



المملكة المغربية
وزارة العدل
المعهد العالي للقضاء

العدد 42

ماي 2009

مجلة المحقق القضائي

- مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي
- إعفاء الأجراء لأسباب تكنولوجية: استعمال المعلومات نموذجاً
- حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي
- ولاية المرأة للقضاء في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية
- القاعدة القانونية الموضوعية وحاجتها إلى الحماية القضائية
- قابلية قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل للطعن بالإلغاء أو بعدم الشرعية
- نافذة على التنظيم القضائي المقارن، النيابة العامة في الصين الشعبية
- أي دور للقضاء في الحد من أزمة السجون؟ مقارنة ما بين النظري والواقعي
- مواضيع مباحرة الملحقين القضائيين (الفوج 35)

مجلة الملاحق القضائي

العدد 42

1. مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، الدكتور عبد المجيد غميحة، مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل؛
2. إعفاء الأجراء لأسباب تكنولوجية : استعمال المعلومات نموذجاً، الدكتور عبد الكريم غالي، أستاذ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط - السويسي؛
3. حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي، الدكتور أحمد زوكاغي أستاذ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال الرباط؛
4. ولاية المرأة للقضاء في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الأستاذة ثورية الحريف، رئيسة غرفة بالمجلس الأعلى ملحقة بالمعهد؛
5. القاعدة القانونية الموضوعية وحاجتها إلى الحماية القضائية، الدكتور أميدو أكري، رئيس غرفة بالمجلس الأعلى ملحق بالمعهد؛
6. قابلية قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل للطعن بالإلغاء أو بعدم الشرعية، الأستاذ عبد الحق بامي، مفتش الشغل بالرباط؛
7. نافذة على التنظيم القضائي المقارن، النيابة العامة في الصين الشعبية: الأستاذ رشيد تاشفين، وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بسطات؛
8. أي دور للقضاء في الحد من أزمة السجون؟ مقارنة ما بين النظري والواقعي، الأستاذ محمد الحمياني، ملحق قضائي (الفوج 34)؛
9. مواضيع مباراة الملحقين القضائيين (الفوج 35).

الملحق القضائي 42
مجلة دورية تصدر مرتين في السنة

رقم الإيداع القانوني : 1979/17

ردمك : I.S.S.N : 0851-0148

طبع وتوزيع : دار السلام للطباعة والنشر.

شارع طونكان عمارة 23 رقم 2

ديور الجامع - الرباط

الهاتف : 05 37 72 58 23

الفاكس : 05 37 72 13 32

حقوق الطبع محفوظة

عنوان المراسلة :

مجلة الملحق القضائي ص 1007 الرباط.

ملاحظة : البحوث المنشورة بهذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.

مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي

الدكتور عبد المجيد غميحة
مدير الدراسات والتعاون
والتحديث بوزارة العدل

تقديم :

الأمن القانوني من أكثر المفاهيم تداولاً في المجالين القانوني والقضائي حالياً، لاسيما عندما يتعلق الأمر بتقييم نظام قانوني أو قضائي معين، أو عند نقد مسار وضع القاعدة القانونية، سواء من طرف المشرع أو من قبل الاجتهاد القضائي.

فكثيراً ما يوجه النقد للأنظمة القانونية والقضائية على أساس عدة عوامل، تتعلق بالأخص بتضخم النصوص القانونية، أو عدم استقرار القوانين نتيجة تغييرها المتكرر بعلّة مقتضيات النظام العام الاقتصادي¹، أو زعزعة استقرار المعاملات بفعل توسيع مجال المراقبة القضائية في مادة التعاقد، أو التراجع عن اجتهاد قضائي مستقر وتبني اجتهاد جديد بأثر رجعي في الزمان. إلى غير ذلك من العوامل الكثيرة التي تؤدي إلى خلخلة

1 - حيث يعاب على القانون الاقتصادي غياب الأمن القانوني فيه، نتيجة تغيير مقتضيات القانون المذكور بسرعة.

التوقعات الفردية للمعنيين بالقانون²، لاسيما عندما يتعلق الأمر بتنظيم بعض المجالات الجديدة المرتبطة باستعمال التكنولوجيا الحديثة كالتعاقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني المحفوفين بمخاطر لم تكن مألوفاً من قبل³. بحيث يشكل كل ذلك مسا بالامن القانوني.

لقد تزايد الاهتمام بمبدأ الأمن القانوني، بفعل ما يعرفه العالم المعاصر من تطورات متلاحقة سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، بشكل أصبحت معه هذه التحولات توحى بعدم الاستقرار في حياة البشرية. وأصبح على القانون والقضاء والنظام القانوني عموماً مواجهة تحديات جديدة دون تأثير سلبي، مع الحفاظ على دور هذه المؤسسات كعامل استقرار. لأن ما ينتج عن القانون والقضاء وهو يواكب مستجدات الحياة المعاصرة، قد يؤدي أحياناً إلى تزايد في نسبة عدم الاستقرار بدل التقليل منه.

ولذلك، فقد أصبح "مبدأ الأمن القانوني" وما يتفرع عنه كالثقة المشروعة⁴ واستقرار المعاملات، في صلب الاهتمام، بفضل ما يوفره هذا المبدأ للأفراد والفاعلين القانونيين والاقتصاديين من حماية استقرار الإطار

2 - Anne PENNEAU- La sécurité juridique à travers le processus de normalisation- Sécurité juridique et sécurité technique: indépendance ou métissage? Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/penneau.pdf>. Consulté le 18/03/2008.

3 - أو فرض إجراءات جنائية جديدة بأثر رجعي، نظراً لخطورة بعض الأفعال الجرمية. مثل مشروع القانون المتعلق بفرض قيود على الحرية بالنسبة لذوي السوابق في ميدان الجرائم الجنسية الخطيرة، حيث أثار ذلك نقاشاً كبيراً في فرنسا مؤخراً.

4 - la confiance légitime

القانوني الذي يتعاملون في مجاله، ويتعاقدون من خلال قواعده، وينتظمون بالنسبة للالتزاماتهم تجاه السلطات العمومية تبعاً لمقتضياته.

وإذا كان مبدأ الأمن القانوني قد شاع منذ مدة طويلة، وتركزت حوله مجموعة من المفاهيم والأفكار، فإن مصطلح الأمن القضائي، أصبح يطرح بدوره عدة مفاهيم وتصورات، خاصة على مستوى الدول النامية، التي تعمل على تطوير قضائتها من أجل تعزيز فرصها في جلب الاستثمار.

وفي سبيل الإلمام بالموضوع، سيتم التطرق إلى تحديد مفهوم مبدأ الأمن القانوني وذلك بتعريفه وبيان مدى تمتعه بالصفة الدستورية أو أنه مجرد غاية دستورية أو مبدأ قانوني، وبيان أسسه، والمخاطر التي تهدده وسبل الوقاية من ذلك (أولاً)، وبعد ذلك يتم التطرق إلى الأمن القضائي، وعلاقة القضاء والاجتهاد القضائي بمبدأ الأمن القانوني (ثانياً).

I . S . M
أولاً

مفهوم الأمن القانوني

أ - تعريف مبدأ الأمن القانوني :

لقد ترسخ مبدأ الأمن القانوني في ألمانيا منذ سنة 1961، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا دستورية المبدأ⁵، وتم الاعتراف به

5 - منذ سنة 1961، قررت المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا أنه "بالنسبة للمواطن، فإن الأمن القانوني يتجلى قبل كل شيء في حماية "الثقة" ومنذ ذلك التاريخ أصبحت هناك علاقة قوية بين "الثقة العامة" و"الأمن القانوني". انظر:

Jean-François Boudet- la Caisse des dépôts et consignations-: histoire, statut, fonction. Les Logiques Juridiques, 2006.p.p.27 et 28.

وتجدر الإشارة إلى أن الباحث يعتبر مبدأ الثقة المشروعة يرمي إلى حماية القواعد القانونية، في حين تقتضي الثقة العامة foi publique احترام الدولة لالتزاماتها المالية. وهذه في ميدان الاقتصاد السياسي مثل الأمن القانوني في الميدان القانوني.

دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها لسنة 1962⁶ وقرارات أخرى لهذه المحكمة في ما يخص الثقة المشروعة التي تقترب كثيرا من مبدأ الأمن القانوني. كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنذ سنة 1981⁷ أكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني.

ورغم الاستعمال الشائع لمبدأ الأمن القانوني، فإنه قلما يتم الاهتمام بتعريف هذا المبدأ من قبل الفقه. إذ غالبا ما يقدم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، أو كغاية محورية لكل نظام قانوني، ومطلبا أساسيا لدولة القانون.

وترجع صعوبة تعريف هذا المبدأ، إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر Protéiforme، ومتنوع الدلالات Polysémique، كثير الأبعاد Multidimensionnel، فضلا عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات⁸.

وهذا ما يجعل مفهوم مبدأ الأمن القانوني غير واضح، وتحديد أمره صعبا. إذ لا يمكن سوى التحقق من وجوده في ظروف معينة وليس تعريفه بصفة مجردة.

ولذلك، فإن مبدأ الأمن القانوني يعبر عنه أحيانا بتعبيرات تتمحور حول مبادئ محددة مثل :

- واجب القاضي بالبت طبق القوانين المطبقة يوم تقديم الطلب؛

6 - في قضية Bosch بتاريخ 1962.04.06 وفي قضية Durbeck بتاريخ 5 مايو 1981.

7 - في قضية Sunday Times بتاريخ 26 أبريل 1979.

8 - Cathy Pomart- La magistrature familiale: Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattan, 2004, Collection Logiques Juridiques.p.190 et p.192.

- عدم رجعية القواعد القانونية⁹؛
- الآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف؛
- التأويل في أضيق نطاق للنصوص الجزائية؛
- احترام آجال الطعون والتقادم؛
- احترام حجية الشيء المقضي؛
- حماية مبدأ الثقة المشروعة.

إن استعمال مثل هذه الصيغ يتم لتلافي التطرق صراحة لمبدأ الأمن القانوني، بما يقتضي تحديده وتعريفه. وهذا يدل مثلا على سبب عدم الاستعمال الصريح لعبارة الأمن القانوني في بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية¹⁰. كما أن المجلس الدستوري الفرنسي يحمي مبدأ الأمن القانوني دون ذكره صراحة¹¹.

ونظرا لصعوبة التعريف، فقد حاول الفقه في البداية قياس مبدأ الأمن القانوني على الثقة المشروعة¹²، غير أن البعض يرى أن الثقة المشروعة

9 - كثيرا ما تكون المصلحة العامة هي مبرر ترتيب الأثر الرجعي للقانون.

10 - Jean-guy Huglo- La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique.
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers>. consulté le 16/03/2008.

11 - Bertrand Mathieu - Le principe de sécurité juridique. Etudes réunies.
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers..> consulté le 16/03/2008.

12 - الثقة هي الاعتقاد المتولد لدى الدائن من موقف المدين، وتكون مشروعة عندما تحيل على اعتقاد عام تدعّمه السلطة العمومية (حكم القاضي بالزامية العقد مثلا). حيث يقوم القاضي بترجمة الوعي الجمعي. كما تعني الثقة المشروعة أن السلطات الإدارية ملزمة باحترام التطلعات التي أثارها لدى العموم.

ورغم أن الثقة المشروعة متولدة عن مبدأ الأمن القانوني، فإنهما ليسا متطابقين. إذ الأمن القانوني يضمن الحقوق المحصل عليها، أما الثقة المشروعة فلاحتزام الكلمة المقدمة، التي يمكن، ولكن لا توجب دوما، خلق سند قانوني. انظر: = =

هي أقرب للإنصاف منها للأمن القانوني. وانه رغم التقارب بين الثقة المشروعة والأمن القانوني، فإن الفقه يفرق بينهما، على غرار المجلس الدستوري الفرنسي¹³.

كما قدمت تعاريف للمبدأ، انطلاقاً من المكونات اللغوية واللفظية لمبدأ "الأمن القانوني". باعتبار أن مفهوم الأمن¹⁴ عموماً ينصرف إلى الحالة التي يكون فيها الفرد في مأمن من المخاطر، أو الوقاية من أي خطر، أي الحماية الوقائية من المخاطر. حيث يعني الأمن "حالة الفرد الواثق الهادئ الذي يعتقد أنه في مأمن من الخطر".

غير أن نسبة الأمن إلى القانون، يوحي بأن مصدر الخطر هو القانون، أي الخطر القادم من قاعدة قانونية، سواء كان مصدرها تشريع أو وتنظيم أو اجتهاد قضائي.

L'application au Pays Bas des principes généraux du droit communautaire, = =
notamment les principes de sécurité juridique, de confiance légitime, de
bonne foi et celui de la proportionnalité.

http://www.Courdecassation.fr/formation_br_4/2000_2038/pays_bas_9444.html
Consulté le 24/12/2008

ويبدو من تعريف محكمة العدل للمجموعة الأوروبية للثقة المشروعة أنها "كل وضعية في الواقع، ما لم يقرر خلاف ذلك، تقدر على ضوء قواعد القانون المطبق، وأن يكون القانون واضحاً ودقيقاً حتى يمكن للفرد أن يعرف حقوقه وواجباته ويتخذ موقفه على ضوء ذلك". ومن ثم وانطلاقاً من مبدأ الثقة المشروعة، فقد أصبح مبدأ الأمن القانوني مكوناً من مكونات النظام القانوني الأوروبي. انظر:

Jean-François Boudet- la Caisse des dépôts et consignations. Op. cit.p.27
et 28.

13 - Cathy Pomart- La magistrature familiale.op.cit.p.190.

14 - لقد اهتم عدة فقهاء كلاسيكيون بالأمن ف: Roubier يرى في الأمن "أول قيمة اجتماعية مطلوبة"، و Ribert يعتبر أن "كل إنسان متحضر يضم قلبه الرغبة في الأمن" و Carbonnier يرى أن الأمن "الحاجة القانونية الأساسية".

ومعنى هذا أن عدم الأمن يشكل جزء من القانون أيضا، ويبقى السؤال المطروح إذاك هو إلى أي مدى يمكن للنظام القانوني أن يتحمل عدم الأمن القانوني؟¹⁵.

في مقابل انعدام الأمن القانوني، فإن مبدأ الأمن القانوني ينحدر من الحق الطبيعي في الأمان¹⁶، وبذلك فإن مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على ذلك الاستقرار. فيكون الأمن بذلك هو الوجه المضيء للقانون.

وعلى ذلك فإن الأمن القانوني يعني "كل ضمانات، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل، الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون"¹⁷.

إن هذا التعريف يفيد أنه لا يمكن القضاء تماما على الريبة وعدم الوثوق في تنفيذ القانون، وأن كل ما يمكن هو خفض ذلك إلى نسبة مقبولة، بمقتضى قوانين جيدة.

ومن ثم اعتبر الأمن القانوني من شروط جودة القانون، التي تضمن القدرة على "التحقيق الفعلي والدائم لأهداف المعنيين بالقانون"¹⁸. أي أن الأمن القانوني هو "جودة نظام قانوني، يضمن للمواطنين فهما وثقة في

15 - Jean-Guy- La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique. Op.cit.

16 - يمكن تعريف الأمان Sûreté ب " إنه في نفس الوقت حالة قانون وواقع، بحيث تمكن الفرد من ألا يكون تحت رحمة السلطات أو أفراد آخرين لا جسديا أو نفسيا" ومن تم فإن الأمان يستغرق الأمن القانوني ولا يختصره.

17 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op.ccit.p.197.

18 - AnnePENNEAU - La sécurité juridique à travers le processus de normalisation. Sécurité juridique et sécurité technique.

القانون في وقت معين، والذي سيكون - مع كامل الاحتمال - هو قانون المستقبل¹⁹. وبذلك فإن الأمن القانوني يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع²⁰.

من خلال هذه التعاريف يتبين أن الأمن القانوني يحتوي في مدلوله على أمرين :

- قابلية القانون للتوقع؛

- ووضوح القاعدة القانونية المطبقة.

غير أنه، ورغم ارتباط هذين الأمرين، فإن التركيز يقع على قابلية التوقع في القانون، باعتبار التوقع "شرطا للأمن القانوني، حيث يعرف الأفراد مسبقا كيف ينظمون علاقاتهم بشكل مقبول من الناحية القانونية، وكذا المعرفة مسبقا بما هو مسموح به وما هو ممنوع. أما في حالة العكس فسيعني التحكم، مصدر عدم الثقة والإكراه والجور"²¹. ونظرا لأهمية قابلية التوقع في القانون، فقد اعتبرت الحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن "القانون"، حسب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، يتطلب فيه أن يكون ممكن الولوج وتوقعيا²².

أما فيما يخص التعريف المعطى لمبدأ الأمن القانوني من طرف المؤسسة القضائية، فيكفي التذكير بالتعريف الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي للمبدأ وهو كما يلي: "مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع

19 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.190.

20 - Eric Carpano - Etat de droit et droits européens. Collection Logiques juridiques, 2005.p.231.

21 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.190.

22 - Eric Carpano- Etat de droit et droits européens.p.231.

من طرف القانون المطبق. وللوصول إلى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة، وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة²³.

إن مختلف التعاريف التي تعطى لمبدأ الأمن القانوني، تبرز مدى أهمية هذا المبدأ في الوقت الراهن. وهي أهمية جعلت مبدأ الأمن القانوني يتميز بعدة مميزات ومن ذلك:

- أنه مطلب أساسي لدولة القانون وسمو القانون، لأن دولة القانون تفترض احترام مبدأ الأمن القانوني، وإن عدم احترامه يمس بمقومات دولة القانون؛

- وهو كذلك شرط أساسي لضمان ممارسة حقوق الأفراد، وتحقيق التطور الاقتصادي؛

- كما أنه يتضمن طبيعة أمره في بعض الأنظمة كالنظام القانوني للمجموعة الأوروبية؛

- وأنه مبدأ يشكل جذعا مشتركا لمجموعة من الحقوق والمبادئ؛

- أن مطلب تحقيق الأمن القانوني أصبح مطلبا على الصعيد الدولي، من أجل تشجيع الاستثمار الأجنبي.

23 - انظر التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي لسنة 2006. حيث جاء فيه:

Le contenu du principe:

"Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles.

غير أن هذه المميزات التي يوحى بها مبدأ الأمن القانوني، يجب ألا تحجب مسألة استعمال مبرر الأمن القانوني لتبرير أمر أو عكسه، مثال ذلك حماية العقد باسم الأمن القانوني، لكن كذلك وباسم الأمن القانوني يتم تعديل مقتضيات العقد لضرورات النظام العام الاقتصادي. ذلك أن دواعي الأمن القانوني ومتطلبات السرعة دفعت بسلطان الإدارة نحو الظل، وهو ما قلب رأساً على عقب مكونات القانون ومفهوم أشخاص القانون التجاري، كما أن دليل الإثبات يتحول من الدليل المجسد إلى الدليل الرقمي²⁴ بما لذلك من آثار على نظام التعاقد الذي ظل ساكناً طوال عدة عقود.

ب - مدى قوة مبدأ الأمن القانوني ودستوريته :

إن قيمة وقوة أي مبدأ تجد مرجعها في قوة مصدره. وإذا كان الدستور هو أسمى مرجع في الأنظمة القانونية، فهل يعتبر مبدأ الأمن القانوني مبدأً دستورياً أم أنه مجرد مبدأ قانوني؟

في ألمانيا لم يعد التساؤل مطروحاً بحدّة حول الموضوع، إذ يعتبر الأمن القانوني مبدأً مستقلاً في القانون الدستوري الألماني، تبعاً للموقف المؤيد لذلك من طرف المحكمة الدستورية الألمانية منذ بداية الستينات.

أما في البرتغال، فرغم عدم نص الدستور صراحة ومباشرة على الأمن القانوني كمبدأ دستوري، عند الحديث عن مقومات دولة القانون. فإن الفقه والاجتهاد الدستوري بالبرتغال يذهب إلى أن مبدأ الأمن القانوني ينبع حتماً من فكرة دولة القانون الديمقراطية، ومن ثمّ يعتبر مقراً بالدستور تأسيساً على ضرورة احترام موثوقية وأمان العلاقات، وحقوق الأفراد

24 - Voir. Mohammed Drissi Alami Machichi - Droit commercial fondamental au Maroc. Rabat, 2006.p.18.../.

والجماعات. باعتبار أن الأمن قيمة يخدمها القانون، وهو ما يشكل منبع ثقة المواطنين في الحماية القانونية²⁵.

لكن السؤال مطروح بحدّة في فرنسا، التي لم يتم فيها تأكيد مبدأ الأمن القانوني من خلال أي نص قانوني، إذ لم ينص عليه دستور 1958، ولم يقره المجلس الدستوري الفرنسي كمبدأ دستوري في حد ذاته، وإن كان المجلس الدستوري يضمن قراراته عدة متعلقات بالمبدأ المذكور.

وإن البعض يشير إلى أن مبدأ الأمن القانوني دخل إلى فرنسا من ألمانيا، وعبر بوابة قانون المجموعة الأوروبية الذي يعتبر هذا المبدأ من مقوماته الأمرة. غير أن البعض الآخر يذهب إلى عدم صواب هذا التوجه.²⁶

وفي الواقع، فقد عرف المبدأ من طرف الفقه الفرنسي منذ أكثر من قرن، كل ما في الأمر هو أنه ومن الناحية التاريخية، عرف الاهتمام بالأمن القانوني مراحل مد وجزر، إلى أن عاد الاهتمام بالموضوع حالياً بشكل أكثر قوة وبرغبة أكثر في تأصيل المبدأ. بعد أن كان المبدأ يعتبر مجرد مكون من مكونات دولة القانون، ودون تبريرات خاصة. فقد عرف تصور الأمن القانوني لدى قدماء المؤلفين - الذين كانوا لا يجهلون الآثار السلبية لعدم استقرار القانون، وذلك في إشارتهم للتوقع القانوني، دون استخدام عبارة الأمن القانوني²⁷.

25 - L.Nunes de Almedia- Le développement de l'idée d'Etat de droit démocratique et l'application des principes qui en découlent par le Tribunal Constitutionnel portugais.

<http://www.Concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.24-2004/nunes.htm>.

Consulté le 24/03/2008.

26 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op.cit.p.194.

27 - Anne PENNEAU- La sécurité juridique à travers le processus de normalisation. Sécurité juridique et sécurité technique OP.cit.

غير أن الاهتمام أصبح يتعلق في الوقت الحاضر بتأصيل مبدأ الأمن القانوني والبحث عن أساسه ومدى قوته، ومدى تأثير الأهمية المتزايدة لقانون المجموعة الأوروبية، وكذا دور محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في اعتبارها مبدأ الأمن القانوني أساساً لقانون المجموعة، خاصة ما يرتبط بعدم رجعية القانون، واحترام الحقوق المكتسبة، واستقرار المراكز القانونية الشخصية، والثقة المشروعة، وهي كلها مبادئ عامة لقانون المجموعة الأوروبية ترددها أحكام المحكمة المذكورة²⁸.

وبالإضافة إلى ذلك هناك تأثير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، التي ما فتئت تشير في قراراتها للأمن القانوني، لاسيما ما يتعلق بالولوج إلى القانون، والتوقع القانوني فيما يمس بالحريات المضمونة بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو عرقلة ممارسة تلك الحريات²⁹.

فما هو موقف المجلس الدستوري الفرنسي من مبدأ الأمن القانوني؟ في قرار له بتاريخ 9 أبريل 1996 اعتبر المجلس أن المشرع هدف إلى تقوية الأمن القانوني عن طريق الحد من طرق الطعن³⁰. وقد يفهم أن المجلس الدستوري الفرنسي بهذا القرار أقر دستورية المبدأ ضمناً. لكن وفي قرار آخر بتاريخ 30 دجنبر 1996 رفض المجلس صراحة إضفاء الطابع الدستوري على مبدأ الثقة المشروعة لعدم وجود نص على ذلك، بما في ذلك ما توحى به المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن³¹ لسنة 1789 الذي كان الكثير يعتقد أنها تؤسس لذلك المبدأ.

28 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.195.

29 - Ibid.p.196

30 - Ibid.p.196

31 - L'art.16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, dispose: "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

وعلى ذلك، يذهب الباحثون إلى أن المجلس الدستوري في فرنسا لم يرسخ صراحة مبدأ الأمن القانوني كحق أساسي، لكن يمكن القول أنه لم يستثنه أيضا. وأنه، ورعيا للمتطلبات الحقوقية الأوروبية والقانون الدولي المقارن، فقد عمل المجلس الدستوري بشكل أو بآخر على دسترة constitutionnaliser هذا المبدأ من خلال بعض قراراته التي أكدت على "ضرورة الأمن القانوني"³².

فالفقه يرى بأن المجلس الدستوري في فرنسا يتوجه نحو الاعتراف بالطابع الدستوري لمبدأ الأمن القانوني، من خلال تأكيده على أهمية وضوح القانون، والولوج إليه، وسهولة فهمه، باعتبار أن ذلك كله يعتبر حاجة دستورية. فالمجلس وإن لم يؤكد صراحة دستورية المبدأ، فإنه أكد في كثير من قراراته على مرجعية هذا المبدأ³³ ممهدا بذلك الطريق نحو اكتسابه الصبغة الدستورية.

I . S . M

ج - مبدأ الأمن القانوني كغاية دستورية :

بما أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يضيف الصبغة الدستورية على مبدأ الأمن القانوني، فقد تم البحث في أصل وأساس المبدأ على مقتضى النصوص الأساسية الفرنسية.

فهناك من يعتبر أن المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن³⁴ لسنة 1789 التي تنص على مبدأ الأمن أو الأمان sûreté يمكن أن تكون

32 - Eric Carpano - Etat de droit et droits européens.op.cit.p.230

33 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.197.

34 - L'art.2 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, dispose : "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression".

أصلا للأمن القانوني، وفي هذه الحالة يكون للمبدأ قيمة دستورية. لاسيما وأن هذا الإعلان أدمج في ديباجة دستور 1946 ودستور 1958 وقد أعطى المجلس الدستوري قيمة دستورية لديباجة الدستور.

لكن باحثين آخرين يربطون الأمن القانوني بالمادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، ويبدو أن ذلك غير كاف في تأصيل الصبغة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني كما أشير إلى ذلك أعلاه.

إن كل هذا يدل على التخبط الذي يقع فيه الفقه في محاولة إضفاء قيمة دستورية على المبدأ، بمقتضى نصوص لها امتدادها في التاريخ.

ونتيجة لذلك يمكن القول بأن هناك فرضيتين :

1- إما الإقرار بدستورية المبدأ، فيخضع له المشرع والقاضي، ويكون للمجلس الدستوري رد كل قانون يتضمن مخالفة لمبدأ الأمن القانوني.

2- أو رفض إعطاء هذه القيمة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، مع غياب اتفاقية دولية تسمو به، وفي هذه الحالة سيكون بالإمكان المس به، ولن يملك المجلس الدستوري السهر على احترامه.

لكن خارج هذين الاختيارين ظهر اتجاه آخر، يرمي إلى أن يجعل من المبدأ "غاية ذات قيمة دستورية"³⁵. لقد وجدت هذه العبارة في سنة 1982 نظرا لظهور مبادئ جديدة لم تنص عليها نصوص أصبحت متقدمة، ورغم ذلك يعطي المجلس الدستوري لتلك المبادئ قيمة دستورية، رغم أنها ليست حقوقا دستورية، وإنما لكون تلك المبادئ تشكل غاية ذات قيمة دستورية³⁶.

35 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.198

36 - Ibid. Op.cit.p.199

إن هدف الغاية ذات القيمة الدستورية هو توافي إعطاء طابع مطلق لبعض المبادئ ذات الطابع الدستوري. وعلى ذلك فإن النظام القانوني الفرنسي يجمع بين:

- مبادئ دستورية مطلقة (حقوق دستورية أساسية)؛

- وغايات ذات قيمة دستورية أقل تحديدا، والتي بواسطتها يستفيد المشرع والقاضي بقدر واسع من المناورة.

ولذلك يمكن القول بأن المجلس الدستوري الفرنسي يقر بالغاية ذات القيمة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني. وتبعاً لذلك فالمبدأ ليس دستوريا ولكنه مجرد غاية. باعتبار أن الأمن القانوني مبدأ عام، تجتمع فيه عدة مبادئ وحقوق أخرى ذات أبعاد وقيم مختلفة. أي أنه غاية تجميعية ذات قيمة دستورية. بمعنى أن مبدأ الأمن القانوني يصبح غاية مرجعية لمبادئ ومتطلبات أخرى، حيث يعتبر لذلك قريبا من الضرورة الأم³⁷.

وخروجا من كل هذه الخلافات³⁸ في تأصيل المبدأ، فإن الكثير من الفقهاء يدعو إلى إضفاء القيمة الدستورية على مبدأ الأمن القانوني في فرنسا بصفة صريحة.

بل، وبمناسبة إقرار قانون للأمن المالي في فرنسا في سنة 2003، فقد أثيرت مسألة ما إن كان من المناسب سن قانون للأمن القانوني على غرار ذلك.

37 - Ibid. Op.cit.p.200

38 - تجدر الإشارة كذلك إلى ما يذهب إليه البعض، من الأخذ بمبدأ الأمن القانوني عن طريق اعتباره من النظام القانوني الأمر للمجموعة الأوروبية.

د- أساسيات مبدأ الأمن القانوني :

يهدف مبدأ الأمن القانوني إلى حماية الأفراد من الآثار الثانوية السلبية للقانون، لاسيما عدم الانسجام، أو تعقد القوانين والأنظمة، أو تعديلها المتكرر، بما يخلف ذلك من انعدام للأمن القانوني. ويتعين لقيام المبدأ تحقيق عدة متطلبات في القانون حتى يتكرس الأمن القانوني على أرض الواقع. وإن أهم هذه المتطلبات الواجب توافرها في القانون تتلخص فيما يلي:

- الحرص على مبدأ المساواة؛

- وضوح القاعدة القانونية؛

- سهولة فهم القاعدة القانونية واستيعابها من قبل المخاطبين بها؛

- تضمن القواعد لقيم معينة (قواعد معيارية)؛

- توافيق تناقض القواعد؛

- استقرار القواعد القانونية؛

- استقرار العلاقات التعاقدية؛

- قابلية القانون للتوقع؛

- سهولة الولوج إلى القانون والمحكمة؛

- المحاكمة العادلة؛

- ضمان حقوق الدفاع؛

- عدم رجعية القانون؛

- الشفافية؛

- منع القواعد التي تطلب المستحيل.

وعلى هذا، فإن الأمن القانوني يتطلب مناخا قانونيا سليما، بدءا من جودة إعداد وتحريير القاعدة القانونية إلى تطبيقها وتنفيذها على الوجه المطلوب.

كما يتعين أن يتوافق الأمن القانوني مع حاجة أخرى هي مواكبة التحولات التي يعرفها المجتمع المعاصر، فالأمن القانوني لا يمنع التحول، ولكن عند الاقتضاء، يتعين اتخاذ إجراءات إعلام وقائي وتدابير انتقالية تضمن توفير الأمن القانوني. ولذلك فإن تحقق الأمن القانوني على أرض الواقع، يرتبط تقليديا بالشكلية التي يفترض فيها تحقيق الضمانة³⁹، أي أنه لا بد من الإعلام والنشر في كل ما يرتبط بالقاعدة القانونية من تعديل وتغيير ليكون ذلك في علم العموم حتى يدبروا أمرهم في ضوء ذلك.

هـ - المخاطر التي تهدد الأمن القانوني ووسائل الحد من ذلك :

تترصد بالأمن القانوني جملة من المعوقات التي يمكن أن تؤثر على المبدأ، بما تشيعه من شك وارتياب في نظام قانوني معين، بشكل ينتشر معه انعدام الأمن القانوني. ويتجلى ذلك بالخصوص في:

- تضخم التشريع⁴⁰؛

- التعقيد المبالغ فيه للقواعد القانونية؛

- عدم جودة النصوص؛

- عسر فهم القانون؛

39 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.192 .

40 - جاء في التقرير الأخير للبنك الدولي (نوفبر 2007) بشأن "نظام قضائي لفائدة المغرب الجديد" أنه أمام كثرة النصوص القانونية الصادرة مؤخرا ذات الارتباط بمجال التطبيق القضائي، فإنه يتعين القيام بوقفه Pause législative.

- عدم تضمن القانون لقواعد معيارية، كمشاريع القوانين التي تتضمن فقط مجرد مقتضيات مختلفة؛
- وضعية تكوين واضعي النصوص القانونية على تقنية التشريع؛
- رجعية القوانين بما يلحق الضرر بمراكز تعاقدية سابقة؛
- خرق مبدأ المساواة أمام القانون؛
- كثرة المنازعات.

لذلك، ونظرا للانعكاسات السلبية لهذه المظاهر على مبدأ الأمن القانوني، يتم اللجوء إلى تقييم مخاطر عدم الأمن القانوني، ووضع خلايا وفرق عمل خاصة لليقظة القانونية من أجل تقييم أداء النصوص القانونية في الواقع العملي.

