثر الحكم بعدم الدستورية.

المبحث الأول: ماهية الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تعتبر مسألة دستورية القوانين من أهم المسائل التي شغلت الفقهاء والسياسيين خلال القرنين التاسع عشر والعشرين، حيث أن هذا الاهتمام أدى لظهور الرقابة السياسية والقضائية على دستورية القوانين خاصة عندما أظهر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية ماربوري ضد ماديسون أمام القاضي مارشال عام 1803م أهمية دور القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، حيث أن ذلك أدى إلى حدوث جدال يتعلق بمهمة الرقابة على دستورين القوانين إن كانت قضائية أم سياسية.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومزاياها والانتقادات الموجهة لها

إن اهتمام الفقه والقضاء والسلطة السياسية في دستورية القوانين أدى إلى ظهور مفهومي الرقابة السياسية والقضائية على دستورية القوانين، وعلى الرغم أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمزايا التي تتمتع بها إلا أنه كان هناك بعض الانتقادات الموجهة لها.

الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتمييزها عن الرقابة السياسية
نظراً لأهمية الرقابة على دستورية القوانين، ونظراً للجدال الحاصل بين الفقهاء القانونيين والسياسيين حول الجهة المسؤولة عن الرقابة على دستورية القوانين ظهرت مفاهيم الرقابة القضائية والسياسية على دستورية القوانين.

أولاً: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تعرف الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أنها الرقابة التي تقوم على قيام هيئة قضائية بإصدار حكم قضائي يتعلق بمدى توافق ومواءمة قانون محدد للقواعد الدستورية السارية في الدولة التي تنسم بالسمو على باقي القواعد القانونية الأخرى سواء أكانت تلك القوانين قد خالفت الدستور ضمناً أو صراحة¹. ويعرفها آخر على أنها الرقابة التي يقتضى بموجبها قيام جهة قضائية بالتحقق إن كانت القواعد القانونية الواردة في أحكام القانون تتطابق مع مواد وأحكام الدستور أم لا². كما تعرف على أنها عبارة عن عملية تكليف هيئة قضائية مهمة النظر في مدى مطابقة التشريع للدستور بعد إصداره من قبل السلطة التشريعية المختصة، وذلك بغض

¹ يحيى مطول، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، بلا ناشر، بلا سنة نشر، ص552.

² حسن البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، بلا ناشر، 2021، ص83.

النظر عن إن كانت تلك الرقابة مركزية أي أنها من قبل محكمة دستورية مستقلة أم إن كانت غير مركزية أي بإمكان كافة المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها القيام بها¹. ويعرفها

آخر على أنها إسناد مهمة التحقق من مدى مطابقة القوانين المختلفة للدستور إلى القضاء².

يمكن أن نستقي من التعريفات السابقة تعريفاً للرقابة القضائية على دستورية القوانين بأن نقول: أنها الرقابة التي تتم من قبل هيئة قضائية للتأكد من عدم مخالفة القواعد القانونية المختلفة الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة للقانون الأسس- ألا وهو الدستور- سواء أكانت تلك الهيئة محكمة دستورية مستقلة مختصة أم أي محكمة أخرى يخولها الدستور تلك المهمة. وعليه يفهم بأن هذه الرقابة القضائية تكون رقابة لاحقة على إصدار القانون، كما أنه من الممكن أن تقوم بها محكمة دستورية مستقلة مختصة، وإما أن تسند إلى المحاكم العادية، وذلك يعتمد على النظام القضائي المعتمد في الدولة.

إن الرقابة على دستورية القوانين تعتبر عملاً قانونياً يهدف إلى الاطلاع على القوانين لتبيان مدى انسجامها مع القواعد الدستورية التي تعتبر الأعلى والأسوى بالنسبة لباقي القواعد التشريعية في البلاد. ونظراً لتمتع القضاة بالمؤهلات والمهارات والخبرات القانونية ووفقاً لما يتمتعون به من الاستقلال والحياد، فإن أفضل سلطة للقيام بهذه الرقابة هي السلطة القضائية³. ومع ذلك أولت بعض الدول مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة أو جهة سياسية، ومثال ذلك اللجنة الدستورية المشكلة بموجب دستور الجمهورية الرابعة في فرنسا عام 1946م، والتي أشارت لها المواد من 91-93 منه⁴، وتسمى هذه الرقابة بالرقابة السياسية على دستورية القوانين، وسنقوم بتوضيحها في البند 2.

كما أنه لا بد من الإشارة إلى أن نطاق الرقابة القضائية ينبسط على الرقابة على التشريعات الأصلية (القوانين العادية) الصادرة عن السلطة التشريعية، وكذلك على التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية ضمن حدود صلاحياتها واختصاصاتها التي تأخذها من القواعد

¹ صافي حمزة، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراة، جامعة محمد خيضر- بيسكرة، الجزائر، 2020، ص28.

² علي عباس، رقابة القضاء على دستورية القوانين: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 7، جامعة بابل، بابل- العراق، 2018، ص649.

³ نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2011، ص555.

⁴ عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، العدد الثاني، جامعة دمشق، دمشق- سوريا، 2001، ص6.

الأسوأ أي القواعد الدستورية، كما أن هذه الرقابة تشمل أيضاً الرقابة على القوانين الملغاة كونها تخلف مراكز قانونية تكون قد أنشئت في ظلها واستمرت بعد إلغائها¹.

ثانياً: تعريف الرقابة السياسية على دستورية القوانين

تعرف الرقابة السياسية على دستورية القوانين على أنها الرقابة التي تقوم بها هيئة سياسية محددة بمقتضى الدستور تكون مستقلة عن باقي الهيئات العامة في الدولة، وتمارس أعمالها في أي وقت عند سن القانون وقبل إصداره، أي أنها رقابة سابقة على إصدار القانون، ووقائية كونها تتجنب خرق القواعد الدستورية قبل أن تحصل². كما تعرف على أنها الرقابة التي تتم من قبل هيئة تتسم بالخبرة القانونية أو الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو غيرها يتم اختيارها من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو الشعب من أجل معرفة مدى انسجام القوانين العادية مع دستور الدولة³. وهنالك من يعرفها على أنها الرقابة على مشاريع القوانين لمعرفة إذا ما كانت تتفق مع القواعد الدستورية، وذلك من قبل سلطة سياسية يتم اختيار أعضائها من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو السلطتين معاً أو من قبل الشعب⁴.

يستفاد من خلال التعريفات السابقة بأن الرقابة السياسية على دستورية القوانين هي عبارة عن رقابة سابقة كونها تتم قبل إصدار القانون، كما أنها تعتبر رقابة وقائية كونها تجعل المشرع يتجنب مخالفة أحكام الدستور قبل إصداره القانون، مما يساهم في زيادة خلو النص التشريعي الذي سيصدر من العيب والخلل الدستوري. كما أنه لا يقصد من كون الجهة القائمة بالرقابة أن تكون سياسية أي أن يكون تكوينها مقتصر على السياسيين فقط؛ إنما يقصد بذلك أن لا تكون تابعة لأي من السلطة التنفيذية أو التشريعية أو القضائية في الدولة، وأن تتكون من سياسيين وغيرهم ممن عملوا في السياسة من القانونيين، والقضاة، وأساتذة الجامعات ورؤساء المجالس

¹ الطاهر ولد أحمد، الرقابة القضائية على دستورية القوانين دراسة تحليلية على ضوء التشريعات المقارنة، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، العدد الثامن، المركز الجامعي بأفلو- الأغواط - الجزائر، 2022، ص 51.

² أحمد إبراهيم، رقابة دستورية القوانين في ظل النظم الدستورية المعاصرة (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة مصر المعاصرة، عدد 548، القاهرة- مصر، 2022، ص 15.

³ أسامة الحنانة، الرقابة السياسية على دستورية القوانين وتطبيقاتها، مجلة العلوم القانونية والسياسية (الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية)، العدد 2، جامعة ديالى- العراق، 2011، ص 273.

⁴ رفاه كربل، وسعد طالب، الرقابة السياسية على القوانين الأساسية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، جامعة بابل - العراق، 2020، ص 197.

النيابية وغيرهم¹. وعليه فإن أهم ما يميز الرقابة القضائية عن الرقابة السياسية بأن الأولى تكون لاحقة لصدور القانون أما الأخيرة تكون سابقة لصدور القانون.

الفرع الثاني: مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين والانتقادات الموجهة لها

تتمتع الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالعديد من الإيجابيات والمزايا إلا أن هذا لم يحمها من سهام النقد التي وجهت إليها.

أولاً: مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تمتاز بما يلي:

1. أن القائم على الرقابة قضاة مختصون مارسوا المهنة القضائية سنوات عديدة مكتسبين الكثير من الخبرات، ولكون الرقابة القضائية على دستورية القوانين عملية قانونية، فإن إسناد هذه المهمة إلى قضاة مختصين سينتج عنه تأدية عملية الرقابة على أفضل وجه ممكن²؛ بينما في الرقابة السياسية لن تقوم عليها جهة قضائية مختصة مع العلم بإمكانية أن يكون من ضمن القائمين عليها قضاة.

2. لكون القضاة يتمتعون بالحيدة والاستقلال، ولكونه يشترط عليهم أن يستقيلوا من أي حزب سياسي ينتمون إليه قبل ممارسة مهنة القضاء، ولبعدهم عن الأهواء والتيارات السياسية، وعدم تبعيتهم لأي منها، وبسبب تمتعهم بالحصانة أيضاً، فإن كل ذلك يجعل تدخل أي سلطة أخرى بهم حلاً صعب المنال³، وذلك بعكس الرقابة السياسية التي ستكون فيها اللجنة أو الهيئة السياسية المختصة أداة بيد السلطة التي قامت بإنشائها، فإذا قامت بتشكيلها السلطة التنفيذية سيكون ولاؤها لها، وإن شكلت من قبل البرلمان فستأثر برأي غالبية أعضائه، وعليه فإنها لن تعمل بحيدة واستقلال كما هو الحال في الرقابة القضائية⁴.

¹ محمد أمعرستي، الرقابة الدستورية على القوانين: دراسة مقارنة، مجلة آفاق للعلوم، المجلد الرابع، العدد 14، جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر، 2019، ص228.

² أسامة الحناينة، حق القضاء العادي في الرقابة على دستورية القوانين الولايات المتحدة الأمريكية إنموذجاً، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، الجامعة الأردنية، عمان- الأردن، 2013، ص257.

³ محمد أبو الجعص، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة (رسالة ماجستير)، جامعة عمان الأهلية، السلط- الأردن، 2016، ص33.

⁴ محمد الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين دراسة مقارنة بين الولايات المتحدة الأمريكية ومصر والأردن (رسالة دكتوراة)، جامعة عمان العربية، عمان- الأردن، 2006، ص57.

3. إن الدعوى القضائية التي ترفع بسبب عدم الدستورية تنصف الفرد المتضررة حقوقه بسبب القانون غير الدستوري؛ بينما لا يوجد دعوى قضائية عند الحديث عن الرقابة السياسية كونها رقابة سابقة لصدور القانون، وعليه فإن الفرد سيحرم من تقديم دعوى قضائية في ظلها، بالإضافة إلى حرمانه من الضمانات التي تكفلها الدعاوى القضائية، كحق الدفاع، وأن تكون جلسات المحاكمة علنية، وأن يسبب القاضي الحكم الصادر عنه، وعليه فإن الدعوى القضائية تكون أفضل لحقوق، وضمانات الأفراد¹.

4. تعتبر الرقابة القضائية على دستورية القوانين داعماً قوياً لمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث، حيث أنه لا يحق للسلطة التشريعية إجبار السلطة القضائية على تطبيق قواعد قانونية مخالفة لأحكام الدستور، وذلك كي لا يحصل خرق لهذا المبدأ².

ثانياً: الانتقادات الموجهة للرقابة القضائية على دستورية القوانين

مع العلم بأن مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين كثيرة، إلا أنها تعرضت للنقد من بعض الفقهاء القانونيين، ومن أهم تلك الانتقادات ما يلي:

1. يرى بعض الفقهاء بأن رقابة السلطة القضائية على دستورية القوانين يشكل تدخلاً في الاختصاص الأساسي للسلطة التشريعية، وعليه فإن ذلك يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، كما أن عمل القاضي يجب أن يقتصر على تطبيق القانون فقط وأن الرقابة على السلطة التشريعية يجب أن تكون من قبل سلطة سياسية³.

ولكن نرى بأن هذا الكلام مرود على أصحاب هذه النظرية، وذلك لكون مبدأ الفصل بين السلطات لا يقتضي فصلاً كلياً بين هذه السلطات، حيث أنه لا بد من وجود تعاون بين تلك السلطات، ولكون مهمة السلطة القضائية أن تقوم بتطبيق القانون، فكيف لها أن تطبق قانوناً فيه مخالفة واضحة لصريح نصوص أعلى تشريع في البلاد ألا وهو الدستور!

2. انتقد البعض الرقابة القضائية على دستورية القوانين باعتبارها تمثل خرقاً لمبدأ سيادة الأمة، وذلك لكونها تمنح السلطة القضائية إمكانية الاعتداء برقابتها على المجلس التشريعي الذي يعتبر ممثلاً عن إرادة الأمة⁴.

¹ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 257.

² الفضل الماحي، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أمريكا، مجلة العدل، المجلد 20، العدد 52، وزارة العدل- المكتب الفني، الرياض- المملكة العربية السعودية، 2018، ص 255.

³ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 258.

⁴ الفضل الماحي، مرجع سابق، ص 253.

ونرى بأن هذه الحجة واهية، وذلك لكون الرقابة القضائية على دستورية القوانين تؤدي إلى التأكيد على مبدأ سيادة الأمة واحترامه، فإن كان البرلمان ممثلاً عن الأمة، فيجب عليه عدم مخالفة أحكام الدستور التي تشكل القواعد الأسى وتعبّر عن الإرادة العليا للشعب.

3. يرى بعض الفقهاء الألمان بأن صحة القوانين والتشريعات ودستوريتها أمر مفترض، وذلك لأن رئيس الدولة عندما يصدر القانون يقر بذلك أنه أصدره وفقاً لمبادئ وأحكام وقواعد الدستور، ولذلك يمتنع على السلطة القضائية النظر في دستورية القانون من عدمه¹.

ونرى بأن الرد الأنسب على ذلك بأن القانون من الممكن أن يصدر من قبل رئيس الدولة دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، وعليه فإن هذا القانون لا يعتبر قانوناً صحيحاً وبالتالي امتناع القاضي عن تطبيق نصوصه لا يعتبر رقابة على دستوريته كونه منعدم، بالإضافة إلى عدم وجود ما يؤكد اعتراف رئيس الدولة بدستورية القانون عند إصداره وإن ما يقوم به مجرد إعطاء أمر بإصداره بعدما يمر مشروع القانون بعدة مراحل.

4. يرى بعض الفقهاء بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبالذات بطريق الدفع الفرعي ستؤدي إلى خلق حالة فوضى ناتجة عن وجود تناقض بين الأحكام².

نرى بأن الرقابة القضائية ترد أيضاً من خلال الدعوى الأصلية أمام محكمة واحدة مختصة، وكذلك مساوئ تطبيق قانون مخالف لمبادئ الدستور أكبر من مساوئ تناقض الأحكام.

المطلب الثاني: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأنواعها.

الفرع الأول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن اجتهادات القضاء الأمريكي وتأييد الفقه له كانت من أهم الأسباب لظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وحيث أن هذا النوع من الرقابة انتشر بعد ذلك في الكثير من دول العالم وتطور ليشمل رقابة الإلغاء مع العلم بأن الولايات المتحدة الأمريكية لم تستعمل إلا رقابة الامتناع.

انطلقت شرارة العمل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وحيث أنه لم يكن الدستور الأمريكي يشير إلى نصوص متعلقة بالرقابة القضائية، وكان

¹ محمد أبو الجعص، مرجع سابق، ص 35.

² محمد الشوابكة، مرجع سابق، ص 85.

يعود الفضل في نشأتها إلى الاجتهاد القضائي وآراء الفقهاء، حيث تم استخلاص ذلك من خلال تحليل نصوص الدستور وتقريره لمبدأ تدرج القواعد القانونية¹.

لا بد من الإشارة إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة جاءت مستوحاة من النظام المعمول به في بريطانيا، حيث كان مسموحاً للقضاة في القرن السابع عشر رفض تطبيق أي قانون صادر عن البرلمان يتعارض القاعدة الحقوقية الأسى (العرف)، واستمرت بريطانيا في تطبيق هذه الفكرة على مستعمراتها في أمريكا، حيث أعطيت المستعمرات الحق في إصدار قوانين خاصة بها بشرط عدم تعارضها مع التشريعات الصادرة عن البرلمان البريطاني وإلا ألغيت².

كانت بداية ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية خلال فترة خضوعها للتاج البريطاني، حيث كان يتم الطعن بقوانين الولايات الأمريكية القابعة تحت حكم الاستعمار البريطاني أمام مجلس الملك الخاص في لندن، حيث كان المجلس يلغي كل تشريع خاص بالمستعمرات البريطانية التي تخالف القوانين الإمبراطورية وأي أمر ملكي يصدر عن التاج البريطاني، ووفقاً لذلك كانت محاكم الولايات المتحدة الأمريكية تمتنع عن تطبيق أي قانون صادر عن برلمانها إذا خالف تلك القواعد السامية³.

لم تكن تنظر محاكم الولايات المتحدة الأمريكية في دستورية القوانين بدايةً بل كانت تطبقها كما صدرت عن البرلمان، وتعود أول سابقة لرقابة القضاء على دستورية القوانين إلى عام 1786م وقبل إنشاء المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة الأمريكية في مقاطعة (رود ايسلند) حيث رفضت محكمة الولاية تطبيق قانون صادر عن البرلمان كونه يخالف أحكام دستور الولايات المتحدة الأمريكية، وهذا الحكم أدى إلى استياء أهالي الولاية واتفموا بموجبه القضاء بأنه مسيس⁴. كما ظهرت من خلال قضية (Trivet v. Weyden) التي حكم بموجها القضاء بعدم دستورية قانون يجعل أوراق النقد عملة ملزمة كونه يخالف أحكام وقواعد الدستور، وعلى أثر ذلك تم عزل كافة

¹ علي الشكري، نشأة فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 24، جامعة الكوفة، الكوفة- العراق، 2015، ص10.

² الطاهر ولد أحمد، مرجع سابق، ص54.

³ بنغاليل سفيان، الرقابة على دستورية القوانين: التجربة الفرنسية والأمريكية نموذجاً، مجلة قراءات علمية في الأبحاث والدراسات القانونية والإدارية، العدد14، 2022، ص290. مسترجع من

<http://search.mandumah.com/Record/1358463>

⁴ علي الشكري، مرجع سابق، ص10.

قضاة المحكمة من قبل البرلمان ورفض أهالي المقاطعة إعادة انتخابهم وهذا الأمر أخاف المحاكم من التصدي لمسألة الرقابة الدستورية إلى أن أنشئت المحكمة الاتحادية العليا¹.

انقسم الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية حول حق المحاكم الاتحادية في التحقق من مواءمة التشريعات لدستور الولايات المتحدة الأمريكية، حيث استبعد البعض حق هذه المحاكم بالرقابة على دستورية القوانين لعدم وجود نص قانوني في أحكام الدستور الاتحادي يجيز ذلك²، بينما رأى الغالبية بحق المحاكم الاتحادية بهذه الرقابة القضائية³، وذلك بسبب ما ورد في المادة الثالثة من الدستور الاتحادي الأمريكي التي نصت على إنشاء محكمة اتحادية عليا تختص بالنظر في كافة النزاعات التي تنشأ في ظل هذا الدستور⁴، بالإضافة إلى ما يؤكد قناعة "هاملتون" أحد واضعي الدستور الأمريكي عندما قال: (يجب على القضاة احترام الدستور بوصفه القانون الأسى وتغليبه على القانون الأدنى إذا وجد تعارض بينهما لا سبيل لإزالته)⁵.

عند تشكيل المحكمة الاتحادية العليا رأى الغالبية بأن حكم القاضي مارشال في قضية (ماربوري ضد ماديسون) عام 1803م كانت الشعلة التي أنارت حياة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وكانت حجر الزاوية في النظام الدستوري الأمريكي، حيث أكد القاضي مارشال في هذه القضية أن القواعد الدستورية تعبر عن إرادة الشعب، وأن هذه القواعد تعلق على أعمال الكونغرس، والسلطات الحكومية⁶، وسيتم الحديث عن قضية (ماربوري ضد ماديسون) لاحقاً.

وتجدر الإشارة إلى أنه في القرن التاسع عشر أصدرت الكثير من الولايات الأمريكية قوانين توجب الفصل بين البيض والسود في المرافق العامة، حيث أصدرت ولاية لويزيانا تشريعاً مفاده ضرورة وجوب الفصل بين البيض والسود في قطارات السكك الحديدية ولكن مع أن تكون متساوية للسود والبيض، ولكن هذا الأمر أدى إلى اعتراض المواطن (هومر بيلسي) - الذي كان من

¹ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 684.

² سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1980، ص 60.

³ الطاهر ولد أحمد، مرجع سابق، ص 53.

⁴ دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787م، المادة (3) الفقرة (1): (تتألف السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة وبمحاكم أدنى درجة كما يراها الكونغرس وينشئه من حين لآخر. ويبقى قضاء كل من المحكمة العليا والمحاكم الأدنى درجة شاغلين مناصبهم ما داموا حسي السلوك، ويتقاضون، في أوقات محددة، لقاء خدماتهم، تعويضات لا يجوز إنقاصها أثناء استمرارهم في مناصبهم). الفقرة (2/1): (تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها).

⁵ الطاهر ولد أحمد، مرجع سابق، ص 53.

⁶ دينيس توماس، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الكتاب الحديث، القاهرة- مصر، ترجمة المركز الثقافي للتعريب والترجمة، 2008، ص 67.