ومن جملة الوسائل المعتمدة بهذا الخصوص التقييم القبلي، الذي يهتم المرحلة السابقة على وضع القاعدة القانونية حيث يتم في هذه المرحلة دراسة مدى الأخذ بعين الاعتبار لعدة عوامل مرتبطة بحسن تطبيق القاعدة القانونية، كالمصلحة العامة وصعوبة المادة المعنية بالقاعدة والفئة المستهدفة، ومدى تقبل القاعدة هذا فضلا عن تكوين واضعي مشاريع القوانين لضمان جودة تحرير القاعدة القانونية.

وإلى جانب ذلك، هناك التقييم البعدي، المرتبط بتضخم القوانين، وعدم الانسجام بين مختلف النصوص القانونية، وأثر التعديل المفاجئ للقوانين، ومدى انزعاج الفئة المعنية بذلك، هذا فضلا عن تتبع صدور المراسيم التطبيقية للقوانين التي يؤدي عدم صدورها إلى شل القوانين.

وقد حتمت مناهج التقييم المذكورة العمل على توفر أنظمة الكثير من الدول على آليات لتقييم مدى فعالية القانون بعد صدوره.

ثانيا الأمن القضائي

أ - مفهوم الأمن القضائي:

لا يحظى مصطلح الأمن القضائي بنفس الدراسة التي حظي بها مصطلح مبدأ الأمن القانوني، فهل هذا راجع لكون الأمن القانوني يستغرق الأمن القضائي ويحتويه، أم أن ذلك راجع لحدائثة استعمال المصطلح، لاسيما في الدول النامية؟

ويزيد التساؤل عمقا، عندما يتبين أن بعض الدول تستعمل مصطلح الأمن القضائي للدلالة على قوة خاصة للأمن القضائي تابعة لوزارة العدل مكلفة بتنفيذ الأحكام القضائية (فيتنام)، أو أن يعني الأمن القضائي نظاما مبتكرا للمساعدة القضائية (كندا)، أو أنه يقصد به المجموعات المكلفة بحراسة المحاكم.

ويبدو من خلال الاستعمال الشائع لمصطلح الأمن القضائي، أن هناك ارتباطا بين المفهومين، إذ غالبا ما يضاف إلى الأمن القضائي، فيقال الأمن القانوني والقضائي، من أجل الدلالة على أمرين:

- اقتران مبدأ الأمن القانوني بالأمن القضائي؛

- إبراز الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون وحماية الحقوق.

إن المهمة الحمائية للقضاء هي الجانب الطاغي في النظرة إلى الأمن القضائي، ولذلك يتم التركيز بهذا الخصوص على المتطلبات التي تكفل للقضاء قيامه بتلك المهمة على الوجه المطلوب حتى يكون في مستوى

المهام المنوطة به في المجتمع المعاصر. ولا تكتمل هذه المتطلبات إلا بتوفير مقومات تضمن حسن سير القضاء، كاستقلاليتة، وجودة أحكامه، وسهولة الولوج إليه، وحسن إدارته. مقومات تبعث الثقة في المؤسسة القضائية، وتضمن بالتالي وجود الأمن القضائي.

فالأمن القضائي إذن، يعكس الثقة في المؤسسة القضائية، والاطمئنان إلى ما ينتج عنها، وهي تقوم بمهمتها المتحلية في تطبيق القانون على ما يعرض عليها من قضايا، أو ما تجتهد بشأنه من نوازل. هذا مع تحقيق ضمانات جودة أدائها، وتسهيل الولوج إليها، وعلم العموم بمجريات عملها القضائي.

إن القاعدة القانونية كأداة للضبط والتنظيم، تتميز عادة بطابعها الواقعي من المنازعات، ولكن يمكن كذلك وعند الاقتضاء إثارتها أمام القضاء لتلعب دورها كقاعدة لحل النزاع بين الأطراف. وهنا يبرز دور القضاء الهام في حماية مبدأ الأمن القانوني.

وتتجلى أهمية دور القضاء في حماية مبدأ الأمن القانوني، في تعبئة القضاء بمختلف فروعها للقيام بهذا الدور، سواء أكان قضاء عاديا، أو دستوريا. بل وحتى قضاء مجموعة دول كما هو الحال بالنسبة للمجموعة الأوروبية، حيث يقوم القاضي الأوروبي، بدور هام في صيانة مبدأ الأمن القانوني.

ولذلك فإن الأمن القضائي ينبغي فهمه من وجهتين:

- إنه يعتبر حاجزا وقائيا لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض من جهة؛ وحائلا دون تجاوز الإدارة ضد هؤلاء الأشخاص من جهة أخرى؛

- كما أنه يشكل حماية للسلطات العمومية ضد الدعاوى الكيدية وتعسفات المتقاضين⁴¹.

إن المستفيد من دور القضاء بهذا الخصوص هو المتقاضي بصفة خاصة، والنظام القانوني المعني بصفة عامة. ومن أهم تجليات هذه الفائدة ذات الطابع الجماعي، شيوع الثقة واستقرار المعاملات، والاطمئنان إلى فعالية النصوص القانونية، والثوق بالقانون والقضاء في النهاية⁴².

وإن أي خلل في قيام القضاء بمهامه في هذا المجال، تكون له آثار سلبية تتجلى في ضعف الثقة في المؤسسة القضائية⁴³، بل والتأثير السلبي على الاستثمار الذي أصبح يفرض بحدة سيادة الأمن القانوني في ميدان الأعمال، لأن نجاح المقاوله وإن كان يعتمد على منطق اقتصادي فإن القضاء يلعب دورا كبيرا في دعم هذا النجاح⁴⁴.

41 - Cathy Pomart - La magistrature Familiale. Op. cit.p.190.

42 - جاء في خطاب صاحب الجلالة الملك محمد السادس بمناسبة عيد العرش (30 يوليوز 2007) "ويأتي القضاء في طليعة القطاعات، ذات الأسبقية في المرحلة المقبلة فالعدل بقدر ما هو أساس للملك، فهو قوام دولة الحق، وسيادة القانون والمساواة أمامه، ودعامة للتنمية وتشجيع الاستثمار. لذا يتعين على الجميع التجند لتحقيق إصلاح شمولي للقضاء، لتعزيز استقلاله الذي نحن له ضامنون. هدفنا ترسيخ الثقة في العدالة، وضمان الأمن القضائي، الذي يمر عبر الأهلية والنزاهة والاستقامة. وسيلتنا صيانة حرمة القضاء وأخلاقياته، ومواصلة تحديثه وتأهيله، هيكله وموارد بشرية ومادية، وإطارا قانونيا عصريا"

43 - وبهذا الصدد فإن قضية OUTREAU بفرنسا حاضرة بانعكاساتها السلبية على المؤسسة القضائية الفرنسية.

44 - "La sécurité juridique et judiciaire constitue un élément fondamental pour les investisseurs, pour le développement économique, l'image et la compétitivité du Maroc et de ses entreprises".

Voir CGEM – LIVRE BLANC: pour renforcer et consolider le dynamisme de l'économie marocaine. 2007.p.34.

ب - علاقة القضاء بمبدأ الأمن القانوني :

ينظر إلى الأمن القانوني بأنه وظيفي fonctionnel أكثر منه تصوري conceptual، ولذلك فإن هناك من يرى أن الأمن القانوني ليس شيئاً آخر أكثر من الاسم الذي يعطيه القاضي لمظاهر إنصافه وتقديراته.

ومن هذه الزاوية، يبدو أن هناك علاقة بين الأمن القانوني والقضاء، وذلك على أكثر من مستوى:

- علاقة الأمن القانوني بمبدأ استقلال القضاء، إذ لا يعني هذا الاستقلال أن القاضي يحكم كيفما اتفق، وإلا تم المس بمبدأ الأمن القانوني؛

- علاقة الأمن القانوني بمبدأ السلطة التقديرية للقضاة التي قد تختلف من قاض لآخر، بما لذلك من آثار على الأمن القانوني؛

- العلاقة بين قواعد الإنصاف ومبدأ الأمن القانوني، من حيث أنه وتحت ذريعة هذا المبدأ تتحقق العودة المؤطرة لحكم القاضي بقواعد الإنصاف، بدل الحكم بما ينص عليه القانون. إذ يتم توجيه النقد إلى الأحكام القضائية المبنية على قواعد الإنصاف، بعلّة ابتعادها عن المساواة أمام العدالة.

- أسلوب النيابة العامة مبني على الملاءمة والحفظ، مما يفقد عملها القابلية للتوقع كشرط أساسي في الأمن القانوني.

ومما يدل على تطور نوعي في علاقة القضاء بالأمن القانوني، ما قضت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث أقرت مسؤولية الدولة عن خرق قانون المجموعة الأوروبية ليس فقط من قبل المشرع أو السلطة التنفيذية، ولكن مسؤولية الدولة كذلك حتى عن حكم قضائي وطني

نهائي⁴⁵. وهذا ما يطرح مشكل اثر هذا الحل على استقلال السلطة القضائية، ومبدأ قوة الشيء المقضى به.

ج - الاجتهاد القضائي والأمن القانوني :

في غياب قاعدة مكتوبة، والاعتماد فقط على الاجتهاد القضائي لمواجهة وضعيات غير متوقعة قانونيا، تتزايد متطلبات الأمن القانوني في علاقته مع القضاء.

ذلك أن الاجتهاد القضائي في جوهره تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، بما يثيره ذلك من نقاشات، لاسيما ما يرتبط بمبدأ فصل السلطات بالنظر لدور المشرع الذي يتقمصه القاضي في هذه الحالة. إلا أن ما يثير الإشكال أكثر، هو التراجع عن الاجتهاد القضائي المستقر، وما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين بل وحتى حقوقهم المكتسبة. إذ بعد اطمئنانهم لاجتهاد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوءه، يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ، والأكثر من ذلك أن أثر الاجتهاد القضائي الجديد يكون بأثر رجعي⁴⁶.

45 - Sami Fedaoui- L'arrêt Kobler est-il révolutionnaire? (L'arrêt Kobler rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 30 septembre 2003 à titre préjudiciel).

http://www.memoireonline.com/08/07/548/m_l-arret-kobler-est-il-revolutionnaire0.html Consulté le 28/24/03/2008.

46 - من الأمثلة الحديثة لتغيير اجتهاد محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الاجتماعية) قرارها الصادر بتاريخ 10 يوليوز 2002، حيث اعتبرت المحكمة أن شرط عدم المنافسة من قبل الأجير يجب أن يكون مرتبطا بأداء المشغل لمقابل لفائدة الأجير وإلا كان غير مشروع. تبعا للحق في ممارسة المهن بكامل الحرية. ولا يخفى أثر هذا الاجتهاد على عقود العمل الجارية التي تم فيها اشتراط عدم منافسة الأجير دون مقابل يقدم له استنادا إلى اجتهادات قارة سابقة. انظر:

إن القانون الحي هو الذي تصنعه المحاكم. وهذا يبرز أن ضرورة العمل القضائي تفرض ألا يحجر على المحاكم في تطوير اجتهادها أو منعها من التراجع عن اجتهاداتها القضائية السابقة بعلّة احترام مبدأ الأمن القانوني. وهذا ما قرّرتّه محكمة النقض الفرنسية من كون "الأمن القانوني لا يمكن من الاعتداد بحق مكتسب بواسطة اجتهاد ثابت، لأن تطور الاجتهاد متروك للقاضي في تطبيقه للقانون"⁴⁷. وقد قرّرت عدة محاكم أنه ليس كل تعديل في الاجتهاد مضراً بالمصلحة العامة ويشكل عدم أمن قانوني لأن ذلك يحرم القاضي من الاجتهاد وملاءمة القواعد القانونية مع⁴⁸ المتطلبات المستجدة.

وعلى العموم يتوجه بالنقد إلى الاجتهاد القضائي بسبب مشكل القابلية للتوقع، إذ أنه وعلى غرار القاعدة القانونية المقررة من طرف المشرع، فإن الأمن القانوني أمام المحاكم يتجلى كذلك في قابلية التوقع في قرارات المحاكم. وإن انعدام الأمن القانوني في بعض جوانب العمل القضائي، يتجلى في غياب التوقع في الاجتهاد القضائي. لأن الأفراد يدخلون في علاقات تحت ظل قواعد اجتهاد محددة، غير أنهم يجدون أنفسهم بعد ذلك أمام اجتهاد جديد.

إن قابلية التوقع في الحكم القضائي، ليست بالسهولة المتصورة، ذلك أن الوقائع المثارة أمام القضاء حبلية بالمفاجآت، سواء من حيث آثار شهادة

Didier Lebon - Clauses de non concurrence. Pas de droit acquis à la sécurité = = juridique.

http://www.awiser.com/art_20050405_02%20clauses%20de%20non%20concurrence.html. Consulté le 26/03/2008.

47 - قرار للغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية، بتاريخ 21 مارس 2000.

48 - Bertrand Mathieu- Le principe de sécurité juridique. Op.cit.

الشهود، أو تقديم حجج مجهولة من طرف الخصم، أو ما تفرزه الخبرات الفنية، بحيث يساهم كل ذلك في قلب أي توقع في القضية رأساً على عقب. وبالإضافة إلى ذلك، فإن للقاضي حرية في التأويل، وسلطة تقديرية مطلقة، مما يجعل اختلاف الحلول في أحكام القضاة أمراً مألوفاً في العمل القضائي.

د - حماية الأمن القضائي :

إن دواعي الأمن القانوني أصبحت تستوجب العمل على التخفيف من الآثار الثانوية لكل ما سلف. فلقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن السلطة التقديرية للقضاة ليست في حد ذاتها غير متلائمة مع التوقع القانوني، بشرط أن يكون مداها وكيفياتها محددة بكل وضوح، ليتمكن الفرد من حماية ملائمة ضد التحكم⁴⁹. وبذلك فإن المحكمة جعلت من التوقعية شرطاً أساسياً، وأكدت على أن السلطة التقديرية يجب أن تكون محصورة في مداها وكيفياتها.

ووعياً بهذه الصعوبة التي ترافق الاجتهاد القضائي في علاقته مع مبدأ الأمن القانوني، لاسيما فيما يتعلق بالتراجع عن الاجتهادات القضائية السابقة، فإن محكمة النقض الفرنسية مثلاً تلجأ إلى اتباع تقنيتين⁵⁰ :

1 - الإعلان عن تغيير الاجتهاد مستقبلاً، في تقرير المحكمة السنوي، لإعلام الفاعلين والإدارات بهذا التغيير الذي يقتضيه أمر تطوير الحلول القانونية. وذلك في انتظار اتخاذ خطوة في اتجاه إصلاح التشريع من طرف المشرع؛

49 - قرار 24 نونبر 1986، قضية Gillow ضد المملكة المتحدة

50 - Jean-Guy Huglo - La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique. Op.cit.

2 - الحد في الزمان من سلبيات الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي الجديد.

ولقد أبرز الرئيس الأول السابق⁵¹ لمحكمة النقض الفرنسية أهداف سياسة الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية في سنة 2004 كما يلي:

1 - الحد من تضارب الاجتهادات القضائية خاصة على صعيد محكمة النقض المفروض فيها التوحيد، وذلك عن طريق الكشف عن هذا التضارب، ودراسة الاختلافات، وتلافي التضارب في الاجتهاد عن طريق مجلس رؤساء غرف محكمة النقض. وهذه التقنية عمل بها على صعيد المجلس الأعلى في المغرب بمناسبة عدة قضايا كان يستوجب توحيد الاجتهاد القضائي بشأنها.

2 - خلق فرق عمل تهتم بمتابعة موضوع الأمن القانوني على الصعيد القضائي؛

3 - التحكم في تطور الاجتهاد القضائي، بتأمين الاجتهاد القضائي *sécurisation de la jurisprudence*، بحيث لا يتم التراجع عن الاجتهاد إلا بعد دراسة وتمحيص الأبعاد التي ستتجم عن الاجتهاد القضائي الجديد، مع ضرورة تضييق نطاق التطبيق في الزمان؛

4 - تأمين جودة الأحكام عن طريق تنسيق بين محكمة النقض ورؤساء محاكم الموضوع.

51 - Guy canivet - incertitude et politique jurisprudentielle de sécurisation du droit questions et évolutions majeures de la jurisprudence: une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit.

http://www.courdecassation.fr//formation_br_4/2005_2033/jurisprudentielle_sec_urisation_8052.htm? idprec. consulté le 23/03/2008

وعموما، فإنه ولتلافي صعوبات أخرى في علاقة الأمن القانوني بالعمل القضائي والاجتهاد القضائي، تتوفر آليات أخرى تعمل على تحقيق الأمن القانوني في هذا المجال، مثل اتباع مسطرة الغرف المختلطة أو الغرفة المجتمعة أمام المحاكم العليا، للبت في إشكاليات قانونية تستدعي توحيد الاجتهاد، أو تحويل النيابة العامة إمكانية الطعن بالنقض لفائدة القانون، أو الأخذ بنظام القضاء الجماعي، فضلا عن توفير التكوين الجيد للقضاة العاملين في الحقل القضائي، لضمان جودة الأحكام كعنصر أساسي لتوفير الأمن القضائي⁵².

ورغم ذلك، فإن مجالات البحث لازالت مشرعة، فيما يتعلق بطبيعة التوازن المطلوب تحقيقه بين الوضعيات المنظمة قانونا وبين الحفاظ على الطابع المتطور للاجتهاد القضائي والحقوق الأساسية ومبدأ المساواة. وكذلك الأمر بالنسبة لمواجهة الاختلاف في قرارات المحاكم بالنسبة للقضايا الغالبة، وتحسين تحرير المقررات القضائية ونشرها ليتعرف العموم على التوجهات المستقبلية للاجتهاد القضائي⁵³.

تم بحمد الله

الرباط في 27 مارس 2008

52 - ولا ننسى الحرص الطبيعي للقضاة على توفير هذه الجودة في أحكامهم عموما. فقد قال أحد القضاة "عندما أحكم، فأني أنا، ومن خلال حكمي، الذي أحكم".

53 - انظر موقع محكمة النقض الفرنسية حول موضوع :

Incertitude et sécurité juridique.

WWW.courdecassation.fr. Consulté le 18/03/2002.

إعفاء الأجراء لأسباب تكنولوجية: استعمال المعلومات نموذجا¹

الدكتور عبد الكريم غالي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

الرباط - السويسي

كان من الممكن أن ننطلق في معالجة الموضوع من إطار تقليدي لقانون الشغل، والاقتصار بالتالي على القول، إن من أسباب إنهاء علاقة الشغل يوجد الإعفاء ومن ضمنها إعفاء الأجراء لأسباب تكنولوجية والتي هي، كما هو معلوم، من مستجدات مدونة الشغل. لكن آثرنا الانطلاق من منظور آخر، يعتبر بالنسبة إلينا جديدا، يكون إطاره العام ما أخذ يعرف بقانون المعلومات²، خصوصا وأننا لسنا فقط مدعويين لاحتضان مجتمع المعلومات بل لأننا، شئنا أم أبينا، قد اندمجنا أو حشرنا فيه، وبات لزاما علينا الاندماج في ثقافة العصر.

وهنا يتعين التذكير بداية أنه يمكن تقسيم مضمون قانون المعلومات إلى موضوعين رئيسيين، هما : حماية المعلومات من جهة، والحماية من

1 - مشاركة في اليوم الدراسي: "الفصل من العمل بين أحكام مدونة الشغل والمسؤولية الاجتماعية للمقاولات"، جامعة عبد المالك السعدي - الكلية المتعددة التخصصات، تطوان، الأربعاء 28 نونبر 2007.

2 - درج الفقه على تحديده في مجموع القواعد التي يمكن تطبيقها على الصعوبات ذات الطابع القانوني التي أخذ يحدثها استعمال المعلومات.

مخاطر المعلومات من جهة ثانية³ وهذه الأخيرة يمكن النظر إليها من زاوية حماية الإنسان كإنسان أي حماية حرته، أو من زاوية حماية نشاطه أي حماية الحق في الشغل والذي يمكن أن يكون إعفاء الأجراء بسبب إدخال المعلومات إلى المؤسسة أهم المخاطر التي تهدده في مجتمع المعلومات.

ولقد أخذ المشرع المغربي العنصر التكنولوجي في الاعتبار عندما نص في مدونة الشغل بصورة خاصة وبارزة على إعفاء الأجراء لأسباب تكنولوجية في المادة 66 وما بعدها. ويبدو أن المشرع يرمي من وراء إضافة الأسباب التكنولوجية في المدونة إلى الأخذ في الاعتبار إمكانيات التجديدات التكنولوجية من أجل تحسين الانتاج ومواجهة المنافسة وطنيا ودوليا⁴. ومعلوم أن الوجة البارز اليوم للتكنولوجيا الحديثة يكمن بصورة خاصة في استعمال الأنظمة المعلوماتية تديبرا وإنتاجا وتداولاً أو تسويقا. وإذا كانت للمعلومات آثار اقتصادية عادة ما تكون إيجابية، فإنه قد تترتب عنها أيضا آثار اجتماعية سلبية يمكن تداركها بمعالجة قانونية - اجتماعية.

والواقع أن من شأن إدخال المعلومات في مؤسسة الشغل أن تترتب عنه آثار على التنظيم العام للمؤسسة، إذ أن المعلومات قد تغير من الشروط الجماعية في الشغل، كما تكون لها انعكاسات على الأوضاع الفردية للأجراء. مما يقتضي التعرض في نقطتين إلى:

- إحداث تغيير في شروط الشغل الجماعية (أولا)،

-الانعكاسات على الأوضاع الفردية للأجراء (ثانيا).

3 - للمزيد من التفاصيل راجع أطروحتنا في الموضوع.

4 - Abdellah BOUDAHRAN, Le droit du travail au Maroc, Tome2, Al Madariss, Casablanca, 2005,p.215

أولا - إحداء تغيير في شروط الشغل الجماعية

إن إدخال المعلومات إلى مؤسسة الشغل تترتب عنه عادة بعض النتائج على شروط الشغل الجماعية يمكن حصرها في العناصر التالية:

- حصول تغيير في الكفاءات؛

- بروز تفرقة واضحة بين أعمال الفكر وأعمال التنفيذ؛

- إمكانية تخفيض في عدد الأجراء خصوصا إذا لم يحصل التفكير في حلول أخرى.

أمام هذا الوضع، نجد المشرع الفرنسي يلزم مؤسسات الشغل على ضرورة استشارة لجنة المقابلة في الموضوع على أن يحول هذا الاختصاص إلى مندوبي العمال في حالة عدم وجود هذه الأخيرة⁵. وقد جاءت مدونة الشغل في بلادنا⁶ بمقتضيات مماثلة للتشريع الفرنسي.

فحسب المادة 466 من مدونة الشغل، يجب في كل مقابلة تشغل اعتياديا 50 أجيورا أن تستشير لجنة المقابلة وتبدي رأيها في جميع التغييرات البنوية والتكنولوجية وفي التكوين المستمر. كما أنه، تبعا لمقتضيات المادة 66 من المدونة، يجب على المشغل في المقابلة التي تشغل اعتياديا 10 أجراء أو

5 - l'art. L. 432 du code du travail en France: "le comité de l'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions de l'emploi et du travail ainsi des conditions de vie du personnel au sein de l'entreprise; il est obligatoirement saisi pour avis des règlements qui s'y rapportent.

...

Il est obligatoirement consulté sur l'affectation des problèmes généraux relatifs à la formation et au perfectionnement ainsi qu'à leur adaptation à l'emploi, compte tenu de l'évolution des techniques.

Dans les entreprises employant plus de trois cents salariés, le comité de l'entreprise constitue obligatoirement une commission chargée d'étudier les questions mentionnées à l'alinéa précédent...".

6 - دخلت مدونة الشغل حيز التطبيق في 7 يونيو 2004.

يقبل فيها عدد الأجراء عن 50 أجيرا، أن يستشير ويتفاوض مع مندوبي الأجراء والممثلين النقابيين.

إن من التدابير التي يمكن وصفها بالوقائية من مخاطر الإعفاء، والتي نريد أن نقف عندها بالأساس، نجد أن المدونة كرسّت الحق في التكوين في حالة تغيير الكفاءة المهنية للأجير. فقد نصت المادة 23 من هذه المدونة في تكامل مع المادة 466 على أن من حق الأجراء أن يستفيدوا من برامج مكافحة الأمية والتكوين المستمر كحقوق يتعين اعتبارها حقوقا أساسية. وثمة بعض المبادرات في محاربة الأمية الوظيفية على صعيد مؤسسات الشغل ثم الكشف عنها في الندوة الأولى حول محاربة الأمية⁷. ويبدو أن مفهوم محاربة الأمية قد تغير، ويجب أن يقصد به في العصر الراهن محاربة الأمية المعلوماتية، فالمفاهيم التي هي أصل الأحكام يتعين أن تتغير بدورها مع تطور الأزمان.

والملاحظ أنه عند إدخال المعلومات إلى مؤسسة الشغل يصبح جل الأجراء عديمي الفائدة إذ لم يكتسبوا بعض المعارف في هذه التقنيات. كما تصبح الفئات العاملة التي لا تتوفر على كفاءة مهنية الضحية الأولى لزوال مناصب الشغل المرتبطة بالمعلومات. ومن ثم يتبين أن استكمال التكوين أو توفير التكوين في قطاع المعلومات يشكل ضرورة حتمية، أخذ يعبر عنها بالزامية التكوين⁸، للتغلب على مأساة اجتماعية متوقعة⁹.

7 - Clôture des Ieres assises nationales: Nouvelles recommandations pour la lutte contre l'analphabétisme, Le Matin du 4 Mars 2004 (sur Internet).

8 - خصوصا وأن رأي ممثلي الأجراء يبقى استشاريا، وأن هؤلاء ليسوا دائما في مستوى المهام التقنية والجسيمة التي يستشارون فيها.

9 - Isabelle de LAMBERTETIE et Jérôme HUET, les conséquences de l'informatisation, LGDJ, Paris, 1987, pp. 93 et 94

ويبدو أن الحل الأنسب، بعد تفعيل الحق في التكوين، ومادام أن استعمال المعلومات يعبر عن تطور اقتصادي للمؤسسة، يبقى في نهاية المطاف، هو تخصيص الربح الإضافي في توسيع نشاط المؤسسة. ومن ثم العمل على خلق أعمال جديدة وإعادة ترتيب الأجراء. وهذا الحل الذي سبق أن نادى به منذ زمن النقابات الألمانية¹⁰ يجب أن يعتبر بحق الوعاء الطبيعي الذي يمتص مخاطر استعمال الأنظمة المعلوماتية على الشغل ويرجع بالتالي الأمور نوعا ما إلى طبيعتها.

ولعل هذا هو الحل الأساسي بالمقارنة مع باقي حقوق الأجراء المحتملة في حالة وقوع الإعفاء لأسباب تكنولوجية. ويمكن القول، إنه الحل الأصلي الذي استهدفه المشرع في مدونة الشغل حينما أشار في الفقرة 2 من المادة 66 إلى تدارس إمكانية إعادة الإدماج في مناصب أخرى. وهو في الحقيقة حل يسير في اتجاه تحمل المسؤولية الاجتماعية ويعتبر بحق حلا يوفق بين مصالح الطرفين الاجتماعيين ومصلحة الاقتصاد الوطني. وتبقى سائر الحقوق الأخرى المحتملة حقوقا احتياطية من قبيل الأخذ بالمرونة¹¹، الموجبة أو الملائمة، التي تسمح بتخفيض المدة القانونية للشغل مؤقتا بهدف توزيع مناصب الشغل¹²، واحترام معايير التدرج في إعفاء الأجراء،

10 - Alfred SAUVY, la machine et le chômage, Bordas, Paris, 1980, p89

11 - المرونة la flexibilité فكرة اقتصادية جاءت لملائمة الإنتاج والشغل مع التطورات السريعة للطلب.

Dictionnaire d'Economie et des Sciences Sociales, Hatier, Paris, 1999, p. 413 & s.

12 - تقاديا للإعفاء الجماعي كما نصت على ذلك التوصية 166 الصادرة عن منظمة الشغل الدولية.

والاستفادة من الأسبقية في استعادة الشغل، والحصول على التعويضات المستحقة¹³.

ولا تختلف معالجة الإغفاء الجماعي كثيرا عن معالجة الإغفاء الفردي فيما يترتب عن المعلومات من انعكاسات على الأوضاع الفردية للأجراء كما سنرى في النقطة الموالية.

ثانيا - الانعكاسات على الأوضاع الفردية للأجراء

هناك مخاطر لاستعمال المعلومات تهدد كل أجير أجير، أي الأجير بصورة فردية.

والملاحظ أن مدونة الشغل وضعت منع الإغفاء في المادة 35 كمبدأ أو كقاعدة تماشيا مع الحق في الشغل كحق أساسي، مع الإشارة إلى استثناءات ترتبط بالسلوك والكفاءة¹⁴.

ومن ثم فالسؤال الأساسي الذي يطرح نفسه في نطاق التشبث بهذا المبدأ الأساسي هو أنه إلى أي حد يتطلب وجود صعوبات في ملائمة الأجير لعمله¹⁵ اتخاذ أحد الحلول التالية:

- اكتساب تكوين تكميلي؛
- نقله إلى مصلحة أخرى؛
- واحتمالا إغفاءه من العمل.

13 - المواد 66 و70 و71 و508 من مدونة الشغل، وبخصوص التعويضات نصت الاتفاقية 158 (الفصل 12) والتوصية 166 (الفقرة 18) الصادرتين عن منظمة الشغل الدولية على تعويض عن نهاية الخدمة أو أداءات التأمين عن البطالة.

14 - وهذا يعني أن الاستثناء يجب أن يفسر بصورة ضيقة، خصوصا وأن التحليل الاجتماعي يفرض علينا التمسك بالقاعدة الأفيدي للأجير.

15 - Changement de fonction ou de qualification.

إن القضاء الفرنسي بوجه عام اعتبر أن إعادة هيكلة المقاوله بوجه عام المترتبة عن استعمال المعلومات تعتبر سببا اقتصاديا لإنهاء علاقة الشغل¹⁶؛ كما ذهب هذا القضاء إلى أن رفض الأجراء هذه التغييرات التي تلحق بشروط شغلهم يعتبر إنهاء مبررا لعقد الشغل¹⁷. وقد اعتمد هذا القضاء بالأساس على واقعة الإعفاء للبحث عما إذا كان الإعفاء تعسفا بمعنى أن يكون مرتبطا بأسباب أخرى غير استعمال المعلومات¹⁸.

يلاحظ أن القضاء في فرنسا بالرجوع إلى قانون الشغل الفرنسي (خصوصا الفصل L.231-1 منه)، كان وفيما في البداية للمقتضيات التشريعية نصا وروحا.

والواقع أن الالتزامات التعاقدية وإن كانت تنصب على أداءات مادية، فهي لا تنبني فقط على مجرد علاقة مادية بل على سلوك أخلاقي بمعنى يجب أن يكون الجانب المعنوي حاضرا أيضا للنهوض بالالتزامات التي تفرضها المستجدات التكنولوجية. ومن ثم يتعين في نطاق تنفيذ الالتزام التعاقدية فرض حسن النية ليس على الأجير فقط، وإنما كذلك على المشغل. وقد أثارت محكمة النقض في فرنسا صراحة هذا الالتزام ربما للحد من المضي في اتجاه اعتبار استعمال المعلومات سببا اقتصاديا يبرر الإعفاء، حيث جاء في قرار لها: "يقع على المشغل الذي هو ملزم بتنفيذ عقد الشغل بحسن نية، واجب القيام بضمان ملائمة الأجراء مع وظائفهم الجديدة".

16 - Ex. arrêt de la cour de cassation en date du 12 janvier 1983, arrêt du conseil d'Etat du 23 Avril 1982.

17 - Cour d'appel de Paris, arrêt du 14 octobre 1982.

18 - Xavier LINAND DE BELLEFOND et Alain HOLLANDE, Droit de l'informatique, Masson, Paris, 1984, pp. 163&164

"L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois"¹⁹.

وقد كرس المشرع الفرنسي هذا التوجه القضائي خصوصا بمراجعة الفصل 1-930 L الذي أصبح ينص على أن "على المشغل الالتزام بضمان ملائمة الأجراء مع وظائفهم الجديدة. فهو يتوجب عليه الحرص على أن تستمر كفاءتهم لشغل وظائفهم بالنظر إلى تطور الوظائف في الشغل وتطور التكنولوجيات والتنظيمات...".

"L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations..."²⁰.