أصل أسود- على هذا التشريع برفضه أن يترك مقعداً فارغاً في قسم البيض في القطار الذي كان مسافراً به من منطقة إلى منطقة أخرى في ولاية لويزيانا، مما أدى إلى حبسه والتحقيق معه بتهامه بخرق قانون الولاية. وكان رده بأن القانون غير دستوري لأنه يخل بمبدأ المساواة بين الأفراد أمام المرافق العامة دون أي تمييز فيما بينهم بسبب اللون أو غيره، ومع ذلك كان قرار المحكمة العليا مؤيداً لتشريع لويزيانا، وبقي العمل بتشريعات مشابهة لمدة تزيد عن خمسين عاماً¹.

في عام 1936 اتخذت المحكمة الاتحادية العليا موقفاً مضاداً تجاه عدد من التشريعات الصادرة عن الكونغرس التي كانت تنظم الارتباط بين العمل والعمال ورأس المال، وكان ذلك تماشياً مع السياسة التي اتبعها فرانكلين روزفلت، حيث كان الهدف منها معالجة الأزمة الاقتصادية في الولايات المتحدة الأمريكية، وكان قرار المحكمة العليا بإبطال هذه التشريعات التي اعتبرت غير دستورية لتعديها على الحقوق الفردية، وعلى السلطات الممنوحة للولايات الأمريكية المنصوص عليها في القواعد الدستورية الفيدرالية².

في الفترة بين عام 1995م و1999م أصدرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أحكام بينت من خلالها أنها تهدف إلى تأكيد مبدأ السيادة للولايات، وحمايتها من تدخلات السلطة الاتحادية، حيث ورد في أحد الأحكام: (أن الكونغرس يتمتع بصلاحيات واسعة ولكنه لا يملك كل الصلاحيات، وهو عندما يشرع في مجالات تخص الولايات لا يمكنه معاملة هذه الكيانات ذات السيادة كمجرد محافظات أو منشآت)³.

أدى ظهور الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى تبني دول أمريكا اللاتينية للرقابة القضائية في دساتيرها، وخاصة الرقابة عن طريق الدفع ومثال ذلك: دستور الدومينيكا، ودستور المكسيك لعام 1847م، ودستور الأرجنتين لعام 1860م، ودستور البرازيل 1861م، ودستور السلفادور عام 1886م. ونشير إلى أنه ظهرت في المكسيك رقابة بشكل مختلف عن المعمول بها في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال دعوى الحماية (Le recours d'Amparo) التي من الممكن رفعها ضد أي قرار إداري أو قضائي يعتدي على أي حق دستوري، وينتج عنها امتناع المحكمة عن العمل بالقانون المنطبق على القضية⁴. أما بعض الدول كما هو الحال في دستور فنزويلا عام

¹ روبرت كارب، ورونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في أمريكا، الطبعة الأولى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ترجمة علا أبو غنيم، 1997، ص46.

² علي الشكري، مرجع سابق، ص12.

³ محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2002، ص208.

⁴ الطاهر ولد أحمد، مرجع سابق، ص57.

1859م كانت الرقابة فيها عن طريق الدفع بعدم الدستورية، وعن طريق الإلغاء. كما أن كولومبيا في دستور 1911م استعملت أسلوب الدفع بعد الدستورية وإمكانية الدعوى الشعبية ضد القانون المخالف للدستور¹.

يتبين مما سبق بأن الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي رسخت لمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين خاصة في قضية (ماربوري ضد ماديسون) أمام القاضي مارشال عام 1803م، ثم أخذت الدول بعد ذلك بالاهتمام بموضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين فمنها من أخذت برقابة الامتناع، ومنها من أخذت برقابة الإلغاء.

الفرع الثاني: أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تعتبر الرقابة القضائية على دستورية القوانين عملاً قانونياً يهدف إلى البحث في مدى مواءمة القانون الصادر عن البرلمان للقواعد الأعلى والأسسى ألا وهي القواعد الدستورية، وحيث أن القضاء لجأ إلى نوعين من الرقابة فبعض الدول أخذت برقابة الإلغاء، وأخرى أخذت برقابة الامتناع.

أولاً: رقابة الإلغاء (الرقابة الهجومية)

يطلق على رقابة الإلغاء الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية أو الرقابة الهجومية (وسميت بذلك كونها تهدف إلى إلغاء القانون) أو رقابة النموذج الأوروبي (كونها برزت في الدول الأوروبية)، ويقصد بها قيام من يتضرر من تطبيق قانون ينطوي على مخالفة دستورية بعملية الطعن بهذا القانون لعدم الدستورية أمام المحكمة المختصة مطالباً إياها بإلغائه كونه مخالفاً لأحكام الدستور وإلضاره بمصلحته، ولذلك سميت بالرقابة الهجومية². ولا بد من الإشارة إلى أن المحكمة عندما تصدر قرارها بعدم الدستورية في هذه الحالة تصدر قراراً بإلغاء القانون الغير دستوري، وهذا يعني اعتبار القانون غير موجود، وكأنه لم يكن، ويسري على كافة من أفراد، وسلطات، ومحاكم³. لا بد من الإشارة إلى أن رقابة الإلغاء من الممكن أن تكون رقابة سابقة، وتكون كذلك عندما تمارس على مشروع قانون أي على القانون خلال فترة تكوينه وقبل إصداره، فيقوم رئيس الدولة مثلاً بعرضه على جهة قضائية مختصة للبحث في مدى مواءمة أحكامه لأحكام الدستور، فإن وجد فيه إخلالاً بأحكام الدستور امتنع عن إصداره، واعتبره كأن لم يكن، ومثال ذلك دستور إيرلندا

¹ محمد حماد، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الطبعة الثالثة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2016، ص310.

² محمد عبد الوهاب، القانون الدستوري، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، بدون سنة نشر، ص35.

³ أسامة الجناينة، مرجع سابق، ص258.

لعام 1937م الذي أعطى لرئيس الدولة أن يقوم خلال 7 أيام من تاريخ وصول التشريع إليه بعرضه على المحكمة العليا للنظر في دستوريته، ويترتب عليها أن تصدر قرارها خلال سنتين من تاريخ إحالته إليها، فإن حكمت بعدم دستوريته اعتبر غير موجود¹. ويمكن أن تكون الرقابة لاحقة تمارس على القانون بعد إصداره ودخوله حيز النفاذ، حيث قد تكون بصورة مباشرة إذا جرى تقديم طلب الطعن بعدم الدستورية بشكل مباشر إلى المحكمة المختصة، ويكون الطعن من قبل السلطات التي حددها الدستور كما هو الحال في دستور النمسا لعام 1920م الذي أعطى حق الطعن بالإلغاء للحكومة الاتحادية وحكومات الولايات فقط، أو أن تكون بطريقة غير مباشرة كما هو الحال عند إثارة الدفع أمام محكمة تنظر أمامها قضية فتقوم هذه المحكمة بإحالة الدفع إلى المحكمة المختصة للتأكد من عدم الدستورية، فإن تأكدت من ذلك حكمت بإلغاء القانون واعتباره غير موجود، ومن الأمثلة على الدول التي مارست رقابة الإلغاء اللاحقة: مصر في دستور عام 1971م، والمغرب في دستور 1972م².

لا بد من الإشارة إلى أنه يوجد أسلوبين للتصدي إلى دعوى الإلغاء، فيمكن أن تكون من خلال المحكمة العليا في البلاد دون إنشاء محكمة مختصة للنظر في دستورية القوانين، حيث تنظر المحكمة العليا في دستورية القوانين بالإضافة إلى عملها الأصلي، ويكون ذلك من خلال دعوى منفصلة تقام أمامها، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في دستور سويسرا الاتحادية في دستور 1874م³، وقد يكون ذلك من خلال أن تتصدى لها محكمة مختصة منفصلة ألا وهي المحكمة الدستورية لتفصل في دستورية القوانين من عدمها، ومن الأمثلة على ذلك دستور إيطاليا لعام 1947م⁴.

تمتاز رقابة الإلغاء بأنها تؤدي إلى استقرار المعاملات القانونية، وتمنع وجود تعارض في الأحكام، حيث أنها

تحل النزاع الدستوري نهائياً بإلغاء القانون غير الدستوري⁵. كما أن إنشاء محكمة دستورية مختصة منفصلة يجعل هناك إمكانية لإدخال سياسيين كأعضاء في المحكمة، وليس فقط قضاة،

¹ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 20.

² المرجع السابق، ص 21.

³ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 259.

⁴ عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 1966، ص 181.

⁵ إبراهيم شيحا، القانون الدستوري والنظم السياسية الجزء الأول: المبادئ الدستورية العامة والنظم السياسية المعاصرة، بدون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، 1994، ص 170.

وعليه يمكن إرضاء الأطراف السياسية في هذه الحالة¹. ولكن أهم ما يميز هذه الرقابة وجود محكمة مختصة منفصلة تضم ذوي الخبرة والكفاءات من القضاة المتخصصين².

على الرغم من وجود مميزات لرقابة الإلغاء إلا أنه قام البعض بانتقادها، فمنهم من رأى بأن وجود المحكمة الدستورية وممارستها للرقابة يجب أن يكون بناء على نص في الدستور وفي حال عدم وجوده لا يمكن لهذه المحكمة إلغاء التشريع إن خرق القواعد الدستورية³. كما وجه لها انتقاد بخصوص أن إعطاء محكمة دستورية مختصة الحق في إلغاء القوانين المخالفة للدستور من خلال الدعوى الأصلية قد يمنحها نفوذاً كبيراً وقوة قد تقودها إلى التجبر في أحكامها، وتلاشي التعاون بينها وبين السلطات الأخرى⁴.

نرى بأن أسلوب إسناد الفصل في دعوى الإلغاء لمحكمة دستورية مختصة منفصلة هو أسلوب ممتاز كونه يركز عمل المحكمة على رقابة دستورية القوانين دوناً عن غيرها من الأمور التي تختص بها المحكمة العليا، وهذا من أجله أن يؤدي إلى سرعة الفصل في القضايا الدستورية، بالإضافة تركيز جهود المحكمة لإصدار قرار حاسم للنزاع الدستوري بصورة واضحة وجلية ونهائية. كما أننا مع أسلوب رقابة الإلغاء كونها تساهم في تحقيق ضمانات وحقوق الأفراد بإلغاء القانون الذي يضر بهذه الضمانات أو الحقوق التي أعطتهم إياها القواعد الدستورية الأعلى والأسسى كون قرار الإلغاء يسري على الكافة. كما لا بد من الإشارة إلى أننا نرى من المنطق عند وجود قضاة ذوي خبرة وكفاءة وسمعة حسنة كأعضاء في المحكمة الدستورية هذا الأمر يجعلهم بمنأى عن التجبر والاستبداد في إصدار الأحكام، كما نرى بضرورة وجود أساتذة جامعات مختصين بالقانون الدستوري كأعضاء في المحكمة الدستورية.

ثانياً: رقابة الامتناع (الرقابة الدفاعية)

يطلق على رقابة الامتناع الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين أو الرقابة الدفاعية (كونها لا تهدف إلى إلغاء القانون بل إلى منع تطبيقه على النزاع المعروض أمام المحكمة وذلك لعدم الدستورية) أو رقابة النموذج الأمريكي (كون بداية ظهورها كانت في الولايات المتحدة الأمريكية)⁵ ويقصد بها امتناع المحكمة عن تطبيق القانون الذي يوجد به مخالفة للدستور على النزاع

¹ محمد أبو الجعص، مرجع سابق، ص 27.

² المرجع السابق، ص 28.

³ يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، بلا طبعة، بلا ناشر، 1992، ص 42.

⁴ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 259.

⁵ هاني الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2007، ص 372.

المعروض أمامها بسبب تقديم دفع أمامها من قبل طرف متضرر من تطبيق هذا القانون المخالف للأحكام الدستورية، أو أن تقوم المحكمة بالامتناع عن تطبيق ذلك القانون من تلقاء نفسها لكونها تعلم بوجوب احترام القواعد القانونية الأدنى (القوانين العادية) للقواعد القانونية الأعلى (الدستور)¹.

يفترض في الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم مهما كان موضوعها، فيقوم أحد الأطراف بالدفع بعدم دستورية ذلك التشريع الذي سيتم الاستناد إليه للفصل في الدعوى مطالباً بعدم تطبيق هذا التشريع، وفي هذه الحالة إذا اقتنع القاضي بطلبه يمتنع عن تطبيق التشريع دون إلغائه². ويكون لقرار القاضي حجية نسبية فقط أي أنه يقتصر على النزاع المنظور أمامه، ولا يقيد الهيئات القضائية الأخرى التي بإمكانها أن تطبق هذا القانون إن لم تر فيه خرقاً للدستور إن كانت تلك المحاكم أعلى درجة من المحكمة مصدرة الحكم³. ولكن إن كانت تلك المحاكم أدنى درجة من المحكمة مصدرة القرار فيكون هذا القرار مقيداً لها وله حجية على المحاكم من نفس درجتها والمحاكم الأدنى درجة منها، وحيث أنه إن صدر قرار كذلك عن المحكمة الاتحادية الأمريكية العليا، فيكون هذا القرار مقيداً لهذه المحكمة، وله حجية على كافة المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات لكون تلك المحكمة أعلى محكمة في البلاد⁴.

تتميز رقابة الامتناع بأنها تعالج دستورية القوانين بشكل مرن من غير ضجيج، حيث أنها لا تجعل السلطة التشريعية تشعر بالإحراج أو تثير حساسيتها لكون القانون غير دستوري، فهي تكفل للدستور سيادته دون أن تعتدي على أي سلطة أخرى حيث أنها لا تلغي القانون بشكل نهائي، إنما تمتنع عن تطبيقه فقط لا غير على النزاع المعروض أمامها عند الدفع بعدم دستوريته واقتناعها بذلك، وعليه لا يصبح هنالك تدخلاً للسلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية⁵.

¹ نعمان الخطيب، مرجع سابق، ص 564.

² عباس عباس، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الحقوق، المجلد 1، العدد 1، الجامعة المستنصرية، بغداد- العراق، 2006، ص 180.

³ رمضان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 1995، ص 365.

⁴ أمين محمد، الرقابة على دستورية القوانين، المؤتمر العلمي الأول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 1998، ص 899.

⁵ ساجد الزامل، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الأولى، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد- العراق، 2014، ص 206.

كما تمتاز بأنها حق للمحاكم طالما أن الدستور لم يحظر عليها القيام بذلك، فيكون لها حق الامتناع عن تطبيق القانون حتى عند سقوط الدستور أو تعديله إن لم يرد فيه أي حظر بخصوص ذلك¹.

على الرغم من مميزات رقابة الامتناع إلا أنه تم توجيه سهام النقد لها، ومنها أن رقابة الامتناع لا تحل مسألة عدم الدستورية بشكل نهائي وجذري، وإنما مؤداها امتناع القاضي عن تطبيق النص غير الدستوري، وهذا الأمر يعطي الإمكانية لتطبيق القانون من قبل قاضي آخر إذا اقتنع بدستورية النص². كما وجه لها نقد بأنه عند إعطائها لكافة المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها في الدولة، فإن هذا الأمر سيؤدي إلى إصدار أحكام متناقضة من قبل المحاكم مما سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات القانونية³.

وعليه نرى بأن الأسلوب الأفضل هو أسلوب رقابة الإلغاء، وذلك بسبب ما تم ذكره سابقاً من مميزات تتمتع بها هذه الرقابة، ولكونها أكثر ضماناً لحقوق وحريات الأفراد، ولكونها تتجنب الانتقادات الموجهة لرقابة الامتناع المذكورة أعلاه.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

كانت الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي تبنت فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين على الرغم أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787م لم ينص حرفياً على هذه الرقابة إلا أن اجتهادات القضاء الأمريكي ساهمت بشكل كبير في بروز هذا النوع من الرقابة خاصة القاضي مارشال عام 1803م في قضية ماربوري ضد ماديسون حيث أنها كانت من أهم العوامل التي ساهمت في ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالإضافة إلى الشكل الفيدرالي لدولة الولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الأول: الملامح العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

إن نشأة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية كانت تتسم بالطابع القضائي، واختصت المحكمة العليا الأمريكية في تأسيسها والصمود في وجه كل من عارضها للكف

¹ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 261.

² محمد أبو الجعص، مرجع سابق، ص 32.

³ إبراهيم شبحا، القانون الدستوري: تحليل النظام الدستوري في ضوء المبادئ الدستورية، بدون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، 1983، ص 251.

عن ممارسة هذا الاختصاص، وحيث أن الشكل الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية، واتباعها لنظام القضاء المزدوج كان عاملاً من العوامل التي ساعدت في نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا أن أهم من أسس لهذه الرقابة كان القاضي مارشال عام 1803م.

الفرع الأول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

تعد قضية ماربوري ضد ماديسون أمام القاضي مارشال عام 1803م حيز الزاوية في ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين ليس في الولايات المتحدة الأمريكية فقط وإنما في كافة دول العالم، ولكن لم تكن هذه القضية هي العامل الوحيد في ظهور الرقابة القضائية وإنما كان هنالك عوامل أخرى هامة سيتم التطرق لها هنا.

أولاً: عوامل نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

يرجع الفقه نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية إلى العديد من العوامل، وهي كما يلي:

1. السوابق القضائية التاريخية والدستورية السابقة لنشأة الاتحاد الأمريكي عام 1789م، حيث كانت الولايات المتحدة في السابق عبارة عن مستعمرات للمملكة البريطانية، فكانت الولايات تضع تشريعاتها بما يتناسب مع القوانين البريطانية والأوامر الملكية، ومن ضمن السوابق القضائية القرار الصادر عن محكمة ولاية نيوجرسي عام 1787م الذي قضى ببطان قانون أشار إلى تشكيل هيئة محلفين تتكون من 6 أعضاء للمحاكمة في جرائم محددة، حيث خالف هذا القرار قراراً صادراً عن محكمة كارولينا الشمالية عام 1787م في قضية بايار سنجلتون¹.

2. مبدأ الفصل بين السلطات: يتجه العديد من الفقهاء إلى اعتبار هذا المبدأ من أهم العوامل الرئيسية لنشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ضمن من أشار إلى ذلك الفقيه منتسيكيو الذي نادى بالفصل بين السلطات كضرورة للحفاظ على حريات الفرد وحقوقه من خلال توزيع السلطات دون إعطائها لسلطة واحدة باعتبار أن جعل السلطات هذه بيد سلطة واحد سيؤدي إلى تجبرها واستبدادها وتهديدها للحقوق والحريات للأفراد، حيث كان يرى بأن الفصل بين السلطات هو الوسيلة الوحيدة لكفالة الحقوق والحريات لكون السلطة تحد السلطة، كما رأى بأن جمع شخص أو هيئة للسلطين التشريعية والتنفيذية معاً يؤدي إلى انعدام الحرية السياسية، ونادى بضرورة إيقاف كل سلطة عند حدها بواسطة

¹ أحمد أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة- مصر، 1960، ص153.

سلطة أخرى لضمان عدم إساءة استعمال سلطتها أو الاستبداد بها¹. ولا بد من الإشارة إلى أن الدستور الأمريكي لعام 1787م لم ينص صراحةً على مبدأ الفصل بين السلطات، لكن يتضح ذلك جلياً من خلال مواده، حيث نظمت المادة الأولى عمل السلطة التشريعية، أما المادة الثانية فنظمت عمل السلطة التنفيذية، أما بخصوص الثالثة فجاءت بخصوص عمل السلطة القضائية². كما أنه لا بد من توضيح بأن السلطة القضائية عندما تقوم بالرقابة على دستورية القوانين فهي لا تتدخل في عمل السلطة التشريعية؛ إنما تعمل على تفسير النصوص الدستورية وترى إن خالفها النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية أم لا، وعليه فإنه لا يمكن فصل السلطات من الناحية الموضوعية فصلاً تاماً³. ووفقاً لما سبق كان مبدأ فصل السلطات من الدعائم الأساسية لنشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

3. النظام الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية، حيث أن الدول التي في اتحاد تحتاج إلى تنظيمها بطريقة تضمن توزيع السلطات بينها وبين دولة الاتحاد، وعليه فهي تهتم بالعثور على ضمانات كافية تكفل هذا التنظيم الخاص بها، وحيث أن أهم ضمان لذلك هو وجود محكمة قضائية عليا تختص بالفصل بالمنازعات بين الولايات الأعضاء في هذا الاتحاد بناء على ما تفسره من أحكام وقواعد الدستور⁴. كما أن الفقيه بيردو يرجع الأساس في نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى الشكل الفيدرالي للدولة، ويقول بأنه لولا وجود صعوبات أثارها النظام الفيدرالي لما وجدت الرقابة مناحاً مناسباً لتفرض ذاتها⁵.

4. دور المحكمة العليا الأمريكية في نشأة الرقابة القضائية، حيث أن المحاكم الأمريكية منحت نفسها حق الرقابة على دستورية القوانين قبل وبعد نشأة الاتحاد الأمريكي⁶، وكان حجز الأساس في بروز ونشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين حكم القاضي جون مارشال في قضية (ماربوري ضد ماديسون) عام 1803م.

¹ الفضل الماحي، مرجع سابق، ص 248.

² دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787م.

³ الفضل الماحي، مرجع سابق، ص 249.

⁴ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري، المؤتمر العلمي الأول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان، القاهرة- مصر، 1998، ص 1014 مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/113545>

⁵ الفضل الماحي، مرجع سابق، ص 246.

⁶ ماجد الحلو، القانون الدستوري، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، 1997، ص 24.

ثانياً: قضية ماربوري ضد ماديسون

في عام 1803م، أصدر القاضي جون مارشال حكماً في قضية (ماربوري ضد ماديسون)، وكانت هذه القضية من أهم القضايا التي أسست لوجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وتتلخص أحداث هذه القضية كما يلي:

قام الاتحاديين بتعيين بعض من القضاة، وكان القاضي (جون مارشال) في حينه وزيراً للداخلية، حيث أنه كان قد أغفل تسليم كتب التعيين للقضاة السابق ذكرهم، وذلك بسبب العجلة لكون رئيس الجمهورية (جون آدمز) قام بالمصادقة على قرارات التعيين المذكورة في الليلة التي انتهت فيها مدة رئاسته للجمهورية. وبعد ذلك تولى رئاسة الجمهورية (توماس جيفرسون) - وكان من الحزب المعارض للاتحاديين - فاستغل عدم تسليم كتب التعيين للقضاة ليحول دون استكمال إجراءات التعيين لعدد من هؤلاء القضاة المواليين للاتحاديين، فأمر وزير الداخلية الجديد (ماديسون) بأن يسلم أوامر التعيين لبعض القضاة وأن يستثنى عدداً منهم، وكان من ضمن المستثنى (ماربوري)¹.