وعلى ضوء تشريعنا الاجتماعي، إن الأنظمة المعلوماتية التي تتدرج طبيعيا الحال في التكنولوجيا الحديثة وبامتياز كبير، لئن كان يشكل استعمالها سببا تكنولوجيا بمفهوم المادة 66 من المدونة - والتي تحيل عليها المادة 35 منها-، فإنه لا يكفي لفصل الأجراء، كما ذهب البعض، ثبوت عجزهم عن مواكبة التطور التكنولوجي واستحالة إعادة تصنيفهم²¹ وإنما يتعين إضافة

19 - cassation sociale: 25 février 1992, cour de Cassation (sur Internet), voir aussi Paul FLESCHI- VIVET, Droit du travail, Sirey, 1997, p.70

20 - غير أن القضاء الاجتماعي في فرنسا وضع مع ذلك حدودا لهذا الالتزام. فقد جاء في قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض في 3 أبريل 2001، إنه إذا كان يقع على المشغل الالتزام بضمان ملائمة الأجراء مع وظائفهم الجديدة عند الحاجة بأن يؤمن لهم تكوينًا تكميليا، فلا يمكن أن يفرض عليه تأمين التكوين الأساسي الذي ينقصهم أصلا.

21 - محمد الزبخي الخمسي، نظام الإعفاء الجماعي، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، مارس 2004، ص.98.

شرط آخر، كشرط أساسي، يتمثل في أن يثبت المشغل بأنه قام بكل ما في وسعه من تكوين مستمر لملاءمة الأجراء مع الوظائف الجديدة²²، وأبأن عن حسن نيته في تنفيذ التزاماته التعاقدية²³ وتوابعها المتعلقة بالمشغل كما تقتضيه القواعد العامة للقانون²⁴، وأيضا أخلاقيات المهنة التي تمت الإشارة إليها في المدونة بالنسبة للالتزامات الأجير دون التزامات المشغل²⁵. وهنا تجدر الإشارة إلى أن المسؤولية كالتزام قانوني محدد لا تكتمل في الحقيقة إلا بالالتزام أخلاقي يسير في اتجاه إمكانية تحمل جميع النتائج²⁶؛ ويتعين بالتالي على المشغل التحمل بالمسؤولية كاملة.

ومن ثم، ومع إدخال جميع هذه العناصر، يمكن إعادة قراءة الشروط الجوهرية لتبرير الإعفاء (التي تتحدد عادة في أن يكون السبب حقيقيا أو موضوعيا، أن يكون جديا...). ويمكن، بالإضافة إلى ذلك كله، الأخذ في الاعتبار لشرط أساسي يرتبط بإنسانية أو كرامة الإنسان وهو أن الإنسان ليس مجرد آلة يمكن التخلي عنها إذا لم تعد صالحة للاستعمال؛ وهذا يعني أن على المشغل أن يتحمل هذه المسؤولية الإنسانية والاجتماعية.

22 - بمعنى أنه ليست هناك استحالة مطلقة أو قاهرة حالت دون ذلك (الفصل 269 من ق

ل ع) حتى يمكن إنهاء عقد الشغل (الفقرة 3 من الفصل 745 من ق ل ع).

23 - خصوصا وأن عقد الشغل من العقود المستمرة أو ذات التنفيذ المستمر.

24 - الفصل 231 من ق ل ع.

والملاحظ أن المشغل يستفيد بدوره من توابع عقد اقتناء الأجهزة المعلوماتية حيث، بالنظر إلى خصوصية المعلومات كظاهرة غير عادية، يفرض القضاء المقارن (من ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية في 17 مارس 1981) التزاما بإعطاء النصيحة للزبون، مما يعني أننا نكيل الكيل بمكيالين إذا لم نعتبر التكوين المعلوماتي من توابع علاقة شغل تتعامل مع المعلومات أو الشغل المعلوماتي.

25 - الفقرة 2 من المادة 21 من المدونة.

وفي نظرنا، وأمام هذا الوضع الجديد، وحيث أنه لم يكن في نية الحكومة في مرحلة إعداد مشاريع مدونة الشغل أن يبرر استعمال التكنولوجيا الحديثة إعفاء الأجراء²⁷، وحيث أن استعمال المعلومات يكون عادة مؤشرا على ازدهار المقاول لا سببا ولا تعبيرا عن أزمة اقتصادية²⁸، فإن قضائنا، وهم واعون بمخاطر التآلية على الشغل²⁹، مدعوون إلى مزيد من الاجتهاد في اتجاه الحفاظ على استقرار الشغل³⁰، خصوصا وأنه ليس هناك، وحتى إشعار آخر، حماية اجتماعية أو تعويض عن فقدان الشغل رغم اعتراف المدونة به³¹، وذلك حتى يمكن الحفاظ على التوازن بين ما هو اقتصادي وما

27 - حسب الوزير السابق (السيد عليوة) لا يوجد أي ترخيص بالإعفاء يرتبط بإدخال التكنولوجيا الحديثة في مدونة الشغل (مشروع)

A croire l'ex ministre chargé de l'emploi (Mr Alioua à l'époque), aucune autorisation de licenciement liée à l'introduction de nouvelles technologie ne figure dans le code du travail (projet), déclaration à l'Economiste N° 604 du 27 septembre 1999, p.6.

28 - محمد سعيد بناني، قانون الشغل في المغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقة الشغل الفردية (الجزء الثاني - المجلد الثاني) مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2007، ص. 1141.

29 - أذكر هنا على وجه الخصوص مداخلات الأستاذ إدريس الضحاك الرئيس الأول للمجلس الأعلى في الدورة الأولى من دورات أكاديمية المملكة المغربية، حقوق الإنسان والتشغيل بين التنافسية والآلية، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية، الرباط، 22 أبريل 1996:

+ خطاب افتتاح أعمال الدورة الأولى، ص.39 وما بعدها.

+ أي مناخ لممارسة الحقوق أثناء العمل؟، ص. 93 وما بعدها.

30 - من قبيل:

- القيام بتكوين الأجير التزام فرعي ملزم باعتباره تابعا للالتزام التعاقدية للمشغل وتقتضيه طبيعته لارتباطه بالتكنولوجيا الحديثة (الفصل 231 من ق ل ع)،

- اعتبار الإعفاءات الفردية المتعاقبة إعفاءات جماعية.

31 - المادتان 53 و59 من مدونة الشغل. راجع بخصوص هذه النقطة:

+ الحاج الكوري، مدونة الشغل الجديدة: القانون رقم 99-65، أحكام عقد الشغل، مطبعة الأمنية، الرباط، 2004، ص.225 وما بعدها.

هو اجتماعي في نطاق تعامل إيجابي مع إعادة هيكلة المؤسسة لأسباب تكنولوجية.

والملاحظ بصورة عامة أن المعلومات تهدد بإعفاء الأفراد فرادى أو جماعات. وهذا الإعفاء، بالنظر إلى خصوصيات المعلومات وظروف الإعفاء، يمكن اعتباره مبدئيا في الحالتين إعفاء جماعيا. فإعفاء أجير واحد لسبب اقتصادي - وبالأحرى لسبب تكنولوجي - يعتبر إعفاء جماعيا إذا عمد المشغل إلى إعفاءات فردية متعاقبة بغية التملص من الحماية الممنوحة للأجراء عند الفصل الجماعي³². وهو أمر وارد إن لم نقل مؤكدا في نطاق استعمال المعلومات.

والإعفاء، بوجه عام، لا يكمن في مسألة التشغيل أو الشغل، بل يطرح أيضا مسألة كرامة الشخص ومسألة السلطة في المؤسسة.

Le licenciement n'est pas une question d'emploi, il pose aussi un problème de dignité des personnes et de pouvoir dans l'entreprise³³

مما يعني أن البعد السوسنيولوجي - يجب أن يكون حاضرا ويطعم التحليل القانوني.

إن ما يتعين التأكيد عليه في جميع الأحوال أن منهج التحليل القانوني ليس إلا أحد مناهج العلوم الاجتماعية التي تتكامل معه للمساهمة في معالجة

+ Finances news du 10 mai 2007 (sur Internet), ==

+ L'économiste du 25 septembre 2007 (sur Internet).

32 - محمد سعيد بناني، المرجع المذكور، الصفحتان 1145 و 1148.

33 - Jaques GENEUREUX, Peut-on cogérer les licenciements, Alternatives économiques, N° 212, mars 2003, p.24

مشكلة مجتمع تمس فئة اجتماعية عريضة تتمثل في إعفاء الأجراء³⁴، وربما تعتبر هذه زاوية واحدة فقط من زوايا أخرى في بناء المسؤولية الاجتماعية.

والواقع أن الحلول القانونية يجب أن تكون منصفة وأن تقوي وتساهم بالتالي في التسيير العقلاني للموارد البشرية. وإن العمل في اتجاه عقلنة هذه الموارد يبقى ضرورة ملحة من أجل مقابلة في المستوى³⁵. لكن المقابلة لن تكون في المستوى المنشود إلا في إطار علاقة مؤسساتية تربط الأجراء بالمؤسسة دون المشغل، ومن ثم يمكن تحمل هذا الأخير مسؤولية أخطاء التسيير إذا قام بإعفاء الأجراء نظرا لما يقتضيه واجب التسيير من خير لجميع الأطراف الاجتماعيين. وهذا يعني أن المصلحة العامة للمؤسسة، في إطار المسؤولية الاجتماعية، هي التي تؤخذ في الاعتبار وليس المصلحة الشخصية للمشغل³⁶.

إن المسؤولية الاجتماعية أخذت تفرض نفسها. فجميع الأطراف المتدخلة في المقابلة بمن فيهم المجهزون والزبناء والمستهلكون ينتظرون منها التحمل بالمسؤولية الاجتماعية. والمبدأ الأساسي الذي تقوم عليه هذه الأخيرة، هو أن المقابلة، التي هي مجتمع صغير تلتقي فيه جميع المصالح، يجب عليها في سعيها الدؤوب إلى تحقيق الربح، ألا تتستر عن التزاماتها الاجتماعية والبيئية، لدرجة أن هناك، كما لوحظ بحق، صلة بين سعادة الزبون وسعادة الأجير³⁷.

34 - Abdelkrim GHALI, Commentaire d'un arrêt de la cour suprême sur la notion de la cause sérieuse en matière de licenciement abusif, REMADAE, N° 3, Septembre 2003, p. 11. -

35 - La rationalisation des ressources humaines, une nécessité pour la mise à niveau de l'entreprise, le Matin, édition électronique, 28 juillet 2005.

36 - عز سعيد، العمل القضائي المغربي في نزاعات الشغل الفردية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1994، ص. 127.

37 - Responsabilité sociale : les entreprises doivent prendre le relais, l'économiste du 9 mai 2005 (sur Internet).

خاتمة :

إن تخوفاتنا كبيرة أمام تطور التكنولوجيا الجديدة المتمثلة في المعلومات ووسائل الاتصالات الحديثة.

ففي الوقت الذي أخذت ترتسم فيه معالم المسؤولية الاجتماعية وفي الوقت الذي تم فيه جمع شتات جل النصوص المتعلقة بالشغل في مدونة واحدة، نتخوف أن يحصل مستقبلا تشتت الأجراء نتيجة تفتت الشغل نفسه بفعل الاستعمال المكثف للأنظمة المعلوماتية بارتباط مع وسائل الاتصال الحديثة وهما الرافدان الأساسيان لعولمة الاقتصاد³⁸.

وعلى كل حال، إنه يجب تأسيس الشغل على قاعدة إنعاش الشغل وليس على الحماية الاجتماعية³⁹.

ومن تم يتعين بمناسبة كل استعمال للمعلومات في مؤسسة العمل أخذ البعد الإنساني في الاعتبار وبالتالي الدفاع ما أمكن على ضرورة الحفاظ على الحقوق الأساسية في الشغل. وفي هذا الإطار، ومن أجل الحفاظ على استقرار الشغل وإيجاد توازن اقتصادي واجتماعي، يمكن اقتراح بعض التدابير، هي كالتالي :

- إن على الدولة أن تدعم القطاع الخاص الذي أصبح خاضعا أكثر فأكثر لضغوط السوق العالمية؛

38 - Abdelkrim GHALI:

- La mondialisation et les répercussions sociales, Revue Marocaine de droit des Affaires et des Entreprises, N° 10, mars 2006, p.7,

- répercussions socio-juridiques de l'informatisation de l'entreprise, Revue Marocaine de droit des Affaires et des Entreprises, N° 12, avril 2007, p.7.

39 - Le casse-tête des licenciements économiques, la vie économique, N° 4164, 19 avril 2002, p.35.

- وإن على هذا القطاع أن يشارك بدوره وبفاعلية في تنفيذ السياسة الاجتماعية وخصوصا منها ما يتعلق بالتشغيل والحفاظ بالتالي على استقرار الشغل في إطار إعادة تنظيم مؤسسات الشغل نتيجة استعمال المعلومات خصوصا وأن :

+ التكوين المستمر يسمح بإعادة إدماج الأجراء؛

+ التكنولوجيا الجديدة تخلق فرصا جديدة للشغل؛

+ التكنولوجيا الجديدة تعطي قيمة مضافة لقطاع اقتصادي بكامله كالزراعة - وبلدنا فلاحية بالدرجة الأولى - والمساهمة بالتالي في محاربة الجوع في العالم وبالتالي الاندماج إيجابيا في العولمة⁴⁰.

إن هذه الوضعية الجديدة تدعو إلى المزيد من التخطيط في مجال الشغل والتكوين في إطار تخطيط عام للتنمية ومع استغلال المعلومات نفسها حتى لا تكون هذه التقنيات مصدر بؤس الإنسان بل وسيلة لانفتاح شخصيته وإسعاده.

وهكذا، وبهذه الشروط على الأقل، يمكن المساهمة في تكريس مفهوم المسؤولية الاجتماعية أو بلورة فكرة المقابولة المسؤولة أو المتخلقة أو المواطنة على أرض الواقع⁴¹.

40 - Mondialisation : Le Maroc rate ses chances, l'Economiste (sur Internet) du 9 novembre 2007

41 - L'entreprise citoyenne prend en considération les intérêts des uns et des autres et met l'intérêt national au dessus de toute considération et tous devraient participer aux affaires de la cité.

Cependant la pratique contredit le discours courant. Al Bayane n° 8205 du 19 == juin 2001.

ونثير الانتباه في الأخير إلى أن لثورة المعلومات آثارا ليس على الحق في الشغل فحسب، وإنما أيضا على صحة الأجراء وعلى حرياتهم الفردية، مع الإشارة إلى أنه على الصعيد الوطني قد تعرضت، لجوانب من حماية الحرية الفردية والحياة الخاصة من مخاطر المعلومات، بعض القوانين الأخرى باستثناء مدونة الشغل.⁴²

I . S . M

En effet, la citoyenneté émane de la déclaration des droits de l'Homme et du = =
Citoyen de 1789 qui marque en France la naissance des droits des citoyens. Le
Dictionnaire d'Economie et des Sciences sociales, Hatier, Paris, 1999, P.63&s.

42 - نذكر منها :

- القانون المتعلق بالإحصاء؛
- قانون المسطرة الجنائية.

حالة وأهلية الأجانب في التشريع المغربي

الدكتور أحمد زوكاغي

أستاذ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

- أكادال الرباط -

مقدمة تمهيدية

بين الإحصاء العام للسكان والسكنى في المغرب، الذي جرى خلال الفترة الممتدة من ثاني إلى خامس عشر من شهر شتنبر 1994، أن عدد الأجانب المقيمين، بصفة قانونية، في المملكة المغربية يناهز خمسين ألفا ومائة وواحدا وثمانين نسمة (50181)¹

ومن الممكن أن يؤدي هذا الرقم إلى إثارة التساؤل، وربما إلى الشك حول جدوى وأهمية قواعد القانون الدولي الخاص، سيما تلك المتعلقة منها بالتنازع بين القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، على أساس أن هذا العدد الضئيل بالمقارنة مع مجموع السكان الوطنيين الذي أصبح يقارب سبعا وعشرين مليون نسمة (2) قد لا يثير مشاكل أو قضايا تتطلب مزيدا

1 - انظر: "إحصاء 1994، السكان القانونيون للمغرب"، مديرية الإحصاء التابعة للوزارة المكلفة بالسكان، شركة فاماركو، الدار البيضاء، 1995، ص، 21. أما إحصاء 2004 فلم تنشر نتائجه بعد.

من الجهد والبحث والعناء عن القواعد والحلول الواجب إعمالها وإيجادها مثلما يقتضيه ذلك في بعض الدول التي يعرف تواجد الأجانب فيها كثافة لا سبيل لإنكارها أو التقليل من أهميتها، كما هو الشأن بالنسبة لبعض دول أوروبا الغربية، مثل فرنسا وبلجيكا وهولندا وألمانيا، أو كما كان الحال في المغرب وغيره من الدول العربية الإسلامية، خلال الثلث الأخير من القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين.

ومع ذلك، فإن إثارة التساؤل بشأن الجدوى والفائدة من قواعد القانون الدولي الخاص، بالنظر للعدد الضئيل للأجانب الموجودين في المغرب، ينبئ في الحقيقة عن سذاجة أو قصور نظر يتعين تصحيحه وتقويمه، ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص لا ترتبط ارتباطا حتميا ومقصورا بعدد الأجانب المقيمين بشكل فار فوق تراب الدولة بقدر ما يرتبط بوجود الدولة نفسها، خصوصا في العصر الحديث، حيث لا تستطيع أي دولة مهما بلغت قوتها ومكانتها وقدراتها الاقتصادية والبشرية والعلمية أن تنكفئ على نفسها وأن تعيش بمعزل عن بقية دول العالم، أو تغلق حدودها في وجه أي تعامل خارجي.

نتيجة لذلك، ومهما بلغ تشدد الدولة في دخول الأجانب وإقامتهم على أرضها، كما هو الشأن بالنسبة لمعظم دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، وكما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية؛ فإن هذا التشدد لم ولن يمنع من نشوء علاقات وروابط تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص، نظرا لانطواء تلك العلاقات والروابط على عنصر أجنبي يجعلها تتصل بأكثر من قانون دولة واحدة، فيجعلها بالتالي تثير مشكلة التنازع بين القوانين أو مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

وهكذا، يمكن أن يجد القاضي نفسه في مواجهة مشكلة من مشاكل تنازع القوانين، بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود أشخاص أجنبى على أرض الدولة التي يحكم باسمها، في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بأشخاص أجنبى يعتبرون مجرد عابرين بواسطة الطائرة أو القطار أو السيارة لإقليم دولة القاضي، وحدث أن تعرضوا هناك لأضرار مادية أو معنوية تستوجب المساءلة طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، أو أبرموا عقوداً أو تصرفات قانونية فورية نشأت عنها منازعات وخصومات، كما لو تناول العابر الأجنبى، في المطار أو محطة السكك الحديدية أو محطة لتوزيع البنزين، مأكولات سببت له أضراراً جسيمة أو مؤثرة على صحة الإنسان.

ومن الممكن أيضاً أن تجابه القاضي الوطني مشكلة من المشاكل التي تتكفل بمعالجتها قواعد القانون الدولي الخاص، وعلى الرغم من ضآلة عدد الأجنبى الموجودين في دولته، في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بمواطن من مواطني دولة القاضي دخل في علاقة قانونية مع أشخاص آخرين ينتمون بجنسياتهم إلى دولة أو دول أخرى، كما لو تزوج، أو استدان، أو أتى فعلاً نافعا، أو ارتكب عملاً ضاراً، أو عقد تصرفاً قانونياً مما تقتضيه حرفته أو تجارته أو هوايته، أثناء وجوده في دولة أجنبية، إما بقصد السياحة، أو الاستشفاء، أو طلب العلم.

والأهم من ذلك كله، أن علاقات القانون الدولي الخاص لم تعد تقتصر، في الآونة الراهنة، على الروابط والتصرفات التي تقوم بين الأشخاص العاديين الذين يتصرفون بشكل فردي يجعل التصرف القانوني يقتصر على علاقات الزواج، والطلاق، والنسب، والوصية، والميراث، والعقود المدنية العادية؛ بل أصبحت علاقات القانون الدولي الخاص تقوم، بالإضافة إلى صورها التقليدية، على أوضاع وروابط تدخل فيها معظم

الهيكل القانونية التي تتخذ شكل شركات تتولى، في دولة القاضي، تمثيل شركات عالمية عملاقة، إما عن طريق التمثيل أو الترخيص، أو التوكيل، خاصة في ميادين تسويق السيارات، أو ترويج الآلات والمعدات الإلكترونية أو الكهربائية المنزلية، أو إعادة إنتاج مواد التنظيف ومستحضرات التجميل والصحة.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن روابط القانون الدولي الخاص باتت تدخل فيها الدولة نفسها، باعتبارها طرفا يساوم، ويناقد، ويتفاوض بشأن مختلف العقود التي كانت مقصورة على الأشخاص الخواص، وفي مقدمتها عقود القرض، والاستثمار، والتنقيب عن مختلف المواد الأولية، كالبتروول والفسفاط والمعادن المختلفة، بل وتسير كثيرا من المرافق الاجتماعية الحيوية، كالنقل، وتوزيع الماء والكهرباء، وتسيير الفنادق وإقامة المؤسسات السياحية، بحيث بدأنا نجد الدولة في هذه الأنواع المختلفة من الروابط تنفق كما تنفق الأفراد العاديون على تحديد القانون الواجب تطبيقه، وبيان الهيئة المختصة بالنظر في النزاع، وعلى المسطرة الواجب اتباعها، وعلى الأجل والشروط الجزائية مما كان يقتصر في الأصل على الأفراد.

من هنا نستخلص أن أهمية قواعد القانون الدولي الخاص لا ترتبط حتما بضخامة أو ضآلة عدد الأجانب الموجودين داخل الدولة بقدر ما ترتبط بوجود الدولة نفسها وبمدى تأثيرها وتأثرها في حقل العلاقات الدولية.

وإذا علمنا أن المملكة المغربية عضو في هيئة الأمم المتحدة، وعنصر نشيط على الصعيد الدولي، باعتباره أحد الركائز الأساسية في اتحاد المغرب العربي، له كلمته المسموعة في مؤتمر القمة الإسلامي وعلى الساحة الإفريقية؛ أمكننا حينئذ أن نتصور أن حاجة المغرب لقواعد القانون الدولي الخاص لن تتوقف عند حد صياغة القواعد والأحكام المتعلقة

بالجنسية والوضع المدنية للأجانب، تلك القواعد والأحكام التي تتعلق أساسا بتنظيم عنصر السكان في الدولة، بل إن حاجة بلادنا لقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي لا تقل أهمية، وحيوية، وضرورة، اعتبارا لأن الدستور المغربي المصادق عليه بموجب استفتاء 13 شتنبر 1996 يتكفل بضمان حقوق الإنسان بالشكل المتعارف عليه على الصعيد العالمي، ومن بينها حقوق الأجانب في أن تطبق عليهم قوانينهم الوطنية خاصة في مجال الأحوال الشخصية.

الفصل الأول

الحالة والأهلية

نصت المادة الثالثة من ظهير الوضع المدنية للأجانب بالمغرب على ما يلي² :

"تخضع حالة وأهلية الأجانب لقوانينهم الوطنية"³

2 - سواء كانت واردة في نصوص تدرج في نطاق القوانين الجوهرية أو الموضوعية، مثل مدونة الأحوال الشخصية والنصوص المرتبطة بها والمصادر التكميلية لها، أو كانت واردة في إطار بعض القوانين التي تدخل في عداد القواعد الشكلية أو الإجرائية، كما هو الشأن بالنسبة لقانون المسطرة المدنية أو غيره من القوانين ذات الطبيعة المسطرية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بميدان الأحوال الشخصية، وعلى سبيل المثال: "أفرد قانون المسطرة المدنية فصولا عديدة للإجراءات المتعلقة بالأهلية... ولكن يلاحظ أن كثيرا من هذه النصوص ليست ذات طبيعة إجرائية محضة، بل هي في حقيقتها قواعد موضوعية تولف إلى جانب القواعد المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية... نظام الأهلية المطبق على المغاربة".

- محمد الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 47 و 48

3 - ورد النص على هذه القاعدة، أيضا، في الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي، المؤرخة ب 10 غشت 1981، إذ بمقتضى المادة الأولى منها: "تخضع حالة وأهلية الأشخاص الذاتيين لقانون الدولة التي يحملون جنسيتها". = =

الفرع الأول

الحالة

يقصد بالحالة⁴ : مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته، وهي صفات تقوم على أسس من الواقع، كالسن والذكورة والأنوثة والصحة، أو على الأسس من القانون، كالزواج والحدود الجنسية⁵. وانطلاقاً من المادة الثالثة المذكورة، تتحدد حالة الشخص بمقتضى قانونه الوطني، أي قانون الدولة التي يحمل جنسيتها.

وتجدر الإشارة إلى أن حالة الشخص تحتل معنيين، فقد يقصد بها الحالة العامة أو السياسية، وقد ينصرف مدلولها إلى الحالة الخاصة أو المدنية؛ فالحالة العامة أو السياسية تفيد الرابطة القانونية والسياسية التي تجمع الفرد بدولة معينة، وهي رابطة الجنسية التي تستقل فيها كل دولة بنقيرير الأحكام والقواعد التي تحدد بمقتضاها الأشخاص الذين يعتبرون مواطنين تابعين لها. وكل من لا تشمله تلك الأحكام والقواعد يعتبر أجنبياً يتعين الرجوع في تحديد جنسيته إلى قانون الدولة التي يدعي أنه ينتمي إليها.

= = كما ورد النص عليها في المادة الثانية من مشروع إصلاح ظهير الوضعية المدنية لسنة 1966، وكذلك في المادة الثانية من ظهير فاتح يونيه 1914 الذي كان العمل به جارياً في المنطقة السابقة للحماية الإسبانية، وبموجبها.

4 - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، الجزء الأول، ص. 242، وكذلك الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الأردني، الجزء الأول، مطبعة التوفيق، عمان، 1976، ص. 43.

5 - انظر أيضاً ما جاء في كتاب المرشد في ميدان الحالة المدنية، الصادر عن وزارة الداخلية المغربية من أن "الحالة المدنية هي مجموعة من الأوصاف التي تحدد نصيب الشخص من الحقوق والواجبات إزاء باقي أفراد المجتمع والسلطة العامة".

وإذا كان تحديد تمتع الشخص بالجنسية أو عدم انتمائه إليها يدخل في اختصاص قضاء الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته⁶؛ فإن اختصاص القاضي الوطني ينحصر في قبول أو رفض الوثائق المتعلقة بإثبات التمتع بالجنسية الأجنبية، كخطوة تقود إلى تطبيق قانون أجنبي معين في مجال الحالة، على اعتبار أن القواعد القانونية المتعلقة بالجنسية لا تدخل في نطاق القواعد التي يمكن أن ينشأ عنها تنازع بين القوانين⁷، فمن المسلم به أن التنازع بين القوانين إنما ينشأ بين قانونين أو مجموعة من القوانين التي تندرج في فئة القانون الخاص⁸ وبالتالي إذا حدث ووجد القاضي نفسه إزاء شخص تتنازع بشأنه جنسيات متعددة، فإن التنازع، في مثل هذه الحالة، لا يكون قائما بين قوانين الجنسية، وإنما بين الجنسيات نفسها، وهو تنازع يرجع في معالجته، لا إلى قواعد إسناد خاصة بها، بل إلى تقنيات فنية أخرى، منها ترجيح جنسية دولة القاضي، إذا كانت من بين الجنسيات المتنازعة، ومنها تطبيق نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية⁹، ومنها أخيرا أعمال قانون الموطن أو

6 - راجع قرار محكمة الاستئناف بمكناس، المؤرخ ب 5 أبريل 1977، مجلة القضاء والقانون، العدد 128، يوليو 1978، ص. 225، الذي صرحت فيه بما يلي: "الجنسية مظهر من مظاهر السيادة الدولية، وان تصريح القضاء بانتساب شخص ما إلى جنسية بلد آخر يكون مساسا بسيادة ذلك البلد الذي يختص وحده بالاعتراف بجنسيته لذلك الشخص أو إنكارها عليه".

7 - عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، فقرة 79، ص. 205.

8 - جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، فقرة 316، ص. 407.

9 - انظر القرار المؤرخ ب 13 أبريل 1989 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي أعلنت فيه: "إن القانون الواجب التطبيق في حالة الهالك المتعدد الجنسية هو قانون جنسيته الفعلية".

يحدد حكم محكمة العدل الدولية، الصادر في قضية نوتبوم، بتاريخ 16 أبريل 1956، معايير الجنسية الفعلية، بأنها الجنسية التي تتفق مع الواقع، وتقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسيته، مع الاستعانة في ذلك بموطن الفرد، ومقر مصالحه، وروابطه العائلية، واشتراكه في الحياة العامة للدولة، ورغبته في الارتباط بدولة معينة" (مجلة المحاكم المغربية العدد، 64-65، يناير - أبريل 1992، ص. 130).

محل الإقامة بشأن حالة وأهلية الشخص، إذا كان التنازع بين الجنسيات سلبيا أي إذا كان الشخص عديم أو مجهول الجنسية، بحيث لا تعترف أي دولة بانتمائه إليها عن طريق رابطة الجنسية¹⁰.

أما الحالة المدنية أو الحالة الخاصة، فتعني "مجموعة الصفات اللصيقة بالشخص والتي تحدد مركزه في العائلة"¹¹.

والحالة المدنية أو الخاصة هي التي قصدتها المادة الثالثة من ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب وهي التي يرجع في شأنها إلى قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها¹². وهي التي يمكن أن يثار بشأنها تنازع القوانين الذي تتم معالجته بمقتضى قاعدة الإسناد المقررة في هذا الخصوص.

وتدخل ضمن الحالة المدنية، فكرة الموطن، التي وإن كانت تضطلع بأدوار مختلفة باختلاف المجالات التي تندرج في نطاق القانون الدولي الخاص، كالجنسية، ومركز الأجانب، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي؛ فإنها في ميدان تنازع القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية تشغل مكانة هامة، اعتبارا لأنها قد تصبح المعيار الوحيد المعول عليه، إذا كان الشخص

10 - وتطبيقا لذلك، أعلنت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، في قرار بتاريخ 16 دجنبر 1980 "إن مقتضيات ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب تطبق في حق من "لا وطن له"، المجلة المغربية للقانون، العدد الأول، 1986، ص.52.

11 - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، الأسكندرية، 1955، فقرة 402، ص. 535.

12 - راجع المادة 33 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمادة 10 من القانون المدني الجزائري التي قضت بأنه "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص... على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية".

لا يحمل جنسية دولة معينة، طبقا للاتجاه السائد في التشريع والقضاء والفقهاء¹³، أو إذا كان الشخص من فئة اللاجئيين، وفقا لما نصت عليه المادة 12 من معاهدة جنيف لسنة 1951 التي صادق عليها المغرب سنة 1955، هذا بالإضافة إلى أن فكرة الموطن يمكن أن تشكل عاملا مساعدا إلى جانب فكرة الجنسية، كما حدث في الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، وكما تم في الإصلاحات التي أدخلها المشرع الفرنسي، سواء في سنة 1971 أو في عام 1975 على قانون الأسرة.

ويبدو أن الاعتبارات السابقة هي التي دفعت المشرع المغربي، في قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 إلى الأخذ بالتصور السائد في كل من الفقه الإسلامي والقانون الألماني، وهو التصور الذي ينظر إلى الموطن نظرة واقعية فعلية، فلا يعتبر الموطن بالتالي مجرد تصور أو فكرة مجازية تشريعية.

وبناء على ذلك، يقرر المشرع المغربي أن توفر الشخص على موطن يعتبر حقا من الحقوق المدنية التي يتمتع بها الفرد¹⁴.

وفي هذا المعنى، يقول أحد الباحثين المختصين:

"بوجه عام، بالنسبة لتنازع القوانين في المغرب، يتعين، في مجال الموطن، تطبيق القانون الوطني للمعنيين بالأمر، وفقا للمادة الثالثة من ظهير

13 - راجع اتفاقية نيويورك لسنة 1954 المتعلقة بحماية الأشخاص عديمي الجنسية.

14 - راجع المواد 512 وما بعدها من قانون المسطرة المدنية الصادر بموجب ظهير 28 شتنبر 1974.

الوضعية المدنية. ومن حيث المبدأ ينبغي النظر إلى المواطن بوصفه مسألة تتعلق بحالة الأشخاص¹⁵.

كذلك من بين العناصر التي تدخل في فكرة الحالة المدنية عنصر الاسم، الذي يمثل مظهرا من المظاهر المميزة للشخص، والدالة عليه. وهو بهذه الصفة يخضع للقانون الوطني للشخص "فالاسم وكل ما يتعلق به من كنية ولقب وألقاب شرفية، تخضع للقانون الشخصي"¹⁶.

ولعل اعتبار الاسم، بمعناه الواسع، من جملة العناصر المكونة للحالة المدنية للفرد، لا يثير أي إشكال في نطاق القانون المغربي الذي يعتبر الاسم من البيانات الجوهرية التي يتعين قيدها في سجلات الحالة المدنية المغربية، سواء بمقتضى المادة 23 (المعدلة) من ظهير 4 شتبر 1915 أو بموجب المادة 26 (المعدلة) من قانون الجنسية المغربية.