لم يرضَ (ماربوري) بعدم تسليمه قرار التعيين الخاص به، فقام برفع قضية أمام المحكمة العليا الأمريكية ضد وزير الداخلية (ماديسون) يطلب فيها تسليمه قرار التعيين الخاص به. وكان رئيس المحكمة العليا الأمريكية في حينه (جون مارشال) الذي قبل القضية على الرغم من استطاعته أن يحكم بعدم اختصاص المحكمة العليا، ولكنه في حكمة بهذه القضية أكد حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين. كما أنه كان بإمكانه الحكم بأن يقوم وزير الداخلية (ماديسون) بتسليم قرارات التعيين وفقاً لقانون قضاة الاتحاد الذي أقره الكونغرس عام 1789م والذي كان يعطي المحكمة العليا الحق في إصدار أمر بتسليم قرارات تعيين القضاة وبذلك ينتصر لحزبه (الفيداليين)، إلا أنه ابتعد التعصب لحزبه من أجل إقرار اختصاص القضاء في الرقابة على دستورية القوانين. وإن ما قام به القاضي (مارشال) هو مراجعة أحكام الدستور التي لم يجد فيها ما يمنح المحكمة العليا صلاحية إصدار أوامر بتسليم قرارات تعيين القضاة، وعليه اعتبر أن القانون الصادر عن الكونغرس أي قانون قضاة الاتحاد فيه مخالفة للدستور كونه يمنح المحكمة العليا اختصاصات غير موجودة في أحكام الدستور².

¹ رمزي الشاعر مرجع سابق، ص 285.

² حليلة عبد الرمي، الرقابة على دستورية القوانين: التجربة الفرنسية والأمريكية نموذجاً، مجلة قراءات علمية في الأبحاث والدراسات القانونية والإدارية، عدد 14، 2022، ص 291-292. متسرجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/1358463>

يقال بأن (مارشال) كان يشعر بخطر من أن يقضي بطلب (ماربوري) في القضية، وذلك لأنه كان يتوقع أن يقوم (ماديسون) برفض الأمر بتسليم قرار التعيين له وهذا الأمر من شأنه أن ينال من مكانة المحكمة العليا، بالإضافة إلى أن حزب الجمهوريين هددوا مارشال بطرده من المحكمة في حال حكم لصالح (ماربوري)، وعليه فإن رفضت المحكمة طلب (ماربوري) ستظهر عاجزة عن الرقابة على تصرفات الحكومة وبذات الوقت ستخيب آمال الاتحاديين. وفي هذا الطرف الصعب ظهرت الحنكة القانونية والسياسية للقاضي (مارشال) فلم يقضي بتسليم قرار التعيين للمدعي (ماربوري)، ولم يسلم بحق السلطة التنفيذية في الامتناع عن تسليم قرار التعيين¹.

قال (مارشال) في حكمه أن الولايات المتحدة الأمريكية اختارت عند تأسيسها إعلاء كلمة القانون على كلمات الأفراد، وأن يكون القانون متناسباً مع ما ورد في نصوص الدستور، وألا يتعارض معه إطلاقاً، وعليه فإن كل تشريع يجب أن يتم فحص دستوريته حتى لا يخرق القواعد الراسخة في الدستور، أي أنه لا بد من وجود وسيلة قانونية لمنع مخالفة القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة الأعلى والأسمى ألا وهي الدستور. ثم قام بتحديد أنواع التصرفات القانونية التي تقوم بها الدولة فوضح أن بعضها سياسية سرية، وبعضها إدارية لا سرية فيها ولا بد من فحص دستوريتهما، وبعد ذلك خرج بنتيجة هامة وهي بأن المحكمة العليا أعلى سلطة في البلاد، وهي المختصة بفحص مدى مواءمة أي قانون للقواعد الدستورية، ورأى بأن ذلك ينطوي عليه أن المحكمة هي التي تحدد نوعية التصرف القانوني ومدى خضوعه للرقابة الدستورية من عدمه، ثم خلص في حكمه إلى أن قانون القضاة الاتحادي غير دستوري لمخالفته للفقرة الثانية للمادة الثالثة من الدستور التي توضح اختصاصات المحكمة العليا، وعليه رفضت المحكمة طلب (ماربوري)، ولم تصدر الأمر لعدم الاختصاص².

¹ عبد العزيز سالم، مرجع سابق، ص 1018.

² حليلة عبد الرمي، مرجع سابق، ص 292-293.

الفرع الثاني: لمحة عامة عن النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية وتعيين

القاضي الدستوري فيه

ساهم الشكل الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية بظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية نظراً لما يثيره من مشاكل بسبب كثرة القوانين الخاصة بهذه الولايات، وبسبب اتباع نظام القضاء المزدوج الذي تقسم فيه المحاكم إلى محاكم الولايات والمحاكم الاتحادية الفيدرالية، لذلك لا بد من إعطاء لمحة عامة عن النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، والحديث عن تعيين القاضي الدستوري فيه.

أولاً: لمحة عامة عن النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية

إن الشكل الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية أدى إلى تعدد مستويات السلطة فيها، وهذا أدى إلى انقسام النظام القضائي فيها إلى مستويين، وهما النظام القضائي للولايات (محاكم الولايات)، والنظام القضائي الفيدرالي (الاتحادي)، وعليه فإن الولايات المتحدة الأمريكية تتبع نظام المحاكم المزدوج¹، وهو كما يلي:

1. النظام القضائي للولايات (محاكم الولايات): يتفرع هذا النظام عن نظام المحاكم المزدوج، بحيث يكون لكل ولاية المحاكم الخاصة بها، وحيث أن هذه المحاكم ظهرت بعد الهجرة الأوروبية الواسعة إلى أمريكا الشمالية، وحيث اختلف النظام القضائي فيها طبقاً لأصول المهاجرين إليها، فكان للولايات الخاضعة للاستعمار البريطاني نظاماً قضائياً مختلفاً عن بعض الولايات، فمثلاً ولاية لويزيانا تأثرت بالنظام القضائي الفرنسي، بينما تأثرت نيويورك بالنظام القضائي الهولندي، إلا أن أغلب الولايات تأثرت بالنظام البريطاني بسبب استعمار بريطانيا لها مدة طويلة². ولكون الدستور الأمريكي لعام 1787 م منح للولايات سلطة تشريعية لتضع القوانين المحلية الخاصة بها، فكان لا بد من وجود محاكم ولايات تطبق هذه القوانين على مختلف المنازعات التي تقام أمامها، وتعمل بشكل شبه مستقل عن القضاء الفيدرالي³. كما أن هذه الولايات قد تختلف في درجات المحاكم الخاصة بها إلا أنها بشكل عام تكون على ثلاث درجات وهي:

¹ محمد الحسيني، القضاء المزدوج في الدولة الفيدرالية- الولايات المتحدة الأمريكية نموذجاً، مجلة دراسات الكوفة، العدد 66، 2022 م، ص 219-220. مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/1351762>

² توني فاين، النظم القانونية الأمريكية، بدون طبعة، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة- مصر، ترجمة عادل ماجد، 2001، ص 46.

³ محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 221.

أ- محاكم أول درجة (First Instance Courts): وتتكون عادةً من قاضيٍ فردٍ مع إمكانية استعانتها بهيئة محلفين وفي بعض الحالات تكون على شكل هيئة قضائية تضم ثلاثة قضاة، وتقسم هذه المحاكم إلى قسمين: القسم الأول الذي يضم المحاكم التي لها اختصاص عام ما عدا القضايا التي تختص بها المحاكم الفيدرالية ويشترط لقضاها الحصول على مؤهل علمي قانوني. أما القسم الثاني فهو يضم محاكم تختص بالقضايا البسيطة ولا يشترط لقضاها دراسة مؤهل علمي قانوني كما أنها تشكل 90% من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ويمكن أن تكون محاكم القسم الأول محاكم استئناف بالنسبة للطعون المقدمة على أحكام محاكم القسم الثاني¹.

ولكن نرى ضرورة أن يتم تعديل الشروط الخاصة بتعيين قضاة المحاكم المختصة بالقضايا البسيطة فيما يتعلق بالمؤهل العلمي، حيث أنه وتحقيقاً لمقتضيات العدالة وحفاظاً على حقوق الأفراد يجب أن يكون القاضي دارساً للعلوم القانونية، ويملك خبرة في العمل القانوني أو أعمال المحاماة على الأقل ليمارس العمل القضائي، وهذا الأمر يؤخذ على هذا النوع من المحاكم التي لا تشترط مؤهلاً علمياً قانونياً خاصة أنها تشكل ما نسبته 90% من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية كما تم الإشارة أعلاه.

ب- محاكم ثاني درجة (الاستئناف) (Courts of Appeal): يمكن أن يكون في كل ولاية محكمة استئناف مركزية تختص بكافة الطعون الاستئنافية على أحكام محاكم الولاية، كما أنه يمكن أن تكون في الولاية نفسها عدة محاكم استئناف وفقاً لتقسيم الولاية إلى عدة دوائر، ومثال ذلك فإن عدد محاكم الاستئناف في ولاية أوهايو هو 12 محكمة، بينما يبلغ عددها في ولاية أريزونا محكمتان. وعادة ما تتألف محاكم ثاني درجة من هيئة قضائية من ثلاثة قضاة، ويمكن أن تزيد عن ذلك فعدد قضاة محكمة ولاية نيوجرسي حوالي 30 قاضٍ تتوزع على دوائرها، ومن الممكن أن تشمل الجلسة على ثلاثة قضاة، ومن الممكن أن تجتمع المحكمة بكامل طاقم القضاة الموجود فيها².

نرى بأن هذا النوع من المحاكم عبارة عن محاكم استئنافية تنظر في الطعون على أحكام محاكم أول درجة، وعليه فكان من المناسب ألا تعتمد نظام القاضي الفرد، حيث اعتمدت نظام الهيئة القضائية المشكلة من ثلاثة قضاة لنظر الدعوى المرفوعة أمامها مع العلم بأن المحكمة كما تم الإشارة أعلاه من الممكن أن يختلف عدد قضاة الاستئناف الموجودين فيها وفقاً لمعيار يتعلق بكم القضايا المرفوعة فيها بالنسبة لولاية أخرى.

¹ المرجع السابق، ص 222-223.

² توني فاين، مرجع سابق، ص 8.

ت- محاكم آخر درجة (State Supreme Court): تعتبر أعلى محاكم في الولاية كلها وتختص بالنظر في الطعون على الأحكام الصادرة عن المحاكم الاستئنافية. كما وتعتبر هذه المحاكم محاكم قانون تختص بمعرفة إن قام القاضي بتطبيق صريح القانون على النزاع المنظور أمامه عند إصداره الحكم أم لا. كما أنها تعتبر محاكم موضوع عندما يسمح لها القانون بذلك، وعليه فهي المرحلة الأخيرة للمتقاضي للطعن في الأحكام أو من أجل النظر في موضوع الدعوى. وتتألف هذه المحاكم عادة من عدد من القضاة يتراوح من سبعة إلى تسعة قضاة، ويختلف من ولاية إلى أخرى¹. كما أن هذه المحاكم تختص في القضاء الدستوري، حيث تقوم بالرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التي تقوم بالتشريع في الولاية، واختصاصها في الرقابة هنا يشمل قوانين الولاية فقط، ولا يرتقي إلى القوانين الفيدرالية، حيث تقوم بفحص مدى مواءمة قوانين الولاية لدستور الولاية والدستور الفيدرالي أيضاً، وتمتاز أحكام هذه المحكمة بأنها قابلة للطعن فيها أمام المحكمة الفيدرالية العليا، أي أن أحكامها ليست باتة².

يتبين من خلال ما سبق بأن محاكم آخر درجة في محاكم الولايات على الرغم من قوتها ودرجتها تبقى خاضعة لرقابة المحكمة العليا وهي محكمة آخر درجة في المحاكم الفيدرالية التي تتميز بأحكامها الباتة الغير قابلة للطعن أمام أي محكمة أخرى.

2. النظام القضائي الفيدرالي (المحاكم الفيدرالية): لكون الولايات سبقت الاتحاد تأثر

الاتحاد الفدرالي بمحاكم الولايات فكانت محاكمه على ثلاث درجات وهي كما يلي:

أ- المحاكم الابتدائية الاتحادية (Federal Courts of Trial): تسمى بمحاكم المقاطعات، ولكن هذا لا يعني أن كل مقاطعة لها محكمة بسبب العدد الكبير للمقاطعات، ويخضع لولاية هذه المحاكم الدعاوى التي مواضيعها تتعلق بالاتحاد، مثل الدعاوى التي تنشأ عن تطبيق الدستور الاتحادي أو القوانين الاتحادية، والدعاوى التي لا يكون أطرافها من ذات الولاية أو مواطنين، بالإضافة إلى الدعاوى التي تكون الولايات المتحدة طرفاً فيها بغض النظر عن كونها مدعية أم مدعى عليها، وتختص بكافة الدعاوى خاصة الأكثر أهمية والتي تتجاوز الحدود الإدارية للولاية، ولها أهمية وطنية باستثناء ما شكلت له محكمة خاصة لنظره كالمنازعات التجارية التي تنظرها محكمة

¹ عبد الرحمن سليمان، السلطة القضائية في النظام الفيدرالي، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت- لبنان، 2013، ص183.

² محمد الحسيني، مرجع سابق، ص228-229.

التجارة الدولية. ولا بد من الإشارة إلى إمكانية أن يختار أطراف النزاع أن ينظر القضية المحكمة الابتدائية للولاية أو الاتحاد¹.

ب- محاكم الاستئناف الاتحادية (Federal Courts of Appeals): تختص بنظر الطعون على أحكام المحاكم الابتدائية الاتحادية، وبالتالي فإن عددها قليل مقارنة بمحاكم استئناف الولايات. كما أنها تتألف من هيئة قضائية لا تقل عن ثلاثة قضاة، وبشكل عام يتراوح عدد القضاة في دوائر محاكم الاستئناف الاتحادية الفيدرالية المختلفة من 6 إلى 28 قاضياً².

ت- المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية (Supreme Court of the United States): تسمى بالمحكمة العليا الاتحادية لأنها أعلى رتبة في المحاكم القضائية الاتحادية، وهذه المحكمة نص الدستور الأمريكي لعام 1787م على إنشائها، وتعتبر أحكامها نهائية وباتة وغير قابلة للطعن أمام أي محكمة أخرى³. كما أن هذه المحكمة تتألف من ستة قضاة ثم زاد إلى تسعة مع رئيس المحكمة، ويتميز قضاتها بعدم قابليتهم للعزل إلا في ظرف غير عادي بالنسبة لهم، كالإدانة بالخيانة العظمى أو الجرائم الماسة بالأمانة كالرشوة أو أي جنح أو جرائم خطيرة. وتتمثل اختصاصات هذه المحكمة في الرقابة على القرارات الإدارية، والاختصاص الأهم ألا وهو الرقابة على دستورية القوانين، وتكون هذه الرقابة على قوانين الولايات، والقوانين الاتحادية⁴.

ونرى لكون الدستور والقوانين الفيدرالية التي تحكم الأمريكيين يتم تفسيرها وتحديد معانيها وأهميتها داخل المحاكم الفيدرالية، فإن هذه المحاكم هي المكان الذي يتم فيه اختبار مدى قوة سلطات وحدود الحكومة القومية، حيث يتبين ذلك من خلال سلطة المحاكم في مراجعة قرارات محاكم الولاية مما يفهم منه هيمنتها على النظام القضائي الأمريكي.

ثانياً: تعيين القاضي الدستوري مدى الحياة في الولايات المتحدة الأمريكية

يرى الفقه بأن السلطة القضائية هي السلطة الأضعف في الدولة، لذا يجب الحفاظ عليها من تدخل كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعليه فإن أفضل طريقة لذلك أن يتقلد القاضي منصبه مدى الحياة كون ذلك سيحميه من ضغط السلطات الأخرى. أما فيما لو كان تعيينه مؤقتاً، فإنه سوف يكون تحت تأثير كل من السلطة التشريعية والتنفيذية اللتان تملكان سلطة تعيينه،

¹ المرجع السابق، ص 229-232.

² عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص 183.

³ إيناس البهجي، ويوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة- مصر، 2013، ص 134.

⁴ محمد الحسيني، مرجع سابق، ص 239.

حيث أنه إن كان منصبه مؤقتاً قد يفكر مستقبلاً في عضوية الكونغرس بعد انتهاء خدمته، لذلك سوف يقوم بتقديم تنازلات للسلطة التشريعية على حساب العدل والعدالة، وإن كان تعيينه يتم دورياً من خلال الانتخاب الشعبي كي لا يكون هنالك ضغط من السلطات الأخرى، فإن ذلك قد يجعله يحاول كسب رضا الشعب على حساب العدل والعدالة، وعليه فإن شغل القاضي لمنصبه مدى الحياة سوف يحصنه من تقديم التنازلات، والمجاملات من أجل ضمان مستقبله الوظيفي بعد التقاعد إن رغب بذلك¹.

يرى ألكسندر هاميلتون أنه بسبب ضعف السلطة القضائية بين السلطات الأخرى، فهي تبقى مهددة دائماً بأن يسيطر عليها وأن يتم التأثير في قراراتها وإنه لا يوجد شي يمكنه أن يسهم في استقلاليتهما وعدم تأثرها بضغطات السلطات الأخرى غير استمرار أعضائها في مناصبهم². كما يرى الفقه بأن شغل منصب القاضي الدستوري مدى الحياة يعالج مشكلة وجود قضاة مؤهلين حيث أن هذا الأمر صعب توفره، وعليه فإن استمرار شغل القاضي الذي يتسم بالخبرة والكفاءة والنزاهة لمنصبه مدى الحياة يجنب صعوبة البحث عن هذه الصفات لقضاة جدد يسدون حاجة المحاكم³.

إن السند القانوني لتعيين القاضي الدستوري مدى الحياة هو ما ورد في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من الدستور الأمريكي لعام 1787م والذي لم يشر بشكل خاص إلى القاضي الدستوري أو قضاة المحكمة العليا أو المحكمة العليا الاتحادية، وإنما أشار بشكل عام إلى الأسباب التي تؤدي إلى عزل الرئيس ونائب الرئيس وسائر موظفي الولايات المتحدة الأمريكية الرسميين من مناصبهم، والتي هي إدانتهم بالخيانة أو الرشوة أو أي جرائم أو جنح خطيرة. ومن ذلك يفهم من عبارة سائر موظفي الولايات المتحدة المدنيين الواردة في الفقرة المذكورة انطباقها على قضاة المحكمة العليا أو المحكمة العليا الاتحادية، أي أنه ينطبق على القضاة العاملين في الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي فإن مناصبهم يبقى مدى الحياة⁴.

¹ فارس حاتم، تعيين القاضي الدستوري مدى الحياة في الولايات المتحدة والعراق وتطبيق مبادئ الديمقراطية وأسس دولة القانون، مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 28، 2021م، ص 404، مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/1245066>

² ألكسندر هاميلتون، الورقة الفيدرالية رقم 78، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، ولاية منيسوتا- الولايات المتحدة الأمريكية، 1788، مسترجع من:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/fp78.html>

³ فارس حاتم، مرجع سابق، ص 405.

⁴ دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787م، المادة (2) الفقرة (4): (يعزل الرئيس ونائب الرئيس وجميع موظفي الولايات المتحدة الرسميين المدنيين من مناصبهم إذا وجه لهم اتهام نياي بالخيانة أو الرشوة أو أية جرائم أو جنح خطيرة أخرى، وأدينوا بمثل هذه التهم).

نرى بأن تعيين القاضي الأمريكي مدى الحياة سيققل من فرص القانونيين الطامحين للعمل القضائي، حيث أن بقاء القاضي في منصبه مدى الحياة سيققل من إمكانية وجود شواغر لتعيين قضاة جدد، كما أن تجديد الدماء بتغيير القضاة من شأنه أن ينعش العمل القضائي من جديد، ويعطي الفرصة للوجوه الشابة المليئة بالطاقة للقيام بهذا العمل على أفضل وجه ممكن. أما بقاء القاضي فترة طويلة من الزمن قد يؤدي إلى حدوث حالة من الملل لديه في التعامل مع القضايا. كما أن بقاء القاضي في منصبه مدى الحياة قد يؤدي به إلى التهاون في أداء واجباته كونه يضمن تواجده في منصبه. أما بخصوص موضوع تقديمه لتنازلات للسلطة التشريعية والتنفيذية لضمان مستقبل وظيفي، فيمكن أن يتم تحاشي ذلك بتخصيص راتب تقاعدي كبير للقاضي الأمريكي المتقاعد يغنيه عن البحث عن أي مكاسب أو مناصب مع إمكانية الاستفادة من خبرات هذا القاضي بأن يقوم بالتدريس في المعاهد القضائية والجامعات.

المطلب الثاني: أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وأثر الحكم بعدم الدستورية

هنالك نوعين للرقابة القضائية على دستورية القوانين وهما: رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع، حيث قامت الولايات المتحدة بالأخذ برقابة الامتناع باعتمادها على أساليب سيتم توضيحها في هذا الفرع، بالإضافة إلى بيان الأثر المترتب على استعمال رقابة الامتناع والحكم بعدم الدستورية في أحكام المحاكم الأمريكية.

الفرع الأول: أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

إن نوع الرقابة القضائية المتبعة في الولايات المتحدة الأمريكية هي رقابة الامتناع، وحيث أن القضاء الأمريكي اتبع ثلاثة أساليب لرقابة الامتناع وهي: الدفع الفرعي بعدم الدستورية، والأمر القضائي بالمنع، والحكم التقيري¹.

أولاً: أسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية

يعتبر أسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين من أقدم الأساليب التي استعملتها المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية لممارسة عملها في الرقابة على دستورية القوانين، وحيث أن هذا الاختصاص يكون من حق المحكمة العليا، بالإضافة إلى كافة المحاكم سواء محاكم الولايات أو

¹ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 12.

المحاكمة الاتحادية الفدرالية، وحيث أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعتبر من ضمن الأعمال اليومية لهذه المحاكم¹.

يتم الدفع بعدم الدستورية بناء على طلب أحد أطراف الدعوى في قضية منظورة أمام المحكمة، حيث يقوم المتضرر صاحب المصلحة بالدفع بعدم دستورية القانون الذي سيتم تطبيقه على أطراف النزاع، بناء على ذلك تقوم المحكمة بالتحقق من هذا الطلب، فإن رأت أن القانون غير دستوري تمتنع عن تطبيقه على القضية المنظورة أمامها دون أن تقوم بإلغائه، وعليه يبقى القانون قائماً طالما أن السلطة التشريعية لم تقم بتعديله أو إلغائه، وبإمكان المحاكم الأخرى تطبيقه في قضايا أخرى مشابهة - إن رأت أنه دستوري- أي أن أثر الحكم يقتصر على استبعاد تطبيقه على الدعوى المنظورة أمام المحكمة عندما تصرح بأن القانون مخالف للدستور².

لا بد من الإشارة إلى أن المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية لا تستطيع أن تثير الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها؛ إنما لا بد من قيام أحد الأطراف بطلب ذلك بموجب دفع فرعي يتم أثناء السير في إجراءات الدعوى، وعليه فلا يمكن لأحد الأطراف الدفع بعدم الدستورية من خلال رفع دعوى أصلية يطالب فيها بإلغاء القانون الغير دستوري³.

كما تجدر الإشارة إلى أن الدفع الفرعي بعدم الدستورية يتطلب شرطين وهما: وجود خصومة موضوعية جديدة، بالإضافة إلى ضرورة توفر المصلحة الشخصية لدى الطرف الذي يدفع بعدم دستورية القانون، ومثال على شرط توفر المصلحة الشخصية قرار أحد المحاكم الأمريكية في عام 1952م في قضية (دورماس ضد مكتب التعليم)، حيث قام دورماس بالدفع بعدم دستورية قانون صادر عن ولاية نيوجرسي يقضي بضرورة أن يقرأ التلاميذ في المدارس الحكومية يومياً فقرات من الإنجيل، حيث كان يرى دورماس أن هذا القانون يتعارض مع التعديل الدستوري الذي يشير إلى ضرورة امتناع الدولة عن تأييد عقيدة دينية معينة، واستند دورماس أنه صاحب مصلحة باعتباره مواطناً أمريكياً دافعاً للضرائب. وحيث أنه وبمناقشة المحكمة لحجتيه القضائية رأت بأنه لا يوجد صلة بين دورماس وبصفته مواطناً دافعاً للضرائب وبين القانون المذكور، كما أنه لم يثبت وجود مصلحة متضررة له، حيث أن قراءة فقرات من الإنجيل يومياً لن تزيد من نفقات الدراسة أو تزيد

¹ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 262.

² محمد أعمرس، مرجع سابق، ص 234.

³ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 263.

العبء عليه بصفته دافعاً للضريبة، وعليه قررت المحكمة رد الطعن لعدم توفر شرط المصلحة لمقدم هذا الطعن.¹

ثانياً: أسلوب الأمر القضائي بالمنع

لا بد من الإشارة بدايةً إلى أن الدستور الأمريكي لم يشر إلى أسلوب الأمر القضائي الذي يعتبر أحد أهم الوسائل التي عرفها قانون العدالة المستمد من مبادئ الأخلاق والضمير والقانون الطبيعي²؛ إنما هو مجرد اجتهاد قضائي في المحاكم الأمريكية، حيث بموجب هذا الأسلوب يحق لكل شخص أن يطلب من القاضي إيقاف إجراءات تضر بحقوقه كونها تستند إلى قانون غير دستوري ودون الحاجة لوجود دعوى منظورة أمام المحكمة، وعليه يقوم القاضي بفحص مدى مواءمة ذلك القانون لأحكام الدستور، فإن قرر مخالفته للدستور يقوم بتوجيه أمر يمنع تنفيذ الإجراءات بحقه³. كما ويعتبر الأمر القضائي بالمنع أسلوباً وقائياً كونه يتم قبل حصول الضرر، وعليه فإنه يجب على الموظف الموجه إليه أمر منع القيام بالإجراءات تنفيذ قرار المحكمة كما جاء، ومثال ذلك: أن يأمر القاضي موظفاً بعدم تحصيل مبالغ مالية بموجب قانون غير دستوري، فيجب على الموظف أن يتقيد بقرار القاضي بمنعه من تحصيل تلك المبالغ، وإلا عوقب لمخالفته أوامر المحكمة أي أنه يكون عرضة للمساءلة الجزائية، وإمكانية مطالبته بالتعويض⁴.

تجدر الإشارة إلى أن أوامر المنع من الممكن أن تكون مؤقتة، وهي التي تصدر عن المحكمة عند نظرها نزاعاً مرفوعاً أمامها، ومن الممكن أن تكون دائمة بناء على دعوى مستقلة ترفع أمامها بشكل مباشر⁵. ولكون استعمال أسلوب الأمر القضائي أدى إلى تعطيل العديد من التشريعات والقوانين أصدر الكونغرس في عام 1910م قانوناً ينظم إصدار الأوامر القضائية بجعل ذلك من اختصاص محكمة اتحادية خاصة مشكلة من ثلاثة قضاة يكون حكمها قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، مما يترتب عليه عدم إمكانية القاضي الفرد إصدار أوامر منع بعد إصدار هذا القانون⁶.

¹ أحمد أبو المجد، مرجع سابق، ص 207-ص 214.

² عبد العزيز سالم، مرجع سابق، ص 1027.

³ حليلة عبد الرمي، مرجع سابق، ص 295.

⁴ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 263.

⁵ نعمان الخطيب، مرجع سابق، ص 576.

⁶ عمر العبد الله، مرجع سابق، ص 15.

ثالثاً: أسلوب الحكم التقريري

بموجب هذا الأسلوب يستطيع أي شخص أن يلجأ إلى المحكمة بطلب يراد به معرفة إن كان قانون محدد سوف يتم تطبيقه عليه دستوري أم غير دستوري، فإذا قضت المحكمة بدستوريته وجب على الجهة المسؤولة تطبيقه، أما إذا قضت المحكمة بعدم دستوريته وجب على الجهة المسؤولة الالتزام بقرار المحكمة وعدم تطبيقه¹. ويتميز هذا الأسلوب أنه لا يتطلب أن يكون طالبه شاكياً من وقوع ضرر محدد بحقه أو أن يكون هنالك ضرر قريب الحصول كما هو الحال في أوامر المنع القضائية².

ذهبت فئة كبيرة من الفقه لاعتبار أن الحكم التقريري هو حكم بات ملزم لأطراف الدعوى بخصوص النزاع الصادر فيه، ورأت بأنه يختلف عن الرأي الاستشاري الذي يعتبر تقريراً لحكم القانون في وقائع لم تصبح موضوعاً لخصومة بين الأطراف³، إلا أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية اعتبرته في بداية الأمر من ضمن الآراء الاستشارية، وترددت أكثر من مرة بالأخذ فيه من عدمه لأنها لم تكن ترغب في التوسع في الرقابة على دستورية القوانين، وكانت ترغب في اقتصار مهمة القضاء على المنازعات فقط. إلا أنه وفي عام 1934م أصدر الكونغرس قانوناً يسمح للمحاكم الاتحادية بموجبه بإصدار الأحكام التقديرية⁴.

بعد دراسة الأساليب الثلاثة السابقة نرى بأن أسلوب الحكم التقريري هو أفضل أسلوب - بشرط أن يعطى لكافة المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية وليس المحكمة الاتحادية فقط - كونه لا يحتاج لأن يكون هنالك دعوى مرفوعة أو نزاع قائم، كما أنه لا يشترط وجود وقوع ضرر محدد على الطرف الذي يطلبه أو وجود ضرر وشيك الوقوع، بالإضافة إلى أن المحكمة تحدد فيه المراكز القانونية للخصوم دون أن تصدر أي أوامر تنفيذية. وعليه فإنه يحقق الغاية من الرقابة القضائية على دستورية القوانين دون الحاجة لوجود منازعات كما هو الحال في الأسلوبين الآخرين مع العلم بأننا نرى بأنه كان على الولايات المتحدة الأمريكية استعمال أسلوب رقابة الإلغاء بالإضافة إلى رقابة الامتناع، وذلك لأنه يؤدي إلى إنهاء القانون الغير دستوري، واعتباره كأن لم يكن، حيث أن هذا الأسلوب يزيد ضمانات حماية حقوق وحرقات الأفراد كونه يجعل الحكم بعدم الدستورية حجة على الكافة، ويلغي أثر القانون الغير دستوري من الوجود نهائياً.

¹ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص268.

² أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص263.

³ عبد العزيز سلمان، مرجع سابق، ص1030.

⁴ محمد أبو الجعص، مرجع سابق، ص40.

الفرع الثاني: أثر الحكم بعدم دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

منذ بداية القرن التاسع عشر أخذ القضاء الأمريكي بالرقابة على دستورية القوانين، وذلك بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للقواعد الدستورية لدستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787م على النزاع المنظور، حيث كان يتم الحكم مع تجاهل القانون المخالف للدستور وكأنه غير موجود ولو كان يتعلق بالنزاع. وحيث أننا سنبين في هذا الموضوع أثر ذلك الحكم على القانون المخالف للدستور، بالإضافة إلى أثره باعتباره سابقة قضائية ملزمة للمحاكم الأخرى إن كان كذلك أم لا.

لقد اتجه الفقهاء والمحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى اعتبار أن الحكم بعدم دستورية أي قانون لا يبطل القانون، ولا يلغيه إنما يؤدي إلى وقف عمل المحكمة به أي أنها تعتبره غير موجود عند قيامها بنظر النزاع الوارد أمامها، وحيث أنه يكون بنظرها غير موجود من تاريخ صدوره كونه غير دستوري، وحيث عبرت المحكمة الأمريكية العليا عن ذلك عندما أصدرت حكماً لها في عام 1940م جاء فيه "إن الوجود المادي للقانون يقضي بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها، فليس من الممكن في كثير من الأحوال أن يسدل حكم المحكمة على الماضي ستاراً من النسيان، ولذلك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظله"¹.

لا بد من الإشارة إلى أن المحاكم الأمريكية كانت تعتبر الجزء الغير مخالف للدستور من القانون دستورياً، وبالإمكان الأخذ به ولكن بشرط أن يكون هذا الجزء مستقلاً عن الجزء المخالف للدستور، وعليه فإن كان لا يمكن استغناء هذا الجزء عن الجزء المخالف فلا يمكن الأخذ به².

تجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية لم يتبع نظام السوابق القضائية بخصوص الحكم بعدم الدستورية، وذلك بسبب كثرة المحاكم وانقسامها بين محاكم ولايات، ومحاكم فيدرالية أي بسبب الطبيعة الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية الأمر الذي أدى إلى انعدام الروابط بينهم وبالتالي فمن الصعب تطبيق نظام السوابق القضائية، وخير مثال على عدم الالتزام بنظام السوابق القضائية قرار المحكمة العليا الأمريكية لعام 1849م الذي جاء فيه: "أنه يجب أن يكون معلوماً أن القاعدة التي تجري عليها هذه المحكمة أن آرائها في تفسير الدستور تظل مفتوحة للبحث، لإعادة النظر فيها إذا تبين أنها أقيمت على أساس خاطئ، وحجية

¹ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 265.

² أحمد أبو المجد، مرجع سابق، ص 220-225.

هذه الآراء يجب أن لا تعتمد إلا على قوة ما تستند إليه من منطق وتدليل¹. وعليه فإن المحاكم الأمريكية من أجل أن تتخلص من نظام السوابق القضائية كانت إما أن تتجاهل الحكم السابق نهائياً بحيث لا تذكره بتاتاً في حكمها الجديد وإما أن تعدل المحكمة عن المبدأ المقرر في السابقة وتقرر بأنها نقضت تلك السابقة من خلال حكمها الجديد وإما أن تقوم بالتمييز بين القضية التي فيها سابقة قضائية والقضية المنظورة أمامها فتبين أنهما بوقائع مختلفة، وذلك من أجل أن تهرب من الأخذ بها².

وعليه يفهم مما سبق بأن المحاكم الأمريكية عندما تحكم بعدم الدستورية فإن الحكم الصادر عنها لا يسري إلا على القضية المنظورة أمامها ولا يمتد إلى غيرها من محاكم الولايات أو المحاكمة الاتحادية الفدرالية، حيث أن القاضي يمتنع عن تطبيق القانون الغير دستوري في النزاع المعروض عليه ولا يعتبر حكمه بمثابة سابقة قضائية ملزمة للمحاكم الأخرى السابق ذكرها، حيث أن نظام السوابق القضائية غير معمول فيه في الولايات المتحدة الأمريكية.

الخاتمة:

بعد أن تعرفنا بشكل موسع إلى مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأنواعها ومزاياها وتمييزها عن الرقابة السياسية، وبعد أن قمنا بالتعرف إلى كيفية نشأة الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام وعوامل نشأتها في الولايات المتحدة الأمريكية بشكل خاص بما في ذلك قضية ماربوري ضد ماديسون أمام القاضي مارشال، وبعد أن تعرفنا إلى طبيعة النظام القضائي المزدوج في الولايات المتحدة الأمريكية ومدة تعيين القاضي الدستوري، وبعد دراسة أساليب الرقابة القضائية وأثر الحكم بعدم الدستورية تبين لنا بأن القضاء الأمريكي بمختلف درجاته يمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين مع العلم بعدم وجود محكمة دستورية متخصصة منفصلة في الولايات المتحدة الأمريكية لهذا الغرض، حيث أن القاضي ينأى عن نفسه بأن يطبق قوانين تخالف أحكام الدستور الذي يعتبر أسعى تشريعاً في الدولة لذلك يمتنع عن تطبيق تلك القوانين في النزاع المعروض عليه فيحكم بعدم دستوريته ويمتنع عن تطبيقها، ولكن أثر قراره لا يمتد إلى نزاعات أخرى كونه عندما يحكم بعدم الدستورية لا يلغي القانون المطبق على النزاع إنما يمتنع عن تطبيقه فقط.

لقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج، وخلصت إلى عدد من التوصيات، وهي كما يلي:

¹ أسامة الحناينة، مرجع سابق، ص 265.

² أحمد أبو المجد، مرجع سابق، ص 230-236.

النتائج:

1- يعتبر حكم القاضي جون مارشال في قضية ماربوري ضد ماديسون عام 1803م حجز الزاوية والأساس لنشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، بالإضافة إلى تأثير عوامل أخرى وهي: السوابق القضائية التاريخية والدستورية السابقة لنشأة الاتحاد الأمريكي، ومبدأ الفصل بين السلطات والنظام الاتحادي الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية.

2- النظام القضائي المتبع في الولايات المتحدة هو نموذج القضاء المزدوج، حيث يوجد محاكم للولايات ومحاكم اتحادية فيدرالية، كما أن القاضي الدستوري يعين فيها مدى الحياة.

3- لا يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية محكمة دستورية متخصصة منفصلة، ومن حق كافة المحاكم فيها الرقابة على دستورية القوانين من خلال الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في النزاعات المعروضة أمامها.

4- أسلوب رقابة الإلغاء غير متبع في محاكم الولايات المتحدة الأمريكية، ونوع الرقابة الموجود هو رقابة الامتناع التي تتم من خلال ثلاثة أساليب: وهي أسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية الذي يتم من قبل طرف له مصلحة في النزاع المعروض أمام المحكمة، مما يعطي المحكمة الحق في الامتناع عن تطبيق القانون الغير دستوري، وحيث أن هذا الحق يعطى لكافة المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية ولكن لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. أما الأسلوب الثاني هو أسلوب الأمر القضائي بالمنع الذي تقوم به محكمة اتحادية خاصة يتم الطعن بأحكامها أمام المحكمة الاتحادية العليا. أما الأسلوب الثالث هو أسلوب الحكم التقريري الذي يعطى للمحاكم الاتحادية فقط.

5- أثر الحكم بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية لا يسري إلا على القضية الصادر بها، بحيث يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الغير دستوري ولا يلغيه. كما أن نظام السوابق القضائية غير معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية.

التوصيات:

1- أن يعطى أسلوب الحكم التقريري والأمر القضائي بالمنع لكافة المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية سواء محاكم الولايات أو المحاكم الاتحادية الفيدرالية كما هو الحال بالنسبة للدفع الفرعي بعدم الدستورية.

2- ضرورة إقحام رقابة الإلغاء على الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية كونها الأكثر حماية لحقوق وحريات الأفراد.

3- نوصي بضرورة إنشاء محكمة دستورية عليا تكون المرجعية لكافة محاكم الولايات ومحاكم الاتحاد الفيدرالية فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين على أن تشكل من قضاة لا تقل درجتهم عن قضاة محكمة عليا، بالإضافة إلى أساتذة جامعات مختصين بالقانون الدستوري يملكون سنوات خبرة طويلة في التدريس في هذا المجال على أن تمارس رقابة الإلغاء في هذه المحكمة.



"المجموعات الصحية الترابية: الطبيعة القانونية والأدوار"

Territorial health groups: legal nature and roles

د. عبد السلام لعريفي

طالب باحث بسلك الدكتوراه تخصص القانون العام والعلوم السياسية،
PhD student in Public Law and Political Science, Mohammed V University, Rabat.
بجامعة محمد الخامس - الرباط.

Abstract:

This research aims to highlight the legal and regulatory framework governing the establishment of territorial health groups. This will be achieved by shedding light on their legal nature, assigned roles and responsibilities, and their financial and administrative organization. These new territorial health institutions aim to overcome the various constraints and obstacles hindering the provision of healthcare at the territorial level. This will be accomplished through optimized coordination of public healthcare services at the territorial level and the reform of the national healthcare system, specifically regarding governance.

Keywords: Health groups; Health institutions; Health services; Regional health map.

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على الإطار القانوني والتنظيمي المتعلق بإحداث المجموعات الصحية الترابية، وذلك من خلال تسليط الضوء على طبيعتها القانونية والأدوار والاختصاصات الموكولة لها وكذا التعرف على تنظيمها المالي والإداري، وذلك باعتبارها مؤسسات ترابية صحية جديدة تهدف لتجاوز مختلف الإكراهات والمعوقات التي تشوب عرض العلاجات على المستوى الترابي، من خلال تنسيق أمثل للعرض العمومي من حيث العلاجات على المستوى الترابي وإصلاح المنظومة الصحية الوطنية في شقها المتعلق بالحكمة.

كلمات مفاتيح: المجموعات الصحية الترابية؛ المؤسسات الصحية؛ العرض الصحي؛ الخريطة الصحية الجهوية.

تقديم عام:

يعتبر الحق في الصحة أحد الحقوق الأساسية للإنسان التي تم تكريسها بموجب قواعد القانون الدولي، حيث تم إبرام العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية التي أوجدت مجموعة من الضمانات لحماية الحق في الصحة كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في مادته 25، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 في المادة 12، فضلا عن مجموعة من الاتفاقيات الفئوية الأخرى.

كما اهتمت منظمة الصحة العالمية بالحق في الصحة باعتبارها الجهة الموكل لها مهمة الحفاظ على الصحة العالمية والرقى بمستوياتها، وهو ما يتجسد جليا من خلال دستورها الذي ينص في ديباجته على جملة من المضامين والمقومات التي تعتبرها المنظمة مبادئ أساسية لاشتغالها، وتوفرها يعتبر شيئا أساسيا لتحقيق صحة عالمية ترقى لمستوى تطلعات الأفراد والحكومات والمنظم الدولي، على حد سواء.

وقد برزت هذه الأهمية في الوضع الذي عايشته مختلف دول العالم خلال تجربة استثنائية، في خضم ما أفرزته التطورات المستجدة التي تمخضت عن فيروس كورونا (كوفيد 19) وتداعياته الاقتصادية والاجتماعية والصحية، الشيء الذي دفع ببلادنا إلى اتخاذ جملة من التدابير غير العادية التي تلت إعلان منظمة الصحة العالمية فيروس كورونا على أنه جائحة عالمية.

ويندرج إحداث المجموعات الصحية الترابية بمقتضى القانون رقم 08.22، في إطار هذا التحول الذي يعرفه قطاع الصحة، لا سيما بعد أزمة كوفيد 19، حيث أتى إحداث هذه المؤسسات لتفعيل مقتضيات المادة 32 من القانون-الإطار رقم 06.22 المتعلق بالمنظومة الصحية الوطنية، بهدف تجاوز مختلف الإكراهات والمعوقات التي تشوب حاليا عرض العلاجات على المستوى الترابي، من خلال إصلاح المنظومة الصحية الوطنية بالتركيز على دعائم الإصلاح الأساسية¹.

¹ - يركز إصلاح منظومة الصحة على أربع دعائم أساسية وهي:

الركيزة الأولى: اعتماد حكمة جيدة تتوخى تقوية آليات التقنين وضبط عمل الفاعلين وتعزيز الحكامة الاستشفائية والتخطيط الترابي للعرض الصحي، على كافة المستويات الاستراتيجية والمركزية والترابية وذلك من خلال: إحداث الهيئة العليا للصحة، وإحداث وكالة الأدوية والمنتجات الصحية وإحداث وكالة للدم ومشتقاته؛ مراجعة مهام ووظائف وهيكلية الإدارة المركزية؛ وإحداث المجموعات الصحية الترابية، التي ستناط بها مهمة إعداد وتنفيذ البرنامج الوطني الجهوي، وتقوية آليات التعاون والشراكة بين القطاعين العام والخاص.

الركيزة الثانية: تجميع الموارد البشرية، وذلك من خلال: إحداث قانون الوظيفة الصحية، لتحفيز الرأسمال البشري بالقطاع العام؛ تقليص الخصائص الحالي في الموارد البشرية وإصلاح نظام التكوين؛ الانفتاح على الكفاءات الطبية الأجنبية، وتحفيز الأطر الطبية المغربية المقيمة بالخارج وحثها على العودة إلى أرض الوطن.