ولا يقتصر سريان القانون الوطني للفرد على حقه في حمل اسم معين يتميز به، ولا على كيفية تركيبه فحسب، وإنما يمتد إلى حق الشخص في تغيير اسمه.

15 - دوكرو، القانون الدولي الخاص، وفي نفس المعنى : موسى عبود، دروس في القانون الدولي الخاص، ص. 199.

16 - موسى عبود، المرجع السابق، ص. 199. وانظر ما قرره المشرع الألماني، في القانون المؤرخ في 25 يوليوز 1936، الذي نصت المادة العاشرة منه على أن "اسم الشخص يخضع لقانون الدولة التي هو من رعاياها". وفي نفس الاتجاه، راجع الفقرة الثالثة من القانون الاتحادي النمساوي، المؤرخ ب 15 يونيو 1978 المتعلق بالقانون الدولي الخاص، التي جاء فيها ما يلي:

"يتعين تقدير حمل الشخص لاسم معين بناء على قانونه الشخصي الحالي، وبصرف النظر عن السبب الذي اكتسب بموجبه الاسم".

وفي هذا الصدد، قرر القضاء المغربي أنه : "يعتبر تجاوزا لحدود السلطة : قضاء المحكمة بتغيير الاسم الشخصي والاسم العائلي لشخص أجنبي، إذا كان أمر اتخاذ هذا القرار هو من اختصاص سلطة رسمية أجنبية"¹⁷.

وعلى هذا الأساس، يكون القضاء المغربي قد اتبع الاتجاه الذي سار فيه القضاء الفرنسي¹⁸ مخالفا بعض التصورات التي تعتبر تغيير الاسم من جملة الاجراءات التي تخضع للقانون الاقليمي، استنادا إلى أن "تغيير الاسم قد يمس مصالح الغير، ويقتضي الأمن المدني في الدولة أن تحاط مصالح الغير بضمانات تحقيقا للطمأنينة في المعاملات"¹⁹.

الفرع الثاني

الأهلية

علاوة على المادة الثالثة من ظهير الوضعية المدنية للأجانب، قرر المشرع المغربي إسناد الأهلية للقانون الوطني للشخص، وذلك بمقتضى المادة 3 من ظهير 12 غشت 1913 المكون لقانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها ما يلي :

17 - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 28 فبراير 1968، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العددان 14/13، 1983، ص.129.

18 - انظر، على سبيل المثال، حكم محكمة باريس، 26 يناير 1963، المصنف الدوري، 1963، 2، 13118، وأيضا حكمها الصادر بتاريخ 3 مارس 1972، دالوز - سيراي، ص. 440.

19 - محمد كمال فهمي، المرجع السابق، فقرة 403، ص. 536، والاتجاه المشار إليه في المتن هو الذي أخذ به المشرع النمساوي، في القانون الاتحادي الصادر بتاريخ 15 يونيو 1978 الذي نصت المادة 13 منه على أن "حمل اسم الشخص يتعين تحديده وفقا لقانون أحواله الشخصية الحالي، بغض النظر عن سبب اكتساب الاسم، وتخضع حماية الاسم لقانون الدولة التي ارتكب فيها الفعل الضار بالاسم".

"الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص أهل للالتزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".
من المعلوم أن الأهلية تنقسم إلى نوعين، أهلية وجوب وأهلية أداء؛ فالأولى تعني صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات. وتثبت للفرد بمجرد ثبوت الشخصية القانونية له، وهي تبتدئ منذ أن يكون الإنسان جنينا في بطن أمه وتنتهي بعد وفاته.

ومن الملاحظ أن الخلاف لا يزال قائما حول القانون الذي يتعين أن تخضع له أهلية الوجوب؛ ففي الوقت الذي يعتقد فيه البعض أن القانون المذكور يتمثل في القانون الإقليمي²⁰، يقرر البعض الآخر أن القانون الذي تخضع له أهلية الوجوب يختلف باختلاف مضمون الفكرة المسندة التي ينضوي تحت لوائها الحق المراد التمتع به²¹، في حين تقضي بعض التشريعات الوضعية بأن "تخضع أهلية الوجوب.. عند الشخص الطبيعي للقانون الوطني"²².

ويبدو أن الرأي الصواب هو الذي يجعل أهلية الوجوب خاضعة للقانون الوطني للشخص، اعتبارا لأن الأهلية تشكل، دون أدنى ريب، جزءا

20 - عز الدين عبد الله، المرجع السابق، الجزء الثاني.

21 - لوسوارن ويوريل، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دالوز الوجيز، باريس، 1978، ص.372. وانظر هشام خالد، دروس في تنازع القوانين، ملقا بكلية الحقوق التابعة لجامعة طنطا، ج.م.ع. دون بيان مكان وتاريخ الطبع، ص.176، حيث يقرر أن "حق الشخص في أن يوصي يدخل في فكرة الوصية، ويحكمه قانون جنسية الموصى وقت الوفاة، وحقه في أن يرث يخضع لقانون جنسية المورث، وحق الشخص في أن يمتلك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية أي قانون موقع المال، وحق الزوج في أن يتزوج ثانية يخضع لقانون جنسيته، وهو ما يتضح منه أن أهلية الوجوب ليست فكرة مستقلة تخضع لقانون واحد".

22 - المادة التاسعة من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة 1965.

من الأحوال الشخصية التي يسري عليها قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها، وعلى أساس أن المشرع، عندما يتحدث في قاعدة الإسناد عن الأهلية، ويجعلها محكومة بالقانون الوطني للشخص، لا يميز بين أهلية الوجوب وبين أهلية الأداء، هذا بالإضافة إلى أن جعل القانون الذي تخضع له أهلية الوجوب يختلف باختلاف مضمون الفكرة المسندة التي يندرج في إطارها الحق المراد التمتع به، يخرج أهلية الوجوب من نطاقها الشخصي البحث، فيجعلها شبيهة بغيرها من الفكرة المسندة العينية التي لا تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، كما أنه يؤدي إلى الخلط بين أهلية الوجوب التي تفيد قدرة الشخص على التمتع بالحق وبين أهلية الأداء التي تعني القدرة على عقد التصرف، كالإيضاء، والتملك، والتزوج. وأخيرا فإن اعتبار أهلية الوجوب تخضع لقانون يختلف باختلاف مضمون الفكرة المسندة التي يدخل في نطاقها الحق المراد التمتع به يؤدي إلى نفس النتيجة، تقريبا في جميع الأحوال والفروض المتعلقة بالأحوال الشخصية، ذلك أن حق الإيضاء، والتزوج، والإرث، هي حقوق يسري عليها، في نطاق أنظمة القانون الدولي الخاص المعمول بها في البلاد العربية الإسلامية، قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها، وهو القانون الذي تخضع له الأهلية.

وبناء على ذلك، يتعين القول بأن أهلية الوجوب تخضع، في القانون الدولي الخاص المغربي، للقانون الوطني للشخص، وهو ما ذهب إليه الفقه المغربي الحديث، الذي يرى أن "أهلية التمتع هي التي عناها الفصل الأول والثاني من ظهير وضعية الأجانب وإخضاعها للقانون الوطني، حين نصا على أن الفرنسيين والأجانب يتمتعون في المغرب بجميع الحقوق الخاصة التي يعترف لهم بها قانونهم الوطني"²³.

أما أهلية الأداء أو التصرف، فتعني صلاحية أو قدرة الشخص على التحمل بالالتزامات، أي على صدور التصرفات الإرادية عنه.

ومن الملاحظ أن المادة الثالثة، المشار إليها من قبل، قد جاءت بصيغة عامة مطلقة، بحيث لم تميز بين الأهلية العامة وبين الأهلية الخاصة، ولم تحدد نوع أهلية الأداء المقصودة في مجال التنازع بين القوانين.

ولا شك أن الأهلية الخاصة التي تعني حظر بعض الأنواع من التصرفات، حماية للائتمان والمعاملات²⁴ لا تدخل في نطاق الفكرة المسندة المنصوص عليها في المادة الثالثة السابقة الذكر، على أساس أن الأهلية المقصودة هنا، وهي الأهلية العامة، يتركز محورها حول التمييز، ويتمثل غرضها في حماية الشخص نفسه من بعض التصرفات التي لا يدرك خطورتها، إما لصغر سنه أو لإصابته بعارض من عوارض الأهلية.

وعلى هذا الأساس، يظهر أن قضاة الموضوع كانوا على صواب، خلافا للمجلس الأعلى، عندما قضوا بأن إبطال عقد البيع، بسبب مرض الموت، يخضع للقانون المحلي، وهو القانون المغربي، الذي أبرم في ظله عقد بيع عقار موجود في المغرب، اعتبارا لأن عيوب الرضى، ومنها "حالات المرض والحالات المشابهة لها"²⁵ لا تدخل في نطاق الأهلية وإنما تتدرج ضمن أركان العقد²⁶.

24 - مثل منع إبرام الشركة بين الأب وابنه الخاضع لولايته، ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع بشأنها، ومنع وصية المريض للطبيب الذي كان يعالجه قبل الوفاة، واشتراط حصول المرأة على إذن زوجها لممارسة التجارة.

25 - المادة 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

26 - راجع محمد الوكيل، "الطعن في أهلية المتعاقد الأجنبي" تعليق على قرار للمجلس الأعلى، بتاريخ 1982/4/13، مجلة القضاء والقانون، العدد 137/136، يوليو 1986، ص. 131.

وعليه، فإن الأهلية المقصودة في هذا المجال، وهي الأهلية العامة، يسري عليها القانون الشخصي، في حين تخضع الأهلية الخاصة للقانون الذي يحكم النزاع، وهو القانون المحلي بصرف النظر عن اتصال الرابطة القانونية بقانون أجنبي آخر.

الأهلية العامة، إذن، هي التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة، وتخضع بالتالي لقانون جنسية الشخص، وهذا القانون هو الذي يحدد مدى تأثر أهلية الفرد بالسن، وهل هو راشد أو ناقص الأهلية أو عديمها، ومدى قدرة ناقص الأهلية على عقد التصرفات المختلفة، والجزاء المترتب على مباشرة التصرف رغم عدم توافر الأهلية اللازمة، كما يرجع إلى القانون المذكور لمعرفة ما يتعلق بعوارض الأهلية، كالجنون والسفه والغفلة، ومدى ما يترتب على كل منها من آثار. كما وتخضع للقانون الشخصي موانع الأهلية التي تترتب على العاهة أو الغيبة المقررة بموجب حكم قضائي.

وهناك جدل واسع يدور، في نطاق الفقه والقضاء، حول ما إذا كانت عيوب الرضى تشكل جزءا من فكرة الأهلية فتخضع بالتالي للقانون الشخصي، شأنها في ذلك شأن الأهلية، أم أن العيوب التي تصيب الإرادة تستقل عن الأهلية تمثل ركنا مستقلا من الأركان التي يقوم عليها العقد أو الالتزام، ونتيجة لذلك تخرج من دائرة القانون الشخصي فيحكمها قانون آخر يتمثل على الأغلب في القانون الذي يسري على العقد، وهو يتمثل، كقاعدة عامة، في القانون المختار من قبل الأطراف.

وكما تقدمت الإشارة إلى ذلك، اختار المجلس الأعلى التصور القضائي باعتبار عيوب الرضى جزءا من فكرة الأهلية، وقرر نقض حكم محكمة الموضوع، حين قضت بإبطال عقد بيع عقار موجود في المغرب، ثبت أن البائع أبرمه أثناء مرض الموت، مؤاخذا المحكمة المذكورة لكونها

لم ترجع إلى القانون الشخصي للبائع، على أساس أن الأمر يتعلق، في نظر المجلس الأعلى، بمسائل تتصل بالأهلية وكان من اللازم، في رأي المجلس المذكور، الرجوع بشأنها إلى القانون الفرنسي، وهو القانون الوطني للبائع.

وقد لقي الاجتهاد الصادر عن المجلس الأعلى ردود فعل معارضة من قبل الفقه، عابت على المجلس التوسع المبالغ فيه الذي أعطاه لفكرة العقد الدولي في هذه النازلة، ذلك أن المجلس الأعلى اعتبر العقد عقدا دوليا، بالرغم من أن الصفة الأجنبية للرابطة القانونية، موضوع النزاع، إنما جاءت من الجنسية الأجنبية للبائع، في حين كانت كل العناصر الأخرى وطنية، أي مغربية صرفة، وفي مقدمتها موقع العقار، ومكان إبرام العقد، ومكان التنفيذ، وجنسية الأطراف الآخرين كما نبهت تلك الردود الفقهية إلى أن الاتجاه الذي سار فيه المجلس الأعلى لم تكن تجرؤ على الأخذ به حتى المحاكم أثناء عهد الحماية الفرنسية بالمغرب، حيث كانت لا تعتبر العقد ذا صبغة دولية لمجرد وجود طرف أجنبي فيه، وإنما كانت تعتد في ذلك على مجموعة من المعايير الموضوعية السليمة.

الفرع الثالث

تحديد القانون الشخصي

بمقتضى قاعدة الإسناد المغربية، تخضع الحالة والأهلية، إذن، للقانون الوطني للشخص، أي لقانون الأحوال الشخصية الجاري به العمل في الدولة التي ينتسب إليها المعني بالأمر عن طريق رابطة الجنسية، وهو القانون الذي يطلق عليه "القانون الوطني" كما يسمى بصورة أكثر دقة وأبلغ تحديدا "القانون الشخصي"، اعتبارا لأن التسمية الأخيرة تؤكد على الطبيعة الشخصية للقانون المختص في هذا المجال، كما تشير إلى السند الذي جعله مختصا، وهو جانب الأحوال الشخصية.

ومن حيث المبدأ، يتميز القانون الشخصي الواجب تطبيقه في مجال الحالة والأهلية بأنه قانون محدد، يسهل البحث عنه والرجوع إليه، إذ أنه بالنسبة لنظم القانون الدولي الخاص المستمدة من النسق اللاتيني، يتمثل في قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها، بمعنى أن هذا الأخير إذا كان ألمانيا كان القانون الشخصي هو القانون الألماني، وإذا كان فرنسياً كان القانون الشخصي هو القانون الفرنسي، وهكذا دواليك.

ومع ذلك، قد يجد القاضي نفسه، أحياناً، في مواجهة بعض الحالات التي يعسر عليه فيها تحديد القانون الشخصي، نتيجة لصعوبة تحديد الجنسية التي ينتمي إليها المعني بالأمر، وتكون هذه الصعوبة ناشئة عن كون هذا الأخير لا يحمل جنسية معينة أو معروفة على أساسها يتأتى بيان القانون الشخصي المختص، كما يمكن لتلك الصعوبة أن تنجم عن كون الشخص المذكور يتمتع بجنسيتين أو بجنسيات متعددة، وفي آن واحد، الأمر الذي يفرض بداية بيان النظام القانوني الذي يتعين أن يرتبط به مثل هذا الشخص، قصد الوصول إلى القانون الشخصي الذي يحكم حالته وأهليته، وأخيراً يمكن أن تتولد الصعوبة من كون المعني بالأمر يحمل فعلاً جنسية دولة معينة، ولكن الدولة المذكورة يجري فيها العمل بعدة قوانين للأحوال الشخصية، يقتضي الوصول إلى القانون الشخصي المختص من بينها الاعتماد على بعض المعايير الأخرى، مثل معيار الديانة أو معيار الموطن.

المبحث الأول

انعدام الجنسية

بالنسبة للحالة الأولى، أي حالة الشخص الذي ليست له جنسية محددة أو معروفة، يلاحظ أن الاتجاه الذي لا يزال سائداً، في التشريع والقضاء

والفقه، يذهب إلى تحويل القاضي المعروض عليه النزاع الاختصاص في تحديد القانون الواجب تطبيقه، وإن كان الغالب هو أن يتمثل القانون المختص، في مثل هذا الحال، في قانون الدولة التي يوجد فيها موطن المعني بالأمر، وإن لم يكن له موطن وجب الاعتماد على قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامته، حتى إذا كان لا يتوفر على موطن ولا على محل إقامة، تعين حينئذ تطبيق قانون الدولة المعروض على محاكمها النزاع.

وقد كان التشريع المغربي يأخذ بهذا الاتجاه السليم، في المادة الرابعة من قانون 1924 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب بمنطقة طنجة، وبمقتضاها:

"في حالة الجهل بالجنسية، يخضع الأجنبي، بالنسبة لكل ما يتعلق بحالته وأهليته، للقانون الذي تعتبره محكمة طنجة الدولية مختصا تبعا لظروف النازلة".

ولكن المشرع المغربي، بمقتضى قانون التوحيد والتعريب والمغربة لسنة 1965، قرر إلغاء العمل بالنص السابق والاستمرار في تطبيق النص الذي كان العمل جاريا به في المنطقة السابقة للحماية الفرنسية، وهو ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية الذي تنص المادة الخامسة منه على ما يلي:

"يخضع الأجنبي الذي ليست له جنسية معروفة، بالنسبة لكل ما يتعلق بحالته وأهليته، للقانون الفرنسي".

وبغض النظر عن الظروف السياسية والتاريخية والحضارية التي أفرزت هذا النص ونظيره المطابق له الذي كانت تنص عليه المادة الرابعة من ظهير فاتح يونيه 1914 المتعلق بالوضعية المدنية للإسبانيين والأجانب

بالمنطقة السابقة للحماية الإسبانية؛ فإن الفقه المغربي²⁷، بعد الاستقلال، لم يأبه لما ورد في المادة الخامسة من ظهير الوضعية المدنية، كما أنه استنكر التمييز في المعاملة بين اللاجئ وعديم الجنسية، ودعا إلى الأخذ بالمبادئ الواردة في اتفاقية نيويورك لسنة 1954، التي تؤكد على وجوب تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، بالنسبة للأشخاص الذين ليست لهم جنسية أصلاً أو ليست لهم جنسية معروفة²⁸.

المبحث الثاني

تعدد الجنسيات

لا ريب أن تحديد القانون الشخصي، بالنسبة للشخص الذي تزدهم عليه جنسيتان أو عدة جنسيات، في آن واحد، يكتسي أهمية جوهرية؛ إذ لا يمكن جعله خاضعاً، بالنسبة لحالته وأهليته، لأكثر من قانون واحد، هو قانون الدولة التي ينتمي إليها حقيقة وبصورة فعلية. لذلك يسير الاتجاه الغالب على القول بأن القاضي المعروض عليه النزاع هو الذي يعود إليه أمر تحديد القانون الشخصي الذي يخضع له الفرد الذي يحمل أكثر من جنسية واحدة.

27 - راجع، في هذا الشأن، بصفة خاصة: محمد الوكيل، دروس في القانون الدولي الخاص، مطبوعة على الراقنة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1996/95، ص. 46. حيث يقول: "أما الشخص عديم الجنسية، فإنه يخضع لقانون الأحوال الشخصية المغربي، وليس للقانون الفرنسي، كما هو مذكور في الفصل 5 من ظهير 12 غشت 1913 الذي أصبح غير ذي قيمة اليوم".

28 - وعلاوة على ذلك، تجب الإشارة إلى أن مشروع إصلاح ظهير الوضعية المدنية للأجانب، الذي نشره الراحل دوكرو، سنة 1963، تضمن حكماً يسير في نفس الاتجاه، نصت عليه المادة الرابعة من المشروع المذكور، وبمقتضاها:

"في حالة انقضاء جنسية معروفة، يخضع الأجنبي، في كل ما يتعلق بحالته وأهليته، للقانون المغربي".

وفي هذا المجال، نصت المادة الرابعة من ظهير الوضعية المدنية على ما يلي:

"في حالة ما إذا كان الشخص يحمل في آن واحد، بالنسبة لعدة دول أجنبية، جنسية كل واحدة منها، تعين على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحدد قانون الأحوال الشخصية الواجب التطبيق".

ويستنتج من النص المتقدم أن الشخص الذي يحمل أو يدعي أو تثبت بالنسبة له عدة جنسيات إنما يربط بجنسية واحدة، بحيث يتعين اعتباره لا ينتمي إلا إلى جنسية واحدة من بين الجنسيات المتركمة عليه، فيكون قانون الدولة التي تم ربطه بها هو القانون الواجب تطبيقه عليه بالنسبة لحالته وأهليته.

ومن الجدير بالذكر أن أمر تحديد الجنسية التي ينتسب إليها الشخص، في هذا الحال، يرجع إلى قاضي الموضوع الذي يتعين عليه أن يستأنس في هذا التحديد ببعض العناصر والمعطيات الموضوعية التي ينبغي له أن يبينها بوضوح وبشكل مقبول.

وقد انتهى الاتجاه السائد، في التشريع والقضاء والفقه، إلى أن الشخص الذي يحمل أكثر من جنسية واحدة يتعين أن يعتبر منتسبا إلى جنسية الدولة التي على أساسها يتصرف في حياته العامة والخاصة، وهي التي تعرف بالجنسية الفعلية أو الواقعية.

لكن، وكما هو الشأن في حالة النزاع بين الجنسيات، إذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتركمة على الشخص الواحد، وجب صرف النظر عن مختلف الجنسيات الأخرى والاعتداد فقط بجنسية

دولة القاضي، بحيث يعامل الشخص على أساسها وحدها، في كافة الأحوال ومن جميع الوجوه²⁹.

وهكذا، إذا فرضنا أن النزاع المعروض على القاضي المغربي يتعلق برابطة من الروابط الشخصية، كالزواج والطلاق والنسب، تهم شخصا ينحدر من أب مغربي وأم فرنسية، وكان الشخص المذكور مزدادا في دولة تسند فيها الجنسية بناء على مجرد الولادة فيها، فإن مثل هذا الشخص يتعين أن يعتبر، في نظر القاضي المغربي، لا يحمل إلا الجنسية المغربية، ولا يعامل في المغرب إلا على أساسها ومن كافة النواحي، بمعنى أن أي رابطة من روابطه الشخصية ينبغي أن تقاس صحتها على ضوء القانون المغربي.

وعلى الرغم من أن بعض الاجتهادات القضائية³⁰، في فرنسا، حاولت أن تخرج عن نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية، عن طريق ما سماه بعض الباحثين فكرة "المقترَب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات"، إلا أن الاجتهادات المذكورة لم يكتب لها النجاح؛ إذ سرعان ما عدلت عنها محكمة النقض الفرنسية نفسها.

29 - انظر، على سبيل المثال، ما ورد في القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم

العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، الذي نصت المادة 70 منه على ما يلي:

"يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد،

على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد، بالنسبة إلى الكويت، الجنسية الكويتية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، يطبق عليهم القانون الكويتي".

30 - للمزيد من التفاصيل، راجع حكم محكمة الدرجة الكبرى بباريس، المؤرخ ب 27 شتبر 1990، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1992 ص. 91 وتعليق ايف لوكت. والترجمة العربية التي أنجزناها بالنسبة للحكم والتعليق المذكورين في مجلة "الملحق القضائي".

المبحث الثالث

الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع

هناك حالة ثالثة، ترتبط بمسألة تحديد القانون الشخصي، وفي نطاقها يجد القاضي نفسه في مواجهة شخص لا يحوم الشك حول جنسيته ولا تزدهم عليه أكثر من جنسية واحدة، بل يكون شخصا أجنبيا يحمل جنسية محددة وثابتة، ولكن النظام القانوني للدولة التي ينتسب إليها يتضمن أكثر من قانون واحد من قوانين الأحوال الشخصية التي يختلف سند تطبيقها بالنسبة لمواطني الدولة المذكورة باختلاف الأسس التي يبنى عليها اختصاص كل قانون من قوانين الأحوال الشخصية الجاري بها العمل داخل الدولة نفسها.

وتشمل هذه الوضعية كثيرا من الدول، في الأونة الراهنة، خاصة منها تلك التي تتعدد فيها الشرائع الشخصية، ويكون هذا التعدد راجعا إلى تنوع واختلاف الديانات أو إلى تنوع واختلاف المذاهب الدينية بالنسبة للديانة الواحدة وداخل نفس الدولة. ومن الأمثلة البارزة التي يمكن تقديمها في هذا الخصوص دولة لبنان، حيث تتعايش الديانة الإسلامية والديانة المسيحية، وحيث يتوزع أفراد الديانة الواحدة إلى طوائف دينية ومذاهب ملية مختلفة، وهو وضع نجده، وإن بصورة أقل حدة وبروزا، في كل من مصر وسوريا والسودان.

كما تشمل هذه الوضعية بعض الدول التي لا يبنى فيها اختصاص القانون الشخصي على أساس الديانة التي يعتنقها الفرد أو الطائفة الملية التي ينتسب إليها، وإنما يقوم بناء على اعتبار آخر، مثل الاستقرار أو الانتساب إلى إقليم أو ولاية من الولايات التي تتألف منها الدولة التي ينتسب إليها

المعني بالأمر بواسطة رابطة الجنسية. وأبرز مثال يمكن الإدلاء به في هذا المقام يتجلى في الولايات المتحدة الأمريكية، والهند، واتحاد رابطة الدول المستقلة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحالة التي نحن بصدد الحديث عنها، أي حالة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع، وإن كانت تتشابه، من حيث الظاهر، مع ما تؤدي إليه فكرة الإحالة، أو تنازع قواعد الإسناد؛ إذ أن القاضي يرجع، في الحالتين معاً، إلى قواعد الإسناد المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها المعني بالأمر بجنسيته، ويستشيرها بشأن القانون الواجب تطبيقه؛ إلا أنه في حالة التنازع بين قواعد الإسناد قد يضطر القاضي للرجوع إلى قانون الدولة التي يحكم باسمها أو إلى قانون دولة ثالثة، طبقاً لما تقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وحسبما إذا كان قانون القاضي يأخذ أصلاً بفكرة الإحالة أو يعتبر أن المقصود بالقانون المسند إليه هو القانون الأجنبي المختص في قواعده الموضوعية والمادية دون ما يتضمنه من قواعد الإسناد أو قواعد القانون الدولي الخاص.

والأمر على خلاف ذلك تماماً، في نطاق الإحالة الداخلية، أي في حالة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع، إذ أن القاضي يستشير فعلاً قواعد الإسناد في قانون الدولة التي يحمل المعني بالأمر جنسيتها، ولكن لا يبحث فيما إذا كانت تتيط الاختصاص بقانون دولة أخرى، بل يتبين له التشريع الداخلي المختص من بين التشريعات الداخلية المتعددة المعمول بها في دولة واحدة.

وتعبيراً عن الفكرة السابقة، جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري ما يلي:

"يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه في الإحالة، ويرد هذا الاختصاص إلى دولة أخرى، بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد الخاصة بتنظيم التنازع الدولي ما بين القوانين. أما في الإحالة الداخلية فلا يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه، وإنما هو يعين من بين الشرائع المطبقة فيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلي ما بين القوانين".

وهذا يعني أن القاضي المعروض عليه النزاع، عندما يتحقق من الجنسية الأجنبية التي يحملها المعني بالأمر، ويتأكد من أن القانون المختص يتمثل في قانون دولة تتعدد فيها الشرائع؛ حينئذ يتعين عليه أن يستشير قواعد الإسناد المعمول بها في الدولة المذكورة، لكي يتوصل إلى معرفة أي شريعة من الشرائع الشخصية يتعين تطبيقها على حالة وأهلية المعني بالأمر.

ومن الملاحظ أن ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب لم يخصص أي نص من نصوصه لمشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع، خلافا لما ذهب إليه كثير من القوانين الوضعية الحديثة التي اتفقت على أن القانون المختص، في حالة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، هو القانون الداخلي للدولة المذكورة³¹.

وعلى سبيل المثال، قررت المادة 26 من التقنين المدني المصري ما يلي:

31 - راجع، في هذا الصدد، بوجه خاص، ما نص عليه القرار الصادر عن معهد القانون الدولي، في دورته المنعقدة بمدينة أكسفورد، سنة 1880، حيث جاء فيه:

"في حالة ما إذا كانت هناك عدة قوانين مدنية سارية المفعول، داخل دولة واحدة، تخضع مختلف القضايا المتعلقة بحالة وأهلية الأجنبي للقانون الداخلي المعمول به في الدولة التي ينتمي إليها ذلك الأجنبي".

"متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة، إن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة، تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة من هذه يجب تطبيقها"³².

وعلى الرغم من أن ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب لم يعرض لمشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع : فإن الاجتهاد القضائي تجشم كثيرا من المشاق في سبيل معالجة المشاكل الناجمة عن هذا النوع من الإسناد.

وفي هذا المضمار، نشير إلى النازلة التي أصدرت فيها محكمة الاستئناف بالرباط، قرارها المؤرخ بـ 5 يوليوز 1959، وهي تتعلق بامرأة فرنسية، تزوجت بمدينة الدار البيضاء، لدى الفنصل البريطاني من رجل يعتبر من الرعايا البريطانيين يرجع أصل أبويه إلى جزيرة مالطا. غير أن الزواج اعتبر باطلا في نظر القانون الوطني للزوجة، وذلك تطبيقا للمادة 11 من ظهير الوضعية المدنية، ولكن تقرر مع ذلك اعتباره زواجا ظنيا تترتب عليه بعض الآثار، لأن الطرفين كانا حسني النية.

وتجدر الإشارة إلى أن الزوجين، في هذه النازلة، لم يبرما أي عقد ينظم العلاقات المالية بينهما، ولذلك اعتبرا، طبقا للمادة 15 من ظهير الوضعية المدنية، خاضعين للنظام المالي المحدد بموجب القانون الوطني

32 - انظر، أيضا، ما نصت عليه المادة 36 من مشروع قانون المعاملات العربي الموحد التي أعلنت عما يلي :

"عندما ما يكون القانون الواجب التطبيق قانونا يتضمن مجموعة من الأنظمة القانونية، يتحدد النظام اللازم إعماله بناء على قانون الدولة المذكورة. وإذا لم تكن هناك مقتضيات من هذا القبيل، وجب تطبيق نظام القواعد العامة أو نظام الموطن حسب الأحوال".

للزوج. وحينئذ نثار التساؤل حول القانون الوطني لهذا الرعية البريطاني، الذي هو، كما سبقت الإشارة، من أصل مالطي، إلا أنه ازداد بالمغرب حيث يوجد موطنه.

وقد زعم الزوج أن العلاقات المالية بينه وبين زوجته يحكمها القانون المالطي، وهو يقضي بنظام الشيوع، وقد كان هدف الزوج من هذا التأكيد جعل الشيوع يشمل العقارات التي تملكها الزوجة أثناء قيام الرابطة الزوجية والتي سجلت في اسمها في السجلات الخاصة بالمحافظة العقارية.

ولقد حاول الزوج أن يستصدر من غرفة المشورة، وبمقتضى مجرد مطلب لتصحيح غلط مادي موجه في حق المحافظ على الأملاك العقارية، قرارا يقضي بتصحيح البيانات المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المقيدة في السجلات العقارية الخاصة بالأملاك العائدة للزوجة.

غير أن محكمة الاستئناف بالرباط، صرحت بأن الأمر لا يتعلق بتصحيح غلط مادي، بل بدعوى تتصل بالجنسية، وبالنظام المالي لمن يحوز سندات الملكية العقارية، وبالتالي قررت المحكمة أنها غير مختصة بالبت في مثل هذه المشاكل داخل غرفة المشورة.

وسواء لدى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء التي أصدرت في هذا الشأن حكما بتاريخ 17 يوليوز 1957 أو لدى محكمة الاستئناف بالرباط التي عرض عليها حكم المحكمة الابتدائية المذكورة، وأصدرت في شأنه القرار المؤرخ بـ 5 يوليوز 1959، وهو الذي نحن بصدد الآن : تقرر الإعلان عن بطلان الزواج، بموجب إجراءات مسطرية سريعة، لأن البطلان كان أمرا مسلما به، إلا أن الزواج اعتبر ظنيا، وعندئذ طرح من

جديد مشكل النظام المالي للزوجين، وفي شأنه صرحت المحكمتان معا أن النظام المالي الواجب تطبيقه يتمثل في النظام القانوني الإنجليزي، أي نظام الفصل بين الأموال، وليس النظام القانوني المالطي الذي يقضي بالشيوع بين الزوجين.

ولمعالجة مشكلة قانون الأحوال الشخصية الواجب تطبيقه في هذه النازلة، وهو قانون يكتسي تحديده أهمية بالغة لبيان النظام القانوني الذي تخضع له أموال الزوجين، قررت محكمة استئناف الرباط، وبصورة صريحة، الرجوع إلى المادة 45 من المجموعة البريطانية المعروفة باسم Maroco Orders in Council وهي تقضي بأن يسري القانون الداخلي الإنجليزي على المواطنين الذين يوجد موطنهم في المغرب.

ويتبين مما تقدم، أن محكمة الاستئناف بالرباط، في الحكم المائل، قررت، وهي تحكم باسم السيادة المغربية، وبوصفها محكمة مغربية تماما، أن تحديد القانون الواجب تطبيقه، في حالة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع، يتم وفقا للقواعد الجاري بها العمل داخل الدولة المذكورة ومن جهة ثانية، بينت محكمة الاستئناف بالرباط أن المحاكم المغربية يمكنها، لهذه الغاية، أن تطبق المجموعة البريطانية المشار إليها من قبل³³.