كما يأتي إحداث هذه المؤسسات بالنظر للتوصيات الاستراتيجية التي تضمنها التقرير العام حول النموذج التنموي، لاسيما الاقتراح المتعلق بدمج المركز الاستشفائي الجامعي وجميع الوحدات الاستشفائية الجهوية في مؤسسة عمومية واحدة مستقلة تتكلف بالعلاجات الاستشفائية والتكوين والبحث العلمي، وذلك من أجل تنسيق أمثل للعرض العمومي من حيث العلاجات على المستوى الجهوي.

وفي محاولة لتقريب موضوع المجموعات الصحية الترابية، واستجلاء أهدافه في النهوض بالشأن الصحي على المستوى الترابي، سنسلط الضوء على الطبيعة القانونية للمجموعات الصحية الترابية وأهم اختصاصاتها وكذا إبراز تنظيمها الإداري والمالي.

ما هي الطبيعة القانونية للمجموعات الصحية الترابية؟

ما هي أهم اختصاصاتها وأدوارها؟

وما طبيعة التنظيم الإداري والمالي للمجموعات؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة، تفرض التطرق إلى المحاور التالية:

المطلب الأول: المجموعات الصحية الترابية: الطبيعة القانونية والاختصاصات

المطلب الثاني: التنظيم الإداري والمالي للمجموعات

المطلب الأول: المجموعات الصحية الترابية - الطبيعة القانونية

سنخصص هذا المطلب للتعريف بالطبيعة القانونية للمجموعات الصحية الترابية (الفقرة الأولى)، ثم سنسلط الضوء على أهم الاختصاصات التي أوكلها لها المشرع بمقتضى القانون رقم 08.22 المتعلق بإحداث المجموعات الصحية الترابية (الفقرة الثانية).

الركيزة الثالثة: تأهيل العرض الصحي، بما يستجيب لانتظارات المغاربة، في تيسير الولوج للخدمات الطبية والرفع من جودتها، والتوزيع العادل للخدمات الاستشفائية عبر التراب الوطني؛ وذلك من خلال: إصلاح مؤسسات الرعاية الصحية الأولية؛ تأهيل المستشفيات؛ التأسيس للإلزامية احترام مسلك العلاجات؛ إحداث نظام لاعتماد المؤسسات الصحية.

الركيزة الرابعة: رقمنة المنظومة الصحية الوطنية، وذلك عبر إحداث منظومة معلوماتية مندمجة لتجميع ومعالجة واستغلال كافة المعلومات الأساسية الخاصة بالمنظومة الصحية.

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للمجموعات الصحية الترابية

أحدثت المجموعات الصحية الترابية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 08.22 المتعلق بإحداث المجموعات الصحية الترابية¹ حيث جاء في هذه المادة أنه تحدث بكل جهة من جهات المملكة، تحت تسمية "المجموعة الصحية الترابية"، مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي².

وتخضع هذه المجموعات الصحية الترابية لوصاية الدولة التي يكون الغرض منها العمل على احترام أجهزتها المختصة لأحكام القانون المتعلق بإحداث المجموعات، خاصة منها تلك المتعلقة بالمهام المسندة إليها، وبصفة عامة، السهر على تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمؤسسات العمومية. كما تخضع المجموعة للمراقبة المالية للدولة المطبقة على المؤسسات العمومية وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل³.

وتضم المجموعات الصحية الترابية في مكوناتها طبقا لأحكام المادة 32 من القانون الإطار رقم 06.22 المتعلق بالمنظومة الصحية الوطنية⁴، تضم المجموعة جميع المؤسسات

الصحية العمومية التابعة لنفوذها الترابي⁵، باستثناء كل من:

- المؤسسات الصحية الخاضعة لنصوص تشريعية أو تنظيمية خاصة؛
- المؤسسات الاستشفائية العسكرية؛
- المكاتب الجماعية لحفظ الصحة.

تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن القانون 08.22 السالف الذكر، أحال على نص تنظيمي تحديد مقر كل مجموعة صحية ترابية، أي تحديد مقر المجموعة بكل جهة من جهات المملكة التي

¹ - ظهر شريف رقم 1.23.50 صادر في 9 ذي الحجة 1444 (28 يونيو 2023) بتنفيذ القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

² - المؤسسة العمومية هي منظمة إدارية عامة، تتمتع بالشخصية القانونية والمعنوية العامة، وكذلك بالاستقلال المالي والإداري، وهي تدبر بالأسلوب الإداري اللامركزي لتحقيق أهداف ذات منفعة عامة وطبيعة اقتصادية أو اجتماعية محددة. كل مؤسسة عمومية ترتبط بإدارة مركزية تراقبها.

³ - المادة 2 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

⁴ - ظهر شريف رقم 1-22-77 صادر في 14 من جمادى الأولى 1444 (9 ديسمبر 2022) بتنفيذ القانون - الإطار رقم 06-22 المتعلق بالمنظومة الصحية الوطنية.

⁵ - المادة 3 القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

سمارس اخصاصاتها داخل نفوذها الترابي، كما سيتم تحديد بنص تنظيمي لائحة المؤسسات الصحية المكونة لها، والتي توجد بالنفوذ الترابي لتواجد المجموعة الصحية الترابية¹.

إن المجموعات الصحية الترابية المحدثّة بموجب القانون رقم 08.22 حلت محل الدولة أي المصالح اللامركزة لوزارة الصحة والحماية الاجتماعية وكذا المراكز الاستشفائية الجامعية في جميع حقوقها والتزاماتها المتعلقة بجميع صفقات الدراسات، والأشغال، والتوريدات، والخدمات، وكذا جميع العقود والاتفاقيات المبرمة لحساب هذه المصالح اللامركزة والمؤسسات الصحية التابعة مباشرة للدولة أو المراكز الاستشفائية الجامعية².

الفقرة الثانية: اختصاصات المجموعات الصحية الترابية

ميز المشرع في منح المهام للمجموعات الصحية الترابية باعتبارها مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، تهدف في حدود مجالها الترابي إلى تنفيذ سياسة الدولة في مجال الصحة بين ست (6) مجالات³:

1- في مجال عرض العلاجات:

- تقوم المجموعات الصحية الترابية ضمن هذا المجال، بما يلي:
- وضع الخريطة الصحية الجهوية وتعيينها، طبقا للتوجهات العامة المحددة في الخريطة الصحية الوطنية؛
- إعداد وتنفيذ برنامج طبي جهوي يهدف على الخصوص، إلى تعزيز عرض العلاجات، وفق خصوصيات الجهة، والتعاوض في استعمال الموارد المتاحة، وضمان التدرج واستمرارية العلاجات بين المسالك ومستويات العلاجات؛
- إحداث مؤسسات صحية جديدة، طبقا للخريطة الصحية الجهوية؛
- تنظيم مسلك العلاجات ومسار العلاجات المتناسق داخل المؤسسات الصحية التابعة لها؛
- ضمان عرض العلاجات على المستوى الجهوي، طبقا للخريطة الصحية الجهوية والمسار العلاجات المتناسق واستنادا إلى المنظومة المعلوماتية الصحية الوطنية المندمجة المنصوص عليها في القانون الإطار رقم 06.22 السالف الذكر؛

¹ - الفقرة الثانية من المادة 3 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

² - المادة 19 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

³ - المادة 4 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

- إحداث منظومة معلوماتية صحية جهوية من أجل جمع المعطيات الصحية على مستوى الجهة ومعالجتها واستغلالها، وذلك مع التقيد بالتشريع المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

2- في مجال الصحة العامة:

- ضمن هذا المجال، اسند للمجموعات الصحية الترابية القيام بما يلي:
- القيام بالأعمال الهادفة للنهوض بالصحة وتعزيزها والوقاية والسلامة الصحية طبقا للبرامج الوطنية المتعلقة بالصحة العامة؛
- الإشراف على حماية الصحة العامة، وضمان اليقظة الصحية وتنظيم رصد الأوبئة؛
- ضمان التربية الصحية للمرتفقين وتشجيع التربية العلاجية؛
- القيام بالتنظيم والضبط الطبي للمستعجلات الاستشفائية؛
- المشاركة في التنظيم والضبط الطبي للمستعجلات ما قبل الاستشفائية؛
- القيام برصد الأوبئة المستجدة.

3- في مجال العلاجات:

- تقوم المجموعات الصحية في هذا الإطار، بالأدوار التالية:
- تقديم خدمات التشخيص والعلاج وإعادة التأهيل، سواء بالإيواء أو بدونه؛
- تقديم خدمات تشخيص وعلاج أمراض الفم والأسنان؛
- التكفل بالمرضى والجرحى والنساء الحوامل وتتبع حالتهم الصحية؛
- اتخاذ التدابير الرامية إلى ضمان سلامة المرضى وجودة التكفل.

4- في مجال التكوين:

- تضطلع المجموعات الصحية في مجال التكوين، بالاختصاصات التالية:
- ضمان التكوين التطبيقي الأساسي لطلبة الطب والصيدلة وطب الأسنان في القطاع العام، وعند الاقتضاء في القطاع الخاص؛
- ضمان التكوين التطبيقي الأساسي لطلبة مؤسسات التكوين العمومية في مهن التمريض والقبالة والترويض والتأهيل وإعادة التأهيل الوظيفي، وكذا مهن تقني الصحة وعند الاقتضاء في القطاع الخاص؛
- ضمان التكوين التطبيقي لطلبة التكوين المهني في المهن الصحية؛

■ ضمان التكوين المستمر لمهني الصحة، إلى جانب القطاعات المعنية والهيئات المهنية في مجال الصحة والجمعيات العاملة المعنية.

5- في مجال البحث والخبرة والابتكار:

في مجال البحث والخبرة والابتكار، تقوم المجموعات الصحية، بما يلي:

- الإسهام في البحث العلمي في مجال الصحة إلى جانب مؤسسات البحث في المجالات الصحية، وذلك في إطار اتفاقيات شراكة تصادق عليها السلطات الحكومية المختصة؛
- المشاركة في أعمال البحث في مجال الصحة العامة والاقتصاد الصحي والإدارة الصحية؛
- إنجاز الخبرات الطبية الشرعية البيوطبية والتقنية؛
- الإسهام في تقييم التكنولوجيا الطبية؛
- إحداث أقطاب التميز ومراكز مرجعية داخل المؤسسات الصحية التابعة لها؛
- تطوير التكنولوجيا الطبية؛
- استغلال كل براءة اختراع في مجال الصحة طبقاً للنصوص القانونية الجاري بها العمل.

6- في المجال الإداري:

على المستوى الإداري، يمكن إجمال أهم الاختصاصات التي تضطلع بها هذه المجموعات في

النقط التالية:

- لم رخص مزاوله المهن أو الأنشطة التالية في القطاع الخاص، طبقاً للمساطر الجاري بها العمل؛
- مهنة القابلة؛
- مهن التمريض؛
- مهن الترويض والتأهيل وإعادة التأهيل الوظيفي؛
- إحداث واستغلال المصحات والمؤسسات المماثلة؛
- تنسيق أنشطة المؤسسات الصحية المكونة للمجموعة؛
- السهر على توافر الأدوية والمنتجات الصحية داخل المؤسسات الصحية المكونة للمجموعة وتديرها وتيسير الولوج إليها؛
- الإسهام في عمليات المراقبة والتفتيش المالي والإداري والطبي للمؤسسات الصحية المكونة لها؛
- تقييم أداء المؤسسات الصحية المكونة لها؛

- تشجيع علاقات التعاون مع جميع المتدخلين في مجال الصحة على مستوى الجهة، لا سيما الإدارات العمومية والجماعات الترابية والقطاع الخاص والمجتمع المدني؛
- التنسيق، في إطار اتفاقيات شراكة، بين المؤسسات الصحية المكونة لها والمؤسسات الصحية التابعة للقطاع الخاص.

إن هذه الاختصاصات والأدوار، سواء في بعدها العلاجي والصحي أو في بعدها التكويني والإداري، ستساهم بدون أدنى شك في تيسير ولوج المواطنين والمواطنات إلى الخدمات الصحية وتحسين جودتها، والتوطين الترابي للعرض الصحي بالقطاع العام وتحسين حوكمته، من خلال ضمان توزيع متكافئ ومنصف لعارض العلاجات على مجموع التراب الوطني، كما ستشجع البحث العلمي والابتكار في الميدان الصحي.

المطلب الثاني: التنظيم الإداري والمالي للمجموعات الصحية الترابية.

سنركز في هذا الإطار، على اختصاصات مجلس الإدارة والمدير العام للمجموعة المجموعات الصحية الترابية (الفقرة الأولى)، ثم التنظيم المالي للمجموعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مجلس إدارة المجموعة ومديرها العام

سنسلط الضوء في هذا الإطار على كيفية تأليف المجلس الإداري للمجموعة (أولا)، ثم أهم الاختصاصات والوظائف التي منحها له المشرع (ثانيا)، وأخيرا إبراز أهم اختصاصات المدير العام للمجموعة (ثالثا).

أولا: تأليف مجلس إدارة المجموعة الصحية الترابية

بالرجوع إلى النص القانوني المحدث للمجموعات الصحية الترابية، فإن مجلس إدارة هو من يدير المجموعة الصحية الترابية ويسيرها مدير عام، حيث يتألف مجلس الإدارة، علاوة على رئيسه من الأعضاء الآتي ذكرهم¹:

- ممثلو الإدارات المعنية المحددة بنص تنظيمي
- رئيس مجلس الجهة أو من ينوب عنه
- والي الجهة أو من يمثله
- استغلال كل براءة اختراع في مجال الصحة طبقا للنصوص القانونية الجاري بها العمل

¹ - المادة 6 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

- عمداء كليات الطب والصيدلة وطب الأسنان التابعة للتعليم العالي العمومي المتواجدة داخل الجهة أو من يمثلهم
 - ممثلو الأساتذة الباحثين في الطب والصيدلة وطب الأسنان العاملين داخل المؤسسات الصحية المكونة للمجموعة
 - مدير المعهد العالي للمهن التمريضية وتقنيات الصحة بالجهة أو من يمثله
 - ممثل واحد (1) عن كل هيئة من الهيئات المكلفة بتدبير نظام التأمين الإجباري عن المرض الذي يحدد بنص تنظيمي
 - ممثل المجلس الجهوي للهيئة الوطنية للطببيات والأطباء
 - ممثلو باقي مهني الصحة العاملين داخل المؤسسات الصحية المكونة للمجموعة
 - ثلاثة أعضاء مستقلين من ذوي الخبرة في مجالات الصحة
- كما يمكن في هذا الصدد للرئيس في هذا الإطار أن يدعو لاجتماعات المجلس، بصفة استشارية، كل شخص يرى فائدة في مشاركته.

ثانياً: اختصاصات مجلس إدارة المجموعة

يتمتع المجلس الإداري للمجموعات الصحية الترابية بالاختصاصات التالية¹:

- المصادقة على برنامج العمل السنوي للمجموعة؛
- المصادقة على التقرير السنوي لأنشطة المجموعة؛
- اعتماد الخريطة الصحية الجهوية طبقاً للتوجيهات العامة المحددة في الخريطة الصحية الوطنية؛
- اعتماد البرنامج الطبي الجهوي؛
- المداولة في شأن تسيير المؤسسات الصحية المكونة للمجموعة. واتخاذ كل التدابير التي من شأنها تحسين خدمات هذه المؤسسات؛
- حصر ميزانية المجموعة وقوائمها التوقعية متعددة السنوات وكذا كفاءات تمويل برامج أنشطتها؛

¹ - المواد 7 و 8 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

- حصر الحسابات السنوية للمجموعة والمصادقة عليها والبت في تخصيص النتائج
 - النظام الذي تحدد وفقه شروط وأشكال إبرام الصفقات؛
 - اعتماد الهيكل التنظيمي الذي يحدد بنيات المجموعة واختصاصاتها، بما فيها بنية صحية وبنية إدارية ومالية مستقلتين؛
 - اعتماد النظام الأساسي لمهنيي الصحة بالمجموعة، طبقا للنظام الأساسي النموذجي لمهنيي الصحة بالمجموعات الصحية الترابية الذي يحدد بنص تنظيمي؛
 - اعتماد النظام الذي تحدد وفقه شروط وأشكال إبرام الصفقات؛
 - اعتماد النظام الداخلي للمجموعة؛
 - اتخاذ القرارات المتعلقة باقتناء العقارات أو تفويتها أو كرائها؛
 - اتخاذ القرارات المتعلقة باقتناء براءات الاختراعات المرتبطة بأنشطة المجموعة أو باستغلالها أو تفويتها؛
 - اتخاذ القرارات المتعلقة بالمساهمة في رأسمال المقاولات الخاصة طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، شريطة أن يكون للغرض الرئيسي للمقاولات المذكورة علاقة بمهام المجموعة؛
 - اتخاذ جميع التدابير للقيام بعمليات افتتاح وتقييم دورية لأنشطة المجموعة
 - المصادقة على التقرير السنوي لأنشطة المجموعة؛
 - المداولة بخصوص كل مسألة تدخل ضمن مهام المجموعة؛
- كما يمكن لمجلس الإدارة أن يمنح للمدير العام تفويضا من أجل تسوية قضايا معينة.

ثالثا: اختصاصات مدير المجموعة

- يتمتع المدير العام للمجموعة بجميع السلطات والاختصاصات اللازمة لتسيير المجموعة، ويتصرف باسمها. ولهذا الغرض، يمارس على الخصوص، الاختصاصات الآتية¹:
- تنفيذ قرارات مجلس الإدارة، وعند الاقتضاء، قرارات اللجان التي يحدتها هذا الأخير؛
 - إعداد المشاريع التي تعرض على مجلس الإدارة قصد المصادقة عليها أو اعتمادها، خاصة:

¹ - المادة 12 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

- مخطط العمل السنوي للمجموعة؛
- الخريطة الصحية الجهوية؛
- البرنامج الطبي الجهوي؛
- الميزانية السنوية للمجموعة؛
- الهيكل التنظيمي؛
- النظام الأساسي للمستخدمين؛
- النظام الذي تحدد وفقه شروط وأشكال إبرام الصفقات؛
- النظام الداخلي للمجموعة؛
- التقرير السنوي لأنشطة المجموعة.
- تدبير جميع بنيات المجموعة والمؤسسات الصحية المكونة لها وتنسيق أنشطتها؛
- تدبير الموارد البشرية للمجموعة، والتعيين في المناصب طبقاً للهيكل التنظيمي للمجموعة والنظام الأساسي لمستخدميها؛
- إنجاز كل تصرف أو عمل يتعلق بمهام المجموعة أو الإذن بالقيام به؛
- تمثيل المجموعة أمام الدولة، والإدارات العمومية أو الخاصة وأمام الأغيار والقيام بكل إجراء تحفظي؛
- تمثيل المجموعة أمام القضاء، ورفع كل دعوى قضائية تهدف إلى الدفاع عن مصالح المجموعة مع إخبار رئيس مجلس الإدارة فوراً بذلك.
- ويمكن للمدير العام أن يفوض تحت مسؤوليته، جزءاً من سلطه واختصاصاته إلى المستخدمين التابعين لسلطته.

الفقرة الثانية: الموارد المالية والبشرية للمجموعات الصحية الترابية

تضم ميزانية المجموعات الصحية الترابية ما يلي¹:

❖ الموارد، وتشمل على:

- المداخل المتأتية من أنشطتها؛
- مداخل الأموال المنقولة والعقارية؛
- إعانات الدولة والجماعات الترابية وكل هيئة خاضعة للقانون العام أو الخاص؛

¹ - المادة 13 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

- الهبات والوصايا؛
- جميع الموارد الأخرى التي يمكن أن تخصص لها لاحقا طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

❖ النفقات، وتضم كل من:

- نفقات الاستثمار؛
 - نفقات التسيير؛
 - إرجاع التسبيقات والاقتراضات؛
 - جميع النفقات الأخرى المرتبطة بمهام المجموعة.
- أما في ما يتعلق بالموارد البشرية العاملة بالمجموعات الصحية، فقد حددها القانون في مهني الصحة، ويتألفون من¹:

- مهني الصحة يتم توظيفهم، طبقا للنظام الأساسي للمجموعة؛
 - موظفين ومستخدمين يتم نقلهم إلى المجموعة، طبقا للنظام الأساسي للمجموعة؛
 - موظفين ملحقين لدى المجموعة، طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.
- كما يمكن للمجموعة، من أجل القيام بمهامها، أن تستعين بخبراء يتم التعاقد معهم من أجل القيام بمهام معينة خلال مدة محددة. ويمكنها أيضا الاستعانة بخدمات العرضيين أو المتطوعين.
- ختاما،** يمكن القول إن إحداث المجموعات الصحية الترابية بمقتضى القانون رقم 08.2، يأتي في إطار التحول الذي يعرفه قطاع الصحة، لا سيما بعد أزمة كوفيد 19 وما خلفته من تداعيات وخيمة على كافة المستويات والأصعدة، حيث يأتي إحداث هذه المجموعات بقصد تجاوز مختلف الإكراهات والاشكالات التي تشوب عرض العلاجات على المستوى الجهوي والترابي، وذلك من أجل تنسيق أمثل للعرض العمومي من حيث العلاجات على المستوى الجهوي وتكريس مبادئ حكمة المنظومة الصحية الوطنية.

¹ - المادة 15 من القانون رقم 08.22 بإحداث المجموعات الصحية الترابية.

دعم الاستثمار الأجنبي والجهوي: خيار أساسي لتدخل الدولة.

Support For Foreign And Regional Investment : A Fundamental Option For State Intervention.

دكتور: محمد الهواس

حاصل على الدكتوراه في القانون العام

جامعة عبد المالك السعدي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنججة

باحث في العلوم الإدارية

ملخص :

كما يعتبر المغرب من الدول الرائدة في استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر، من بين الاقتصاديات المغاربية لاعتبارات تاريخية، ولكونه لا يمتلك عائدات نفطية كما هو الحال في الجزائر وليبيا ...، بالإضافة إلى تبنيه الفلسفة الليبرالية في إدارة الاقتصاد . إضافة لقدرة الاستثمار الأجنبي المباشر على تنمية العناصر الأساسية للتنمية الاقتصادية بالخصوص الموارد البشرية والموارد الطبيعية، ويجذب المعرفة الإدارية والتنظيمية والتكنولوجية إلى البلد المضيف لهذا الاستثمار.