33 - وفي نفس الاتجاه، محكمة الاستئناف بالرباط، قرار 15 مارس 1955، المجلة المغربية للقانون، 1956، ص. 77 ومجلة المحاكم المغربية، 1955، ص. 86؛ المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حكم 19 ماي 1952 ومحكمة النقض الفرنسية، قرار 15 نونبر 1960، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، 1961، ص. 175؛ محكمة الاستئناف بالرباط، 11 دجنبر 1954، المجلة القانونية والسياسية للاتحاد الفرنسي، 1955، ص. 631، وتعليق كابي.

الفرع الرابع

استبعاد القانون الشخصي

يتحدد القانون الشخصي، الواجب تطبيقه على الفرد، بالنسبة لحالته وأهليته، في كونه قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، إذ أن هذا القانون هو الذي يرجع إليه القاضي الوطني في حكم ما يعتبره داخلا في نطاق مضمون ومفهوم وعناصر الحالة والأهلية.

بيد أن القاضي قد يجد نفسه ملزما بحكم القانون، أحيانا، ومراعاة لقواعد العدالة وحماية الطمأنينة والمعاملات في دولته، أحيانا أخرى، إلى صرف النظر عن القانون المختص بحسب الأصل وتطبيق قانون آخر بدلا من القانون الشخصي المختص، وذلك بناء على أساس آخر من الأسس التي يعتبرها أرجح وزنا وأكثر أهمية من القانون الذي اعتبرته قاعدة الإسناد مختصا. ومن أهم الأسس التي تفعل فعلها في هذا المضمار فكرة المصلحة الوطنية وفكرة قوانين الأمن والسلام العموميين أو المدنيين.

المبحث الأول

المصلحة الوطنية

من أهم الأسس التي توصل إليها الاجتهاد القضائي للخروج من القاعدة العامة القاضية باختصاص القانون الشخصي، تلك النظرية المشهورة، المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص، باسم نظرية "المصلحة الوطنية" أو "المصلحة المحلية"، التي وقع الأخذ بها على نطاق واسع في الفقه والقضاء، وخصصت لها بعض التشريعات الوضعية الحديثة نصا مباشرا وصريحا، من قبيل ما قرره المادة 11 من التقنين المدني المصري، وبمقتضاها:

"الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ويرجع أصل نظرية المصلحة الوطنية إلى حكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 16 يناير 1861، في نازلة تتعلق بشخص كان يحمل الجنسية المكسيكية، اسمه ليزاردي، عقد على نفسه، في فرنسا، قروضا نقدية، وعندما طالبه الدائنون بالوفاء احتج في مواجهتهم بأنه كان ناقص الأهلية، اعتبارا لأن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد في ثلاث وعشرين سنة، وهو القانون الواجب تطبيقه وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية. ولكن محكمة النقض، مدسنة بحكمها المشار إليه نظرية المصلحة الوطنية، ألزمت ليزاردي بالوفاء للدائنين، وصرحت بأن الالتزامات التي أبرمها هذا الأخير كانت صحيحة لا عُبار عليها، إذ أن نقص الأهلية المحتج به يشكل سببا لا يسهل على المتعاقدين في فرنسا تبينه، وبالتالي يمثل جهلا يعذرون عنه. ولذلك استبعدت محكمة النقض القانون المكسيكي، وهو القانون الشخصي المختص بحسب الأصل، وطبقت بدلا منه القانون الفرنسي، أي قانون القاضي الذي كان يحدد سن الرشد في إحدى وعشرين سنة.

وبالرغم من كون ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب لم يتضمن نصا صريحا ومباشرا بشأن فكرة المصلحة الوطنية، إلا أن القضاء، وخلال عهد الحماية الفرنسية، قد أخذ بهذه الفكرة، حيث سنحت لمحكمة الاستئناف بالرباط فرصة تطبيقها في أكثر من مناسبة.

وعلى سبيل المثال، نشير إلى نازلة كانت تتعلق بصفقة مبرمة بين امرأة مغربية مسلمة، تتصرف بصفتها وصية على أبنائها القاصرين الذين كانوا بدورهم مسلمين، من جهة، وبين طرف يحمل الجنسية الفرنسية. ففي هذه النازلة، أعلنت محكمة الاستئناف بالرباط، في قرار بتاريخ 18 نونبر 1937، أن الصفقة تعتبر باطلة، لا بالإسناد إلى القواعد المقررة في القانون الشخصي الجاري على القاصرين، ولكن بناء على الأحكام المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الالتزامات والعقود التي تقضي بأن الغبن الذي يزيد مقداره على الثلث يخول الحق في الإبطال، عندما يكون الطرف المغبون قاصرا، ولو كان العقد قد أبرم بمساعدة نائبه الشرعي، طبقا للإجراءات المحددة بموجب قانونه الوطني، حتى ولو لم يكن هناك أي تدليس من الطرف الآخر في العقد.

وعلاوة على مساهمة الاجتهاد القضائي في ترسيخ نظرية المصلحة الوطنية، داخل دائرة القانون الدولي الخاص المغربي، تجب الإشارة إلى أن مشروع إصلاح ظهير الوضعية المدنية للأجانب، الذي نشره الراحل دوكرو، سنة 1963، تضمن مادة تأخذ بنظرية المصلحة الوطنية، هي المادة الثانية التي ورد فيها ما يلي:

"تخضع حالة وأهلية الأجانب لقوانينهم الوطنية. ومع ذلك، فإن التصرف الذي يعقده قاصر أجنبي يعتبر صحيحا، بالنسبة للأطراف الذين لم يعلموا أو لم يكن في إمكانهم أن يعلموا بنقص أهليته، إذا كان هذا الأجنبي كامل الأهلية، طبقا للقانون المغربي".

ولقد خصص المشرع المغربي، في الآونة الأخيرة، لنظرية المصلحة الوطنية أحكاما تشريعية صريحة، ورد النص عليها في المادتين 15 و16

من القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير فاتح غشت 1996.

وهكذا، نصت المادة 15 المذكورة على ما يلي:

"يعتبر الأجنبي كامل الأهلية، لمزاولة التجارة في المغرب، ببلوغه عشرين سنة كاملة، ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى مما هو منصوص عليه في القانون المغربي".

كما قررت المادة 16 المشار إليها من قبل، أنه:

"لا يجوز للأجنبي، غير البالغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المغربي، أن يتجر إلا بإذن من رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة بدائرتها حتى ولو كان قانون جنسيته يقضي بأنه راشد، وبعد تقييد هذا الإذن في السجل التجاري. I . S . M

يفصل في طلب الإذن فوراً"

وانطلاقاً من النصين المتقدمين، يتبين أن المشرع المغربي بات يأخذ بنظرية المصلحة الوطنية، ويرتب عليها النتائج المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص. ومع ذلك، فإن إيراد الأحكام المتعلقة بنظرية المصلحة الوطنية في صلب نصوص تشريعية تتعلق بالقانون التجاري، يثير التساؤل حول ما إذا كانت الأحكام المذكورة ينحصر نطاقها بالمجال التجاري، فلا يمكن بالتالي التمسك إلا بالنسبة للتصرفات والمعاملات التجارية، أم أنها أحكام تكتسي صبغة عامة يحتج بها كيفما كانت طبيعة المعاملات المعقودة في هذا الشأن، طبقاً لما استقر عليه القضاء في مختلف البلدان، ومن بينها المغرب، كما رأينا من قبل.

المبحث الثاني

قوانين الأمن والسلم المدنيين

يتعين على القاضي المغربي، وهو بصدد النظر في نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، أن يصرف النظر عن الاختصاص المعقود للقانون الشخصي، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، في بعض الحالات التي توجد بشأنها أحكام تدخل في دائرة قوانين الأمن والسلم المدنيين، بحيث ينبغي للقاضي ترجيح أحكام هذه الأخيرة، إما لوجود نصوص تشريعية صريحة بشأنها، كما هو الشأن بالنسبة لتلك المتعلقة بالأهلية الوارد عليها النص في قانون التجارة المغربي، أو لاستقرار الاجتهاد القضائي عليها منذ زمن وفي مختلف الأنظمة المشابهة لنظام القانون الدولي الخاص المغربي، كما هو الشأن بالنسبة للنزاعات التي يكون أحد الأطراف فيها يعتنق الديانة الإسلامية.

في مثل هذه الأحوال، يتخلى القاضي عن القانون الشخصي المختص بحسب الأصل، ويطبق عوضا عنه قانونا آخر، يتمثل غالبا في قانون القاضي، وذلك استنادا إلى فكرة أصبحت، في الآونة الراهنة، من الأفكار المسلم بها، في نطاق القانون الدولي الخاص الحديث، وهي فكرة قوانين الأمن والسلم المدنيين، التي يتعين تطبيقها ولو لم يوجد بشأنها نص تشريعي صريح، وهي الفكرة التي كانت تنص عليها المادة السابعة من الظهير الخلفي الصادر في فاتح يونيو 1914 المتعلق بالوضع المدنية للإسبانيين والأجانب بمنطقة الحماية الإسبانية، كما كانت تنص عليها المادة الخامسة من ظهير 1924 الخاص بالوضع المدنية للأجانب بمنطقة طنجة، وبمقتضاها:

"تسري القوانين الجنائية وقوانين الأمن والسلم العموميين على كل من يوجد بمنطقة طنجة"³⁴.

وإذا كان ظهير الوضعية المدنية لسنة 1913 لا يتضمن نصا من هذا القبيل، إلا أن الأحكام التي تقضي إليها قوانين الأمن والسلم العموميين تعتبر، في الأونة الراهنة، واجبة التطبيق، بناء على أنها، من جهة، تشكل تطبيقا من تطبيقات القواعد العامة التي يتعين على القاضي تطبيقها وإعمالها ولو لم يوجد بشأنها نص تشريعي، لأنها تمثل المبادئ العامة للقانون، وهي التي يطلق عليها، في المشرق العربي، قواعد العدالة ومبادئ الإنصاف³⁵.

ومن جهة ثانية، يحتوي التشريع المغربي على كثير من النصوص التي تتضمن تطبيقات عملية مختلفة، استقر الفقه والقضاء، في دول متعددة، على أنها تجسيد للقوانين المتعلقة بالأمن والسلم العامين. ومنها على سبيل المثال، ما نصت عليه المادة العاشرة من مجموعة القانون الجنائي المغربي،

34 - وقد كان مشروع إصلاح ظهير الوضعية المدنية للأجانب، الذي سبق للأستاذ دوكرو أن نشره، سنة 1963، يحتوي على نص يتجاوب مع هذا الاتجاه، هو نص المادة التاسعة التي قررت ما يلي:

"تعتبر التصرفات القانونية التي يعدها الأجانب في المغرب صحيحة من الناحية الشكلية، إذا أبرمت وفق المقتضيات المقررة في القانون الوطني للأطراف أو طبقا للتشريع المغربي، غير أن القواعد الأمرة المنصوص عليها في القانون الداخلي يتعين على الجميع احترامها".

35 - وقد تضمنت كثير من القوانين العربية نصا تشريعا صريحا بهذا المعنى، نجده في مختلف التقنيات المدنية المقتبسة من القانون المدني المصري، ومنها على وجه الخصوص ما قرره القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الذي نصت مادته 69 على ما يلي:

"تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد الواردة في هذا الباب من أحوال تنازع القوانين: مبادئ القانون الدولي الخاص".

الصادرة بمقتضى ظهير 26 نونبر 1962، التي تقضي بأن التشريع الجنائي المغربي يسري على الوطنيين والأجانب وعديمي الجنسية مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون العام الداخلي وفي القانون الدولي، ومنها الأحكام المقررة في قانون التجارة المغربي المتعلقة بالأهلية، سواء منها تلك التي تخص القاصر المأذون له بالتجارة أو تلك التي تقضي ومنها الأحكام المتعلقة بالصرف الدولي وسعر العملة الوطنية، ومنها الأحكام المقررة في قانون المسطرة المدنية، التي هي أحكام واجبة التطبيق بالنسبة لكل المنازعات القضائية، سواء كانت وطنية بحتة أو كان يتخللها عنصر أجنبي³⁶، وذلك بناء على قاعدة تقضي بأن تطبق تطبيقا إقليميا القواعد المقررة في قانون القاضي المتعلقة بالمسطرة وإجراءات التقاضي³⁷.

غير أن أهم التطبيقات العملية المجسدة بوضوح لفكرة قوانين الأمن والسلم المدنيين، هي تلك التي تتصل بنظرية قضائية استقر عليها القضاء، في كثير من الدول العربية، كما أخذت بها بعض التشريعات الحديثة الصادرة في دول إسلامية، وبمقتضاها إذا كان أحد الأطراف في النزاع المعروف على القاضي يعتنق الديانة الإسلامية، وجب أن يسري على

36 - وتطبيقا لذلك، أعلن المجلس الأعلى، في قرار بتاريخ 8 أبريل 1983، عما يلي:

"إذا كانت الأحوال الشخصية للأجانب تحكمها قوانينهم الشخصية فيما يخص الجوهر؛ فإن مسطرة الاستماع إلى الشهود الواجب تطبيقها، هي المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية المغربية دون سواه" (المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 15 النصف الأول لسنة 1984، ص. 128، وفي مناقشة هذا الحكم والتعليق عليه، راجع: العياشي المسعودي، "طلاق الأجانب في القانون الدولي الخاص المغربي"، مجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، العدد الثاني، 1980.

37 - في نفس الاتجاه، راجع المادة 82 من مشروع قانون المعاملات العربي الموحد، التي جاء فيها ما يلي: "يحدد الاختصاص والإجراءات المسطرية بمقتضى قانون المكان الذي أقيمت فيه الدعوى أو توبعت فيه الإجراءات"

حالاته وأهليته المقتضيات المقررة في الشريعة الإسلامية دون غيرها من الأحكام المنصوص عليها في القانون الوطني للمعني بالأمر.

وتعرف النظرية التي نحن بصدد الحديث عنها بنظرية أو فكرة امتياز الديانة الإسلامية، وبموجبها يستبعد القانون الشخصي الأجنبي المختص، وتطبق بدلا منه قواعد الشريعة الإسلامية على حالة وأهلية الطرف الأجنبي الذي يعتنق الديانة الإسلامية، وذلك بصرف النظر عما تقضي به قاعدة الإسناد المقررة في قانون القاضي، أي بغض النظر عن الجنسية التي يحملها المعني بالأمر.

ومن هنا نلاحظ أن فكرة إمتياز الديانة الإسلامية تتشابه مع فكرة أخرى مماثلة لها من حيث النتيجة، إذ تعتبر بدورها تطبيقا من تطبيقات نظرية قوانين الأمن والسلم المدنيين ونعني بها فكرة امتياز الجنسية الوطنية التي يترتب عليها جعل الرابطة القانونية تخضع لقانون القاضي في الحالة التي تكون فيها الرابطة المذكورة، على الرغم من أنها تتضمن عنصرا أجنبيا من عناصرها إلا أن أحد الأطراف فيها يحمل الجنسية الوطنية، أي جنسية الدولة التي يحكم باسمها القاضي المعروض عليه النزاع.

وقد سنحت للقضاء المغربي فرصة لتطبيق فكرة إمتياز الديانة الإسلامية، وذلك في الحكم المؤرخ ب 5 يوليوز 1974³⁸ الذي أعلن فيه المجلس الأعلى عما يلي: "يترتب على اعتناق الديانة الإسلامية، لزوما، تطبيق القواعد الشرعية على مسائل الأحوال الشخصية والميراث لمعتقي

38 - المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العددان 14/13، 1983، ص. 132.

هذه الديانة، ما دام هذا الاعتناق وقع بدون تدليس وطبقا للقواعد الشكلية المقررة قانونا³⁹.

وفي نفس السياق، أصدرت وزارة العدل، بتاريخ 20 يوليوز 1960 منشورا، تؤكد فيه أن تصفية تركة المغربي المسلم والمسلم الأجنبي القاطن بالمغرب يرجع الاختصاص فيه للقضاة الشرعيين، وطبقا للأحكام المقررة في مدونة الأحوال الشخصية والمواريث ولو كان الهالك قد خلف زوجة غير مسلمة⁴⁰.

39 - وانظر، في نفس الاتجاه : موريس مورير، "تأثير الديانة الإسلامية على الاختصاص الجديد للمحاكم"، المجلة المغربية للقانون، العدد الثاني، 1965، ص.43، حيث يورد وقائع نازلة تتلخص في أن رجلا فرنسيا تزوج في فرنسا، يوم 30 غشت 1945، من امرأة تحمل بدورها الجنسية الفرنسية، وبعد إنجابهما لطفلين جاء الزوج إلى المغرب واعتنق الديانة الإسلامية، بمقتضى رسم عدلي محرر بتاريخ 20 يوليوز 1960، ثم تزوج امرأة أخرى تنتمي للجنسية المغربية وتعتنق الديانة الإسلامية، وأنجب معها طفلين، حينئذ أقامت الزوجة الأولى دعوى تقرر فيها، سواء في المرحلة الابتدائية أو في مرحلة الاستئناف، إبطال الزواج الثاني استنادا إلى عدم جواز التعدد، وبالتالي اعتبرت المحاكم العصرية نفسها مختصة بناء على أن الأمر يتعلق بشخص فرنسي وقضت باعتبار الزواج الثاني باطلا تطبيقا للمادة 147 من التقنين المدني الفرنسي. ولكن المجلس الأعلى نقض الحكم الصادر في القضية، بالإسناد إلى أن المحكمة العصرية لم تكن مختصة، واعتبارا لأن الأمر يتعلق بشخص مسلم، فإن الرجل الفرنسي المذكور يخضع لاختصاص القاضي الشرعي، تطبيقا لأحكام ظهير 24 أبريل 1959.

40 - مجلة القضاء والقانون، العدد الثالث والثلاثون، نونبر 1960، ص. 122. وقد جاء في المنشور المذكور بالمتن، على وجه الخصوص، ما يلي: "وفي مسلم مغربي عن زوجة مسيحية أجنبية وورثة آخرين مغاربة مسلمين منعوا من حقهم في الإرث، فرفعوا دعوى إلى محكمة الأحوال الشخصية والميراث طالبين حقهم فردت المحكمة النظر في دعواهم ودفعت بعدم الاختصاص، بحجة أن المدعى عليها أجنبية مسيحية"، كما ورد فيه أن القضاة لهم أيضا الاختصاص في قضايا الأحوال الشخصية والإرث المتعلقة بالأجانب المسلمين القاطنين بالمغرب".

ولاية المرأة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية

للأستاذة ثريا الحريف
رئيسة غرفة بالمجلس الأعلى
ملحقة بالمعهد العالي للقضاء
مكونة وطنية في القانون الدولي الإنساني
وعضو شبكة الخبراء المغربية في قوانين اللجوء

قدمت هذه الورقة في مؤتمر نظم يومي 2008/3/31، 2008/4/1 من قبل الاتحاد النسائي العام والمعهد القضائي بأبي ظبي، حول موضوع ولاية المرأة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بمناسبة تعيين أول قاضية بإمارة أبي ظبي.

يجدر بنا ونحن نتناول موضوع ولاية المرأة للقضاء أن نتطرق أولا إلى موضوع العدل الذي هو مناط القضاء وغايته الأساسية، فكل ما استنبطه المجتهدون من شروط القضاء وآدابه، تنحصر غايته في تحقيق العدل لقوله تعالى : ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾، وبذلك اعتبر القرآن الكريم العدل شرط القضاء الأول،

وإذا كان القرآن الكريم قد حث على العدل وأمر به في العديد من آياته الكريمة، وبوأه المكانة الرفيعة التي نستخلصها من مجموعة من الآيات الكريمة منها:

• قول البارئ تعالى ﴿ويقص الحق وهو خير الفاصلين﴾،

• وقوله تعالى: ﴿وممن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون﴾،

ومن هنا يتجلى أن هذا الكتاب المعجزة يرمي إلى تحقيق الغايات النبيلة ويحث على المبادئ السامية تاركا للاجتهاد والسنة الخوض في التفاصيل على ضوء توجيهاته وغاياته،

وفي هذا السياق اقتصر القرآن الكريم في موضوع القضاء على بعض الأحكام والقواعد العامة، تاركا التفصيل للسنة والاجتهاد،

وفعلا تناول الفقهاء موضوع القضاء فوضعوا ضوابط وشروط لمن يتولى هذه المسؤولية الجسيمة، كما تناولوا موضوع ولاية المرأة للقضاء فلم يجمعوا على رأي واحد بل تعددت آرائهم ونجملها في ثلاثة آراء :

• الرأي الأول : لا يجيز ولاية المرأة للقضاء وقال به الحنابلة والشافعية والشيعة ومعظم المالكية، وحجتهم في ذلك قول النبي ص: ﴿ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة﴾، الذي فسره البعض بأن المقصود بالولاية في هذا الحديث الولاية الكبرى أي الخلافة استنادا على السياق الذي وردت فيه، إذ سأل الرسول عن تولى أمر دولة الفرس بعد أن تقوضت وغدت قيادتها إرثا لامرأة لا قبل لها بالحكم، فأجيب بأنها امرأة، فرد ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة،

• الرأي الثاني : نقيض الرأي الأول وهو يجيز ولاية المرأة للقضاء بإطلاق، وقال به كل من ابن جرير الطبري، وابن حزم الظاهري، وابن قاسم من أصحاب الإمام مالك،

• الرأي الثالث : يجيز ولاية المرأة للقضاء في الأموال دون الحدود والقصاص، وهو قول أبي حنيفة النعمان،

هذه باختصار آراء فقهاء المذاهب الإسلامية، وإذ نتساءل عن مدى ملائمة كل منها للمرأة المعاصرة التي أصبحت ندا للرجل في كل المجالات نستحضر : أولا : مكانة المرأة في الإسلام،

ثانيا : المكانة التي وصلت لها المرأة في الوقت المعاصر ومن ضمنها المرأة المغربية،

ثالثا : المرأة المغربية ومنصب القضاء.

أولا - مكانة المرأة في الإسلام :

لا يمكن إدراك كنه هذه المكانة ومدى سموها إلا بالمقارنة مع ما كانت عليه المرأة قبل الإسلام:

• كانت بعض القبائل العربية تُؤد البنات خوفا من العار الذي قد يلحقها من المرأة،

• كانت المرأة متاعا يورث كالمال، ولا حق لها في الإرث ولا في الزواج إلا برضا وارثها،

• أما في أوروبا فكانت المرأة متاعا يمكن التصرف فيه بالبيع والشراء، بل اعتبرت كالحيوان، ووصل الحد إلى إجماع فمها بقفل حتى لا يسمع لها صوت، كما اعتبرت رجسا فتمنع من قراءة الكتاب المقدس،

وعندما جاء الإسلام رفع عنها الظلم، إذ خصها بسورة النساء وسورة مريم، إضافة إلى سور أخرى تعنى بالمرأة، كسورة النور وسورة المجادلة وغيرها،

• فقد أدان القرآن الكريم وأد البنات إذ قال عز وجل: ﴿وَإِذَا بَشُرْ أَحَدُهُم بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بَشُرَ بِهِ أَيْمَسْكَهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدْسُهُ فِي التَّرَابِ أَلَا سَوْءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾،

• كما حرم اعتبار المرأة متاعا تورث أو تمنع من الزواج، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَوْرَثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾،

• بل ذهب إلى اعتبارها كالرجل لا فضل لأحدهما على الآخر إلا بالتقوى، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾،

• كما جعل العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة حميمة يسودها السكون المرتبط بالمودة والرحمة، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾،

• وسوى بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾،

وهنا نتوقف عند هذه الدرجة التي اتخذها البعض ذريعة للتقليل من قيمة المرأة، وهي في حقيقة الأمر درجة تكليف لا تشريف، وقد شرحها الحق سبحانه في هذه الآية الكريمة: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾، ومن هنا حدد الفقهاء أمرين يوضحان حقيقة التفضيل والقوامة :

التفضيل :

• مرد التفضيل الطبيعية التكوينية للمرأة مما تتعرض له من حمل ورضاعة وغيرها مما عبر عنه عز وجل بقوله: ﴿حَمَلْتَهُ أُمَّهُ كَرِهًا وَوَضَعْتَهُ كَرِهًا﴾،

القوامة :

• مرد القوامة في الإسلام أن الرجل مطالب بحمل أعباء الأسرة والنهوض بجميع التكاليف والنفقات ولو كانت الزوجة ذات مال،

ومن هنا فإن الدرجة التي نص عليها القرآن الكريم لا تمس بوضع المرأة والمكانة التي وضعها فيها الإسلام، ولا تخالف المبادئ السامية التي جاء بها هذا الدين الحنيف :

فوضع المرأة كريم ومساو للرجل، إذ أن مجرد اختلاف الوظيفة البيولوجية لا يعيبها في شيء ولا ينقص من قدرها،

بل إن القول بدونية المرأة يسيء إلى الإسلام الذي كرس كل المبادئ السامية كالعدل والمساواة وغيرها، ويتنافى مع هذه المبادئ،

والإسلام برفعه الظلم والتمييز عن المرأة وضع أسس مجتمع قائم على المساواة المطلقة بين الناس لا تمييز فيه بين الأفراد ولا فضل لأحد على أحد على أساس الأصل أو العنصر أو الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين.

ثانيا - مكانة المرأة في الوقت المعاصر

ارتبط في الوقت المعاصر موضوع المرأة بموضوع حقوق الإنسان:

• إذ عرفت هذه الحقوق مخاضا عسيرا ومسارا طويلا، كما استغرق تبلورها وإقرارها مسيرة البشرية كلها رغم أن معظم الديانات وخاصة الديانات السماوية عملت على تحرير الإنسان من قيود النظرة البدائية وجعلت الناس مبدئيا ونظريا كائنات متماثلة،

• لكن تحول هذه الحقوق من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون الوضعي لم يبدأ إلا مع بداية القرن السابع عشر ميلادي،

- ثم بدأت تكتسي بالتدرّج صبغة عالمية عبر تقبلها والمناداة بها في كل الثقافات، وترجم ذلك:
- في ميثاق عصبة الأمم،
- ثم في ميثاق الأمم المتحدة التي اعتبرت من أهدافها الرئيسية تحقيق التعاون الدولي عن طريق تعزيز وتشجيع واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تفرقة بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين،
- ثم تم تجسيد هذه الحقوق في الشرعية العالمية ضمن مجموعة من الإعلانات والاتفاقيات منها :
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان،
- العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،
- العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية،
- وتوالت الاتفاقيات الدولية لإقرار حقوق جديدة أو تفصيل حقوق موجودة، ومن هذه الاتفاقيات الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي كرست مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة،
- ولم يتخلف المحيط الإسلامي المعاصر عن هذا المسار فظهرت العديد من الدراسات والوثائق غايتها التوفيق بين حقوق الإنسان كما هي واردة في المواثيق الدولية وحقوق الإنسان المتأصلة في الثقافة الإسلامية، ومن جملة هذه الوثائق البيان الإسلامي العالمي لحقوق الإنسان المعلن عنه في مقر اليونسكو بباريس سنة 1981 الذي تضمن أربع وعشرين حقاً أقرها الإسلام منها حق المساواة وحق العدالة،

ومع تطور حقوق المرأة موازاة مع تطور حقوق الإنسان عامة باعتبارها جزءا لا يتجزأ من هذه الحقوق تبنت الدساتير والقوانين الوطنية لمختلف الدول هذه الحقوق بصور متفاوتة،

فأصبحت المرأة نتيجة هذا التطور تضاهي الرجل مكانة وكفاءة، بعد أن تمتعت بالحق في التعليم والحق في العمل وغيرها من الحقوق، فنهلت من مختلف العلوم وولجت جميع الوظائف والأعمال وتقلدت أعلى المناصب على اختلاف أنواعها.

ثالثا : المرأة المغربية ومنصب القضاء

لم يخرج المغرب عن السياق الدولي في مجال احترام حقوق الإنسان باعتباره عضوا فاعلا في المجموعة الدولية، إذ ضمن دستوره التزامه بحقوق الإنسان كما هو معترف بها دوليا، كما ضمنه حق المساواة بين جميع المواطنين،

وقد سار المغرب في طريق الارتقاء بحق المساواة بين الجنسين، فعرفت قوانينه العديد من التعديلات الهادفة إلى ترسيخ هذا المبدأ، سواء في القانون الجنائي أو مدونة الأسرة ومدونة الشغل وقانون الجنسية وغيرها من القوانين، وهذا دليل حي على التوجه الديمقراطي الحداثي الذي نهجه المغرب،

ويعود الفضل الأكبر فيما أحرزت عليه المرأة المغربية من إنصاف للإرادة السياسية العليا، وتجلي ذلك في تمتيعها بفرص التعليم ولوج سوق العمل وتولي الوظائف ومناصب المسؤولية،

وما ولوج المرأة المغربية لمجال القضاء وتقلدها مناصبه على اختلاف درجاتها إلا تجسيد لهذا المسار الذي بدأه المغرب منذ فجر الاستقلال.

فقد تولت المرأة المغربية منصب القضاء بعد الاستقلال أي منذ ما يقارب نصف قرن وبالضبط منذ سنة 1961، ومنذ ذلك الحين وباب القضاء يفتح لها بالتدرج إلى أن فتح على مصراعيه، فتولت كل شؤونه وتسلمت كل درجاته :

• فهي في النيابة العامة تمثل الحق العام في الجناح والجنائيات وتراقب أبحاث الضابطة القضائية وتعاين مكان الجريمة،

• وهي في قضاء التحقيق تقوم بكل التحريات والتحقيقات،

• كما أنها وهي تعتلي سدة القضاء الجالس تنظر في قضايا المواطنين على اختلاف أنواعها من قضايا جنحية وجنائية ومدنية مستعجلة وإدارية وتجارية وأحوال شخصية سواء كقاضي منفرد أو ضمن القضاء الجماعي.

القاضية المغربية ومناصب المسؤولية

بعد أن أثبتت القاضية المغربية كفاءتها وجدارتها لتولي منصب القضاء، فتح لها أيضا باب مناصب المسؤولية القضائية بمختلف أنواعها على مصراعيه :

• تولت رئاسة الغرف المتنوعة بمختلف المحاكم الابتدائية والاستئنافية والمجلس الأعلى أي مجلس النقض والإبرام،

• تولت رئاسة المحاكم الابتدائية والاستئنافية،

• تولت رئاسة أقسام قضاء الأسرة،

كما تعمل 13 قاضية بالمصالح المركزية لوزارة العدل من بينهن مستشارة لوزير العدل ورئيسات أقسام ومصالح،

أسندت إليها إضافة إلى مهمة التدريس بالمعهد العالي للقضاء مهام أخرى فهي عضو في المجلس الدستوري، وملحقة بديوان المظالم، وملحقة برئاسة الحكومة، وقاضية اتصال بسفارات المغرب بالخارج،

هذه نظرة موجزة عن المرأة المغربية ومنصب القضاء الذي اضطلعت به بكل جد ومسئولية وكفاءة ونزاهة، فلولا عملها الجاد واستقامتها وثقافتها وترويبها وسعيها الحثيث للوصول إلى إقامة العدل والإنصاف بين المتقاضين الذي شهد لها به الجميع، لما وصلت إلى ما وصلت إليه، ولما اطمأن المواطن المغربي إلى قضائها، فقد سعت سعياً حثيثاً إلى تحقيق الغاية الأساسية من القضاء ألا وهي العدل، وأستشهد بهذا الخصوص بتصريح منشور على شبكة الأنترنت لنقيب هيئة المحامين بمدينة مراكش إذ قال : يعتبر حضور المرأة المغربية في الميدان القضائي تحقيق فعلي للعدالة، وإن ممارستها للعمل القضائي ظلت مساهمة فعليه تتصف بالكثير من النزاهة والموضوعية والاستقلالية،

ومن هنا نجد أن تجربة المرأة المغربية في مجال القضاء تجربة رائدة، أثبتت فيها بالواقع الملموس صلاحيتها للاضطلاع بهذه المهمة السامية وفندت كل ما قيل من سلبيات بهذا الخصوص،

وتجدر الإشارة إلى أن عدد القاضيات المغربيات حالياً قد بلغ 612 قاضية من مجموع 3165 قاض وقاضية، موزعين على مختلف درجات المحاكم،

وأخيراً أعتنم هذه المناسبة لتهنئة المرأة الإماراتية بتعيين أول قاضية في مستهل سنة 2008، وأشير بالمناسبة أنه تم لأول مرة تعيين 30 امرأة مصرية في منصب القضاء أواخر سنة 2007، وأنا على ثقة بأن هذه الدفعة الجديدة من القاضيات سيكون إن شاء الله في مستوى هذا التكليف شأنهن شأن جميع القاضيات في العالم العربي والإسلامي.