بالإضافة لكل ما سبق فإن الاستثمار الجهوي أصبح من المراكز الأساسية في عملية التنمية، والذي من أجله تم الارتقاء بمستوى الجهة لتصبح إطار وفضاء ترابي يستقطب الاستثمارات الوطنية والدولية.

يمثل الاستثمار النشاط الاقتصادي الأساسي، ومفتاح التنمية الاقتصادية لدول العام المختلفة، خاصة الدول النامية منها والتي يفتقر العديد منها إلى رأس المال بسبب ضعف مدخراتها الوطنية الناتجة أصلا عن ضعف مستوى الناتج المحلي الإجمالي.

ويعد المغرب من الدول التي سارع منذ حصوله على الاستقلال إلى تقوية ترسانته القانونية فيما يخص تقنين عمليات الاستثمار وذلك وعيا منه بأهمية الاستثمارات الوطنية والأجنبية في القطاعات المنتجة حيث قام باستصدار أول قانون يتعلق بالاستثمار سنة 1958 وتلته بعد ذلك العديد من القوانين في هذا المجال أهمها القانون الإطار رقم 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار سنة 2019، إلى جانب مشروع قانون رقم 76.20 ، والذي يقضي بإحداث "صندوق محمد السادس للاستثمار".

Haut du formulaire

Investment represents the fundamental economic activity and the key to economic development for various countries around the world, especially developing countries, many of which lack capital due to weak national savings resulting from a low level of Gross Domestic Product-GDP-.

Morocco is one of the countries that has quickly strengthened its legal framework regarding the regulation of investment activities since gaining independence, aware of the importance of national and foreign investments in productive sectors. It issued its first investment law in 1958, followed by many laws in this field, the most important of which is the framework law No. 47.18 related to the reform of regional investment centers in 2019, alongside the draft law No. 76.20, which establishes the "Mohammed VI Investment Fund."

Morocco is also considered one of the leading countries in attracting foreign direct investment among Maghreb economies for historical reasons, and because it does not have oil revenues like Algeria and Libya, in addition to adopting a liberal philosophy in managing the economy. Furthermore, foreign direct investment has the ability to develop the essential elements of economic development, particularly human and natural resources, and brings administrative, organizational, and technological knowledge to the host country of this investment.

In addition to all the above, regional investment has become one of the fundamental pillars of the development process, for which the level of the region has been elevated to become a framework and territorial space that attracts national and international investments.

مقدمة:

يعد الاستثمار الأجنبي المباشر أحد أوجه العلاقات الاقتصادية الدولية، وعنصراً أساسياً لتنمية الدول النامية المحتاجة له إذا ما تلاءم ومصالحها الأساسية لتحقيق تقدمها الاقتصادي وتحديثها العلمي والتقني، وأمام ذلك فإن للاستثمار سواء الخارجي أو المحلي الجهوي له أهداف اقتصادية وغير اقتصادية خاصة في ظل العولمة وإدخال وسائل الاتصال والتكنولوجيا على التدبير الإداري للإدارات العمومية، والتي جعلت من العالم سوقاً واحدة في مختلف الأنشطة الاقتصادية وذلك في ظل تدخل الدولة من أجل تنظيم هذا السوق وجعله في مستوى تطلعات المستثمر.

ولكون الاستثمار أحد وسائل هذه العولمة فإن له منافع مثلاً له مساوئ، لهذا فإن الدول النامية التي تعاني من ندرة رأس المال والتي تعاني كذلك من ضعف على المستوى العلمي والتقني

يشكل لديها الاستثمار حاجة أساسية يدفعها إلى اعتماد سياسات وإجراءات من أجل جذب المستثمرين ودمجهم في اقتصادياتهم وفق نظام من الأولويات يقود إلى إنجاح تنميتها الاقتصادية. ونحن بدورنا من خلال موضوعنا هذا والمتعلق بدعم الاستثمارات الأجنبية والجهوية باعتبارها خيارا أساسيا لتدخل الدولة، سنقسمه إلى مبحثين اثنين (المبحث الأول) سنتطرق فيه سنتطرق فيه إلى تدخل الدولة الاقتصادي من خلال دعم الاستثمار الأجنبي، فيما سنخصص (المبحث الثاني) إلى الاستثمار الجهوي ودوره في تحقيق التنمية.

المبحث الأول: تدخل الدولة من خلال دعم الاستثمار الأجنبي

يعد الاستثمار الأجنبي المباشر متغيرا من متغيرات العلاقات الاقتصادية الدولية، كما يعد أحد أشكال التمويل البديلة للمديونية، ويكون في بعض الأحيان أسلوبا لمعالجة المديونية، بتحويل أصول الدين إلى استثمارات. وتعمل الحكومات والدول على استقطابه لتفادي تكاليف الاستدانة ومخاطرها، والتقليل من التزامات اتجاه الدائنين والمنظمات الدولية وهو بديل أو مكمل للاستثمار المحلي الذي تعاني بعض الدول من محدوديته لضعف معادلات الإدخار فيها ومستوياته الضعيفة، والمغير كغيره من الدول النامية أو السائرة في طريق النمو عمل على استقطاب الإستثمار الأجنبي من أجل جعل اقتصاده قويا، وتعدد المفاهيم التي أعطيت للاستثمار الأجنبي بتعدد المتدخلين في عملية الإستثمار، لذلك خلال هذا المبحث سنتطرق لنقطتين أساسيتين من خلال مطلبين (المطلب الأول) سنتطرق إلى مفهوم الاستثمار الأجنبي ومستلزمات التنمية الاقتصادية، فيما سنتطرق في (المطلب الثاني) إلى واقع الاستثمار الأجنبي بالمغرب.

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي ومستلزمات التنمية الاقتصادية

للحديث عن مفهوم الاستثمار الأجنبي ومستلزمات التنمية الاقتصادية سنتطرق (أولا) إلى مفهوم الاستثمار الأجنبي ومحدداته، ومستلزمات التنمية الاقتصادية لتشجيع الاستثمار الأجنبي (ثانيا).

أولا: مفهوم الاستثمار الأجنبي ومحدداته

سنتطرق إلى مفهوم الاستثمار الأجنبي ومحدداته من خلال:

1- مفهوم الاستثمار الأجنبي

لم يكن الاستثمار معروفا قديما، وبالذات على المستوى الدولي بالشكل أو المستوى المعروف في وقتنا الحاضر، ولقد ازدهرت عمليات الاستثمار الأجنبي أو كما يسميه البعض الاستثمار

الدولي، في فترة الخمسينات وحتى بداية السبعينات من القرن الماضي تحت تأثير إيديولوجيا التنمية السائدة آنذاك، وباعتبار أن أغلب دول العالم باستثناء الصناعية منها فهي دول سائرة في طريق النمو في تلك الفترة¹.

كما يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر من أهم الأنشطة الاقتصادية التي اكتسبت قدرا كبيرا من الأهمية منذ ظهوره من دفع الكثيرين من الاقتصاديين والباحثين إلى محاولة إيجاد مفهوم دقيق وواضح له، والوصول إلى أهم مظاهره وأشكاله التي تفتح المجال أكثر للاستفادة منه الأمر الذي يؤكد على أهميته والاهتمام به من قبلهم.

كما أنه لا يوجد مفهوم موحد للاستثمار نظرا لتعدد المصادر (تشريع وطني، تشريع دولي، معاهدات سواء الثنائية أو متعددة الأطراف) والاختلاف في الغاية والأهداف سواء بين الدول فيما بينها أو بين الدول والمستثمرين الأجانب، كما ترجع الصعوبة في إيجاد تعريف محدد كون الاستثمار مصطلح اقتصادي قبل

أن يحظى باهتمام القانون الدولي العام².

وقد عرف الاستثمار الأجنبي عدة تعاريف من طرف هيئات دولية إلى جانب تعاريف قدمها اقتصاديين وباحثين وأكاديميين وفيما يلي سنتطرق إلى بعضها:

- **تعريف صندوق النقد الدولي (FMI):** "يكون الاستثمار أجنبيا مباشرا، عندما يمتلك مستثمر حصة ثابتة في مؤسسة تمارس نشاطها في حدود اقتصاد آخر غير اقتصاد الدولة التي ينتهي إليها المستثمر، وهدف الأخير الحصول على سلطة القرار في تسيير المؤسسة".

كما عرفتها منظمة التجارة العالمية ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية: "أنه أي نشاط استثماري مستقر في بلد معين (بلد المنشأ) والذي يتحصل أو يمتلك أصول في بلد آخر (البلد المضيف) وذلك قصد تسيير هذه الاستثمارات".

وقد عرفه بعض فقهاء الاقتصاد بأنه: "هو قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد التكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدولة المضيفة"³.

¹ - حاتم فارس الطعان: "الاستثمار أهدافه ودوافعه" كلية الإدارة والاقتصاد، بغداد، العراق، 2006، صفحة: 3.

² - عيبوط محند واعي: "الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري" دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، صفحة 120.

³ - محمد بن يطو: "الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية الاقتصادية" جامعة عمار التليجي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الأغواط، 2016، صفحة: 123.

وقد عرفه الفقه القانوني بأنه لم يتفق أغلب الفقه على تعريف واحد للاستثمار، وقد جاءت معظم التعريفات القانونية أقرب إلى التعريف الاقتصادي وسبب ذلك هو تشابك الجوانب الاقتصادية والسياسية والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف وأن الفقهاء يلتفون جميعاً عند مفهوم معين للاستثمار الأجنبي وهو انتقال رؤوس الأموال والخبرات الفنية والإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة للمستثمر الذي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن، ومصلحة القطب المضيف التي تتمثل في إحداث إضافة اقتصادية تضاف إلى الثروة القومية لهذا البلد¹.

ويتحدد الاستثمار بكونه أجنبياً بحسب جنسية المستثمر، وعليه فإن المستثمر الأجنبي هو الذي يحمل جنسية الدولة التي يعمل على الاستثمار فيها، هذا من الوجهة القانونية لتعريف المستثمر الأجنبي، أما بالنسبة لعلم الاقتصاد فالاستثمارات الأجنبية هي تلك المشاريع المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية كاملة أم كانت باشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني بما يكفل لهذا السيطرة على إدارة المشروع².

2- محددات الاستثمار الأجنبي المباشر

بما أن الهدف الأساسي للاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية هو تحقيق أعلى نسب الأرباح الممكنة، لهذا لا بد أن يأخذ هذا الاستثمار بالنظر الاعتبار للمحددات أو القيود أو العقبات التي تؤثر في تحقيق هذا الهدف.

ويمكن أن توضح أهم تلك المحددات الآتي:

- كلفة عناصر الإنتاج خاصة أجور اليد العاملة، فحينما تكون هذه الكلفة عالية تكون عامل غير مشجع للقيام بهذا الاستثمار، وبالعكس حينما تكون هذه الكلفة منخفضة تؤدي إلى تشجيع هذا الاستثمار؛

- إنتاجية اليد العاملة، فإذا كانت هذه الإنتاجية عالية، تجذب الاستثمار الأجنبي المباشر، وبالعكس حينما تكون منخفضة؛

- معدلات النمو الاقتصادي، فحينما تكون هذه المعدلات عالية تقود إلى تحفيز هذا الاستثمار، وحينما تكون هذه المعدلات منخفضة تكون عائقاً أمام الاستثمار الأجنبي؛

¹ - عزيز عبد الرزاق: "النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر واقع وآفاق" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون، جامعة خميس مليانة، 2013-2014، صفحة: 4-6.

² - محمد عبد العزيز عبد الله عبيد: "الاستثمار الأجنبي المباشر في الدولة الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي" دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2015، صفحة 16.

- ارتفاع معدلات التضخم النقدي: يمثل معيقا للاستثمار الأجنبي المباشر، وبالعكس حينما يكون هذا التضخم مرغوبا ومنخفضا يكون مشجعا له؛

- حجم السوق، فالحجم الصغير للسوق الناتج عن انخفاض دخول الأفراد في البلد النامي يكون عامل غير مشجع للاستثمار الأجنبي، وبالعكس حينما يكون هذا الحجم كبير فهو يشجع على الاستثمار؛

- ارتفاع حجم الصادرات في الميزان التجاري للبلد يجذب الاستثمار الأجنبي، وبالعكس حينما يكون هذا الميزان في حالة عجز فهو يكون عنصر تقليدي لهذا الاستثمار؛

- سياسة تقييد التجارة والمركزية في إدارة الاقتصاد، تكون عوامل غير مشجعة للاستثمار الأجنبي المباشر، وبالعكس في حالة سيادة سياسات تحرير التجارة والإصلاح والانفتاح نحو الخارج تكون عوامل محفزة لهذا الاستثمار؛

- زيادة مديونية البلد للعالم الخارجي، للدول الأخرى أو المنظمات الدولية كصندوق النقد والبنك الدوليين، حيث تشكل هذه المديونية تقييدا لهذا الاستثمار، لأن هذا البلد يكون أمام مسألة تسديد جزء من الديون (أقساط وفوائد) في أوقات محددة، مما يجعل هذا البلد عاجزا على تسديد ذلك فيلجأ إلى إعادة جدولة ديونه، وهذا يشكل عبئا ثقيلا على ميزان مدفوعاته وبالتالي تقييد حركة رأس المال الأجنبي إليه؛

- تردي البنية التحتية للاقتصاد، كالطرق ووسائل النقل والمواصلات، يمثل تقييدا لهذا الاستثمار، وبالعكس حين يتوفر البلد على بنية تحتية متكاملة؛

- ضعف التسهيلات البنكية وتدني سعر الفائدة في البنوك التجارية لا يساعد على جذب الاستثمار، وبالعكس في حالة ارتفاع هذا السعر يكون عنصرا إيجابيا في استقبال هذا الاستثمار؛

- ضعف الاستقرار السياسي والأمني، يشكل عاملا لتقييد هذا الاستثمار وبالعكس حينما يكون هذا الاستقرار متينا؛

ومنه فإن هناك متغيرات اقتصادية وسياسات اقتصادية وتجارية وعوامل سياسية أو أمنية من شأنها أن تحدد أو تقيد الاستثمار الأجنبي المباشر أو تحفيظه للعمل داخل الدول النامية¹.

¹ - عدنان مناتي صالح: "دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية للدول النامية مع إشارة خاصة للتجربة الصينية" مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعية، العدد الخاص، بمؤتمر الكلية، سنة 2013، ص 361-362.

ثانياً: مستلزمات التنمية الاقتصادية لتشجيع الاستثمار الأجنبي

لقد درج الاقتصاديين على دراسة التنمية الاقتصادية باعتبارها الحاجة الضرورية الاقتصادية للمجتمعات النامية، وبوصفها أنها ليست زيادة القدرة الإنتاجية كمياً فحسب، وإنما تعني التغيير البنوي في الاقتصاد النامي، بمعنى تغيير في الأهمية النسبة للقطاعات والأنشطة الاقتصادية والذي يؤدي إلى ارتفاع الدخل القومي الحقيقي للبلد خلال فترة زمنية معينة وتطور مستوى معيشة السكان وتعتمد عملية التنمية الاقتصادية على عناصر أساسية تتمثل في الموارد البشرية وكذا الطبيعية وتكوين رأس المال والتقدم التكنولوجي بوصفها مستلزمات لهذه العملية.

1- الموارد البشرية

تعد تنمية هذه الموارد العنصر الحيوي والفعل للتنمية الاقتصادية وجلب الاستثمارات، فعلى مستوى الجانب الكمي فإن توعية وتدعيم عملية تنظيم الأسرة وتحديد النسل في الدول النامية التي تواجه مشكلة الانفجار السكاني مسألة مهمة تحتاجها عملية التنمية، جنباً إلى جنب مع الجانب النوعي كتحسين الحالة الاجتماعية ومكافحة الأمية وتطوير التعليم وتكوين العاملين وتحسين الحالة الغذائية، والذي يؤدي إلى ارتفاع إنتاجيتهم بسبب تزايد قدرتهم على استخدام رأس المال بشكل أكثر فعالية وكفاءة وذلك ممكن أن يتحقق من خلال الاستثمار الأجنبي المباشر¹.

2- الموارد الطبيعية

حيث أن امتلاك الأرض الصالحة للزراعة والمعادن، والثروات التي تحتويها الأرض من حيث وفرتها وتنوعها تمثل عامل أساسي في التنمية الاقتصادية، ولذلك فإن استثمارها بشكل اقتصادي وكفئ يجعل منها أداة في إنجاز التنمية، وهذا ممكن أن يتحقق من خلال الاستثمار الأجنبي المباشر.

3- تجميع رأس المال

حيث تعاني العديد من الدول النامية من ضالة مدخراتها الوطنية وبالتالي تعاني من ندرة رأس المال الذي يشكل عنصراً أساسياً للتنمية الاقتصادية وحتى الدول النامية التي تملك ثروات كالنفط أو المعادن الأخرى فإن اقتصادها يتسم بكونه اقتصاد أحادي الجانب، وبالتالي فهي بحاجة إلى تحقيق تنمية في بنية الاقتصاد وفروعه بشكل متناسب يؤدي إلى تكوين رأس المال. ولذلك فإن الاستثمار الأجنبي المباشر يشكل أحد أدوات التعويض عن ضالة هذه المدخرات.

¹ - سام ويلسون ونورد هامس: "علم الاقتصاد" الطبعة الأولى، مطبعة مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2016، ص 613.

4- التقدم التكنولوجي وتبني وسائل التدبير الحديثة

الذي يراه معظم الاقتصاديين بوصفه العنصر الأهم في التنمية الاقتصادية والذي تفتقر إليه الدول النامية ولذلك فإن تبني فنون العلم والتكنولوجيا يؤدي إلى تنمية الموارد البشرية وتسخير الموارد الطبيعية لخدمة عملية التنمية الاقتصادية، وهذا ممكن أن يتحقق من خلال الاستثمار الأجنبي المباشر¹.

وانطلاقاً مما سبق فإن الاستثمار الأجنبي المباشر يساعد على تنمية العناصر الأساسية للتنمية الاقتصادية بالخصوص الموارد البشرية والموارد الطبيعية، ويجذب المعرفة الإدارية والتنظيمية والتكنولوجية إلى البلد المضيف لهذا الاستثمار.

كما أنه لجذب الاستثمار الأجنبي لابد من تبني مجموعة من السياسات نذكر باختصار وهي كالآتي²:

- قيام البلد المضيف للاستثمار بالإعفاء الضريبي على الأرباح التجارية والصناعية والإعفاء من الرسوم الجمركية وقيود الاستيراد.
- عدم جواز تأميم الشركات الاستثمارية الأجنبية من قبل حكومة البلد المستضيف.
- حق امتلاك الاستثمار الأجنبي المباشر للأراضي والمباني اللازمة له.
- إبعاد إجراءات التأسيس والترخيص لهذا الاستثمار.
- توفير البنية التحتية اللازمة لهذا الاستثمار، كالمياه الصالحة للشرب وشبكات الصرف الصحي وتوفير الطاقة الكهربائية وشبكة الاتصالات ووسائل النقل والمواصلات.
- تطوير البنوك والمؤسسات المالية المحلية.
- اعتماد برامج وتكوينات لتدريب وتأهيل العاملين داخل البلد.
- الانسجام مع الاستثمار الأجنبي المباشر ومتطلباته.

¹- عدنان مناتي صالح: "دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية للدول النامية مع إشارة خاصة للتجربة الصينية" مرجع سابق، صفحة: 363.

²- عدنان مناتي صالح: "دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية للدول النامية مع إشارة خاصة للتجربة الصينية" مرجع سابق، صفحة: 368-369.

المطلب الثاني: واقع الإستثمار الأجنبي بالمغرب

تميز مسار السياسة الاقتصادية بالمغرب منذ الاستقلال ولسنوات عديدة بعده، بالتناقض في الاختيارات الاقتصادية للسياسة العامة للدولة، خاصة اتجاه الرساميل الأجنبية، فقد أثر هذا على مستوى استقطاب الاقتصاد المغربي للاستثمار الأجنبي، لكن مطلع التسعينات سيسجل انتقالا حاسما في هذه التوجهات حيث أضحت تنمية الاقتصاد الوطني عبر الرفع من وثيرة تدفع الاستثمارات الخارجية إحدى الأولويات الأساسية للسياسة الاقتصادية الوطنية وأصبح معها نجاح السياسات الاقتصادية يقاس بما يتم من الاستثمارات الأجنبية.

أولا: تطور الاستثمار الأجنبي بالمغرب

نهج المغرب سياسة قوانين الاستثمار منذ الاستقلال، حيث تم أول قانون استثمار سنة 1958، الذي كان يتميز بتردده في تشجيع المبادرة الخاصة، وهدفه الأساسي هو تشجيع رؤوس الأموال الوطنية، بحيث الامتيازات الأجنبية كانت ضعيفة ويمكن تفسير ذلك بالتوجهات العامة للمسؤولين آنذاك حيث كانوا يريدون الاعتماد على الاستثمارات الخاصة الوطنية من أجل تشجيع الادخار المغربي، ودفعها نحو الاستثمار وإعطاء دور تكميلي للاستثمارات الأجنبية، وتميز قانون الاستثمار لسنة 1960 بتحول كبير فيما يخص التوجهات الاستثمارية، وذلك أن الحكومة تبنت سياسة ليبرالية تعتمد على محاولة جلب الاستثمارات الأجنبية وتشجيع الاستثمارات والقطاعات التي أعطت لها الأولوية¹.

وقد حاول المغرب نهج سياسة إعادة الثقة للمستثمر الأجنبي، كما أنه راهن على الاستثمار الخاص الوطني وعلى الدور الذي يجب أن يلعبه الرأسمال المغربي².

فقد تم إصدار قانون استثمار كل عشر سنوات، وكل قانون إلا وكان أكثر ليبرالية وأكثر سخاء من سابقة على صعيد منح التشجيعات الجبائية، والميزة التي طبعت قوانين الاستثمار المغربية تدخلها في الميدان الجبائي وتقديمها مجموعة من الإعفاءات والتشجيعات الضريبية، باسم تحفيز القطاع الخاص على الادخار والاستثمار وخلق مناصب الشغل³.