جدول بعدد القضاة في مختلف المحاكم

القضاة الإناث	القضاة الذكور	المحاكم
41	145	المجلس الأعلى
84	747	محاكم الاستئناف
382	1366	المحاكم الابتدائية
2	14	محاكم الاستئناف الإدارية
24	61	المحاكم الإدارية
10	21	محاكم الاستئناف التجارية
47	87	المحاكم التجارية
14	60	المصالح المركزية بوزارة العدل
5	41	الملحقون بجهات أخرى
612	2553	المجموع العام

مجموع القضاة = 3165

القاعدة القانونية الموضوعية وحاجتها إلى الحماية القضائية

الدكتور أحمدو أكري
رئيس غرفة بالمجلس الأعلى
ملحق بالمعهد

تقديم :

يقوم المشرع بتنظيم الحياة الاجتماعية في المجتمع، عن طرق وضع النظم القانونية¹، التي تهدف إلى إرساء الاستقرار القانوني في هذا المجتمع². فالزواج، والنسب، والإرث، والمعاملات، والملكية... يتولى المشرع وضع الأنظمة القانونية التي تستجيب لمفهوم هذه الأفكار حسب طبيعة وهدف المجتمع التي توجد في ظله.

وفكرة النظام القانوني، هي من الأفكار المعقدة في مجال العلم القانوني³، ولعل مظهر هذا التعقيد يبتدىء حينما نضع أنفسنا أمام السؤال التالي:

فما هو المقصود بفكرة النظام القانوني بصدد مسألة ما؟

1 - إدريس العلوي العبدلاوي المدخل لدراسة القانون الجزء 1 نظرية القانون ص 28 وما بعدها.

2 - Henri motulsky M réalisation méthodique du droit privé ed 1991 p 9.

3 - هانس كلسن "النظرية المحصنة في القانون" الترجمة العربية للدكتور أكرم الوتري بغداد 1986 ص 107.

هذا ما سوف نحاول الجواب عليه في المبحث الأول (فكرة النظام القانوني)، ثم بعد ذلك سوف ننقل إلى طرح سؤال آخر مدى صمود هذا النظام بمفرده؟ أم لا بد له من حماية قضائية تعززه في حالة الاعتداء عليه؟ هذا ما سوف نوضحه في المبحث الثاني (الحماية القضائية).

المبحث الأول

فكرة النظام القانوني

1- في الواقع، وجوبا عن السؤال الذي طرحناه أعلاه، وبغض النظر عن الاختلافات الفقهية التي أثرت في هذا المجال⁴، فإننا يمكن القول بأن النظام القانوني لأية فكرة من الأفكار القانونية، يشمل مجموعة القواعد القانونية التي تتناول هذه الفكرة بالتنظيم منذ ميلادها، وأثناء حياتها، إلى حين إلغائها.

والنظم القانونية لا تعمل في معزل عن غيرها من النظم الأخرى التي تتعلق بنفس المسألة، بل أن اتصال النظم القانونية فيما بينها هو اتصال وثيق، وذلك في الأحوال التي تتجانس فيها الأفكار موضوع التنظيم القانوني.

مثال ذلك النظام القانوني للبيع القضائي ونظام الحجز القضائي، ومثال ذلك أيضا النظام القانوني لعقد البيع ونظام الملكية، وأيضا نظام المسؤولية المدنية، ونظام مصادر الالتزام، وأيضا نظام الطعن في الأحكام ودعاوى بطلان التصرفات القانونية، وكذلك، نظام الأهلية المدنية ونظام

4 - هانس كلسن المرجع السابق ص 108 وما بعدها.

صحة التصرفات القانونية، ومن الممكن تخريج العديد من الأمثلة التي تحتاج إلى مجهود في فهم مظاهر الاتصال بين النظم القانونية المختلفة.

2- إن مسألة اتصال النظم القانونية بعضها ببعض، وكشف هذا الاتصال، ليس من قبيل الترف النظري، بل إن ضبط مظاهر هذا الاتصال يساعد في إعمال قواعد التفسير الخاصة بكل نظام على ضوء ما يجب فهمه من النظام الآخر: ولاشك أن التفسير السليم لأي نظام يساعد على حسن تطبيقه، وتحقيق الأهداف المرجوة منه.

والنظم القانونية أيا كانت مظاهر الاتصال فيما بينها، لا تقبل الحلول بعضها محل البعض الآخر، سواء كانت هذه الحلول جزئية أو كلية.

فلا يمكن مثلا استعارة نظام البيع القضائي للحلول محل نظام البيع الاختياري، كما لا يمكن رفع دعوى أصلية بطلب بطلان حكم قضائي، بدلا من استعمال النظام القانوني لطرق الطعن في الأحكام.

كما لا يمكن استعارة النظام القانوني للنقادم الخاص بالقانون المدني وإحلاله محل نظام التقادم الإجرائي الخاص بقانون الإجراءات.

كما لا يتصور إحلال نظام العقد في القانون الخاص، محل نظام الخصومة المدنية في قانون المسطرة المدنية، وتفسير هذه الأخيرة على ضوء النظام الأول، والقول بأن إيداع المقال الافتتاحي بكتابة الضبط يعتبر إيجابا صادرا من المدعي، وتبليغ هذا المقال إلى المدعى عليه يعتبر بمثابة قبول تتعدد به الخصومة القضائية في شكل عقد قضائي⁵.

5 - رغم اتفاق الفقه على وحدة الخصومة، إلا أنه يختلف عند تحديد طبيعتها القانونية، فذهبت نظرية قديمة مهجورة إلى اعتبار الخصومة عقد أو شبه عقد، ثم ظهرت نظريات ترى أن الخصومة حالة قانونية أو مركز قانوني. إلا أن أهم هذه النظريات في هذا الصدد هي = =

فمثل هذا التصور يتعين استبعاده، لأن لكل نظام قانوني هدف يرمي إلى التوصل إليه، والمشرع في كل زمان ومكان ينظر إلى الأهداف ويشيد النظم الكفيلة بتحقيقها، والنظام القانوني لا بد أن يأتي على قدر الغاية منه⁶.

ولا نبالغ إذا قلنا بأن هدف النظام القانوني يكون هو العامل المؤثر في تحديد شكل ومضمون هذا النظام ذاته.

فعلى سبيل المثال: فإن الساعة التي تقيس الزمن، لو اعتبرناها نظاما آليا، فإن هذا النظام خلق لتحقيق هدف وحيد، هو قياس الزمن، هذا الهدف يؤثر تأثيرا عميقا ومباشرا في صنع هذا الجهاز، بحيث أن صناعته تنقيد بالهدف.

وداخل هذه الساعة توجد مجموعة من التروس، تعمل بنظام محكم، وتدور كلها حول هدف واحد هو قياس الزمن. هذا الهدف لا يؤثر فقط في نظام الساعة ككل، وإنما يؤثر في مسألة صنع كل ترس من التروس المشتركة في هذا الجهاز، بحيث أن مبتكر هذا الجهاز يصمم أجزاءه آخذا في الاعتبار الهدف المطلوب من الجهاز ككل.

3 - وبناء على ذلك، فههدف النظام يتحكم ليس فقط في خلق النظام من ناحية هيكله الخارجي فقط، بل إن تأثير الهدف المرجو تحقيقه ينعكس

= = التي ترى أن الخصومة رابطة قانونية، وتلك التي تراها عملا قانونيا مركبا. للمزيد من التفصيل يراجع في هذا الصدد وجدي راغب "مبادئ القضاء المدني الطبعة 1 - 1986 - ص 385 وما بعدها.

6 - H.Motulsky o.p page 19-

وفي نفس السياق انظر هامش كلسن م س ص 107 وما بعدها.

بشكل حاد على مضمون الأدوات الفنية التي توجد داخل هذا الهيكل. وعلى ذلك فإن هذه الأدوات الفنية تعمل بكامل كفاءتها داخل النظام الذي صممت من أجله، وذلك أخذاً في الاعتبار الغاية النهائية لهذا النظام ككل⁷.

تروس الساعة، في مثالنا السابق، إذا نزعنا من داخل هذه الآلة وزرعت في جهاز آخر، كبوصلية، أو راديو، أو جهاز التلفزة، أو تلفون، فإن هذه التروس قد لا تؤدي أية وظيفة على الإطلاق، أو تقوم بعمل ما، وإذا قامت بذلك فإنها تقوم به بشكل رديء، لماذا؟

الجواب بسيط، لأنها نزعنا من وسطها الذي صممت على ضوء أداء عمل محدد بداخله، وبما أن الأجهزة الأخرى التي نقلت إليها تهدف إلى غاية مختلفة، فإن هذه التروس تكون قد وضعت في مكان لم تخلق من أجله، وبالتالي لا تستطيع أن تعمل بذات الكفاءة التي كانت تعمل بها داخل النظام الذي صممت من أجله.

ومن هنا، وعودة مرة أخرى إلى فكرة النظام القانوني في مجال العلوم القانونية، فإننا الآن نستطيع أن نفهم ما سبق قوله، من أن النظم القانونية لا تقبل الحلول بعضها محل بعض، كما لا يجوز نزع بعض أجزاء النظام القانوني بخصوص فكرة معينة، وزرعه داخل نظام قانوني خاص بفكرة أخرى.

والسبب في ذلك بسيط، فهو يرجع إلى اختلاف أهداف النظم القانونية بعضها عن بعض، مما يجعل لكل نظام قانوني مجالاً لا يستطيع العمل بكفاءة إلا بداخله.

7 - Michel Villey philosophie du droit 2ème ed 1978 p 141.

وبناء على ذلك لا يمكن تفسير نظام البيع الجبري⁸ في قانون المسطرة المدنية، بنظام البيع الاختياري في القانون المدني⁹، كما لا يمكن إحلال أيهما محل الآخر، وكذلك لا يمكن إحلال النظام القانوني لدعوى البطلان الخاصة بالقانون المدني¹⁰، محل النظام القانوني لطرق الطعن في الأحكام القضائية بهدف إبطالها¹¹.

المبحث الثاني

الحماية القضائية

إذا كانت الأفكار التي أوردناها في المبحث الأول تتعلق بإيجاز بمشكلة النظام القانوني، فإننا منها نتقدم إلى الخطوة التالية في نطاق هذه الدراسة والخاصة بحاجة القاعدة القانونية الموضوعية للحماية القضائية.

1 - يجب التأكيد على أنه يوجد داخل النظام القانوني لأي فكرة من الأفكار القانونية مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم مختلف الحالات التي يعالجها هذا النظام المعين بالذات.

فعلى سبيل المثال يوجد داخل النظام القانوني، مجموعة من القواعد القانونية تحدد شروط ميلاد وصحة هذا التصرف وآثاره حال قيامه، ثم

8 - الفصل 462 من ق.م.م المتعلق بالبيع الجبري للمنقولات، والفصول التي بعده. والفصل 469 وما بعده التعلق بالبيع الجبري للعقارات.

9 - الفصل 478 من ق.ل.ع وما بعده المتعلق بعقد البيع

10 - الفصل 306 من ق.ل.ع وما بعده المتعلق ببطلان الالتزامات و311 وما بعده المتعلق بإبطال الالتزامات.

11 - طرق الطعن هي الوسائل الوحيدة التي بمقتضاها يمكن التظلم من الأحكام، فلا يمكن رفع دعوى مبتدئة بطلب إبطالها (voies de nullité n'ont lieu contre les jugements) ولكن يجوز رفع دعوى مبتدئة بطلب انعدام حكم، أنظر نظرية الأحكام أحمد أبو الوفاء الطبعة الرابعة ص 705.

النتائج المترتبة على انقضائه وصور هذا الانقضاء والأمثلة في هذا المجال يمكن أن تتعدد إلى ما لا نهاية.

والذي يهمننا على وجه الخصوص في هذا البحث هو دراسة عنصر الحكم أو الأثر القانوني، الموجود داخل كل قاعدة قانونية منظمة لحق من الحقوق، من ناحية عدم كفاية هذا الأثر أو الحكم في ذاته وبذاته لإشباع مصالح الأفراد، وبالتالي دراسة الحاجة إلى الحماية القضائية لإعطاء كامل الفعالية لحكم القاعدة القانونية المنظمة لأصل الحق، ما معنى كل هذا؟؟

2 - إن القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة لأصل الحق من الممكن أن ترد داخل أي نظام من النظم القانونية المعروفة. وهذه القاعدة من الممكن أن ترد داخل نظام الزواج، أو نظام الإرث، أو نظام المسؤولية، أو نظام التصرف القانوني، أو نظام الشركة.

فإذا وجدت قاعدة قانونية تنظم حقوق الأفراد في نطاق النظام القانوني للمسؤولية المدنية مثلاً، فإن هذه القاعدة تسير على النحو التالي بالنسبة للمسؤولية التقصيرية: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض"¹².

هذه القاعدة القانونية تعمل داخل النظام القانوني للمسؤولية التقصيرية. وهذه القاعدة تتكون من عنصرين : **عنصر مفترض القاعدة** و**عنصر حكم القاعدة** أو أثرها القانوني فكل قاعدة قانونية أيا كان مكانها تتحلل إلى هذين العنصرين ولا يمكن أن تكون إلا باجتماعهما معا¹³.

12 - هذه القاعدة منصوص عليها في الفصل 77 من ق.ل.ع

13 - H.Motulsky op. 153 et 5

داخل عنصر المفترض يضع المشرع الفروض النظرية النموذجية لما يمكن أن تطرحه الحياة العملية من عناصر ووقائع ونماذج. والمشرع يستلهم هذه الفروض من مصادر متعددة، اقتصادية، واجتماعية، ومثالية، وسياسية، وتاريخية.

وعلى ضوء هذا المفترض يصمم المشرع الحكم أو الأثر القانوني الواجب حدوثه إذا ما تحقق هذا المفترض فعلا في واقع الحياة.

هذا الأثر القانوني للقاعدة القانونية هو الواجب الإعمال إذا تحقق ذات المفترض الكائن في ذات القاعدة القانونية.

وكل مفترض لقاعدة قانونية يرتبط بأثره أو بحكمه الكائن هو أيضا داخل هذه القاعدة، وهذا الارتباط وثيق العرى غير قابل للانقسام؛ بمعنى، أنه لا يجوز إهمال أثر قانوني خاص بقاعدة قانونية معينة، كنتيجة لتحقيق مفترض قاعدة أخرى غير القاعدة التي أنشئ هذا الأثر خصيصا لها.

فعناصر القاعدة القانونية محل الاعتبار لا تقبل الحلول بعضها محل بعض، ولا تقبل استبدال عناصرها بعناصر قواعد أخرى توجد في داخل أنظمة قانونية أخرى.

3 - وإذا عدنا مرة أخرى إلى القاعدة القانونية الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، فإننا نجد أن هذه القاعدة تلزم مرتكب الضرر بخطأ صدر منه بدفع تعويض إلى المضرور.

فإذا صدم شخص بخطئه شخصا آخر، أو أصيب هذا الأخير بأضرار تستوجب التعويض، فإننا نتساءل عن كيفية اقتضاء المضرور لهذا التعويض.

كيف يحصل المضرور على مبلغ التعويض؟

وجود القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة لمسألة التعويض، وحدها وفي معزل عن وجود السلطة القضائية، لا يكفي لحصول المضرور على هذا التعويض¹⁴.

ما معنى هذا؟

معنى ذلك ببساطة أنه إذا أصيب شخص بخطأ سائق السيارة، فالقانون يلزم هذا الأخير بدفع تعويض للمضرور. ولكن هذا الإلزام يظل التزاما نظريا إلى أن ترفع الدعوى القضائية إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم بتقرير مسؤولية الفاعل وإلزامه بدفع تعويض.

في المرحلة السابقة على الالتجاء إلى القضاء تظل القاعدة القانونية المنظمة للحق في التعويض غير فعالة، عاجزة بذاتها عن تحقيق نفسها، فالمضرور لا يستطيع استعمال قوته الخاصة أو قوة عشيرته في اقتضاء حقه بالقوة من محدث الضرر. فالحق في القصاص الخاص لم يعد له وجود في المجتمعات الحديثة كقاعدة عامة¹⁵.

هنا يتبين لنا مدى صحة القول بأنه في المرحلة السابقة على الالتجاء إلى قضاء الدولة، أو التحكيم، تظل القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة لأصل الحق عاجزة بذاتها عن تحقيق أثرها القانوني.

14 - راجع في هذا السياق نبيل إسماعيل عمر مؤلفه "عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات" منشأة المعارف ص 56 وما بعدها.

15 - المشرع أباح للأفراد على وجه الاستثناء، وفي بعض المناسبات حماية حقوقهم بأنفسهم. كما في حق الحبس المقرر للدائن الذي يجوز له إمساك ما هو في حيازته من شيء مملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق له الفصل 291 من ق.ا.ع. كما أن لصاحب الأراضي التي تجاوزت جذور أشجار جاره عن أعماق أرضه حق قطع هذه الجذور بنفسه إذا امتنع جاره من ذلك الفصل 135 من ظهير 19 رجب 1333 المتعلق بالعقار المحفظ، راجع بهذا الشأن المرحوم مأمون الكزبري وادريس العلوي العبدلاوي شرح المسطرة المدنية الجزء الثاني ص 24 وبعدها.

4 - في المثال الذي سقناه وشرحناه أعلاه، نلاحظ أن مفترض قاعدة المسؤولية التقصيرية، وقد تحقق، ولكن الجزاء أو الأثر القانوني الكامن في ذات هذه القاعدة القانونية يظل عاجزا عن الانطلاق لإشباع مصالح الخصوم. من هنا ظهرت الحاجة إلى وجود عناصر فنية جديدة تؤدي إلى إظهار وإعمال فعالية القاعدة القانونية المتعلقة بأصل الحق، هذه العناصر الجديدة تتمثل في الحماية القضائية، والحماية التنفيذية.

فإذا كانت القاعدة القانونية المنظمة لأصل الحق تضع إلى جانب المفترض الكامن فيها، عنصر الحكم أو عنصر الجزاء هذا يسمى في الاصطلاح القانوني "الحماية القانونية للحقوق".

هذه الحماية القانونية قاصرة، دون معونة القضاء، عن إشباع مصالح الأفراد. وعلى ذلك، فالمضروب في حادثة السيارة يتعين عليه للحصول على حق أن يرفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة، وي طرح ادعاءاته التي تتمثل في حدوث الخطأ الذي ولد الضرر وبالتالي يطلب إلزام الفاعل بالتعويض.

عند طرح هذه المسائل الواقعية أمام القضاء، فإن القاضي سيقوم بإجراء المطابقة بين المركز الواقعي المطروح أمامه، وبين عنصر المفترض الكائن في القاعدة القانونية المنظمة للحق، ويحاول من خلال ذلك التوصل إلى القول بوجود التطابق التام بين وقائع النزاع وعنصر المفترض، فإذا نجح في التوصل إلى ذلك يكون قد قام بنجاح بإعمال ما يسمى بالتكيف القانوني للنزاع.

بتمام هذا التكيف يحق للمضروب المطالبة بإعمال عنصر الجزاء القائم في القاعدة القانونية المنظمة لأصل الحق في الواقع فإن وصول القاضي إلى القول بقيام التطابق بين عنصر المفترض النموذجي القائم في

صلب القاعدة القانونية، وبين مجموع العناصر الواقعية المطروحة عليه بواسطة الخصوم، هذه النتيجة التي يتم التوصل إليها عن طريق التكيف القانوني تودي، وبطريقة حتمية، إلى ضرورة إعمال أثر القاعدة القانونية، أي حكمها.

أي أن القاضي بإتمامه عملية التكيف يكون قد أضاف إلى عنصر الحماية القائم في القاعدة القانونية المتعلقة بأصل الحق، عنصرا جديدا هو الحماية القضائية.

هذه الحماية القضائية تتضمن التقرير القضائي بأن هذا المضرور هو صاحب الحق في التعويض، وأن محدث الضرر ملتزم بأداء هذا التعويض.

هذه الحماية القضائية تضاف إلى الحماية القانونية الموجودة من قبل في داخل القاعدة القانونية الموضوعية، وبهذه الإضافة يتزود الشخص بسند تنفيذي مؤكدا لحقه، وملزما خصمه بأدائه، وهذا السند التنفيذي يخول صاحبه الحق في تحريك السلطة التنفيذية، التي تمثل الدولة، بغية ترجمة القضاء الوارد به بما يشبع مصالحه التي لحقها الأذى.

ومن هنا، يتضح أن إضافة الحماية القضائية إلى الحماية القانونية القائمة في القاعدة القانونية المنظمة لأصل الحق، يؤدي إلى إعطاء هذه القاعدة الأخيرة كل فعاليتها التي تساهم في إعادة المطابقة بين المراكز الواقعية التي حدث الإخلال بها، أو المراكز القانونية التي يتصورها المشرع للعلاقات المدنية في المجتمع.

5 - صدور الحكم القضائي، ليس كافيا في اعتقادنا للإشباع الكامل لمصالح الخصم المضرور صاحب الحق الموضوعي، بل لابد من التقدم خطوة جديدة إلى الأمام وذلك بإجبار المحكوم عليه على تنفيذ القضاء الوارد

في هذا الحكم وذلك في الأحوال التي يمتنع فيها هذا الأخير عن تنفيذ الحكم طواعية.

بتمام هذا الحكم نكون قد ضمنا لصاحب الحق، بالإضافة إلى الحماية القانونية، الحماية القضائية، والحماية التنفيذية.

هذه الحماية الأخيرة، تتولى إعادة المطابقة بشكل ملموس وواقعي بين المراكز القانونية النموذجية، أو المراكز القانونية الواقعية التي تعرضت للاعتداء.

وبهذا يتجلى لنا بوضوح مدى عجز القاعدة القانونية الموضوعية عن تحقيق ذاتها، وإشباع مصالح الخصوم، وذلك بمعزل عن الحماية القضائية.

ونخلص، في الأخير، من هذه الدراسة مدى وحدة النظام القانوني في الدولة، هذه الوحدة التي تهدف إليها الأنواع الثلاثة من أنواع الحماية.

ووحدة النظام القانوني في المجتمع تنبع من وحدة الهدف الذي يرمي إليه، وترمي إليه بالتالي كافة صور الحماية السالفة الذكر، هذا الهدف هو حماية السلم الاجتماعي بكل معانيه داخل المجتمع.

قابلية قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل للطعن بالإلغاء أو بعدم الشرعية

الأستاذ عبد الحق بامي
مفتش الشغل بالرباط

من المهام التي أنيط بها مفتش الشغل بمقتضى مدونة الشغل الجديدة، إصدار قرارات في مجال الحفاظ على صحة وسلامة الأجراء داخل المقولة بالأساس، وكذا حماية المؤسسة التمثيلية للعمال اتجاه الإجراءات التأديبية لرب العمل التي قد تكون تعسفية.

إلا أن طبيعة قرارات مفتش الشغل هذه، تبقى غير واضحة، ومدى إلزاميتها لطرفي عقد الشغل يعترضه سلطان إرادتهما مما يصعب معه وصفها بقرارات إدارية. وفي نفس الوقت تبقى هذه القرارات مرتبطة بشكل وطيد بالمصلحة العامة وغايتها الحفاظ على النظام العام، بمفهومه الخاص فيما يتعلق بصحة وسلامة الأجراء داخل المقولة والمؤسسة التمثيلية وهو جزء لا يتجزأ من المفهوم العام للنظام العام الذي من مدلولاته الصحة العامة في شقها الوقائي والحقل الديموقراطي من جانبه التمثيلي.

وإذا كانت أهم أركان قرارات مفتش الشغل تتسجم مع القرارات الإدارية بصفة عامة، خصوصا من حيث مبتغى هذه القرارات، المتجلي في تمثيل إرادة الجماعة وحمايتها، فإن التعامل معها باعتبارها قرارات إدارية تتمخض عنه صعوبات جمة، أهمها معرفة الجهة القضائية المختصة.

ومهما يكن، فالمشرع لم يجزم في طبيعة قرارات مفتش الشغل، كما لم يحدد المحاكم المختصة للبت في الطعون الموجهة إليها، لتبقى مهمة القضاء في هذا المجال شاقة، وذلك بسبب ما أصبحت تعرفه العلاقات المهنية الفردية منها والجماعية من اهتمام بالغ لارتباطها بالسلم الاجتماعي؛ هذا الهاجس الحيوي والمؤثر في رسم البرامج الاجتماعية.

مهام مفتش الشغل القانونية والفعلية :

يعهد بتفتيش الشغل إلى مفتشي ومراقبي الشغل والشؤون الاجتماعية وإلى مفتشي ومراقبي القوانين الاجتماعية في الفلاحة وإلى الأعران التابعين للإدارة المكلفة بالمعادن فيما يتعلق بتفتيش الشغل بالمقاولات المنجمية، وإلى كل الأعران الذين كلفتهم إدارات أخرى بهذه المهمة¹. وهم موظفون عموميون يؤدون اليمين الواجب أداؤها على الموظفين المنصبين لتحرير محاضر الضبط². ويناط بهؤلاء السهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشغل وإعطاء المشغلين والأجراء المعلومات والنصائح التقنية حول أنجع الوسائل لمراعاة الأحكام القانونية، وإحاطة السلطة الحكومية المكلفة بالشغل علما بكل نقص أو تجاوز في هذه المقتضيات. وكذلك يقوم هؤلاء الأعران بإجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية³ والجماعية⁴، إضافة إلى مهام إدارية أخرى. وهي نفس المهام تقريبا التي كان يمارسها هذا العون قبل صدور مدونة الشغل الجديدة،

1 - المادة 530 من ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.

2 - المادة 531 من نفس القانون.

3 - المادة 532 من نفس القانون.

4 - المادة 551 من نفس القانون.

وإن كان يمارس محاولات التصالح الفردية والجماعية بحكم الواقع من دون التنصيص عليها قانوناً.

مفتش الشغل وإصدار القرارات :

فاعتباراً من تاريخ 8 يونيو 2004، يوم سريان مفعول مدونة الشغل، توسعت اختصاصات مفتش الشغل، كما أصبحت أعماله أكثر دقة ومقتزنة بمسؤولية شخصية أكثر منها إدارية تسلسلية، ومنها على الخصوص أحقية في إصدار قرارات، كأن يأمر بإعفاء الأحداث والأجراء المعاقين من الشغل دون إخطار، إذا أبدى الطبيب رأياً مطابقاً لرأيه، وأجري عليهم فحص مضاد بطلب من ذويهم⁵ بسبب ما قد يهدد صحة هؤلاء وسلامتهم من جراء عملهم.

كما أن كل إجراء تآديبي يعتزم المشغل اتخاذه في حق طبيب الشغل⁶ أو مندوب الأجراء أصلياً كان أو نائباً⁷ أن يكون موضوع قرار يوافق عليه العون المكلف بتفتيش الشغل. ونفس القرار يتخذه كذلك في موضوع نقل أجبر من شغل لآخر أو تحويل منصب شغل لاعتبارات تتعلق بسن الأجير وقدرته البدنية على التحمل وحالته الصحية بعد أخذ رأي الطبيب مفتش الشغل⁸. وفقاً لهذا فتدخل العون المكلف بتفتيش الشغل في جميع هذه الحالات يتم عن طريق إصدار قرارات أمرة بعد أن كان يبدي رأياً حول الإجراء التآديبي الذي يعتزم المشغل اتخاذه، كما هو الشأن فيما يخص إعفاء مندوب الأجراء أو نائبه⁹.

5 - المادة 144 من نفس القانون.

6 - المادة 313 من نفس القانون.

7 - المادة 457 من نفس القانون.

8 - المادة 320 من نفس القانون.

9 - الفصل 12 من ظهير شريف رقم 1.61.116 صادر في 29 جمادى الأولى 1382 (29 أكتوبر 1962) المتعلق بتمثيل المستخدمين في المقاولات.

إلا أن المنتبِع يلاحظ أن المقتضيات الجديدة المتعلقة بقرارات العون المكلف بتفتيش الشغل تعرف نوعاً من التنوع في الصياغة، مما يصعب مأمورية المتلقي للوقوف على إرادة المشرع، فأحياناً يقول هذا الأخير: "... يكون موضوع مقرر أو قرار يوافق عليه العون المكلف بتفتيش الشغل..."¹⁰، فالنص هنا يوحي لنا بكون القرار يتخذ من طرف جهة أخرى غيره، وقد لا يكون إلا المشغل صاحب السلطة التأديبية داخل المقابلة¹¹، ولا يبقى للعون المكلف بتفتيش الشغل إلا الموافقة عليه أو رفضه، وبالتالي يبقى موقفه قريباً من إبداء رأي. وبعده وفي نفس موضوع تأديب مندوبي الأجراء يقول "... للعون المكلف بتفتيش الشغل أن يتخذ قراره بالموافقة أو الرفض خلال الثمانية أيام الموالية لإشعاره ويجب أن يكون قراره معللاً"¹². وتارة أخرى يقول "...إصدار قرار في الموضوع..."¹³ و "... يأمر بإعفاء الأحداث والأجراء المعاقين من الشغل..."¹⁴ وهنا تكون الصياغة أكثر وضوحاً لتكون قرارته أمراً حسب إرادة المشرع.

وعلى صدى ما سلف يحق لنا أن نتساءل هل يمكن اعتبار تدخلات العون المكلف بتفتيش الشغل قرارات إدارية؟ وهل هذه القرارات خاضعة للرقابة القضائية عن طريق الطعن بالإلغاء أو بعدم الشرعية أمام المحاكم الإدارية؟.

10 - المادة 313 والمادة 457 من نفس القانون.

11 - المواد 37 و 61 من مدونة الشغل.

12 - المادة 459 من مدونة الشغل.

13 - المادة 320 من نفس القانون.

14 - المادة 144 من نفس القانون.

طبيعة قرارات مفتش الشغل :

القرار لغويا هو ما قر عليه الرأي من الحكم في مسألة، والقرار الإداري حسب تعريف "البن" هو "التصرف القانوني الذي يصدر عن الإدارة المختصة بسلطة عمومية وحيدة الطرف وعلى أن يحدث بحد ذاته آثارا قانونية" وحسب القضاء المصري هو "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"¹⁵ وترى مليكة الصروخ أن القرار الإداري هو وسيلة من وسائل سلطة الضبط الإداري، وعمل من الأعمال القانونية للإدارة للمحافظة على النظام العام، سواء كانت هذه القرارات أوامر أو نواه أو ترخيصات موجهة للأفراد¹⁶ أي إحداث حق أو واجب. كما يرى الأستاذ عبد الله حداد من أجل اعتبار القرار إداريا يجب أن يتوفر شرطان أساسيان: بأن يصدر من شخص معنوي عام، وذلك خلال ممارسته لنشاطه الإداري أي أثناء توظيف وسائله الإدارية والقانونية من عقود وقرارات (مقتبس من إحدى محاضراته).

ويمكن القول بناء على ما ذكر أن ما يصدره العون المكلف بتفتيش الشغل يتوفر على العناصر الكافية والواضحة لاعتباره قرارا إداريا، لكونه صادرا عن سلطة إدارية باعتبار العون المكلف بتفتيش الشغل موظفا عموميا وكون قراره تصرفا منفردا لا تقابله إرادة أخرى، ولأنه يحدث أثرا

15 - عبد الرحمان البكريوي - الوجيز في القانون الإداري المغربي - الكتاب الثاني - الطبعة الأولى - 1990 ص 129 شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط.

16 - مليكة الصروخ - القانون الإداري دراسة مقارنة - الطبعة الخامسة - 2001 ص 409 - دار الأمان الرباط.

قانونيا يتجلى في حماية حقوق الأجراء والمؤاجرين. وإن كانت تنصب عليه ملاحظتان إثنان :

1 - اختلاف القرار المتخذ من طرف العون المكلف بفتح الشغل عن باقي القرارات الإدارية كونه يتخذ من دون الأعمال التحضيرية التقليدية المتجلية في التنسيق مع رؤسائه، والتعبير عن إرادة الإدارة التي ينتمي إليها، والتي لها حق التعليمات¹⁷ بل إنه يستمد قراره من قناعاته الأحادية، وسلطته التقديرية الشخصية، وضميره المهني فقط وهو أمر غير قابل أن يكون محل حلول أو تفويض.

2 - إن قراره هذا ينصب على واقعة أو تصرف في إطار عقد شغل مبرم بين طرفين في إطار القانون الخاص، وخارج عن نشاط الإدارة ألا وهما أجير ومؤاجر. فلا يمدى بحق للإدارة أن تتدخل في عقود خاصة مبرمة بين الأجير الذين يمكنهم تجاوز القرار باتفاقهما الأمر الذي سيفرغ هذا الأخير من خاصية التنفيذ الجبري التي يتصف بها القرار الإداري. وفي هذا السياق أشير إلى ما تعرض له الأستاذ حداد من أن الغرفة الإدارية - قبل إنشاء المحاكم الإدارية - تستند على الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية، وتعتبر جميع القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية خاضعة للطعن بالإلغاء بقطع النظر عن كونها خاضعة للقانون العام أو القانون الخاص، إلا أن قانون المحاكم الإدارية استثنى المنازعات المرتبطة بالعقود الخاصة للإدارة وجعلها من اختصاص المحاكم العادية¹⁸.

17 - أحمد بلحاج / ميشال روسي / جان كرانبون - القانون الإداري المغربي الطبعة الأولى للنص العربي المترجم عن الطبعة الرابعة للنص الفرنسي 1988 ص 285.

18 - عبد الله حداد - القضاء الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية ص 93 منشورات عكاظ.

إن الملاحظة الأخيرة تدفع بنا للتساؤل من جديد عن مدى سلامة الأركان الأساسية لقرارات العون المكلف بتفتيش الشغل، وهما السبب والمحل، من جراء تناول هذا الأخير - قانونيا - على تعاقد الأغيار.

أركان قرارات مفتش الشغل الأساسية:

إذا كان السبب هو "الحالة الواقعية أو القانونية التي نشأت ودفعت الإدارة إلى إصدار قرار بشأن تلك الحالة" أي العنصر الخارجي السابق على صدور القرار والدافع لتدخل السلطة المختصة باتخاذ القرار¹⁹، فإنه بالنسبة للقرار الذي يصدره العون المكلف بتفتيش الشغل هو رغبة المؤجر في إعفاء مندوب الأجراء أو طبيب الشغل، وتشغيل الأحداث والأجراء المعاقين.

أما المحل فيرى بعض الفقه أنه الأثر القانوني الفوري والمباشر الذي يترتب على صدور القرار الإداري "أي عملية التغيير التي تحدث في المركز القانوني الذي قصد مصدر القرار اتخاذها"²⁰ ويرى آخر "الأثر القانوني الذي يترتب حالا ومباشرة على القرار"²¹ وهكذا يتضح أن المحل هو أبرز عناصر القرار الإداري وجوهره، والعيب فيه هو بمثابة مخالفة للقانون؛ ويتجلى المحل - في حالتنا هذه - في رغبة العون المكلف بتفتيش الشغل في اتخاذ القرار المناسب المحافظ على النظام العام حسب تقديره. وهنا تطرح إشكالية أخرى تتعلق بالهدف الذي يرمي إليه صاحب القرار، ومدى ارتباطه بالنظام العام، ومدى حمايته لأموال تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية.

19 - مليكة الصروخ ص. 417.

20 - مليكة صروخ ص 418.

21 - محمد مرغني - المبادئ العامة للقانون الإداري المغربي المقارن الجزء الثاني ص. 327.

قرار مفتش الشغل ومعيار "المصلحة العامة"

في القانون الدستوري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق التي نظمها هذا القانون والحريات العامة التي كفلها كحرية الترشيح والانتخاب والحرية الشخصية وحق العامل في الانضمام للنقابة التي يختارها؛ كما أن النظام العام لا يمكن حصره في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة. ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان فهو شيء نسبي، وكل ما نستطيعه هو أن نضع معيارا مرنا يكون معيار "المصلحة العامة" فالقاعدة القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قاعدة يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد²² وإن لم تكن المصلحة العامة غاية بذاتها فهي هدف داخل المصلحة العامة²³ ويضيف هنا الأستاذ عبد الله حداد ليعتبر الضبط الإداري أو الشرطة الإدارية إحدى مجالات المرفق العمومي للمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاث: الأمن العام، السكنية العامة ثم الصحة العامة.

وعلى ضوء ما سلف، قد يتسنى لنا ونحن نعود إلى المبتغى الذي يسعى العون المكلف بتفتيش الشغل إلى تحقيقه، أن نلاحظ أن قراراته تنصب على موضوعين اثنين : الأول يتعلق بحماية المؤسسة التمثيلية للأجراء داخل المقاولات، والثاني يحصن طبيب الشغل - من تعسف المشغل - على اعتبار أن طبيب الشغل يلعب دورا وقائيا للحفاظ على صحة

22 - ادريس العلوي العبدلاوي - المدخل لدراسة القانون - الجزء الأول (نظرية القانون) الطبعة الثانية - 1975 ص. 514.

23 - محمد مرغيني ص 330.

وسلامة الأجراء من حوادث الشغل والأمراض المهنية²⁴ ويزاول مهنته بكل استقلال وحرية سواء إزاء المشغل أو اتجاه الأجراء ولا يراعي إلا الاعتبارات الخاصة بمهنته²⁵. كما أنه يتخذ تدابير فردية تبررها اعتبارات تتعلق خاصة بسن الأجير وقدرته البدنية على التحمل وحالته الصحية²⁶.

وبهذا الصدد يمكن القول أن الاتجاه الذي سار عليه المشرع في حماية مندوب الأجراء من تعسفات المشغل أدى بالفقهاء إلى القول باستبعاد التحليل التعاقدية - الذي يربطهما - وهجر عالم العقود إلى التحليل النظامي²⁷. أي أن الدور الذي يقوم به يتم نيابة عن الأجراء، أي جماعة، وفي إطار مؤسسة تمثيلية ينظمها القانون التي هي جزء من المنظومة الديمقراطية المبنية على تمثيل إرادة الشعب من أجل تحقيق المصلحة العامة. أما فيما يخص حماية صحة وسلامة الأجراء من حوادث الشغل والأمراض المهنية، فإن رب العمل ملزم بأن يتخذ الإجراءات القانونية لكي يؤمن لأجرائه حياتهم وصحتهم في أدائهم الأعمال التي يباشرونها تحت توجيهه أو لحسابه، ويسأل عن كل مخالفة لذلك وفقا للقواعد المقررة للجرائم وشبه الجرائم²⁸ وكل شرط أو اتفاق يستهدف تخفيف أو استبعاد المسؤولية يبقى عديم الأثر²⁹، كما يتعين على المشغل تجهيز أماكن العمل بما يضمن سلامة الأجراء³⁰. وفي هذا الاتجاه - أصدرت محكمة النقض الفرنسية

24 - المادة 318 من مدونة الشغل.

25 - المادة 314 من نفس القانون.

26 - - - المادة 320 من نفس القانون.

27 - محمد سعيد بناني - قانون الشغل بالمغرب (علاقات الشغل الفردية) 1981 ص 134.

28 - المادة 749 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

29 - المادة 751 من نفس القانون.

30 - المادة 282 من مدونة الشغل.

بتاريخ 8 ماي 1907 قرارا علته بما يلي: "... وحيث أن الالتزام الذي يفرضه - تحقيقا للنظام العام- قانون 9 أبريل 1898 على المؤجر بتعويض الأجراء المصابين بحادث شغل..."³¹. وكذا ما أحدثته القضية المعروفة بقضية "شاريت شابرون" بفرنسا التي اعتبرت الرئيس المدير العام لإحدى الشركات الصناعية مسؤولا جنائيا عن وفاة أجبر مات في حادثة شغل، بالقتل العمد، من جراء عدم احترام المؤسسة لتدابير الوقاية رغم تحذير مفتش الشغل من مغبة الأخطار. وقد استند القاضي الفرنسي عندما أمر بإلقاء القبض على مدير الشركة على الفكرة القائلة بأن السلامة الواجب ضمانها أثناء الشغل من النظام العام³².

إذن يتبين من هذا أن قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل تتعلق بنظام المجتمع وحمايته والمحافظة على استقراره وهي مصلحة عامة. وإن كنا نلاحظ أن المشرع حين تطرق لتلك القرارات المتعلقة بحماية صحة وسلامة الأجراء، لم يقرن مخالفة ذلك بجزاءات، كما تم بشأن حماية المؤسسة التمثيلية. ومهما يكن فغياب هذه الجزاءات يحيلنا على القانون الجنائي الذي ينص على: "من خالف مرسوم أو قرارا صدر عن السلطة الإدارية بصورة قانونية إذا كان هذا المرسوم أو القرار لم ينص على عقوبات خاصة لمن يخالف أحكامه، يعاقب بغرامة من خمسة إلى ستين درهما"³³.

31 - آمال جلال - مسؤولية المؤجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي - الجزء الأول - طبعة 1977 ص. 51 - نشر كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الرباط / الحكم منشور لمجموعة سيرى REC SIREY سنة 1907 جهة الاجتهاد القضائي ص 463.

32 - نفس المرجع ص 582/ للمزيد من الإيضاح راجع جريدة Le monde عدد 9549 بتاريخ 4 أكتوبر 1975 وكذا عدد 9550 بتاريخ 6 و7 أكتوبر 1975.

33 - الفصل 341 من القانون الجنائي المغربي فقرة 11.

واستنادا على ما سبق، وإذا سلمنا بأن ما يصدره العون المكلف بتفتيش الشغل في هذا المجال قرارات إدارية، وبأن المشرع استعمل عبارة "قرار" بمفهومها الاصطلاحي الإداري وليس بالمفهوم اللغوي الواسع، فهل هذه القرارات خاضعة للرقابة القضائية أمام المحاكم الإدارية. سواء بالإلغاء أو بعدم الشرعية؟ مادام المشرع قد خص هذه الأخيرة بالبت ابتدائيا في طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة³⁴ وفحص عدم شرعيتها في بعض الحالات³⁵.

قرارات مفتش الشغل أمام القضاء :

إذا عدنا لمحتويات مدونة الشغل الجديدة نجد أن المشرع غض الطرف عن الإجابة عن هذا السؤال، ذلك أنه لم يحدد طبيعة هذه القرارات ولا الجهة المختصة للبت في الطعن الموجه ضدها مما سيؤدي لا محالة إلى فتح باب التفسيرات والتأويلات على مصراعيه، عكس ما فعل صراحة بالنسبة لمحاضر المخالفات التي يحررها مفتش الشغل والتي جعلها خاضعة للرقابة بالتنظيم أمام السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، قبل انصرام الأجل المحدد للمشغل في التنبيه خلال الخمسة عشر يوما من تلقي هذا التنبيه في أقصى الأجل³⁶. ويتم ذلك قبل تحرير محضر المخالفات، وإحالتها على المحاكم المختصة³⁷. ويبقى على القاضي عند عرض نزاع بخصوص النقطة موضوع هذه الدراسة أن يجمع الدلائل الموضوعية وعلى أساسها يقرر ما إذا كانت الغاية المتوخاة من القرار هي تحقيق المصلحة العامة³⁸. مع

34 - المادة 8 من قانون رقم 90.41 المحدث بموجبه محاكم إدارية.

35 - المادة 44 من نفس القانون.

36 - المادة 541 من مدونة الشغل.

37 - المادة 540 من نفس القانون.

38 - أحمد بلحاج / ميشال روسي/ جان كرانبيون ص 282.

ترجيح الأخذ مبدئياً بالمعيار العضوي أي السلطة التي أصدرت القرار، وهو المعيار الذي سار عليه المشرع المغربي لتطبيق القضاء الإداري³⁹. وبذلك سيصبح القاضي مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، ويفسر النص التفسيري الملائم لروح عصره⁴⁰ نظراً لحدائه صدور مدونة الشغل. هذا مع استبعاد إمكانية توسيع مفهوم الرقابة الإدارية - المشار إليها - على قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل، لأن ذلك سيؤدي لعيب عدم الاختصاص. فالرقابة الإدارية تنصب على مهامه في مراقبة تشريع الشغل فقط. لذا فقد كان على المشرع الفصل في الأمر، فإما اعتباره قراراً إدارياً بطبيعته والإشارة لاختصاص المحاكم الإدارية للبت فيه، أو استبدال لفظة "قرار" بغيرها أقل حدة من قرار وأكثر من إبداء رأيك "موقف" أو غيرها، وربما يعود هذا اللبس إلى غياب وجود مختصين في القانون الإداري عند سن مدونة الشغل.

نستخلص في النهاية أن حسم الإشكالية يبقى بيد القضاء. فإذا كان لسلطة الضبط الإداري الحق في إصدار القرارات الفردية اللازمة للمحافظة على النظام العام سواء كانت هذه القرارات أوامر أو نواه أو تراخيص موجهة للأفراد⁴¹ وكانت رقابة القضاء تنصب على الهدف الذي تسعى سلطة الضبط إلى تحقيقه ومدى علاقته بالمحافظة على النظام العام⁴² فإن قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل تتوفر على جميع العناصر لتحقيق ذلك،

39 - المادة 8 من قانون رقم 90.41 المحدث بموجبه محاكم إدارية.

40 - ادريس العلوي العبدلاوي ص 516.

41 - مليكة الصروخ ص 409.

42 - قرار الغرفة الإدارية بتاريخ 12 ماي 1960 قضية لحسن بن عبد المالك سوسي وقائد الخميسات - مجموعة أحكام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 84 الصادر سنة 1961 ص 105.

وبالتالي فهي في حاجة إلى مناعة، وإن كان المبدأ في التقاضي هو تفادي إرهاب المتقاضي الذي يصبح موزعا بين جهتين قضائيتين، لأن اتجاه القضاء الإداري بعدم الاختصاص سيجعل من هذه المواد المتعلقة بهذه القرارات بمثابة نصوص من عبث، كما كان عليه الأمر قبل صدور مدونة الشغل، حيث كان القضاء العادي يأخذ بمضمن محاضر المخالفات المحررة من طرف أعوان تفتيش الشغل - عمليا - على سبيل الاستئناس، وإن كان من المفروض أن يوثق بمضمونها إلى أن يثبت عكس ما فيها⁴³.

كل هذا سيتم إن توفرت للعون المكلف بتفتيش الشغل الجرأة الذاتية الكافية لإصدار قرارات من هذا القبيل نظرا لما نعرفه عنه من تردد في ولوج أدغال اختصاصاته، ولعل مرد ذلك إلى غياب القوانين المنظمة للمهنة والتي من شأنها أن توفر له الحماية القانونية مما يمكن أن تواجه به أعماله من طعون.

نافذة على التنظيم القضائي المقارن النيابة العامة في الصين الشعبية

الأستاذ رشيد تاشفين

وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية
بسطات

التعريف بالنيابة العامة في الصين :

أحاط دستور الجمهورية الشعبية للصين لسنة 1982 النيابة العامة باختصاصات واسعة. وهكذا نصت المادة 131 من الدستور على أن النيابة العامة الشعبية تتولى حق المراقبة المخول لها بمقتضى القانون ودون تدخل من المؤسسات الإدارية القائمة.

فالنيابة العامة تعتبر جهازا للدولة مكلفا بمراقبة تطبيق القوانين. وتستمد شرعيتها من الدستور ومن القانون التنظيمي للنيابة العامة الشعبية، لذلك تتولى متابعة كل من قام بتهديد أمن الدولة، الذي خول الدستور للنيابة العامة الشعبية مهمة الدفاع عنه حفاظا على النظام وحماية لحقوق المواطنين الصينيين.

وتعتبر النيابة العامة في الصين جهازا مستقلا عن الأجهزة الإدارية والقضائية.

التنظيم الهيكلي للنيابة العامة في الصين:

تعتبر النيابة العامة في الصين ممثلة على صعيد مختلف المحاكم، ويخضع أعضاؤها للتسلسل الرئاسي من خلال وضعهم تحت سلطة النيابة العامة الشعبية العليا.

وقد تولى القانون التنظيمي للنيابات العامة تقسيم هذه الأخيرة إلى 4 أقسام، وهي على درجات :

أولاً : النيابة العامة الشعبية العليا

ثانياً : النيابة العامة الشعبية للأقاليم

ثالثاً : النيابة العامة الشعبية للمدن التي تتوفر على مقاطعات

رابعاً : النيابة العامة الشعبية للدوائر

وتتولى النيابة العامة الأعلى مراقبة الأدنى. وتعد النيابة العامة الشعبية العليا جهاز المراقبة الأعلى للدولة في شخص الوكيل الأعلى للشعب، الذي يسير أعمال باقي النيابة العامة.

بالإضافة إلى هذه الأجهزة، توجد أجهزة أخرى للنيابة العامة وهي: النيابة العامة العسكرية. وهي جهاز للمراقبة القضائية خاص بجيش تحرير الشعب. وحسب القانون يمارس مهمة مراقبة وتتبع الجرائم المرتكبة من طرف العسكريين.

وهناك النيابة العامة للنقل عبر السكك الحديدية. وهي جهاز يتولى مهمة مراقبة وتتبع الجرائم المرتكبة على طول السكك الحديدية.

وتتكون النيابة العامة الشعبية، بمختلف أنواعها ودرجاتها، من وكلاء عامين ونوابهم ومن أعضاء مجلس النيابة العامة، ومن وكلاء ونوابهم وكتابة ضبط وشرطة قضائية وموظفين يعملون بالمصالح العامة واللوجيستية.

ويبلغ عدد العاملين بالنيابة العامة الشعبية بالصين 220.000 شخص من بينهم 50.000 وكيل نيابة عامة. وهناك جهاز تابع للدولة يسمى الجمعية الشعبية الوطنية يتولى تعيين وعزل الوكيل الأعلى للشعب.

كما يوجد جهاز يسمى المجلس الدائم للجمعية الشعبية الوطنية يتولى تعيين وعزل نائب الوكيل الأعلى لدى النيابة العامة الشعبية العليا وكذا أعضاء مجلس النيابة العامة والوكلاء والوكيل العام للنيابة العامة العسكرية، باقتراح من الوكيل الأعلى للنيابة العامة الشعبية العليا.

اختصاصات النيابة العامة :

تتولى النيابة العامة الشعبية في الصين مهاماً متعددة بمقتضى القانون من بينها:

- مراقبة وتتبع الجرائم المتعلقة بالخيانة العظمى والتي تمس وحدة البلاد؛

- دراسة الملفات المحالة عليها من الشرطة القضائية واتخاذ قرارات بالاعتقال والمتابعة في حق المشتبه في ارتكابهم جرائم تتعلق بتحويل الأموال والرشوة واستغلال النفوذ والاعتداء على حقوق المواطنين؛

- مراقبة الأبحاث التي تجريها أجهزة الشرطة وأمن الدولة سواء من حيث شرعيتها أو ملاءمتها للقانون؛

- تحريك الدعوى العمومية وتتبع القضايا المرفوعة إلى المحاكم الشعبية؛

- مراقبة شرعية الأحكام والقرارات الجنائية الصادرة عن المحاكم الشعبية، والتعرض عليها في حالة الخطأ؛

- مراقبة شرعية تنفيذ العقوبة من طرف الأجهزة التنفيذية؛

- مراقبة الأحكام المدنية والإدارية الصادرة عن المحاكم الشعبية المختصة؛

- تلقي الشكايات والشايات من المواطنين؛

وبذلك يتبين أن النيابة العامة الشعبية في الصين تتولى التصدي للجرائم ومحاربة الرشوة والمحافظة على الاستقرار الاجتماعي، والقضاء على أنواع العنف والاعتداء والإرهاب ومحاربة التهريب والتعامل بالعملة بطرق غير قانونية.

وباعتبار النيابة العامة الشعبية العليا، الجهة المخول لها قانونا مهمة مراقبة السياسة الجنائية في الصين، فقد وضع التشريع الصيني باقي النيابة العامة الشعبية تحت سلطتها.

لذلك تولى تنظيمها هيكلها بحيث تشمل على عدة أقسام ومديريات ومكاتب من بينها :

- ديوان النيابة العامة؛
- مكتب بحث السياسة القانونية؛
- مكتب جريدة النيابة العامة الصينية؛
- مؤسسة البحوث العلمية والتقنية للنيابات العامة بالصين؛
- دار نشر النيابة العامة؛
- قسم البحث والمصادقة على الاعتقال؛
- قسم مراقبة الانضباط؛
- قسم مراقبة السجون؛
- قسم المراقبة المدنية والإدارية؛
- قسم مراقبة النقل السككي؛

- قسم للشؤون الخارجية؛
- قسم تدبير الشؤون العامة؛
- قسم التخطيط والمالية والتجهيز؛
- المعهد الوطني للوكلاء.

والخلاصة وبالنظر للدور الذي تقوم به النيابة العامة، فإنه يتجلى أنه مهما تعددت النظم القانونية والاقتصادية والسياسية، فإن النيابة العامة تعتبر جهازا ضروريا لا محيد عنه، باعتبارها السلطة التي يعهد إليها المشرع بإقامة الدعوى العمومية ومراقبة تطبيق القوانين والحفاظ على حقوق الأفراد والجماعات والتصدي للجريمة، تكريسا لمبدأ فصل السلطات واستقلال السلطة القضائية.

حرر بسطات في 18 دجنبر 2007

I . S . M

أي دور للقضاء في الحد من أزمة السجون؟ مقارنة ما بين النظري والواقعي

الأستاذ محمد الحمياني

ملحق قضائي (الفوج 34)

مقدمة :

غني عن التعريف أن المجتمعات البشرية في تطورهما وسيرتها التاريخية، حاولت وضع مقاييس وضوابط للسلوك بالردع والعقاب، انطلاقاً من رؤيا دينية كانت أم فلسفية أو خلقية، طعمت بتقليدها وعاداتها وأعرافها، وقد تكيف مفهوم الجريمة والعقاب حسب معطيات المجتمعات، والتراث والحضارات. وصعب حتى فترة قريبة تحديد حجم الجريمة تحديداً دقيقاً في المجتمعات نظراً لطبيعتها المغلقة بالإخفاء والتغميض، ومع هذا فقد زاد الاهتمام بالجريمة في العصر الحديث لتزايدها وتكثفها وتشعبها، وتعددت البحث في تحديد مفاهيمها وتصانيفها وردعها، وقد عرف الفصل 110 من مجموعة القانون الجنائي الجريمة بأنها "....هي عمل أو امتناع مخالف

1 - علم الاجرام، رمسيس بهنام ص. 50. وما يليها. تتوزع فصول مجموعة القانون الجنائي المغربي بين ما تتناول التكييف القانوني لجناية وفيها ما يفصل أحكام الجنحة وأخرى للمخالفة، وقد أوضح المشرع بنص الفصل 16 من هذا القانون "العقوبات الجنائية الأصلية هي 1 الإعدام 2 السجن المؤبد...5 التجريد من الحقوق الوطنية" وبالفصل 17 "العقوبات الجنحية الأصلية هي 1 الحبس... والفصل 18 العقوبات الضبطية الأصلية هي 1 الاعتقال لمدة تقل عن شهر والغرامة..."

للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه" كما تناول الفصل 111 بعده أنواع الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها وفي الفصول التالية عليها، أحكام تحديد العقوبة وتفريدها من طرف القضاة وسلطتهم في ذلك، إلا أنه وفي حقيقة الأمر تشكل العقوبات السالبة للحرية، العقوبات الأكثر حكماً بها من طرف القضاء كنهج عملي لردع مرتكبي الأفعال الإجرامية، إلا أن هذا الأخير ثبت فشله نظراً لما له من تأثير على الجوانب النفسية والروابط الاجتماعية للمحكوم عليه، وما ينتج عن الحكم بهذه العقوبات دون اللجوء إلى البدائل عنها، من اكتظاظ داخل السجون، بل والمساهمة في العود إلى الإجرام تبعاً لذلك، وما إلى ذلك من تبعات نفسية واجتماعية على نزلاتها يصعب إصلاحها.

وإذا كانت المجتمعات الحديثة لم تدخر جهداً في تطوير أغراض العقوبة لجعلها وسيلة لتقويم سلوكيات المحكوم عليه، ومراجعة ذاته، وإعادة إدماجه في المجتمع، وذلك بالبحث المستمر عن الأنماط الفعالة والأساليب الملائمة لبلوغ ذلك، فإن الفكر الجنائي المعاصر اهتدى إلى إيجاد آليات مستحدثة كبديل للعقوبات الحبسية القصيرة المدة، من أجل تسهيل مهمة القضاء في تفريد العقاب سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو فترة النطق بالحكم.

فما هي الجوانب السلبية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة؟ وكيف يمكن للقضاء الحد منها؟

تلك هي الإشكالية الأساسية التي سنحاول معالجتها من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : الجوانب السلبية للسجون

المبحث الثاني : الآليات القضائية للحد من أزمة السجون

المبحث الأول

الجوانب السلبية للسجون

نتج عن اللجوء التلقائي للعقوبات السالبة للحرية من طرف القضاء، مجموعة من الآثار السلبية، بدءا بمشكل الاكتظاظ داخل السجون، مروراً بالتبعات القانونية والإدارية وانتهاء بالمعاناة النفسية والاجتماعية للمحكوم عليه.

إن هذه المشاكل مجتمعة تشكل أزمة للعقوبات الحبسية خاصة قصيرة المدة، وقبل معالجة التبعات السلبية سوف نحاول كشف جوانب وأسباب الاكتظاظ.

المطلب الأول : مشكل الاكتظاظ داخل السجون

لقد أصبح الاكتظاظ داخل السجون ظاهرة خطيرة لا تنعكس إلا سلباً على أوضاع السجناء من الناحية الصحية والنفسية، والتعليمية وكذلك ضعف الرعاية الاجتماعية وانعدام التصنيف².

وتشير الإحصائيات، خاصة تقرير المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان، وذلك بعد 4 سنوات من العمل بموجب القانون الخاص بالسجون 99.28، إلى أن نسبة الاكتظاظ تتجاوز 400%³ كما هو الحال بالنسبة لسجن الحسيمة الذي تصل طاقته الاستيعابية 538 سجيناً تصل نسبة الاكتظاظ فيه إلى 640% وسجن بني ملال طاقته الاستيعابية 823 تصل نسبة الاكتظاظ فيه

2 - محمد فرحات، السجون وتنفيذ عقوبة الحرمان من الحريات، مجلة رسالة المحاماة، أبريل 1987، العدد 4، ص. 78.

3 - سامي نصر، مقتضيات من تقرير السجون بالمغرب، www.justice.gov.ma

402% وسجن العيون طاقتة الاستيعابية 595 تصل نسبة الاكتظاظ إلى 407%.

وعموما، فقد استقبلت المؤسسات السجنية خلال سنة 2005، أكثر من 50930 نزيلة، أكثر من نصفهم معتقلون احتياطيا، منهم 1227 امرأة توجد من بينهم 16 حاملا⁴ على أن هذا العدد من نزلاء المؤسسات السجنية ظل يعرف منحى تصاعديا خلال السنتين الأخيرتين وقد وصل إلى 55600 نزيل مع نهاية شهر نونبر من هذه السنة 2007⁵.

ورغم بعض التطورات الإيجابية التي سجلها التقرير، والمرتبطة أساسا باستفادة المعتقلين من العفو الملكي سنة 2004 وفتح 4 مؤسسات سجنية جديدة خلال سنة 2005 بكل من أزيلال وشفشاون وبوعرفة والرماني فإن حالة الاكتظاظ تعتبر السمة البارزة، على أن العفو الملكي السامي ظل وباستمرار المصدر الوحيد للتخفيف من هول هذه الأزمة التي تعيشها المؤسسات السجنية، فمشكل الاكتظاظ إذا أضحي من أبرز المشكلات التي تواجهها كل من الأطر الإدارية العاملة بمختلف سجون المملكة، ومخططات الوزارة الوصية في توفير الإمكانيات اللازمة، ومن ذلك الأعباء المالية التي تتحملها الدولة عند كل زيادة في عدد المعتقلين إذ أنه، ولئن كانت قيمة الوجبة الغذائية التي يمكن منها النزيل لا تتعدى 5 دراهم عن كل يوم وحصاة النظافة والأدوية تتراوح ما بين 20 و60 سنتيم عن كل نزيل وأن المساحة التي يستغلها لا تزيد عن متر إلى متر ونصف مربع، وهو ما يحول دون تحقيق الإصلاح وفشل جميع البرامج الإصلاحية. ومن تم بلورة

4 - جريدة الأحداث المغربية، الاكتظاظ والعنف وسوء التغذية، عدد 21 أكتوبر 2005.

5 - جريدة ليكوثوميسست عدد 2683 وتاريخ 31 دسمبر 2007 وفتح يناير 2007 (تصريح السيد وزير العدل) ص. 32.

الغاية من ذلك في إعادة إدماج هؤلاء النزلاء في المجتمع بعد قضائهم للعقوبة السالبة للحرية المحكوم عليهم بها.

وتكدس السجون ليست أزمة قاصرة على السجون المغربية فقط، فحتى الدول المتقدمة تعاني من نفس المشكل، إذ توضح الإحصائيات في الولايات المتحدة الأمريكية أن عدد المعتقلين يصل إلى 1933503 معتقلا وهو أكبر معدل في العالم، تليها الصين بـ 43 ألف سجين ثم روسيا بـ 96 ألف سجين⁶.

وتتعدد أسباب الاكتظاظ، ويمكن حصرها في أسباب قانونية وأسباب قضائية :

- الأسباب التشريعية : تتمثل في كثرة النصوص المعاقبة بعقوبات سالبة للحرية سلبية، التوجه الذي أخذ به المشرع من احتلال لمساحة كبيرة من مجموع القواعد الجزرية، وكذلك اللجوء إلى الأداة الجنائية من قبل فروع القانون الأخرى الجنائية كأداة رادعة، وانحسار دور الوسائل غير الجنائية في الحد من النزاعات⁷.

- أسباب قضائية : وتتجلى من خلال رأي البعض إلى تعاطي القضاء الحكم بعقوبات سالبة للحرية، واللجوء إلى منهجية الأمر بالوضع تحت الحراسة النظرية وإلى إجراء⁸ دون تربيث وبعد نظر الاعتقال

6 - انظر هذه المعطيات الاحصائية، أيمن الزني، العقوبات السجنية قصيرة المدة وبدائلها، الطبعة الأولى، 2003، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 115.

7 - عبد الحفيظ بلقاضي، التدخل الجنائي بين التقييد بالحد الأدنى والمد التوسعي الشامل، مجلة القصر، العدد 10، ص. 35-36.

8 - انظر عدد اليومية ليكونوميست، 2683 لتاريخ 31 ديسمبر 2007 وفتح يناير 2008 الصفحة

الاحتياطي، واللجوء الحذر إلى الحكم بوقف التنفيذ وعدم تفعيل بعد التدابير والبدائل المستحدثة.

المطلب الثاني : التبعات السلبية للعقوبات السجنية القصيرة المدة

إلى جانب الحرمان من الحرية الذي يعتبر أساس العقوبات السالبة للحرية تبقى لهذه العقوبة ترسبات أخرى وآثار غير ظاهرة، لا يدركها إلا السجين الذي تنعكس على حياته نفسيا واجتماعيا واقتصاديا وقانونيا.

1 - التبعات القانونية :

تنضاف إلى العقوبات السالبة للحرية لائحة أخرى من الحرمانات المؤدية إلى الانتقاص من أهلية المحكوم عليه، وهي تشكل في واقعها عقوبات إضافية، وتتمثل هذه التبعات فيما يلي:

- الحجر القانوني: إذ يحرم المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من مباشرة حقوقه المالية طوال مدة تنفيذ العقوبة الأصلية حسب الفصل 38 من ق.ج.

فالحجر القانوني حرمان من أهلية الأداء التي تعتبر جزءا من الشخصية القانونية، فهذا الإجراء رغم أنه مبرر بإعاقة المحكوم عليه خاصة الميسور الحال، حتى لا يتمادى في بذخه وترفه داخل السجن، فإن بعض الباحثين لا يرون مجالا لإعماله في ظل نظام قانوني محكم⁹، وللاشارة فإن هذا الإجراء لا يمنع من احتفاظ المحكوم عليه بحقوقه المتعلقة بشخصه كالزواج والطلاق والإقرار بالبنوة...

9 - لطيفة المهدي، الشرعية وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكاية الحقوق أكдал الرباط، السنة الجامعية 2001-2002، ص.45.

- بالنسبة للتجريد من الحقوق الوطنية: لقد عدد الفصل 26 الحقوق الوطنية والسياسية التي يحرم منها المحكوم عليه في حالة الحكم بها كعقوبة إضافية (الفصل 37)، أي أن كل حكم يقضي بعقوبة جنائية يستلزم بالضرورة تجريد المحكوم عليه من حقوقه الوطنية دون استلزام للنطق بها¹⁰، ولا بد من التنكير بأن هذا الإجراء إذا تعلق الأمر بالعقوبات الجنحية يكون الحكم به جوازيا.

- الحرمان النهائي من الحق في المعاش الذي تصرفه الدولة في حالتها الحكم بعقوبة الإعدام¹¹ أو السجن المؤبد، بقوة القانون، وإن كان ما يهمننا هنا هو السجن المؤبد لأن عقوبة الإعدام هي عقوبة سالبة للحياة وليس للحرية فحسب.

ويكون الحكم به اختبارا فقط في حالة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 16 من غير الإعدام أو السجن المؤبد وهي السجن المؤقت من 5 سنوات إلى 30 سنة والإقامة الإجبارية والتجريد من الحقوق الوطنية. فهذا الحرمان أقل ما يقال عليه هو أنه يزيد من المعاناة المادية للمحكوم عليه.

- المصادرة : تنص الفقرة 5 من المادة 36 على عقوبة المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه، بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89.

فهذه العقوبة باعتبارها عقوبة إضافية تساهم في توسيع دائرة الحرمان بالنسبة للمحكوم عليه، وانتقاما لموارده المادية.

10 - عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، طبعة 2002، ص. 412.