¹ نجيب أقصبي: "الاقتصاد السياسي والسياسة الاقتصادية في المغرب" الطبعة الأولى، مركز محمد بن سعيد آيت إيدر للأبحاث والدراسات، الدار البيضاء، 2017، صفحة 128.

² فاطمة الحمداي بحير: "السياسة الجمركية المغربية وإشكالية المبادلات التجارية الدولية" مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016، صفحة 77.

³ نجيب أقصبي: "الاقتصاد السياسي والسياسة الاقتصادية بالمغرب" مرجع سابق، صفحة 47.

وبالرغم من أن الدولة حاولت قدر المستطاع -دعم الخواص مع تبني الدولة للخيار الليبرالي- عن طريق تسهيلات ضخمة كقانون الاستثمارات 1960، قروض بشروط مهمة التعاون لإنجاز مشاريع مشتركة، إلا أن الرأسمال الخاص لم يستجب للنداءات الموجهة إليه ما اضطر الدولة إلى القيام بأغلب الاستثمارات، فرغم هذا الاختيار للدولة فإنها اضطرت للتدخل بواسطة تسهيلات مالية من خلال القانون الجديد للاستثمار لسنة 1973¹.

إن أهم ما يميز هذا القانون هو صفته الليبرالية واستعماله لتوجيه الأنشطة الاقتصادية نحو مجالات التصدير في هذا الصدد يقول "المرحوم الحسن الثاني رحمه الله" في القانون الماضي كانت القاعدة هي الإذن وعدم الإذن هو الاستثناء، وعلى العكس في القانون الجديد أصبح الإذن هو الاستثناء وأصبح العمل الحر والمبادرة الحرة هي القاعدة².

وقد أولى القانون أهمية قصوى للإعفاءات حسب القطاعات المنصوص عليها، حيث كان الهدف الحقيقي من تبني المغرب سياسة الإعفاءات الجبائية هو الرفع من حجم الاستثمارات الداخلية والأجنبية في مرحلة اتسمت بالجمود، رغم أن تفحص النتائج المستخلصة يبين لنا ضعف مستوى هذه الأخيرة في تحقيق الأهداف الحقيقية التي جاء من أجلها، وبذلك على المشرع المغربي إعادة النظر في منظمة سياسات الإعفاءات الممنوحة لمختلف القطاعات وإعادة تنظيمها بطريقة تتماشى مع الظروف الاقتصادية، فقد تميز بالنسبة للتشريع الجبائي المغربي على طابعها التساهلي الواسع ذلك موازاة مع الاختيارات الاقتصادية الليبرالية التي نهجها المسؤولون منذ الستينات كأساس للتنمية³.

ولقد تميزت البنية الاقتصادية منذ السبعينيات بهيمنة الاستثمار العمومي وتواجد قوى الرأسمال الأجنبي وهيمنة المقاولات الصغرى والمتوسطة على النسيج الصناعي، وأمام النتائج السلبية التي حققها قوانين الاستثمار، والانتقادات التي وجهت لها من طرف الفاعلين الاقتصاديين وكذلك من طرف خبراء المؤسسات الدولية ثم التفكير في إصلاحها، وهكذا جاءت سلسلة من قوانين الاستثمارات بعدما اتضح ضعف القوانين السابقة، وانعكاساتها السلبية على الاقتصاد الوطني. فكان الهدف من قانون 1983 هو تكريس الاتجاه الليبرالي والرفع من مزايا الاستثمارات كما أن الأهداف كانت واضحة وهي جعل الصناعة من الأعمدة الأساسية لتحقيق

¹ - عبد السلام لزرق: "الوجيز في الاقتصاد الدولي: مطبعة أنفو - برانت، فاس، 2005، صفحة 263.

² - خطاب جلالة الملك الحسن الثاني بمناسبة افتتاح المناظرة الوطنية حول قانون الاستثمارات الجديد.

³ - أحمد نقوب: "السياسات الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب في ظل التحولات التي يعرفها المغرب"، "أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بطنجة، الموسم الجامعي 2020-2021، ص: 191.

التنمية بالمغرب، بالإضافة إلى تشجيع القطاع الخاص لكي يقوم بالدور أي تشجيع الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية على السواء بما فيها الصناعات الصغيرة والمتوسطة، وخلق صناعة لا مركزية تهدف إلى معالجة المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التي تتخبط بها البلاد إلا أن أهم ما جاء به وهو تخلي قانون الاستثمار لسنة 1983 عن شرط المغربية كشرط أولي للاستفادة من الامتيازات التي جاء بها كما لم يتطرق للشرط الثاني المتمثل في مغربة التسيير الإداري للمقاولات، فكل مقاوله ينتهي رأسمالها 100% لمستثمرين أجانب، يمكنها الاستفادة من جميع الامتيازات المنصوص عليها في هذا القانون.

فالمبادرة الخاصة خلال هذه الفترة سيطرت على 80% من مجموع الاستثمارات المقبولة بينما لا يمثل القطاع العام 4% بينما الاستثمارات الأجنبية لا تمثل سوى 16% من مجموع الاستثمارات¹.

ولقد تناولت التعديلات التي جاء بها قانون 1988 جميع القطاعات وركزت بالخصوص على تشجيع الاستثمارات التي توجه نحو الصناعات التصديرية، وأعطت المزيد من الامتيازات للاستثمارات المحلية، إلا أنها قامت مدة الاستفادة من هذه الامتيازات أما فترة ما بعد 1995 فقد شأهت توجه المغرب نحو تحديث البنية التشريعية المرتبطة بمناخ الاستثمار، ومراجعة الإطار القانوني للأعمال الذي كان يعود جزء منه إلى الفترة الاستعمارية، ومن مواجئة هذه السياسة تمكين المغرب من التوفر على ترسانة قانونية في مجال الأعمال لتحفيز المبادرة الخاصة، وتضع الأدوات الأساسية لبناء اقتصادي جديد يتوجه نحو الليبرالية الاقتصادية².

وعلى إثر ذلك تتم التخلي عن منطلق قوانين الاستثمار القطاعية، وتعويضها بقانون إطار موحد بمثابة ميثاق استثمار 1959 ليعوض القوانين القطاعية. هذا الأخير الذي بين أن التشجيع الذي اعتمدته قوانين الاستثمار، لا زال يشكل الأولويات في السياسة الاقتصادية المغربية خصوصاً وأن الاستثمار الأجنبي أصبح يكتسي أهمية بالغة ودورا متصاعدا في دينامية التنمية، وبين مكانة السياسة الجبائية في السياسة الاقتصادية للمغرب بعدما أصبح مبدأ خلق ظروف ملائمة للاستقطاب الاستثمار الأجنبي يفرض نفسه أكثر فأكثر من أي وقت مضى وذلك للمساهمة في تصنيع النسيج الإنتاجي لمواجهة تحديات الانفتاح التي فرضتها توجهات العولة.

¹ - عبد السلام لزرق: "الوجيز في الاقتصاد الدولي" مرجع سابق، صفحة 251.

² - أحمد نقوب: "السياسات الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب في ظل التحولات التي يعرفها المغرب" مرجع سابق، ص: 193.

ولقد حاول المشرع المغربي وضع نظام استثماري متطور يعتمد على مساعدة الدولة ويبرهن على الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية¹.

وفي هذا السياق يخضع المستثمر في المغرب إلى ثمانية أنواع من الضرائب تنقسم إلى ضرائب مباشرة وضرائب غير مباشرة، لهذا جاء الميثاق بمجموعة من الإعفاءات والتخفيضات تشجيعاً منه على استيطان الاستثمارات الأجنبية بالمغرب كما نص الميثاق على عدد من المقتضيات التشجيعية تتعلق برسوم التسجيل وواجب التضامن الوطني والضريبة المهنية والضريبة الحضرية والضرائب المحلية².

كما أن هناك امتيازات أخرى غير ضريبية تمثلت بالخصوص بالتشجيعات المالية حيث تضمن ميثاق الاستثمار تحفيزات في حرية تحويل الأرباح والرساميل للخارج بالنسبة لمن قام باستثمارات بالعملية الصعبة ويضمن هذا النظام الحرية الكاملة للمستفيدين للقيام بالعمليات التالية:

- تحويل أرباح من الضرائب دون تحديد للمبلغ أو المدة.

- تحويل حصيلة بيع الاستثمارات مجموعة من الإجراءات تتمثل في تبسيط الاستخلاص الجمركي، ومنح الأولوية في عمليات التعشير لمحل الإقامة³.

وقد تأسست سنة 1996 مديرية الاستثمار الخارجية بهدف التشجيع على جذب الاستثمارات الأجنبية للمغرب، ولقد تمت تقوية الإطار القانونية للاستثمارات، وذلك بإحداث ستة عشر مركزاً جهويًا للاستثمار (الشباك الوحيد) لإرشاد المستثمرين الراغبين في الاستثمار بالمغرب⁴.

وقد حث السياق الدولي الجديد -التوجه نحو العولمة- والإصلاحات السياسية والاقتصادية التي قام بها المغرب، حث السلطات العمومية على تبني منهج أكثر قوة في مجال جلب المستثمرين الأجانب من خلال بلورة مدونة للاستثمار ومنح امتيازات مختلفة إدارية ومالية وجبائية، وكانت لهذه السياسات نتائج إيجابية ملموسة تجسدت في تبوأ المغرب مراتب متقدمة في جودة مناخ الأعمال حددها تقرير البنك الدولي لسنة 2020 في المرتبة 53 من أجل 190 دولة، حيث تمكن من تحسين مكانته من المرتبة 128 سنة 2010 إلى المرتبة 53 سنة 2020، إلا أن هذه الإجراءات

¹ - فاطمة الحمداًن بحير: "السياسة الجمركية المغربية وإشكالية المبادلات التجارية الدولية" مرجع سابق، ص: 137.

² - عبد السلام لزرق: "الوجيز في الاقتصاد الدولي" مرجع سابق، ص: 298.

³ - فاطمة الحمداًن بحير: "السياسة الجمركية المغربية وإشكالية المبادلات التجارية الدولية" مرجع سابق، ص: 138.

⁴ - شفيق بوكرين: "علاقة المغرب بالاتحاد الأوروبي، نظام الوضع المتقدم في ظل اتفاقية الشراكة" الطبعة الأولى، مطبعة البيضاوي، المجلة المغربية للإدارة المحلية، سلسلة مؤلفات وأعمال جماعية، العدد 122، سلا، 2018، صفحة 150.

والامتيازات لا تشكل العناصر الحاسمة الوحيدة باعتبار أن مردود الاستثمار واستراتيجية المستثمر على المستوى الدولي يكتسيان أهمية كبيرة في قرار الاستثمار في بلد معين¹.

ثانياً: مكانة الاستثمار الأجنبي في ظل الوضعية الاقتصادية الراهنة

يعتبر الاستثمار الأجنبي أحد أهم العناصر في التمويل الدولي والتي تشكل نواة العلاقة الدولية بين دول العالم في ظل النظام العالمي الاقتصادي الحديث، كما أنه احتل الأولوية في أجندة الدول النامية بفضل تقديمه للتمويل والخبرة والتكنولوجيا الحديثة، ومن خلال دوره الهام في تحرير التجارة الدولية، خاصة وأن الدول النامية كانت في حاجة ماسة إلى الاستثمارات الأجنبية المباشرة نظراً لانخفاض المصادر الداخلية بسبب عدم كفاية المدخرات المحلية، كما أن البديل الآخر المتعلق بالقروض أثبت عدم فاعليته نظراً للنتائج المترتبة عنه، حيث أصبحت معظم الدول النامية عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها، فمع ارتفاع أزمة المديونية وتضخم التكاليف المرافقة لاقتراض الدول النامية من العالم الخارجي، فإن مصادر التمويل التي بقيت متاحة أمامها تنحصر في العمل على جلب الاستثمار الأجنبي المباشر من جهة، وتنشيط الاستثمار الأجنبي من جهة أخرى.

وقد أدى الاستثمار الأجنبي المباشر خلال النصف الثاني من القرن الماضي دوراً هاماً في دعم اقتصاديات الدول النامية، ولا سيما خلال العقدين الماضيين الذين شهدا زيادة كبيرة في حجم التدفقات الاستثمارية، حيث تفسر هذه الزيادة بالتغيرات التي طرأت لهياكل الاقتصاد العالمي، وهي الاتجاه نحو اقتصاد السوق في معظم الدول النامية، وتحرير التجارة والاستثمار، فضلاً عن زيادة مساهمة هذه الدول في التكامل الدولي الاقتصادي².

وتكمن أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في تأثير هذا الأخير على النمو الاقتصادي من خلال زيادة إنتاجية العوامل الاجتماعية، وزيادة كفاءة استخدام الموارد البشرية والمادية في الاقتصاد، ويتم العمل على هذه الجوانب من خلال ثلاث قنوات لقياس الأثر المباشر على العوامل الهيكلية في اقتصاد الدول المضيفة، وهي الروابط بين الاستثمار الأجنبي المباشر وتدفقات التجارة الخارجية، والتداعيات والعوامل الخارجية الأخرى تجاه قطاع الأعمال في الدولة المستضيفة

¹ عبد الجبار مسترحم: "السياسات الاقتصادية بالمغرب: منعطف الليبرالية الجديدة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الحقوق، شعبة القانون العام، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2003-2004.

² وهيبة بن داوودية: "واقع وآفاق تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر في دول شمال إفريقيا الفترة (1995-2004) مع التركيز على الجزائر، مصر، المغرب، تونس" رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم الاقتصادية تخصص نقود ومالية، جامعة حسينة بن بوعل، الشلف، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 78.

للاستثمارات الأجنبية، كما أن للاستثمار الأجنبي المباشر دورا هاما باعتباره أحد المتغيرات المساهمة في النمو الاقتصادي، ولقد شهد الربع الأخير من القرن العشرين نموا ملحوظا لتدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة في جميع أنحاء العالم، ويرجع السبب في ذلك أن العديد من البلدان، ولا سيما البلدان النامية، جعلت استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر جزءا من استراتيجية الشاملة للتنمية الاقتصادية، حيث تساهم الاستثمارات الأجنبية المباشرة في التنمية الاقتصادية للدول المضيفة، وذلك من خلال زيادة رأس المال وتعزيز الكفاءة بفضل نقل التقنيات الحديثة المطورة، وتحسين مهارات التسويق والإدارة، والابتكار، والتي تلعب دورا كبيرا ومهما في إدارة الاستثمارات.

ومن جانب آخر، يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر مهما للاقتصاديات النامية والأسواق الناشئة، حيث تحتاج الشركات إلى التمويل والخبرة لتوسيع مبيعاتها الدولية، ويعتبر الاستثمار الخاص في البنية التحتية والطاقة والمياه ومحركا مهما للاقتصاد حيث يساعد في زيادة الوظائف والأجور وفيما يلي بعض فوائد الاستثمار الأجنبي المباشر¹:

- يساهم في النمو الاقتصادي؛

- يساعد في رفع مستويات المعيشة في الاقتصاديات الناشئة عن طريق توفير فرص الشغل والحد من البطالة والفقر؛

- نشر التقنيات الجديدة في التدبير في الدول النامية؛

- يساعد في تنوع محفظة المستثمرين؛

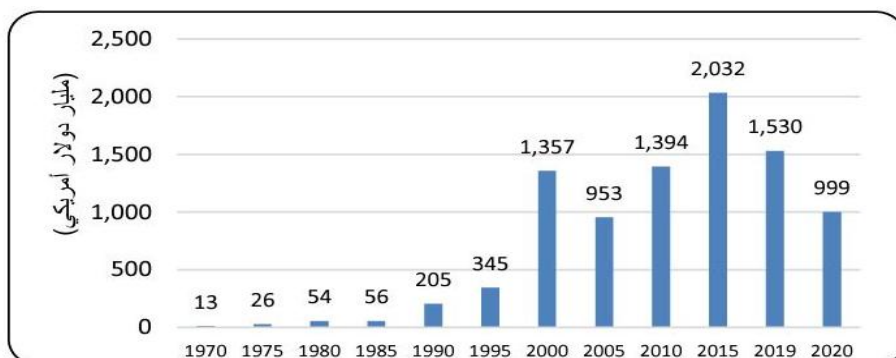
- توفير التمويل للدول النامية.

كما عرف الاستثمار الأجنبي المباشر نموا على مستوى الاستثمارات الواردة للعالم بنحو 9.2 بالمائة خلال الفترة (1970-2020)، ليصل حجم الاستثمار للعالم نحو 998.9 مليار دولار أمريكي في عام 2020 مقارنة بنحو 133 مليار دولار أمريكي في عام 1970، وفيما يلي مبيان يوضح حجم تدفقات الاستثمار الأجنبي خلال الفترة (1970-2020)².

¹ - محمد إسماعيل - جمال قاسم حسن وكريم زايد: "الاستثمار الأجنبي المباشر" سلسلة كتيبات تعريفية، العدد 41، صندوق النقد العربي 2022، صفحة 16.

² - محمد إسماعيل - جمال قاسم حسن وكريم زايد: "الاستثمار الأجنبي المباشر" مرجع سابق، ص: 18.

شكل (1): تدفقات الاستثمار الأجنبي للعالم خلال الفترة (1970-2020)



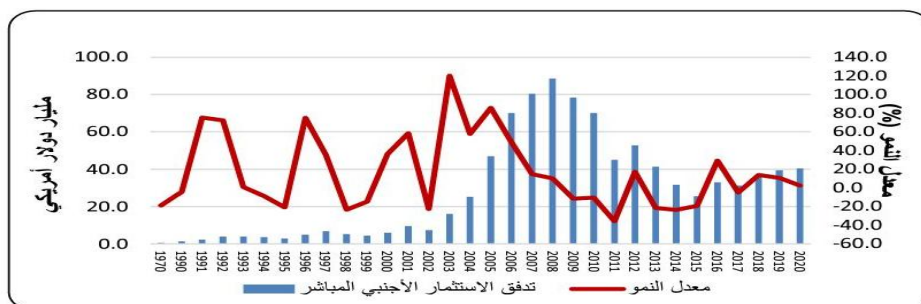
المصدر: قاعدة الاستثمار الأجنبي المباشر، برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD)

وخلال عام 2020 ولا سيما في أعقاب جائحة كوفيد 19، تراجع تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر الوارد العالم بنحو 531 مليار دولار أمريكي أي ما يعادل 34.7% مقارنة بعام 2019، وذلك نتيجة الإغلاق التام في أغلب الدول من أجل التصدي لجائحة (كوفيد -19)، حيث أدى ذلك إلى تراجع المشاريع الاستثمارية القائمة في العديد من الدول وإعادة تفكير الشركات المتعددة الجنسيات في إعادة تقسيم مشاريعها الجديدة في ظل انتشار جائحة (كوفيد 19).

كما أن تدفقات الاستثمارات الأجنبية إلى الدول العربية قد عرفت نموا بنحو 9.4% خلال الفترة (1970- 2020)، لتبلغ نحو 40.5 مليار دولار أمريكي في عام 2020، مقارنة بنحو 502 مليون دولار أمريكي في عام 1970¹.

وفيما يلي مبيان يبين النمو وتدفق الاستثمار الأجنبي للدول العربية.

شكل (2): معدل نمو وتدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية



المصدر: قاعدة الاستثمار الأجنبي المباشر، برنامج الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD).

¹ - محمد إسماعيل - جمال قاسم حسن وكريم زايدي: "الاستثمار الأجنبي المباشر" مرجع سابق، ص: 20.

ومن خلال المبيان نلاحظ أن في عام 2020 وبالرغم من جائحة (كوفيد 19)، فقد ارتفعت الاستثمارات الأجنبية المباشرة للدول العربية، بنحو مليار دولار أمريكي ما يعادل حوالي 2.5 لتصل إلى حوالي 40.5 مليار دولار أمريكي مقارنة بنحو 39.5 مليار دولار أمريكي في عام 2019.

وقد عرفت الاستثمارات الأجنبية المباشرة تحولات عميقة منذ 1980، في اتجاهاتها على المستوى العالمي، إذا كانت قبل ذلك تتجه بشكل أساسي نحو البلدان الصناعية، إلا أنه على الرغم من محافظة الدول الصناعية على وضعها المتقدم في استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر، فإن حصصها أكبر أصبحت تتجه نحو الدول النامية¹.

وفي ظل هذا المشهد نرصد تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر نحو الدول المغربية.
الجدول رقم 03: تطور تدفقات الاستثمار الأجنبي الداخل إلى الدول المغربية ما بين 2010-2021:

الوحدة: مليون دولار أمريكي

البلد	2010	2011	2012	2013	2014	2015
الجزائر	2301.226	2580.626	1499.447	1696.867	1506.733	584.539-
ليبيا	1909	--	1425	702	---	--
موريتانيا	130.528	588.750	1388.587	1125.684	501.038	502.074
المغرب	1573.856	2568.434	2728.361	3298.102	3561.003	3254.799
تونس	1512.505	1147.907	1603.186	1116.541	1063.997	1002.738
البلد	2016	2017	2018	2019	2020	2021
الجزائر	1636.299	1232.342	1474.589	1381.812	1142.641	869.682
ليبيا	--	---	----	----	---	----
موريتانيا	271.198	587.244	772.890	886.916	927.913	22.177
المغرب	2157.149	2686.03	3558.879	1719.961	1419.208	2153.311
تونس	884.997	880.788	1035.941	844.797	652.122	660.233

Source : CNUCED, IDE, flux et stocks

ويلاحظ من الجدول أعلاه أن تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر نحو الدول المغربية تتجه الحصة الأكبر منها نحو المغرب، باستثناء سنة 2010 وهذا بالرغم من حجم الاقتصاد الجزائري وقوته ويمكن تفسير ذلك بـ:

- النزعة الانفتاحية التي اعتمدها المغرب غداة الاستقلال في إدارة اقتصاده.
- النظرة الظرفية للاستثمار الأجنبي المباشر كرافعة للنمو الاقتصادي.

¹ - Guesmia EL HADI : « la problématique de l'investissement direct étranger en Algérie » Revue Tadamsa, Vol 02, n° 01, 2022, p: 77.

ويعتبر المغرب من الدول الرائدة في استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر من بين الاقتصاديات المغربية لاعتبارات تاريخية، ولكونه لا يمتلك عائدات نفطية كما هو الحال في الجزائر وليبيا، بالإضافة إلى اعتماده الفلسفة الليبرالية في إدارة الاقتصاد، وهو ما ساعده في إبرام اتفاقية شراكة مع الاتحاد الأوروبي بشكل مبكر، ولقد كانت القطاعات الكبرى التي استقطبت الاستثمارات الأجنبية المباشرة بالمغرب في الفترة ما بين 2010-2015 كالآتي:

**الجدول 04: القطاعات المستقطبة للاستثمار الأجنبي المباشر بالمغرب 2010-2015 -
الوحدة: %**

القطاع	2010	2011	2012	2013	2014	2015
صناعة استخراجية	13.6	23.4	25.4	39.2	27.1	21.9
إسكان وخدمات إيطام	11.4	09.8	05.3	08.7	09.3	5.9
إعلام واتصال	25.2	02.2	0.6	0.9	03.3	08.5
خدمات مالية وتأمين	16.9	10.9	14.9	07.9	08.6	10.2
خدمات عقارية	20.7	31.2	22.8	19.4	29.5	27.0

.Source : OCDE, examen des statistiques d'investissements directs internationaux au Maroc, 2018, p 13

ويعتبر المغرب البلد المغربي الأكثر استقطابا للاستثمار الأجنبي المباشر، ويساعده في ذلك عوامل الجذب التالية¹:

- انخفاض تكلفة اليد العاملة.
- القرب من السوق الأوروبية.
- النظام الضريبي المحفز.
- نوعية البنية التحتية.

¹ - عبد المجيد قدرى: "آفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي وتحدياته" مقال منشور على الموقع الإلكتروني: Rendseasearch.org/or/insight-and-challenges-of-foreign-direct تاريخ التصفح 26 ماي 2023، على الساعة 01:30.

المبحث الثاني: الاستثمار الجهوي ودوره في تحقيق التنمية

يعتبر الإستثمار الجهوي إحدى أهم المرتكزات الأساسية التي تقوم عليها التنمية الترابية في جل الميادين، أي أنه لا يمكن تصور تنمية جهوية بدون استثمار ونظرا للأهمية التي تحظى بها الاستراتيجية الاستثمارية سارعت كل الدول بما فيها المغرب إلى إدخال إصلاحات نوعية على أنظمتها والإسراع باتخاذ الإجراءات اللازمة لإنعاش الاستثمار وذلك من خلال توفير المناخ والفضاء الترابي الملائم وكذا الترسانة المؤسسية القادرة على استقطاب وتنظيم عملية الاستثمار سواء على المستوى الجهوي أو الدولي، وكان للاستثمار الجهوي بالمغرب دورا أساسيا في تحقيق التنمية على المستوى الترابي، حيث سنتطرق إلى ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين (المطلب الأول)، سنتطرق فيه إلى مرتكزات الاستثمار الجهوي بالمغرب فيما سنتطرق في (المطلب الثاني) إلى دور المراكز الجهوية للاستثمار في تنظيم الاستثمار الجهوي بالمغرب.

المطلب الأول: مرتكزات الاستثمار الجهوي بالمغرب

أمام التحولات الكبرى الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي ميزت السنوات الأخيرة، وأمام حجم التحديات والرهانات الجديدة التي يعرفها المغرب ومجموعة من الدول - خاصة في مجال الاستثمار - وجدت الدول نفسها مدعوة ليس فقط لمتابعة جهودها في مجال التنمية وتطوير التجهيزات الأساسية بل أيضا للقيام بمهام أخرى ذات أهمية خاصة وهي تشجيع وتقوية الإدارة المحلية بشقيها المعينة في إطار التبعية واللامركزية والمنتخبة في إطار المركزية فلتحقيق التنمية الشاملة المنشودة أصبحت المراهنة اليوم أكثر من أي وقت مضى على المستوى الترابي، أو ما يسمى بالمقاربة الترابية للإشكال التنموي، وقد جاء هذا الاهتمام بعدما أثبتت المقاربة المركزية فشلها وعدم قدرتها على تحقيق متطلبات التنمية الترابية المنشودة¹.

وترتبط التنمية الاقتصادية والاجتماعية لأي بلد ارتباطا وثيقا بمدى الحدود المبذولة على مختلف المستويات لتنشيط مجالات الاستثمار، خاصة في ظل راهنية احتدام المنافسة الاقتصادية المختلفة المتقدمة منها والنامية، واشتداد المزاخمة على التكتلات والكيانات الاقتصادية - الجهوية - المتنامية فضلا عن صعود تيار العولمة بكل تحدياته، الشيء الذي دفع معظم الدول ولا سيما النامية منها إلى بذل جهود كبرى بغية تحسين مناخها الاستثماري، ليكون وفق تطلعات المستثمر

¹ - عماد أبركان: "النموذج التنموي المغربي للتنمية المحلية ومتطلبات الحكامة الترابية" مجلة العلوم القانونية، سلسلة الدراسات الدستورية والسياسية، العدد السادس، 2017، صفحة 7.

المواطني والأجنبي وتوفير هذا المناخ حتم على الدول النامية في الآونة الأخيرة إدخال إصلاحات نوعية على أنظمتها إلى جانب اتخاذ جملة من التدابير الملائمة لإنعاش الاستثمارات.

ويعد المغرب من الدول التي سارعن منذ حصوله على الاستقلال على تقوية ترسانته القانونية فيما يخص تقنين عمليات الاستثمار وذلك وعيا منه بأهمية الاستثمارات الوطنية والأجنبية في القطاعات المنتجة حيث قام باستصدار أول قانون يتعلق بالاستثمار سنة 1958 وتلته بعد ذلك العديد من القوانين في هذا المجال أهمها القانون الإطار رقم 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار سنة 2019، إلى

جانب مشروع قانون رقم 76.20 والذي يقضي بإحداث "صندوق محمد السادس للاستثمار". وانطلاقا مما سبق يمكن القول على أن تشجيع وتوفير مناخ ملائم للاستثمارات يستوجب إن صحت القول توفر العديد من المقومات والمرتكزات على صعيد العديد من المستويات والتي يبدو أن المغرب قطع فيها أشواطاً مهمة.

ويمكن إجمال هذه المرتكزات والمقومات في توفر ترسانة قانونية مهمة وحديثة ومرنة تواكب تطلعات المستثمر الوطني والأجنبي، إلى جانب تبسيط المساطر في وجه المستثمرين ومساعدتهم على تجاوز الصعوبات والعقبات التي تواجههم.

وكذلك من المرتكزات والمقومات نجد التحفيزات الضريبية والجمركية والنظام المالي الحر والذي يسمح بتحميل رؤوس الأموال والعوائد الناجمة عنها.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض المستثمرين بغض النظر عن كل المقومات الأساسية التي يقوم عليها الاستثمار الجهوي خاصة، تعد موارد ميزانية الدولة من الآليات الحديثة المشجعة للاستثمارات الأجنبية، هذا وتعد فعالية القضاء من المرتكزات الأساسية التي يقوم عليها الاستثمار خاصة والعمل القضائي فيما يتعلق بمبدأ التخصص في قضايا الاستثمار كجزء أساسي في المحاكم التجارية في تطور كبير¹.

وتتجلى أهمية هذا المرتكز - القضاء التجاري- فيما تتسم به مساطر معالجة ملفات الاستثمار من سرعة ومرونة وشفافية ووضوح القواعد المنظمة لبيئة الأعمال بصفة عامة، إلى جانب اعتماد الوسائل البديلة لحل المنازعات التحكيم، الوساطة....-

¹- أحمد رحو: "دور القضاء في نجاعة الاستثمار" مجلة البحوث فقهية قانونية، ثقافية، العدد 17/16، 2019، صفحة: 31.

ويعتبر كذلك العقار إحدى أبرز مقومات الاستثمار الجهوي ومجالا خصبا له خاصة الاستثمارات الفلاحية والصناعية والسياحية، غير أن تعدد الأنظمة العقارية بالمغرب وأحيانا عدم تحيين أنظمتها القانونية لا تزال تشكل بنسبة كبيرة حسب بعض الدراسات والأبحاث في المجال عائقا يحول دون تشجيع العملية الاستثمارية.

باستثناء بعض الأنظمة وخاصة أراضي الجماعات السلالية، حيث تم تحيين وتغيير ترسانتها القانونية¹.

حيث يتسنى استغلال وتوظيف هذا الوعاء بطرق عقلانية من شأنها خلق دينامية اقتصادية واجتماعية على صعيد كل جهات المملكة، وتحسين مستوى عيش ذوي الحقوق عن طريق المشاريع الاستثمارية المزمع إنجازها فوق هذا الوعاء - إلى جانب مجموعة من الامتيازات التي يتمتع بها ذوي الحقوق والفرص التي باتت لهم بمقتضى القوانين الحديثة، كعملية تمويل مشاريع الاستثمارات المراد إنجازها فوق هذه الأراضي.

وبهذا يمكن القول على أن التحديث الأخير لنظام هذا الوعاء سيشكل لا محالة قفزة نوعية في مجال تشجيع الاستثمارات خاصة والهدف اليوم هو توفير أرضية ملائمة مستقطبة ومناخ جذاب، هذا وتجدر الملاحظة أن مجال العقار يعد من المرتكزات التي لا تزال تعاني من نوع الإكراهات الذاتية، خاصة والعقار اليوم يشهد ظاهرة المضاربة العقارية، وهي ظاهرة تعبر عن حالة الندرة والتي يجني من وراءها فوائض قيمة ناتجة عن العرض والطلب، بالإضافة إلى عناصر ذاتية ترتبط بتشخيص المضاربة، التوفر على الحنكة والقدرة اللازمة للقيام بالمناورات إزاء مختلف العناصر المتدخلة في السوق².

ومن المقومات كذلك نجد تأهيل البنية التحتية والاستقبالية إلى جانب نهج واعتماد آليات التدبير الحديث على مستوى الإدارة الترابية، إضافة إلى ضرورة وجود وعي وإرادة سياسية لدى المدير المحلي هذا فضلا عن الاستقرار السياسي الذي تنعم به المملكة، ومنظوماتها القانونية ومواردها البشرية المؤهلة وموقعها الجغرافي بين إفريقيا وأوروبا والأمريكتين والشرق الأوسط وعلاقتها السياسية والاقتصادية المتينة مع عدد من أهم دول العالم في المجال الاقتصادي، فضلا عن الشراكة جنوب جنوب التي ينهجها صاحب الجلالة نصره الله من خلال زيارته المتكررة للتعديل من الدول الإفريقية وكذا بالشرق الأوسط، كلها عوامل تعد حجر الزاوية لباقي المرتكزات أعلاه

¹ - القانون رقم 62.17 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدبير أملاكها.

² - أحمد حضرائي: "الاستثمار العقاري والتحفيزات الجبائية" مجلة القانون الإداري والعلوم الإدارية، عدد مزدوج سنة 2018، صفحة: 5.

كونها تعد من المرتكزات التي تقوم عليها العملية الاستثمارية على الصعيد العالمي، الشيء الذي جعل المغرب يتوفر على مناخ جيد للاستثمار الجهوي داخل مجاله الترابي.

ولهذا فإن الاستثمار الجهوي أصبح من المرتكزات الأساسية في عملية التنمية، غير أن تحقيق هذا الهدف والذي من أجله تم الارتقاء بهذا المستوى -الجهة- لتصبح إطار وفضاء ترابي يستقطب الاستثمارات الوطنية والدولية.

كما أن تكييف الإدارة مع دورها الجديد لن يتأتى إلا وفق آلية المواكبة والتعاقد على تحقيق الإنسجام والاستقلالية بين سياسة الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والخدماتية من جهة، وبين البرامج الجهوية التنموية من جهة أخرى، وكذا خلق برامج جهوية تضمن التكامل المبذول من طرف الدولة والجماعات الترابية الأخرى، كما أن إعادة الانتشار الترابي للدولة يساعد على خلق أقطاب جهوية لا ممرضة قادرة على جلب الأطر والكفاءات وإعادة استثمارها جهويا، لبناء منظومة تديرية جديدة كفيلة بتحقيق التوازن الترابي والإداري للتنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة¹.

المطلب الثاني: دور المراكز الجهوية للاستثمار في تنظيم الاستثمارات بالمغرب

آثار الخطاب الملكي بمناسبة عيد العرش 2017 الانتباه لأنه من بين المشاكل التي تعيق تقدم المغرب، هو ضعف الإدارة العمومية، سواء من حيث الحكامة أو مستوى النجاعة أو جودة الخدمات التي تقدمها للمواطنين، وأعمل مثالا بالمراكز الجهوية للاستثمار التي تعد باستثناء مركزا أو اثنين، مشكلة وعائقا أمام عملية الاستثمار، عوض أن تشكل آلية للتحفيز ولحل مشاكل المستثمرين، على المستوى الجهوي، دون الحاجة إلى التنقل إلى الإدارة المركزية².

واسترشادا بالخطاب الملكي تم الشروع في خطة طموحة لإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وتطوير منظومة وتدريب وتحفيز الاستثمار على المستوى الجهوي، وكذلك من منطلق أن العلاقة بين الاقتصاد والإدارة علاقة ارتباط وتكامل، وبالتالي فإن الاستثمار الذي يعتبر عماد التنمية الشاملة يتطلب مناخا يجذبه ويضمن له مقومات النجاح من خلال توفير إدارة عمومية تشجع

¹ - عبد الهادي بومعليل: "اللائحة الإدارية ورهان التنمية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بطنجة، السنة الجامعية 2019-2020، الصفحة 182.

² - خطاب الملك محمد السادس نصره الله يوم 29 يوليوز 2017، بمناسبة الذكرى الثامنة عشر لتربع جلالة على عرش أسلافه المنعمين، تم الاطلاع عليه بالموقع الإلكتروني <https://maroc.ma/ar> يوم 27 ماي 2023 على الساعة 15:45.

على الاستثمار وتكريس سيادة دولة القانون في مجال الأعمال وبالتالي تعزيز إنتاجية وتنافسية الاقتصاد الوطني.¹

وتزداد أهمية هذه الإصلاحات من خلال دورها في تعزيز جاذبية المغرب للاستثمارات الأجنبية خاصة وأن هذه الأخيرة يتم تقييمها من قبل مؤسسات دولية تقيم وتصنف الدول باعتماد مؤشرات تمكن من تشخيص مواطن الضعف والقوة المؤثرة على الأداء الاقتصادي، وفي هذا الصدد صنف المغرب سنة 2019 من طرف تقرير "ممارسة أنشطة الأعمال « Doing Business » في المرتبة 60 من أصل 190 دولة، واحتل المرتبة الثانية من بين 20 دولة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا.²

وحسب تقرير المنتدى الاقتصادي العالمي صنف المغرب في المرتبة 95 من ضمن 141 دولة.³ تحفيزا للاستثمار وانتعاش النشاط الاقتصادي خصوصا على المستوى الجهوي، صدر القانون 47.18 والمتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وبإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار.⁴

استنادا إلى هذا القانون، أصبحت المراكز الجهوية للاستثمار التي تم إحداثها منذ سنة 2002، مؤسسات عمومية تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، وتخضع لوصاية الدولة وأسندت إليها في حدود نفوذها الترابي، مهمة أساسية تتمثل في: "المساهمة في تنفيذ سياسة الدولة في مجال تنمية الاستثمارات وتحفيزها وإنعاشها وجلبها على الصعيد الجهوي، والمواكبة الشاملة للمقاولات خاصة المقاولات الصغرى والمتوسطة والصغيرة جدا، باعتبارها أساس النسيج الاقتصادي للمغرب".⁵

ومنه فإن المراكز الجهوية للاستثمار تقوم بممارسة مجموعة من المهام في إطار الشباك الوحيد الذي تمثله، سواء فيما يتعلق بالخدمة المقدمة للمستثمرين، أو في مواكبة المقاولات الصغرى والمتوسطة والصغيرة جدا وتتمثل هذه المهام في:

¹ - توفيق ناجم: "آليات تحديث الإدارة العمومية بالمغرب" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، الموسم الجامعي 2020-2021، صفحة: 394.

² - توفيق ناجم: "آليات تحديث الإدارة العمومية بالمغرب" مرجع سابق، صفحة: 394.

³ - التقرير الاقتصادي والمالي المرفق بمشروع قانون المالية لسنة 2020.

⁴ - القانون 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وبإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.19.18 بتاريخ 13 فبراير 2019 الجريدة الرسمية عدد 6745، ص 834.

⁵ - المادة 4 من القانون 47.18، السالف الذكر.

- تقديم المساعدة للمستثمرين والمقاولات لإنجاز مشاريعهم؛
- تقديم المساعدة للمستثمرين في القيام بالمساطر والإجراءات الإدارية التي يستلزمها إحداث مقاولتهم؛
- تلقي ملفات الاستثمار وطلبات التراخيص والقرارات المتعلقة بها، ودراستها بتنسيق مع الإدارات والهيئات العمومية المعنية؛
- إعداد القرارات الإدارية الضرورية لإنجاز مشاريع الاستثمار التي يكون تسليمها أو توقيعها موضوع تفويض يصلح لولاة الجهات أو يدخل ضمن اختصاصهم، وذلك طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل؛
- تتبع المقاولات، خاصة الصغرى والمتوسطة والصغيرة جدا ومواكبتها، بطلب منها خلال مدة مزاوله نشاطها ولا سيما من خلال تقديم الاستشارة والمساعدة لها قصد تمكينها من تجاوز الصعوبات التي قد تتعرضها؛
- السهر على نزع الصفة المادية عن المساطر والإجراءات المتعلقة بدراسة ملفات مشاريع الاستثمار؛
- تطوير منصات إلكترونية مخصصة للاستثمار على الصعيد الجهوي وإدارتها ولاسيما قصد تمكين المستثمرين والمقاولات، خاصة المقاولات الصغرى والمتوسطة من الولوج إلى المعطيات المتعلقة بمناخ الاستثمار بالجهة وفرص الاستثمار والإمكانات التي توفرها الجهة والمساطر التي يتعين إتباعها لإنجاز مشاريعهم ومن تتبع مراحل دراسة ملفاتهم المتعلقة بالاستثمار؛
- القيام تحت عمال العمالات أو الأقاليم المعنيين بتنسيق مع الإدارات والهيئات العمومية والجماعات الترابية المعنية بتتبع مشاريع الاستثمار المنجزة والتي توجد قيد الإنجاز؛
- تتبع تحت إشراف عمال العمالات أو الأقاليم المعنيين وتنسيق مع الإدارات والهيئات العمومية تنفيذ عقود واتفاقيات الاستثمار المبرمة مع الدولة من أجل الاستفادة من الامتيازات والتحفيزات المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل؛
- وضع المعلومات ذات الطابع العمومي بكل الوسائل المتاحة رهن إشارة المستثمرين والمقاولات، خاصة المعطيات والإرشادات المتعلقة بإمكانيات الجهة والإطار القانوني الذي ينظم الاستثمارات وأهم قطاعات الأنشطة بالجهة وخرائطها الوعاء العمومي والمناطق الصناعية ومناطق الأنشطة الاقتصادية، وكذلك المعطيات المتعلقة بالموارد البشرية وإمكانات التمويل وفرص الشراكة،

والمساهمة الممكنة، إضافة إلى إصدار كتيبات للمساطر والإجراءات الواجب القيام بها للحصول على التراخيص المتعلقة بالمشاريع الاستثمارية؛

- إصدار دلائل تتضمن المنظومة المحفزة على الاستثمار في مختلف قطاعات الأنشطة؛
- تنظيم لقاءات وأيام إعلامية وورشات لفائدة المستثمرين والمشاركة في تنشيط الفضاءات المخصصة للتعريف بالمنظومات التحفيزية لتنمية الاستثمار؛
- التحفيز الاقتصادي للجهات والعرض الترابي المتعلق بالاستثمار؛
- التسوية الودية للخلافات بين الإدارات والمستثمرين¹.

كما تضمن قانون 47.18 إجراءات جديدة تكفل تسريع وتيرة معالجة ملفات الاستثمار بشكل ناجع، أهمها إحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار² التي يرأسها والي الجهة، ويعهد إليها بتنسيق عمل الإدارات المختصة في مجال الاستثمارات قصد ضمان معالجة مندمجة ومنسقة لملفات الاستثمار من خلال ممارسة مجموعة من الاختصاصات المحددة في القانون أبرزها: إجراء تقييم مسبق لمشاريع الاستثمار المعروضة عليها من الجانب الاقتصادي والاجتماعي والبيئي والعمراني، وكذا فيما يتعلق بإحداث مناصب الشغل والتحقق عند الاقتضاء من قابليتها الاستفادة من نظام التحفيز والامتيازات التي تمنحها الدولة³.

وحتى تتحقق الغايات من إعادة تأهيل المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار لابد من تعزيز هذه المؤسسات بالموارد البشرية المؤهلة والتي تتوفر على الخبرة والكفاءات اللازمة في مجال الاستثمار والمقاولات وتطوير عروض الخدمات المقدمة لفائدة المستثمرين وحاملي المشاريع مع ضرورة تقييم أداء ومردودية هذه المراكز من أجل معرفة مدى نجاعة عملها ومكامن النقص والخلل القابلة للتقويم والتدارك.

¹ عبد العزيز بنخالي: "الحكامة والالتقائية في السياسات العمومية القطاعية بالمغرب" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بطبعة السنة الجامعية 2018-2019، الصفحة 311-315.

² المادة 28 من القانون 47.18، السالف الذكر.

³ المادة 29 من القانون 47.18.

خاتمة:

وكخلاصة يمكن الجزم أن أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر تكمن في تأثير هذا الأخير على النمو الاقتصادي من خلال زيادة إنتاجية العوامل الاجتماعية، وزيادة كفاءة استخدام الموارد البشرية والمادية في الاقتصاد،

أما بخصوص الاستثمار الجهوي فهو يعد حجر الزاوية لكل إقلاع تنموي مستدام وبلوغ هذا الرهان يستدعي تبني استراتيجية شمولية تركز على توفير كل الضمانات والمقومات الأساسية التي تقوم عليها العمليات الاستثمارية على مستوى العالم مع الأخذ بطبيعة الحال خصوصية وطبيعة كل بلد.