11 - من خلال قراءة في فصول القانون الجنائي المغربي فإن العدد 33 منها ضمت الإعدام كعقوبة أصلية فيها.

نشر الحكم الصادر بالإدانة: لا شك أن هذا النشر يزيد من حقد المجتمع على المحكوم عليه وذلك بتوسيع العلم بارتكاب الجريمة وبالتالي زيادة صعوبة الاندماج داخل النسيج الاجتماعي بعد الخروج من السجن (الفقرة الأخيرة من المادة 36).

- التبعات الإدارية¹² : قد يتعرض المحكوم عليه لعقوبة سالبة للحرية في أغلب الحالات إلى تحملات إدارية منصوص عليها في مسطرة تأديبية، وتبرير ذلك أن هذا الشخص باقترافه للجريمة المحكوم عليه بعقوبتها قد عبر عن عدم جدارته بالثقة والاحترام الذي يفترض أن يتوفر عليه.

ولا شك أن هذه اللائحة من الحرمانات تترك صداها على نفسية المحكوم عليه.

2 - الآثار النفسية

تتعدد الآثار التي ترتبها العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة على النواحي النفسية والبيولوجية وما يترتب عن ذلك من عدم تلبية الاحتياجات النفسية أو العضوية، مما يولد شعورا داخليا لديه بالإحباط والمهانة نتيجة فقد هيبته أمام عائلته وأصدقائه ووسطه، إذ لا شك أن الفجوة الواسعة بين نمط الحياة داخل السجن وقبل الدخول إليه يشكل عائقا يحول بينه وبين الإدماج، الأمر الذي قد يسبب الاكتئاب والاعتراب النفسي والاجتماعي.

هذا وقد أثبتت الدراسات حول الآثار السلبية التي تصيب المحكوم عليه داخل السجن بالولايات المتحدة إلى أن 76% من أفراد العينة كانوا يعانون من شعور باليأس والحزن. وأن 41% كان لديهم شعور بالفشل، و 14%

12 - لطيفة المهدي، المرجع السابق، ص. 48.

سيطر عليهم شعور بكراهية الذات و17% سيطر عليهم شعور بخيبة الأمل¹³.

كما يقع على عاتق المحكوم عليه، عبء التأقلم خلال فترة قصيرة مع التقاليد السائدة داخل السجن، وكذلك التكيف مع ما ينشأ في هذا المجتمع الجديد من ثقافات فرعية والتي غالبا ما تتسم بفساد قيمها ومعاييرها.

ويشكل الحرمان من ممارسة السلوك الجنسي الطبيعي، أحد المشاكل الهامة التي يعاني منها المحكوم عليه الأمر الذي قد يجعله معرضا لأمراض نفسية، أو يؤدي به إلى الوقوع في علاقات جنسية شاذة، بالإضافة إلى انتشار العديد من الأمراض مثل الإيدز والالتهاب الفيروسي الكبدي، فمثلا نسبة الإيدز في السجون الفدرالية الأمريكية 2.1% من مجموع السجناء¹⁴.

كما تتأثر الأسرة بدورها، خاصة إذا كان المحكوم عليه هو عائل الأسرة، أو ربة بيت، وما يتركه من آثار للأطفال نفسيا واجتماعيا.

3 - الآثار الاجتماعية :

إن الزج بالمحكوم عليه في السجن، لقضاء عقوبة سالبة الحرية قصيرة المدة يعتبر فصلا من النسيج الاجتماعي للمجتمع الذي يعيش فيه، والزج به في مجتمع آخر، - هو مجتمع السجن - فبعد العودة إلى السجن تطفو على السطح مشكلة على جانب كبير من الخطورة، وهي مدى إمكانية تقبل النسيج الاجتماعي لعضو من أعضاءه.

13 - طريف شوقي، الآثار النفسية للعقوبات السالبة للحرية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، ص. 100.

14 - نفس المرجع، ص. 118.

فالمشكلة لا يكمن فيما اقترفه المحكوم عليه من جرم، أدى للزج به في السجن، أو مدى خطورة أو نمط الأثر الذي تركه هذا الجرم في الشعور الكامن بالعدالة، وإنما تكمن في الصورة الذهنية السيئة الراسخة في أذهان أفراد المجتمع اتجاه السجن.

فمنظرة السخط والاشمئزاز، التي تلازم المحكوم عليه طوال حياته يصاحبها ذكر العقوبة في السجل العدلي الذي يكون الشخص مجبراً على تقديمه للإدارة التي تعتمزم توظيفه، وهذا أكبر عائق يقف دون اندماج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة في المجتمع¹⁵.

ونعتقد أن العقوبة في حد ذاتها تعبر عن سخط المجتمع، مُمَثِّلاً في الجهاز الرسمي الذي هو الدولة وحققها في توقيع العقاب، فلا حاجة لإضافة اللوم والتوبيخ، ذلك أن مساعدة المجتمع وتسامحه مع المفرج عنه تكتسب أهمية بالغة في حياته الاجتماعية وإعادة اندماجه.

فالعقوبة الاجتماعية والمتجالية في نفور المجتمع بأكمله من المحكوم عليه تشكل بإجماع الفقه أشد عقوبة في حقه لأنه إقصاء من الحياة الاجتماعية.

ويضاف إلى هذه الآثار السلبية، فقد المحكوم عليه الحق في التصرف في حريته، ويصبح مجبراً على الخضوع للعديد من الالتزامات التي يفرضها عليه النظام الداخلي للسجن.

يتبين من خلال جردنا لهذه الترسبات الناتجة عن العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، أن آثارها وتبعاتها العديدة لا تقف عند فترة تنفيذها، بل تمتد حتى إلى الحياة المدنية للمحكوم عليه وحياته العملية.

15 - لطيفة المهدي، المرجع السابق، ص. 50.

فلا بد إذن من إعادة النظر في هذه العقوبات الحبسية القصيرة المدى، وإقرار مؤسسات وبدائل جديدة للحد من هذه اللاتحة من الآثار السلبية، وتلك هي مهمة القضاء.

المبحث الثاني :

الآليات القضائية للحد من أزمة السجون

سبق أن أشرنا في المبحث الأول إلى أن المؤسسات السجنية تعاني من مشكل الاكتظاظ، إذ وصل عدد المعتقلين في نونبر 2004 إلى 58067 معتقلا 49% منهم معتقلون احتياطيا¹⁶.

كما تترتب عن العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة مضاعفات سلبية، لذلك فقد أوجد المشرع آليات قانونية وقضائية يستطيع من خلالها القضاء سواء في فترة ما قبل المحاكمة، أو مرحلة النطق بالحكم، التقليل من عدد السجناء.

المطلب الأول : مرحلة ما قبل المحاكمة

إن العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة أثبتت فشلها، والدليل على ذلك البحث المتواصل عن بدائل لا تحمل نفس سلبياتها، وتبتعد عن البدائل التقليدية لاكتشاف أنماط جديدة لحل النزاعات الجنائية.

فالمطلوب إذن من النيابة العامة، وكذلك قضاء التحقيق، الحد من المتابعات القضائية واللجوء إلى مؤسسات بديلة لاجتتاب ويلات السجن وآثاره السلبية.

16 - مصطفى مداح، السياسة الجنائية الاجتماعية والعدالة التصالحية والطرق البديلة لحل النزاعات، ندوة مكناس تحت شعار السياسة الجنائية واقع وآفاق، الطبعة الأولى، الرباط، ص. 243.

ويعتبر الصلح، وإيقاف سير الدعوى العمومية، وآلية التجنح، وتدابير المراقبة القضائية، إحدى الآليات البديلة عن الإيداع في السجن في يد جهاز النيابة العامة، أو قضاء التحقيق حسب الأحوال.

1- الصلح : إذا كان العقاب له مزايا في بعض الجرائم التي تستوجب الردع، فإن الإجماع البسيط يمكن حله دون الحكم بعقوبات سالبة للحرية، لذلك فإن التوجه الحديث في الفكر الجنائي قد أصبح يهتم بالضحية كأحد الركائز الأساسية في عقاب المجرم.

وانسجاما مع هذا الوضع فقد أوجد قانون المسطرة الجنائية الجديد، إمكانية الصلح وخولها لوكيل الملك من أجل إيقاع الود والتسامح بين الضحية والفاعل، وهو إجراء يشكل دون أدنى شك تخفيفا من عدد النزلاء بالسجون وأنه يبدو من خلال الإحصائيات المتوفرة أن السواد الأعظم من القضايا المعروضة على المحاكم والتي يتم وضع الفاعل على إثرها بالسجن كمعتقل احتياطي، تتعلق بالجنح التي يعاقب عليها القانون الجنائي بسنتين حبسا أو أقل، أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم حسب الفصل 41 من ق.ج.

وتشير الإحصائيات إلى أن 147 جريمة في القانون الجنائي معاقب عليها بغرامة أو الحبس بأقل من سنتين، تشكل نسبة 35.68% من مجموع العقوبات المحكوم بها¹⁷ وتشكل جريمة الضرب والجرح مع عجز يقل عن 20 يوما أعلى نسبة ب 13% من مجموع المتابعات أمام المحاكم، فمثلا لو مدد المشرع الجرائم التي يمكن فيها إجراء الصلح إلى تلك التي يعاقب عليها بـ 3 سنوات سيصبح العدد 183 جريمة أي نسبة 45% من الجرائم.

17 - الطيب الشرفاوي، السياسة الجنائية مفهومها وآليات وصفها وتنفيذها والخطوط العريضة للسياسة الجنائية القائمة في المغرب، ندوة مكناس 2004، الطبعة 1، الرباط ص. 34.

فحبذا لو أن المشرع المغربي سار على هذا المنوال ووسع دائرة الجرائم التي يمكن إجراء الصلح فيها، خاصة أن الصلح هو ثقافة متجذرة في التراث القضائي المغربي¹⁸.

فلا يسعنا إذن إلا أن نعرب عن مسأيرتنا لهذا التوجه كآلية لإحلال السلم والود والحد من أزمة ومشاكل السجون ببلادنا.

2- إيقاف سير الدعوى العمومية : هذه الإمكانية نصت عليها المادة 372، فحسب هذه المادة فإن إيقاف سير الدعوى العمومية هو القرار الذي تتخذه هيئة الحكم التي تنظر في الدعوى بناء على ملتمس النيابة العامة، وتقرر بمقتضاه إيقاف النظر في القضية وسحب الملف من الجلسة، وحفظ الملف بشرط أن تكون الدعوى العمومية مقامة من أجل جريمة يجوز إجراء صلح فيها وأن يتنازل الطرف المتضرر عن شكايته، وألا تكون الدعوى قد تم البت فيها بحكم نهائي، غير أنه يمكن مواصلة النظر في الدعوى إذا ظهرت عناصر جديدة لا يبقى معها الصلح مجددا كأن تصبح الجريمة غير ممكن التصالح بشأنها¹⁹.

3- الكفالة المالية والكفالة الشخصية: خول المشرع أمر تطبيقها إلى جهاز النيابة العامة بموجب المادة 74، كما خول لقاضي التحقيق اتخاذها بمقتضى المادة 142 من قانون المسطرة الجنائية سواء تعلق الأمر بكفالة مالية أو شخصية.

18 - محمد عبد النباوي، الوضع العقابي القائم، مجلة إدماج العدد 10 سنة 2005، ص. 29.

19 - شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، وزارة العدل الطبعة الثانية، العدد 2، 2004، ص. 202.

فإذا كانت النيابة العامة هي التي سمحت بإيداع كفالة فإن ذلك مشروط بحالة تلبس بجنحة معاقب عليها بالحبس، ولم تتوفر ضمانات كافية للخضوع (74 من ق.م.ج).

كما أجازت الفقرة 3 من المادة 142 لقاضي التحقيق تحديد كفالة في حالة التحقيق في القضايا الجنائية أو الجنحية.

لكن موضوع الكفالة، كان محل العديد من الانتقادات، باعتبارها تتنافى مع مبدأ المساواة أمام المواطنين وأمام القانون، إذ يمكن للموسرين أداء ما يطلب منهم بحكم يسرهم، في حين قد يعجز غيرهم عن الأداء بحكم الغير²⁰.

إلا أن هذا الانتقاد وإن كان مستساغا من الناحية الواقعية، فأعتقد أن النيابة العامة أو قاضي التحقيق يمكن أن يحدد مبلغا يتناسب مع الوضع المادي للمتهم.

4 - تفعيل آلية المراقبة القضائية كبديل للاعتقال الاحتياطي:

إذا كان الاعتقال الاحتياطي حسب بعض الفقه "شر لا بد منه"²¹، فإننا نعتقد أنه يصبح أحيانا "شر لا جدوى منه"، فوعيا من المشرع المغربي بخطورة الوضع تحت الاعتقال الاحتياطي والمشاكل المرتبطة به، فإن قانون المسطرة الجنائية الجديد جاء بتدابير أقل ما يقال عنها أنها تساير ركب التطور في الفكر الجنائي.

20 - الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 6، هامش، الصفحة 239.

21 - جعفر علوي، الاعتقال الاحتياطي بين ضرورة الدفاع الاجتماعي ومستلزمات قرينة البراءة، منشورات المجلة المغربية للإدارة والتنمية، العدد 39، 2003، ص. 76.

فتدابير المراقبة القضائية إضافة إلى أنها تحافظ على مبدأ قرينة البراءة، فإنها تعتبر آلية فعالة لتجنب اكتظاظ السجون، وترشيد نفقات الدولة، وتجنب الآثار السلبية للسجن كما سبق الحديث عن ذلك.

وتدابير المراقبة القضائية تعتبر من أهم إجراءات التحقيق وتتجلى في الالتزامات والتدابير المنصوص عليها في المادة 161 من ق.م.ج.

وحتى يتحقق المبتغى من هذه الآلية أسند المشرع المغربي أمر مراقبة هذا الاختصاص المخول لقاضي التحقيق إلى جهاز النيابة العامة من خلال منحها حق استئناف الأوامر المكتوبة، والمعلقة إضافة إلى رقابة الغرفة الجنحية، كما أشرك الفصل 161 الضابطة القضائية في تفعيل هذه الآلية نظرا لما تتوفر عليه من أطر وإمكانيات.

فتفعيل هذا التدبير لا شك أنه سيقبل من نسبة المعتقلين خاصة أن الإحصائيات توضح أن 48% منهم يتم الإفراج عنهم بأحكام البراءة²².

وإذا كانت هذه التدابير والآليات متعلقة بمرحلة المتابعة أو التحقيق فماذا عن مرحلة المحاكمة أو النطق بالحكم؟.

المطلب الثاني : مرحلة النطق بالحكم

يمكن القول بصفة عامة أن ظهور المدرسة الوضعية التي أقرت بوجود أفراد ليسوا أحرارا في ارتكاب الجريمة، وإنما مجبرين على ذلك، مهد لظهور مبدأ التفريد، ذلك أنها ترى أن العقوبة وسيلة اجتماعية لمكافحة الإجرام، فدور العقوبة هو الدفاع الاجتماعي عبر إصلاح المجرم، وقد تأثرت عدة تشريعات بهذه المدرسة، ومنها التشريع المغربي في بعض

22 - هشام ملاطي مساهمة القاضي في حل أزمة السجون بالمغرب، الطبعة الأولى، 2007، ص. 66.

الحالات الذي يميز بين المجرم المبتدئ، والمجرم العائد، والمجرم المختل، والمجرم الحدث²³، أي أن المحكمة لها سلطة تقديرية في إقرار العقوبة أو التدبير المناسب من أجل تحقيق سياسة عقابية عادلة وهادفة.

ومن هذا المنطلق فإن الاهتمام بتفريد العقاب في علاقته بالتقليل من عدد المعتقلين وتوفير فرص لإصلاحهم، وإعادة إدماجهم يقتضي التعرض إلى آلية التفريد المنصوص عليها في التشريع الجنائي المغربي، ثم البدائل المستحدثة في بعض التشريعات المقارنة.

1 - آليات تفريد العقاب في التشريع الجنائي المغربي:

عمل المغرب كسائر البلدان على إيجاد عقوبات بديلة لعقوبات سالبة الحرية القصيرة المدة، بهدف التقليل من عدد المعتقلين وفسح المجال لإندماجهم، فهناك عدة تدابير يمكن تفعيلها كبديل لهذه العقوبة، وقد سبق الحديث عن نسبة مهمة من المحكوم عليهم بعقوبة قصيرة المدة فإنها تؤدي إلى الاحتكاك بالوسط السجني والاختلاط بمحترفي الإجرام، كما تنتج عنها الآثار المذكورة سابقا.

ومن أهم البدائل التي تتوفر عليها هيئة الحكم والتي ينبغي تفعيلها نجد الغرامة ووقف التنفيذ والتجنيد.

2 - الغرامة كبديل للعقوبات سالبة الحرية

تعود جذور هذه العقوبة إلى نظام الدية الذي كان مطبقا في الشرائع القديمة وفي الشريعة الإسلامية، يقول تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل

23 - لطيفة المهدي، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء، رسالة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص نوقشت بالرباط، 92-93، ص: 21.

مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ ف تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلى أن يصدقوا²⁴».

والغرامة منصوص عليها كعقوبة أصلية حسب الفصل 35 من ق.ج، وهي إلزام المحكوم عليه بأن يؤدي للخرينة العامة مبلغا من النقود بالعملية المتداولة قانونا بالمملكة²⁵.

وهكذا نجد المشرع المغربي في عدد هام من الفصول ينهج الخيار بين العقوبات الحبسية، والغرامة اقتداء بنظام العقوبات التخيرية الحرة، وقد تعرضت الغرامة للانتقاد بدعوى أنها لا تحقق المساواة بين المواطنين الميسورين والمعوزين، ومع ذلك في نظرنا تبقى أخف وطئا من العقوبة السالبة للحرية، إضافة إلى أنها تدر على خزينة الدولة ربحا، عوض تكليف ميزانية الدولة تغذية السجن، وتوفير شروط الصحة والتعليم والإدماج... والغرامة من البدائل الجنائية التي أثبتت فعاليتها ونجاعتها في تجنيب المجرم الآثار المترتبة عن دخوله السجن، وهو نهج لا يسعنا إلا أن نوّده باعتباره خير من تنفيذ العقوبة.

3 - وقف التنفيذ :

يقصد بهذا الإجراء وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها خلال فترة زمنية محددة سلفا من طرف المشرع، يجب خلالها على المتهم ألا يرتكب فعلا معاقبا عليه من طرف القانون، بحيث إذا ارتكب هذا الفعل يترتب على ذلك أن وقف التنفيذ كأن لم يكن.

24 - سورة النساء، الآية. 92.

25 - عبد السلام بنحدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، الطبعة الخامسة 2004، ص. 287.

وهناك عدة صور للتنفيذ²⁶ : الصورة الأولى : وقف التنفيذ قبل المحاكمة، والصورة الثانية وقف التنفيذ بعد النطق بالحكم، والصورة الثالثة هي وقف التنفيذ المقترن بالوضع تحت الاختيار.

ويأخذ المشرع المغربي بالصورة الثانية وذلك من خلال الفصول 55 و56 من ق.ج حيث حدد المشرع مدة 5 سنوات كمدة لا يجب أن يرتكب فيها المحكوم عليه بوقف التنفيذ أي فعل معاقب عليه، وبالعكس إذا عاد وارتكب خلال هذه الفترة جناية أو جنحة، نتج عن ذلك سقوط إجراءات وقف التنفيذ، وهذا كله بشرط ألا يكون قد سبق أن حكم على المتهم بالحبس أو بعقوبة أشد من أجل جنائية أو جنحة عادية²⁷.

فهذا الإجراء كما يتضح يهدف بالدرجة الأولى إلى وقاية الجاني من مغبة السقوط في العود، لأنه يحتم ضبط سلوكه خلال السنوات التالية لإدانته كما يجعل الجاني أيضا في مأمن من دخول السجن.

غير أننا نقترح أن يكون وقف التنفيذ مقترنا بالقيام بخدمة لصالح المنفعة العامة لفائدة مؤسسة أو جمعية عمومية وهي تجربة رائدة في الولايات المتحدة الأمريكية خاصة في ولاية نيويورك.

4 - آلية التجنح La correctionnalisation

ويقصد بهذه الآلية أن تعتمد النيابة العامة، أو قضاء الحكم، أو التحقيق، إذا ثبت أن عقوبة الجناية لا تتناسب مع الجريمة، أو عند انعدام حالة الخطورة يمكن تغيير الفعل ووصف الجريمة من درجة أعلى إلى درجة أدنى أي من جريمة إلى جنحة.

26 - انظر هذه الصور عند لطيفة المهدي، المرجع السابق، ص. 60.

27 - عبد الله درميش، مختلف أشكال بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 86، ص. 13.

فسياسة التجنيح هذه هي ممارسة قضائية عملية، تجد حلولاً لمجموعة من المشاكل كما في حالة عدم تلاءم الوقائع المراد تطبيقها مع النصوص القانونية بفعل صرامة العقوبة، فليس من العدل أن يعاقب شخص تسلق سورا بالليل ليسرق تفاحة من ضيعة بدافع الطيش أو ربما الحاجة بجناية السرقة الموصوفة لأن النص القانوني يجرم كل من قام بالسرقة مع أحد ظروف التشديد²⁸.

لكننا نعتقد أن هذه السياسة بالرغم من أنها تساهم في التخفيف من أزمة السجون خاصة حينما يتعلق بنقل الوصف من جناية إلى جنحة وما كان ينتج من عقوبة، فإن خطورة الأفعال والعقاب المقرر لها هو من اختصاص المشرع الذي يضع النصوص، والعقاب المقرر لكل فعل إجرامي، حسب درجة خطورته في المجتمع، أما مهمة القضاء فهي نقل النصوص من السكون إلى الحركة وتطبيق القانون وليس تحريف النصوص، وإلا أصبح مبدأ الشرعية من قبيل العبث، أما حجة التخفيف من شدة الأحكام أو التخفيف من الاكتظاظ في السجون، فهناك طرق بديلة لتسوية النزاعات وبدائل مستحدثة ينبغي على المشرع المغربي إقرارها.

5 - البدائل المستحدثة في التشريعات المقارنة

لقد أصبح في حكم الضروري على المشرع المغربي اعتماد بدائل للعقوبات سالبة الحرية القصيرة المدة، على غرار ما هو معمول به في السياسات العقابية للعديد من الدول، إذ من شأن ذلك أن يساعد الجاني على تقويم سلوكياته ومراجعة الذات والمصالحة مع المجتمع.

فالتحول الذي حدث في أغراض العقوبة من العقاب إلى إصلاح الجاني وتأهيله لإعادة الاندماج في النسيج الاجتماعي، والتبعات السلبية

28 - مثال مذكور عند هشام ملاطي، مرجع سابق، ص.90.

للعقوبات سالبة الحرية قصيرة المدة، كلها عوامل ساهمت في البحث عن بدائل جديدة لهذه العقوبات

ونجد نوعين من العقوبات البديلة في التشريعات المقارنة²⁹:

- العقوبات البديلة الشخصية: وهي نوعان أيضا: سالبة للحرية ومقيدة لها : فالأولى تعتمد على سلب حرية المحكوم عليه بإيداعه في مراكز مخصصة لتأهيله من الناحية المهنية والاجتماعية والصحية بغرض الاندماج في النسيج الاجتماعي مثل:

- عقوبة الإيداع في أحد مراكز التأهيل؛

- عقوبة الإخضاع القسري للعلاج الطبي.

والعقوبات البديلة المقيدة للحرية تنفذ بإلزام المحكوم عليه بالعمل لمصلحة المجتمع لعدد معين من الساعات، أو الإقامة الجبرية عندما تكون للبيئة التي نشأ فيها الجاني أو المكان الذي يقيم فيه، أو الأماكن التي يتردد عليها دورا فاعلا في تكوين أو زيادة إصلاحه.

فمما لا شك فيه أن ذلك سيعمل على التقليل من احتمال عودته لارتكاب أفعال إجرامية وهناك صورتان :

- الإقامة الإلزامية للجاني في مكان معين؛

- منع الجاني من الإقامة في مكان معين أو التردد عليه في زمن

معين.

ويمكن أن نضيف مؤسسة الاختبار القضائي كبديل مقيد للحرية، يجنب الجاني الآثار السيئة للسجن، بالإضافة إلى إصلاحه تحت إشراف

29 - أيمن رمضان الزيني، مرجع سابق، ص. 192.

هيئة أو مؤسسة مختصة خلال فترة الاختبار، على أنه ينبغي ضرورة إخضاع المحكوم عليه لبرنامج إصلاحي يمكن من خلاله إصلاح كل منحرف في سلوكه ومفاهيمه، وأن يكون ذلك مسبقا بفحص شخصية الجاني وإعداد ملف لشخصيته.

* **العقوبات البديلة العينية:** وهي واحدة من أنماط العقوبات البديلة الأكثر انتشارا أو أكثر فعالية لأنماط معينة من الجرائم، لأنها تهدف غالبا إلى حرمان الجاني من العائدات التي يكون قد حصل عليها من الجريمة كما أن لها فعالية كبيرة في ردع الجاني.

ونجد 3 أنماط من العقوبات:

- الغرامة الجنائية؛

I . S . M - المصادرة؛

- التعويض وإصلاح الجاني³⁰.

وقد تعرضنا للنمطين الأولين، أما التعويض وإصلاح الجاني يعتبر من بين أكثر العقوبات البديلة عدالة، وإرضاء للشعور الكامل بالعدالة في نفوس أفراد المجتمع، كما يمكنه أن يحقق درجة عالية من الفعالية في إصلاح المحكوم عليه، وإعادة تأهيله، دون الحاجة إلى الزج به في السجن.

كما يمكن طرح بدائل أخرى حسب بعض الباحثين³¹ مثل:

30 - أيمن رمضان الزيني: مرجع سابق، ص 382.

31 - مصطفى مداح، مقال منشور في جريدة الاتحاد الاشتراكي، الأربعاء 29 دجنبر، العدد 7808، ص. 5.

- التوبيخ - إعلان ارتكاب الجريمة والتشهير بالمجرم - تفعيل
المقتضيات المتعلقة بالإبعاد - اعتماد الحراسة الإلكترونية - الحبس في
نهاية الأسبوع...

خاتمة :

إن المشرع مطالب بمراجعة موقفه من العقوبات السالبة للحرية
قصيرة المدة، نظرا لما تبين لنا من الآثار السلبية الناتجة عنها.

ثم إن أي تحديث للوضع العقابي يستلزم بالضرورة منح خيارات
واسعة للقضاء من أجل تفريد العقاب والمساهمة في حل أزمة السجون، كما
أن أي إصلاح على مستوى السياسة العقابية، ينبغي أن يعتبر إصلاح
المتهم، وإعادة إدماجه في النسيج الاجتماعي هو المبتغى والهدف.

غير أن هذا التحليل لا يجب أن يغيب مسألة هامة وأساسية وهي أن
السجن يبقى أهم وسيلة بالنسبة لبعض الأفعال الجنائية، لكن شريطة أن
تكون العقوبة السجنية مصحوبة ببرامج إصلاحية....

مباراة المحققين القضائيين

الفوج: 35

26 يوليوز 2008

الموضوع العام

إن التغلب على ما يواجه العدالة بصفة عامة والقضاء بصفة خاصة، في منظورهما الشامل، من إشكاليات نابعة عن التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي؛ يفترض إدراك الجميع لحجم التحدي الذي يواجه العدالة أمام التحولات الداخلية والخارجية المتنوعة؛ ومواجهة مختلف الإكراهات المرتبطة بالعدالة، وبالتالي القضاء باعتباره في قلب التنمية والديمقراطية وحقوق الإنسان.

حلل وناقش.

مباراة المحققين القضائيين

الفوج: 35

27 يوليوز 2008

موضوع يتعلق بالقانون المدني

I.S.M

تحدث عن آثار البطلان الجزئي للالتزام.

مباراة المحققين القضائيين

الفوج: 35

28 يوليوز 2008

موضوع يتعلق بالقانون الجنائي المغربي

تحدث عن التدابير الوقائية في القانون الجنائي.

مباراة المحققين القضائيين

الفوج: 35

28 يوليوز 2008

موضوع يتعلق بمدونة الأسرة

I.S.M
تحدث عن الزواج الصحيح وآثاره.

مباراة المحققين القضائيين

الفوج: 35

28 يوليوز 2008

موضوع يتعلق بالقانون التجاري

I.S.M
تحدث عن بيع الأصل التجاري.

مباراة المحققين القضائيين

الفوج: 35

29 يوليوز 2008

الموضوع : تعريب نص من اللغة الفرنسية،

مع سؤال حول مضمون النص.

Pourquoi investir au Maroc?

Dans un contexte mondial en plein essor économique qui vit sous la loi de la mondialisation de l'économie et de la compétitivité internationale, l'investissement sous ses deux aspects, tant national qu'étranger, est une action capitale pour faire face aux exigences du décollage économique. Dans cet environnement, le Maroc s'est résolument engagé, à l'instar d'autres pays émergents, dans une politique qui cherche à faire de l'investissement étranger, un support stratégique de croissance économique et sociale. En effet, les pouvoirs publics ont œuvré à améliorer l'attractivité du Royaume à travers des mesures d'ordre économique, institutionnel, législatif et réglementaire qui ont été concrétisés par :

- l'adoption d'un cadre fiscal attractant en matière d'investissement avec notamment l'entrée en vigueur du dispositif de la charte d'investissement et l'adoption d'un régime conventionnel permettant aux investisseurs importants de signer des conventions ou des contrats d'investissements avec l'Etat en vue de bénéficier d'avantages particuliers;

- une refonte de l'environnement institutionnel de l'investissement, basé sur une meilleure répartition déconcentrée des tâches et des rôles: d'une part, les centres régionaux d'investissement pour l'assistance et l'aide aux investisseurs au niveau des seize régions du Royaume, et d'autre part, au niveau national la Commission des investissements instituée en 1998, sous la présidence du Premier Ministre.

Le Maroc a également engagé ces dernières années plusieurs réformes structurelles qui ont eu pour résultat la stabilité de son cadre macro-économique et la consolidation de l'ouverture de son économie sur son environnement international avec notamment la signature de plusieurs accords d'associations et de libre-échange.

Concrètement, cinq arguments plaident pour l'investissement au Maroc

1. Une grande stabilité politique et institutionnelle qui s'appuie sur un processus de démocratisation continu;

2. Un appui institutionnel de rigueur et un cadre juridique incitatif;

3. Une politique de réformes structurelles et de libéralisation de l'économie;

4. Une population éduquée bénéficiant d'une formation technique très satisfaisante;

5. La proximité géographique de l'Europe.

Question :

Développez en 8 lignes les idées principales de ce texte.

I . S . M

الفهرس

- مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي

الدكتور عبد المجيد غميحة

مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل.....ص 3

- إعفاء الأجراء لأسباب تكنولوجية : استعمال المعلومات نمونجا

الدكتور عبد الكريم غالي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط -

السويسي.....ص 30

- حالة وأهلية الأجنب في التشريع المغربي

الدكتور أحمد زوكاغي

أستاذ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكسال

الرباط -ص 45

- ولاية المرأة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية

للأستاذة ثريا الحريف

رئيسة غرفة بالمجلس الأعلى ملحقة بالمعهد العالي للقضاء

مكونة وطنية في القانون الدولي الإنساني وعضو شبكة

الخبراء المغاربة في قوانين اللجوء.....ص 81

- القاعدة القانونية الموضوعية وحاجتها إلى الحماية القضائية

الدكتور أحميدو أكري

رئيس غرفة بالمجلس الأعلى ملحق بالمعهد.....ص 91

- قابلية قرارات العون المكلف بتفتيش الشغل للطعن بالإلغاء أو بعدم الشرعية

الأستاذ عبد الحق بامي

مفتش الشغل بالرباط.....ص 103

- نافذة على التنظيم القضائي لمقارن النيابة العامة في الصين الشعبية

الأستاذ رشيد تاشفين

وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بسطات.....ص 116

- أي دور للقضاء في الحد من أزمة السجون؟ مقارنة ما بين النظري والواقعي

الأستاذ محمد الحمياني

ملحق قضائي (الفوج 34).....ص 121

- مباراة الملحقين القضائيين الفوج : 26-35 يوليو 2008

موضوع عام.....ص 143

- مباراة الملحقين القضائيين الفوج : 27-35 يوليو 2008

موضوع يتعلق بالقانون المدني.....ص 144

- مباراة الملحقين القضائيين الفوج : 28-35 يوليو 2008

موضوع يتعلق بالقانون الجنائي المغربي.....ص 145

- مباراة الملحقين القضائيين الفوج : 28-35 يوليو 2008

موضوع يتعلق بمدونة الأسرة.....ص 146

- مباراة الملحقين القضائيين الفوج : 28-35 يوليو 2008

موضوع يتعلق بالقانون التجاري.....ص 147

- مباراة الملحقين القضائيين الفوج : 29-35 يوليو 2008

تعريب نص من اللغة الفرنسية.....ص 148